

Mangelhafte diplomatische Protektion und Staatshaftung

Überlegungen zum gerichtlichen Rechtsschutz gegen Akte der auswärtigen Gewalt im französischen und deutschen Recht

Georg Ress*)

Inhaltsübersicht

Einleitung

- I. Allgemeine Vorbemerkung zur Gerichtskontrolle der auswärtigen Gewalt
- II. Die Haftungsproblematik im französischen Recht – dargelegt am Fall Poujade

A. Mangelhafte diplomatische Protektion und französisches Staatshaftungsrecht

- I. Haftung für *faute de service* und Haftungsausschluß bei *acte de gouvernement*
- II. Die Rolle des *acte de gouvernement* im Staatshaftungsprozeß

B. Der *acte diplomatique*

- I. Die Entwicklung der Rechtsprechung zum *acte diplomatique*
 - 1. Die Theorie des *mobile politique*
 - 2. Die Natur der Streitfrage
 - 3. Die Exemption des Bereichs der auswärtigen Beziehungen von der Gerichtsbarkeit
 - 4. Die aus der Entwicklungslinie herausfallenden Urteile
 - 5. Die Tendenz zur Umgehung des *acte diplomatique* durch Haftung *sans faute*
- II. Die theoretische Konzeption des *acte diplomatique* in der französischen Rechtslehre

C. Die Bedeutung des Falles Poujade in Bezug auf die Staatshaftung für diplomatische und konsularische Vertreter im Ausland

- I. Die Rolle des Falles Poujade
- II. Die Entwicklung der späteren Rechtsprechung
- III. Die von der Ausübung des diplomatischen und konsularischen Dienstes abtrennbaren Akte (*actes détachables*)

D. Hinweise auf Vergleichbarkeiten zum deutschen Recht

- I. Schutzausübung im Ausland als Ermessensentscheidung
- II. Amtshaftung im Bereich auswärtiger Gewalt
 - 1. Gerichtsfreie Hoheitsakte und Art. 19 Abs. 4 GG
 - 2. Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung
 - 3. Annäherungstheorie des BVerfG
 - 4. Diplomatischer Schutz im Sinne von § 43 BEG

*) Dr. iur. et Dr. rer. pol., Referent am Institut.

III. Haftungsausschluß nach § 5 Ziff. 2 RBHG

IV. Unterlassener Auslandsschutz und Ansprüche wegen Aufopferung; Enteignung, enteignungsähnlicher Eingriff und Gefährdungshaftung

E. Das Recht auf Einsichtnahme und die Pflicht der auswärtigen Verwaltung zur Vorlage von Behördenakten

I. Hinweise zur französischen Rechtslage

1. Der Spruch im Fall Poujade über die Einsicht in diplomatische Korrespondenz
2. Vorlagepflicht im französischen Verwaltungsprozeß und ihre Grenzen

II. Hinweise zum deutschen Recht

1. Kein allgemeiner Anspruch auf Akteneinsicht und -vorlage
2. Aktenvorlage im Verwaltungsprozeß
3. Aktenvorlage im Zivilprozeß
4. Zusammenfassung

Literaturübersicht

Einleitung

Die angesichts der Arbeitskräfteverlagerung, des Tourismus und der Integration im westeuropäischen Raum wachsende Zahl von Staatsbürgern, die sich ständig oder vorübergehend im Ausland aufhält, wirft in stärkerem Maße als früher die Frage nach der Haftung des Staates für den mangelhaften Schutz seiner Bürger im Ausland auf¹⁾. Um den folgenden Über-

Abkürzungen: A.J. = *Actualité Juridique* (éd. Droit Administratif); BEG = Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; BGH = Bundesgerichtshof; BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; BVerfG = Bundesverfassungsgericht; BVerfGE = Entscheidungen des BVerfG; BVerfGG = Bundesverfassungsgerichtsgesetz; BVerwG = Bundesverwaltungsgericht; C.E. = *Conseil d'Etat*; Coll. = *Collection des Lois (Duvergier)*; *concl.* = *conclusion(s)*; D. = *Recueil Dalloz*; DVBl. = *Deutsches Verwaltungsblatt*; E.D.C.E. = *Etudes et Documents du C.E.*; IGH = *Internationaler Gerichtshof*; J.C.A. = *Juris Classeur Administratif*; J.C.P. = *Juris Classeur Périodique (Semaine Juridique)*; JöR = *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*; JuS = *Juristische Schulung*; JZ = *Juristenzeitung*; MDR = *Monatsschrift für Deutsches Recht*; NJW = *Neue Juristische Wochenschrift*; OLG = *Oberlandesgericht*; OVG = *Oberverwaltungsgericht*; RBHG = *Gesetz über die Haftung des Reiches für seine Beamten vom 22. 5. 1910 (Reichsbeamtenhaftpflichtgesetz)*; R.D.P. = *Revue du Droit Public et de la Science Politique*; Rec. = *Recueil des Arrêts du C.E. statuant au contentieux et du Tribunal des Conflits*; RG = *Reichsgericht*; RGZ = *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*; RzW = *Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht*; S. = *Sirey*; StPO = *Strafprozeßordnung*; T.C. = *Tribunal des Conflits*; VerwGO = *Verwaltungsgerichtsordnung*; VerwRspr. = *Verwaltungsrechtsprechung*; WRV = *Weimarer Reichsverfassung*; ZPO = *Zivilprozeßordnung*.

Die in den Anmerkungen zitierten Werke und Aufsätze sind in einer Literaturübersicht unten S. 477 ff. zusammengestellt.

¹⁾ J. Morand, *La responsabilité de l'Etat français pour les dommages subis par ses ressortissants à l'étranger*, A.J. 1970, S. 588 ff., mit Angaben über die Mobilität der Franzosen im europäischen Raum. Vgl. auch L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français* (1965), S. 204, der wegen dieser Tatsache eine baldige Reform der französischen Rechtslage fordert.

legungen zum französischen und deutschen Recht die nötige Anschaulichkeit und einen Leitfaden für die Probleme zu geben, sei auf einen Fall zurückgegriffen, der im Jahre 1904 dem Conseil d'Etat vorlag, der Fall der Erbgemeinschaft *Poujade*²⁾.

Der Rechtsvorgänger der Kläger (Bambino) war in der Türkei verstorben und hatte beträchtliches Vermögen, u. a. eine Forderung gegen den osmanischen Staat, hinterlassen. Bei der Geltendmachung dieser Forderung hatte die französische Regierung jegliche Unterstützung unterlassen und davon Abstand genommen, diesen Anspruch selbst gegenüber der osmanischen Regierung zu erheben. Der damalige französische Konsul in Damaskus hatte zunächst die Abwicklung des Nachlasses übernommen, dann jedoch, nachdem ihm sehr erhebliche Zweifel an der französischen Staatsangehörigkeit des Erblassers gekommen waren, von den Klägern den Nachweis verlangt, daß der Erblasser Franzose gewesen war. Als dieser Nachweis innerhalb einer Frist von 15 Monaten nicht erbracht wurde, übergab der Konsul die Papiere den türkischen Behörden, welche die Kläger nach türkischem Recht von der Erbschaft ausschlossen. Die Kläger machten Herausgabe- und Schadensersatzansprüche gegen den französischen Staat sowie den Anspruch auf Einsicht in die für den Erbfall relevanten Akten des Außenministeriums geltend.

Der C.E. wies die Klage in allen Punkten ab. Er sah es nicht als erwiesen an, daß der französische Staat in Sachen Bambino jemals von der türkischen Regierung eine Entschädigung erlangt oder auch nur gefordert hätte (*concl.* 1). Die Kläger hätten auch nicht bewiesen, daß der Konsul von Damaskus eine Dienstverfehlung begangen habe (*concl.* 4). Es könne daher dahinstehen, ob der Staat für Handlungen der Konsuln im Zusammenhang mit Erbfällen überhaupt hafte.

Den hilfsweise gestellten Antrag auf Schadensersatz wegen der unterlassenen Geltendmachung oder Unterstützung der Ansprüche des Rechtsvorgängers der Kläger gegenüber der osmanischen Regierung wies der C.E. *a limine* mit der Begründung zurück, daß die mit diesem Anspruch aufgeworfenen Fragen eng mit der Ausübung der auswärtigen Gewalt verknüpft sind und wegen dieser Natur nicht im Verwaltungsstreitverfahren vor den C.E. gebracht werden können (*concl.* 2). Auch den Antrag auf Zugänglichmachung der im Außenministerium oder französischen Konsulat von Damaskus befindlichen amtlichen Schriftstücke, die sich auf den Nachlaß Bambino beziehen, wies der C.E. mit der Begründung zurück, daß es sich bei diesen Schriftstücken um diplomatischen Briefwechsel handele, dessen Vorlage und Einsichtnahme vom C.E. nicht angeordnet werden dürfe (*concl.* 3).

²⁾ C.E. 23. 12. 1904, Rec. 872.

I. Allgemeine Vorbemerkung zur Gerichtskontrolle der auswärtigen Gewalt

Die Entscheidung des C.E. im Fall *Poujade* setzt sich mit der grundlegenden Frage auseinander, ob und inwieweit bestimmte Staatsakte oder Streitfragen vom Verfahren vor dem C.E. ausgenommen sind; dieses Problem, im Fall *Poujade* im Rahmen eines Staatshaftungsanspruches entschieden, hat für die Rechtsschutzgewährung allgemeine Bedeutung. Es hat in der Rechtsprechung des C.E. und in der französischen Lehre unter dem Stichwort *acte de gouvernement* und spezieller, *acte diplomatique*, seinen festen Platz.

Der gerichtliche Rechtsschutz gegenüber der auswärtigen Gewalt des eigenen Staates, unter Umständen gesteigert bis zum Gerichtsschutz für Individualinteressen berührt seit jeher zwei Probleme: einmal das Verhältnis des Politischen zur Justiz³⁾. Das Politische kann je nach Zeit und Umstand seine Kraft in jeder Frage, in jeder Beziehung erweisen. Dennoch gibt es Sphären staatlichen Handelns, und die außenpolitische gehört in erster Linie dazu, die nachgerade »hochpolitisch« sind, denen »das Politische« von der Sache her in Permanenz anhaftet. Gerichtsschutz gegenüber Maßnahmen der auswärtigen Gewalt — dazu gehören im weitesten Sinne auch Unterlassungen — involviert daher die Frage nach der Gewichtsverteilung vornehmlich zwischen der Exekutive, als der zur Führung auswärtiger Angelegenheiten berufenen, und der Rechtsprechung, als der zur Kontrolle eingesetzten Gewalt. Von der Rechtsvergleichung her ist auffallend, daß der gerichtliche Rechtsschutz gegenüber Akten der auswärtigen Gewalt⁴⁾ — und auch die Staatshaftung für diesen Bereich⁵⁾ — in vielen Staaten auffallend gemindert ist. Die einzelnen Rechtsordnungen bedienen sich dazu verschiedener Methoden — der Organimmunität, der negativen Enumeration, der Institution des »gerichtsfreien Hoheitsaktes«, des äußerst weiten Ermessensspielraumes —, die wie verschiedene Scheinwerfer »von verschiedenen Seiten auf dasselbe Zentrum gerichtet sind«⁶⁾.

Gerichtlicher Rechtsschutz gegenüber der auswärtigen Gewalt berührt als zweites Problem das des anwendbaren Rechts, also die Frage, ob Gerichtsbarkeit hier deswegen fehl am Platz ist, weil entweder bestimmte Rechtsgebiete (Völkerrecht) den Gerichten verschlossen sind, oder keine innerstaatlichen Rechtsnormen das Handeln der Exekutive regeln, d. h. abgesehen von

³⁾ Unter diesem Titel »Politik und Justiz« behandelt in einer noch immer grundlegenden Arbeit H. P. Ipsen das Problem der justizlosen Hoheitsakte und die Entwicklung in Frankreich (1937), S. 17 ff.

⁴⁾ Vgl. die Übersicht bei G. Ress, Gerichtlicher Rechtsschutz, S. 59 ff.

⁵⁾ Vgl. dazu H.-W. Bayer, Der Ausschluß der Staatshaftung, S. 770 f.

⁶⁾ H. Mosler, Diskussionsbemerkung, in: Haftung des Staates, *op. cit.*, S. 833.

einer verfassungsrechtlichen Kompetenznorm Gesetzesrecht fehlt. Schließlich hat dieses Problem auch eine verfahrensrechtliche Seite. Das Handeln und das Unterlassen der auswärtigen Verwaltung kann direkt, *principaliter*, vor Gerichten angegriffen und die Rechtmäßigkeit des Aktes (oder der Untätigkeit) als Hauptfrage geprüft werden. Die Rechtmäßigkeit des Handelns und Unterlassens der auswärtigen Verwaltung kann aber generell als Vorfrage auch in anderen Verfahren, insbesondere Staatshaftungsverfahren auftauchen. Es ließe sich denken, daß die Zurückhaltung gegenüber dem gerichtlichen Rechtsschutz in Fragen der auswärtigen Gewalt wohl eine direkte, nicht aber eine *incidenter* erfolgende rechtliche Überprüfung dieser Hoheitsakte für unangemessen hält.

Schließlich könnte diese Zurückhaltung dazu führen, daß diese Akte weder direkt noch indirekt auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden dürfen, daß sie aber dennoch wegen ihrer besonderen Auswirkungen auf den Einzelnen — mögen sie rechtmäßig sein oder nicht — zum Anknüpfungspunkt eines allgemeinen Entschädigungsanspruches gemacht werden. Dieser Anspruch knüpft lediglich an die Existenz des Aktes (bzw. der Unterlassung) an.

II. Die Haftungsproblematik im französischen Recht — dargelegt am Fall *Poujade*

Der Fall *Poujade* ist in vieler Hinsicht ein Musterbeispiel für die aufgeworfenen Probleme. Die tragenden Gründe, welche die Amtshaftung wegen unterlassener diplomatischer Protektion betreffen⁷⁾, zeigen folgende Eigentümlichkeit:

1. Der C.E. prüft den hilfsweise geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung nicht *au fond*, sondern weist die Klage in diesem Punkt *a limine* ab, weil er die aufgeworfenen Fragen (*questions soulevées*) nicht einmal *incidenter* einer Prüfung im Verwaltungsstreitverfahren für zugänglich hält. Im Prinzip bleibt damit die Frage, ob ein materieller Schadensersatzanspruch aus Staatshaftungsgrundsätzen besteht, offen. Da das französische Staatshaftungsrecht im wesentlichen auf der Rechtsprechung des C.E. beruht, kann sich materielles Staatshaftungsrecht nur soweit entwickeln, als der C.E. wenigstens in die Sachentscheidung eintritt. Die prozessuale Behandlung ist demnach für die Entwicklung des materiellen Staatshaftungsrechts von erheblicher Relevanz.

2. Der C.E. hebt die auswärtige Gewalt, die er als «l'exercice du pouvoir souverain dans les rapports du gouvernement français avec les gouverne-

⁷⁾ Die mit der Akteneinsicht und -vorlage zusammenhängenden Fragen werden in einem besonderen Abschnitt (unter E) behandelt.

ments étrangers» definiert, gegenüber anderen Staatstätigkeiten heraus und hält Fragen, die in diesem Bereich auftauchen, ihrer Natur nach von seiner Entscheidungsbefugnis für ausgeschlossen. Diese Begründung ist ausschlaggebend für die inhaltliche Determination des *acte diplomatique* als gerichtsfreien Hoheitsakt.

3. Schließlich würdigt er konkret die mit der Unterlassung der Geltendmachung der Ansprüche des Herrn Bambino (bzw. der Kläger) gegenüber der osmanischen Regierung auftretenden Fragen als solche, die sich von der Ausübung auswärtiger Gewalt nicht trennen lassen, sondern die im Gegenteil mit dieser Ausübung verknüpft sind (*les questions soulevées se rattachent*). Diese Begründung ist wesentlich für die Frage, welche Akte von der Ausübung auswärtiger Gewalt trennbar (*actes détachables*) oder mit ihr untrennbar eng verbunden (*actes rattachables*) sind⁸⁾.

A. Mangelhafte diplomatische Protektion und französisches Staatshaftungsrecht

I. Haftung für *faute de service* und Haftungsausschluß bei *acte de gouvernement*

Das französische Staatshaftungsrecht, welches im wesentlichen auf der Rechtsprechung des C.E. beruht⁹⁾, weist einige Eigentümlichkeiten auf. Neben der Eigenhaftung des Beamten, deren Abgrenzung von der Staatshaftung Schwierigkeiten bereitet, haftet der Staat im Bereich der Ausübung öffentlicher Gewalt für Fehler der Dienstorganisation, Verzögerungen, Unterlassungen, d. h. für sogenannte *fautes de services*, die jedes *fonctionnement défectueux du service* umfassen¹⁰⁾. Daneben hat die Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der *égalité des citoyens devant les charges publiques* und aus dem Gedanken der *risques* Fälle der Haftung *sans faute* entwickelt.

Unter Anwendung der Grundsätze über *faute de service* hätten auch die Erben *Poujade* mit einiger Aussicht auf Erfolg einen Schadensersatzanspruch geltend machen können. Denn es gehört zu den vornehmsten Pflichten des konsularischen Dienstes, die Rechte der eigenen Staatsbürger im Ausland zu schützen. Die Unterlassung deutet auf ein *fonctionnement défectueux du service* hin¹¹⁾.

⁸⁾ Vgl. dazu H. Charles, «Actes rattachables» et «actes détachables» en droit administratif français (Paris 1968), S. 212 ff.

⁹⁾ Vgl. M. Fromont, *La responsabilité*, S. 139 ff., 143: «Les règles relatives à la responsabilité sont essentiellement jurisprudentielles». Vgl. de Laubadère, *Traité*, Nr. 1126, 1162.

¹⁰⁾ Einzelheiten bei Fromont, *op. cit.*, S. 150 f.; de Laubadère, *Traité*, Nr. 1170.

¹¹⁾ Vgl. dazu die schöne Formulierung des Regierungsvertreters Teissier im Fall

Die Rechtsprechung des C.E. hat jedoch stets zwei Fälle des Haftungsausschlusses anerkannt: *les actes de gouvernement* und *les faits de guerre*. Da das französische Staatshaftungsrecht nahezu ausschließlich — von späteren spezialgesetzlichen Regelungen abgesehen — durch die Rechtsprechung des C.E. entwickelt wurde, erscheint es als kein Bruch in dieser Entwicklung, wenn der C.E. gleichzeitig die Grenzen der Staatshaftung (*les cas d'irresponsabilité*) bestimmte. Er hat diese Grenzen allerdings nicht mittels materieller Haftungsausschließungsgründe¹²⁾, welche eine Klage unbegründet gemacht hätten, sondern als Fälle der Unzulässigkeit des Rechtsweges konstruiert. Offen bleibt die schon von Duez¹³⁾ gestellte Frage, daß man vom prozeßrechtlichen Standpunkt in diesen Fällen zwar von einer *irresponsabilité de la puissance publique* sprechen könne: «Mais du point de vue du droit public général, sommes-nous vraiment en face d'une irresponsabilité»? Die Frage wird theoretisch bleiben, obwohl sie erst in jüngster Zeit aufgenommen wurde¹⁴⁾. In einem Rechtssystem, in dem die Staatshaftung auf richterlicher Rechtsbildung beruht, ist schwerlich eine davon zu unterscheidende weiterreichende materielle Haftung vertretbar.

II. Die Rolle des *acte de gouvernement* im Staatshaftungsprozeß

Die Rechtsprechung des C.E. und des Tribunal des Conflicts hat schon sehr früh bestimmte Exekutivakte (*actes de gouvernement*)¹⁵⁾ von der Entscheidungsbefugnis¹⁶⁾ ausgeschlossen. Nach einer neueren Formulierung des Tribunal des Conflicts handelt es sich um «actes qui échappent à raison de leur nature à tout contrôle juridictionnel»¹⁷⁾. Sie dürfen weder direkt noch indirekt (*incidenter*) im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden.

Poujade: aus der Nichtwahrnehmung der Rechte des alten Vizekonsuls «résulterait que les agents français auraient manqué au plus essentiel de leurs devoirs, en négligeant de défendre dans un pays hors chrétienté les droits violés d'un de leurs ressortissants; ce faisant, ils auraient commis une faute de service» (Rec. 1904, S. 871, Anm. 1–3).

¹²⁾ Die Entwicklung bei den *faits de guerre* neigt aber materiellen Haftungsausschließungsgründen zu; vgl. Fromont, *La responsabilité*, S. 168 f., im Hinblick auf C.E. 24. 2. 1956 *Veuve Bordier*, Rec., S. 92.

