

Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht*)

Dr. Wilhelm Karl Geck, M. A.

Amtsgerichtsrat, z. Zt. Bundesjustizministerium, Bonn

Die fortschreitende Industrialisierung und Verkehrsentwicklung lenken die wirtschaftliche Betätigung der Menschen immer stärker über die Grenzen des Heimatstaates in das Ausland. Dazu führen auch die mannigfachen Bemühungen vieler Staaten um engere wirtschaftliche Zusammenarbeit und um die Beseitigung jedenfalls mancher Schranken, die der Freizügigkeit und dem Austausch von Gütern und Dienstleistungen im Wege stehen. Auch die ständig wachsende Reisetätigkeit bringt die Menschen in Kontakt mit fremder Staatsgewalt.

Die Berührung mit einer fremden Herrschaftsordnung kann dazu führen, und führt nicht selten dazu, daß Menschen durch einen anderen Staat in ihren Interessen oder Rechten beeinträchtigt werden oder sich doch beeinträchtigt fühlen¹⁾. Schafft der fremde Staat in diesen Fällen nicht von sich aus Ab-

*) Abkürzungen: AöR = Archiv des öffentlichen Rechts; aRV = Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. 4. 1871; AVR = Archiv des Völkerrechts; BBG = Bundesbeamten-gesetz vom 14. 7. 1953; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896; BGBl. = Bundes-gesetzblatt der Bundesrepublik Deutschland; BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichts-hofs in Zivilsachen; BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; BVerfGG = Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. 3. 1951; BVerwGG = Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. 9. 1952; DV = Deutsche Verwaltung; DVBl. = Deutsches Verwaltungsblatt; DÖV = Die Öffentliche Verwaltung; GG = Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949; GVG = Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. 1. 1877; HdbDStR = Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Anschütz und Thoma, Bd. 1 1930, Bd. 2 1932; JZ = Juristenzeitung; MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht; MRVO 165 = Verordnung Nr. 165 der Britischen Militärregierung (1948) - Ver-waltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone; NF = Neue Folge; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; RBHG = Gesetz über die Haftung des Reiches für seine Beamten vom 22. 5. 1910; RGBl. = Reichsgesetzblatt; RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil-sachen; SJZ = Süddeutsche Juristenzeitung; VVDStL = Veröffentlichungen der Vereini-gung der Deutschen Staatsrechtslehrer; WRV = (Weimarer) Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919; ZPO = Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877.

¹⁾ Die Beeinträchtigung von Rechten und Interessen durch inter- oder übernationale Organisationen ist hier nicht zu untersuchen. Vgl. zu den einschlägigen Fragen Schlo-chaer, Der Rechtsschutz gegenüber der Tätigkeit internationaler und übernationaler Behörden, 1952.

hilfe, so wird sich der Betroffene in der Regel an seinen Heimatstaat wenden. Er wird sich darauf berufen, das Treueverhältnis zwischen dem Staat und seinen Bürgern bestehe trotz des Aufenthaltes im Ausland weiter und verpflichte die Regierung in der Heimat zu seinem Schutze – möglicherweise ohne Rücksicht darauf, ob die von ihm geforderten oder erwarteten Maßnahmen mit den politischen Interessen seines Heimatstaates vereinbar sind.

Hier wird bereits die Problematik eines Rechtsanspruchs des Staatsbürgers gegenüber seinem Heimatstaat auf Schutz gegen fremde Staatsgewalt sichtbar. Die Problematik vertieft sich bei den Fragen, wie ein etwa bestehender Schutzanspruch einerseits verfahrensrechtlich gesichert und andererseits so begrenzt werden kann, daß die politische Entscheidungsfreiheit der zuständigen Staatsorgane und Behörden nicht in unerträglicher Weise eingeengt wird.

Die Frage, ob dem Staatsbürger gegenüber seinem Heimatstaat ein Rechtsanspruch auf Auslandsschutz zusteht, ist nicht nur für den Schutzbegehrenden selbst, sondern auch für die Gesamtheit der Staatsbürger wichtig:

Einerseits hat diese das größte Interesse daran, daß dem Schutz Einzelner nicht die Belange des ganzen Volkes zum Opfer gebracht werden. Andererseits können die Interessen des Einzelnen und der Allgemeinheit weitgehend parallel laufen. Denn die Art der Schutzgewährung ist mit dafür maßgebend, ob der Bürger geneigt ist, die Risiken einer wirtschaftlichen Betätigung im Ausland auf sich zu nehmen^{1a)}, die für den Heimatstaat gerade dann von großer Bedeutung ist, wenn er sich im Kampf um eine ausgeglichene Handels- und Zahlungsbilanz um die Exportförderung mühen muß. Ein mangelnder Rückhalt der im Ausland weilenden Staatsbürger an dem Heimatstaat kann die Verbindung zu der Heimat lösen²⁾ und damit zu einem Verlust von moralischem wie von materiellem Kapital führen³⁾. Schließlich ist die integrierende Wirkung – im Sinne von S m e n d – zu berücksichtigen, die eine energische, aber den Grundsätzen des Völkerrechts entsprechende und von Nationalismus freie, das heißt von staatsmännischem Verantwortungsbewußtsein getragene Art der Schutzgewährung auch im Inland auszuüben vermag.

Der Wunsch, angesichts zahlreicher, zum Teil gegensätzlicher und problematischer Gesichtspunkte eine sichere Grundlage für den Anspruch des

^{1a)} Vgl. S c h n e e b e r g e r, Diplomatischer Schutz und Wirtschaft, in Schweizerische Juristen-Zeitung Bd. 51 (1955), S. 1; im folgenden »Schneeberger I«.

²⁾ Vgl. P o h l, Rechtsschutz auf dem Gebiete der auswärtigen Verwaltung, in Schmollers Jahrbuch Bd. 43 (1919), S. 559 Anm. 2.

³⁾ Vgl. die Botschaft des Schweizerischen Bundesrates an die Bundesversammlung vom 10. 5. 1946, Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft, 1946 II, S. 118.

Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland zu schaffen, hat in der Schweiz zu der Motion V o n t o b e l vom 23. Dezember 1953 geführt. Sie sah einen Auftrag der Bundesversammlung an den Bundesrat vor,

»den eidgenössischen Räten einen Verfassungsartikel vorzulegen, durch den der diplomatische Schutz der im Ausland wohnhaften Schweizer Bürger gewährleistet wird. Der gleiche Verfassungsartikel soll auch die Grundlage für die Gesetzgebung bilden, in der jene Fälle bestimmt werden, wo der Schutz zu garantieren und die Staatshaftung zu statuieren ist«.

Der Nationalrat nahm die Motion Vontobel am 1. Oktober 1954 in der Form eines Postulates an und beauftragte demgemäß den Bundesrat mit der Prüfung, ob den eidgenössischen Räten ein entsprechender Verfassungsartikel vorgelegt werden sollte ⁴⁾.

Angesichts der zahlreichen, sich ständig vermehrenden Berührungspunkte deutscher Staatsbürger mit fremden Staatsgewalten fällt es auf, daß das Recht auf Schutz gegenüber dem Ausland, über das zum Beispiel in der Schweiz eine umfangreiche Literatur vorhanden ist ⁵⁾, in Deutschland kaum Beachtung gefunden hat ⁶⁾. Der Mangel ist um so bemerkenswerter, als in drei aufeinanderfolgenden, insoweit auch für den heutigen Rechtszustand bedeutungsvollen deutschen Verfassungsurkunden ein Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland statuiert und damit ein besonderer Anlaß gegeben war, sich mit den einschlägigen staats- und verwaltungsrechtlichen Problemen auseinanderzusetzen.

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die Fragen, ob ein Schutzanspruch nach i n n e r s t a a t l i c h e m deutschen Recht bestand und besteht, wie weit er gegebenenfalls reicht und wie er durchsetzbar ist. Diese Fragen hängen mit dem gerade in der deutschen Literatur der letzten Jahre mehrfach behandelten Problemkreis der gerichtsfreien Hoheitsakte zusammen, auf den hier jedoch nur insoweit einzugehen ist, als es die spezielle Aufgabe der Arbeit fordert. Selbst diese verfahrensrechtlichen Fragen lassen sich im Rahmen einer Abhandlung nicht erschöpfen. Die völkerrechtlichen Erörterungen sind auf die Gesichtspunkte beschränkt, die zum Verständnis der staatsrechtlichen und der damit zusammenhängenden prozeßrechtlichen Fragen unbedingt erforderlich sind.

⁴⁾ Übersicht über die Verhandlungen der Bundesversammlung, Herbstsession 1954, 13. Tagung der 34. Legislaturperiode vom 20. 9. bis 6. 10. 1954, S. 24.

⁵⁾ Siehe insbesondere M a a g, Der konsularische und diplomatische Schutz des Auslandsschweizers, Zürcher Diss. 1953, sowie unten Anm. 100.

⁶⁾ Am eingehendsten sind die auch heute noch wichtigen Ausführungen von P o h l a. a. O., und Auswanderung, Auslandsschutz und Auslieferung, in N i p p e r d e y's Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1 (1929), S. 256 ff., die jedoch die grundsätzlichen Rechtsfragen nicht ausschöpfen.

A: Die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes

I. Unter der Reichsverfassung von 1871

Bereits die von der Nationalversammlung in der Frankfurter Paulskirche beschlossene Verfassung des Deutschen Reiches vom 28. März 1849 hatte unter den Grundrechten des deutschen Volkes die Bestimmung enthalten:

»Jeder deutsche Staatsbürger in der Fremde steht unter dem Schutz des Reiches« (§ 189).

Damit schien nach der Ohnmacht der Kleinstaaterei und der Schutzlosigkeit der Deutschen im Ausland eine neue Zeit anzubrechen⁷⁾. Verfassungsrechtliche und politische Wirklichkeit wurde aus dem Grundsatz des § 189 jedoch erst mit dem Entstehen einer starken Zentralgewalt im Norddeutschen Bund und im Deutschen Reich⁸⁾. Art. 3 Abs. 6 der Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 26. Juli 1867 lautete:

»Dem Ausland gegenüber haben alle Bundesangehörigen gleichmäßig Anspruch auf den Bundesschutz«.

In dem konstituierenden Reichstag des Norddeutschen Bundes hatte die Vorschrift kein besonderes Interesse gefunden. Es ist anzunehmen, daß ihre Aufnahme in die Bundesverfassung auf die Ideen der Paulskirchen-Konferenz zurückging⁹⁾. In die Reichsverfassung vom 16. April 1871 ging Art. 3 Abs. 6 in kaum veränderter Form über:

»Dem Ausland gegenüber haben alle Deutschen gleichmäßig Anspruch auf den Schutz des Reiches«.

Die Verfassungsurkunden von 1867 und 1871 enthielten im Gegensatz zur Paulskirchen- und zur Weimarer Verfassung keinen Grundrechtskatalog. Der Anspruch auf Schutz gegenüber dem Ausland erschien jeweils in den Abschnitten über die Bundes- bzw. Reichsgesetzgebung bei der in Art. 3 enthaltenen Regelung des gemeinsamen Indigenats. Nicht nur aus diesem Zusammenhang ergab sich, daß der Schwerpunkt des Satzes auf dem Worte »gleichmäßig« lag¹⁰⁾. Durch die Art. 11 Abs. 1, 56 Abs. 1, 53 und 63 aRV waren die wichtigsten Befugnisse und Aufgaben auf dem Gebiet der auswärtigen Angelegenheiten und des Kriegswesens von den Fürsten und

⁷⁾ Pohl in Schmollers Jahrbuch a. a. O., S. 545.

⁸⁾ Über die Hoffnungen, die sich auf die Errichtung einer starken Reichsgewalt und auf eine energische Außenpolitik gründeten vgl. Pohl, Die Rechtsfragen im marokkanischen Bergwerksstreit, AöR Bd. 26 (1910), S. 408 ff.

⁹⁾ Vgl. Materialien der Deutschen Reichs-Verfassung hrsg. von Holtzendorff und Bezdold (o. J.), Bd. 1, S. 404 ff.

¹⁰⁾ So Arndt, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1901, S. 52; Pohl bei Nipperdey, a. a. O., S. 256.

Freien Städten auf den Deutschen Kaiser übergegangen. Da dieser zugleich als König von Preußen Monarch des stärksten Bundeslandes war, lag es nahe, bei der Statuierung der Pflicht zur Schutzgewährung den Grundsatz der Gleichmäßigkeit besonders zu betonen.

Die rechtliche Natur des Schutzanspruchs war umstritten. Von Seydel¹¹⁾, der die Existenz von echten Grundrechten überhaupt verneinte, und Georg Jellinek¹²⁾ vertraten die Ansicht, Art. 3 Abs. 6 gewähre dem Individuum keinen echten Rechtsanspruch. Von Seydel stellte vor allem auf die Folgen ab, die aus einem echten Rechtsanspruch erwachsen könnten. Er fragte: »Muß der Staat zum Schutz des Kaufmanns, der im Ausland eine Niederlassung begründet hat, notfalls ein Kriegsschiff entsenden«? Jellinek unterschied zwischen dem echten Rechtsanspruch und dem bloßen Reflex objektiven Rechts vor allem nach dem Kriterium der Durchsetzbarkeit. Nur wo ein individuelles Beschwerderecht anerkannt sei – wie z. B. in Art. 113 Ziff. 3 der Schweizerischen Bundesverfassung, nach dem der Staatsbürger wegen Verletzung von Staatsverträgen Beschwerde beim Bundesgericht einlegen könne – liege ein formeller Rechtsanspruch vor. Jellinek ließ allerdings neben dem ordentlichen Rechtsweg auch die formelle Verwaltungsbeschwerde als Rechtsbehelf genügen¹³⁾. Später vertrat Pohl die These Jellineks¹⁴⁾. In seinem Beitrag zu dem Werke von Nipperdey stützte er sich besonders auf die Vorgeschichte und auf § 5 Ziff. 2 des Gesetzes über die Haftung des Reiches für seine Beamten vom 22. Mai 1910¹⁵⁾. Pohl verneinte zwar das Bestehen eines Individualrechtes, nicht aber eine entsprechende Verpflichtung des Reiches zur Schutzgewährung; wenn das Reich die Deutschen gegenüber dem Ausland schütze, so handle es sich keineswegs um eine Gnade oder um eine Gefälligkeit.

Die überwiegende Lehrmeinung im Kaiserreich, die sich allerdings nicht näher mit den Argumenten Jellineks und von Seydels auseinandersetzte, sah in Art. 3 Abs. 6 aRV dagegen die Grundlage für einen echten Individualanspruch. Laband, der den Grundrechten als Freiheitsrechten den Charakter subjektiver öffentlicher Rechte generell absprach und in ihnen nur Schranken für die Machtbefugnisse des Staates sah¹⁶⁾, faßte den Schutzanspruch deshalb als echten Rechtsanspruch auf, weil

11) Bayerisches Staatsrecht Bd. 1, auf der Grundlage der 2. Aufl. neu bearbeitet von Piloty 1913, S. 173 Anm. 55.

12) System der subjektiven öffentlichen Rechte, Neudr. der 2. Aufl. von 1905, 1919, S. 119.

13) A. a. O., S. 120 Anm. 2.

14) Schmollers Jahrbuch S. 558, bei Nipperdey S. 258.

15) RGBl. S. 798; darüber im einzelnen unten A II 4 und B II 2.

16) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. 1911, Bd. I, S. 151; vgl. dort und bei

er sich auf ein *positives* Tun des Staates richte. Der Staat werde durch ihn nicht – wie bei anderen auf den *status negativus* bezogenen und daher fälschlich Grundrecht genannten Rechten – in seinen Befugnissen umgrenzt, sondern dem fordernden Subjekt, dem Staatsbürger als echtes Objekt des Verlangens ausdrücklich gegenübergestellt¹⁷⁾. Georg Meyer¹⁸⁾ und Dambitsch¹⁹⁾ sahen in Art. 3 Abs. 6 ebenfalls ein echtes Individualrecht. Den gleichen Standpunkt nahm anscheinend Stoerk ein²⁰⁾. Keiner dieser Autoren gab eine nähere Begründung. Georg Meyer und Dambitsch überließen die Art der Erfüllung des Anspruchs den zuständigen staatlichen Organen und Behörden. Sie gestanden auch den Gliedstaaten die Befugnis zu, den Anspruch gegenüber dem Reich zugunsten ihrer Angehörigen geltend zu machen.

Vielleicht lag es am Fehlen einer rechtlichen Handhabe, das Reich – etwa im Klagewege – zur Schutzgewährung zu zwingen²¹⁾, daß die Erwägungen über den Schutzanspruch nicht weiter vertieft wurden und er anscheinend ohne nähere Erörterungen aus der Verfassung von 1871 in die Weimarer Verfassung übernommen wurde²²⁾.

II. Die Rechtslage unter der Weimarer Verfassung

1. Art. 112 Abs. 2 WRV als Grundlage des Schutzanspruchs

Art. 112 Abs. 2 WRV lautete:

»Dem Ausland gegenüber haben alle Reichsangehörigen innerhalb und außerhalb des Reichsgebietes Anspruch auf den Schutz des Reiches«.

Der Schutzanspruch war von der wichtigsten Vorschrift über das gemeinsame Indigenat – nunmehr Art. 110 – getrennt und erschien jetzt im Grundrechtsteil zwischen der Auswanderungsfreiheit und dem Auslieferungsverbot. Die beiden Änderungen des Art. 3 Abs. 6 aRV sind für die hier interessierenden Fragen nicht wichtig: Das entfallene Wort »gleichmäßig« erübrigte sich wegen der Strukturveränderungen im Reichsverband und der parlamentarischen Verantwortlichkeit des Reichskanzlers und des Außen-

Zorn, Das Reichsstaatsrecht, 2. Aufl. 1895, Bd. 1, S. 371 die Übersicht über den damaligen Meinungsstand zur Frage der subjektiven öffentlichen Rechte.

17) A. a. O., S. 152; siehe demgegenüber Carl Schmitt, unten A II, 2.

18) Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl. 1905, bearbeitet von Anschütz, S. 797.

19) Die Verfassung des Deutschen Reiches, 1910, Anm. VIII zu Art. 3.

20) Staatsunterthanen und Fremde in v. Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts, Bd. 2, 1887, S. 633, 635.

21) Siehe unten A II 4.

22) Vgl. insbesondere Verhandlungen des Reichstags (Verfassungsgebende Deutsche Nationalversammlung), Bd. 336, S. 375.

ministers. Die Bestimmung, daß der Anspruch auf Schutz gegenüber dem Ausland auch den i n n e r h a l b des Reichsgebiets befindlichen Reichsangehörigen zustehe, erschien »notwendig im Hinblick auf die fremden Gewalten, die auf Grund des Friedensdiktates in Deutschland tätig sind«²³⁾.

2. Der Meinungsstreit über Art. 112 Abs. 2 WRV

Auch in der Staatsrechtslehre der Weimarer Verfassung war der Rechtscharakter des Anspruchs auf Schutz gegenüber dem Ausland umstritten.

A n s c h ü t z sah in Art. 112 Abs. 2 ein reichsverfassungskräftiges Grundrecht²⁴⁾, G i e s e das »wichtigste bürgerliche Recht, auf dessen Erfüllung der durch völkerrechtliche Vergehen verletzte Deutsche einen staatsrechtlichen Anspruch« habe²⁵⁾. Einen echten Rechtsanspruch bejahte anscheinend auch H a t s c h e k - K u r t z i k²⁶⁾. Keiner dieser Autoren gab jedoch eine nähere Begründung für seine Ansicht. Es ist möglich, daß ihnen der Wortlaut des Artikels auszureichen schien.

Dagegen hielt P o h l den »sogenannten« Anspruch auf Rechtsschutz hier ebenso wie in Art. 3 Abs. 6 aRV für eine bloße Reflexwirkung objektiven Rechts²⁷⁾. G e b h a r d ließ die Frage offen. Verneine man, so meinte er, den Charakter des subjektiven öffentlichen Rechtes, so könne man sich nicht auf das Fehlen von Rechtsmitteln, sondern nur auf die rechtliche Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit der Schutzpflicht berufen²⁸⁾.

Von besonderer Bedeutung für das Problem ist die – allerdings nicht speziell auf unsere Fragen abgestellte – Auseinandersetzung Carl Schmitts mit dem Begriff der Grundrechte. Carl Schmitt ließ bei seiner – weitgehend berechtigten – Kritik an der Ausweitung des Grundrechtsbegriffs in der Weimarer Verfassung als echte Grundrechte nur solche F r e i h e i t s r e c h t e gelten, bei denen der vor- und überstaatliche Charakter nicht völlig fehle und die Geltung sich nicht nur auf die eigenen Staatsangehörigen beschränke²⁹⁾. Die »wesentlich sozialistischen Rechte des Einzelnen auf positive Leistungen des Staates« seien dagegen anderer Natur. Sie seien relativiert und könnten zu einer echten Anspruchsgrundlage nur durch ein Gesetz werden, das die Zielsetzung der Verfassung konkretisiere und sie dadurch

²³⁾ A n s c h ü t z, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Anm. 2 zu Art. 112; ebenso P ö t z s c h - H e f f t e r, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl. 1928, Anm. II, 3 zu Art. 112 und P o h l bei N i p p e r d e y, a. a. O., S. 257.

²⁴⁾ A. a. O. Bem. 7 vor Art. 109 und Anm. 3 zu Art. 112.

²⁵⁾ Grundriß des Reichsstaatsrechts, 4. Aufl. 1926, S. 196; ähnlich in Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl. 1931, Anm. 2 zu Art. 112.

²⁶⁾ Deutsches und Preußisches Staatsrecht, 2. Aufl. 1930, Bd. 2, S. 528.

²⁷⁾ Bei N i p p e r d e y a. a. O., S. 257 ff.; siehe auch oben A I.

²⁸⁾ Die Verfassung des Deutschen Reiches, 1932, Anm. 4 zu Art. 112.

²⁹⁾ Vgl. dagegen L a b a n d, oben A I.

erst vollziehbar mache. Das gelte grundsätzlich für alle Ansprüche auf Schutz, Pflege und Fürsorge, die der zweite Hauptteil der Weimarer Verfassung statuieren³⁰⁾. Von diesen Voraussetzungen ausgehend, sah Carl Schmitt in Art. 112 Abs. 2 lediglich eine »grundsätzliche, bereits für die Gegenwart richtunggebende (und in diesem Sinne aktuelle) Weisung an alle staatlichen Instanzen«; solche Weisungen sollen »in Gesetzgebung, Reichsaufsicht, Verwaltung oder Justiz und nach Lage der Sache verschieden, als allgemeine, nach Möglichkeit³¹⁾ zu beachtende Behandlungs- oder Auslegungsgesichtspunkte wirksam werden«; ein solcher Verfassungssatz sei »auch juristisch beachtlich« und »von allen Stellen, die es angeht, loyal zu berücksichtigen und anzuwenden, insofern positiv und aktuell verbindlich«³²⁾.

3. Die eigene Auslegung von Art. 112 Abs. 2 WRV

Der damalige Meinungsstreit läßt ein Eingehen auf die Argumente von Georg Jellinek, v. Seydel, Carl Schmitt, Pohl und Gebhard vermissen. Da verschiedene von den erwähnten Autoren angeschnittene grundsätzliche Fragen zu dem Schutzanspruch sich an Hand des Art. 112 Abs. 2 WRV schärfer als am Bonner Grundgesetz herausarbeiten lassen, in dem eine entsprechende Norm fehlt, ist auf ihn und auf die Ausführungen der genannten Autoren im einzelnen einzugehen.

a) Die Erwägungen von Carl Schmitt zielen in erster Linie auf den Begriff der Grundrechte. Sie beruhen weitgehend auf dem Begriff der positiven Verfassung als einer bewußten Entscheidung des Verfassungsgebers über die Grundfragen des staatlichen Lebens³³⁾. Sie bestimmen die Grundrechte einer konkreten Verfassungsurkunde – hier der Weimarer Verfassung – in einer Art, die durch Negierung des Grundrechtscharakters der »sozialistischen« Rechte in der Verfassungsurkunde den einheitlichen Charakter der Grundentscheidung betont. Carl Schmitt geht von der Erkenntnis aus, daß die Grundrechte sich historisch als Freiheitsrechte entwickelt haben und ihre ursprüngliche Form der *status negativus* ist³⁴⁾. Er berücksichtigt hier meines Erachtens jedoch die Zeitbedingtheit auch des Grundrechtsbegriffes nicht genügend. Eine aus einer bestimmten gesellschaftlichen und politischen Situation erwachsene Vorstellung behält nicht unverändert

³⁰⁾ Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 594; vgl. auch Verfassungslehre, unveränderter Neudruck der Aufl. von 1928, 1954, S. 169.

³¹⁾ Sperrung von mir.

³²⁾ HdbDStR Bd. 2, S. 604.

³³⁾ Verfassungslehre a. a. O., S. 21 ff.

³⁴⁾ Vgl. Voigt, Geschichte der Grundrechte, 1948.

ihre Gültigkeit³⁵⁾. Der Verfassungsgesetzgeber ist in der Lage, in der Verfassungsurkunde echte Individualrechte mit Grundrechtscharakter zu statuieren, die weder Freiheits-, noch vorstaatliche Rechte sind³⁶⁾. Wenn Rechtsbewußtsein und politischer Wille des Verfassungsgesetzgebers sowie die Bedeutung der Norm ihre Aufnahme in die Verfassungsurkunde als eine Grundentscheidung über das staatliche Leben erscheinen lassen, so würde man auch vom Standpunkt einer am positiven Verfassungsbegriff orientierten Grundrechtstheorie den Grundrechtscharakter dieser Norm bejahen. Unabhängig davon können einem vom Verfassungsgesetzgeber als Grundrecht gesetzten Recht jedenfalls die stärkere Kraft und der erhöhte Schutz der traditionellen Grundrechte auch dann nicht ohne weiteres abgesprochen werden, wenn es keine derartige Grundentscheidung enthält und kein vorstaatliches Freiheitsrecht umfaßt.

Der Verfassungsgesetzgeber ist auch nicht, etwa unter naturrechtlichen Gesichtspunkten, verpflichtet, die Rechte, die er als Grundrechte statuiert, allen Personen unterschiedslos zu gewähren. Vielmehr kann er gewisse Grundrechte nur den eigenen Staatsangehörigen zugestehen³⁷⁾. Er hat gerade in der Weimarer Verfassung mehrfach von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, zum Teil auch bei Freiheitsrechten³⁸⁾. Hauptsächlich aus zwei Gesichtspunkten ergibt sich, daß gerade das Recht auf Schutz gegenüber dem Auslande fremden Staatsangehörigen nicht gewährt zu werden braucht und auch nicht allgemein gegeben werden kann. Einmal steht nach völkerrechtlichen Grundsätzen das Schutzrecht einem Staat nur hinsichtlich der eigenen Bürger zu³⁹⁾. Nur auf Grund besonderer Umstände darf er als Schutzmacht

³⁵⁾ Vgl. zu der Erscheinung der Begriffsentwicklung unter verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten insbesondere Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 6. Aufl. 1956, S. 119 f.

³⁶⁾ So auch Klein in v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1955, Vorbem. A IV 2 und B IV 1 zum Grundrechtsteil.

³⁷⁾ So auch v. Mangoldt-Klein, a. a. O., Vorbem. A II 3 e und B V zum Grundrechtsteil.

³⁸⁾ Vgl. Art. 111 Abs. 1, 112 Abs. 1-3, 115, 118 Abs. 1, 123 Abs. 1, 124 Abs. 1, 126 Abs. 1 und 128 Abs. 1 WRV.

³⁹⁾ Borchard, Diplomatic protection of citizens abroad, Neudruck der Auflage von 1915, 1922, S. 462, und Protection diplomatique des nationaux à l'Étranger, im Annuaire de l'Institut de Droit International, 1931 Bd. 1, S. 256, 277 ff. Siehe auch Herbert Kraus ebenda, S. 480 ff., und – zum Schutzrecht über Juristische Personen – Schneeberger I, S. 1 ff.; Oppenheim-Lauterpacht, International Law, 8. Aufl. 1955, Bd. 1, S. 686. Eine Einschränkung des Schutzrechts auch über eigene Staatsangehörige unter bestimmten Umständen bejaht neuestens der Internationale Gerichtshof im Fall Nottebohm (*Liechtenstein v. Guatemala*, Urteil vom 6. 4. 1955; ICJ Reports 1955, S. 22 ff.). Vgl. außer den Dissenting Opinions auch die überwiegend kritischen Bemerkungen u. a. von Makarov in dieser Zeitschrift Bd. 16 (1955/56), S. 407 ff.; Verzijl in Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht, Jg. 3 (1956), S. 33 ff.; Löwenfeld in Archiv des Völkerrechts,

auch für fremde Staatsangehörige tätig werden⁴⁰⁾. Zum anderen fehlt das Band des besonderen Treueverhältnisses und der Personalhoheit, das – wenn auch mit Einschränkungen⁴¹⁾ – zwischen einem Staat und seinen Bürgern auch dann noch fort dauert, wenn diese einer fremden Territorialhoheit unterstehen. Mit ihm entfällt das eigentliche Motiv für die Schutzgewährung.