¹³⁾ P. Duez, *La responsabilité de la puissance publique* (1938), S. 220.

¹⁴⁾ Morand, A. J. 1970, S. 598.

¹⁵⁾ Zur Entwicklung der Rechtsprechung des C.E. zu den *actes de gouvernement* vgl. die Übersichten bei H. Rumpf, *Regierungsakte im Rechtsstaat* (1955), S. 40 ff.; C. Eisenmann, *Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht*, JÖR Bd. 2, S. 2 ff.; sowie das Standardwerk: P. Duez, *Les actes de gouvernement* (Paris 1935).

¹⁶⁾ Zum Terminus im kompetenziellen Sinn vgl. G. Ress, *Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit* (1968), S. 8 f.

¹⁷⁾ T.C. 2. 2. 1950, *Radiodiffusion française*, Rec., S. 652.

Dieser Ausschluß von der kompetenziellen Entscheidungsbefugnis des C.E.¹⁸⁾ beruht einzig auf dessen Rechtsprechung. Das Gesetz über den C.E. gibt dafür keinen Anhaltspunkt¹⁹⁾. Ebenso wenig kann in Art. 26 des Gesetzes vom 24. Mai 1872²⁰⁾ eine versteckte positiv-rechtliche Bestätigung dieser Lehre gesehen werden. Diese Vorschrift läßt ohne weiteres auch die Deutung zu, daß sie lediglich eine Kompetenzkonfliktlösung zwischen Verwaltungs- und Justizbehörden und nicht etwa die Herausnahme einer bestimmten Kategorie von Akten aus der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis bezweckt. Duez²¹⁾ hat eindringlich dargelegt, daß weder der Gesetzestext noch die Vorarbeiten dazu einen eindeutigen Schluß darauf zulassen, daß der Gesetzgeber den *acte de gouvernement* habe positiv-rechtlich verankern wollen. Die prozeßrechtliche Auswirkung dieser Lehre von der Gerichtsfreiheit bestimmter Hoheitsakte kommt auch darin zum Ausdruck, daß der C.E. in der Regel von einem *acte insusceptible de recours* und nicht von einem *acte de gouvernement* spricht²²⁾. Sie zeigt sich in der Gegenüberstellung zu den Handlungen im Laufe der Kriegsführung, die der C.E. wohl zunächst unter die *actes de gouvernement* einordnete, später (ab 1943) jedoch als *faits de guerre* eher zu den Haftungsbefreiungsgründen rechnete und die Klagen als unbegründet abwies²³⁾.

¹⁸⁾ Fromont, *La protection*, S. 234, spricht von der *incompétence des juges*.

¹⁹⁾ Die zur Zeit des Fall *Poujade* geltende Fassung der «Loi portant réorganisation du Conseil d'Etat» vom 24. 5. 1872 (Duvergier, *Coll. des Lois* 72) lautete in § 9: «Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieux administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives».

²⁰⁾ Art. 26 «Loi 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat»: «Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas aux tribunaux administratifs». Von dieser Befugnis haben die Minister (nach Fromont, *La responsabilité*, S. 167 Anm. 85) bisher nie Gebrauch gemacht.

²¹⁾ Duez, *Les actes de gouvernement*, S. 36 f.; zweifelnd de Laubadère, *Traité*, Nr. 414; Fromont, *La responsabilité*, S. 166, ist dagegen der Ansicht, daß Art. 26 die Theorie über die Regierungsakte bestätigt habe. Diese Ansicht stützt sich häufig auf die Ausführungen des Rapporteurs Vivien, der zu Art. 47 des Gesetzes vom 3. 3. 1849 — dem Vorgänger des Art. 26 des Gesetzes vom 24. 5. 1872 — u. a. ausgeführt hatte: «Il est des droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours par la voie contentieuse... Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif» (zitiert nach Duez, *op. cit.*, S. 36). Diese Argumentation ist jedoch für das Gesetz von 1872 vom damaligen Justizminister O. Barrot nicht wieder aufgegriffen worden (vgl. Duez, *op. cit.*, S. 37). Vgl. auch die Auseinandersetzung anlässlich der Entscheidung des Tribunal des Conflits 2 février 1950, *Radiodiffusion française*, R.D.P. 1950, S. 418, *concl. Odent*, *note Waline*; J.C.P. 1950.II.5542, *note Rivero*.

²²⁾ Dennoch erscheint neuerdings auch ausdrücklich der Ausdruck *acte de gouvernement* z. B. in C.E. 2. 3. 1962, *Rubin de Servens*, Rec. 1962, S. 143; T.C. 24. 6. 1954, *Barbaran*, S. 712.

²³⁾ Dazu Fromont, *La responsabilité*, S. 168 f.

Die unter dem Begriff *actes diplomatiques* zusammengefaßten Äußerungen der Staatsgewalt²⁴⁾ wurden seit jeher als ein Kernstück des Katalogs der Regierungsakte angesehen, der daneben heute nur noch Akte erfaßt, welche die Beziehungen der Exekutive zu anderen Staatsorganen, vornehmlich dem Parlament, berühren²⁵⁾. Die französische Rechtslehre ist sich einig, daß der C.E. im Laufe der Entwicklung den Kreis der *actes de gouvernement* ständig verringert hat. Weder die Ausübung des Begnadigungsrechts durch den Präsidenten der Republik noch ausländerpolizeiliche Maßnahmen in Kriegszeiten werden weiterhin als Regierungsakte angesehen²⁶⁾. Ob gleiches von den *actes diplomatiques* zu sagen ist, wird zu prüfen sein.

Für den hier zu untersuchenden Fragenkreis sind solche Fälle wichtig, in denen der Kläger von der französischen Regierung Schadensersatz mit der Begründung forderte, er sei durch einen fremden Staat geschädigt worden und die Regierung habe seine Rechte nicht wahrgenommen, obwohl sie hierzu verpflichtet sei.

B. Der *acte diplomatique*

I. Die Entwicklung der Rechtsprechung zum *acte diplomatique*

Die vom C.E. im Fall *Poujade* gegebene Begründung zum *acte diplomatique* hat ihren festen Standort in der Entwicklung der Rechtsprechung, die in neuerer Zeit einige, wenn auch geringfügige Veränderungen anzudeuten scheint.

²⁴⁾ Zu den diplomatischen Akten werden vornehmlich gerechnet (vgl. den Katalog bei de Laubadère, *Traité*, Nr. 419; Kassimatis, *Der Bereich der Regierung* [1967], S. 79 f.):

1. Akte, die mit der Ausarbeitung, dem Abschluß, der Auslegung der Kündigung und Ausführung völkerrechtlicher Verträge zusammenhängen oder – allgemeiner – Akte, die eine direkte zwischenstaatliche Beziehung einschließen.

2. Akte, die von den offiziellen Vertretern Frankreichs im Ausland in Ausübung ihrer diplomatischen Funktion gesetzt werden, also u. a. Fragen des diplomatischen Schutzes von Franzosen im Ausland, aber auch die Anweisungen der Regierung an die Beamten des diplomatischen Dienstes.

3. Akte, die mit der Kriegserklärung oder der Kriegsführung in Zusammenhang stehen.

4. Entscheidungen über die Anrufung des IGH und

5. Annexionen von Gebieten und Akte, die die nationale Souveränität in den Kolonien, Protektoraten und Mandaten geltend machen.

²⁵⁾ Dazu gehören Einberufung, Vertagung und Auflösung des Parlaments, Ausschreibung von Wahlen, Einbringung von Gesetzesvorschlägen und Ausfertigung der Gesetze. Fromont, *La protection*, S. 234 ff.; Auby/Drago, *Traité*, Nr. 67, 68; de Laubadère, *Traité*, Nr. 418, 419.

²⁶⁾ Auby/Drago, *op. cit.*, Nr. 61; de Laubadère, *op. cit.*, Nr. 417 mit Nachweisen. Die Gnadenerweise werden seit dem Urteil C.E. 28. 3. 1947, *Gombert*, zwar immer noch als injustitiabel angesehen, nicht aber wegen ihrer Qualität als Regierungsakte, sondern als «*actes se rattachant au fonctionnement de la justice judiciaire*».

1. Die Theorie des *mobile politique*

Ist für die Begründung im Fall *Poujade* charakteristisch, daß das gerügte staatliche Verhalten eng mit den auswärtigen Beziehungen Frankreichs verknüpft (*des questions qui se rattachent . . .*) und wegen dieser Natur von der Entscheidungsbefugnis des C.E. ausgenommen ist, so ist für eine Reihe früherer Entscheidungen eine wesentlich allgemeinere Begründung bezeichnend. Für die Gerichtsfreiheit bestimmter Akte führte der C.E. in seiner ersten Epoche, bis etwa 1872, das Kriterium vom *mobile politique* ein²⁷⁾; sofern der staatlichen Maßnahme ein rein politischer Beweggrund zugrunde lag, hielt sich der C.E. für unzuständig. Immerhin mußte er prüfen, ob ein solches *mobile politique* vorlag, also die Abgrenzung des rein politischen Beweggrundes von anderen, vornehmlich rechtlichen Gesichtspunkten bei der Zulässigkeitsprüfung vornehmen. Was unter diesem *mobile politique* verstanden wurde, läßt sich nur aus der Betrachtung einiger Fälle entnehmen. In der Regel handelte es sich um Entscheidungen, mit denen der C.E. Klagen von Angehörigen gestürzter Dynastien gegen Maßnahmen, durch die ihnen Vermögen entzogen, politische Rechte aberkannt oder sie des Landes verwiesen wurden, als unzulässig abwies. Berühmt geworden ist der Fall *Lafitte*, in welchem es der C.E. ablehnte, über Staatsakte, durch die der Familie Bonaparte Vermögenswerte entzogen worden waren, zu entscheiden, da eine *question politique* vorläge, die ausschließlich von der Regierung zu entscheiden sei²⁸⁾. Bezeichnend ist auch die vergebliche Klage der Mitglieder der Familie *Orléans* auf Herausgabe von Grundeigentum, welches Louis Napoléon durch Dekret zugunsten des Staates eingezogen hatte. Nach den Ausführungen des Regierungsvertreters sind diese Dekrete erlassen worden

«sous l'influence de hautes considérations politiques qui, aux yeux du chef du Gouvernement, commandaient impérieusement de diminuer l'influence que donnait à la famille d'Orléans la possession d'immeubles évalués à près de trois cents millions»²⁹⁾.

Der politische Beweggrund wird demnach in der Verteidigung des Staates gegen seine inneren und auch äußeren Feinde gesehen: in diesem Sinn hat Dufour 1855 den Begriff des *acte de gouvernement* definiert³⁰⁾. Diese theoretischen

²⁷⁾ Näheres bei Rumpf, *op. cit.*, S. 46 ff.; die übliche Formulierung in der Rechtsprechung lautete: «actes à caractère essentiellement politique» (vgl. Kassimatis, *op. cit.*, S. 71 Anm. 15).

²⁸⁾ C.E. 1. 5. 1822, Rec. 376.

²⁹⁾ C.E. 18. 6. 1852, S. II 307.

³⁰⁾ Dufour, *Traité de droit administratif appliqué* (1855) Bd. 4, S. 60 (zitiert nach Rumpf, *op. cit.*, S. 49): «L'acte qui a pour but de défendre la société prise en elle-même,

sche Konzeption barg den Nachteil, daß praktisch — entsprechend der Zweckbestimmung durch die Regierung — jeder Staatsakt einen derartigen politischen Beweggrund annehmen und der richterlichen Überprüfung entzogen werden konnte. Der C.E. gab die Theorie des *mobile politique* für den Bereich der innenpolitischen Akte spätestens mit der Entscheidung im Fall *Prince Napoléon Bonaparte*³¹⁾ im Jahre 1875 auf. Nicht die Motivation, sondern der Charakter (die Natur) bestimmter Fragen wurde entscheidend; man hat es einen Wechsel vom subjektiven zum objektiven Kriterium genannt³²⁾. Für den Bereich der außenpolitischen Maßnahmen, insbesondere der Ausübung der diplomatischen Protektion, hat die Theorie des *mobile politique* deshalb eine weniger sichtbare Rolle gespielt, weil der gesamte außenpolitische Bereich schon sehr früh vom C.E. von der Entscheidungsbefugnis ausgeschlossen wurde³³⁾. Insgesamt wirkte sich dieser Wandel in der Begründung aber dahin aus, daß sich nunmehr enumerativ einige Fallgruppen herausbildeten, die den Anwendungsbereich des *acte de gouvernement* ausmachten³⁴⁾.

2. Die Natur der Streitfrage

Untersucht man die Fälle, in welchen der Kläger von der französischen Regierung Schadensersatz mit der Begründung forderte, er sei durch einen fremden Staat geschädigt worden und die Regierung habe seine Rechte nicht wahrgenommen, obwohl sie hierzu verpflichtet sei, so hat schon der erste 1834 derartig entschiedene Fall seine — m. W. in der Literatur nicht beachtete — Besonderheit³⁵⁾. Gegen *Boisson*, einen französischen Händler in Spa-

ou personnifiée dans le gouvernement, contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement».

³¹⁾ C.E. 19. 2. 1875, S. II 96. Der Regierungsvertreter David fand, daß es nicht allein darauf ankomme, daß ein Akt «ait été dicté par un intérêt politique». Der C.E. entschied in der Sache selbst.

³²⁾ Kassimatis, *op. cit.*, S. 72 Anm. 17.

³³⁾ C.E. 12. 12. 1834, *Argenton*, Rec. 812: «Considérant que des traités ou des actes diplomatiques ne peuvent donner lieu à un recours par la voie contentieuse, à raison des droits que l'on prétendrait avoir été négligés ou abandonnés dans lesdits actes ou traités»; hier fehlt (1834!) noch jede nähere Begründung.

³⁴⁾ Wenngleich es natürlich nicht an Versuchen gefehlt hat, die gesamte Judikatur durch bestimmte objektive Kriterien der *actes de gouvernement* zu erklären und systematisch zu erfassen (dazu im folgenden Abschnitt), hat doch ein großer Teil der Lehre einer rein empirischen, enumerativen Darstellung den Vorzug gegeben (vgl. die Nachweise bei Auby/Drago, *Traité*, S. 78) mit dem Bemerkten, es handle sich um eine außerrechtliche Kategorie, die sich nur historisch erklären lasse (vgl. A. Gros, *Survivance, passim*; insbes. die Zusammenfassung bei Duez, *Les actes de gouvernement*, S. 86).

³⁵⁾ C.E. 6. 6. 1834, *Boisson*, Rec. 373; Favoreu, *op. cit.*, S. 205, sieht in diesem Fall die »Inauguration« der Lehre von der Rechtsschutzverweigerung im Bereich diplomatischer Protektion.

nien, hatte dessen Frau ein Urteil des örtlichen kirchlichen Gerichts über die Trennung von Tisch und Bett erwirkt, welches für ihn erhebliche Geschäftsverluste zur Folge hatte. Boisson rügte, daß der französische Konsul ihn gegen die angeblich völkerrechtswidrig vorgehenden spanischen Behörden nicht geschützt habe. Der französische Außenminister lehnte es ab, zu seinen Gunsten bei der spanischen Regierung zu intervenieren. Der C.E. sah in dieser Ablehnung «un acte de haute administration qui n'est point de nature à nous être déféré par la voie contentieuse». Bemerkenswert ist an dieser Begründung der Begriff des *acte de haute administration*, welcher den *acte de gouvernement* vorwegnimmt. Im übrigen fehlt jede Bezugnahme auf ein bestimmtes politisches Motiv. Vielmehr deutet sich schon der Ausschluß von bestimmten Sachbereichen vom Rechtsschutz an. Die Natur der Streitfrage wird vom C.E. auch im wichtigsten Präzedenzfall vor *Poujade*, dem Fall *Thubé-Lourmand*, zur Begründung herangeführt und kehrt mit der Wendung «que la question soulevée n'est pas de nature à être portée devant la juridiction contentieuse» in den Entscheidungen bis in die jüngste Zeit stereotyp wieder. Im Fall *Thubé-Lourmand*³⁶⁾ hatte der Kläger, Inhaber einer Fischfangkonzession an der *terre-neuve*, vom französischen Staat Schadensersatz mit der Begründung gefordert, er sei von englischen Schiffen an der Ausübung des Fischfanges unter Verletzung eines mit Frankreich abgeschlossenen Fischereiabkommens gehindert worden, und der vom Kläger um Schutz ersuchte französische Marinekommandant habe nichts unternommen. Der C.E. entschied, daß die aufgeworfene Frage der Schutzgewährung «se rattache à l'exercice du pouvoir souverain dans les matières de gouvernement et dans les relations internationales» und deshalb der Entscheidung durch den C.E. entzogen sei. Die gleiche Begründung hatte der C.E. schon vorher (1877) im Fall *Dupuy*³⁷⁾ gegeben, in welchem der Kläger ebenfalls die unterlassene Schutzausübung gerügt hatte. Die Entscheidung in Sachen

³⁶⁾ C.E. 10. 2. 1893, Rec. 113, *concl.* Le Vasseur de Précourt. Wenn K. Doehring, Die Pflicht des Staates, S. 81, aus der Urteilsbegründung einen Hinweis auf eine Rechtspflicht zur Schutzausübung entnehmen will, so scheint mir, daß sich dieser Hinweis nur aus den Ausführungen des Regierungsvertreters ergibt, der in der Tat behauptet hatte, der Marinekommandant habe alles in seiner Macht Stehende unternommen.

³⁷⁾ C.E. 12. 1. 1877, Rec. 47. Der Fall ist sowohl für die Haftung wegen unterlassener diplomatischer Protektion als auch wegen fehlerhaften Verhaltens des Konsuls (siehe dazu unten ausführlich) bedeutsam. Dupuy, ein französischer Händler, war aus der Republik Haiti ausgewiesen worden, und der französische Konsul hatte von der Republik sogar eine Entschädigungszusage erhalten. Ein neuer französischer Konsul schlug eine gemischte Schiedskommission zur Entscheidung über die Entschädigung vor; diese Kommission lehnt dann jegliche Entschädigung ab. Der C.E. hielt beide Fragen, die der diplomatischen Protektion im allgemeinen und die der Verpflichtung des Konsuls, den Schaden zugunsten von D. geltend zu machen, für solche, die mit den auswärtigen Beziehungen verbunden sind. Auf das behauptete Fehlverhalten des neuen Konsuls ging der C.E. mit keinem Wort ein.

Poujade fügt sich insoweit in die vorangehende Rechtsprechung des C.E. völlig konsequent ein.

3. Die Exemption des Bereichs der auswärtigen Beziehungen von der Gerichtsbarkeit

Seit dem Jahr 1904 hat der C.E. die auch im Fall *Poujade* vertretene Auffassung in einer Reihe von Entscheidungen unverändert bestätigt³⁸⁾. In Sachen *Olszenski*³⁹⁾ wies der C.E. 1911 eine Klage als unzulässig ab, weil die aufgeworfenen Fragen «sont relatives à l'exercice des pouvoirs du gouvernement en matière diplomatique».

Der Kläger war in Italien willkürlich verhaftet worden und hatte vergeblich von der italienischen Regierung eine Haftentschädigung gefordert. Er verlangte von der französischen Regierung Schadensersatz mit der Begründung, die französische Regierung habe es versäumt, zu seinen Gunsten Schadensersatz von der italienischen Regierung zu fordern.

Weitere typische Fälle⁴⁰⁾ für die Unzulässigkeit von Staatshaftungsklagen

³⁸⁾ Vgl. die von Favoreu, *op. cit.*, S. 205, gegebene Aufstellung. Etwas aus der Reihe fällt der wie *Poujade* 1904 entschiedene Fall *Bachatori* (C.E. 12. 2. 1904, Rec. 105, mit sehr kritischer Anmerkung von G. G. und von G. Jèze, R.D.P. 1904, S. 82), in dem einem Fremden das noch vom französischen König gewährte *bénéfice de la protection française* entzogen wurde. Es handelte sich dabei m. E. um eine Frage internen Staatszugehörigkeitsrechts im weiteren Sinne (Status als *protégé français*); der C.E. würde diesen Fall heute angesichts der Rechtsprechung über die Haftung der Konsuln (siehe dazu unten) in der Sache selbst entscheiden. Der Fall ist deshalb nicht, wie Auby/Drago, *Traité*, Nr. 68, es tun, mit den üblichen Fällen verweigerter diplomatischer Protektion auf eine Stufe zu stellen.

³⁹⁾ C.E. 12. 5. 1911, *Epoux Olzenski*, Rec. 551. Der Fall hat seine Besonderheit darin, daß der französische Staat von sich aus durch freiwillige Zuwendungen den Schaden teilweise gutgemacht hat. Der C.E. sah darin aber kein *engagement juridique* für weitere Leistungen.

⁴⁰⁾ Der von Doehring, *Die Pflicht des Staates*, S. 82, angeführte Fall *Général Gramat* (C.E. 5. 3. 1926, Rec. 245) fällt etwas aus dem Rahmen. In diesem Fall machte der Kläger geltend, die französische Regierung habe es unterlassen, sein ihm von der griechischen Regierung nach einem (ersten) Militärberaterabkommen zu zahlendes Gehalt einzutreiben. Der C.E. befand die Klage ihrer Natur nach als unzulässig, weil «l'examen de ces conclusions implique nécessairement l'appréciation d'actes accomplis par le gouvernement français dans la conduite de ses négociations avec le gouvernement grec, qui ont abouti à la conclusion de la seconde convention». Die Unzulässigkeit ergibt sich in diesem Fall aus der Kategorie der diplomatischen Akte im Zusammenhang mit dem Abschluß völkerrechtlicher Verträge. Auch der von Favoreu, *loc. cit.*, S. 205, angeführte Fall *Compagnie de la N'Goko-Sangha* (C.E. 8. 4. 1921, Rec. 351 — letzter Abschnitt der Begründung) betrifft unterlassene Maßnahmen im Gefolge völkerrechtlicher Verträge (*matière diplomatique*).

bei unterlassener (oder ungenügender) diplomatischer Protektion sind *Moinot* (1916)⁴¹⁾, *Bastide* (1918)⁴²⁾, *Arnaudon* (1927)⁴³⁾, *Rousset* (1934)⁴⁴⁾, *Comby* (1937)⁴⁵⁾ und viele andere⁴⁶⁾. Die Reihe dieser Fälle läßt sich bis in die jüngste Zeit fortsetzen, ohne daß sich an der tragenden Begründung etwas

⁴¹⁾ C.E. 11. 2. 1916, Rec. 79: Der französische Außenminister hatte sich geweigert, für einen in Schanghai ansässigen französischen Händler Schadensersatzansprüche (wegen Verweigerung einer Schiffahrtskonzession) bei der chinesischen Regierung zu erheben oder zu unterstützen. Begründung wörtlich wie *Poujade*.

⁴²⁾ C.E. 31. 5. 1918, Rec. 525: Klage wegen ungenügenden diplomatischen Schutzes: Die Buchhandlung des französischen Klägers in Teheran war bei Unruhen geplündert und er selbst verhaftet worden. Die persische Regierung hatte die vom französischen Konsul für Herrn Bastide erhobenen Forderungen abgewiesen (*refus absolu*), da sie nicht für Unruhschäden hafte. Begründung wörtlich wie *Poujade*.

⁴³⁾ C.E. 8. 4. 1927, Rec. 458: Der Sachverhalt wird nicht mitgeteilt. Es heißt lediglich, daß die Klage Fragen des Auslandsschutzes aufwirft, welche diplomatische und konsularische Beamte französischen Staatsbürgern gewähren müssen. Die Begründung der Zurückweisung wörtlich wie *Poujade*. Bemerkenswert ist, daß der französische Staat auch Herrn *Arnaudon* von sich aus teilweise entschädigt hatte, daß aber nach Ansicht des C.E. «les mesures prises à titre gracieux en sa faveur ne sauraient constituer la reconnaissance d'une obligation à la charge de l'Etat».

⁴⁴⁾ C.E. 18. 7. 1934, Rec. 817: Der französische Kläger, der während der französischen Rheinlandbesetzung in Düsseldorf ausgeplündert worden war, rügt, daß weder der französische Armeekommandant noch der Außenminister seine Forderungen gegenüber der Stadt Düsseldorf bzw. der deutschen Regierung *suffisamment efficace* geltend gemacht hätten. Die Begründung des C.E. ist zum Teil wörtlich wie bei *Poujade*; ausgeschlossen werden auch Fragen, «qui se rattachent aux rapports du commandant militaire avec les autorités du territoire étranger qui était occupé par les troupes françaises».

⁴⁵⁾ C.E. 2. 7. 1937, Rec. 664: Der Fall ist von besonderem Gewicht: Der Kläger hatte 1921 während der Besetzung Siziliens durch französische Truppen mit der Hafenverwaltung von M. einen Konzessionsvertrag über die Unterhaltung von Hafeneinrichtungen geschlossen, der vom französischen Militärkommandanten gegengezeichnet worden war. Als die französischen Truppen abzogen, konnte der Kläger den Vertrag nicht durchsetzen. Seine Rüge, der französische Staat hätte bei Abzug der Truppen die notwendigen Maßnahmen treffen müssen, «pour garantir le respect, par les autorités étrangères, des contrats», weist der C.E. mit der gleichen Begründung wie im Fall *Poujade* zurück. Nach Ansicht des C.E. durfte Herr *Comby* jedoch aus den Umständen des Vertragsschlusses die Überzeugung ziehen, «que lesdites autorités (français) avaient qualité pour lui garantir la sauvegarde de ses intérêts». Der Staat wurde wegen dieser aus den Umständen entnommenen ausdrücklichen Garantie diplomatischer Protektion zum Ersatz des Schadens verurteilt. Diese Garantie als rein innerstaatliche Maßnahme involviert keine Prüfung auswärtiger Beziehungen, so daß mit diesem – durch den Fall bedingten – Kunstgriff die Staatshaftung sich öffnete.

⁴⁶⁾ C.E. 1. 6. 1943, *Corbier*, Rec. 140 (2. Antrag): Unterlassene Unterstützung einer Forderung eines französischen Athleten gegen Spanien (oder Olympisches Komitee? oder Stadt Barcelona?). Begründung wie bei *Poujade*. C.E. 22. 2. 1952, *Simon*, Rec. 131 (2. Antrag): Unterlassener Schutz der Habe des Klägers in Brüssel vor Plünderung. C.E. 7. 3. 1952, *Szantó*, Rec. 154: Unterlassene Protektion gegenüber britischen Beamten in Persien, die den Kläger interniert hatten. C.E. 22. 4. 1953, *Dlle Buttner*, Rec. 184: Unterlassene Hilfe für französische Ärztin im Jemen bei Durchsetzung ihres Gehaltsanspruchs. Begründung wörtlich wie *Poujade*. C.E. 29. 10. 1954, *Taurin et Mérienne*, Rec. 566: Klage wegen unzureichender Protektion gegenüber Großbritannien wegen Ersatz eines beschlagnahmten Schiffes. Soweit

Wesentliches ändert. Erst in den letzten Jahren wechselt die Formulierung, indem auf zeitliche und örtliche Umstände der Ausübung der diplomatischen Protektion abgestellt wird, ohne daß dies bislang, soweit ersichtlich, praktische Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Klagen gehabt hätte. Als Beispiel mag die interessante Entscheidung *Société des transports en commun de la région d'Hanoï*⁴⁷⁾ aus dem Jahre 1967 dienen. Diese Transportgesellschaft hatte 1955 noch im Laufe des Abzugs der französischen Truppen mit der Stadt Hanoi einen Vertrag geschlossen, in dem die gesamten Verkehrsmittel der Gesellschaft der Stadt übertragen wurden. Die Gesellschaft rügte, daß die französischen Vertreter ihr beim Abschluß dieses Vertrages nicht die notwendige Unterstützung gegeben und ihr u. a. dadurch hohe Verluste entstanden seien. Der C.E. wies diesen Antrag als unzulässig ab mit der Begründung

«que ... l'accomplissement de la mission de protection des biens des citoyens français qui incombe aux services diplomatiques et consulaires à l'étranger était, dans les circonstances de temps et de lieu où est survenu le dommage ... inséparable de l'exercice des pouvoirs du Gouvernement français dans les relations internationales et met directement en cause les rapports de la France et d'un Etat étranger; qu'elle n'est pas, dès lors, pas davantage susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat français sur le fondement de la faute».

Sollte es zeitliche und örtliche Umstände eines Schadens geben, angesichts derer die Ausübung diplomatischer Protektion nicht mit den internationalen Beziehungen untrennbar verbunden ist? Auffällig ist, daß der C.E. seit einigen Jahren (der zitierte Fall *Taurin et Mérienne* aus dem Jahr 1954 ist ein gutes Beispiel) im Zusammenhang mit der unterlassenen oder mangelhaften diplomatischen Protektion nach davon zu trennenden, rein internen Akten sucht. Diese Entwicklung, die im folgenden Abschnitt im Hinblick auf die Staatshaftung für Konsuln ausführlich erläutert wird, kommt sehr viel häufiger als früher in den Urteilsformulierungen zum Ausdruck. Nach dem der C.E. in seiner Rechtsprechung den Grundsatz festgelegt hatte, daß die diplomatische Protektion «se rattache aux relations internationales», stellt sich nunmehr stets die Frage, wieweit vom weiten Feld diplomatischer Schutzmaßnahmen einzelne Akte *détachables* oder, umgekehrt, davon *insé-*

es um die Verteilung des Erlöses ging, entschied der C.E. in der Sache selbst, soweit die Protektion und die schlechte Verhandlungsführung in Rede stand, wies er mit der üblichen Begründung als unzulässig ab, allerdings mit dem Zusatz, daß die Sachverhaltsermittlung «ne fait apparaître aucun acte de l'administration détachable des négociations poursuivies par elle avec le gouvernement britannique et constituant une faute de nature à engager sa responsabilité envers les requérants».

⁴⁷⁾ C.E. 28. 6. 1967, Rec. 279; J.C.P. 1968, 15393, note D. Ruzié. Der Fall bietet auch eine Parallele zur Entscheidung *Comby*; denn der C.E. prüft, ob die Zusage der persönlichen Sicherheit der französischen Verkehrsbediensteten eingehalten wurde.

parables sind. (So im zitierten Fall der *Verkehrsgesellschaft von Hanoi* und im Fall *Dame Cramencel*⁴⁸⁾).

4. Die aus der Entwicklungslinie herausfallenden Urteile

Dennoch kann die Rechtsprechung des C.E. über die Unzulässigkeit von Amtshaftungsklagen, mit denen die Unterlassung oder Mangelhaftigkeit diplomatischer Protektion gerügt wird, als konstant bezeichnet werden⁴⁹⁾, wenigstens in dem Maße, als die Maßnahmen untrennbar sind von der Ausübung der auswärtigen Gewalt und direkt die Beziehungen zwischen Frankreich und einem fremden Staat in den Streit einbeziehen. Ist schon diese Tendenz von Interesse, so verdienen noch mehr jene Fälle Aufmerksamkeit, die — nach Meinung einiger französischer Autoren — völlig aus der Reihe fallen und andeuten, daß der C.E. den Anwendungsbereich nicht nur der *actes de gouvernement*, sondern auch der *actes diplomatiques* stark einzuschränken bereit ist.

a) Der Fall *Couitéas*⁵⁰⁾: Couitéas hatte umfangreichen Landbesitz in Tunesien, der ihm von arabischen Nomadenstämmen streitig gemacht wurde, die sich auf rechtmäßigen Besitz seit unvordenklichen Zeiten beriefen. Er erlangte vom französischen Zivilgericht in Sousse, Tunesien, ein vollstreckungsfähiges Urteil, das sein Eigentum bestätigte und die Störer mit ihren Herden aus seinem Gebiet verwies. Zur Vollstreckung des Urteils hätte es des Einsatzes französischer Truppen gegen die arabischen Stämme bedurft. Da ein Aufruhr der Araber bei einem gewaltsamen Vorgehen befürchtet wurde, verweigerte der zuständige Kommandant auf Anweisung des Außenministeriums und des französischen Generalresidenten in Tunis die Vollstreckung. Der C.E. entschied in der Sache selbst und führte aus:

Der Kläger habe zwar ein Recht auf Urteilsvollstreckung gehabt, andererseits sei die Regierung auch berechtigt und verpflichtet gewesen, die Zwangsvollstreckung zu unterlassen, wenn sie davon eine ernste Gefahr für die Ordnung und Sicherheit des Protektorats fürchten mußte. In einem solchen Fall könne der Schaden, wenn die Vollstreckungsverweigerung eine bestimmte

⁴⁸⁾ C.E. 2. 3. 1966, Rec. 157: Die Läden der französischen Klägerin in Agadir waren im Laufe der durch ein Erdbeben ausgelösten Unruhen geplündert worden. Der auf mangelnden Schutz durch die französische Vertretung gestützte Klageantrag wurde mit der wörtlich gleichen Begründung wie im Fall *Société des transports en commun de la région d'Hanoi* zurückgewiesen. Dagegen kehrt die einfache Begründungsformel des Falles *Powjade* wieder in der Entscheidung *Consorts Bouffards* vom 28. 6. 1967, Rec. 589.

⁴⁹⁾ So auch *Morand*, *loc. cit.*, S. 596.

⁵⁰⁾ C.E. 30. 11. 1923, Rec. 789.

Zeit überschreite, nicht mehr als «une charge incombant normalement à l'intéressé» betrachtet werden. Der Richter müsse die Grenze festlegen, von der ab der Schaden von der Gemeinschaft zu tragen sei, in deren Interesse das Opfer gebracht werde.

Dieser Spruch, in dem M. Hauriou⁵¹⁾ das Aufkommen einer neuen Kategorie von Akten (*actes de légitime défense de l'Etat*) zu erblicken glaubte, ist aber nur dann mit dem Fall *Poujade* auf eine Stufe zu stellen, wenn die unterlassene Maßnahme einen Zusammenhang mit auswärtigen Beziehungen hätte erkennen lassen. Beehrte Couitéas die Vollstreckung eines französischen Urteils im französischen Hoheitsbereich oder die Hilfe gegen auswärtige Mächte? Wir begegnen hier einem Zwischenbereich, der die eindeutige Zuordnung schwierig macht. Im Fall *Couitéas* fällt es schwer, die Störung durch die arabischen Nomadenstämme als Störung durch fremde Mächte anzusehen. Deshalb handelt es sich im strengen Sinne nicht um eine diplomatische Protektion und auch nicht um einen *acte diplomatique*. Vielmehr liegt die auch vom Regierungsvertreter gezogene Parallele zu den *faits de guerre* näher, welche nach der neueren Rechtsprechung des C.E. einer Sachprüfung zugänglich sind. Duez⁵²⁾, der in diesem Urteil auch kein «*précédent absolutement décisif*» sieht, weist außerdem mit Recht darauf hin, daß der Kläger kein Franzose war, sondern «un étranger fixé sur un territoire de protectorat»: er hätte allenfalls als *résident* einen Schutzanspruch geltend machen können.

b) Die Entscheidung *Arnaud*⁵³⁾, die von Duez auf eine Linie mit den Fällen *Thubé-Lourmand* und *Olzenski* gestellt wird und in der er einen Beweis für den Rückgang des Umfangs der *actes diplomatiques* erblickt, betrifft tatsächlich keinen Fall unterlassener oder mangelhafter diplomatischer Protektion⁵⁴⁾.

c) Schließlich werden häufig die Fälle *Rouzier* (1911)⁵⁵⁾ und *Corsin* (1930)⁵⁶⁾ als Beispiel für den Wandel der Rechtsprechung des C.E. angeführt⁵⁷⁾; jedoch — im Hinblick auf die diplomatische Protektion im engeren

⁵¹⁾ S. 1923 III 57 note.

⁵²⁾ Les actes de gouvernement, S. 180. Duez referiert auch die Ausführungen des Regierungsvertreterers Rivet.

⁵³⁾ C.E. 24. 12. 1926, Rec. 1149: Der Kläger hatte Schaden beim Konkurs der Banque de Chine in Hanoi erlitten, der durch eine Anweisung der französischen Regierung an die auswärtigen Vertretungen in China und Japan ausgelöst worden war, die Außenstände Frankreichs zu sichern.

⁵⁴⁾ Ebenso Favoreu, *op. cit.*, S. 205 Anm. 92.

⁵⁵⁾ T.C. 25. 3. 1911, Rec. 392.

⁵⁶⁾ C.E. 24. 10. 1930, Rec. 864.

⁵⁷⁾ Vgl. Duez, Les actes de gouvernement, S. 181. Zurückhaltend Favoreu, *op. cit.*, S. 216; vgl. auch Rumpf, *op. cit.*, S. 80.

Sinne — zu Unrecht. In beiden Fällen handelt es sich um die Frage, wieweit der französische Staat für Fehler eines Konsuls bei der Dienstausbübung im administrativ-konsularischen Bereich haftet. Diese Frage, die der C.E. im Fall *Poujade* theoretisch noch offen gelassen hatte, hat er in späteren Entscheidungen — u. a. *Rouzier* und *Corsin* — dahin beantwortet, daß eine solche Haftung grundsätzlich in Betracht kommt und die Klagen *au fond* zu entscheiden sind⁵⁸). So haftete im Fall *Rouzier* ein Konsul, der als Standesbeamter in Anspruch genommen werden sollte und die Vornahme der Eheschließung verweigerte, selbst wenn dafür diplomatische Motive geltend gemacht wurden⁵⁹). Auch im Fall *Corsin* handelt es sich um ein internes französisches verwaltungsrechtliches Verhältnis: die französische Botschaft in Stockholm hatte ein Wertpaket für den französischen Staatsbürger Corsin in Empfang genommen und verloren. Duez⁶⁰) qualifiziert diesen Vorgang zu Unrecht, wie mir scheint, als «un acte du service diplomatique se rattachant à la protection des Français à l'étranger»; er übersieht, daß ein Schutz des Herrn Corsin im Ausland gegenüber einer fremden Macht überhaupt nicht involviert war.

d) Von besonderer Bedeutung könnte sich dagegen das Urteil *Perruche* (1962)⁶¹) erweisen, mit dem der C.E. einen Fall entschied, der einem 10 Jahre zuvor behandelten (*Simon*)⁶²) sehr ähnlich ist⁶³). Jedoch tritt im Fall *Perruche* eine besondere haftungsbegründende Maßnahme hinzu, welche einen Vergleich mit den normalen Fällen mangelhafter diplomatischer Protektion nicht zuläßt. Im Fall *Simon* hatte die französische Botschaftsverwaltung in Brüssel die bewegliche Habe des französischen Staatsbürgers Simon zum Schutz vor einer Plünderung durch deutsche Staatsorgane in die Botschaft bringen lassen, wo sie später ausgerechnet von der Person gestohlen wurde, die der Botschafter mit dem Schutz der Räume betraut hatte. Simon machte geltend, daß der Schutz nur einem Beamten des diplomatischen Dienstes hätte übertragen werden dürfen und daß der Staat wegen dieser *faute de l'administration* hafte. Der C.E. wies die Klage in diesem Punkt als unzulässig ab und führte zur Begründung aus, daß die Frage des Verbleibens

⁵⁸) Siehe dazu ausführlich unten nächster Abschnitt.

⁵⁹) Hervorragend sind dazu die Ausführungen des Regierungsvertreters Chardenet (Rec. 1911, S. 392–400), der die Rückkehr zur Theorie politischer Motivation mit den Worten ablehnt: «Ce ne sont pas les motifs de la décision . . . , qui impriment à un acte son caractère essentiel; ce caractère, il résulte de la nature même de l'acte, de son objet».

⁶⁰) *Op. cit.*, S. 181.

⁶¹) C.E. 19. 10. 1962, Rec. 555.

⁶²) C.E. 22. 2. 1952, Rec. 131.

⁶³) de Geouffre de la Pradelle hält die Entscheidung *Perruche* für einen der «grands arrêts de la jurisprudence administrative» (E.D.C.E. 1962, S. 34).

eines Mitgliedes des diplomatischen oder konsularischen Dienstes speziell zum Schutz der Botschaft in Brüssel — im von den Deutschen besetzten Gebiet — die internationalen Beziehungen zwischen Frankreich und Deutschland berührte und mit der Ausübung des diplomatischen Dienstes verbunden war; eine derartige Frage könne wegen ihrer Natur vom C.E. nicht entschieden werden.

Daß das Verbleiben eines Beamten des auswärtigen Dienstes im besetzten Ausland auch die Beziehungen zu dem besetzenden Staat berührt, ist im Rahmen eines weitgefaßten Begriffs dieser Beziehungen vertretbar. Immerhin läßt sich argumentieren, daß zumindest auch eine reine interne Verwaltungsmaßnahme vorliegt⁶⁴). Auf keinen Fall handelt es sich um das Unterlassen der Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber einer fremden Macht, wie es für die mangelhafte diplomatische Protektion im Fall *Poujade* bezeichnend ist. Auch ist der Schaden nicht unmittelbar durch Akte der fremden Staatsgewalt, sondern durch die vom Botschafter berufene Wachperson eingetreten.