Gewissen »wesentlich sozialistischen Rechten«⁴²⁾ mochte der Grundrechtscharakter deshalb zu versagen sein, weil die Weimarer Verfassung, wie Carl Schmitt ausführt, die Grundentscheidung für den bürgerlichen Rechtsstaat getroffen und damit die Ablehnung einer sozialistischen Gesellschaftsordnung impliziert hatte⁴³⁾. Der Schluß, daß jedem einzelnen auf Fürsorge oder sozialen Schutz gerichteten Anspruch in der Verfassungsurkunde lediglich wegen einer implizierten grundsätzlichen Entscheidung gegen ein sozialistisches Staatswesen der Charakter eines echten Individualrechtes fehlen müsse, ist jedoch nicht zwingend. Der Kompromiß zwischen einer bürgerlichen und einer sozialistischen Gesellschaftsordnung in der Weimarer Verfassung mochte nur ein scheinbarer sein⁴⁴⁾. Er war es dann aber eben nur in Bezug auf die Grundentscheidung, jedoch nicht im Hinblick auf eine Regelung von solchen einzelnen Fürsorge- oder Schutzrechten, deren Statuierung schon damals im Rahmen auch eines bürgerlichen Rechtsstaates möglich erschien. Es trifft allerdings zu, daß die – in der Regel nicht vortaatlichen – sozialen, das heißt »auf Teilhabe gerichteten Rechte« einer Verfassung auf andere geistesgeschichtliche Wurzeln zurückgehen⁴⁵⁾ und zudem bei der Durchführung und Auslegung wesentlich größere Schwierig-

Bd. 5 (1955/56), S. 387 ff. und Jones in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 5 (1956), S. 230 ff.

⁴⁰⁾ Vgl. Art. 36 des Schweizerischen Konsularreglements vom 26. 10. 1923, *Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen*, NF Bd. 39 (1923), S. 367 ff., 391; Guggenheim, a. a. O., S. 322 und die Entscheidung des StIGH im Falle der Panevezys-Saldutiskis-Eisenbahn, Serie A/B 76, S. 16. Zum Schutz von Flüchtlingen vgl. Rotholz, *Der Begriff der «protection juridique et politique»*, AVR Bd. 2 (1949/50), S. 405 ff.; Jahn, *Der völkerrechtliche Schutz von Flüchtlingen* (ungedr. Bonner Diss. o. J.).

⁴¹⁾ Vgl. Oppenheim-Lauterpacht, a. a. O., S. 679 f. Überhöht erscheinen die Anforderungen, die der Internationale Gerichtshof für die Ausübung des Schutzrechts an das Band zwischen dem Staat und seinen Bürgern stellt. Siehe S. 24 ff. des oben Anm. 39 angeführten Nottebohm-Urteils und S. 38 ff., 54 ff. der *Dissenting Opinions* sowie die oben in Anm. 39 erwähnten Autoren.

⁴²⁾ Heute, 28 Jahre nach dem ersten Erscheinen der »Verfassungslehre«, würde man wohl von sozialen Rechten sprechen.

⁴³⁾ A. a. O., S. 30.

⁴⁴⁾ Schmitt, a. a. O.

⁴⁵⁾ Vgl. v. Mangoldt-Klein a. a. O., Vorbem. A IV 2 und 3 zum Grundrechtsteil.

keiten bereiten können, als die traditionellen Freiheitsrechte⁴⁶⁾. Daraus können sich erhebliche Bedenken gegen die Aufnahme derartiger Rechte in eine Verfassungsurkunde ergeben. Das steht jedoch auf einem anderen Blatt⁴⁷⁾.

Die eben angeführten Gründe von Carl Schmitt für die Ablehnung des Grundrechtscharakters »der wesentlich sozialistischen Rechte« gelten im übrigen nicht für den Anspruch auf Auslandsschutz. Art. 112 Abs. 2 WRV stand, wie im einzelnen noch zu zeigen sein wird⁴⁸⁾, in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem System der direkten oder indirekten Güterverteilung durch staatliche Maßnahmen. Der gleiche Grundsatz fand sich in der Paulskirchen-Verfassung und den beiden der Weimarer Verfassung vorangegangenen Grundgesetzen, die keine sozialen Rechte enthielten⁴⁹⁾.

b) Schwerer als die bisher angeführten Bedenken gegen den Grundrechtscharakter des Schutzanspruchs wiegt das Argument, der Rechtsanspruch sei zu unbestimmt, Art. 112 Abs. 2 WRV sei ohne nähere Konkretisierung nicht anwendbar⁵⁰⁾. Dazu ist folgendes zu bemerken:

Es ist richtig, daß verschiedene soziale »Grundrechte« der Weimarer Verfassung trotz ihres eindeutig erscheinenden Wortlauts keine echten Individualansprüche begründeten, sondern im wesentlichen Programmsätze an die Adresse des Gesetzgebers waren⁵¹⁾. Das gilt besonders für Art. 119 Abs. 2 Satz 1 und 3⁵²⁾. Ein gewisser Unterschied zwischen diesen Verfassungssätzen und Art. 112 Abs. 2 ergibt sich jedoch schon aus der äußeren Einordnung in die Verfassung⁵³⁾ und aus dem Umstand, daß in Art. 112 Abs. 2 »alle Reichsangehörigen«, dagegen in Art. 119 »kinderreiche Familien« oder gar »die Mutterschaft« als Träger des jeweiligen Anspruchs genannt waren. Im Hinblick auf den Rechtscharakter des Anspruchs auf Schutz gegenüber dem Ausland sind jedoch nicht diese eher äußerlichen Momente entscheidend. Es kommt vielmehr darauf an, ob er ebenso unbestimmt und

⁴⁶⁾ Das gilt selbst in einem Staat, der wesentliche Aufgaben der Daseinsvorsorge übernommen hat. Vgl. dazu besonders Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDtStL Heft 12, 1954, S. 19 ff. und Bachof ebenda, besonders S. 73 ff.; siehe auch v. Mangoldt-Klein, a. a. O. Vorbemerkung A IV 3 zum Grundrechtsteil sowie den Bericht von Barthels, Die Problematik der sozialen Grundrechte, DÖV 1955, S. 247.

⁴⁷⁾ Vgl. Forsthoff, a. a. O., S. 20.

⁴⁸⁾ Vgl. unten A II 3 b aa.

⁴⁹⁾ Siehe oben A I.

⁵⁰⁾ In diesem Sinne vor allem Gebhard und Carl Schmitt, a. a. O.

⁵¹⁾ So Anschütz, a. a. O., Anm. 2 und 3 zu Art. 119; Wieruscowski bei Nipperdey, a. a. O., Bd. 2, S. 73, 90, 92; Schmitt, a. a. O., S. 169 f.

⁵²⁾ »Kinderreiche Familien haben Anspruch auf ausgleichende Fürsorge« und »Die Mutterschaft hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staates«.

⁵³⁾ Art. 112 bei dem Abschnitt »Die Einzelperson«, Art. 119 bei dem Abschnitt »Das Gemeinschaftsleben«.

daher unvollziehbar war wie die »Rechte« der kinderreichen Familien oder der Mutterschaft jedenfalls bei dem damaligen allgemeinen Rechtszustand⁵⁴⁾. Die folgenden Ausführungen werden zeigen, daß der eigentliche Unterschied zwischen diesen und ähnlichen sozialen Rechten und dem Schutzanspruch in seiner Abhängigkeit vom Völkerrecht und von außenpolitischen Momenten begründet ist, in Momenten, die wahrscheinlich auch die Ergebnisse von Carl Schmitt wesentlich beeinflusst haben.

Bei der Frage nach der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit des Art. 112 Abs. 2 sind zwei Gesichtspunkte zu unterscheiden: Einmal könnten aa) die Voraussetzungen unklar sein, unter denen das Reich seinen Angehörigen Schutz zu gewähren, zum anderen bb) die Art und Weise, in der es seinen Verpflichtungen nachzukommen hatte, das heißt die Mittel, die bei der Erfüllung der Schutzverpflichtung anzuwenden waren.

aa) Eine gewisse Einschränkung für den Anwendungsbereich des Schutzanspruchs ergibt sich bereits aus der Formulierung »Schutz gegenüber dem Ausland«.

Man könnte auf den ersten Blick annehmen, es handle sich ganz allgemein um ein Recht für Deutsche im Ausland auf Schutz und Beistand und damit um eine Parallele zu § 1 des Konsulargesetzes vom 8. November 1867⁵⁵⁾. Danach sind die Konsuln »berufen, deutschen Staatsangehörigen sowie den Angehörigen anderer befreundeter Staaten in ihren Angelegenheiten Rat und Beistand zu gewähren«. Bei dieser Auslegung würde sich aus Art. 112 Abs. 2 ein Grundrecht auf Vornahme auch der konsularischen Akte ableiten lassen, die hin und wieder unter dem Begriff »Konsularschutz«⁵⁶⁾ zusammengefaßt und in vier Hauptgruppen eingeteilt werden: Erteilung von Auskünften, Vornahme behördlicher Akte (insbesondere notarieller Art), konsularische Vermittlung und Unterstützung von Hilfsbedürftigen⁵⁷⁾. Diese Interpretation ist jedoch nicht überzeugend. Vielmehr dürfte mit dem Anspruch auf Schutz gegenüber dem Ausland nach Art. 112 Abs. 2 WRV lediglich der Schutz gegen ausländische öffentliche Gewalt im weitesten Sinne des Wortes gemeint sein. Nur dies entspricht dem Wortlaut und ist mit der Geschichte des Schutzanspruchs wie mit den Absichten

54) Dafür, daß soziale Rechte sich nicht ohne weiteres durch ihre Unbestimmtheit von traditionellen Grundrechten unterscheiden müssen, siehe v. Mangoldt-Klein, a. a. O., Vorbemerkung A IV 3 zum Grundrechtsteil.

55) BGBl., S. 137, jetzt gültig in der Fassung des Gesetzes vom 14. 5. 1936 (RGBl. I, S. 447), geändert durch Gesetz vom 16. 12. 1950 (BGBl., S. 784).

56) Richtiger wäre es hier vom Konsularschutz im weiteren Sinne zu sprechen. Im engeren Sinne umfaßt er in der Hauptsache das Eintreten konsularischer Behörden zugunsten der eigenen Staatsangehörigen gegenüber lokalen Behörden des fremden Staates, vgl. Maag, a. a. O., S. 86.

57) Vgl. Kraske, Handbuch des Auswärtigen Dienstes, 1939, S. 184 ff.

des Verfassungsgesetzgebers vereinbar. In den Verfassungsbestimmungen, auf die Art. 112 Abs. 2 WRV zurückging, war an ein allgemeines Recht auf staatliche Tätigkeit, insbesondere an einen Anspruch auf bestimmte Amtshandlungen, die dem konsularischen Dienst obliegen, und auf Schutz und Hilfe in wirtschaftlicher Not zweifellos nicht gedacht. Auch bei der Formulierung und Entwicklung der Weimarer Verfassung war es zu einem allgemeinen, verfassungsrechtlich begründeten Fürsorgeanspruch mit unmittelbarer Wirkung noch nicht einmal im Inland gekommen. Dem Art. 163 Abs. 2 Satz 2⁵⁸⁾ wurde ganz überwiegend der Charakter eines echten, unmittelbar für alle Deutschen geltenden Individualrechtes abgesprochen⁵⁹⁾. Um so weniger kann man annehmen, daß ein derart weitgehender Anspruch durch Art. 112 Abs. 2 den Deutschen im Ausland gewährt werden sollte. Das läßt sich auch aus § 1 des Konsulargesetzes schließen. Danach waren die Konsuln nicht nur auf die durch Gesetze und Gewohnheiten ihres Amtsbezirkes gezogenen Schranken verwiesen, sondern zur Leistung von Schutz und Beistand nur im Rahmen der Bundesgesetze und der Dienstinstruktionen berufen⁶⁰⁾. Hätte Art. 112 Abs. 2 ein allgemeines Beistandsrecht statuieren wollen, so wäre der Vorbehalt zugunsten der Gesetze und Dienstinstruktionen in §§ 1 und 26⁶¹⁾ des Konsulargesetzes insoweit verfassungswidrig gewesen. Meines Wissens sind jedoch niemals derartige Zweifel erhoben worden. Vielmehr gelten diese Vorschriften des Konsulargesetzes bis heute weiter. So hat Staatssekretär Bleek vom Bundesministerium des Innern in der Fragestunde des Bundestages am 15. Dezember 1955 erklärt, daß die Heimschaffung notleidender Deutscher durch die Auslandsvertretungen auf Grund des Konsulargesetzes und der Amtsinstruktionen in der Regel nur bei Übernahme einer Rückzahlungsverpflichtung zulässig sei⁶²⁾. Schließlic h deutet die Ausdehnung des Schutzanspruchs auf Deutsche innerhalb des Reichsgebietes darauf hin, daß an Schutz gegen ausländische Staatsgewalt gedacht war.

⁵⁸⁾ »Soweit ihm [dem Deutschen] angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt«.

⁵⁹⁾ Anschütz a. a. O., Anm. 3 zu Art. 163; Weigert bei Nipperdey, a. a. O., Bd. 3, S. 499; Schmitt, a. a. O., S. 169.

⁶⁰⁾ Vgl. den Runderlaß des Auswärtigen Amtes vom 31. 12. 1927 bei Herbert Kraus, Der Auswärtige Dienst des Deutschen Reiches, 1932, S. 634 und die Entscheidung des Reichsgerichtes in Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 91 (1937), S. 336 f.

⁶¹⁾ § 26: »Hilfsbedürftigen deutschen Staatsangehörigen haben die Konsuln die Mittel zur Milderung augenblicklicher Not oder zur Rückkehr in die Heimat nach Maßgabe der ihnen erteilten Amtsinstruktion zu gewähren.«

⁶²⁾ Verhandlungen des 2. Deutschen Bundestags. Bericht über die 120. Sitzung, S. 6368 D ff.; vgl. auch die 142. Sitzung, a. a. O., S. 7370 C.

Zu diesem Ergebnis führt auch ein praktischer Gesichtspunkt. Der Deutsche im Ausland untersteht der Territorialhoheit des Aufenthaltsstaates. Er hat sich in der Regel freiwillig in eine fremde Rechts- und Wirtschaftsordnung begeben und damit ein gewisses Risiko auf sich genommen. Er muß jedenfalls bei vernünftiger Überlegung wissen, daß er von seinem Heimatstaat gerade in wirtschaftlichen Nöten nicht stärkere, sondern eher geringere Hilfe erwarten kann als im Inland.

Aus all diesen Gründen läßt sich das *argumentum a maiore ad minus* zur Begründung eines allgemeinen grundrechtlich fundierten Anspruchs der Deutschen im Ausland auf Amtshandlungen und auf Fürsorge nicht heranziehen. Der Reichsbürger konnte sich auf Art. 112 Abs. 2 WRV nur dann berufen, wenn er des Schutzes des Reichs g e g e n ü b e r einer fremden Staatsgewalt bedurfte ⁶³).

Da es in der Regel nicht den Konsuln, sondern den diplomatischen Vertretern und den Zentralbehörden des Heimatstaates obliegt, die eigenen Staatsangehörigen g e g e n ü b e r fremden Staaten zu schützen, konzentrieren sich die folgenden Erörterungen vor allem auf den diplomatischen Schutz im engeren Sinne – im Gegensatz zum konsularischen Schutz. Für die Konsuln mag es genügend Anlässe zur Schutzgewährung geben. Die Konsuln haben aber im Rahmen ihrer Zuständigkeit, die sich vorwiegend auf den Verkehr mit den fremdstaatlichen Behörden ihres B e z i r k e s erstreckt, nur wenige, wenn auch praktisch sehr wichtige Möglichkeiten zum Eingreifen, so im Hinwirken auf die Bestellung eines Offizialverteidigers in Strafsachen oder in Bemühungen, eine Verfahrensverschleppung zu hindern ⁶⁴). Bei weitergehenden Maßnahmen handelt es sich gewöhnlich um politische Akte, um Schritte diplomatischer Natur, zu denen die Konsuln ohne besonderen Auftrag durchweg nicht berufen sind ⁶⁵). Artikel 29 Abs. 1 a

⁶³) Vgl. die scharfe Unterscheidung zwischen der Rechtsschutzgewährung und anderen konsularischen Aufgaben in dem oben Anm. 40 erwähnten Schweizerischen Konsularreglement. Insoweit nicht klar Pohl, bei Nipperdey, a. a. O., S. 258 ff.

⁶⁴) Vgl. Kraske, a. a. O., S. 196; v. König, Handbuch des deutschen Konsularwesens, 8. Aufl. 1914, S. 439; Borchard, Diplomatic protection, a. a. O., S. 435–438.

⁶⁵) v. König, a. a. O., S. 223; siehe auch Art. 32 des oben Anm. 40 erwähnten Schweizerischen Konsularreglements; Maag, a. a. O., S. 81 und die Übersicht über die Mittel des Auslandsschutzes bei Borchard, Diplomatic protection, a. a. O., S. 439 ff. Als am 26. 1. 1945 in Durban entflohen Fremdenlegionäre von den örtlichen südafrikanischen Polizeibehörden anscheinend ohne Wissen der südafrikanischen Regierung an französische Stellen ausgeliefert wurden, schaltete sich die deutsche Botschaft in Pretoria ein, da die Wahrscheinlichkeit bestand, daß auch deutsche Staatsangehörige unter den Entflohenen waren. Am 14. 3. 1956 teilte das Auswärtige Amt dem südafrikanischen Botschafter in Bonn unter Hinweis auf die »Reaktion der deutschen Öffentlichkeit« mit, »daß unsere freundschaftlichen Beziehungen zu Südafrika belastet werden würden, falls in Zukunft Fremdenlegionäre deutscher Staatsangehörigkeit durch südafrikanische Behörden ausgeliefert würden«; siehe 2. Deutscher Bundestag, 136. Sitzung, S. 7013 A ff.

des Schweizerischen Konsularreglements von 1923, der einen größeren Spielraum für die konsularische Schutzstätigkeit vorzusehen scheint, wird durch die Art. 49 und 50 stark eingeschränkt⁶⁶⁾. Auf die Tatsachen, daß die Ausübung des Schutzes der eigenen Staatsangehörigen gegenüber fremder Staatsgewalt in erster Linie den diplomatischen Vertretungen übertragen ist und daß die zahlreichen Variationsmöglichkeiten und das politische Moment bei den Schutzmaßnahmen allgemein gültige Regeln kaum zulassen⁶⁷⁾, könnte es zurückzuführen sein, daß die angeführten Werke zum Konsularrecht von Kraske, Kraus und v. König sich ebensowenig wie etwa von Bulmerincq⁶⁸⁾ und Zorn⁶⁹⁾ näher mit dem Schutz gegenüber dem Ausland befassen.

Die Anwendungsmöglichkeiten für den Schutzanspruch sind nicht nur dadurch begrenzt, daß er sich auf die Protektion gegenüber ausländischer öffentlicher Gewalt bezieht. Nach Art. 4 WRV galten die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts als bindender Bestandteil des deutschen Reichsrechts. Sie waren dem einfachen Reichsgesetz gleichgestellt⁷⁰⁾. Schon aus der Völkerrechtsfreundlichkeit der Weimarer Verfassung läßt sich schließen, daß ein Anspruch des Bürgers auf Schutz gegenüber ausländischer Staatsgewalt überhaupt nur dann bestehen konnte, wenn das Völkerrecht ein Einschreiten zuließ. Jedoch könnte man auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung in der Art des Art. 4 WRV nicht annehmen, daß der Verfassungsgesetzgeber den Bürgern Ansprüche mit Grundrechtscharakter auch insoweit zubilligen wollte, als die Erfüllung den Staat zu einem völkerrechtswidrigen Verhalten nötigen würde⁷¹⁾.

⁶⁶⁾ Art. 49: »Der vom Konsul zu gewährende allgemeine Rechtsschutz erstreckt sich auf die Intervention bei den örtlichen Behörden im Falle rechtsungleicher Behandlung von Schweizern und der Mißachtung der ihnen durch die bestehenden Staatsverträge zugesicherten Rechte. Beschwerden, die bei der Regierung des betreffenden Landes einzubringen sind, werden, sofern in dem Lande eine schweizerische Gesandtschaft besteht, durch diese erhoben. Der Konsul macht die Gesandtschaft von sich aus auf Fälle aufmerksam, in denen deren Intervention notwendig oder wünschenswert erscheint.«

⁶⁷⁾ Darüber im einzelnen unten A II 3 b bb.

⁶⁸⁾ Consularrecht in v. Holtzendorffs Handbuch des Völkerrechts, Bd. 3 (1887), S. 685 ff.

⁶⁹⁾ Gesandtschafts- und Konsularrecht im Handbuch des Völkerrechts, hrsg. von Stier-Somlo, Bd. 3, Abt. 1, 1920.

⁷⁰⁾ Vgl. Anschütz, a. a. O., Anm. 8 zu Art. 4. Aus den Erwägungen unten bei B I 1 gab Art. 4 keine Grundlage für den Anspruch auf Auslandsschutz. Andererseits stehen weder Völkerrechtsnormen noch das Prinzip der Unabhängigkeit der Staaten auf der völkerrechtlichen Ebene einer Verpflichtung zur Schutzgewährung gegenüber den Staatsbürgern auf der Ebene des innerstaatlichen Rechts entgegen. Siehe Borchard, Diplomatic protection, a. a. O., S. 32.

⁷¹⁾ Vgl. Gebhard, a. a. O., Anm. 4 b zu Art. 112; siehe auch den Vorbehalt zugunsten von Staatsverträgen mit dem Empfangsstaat und zugunsten seiner Gesetzgebung in Art. 31 Abs. 3 des Schweizerischen Konsularreglements vom 16. 12. 1919, Aml. Sammlg.

Ein Staat, der sich an das Völkerrecht gebunden fühlt und Schritte zum Schutze seiner Staatsangehörigen gegen über dem Ausland nur dann unternimmt, wenn er sich nach Völkerrecht dazu für berechtigt hält, wird schutzgewährend vor allem dann eingreifen, wenn er seine Bürger in Rechten oder rechtlich geschützten Interessen verletzt glaubt, die auf Grundsätzen des Völkergewohnheitsrechtes oder auf Vertragsrecht beruhen⁷²⁾. Zwar ist dem Heimatstaat durch das Völkerrecht nicht untersagt, etwa Vorstellungen bei fremden Staaten zu erheben, ohne daß diese im Völkerrecht begründete Rechtspositionen verletzt haben. Er kann sich zugunsten der eigenen Bürger auch auf Grund von Billigkeitserwägungen einsetzen⁷³⁾. Schritte, die, wie zum Beispiel Repressalien, wesentlich weiter gehen und eine Völkerrechtsverletzung voraussetzen, darf er jedoch nur unternehmen, wenn er sich auf eine Rechtsgrundlage im Völkerrecht stützen kann.

Das Recht zum Einschreiten kann sich vor allem aus einer völkerrechtswidrigen Tätigkeit der Gesetzgebung, der Verwaltung oder der Rechtsprechung des fremden Staates ergeben. Es kann auch durch ein passives Verhalten, zum Beispiel dadurch begründet sein, daß dieser es unterläßt, Eingriffe in die Rechte deutscher Staatsangehöriger zu ahnden, obwohl er nach Völkerrecht dazu verpflichtet wäre⁷⁴⁾.

Naturgemäß ließe sich keine Regel für sämtliche Fälle mit den zahllosen möglichen Unterschieden aufstellen. Die allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung des Schutzrechtes sind jedoch genügend bestimmbar⁷⁵⁾. In den praktisch wichtigsten Fällen der Schutzgewährung, nämlich bei Verstößen des fremden Staates gegen Völkerrechtsnormen, sind

der Bundesgesetze und Verordnungen, NF Bd. 36, S. 21 und Oppenheim-Lauterpacht, a. a. O., S. 45 ff. über die bei der Auslegung innerstaatlichen Rechtes zu beachtende Vermutung der Völkerrechtsgemäßheit.

⁷²⁾ Siehe den Wortlaut des Art. 49 des Schweizerischen Konsularreglements (oben Anm. 66) und Maag, a. a. O., S. 26 f. Vgl. als Beispiel für vertraglich geschaffene Rechte den Freundschafts-, Handels- und Konsularvertrag zwischen dem Deutschen Reich und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 8. 12. 1923 – RGBl. 1925 II, S. 795; 1935 II, S. 743 –, der nach der Suspendierung durch den Krieg mit dem sogenannten Interimsabkommen vom 3. 6. 1953 – BGBl. 1954 II, S. 721, 1051 – für wiederanwendbar erklärt wurde. Siehe auch den Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 29. 10. 1954 – BGBl. 1956 II, S. 487 ff. – und dazu Arnold-Hill-Kern in der Anlage zum Bundesanzeiger Nr. 141 vom 26. 7. 1955.

⁷³⁾ Maag, a. a. O., S. 42 f. und Feldscher, a. a. O., S. 289.

⁷⁴⁾ Vgl. Borchard, Diplomatic protection, a. a. O., S. 217 ff.

⁷⁵⁾ Vgl. u. a. Borchard, Diplomatic protection, a. a. O., S. 38 ff., 350; Roth, The minimum standard of international law applied to aliens, 1949; Guggenheim, a. a. O. Bd. 2, S. 312 ff.; Verdross, Völkerrecht, 3. Aufl. 1955, S. 285. Zur Frage der Staatenverantwortlichkeit siehe neuestens Garcia-Amador, Report on International Responsibility, International Law Commission, UN General Assembly, Eighth Session, Doc. A/CN. 4/96, S. 84 der englischen Fassung und den Annex ebenda.

bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Schutzgewährung vor allem drei Fragen zu berücksichtigen:

1. Ergibt sich aus den von dem Schutzbegehrenden behaupteten Tatsachen die Verletzung einer völkerrechtlich geschützten Rechtsposition, für deren Schutz der Heimatstaat eintreten darf, oder ist der Heimatstaat auch ohne eine derartige Rechtsverletzung zum Einschreiten berechtigt?

2. Sind die rechtlich erheblichen Tatsachenbehauptungen zutreffend? Im Zusammenhang mit diesem Punkt ist zu untersuchen, ob durch ein rechtswidriges Verhalten des Verletzten und unter Umständen auch seines Heimatstaates das völkerrechtliche Schutzrecht verwirkt ist ⁷⁶⁾.

3. Ferner ist zu prüfen, ob der Schutzbegehrende die Rechtsbehelfe des Staates erschöpft hat, gegen den er Hilfe beansprucht, da von gewissen Ausnahmen abgesehen nach allgemeinen Völkerrechtsgrundsätzen erst dann ein Einschreiten des Heimatstaates statthaft ist ⁷⁷⁾.

Diese Fragen sind, wenn es einen innerstaatlichen Rechtsweg für die Geltendmachung des Schutzanspruchs gibt ⁷⁸⁾, der richterlichen Kognition zugänglich. Die Aufklärung der Tatsachen ist vielleicht schwieriger als im Inland, aber wahrscheinlich in den meisten Fällen mit Hilfe der deutschen diplomatischen und konsularischen Vertretungen möglich. Auch die erste und die dritte Frage stellen die Gerichte in der Regel wohl nicht vor unüberwindliche Schwierigkeiten ⁷⁹⁾. Eine Nachprüfung völkerrechtlicher Fragen ist

⁷⁶⁾ Vgl. Borchard, *Protection diplomatique*, a. a. O., S. 399 ff. und Herbert Kraus ebenda, S. 486; Hyde, *International law chiefly as interpreted and applied by the United States*, 2. Aufl. 1947, Bd. 2, S. 1170 ff.; Hackworth, *Digest of international law*, Bd. 3 (1942), S. 279 ff. sowie Moore, *Digest of international law*, Bd. 6 (1906), S. 621 ff. und Bd. 3 (1906), Kapitel 10, Abschnitt 15 "Loss of right to national protection", S. 757 ff. Siehe neustens die oben Anm. 32 angeführte Entscheidung des IGH im Falle Nottebohm.

⁷⁷⁾ StIGH im Falle Panevezys-Saldutiskis-Eisenbahn, Serie A/B, Nr. 76, S. 18 und Borchard, *Protection diplomatique*, a. a. O., S. 398, 453; Oppenheim-Lauterpacht, a. a. O., S. 361; Guggenheim, a. a. O., Bd. 2, S. 21 ff. Vgl. auch *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1954, Bd. 1, S. 5 ff.; *Friedens-Warte*, Bd. 53 (1955/56), S. 253 ff. und F. Honig in dieser Zeitschrift Bd. 17 (1956/57), S. 133, 140 ff. Nach Art. 26 der (Europäischen) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950 (BGBl. 1952 II, S. 686) ist eine Individualbeschwerde erst bei der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsbehelfsverfahrens zulässig. Vgl. dazu Geck, Die Erschöpfung der "domestic remedies" gemäß Art. 26 der Europäischen Menschenrechtskonvention, DVBl. 1957, S. 41, und die Entscheidung der Menschenrechtskommission, ebenda S. 55. Zur Frage, wie weit die Calvo-Klausel und die Drago-Doktrin der Schutzausübung durch den Heimatstaat entgegenstehen können, vgl. Borchard, *Protection diplomatique*, a. a. O., S. 369 ff. und H. Kraus ebenda, S. 484 ff. sowie Guggenheim, a. a. O., Bd. 1, S. 312; Bd. 2, S. 25 ff. und Roth, a. a. O., S. 76 ff. sowie García-Amador, a. a. O.

⁷⁸⁾ Darüber unten A II 4 und B II 1 und 2.