Der Fall *Perruche* unterscheidet sich von diesem Sachverhalt in einigen Nuancen: Der französische Konsul Perruche in Seoul war nach Ausbruch des Korea-Krieges auf Grund ausdrücklicher Anweisung des Außenministeriums noch in der Stadt geblieben, als die südkoreanischen Amtsträger die Stadt selbst schon verlassen hatten. Er wurde von den Nordkoreanern interniert und seine persönliche Habe im Konsulat geplündert. Der C.E. gab der Klage auf Schadensersatz mit der Begründung statt, daß der Schaden auf die an den Kläger gerichtete Anweisung zurückzuführen sei, welche den Konsul in eine Situation brachte, «qui comportait des risques exceptionnels pour sa personne comme pour ses biens». Auf Grund des Prinzips der Gleichheit aller Bürger gegenüber öffentlichen Lasten habe er Anspruch auf Entschädigung. Es muß natürlich auffallen, daß im Fall *Simon* die Entscheidung über das Verbleiben eines Mitgliedes des diplomatischen Dienstes als gerichtsfreier *acte diplomatique* qualifiziert wird, im Fall *Perruche* dagegen eine derartige Maßnahme scheinbar zur Grundlage eines Schadensersatzanspruches gemacht wird. Der Regierungsvertreter unterließ es denn auch nicht, den Fall *Simon* als Präzedenz anzubieten⁶⁵). In der Literatur⁶⁶) ist von Mitgliedern des C.E.

⁶⁴) Das hat der C.E. auch gesehen. Er trennte das Verfahren der Bestellung der Wachperson von der Frage der diplomatischen Protektion ab und prüfte, ob dem Botschafter bei der Auswahl «de ce gardien sans enquête préalable sur sa moralité» nicht ein schwerer Fehler, der die Staatshaftung nach sich zieht, unterlaufen ist.

⁶⁵) Vgl. die Ausführungen von M. Bernard (zitiert bei Gentot/Fourré, A.J. 1962, S. 669), der unter Hinweis auf die Fälle *Arnaud* (1926, Rec. 1149), *Dlle Buttner* (1953, Rec. 184) und natürlich *Simon* hervorhob, «que les décisions prises par le gouvernement pour assurer la protection de ses ressortissants à l'étranger et la continuité de sa repré-

zur Abschwächung der Konsequenzen des Falles betont worden, daß diese Entscheidung, die aus Gründen der Billigkeit geboten war, «ne modifiera sans doute pas sensiblement les principes qui régissent normalement la responsabilité de la puissance publique».

Man könnte argumentieren, daß Perruche als Konsul selbst von der Maßnahme der französischen Regierung unmittelbar betroffen war und daß damit nur rein interne Beziehungen innerhalb des diplomatischen Dienstes verknüpft sind. Dagegen spricht, daß in dem Augenblick, in dem Maßnahmen im diplomatischen Dienst, die nicht immer, aber häufig, gleichzeitig die Beziehungen zu dritten Staaten berühren, in Bezug auf den internen Amtsdienst einer gerichtlichen Nachprüfung zugänglich sind, der C.E. zwangsläufig in die Kontrolle der Umstände (*eu égard aux circonstances* im Fall *Perruche*) eintreten muß.

Eine zu rigide Anwendung der Theorie der *acte diplomatique* hätte andererseits zur Folge, daß der Rechtsschutz für die Angehörigen des diplomatischen Dienstes erheblich verkürzt wäre. Das scheint für Gentot und Fourré die Erklärung zu sein, denn sie bemerken, daß dieser Fall zumindest das Verdienst hat, einen gewiß außergewöhnlichen Streit einer vernünftigen Lösung zuzuführen

«et de rappeler à l'administration qu'elle a l'obligation de couvrir les dommages subis par les fonctionnaires — comme par les autres citoyens — lorsqu'est rompue à leur détriment l'égalité devant les charges publiques»⁶⁷⁾.

e) Die Erklärungsversuche übersehen, wie mir scheint, daß im Fall *Perruche* — wie auch im Fall *Couitéas* — ein völlig anderer Haftungstatbestand zur Anwendung kam, in dessen Rahmen der *acte diplomatique* nur noch als Tatbestandsmerkmal, nicht jedoch als Prüfungsgegenstand erscheint: der Tatbestand der Haftung *sans faute*, nämlich für *risque exceptionnel*⁶⁸⁾. Im Rahmen dieser Haftung konnte die Frage, ob die Anweisung an den Konsul Elemente der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens birgt, ob sie die Grenzen der Zweckmäßigkeit überschritt etc., völlig offen bleiben. Mit anderen Worten: bei diesem Klagegrund kam es auf die Würdigung des Aktes selbst gar nicht an, sondern nur auf seine reine Existenz. *Perruche* ist, was die Literatur bisher übersehen hat, nicht der erste Fall, in dem der C.E. im Zusammenhang mit unterlassener diplomatischer Protektion (im weiteren

sentation diplomatique sont regardées par la jurisprudence comme des actes de gouvernement insusceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat».

⁶⁶⁾ Gentot/Fourré, A.J. 1962, S. 669 f.

⁶⁷⁾ *Loc. cit.*, S. 670.

⁶⁸⁾ Vgl. dazu Fromont, *La responsabilité*, S. 141, 154 ff.

Sinne) eine staatliche Gefährdungshaftung geprüft hat⁶⁹⁾. Er ist nur der erste erfolgreiche Fall, in dem sich eine Änderung der Rechtsprechung über die Umstände, welche ein Risiko konstituieren, anzubahnen scheint.

5. Die Tendenz zur Umgehung des *acte diplomatique* durch Haftung *sans faute*

Der Fall *Perruche* eröffnet für die diplomatische Protektion, sollte er Schule machen⁷⁰⁾, Perspektiven, die auf alte Vorschläge (insbesondere von Jèze, Duez und Gros)⁷¹⁾ zurückgehen. Sie hatten angeregt, im Bereich der *actes de gouvernement* eine allgemeine Risiko-Haftung des Staates einzuführen. Ob sich der C.E. in seiner Rechtsprechung auf dieses Ziel zu bewegt, kann nicht beantwortet werden; denn der Fall *Perruche* wie auch der Fall *Epoux Martin* hat seine Besonderheit darin, daß die französische Ver-

⁶⁹⁾ Die Erweiterung der Staatshaftung *sans faute* generell für Schaden, die französischen Staatsbürgern durch staatliche Maßnahmen (Unterlassungen), die Auslandsbezug haben; zugefügt wurde, ist vom C.E. im Fall *Société Worms* (7. 9. 1945, Rec. 189; dazu Anm. von Bénoit in D. 1955, S. 361) ausdrücklich abgelehnt worden. Der Gesellschaft war 1939 in Brest Schaden infolge der Explosion eines mit Treibstoff beladenen englischen Schiffes entstanden. Soweit der Kläger das zwischen französischen und englischen Beamten ausgehandelte Sicherheitssystem als mangelhaft angriff, wies der C.E. die Klage mit der üblichen Formulierung zurück, die Fragen berührten sowohl die Kriegsführung wie die internationalen Beziehungen. Einen Fehler der französischen Behörden vermochte der C.E. nach französischen Sicherheitsvorschriften nicht zu belegen. Schließlich unterstellte der C.E., «que la responsabilité du service français de police du port pût être recherchée indépendamment des rapports internationaux»; aber selbst dann gehöre der fragliche Dienst nicht zu jenen, deren Ausübung die Gefährdungshaftung auslösen könnten. Weitere Beispiele für die Prüfung der Gefährdungshaftung sind die Fälle *Simon* (1952, Rec. 132), wo eine Gefährdungshaftung für Beamte «de la catégorie du sieur Simon» abgelehnt wird (im Gegensatz zu *Perruche!*); *Dame Cramencel* (1966, Rec. 157), wo die unmittelbare Auswirkung (wie im deutschen Recht!) der Unterlassung des diplomatischen Schutzes auf das Eigentum der Klägerin verneint wird (unmittelbar habe sich vielmehr die vom marokkanischen Staat versäumte rasche Wiederherstellung der Ordnung ausgewirkt); *Consorts Bouffard* (1967, Rec. 589), wo ebenfalls der *origine directe* zwischen Schaden und Unterlassung der diplomatischen Protektion abgelehnt wurde. Der C.E. hält demnach die reine logische Kausalität nicht für ausreichend, womit sich die Haftung *sans faute* auf das Maß reduziert, was auch im deutschen Recht beim enteignungsgleichen Eingriff gilt (siehe unten); vgl. auch den Fall *Sieur Tallagrand*, C.E. 29. 11. 1968, Rec. 607 (betr. Schäden durch Verträge von Evian).

⁷⁰⁾ Er hat im Fall *Epoux Martin*, C.E. 16. 10. 1970, Rec. 593, seine Bestätigung gefunden: Das Ehepaar M., Tierärzte in Laos, blieben auf Anweisung der französischen Behörden zur Erfüllung ihrer Pflichten trotz ausgebrochener Unruhen auf ihren Posten. Im Hinblick auf die Heftigkeit der Unruhen brachte diese Verpflichtung nach Ansicht des C.E. «un risque exceptionnel pour les intéressés» mit sich.

⁷¹⁾ Vgl. die Forderung von Jèze (R.D.P. 1905, S. 68 Anm. 1) anlässlich des Falles *Ponjade*: «D'une part, l'Etat a certainement le devoir juridique de protéger ses nationaux à l'étranger. D'autre part, il se peut que l'intérêt supérieur du pays exige que, dans certains cas, il ne s'acquitte pas de ce devoir. C'est au gouvernement à apprécier discrétionnairement ces cas. Mais si l'intérêt de la collectivité exige qu'une sacrifice direct et matériel

waltung durch positives Tun (Anweisungen und Hinweise auf vertragliche Pflichten) die Gefahrensituation für die Kläger mit heraufbeschworen hatte. Daß selbst diese Rechtsprechung, welche die Klippe des *acte diplomatique* vermeidet, noch tastend ist, beweist der oben zitierte Fall der *Verkehrsgesellschaft von Hanoi*⁷²): der Hinweis auf ihre vertraglichen Pflichten setzte sie nach Ansicht des C.E. keinem außergewöhnlichen Risiko aus. Die reine Unterlassung diplomatischer Protektion wird aber nach wie vor als gerichtsfreier *acte diplomatique* gewürdigt⁷³).

II. Die theoretische Konzeption des *acte diplomatique* in der französischen Rechtslehre

Muß an Hand der Rechtsprechung des C.E. der Schluß gezogen werden, daß der Fall *Poujade* heute mit hoher Wahrscheinlichkeit ebenso wie vor 68 Jahren entschieden würde, so bleibt die Frage zu beantworten, ob in der französischen Rechtslehre die — überwiegend kritischen — Tendenzen gegenüber dieser Spruchpraxis neue Gesichtspunkte erkennen lassen⁷⁴). Die Kritik am *acte de gouvernement* läßt sich kurz dahin zusammenfassen, daß es keine gesetzliche Grundlage für eine derartige Ausnahme von der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis gibt⁷⁵), daß der C.E. ein nur historisch zu verstehendes Relikt aus der Zeit der *justice retenue* verewige⁷⁶) und daß folglich der C.E. in die Sachprüfung aller Rechtsfragen — auch der Ausübung der auswärtigen

soit imposé à un individu, il est juste qu'une indemnité lui soit allouée. Les patrimoines administratifs sont faits pour cela».

Ebenso Jèze, R.D.P. 1924, S. 78; Duez, Les actes de gouvernement, S. 176 f.; ausführlich M. Stassinopoulos, La responsabilité civile de l'Etat du fait d'actes ayant trait aux relations internationales et des actes de gouvernement en général, Revue Hellénique de Droit International Bd. 2 (1949), S. 127 ff. mit weiteren Nachweisen. Vgl. auch Auby/Drago, Traité, Nr. 66. Wenn man einen Anspruch auf diplomatische Protektion bejaht (was in der Lehre umstritten ist, vgl. Favoreu, *op. cit.*, S. 205, und sich angesichts der Rechtsprechung auch gar nicht feststellen läßt), dann ist jede Verweigerung ein Eingriff in Rechtspositionen, der nach der Theorie der *illégalité légitime* (*Couitéas*) zum Schadensersatzanspruch führt. Dem scheinen Stassinopoulos und eindeutig Jèze zuzuneigen, welcher ausführt: «Du moment que l'Etat a le devoir juridique de protéger les nationaux à l'étranger, il est tenu de le faire soit directement par l'action diplomatique, soit indirectement par l'allocation d'une indemnité» (R.D.P. 1905, S. 99).

⁷²) Vgl. auch den Fall C.E. 9. 2. 1968, *Compagnie des Eaux d'Hanoi*, Rec. 1099 (Leit-satz).

⁷³) C.E. 4. 10. 1968, *Sieur Lévy*, Rec. 473. Die von Waline (R.D.P. 1966, S. 959) im Anschluß an C.E. 30. 3. 1966, *Cie générale d'énergie radio-électrique*, Rec. 257, geäußerten Erwartungen haben sich nicht erfüllt (vgl. auch Waline, R.D.P. 1967, S. 150).

⁷⁴) Die frühere Lehre ist zusammengestellt bei Doehring, Die Pflicht des Staates, S. 84, und Eisenmann, *loc. cit.*, S. 8 ff.

⁷⁵) Vgl. Eisenmann, *loc. cit.*, S. 13 ff.; G. Jèze, Cours de Droit Public (1924), S. 245 ff.

⁷⁶) Vgl. Nachweise bei Rumpf, *op. cit.*, S. 45 ff.

Gewalt — eintreten⁷⁷⁾, mithin *au fond* statt *a limine* entscheiden müsse. Alle Kritiker gestehen dem Staat bei der Führung der auswärtigen Gewalt und vor allem bei der Ausübung diplomatischer Protektion einen denkbar großen Ermessensspielraum zu⁷⁸⁾, es müsse jedoch eine Überprüfung des Mißbrauchs dieses Ermessens (*du détournement de pouvoir*) gerichtlich möglich sein. Der Vorschlag der Lehre hatte die «absorption de la théorie de l'acte de gouvernement par la théorie de l'acte discrétionnaire» zum Ziel⁷⁹⁾. Neue Argumente sind insofern nicht ersichtlich. Andere Autoren haben sich, von den Entscheidungen des C.E. ausgehend, um eine theoretische Erklärung und um den Nachweis bemüht, daß es die *actes de gouvernement* gar nicht gäbe. Die gerichtliche Exemption erkläre sich aus völlig anderen Gründen.

So wird von Chapus⁸⁰⁾ und anderen⁸¹⁾ unter Anknüpfung an frühere Arbeiten (Laferrière) der Begriff der *fonction gouvernementale* von der *fonction administrative* erneut, nach dem Kriterium der Lenkung und Richtungsweisung, abzugrenzen versucht. Eine derartige Unterscheidung wird aber stets auf einzelne Fallgruppen, Sachverhalte, Beziehungskonstellationen zurückgreifen müssen, da ein in allen Punkten befriedendes Kriterium zur Abgrenzung beider Sphären exekutiven Handelns bisher nicht gefunden wurde, wie auch die französische Lehre zugesteht⁸²⁾.

Eine für den *acte diplomatique* bedeutsame Konzeption wird in der Theorie der *actes mixtes* gesehen: danach sind solche Staatsakte vom Rechtsschutz ausgenommen, die das gemeinsame Werk entweder der Exekutive und Legislative oder Frankreichs und einer fremden Macht sind⁸³⁾. Diese Definition hat nicht nur den Nachteil, daß bei ihrer strikten Anwendung «la compétence

⁷⁷⁾ M. Waline, R.D.P. 1950, S. 420; Jèze, *op. cit.*, S. 257.

⁷⁸⁾ Duez, *Les actes de gouvernement*, S. 193 ff., hat ausdrücklich den Wegfall aller *actes de gouvernement* mit der Begründung gerechtfertigt, daß «une suffisante protection des actes politiques contre le contrôle juridictionnel de la légalité peut être assurée par la réserve du pouvoir discrétionnaire».

⁷⁹⁾ Dagegen ist unter Hinweis auf den weiten Spielraum der Ermessenskontrolle durch den C.E. (vgl. dazu Fromont, *La protection*, S. 255, 258 f.; Auby/Drago, *Traité*, Nr. 1197–1203) eingewendet worden, daß es kein vom Richter unantastbares freies Ermessen mehr gäbe (vgl. Rumpf, *op. cit.*, S. 91 f. mit Nachweisen). Deshalb seien diese Verschmelzungstheorien nicht gerechtfertigt. Dies ist in der Tat ein gewichtiger Einwand: Die *actes de gouvernement* lassen sich dann vielleicht als – von dieser exzessiven Ermessenskontrolle ausgenommene – Sphären freien Ermessens erklären (vgl. zu beiden Arten von Akten de Soto, *Diskussionsbemerkung*, in: *Haftung des Staates*, *op. cit.*, S. 833 f.).

⁸⁰⁾ R. Chapus, *D.* 1958 *chron.*, S. 5–10.

⁸¹⁾ Vgl. Auby/Drago, *Traité*, Nr. 63; weitere Nachweise bei Morand, *loc. cit.*, S. 595.

⁸²⁾ Morand, *loc. cit.*; besonders kritisch Eisenmann, *loc. cit.*, S. 20.

⁸³⁾ Vgl. die Entscheidung des C.E. 28. 3. 1947 im Fall *Gombert* mit *concl.* M. Célier, S. 1947. III. 89; Odent, *Contentieux administratif*, S. 210; dazu Eisenmann, *op. cit.*, S. 24 f. (ablehnend). Ebenso kritisch Auby/Drago, *Traité*, Nr. 63.

administrative serait limitée au contentieux des actes relatifs entre elles»⁸⁴). Der *acte mixte* im strengen Sinn des Worts vermag gerade die Gerichtsfreiheit der rein französischen, einseitigen außenpolitischen Akte nicht zu erfassen; nur für internationale Verträge hätte diese Definition Relevanz. Céliér⁸⁵) hat allerdings versucht, dem *acte mixte* eine weite Deutung zu geben: «tous les actes de caractère diplomatique» müßten vom Rechtsschutz ausgenommen sein, «parce qu'ils mettent en cause les relations du gouvernement avec une autorité qui ne peut être soumise, même indirectement à la censure du juge de l'excès de pouvoir». Diese Definition mit Hilfe des *acte mixte* bringt dann aber nichts Neues: das hat Virally⁸⁶) klar gesehen. Denn die gleichen Fragen bleiben: Wo beginnen und wo enden die »Beziehungen« zwischen der Regierung und fremden Mächten? Kann nicht jedwede staatliche Maßnahme Rückwirkungen auf diese Beziehungen haben? Ohne Erklärung dessen, was es heißt: «se rattacher aux relations internationales» kommt also der so weit verstandene *acte mixte* auch nicht aus.

Virally hat, ausgehend von der These, daß der *acte de gouvernement* seit 1875 in den Entscheidungen des C.E. *introwable* und eine reine Erfindung der Rechtstheorie sei⁸⁷), die Beschränkung des Rechtsschutzes aus den allgemeinen Kompetenzregeln der Verwaltungsgerichtsbarkeit herzuleiten versucht.

Unter ausdrücklicher Berufung auf den Fall *Poujade* und andere Entscheidungen über Akte, «qui . . . se rattachent soit aux rapports internationaux de l'Etat français, soit à l'exercice des pouvoirs du gouvernement dans ses rapports avec les gouvernements étrangers»⁸⁸), erklärt Virally die Unzuständigkeit des C.E. damit, daß in allen diesen Fällen Völkerrecht anzuwenden wäre, was den französischen Gerichten jedoch verwehrt sei⁸⁹). Fran-

⁸⁴) Chapus, *op. cit.*, S. 7.

⁸⁵) M. Céliér, S. 1947. III. 89.

⁸⁶) M. Virally, R.D.P. 1952, S. 339.

⁸⁷) Dieser Ausgangspunkt der 1952 von Virally aufgestellten These trifft nicht mehr zu. Der C.E. hat in der Entscheidung *Rubin de Servens*, 2. 3. 1962, Rec. 143 (vgl. dazu D. 1962, 109, *note* Morange; J.C.P. 1962. 12.613, *concl.* Henry; A.J. 1962, S. 214, *note* Galabert/Gentot; R.D.P. 1962, S. 288, *concl.* Henry, *note* Berlia), ausdrücklich den Terminus *acte de gouvernement* aufgegriffen. In der Entscheidung ging es um die berühmte Frage, ob und inwiefern vom Präsidenten nach Art. 16 der Verfassung von 1958 ergriffene Maßnahmen der gerichtlichen Kontrolle unterworfen sind: im Ergebnis alle jene nicht, die sich auf einen Sachbereich beziehen, der zur *domaine de la loi* gehört. Ebenso hat das Tribunal des Conflits (24. 6. 1954, *Barbaran*, Rec. 712) den Terminus ausdrücklich aufgenommen.

⁸⁸) Virally, *loc. cit.*, S. 340.

⁸⁹) Virally, *loc. cit.*, S. 350; Duez, auf den sich Virally beruft, hat diese These nur für solche Akte aufgestellt, die grundlegende Fragen der internationalen Souveränität aufwerfen (wie z. B. Nachfolge in Schulden bei Staatensukzessionen oder die Aufteilung

zösische Gerichte dürften nur innerstaatliches Recht (*droit interne*) anwenden. Gegen diesen Erklärungsversuch ist vorgebracht worden⁹⁰), daß nicht nur völkerrechtliche Verträge, sondern auch ein Teil der allgemeinen völkerrechtlichen Regeln in das französische Recht inkorporiert worden sind und laufend vom Richter angewendet werden, selbst wenn es dabei darum gehe, die Rechtmäßigkeit des Handelns eines Staatsorgans zu überprüfen. Dennoch erkenne der französische Richter die nahezu ausschließliche Interpretationskompetenz der Regierung (Außenminister) an, was im Widerspruch zur Inkorporation ins innerstaatliche Recht stehe und nur als *solution empirique* verstanden werden könne. Dieser Einwand, dessen Berechtigung für völkerrechtliche Verträge dahinstehen mag, hat im Hinblick auf die diplomatische Protektion Bedeutung. Bei der Frage der Haftung des Staates für Verletzungen der Schutzpflicht geht es um eine rein innerstaatliche Pflicht des Staates gegenüber seinen Staatsangehörigen, nicht um einen völkerrechtlichen Anspruch. Als völkerrechtliche Vorfrage könnte allenfalls jene auftauchen, ob der Staat gegenüber einem dritten Staat zugunsten seines Staatsbürgers hätte tätig werden dürfen. Ob dieser Einwand aber zulässig ist, ist wiederum vom innerstaatlichen Recht abhängig. Ein nicht unbeachtlicher Teil der Lehre hat den Lösungsversuch von Virally daher als nicht schlüssig angesehen⁹¹), ebensowenig wie andere Versuche⁹²) (z. B. über die *théorie du recours parallèle*, die aber nur für die Beziehungen zum Parlament Bedeutung hat)⁹³), die gerichtsfreien Hoheitsakte aus reinen Rechtsgründen zu erklären und damit als »abnorme« Kategorie (so Céliér) zu eliminieren.

Das Ergebnis der Betrachtung der Gesetzeslage und der Rechtsprechung des C.E. wird man, wie ein Großteil der Lehre in Frankreich⁹⁴), am besten

der Staatsgewalt bei Protektoraten). Nach Duez, *Les actes de gouvernement*, erklärt sich der C.E. dann für unzuständig, wenn er als Vorfrage ein Problem lösen muß «de droit international relatif à la souveraineté internationale de l'Etat» (*op. cit.*, S. 77).

⁹⁰) Fromont, *La protection*, *op. cit.*, S. 236; vgl. auch die Kritik bei Eisenmann, *loc. cit.*, S. 25 f.; Morand, *loc. cit.*, S. 595. Für diese Position aber Auby/Drago, *Traité*, Nr. 62.

⁹¹) Vgl. die oben Anm. 90 Genannten. Die von Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'Etat* Bd. 1, S. 523 f. — zitiert nach Eisenmann, *loc. cit.*, S. 22 f.) entwickelte Theorie des direkten Verfassungsvollzugs, auch eine Lehre vom anwendbaren Recht, geht von anderen Voraussetzungen aus.

⁹²) Vgl. auch Donnedieu de Vabres, E.D.C.E. 1949, S. 44, mit der Schlußfolgerung: «La théorie des actes de gouvernement est très simple: il n'y en a pas» (zitiert nach de Laubadère, *Traité*, Nr. 424). Siehe im übrigen die Zusammenstellung der *théories négatives* bei Kassimatis, *op. cit.*, S. 84 f.

⁹³) Hinweise auf diese mit den Befugnissen des Parlaments begründete Theorie bei Auby/Drago, *Traité*, Nr. 62.

⁹⁴) Duez, *Les actes de gouvernement*, S. 79 f., 191 ff.; de Laubadère, *Traité*, N. 425, der nach Würdigung der verschiedensten juristischen Erklärungsversuche zu dem

wohl rein pragmatisch dahin zusammenfassen, daß Akte aus bestimmten Bereichen staatlicher Tätigkeit, welche durch die Rechtsprechung deutlich konkretisiert wurden, nicht justitiabel sind. Dazu gehört nicht der gesamte Bereich auswärtiger Beziehungen, sondern nur jener des engsten, direkten Kontakts — allerdings auch der Notwendigkeit zu einem solchen Kontakt — mit einem fremden Staat oder Völkerrechtssubjekt⁹⁵). Das Kriterium ist naturgemäß flexibel und vage, wie die folgende Betrachtung zeigen wird.

C. Die Bedeutung des Falles *Poujade* in Bezug auf die Staatshaftung für diplomatische und konsularische Vertreter im Ausland

I. Die Rolle des Falles *Poujade*

Während es vor dem Fall *Poujade* nach der früheren Rechtsprechung des C.E. fraglich war⁹⁶), ob der Staat überhaupt für Handlungen seiner Vertreter im Ausland haftete, öffnete die Entscheidung *Poujade* (concl. 4) — wenn auch in sich widersprüchlich — den Weg für diese Haftung.

Der C.E. wies den Antrag der Kläger auf Ersatz des durch die Handlungen des Konsuls von Damaskus erlittenen Schadens in der Sache deshalb zurück, weil der Beweis für einen Fehler des Konsuls nicht erbracht worden

Ergebnis kommt, daß stets nicht sämtliche Erscheinungsformen erklärt werden können und die *actes de gouvernement* daher weniger eine spezielle Staatsfunktion als *une catégorie de décisions* darstellen, die sich eher aus politischen als aus rechtlichen Gründen erklären lassen. Anhänger einer pragmatischen Enumerationsmethode sind alle Autoren, die sich außerstande sehen, ein eigenes materielles Kriterium zu entwickeln, wie Le Courtois, Jèze, Hauriou u. a. Vgl. die Nachweise bei Kassimatis, *op. cit.*, S. 75 f.

⁹⁵) Der Ausschluß des Rechtsschutzes erstreckt sich über die enge Beziehung Frankreichs zu fremden Staaten hinaus auf die Beziehungen zu anderen Völkerrechtssubjekten schlechthin. Dem Richter sind Entscheidungen verwehrt, die Fragen der Beziehungen zu internationalen Organisationen einschließen. Im Fall *Gény* (C.E. 9. 1. 1952, Rec. 19) hatte sich Frankreich geweigert, den IGH in einer für den Kläger wichtigen Streitsache anzurufen. Im Fall *Weiss* (C.E. 20. 2. 1953, Rec. 87) war die Klage auf die angeblich ungenügende Unterstützung, welche die Regierung der Bewerbung eines Franzosen um eine Stellung bei der UNESCO angeeignet ließ, gegründet worden.

⁹⁶) In den folgenden, vor *Poujade* entschiedenen Fällen nahm der C.E. an (worauf Teissier im Fall *Poujade* hinwies), «que les actes accomplis par les consuls à l'étranger ne pouvaient engager la responsabilité de l'Etat» (C.E. 2. 11. 1888, *Million*, Rec. 775: fehlerhafter Verkauf eines Schiffes einer in Konkurs gegangenen Gesellschaft und Fehler bei der Verteilung des Erlöses; 1. 8. 1890, *Compagnie Morelli*, Rec. 729). Im letzteren Fall stellte der C.E. eindeutig klar, «que l'acte ... a été accompli dans l'exercice des pouvoirs consulaires ... et que cet acte, quelles que soient les conséquences qu'il ait pu entraîner ... n'est pas de nature à donner ouverture à une action en responsabilité contre l'Etat». Der Konsul hatte sich wegen hypothekarischer Belastung von vier Schiffen geweigert, einem Wechsel von französischer zu haitischer Flagge zuzustimmen, wodurch die Gesellschaft ihre Schiffahrtskonzession in Port-au-Prince verlor.

war. Der Antrag wurde demnach nicht sofort als unzulässig zurückgewiesen, etwa mit der Begründung, daß Handlungen der französischen Konsuln im Ausland die Staatshaftung nicht auslösen können, wie es nach der bisherigen Rechtsprechung nahegelegen hätte. Vielleicht hatte sich der C.E. durch die Ausführungen des Regierungsvertreters beeindrucken lassen, der eingeräumt hatte, daß es konsularische Akte höchst verschiedener Art gibt, die — gerichtlicher oder verwaltungsrechtlicher Natur — «n'ont aucunement un caractère diplomatique»; für die in Ausübung dieser Funktionen begangenen *fautes de service* sei der Staat haftbar⁹⁷⁾.

Daß sich der C.E. seiner Sache nicht sicher war, beweist der zweite Satz der Begründung, daß es dahingestellt bleiben mag, ob konsularische Akte im Zusammenhang mit Erbfällen im Ausland überhaupt die Staatshaftung auslösen könnten⁹⁸⁾. Dazu ist zu sagen: Entweder besteht in solchen Fällen, selbst bei *faute de service*, überhaupt keine Verantwortlichkeit des Staates: Dann hätte es sich erübrigt zu untersuchen, ob die Kläger den Beweis für ein fehlerhaftes Verhalten des Konsuls erbracht haben. Oder die Haftung des Staates erstreckt sich auf fehlerhaftes Verhalten konsularischer Vertreter. Dann war ohne Einschränkung zu prüfen, ob die Kläger einen derartigen Fehler nachgewiesen hatten⁹⁹⁾. Indem der C.E. diesen Weg beschritt, hat er zu erkennen gegeben, daß er seine bisherige Rechtsprechung vom Haftungsausschluß für Akte der Vertreter Frankreichs im Ausland wenigstens prinzipiell aufzugeben bereit ist. Jèze hat den Fall *Poujade* insofern mit Recht «la première brèche apportée à la thèse odieuse de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des actes de ses agents en pays étranger» genannt¹⁰⁰⁾. In dieser Bedeutung wird er seither immer wieder zitiert¹⁰¹⁾.

II. Die Entwicklung der späteren Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich, ausgehend von *Poujade*, in der eingeschlagenen Richtung entfaltet. Zwar sind Anweisungen an die Beamten des auswärtigen Dienstes selbst nicht anfechtbar¹⁰²⁾ ebensowenig wie die — schon besprochene — Entschließung über das Verbleiben eines Beamten in der Brüsseler Botschaft während der deutschen Besetzung¹⁰³⁾. Dennoch ist heute nicht mehr streitig, daß für bestimmte Akte diplomatischer und konsularischer

⁹⁷⁾ Teissier C.E. 1904, Rec. 872.

⁹⁸⁾ Siehe oben Einleitung.

⁹⁹⁾ Vgl. dazu G. Jèze in seiner Urteilsbesprechung in R.D.P. 1905, S. 101.

¹⁰⁰⁾ *Loc. cit.*

¹⁰¹⁾ Vgl. Charles, *op. cit.*, S. 214 Anm. 93.

¹⁰²⁾ C.E. 24. 12. 1926, *Arnaud*, Rec. 1149.

¹⁰³⁾ C.E. 22. 2. 1952, *Simon*, Rec. 131.

Vertreter im Ausland gehaftet wird. Plastisch tritt dieses Ergebnis im schon zitierten Fall *Rouzier* zutage: Der Konsul, als Standesbeamter mit einem *acte essentiellement civil* betraut, haftet für dessen Nichtvornahme, selbst wenn die Weigerung «puisse être inspiré par des considérations d'ordre diplomatique». Was Schwierigkeiten macht, ist stets die Frage, in welchem Maße die Akte von den internationalen Beziehungen ablösbar (*détachable*) sind. *Poujade* ist dafür auch mittelbar ein Beispiel; denn der C.E. hielt Akte über Erbfälle offenbar für nicht zu den internationalen Beziehungen gehörig.

Diese Rechtsprechung, deren theoretische Erklärung von einigen in der ausschließlichen Anwendung innerstaatlichen Rechts¹⁰⁴), von anderen als Ausnahme zum prinzipiellen Ausschluß des gerichtlichen Rechtsschutzes im Bereich auswärtiger Beziehungen¹⁰⁵) gesehen wurde, findet ihre zutreffende Deutung wohl darin, daß der C.E. — unabhängig vom anwendbaren Recht — verschiedene Bereiche staatlicher Tätigkeit nach Beziehungssphären unterscheidet (*caractère exclusivement interne — acte dans les rapports internationaux*). Das vom C.E. angewendete Kriterium ist enger als jenes, das ihm nur die Entscheidung völkerrechtlicher Fragen verwehren will. Der Richter lehnt

¹⁰⁴) Dieser Gesichtspunkt kam oben schon zur Sprache; vgl. Virally, *loc. cit.*, S. 317; Auby/Drago, *Traité*, Nr. 68, 69; weitere Hinweise noch bei Charles, *op. cit.*, S. 213 Anm. 89; gegen eine solche These mit guten Gründen Morand, *loc. cit.*, S. 597, die hervorhebt, daß der französische Richter häufig völkerrechtliche Vorfragen zu prüfen hat und auf diesem Wege sogar zur Bildung von Völkergewohnheitsrecht beitragen kann. Um die Unrichtigkeit — wie auch die theoretische Haltlosigkeit — der in der Literatur vertretenen These, der französische Richter dürfe kein Völkerrecht anwenden, zu zeigen, genügt ein Blick in die von W. Wengler zusammengestellte französische Rechtsprechung auf dem Gebiete des Völkerrechts 1934–1938 (ZaöRV Bd. 9 [1939/40], S. 678 ff.). Zur Qualifikation einer Behörde als »französische«, zur Ermittlung der Grenzen der staatlichen Gebietshoheit etc. bedarf es der Prüfung völkerrechtlicher Vorfragen, denen sich die Zivil- und Strafgerichte in Frankreich allerdings in viel stärkerem Maße als der C.E. geöffnet haben. Vgl. auch die eingehende Kritik, die die von Virally vertretene Position bei A. Gervais, *Constatations et réflexions sur l'attitude du juge administratif français à l'égard du droit international*, *Annuaire français de droit international* Bd. 11 (1965), S. 26 ff., erfahren hat. Der Vorschlag von Gervais, daß der französische Richter die Zurückhaltung gegenüber der Anwendung von Völkerrecht aufgeben und Klagen gegen sämtliche «actes de gouvernement en matière diplomatique» zulassen sollte, wäre natürlich, wie er selbst gesteht, «une révolution, en tant qu'il aurait inversion des principes suivis» (S. 34). Die praktische Auswirkung hält er dagegen für gering, insbesondere im Bereich der diplomatischen Protektion. Die Verwaltung habe sich zwar nun im Verfahren sachlich zu verteidigen, anstatt die Zurückweisung zu beantragen. «Mais elle pourrait très légitimement invoquer le caractère nécessairement discrétionnaire de son pouvoir en ce domaine, ce qui entraînerait le rejet au fond — sauf détournement de pouvoir caractérisé — des recours pour excès de pouvoir et rendrait très douteuse l'admission d'une responsabilité fondée sur une faute dont, s'agissant d'un service incontestablement difficile, le caractère «lourd» serait très normalement exigé» (S. 37 f.). Diese Lösung würde dann der weiter unten dargestellten deutschen Rechtslage auch konstruktiv weitgehend entsprechen.

¹⁰⁵) Duez, *Les actes de gouvernement*, S. 37; Waline, *R.D.P.* 1948, S. 472.

häufig auch die Entscheidung über rein interne Rechtsfragen, wie z. B. «sur les vices propres à l'acte» ab, wenn damit eine »Einmischung« in zwischenstaatliche Beziehungen verbunden sein könnte. Deshalb kann der Akt der Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages nicht Gegenstand einer Anfechtungsklage (oder Prüfungsgegenstand in einem Amtshaftungsverfahren) sein,

«quel que soit le moyen d'annulation retenu. Le juge déclare le recours irrecevable à l'encontre des actes attaqués et non pas à raison des moyens invoqués»¹⁰⁶).

III. Die von der Ausübung des diplomatischen und konsularischen Dienstes abtrennbaren Akte (*actes détachables*)

Das Unterscheidungsmerkmal verschiedener Beziehungssphären ist, sofern diese sich nicht mit Rechtsgebieten (Völkerrecht oder Landesrecht) decken, naturgemäß vage und Erwägungen über politische Auswirkungen eines Aktes zugänglich. Dennoch läßt die an *Poujade* anknüpfende Rechtsprechung Konsequenz erkennen¹⁰⁷):

Der C.E. entscheidet *au fond* über polizeiliche Maßnahmen, die von Konsularbeamten gegenüber im Ausland wohnhafte Franzosen ergriffen werden¹⁰⁸). Amtshaftungsklagen wegen fehlerhafter Maßnahmen der Konsuln wurden in den Fällen *Giraud*¹⁰⁹), *Dlle Lassarade*¹¹⁰) und *Szanto*¹¹¹) in der Sache selbst entschieden. Die Tatsache, daß die Verwaltungsmaßnahmen von

¹⁰⁶) Charles, *op. cit.*, S. 213.

¹⁰⁷) Hier werden nicht alle für den Begriff der *détachabilité* relevanten Fälle referiert (also insbesondere nicht jene zur innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge [vgl. dazu A. Bleckmann, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge (Berlin 1970), S. 22 ff., insbes. S. 272 ff., zu den Auslieferungsakten]), sondern nur die für die Ausübung konsularischer Funktionen im Ausland bedeutsamen.

¹⁰⁸) C.E. 4. 12. 1925, *Colrat*, Rec. 983; C.E. 24. 2. 1954, *Seurot*, Rec. 91. Daneben ist erwähnenswert, daß die Gerichte Streitigkeiten der Sache nach entschieden haben, in denen es um die Tätigkeit der Konsuln als Notare (C.E. 6. 8. 1889, *Ville de Chateaubriant*, Rec. 483; C.E. 23. 6. 1928, *Davin*, Rec. 786; C.E. 7. 2. 1930, *Dlle Roques*, Rec. 152) oder Richter (C.E. 7. 7. 1932, *Banque de l'Union franco-indochinoise*, Rec. 701) ging (vgl. weitere Nachweise bei Auby/Drago, *Traité*, Nr. 69).

¹⁰⁹) C.E. 16. 5. 1941, Rec. 102; S. 1942, III, 21, *note P.L.*: Der Kläger hatte von den französischen Behörden die Zusicherung erhalten, daß ein Schiffsembargo bis zur Zahlung der Schuld aufrechterhalten bliebe; dennoch hob der französische Marineattaché das Embargo gegen bloße Vorlage eines Schecks, der nie in die Hände des Klägers gelangte, auf.

¹¹⁰) C.E. 16. 2. 1949, Rec. 79, zur Frage, ob der Konsul von Saloniki eine Amtspflichtverletzung dadurch begangen habe, daß er das Gepäck der Klägerin, um es vor Plünderung zu retten, auf ein französisches Schiff bringen ließ (welches versenkt wurde): verneint.