⁷⁹⁾ So für die Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges Borchard, *Les principes de la Protection diplomatique des Nationaux à l'Étranger*, Bibliotheca Visseriana Bd. 3 (1924), S. 25; siehe auch Mann, *Völkerrecht im Prozeß*, SJZ 1950,

deutschen Gerichten nicht fremd. Unter der Weimarer Verfassung hatten sie gegebenenfalls zu entscheiden, ob eine Regel des Völkerrechts allgemein anerkannt war und damit als bindender Bestandteil des deutschen Reichsrechtes galt⁸⁰). Zudem konnten sie mit der Auslegung von Verträgen befaßt werden, die nach Art. 49 Abs. 3 WRV innerstaatliches Recht geworden waren⁸¹).

bb) Die Bedenken dagegen, daß Art. 112 Abs. 2 WRV einen echten Individualanspruch gewähre, lassen sich insoweit also nicht aus der Unbestimmtheit der Voraussetzungen für den Schutzanspruch herleiten. Sie ergeben sich vielmehr nur bei Vorliegen dieser Voraussetzung aus den folgenden, bei der Weimarer Verfassung und dem Bonner Grundgesetz in gleicher Weise auftauchenden Fragen.

Hatten die zuständigen Organe und Behörden des Reiches bestimmte Maßnahmen zu ergreifen oder mußten sie jedenfalls die Schritte unternehmen, die ihnen jeweils zur Schutzgewährung dienlich erschienen? Kann man bei einer verneinenden Antwort auf beide oder auf eine dieser Fragen überhaupt noch von einem echten Individualanspruch sprechen?

Artikel 112 WRV sagt über die Art der Schutzgewährung ausdrücklich ebensowenig etwas aus wie über ihre Voraussetzungen. Lassen sich die oben angeführten Voraussetzungen im Wege der Auslegung deshalb hinreichend bestimmen, weil es hier auf Rechtsfragen ankommt, so ist für die Mittel der Schutzgewährung vor allem das außenpolitische Moment von entscheidender Bedeutung.

Eine gewisse Einschränkung der zur Schutzgewährung dienenden Maßnahmen ergibt sich auch hier aus den voraufgegangenen Erwägungen über Art. 4 WRV und allgemein aus der Absicht des Verfassungsgesetzgebers, im innerstaatlichen Bereich keine Ansprüche auf ein staatliches Handeln zu gewähren, das zu einer Verletzung der Völkerrechtsordnung führen muß. Unter diesem Gesichtspunkt haben, wenn es nach dem Versagen anderer Mittel schließlich etwa zu Repressalien kommen könnte, diejenigen Maßnahmen von vornherein auszuschließen, die gegen den – nach überwiegender Meinung im Völkergewohnheitsrecht verankerten⁸²) – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Überhaupt sind alle Schritte zu vermeiden, die dem Völkergewohnheitsrecht oder völkerrechtlichen Abkommen des Reichs widersprechen, zum Beispiel Retorsionen oder – auch angemessene – Repressalien, wenn vertraglich vereinbart ist, sämtliche Streitigkeiten mit dem be-

Sp. 545 ff. und Herbert Kraus, Der deutsche Richter und das Völkerrecht, in der Laun-Festschrift 1953, S. 224 ff.

⁸⁰) Vgl. Anschütz, a. a. O., Anm. 2 zu Art. 4.

⁸¹) Anschütz, a. a. O., Anm. 10 zu Art. 45.

⁸²) Vgl. Oppenheim-Lauterpacht, a. a. O., 7. Aufl. 1952, Bd. 2, S. 141; Guggenheim, a. a. O. Bd. 1, S. 585; Verdross, a. a. O., S. 345.

treffenden Staate vor einem Schiedsgericht auszutragen. Die Prüfung dieser Fragen ist für die zuständigen deutschen Behörden und, falls ein Rechtsweg offensteht, auch für die Gerichte möglich⁸³⁾.

Die Beschränkung auf völkerrechtlich zulässige Maßnahmen verengt den Kreis, bedeutet aber schon deshalb keine Konkretisierung, weil die rechtlich erheblichen Momente naturgemäß von Fall zu Fall variieren. Sie würden allenfalls eine so indifferente Formulierung zulassen wie etwa »Alle Reichsangehörigen haben dem Ausland gegenüber Anspruch auf den Schutz des Reiches durch die jeweils völkerrechtlich zulässigen Maßnahmen«. Auch unter Berücksichtigung dieser Einschränkung besteht die Möglichkeit zur Auswahl zwischen zahlreichen verschiedenen Mitteln zur Erfüllung des Schutzanspruchs. P o h l nennt⁸⁴⁾ »Warnung und Raterteilung an Deutsche im Auslande, Auszahlung von Unterstützungsgeldern, nachrichtliche Mitteilungen an die zuständigen Behörden des fremden Staates, inoffizielle Schritte unserer Auslandsvertreter bei lokalen oder zentralen Behörden, offiziöse und offizielle Kundgebungen in Presse und Parlament, letztlich Drohungen und Kriegserklärungen«. Ferner führt er an: Empfehlungen von Reichsangehörigen und ihren Anliegen, Unterstützung und Verteidigung ihrer Rechte und Interessen in diplomatischen Notizen, Ersuchen um Aufklärung, um Mitteilung tatsächlicher Vorgänge, um Untersuchung von Vorkommnissen, Beschwerden, Proteste, Geltendmachung von Entschädigungsforderungen, Verlangen nach Genugtuung, Forderung schiedsgerichtlicher Erledigung eines Falles, Retorsionen, Repressalien, Selbsthilfe, Intervention bis zur Erzwingung einer Finanzkontrolle und dergleichen. Eine Art des Auslandsschutzes, die merkwürdigerweise kaum erwähnt wird, ist die Gewährung von Asyl⁸⁵⁾. P o h l bezieht bei seiner Aufzählung allerdings auch solche Handlungen ein, die, wie etwa Raterteilung, Zahlung von Unterstützungsgeldern und Empfehlung wirtschaftlicher Anliegen, nicht bei dem Begriff Schutz g e g e n - ü b e r dem Ausland unterzuordnen sind⁸⁶⁾ und die deshalb hier außer Betracht bleiben. An sie scheint S c h e u n e r zu denken, wenn er den Schutz der Staatsangehörigen zu der Verwaltung des Auswärtigen rechnet, die »nicht das Staatsganze in echter Handhabung der auswärtigen Politik ins Spiel führt«⁸⁷⁾. Hier gibt es keine festen Grenzen. Vor allem kann aus einem

⁸³⁾ Vgl. M a n n a. a. O. und Herbert K r a u s in der Laun-Festschrift a. a. O.

⁸⁴⁾ Schmollers Jahrbuch a. a. O., S. 571; vgl. auch § 183 ff. bei B o r c h a r d, Diplomatic Protection a. a. O., S. 435 ff.

⁸⁵⁾ Vgl. dazu neuestens U n g e r e r, Das diplomatische Asyl in deutschen Vertretungen Südamerikas, hektogr. Veröffentl. der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg, Heft 22 (1955), bes. S. 60.

⁸⁶⁾ Vgl. dazu oben A II 3 b, aa.

⁸⁷⁾ Der Bereich der Regierung, Smend-Festgabe (1952), S. 288.

anfänglich routinemäßigen Verwaltungshandeln unter Umständen ein politischer Akt werden.

Die Vielzahl der rechtlich zulässigen und praktisch möglichen Maßnahmen und der für die Auswahl in Betracht kommenden ständig variierenden Gesichtspunkte führt zu der Erkenntnis, daß die Wege zur Erfüllung des Schutzanspruchs nicht allgemein festzulegen sind⁸⁸⁾ und der Verfassungsgesetzgeber auch im Rahmen des Art. 112 Abs. 2 WRV den für die Leitung der Außenpolitik zuständigen Organen weitgehend Entscheidungsfreiheit zugesteht. Das allein entspricht ihrer verfassungsrechtlichen Stellung und Aufgabe. Man braucht sich dabei nicht auf das Parlament zu beschränken, dessen Zustimmung nach der Weimarer Verfassung zum Beispiel für eine Kriegserklärung erforderlich war⁸⁹⁾ und dessen Festlegung gerade in diesem Falle unmöglich erscheint. Auch die verfassungsrechtlich vorgesehene Handlungsfreiheit des Reichspräsidenten etwa bei der Ratifikation völkerrechtlicher Verträge, des Reichskanzlers bei der Bestimmung der Richtlinien der Politik und vor allem des speziell für die Außenpolitik verantwortlichen Außenministers ist zu berücksichtigen. Zwar sind Reichspräsident, Reichskanzler und Außenminister in politischen Fragen weder allgemein von rechtlichen Bindungen frei, noch bedürfen sie einer derartigen absoluten Freiheit. Auch hoheitliche Akte mit einem starken politischen Einschlag können unter verfassungsrechtlichen Vorbehalten⁹⁰⁾, insbesondere unter der Bindung an die Grundrechte stehen. Aber die Statuierung einer Verpflichtung zu einem bestimmten Handeln, die denkbar wäre, solange dieses nur im innerstaatlichen Bereich wirkt oder sich in einer reinen Verwaltungstätigkeit, wie zum Beispiel in Rat oder in finanzieller Unterstützung an Deutsche im Ausland, erschöpft, ist hier durch die besonderen Umstände ausgeschlossen. Die Unbestimmtheit liegt hier nicht nur im Wortlaut des Verfassungstextes begründet. Sie konnte nicht durch die Verfassungspraxis, insbesondere durch Gesetzgebung und Rechtsprechung überwunden werden, wie es bei den sozialen Rechten jedenfalls denkbar erscheint⁹¹⁾. Sie konnte auch nicht durch eine

⁸⁸⁾ So auch Pohl in Schmollers Jahrbuch, S. 571 und Borchard, Les principes, a. a. O. S. 35 f.

⁸⁹⁾ Art. 45 Abs. 2 WRV.

⁹⁰⁾ Vgl. dazu Scheuner, Grundfragen des modernen Staates, in Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 3 (1951), S. 135 und in der Smend-Festgabe a. a. O., S. 279, 282 sowie Hans Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, (1951), S. 41 mit Beispielen für rechtlich – allerdings nicht durch Grundrechte – gebundene Akte der Exekutive.

⁹¹⁾ Auch die mit den traditionellen Grundrechten verbundenen, von uns heute beinahe als Selbstverständlichkeit angesehenen Vorbehalte sind ja im Grunde Konkretisierungen, die der Gesetzgeber, die Exekutive und die Gerichte weitgehend vor dem Inkrafttreten der jeweiligen Verfassungsurkunde erarbeitet haben und die dann in den Verfassungstext übernommen worden sind. Es ist auch möglich, daß die Verfassung auf dem umgekehrten Weg konkretisiert wird, das heißt, daß eine unbestimmt erscheinende Formulierung nach-

Neufassung des Art. 112 Abs. 2 behoben werden, sondern war überhaupt nicht zu beseitigen. Denn die Maßnahmen zur Erfüllung des Schutzanspruchs sind wegen der Abhängigkeit der Schutzgewährung nicht nur von einer fremden Rechtsordnung, sondern vor allem von ständig wechselnden politischen Umständen außerhalb des eigenen Herrschaftsbereiches einfach nicht allgemein festzulegen.

Daher ist der Anspruch auf Schutz gegenüber dem Ausland hinsichtlich der bei der Erfüllung zu verwendenden Mittel einer Konkretisierung nicht fähig⁹²⁾.

In der Verknüpfung mit dem Völkerrecht, vor allem aber mit der Außenpolitik, die sich bereits hier gezeigt hat, liegt der grundsätzliche Unterschied zwischen dem Schutzanspruch und sozialen Rechten. Die starke Abhängigkeit von außenpolitischen Momenten hat für das Wesen des Schutzanspruchs nicht nur im Hinblick auf die Unbestimmtheit der Mittel zur Schutzgewährung, sondern noch unter einem weiteren Gesichtspunkt maßgebliche Bedeutung.

Bei der Entscheidung über die Erfüllung des Schutzbegehrens spielen Fragen mit, die auf den ersten Blick in keinem eigentlichen Zusammenhang mit dem Recht auf Schutz zu stehen scheinen⁹³⁾. Ist zum Beispiel die von einem fremden Staate beeinträchtigte Rechtsposition nur für den zunächst Betroffenen oder für einen größeren Personenkreis oder vielleicht gar für das ganze Volk von Bedeutung? Ist das Ziel des Schutzbegehrenden, etwa die Wiedereinsetzung in alte Rechte oder eine Ersatzleistung, voraussichtlich verhältnismäßig leicht (zum Beispiel durch bloße Vorstellungen) zu erreichen oder erfordert es einschneidende Maßnahmen (zum Beispiel Retorsionen oder Repressalien), die möglicherweise Risiken oder Gefahren für die Gesamtheit mit sich bringen und unter Umständen sogar zum Krieg führen können? Wiegt das – für sich genommen berechnete – Verlangen eines Einzelnen schwerer oder das Interesse der Gesamtheit etwa an der Erhaltung freund-

träglich im Wege der Verfassungspraxis einen gültigen Sinngehalt und ihre Abgrenzung erhält. Vgl. zu der Frage nach der Bestimmtheit und Bestimmbarkeit eines allgemeinen Fürsorgeanspruchs insbes. Forsthoff und Bachof, VVDStL a. a. O., S. 19 ff. und 52 ff.

⁹²⁾ Die Bemerkung von Gebhard a. a. O., daß man sich, wenn man Art. 112 Abs. 2 WRV nicht als subjektives öffentliches Recht gelten lassen wolle, »nur auf die rechtliche Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit des Schutzanspruchs stützen könne«, trifft aber nicht die letztlich entscheidende Frage; vgl. unten S. 497 ff.

⁹³⁾ Andererseits beeinflusst auch die Entscheidung über die Schutzgewährung weitere Fragen. Die Anerkennung fremder Regierungen kann durch den Wunsch beschleunigt werden, sich durch baldige Aufnahme diplomatischer Beziehungen bessere Möglichkeiten zum Schutz der eigenen Staatsangehörigen in ihrem Machtbereich zu verschaffen. Vgl. Zellweger, Die völkerrechtliche Anerkennung nach schweizerischer Staatenpraxis, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 11 (1954), S. 24 und Borchard, Diplomatic protection, a. a. O., S. 384.

schaftlicher, insbesondere wirtschaftlicher Beziehungen⁹⁴), vielleicht an der Erhaltung des Friedens mit den betreffenden Staaten? Die letzte Frage ist keine unzulässige Verwendung des *argumentum ad horrendum*. Sie ist nicht mit der – an sich zutreffenden – Bemerkung abzutun, derartige Fälle seien verhältnismäßig selten⁹⁵) und ließen sich durch eine geschickte Außenpolitik vermeiden. Wie weit die rechtliche Entscheidungsfreiheit der in der Außenpolitik zusammenwirkenden Staatsorgane bei der Auswahl der Mittel geht, läßt sich nur feststellen, wenn man fragt: Müssen ohne Rücksicht auf die Folgen nach einem etwaigen Versagen aller anderen Bemühungen schließlich die völkerrechtlich zulässigen Schritte getan werden, die am ehesten geeignet scheinen, den Schutzanspruch unter allen Umständen zu erfüllen?

Hier erscheint der – immer und überall jedenfalls latent vorhandene – Gegensatz zwischen dem Recht des Einzelnen und den Interessen der Allgemeinheit mit aller Deutlichkeit. Hier zeigt sich, daß der Anspruch auf Schutz unter einem praktischen Vorbehalt steht. Keine ihrer Pflichten bewußte Staatsführung kann es verantworten, die durch einen ausländischen Staat verletzten Rechte des einzelnen Bürgers auf eine Art und Weise wiederherzustellen, die einen ungleich größeren Schaden für die Allgemeinheit mit sich bringen würde. Das gilt nicht nur in Fällen der absoluten Unmöglichkeit, auf die man ohne Bedenken den Satz *ultra posse nemo obligatur* anwenden könnte.

Bleiben alle Schritte ergebnislos, so müssen die zuständigen Staatsorgane selbst von völkerrechtlich zulässigen Gewaltmaßnahmen nicht nur Abstand nehmen, wenn diese voraussichtlich keinen Erfolg versprechen, sondern auch dann, wenn mit einem Erfolg im Hinblick auf das spezielle Ziel, zugleich aber mit einem unverhältnismäßigen Schaden für die Gesamtheit zu rechnen ist. So wäre zum Beispiel von völkerrechtlich zulässigen Repressalien abzu- sehen, wenn sie den fremden Staat zwar zur Wiedergutmachung des einem einzelnen Bürger angetanen Unrechts zwingen, zugleich aber zum Abbruch der für die Gesamtheit wichtigen wirtschaftlichen Verbindungen zu diesem Staat führen könnten.

⁹⁴) Ein Anlaß zu einer derartigen Interessenabwägung ergab sich, als im Zusammenhang mit dem Abschluß eines neuen Handelsvertrags mit Rußland die diskriminierende Behandlung deutscher Staatsangehöriger jüdischer Abstammung durch die zaristischen Behörden ausgesprochen wurde. Das Auswärtige Amt wie die Sprecher im Reichstag gingen nicht ausdrücklich auf die Frage ein, ob man auf den Vertrag verzichten solle, wenn man kein Ende dieser Diskriminierung erreichen könne. Vgl. Verhandlungen des Reichstags 1903/1904, 1. Leg.Per., 1. Sess., Bd. 3, S. 2213 B ff., besonders S. 2222 C sowie die Kritik des Abgeordneten Müller am Auswärtigen Amt, S. 2221 B.

⁹⁵) So Pohl bei Nipperdey, S. 260.

Das in der politischen Praxis insoweit unvermeidliche Überwiegen des Allgemeininteresses über das Einzelinteresse kann nicht ohne Auswirkungen auf die Auslegung des Anspruchs auf Schutz bleiben⁹⁶⁾. Es führt zu einer Modifikation auch des Rechtes auf Schutz gegenüber dem Ausland. Obwohl der Vorbehalt zugunsten des Staatsganzen in der Verfassungsurkunde nicht ausdrücklich erwähnt ist, sondern nur in der insoweit verfassungsrechtlich feststehenden Handlungsfreiheit der für die Führung der Außenpolitik zuständigen Staatsorgane zum Ausdruck kommt, gehört er ebenso eng zu dem Schutzanspruch⁹⁷⁾ wie etwa der Schutz der Jugend zu der Meinungsfreiheit nach Art. 118 WRV. Denn der Staat hat auch ohne eine besondere Vorschrift dieser Art nicht nur die Rechte des Einzelnen, sondern vor allem »die Existenz, die Rechte und Interessen seiner selbst als Gesamtheit« der Bürger zu wahren⁹⁸⁾. Der Existenzvorbehalt, dessen Vorhandensein im Völkerrecht Bilfinger bejahte⁹⁹⁾, erscheint jedenfalls dann im innerstaatlichen Bereich, wenn über ein Verhalten zu entscheiden ist, das die Existenz der Gesamtheit (nach außen) berührt. Dieser Gedanke, der sich im Hinblick auf den Schutzanspruch gerade in schweizerischen Äußerungen findet¹⁰⁰⁾ und

⁹⁶⁾ Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung auf die Klage betreffend das Abkommen über das Statut der Saar den Gedanken ausgeführt, daß die »politischen Realitäten« nicht aus dem Blick zu verlieren sind; DVBl. 1955, S. 426 ff., 429; BVerfGE Bd. 4, S. 157, 168. Zwar bezieht sich das Urteil nur auf ein bestimmtes völkerrechtliches Abkommen, das von der Bundesrepublik in der besonderen politischen Lage des Jahres 1954 abgeschlossen wurde. Der Feststellung, daß den »politischen Realitäten« Rechnung zu tragen sei, kommt aber grundsätzliche Bedeutung auch für die Beurteilung unserer Frage zu.

⁹⁷⁾ Siehe zu anderen Schranken, die sich aus der Art und Weise der verfassungsrechtlichen Gewährleistung von Rechten ergeben, auch v. Mangoldt-Klein a. a. O., Vorbem. B XIV zum Grundrechtsteil. In diesem Sinne auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. 11. 1955, DVBl. 1956, S. 97, 100: »Es gehört ... zum Inbegriff der Grundrechte ..., daß sie nicht in Anspruch genommen werden, wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden; denn das Grundrecht setzt den Bestand der staatlichen Gemeinschaft voraus, durch die es gewährleistet ist. Solche Schranken sind dem Grundrecht immanent.« Vgl. auch Scheuner, DÖV 1955, S. 69 f. und BVerfGE Bd. 4, S. 15 f.

⁹⁸⁾ Wohl aus diesen Erwägungen schlägt Schneberger I, S. 6 Anm. 23 vor, der durch die oben S. 478 erwähnte Motion Vontobel angeregte schweizerische Verfassungsartikel solle klarstellen, daß der Bundesrat für die Schutzgewährung Land und Volk, nicht aber den einzelnen Interessierten verantwortlich sei. Es ist nicht anzunehmen, daß die Urheber der Motion dieses Ziel im Auge gehabt haben. Vgl. auch A. Haenel, Deutsches Staatsrecht, Bd. 1 (1892), S. 532; Gebhard, a. a. O., Anm. 4 b zu Art. 112 und Bilfinger, Betrachtungen über politisches Recht, diese Zeitschrift Bd. 1 (1929), Teil 1, S. 57 ff.

⁹⁹⁾ A. a. O.

¹⁰⁰⁾ Vgl. Notiz des Politischen Departements über die Frage: »Hat der Schweizerbürger gegenüber der Eidgenossenschaft einen Rechtsanspruch auf Gewährung des diplomatischen und konsularischen Schutzes?«, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 7 (1950), S. 188; Botschaft des Schweizerischen Bundesrates vom 29. 10. 1948, Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1948 III, S. 669; Entscheidung des schweizerischen

auch in Art. 2 der Schweizerischen Verfassung¹⁰¹⁾ sowie in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 des bereits erwähnten Schweizerischen Konsularreglements vom 26. Oktober 1923¹⁰²⁾ zum Ausdruck kommt, gilt unabhängig von einer besonderen Verfassungsvorschrift ganz allgemein als Folgerung aus dem Wesen und den Aufgaben des Staates¹⁰³⁾. Insofern ist die oben angeführte¹⁰⁴⁾ Feststellung von Carl Schmitt zutreffend, der Schutzanspruch sei rechtlich verbindlich und nach Möglichkeit¹⁰⁵⁾ zu beachten.

Vor allem deshalb, weil sich der Weimarer Verfassungsgesetzgeber wegen des Fehlens einer gerichtlichen Durchsetzungsmöglichkeit für den Schutzanspruch¹⁰⁶⁾ jedenfalls im Hinblick auf verwaltungsgerichtliche Klagen nicht näher mit ihm auseinandersetzen mußte, konnte er einen grundrechtlichen Anspruch auf Schutz gegenüber dem Ausland ohne eine ausdrückliche Einschränkung statuieren¹⁰⁷⁾.

Der Vorbehalt zugunsten des Allgemeininteresses engt den Schutzanspruch ein, hebt ihn aber nicht auf. Er bezieht sich hier nur auf die Fälle, in denen »das Staatsganze in echter Handhabung der auswärtigen Politik ins Spiel geführt wird«¹⁰⁸⁾. Man wird davon ausgehen können, daß sie nicht häufig sind, da sich die Interessen des Staatsganzen und des schutzbegehrenden Einzelnen in der Regel decken werden¹⁰⁹⁾. Nur in bestimmten, bereits angedeuteten Ausnahmefällen ist der Vorbehalt im Rahmen der obigen Ausführungen auch ohne eine besondere Bestimmung im Verfassungstext von Bedeutung und berechtigt.

Die Berechtigung und Wirksamkeit des Vorbehalts ergibt sich insbesondere aus den folgenden Gesichtspunkten. Der Gegensatz zwischen Indivi-

Bundesgerichtes, Bd. 58 (1932), S. 476; Feldscher, Die Rechtsnatur des diplomatischen und konsularischen Schutzes, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 66 (1930), S. 292; Wehrli-Bleuler, Zur Frage Staatsangehörigkeit und diplomatischer Schutz, Schweizerische Juristen-Zeitung, Bd. 40 (1944), S. 85; Schneeberger I, S. 5; sowie Staatsangehörigkeit und diplomatischer Schutz, in Schweizerische Juristen-Zeitung, Bd. 39 (1942/43), S. 499; im folgenden »Schneeberger II«.

¹⁰¹⁾ »Der Bund hat zum Zweck: Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen außen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern, Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt.«

¹⁰²⁾ »Der Konsul hat alles zu tun, was die Interessen des Bundes und der Kantone fördert und zu unterlassen, was sie beeinträchtigt.«

¹⁰³⁾ Vgl. auch Pohl bei Nipperdey, S. 261 und Borchard, Diplomatic protection a. a. O., S. 351.

¹⁰⁴⁾ S. 483.

¹⁰⁵⁾ Sperrung von mir.

¹⁰⁶⁾ Vgl. dazu unten A II 4.

¹⁰⁷⁾ M. W. gibt es keine andere Verfassung mit einer dem Art. 112 Abs. 2 WRV entsprechenden vorbehaltlos scheinenden Grundrechtsbestimmung.

¹⁰⁸⁾ Der Halbsatz »...« stammt von Scheuner, Smend-Festgabe a. a. O., S. 288.

¹⁰⁹⁾ So auch Mag a. a. O., S. 104.

dual- und Allgemeininteresse findet sich zwar auch im innerstaatlichen Bereich, in dem ein derart weitreichender Vorrang des Allgemeininteresses in der Regel ohne eine entsprechende Verfassungsbestimmung abzulehnen ist. Dort ist die Situation anders. Die Interessenkollisionen lassen sich gewöhnlich mit innerstaatlichen Mitteln lösen. Die Verwirklichung eines allgemeinen Grundrechts etwa auf Fürsorge, die den Staat unter Umständen mit ungewöhnlichen Ausgaben belasten und dadurch die Allgemeinheit gefährden könnte, mag auf politische und wirtschaftliche Bedenken stoßen. Sie vollzieht sich aber auf dem innerstaatlichen Sektor und trifft dann jedenfalls unmittelbar nur auf innerstaatliche Einflüsse und Schwierigkeiten, die der Verfassungsgesetzgeber bei der Statuierung des Fürsorgeanspruchs weitgehend in seine Erwägungen einbeziehen konnte und – wie die ausdrücklichen Vorbehalte bei den meisten, nur im innerstaatlichen Bereich wirkenden Grundrechten zeigen – in der Regel auch einbezogen hat. Gesetzgebung und Rechtsprechung können den Anspruch näher konkretisieren und gegebenenfalls modifizieren¹¹⁰⁾. Notfalls kann er im Wege einer Verfassungsänderung aufgehoben werden. Die Folgen einer Fehlentscheidung im innerstaatlichen Bereich lassen sich im Normalfall ausgleichen, weil es bei einem Zusammenwirken der zuständigen Staatsorgane jedenfalls keine unüberwindlichen rechtlichen Hindernisse gibt und weil es sich auch bei politischen oder wirtschaftlichen Schwierigkeiten in erster Linie um Probleme handelt, die im eigenen Machtbereich liegen. Ganz anders verhält es sich mit dem Recht auf Schutz gegenüber dem Ausland. Die Verwirklichung hat im Rahmen einer anderen Rechtsordnung zu erfolgen, die das Reich in der Verfassung zum Teil ausdrücklich anerkennt und jedenfalls aus einer Reihe von gewichtigen Gründen zu beachten hat. Vor allem sind die Folgen eines rechtlich oder politisch verfehlten Schrittes gegenüber einem fremden Staat unter Umständen nicht einmal im Einzelfalle zu überblicken, erst recht nicht von vornherein vom Verfassungsgesetzgeber. Die Möglichkeiten des innerstaatlichen Rechts und der Politik können selbst bei Beschränkung auf völkerrechtlich zulässige Maßnahmen unzureichend zum Ausgleich eines Schadens sein, der bei Anwendung politisch verfehlter Mittel für die Allgemeinheit entsteht. In der Abhängigkeit des Schutzanspruchs von Umständen, die der Beeinflussung durch den Heimatstaat weitgehend entzogen sind, liegt der entscheidende Grund dafür, daß der Anspruch auch ohne eine ausdrückliche Einschränkung unter dem Vorbehalt zugunsten der Allgemeinheit steht.

Aus dem Vorrang des Allgemeininteresses ergibt sich nicht nur, daß der Heimatstaat im Einzelfall von der Schutzgewährung absehen, sondern auch,

¹¹⁰⁾ Vgl. BVerfGE Bd. 2, S. 286; Bd. 3, S. 4 ff.

daß er unter Umständen – etwa durch Abschluß von völkerrechtlichen Verträgen – auf die Durchsetzung des Schutzanspruchs mit bestimmten Mitteln und sogar auf jede Ausübung des Schutzrechts verzichten kann. Diesen Standpunkt vertrat auch der Staatssekretär im Reichsministerium des Innern, *Zweigert*, bei der Behandlung des deutsch-polnischen Liquidationsabkommens vom 31. Oktober 1925¹¹¹⁾. Hier ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen dem Verzicht auf die Ausübung des Schutzrechts und dem Verzicht auf das zu schützende Recht selbst¹¹²⁾. Allerdings kann eine Erklärung einen doppelten Verzicht umfassen. Das ist zum Beispiel in dem Abkommen zwischen der britischen und der polnischen Regierung über die Regelung finanzieller Fragen vom 11. November 1954 der Fall¹¹³⁾.