¹¹¹) C.E. 10. 5. 1952, Rec. 154: Ein geradezu klassischer Fall für die Trennung zwischen – nicht justiziablen – Akten (Unterlassungen) diplomatischer Protektion und Handlungen des Konsuls, die die Staatshaftung auslösen können. Der Kläger (Franzose) war von briti-

einem französischen Beamten im Ausland vorgenommen werden und sich auch dort auswirken, vermag die Staatshaftung allein nicht auszuschließen¹¹²⁾. Der Ausschluß der Staatshaftung tritt — mittels der Unzulässigkeit der Klagen — nur ein, wenn die Beziehungen zu der auswärtigen Macht selbst betroffen sind. Geht es, wie im Fall *Simon*, um den Verbleib eines Diplomaten im besetzten Ausland, so berührt diese Frage in der Tat die internationalen Beziehungen. Steht jedoch, wie im Fall *Szanto*, nicht der Verbleib des Diplomaten, sondern nur die Frage, ob er für die Habe eines französischen Staatsbürgers ausreichend Vorsorge getroffen hat, zur Entscheidung, so scheint diese Streitfrage bar jedes zwischenstaatlichen Bezugspunktes. Dieser kann sich jedoch unmittelbar ergeben, sowie selbst zur Erhaltung der Habe in der Botschaft nach außen gerichtete Sicherungsmaßnahmen, polizeiliche Hilfe durch den fremden Staat etc. erforderlich sind. Das Abgrenzungskriterium hat daher seine sehr unbestimmten Randzonen. *La nouvelle théorie*¹¹³⁾ im Fall *Poujade*, daß es im konsularischen und diplomatischen Bereich von den internationalen Beziehungen ablösbare Akte gibt, hat sich bis heute gehalten und ist für viele Autoren der Ansatzpunkt für die Forderung, nunmehr jeden Akt mit internationalem Bezug deshalb für justitiabel zu halten, weil er stets auch einen internen Bezug habe¹¹⁴⁾. Die Rechtsprechung des C.E. ist jedoch noch weit entfernt davon, solchen Lösungen, die ohne eine radikale Erweiterung der Staatshaftung *pour risque* konstruktiv nicht schlüs-

sehen Beamten 1941 in Teheran verhaftet und in Indien interniert worden. Die angebliche Säumigkeit französischer Beamten, bei den britischen Behörden zu Gunsten des Klägers vorstellig zu werden, sind Akte, die «se rattachent aux relations entre l'Etat français et un gouvernement étranger et échappent à la compétence du Conseil d'Etat statuant au contentieux». Der Kläger machte aber daneben auch einen Schadenersatzanspruch wegen des Verlustes seiner Habe geltend, die von den Briten dem französischen Militärattaché in Persien übergeben worden war. Der C.E. prüfte diesen Anspruch *au fond* und verneinte im Ergebnis eine den französischen Behörden zurechenbare *faute de service*. Ebenso prüfte der C.E. im Fall *Simon* (22. 2. 1952, Rec. 131), ob in der Beauftragung einer dienstfremden Person eine *faute lourde* des Botschafters liege.

¹¹²⁾ Die Akte müssen aber dem französischen und nicht einem anderen Staat zurechenbar sein. Denn Staatsakte fremder Mächte unterliegen nicht der Entscheidungskompetenz des C.E. (5. 8. 1921, *Sieur Goffart*, Rec. 833), ebensowenig wie Akte französischer Behörden, die in ihrer Eigenschaft als fremde Staatsgewalt handeln (C.E. 1. 12. 1933, *Sté Le Nickel*, Rec. 1132). Die Abgrenzung französischer Staatsgewalt von fremder hat vor allem bei der Unabhängigkeitsgewährung an Algerien die Rechtsprechung beschäftigt (wichtiges Urteil: C.E. 5. 3. 1965, *Union régionale d'Algérie de la C.F.T.C.*, A.J. 1965, S. 229, mit Besprechung S. 222 f.; D. 434 mit *concl. Fournier*).

¹¹³⁾ Jèze, R.D.P. 1905, S. 101.

¹¹⁴⁾ J. Puisoye, *Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement*, A.J. 1965, S. 220: «En fait, tout acte concernant des rapports internationaux présente donc toujours un double aspect, comme procédant à la fois de l'ordre international et du plan interne. Ne serait-il pas alors normal que, dans leur aspect interne, les décisions de cette nature ne soient pas exclues complètement de la compétence du juge administratif?»

sig wären¹¹⁵⁾, zu folgen. Im Gegenteil, der C.E. verwendet in neueren Entscheidungen, die zweifellos das Verhalten von Beamten des auswärtigen Dienstes gegenüber fremden Regierungen betreffen, unscharfe und allgemeine Formulierungen wie z. B.: «... les faits ainsi allégués ne sont pas détachables des fonctions diplomatiques de l'agent contre lequel ils sont relevés». In diesem Fall (*Sieur Maugein*)¹¹⁶⁾ hatte der Vertreter Frankreichs bei der gabunischen Regierung interveniert, um die Entlassung des Herrn Maugein, eines Franzosen, aus dem Justizdienst des Landes zu erreichen. Auffallend ist die Rückkehr zu so umfassenden Begriffen wie »diplomatische Funktion«, die vieles umgreift; der C.E. mag dies empfunden haben, denn im nächsten Satz der Begründung folgt dann der übliche Bezug auf «rapports entre l'Etat français et un gouvernement étranger»¹¹⁷⁾.

Aus der Rechtsprechung des C.E. läßt sich, wenn auch nicht ohne Zögern, der Schluß ziehen, daß immer dann, wenn irgendwelche direkten Kontakte mit dem auswärtigen Staat — nicht nur ein Handeln *de concert*, sondern eine direkte Betroffenheit des zwischenstaatlichen Verkehrs — in das Verhalten des französischen Beamten involviert sind, von einer *détachabilité* des Aktes vom diplomatischen oder konsularischen Dienstbereich nicht gesprochen werden kann.

D. Hinweise auf Vergleichbarkeiten zum deutschen Recht

I. Schutzausübung im Ausland als Ermessensentscheidung

Im deutschen Recht kann davon ausgegangen werden, daß es ein subjektiv-öffentliches Recht auf Schutzausübung im Ausland nicht gibt, sondern nur einen Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung. Der Auslandsschutz

¹¹⁵⁾ Das sieht auch *Puisoye*, *loc. cit.* Von seiner Prämisse her, daß Fragen des Völkerrechts dem C.E. verschlossen sind, müssen natürlich bei der Überprüfung der »internen« Seite des Aktes die völkerrechtlichen Vorfragen, wie von der Verwaltung entschieden, hingenommen werden: «comme des prérogatives de puissance publique exercées dans l'intérêt général». Daran schließt sich seine Schlußfolgerung, daß diese Tatsache eine Entschädigung nach den Haftungsgrundsätzen für Risiko rechtfertigt (*préjudice anormal et spécial*). Einen solchen Weg will der C.E., wie der Fall *Perruche* zeigt, offensichtlich nur in Sonderfällen einschlagen.

¹¹⁶⁾ C.E. 1. 3. 1967, Rec. 97; R.D.P. 1967, S. 1053, Anm. von J. de Soto. Vgl. auch die Kritik bei *Morand*, *loc. cit.*, S. 597 f., und D. Ruzié, J.C.P. 1968, 15393. Über Abberufungen von einem *poste de coopération technique outre-mer* hat der C.E. in der Sache selbst entschieden, vgl. 1. 10. 1966, *Aubert*, A.J. 1966, 611, *concl. Rigaud*.

¹¹⁷⁾ Ebenso im Fall C.E. 4. 3. 1970, *Sieur Desdame*, Rec. 152: Der Kläger war von laotischen Behörden mit dem Bau einer Schule beauftragt worden. Er behauptete, daß die Kündigung des Vertrages auf Betreiben der französischen Vertretung in Laos zurückgehe. Der C.E. befand, daß die behaupteten Tatsachen «ne sont pas détachables des fonctions diplomatiques des agents». Selbst wenn man sie als erwiesen ansähe, so würde die Prüfung der Frage, ob sie geeignet sind, die Staatshaftung auszulösen, notwendigerweise auch die Prüfung der Beziehungen zwischen Frankreich und einem auswärtigen Staat implizieren.

der deutschen Staatsbürger ist eine staatliche Pflicht im Sinne objektiven Rechts¹¹⁸⁾. Der einzelne Staatsbürger kann entweder mittels der Verpflichtungsklage (Bescheidungsklage) überhaupt eine Entscheidung über seinen Antrag auf Schutzausübung erreichen oder wegen der — nach seiner Ansicht ermessensfehlerhaften — Unterlassung der Schutzausübung Schadenersatz aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung (und unter Umständen aus Aufopferung bzw. enteignungsgleichem Eingriff) verlangen. Da es um die Parallele zum Fall *Poujade* geht, sei die Problematik der Amtshaftung näher beleuchtet.

II. Amtshaftung im Bereich auswärtiger Gewalt

Daß die mangelnde Schutzausübung ein rechtswidriges (weil ermessensfehlerhaftes) schuldhaftes Verhalten der auswärtigen Verwaltung im Sinne des § 839 BGB darstellen und in Verbindung mit Art. 34 GG zur Haftung des Staates führen kann, ist nahezu unbestritten¹¹⁹⁾. Problematisch ist jedoch, ob auch im deutschen Recht diese Haftung an der Gerichtsfreiheit bestimmter Hoheitsakte im Bereich auswärtiger Gewalt oder an dem Haftungsausschluß nach § 5 Ziff. 2 des Reichsbeamtenhaftungsgesetzes vom 22. Mai 1910 scheitern kann.

1. Gerichtsfreie Hoheitsakte und Art. 19 Abs. 4 GG

Die rechtliche Zulässigkeit gerichtsfreier Hoheitsakte im deutschen Recht ist seit langem in der Rechtslehre umstritten¹²⁰⁾. Die Annahme ihrer Zulässigkeit muß sich vor allem an der Regelung des Art. 19 Abs. 4 GG bewähren. Denn weder Art. 19 Abs. 4 GG noch § 40 VerwGO nehmen ausdrücklich bestimmte Hoheitsakte von der gerichtlichen Überprüfung aus. Es handelt sich allerdings um ein Problem, welches keineswegs nur in Fällen des direkten Rechtsschutzes gegen staatliche Hoheitsakte, sondern — wie im Fall *Poujade* in Frankreich so auch in der Bundesrepublik bei Amtshaftungsprozessen — in gleicher Weise bei der Entscheidung über rechtliche Vorfälle¹²¹⁾

¹¹⁸⁾ Eingehend begründet bei Doehring, *Die Pflicht des Staates*, S. 89 ff. (92). Vgl. aber auch W. Geck, *ZaöRV* Bd. 17 (1956/57), S. 476 ff., der ein subjektiv-öffentliches Recht, wengleich mit starken inhaltlichen Einschränkungen bejaht. Wie Doehring auch OVG Münster, *DVBl.* 1962, S. 140.

¹¹⁹⁾ Vgl. Doehring, *op. cit.*, S. 113 ff.; Geck, *loc. cit.*, S. 538 ff.; Kassimatis, *op. cit.*, S. 231 ff.

¹²⁰⁾ Zum Stand der Meinungen vgl. Nachweise bei Weiß, *op. cit.*, S. 81 ff.; Kassimatis, *op. cit.*, S. 85 ff., 170 ff.; Doehring, *op. cit.*, S. 101 ff.

¹²¹⁾ In der Regel werden völkerrechtliche Fragen vor staatlichen Gerichten nur als Vorfälle relevant, können aber auch die Hauptfrage (wie im Fall des Wahlkonsuls, *BVerwG*, *DVBl.* 1963, S. 728 f.) bilden. Ob es sich um eine Vorfrage oder Hauptfrage handelt, hat u. a. für den Umfang der Rechtskraft Bedeutung. Beide Fragen hat das Gericht jedoch zu beantworten.

eines Verwaltungs-, Zivil- oder Strafverfahrens auftauchen kann¹²²). Konsequenterweise müßte, wenn bestimmte Hoheitsakte überhaupt der Gerichtskontrolle entzogen sind, auch ihre rechtliche Überprüfung im Rahmen einer präjudiziellen Vorfrage¹²³) ausgeschlossen sein, eine Konsequenz, die in Frankreich in der Tat gezogen wird. Vogel¹²⁴) hat angedeutet, daß er auch für das deutsche Recht eine Auffassung für denkbar ansähe,

»welche den Gerichten in freilich sehr engen Grenzen gestatten würde, sich — in voller Respektierung des Art. 19 Abs. 4 GG — der Beurteilung solcher »politischer Rechtsfragen« zu enthalten: ein Rechtsverstoß könnte dann nicht festgestellt werden«¹²⁵).

Offen bleibt, inwiefern dabei Art. 19 Abs. 4 GG respektiert wird und woher das Gericht die Befugnis nimmt, sich der Beurteilung bestimmter Rechtsfragen zu enthalten. Ohne daß hier eine eingehende Auseinandersetzung mit allen Argumenten der Lehre möglich ist, soll der Frage an Hand der Rechtsprechung und des Art. 19 Abs. 4 GG nachgegangen werden. Nach Art. 19 Abs. 4 GG kommt es darauf an, daß »jemand« durch die »öffentliche Gewalt« in »seinen Rechten« »verletzt« wird. Daß auswärtige Gewalt auch öffentliche Gewalt darstellt, sollte schon der Begriff anzeigen¹²⁶). Nach der *ratio* dieses »formellen Hauptgrundrechts« muß davon ausgegangen werden, daß zumindest die gesamte Exekutivsphäre der gerichtlichen Kontrolle in Bezug auf die Verletzung von Individualrechten unterworfen werden sollte¹²⁷). Demgegenüber ist — sogar unter ausdrücklicher Anknüpfung an das französische Recht — in der Literatur¹²⁸) häufig die Meinung vertreten

¹²²) Vgl. z. B. zur staats- und völkerrechtlichen Qualifizierung der DDR als Vorfrage staatsrechtlicher Entscheidungen die Angaben bei Doehring, Die Teilung Deutschlands als Problem der Strafrechtsanwendung, Der Staat Bd. 4 (1965), S. 259 ff.; Grünwaldt, JZ 1966, S. 633 ff.

¹²³) Eine Vorfrage ist dann präjudiziell, wenn ihre Beantwortung die Voraussetzung für die Beantwortung der Hauptfrage ist (vgl. Friedrich, Auswärtige Angelegenheiten, S. 30, und Kralik, Vorfrage, S. 7). Die Kehrseite der Präjudizialität ist die Möglichkeit der Bindung. Es ist theoretisch denkbar und praktisch häufig, daß bestimmte Akte direkt nicht angreifbar sind, aber *incidenter* auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden dürfen (vgl. die Übersicht bei Ress, Gerichtlicher Rechtsschutz, *op. cit.*, S. 75 f.).

¹²⁴) K. Vogel, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, *op. cit.* Bd. 1, S. 136.

¹²⁵) Nach französischer Auffassung wäre eine solche Klage nicht wegen mangelnder Rechtsverletzung, sondern wegen der damit aufgeworfenen Fragen unzulässig.

¹²⁶) So mit Recht Weiß, *op. cit.*, S. 81.

¹²⁷) Die Rechtsprechung des BVerfG über die Nachprüfbarkeit von Gnadenakten ist nicht konsequent; auf die erstmalige Gewährung soll Art. 19 Abs. 4 GG keine Anwendung finden (BVerfGE 25, 352 ff.), der Widerruf jedoch der gerichtlichen Kontrolle unterliegen (BVerfG, NJW 1971, S. 795). Auf eine Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung muß hier verzichtet werden.

¹²⁸) Leisner, Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat (Berlin 1966), S. 106 f. mit Nachweisen; Steinberger, Urteilsanmerkung in DVBl. 1963, S. 729 f.

worden, einseitige auswärtige Akte, insbesondere solche des diplomatischen und konsularischen Verkehrs, seien nicht justitiabel. Besonders markant und weitgehend ist die Stellungnahme von W. Leisner:

»Die Anerkennung der diplomatischen Aktivität als Setzung von ›gerichtsfreien Hoheitsakten‹ bedeutet die Feststellung ihres hoheitsrechtlichen Charakters; ferner stehen sie grundsätzlich außerhalb der internen Legalität. Der Träger der ›Auswärtigen Gewalt‹ kann also hier grundsätzlich ohne spezielle internnormative Grundlage tätig werden, er ist insoweit ›frei‹¹²⁹⁾.

Selbst wenn die Ausübung auswärtiger Gewalt nicht *in toto* als reiner Gesetzesvollzug begriffen werden kann, so ist daraus der Schluß weder notwendig noch folgerichtig, daß derartige hoheitliche Maßnahmen von Art. 19 Abs. 4 GG nicht erfaßt werden. Als Hauptargument für die Gerichtsfreiheit auswärtiger Akte ist stets angeführt worden, daß der Staat nach außen nur mit einer Stimme sprechen könne und daß diese nicht durch innerstaatliche Gerichte »gedämpft« werden dürfe¹³⁰⁾. Ein solches Ergebnis mag *de lege ferenda* wünschenswert erscheinen. *De lege lata* vermag es aber kein durchschlagendes Argument gegen die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 4 GG zu liefern. Gerade im Bereich der diplomatischen Protektion hat diese Erwägung kein besonderes Gewicht, weil es um die innerstaatliche Schutzpflicht und nur mittelbar um die Abgabe völkerrechtlich relevanter Erklärungen nach außen geht. Die Ansicht von Steinberger¹³¹⁾, daß Akte oberster Staatsorgane, deren Voraussetzungen und Wirkungen unmittelbar vom Verfassungsrecht oder vom Völkerrecht geregelt werden, aus Art. 19 Abs. 4 GG und aus § 40 VerwGO auszuschneiden sind¹³²⁾, geht m. E. deshalb zu weit, weil diese Akte häufig eine individual-rechtliche Komponente haben,

¹²⁹⁾ *Op. cit.*, S. 107; die Konsequenzen einer derartig weitgefaßten Ausnahme vom Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Exekutive im Hinblick auf individuelle Rechtspositionen müssen hier dahingestellt bleiben. Leisner sieht im übrigen durchaus die Problematik seiner Version z. B. im Hinblick auf die Justitiabilität der Wiedervereinigungsfrage. Zur *judicial abstention doctrine* des BVerfG (in der Saarfrage) vgl. meine Ausführungen in: Doehring/Ress, Berlin-Regelung, S. 59 ff., insbes. 61, 65.

¹³⁰⁾ Weiß, *op. cit.*, S. 82; Leisner, *op. cit.*, S. 107, mit der Begründung, daß die deutsche Judikative nicht mit völkerrechtlicher Wirkung entscheiden könne (ebenso Steinberger, *loc. cit.*, S. 729). Damit wird dem Argument aber seine Schlagkraft genommen. Im übrigen erscheint die Begründung zweifelhaft: Es gibt gerichtliche Gestaltungsakte, die auch Außenwirkung haben können. Der Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG zur Berlin-Frage mag hier genügen (vgl. dazu meine Bemerkung in Doehring/Ress, Berlin-Regelung, *op. cit.*, S. 59 Anm. 64).

¹³¹⁾ *Loc. cit.*, S. 729 f.

¹³²⁾ Da der Bereich der auswärtigen Angelegenheiten (im Sinne der Rechtsbeziehungen zu anderen Völkerrechtssubjekten auf der Basis der Völkerrechtsordnung) weithin nicht durch innerstaatliche Gesetze materiell normiert und insoweit kein Gesetzesvollzug sei, will Steinberger, *loc. cit.*, diese Akte zwar aus Art. 19 Abs. 4 GG, nicht aber aus der

sofern ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung besteht. Mit Recht ist daher für das deutsche Recht, bedingt durch Art. 19 Abs. 4 GG, die Anerkennung justizfreier Regierungsakte abgelehnt und die Lösung in einem großen und damit weitgehend unantastbaren Ermessensspielraum der auswärtigen Verwaltung gesehen worden¹³³⁾.

2. Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung

Ob den deutschen Staatsangehörigen ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung im Bereich der diplomatischen Protektion zusteht, mit anderen Worten ob sie überhaupt je im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG in ihren Rechten verletzt sein können, ist in der Rechtslehre ebenso umstritten wie die Frage der Gerichtsfreiheit. Für die Amtshaftung hat dieser Anspruch die Konsequenz, daß insoweit eine »Amtspflicht gegenüber Dritten« besteht. Insbesondere Hans Schneider hat gegenüber den Entscheidungen über Einbürgerungsanträge von Ausländern¹³⁴⁾ betont, daß es »einen formellen Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch« nicht gäbe¹³⁵⁾. Voraussetzung jeder Anfechtungsklage sei die Verletzung eines »Rechts«. Das Vorliegen eines Ermessensmißbrauchs allein reiche nicht aus, wenn nicht gleichzeitig ein gesondert zu würdigendes Recht betroffen ist. In der Tat ergibt sich aus § 42 VerwGO, daß der Kläger behaupten muß, in seinen Rechten verletzt zu sein: Es genügt jedoch, wenn ein Ermessensfehler gerügt wird¹³⁶⁾. Denn der Staats-

Entscheidungskompetenz des BVerfG aussondern: d. h. es handelt sich um eine beschränkte Gerichtsfreiheit. Wenn aber das BVerfG nach §§ 90 ff. BVerfGG befugt sein soll, direkt oder *incidenter* die Grundrechtskonformität von Akten der auswärtigen Gewalt zu prüfen, dann ist nicht einzusehen, wieso ein Zivilgericht im Amtshaftungsprozeß die grundrechtswidrige Amtsführung in auswärtigen Belangen nicht ebenso sollte nachprüfen können. Streng genommen unterscheidet Steinberger »Akte der auswärtigen Gewalt, die in Grundrechte eingreifen« (und die er selbst nicht als gerichtsfrei bezeichnet, weil sie der Gerichtsbarkeit des BVerfG unterworfen sind), von jenen, die nicht in Grundrechte eingreifen. Diese Klassifikation ist aber nicht an bestimmten Merkmalen der Akte, sondern an der Rechtsverletzung ausgerichtet.