Die Frage, ob der Staat auf die Rechte seiner Bürger auch ohne ihre Einwilligung verzichten kann, ist umstritten. Die Denkschrift der Reichsregierung zum Vertrag von Rapallo¹¹⁴⁾ vertritt ebenso wie *Zweigert a. a. O.*, *Erich Kaufmann* und *Triepel*¹¹⁵⁾ die Ansicht, daß ein Verzicht des Heimatstaates auf den Schutz von privaten Rechten seiner Staatsangehörigen gegenüber dem Ausland diese Rechte selbst nicht vernichtet¹¹⁶⁾.

Im Gegensatz zu den einschlägigen Ausführungen von *Triepel* und *Erich Kaufmann* steht die Ansicht von *Borchard*¹¹⁷⁾. Das Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshofs im Falle Chorzów unterscheidet zwischen den Rechten des Einzelnen als solchen und den Rechten, soweit sie vom Heimatstaat geltend gemacht werden¹¹⁸⁾. *Menzel* geht auf die Zulässigkeit des Verzichts auf Forderungsrechte nach innerstaatlichem Recht nicht näher ein¹¹⁹⁾. Er hält die Verzichtserklärung nach Völkerrecht für zulässig¹²⁰⁾. Gerade deshalb, weil die Individualbeschwerde nach Art. 25 der

¹¹¹⁾ Verhandlungen des Reichstags, Bd. 427, Nr. 4316.

^{111a)} So auch *Scheuner* in *Reinhardt-Scheuner*, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 104.

¹¹²⁾ Treaty Series Nr. 77 (1954), Cmd. 9343. Vgl. auch die in dieser Zeitschrift, Bd. 17, S. 311 f. aufgeführten Urteile.

¹¹³⁾ Verhandlungen des Reichstags, Bd. 374, Nr. 4546. Bemerkung zu Art. 1 und 2 des Vertrags.

¹¹⁴⁾ Ungedruckte Gutachten vom Januar 1930 zum deutsch-polnischen Liquidationsabkommen.

¹¹⁵⁾ Die von *Anschütz*, *Carl Schmitt* und *Simons* erstatteten Gutachten zum deutsch-polnischen Liquidationsabkommen liegen mir nicht vor.

¹¹⁶⁾ Diplomatic protection, a. a. O., S. 358, 368.

¹¹⁷⁾ Serie A, Nr. 17 (1928), S. 28.

¹¹⁸⁾ Die Forderungsverzichtsklauseln gegenüber Deutschland in den Friedensverträgen von 1947. Rechtsgutachten. Heft 20 der hektographierten Veröffentlichungen der Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität Hamburg, 1955. Siehe auch die oben Anm. 112 angeführten Urteile.

¹¹⁹⁾ A. a. O., S. 29 ff. Vgl. auch das mir nicht vorliegende Gutachten von *Scheuner*, zitiert bei *Menzel*, S. 25 und BGHZ Bd. 19, S. 258 ff.

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 den schutzbegehrenden Individuen einen Rechtsbehelf auch ohne die Mitwirkung ihres Heimatstaates gewährt, ist sie von grundsätzlicher Bedeutung¹²⁰⁾. *In praxi* dürfte der Unterschied zwischen dem Verzicht auf die Ausübung des Schutzes eines Rechtes und dem Verzicht auf das Recht selbst oft nicht sehr groß sein, da den in ihren Rechten verletzten Personen gewöhnlich weder Rechtsbehelfe noch Machtmittel zur Verfügung stehen, um den Anspruch ohne Hilfe ihres Heimatstaates durchzusetzen¹²¹⁾.

Die eigentliche Besonderheit des Anspruchs auf Schutz gegenüber dem Ausland, der Unterschied zu anderen grundrechtlich verbrieften Ansprüchen lag und liegt demnach nicht in den Momenten, die bisher allgemein in den Vordergrund gestellt worden sind. Sie ergibt sich aus der Lösung des hier in besonderer Weise ausgeprägten Widerstreits zwischen den Interessen des einzelnen Bürgers und denen der Gesamtheit und aus der engen Verbindung mit der verfassungsrechtlich verankerten Handlungsfreiheit der im Bereich der auswärtigen Politik zusammenwirkenden Staatsorgane¹²²⁾. Nach den vorangegangenen Ausführungen läßt sich dieser Gegensatz folgendermaßen auflösen: Der Bürger konnte verlangen, daß das Reich jedenfalls bei einer Verletzung seiner völkerrechtlich gesicherten Rechte gegenüber dem ausländischen Staat schutzgewährend für ihn eintrat. Den zuständigen Behörden und Staatsorganen, in erster Linie den Beamten des Auswärtigen Amtes, dem Außenminister, dem Reichskanzler, unter Umständen sogar dem Reichspräsidenten und dem Reichstag¹²³⁾ oblagen die Prüfung und die Entscheidung, ob und in welcher Weise Schutz zu gewähren war. Dabei waren unter Beachtung des Völkerrechts alle erheblichen Umstände, vor allem die Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen. Waren die völkerrechtlichen Voraussetzungen für die Schutzgewährung gegeben und stand das Interesse des Staatsganzen ihr nicht entgegen, so durfte der Schutz nicht versagt werden. Die Wahl zwischen den geeigneten Maßnahmen oblag der zuständigen Stelle. Jedoch mußten auch völkerrechtlich zulässige und zur Schutzgewährung dienliche Maßnahmen dann außer Betracht bleiben, wenn sie nach

¹²⁰⁾ BGBl. 1952 II, S. 686 ff. Vgl. meine oben Anm. 77 angeführte Abhandlung mit weiteren Nachweisen.

¹²¹⁾ Zu der Frage, ob in dem einen oder anderen Verzichtsfall ein Entschädigungsanspruch gegen den Heimatstaat besteht, der sich auch auf Enteignungs- oder Aufopferungsbestimmungen gründen könnte, vgl. besonders die oben angeführten Gutachten von Triepel und Kaufmann. Zur Wirkung von Verzichtserklärungen für Gerichte dritter Staaten siehe besonders die oben Anm. 112 erwähnten Urteile.

¹²²⁾ Beispiele für andere sich widersprechende Leitgrundsätze im Bonner Grundgesetz bei Mosler, Kulturabkommen des Bundestaates, diese Zeitschrift Bd. 16 (1955/56), S. 32.

¹²³⁾ Art. 45 Abs. 1 und 2 WRV.

Ansicht der zuständigen Behörden und Staatsorgane dem Gesamtwohl widersprachen.

Da die zur Erfüllung des Schutzbegehrens angerufenen Stellen im Hinblick auf die Art und Weise der Schutzgewährung eine gewisse Entscheidungsfreiheit hatten und darüber hinaus nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet waren, den Schutz unter bestimmten Voraussetzungen zu versagen, über die die Verfassungsorgane selbst urteilten und über die bei einem Handeln durch Beamte des auswärtigen Dienstes letztlich der Außenminister oder der Reichskanzler zu entscheiden hatte¹²⁴), kann man von einem *uneingeschränkten Individualanspruch auf Schutz gegenüber dem Ausland, von einem alle Staatsorgane vorbehaltlos bindenden Grundrecht auf Auslandsschutz nicht sprechen*¹²⁵). Es blieb ein Anspruch auf Prüfung des Schutzbegehrens unter allen erheblichen Gesichtspunkten, auf eine pflichtgemäße Entscheidung, die ihnen in gebührender Weise Rechnung trug¹²⁶) und dann zur Schutzgewährung führte, wenn alle sonstigen Voraussetzungen erfüllt waren und insbesondere das Interesse des Staatsganzen nicht entgegenstand. Das war im Grunde ein Anspruch auf eine rechtlich fehlerfreie Vollziehung der bei richtiger Auslegung ihrer Unbedingtheit entleierten Norm¹²⁷).

Bei diesem »Verfassungsvollziehungsanspruch« handelt es sich jedoch nicht um einen bloßen Reflex objektiven Rechts, sondern um ein echtes, grundrechtlich fundiertes subjektives öffentliches Recht auf eine rechtlich fehlerfreie Entscheidung¹²⁸). Bei diesem Ergebnis sind Umfang und praktische Bedeutung des Schutzanspruchs jeweils im Einzelfall zu ermitteln.

Aus den obigen Darlegungen dürfte sich ergeben, daß eine andere Lösung kaum zu finden ist. Der Vorschlag von *M a g*¹²⁹), im Schweizer Recht den

¹²⁴) Vgl. unten A II 4.

¹²⁵) Vgl. allgemein zu der Frage »Ermessensspielraum – subjektive Rechte« *B a c h o f*, *VVDStL a. a. O.*, S. 76 und *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, 1951, S. 69 ff. und *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *JZ* 1955, S. 97 ff. sowie *F o r s t h o f f*, *Verwaltungsrecht*, a. a. O., S. 71 ff.

¹²⁶) So im Ergebnis *Ernst Rudolf H u b e r*, *Bedeutungswandel der Grundrechte*, *AöR* Bd. 62 (1933), S. 18.

¹²⁷) So *P o h l* bei *N i p p e r d e y a a. O.*, S. 257, allerdings unter Berufung auf das Fehlen von Rechtsbehelfen zur Durchsetzung des Anspruchs. *M a g* spricht a. a. O., S. 30 von einem Gesetzesvollziehungsanspruch. Siehe dort weitere Literaturangaben zum Schweizer Recht.

¹²⁸) Es ist nicht möglich, hier auf die zahlreichen umstrittenen Einzelfragen einzugehen, die zu dem Fragenkreis »subjektive öffentliche Rechte – Ermessen« gehören. Zu den Problemen »Reflexwirkung – subjektives öffentliches Recht« muß ich mich auf *B a c h o f*, *VVDStL*, a. a. O., S. 76, und *Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht*, *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, S. 195, berufen. Vgl. auch unten Anm. 189.

¹²⁹) *A. a. O.*, S. 107.

Schutzanspruch in gewissen, vom Gesetz umschriebenen Fällen zu garantieren, dürfte deshalb undurchführbar sein, weil eine nähere Umschreibung für Einzelfälle einfach nicht möglich ist. Die gleichen Bedenken gelten insoweit auch gegen die oben erwähnte Motion Vontobel¹³⁰⁾.

4. Die Durchsetzbarkeit des Schutzanspruchs;
§§ 839 BGB und 5 Ziff. 2 des Reichsbeamtenhaftungsgesetzes

Zu erwähnen ist noch das letzte der gegen den Grundrechtscharakter von Art. 112 Abs. 2 vorgebrachten Argumente, nämlich die von Georg Jellinek und Pohl vertretene Ansicht, Art. 112 Abs. 2 WRV gewähre deshalb kein echtes Individualrecht, weil es an Rechtsbehelfen zu seiner Durchsetzung fehle¹³¹⁾.

Es überzeugt nicht, da der Schluß von der Durchsetzbarkeit auf den Rechtscharakter nicht zwingend ist¹³²⁾. Das gilt auch bei der Beurteilung der Weimarer Verfassung, in der eine allgemeine Rechtsschutzklausel in der Art des Art. 19 Abs. 4 GG fehlte und die Klagbarkeit von den Regelungen durch Gesetze abhing, die vor der Verfassung in Kraft getreten waren. Da diese weder eine verwaltungsgerichtliche Generalklausel noch einschlägige Spezialvorschriften enthielten und der Schutzanspruch daher nicht vor die Verwaltungsgerichte gebracht werden konnte¹³³⁾, blieb nur übrig, gemäß § 839 BGB gegen den Beamten zu klagen, der nach Ansicht des Schutzbegehrenden durch eine ablehnende Entscheidung eine Amtspflichtverletzung begangen hatte. § 839 Abs. 1 BGB lautet:

»Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag«.

In diesem Zusammenhang ist das Gesetz über die Haftung des Reiches für seine Beamten von Bedeutung¹³⁴⁾. § 1 RBHG lautet:

¹³⁰⁾ S. 478. Nach Mitteilung von gut unterrichteter Seite sind die Aussichten für eine Verfassungsänderung im Sinne des Postulats äußerst gering.

¹³¹⁾ Vgl. oben A I.

¹³²⁾ Vgl. u. a. Carl Schmitt, Handbuch a. a. O., S. 591 Anm. 70; Gebhard, a. a. O., Anm. 4 zu Art. 112; Bachof, Vornahmeklage a. a. O., S. 65; und in der Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 300, besonders Anm. 51; Lauterpacht, International Law and Human Rights, 1950, S. 54 ff.; siehe auch RGZ 104, S. 58, 62, wonach der Beamte einen echten Rechtsanspruch auf Belassung im Amt hat, obwohl er nur vermögensrechtliche Ansprüche gerichtlich geltend machen kann.

¹³³⁾ Auch in der Schweiz fehlt es an wirksamen Rechtsbehelfen; vgl. M a a g, a. a. O., S. 33 ff.

¹³⁴⁾ Siehe oben S. 481.

»Verletzt ein Reichsbeamter (§ 1 des Reichsbeamtengesetzes) in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die in § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten das Reich«.

§ 5 Ziff. 2 bestimmt:

»Die Vorschriften dieses Gesetzes finden keine Anwendung: soweit es sich um das Verhalten eines mit Angelegenheiten des auswärtigen Dienstes befaßten Beamten handelt und dieses Verhalten nach einer amtlichen Erklärung des Reichskanzlers politischen oder internationalen Rücksichten entsprochen hat«.

Das Gesetz und seine Vorgeschichte ergeben nicht ohne weiteres, wie Pohl annahm¹³⁵), daß dem Reichsangehörigen kein Anspruch auf Schutz gegenüber dem Ausland zustand. Vielmehr ging der Gesetzgeber erkennbar von dem Bestehen eines Schutzanspruchs aus. Denn § 5 Ziffer 3 des Gesetzes hatte einen Haftungsausschluß des Reichs vorgesehen,

»soweit es sich um die Tätigkeit eines mit Angelegenheiten des Auswärtigen Dienstes befaßten Beamten handelt, welche die Gewährung des Schutzes gegenüber dem Ausland zum Gegenstand hat oder durch die auf eine ausländische Staatshoheit oder auf ausländische Rechtsvorschriften zu nehmenden internationalen Rücksichten veranlaßt ist«¹³⁶).

Im Ausschuß wurde das Wort »Tätigkeit« durch »Verhalten« ersetzt. Es stand fest, daß die Ersatzpflicht des Reiches auch bei einer durch eine Erklärung des Reichskanzlers gedeckten Untätigkeit hinsichtlich des Schutzanspruch ausgeschlossen werden sollte. Da die Verletzungen der Pflicht zur Schutzgewährung durch die Neuformulierung des § 5 Ziffer 2 erfaßt waren, erschien ihre besondere Erwähnung überflüssig¹³⁷). Nur deshalb, weil der Gesetzgeber Rechtsansprüche auch im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten, insbesondere den Schutzanspruch nach Art. 3 Abs. 6 aRV, grundsätzlich anerkannte¹³⁸), war § 5 Ziff. 2 RBHG überhaupt erforderlich. Eine allgemein gehaltene verfassungsrechtliche Garantie für die gerichtliche Durchsetzung von Individualansprüchen gab es weder unter der Verfassung von 1871, noch unter der Weimarer Verfassung¹³⁹). Die Frage des Schadens-

¹³⁵) Bei Nipperdey a. a. O., S. 258.

¹³⁶) Sperrung vom Verfasser.

¹³⁷) Siehe Verhandlungen des Reichstags Bd. 255, S. 8231, 8234; Bd. 270, S. 20; Bd. 275, S. 1912 f.

¹³⁸) Bei den Beratungen schien man in der Abgabe einer Erklärung gemäß § 5 Ziff. 2 einen das Gericht bindenden Beweis dafür zu sehen, daß der Beamte, auf dessen Verhalten sich die Erklärung bezog, nicht schuldhaft gehandelt hatte. Vgl. Verhandlungen des Reichstags, Bd. 275, S. 9114.

¹³⁹) Für die Schweiz vgl. Mag a. a. O., S. 34 ff.

ersatzanspruches gegen das Reich für Rechtsverletzungen war auch nicht untrennbar mit der Frage nach dem Bestand des verletzten materiellen Rechts – im Hinblick auf unsere Frage des Schutzanspruchs – verwoben. Daher war es ohne weiteres möglich, § 1 RBHG und später Art. 131 WRV¹⁴⁰⁾ durch den Ausschluß der Reichshaftung für Handlungen von Beamten des Auswärtigen Dienstes unter bestimmten Voraussetzungen zu modifizieren. Über die Fortgeltung des § 5 Ziff. 2 RBHG auch unter der Weimarer Verfassung bestand kein Zweifel¹⁴¹⁾. Auf Grund einer haftungsausschließenden Erklärung des Reichskanzlers gemäß § 5 Ziff. 2 RBHG verneinte die grundlegende Entscheidung RGZ 102, 166 die Haftung des Reiches gegenüber dem Ersatzanspruch eines Kaufmannes, den das Auswärtige Amt 1919 an einer Warenlieferung nach Rußland gehindert hatte. Das Reichsgericht hielt den Haftungsausschluß für vereinbar mit dem Prinzip der verfassungsrechtlich festgelegten Staatsverantwortlichkeit, da das Wort »grundsätzlich« in Abs. 1 und der Abs. 2 des Art. 131 eine bereits vorliegende nähere Regelung von Einzelheiten zulässig erscheinen ließ, sofern diese den besonderen Eigenarten bestimmter Beamtengruppen Rechnung trüge. Im übrigen schloß § 5 Ziff. 2 RBHG nach Ansicht des Reichsgerichts nicht den Rechtsweg, sondern bei Abgabe der Erklärung des Reichskanzlers lediglich die Passivlegitimation des Reiches aus – eine Begründung, die allerdings wegen ihrer formellen Betrachtungsweise jedenfalls dann nicht ganz überzeugt, wenn man durch Art. 131 WRV die Klage auch gegen den Beamten selbst ausgeschlossen glaubt¹⁴²⁾.

Im Hinblick auf die oben erörterten materiell-rechtlichen Fragen um den Schutzanspruch verdienen die Vorarbeiten für das Reichsbeamtenhaftungsgesetz eine kurze Erwähnung. Die obigen Erwägungen über den Gegensatz zwischen der politischen Entscheidungsfreiheit der zuständigen Staatsorgane und den Rechten des einzelnen Bürgers (A II 3) klangen bereits im Ausschlußbericht an¹⁴³⁾. Man suchte die Lösung durch eine Regelung der damals wichtigen, nämlich der prozessualen Frage im Verfahren gegen das Reich zu erreichen. Über die Widersprüchlichkeit in dem materiell-rechtlichen Anspruch selbst ging man hinweg. Weil es weder eine allgemeine Rechtsweg-

¹⁴⁰⁾ »Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden. Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob.«

¹⁴¹⁾ Vgl. Anschütz a. a. O., Anm. 14 zu Art. 131; Brand, Rechte und Pflichten der Beamten, bei Nipperdey, Bd. 2 1930, S. 273 und vor allem RGZ 102, S. 166, 170; von da an für § 5 Ziff. 1 RBHG st.Rspr., z. B. RGZ 111, S. 375, 379; 142, S. 190, 193.

¹⁴²⁾ Vgl. dazu B II 2, unten S. 542.

¹⁴³⁾ Verhandlungen des Reichstages Bd. 275, S. 1911 f.

klausel, noch einen keine Ausnahme zulassenden Verfassungssatz über die Staatshaftung gab, konnte damit ein Ergebnis erzielt werden, das den obigen Ausführungen nahe kommt. Da nur der Reichskanzler die Erklärung abgeben konnte¹⁴⁴), die zum Haftungsausschluß führte, war weitgehend gewährleistet, daß die Entscheidungen des Auswärtigen Amtes unter sorgfältiger Abwägung aller erheblichen Umstände erfolgten. Es war – unter dem parlamentarischen System der Weimarer Verfassung stärker als unter der Verfassung von 1871, die keine parlamentarische Verantwortlichkeit des Reichskanzlers kannte – damit zu rechnen, daß die Rechte des Einzelnen nur dann zurückzutreten hatten, wenn das wohlverstandene Interesse der Gesamtheit es wirklich forderte. Das deckt sich im wesentlichen mit der oben vertretenen Auffassung. Der Bürger hatte einen Rechtsanspruch auf sorgfältige Prüfung seines Schutzbegehrens. Das Auswärtige Amt, das in erster Linie zur Erfüllung des Anspruchs berufen war, hatte ihm gegenüber die Pflicht, Maßnahmen zu treffen, wenn es internationalen oder politischen Rücksichten, das heißt dem Völkerrecht und dem Allgemeininteresse nicht widersprach. Es war bei der Auswahl der Mittel an die gleichen Gesichtspunkte gebunden.

III. Die Rechtslage nach 1933

Es ist nicht erforderlich, hier näher auf die Zeit zwischen 1933 und dem Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes einzugehen. Nach ihrer Grundeinstellung hätte die nationalsozialistische Staatsführung allen Bürgern selbst einen modifizierten **R e c h t s a n s p r u c h** auf Schutz gegenüber dem Ausland nicht zugestehen können. Zu erwähnen ist neben der weitgehenden Aufhebung des Rechtsschutzes durch die polizeistaatliche Praxis lediglich eine formelle Einschränkung der allgemeinen Rechtsbehelfe, die einen etwaigen Anspruch auf Auslandsschutz berühren konnte. Nach § 147 Abs. 1 des Deutschen Beamtengesetzes vom 26. Januar 1937 konnte die oberste Dienstbehörde oder eine von ihr bestimmte Behörde in einem Amtshaftungsprozeß Einspruch erheben, wenn sie eine Amtspflichtverletzung nicht für gegeben hielt¹⁴⁵). Über den Einspruch sollte das erst später gebildete, nur kurzlebige Reichsverwaltungsgericht entscheiden¹⁴⁶). Nach Abschnitt II

¹⁴⁴) So RGZ 102, S. 166, 172 ohne nähere Prüfung der Frage, ob nicht unter der Weimarer Verfassung der Minister des Auswärtigen zuständig war. Vgl. dazu und zu den einschlägigen Bestimmungen im Grundgesetz unten B II 2.

¹⁴⁵) DBG; RGBl. I, S. 39.

¹⁴⁶) Vgl. dazu RGZ 154, S. 144, 149 f. Noch weitergehend das thüringische Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit von 1948; siehe dazu *Friesenhahn*, Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in *Recht, Staat, Wirtschaft*, Bd. 2 (1950), S. 272.

Ziff. 1 der Ersten Durchführungsverordnung zum Gesetz zur vorläufigen Regelung der im Dienst des Bundes stehenden Personen trat § 147 Abs. 1 DBG nicht als Bundesrecht in Kraft¹⁴⁷⁾. § 199 Abs. 1 Ziff. 2 des Bundesbeamtengesetzes vom 14. Juli 1953 hob das Deutsche Beamtengesetz auf¹⁴⁸⁾.

Von dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches bis zum Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes konnte ein Rechtsanspruch der Deutschen auf Schutz gegenüber ausländischer Staatsgewalt allenfalls im Verhältnis zu den deutschen Ländern bestehen. Die tatsächlichen Möglichkeiten zur wirksamen Schutzgewährung waren äußerst beschränkt.

B: Die gegenwärtige Rechtslage

I. Die Anspruchsgrundlagen

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 enthält keine Bestimmung, die wie Art. 112 Abs. 2 WRV ausdrücklich ein Recht auf Schutz gegenüber dem Ausland statuiert. Daher ist zu untersuchen, ob der Verfassungsgesetzgeber den in der deutschen Verfassungstradition verwurzelten Schutzanspruch aufgeben wollte oder ob sich das Fehlen einer derartigen Grundrechtsbestimmung aus anderen Gründen erklärt. Schließlich ist zu prüfen, ob andere grundgesetzliche oder sonstige Normen und rechtlich erhebliche Prinzipien Aufschluß über das Fortbestehen oder Erlöschen des Schutzanspruchs ergeben.

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Fragen ist die deutsche verfassungsrechtliche Tradition, auf der wesentliche – auch ungeschriebene – Grundsätze und Leitgedanken des Bonner Grundgesetzes beruhen¹⁴⁹⁾. Der Anspruch auf Schutzgewährung, der bereits in der Paulskirchen-Verfassung von 1848 zum Ausdruck kam, war in drei aufeinander folgenden rechtsstaatlichen deutschen Verfassungsurkunden statuiert. Er war zu einem festen Bestandteil des Verfassungsrechts geworden. Der oben umrissene Meinungsstreit über den Grundrechtscharakter von Art. 3 Abs. 6 aRV und Art. 112 Abs. 2 WRV steht dieser Feststellung nicht entgegen. Die seinerzeit gegen das Bestehen eines subjektiven öffentlichen Rechtes geäußerten Bedenken sind nicht entscheidend, wenn man den Anspruch auf Schutz gegenüber dem Ausland in der durch die obigen Ausführungen vorgenommenen Modifizierung sieht. Darüber, daß ein Recht auf Schutz im Rahmen des völkerrechtlich Zulässigen und im Hinblick auf das Gesamtinteresse Möglichen bestand, äußerten auch die Autoren keinen Zweifel, die einen vorbehaltlosen,

¹⁴⁷⁾ Vom 17. 6. 1950; BGBl. S. 274.

¹⁴⁸⁾ BGBl. I, S. 551.

¹⁴⁹⁾ Vgl. BVerfGE Bd. 2, S. 380, 403; Bd. 3, S. 248, 252.

auf ein bestimmtes Handeln zur Schutzgewährung gerichteten Anspruch ablehnten. Das nationalsozialistische Regime konnte dem Art. 112 Abs. 2 WRV zeitweise seine Wirksamkeit nehmen, nicht aber die von ihm verkörperte verfassungsrechtliche Tradition auslöschen. Der Übergangszeit bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes kommt in dieser Frage keine entscheidende Bedeutung zu.

Die Tatsache, daß der Parlamentarische Rat ein Recht auf Schutz gegenüber dem Ausland nicht in das Grundgesetz aufgenommen hat, könnte man als Ausdruck einer gewissen Tendenz deuten, den Kreis der Grundrechte insoweit einzuschränken. Diese Neigung bestand allerdings wegen der Erfahrungen mit manchen Bestimmungen der Weimarer Verfassung im Hinblick auf einige Grundrechte¹⁵⁰). Es liegt jedoch näher, den Grund für das Fehlen einer dem Art. 112 Abs. 2 WRV entsprechenden Norm im Grundgesetz in der besonderen politischen Situation Deutschlands bei der Entstehung dieser Verfassungsurkunde zu suchen. Die Bundesrepublik wurde auch mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht souverän. Wesentliche, inzwischen aufgehobene Befugnisse gerade auf dem Gebiet der auswärtigen Angelegenheiten blieben weiterhin den Besatzungsmächten vorbehalten. Die Tatsache, daß Bestimmungen über die auswärtige Gewalt mit Genehmigung der Alliierten Militärgouverneure in das Grundgesetz aufgenommen wurden, bedeutet nicht, daß die Genehmigung auch für die Statuierung einer Grundrechtsbestimmung auf Schutz gegenüber dem Ausland erteilt worden wäre¹⁵¹). Ziff. 2 des Genehmigungsschreibens zum Grundgesetz vom 12. Mai 1949 schränkte die Vollmachten für die Bundesrepublik zugunsten der Besatzungsmächte entsprechend dem Besatzungsstatut vom gleichen Datum ein¹⁵²). In Ziff. 2 c des Besatzungsstatuts behielten sich die Regierungen Frankreichs, der Vereinigten Staaten und Großbritanniens ausdrücklich – wenn auch mit erheblichen Kautelen – die auswärtigen Angelegenheiten vor. Der Spielraum, der der Bundesrepublik insoweit eingeräumt wurde, erweiterte sich mit der Entscheidung Nr. 11 des Rates der Alliierten Hohen Kommission vom 6. März 1951¹⁵³). Für das Verhältnis zwischen der Bun-

¹⁵⁰) Vgl. Jahrbuch des öffentlichen Rechts, NF Bd. 1 (1951), S. 43 ff.; v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, Vorbem. 12 vor Art. 1 und v. Mangoldt-Klein a. a. O., Vorbem. B III zum Grundrechtsteil.

¹⁵¹) Schon von der Einführung eines Zusatzes bei Art. 73 Ziff. 1 GG über »den Schutz des Bundes nach außen« sah der Parlamentarische Rat u. a. deshalb ab, weil man das Mißtrauen des Auslandes fürchtete. Vgl. v. Mangoldt, in »Der Kampf um den Wehrbeitrag« 1952, Bd. 1, S. 275 f.

¹⁵²) Vgl. Ordnungsblatt für die Britische Zone, S. 416 und Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission, S. 13.

¹⁵³) Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission, S. 775; vgl. diese Zeitschrift Bd. 14, S. 159 f.

desrepublik und den drei Besatzungsmächten galten jedoch noch mehrere Jahre lang besatzungsrechtliche Vorschriften, die es den Organen der Bundesrepublik nicht gestatteten, Deutschen gegenüber den Besatzungsmächten im gleichen Umfang Schutz zu gewähren wie gegenüber anderen Staaten. Einzelbeispiele für die fortdauernden besatzungsrechtlichen Einwirkungen auf Deutsche, gegen die sich die Bundesrepublik nach dem Besatzungsrecht nicht wenden konnte, sind hier nicht aufzuzählen¹⁵⁴). Solange die Bundesrepublik weitgehend durch Besatzungsrecht gebunden war, war an die Statuierung eines Anspruchs der Deutschen auf Schutz gegenüber den Besatzungsmächten jedenfalls mit deren Einwilligung nicht zu denken¹⁵⁵). Die Aufnahme eines Rechtes auf Schutz nur gegenüber anderen Staaten kam natürlich nicht in Betracht. Für die Nichtaufnahme einer dem Art. 112 Abs. 2 WRV entsprechenden Bestimmung in das Grundgesetz erscheinen somit andere Gründe maßgebend als für die Einschränkung des in der Weimarer Verfassung enthaltenen Kreises der sozialen Grundrechte.

Unter diesen Umständen sollte man aus dem Schweigen des Verfassungsgebers nicht den Willen entnehmen, mit einem Rechtsgrundsatz zu brechen, der fester Bestandteil einer langen rechtsstaatlichen deutschen Verfassungsentwicklung und Ausdruck für gerade die Rechtsstellung ist, die das Grundgesetz dem Individuum einräumen will¹⁵⁶). Man wird in der Nichtübernahme einer dem Art. 112 Abs. 2 WRV entsprechenden Bestimmung vielmehr eine bloße äußere Anpassung der Verfassungsurkunde an die damalige besondere politische Situation sehen müssen.

Die folgenden Gesichtspunkte sprechen ebenfalls dafür, daß das Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung über den Auslandsschutz keinen Bruch mit der verfassungsrechtlichen Tradition bedeutet.

Der Schutz der Gesamtheit und des Einzelnen gehört zu den wichtigsten Aufgaben des Staates¹⁵⁷). Der Staat nimmt gegenüber seinen im

¹⁵⁴) Vgl. BVerfGE Bd. 1, S. 11 ff.

¹⁵⁵) Vgl. dagegen Art. 112 Abs. 2 WRV, wonach der Schutz dem Ausland gegenüber auch innerhalb des Reichsgebietes zu gewähren war. Auf die Schwierigkeiten, die sich auch nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes für die Durchführung des Auslandsschutzes ergeben, hat Herbert Kraus schon 1950 hingewiesen. Vgl. Die auswärtige Stellung der Bundesrepublik Deutschland nach dem Grundgesetz, 1950, S. 8 f.

¹⁵⁶) Vgl. v. Mangoldt-Klein a. a. O., Vorbem. B XIV 1 a zum Grundrechtsteil und die unten folgenden Ausführungen.

¹⁵⁷) Vgl. Pohl bei Nipperdey a. a. O., S. 255; Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1905, S. 248; Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. 1911, Bd. 1, S. 140 und Süsterhenn, in Der Kampf um den Wehrbeitrag, a. a. O., S. 260 sowie die Stellungnahme der Bundesregierung vom 18. 8. 1952, ebenda, Bd. 2, 1953, S. 13 f. Nach Nawiasky ist der Schutz der Gesamtheit und ihrer Glieder eine notwendige Staatsaufgabe, der Schutz nach außen das einzige Monopol des Staates. Siehe Allgemeine Staatslehre, Teil 2, Bd. 1 (1952), S. 157, 160.

Ausland lebenden Bürgern auf Grund der Personalhoheit weitgehende Rechte, zum Beispiel die Rückberufung zur Erfüllung der Wehrpflicht, in Anspruch. Die Treupflicht des Bürgers gegenüber dem Heimatstaat besteht, wenn auch mit gewissen Einschränkungen, auch im Ausland fort. Dem entspricht bei der Gegenseitigkeit des Treueverhältnisses die Aufgabe des Staates, dem Bürger gegenüber fremder Staatsgewalt Schutz zu gewähren, soweit dies rechtlich zulässig und sachlich möglich ist¹⁵⁸). Der Supreme Court der USA hat diesen Grundsatz im Falle *Luria v. United States* in die einprägsamen Worte gefaßt:

“Citizenship is membership in a political society and implies a duty of allegiance on the part of the member and a duty of protection on the part of the society. These are reciprocal obligations, one being a compensation for the other”¹⁵⁹).

Aus dem gegenseitigen Treueverhältnis und aus den Aufgaben des Staates wird von verschiedenen deutschen Gerichten und Autoren eine Rechtspflicht zur Schutzgewährung abgeleitet, allerdings durchweg im Zusammenhang mit anderen Fragen und ohne näheres Eingehen auf die Problematik dieser Feststellung¹⁶⁰). Die Begründung der Schutzpflicht aus dem Treueverhältnis und aus den Staatsaufgaben bedarf jedoch der Vertiefung.

In diesem Zusammenhang ist von Interesse, daß andere Staaten, wahrscheinlich die meisten westlichen Kulturstaaten, schutzgewährend für ihre Staatsangehörigen eintreten, sofern die oben herausgearbeiteten Voraussetzungen vorliegen. Wenn man bejaht, daß viele Staaten den Schutz des Bürgers jedenfalls als eine moralische Pflicht betrachten¹⁶¹), würde man

¹⁵⁸) Hans Schneider bezeichnet die Beziehung von Schutz und Gehorsam als notwendig und unlösbar: Der Preussische Staatsrat 1817–1918, 1952, S. 7; Williams unterscheidet zwischen Schutz im Inland und Schutz im Ausland, ohne jedoch den grundsätzlichen Zusammenhang zwischen Treupflicht und Schutzpflicht anzuzweifeln: The correlation of allegiance and protection in The Cambridge Law Journal, Vol. 10 (1948–1950), S. 54 ff., besonders S. 59. Vgl. auch § 1 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes über die Rechtsstellung der Soldaten vom 19. 3. 1956: »Staat und Soldaten sind durch gegenseitige Treue miteinander verbunden« (BGBl. I, S. 114). Die grundsätzliche Bedeutung dieser Bestimmung ergibt sich im Zusammenhang mit der Wehrpflicht.

¹⁵⁹) 231 US (1913), S. 9, 22 f. Sperrung vom Verfasser. Zustimmung Hackworth, a. a. O. Bd. 3, S. 6; siehe aber unten Anm. 162.

¹⁶⁰) BVerfGE Bd. 4, S. 304 bezeichnet die Schutzpflicht des Staates gegenüber seinen Angehörigen als Grundlage des Auslieferungsverbots. Vgl. auch OLG Stuttgart, JZ 1956, S. 123; Dürig, Freizügigkeit, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, a. a. O., S. 519; Heinrich Meyer, Der Schutz Deutscher vor Überstellung an das Ausland nach dem Grundgesetz, JZ 1956, S. 6 und Jahn, a. a. O., S. 70; Leibholz im Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, hrsg. von Strupp, Bd. 2 (1925), S. 593 und v. Frisch, ebenda, Bd. 1 (1924), S. 544.

¹⁶¹) So Feldscher a. a. O., S. 292; Wehrli-Bleuler a. a. O., S. 85; Schneeberger a. a. O. I, S. 5 und II, S. 499; die Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts

weiter den Nachweis führen müssen, daß die Schutzgewährung in Anerkennung einer Rechtspflicht des Staates und eines entsprechenden Individualrechtes des Bürgers erfolgt¹⁶²⁾. Bei einer insoweit bejahenden Feststellung wäre von Interesse, ob die betreffenden ausländischen Staaten auch Rechtsbehelfe zur Durchsetzung des Anspruchs zur Verfügung stellen, die denen in der Bundesrepublik einigermaßen gleichwertig sind. Das ist jedoch zumindest überwiegend nicht der Fall¹⁶³⁾.

Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts geben ebenfalls keine hinreichende Grundlage für einen Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland. Bemühungen verschiedener Autoren um eine derartige Begründung¹⁶⁴⁾ und die diese Frage nicht näher prüfende beiläufige Formulierung im Urteil des Deutschen Obergerichts vom 14. Dezember 1949¹⁶⁵⁾ sind zum Scheitern verurteilt, weil die allgemeinen Regeln des Völkerrechts jedenfalls nicht in dieser Beziehung in das Verhältnis zwischen einem Staat und seinen Angehörigen eingreifen¹⁶⁶⁾. Aus diesem Grunde muß Art. 25 GG ebenso wie früher Art. 4 WRV als Anspruchsgrundlage außer Betracht bleiben. Einzelne völkerrechtliche Abkommen verpflichten die Staaten, bestimmte Individualrechte nicht anzutasten und im Bereich ihrer Hoheitsgewalt zu sichern. Sie besagen jedoch in der Regel nicht, daß die Staaten gezwungen sind, zugunsten ihrer Angehörigen schutzgewährend gegenüber fremden Staaten aufzutreten. Ein Beispiel bietet die (Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 5. November 1950¹⁶⁷⁾. In Art. 1 sichern die Hohen Vertragsschließenden Teile allen ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I dieser Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten zu. Nach Art. 24 kann jeder Vertragsschließende Teil die Europäische

Bd. 58 (1932), S. 476 ff. sowie Borchard, *Diplomatic protection a. a. O.*, S. 32 mit weiteren Nachweisen.

¹⁶²⁾ Das ist in diesem Rahmen nicht möglich. Vgl. für die Schweiz insbesondere die Notiz des Schweizerischen Politischen Departements und die Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts oben Anm. 100.

¹⁶³⁾ Vgl. die Nachweise unten Anm. 215 und 218; die oben Anm. 100 erwähnte Notiz des Schweizerischen Politischen Departements; Borchard, *Diplomatic protection*, a. a. O., S. 29 f., 356, 366 ff. und Williams, a. a. O., S. 59.

¹⁶⁴⁾ Vgl. die Angaben in der oben Anm. 100 erwähnten Notiz des Schweizerischen Politischen Departements, a. a. O., S. 185. Zu Unrecht wird hier auch Grotius diesen Autoren zugerechnet. Bd. 2 Kap. 25 seines Buches *De jure belli ac pacis*, auf das zum Beleg verwiesen ist, enthält keine derartige Behauptung. Siehe die von Schätzel übersetzte und eingeleitete Ausgabe (1950), S. 404.

¹⁶⁵⁾ DV 1950, S. 179; NJW 1950, S. 142.

¹⁶⁶⁾ Vgl. Oppenheim-Lauterpacht, a. a. O., Bd. 1, S. 641; die oben Anm. 100 angeführte Notiz des Schweizerischen Politischen Departements, S. 185 f.

¹⁶⁷⁾ BGBl. 1952 II, S. 686 ff. Unklar insofern die Ausführungen von Echterhölter, JZ 1956, S. 143 vor Anm. 23.

Kommission für Menschenrechte mit jeder angeblichen Verletzung der vorliegenden Konvention durch einen anderen Vertragsstaat befassen. Gerade weil keine Verpflichtung der Staaten besteht, sich auf Grund der Konvention zum Schutz der eigenen Staatsangehörigen gegen fremde Staaten zu wenden, wurde in Art. 25 das Recht der Individualbeschwerde an die Kommission statuiert. Die Frage, ob ausnahmsweise völkerrechtliche Abkommen eine Verpflichtung des Staates zum Schutze seiner eigenen Angehörigen gegenüber anderen Staaten statuieren, kann hier nicht untersucht werden. Eine allgemeine Schutzpflicht würde sich auf diese Weise nicht begründen lassen.

An die oben aufgeführten Argumente aus der verfassungsrechtlichen Tradition, den Staatsaufgaben und der Gegenseitigkeit des Treueverhältnisses zwischen Bürger und Staat reiht sich jedoch die Feststellung, daß verschiedene Einzelbestimmungen des Bonner Grundgesetzes wesentliche Anhaltspunkte für die Existenz des Schutzanspruches ergeben.

In erster Linie ist hier auf Art. 1 GG hinzuweisen.

Art. 1 Abs. 1 und 2 GG lautet:

»(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt«.

Die Frage, ob er ein Grundrecht statuiert, ist außerordentlich umstritten. Den bejahenden Ausführungen, insbesondere von Nipperdey¹⁶⁸⁾, stehen vor allem die Bedenken Kleins entgegen¹⁶⁹⁾. Ich muß mich hier darauf beschränken, zum Stand der Diskussion auf die Ausführungen der eben genannten Autoren zu verweisen. Unbestritten ist jedenfalls, daß Art. 1 Abs. 1 GG ein oberstes Konstitutionsprinzip darstellt¹⁷⁰⁾, das in Verbindung mit anderen Bestimmungen des Grundgesetzes und weiteren Rechtsprinzipien von rechtlicher Bedeutung ist¹⁷¹⁾. Rechtsprechung und Rechtslehre haben auf einem wichtigen Sachgebiet bereits die Folgerung gezogen, daß sich mit Hilfe des Art. 1 Abs. 1 auch Individualansprüche

¹⁶⁸⁾ Die Würde des Menschen, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, a. a. O., S. 1 ff.

¹⁶⁹⁾ v. Mangoldt-Klein a. a. O., Anm. III 2 ff. zu Art. 1. Vgl. die umfassende Literaturübersicht hier und bei Nipperdey a. a. O., S. 12 Anm. 22 sowie Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR Bd. 81 (1956), S. 117 ff.

¹⁷⁰⁾ Wintrich; vgl. Dürig a. a. O., S. 122 f.

¹⁷¹⁾ Siehe auch Wernicke im Bonner Kommentar, 1950, hrsg. von Abraham u. a., Anm. I zu Art. 1. Vgl. ferner Werner Kägi, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 75 (1956), S. 830 a ff. und H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 33 ff.

begründen lassen. Sie nehmen ganz überwiegend an, daß sich aus ihm in Verbindung mit grundrechtlichen und gesetzlichen Bestimmungen ein im Verwaltungsgerichtsverfahren einklagbarer öffentlich-rechtlicher Anspruch auf öffentliche Fürsorge ergibt¹⁷²⁾. Nach Dürig muß der Staat auf Grund des Art. 1 Abs. 1 GG seine Gesamtrechtsordnung so ausgestalten, »daß auch von außerstaatlichen Kräften eine Verletzung der Menschenwürde nicht möglich ist«¹⁷³⁾. Dürig will aus »dieser staatlichen Schutzpflicht« kein subjektives öffentliches Recht auf Erlaß neuer und zusätzlicher Schutznormen für den Einzelnen ableiten, sondern eine Interpretation des Normensystems im Sinne des Art. 1 auch dann, wenn am Verletzungsvorgang der Staat selbst in keiner seiner Funktionen beteiligt ist. Seine Ausführungen zielen insbesondere auf die Erschließung des Art. 1 Abs. 1 GG als einer Abwehrvorschrift im innerstaatlichen Bereich.

Meines Erachtens kann man über diese Auslegung der Norm in zweifacher Beziehung hinausgehen. Ist Art. 1 Abs. 1 und 2 GG ein oberster Leitgrundsatz für alle Staatsorgane, so muß er auch die staatliche Tätigkeit erfassen, die sich im Ausland abspielt oder in anderer Weise gegenüber fremden Staaten wirkt. Diese Auslegung entspricht dem Wortlaut und dem Sinn der Bestimmung. Sie steht im Einklang mit der Interpretation durch das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE Bd. 1, S. 91, 100. Sie ergibt in Verbindung mit den oben angeführten Gesichtspunkten (verfassungsrechtliche Tradition, Staatsaufgaben, Gegenseitigkeit des Treueverhältnisses) und den folgenden Erwägungen eine Verpflichtung des Staates zur Schutzgewährung bei Verletzungen der Menschenwürde durch fremde Staaten. Beispiele für Verletzungen der Menschenwürde sind – nicht zuletzt durch die Erfahrung in den letzten Jahrzehnten – leider genügend vorhanden. Die von Maunz¹⁷⁴⁾ und Wernicke¹⁷⁵⁾ angeführten, nämlich Diffamierung, Diskriminierung, Entrechtung, Ächtung, Verschleppung, Verfolgung, Zwangsarbeit, Versklavung, Terror, Massenmord und Massenaustreibung ergeben ein deutliches Bild. Diese Beispiele kennzeichnen jedoch nur offenkundige Verletzungen der Menschenwürde. Der Begriff »Achtung der Menschenwürde« umfaßt mehr als die Sicherung gegen Bestialität, Versklavungs- und Ächtungsmaßnahmen. Auch der Mensch, dem seine wirtschaftliche

¹⁷²⁾ Vgl. insbesondere das Bundesverwaltungsgericht über die verfassungsrechtliche Bedeutung der Leitidee des Grundgesetzes vom Verhältnis des Menschen zum Staat, Amtliche Sammlung Bd. 1, S. 159, 162; DVBl. 1954, S. 704; JZ 1954, S. 757; v. Mangoldt-Klein a. a. O., Anm. III 3 d zu Art. 1; Bachof in VVDStL a. a. O., S. 42 f. und in der Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, besonders S. 296 ff. Siehe auch BVerfGE Bd. 4, S. 102.

¹⁷³⁾ A. a. O., S. 123.

¹⁷⁴⁾ Deutsches Staatsrecht, 5. Aufl. 1956, S. 89.

¹⁷⁵⁾ A. a. O., Anm. II 2 c zu Art. 1.

Existenzgrundlage rechtswidrig genommen wird, mag er ansonsten auch nicht entrechtet sein, kann in seiner Menschenwürde getroffen werden¹⁷⁶). Man sollte sich vor einer Auslegung des Begriffs Menschenwürde hüten, die nur Schutz vor dem Äußersten gewährt¹⁷⁷). Bei der Frage nach der Menschenwürde als einer der Grundlagen für den innerstaatlichen Schutzanspruch ist der Begriff maßgebend, den das Grundgesetz ergibt. Dabei ist die Entwicklung der letzten Jahre nicht zu übersehen. Die Ratifizierung der (Europäischen) Menschenrechtskonvention weist auf die Möglichkeiten zu einer gewissen Berücksichtigung der Vorstellung von den Menschenrechten in anderen Staaten und dem Völkerrecht hin¹⁷⁸).

Die Prüfung, ob Eingriffe fremder Staaten die Menschenwürde von Deutschen verletzen, mag im Einzelfalle Schwierigkeiten bereiten, etwa im Falle einer vorübergehenden rechtswidrigen Freiheitsentziehung ohne besonders gravierende Begleiterscheinungen. Sie wirft jedoch keine unüberwindlichen Hindernisse auf und dürfte auch den Gerichten möglich sein, die – wie das Bundesverfassungsgericht in Bd. 1, S. 79, 104 – sich bereits um die Abgrenzung des Begriffs »Verletzungen der Menschenwürde« bemüht haben¹⁷⁹).

Ein Bedürfnis nach Schutz gegenüber ausländischer Staatsgewalt besteht jedoch nicht nur in den Fällen, in denen Deutsche in ihrer Menschenwürde verletzt werden. Zahlenmäßig stärker dürften Verletzungen an derer rechtlich geschützter Positionen durch ausländische Staaten ins Gewicht fallen. Damit ergibt sich die Frage, ob Art. 1 Abs. 1 und 2 GG auch in derartigen Fällen zur Mitbegründung eines Schutzanspruchs geeignet ist. Die Frage ist zu bejahen. Gibt Art. 1 Abs. 1 und 2 GG die Grundeinstellung der Verfassung von Menschen wieder¹⁸⁰), nach der der Mensch Träger einer unantastbaren Würde und »nicht der zum Objekt degradierte Mensch des kollektiven Systems« ist¹⁸¹), so muß den von der Rechtsordnung auferlegten

¹⁷⁶) Vgl. Art. 1 des Zusatzprotokolls zur (Europäischen) Menschenrechtskonvention. BGBl. 1956 II, S. 1879.

¹⁷⁷) So Helmut Ridder, *Parlamentarische Demokratie und autoritärer Staat*, in *Diskus*, Frankfurter Studenten-Zeitung, Jg. 6 (1956), Heft 1 und 2, Beilage S. 128; Dürig a. a. O., S. 127. Vgl. auch Fritz v. Hippel, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, 1955.

¹⁷⁸) Vgl. auch Lauterpacht a. a. O., bes. S. 145 ff. Zu weit geht jedoch Echterhölder mit der Feststellung, die in der Menschenrechtskonvention verbrieften Rechte hätten als Menschenrechte im Sinne des Art. 1 Abs. 2 GG und als »materielles Europäisches Verfassungsrecht« Verfassungsrang; JZ 1955, S. 689, 691 und 1956 S. 142. Vgl. dazu Geck, DVBl. 1956, S. 525.

¹⁷⁹) Vgl. auch das Urteil des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 31. 1. 1955 über Art. 100 Bayerische Verfassung (Menschenwürde), DÖV 1955, S. 508.

¹⁸⁰) Dürig, a. a. O., S. 123.

¹⁸¹) So Dürig, *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, *Juristische Rundschau* 1952, S. 259 ff. Vgl. auch Art. 1 des Herrenchiemsee-Entwurfes: »(1) Der Staat ist um

Pflichten, insbesondere der allgemeinen Gehorsamspflicht, ein gewisser Kreis von Rechten entsprechen. Erfassen diese Pflichten, vor allem die allgemeine Treupflicht, die Gehorsamspflicht und die Pflicht zum Wehrdienst – wenn auch in zum Teil beschränktem Umfang – den Staatsbürger auch im Ausland, so entspricht es dem Sinngehalt der Verfassungsordnung und gerade des Art. 1 GG, der Verpflichtung auch insoweit gewisse Rechte gegenüberzustellen. Es ist selbstverständlich, daß hiermit nicht einer Auslegung im Sinne eines *quid pro quo* das Wort geredet wird oder die Beziehungen zwischen Staat und Bürger ähnlich einem synallagmatischen Vertrag gedeutet werden sollen. Es geht hier lediglich darum, den Gedanken von der Gegenseitigkeit des Treueverhältnisses auch im Lichte des Art. 1 GG zu sehen.

Für die Grundhaltung der Verfassung vermag auch Art. 16 GG einen gewissen Hinweis zu bieten. Es ist kein Zufall, daß sich das in der Weimarer Verfassung statuierte Auslieferungsverbot in Art. 112 Abs. 3 unmittelbar an den Anspruch auf Schutz gegenüber dem Ausland anschloß. In der Literatur wird das Auslieferungsverbot verschiedentlich auch aus der Verpflichtung des Staates zur Schutzgewährung abgeleitet¹⁸²⁾. Die Bejahung einer Schutzpflicht des Staates gegenüber seinen Bürgern ist jedenfalls einer der Gründe für das Auslieferungsverbot in Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG¹⁸³⁾. Auch Art. 16 Abs. 1 Satz 1 GG, nach dem die deutsche Staatsangehörigkeit nicht entzogen werden darf, steht in diesem Zusammenhang, obwohl man aus der Staatsangehörigkeit allein einen Schutzanspruch nicht ableiten kann¹⁸⁴⁾. Aus Art. 16 Abs. 1 Satz 2 läßt sich in jedem Falle die Absicht des Verfassungsgesetzgebers schließen, den Deutschen vor der Staatenlosigkeit zu bewahren, die auch heute noch zu einer weitgehenden Schutzlosigkeit führen kann.

Im Hinblick auf die voraufgegangenen Erwägungen muß man den Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland zu den die einzelnen Sätze der geschriebenen Verfassung »verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen« rechnen, »die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild ge-

des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen. (2) Die Würde der menschlichen Persönlichkeit ist unantastbar. Die öffentliche Gewalt ist in allen ihren Erscheinungsformen verpflichtet, die Menschenwürde zu achten und zu schützen.«

¹⁸²⁾ Vgl. Heinrich Meyer, a. a. O.; Grütznert, Auslieferungsverbot und Asylrecht, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, a. a. O., S. 588; Wernicke, a. a. O., Anm. II 3 d zu Art. 16.

¹⁸³⁾ Vgl. die oben Anm. 160 angeführte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes.

¹⁸⁴⁾ So zutreffend Makarov, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, 1947, S. 31.

prägt haben, von dem er ausgegangen ist¹⁸⁵), nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat«¹⁸⁶).

Die Tatsache, daß der Schutzanspruch unter den Verfassungen von 1867, 1871 und 1919 nicht gerichtlich durchsetzbar war und insoweit nicht die praktische Bedeutung hatte, die ihm nunmehr zukommt (unten B II 1 und 2), ergibt kein Argument gegen seine Existenz. Die Frage der gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Anspruchs ist zwar von Interesse, wenn man sich bei der Rechtsvergleichung auf Grundsätze des ausländischen Rechts beruft. Verbesserungen in der Rechtsstellung des Schutzbegehrenden durch die Einführung der Klagemöglichkeit seit 1946, vor allem aber seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes, können jedoch nicht dazu führen, Ansprüchen ihren Rechtscharakter abzusprechen, weil sie im Gegensatz zur Vergangenheit nunmehr gerichtlich durchsetzbar sind. Es würde dem Rechtsstaatsprinzip und insbesondere dem Art. 19 Abs. 4 GG widersprechen, wenn man gerade in diesem Falle materielle Rechte einschränken würde, weil die richterliche Nachprüfungsbefugnis im Gegensatz zur Vergangenheit nunmehr auf sie ausgedehnt worden ist. Vielleicht wäre die Frage, ob die weitgehenden derzeitigen Klagemöglichkeiten das Fortgelten des Schutzanspruchs beeinträchtigen könnten, in einem anderen Lichte zu sehen, wenn die richterliche Nachprüfung hier zu einer unerträglichen Einschränkung der verfassungsmäßig begründeten Handlungsfreiheit der zuständigen Staatsorgane in der Gestaltung der auswärtigen Beziehungen führen würde. Das ist jedoch nicht der Fall, wie im einzelnen noch dargelegt werden wird¹⁸⁷).

Der Anspruch auf Schutz gegenüber dem Ausland ist zwar aus dem Verfassungsrecht herzuleiten, aber kein Grundrecht im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG und des § 90 BVerfGG. Dennoch besteht der Anspruch gegenüber allen Staatsorganen – auch gegenüber dem Gesetzgeber, soweit dieser als Normadressat in Betracht kommt. Die Bindung aller Staatsorgane und Behörden ist unabhängig davon, ob die Verpflichtung zum Handeln im deutschen Staatsgebiet oder im Ausland zu erfüllen ist. Dieser Unterschied ist von Bedeutung. Er ist aber nicht in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, sondern erst bei der Abwägung zwischen Einzel- und Allgemeininteresse sowie bei der Wahl der Mittel zur Schutzgewährung.

Ein Anspruch auf Schutz nach dem Bonner Grundgesetz besteht aber nur, wenn

¹⁸⁵) das er aber unter den besonderen Umständen der Besatzungsperiode insoweit nicht konkretisieren konnte.

¹⁸⁶) »...« aus BVerfGE Bd. 2, S. 403. Vgl. auch Bd. 4, S. 102. Unzutreffend die unten vor Anm. 213 wiedergegebene Ansicht.

¹⁸⁷) Vgl. unten B II 1 und 2.

1. alle an Hand der Weimarer Verfassung herausgearbeiteten Voraussetzungen in vollem Umfang erfüllt sind¹⁸⁸⁾ und insbesondere
2. die Interessen der Allgemeinheit der Schutzgewährung nicht entgegenstehen.

Damit handelt es sich auch hier letztlich um eine Pflicht der zuständigen Behörden und Staatsorgane zur fehlerfreien, das heißt rechtlich einwandfreien Vollziehung der objektiven Rechtsnorm. Ihr entspricht insoweit ein subjektives öffentliches Recht¹⁸⁹⁾. Den zuständigen Stellen bleibt bei der Auswahl der Mittel die gleiche Entscheidungsfreiheit wie unter der Weimarer Verfassung.

Der Anspruch deckt sich in diesen Punkten und auch darin, daß er nur deutschen Staatsangehörigen zusteht¹⁹⁰⁾, mit dem unter der Weimarer Reichsverfassung. Grundsätzlich wird man davon ausgehen, daß als Berechtigte des Schutzanspruchs alle Deutschen im Sinne des Art. 116 GG in Betracht kommen. Der Schutzanspruch dürfte kein »Bundesrepublikanerrecht« sein, sondern ein echtes »Deutschenrecht«¹⁹¹⁾. Die Begründung dafür ergibt sich vor allem aus den – vom Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Prüfung der Freizügigkeit für Deutsche aus der sowjetischen Besatzungszone angestellten – Erwägungen über die im Grundgesetz verankerte grundsätzliche Auffassung vom gesamtdeutschen Staatsvolk und von der gesamtdeutschen Staatsgewalt. Die Bundesrepublik beansprucht die Stellung der bisher allein in Freiheit errichteten Staatsorganisation des deutschen Gesamtstaates und die ausschließliche Legitimation zum Handeln für Gesamtdeutschland¹⁹²⁾. Daraus ergeben sich entsprechende Verpflichtungen gegenüber allen Deutschen¹⁹³⁾. Diese allgemein gehaltene Feststellung unterliegt bei der Anwendung im Einzelfall jedoch gewissen Einschränkungen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der (oben in Anm. 192 angeführten) Entscheidung über das Notaufnahmegesetz erklärt, das Grundrecht der Frei-

¹⁸⁸⁾ Siehe oben A II 3. Vor allem ist erforderlich, daß die Bundesrepublik nach Völkerrecht schutzgewährend eingreifen darf; vgl. die Ausführungen des Abg. v. Mangoldt im Parlamentarischen Rat, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. 1 (1951), S. 165.

¹⁸⁹⁾ Ein subjektives öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung bejaht das OVG Münster, DVBl. 1955, S. 437, insbes. 438 mit zahlreichen Nachweisen. Ebenso OVG Rheinland-Pfalz, JZ 1956, S. 259 f. Siehe auch Bundesverwaltungsgericht, DVBl. 1956, S. 135 und oben Anm. 128. Zur Frage der Durchsetzung des Anspruchs siehe unten B II.