¹³³⁾ OVG Münster, DVBl. 1962, S. 139 ff.; ausführlich Doehring, Die Pflicht des Staates, S. 104 ff., unter Auseinandersetzung mit den Thesen von H. Schneider und E. Forsthoff. Vgl. im Ergebnis auch Steinberger, *loc. cit.*, S. 730: »Von einem gerichtsfreien Hoheitsakt sollte indes nur dort gesprochen werden, wo ein Akt als ganzes – und nicht lediglich ein Ermessenselement an ihm – von keinem innerstaatlichen Gericht materiell-rechtlich überprüft werden darf«.

¹³⁴⁾ OVG Lüneburg, 4. 4. 1955, NJW 1956, S. 238; BVerwG 27. 2. 1957, BVerwGE 4, 298.

¹³⁵⁾ ZaöRV 19 (1958), S. 449 ff., 459.

¹³⁶⁾ Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar (5. Aufl.) § 114 Rdnr. 3. Zum Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung als Teil des »Rechts«begriffs in Art. 19 Abs. 4 GG vgl. die Nachweise bei Kassimatis, *op. cit.* (Anm. 24), S. 216 Anm. 36.

bürger hat im Hinblick auf sein individuelles Interesse ein subjektives Recht darauf, daß die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens nicht überschreitet und von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch macht. Allerdings eine Einschränkung ist zu machen: Das im konkreten Fall anzuwendende Recht muß in seiner Schutzrichtung auch ein bestimmtes Privatinteresse erfassen¹³⁷⁾: Das Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung kann nur im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen »Verletzten« und »öffentlicher Gewalt« bestehen. Die Erfüllung eines Interesses des Gewaltunterworfenen muß dem hoheitlichen Ermessen eines Trägers der öffentlichen Gewalt anvertraut sein; soweit die Amtsausübung dieses, sein Interesse, betrifft, kann der Gewaltunterworfenen die fehlerfreie Ausübung verlangen¹³⁸⁾.

Ein solcher Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung besteht gerade wegen der Schutzrichtung der Pflicht zur diplomatischen Protektion gegenüber derartigen Maßnahmen der auswärtigen Gewalt. Wenn ein Bürger diplomatischen Schutz gegen einen fremden Staat beantragt, so wird, wie Kassimatis es formuliert hat,

»dadurch ein Rechtsverhältnis zwischen dem Antragsteller und der Regierung geschaffen, aus dem die folgenden Rechte und Pflichten entstehen: Der Antragsteller hat zwar keinen Anspruch auf Gewährung diplomatischen Schutzes, er ist aber durch den Antrag Anwärter auf Erfüllung seiner Interessen . . . durch eine Ermessensentscheidung des zuständigen Regierungsorgans geworden und dadurch hat er das Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung erworben«¹³⁹⁾.

Diese konsularisch-diplomatischen Akte (auch Unterlassungen) gegenüber den eigenen Staatsangehörigen müssen daher grundsätzlich als justitiabel, auf Ermessensfehler nachprüfbar angesehen werden¹⁴⁰⁾. Diese Auffassung hat sich auch in der Rechtsprechung durchgesetzt. Das Korrektiv eines zu weitgehenden gerichtlichen Eingriffs in den auswärtigen Bereich wird zutreffend darin erblickt, daß selten der nahezu unbeschränkte Ermessensspielraum überschritten oder ein Mißbrauch vorkommen wird¹⁴¹⁾. Entscheidungen der

¹³⁷⁾ So läßt sich nach der neueren Rechtsprechung sogar aus der polizeilichen Generalklausel, wenn jedes andere Verhalten ermessensfehlerhaft wäre, ein materieller Anspruch des Verletzten auf polizeiliches Einschreiten herleiten (OVG Lüneburg vom 23. 6. 1967, DOV 1968, S. 213); Eyermann/Fröhler, *op. cit.*, § 114 Rdnr. 8 mit Nachweisen.

¹³⁸⁾ Soweit zutreffend Kassimatis, *op. cit.*, S. 217. Unrichtig aber die dann folgende Konstruktion, daß »die Erhebung seines [des Gewaltunterworfenen] bloßen Interesses zum subjektiven öffentlichen Recht dem Ermessen dieses Staatsorgans überlassen ist«.

¹³⁹⁾ *Op. cit.*, S. 233; zu dieser »Erwerbs«-Konstruktion siehe die Bedenken oben.

¹⁴⁰⁾ Doehring, *Die Pflicht des Staates*, S. 100 ff. (109 f.); Weiß, *op. cit.*, S. 82 f.

¹⁴¹⁾ Ausführlich Doehring, *Die Pflicht des Staates*, S. 109, mit der Erwägung: »Wenn die Rechtsprechung jedoch das politische Ermessen als ein sehr weit zu fassendes anerkennt,

Exekutive über die Bewilligung einer Auslieferung¹⁴²⁾, die Verweigerung des Exequaturs¹⁴³⁾, die Einbürgerung eines Ausländers¹⁴⁴⁾ und schließlich über die Gewährung von Schutz im Ausland¹⁴⁵⁾ wurden als justitiabel angesehen.

Um die Art der Ermessensprüfung kenntlich zu machen, seien Sachverhalt und Urteilsabwägungen von zwei bedeutsamen Fällen referiert:

Das OVG Berlin hatte in seiner Entscheidung vom 2. August 1967¹⁴⁶⁾ keine Bedenken, daß eine Einbürgerung deshalb abgelehnt wurde, weil sie einen »unfreundlichen Akt« gegenüber einem befreundeten Staat darstelle. Der Antragsteller, ein in Deutschland lebender griechischer Künstler, war seiner Wehrpflicht in Griechenland nicht nachgekommen. Die griechische Botschaft hatte das Auswärtige Amt wissen lassen, daß die Einbürgerung gegen den Widerspruch des Heimatstaates von diesem als unfreundlicher Akt angesehen werde. Das OVG prüfte, ob die Berücksichtigung eines derartigen außenpolitischen Grundes sachfremd und daher ermessensmißbräuchlich sei und führte aus:

»Diese auf außenpolitischem Gebiet liegende Begründung trägt die Entscheidung, weil es durchaus im Rahmen des deutschen Staatsinteresses liegt, sich den Staaten gegenüber, mit denen diplomatische Beziehungen unterhalten werden, nicht »unfreundlich« zu verhalten. Dieser im Verkehr der Staaten untereinander geltende Grundsatz wird hier in seiner Bedeutung noch dadurch verstärkt, daß es sich bei Griechenland um einen befreundeten und verbündeten Staat handelt. Daß der griechische Staat die Einbürgerung des Kl. als einen »unfreundlichen Akt« bewerten würde, ergibt sich aus den in den Einbürgerungsakten des Kl. befindlichen amtlichen Äußerungen der griechischen Auslandsvertretung«¹⁴⁷⁾.

so besteht die Gefahr des Gegeneinanders [der Rechtsprechung und der Exekutive in außenpolitischen Fragen] kaum noch. Die Gerichte sollten andererseits die Möglichkeit behalten, wirklich sachfremde Erwägungen auch politischer Behörden der Kontrolle zu unterziehen«.

¹⁴²⁾ OVG Münster, 9. 4. 1963, DVBl. 1963, S. 731 ff.

¹⁴³⁾ BVerwG, 12. 10. 1962, DVBl. 1963, S. 728 f.

¹⁴⁴⁾ BVerwG, 27. 2. 1958, DVBl. 1958, S. 394.

¹⁴⁵⁾ OVG Münster, 30. 10. 1961, DVBl. 1962, S. 139 ff.

¹⁴⁶⁾ JZ 1967, S. 751.

¹⁴⁷⁾ Wengler hat in einer Anmerkung (JZ 1967, S. 753 ff.) diese Ermessensprüfung bemängelt: Es könne kein zulässiges Motiv zur Versagung der Einbürgerung sein, wenn der Einzubürgernde zwar nach dem Recht des bisherigen Heimatstaates seine Staatsangehörigkeit verlieren würde, aber dessen Regierung der deutschen Regierung zu verstehen gäbe, daß ihr die Einbürgerung unerwünscht sei. »Dies ist auch dann nicht der Fall, wenn die Regierung des bisherigen Heimatstaates ihr Mißfallen in die Formel kleidet, daß sie die Einbürgerung trotz ihres Widerspruchs als »unfreundlichen Akt« betrachten würde. Daß eine derartige Drohung eines anderen Staates ohne Rücksicht auf ihre sachliche und moralische Begründetheit als Ermessensmotiv angegeben wurde, wirft ein merkwürdiges Licht auf die Einstellung der betreffenden Organe nicht nur zur »Würde« ihres Staates, sondern auch zu den »Menschenrechten« (S. 754). Nach Wengler hätte der Drohung entgegengehalten werden müssen, daß nach allgemeiner Überzeugung über das richtige Recht (Art. 15 UN-

Das OVG schloß daran die Bemerkung, daß durch das der Behörde eingeräumte Ermessen der Verwaltungsakt die Einbürgerung ohnedies in die Nähe eines die Ausnahme bildenden Gnadenaktes rücke. Aber eben nur in die Nähe: Als justizfreier Hoheitsakt wird er eindeutig nicht behandelt.

Das Urteil im *Eichmann*-Fall (OVG Münster vom 30. Oktober 1961)¹⁴⁸⁾, in dem es darum ging, ob das Auswärtige Amt die Übernahme der Kosten für die Verteidigung des Klägers im Strafverfahren vor einem israelischen Gericht mit sachlichen Erwägungen abgelehnt hat, betraf zwar die Gewährung von Schutz im Ausland, war aber streng genommen kein Fall der diplomatischen Protektion: Denn da der begehrte Schutz durch die Zahlung der Verteidigerkosten zu erreichen war, kamen diplomatische Maßnahmen des Auswärtigen Amtes gegenüber den Behörden des Staates Israel, sei es mittelbar oder unmittelbar, nicht in Betracht. Das OVG stellte daher fest:

»Bei der Entscheidung über die vom Kl. begehrte Unterstützung handelt es sich somit nicht um die Gewährung oder Nichtgewährung des diplomatischen Schutzes, sondern um einen VerwAkt im Sinne des § 42 Abs. 1 VwGO. Auf die Zweifelsfrage, ob die Gewährung oder Nichtgewährung des diplomatischen Schutzes ein sog. justizfreier Hoheitsakt und als solcher der verw(altings)gerichtlichen Nachprüfung entzogen ist, kommt es somit in diesem Rechtsstreit nicht an«.

Das OVG, welches eine sehr weitgehende Schutzpflicht der Bundesrepublik für Deutsche im Ausland bejaht, prüft dann ebenfalls, ob sachgerechte Ermessenserwägungen die Entscheidung tragen. Es hält dabei die Berücksichtigung des Verhaltens des Klägers (Flucht aus Deutschland) für ebenso berechtigt wie die Erwägung,

»daß die Übernahme der Verteidigerkosten durch die Bundesrepublik in der Weltöffentlichkeit zugleich als eine moralische Unterstützung des Kl. aufgefaßt werden und dieses Verhalten Zweifel an der Aufrichtigkeit der deutschen Wiedergutmachungspolitik hervorrufen könnte«.

Auch die mögliche »Belastung« der deutsch-israelischen Beziehungen durch die Übernahme der Kosten sei eine zulässige Ermessenserwägung.

Menschenrechtsdeklaration) niemand das Recht versagt werden soll, seine Staatsangehörigkeit zu wechseln.

Diese Kritik ist ein schlagender Beweis für die Gefahren, die in einer zu engherzigen Ermessensüberprüfung außenpolitischen Handelns liegen können. Eine »Drohung«, über deren moralische Berechtigung man streiten kann, ist noch stets ein außenpolitischer Entscheidungsfaktor, der ins Gewicht fällt. Anders liegt es nur, wenn die »Drohung« völkerrechtswidrig wäre.

¹⁴⁸⁾ DVBl. 1962, S. 139 ff.

Diese Entscheidungen, die sich vermehren ließen, belegen, daß die Sphäre der auswärtigen Gewalt der Ermessensüberprüfung und damit der Gerichtskontrolle zugänglich sind, ohne daß hier auf das sachliche Für und Wider einzelner Ermessenserwägungen einzugehen ist.

3. Annäherungstheorie des BVerfG

Eine Besonderheit bleibt aber anzumerken: In der Rechtsprechung des BVerfG ist die Tendenz feststellbar, unter Berufung auf die sog. Annäherungstheorie¹⁴⁹⁾ die Staatsorgane in auswärtigen Angelegenheiten bei schwierigen Situationen von der strikten Einhaltung der Grundrechte freizustellen: Es genügt, wenn die erreichte Lösung »näher am Grundgesetz« ist. Nicht über das Verbot der Überprüfung von »Regierungsakten«, sondern über eine größere Flexibilität des Verfassungsrechts versucht das BVerfG, der auswärtigen Gewalt einen größeren Ermessensspielraum zu belassen. Dennoch ist die Rechtsprechung des BVerfG¹⁵⁰⁾ auch nicht frei von Anklängen an die Lehre vom *acte diplomatique*. So mögen nach Ansicht des Gerichts

»Zweifel bestehen, ob die von den Beschwerdeführern für einen solchen Anspruch [auf Leistung des vollen Wertersatzes für die beim Abschluß des Überleitungsvertrages erklärten Verzicht auf Ansprüche gegen die Besatzungsmächte] herangezogenen Rechtsgrundlagen der Amtshaftung, Enteignung und Aufopferung, die im Hinblick auf innerstaatliche Vorgänge entwickelt worden sind, sich ohne weiteres auf die Betätigung der öffentlichen Gewalt beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge anwenden lassen«.

Das BVerfG hat diese Frage offengelassen, weil der von der BRD erklärte Verzicht den Beschwerdeführern keine vermögenswerten Rechtspositionen entzogen habe. Die Unterscheidung zwischen »innerstaatlichen« Vorgängen und offenbar zwischenstaatlichen ist deshalb bemerkenswert, weil zwischenstaatliche Akte auch eine kompetenzielle »innerstaatliche« Seite haben, die sich einer Anwendung des Entschädigungsrechts nicht verschließt. Während es das BVerfG also für möglich hält, daß die Vorschriften über Amtshaftung auf die auswärtige Gewalt generell keine Anwendung finden, hat der BGH diese Vorschriften auf Verhandlungen über den Interzonenhandel zwischen der Treuhandstelle und dem ostdeutschen Ministerium für Außen- und Innenhandel angewendet¹⁵¹⁾.

¹⁴⁹⁾ Siehe meine Ausführungen in Doehring/Ress, Berlin-Regelung, S. 59 ff.

¹⁵⁰⁾ Beschluß vom 3. 12. 1969 (E 27, 253 ff., 276) – NJW 1970, S. 799.

¹⁵¹⁾ BGH 23. 11. 1970, VerwRspr. 22 Nr. 74, S. 323 = MDR 1971, S. 200. Im Ergebnis war der Anspruch deshalb nicht begründet, weil es bei den Verhandlungen nur um Amtspflichten gegenüber dem Staat und der Allgemeinheit, nicht aber gegenüber einzelnen Staats-

4. Diplomatischer Schutz im Sinne von § 43 BEG

Die besondere Regelung in § 43 Abs. 1 Nr. 1 BEG erklärt im übrigen die erstaunliche Tatsache, daß die deutschen Gerichte die Rechtsfigur des diplomatischen Schutzes seit langem in zahlreichen Entscheidungen ausführlich erörtern¹⁵²). Nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 BEG wird nämlich Entschädigung gewährt, wenn einem Verfolgten die Freiheit entzogen worden ist, weil er den »Schutz des Deutschen Reiches verloren hat«. Durch diesen Verweis in einer innerstaatlichen deutschen Rechtsvorschrift auf die international anerkannten Grundsätze über den diplomatischen Schutz mußten deutsche Gerichte (wenn auch für in weiter Vergangenheit liegende Sachverhalte, deren rechtliche Beurteilung aber nicht minder aktuelle außenpolitische Relevanz haben konnte und hatte¹⁵³) u. a. die Frage entscheiden, welchen Inhalt die diplomatische Schutzpflicht hat und wer unter den Bewohnern der von Deutschland im zweiten Weltkrieg besetzten Staaten den Schutz des Reichs habe verlieren können. Auf die Einzelheiten dieser Rechtsprechung ist hier nicht einzugehen; wesentlich ist lediglich, daß sich die Gerichte angesichts der gesetzlichen Regelung in § 43 BEG, soweit ersichtlich, nie darauf berufen haben, ihnen sei eine Würdigung der Frage, ob *in concreto* diplomatischer Schutz hätte gewährt werden können und ob dessen Nichtgewährung die Freiheitsentziehung ermöglicht habe, versagt, weil es sich bei der Nichtgewährung um einen justizfreien Hoheitsakt handele. Im Gegenteil, der BGH hat eingehende Prüfungen z. B. zur Schutzmöglichkeit bei Internierungen in Palästina¹⁵⁴) und zur Schutzpflichtverletzung durch Nichtverständigung über eine drohende Kriegsgefahr¹⁵⁵) vorgenommen¹⁵⁶).

bürgern (»Dritten«) gehe. Bei ihren nicht nur handels- und wirtschaftspolitischen, sondern auch rein politischen Erwägungen hätten sich die Beamten allein vom Interesse des Staates leiten zu lassen. Vgl. auch die Entscheidung des BGH, NJW 1966, S. 877 (ZaöRV Bd. 31, S. 306).

¹⁵²) Vgl. die Nachweise bei Tomuschat, ZaöRV Bd. 28, S. 112 ff., und Bleckmann, ZaöRV Bd. 31, S. 312 f.; ders.: ZaöRV Bd. 32, S. 124 ff.; Blessin-Giessler, Bundesentschädigungsschlußgesetz (1967), S. 447 f.

¹⁵³) Allein im Hinblick auf die Frage, ob und inwieweit das Deutsche Reich die Schutzpflicht für Bewohner des besetzten Polen (verneint: BGH, RzW 1959, S. 254; 1960, S. 380; 1963, S. 368) oder der besetzten Tschechoslowakei (bejaht: BGH, RzW 1963, S. 220; 1964, S. 507) gehabt hat. Vgl. die Kritik dieser nicht konsequenten Rechtsprechung bei Tomuschat, *loc. cit.*, S. 113 ff.

¹⁵⁴) BGH, RzW 1963, S. 228 (Internierung eines Danzigers durch die britischen Behörden in Palästina).

¹⁵⁵) BGH, RzW 1960, S. 383 Nr. 42; vgl. weitere Nachweise bei Blessin-Giessler, *op. cit.*, S. 448.

¹⁵⁶) Den Umfang der Schutzpflicht hat der BGH sehr weit gezogen: Sie umfasse auch die Pflicht, im Fall drohender Kriegsgefahr den Staatsangehörigen die Rückkehr in den Heimatstaat zu ermöglichen oder, wenn sie dies nicht wollten oder könnten, die Möglichkeit

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß sich die deutsche Rechtslage von der französischen dadurch unterscheidet, daß

1. der gerichtsfreie Hoheitsakt im Bereich auswärtiger Angelegenheiten — trotz der Kontroverse in der Lehre — in der Rechtsprechung nicht anerkannt und angesichts des Art. 19 Abs. 4 GG auch schwer zu rechtfertigen ist;

2. in Schadenersatzprozessen die Amtsausübung in auswärtigen Angelegenheiten auf Ermessensfehlgebrauch überprüft wird. Der Fall *Poujade* wäre vor einem deutschen Zivilgericht *au fond* zu entscheiden gewesen.

III. Haftungsausschluß nach § 5 Ziff. 2 RBHG

Der Haftung des Staates für Akte der auswärtigen Gewalt könnte in der Bundesrepublik nach wie vor § 5 Abs. 2 des Gesetzes über die Haftung des Reiches für seine Beamten vom 22. Mai 1910 (RBHG) entgegenstehen.