¹⁹⁰⁾ Das ergibt sich trotz dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 »Würde des Menschen« aus den Ausführungen oben A II 3 a. Der Staat muß in seinem Hoheitsgebiet die Würde aller Menschen achten und schützen, in fremdem Hoheitsgebiet kann er normalerweise nur für seine eigenen Staatsangehörigen eintreten.

¹⁹¹⁾ Siehe zu dem Unterschied v. Mangoldt-Klein, a. a. O., Vorbemerkung B III 7 zu den Grundrechten; vgl. auch Schätzkel, Staatsangehörigkeit, bei Neumann-Nipperdey-Scheuner, a. a. O., S. 534 ff.

¹⁹²⁾ Siehe BVerfGE Bd. 2, S. 277.

¹⁹³⁾ Vgl. BVerfGE Bd. 4, S. 176.

zügigkeit nach Art. 111 Abs. 1 GG sei das einzige für die Deutschen in der sowjetischen Besatzungszone praktische Grundrecht. Dieser Gedanke ist auch für die Frage des Schutzanspruchs von Bedeutung. Völkerrechtliche Grundsätze und der Vorbehalt zugunsten des Staatsganzen können hier wesentlich engere Grenzen für den Anspruch bedingen.

Im Hinblick auf diese Fragen wie auf die Ausprägung des Anspruchs im allgemeinen kommt neben gerichtlichen Entscheidungen vor allem der Haltung der zuständigen Staatsorgane und Behörden maßgebliche Bedeutung zu. Auch aus diesem Grunde ist es bedauerlich, daß es bisher an einer Auswertung der Praxis des Auswärtigen Amtes fehlt, wie sie für das US-Department of State die (oben in Anm. 76 angeführten) Arbeiten von Moore, Hyde und besonders eingehend von Hackworth, für Großbritannien bis 1902 von McNair, International Law Opinions, 1956, bieten^{193a)}.

II. Die Durchsetzungsmöglichkeiten für den Anspruch

Wichtiger als das Fehlen einer dem Art. 112 Abs. 2 WRV entsprechenden Bestimmung im Grundgesetz sind, vor allem im Hinblick auf die praktische Bedeutung, die aus dem Prozeßrecht erwachsenden Unterschiede in der Rechtslage unter der Weimarer Verfassung und unter dem Grundgesetz. Sie beruhen in erster Linie auf Art. 19 Abs. 4 GG und auf den Generalklauseln in den Gesetzen über die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

1. Verfahren vor den Verwaltungsgerichten

Bei der Prüfung, wie weit die Gewährung von Schutz gegenüber Rechtsverletzungen durch ausländische Staatsgewalt im Verwaltungsrechtsweg erzwingbar ist, müssen bestimmte staatliche Akte von vornherein ausscheiden. Das gilt jedenfalls für solche Handlungen des Gesetzgebers und des Bundespräsidenten, die – wie zum Beispiel das Zusammenwirken beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge gemäß Art. 59 GG – für den Schutzanspruch unter Umständen von Bedeutung sein können, aber der Verwaltungsgerichtsbarkeit schon deshalb nicht unterliegen, weil es sich hier nicht um die Überprüfung von Verwaltungsakten einer Verwaltungsbehörde oder um ihnen gleichzusetzende Streitigkeiten des öffentlichen Rechts¹⁹⁴⁾, sondern

^{193a)} Die Bedeutung, die diesen Veröffentlichungen beigemessen wird, ergibt sich u. a. aus einer Ausschußentschließung der American Society of International Law, die den Kongreß um Bereitstellung von Mitteln für die Fortsetzung der Arbeiten von Hackworth und Moore bittet; siehe AJIL, Vol. 50 (1956), S. 670 f.

¹⁹⁴⁾ Vgl. § 22 Abs. 1 MRVO 165; Amtsblatt der Militärregierung 1948, S. 799 und § 15 BVerwGG; BGBl. 1952 I, S. 625. Siehe auch Van Hussen, Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justizfreie Regierungsakte?, DVBl. 1953, S. 70, 72.

um Streitfragen handelt, die, soweit eine gerichtliche Überprüfung überhaupt vorgesehen ist, in den Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit gehören¹⁹⁵⁾.

Eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung könnte jedoch bei Hoheitsakten in Betracht kommen, die als Verwaltungsakte im Sinne der §§ 22 Abs. 1 MRVO 165 und 15 des Gesetzes über das Bundesverwaltungsgericht anzusehen sind. In diese Kategorie dürften die meisten Entscheidungen über Anträge auf die Gewährung von Auslandsschutz fallen. Wenn ein Deutscher sich zum Beispiel durch entrechtende, ächtende oder terroristische Maßnahmen eines fremden Staates in seiner Menschenwürde verletzt fühlt, wird er sich mit der Bitte um Schutz und Hilfe in erster Linie an die konsularischen und diplomatischen Vertretungen der Bundesrepublik in dem betreffenden Staat und an das Auswärtige Amt wenden. Es kann sein, daß die angegangene Stelle dem Gesuch in vollem Umfang nachkommt. Es ist aber auch denkbar, daß sie es ablehnt, Schritte zugunsten des Antragstellers zu unternehmen, oder daß sie sich nur zu Maßnahmen entschließt, die diesem nicht genügend erscheinen. Schließlich besteht die Möglichkeit, daß sie nicht im Sinne des Antragstellers tätig wird und ihm auch keinen sachlichen Bescheid erteilt. Nur in den drei letzten Fällen hat der Schutzbegehrende ein rechtliches Interesse an der Einleitung eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

Die vollständige oder teilweise Ablehnung des Schutzbegehrens durch eine konsularische oder diplomatische Vertretung oder durch das Auswärtige Amt selbst ist eine Verwaltungshandlung, angelegt auf eine obrigkeitliche, rechts-erhebliche Regelung eines Einzelfalls¹⁹⁶⁾, ein einseitiger hoheitlicher Akt einer Verwaltungsbehörde, der weder in den Bereich der Rechtsetzung noch der Rechtsprechung fällt, von dem aber eine unmittelbare rechtliche Wirkung ausgeht¹⁹⁷⁾, also ein Verwaltungsakt¹⁹⁸⁾.

Der Antragsteller kann den Verwaltungsakt vermittels der *Anfechtungsklage* mit der Begründung angreifen, daß er durch ihn in seinen Rechten verletzt sei. Die einschlägigen Bestimmungen lauten:

§ 15 BVerwGG:

»(1) Die Anfechtungsklage kann nur erheben, wer behauptet, durch einen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein.

(2) Ermessensentscheidungen sind nur anfechtbar, wenn geltend gemacht wird, daß das Ermessen überschritten oder mißbraucht worden sei.

¹⁹⁵⁾ Siehe unten B II 1.

¹⁹⁶⁾ B a c h o f, Vornahmeklage, a. a. O., S. 21.

¹⁹⁷⁾ F o r s t h o f f, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, a. a. O., S. 170.

¹⁹⁸⁾ Vgl. § 25 MRVO 165 sowie die Definition des Verwaltungsaktes bei E y e r m a n n - F r ö h l e r, Verwaltungsgerichtsgesetz, 1950, Anm. AI 1 a aa zu § 22 und K l i n g e r, Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. Aufl. 1954, Anm. B 1 zu § 25.

(3) Die Anfechtungsklage kann auch gegen die Unterlassung eines beantragten Verwaltungsakts erhoben werden, auf dessen Vornahme der Antragsteller ein Recht zu haben behauptet. Als Unterlassung gilt es, wenn ein Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsakts ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht beschieden ist. Die Unterlassung ist dann einer Ablehnung gleichzuachten«.

§ 23 MRVO 165:

»(1) Die Anfechtung eines Verwaltungsaktes kann nur darauf gestützt werden, daß der Verwaltungsakt den Kläger in seinen Rechten beeinträchtigt, weil er rechtswidrig sei. Die Klage ist auch bei Nichtigkeit des Verwaltungsaktes zulässig.

(2) Als rechtswidrig ist ein Verwaltungsakt auch anzusehen, wenn die Tatsachen, die ihn gerechtfertigt hätten, nicht vorhanden waren.

(3) Sind die Verwaltungsbehörden ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, so kann die Anfechtung insoweit nur darauf gestützt werden, daß die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten seien, oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden sei.

(4)«.

Eine Rechtsverletzung kann nur dann vorliegen, wenn die zuständige Behörde das Schutzbegehren abgelehnt hat, obwohl sie zur Schutzgewährung verpflichtet war. Der abgewiesene Antragsteller ist auch dann nicht zur Erhebung einer Vornahmeklage gezwungen, wenn er als Endziel eine Verurteilung der Behörde zu einem bestimmten Handeln anstrebt. Er kann sich vielmehr erst einmal auf die A n f e c h t u n g des ablehnenden Bescheides beschränken, sofern nicht das Rechtsschutzinteresse fehlt¹⁹⁹⁾.

Die Anfechtungsklage kann nur zum Erfolg führen, wenn die durch den angefochtenen Verwaltungsakt abgelehnte Schutzgewährung völkerrechtlich zulässig ist und nicht im Widerspruch zu den Interessen der Allgemeinheit steht. Die Frage, ob die Bundesrepublik nach Völkerrecht berechtigt ist, für den Schutzbegehrenden einzutreten, erfordert die Auslegung völkerrechtlicher Normen. Den Gerichten sind derartige Aufgaben nicht fremd. Sie ergeben sich zum Beispiel bei der Anwendung von völkerrechtlichen Verträgen, die gemäß Art. 59 GG zu innerstaatlichem Recht geworden und für

¹⁹⁹⁾ So zutreffend OVG Lüneburg, NJW 1956, S. 238 mit weiteren Nachweisen. In einem späteren Urteil hat der Senat an diesem Ergebnis grundsätzlich festgehalten; siehe Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 1956, S. 288. Die dort vertretene Ansicht, es handle sich im vorliegenden Falle trotz der Beschränkung der Klage auf die Anfechtung des Verwaltungsaktes um eine Vornahmeklage, steht in einem gewissen Gegensatz zu der früheren Entscheidung. Sie vermag nicht zu überzeugen. Vgl. auch OVG Münster, DVBl. 1955, S. 670 f. und Weyreuther, Zur Zulässigkeit der Anfechtungsklage, DVBl. 1956, S. 633 ff.

die Beurteilung von Rechten und Pflichten in einem Prozeß von Bedeutung sind²⁰⁰).

Nur wenn die Bundesrepublik nach Völkerrecht zur Schutzgewährung berechtigt ist, kann es überhaupt darauf ankommen, ob einem Einschreiten zugunsten des Schutzbegehrenden Interessen der Allgemeinheit, des Staatsganzen entgegenstehen. Dann ergibt sich die Frage, wieweit die Nachprüfung der Gerichte in diesem Punkte gehen kann.

Auszugehen ist auch hier von dem in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG niedergelegten Grundsatz, daß bei Verletzungen des Einzelnen in seinen Rechten durch die öffentliche Gewalt der Rechtsweg offensteht. Umfang und Art der richterlichen Nachprüfung im konkreten Falle ergeben sich aus § 23 MRVO 165 und § 15 BVerwGG, deren Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG wohl nicht anzuzweifeln ist. Danach ist in erster Linie darauf abzustellen, ob es sich bei der behördlichen Entscheidung über den Vorbehalt zugunsten des Allgemeininteresses um eine *Auslegung von Rechtsvorschriften* handelt, die in vollem Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt, oder aber um einen *Ermessensakt* oder um einen entsprechend zu behandelnden Akt²⁰¹).

Formulierungen, die dem Vorbehalt zugunsten des Staatsganzen ähneln, sind verschiedentlich auch dann als Hinweis auf eine Zuständigkeit der Exekutive zu Ermessensentscheidungen bezeichnet worden, wenn sie sich lediglich auf den innerstaatlichen Bereich beziehen. So überläßt das Bundesverwaltungsgericht die Beurteilung der Frage, »ob im Einzelfall den Interessen des öffentlichen Verkehrs Genüge geleistet ist«, wegen der hier maßgeblichen verkehrspolitischen und verkehrswirtschaftlichen Gesichtspunkte dem Ermessen der Verwaltung²⁰². Das Urteil des Reichsgerichts (RGZ Bd. 118, S. 325, 328) sieht Maßnahmen im Interesse des Reichs und der Allgemeinheit zur Verhinderung von Teuerung und zum Schutze des Staates vor finanzieller Erschütterung als Ermessensentscheidungen an. Nach Ernst Rudolf H u b e r spricht die Vermutung bei Regierungsakten – die hier in Betracht zu ziehen sind – im Zweifel für den Charakter als Ermessensakt²⁰³. Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes und des Reichsgerichtes unterscheiden sich von den hier in Betracht kommenden Fällen hauptsächlich dadurch, daß sie sich auf Fragen beziehen, die im innerstaatlichen Bereich wirken. Die Kritik an dem Ergebnis des Urteils des Bundesverwaltungs-

²⁰⁰) Vgl. oben S. 492 f.; M a n n , a. a. O. und Herbert K r a u s in der Laun-Festschrift a. a. O. Auf die Frage, ob es unter Umständen zu einer Vorlage an das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 100 Abs. 2 GG kommen kann, ist hier nicht einzugehen.

²⁰¹) Vgl. B a c h o f , Beurteilungsspielraum a. a. O., S. 97 ff.

²⁰²) DVBl. 1954, S. 501; JZ 1954, S. 574; NJW 1954, S. 1054.

²⁰³) Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. 1954, Bd. 2, S. 652.

gerichtet²⁰⁴) läßt sich schon aus diesem Grunde nicht ohne weiteres auf unsere Fälle übertragen²⁰⁵).

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob das überwiegende Interesse des Staatsganzen in anderen Sachgebieten und in anderem Zusammenhang im Wege der Rechtsauslegung ermittelt werden kann, das heißt, ob die den Begriff verwendende Behörde nur die einzige richtige Antwort im Wege der Rechtsauslegung zu finden oder »ob sie im Rahmen einer Wertverwirklichung wählend selbst zu entscheiden« hat²⁰⁶). Bei der Prüfung des Schutzanspruchs ist es mit einer bloßen Auslegung des Begriffs »überwiegendes Interesse des Staatsganzen« unter rechtlichen Gesichtspunkten jedenfalls nicht getan. Das Interesse der Gesamtheit ist hier im großen Rahmen der auswärtigen Beziehungen zu sehen. Es ist von zahlreichen wirtschaftlichen, politischen und unter Umständen militärischen Gesichtspunkten mitbestimmt. Es erstreckt sich auf ein viel umfangreicheres und viel weniger übersichtliches Sachgebiet als etwa im Gewerbe- oder Polizeirecht. Im Gegensatz zu ähnlich scheinenden Fällen dort ist es hier kaum jemals möglich, nur einen Weg als richtig zu bezeichnen und festzustellen, das Wohl der Allgemeinheit erfordere nur dieses bestimmte Verhalten und gestatte kein anderes. Die Dinge sind, wie Herbert Krüger zutreffend festgestellt hat, dafür zu komplex²⁰⁷). Das Wohl der Allgemeinheit kann den Schritt X oder den Schritt Y fordern, es kann einen oder beide verbieten. Es kann eine Kombination von wechselnden Maßnahmen zweckmäßig erscheinen lassen. Es kann vor allem mehrere ganz verschiedene Verhaltensweisen als rechtlich völlig gleichwertig

²⁰⁴) Vgl. z. B. Bachof, Beurteilungsspielraum a. a. O., S. 101.

²⁰⁵) Zu der Überprüfung von Ermessensentscheidungen von Organen supranationaler Organisationen vgl. Art. 33 Abs. 1 des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (BGBl. 1952 II, S. 445 ff.). Er lautet: »Der Gerichtshof ist zur Entscheidung über Nichtigkeitsklagen zuständig, die ein Mitgliedstaat oder der Rat gegen Entscheidungen und Empfehlungen der Hohen Behörde wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung des Vertrags oder irgend einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmißbrauchs erhebt. Die Nachprüfung durch den Gerichtshof darf sich jedoch nicht auf die Würdigung der aus den wirtschaftlichen Tatsachen oder Umständen sich ergebenden Gesamtlage erstrecken, die zu den angefochtenen Entscheidungen oder Empfehlungen geführt hat, es sei denn, daß der Hohen Behörde der Vorwurf gemacht wird, sie habe ihr Ermessen mißbraucht oder die Bestimmungen des Vertrages oder irgend einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm offensichtlich verkannt«. Vgl. dazu eingehend Steindorff, Die Nichtigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, 1952, insbes. Dritter Teil B und C, S. 83 ff. und die auf rechtsvergleichender Grundlage beruhenden Ausführungen des Generalanwaltes Lagrange, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Bd. I (1954-1955), S. 157 ff. Siehe auch Loun, Bemerkungen zum freien Ermessen und zum détournement de pouvoir im staatlichen und im Völkerrecht, Festschrift für Herbert Kraus, 1954, S. 128 ff.

²⁰⁶) Forsthoff, a. a. O., S. 71.

²⁰⁷) Der Regierungsakt vor den Gerichten, DOV 1950, S. 536 ff., 540.

nebeneinander zur Auswahl stellen. Die Frage, ob das Interesse der Gesamtheit es fordere, daß man schwere Verletzungen der Freiheitsrechte von Einzelnen hinnimmt, um etwa den Abschluß eines für die Gesamtheit wichtigen Wirtschaftsabkommens nicht zu gefährden und die Frage nach einem Kompromiß, der vielleicht ratsam sein könnte, sind nicht mit rechtstechnischen Mitteln zu beantworten²⁰⁸). Die Antwort ergibt sich nicht aus einer bloßen Auslegung von Rechtssätzen, sondern weitgehend aus echten Werturteilen, aus politischen Entscheidungen. Nach dem Bonner Grundgesetz sind diese den für die Führung der auswärtigen Politik verantwortlichen Staatsorganen zugewiesen. Die Übertragung der Grundsätze in die tägliche Praxis und – wo grundsätzliche Entscheidungen fehlen – die selbständige Beurteilung steht dem Auswärtigen Amt und gegebenenfalls den diplomatischen Vertretungen der Bundesrepublik im Ausland zu.

Bei der Frage, ob im Einzelfalle die Interessen des Staatsganzen der Schutzgewährung entgegenstehen, haben die zuständigen Stellen jeweils einen gewissen Beurteilungsspielraum²⁰⁹). Bei der Frage nach den bei einer etwaigen Schutzgewährung anzuwendenden Mitteln haben sie in der Regel die Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten. Sichere, wirklich objektive Maßstäbe fehlen weitgehend. Subjektive Erwägungen spielen eine erhebliche Rolle. Die zuständigen Stellen sind zur Abgabe dieser Werturteile nicht nur verfassungsmäßig berechtigt, sondern wegen ihrer speziellen Sachkenntnis insoweit auch besonders qualifiziert. Das wiegt hier schwerer als etwa auf den Gebieten des Bau- oder des Polizeirechts. Wenn die Gerichte die Frage nach den überwiegenden Interessen der Allgemeinheit und nach den Mitteln der Schutzgewährung in vollem Umfang überprüfen und entscheiden könnten, bestünde die Gefahr, daß das subjektive Werturteil der Gerichte das der zuständigen Stellen ersetzt, obwohl diese besser zur Beurteilung geeignet sind²¹⁰). Das mag allenfalls in Fragen mit rein innerstaatlicher Wirkung tragbar sein. Hier, wo die Außenpolitik berührt wird, sind etwas andere Maßstäbe anzulegen. Der Staat würde in Fragen der Außenpolitik unter Umständen mit zwei Stimmen sprechen. Die Gerichte könnten die für die Führung der Außenpolitik zuständigen Stellen verurteilen, Maßnahmen zu ergreifen, die den Rahmen des politisch Möglichen überschreiten. Das würde die maßgeblichen Personen zum mindesten vor einen Konflikt zwischen der rechtlichen Bindung an das Urteil und ihrer politischen Verantwortung stellen.

²⁰⁸) Vgl. das oben Anm. 94 erwähnte Beispiel.

²⁰⁹) Der Ausdruck als *terminus technicus* stammt m. W. von Bachof, a. a. O.

²¹⁰) Vgl. für andere Sachgebiete Bachof, a. a. O., S. 99 und Ule in der Gedächtnisschrift für W. Jellinek, a. a. O., S. 326, 328.

Unter diesen Umständen ist die gerichtliche Nachprüfung nicht nur bei der Auswahl der jeweils zur Schutzgewährung zu verwendenden Mittel auf den durch § 15 Abs. 2 BVerwGG und § 23 Abs. 3 MRVO 165 gesteckten Rahmen beschränkt. Man wird auch die Entscheidung darüber, wann das Interesse des Staatsganzen einem Eingreifen gegenüber fremden Staaten zugunsten eines Schutzbegehrenden entgegensteht, als einen Akt ansehen müssen, der als Ausnutzung eines verfassungsrechtlich gewährten Beurteilungsspielraums wie eine Ermessensausübung zu werten und nur im gleichen Umfang gerichtlich nachprüfbar ist²¹¹). Auch insoweit hat der Staatsbürger nur einen Anspruch auf Nachprüfung seines Begehrens und auf eine rechtlich fehlerfreie Entscheidung.

Ermessensakte unterliegen einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle lediglich im Hinblick darauf, ob das Ermessen überschritten oder mißbraucht worden ist²¹²). Man kann allerdings fragen, ob selbst diese Art der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung nicht dadurch über den Bereich der gerichtlichen Zuständigkeit und in die Kompetenz der Exekutive greift, daß sie in gewissem Umfang Entscheidungen fällt, die für die Außenpolitik maßgeblich sein können.

Derartige Bedenken lassen sich nicht auf den Wortlaut der einschlägigen Gesetze stützen. Art. 19 Abs. 4 GG setzt der Nachprüfung nur insoweit eine Grenze, als er eine Verletzung von Rechten voraussetzt. § 23 Abs. 3 MRVO 165 und § 15 Abs. 2 BVerwGG machen insoweit keine Ausnahme von der allgemeinen Regelung. § 9 Abs. 1 a und e BVerwGG sehen die Anfechtung von Verwaltungsakten der obersten Bundesbehörden auf konsularischem Gebiet und von Verwaltungsakten solcher Bundesbehörden vor, die ihren Sitz außerhalb des Geltungsbereichs des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes haben. In Fällen des § 9 Abs. 1 a entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäß § 9 Abs. 2 in der Sache selbst nur, »wenn die Angelegenheit nach Umfang, Bedeutung oder Auswirkung über das Gebiet eines Landes hinausgeht oder von allgemeiner Bedeutung ist oder aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses einer alsbaldigen Entscheidung bedarf«. Andernfalls ver-

²¹¹) Die Ausführungen des Hanseatischen Oberlandesgerichts (im Zusammenhang mit der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von Prüfungsentscheidungen) gegen eine »Parallele zur Ermessenskontrolle« stellen auf andere Sachverhalte ab. Aus den oben erörterten Gründen lassen sie sich nicht auf unsere Frage anwenden. Vgl. Verwaltungsrechtsprechung Bd. 8, Nr. 131, S. 546 ff. Gleiches gilt für die Stellungnahme zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von Prüfungsentscheidungen bei Werner Th i e m e, DVBl. 1957, S. 15 und U l e, ebenda, S. 17, Leitsätze 5, 11 und 12.

²¹²) § 23 Abs. 3 MRVO 165 und § 15 Abs. 3 BVerwGG; Wortlaut oben S. 520 f. Vgl. dazu insbes. K l i n g e r, a. a. O., Anm. D 1 zu § 23; E y e r m a n n - F r ö h l e r, a. a. O., Anm. 4 zu § 36 und M e n g e r, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 125 ff.

weist es an das örtlich zuständige Verwaltungsgericht des ersten Rechtszuges. Eine der in § 9 Abs. 2 genannten Voraussetzungen für eine Sachentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts dürfte bei Klagen, die den Anspruch auf Auslandsschutz betreffen, jedoch in der Regel vorliegen. Zwar wird die Anfechtung von Verwaltungsakten des Auswärtigen Amtes selbst auf diplomatischem – im Unterschied zum konsularischen – Gebiet hier nicht erfaßt. Jedoch besteht insoweit gemäß § 11 BVerwGG die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts des ersten Rechtszuges, in dessen Bezirk das Auswärtige Amt seinen Sitz hat. Derartige Fälle dürften jedoch nur dann vorkommen, wenn die endgültigen Entscheidungen nicht von den diplomatischen oder konsularischen Vertretungen der Bundesrepublik, sondern vom Auswärtigen Amt selbst gefällt werden und dieses insoweit auch nach außen als entscheidende Stelle in Erscheinung tritt. Die eigenartige und kaum sehr erfreuliche Tatsache, daß die Anfechtung gerade der politisch wichtigen Verwaltungsakte des Auswärtigen Amtes auf diplomatischem Gebiet nicht in die Kompetenz des Bundesverwaltungsgerichtes, sondern in die des örtlich zuständigen Landesverwaltungsgerichtes fällt, dürfte unter anderem auf die Ausführungen des Vertreters des Auswärtigen Amtes im Bundestagsausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht zurückzuführen sein. Ursprünglich war die Anfechtung von Verwaltungsakten der obersten Bundesbehörden auch auf diplomatischem Gebiet bei dem Bundesverwaltungsgericht vorgesehen. Von Seiten des Auswärtigen Amtes wurde jedoch insbesondere in der 155. Ausschußsitzung am 6. Februar 1952 vorgetragen, es gebe keine diplomatischen Akte, auf die der Einzelne ein klagbares subjektives Recht haben könne. Daher sei es nicht angebracht, insoweit eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zu begründen. Der Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht schloß sich dieser Ansicht jedenfalls im Ergebnis an²¹³⁾.

Obwohl der Wortlaut der einschlägigen Gesetze Ermessensentscheidungen über den Schutzanspruch nicht von der gerichtlichen Nachprüfung ausnimmt und die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte lückenlos geregelt ist, könnte man annehmen, die Entscheidungen über den Schutzanspruch fielen in die Gruppe der einer gerichtlichen Kontrolle entzogenen Regierungsakte, der »gerichtsfreien Hoheitsakte«²¹⁴⁾. »Der Begriff der ‚gerichtsfreien Hoheits-

²¹³⁾ Vgl. Protokoll Nr. 155, besonders S. 4 ff. und Drucksache Nr. 66 des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht vom 14. 6. 1952, S. 51. Siehe demgegenüber oben S. 508 ff.

²¹⁴⁾ Der Ausdruck stammt von Hans Schneider (siehe seine gleichnamige Schrift 1951), der die folgenden Ausführungen ungeachtet des anderen Ausgangspunktes wesentliche Anregungen verdanken. Zum Fragenkomplex der gerichtsfreien Hoheitsakte vgl. weiter Van Husen, a. a. O.; Herbert Krüger, a. a. O.; Loening, Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1951, S. 233 f.; Rumpff, Regierungsakte im Rechtsstaat, 1955; Eisenmann, Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht,

akte' („Regierungsakt“) ist in den Beratungen des Rechts- und Verfassungsausschusses des Bundestags ausdrücklich abgelehnt worden, soweit er etwa auch Verwaltungsmaßnahmen oberster Bundesbehörden erfassen soll, die in die Rechte des Einzelnen eingreifen«^{214a}). Die folgenden Ausführungen können sich mit diesem komplizierten Problemkreis nicht im einzelnen befassen. Sie lassen bewußt die Frage offen, ob hier allgemein oder aber in einzelnen Fällen die Grundsätze anwendbar sind, die die Wissenschaft zu diesem Fragenkomplex zu präzisieren sucht. Sie bemühen sich vielmehr um den Nachweis, daß bei der Nachprüfung von Entscheidungen über den Schutzanspruch die Schwierigkeiten weitgehend vermeidbar sind, die im Zusammenhang mit den gerichtsfreien Hoheitsakten gegen eine gerichtliche Nachprüfung angeführt werden.

In der Literatur wird zutreffend ausgeführt, daß eine gerichtliche Nachprüfung von Entscheidungen über den Schutzanspruch in Frankreich, Großbritannien und den Vereinigten Staaten von Amerika nicht möglich ist²¹⁵). Diese Tatsache ist bei der Prüfung der Rechtslage unter dem Bonner Grundgesetz jedoch nicht von entscheidender Bedeutung²¹⁶). Einmal werden unter der Bezeichnung »gerichtsfreie Hoheitsakte« oder unter synonymen Begriffen verschiedene Handlungen in Staaten mit unterschiedlichen materiell-rechtlichen Vorschriften zusammengefaßt, so daß man schon deshalb keine allgemeine Regel aufstellen kann²¹⁷). Zum anderen scheidet die gerichtliche Nachprüfung derartiger Hoheitsakte oft einfach daran, daß ein Rechtsweg fehlt²¹⁸). Dieses Moment kommt für die Rechtslage unter dem Grundgesetz wegen der eben angeführten verwaltungsgerichtlichen Klagemöglichkeiten und wegen des Art. 19 Abs. 4 GG nicht in Betracht. Die Nachprüfung von Entscheidungen über den Schutzanspruch ist auch nicht wegen der rechtlichen

Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. 2 (1953), S. 1 ff.; das immer noch wichtige Werk von Ipsen, Politik und Justiz, 1937, Forsthoff, a. a. O., und die einschlägigen Ausführungen bei der Tagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer 1949; siehe VVDStL Heft 8 (1950), besonders S. 110 f., 156, 158. Für ähnliche Fragen im Völkerrecht siehe die Arbeit von Wengler, Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht, Recht und Staat, 1956, Nr. 189, 190.

^{214a}) Ule, Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (1952), Anm. II 1 b zu § 9.

²¹⁵) Für Frankreich Schneider, a. a. O., S. 48; Rumpf, a. a. O., S. 74 ff.; für Großbritannien Schneider, a. a. O., S. 56; Rumpf, a. a. O., S. 132 ff.; für USA Borchar, Diplomatic protection, S. 363 ff.; vgl. auch Papalambrou, The „actes du Gouvernement“ in Greek Law, Revue Hellénique de Droit International, Année 8, (1955), S. 101 ff.

²¹⁶) Entsprechend vorsichtig ist die Feststellung von Hans Schneider, a. a. O., S. 47, daß Entscheidungen über die Gewährung diplomatischen Schutzes als gerichtsfreie Hoheitsakte »in Betracht kommen«.

²¹⁷) Vgl. dazu Eisenmann, a. a. O., S. 27; Forsthoff, a. a. O., S. 443 ff. und Hans Schneider, a. a. O., S. 47 ff.

²¹⁸) Vgl. Eisenmann, a. a. O., S. 11 ff., 31; Hans Schneider, a. a. O., S. 41.

Stellung der Behörde – hier in erster Linie des Auswärtigen Amtes – ausgeschlossen, die sie gefällt hat. Das ist bereits aus dem Wortlaut gerade des § 9 Abs. 1 a und e BVerwGG zu entnehmen.

Die Nichtjustiziabilität könnte sich unter diesen Umständen nur daraus ergeben, daß sich die Entscheidung über den Schutzanspruch in *m a t e r i e l l e r* Hinsicht grundsätzlich von anderen Staatshoheitsakten unterscheidet. Zutreffend führt K r ü g e r ²¹⁹⁾, es könne sich hier nicht nur um eine Rechtsangelegenheit, sondern um die politischen Beziehungen zu dem betreffenden Staat, ja um die gesamte Außenpolitik handeln, daher dürften bei der Entscheidung die Existenzfrage oder der Integrationswert niemals außer acht gelassen werden. Die Gerichte, so meint Krüger, seien nicht imstande zu dem hier erforderlichen Gegeneinanderabwägen der mannigfachen Interessen, die in eine derartige Frage hineinspielen.

Der Ausgangspunkt ist richtig. Er entspricht den obigen Erwägungen. Der weitere Weg braucht jedoch nicht zur völligen Ausklammerung von Entscheidungen über den Schutzanspruch aus der gerichtlichen Kontrolle zu führen ^{219a)}. Dahingehende Ausführungen berücksichtigen nicht, daß in der Bundesrepublik kraft positiven Rechts die richterliche Nachprüfungsbefugnis jedenfalls bei den Verwaltungsakten eingeschränkt ist, die als Ermessenshandlungen anzusehen oder – wie die vorausgegangenen Ausführungen zum Beurteilungsspielraum gezeigt haben – gleich zu behandeln sind. Die Nachprüfung einer Entscheidung über den Schutzanspruch gehört insoweit in diese Gruppe, als es um die Frage, ob der Schutzgewährung überwiegende Interessen des Staatsganzen im Wege stehen, und um die Mittel zur Schutzgewährung geht. Damit tritt das Problem, ob sich der Richter mit der Nachprüfung des Exekutivaktes politische Entscheidungen anmaßt, die zu fällen er nicht berufen ist, gar nicht in der Schärfe auf, in der es bei einer Betrachtungsweise erscheint, die von einem allgemein gültigen Begriff des Regierungsaktes und der gerichtlichen Nachprüfung ausgeht. Das Gegeneinanderabwägen politischer Interessen, worin Herbert K r ü g e r das Fällen einer politischen Entscheidung durch die Gerichte und F o r s t h o f f ²²⁰⁾ mit Recht ein Hindernis für die gerichtliche Kontrolle sehen, wird den Gerichten im Rahmen der §§ 15 Abs. 1 und 2 BVerwGG und 23 MRVO 165 gar nicht zuge-

²¹⁹⁾ A. a. O., S. 540.

^{219a)} H. K r a u s hält Ermessensentscheidungen im Rahmen der auswärtigen Gewalt auf das Vorliegen eines *détournement de pouvoir* für überprüfbar; siehe Laun-Festschrift a. a. O., S. 235.

²²⁰⁾ A. a. O., S. 417. Vgl. auch die Hinweise von Werner W e b e r auf »die doppelte Gefahr einer Juridifizierung der Politik und der Politisierung der Justiz« in Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 1951, S. 31.

mutet²²¹⁾. Die Gerichte haben hier lediglich festzustellen, ob der Beurteilungsspielraum überschritten oder mißbraucht worden ist. Da bei den zahlreichen tatsächlichen und rechtlichen Unterschieden in diesem Zusammenhang der Gleichheitsgrundsatz kaum von Bedeutung sein kann, dürfte sich die Prüfung in der Regel vor allem darauf konzentrieren, ob sachfremde Gesichtspunkte für die Haltung der zuständigen Behörde maßgeblich waren. Eine Nachprüfung auf Ermessensüberschreitung und Ermessensmißbrauch bei der Wahl der Mittel zur Schutzgewährung führt weder zu einer Kontrolle über die politische Zweckmäßigkeit, noch zu einer anderen Art der politischen Entscheidung durch das Gericht. Sie bedeutet, wenn der Richter sich in dem hier gezeigten Rahmen hält, eine Beschränkung auf Probleme, die der richterlichen Erkenntnis nicht verschlossen sind. Die Frage für den Richter lautet – um ein Beispiel zu geben – nicht: »Ist das Interesse der Allgemeinheit an dem Abschluß eines geplanten Handelsvertrages größer als an der Wiedergutmachung einer Verletzung der Menschenwürde durch den zukünftigen Vertragspartner?« Vielmehr würden die Richter nur folgendes zu untersuchen haben: »Hat die zuständige Stelle pflichtgemäß und in r e c h t l i c h fehlerfreier Weise geprüft, ob das in Aussicht genommene Abkommen an Maßnahmen zur Durchsetzung des individuellen Wiedergutmachungsanspruches scheitern und ob dies einen Schaden für die Allgemeinheit bedeuten k ö n n t e , der unter Umständen schwerer ins Gewicht fallen würde als die Wiederherstellung der verletzten Individualrechte?«

Im Ergebnis stimmt K r ü g e r mit diesen Erwägungen überein. Er will – allgemein bei Regierungsakten und speziell bei Entscheidungen über den Schutzanspruch – nur eine Prüfung auf die Sachgerechtigkeit hin zulassen²²²⁾. Jedoch geht Krüger im Gegensatz zu den obigen Ausführungen von der grundsätzlichen Unüberprüfbarkeit der Regierungsakte als Regelfall aus, die nur unter Umständen, nämlich bei sachfremden Gesichtspunkten, zu einem Unrechtsakt und damit überprüfbar werden könnten. Die Auffassung Krügers könnte damit zu erklären sein, daß er anscheinend einen allgemeinen Begriff der gerichtlichen Kontrolle voraussetzt, ohne speziell auf die im positiven Recht der Bundesrepublik jedenfalls für diese Fälle festgelegte Beschränkung der gerichtlichen Prüfungsbefugnisse abzustellen.

Eine dem Kläger günstige Entscheidung in den Verfahren nach § 15 Abs. 1 und 2 BVerwGG und § 23 MRVO 165 kann nur zur – vollständigen oder teilweisen – Aufhebung oder Nichtigerklärung eines etwa nach §§ 44, 49 MRVO 165 ergangenen Einspruchs- oder Beschwerdebescheides und des an-

²²¹⁾ Vgl. den Wortlaut oben S. 520 f.

²²²⁾ A. a. O., S. 541.

gefochtenen Verwaltungsaktes führen²²³⁾. Auf Antrag des Klägers und bei Vorliegen eines berechtigten Interesses spricht das Gericht im Falle einer vorherigen Erledigung des Verwaltungsaktes nach § 75 Abs. 1 Satz 2 MRVO 165 seine Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit aus. Ein rechtskräftiges Urteil verpflichtet die von dem Schutzbegehrenden angegangene Stelle lediglich zur erneuten Nachprüfung und zum Erlaß einer Entscheidung, die Ermessensfehler vermeidet. Waren im Anschluß an einen Verwaltungsakt, der dem Schutzbegehren zwar nicht ganz, aber teilweise entsprach, bereits entsprechende Schritte gegenüber einem ausländischen Staat zur Schutzgewährung unternommen, so werden diese Maßnahmen nicht etwa durch das Urteil aufgehoben oder für nichtig erklärt. Hier ist zwischen dem Verwaltungsakt selbst und den ihm entsprechenden Maßnahmen gegenüber dem fremden Staat zu unterscheiden. Die unmittelbare Urteilswirkung erstreckt sich nur auf jenen, nicht auf diese. Von einem Eingriff in den Bereich der Exekutivzuständigkeit im Rahmen der auswärtigen Gewalt kann man unter diesen Umständen kaum sprechen.

Etwas anders erscheint die Sachlage bei einer Klage nach § 15 Abs. 3 BVerwGG und § 24 MRVO 165. § 24 MRVO 165 lautet:

»(1) Eine Klage auf Vornahme eines beantragten Verwaltungsaktes kann nur darauf gestützt werden, daß der Kläger einen Rechtsanspruch auf die Vornahme habe und daß die Verwaltungsbehörde den Antrag abgelehnt oder ohne zureichenden Grund innerhalb von zwei Monaten nicht beschieden habe.

(2) Die Vorschriften des § 23 Abs. (2) und (3) gelten entsprechend«²²⁴⁾.

Die Fälle der Vornahmeklage dürften praktisch wichtiger sein als die der Anfechtungsklage. Wenn bei der Anfechtungsklage zugleich mit der Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes eine Verurteilung zur Schutzgewährung beantragt wird, liegt der Schwerpunkt bei dem letzten Antrag. Bei der Klagebegründung muß der Schutzbegehrende vortragen:

1. Er habe einen Anspruch auf Schutz, da die völkerrechtlichen Voraussetzungen gegeben seien und das Interesse des Staatsganzen nicht im Wege stehe, und

2. sein Antrag sei von der zuständigen Behörde

a) durch einen Verwaltungsakt abgelehnt oder

b) (innerhalb der jeweils gesetzten Frist)

ohne zureichenden Grund nicht beschieden worden²²⁵⁾.

²²³⁾ Siehe § 75 Abs. 1 Satz 1 MRVO 165.

²²⁴⁾ Wortlaut des § 15 Abs. 3 BVerwGG siehe oben S. 521.

²²⁵⁾ Zu der Frage, ob in den unter 2 a angeführten Fällen auch die Vornahmeklage und nicht lediglich die Anfechtungsklage zulässig ist, siehe die Angaben bei U l e , Bundesverwaltungsgerichtsgesetz a. a. O., Anm. 4 b zu § 15 und K l i n g e r , a. a. O., Anm. 1 zu § 24.

Die Frage, ob die überwiegenden Interessen der Allgemeinheit der Schutzgewährung entgegenstehen, bietet bei der Vornahmeklage keine weitergehenden Möglichkeiten zur Nachprüfung als bei der Anfechtungsklage. Die Besonderheit liegt nur darin, daß die Entscheidung nicht nur die Ablehnung des Schutzantrages wegen der von der Behörde vorgetragene Gründe beseitigen, sondern auch die Verpflichtung zur Schutzgewährung aussprechen kann. Ein Anspruch auf die Vornahme bestimmter Maßnahmen zur Erfüllung des Schutzbegehrens steht dem Kläger – wie oben ausgeführt wurde²²⁶⁾ – jedoch normalerweise nicht zu. Ein dem Kläger günstiges Urteil kann die Behörde nur zu einer ersten²²⁷⁾ oder zur erneuten Nachprüfung und zum Erlaß einer Entscheidung verpflichten, die frei von »Ermessensfehlern« ist²²⁸⁾. Es kann sie nicht zu bestimmten Schritten zwingen²²⁹⁾, sofern nicht klar ersichtlich ist, daß es im vorliegenden Falle nur ein Mittel zur Schutzgewährung gibt und die Nichtanwendung dieses Mittels einen »Ermessensfehler« darstellt²³⁰⁾. Das ist schon bei den Ansprüchen auf fehlerfreie Ermessensentscheidungen verhältnismäßig selten, die sich lediglich im innerstaatlichen Bereich auswirken. Bei der Schutzgewährung wird man kaum einmal sagen können, daß nur eine einzige Maßnahme ein von Ermessensfehlern freies Handeln darstellt. Da der erforderliche Spielraum hinsichtlich der Art des Handelns für die zuständigen Stellen gewahrt bleibt, ist auch hier ein Eingriff der Gerichte in ihre politische Entscheidungsfreiheit kaum zu befürchten. Bei der Nachprüfung von Entscheidungen über den Schutzanspruch lassen sich demnach die wesentlichsten Gefahren vermeiden, die in der Literatur im Zusammenhang mit den gerichtsfreien Hoheitsakten angeführt werden, um ihre Ausklammerung aus der gerichtlichen Nachprüfung zu begründen.

Feststellungsklagen gemäß § 16 BVerwGG oder § 52 MRVO 165 dürften – soweit überhaupt zulässig²³¹⁾ – praktisch nicht von Bedeutung sein. Sie sind im Hinblick auf unsere Frage nicht anders als die Anfechtungs- und die Vornahmeklage zu beurteilen.

Ein letztes Bedenken gegen die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsakten, die den Schutzanspruch betreffen, könnte sich aus dem Geheimhaltungsinteresse ergeben. Es ist oft wünschenswert und

²²⁶⁾ A II 3 b und B I.

²²⁷⁾ Lediglich in diesem Falle handelt es sich um eine echte Untätigkeitsklage; vgl. Bachof, Vornahmeklage a. a. O., S. 8.

²²⁸⁾ Vgl. LVG Braunschweig, NJW 1956, S. 397.

²²⁹⁾ Siehe auch Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht a. a. O., S. 618.

²³⁰⁾ Vgl. – allerdings im Hinblick auf ein anderes Sachgebiet – OVG Münster, DVBl. 1955, S. 437, 438 mit Nachweisen; Engelhard, NJW 1956, S. 1378.

²³¹⁾ Vgl. BVerwG in DVBl. 1956, S. 135 ff.

kann unter Umständen notwendig sein, daß die Erwägungen der zuständigen Behörde etwa über die Bedeutung eines geplanten Abkommens oder über politische Beziehungen zu einem bestimmten Staat, die für die Versagung des Schutzes maßgeblich waren, überhaupt nicht oder jedenfalls nicht vorzeitig bekannt werden. Daher fragt sich, welche Sicherheit ein verwaltungsgerichtlicher Prozeß in dieser Hinsicht bietet.

Zu dem Verfahren nach dem Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht ist folgendes zu bemerken:

§ 44 Abs. 1 BVerwGG gewährt den Parteien ein uneingeschränktes Einsichtsrecht in die dem Gericht vorgelegten Akten. Jedoch ist eine Behörde nach § 41 Abs. 1 zur Vorlage von Urkunden oder Akten nicht verpflichtet, wenn die zuständige oberste Dienstbehörde erklärt, daß das Bekanntwerden des Inhalts dem Wohle des Bundes Nachteile bereiten würde oder daß die Vorgänge auf Grund eines Gesetzes oder ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müßten. Bei Urkunden oder Akten einer obersten Bundesbehörde darf die Vorlage nach § 41 Abs. 2 unterbleiben, wenn die Erklärung von der Bundesregierung abgegeben wird. Die Entscheidungen der zuständigen obersten Bundesbehörde oder der Bundesregierung sind nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts für dieses verbindlich²³²⁾. Die §§ 44, 41 BVerwGG sind *lex specialis* zu § 42, so daß § 422 ZPO nicht zur Anwendung kommen kann²³³⁾.

Für die Beweisaufnahme, der die Parteien nach § 39 Abs. 2 beiwohnen können, gelten auf Grund des § 40 BVerwGG im übrigen die §§ 358–444 und 478–494 ZPO entsprechend. § 376 Abs. 1 ZPO verweist für die Vernehmung von Beamten und anderen Personen des öffentlichen Dienstes als Zeugen über Umstände, auf die sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, und für die Genehmigung zur Aussage auf die einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften, § 376 Abs. 2 für die Mitglieder der Bundesregierung auf die für sie maßgebenden besonderen Vorschriften²³⁴⁾. Nach § 61 Abs. 2 des Bundesbeamtengesetzes vom 14. Juli 1953 darf der Beamte während und nach der Beendigung des Beamtenverhältnisses über die ihm bei seiner amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Angelegenheiten nur mit Genehmigung seines Dienstvorgesetzten beziehungsweise seines letzten Dienstvorgesetzten vor Gericht aussagen²³⁵⁾. Vor kurzem hat eine Entschei-

²³²⁾ BVerwGE Bd. 3, S. 304; NJW 1956, S. 1493; DÖV 1956, S. 666; so auch Ule, BVerwGG a. a. O., Anm. II 3 zu § 41. Es ist nicht möglich, hier auf die Bedenken v. Köhlers einzugehen; vgl. NJW 1956, S. 1463 ff., 1493; siehe auch BVerwG, DVBl. 1954, S. 503; Der Betriebs-Berater 1954, S. 576 und unten Anm. 235.

²³³⁾ Vgl. Ule, a. a. O., Anm. II zu § 42.

²³⁴⁾ Vgl. auch § 383 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO.

²³⁵⁾ BBG; BGBl. I, S. 551.

derung des Verwaltungsgerichts Freiburg die Verweigerung der Aussagegenehmigung als einen nach § 25 MRVO anfechtbaren Verwaltungsakt bezeichnet. Zu einem entsprechenden Ergebnis kam das Oberverwaltungsgericht Berlin^{235a)}. Auch diese Frage läßt sich hier nur aufwerfen, aber nicht beantworten. Die Mitglieder der Bundesregierung dürfen während und nach ihrer Amtszeit über Angelegenheiten, die ihnen amtlich bekannt geworden sind, nur mit Genehmigung der Bundesregierung aussagen²³⁶⁾. Schließlich gestattet § 14 BVerwGG in Verbindung mit § 172 des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Fassung vom 12. September 1950²³⁷⁾ den Ausschluß der Öffentlichkeit von der Hauptverhandlung, wenn eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Staatssicherheit zu besorgen ist.

Für die Verfahren nach der Militärregierungsverordnung 165 gilt folgendes: Bei einem Beweisbeschuß über die Beziehung von Urkunden nach §§ 61, 62 MRVO 165 ist die Geheimhaltungsmöglichkeit unvollkommen. Es fehlt hier an einer § 68 VGG und § 41 Abs. 1 BVerwGG entsprechenden Möglichkeit, die Vorlage von Urkunden zu verweigern, wenn die übergeordnete Behörde erklärt, daß die Vorlage öffentliche Belange erheblich gefährden würde. Jedoch besteht dafür ein gewisser Ausgleich. Nach § 70 Abs. 1 MRVO 165 und § 299 Abs. 1 ZPO können die Parteien zwar die Prozeßakten einsehen. Nach § 70 Abs. 2 MRVO 165 dürfen die vom Gericht zugezogenen Akten einer Behörde den Beteiligten jedoch nur insoweit zur Einsicht vorgelegt werden, als die Behörde es ausdrücklich gestattet. Bei der Verweigerung der Einsichtnahme können die Akten der Entscheidung nur so weit zu Grunde gelegt werden, als ihr Inhalt vorgetragen und zum Gegenstand der Verhandlung gemacht worden ist. Für die Beweiserhebung durch Vernehmung von Zeugen oder Beteiligten kommen nach § 63 MRVO 165 ebenfalls § 376 Abs. 1 und 2 ZPO und damit § 61 Abs. 2 BBG und § 6 Abs. 2 Bundesministergesetz zur Anwendung²³⁸⁾. § 31 MRVO 165 erklärt ebenso wie § 14 BVerwGG § 172 GVG für anwendbar, so daß auch hier die Möglichkeit zum Ausschluß der Öffentlichkeit gegeben ist.

In den Verfahren nach dem Bundesverwaltungsgerichtsgesetz bestehen somit weitgehende rechtliche Möglichkeiten, um dem Geheimhaltungsinteresse Rechnung zu tragen. Nicht ganz befriedigend erscheint die Regelung nach der MRVO 165. Es dürfte dem Gericht obliegen, die Vorlage von Urkunden dann nicht anzuordnen, wenn dadurch übergeordnete Belange erheblich ge-

^{235a)} NJW 1956, S. 1941 bzw. DVBl. 1955, S. 568; vgl. auch oben Anm. 232.

²³⁶⁾ § 6 Abs. 2 des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung (= Bundesministergesetz) vom 17. 6. 1953; BGBl. I, S. 407; siehe aber die Entscheidungen oben Anm. 235 a.

²³⁷⁾ GVG; BGBl., S. 513.

²³⁸⁾ Vgl. die oben Anm. 235 a angeführten Entscheidungen.

fährdet werden könnten. Man muß darauf vertrauen, daß die Gerichte zu einer Würdigung der verschiedenen Gesichtspunkte insoweit bereit und in der Lage sind. Man könnte die Einführung einer entsprechend geänderten Regelung gemäß § 26 BVerfGG in Erwägung ziehen, nach dem auf Grund eines Beschlusses mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen des Gerichts die Beiziehung einzelner Urkunden unterbleiben kann, wenn ihre Verwendung mit der Staatssicherheit unvereinbar ist. Dabei wären aber die Grundsätze zu beachten, die das Bundesverfassungsgericht in dem Beschluß vom 25. Oktober 1956 über das Recht auf Gehör herausgestellt hat ²³⁹⁾.

Schwierigkeiten können sich noch daraus ergeben, daß die Behörde, deren Entscheidung angegriffen ist, durch die Befürchtung im Prozeß zu unterliegen, zu Aussagen oder zur Vorlage von Unterlagen gezwungen wird, die sie zurückhalten möchte. Während die Behauptungslast nicht problematisch ist, weil nach § 38 Abs. 1 BVerwGG und § 61 MRVO 165 die Officialmaxime gilt, bedarf die Frage der objektiven oder materiellen Beweislast – nach der Terminologie Leo Rosenbergs der Feststellungslast ^{239a)} –, die hier allerdings nicht ausgeschöpft werden kann, jedenfalls einer Erwähnung. Die oben umrissenen Geheimhaltungsmöglichkeiten können nutzlos sein, wenn die beklagte Stelle durch die Regelung der objektiven Beweislast überbürdet wird.

Nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. April 1956 trägt die Beweislast bei der Anfechtungsklage in der Regel der Kläger ^{239b)}. Tietgen hat sich in seiner Anmerkung kritisch mit dem Urteil auseinandergesetzt und, meines Erachtens zutreffend, ausgeführt, daß die Regelung der objektiven Beweislast jeweils dem materiellen Recht zu entnehmen sei ^{239c)}. Die Beweislastfragen speziell im Hinblick auf die verwaltungsgerichtlichen Verfahren entbehren noch einer umfassenden wissenschaftlichen Untersuchung ^{239d)}, wie sie das grundlegende Werk von Rosenberg für das Zivilrecht geleistet hat. Ich kann in diesem Rahmen nur mit Tiet-

²³⁹⁾ DVBl. 1957, S. 21; DÖV 1957, S. 20. Vgl. aber BVerwG, DVBl. 1956, S. 834: »Weiter, als es für die rechtliche Entscheidung notwendig ist, braucht der Sachverhalt nicht aufgeklärt zu werden«. Siehe auch das Bulletin der Bundesregierung vom 12. 6. 1956, Nr. 105, S. 1035 über die Vorlage des Schriftwechsels zwischen dem Deutschen Reich und dem Heiligen Stuhl im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht über das Reichskonkordat. Es dürfte einem völkerrechtlichen Brauch entsprechen, daß die Verhandlungen beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge jedenfalls insoweit einer weiteren Öffentlichkeit nicht zugänglich gemacht werden, als ein entgegenstehender Wille des oder der Kontrahenten anzunehmen ist.

^{239a)} Rosenberg, Die Beweislast, 4. Aufl. 1956, besonders S. 24 ff.

^{239b)} DVBl. 1956, S. 682 mit Anm. von Tietgen; NJW 1956, S. 1214.

^{239c)} A. a. O., Ziff. 3 mit weiteren Nachweisen; so auch Rosenberg, a. a. O., S. 81.

^{239d)} So auch Kniesch, Zur Beweislast in Verwaltungsstreitverfahren, MDR 1954, S. 452 ff.; Ule, DVBl. 1954, S. 137 ff., 146. Leider war es mir nicht mehr möglich, auf

gen^{239e}) und Rosenberg, dessen Ausführungen insoweit auch für das Verwaltungsstreitverfahren zutreffen^{239f}), feststellen, daß jede Partei die objektive Beweislast für das Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen aller Normen trägt, ohne deren Anwendung ihr Prozeßbegehren keinen Erfolg haben kann. Bei unserer Frage ist davon auszugehen, daß dem Schutzbegehrenden ein Anspruch auf Schutz gegenüber dem Ausland nur zusteht und die Anfechtungs- beziehungsweise Vornahmeklage nur dann zum Erfolg führen kann, wenn die Schutzgewährung völkerrechtlich zulässig ist und nicht im Widerspruch zu den Interessen der Allgemeinheit steht. Diese beiden Voraussetzungen unterscheiden sich jedoch bei näherer Betrachtung in einem wesentlichen Punkt. Die Tatsachen, welche die Zulässigkeit der Schutzgewährung nach Völkerrecht begründen, sind nach den obigen Ausführungen über die materielle Rechtslage wie rechtsbegründende Tatsachen zu werten (A II 3 b und B I). Ist ein Handeln zur Schutzgewährung nach Völkerrecht unzulässig, so kann Anspruch auf Schutz von vornherein nicht entstehen. Für rechtsbegründende Tatsachen trägt im Privatrecht gewöhnlich der Kläger die Beweislast^{239g}). Die objektive Beweislast für Tatsachen, welche die Ablehnung des Schutzanspruchs wegen überwiegender Interessen der Allgemeinheit begründen sollen, kann man dagegen anders beurteilen. Bei dem Vorbehalt zugunsten des Allgemeininteresses liegt eine gewisse Parallele zu den Vorbehalten bei verschiedenen Grundrechten nahe. Man kann den Standpunkt vertreten, die Tatsachen, die zum Beispiel das Eingreifen des Vorbehalts zugunsten der persönlichen Ehre begründen (Art. 5 GG), entsprächen in dem hier wesentlichen Punkt den Tatsachen, die man im Privatrecht rechtsvernichtend bzw. rechtshemmend nennen würde^{239h}). Eine Gleichbehandlung der den Vorbehalt begründenden Tatsachen mit rechtsvernichtenden bzw. rechtshemmenden Tatsachen ließe sich auch damit motivieren, daß zum Beispiel die Meinungsfreiheit als Freiheitsrecht die Grundeinstellung des Verfassungsgesetzgebers kennzeichnet, die Vorbehalte nur als Ausnahme zuläßt und – wie besonders Art. 19 Abs. 1 und 2 GG zeigt – auch an Einschränkungen durch Gesetze strenge Anforderungen stellt²³⁹ⁱ). Die Tatsachen zur Begründung des Vorbehalts zugunsten der All-

den erst nach Abschluß dieser Arbeit vorliegenden Beitrag von Bettermann, Zur Beweislast im Verwaltungsprozeß, DVBl. 1957, S. 84 f. und auf die Entgegnung von Tietgen, ebenda, S. 87 ff. einzugehen.

^{239e}) A. a. O., S. 684 unter Ziff. 4.

^{239f}) A. a. O., S. 98 ff.

^{239g}) Vgl. Rosenberg, a. a. O., S. 100, 105. Auf Grund seiner Ausgangsposition dürfte Tietgen zu dem gleichen Ergebnis kommen.

^{239h}) Vgl. Rosenberg, a. a. O., S. 100 ff.

²³⁹ⁱ) Zur Bedeutung der Ausnahmesituation für die Beweislast: Tietgen, DVBl. 1956, S. 685 sowie OVG Koblenz, KommSteuerZ 1955, S. 277; DVBl. 1956, S. 349.

gemeinheit ließen sich ebenfalls wie rechtsvernichtende bzw. rechtshemmende Tatsachen behandeln. Die objektive Beweislast für sie trüge dann die beklagte Partei^{239k}). Diese Verteilung der Beweislast würde berücksichtigen, daß der Kläger unter Umständen völlig außerstande sein kann, die Tatsachen nachzuweisen, die den Schutzanspruch mit dem Allgemeininteresse vereinbar erscheinen lassen. Der beklagten Stelle dürfte es eher möglich sein, den Beweis für das Vorliegen der Tatsachen zu führen, die sie bei einer rechtlich fehlerfreien Würdigung veranlassen könnten, das Schutzbegehren wegen seiner Unvereinbarkeit mit den Interessen der Allgemeinheit ganz oder teilweise abzulehnen.

Aber auch diese Konstruktion, die im einzelnen vor allem deswegen zu verfeinern wäre, weil jedenfalls die Parallele der rechtsbegründenden bzw. rechtshemmenden oder rechtsvernichtenden Tatsachen an das Zivilrecht anschließt, ruft gewisse Bedenken hervor. Es sind Fälle denkbar, in denen selbst die eben umrissene, verhältnismäßig bescheidene objektive Beweislast für die beklagte Stelle zu schwer sein würde, in denen das Allgemeininteresse fordern kann, daß sämtliche für die gerichtliche Entscheidung wichtigen Tatsachen entweder ganz im Dunkeln bleiben, oder jedenfalls nicht von der beklagten Stelle im Prozeß offenbart und damit amtlich zugestanden werden. Bei dieser auf den ersten Blick technisch-prozessualen Frage zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit die Problematik der gerichtlichen Überprüfung solcher hoheitlicher Akte, die unter Umständen aufs engste mit den auswärtigen Beziehungen verknüpft sind und stark von außenpolitischen Momenten abhängen. Es wird den Gerichten obliegen, unter Berücksichtigung der Prozeßsituation im jeweiligen Einzelfall bei Wahrung der Rechte des Klägers die beklagte Stelle in dieser Beziehung nicht zu überfordern.

Zusammenfassend läßt sich folgendes feststellen: Entscheidungen über den Schutzanspruch sind im Verwaltungsrechtswege im vollen Umfang daraufhin überprüfbar, ob die Bundesrepublik nach Völkerrecht zur Schutzgewährung berechtigt, insbesondere ob der Schutzbegehrende von einem fremden Staate in völkerrechtswidriger Weise in seinen Rechten verletzt worden ist. Bejaht das Gericht diese Fragen, so kann es die Entscheidung der Behörden darüber, ob die Schutzgewährung den Interessen der Allgemeinheit widerspricht und welche Maßnahmen verneinendenfalls zur Schutzgewährung angewendet werden müssen, daraufhin überprüfen, ob der Beurteilungsspielraum überschritten ist oder ob Ermessensfehler vorliegen. Die im Bundesverwaltungsgerichtsgesetz und in der Militärregierungsverordnung 165 enthaltene Einschränkung der Prüfungsbefugnis räumt bei Entscheidungen

^{239k}) Vgl. Rosenberg, a. a. O.

über den Schutzanspruch die wesentlichsten Bedenken aus, die gegen eine Nachprüfung gerichtsfreier Hoheitsakte im allgemeinen erhoben werden. Problematisch bleibt vor allem, daß die Gefahr des Unterliegens im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die beklagte Stelle unter Umständen zur Bekanntgabe von Tatsachen veranlassen kann, die im Interesse der Allgemeinheit besser geheimgehalten würden.

Das hier umrissene Ergebnis beruht auf einer Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG und der einschlägigen Verwaltungsgerichtsgesetze, welche den Besonderheiten bei der Führung der auswärtigen Angelegenheiten, insbesondere der Entscheidungsfreiheit der Exekutive soweit Rechnung zu tragen sucht, wie es Art. 19 Abs. 4 gestattet. Es dürfte im wesentlichen einem von P o h l bereits 1919 geäußerten Vorschlag entsprechen, die Rechtmäßigkeit der Verwaltung auch im Bereich der auswärtigen Verwaltung zu garantieren und dieses Ziel durch eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle zu erreichen, die den hier gegebenen Besonderheiten Rechnung tragen kann²⁴⁰). Dennoch fragt sich, ob der von M a a g für die Schweiz gemachte Vorschlag nicht den Vorzug verdient, daß eine von der Bundesversammlung gewählte Kommission die Ablehnung von Schutzansprüchen unabhängig von der Exekutive überprüfen solle²⁴¹). Will man sich nicht auf den meines Erachtens noch nicht mit hinreichender Präzision umrissenen Begriff der gerichtsfreien Hoheitsakte zurückziehen, so wird man diese oder eine dem deutschen Recht entsprechende ähnliche Lösung jedoch nur mit einer Änderung des Art. 19 Abs. 4 GG erreichen können. Ob der Versuch zu einer derartigen Verfassungsänderung erforderlich werden kann, wird nicht zuletzt in der Hand der Verwaltungsgerichte liegen. F o r s t h o f f hat ausgeführt, es sei den Verwaltungsgerichten unbenommen, »durch die sachliche Beschränkung des Verwaltungsakts auf wirkliche Verwaltungsobliegenheiten im Unterschied zu den politischen Regierungsakten ihre Kompetenz in dem angedeuteten Sinne (d. h. im Sinne der gerichtsfreien Hoheitsakte) zu beschränken«^{241a}). Auch wenn man sich nicht der gerichtsfreien Hoheitsakte bedient, um die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung über den Schutzanspruch überhaupt auszuschließen, sondern eine Nachprüfung im Rahmen der obigen Ausführungen für zulässig und geboten hält, bleibt der hinter der Formulierung F o r s t h o f f s stehende Grundgedanke von Bedeutung. Bei der Frage der Heranziehung von Zeugen und Urkunden, bei der Entscheidung über die objektive Beweislast und bei der Beweiswürdigung kann und muß das Gericht den hier vorliegenden Besonderheiten Rechnung tragen.

²⁴⁰) In Schmollers Jahrbuch a. a. O., S. 584.

²⁴¹) A. a. O., S. 112.

^{241a}) A. a. O., S. 445.

Da der Anspruch des Deutschen auf den Schutz der Bundesrepublik gegenüber ausländischen Staaten weder ein Grundrecht im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG ist (S. oben B I), noch zu den in Art. 33, 38, 101, 103 und 104 GG genannten Rechten gehört, kann der Schutzbegehrende mit einer allein auf eine Verletzung des Schutzanspruchs gestützten Verfassungsbeschwerde gemäß § 90 BVerfGG nicht durchdringen. Jedoch ist eine Nachprüfung in dem Rahmen möglich, den BVerfGE Bd. 2 S. 380, 403 andeutet²⁴²). Ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 93 Abs. 1 Ziff. 1 GG dürfte nicht in Betracht kommen.

2. Verfahren vor den ordentlichen Gerichten im Wege der Amtshaftungsklage

Es ist jedoch zu untersuchen, ob der Schutzbegehrende auf Grund des § 839 Abs. 1 BGB²⁴³) die Möglichkeit hat, bei einer Verletzung der Pflicht zur Schutzgewährung Schadensersatzansprüche geltend zu machen²⁴⁴).

Wenn sämtliche oben angeführten Voraussetzungen für die Schutzgewährung vorliegen und ein Beamter der ihm obliegenden Verpflichtung vorsätzlich oder fahrlässig nicht nachkommt, kann § 839 BGB anwendbar sein und damit ein Fall der Staatshaftung nach Art. 34 GG vorliegen.

Art. 34 GG lautet:

»Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden«.

Die Klage auf Schadensersatz gegenüber der Bundesrepublik gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG kann nach § 839 Abs. 3 BGB nur zum Erfolg führen, wenn der Verletzte es nicht vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Die oben behandelten Klagen vor den Verwaltungsgerichten gehören nicht zu den Rechtsmitteln in diesem Sinne, da es sich bei ihnen um andere selbständige Verfahren handelt²⁴⁵). Daher braucht die Frage nicht aufzutreten, ob das ordentliche Gericht im Amtshaftungsprozeß an eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtes

²⁴²) Vgl. Lechner, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1954, Anm. 3 zu § 90 und Geiger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1952, Anm. 4 zu § 90.

²⁴³) Wortlaut oben S. 504; Wortlaut des Art. 131 WRV und des § 5 Ziff. 2 RBHG Anm. 140 und oben S. 505.

²⁴⁴) Zur Frage der Beamtenhaftung in der Schweiz vgl. Maag, a. a. O., S. 34 ff., 110 f. mit weiteren Nachweisen. Die Staatshaftung ist in der Schweiz nicht so ausgebaut, wie auf Grund des Art. 34 GG in der Bundesrepublik.

²⁴⁵) Vgl. Soergel-Lindenmaier, BGB 8. Aufl. 1952, Bd. 2, Anm. X a zu § 839 und Erman-Drees, BGB 1952, Anm. 7 b, bb zu § 839.

über die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes gebunden ist, der die Grundlage für den Schadensersatzanspruch bildet. Sie kann jedoch von Bedeutung sein, wenn der Kläger im Amtshaftungsprozeß, ohne nach § 839 Abs. 3 BGB dazu gehalten zu sein, vorher bereits ohne Erfolg vor einem Verwaltungsgericht geklagt hat. Nach einer Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 27. Oktober 1954 hat die rechtskräftige Abweisung einer Klage im Verwaltungsstreitverfahren zur Folge, daß das ordentliche Gericht die Fragen der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes und der pflichtgemäßen und richtigen Ermessensausübung (in diesem Falle des Wohnungsamtes) im Amtshaftungsprozeß nicht mehr prüfen kann²⁴⁶⁾. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30. April 1953 enthält ein im Bereich der MRVO 165 ergangenes rechtskräftiges Urteil eines Verwaltungsgerichts, durch das auf eine Anfechtungsklage hin ein Verwaltungsakt aufgehoben worden war, zugleich die rechtskräftige Feststellung der Rechtswidrigkeit dieses Verwaltungsaktes und bindet den Zivilrichter bei der Entscheidung über einen Entschädigungsanspruch aus diesem Verwaltungsakt^{246a)}. Die Bindungswirkung einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung für die ordentlichen Gerichte in unserer Frage kann hier nicht untersucht werden. Schließt man sich dem OLG Karlsruhe und dem BGH an, so erscheinen die Möglichkeiten für die Amtshaftungsklage stark eingeschränkt und ihr Wert vielleicht gemindert. Sieht man dagegen die ordentlichen Gerichte nicht als gebunden an, so hängt der Erfolg eines Amtshaftungsprozesses gegen die Bundesrepublik entscheidend davon ab, ob § 5 Ziff. 2 RBHG noch weitergilt.

J e s s hält derartige Haftungseinschränkungen nicht mit Art. 34 GG für vereinbar, da das Wort »grundsätzlich« in Art. 34 nach dem Wegfall des in Art. 131 WRV enthaltenen Vorbehalts einer »näheren Regelung durch die zuständige Gesetzgebung« nicht mehr die Bedeutung habe, die es dort allenfalls gehabt hätte²⁴⁷⁾. Demgegenüber ist mit BGHZ Bd. 9, S. 289, 290 und dem OLG Celle²⁴⁸⁾ davon auszugehen, daß nach wie vor innerhalb gewisser enger Grenzen Ausnahmen vom Prinzip der Staatshaftung zulässig sind²⁴⁹⁾.

²⁴⁶⁾ DVBl. 1956, S. 276; Zeitschrift für Miet- und Raumrecht, Jg. 9 des HMR 1956, S. 9 ff.; vgl. zu dieser Frage T i e d a u, Die Nachprüfung von Verwaltungsakten im Zivilprozeß, MDR 1954, S. 267 ff. und H. J. W o l f f, Verwaltungsrecht, Bd. 1 (1956), S. 288.

^{246a)} DVBl. 1954, S. 329 ff.; NJW 1953, S. 1103; DÖV 1953, S. 567. Vgl. auch BGH, DVBl. 1954, S. 331 mit Anm. von N a u m a n n. Nach BGHZ Bd. 20, S. 379 erstreckt sich die Bindungswirkung jedoch nicht auf die Gründe, aus denen das Verwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes herleitet. Vgl. die Anm. von B e t t e r m a n n zu diesem Urteil, DVBl. 1957, S. 109 f.

²⁴⁷⁾ Bonner Kommentar, Anm. II 1 zu Art. 34. Dem schließt sich H. K r a u s in der Laun-Festschrift a. a. O., S. 234 an.

²⁴⁸⁾ NJW 1952, S. 1342 mit zustimmender Anmerkung von A u b e r t.

²⁴⁹⁾ So auch v. M a n g o l d t, a. a. O., Anm. 2 zu Art. 34; G i e s e, Grundgesetz für

Allerdings kann man angesichts des Art. 65 Abs. 1 GG fragen, ob auch heute noch entsprechend dem Wortlaut des § 5 Ziff. 2 RBHG in allen Fällen der Bundeskanzler die zum Haftungsausschluß führende Erklärung abzugeben hat. Art. 65 Abs. 1 Satz 1 und 2 lauten:

»Der Bundeskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik und trägt dafür die Verantwortung. Innerhalb dieser Richtlinien leitet jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung«.

§ 5 Ziff. 2 RBHG ist unter der Verfassung von 1871 in Kraft getreten. Danach war der Reichskanzler der einzige verantwortliche Reichsminister. Das Reichsgericht hat, obwohl Art. 56 WRV insoweit inhaltlich mit Art. 65 GG übereinstimmt, in der Entscheidung RGZ Bd. 102, S. 166, 172 ausdrücklich festgestellt, auch unter der Weimarer Verfassung sei von den Erklärungen des Reichskanzlers und des Reichsministers des Auswärtigen, die das Verhalten eines auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Beamten im vorliegenden Falle rechtfertigen sollten, nur die des Kanzlers maßgeblich. Es hat sich darauf gestützt, daß bei aller möglichen Verschiedenheit in den Zuständigkeiten des Reichskanzlers unter den Verfassungen von 1871 und von 1919 § 5 Ziff. 2 RBHG dem Kanzler eine spezielle Kompetenz übertrage und er im übrigen auch die Entscheidungen über die Richtlinien der Politik zu fällen habe. Mit Art. 179 Abs. 1 WRV hat es sich nicht auseinandergesetzt. Auch angesichts der Art. 123 Abs. 1 und 129 Abs. 1 GG wird man sich dem Reichsgericht nicht vorbehaltlos anschließen, sondern nunmehr die Zuständigkeit des Bundeskanzlers zur Abgabe der haftungsausschließenden Erklärung auf die Fälle beschränken müssen, in denen es sich um Fragen der Richtlinienkompetenz handelt. Die durch das Reichsbeamtenhaftungsgesetz dem Kanzler im Jahre 1910 übertragenen Befugnisse können heute nicht weiter gehen, als es das Grundgesetz gestattet²⁵⁰). Sollte die Abgabe der Erklärung die Richtlinienkompetenz überschreiten, so würde der Bundesminister des Auswärtigen zuständig sein.

In der Regel dürfte es den zuständigen Stellen möglich sein, Anträge auf Schutzgewährung von vornherein so zu behandeln, daß die Voraussetzungen für die Abgabe einer haftungsausschließenden Erklärung gegebenenfalls später vorliegen. Im Auswärtigen Amt selbst wird in Zweifelsfällen eine

die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1955, Anm. II 2 zu Art. 34; Weimar, Die Amts- und Staatshaftung, o. J., Anm. 2 zu § 5 RBHG, und Hat Art. 34 GG Änderungen gegenüber Art. 131 WRV gebracht?, DÖV 1952, S. 459 f.; Palandt, BGB 14. Aufl. 1955, Anm. 2 A a c c zu § 839 und wohl auch Oegg in BGB-RGRK, 10. Aufl. 1953, Bd. 2 Teil 2, Anm. 1 zu § 839 (vgl. auch BGHZ Bd. 12, S. 96 ff.). Nicht eindeutig sind die Ausführungen bei Maunz, a. a. O., S. 222 f. Siehe auch die oben in Anm. 60 angeführte Reichsgerichtsentscheidung.

²⁵⁰) Vgl. BVerfGE Bd. 4, S. 203.

vorherige Abstimmung von Entscheidungen über die Schutzgewährung auf die politischen und internationalen Rücksichten möglich sein, wie der Bundeskanzler beziehungsweise der Bundesminister des Auswärtigen sie sehen. Bei dem derzeitigen Stand der Nachrichtentechnik werden auch die diplomatischen und konsularischen Vertretungen der Bundesrepublik im Ausland normalerweise in der Lage sein, Richtlinien oder Weisungen der Zentrale einzuholen, wenn erhebliche Zweifel bestehen. Alle Beamten des diplomatischen und konsularischen Dienstes haben ihre Entscheidungen daraufhin zu überprüfen, ob sie politischen und internationalen Rücksichten entsprechen. Die Voraussetzungen für eine Erklärung gemäß § 5 Ziff. 2 RBHG sollten bei rechtlich fehlerfreiem Behördenhandeln daher auch in den Fällen gegeben sein, in denen eine vorherige Abstimmung mit der Zentralbehörde nicht möglich war.

Die oben im Zusammenhang mit dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren herausgestellten Probleme der gerichtlichen Nachprüfung politischer Entscheidungen und der Geheimhaltung dürften in einem Prozeß nach § 839 BGB, Art. 34 GG, nur dann auftauchen, wenn die Abgabe einer haftungsausschließenden Erklärung nicht möglich ist, das heißt, wenn alle Voraussetzungen für die Schutzgewährung gegeben waren und ihr insbesondere keine politischen oder internationalen Rücksichten im Wege standen. In derartigen Fällen liegen der Schutzversagung rechtserhebliche Fehler zu Grunde. Die Stelle, deren Entscheidung angegriffen wird, hat es dann in der Hand, den Prozeß zu vermeiden oder ihn rechtzeitig durch eine Anerkennungserklärung zu beenden. Sie sollte von diesen Möglichkeiten gegebenenfalls ohne langes Zögern Gebrauch machen.

Es bleibt die Frage, ob nach der Abgabe einer die Staatshaftung ausschließenden Erklärung noch andere Möglichkeiten zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs auf Grund von § 839 BGB bestehen.

Man könnte einmal an die Anfechtung der Erklärung selbst durch eine Klage vor den Verwaltungsgerichten denken^{250a}). Da eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes nicht gegeben ist, käme nur ein Verfahren nach §§ 22, 23 MRVO 165 in Betracht. Nach § 22 Abs. 2 MRVO wird die Klage »nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Verwaltungsakt nach deutschen Vorschriften endgültig ist oder nicht von einem Gericht angefochten werden kann«.

Die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage hängt unter anderem davon ab,

1. ob es sich bei der amtlichen Erklärung des Bundeskanzlers oder des Bundesministers des Auswärtigen um einen Verwaltungsakt im Sinne der Militärregierungsverordnung 165 und

^{250a}) Vgl. oben Anm. 232 und 235 a.

2. ob es sich nicht – trotz des Wortlautes des § 22 Abs. 2 MRVO 165 – um einen gerichtsfreien Hoheitsakt handelt.

Diese Fragen sollen hier dahingestellt bleiben. Die amtliche Erklärung, das Verhalten des Beamten, das nach Ansicht des Klägers einen Schadensersatzanspruch gemäß § 839 BGB begründet, habe »politischen oder internationalen Rücksichten entsprochen«, ist im Grunde nichts anderes als die Berufung auf den Vorbehalt zugunsten des Staatsganzen, auf den verfassungsmäßigen Beurteilungsspielraum und – im Falle der Schutzgewährung – auf das Recht zur Auswahl zwischen den zur Schutzgewährung geeigneten Mitteln. Das Verwaltungsgericht könnte die Erklärung ebenso wie die damit zusammenhängende ursprüngliche Ablehnung des Schutzbegehrens durch die zuständigen Stellen auf das Vorliegen von »Ermessensfehlern« überprüfen. Man wird aber wohl davon ausgehen dürfen, daß der Bundeskanzler bzw. der Bundesminister des Auswärtigen eine die Staatshaftung ausschließende Erklärung in einem gerichtlichen Verfahren nur nach sorgfältiger Prüfung aller Umstände abgeben wird. Ist ein Ermessensfehler nicht festzustellen, so wäre die Nachprüfung der Erklärung durch die Verwaltungsgerichte am Ende.

Wenn die Klage im Verfahren gegen die Bundesrepublik nach § 839 BGB, Art. 34 GG wegen der Abgabe einer Erklärung gemäß § 5 Ziff. 2 RBHG abgewiesen ist, könnte man erwägen, eine Schadensersatzklage gegen den Beamten selbst zuzulassen, der das Schutzbegehren nach Ansicht des Klägers widerrechtlich und schuldhaft nicht erfüllt hat. Das Reichsgericht hat die Frage, ob dieser Weg zulässig ist, in seiner grundsätzlichen Entscheidung zu § 5 Ziff. 2 RBHG bejaht²⁵¹⁾. Das entspricht dem Wortlaut und der Vorgeschichte des § 5 Ziff. 2, der die Haftung des Staates ausschließen, nicht aber den Beamten schützen soll. Auch bei einer Klage gegen den Beamten dürfte der Kläger jedoch kaum ein anderes Ergebnis erzielen, als mit der abgewiesenen Klage gegen den Staat. Das ordentliche Gericht müßte nunmehr selbständig und ohne Bindung an die haftungsausschließende Erklärung im Prozeß gegen den Staat die Gründe für die Ablehnung des Schutzbegehrens prüfen. Die Erklärung würde der freien Beweiswürdigung des Gerichtes unterliegen²⁵²⁾. Da die Beachtung von »politischen oder internationalen

²⁵¹⁾ RGZ Bd. 102, S. 166, 173. Siehe auch Thoma, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. 5 (1911), S. 375; Brand bei Nipperdey, Grundrechte a. a. O., Bd. 2, S. 272 sowie Das Beamtengesetz, 3. Aufl. 1928, S. 625.

²⁵²⁾ Die Feststellung auf S. 339 der oben Anm. 60 angeführten Reichsgerichtsentscheidung, die Art des Vorgehens auf diplomatischem Wege gegenüber ausländischen Behörden sei überhaupt nicht nachprüfbar, da sie im Ermessen des zuständigen Beamten und des Auswärtigen Amtes liege, und eine ähnliche Formulierung in dem Urteil RGZ, Bd. 117, S. 195, 202, treffen nach dem geltenden Recht nicht mehr zu. Vgl. auch RGZ, Bd. 154, S. 117, 121.

Rücksichten« den oben²⁵³⁾ herausgearbeiteten Grenzen für den Schutzanspruch entspricht, würde das ordentliche Gericht seine Prüfungszuständigkeit in dieser Frage nicht weiter erstrecken können als die Verwaltungsgerichte. Sofern die Voraussetzungen für die Abgabe der haftungsausschließenden Erklärung im Vorprozeß gegen den Staat wirklich gegeben waren, müßte die Schadensersatzklage gegen den Beamten abgewiesen werden, und zwar deshalb, weil er nicht rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hätte²⁵⁴⁾. Die Frage, ob dem Schutzbegehrenden ein Aufopferungsanspruch gegen den Staat zustünde, kann hier nicht untersucht werden²⁵⁵⁾. Praktische Probleme könnten aus dem Geheimhaltungsinteresse entstehen. Sie dürften jedoch mit den Vorschriften der Zivilprozeßordnung zu lösen sein.

Die vorausgegangenen Überlegungen führen zu dem folgenden Gesamtbild: Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland entspricht unter dem Grundgesetz in materieller Hinsicht im wesentlichen dem Art. 112 Abs. 2 der Weimarer Verfassung. Er ist kein Grundrecht im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG und des § 90 BVerfGG, besteht aber gegenüber allen Staatsorganen. Durch Art. 19 Abs. 4 GG und die Gesetze über die verwaltungsgerichtlichen Verfahren sind zum ersten Male prozessuale Durchsetzungsmöglichkeiten für den Anspruch geschaffen worden. Sie finden ihre Grenze bei der Beurteilung der Frage, ob das Interesse der Allgemeinheit der Schutzgewährung entgegensteht, und bei der Überprüfung der Mittel, die zur Schutzgewährung ausgewählt werden. Insoweit ist eine gerichtliche Nachprüfung nur in einer an den Gesichtspunkten der Ermessensüberschreitung und des Ermessensmißbrauchs orientierten Weise möglich. Auch bei einer Schadensersatzklage nach § 839 BGB ist der Rahmen für die gerichtliche Prüfungsbefugnis nicht weiter gesteckt.

Die bestehenden Klagemöglichkeiten gehen über die vergleichbaren Rechtsschutzmöglichkeiten im Rechte etwa Frankreichs, Großbritanniens oder der USA erheblich hinaus²⁵⁶⁾. Sie dürften dem Staatsbürger die wesentlichen Sicherungen bieten, die dem materiellrechtlichen Anspruch praktische Bedeutung verleihen. Sie genügen allen Forderungen des Rechtsstaates. Es wird Sache der Gerichte sein, den ihnen für ihre Nachprüfung gesteckten gesetzlichen Rahmen strikt einzuhalten und bei allen Bemühungen um die Wahrung der Individualrechte den außenpolitischen Besonderheiten gerade

²⁵³⁾ A II 3.

²⁵⁴⁾ Vgl. Verhandlungen des Reichstag, Bd. 255, S. 8234; Bd. 270, S. 20; Bd. 275, S. 1912.

²⁵⁵⁾ Vgl. Forsthoff, a. a. O., S. 295 ff. und oben Anm. 121 sowie Kref, DÖV 1955, S. 515.

²⁵⁶⁾ Vgl. oben Anm. 215 und 217.

bei den Fragen der Beweislast und der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen.

3. *Die Bedeutung des Parlaments und der öffentlichen Meinung für die Durchsetzung des Schutzanspruchs*

Der Staatsbürger hat außer dem Klagewege noch andere Möglichkeiten, um auf die Erfüllung seines Schutzbegehrens hinzuwirken. Er kann seine Landesregierung und vor allem den Bundestag für sein Anliegen zu interessieren suchen. Abgeordnete aller Parteien, insbesondere der Opposition, können die vorhandenen parlamentarischen Mittel für ihn einsetzen²⁵⁷). Andererseits können unbedachte Äußerungen im Parlament auch für den Schutzbegehrenden sehr schädlich sein²⁵⁸).

Der öffentlichen Meinung in demokratischen Staaten fällt auch bei dieser Frage eine große Aufgabe zu²⁵⁹). Sie kann der Regierung wesentliche Hilfe leisten, indem sie ihrem Eintreten für schutzbedürftige Staatsangehörige im Ausland eine besondere Resonanz verschafft²⁶⁰). Sie kann aber auch als Kontrollinstanz und Druckmittel zur Durchsetzung eines Schutzgesuches gegenüber der eigenen Regierung wirken. Die Aktivität der Presse kann vielleicht eher einmal zu dem richtigen Ergebnis führen als eine verwaltungsgerichtliche Klage.

Die zahlreichen und unter Umständen weitgehenden Möglichkeiten dieser Art sind wichtig und notwendig. Sie bergen aber auch gewisse Gefahren. Eine starke, aber chauvinistische öffentliche Meinung kann die politisch verantwortlichen Stellen zu Handlungen veranlassen, die gegen das Völkerrecht und das wohlverstandene politische Interesse auch des eigenen Staates

²⁵⁷) Vgl. Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, 161. Sitzung, S. 8952 B ff. Nach M a g, a. a. O., S. 34 gewährt in der Schweiz die politische Kontrolle der Bundesversammlung über den Bundesrat die einzige wirkliche Sicherung des Staatsbürgers gegenüber der Ablehnung seines Schutzbegehrens. Vgl. aber Werner K r a u s s, Die parlamentarische Kontrolle der Außenpolitik – Macht und Ohnmacht der Ausschüsse für auswärtige Angelegenheiten, in Außenpolitik Jg. 6 (1955), S. 512; M e n z e l in VVDStL, Heft 12, besonders S. 194 ff.; und in AöR, Bd. 79 (1953/54), S. 326 ff.

²⁵⁸) Vgl. die Ausführungen des Abg. G o t h e i n auf S. 2223 D f. der oben Anm. 94 angeführten Verhandlungen im Reichstag.

²⁵⁹) Zur Kritik des Begriffs öffentliche Meinung siehe D o v i f a t, Zeitungslehre I (1955), S. 105 ff. Zur Funktion vgl. R i d d e r, Meinungsfreiheit, bei N e u m a n n - N i p p e r d e y - S c h e u n e r, a. a. O. S. 252 ff. Vgl. auch K a i s e r, Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956, S. 211 ff. Zur Einwirkung der öffentlichen Meinung auf eine spezielle Verfassungsfrage in den USA siehe G e c k, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika, in »Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat«, Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten Frankfurt, Bd. 12 (1952), S. 290. Für Beispiele aus Großbritannien siehe F r a n k f u r t e r in Harvard Law Review, Vol. 69 (1955/56), S. 235 f.

²⁶⁰) Vgl. oben Anm. 65.

verstoßen. Sie kommt unter Umständen gerade dann zustande, wenn bedeutende wirtschaftliche Interessen mächtiger Gruppen auf dem Spiele stehen, die nicht unbedingt schutzwürdig erscheinen. Die Jahrzehnte vor dem ersten Weltkrieg bieten Beispiele dafür, daß Großmächte gegenüber weniger entwickelten Staaten in einer nicht sehr glücklichen Weise privatwirtschaftliche Interessen der eigenen Bürger durchgesetzt haben²⁶¹). Die politischen Folgen sind zum Teil noch nicht überwunden. Auch hier liegen Wurzeln für den Antikolonialismus.

Die beste Gewähr für die richtige Behandlung von Schutzgesuchen der eigenen Staatsbürger gegenüber ausländischer öffentlicher Gewalt bietet das Verantwortungsgefühl einer Staatsführung, die sich sowohl der Pflichten gegenüber den eigenen Bürgern bewußt ist wie der Bindungen an das Völkerrecht und der manchmal weiterreichenden Erfordernisse, die sich aus der Einordnung der eigenen staatlichen Existenz in den Rahmen einer Staatengemeinschaft ergeben – ein Verantwortungsbewußtsein, das sich im demokratischen Rechtsstaat unter der Kontrolle auch einer politisch interessierten und reifen Öffentlichkeit weiß.

(Abgeschlossen am 1. Februar 1957)

²⁶¹) Vgl. z. B. Bemis, A diplomatic history of the United States, rev. ed. 1946, S. 522 ff. und S. 525 über die Entstehung der Drago-Doktrin aus der britisch-deutsch-italienischen Intervention in Venezuela und K o t z s c h, AVR, Bd. 5 (1956), S. 410 ff.