Danach finden die Vorschriften dieses Gesetzes, welches die Verantwortlichkeit des Reiches an Stelle des Beamten festlegt, 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 [nach Art. 129 GG: Bundeskanzlers] politischen oder internationalen Rücksichten entsprochen hat«.

Angesichts der Regelung in Art. 34 Satz 1 GG, wonach die Verantwortlichkeit bei Amtspflichtverletzungen »grundsätzlich« den Staat oder die Körperschaft trifft, in deren Dienst der Beamte steht, ist die Verfassungsmäßigkeit des § 5 Nr. 2 — und der anderen Haftungsausschlüsse und -einschränkungen dieses Gesetzes — in Zweifel gezogen worden. Derartige Zweifel, die schon zur Weimarer Zeit angesichts des Art. 131 Abs. 2 WRV geäußert wurden¹⁵⁷⁾,

zu verschaffen, sich in das neutrale Ausland zu begeben. Schon das Gesetz des Norddeutschen Bundes über die Organisation der Bundeskonsulate vom 8. 11. 1867 (RGL. S. 114) habe in § 26 die Verpflichtung der Bundeskonsuln vorgesehen, hilfsbedürftigen Bundesangehörigen die Mittel zur Milderung augenblicklicher Not oder zur Rückkehr in die Heimat zu gewähren. Im Falle eines drohenden Kriegausbruches sei die diplomatische Vertretung des Reiches in erster Linie verpflichtet gewesen, die deutschen Staatsangehörigen rechtzeitig zu warnen (BGH, RzW 1971, S. 116, 118). Ob man bei den Hilfsmaßnahmen im reinen Innenbereich zwischen Schutzstaat und seinen Angehörigen noch von diplomatischer Protektion sprechen sollte, erscheint mir zweifelhaft. In den vorangegangenen Ausführungen zum Bereich der diplomatischen Protektion wurden die rein internen Hilfspflichten ausgesondert. Sicher könnten sogar Schutzmaßnahmen für im Inland sesshafte Deutsche gegenüber dem Ausland (z. B. das Verbot der Auslieferung Deutscher) unter einen ganz allgemeinen Begriff der Schutzpflicht fallen (vgl. Bleckmann, ZaöRV Bd. 32, S. 126). Der Begriff der innerstaatlichen Pflicht zur diplomatischen Protektion sollte dagegen auf den Bereich des zwischenstaatlichen Verkehrs beschränkt bleiben (vgl. Doebling, Die Pflicht des Staates, S. 16 ff.).

¹⁵⁷⁾ Art. 131 Abs. 2 WRV bestimmte: »Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob«. Ob eine frühere Regelung, nämlich das RBHG, als »nähere Regelung«

knüpfen entweder an den Wortlaut des Art. 34 GG oder eine verfassungsrechtliche Gesamtschau verschiedener Artikel, des Art. 34 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG und dem Rechtsstaatsprinzip an. Man hat argumentiert, daß die grundsätzliche Staatshaftung besage, »daß die Staats- und Körperschaftsverantwortlichkeit eine ausschließliche ist und nicht durch anderweitige gesetzliche Regelungen angetastet werden kann«¹⁵⁸). Auch der Wegfall einer Art. 131 Abs. 2 WRV vergleichbaren Regelung wird als Indiz für die ausschließliche Staatshaftung angesehen¹⁵⁹). Nach üblicher Terminologie deutet das Wort »grundsätzlich« aber geradezu auf die Möglichkeit von Abweichungen, also Einschränkungen der Regelhaftung des Staates hin¹⁶⁰). Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 34 Satz 1 GG lassen sich keine Hinweise dafür gewinnen, daß von der üblichen Wortbedeutung abgewichen werden sollte. Die Aufhebung aller Beschränkungen der Staatshaftung hätte eine so wichtige Abweichung vom bisherigen Rechtszustand bedeutet, daß sie dem Grundgesetzgeber nicht einfach unterstellt werden darf: Dieses Ziel hätte, wie der BGH¹⁶¹) zutreffend bemerkt, deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen¹⁶²). Überwiegend werden daher sowohl von den Gerichten¹⁶³) wie von der Rechtslehre¹⁶⁴) Gesetzesvorschriften, welche — ohne die Regel zu unterwandern — in besonderen Fällen die Staatshaftung ausschließen, mit Art. 34 GG vereinbar gehalten, da die Haftung des Staates durch Art. 34 GG nur grundsätzlich begründet wird. Die Ausnahmen müssen allerdings durch sachliche Gründe berechtigt sein¹⁶⁵). Die aus rechtsstaat-

anzusehen war, konnte fraglich sein; die h. L. bejahte die Fortgeltung (vgl. RGZ 102, 166 ff., welches § 5 Ziff. 2 anwendete; *Delius*, Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reiches und der Länder [Berlin 1929], S. 41 ff.).

¹⁵⁸) *Jess*, Bonner Kommentar (BK) (Erstbearbeitung) Art. 34, Anm. II 1.

¹⁵⁹) Vgl. *Jess*, *loc. cit.*; die Verfassungswidrigkeit der Haftungsbeschränkungen vertreten auch *Klein* (in: v. Mangoldt/Klein, Art. 34, Anm. II 8), *Weiß*, *op. cit.*, S. 83 f.; vgl. weitere Nachweise bei *Dagtolou*, BK (Zweitbearbeitung), Art. 34 Rdnr. 32.

¹⁶⁰) So v. Mangoldt, Erläuterung 2 zu Art. 34 am Ende; *Richter*, Der Ausschluß der Staatshaftung nach Art. 34 GG (München 1968), S. 66 ff. mit weiteren Nachweisen; ebenso *Dagtolou*, *loc. cit.* mit Nachweisen.

¹⁶¹) BGHZ 9, 290 f.

¹⁶²) *Doehring*, Die Pflicht des Staates, S. 114, zieht aus den beiden zur Bedeutung des Wortes »grundsätzlich« geäußerten Ansichten nur den Schluß, daß diese Kontroverse nur die Fragwürdigkeit derartiger Wortinterpretationen zeige. Die übliche Wortbedeutung in gesetzlichen Vorschriften ist aber stets ein gewichtiges Argument für die objektive Sinnermittlung. Ebenso *Richter*, Der Ausschluß, S. 66 ff.

¹⁶³) BGHZ 9, 289; 12, 89; 13, 241; eine Entscheidung speziell zu § 5 Ziff. 2 RBHG steht aus.

¹⁶⁴) Zahlreiche Nachweise bei *Dagtolou*, *loc. cit.*, Rdnr. 32, und *Richter*, *op. cit.*, S. 66 ff.

¹⁶⁵) *Richter*, *op. cit.*, S. 144 ff., im Hinblick auf die Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit. Vgl. auch *Dagtolou*, BK Art. 34 Rdnr. 35.

lichen Gründen, vor allem dem Art. 19 Abs. 4 GG und der Rechtsweggarantie in Art. 34 Satz 3 GG gegen einen derartigen Haftungsausschluß wie § 5 Nr. 2 RBHG vorgebrachten Bedenken beruhen auf der Ansicht, daß die Verfassung den Rechtsweg gegen jede Beeinträchtigung durch die hoheitliche Gewalt eröffnen wollte und ein derartiger Haftungsausschluß zu unbefriedigenden Ergebnissen führen könnte. Doehring¹⁶⁶⁾ hat, um diesem Argument zu begegnen, »eine Synthese zwischen dem richtigen Grundgedanken des § 5 Ziff. 2 und dem verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutz« vorgeschlagen. Ausgangspunkt ist die These, daß die Erklärung des Bundeskanzlers heute – entgegen der früheren Rechtslage – vor den Verwaltungsgerichten mit der Behauptung angefochten werden könnte, der Kanzler habe das ihm eingeräumte Ermessen überschritten oder mißbraucht. Sieht man in der Erklärung des Kanzlers einen unter die Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte (§ 40 VerwGO) fallenden Staatsakt, wofür Doehring viele Belege anführt, dann könnte die erfolgreiche Anfechtung der Erklärung dem betroffenen Bürger in der Tat zur vollen Staatshaftung verhelfen, wengleich der Nachweis eines Ermessensfehlers nur selten gelingen dürfte¹⁶⁷⁾. Dieser Lösung, der in der Literatur mit Recht zugestimmt wird¹⁶⁸⁾, kann nicht § 5 Ziff. 2 RBHG selbst entgegengestellt werden, indem die Bedeutung dieser Vorschrift über den Bereich der Staatshaftung ausgedehnt und darin eine gesetzgeberische Entscheidung gegen jegliche gerichtliche Kontrolle der auswärtigen Verwaltung überhaupt gesehen wird¹⁶⁹⁾. Eine solche Bedeutung konnte das Gesetz zur Zeit seiner Entstehung gar nicht verfolgen, da seinerzeit keine gerichtliche Zuständigkeit zur Überprüfung der Akte der Reichsgewalt bestand. Diese Vorschrift kann folglich nicht als Hinweis auf die Exemption der auswärtigen Verwaltung von jeglicher gerichtlichen Kontrolle überhaupt verstanden werden¹⁷⁰⁾. Nach der heutigen Rechtslage schließt § 5 Ziff. 2 RBHG eine Anfechtungs- oder Bescheidungsklage wegen Ermessensfehlers der auswärtigen Verwaltung nicht aus. Dagtoglou¹⁷¹⁾ hat gegen diese Begründung des auch seiner Ansicht nach richtigen Ergebnisses eingewendet, daß angesichts der zur Zeit des Inkrafttretens des § 5 Ziff. 2 RBHG in Sachen des Rechtsschutzes verschiedenen Rechtsordnung »die Berufung auf den Willen des damaligen Gesetzgebers kaum geeignet [ist], um heutige rechtsstaatliche

¹⁶⁶⁾ Die Pflicht des Staates, S. 115.

¹⁶⁷⁾ So auch Doehring, Die Pflicht des Staates, S. 117, und Dagtoglou, *loc. cit.*, Rdnr. 325.

¹⁶⁸⁾ Im Prinzip Dagtoglou, *loc. cit.*; Jaenicke, Haftung, S. 115.

¹⁶⁹⁾ So H. Pohl, Auswanderung, Auslandsschutz und Auslieferung, zu Art. 112 Abs. 2, S. 258.

¹⁷⁰⁾ Ausführlich Doehring, Die Pflicht des Staates, S. 111 ff.

¹⁷¹⁾ *Loc. cit.*, Rdnr. 323.

Bedenken zu zerstreuen¹⁷²⁾; § 5 Ziff. 2 RBHG könnte die exemtorische Wirkung nur dann entfalten, »wenn die Unüberprüfbarkeit politischer Akte mit dem Grundgesetz als vereinbar angesehen werden könnte«. Diese Argumentation verkennt, daß es zunächst darum gehen muß, die normative Reichweite des § 5 Ziff. 2 festzustellen. Ist, wie dargelegt, der sachliche Geltungsbereich nicht so weit, wie behauptet wurde, dann erübrigen sich — ansonsten berechnete — verfassungsrechtliche Überlegungen. Gegen die von Doehring vorgeschlagene »Synthese« wendet Dagtoglou¹⁷³⁾ ein, es werde dabei übersehen,

»daß die eigentliche Ermessensbetätigung nicht in der Kanzlererklärung, sondern im Verhalten der auswärtigen Verwaltung liegt. Die Kanzlererklärung vermag den durch Art. 19 IV und 34 Satz 2 GG offen gehaltenen Rechtsweg nicht zu versperren. Sie stellt ein bloßes (freilich sehr wichtiges) Beweisstück dar, das das Gericht bei der Prüfung der Fehlerfreiheit der Ermessensbetätigung mitberücksichtigen wird. Gebunden daran ist das Gericht aber nach heutiger Rechtslage nicht«.

In ähnlicher Weise hatte auch Jaenicke¹⁷⁴⁾ argumentiert. Richtig ist, daß § 5 Ziff. 2 RBHG den Rechtsweg im eigentlichen Sinn nicht ausschließt; denn wenn die Erklärung nicht abgegeben wird — und sie muß nicht abgegeben werden¹⁷⁵⁾ —, haftet der Staat als für den Schaden Verantwortlicher. Wird die Erklärung abgegeben, so ist die Klage gleichfalls nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abzuweisen, sondern weil es an der Passivlegitimation des Staates fehlt, die Klage also unbegründet ist¹⁷⁶⁾.

Die »eigentliche« Ermessensbetätigung liegt in der Tat im Verhalten des Beamten des auswärtigen Dienstes, welches in den hier in Rede stehenden Fällen in der Unterlassung diplomatischer Protektion besteht. Die Erklärung des Kanzlers hat die rechtliche Funktion, eine richterliche Kontrolle dieses Verhaltens, die im Amtshaftungsprozeß *incidenter* erfolgen müßte, abzuschneiden. Die durch den Kanzler gegebene Qualifikation des Verhaltens als

¹⁷²⁾ Dagtoglou, *loc. cit.*, berichtet, daß wegen der rechtsstaatlichen Bedenken u. a. gegen einen in § 5 Ziff. 2 RBHG *implicite* ausgedrückten Ausschluß jeglicher Gerichtskontrolle der auswärtigen Verwaltung der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften (dazu Dagtoglou, *loc. cit.*, Rdnr. 25) die Regelung des § 5 Ziff. 2 nicht übernommen habe.

¹⁷³⁾ *Loc. cit.*, Rdnr. 325.

¹⁷⁴⁾ Haftung, S. 115: »Den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Weitergeltung könnte in der Weise Rechnung getragen werden, daß man in der Erklärung lediglich eine Feststellung über den jeweiligen Inhalt der Amtspflicht sieht, die vom entscheidenden Gericht daraufhin nachgeprüft werden kann, ob sich die Feststellung im Rahmen des politischen Ermessensspielraums hält, der der Exekutive auf dem Gebiet der auswärtigen Beziehungen zugestanden werden muß«.

¹⁷⁵⁾ Doehring, Die Pflicht des Staates, S. 118.

¹⁷⁶⁾ RGZ 102, 166; Richter, Der Ausschluß, S. 47.

politischen oder internationalen Rücksichten entsprechend ersetzt die Würdigung durch das Gericht. Eine Nachprüfung der Erklärung des Kanzlers im Amtshaftungsverfahren ist nach dem Sinn des § 5 Ziff. 2 RBHG ausgeschlossen. Das RG¹⁷⁷) hat sich zu einer solchen Nachprüfung mit Recht nicht für befugt gehalten, da eine solche Prüfung gerade die Vorgänge zur Sprache hätte bringen müssen, die durch § 5 Ziff. 2 der allgemeinen Kenntnisnahme entzogen werden sollten¹⁷⁸). Die Lehre hat aber schon seinerzeit die Reichweite der Vorschrift dann eingeschränkt, wenn eine Rücksichtnahme auf die auswärtige Staatsgewalt nicht in Betracht kommen konnte, und als Beispiel die Nichtberücksichtigung der Eingaben Deutscher angeführt¹⁷⁹). Um der Klarheit willen forderte man auch dann noch eine Erklärung des Reichskanzlers über die Haftung des Reiches.

Die von Dagtoglou vorgeschlagene Lösung führt im Prinzip die volle Inzident-Kontrolle ein: Sie wertet die Erklärung des Kanzlers lediglich als Beweismittel. Diese Deutung geht aber am Sinn des § 5 Ziff. 2 RBHG vorbei. Das von Dagtoglou vorgeschlagene Ergebnis erzielt man auch dann, wenn es § 5 Ziff. 2 RBHG gar nicht gäbe. In jedem Amtshaftungsprozeß hätte die Erklärung der betroffenen Verwaltung — und dies gilt gleichermaßen von Auskünften des Auswärtigen Amtes wie des Bundeskanzlers in auswärtigen Angelegenheiten — die Bedeutung eines Beweismittels für die Tatfragen¹⁸⁰). Dagtoglou übersieht, daß bei seiner Lösung § 5 Ziff. 2 RBHG überhaupt keine Sonderstellung mehr hätte. Demgegenüber betont Friedrich, daß § 5 Ziff. 2 RBHG eine zwar auf den unmittelbaren Anwendungsfall beschränkte Ausnahme von dem Grundsatz sei, daß die Feststellung von Tatsachen durch die Exekutive die Gerichte nicht bindet¹⁸¹).

Der Rechtsschutz des betroffenen Bürgers ist bei dem von Doehring vorgeschlagenen Weg zwar gewährleistet, mutet jedoch auf den ersten Blick als Umweg an: Während normalerweise den deutschen Gerichten eine generelle Vorfragenkompetenz und die Kompetenz zur Inzident-Kontrolle von Verwaltungsakten zusteht¹⁸²), wird die Inzident-Kontrolle durch § 5 Ziff. 2 RBHG ausgeschlossen. Die direkte Kontrolle der Kanzlererklärung mittels der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage füllte diese Lücke. Das Zivilgericht wird (schon wegen des Suspensiveffekts der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage) über den Amtshaftungsanspruch erst entscheiden können, wenn

¹⁷⁷) RGZ 102, 166 (173).

¹⁷⁸) Richter, *op. cit.*, S. 46 mit weiteren Nachweisen.

¹⁷⁹) Delius, *op. cit.*, S. 37.

¹⁸⁰) Vgl. dazu die eingehenden Darlegungen bei Friedrich, *op. cit.*, S. 113 ff.

¹⁸¹) *Op. cit.*, S. 120 f.

¹⁸²) Friedrich, *op. cit.*, S. 57 ff.

das verwaltungsprozessuale Verfahren durchgeführt ist. Damit zeigt sich, daß diese Lösung sogar ihre praktischen Vorzüge hat. Die Entscheidung über die Kanzlererklärung ist auf diese Weise bei den Verwaltungsgerichten »monopolisiert«, ein Ergebnis, das die Schöpfer des Grundgesetzes bei der inzidenten Gesetzeskontrolle ausdrücklich zugunsten des Bundesverfassungsgerichts festgelegt haben (Art. 100 Abs. 1 GG).

Diese Kontrollmöglichkeit der Kanzlererklärung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erscheint im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG als ausreichender Rechtsschutz. Denn im Ergebnis ist die Verfolgung des Amtshaftungsanspruches nicht verschlossen.

§ 5 Ziff. 2 RBHG wirft jedoch das andere Problem auf, ob daneben eine Eigenhaftung des Beamten in Betracht kommt. Es läßt sich argumentieren, daß § 5 Ziff. 2 RBHG lediglich die Funktion hat, einen an sich nach § 839 BGB begründeten Amtshaftungsanspruch nicht auf das Reich (den Staat) abzuwälzen. Denn da das Gesetz keine Anwendung findet, tritt also nach § 1 *leg. cit.* die Staatshaftung nicht ein: Es bleibt bei der Eigenhaftung des Beamten nach § 839 BGB. Dieser vom RG¹⁸³⁾ und dem früheren¹⁸⁴⁾ — wie offenbar auch dem jüngeren¹⁸⁵⁾ — Schrifttum an einigen Stellen vertretenen Auffassung steht entgegen, daß es nur schwer vorstellbar ist, daß eine rechtswidrige und schuldhaft Verletzung der einem Diplomaten gegenüber einem deutschen Staatsbürger obliegenden Amtspflicht »politischen oder internationalen Rücksichten« entsprochen habe. Wenn dem dennoch so wäre, sollte der Beamte, der nach § 839 BGB im Wege der Eigenhaftung in Anspruch genommen wird, nicht gerade aus diesen Gründen, nämlich weil er aus wohlverstandenen politischen oder internationalen Rücksichten, d. h. also im Interesse des deutschen Staates handelte, einen beamtenrechtlichen Freistellungsanspruch von der Eigenhaftung haben? Damit wäre im Ergebnis aber die Haftungsbeschränkung zunichte gemacht.

Diese Argumentation zeigt, daß der Ausgangspunkt, nämlich die Interpretation des § 5 Ziff. 2 RBHG durch das RG, verfehlt ist. Ohne daß auf die Frage, ob bei ausscheidender Staatshaftung die ursprüngliche Eigenhaftung des Beamten ungeschmälert, verkürzt oder aus verfassungsrechtlichen Gründen (da Art. 33 Abs. 5 GG die Haftung des Dienstherrn gewährleistet)¹⁸⁶⁾ überhaupt nicht Platz greift, näher eingegangen werden müßte, ergibt die Betrachtung des § 5 Ziff. 2 RBHG selbst, daß damit sowohl Staats- wie Eigenhaftung ausgeschlossen werden sollte. Denn der Haftungsausschluß ist

¹⁸³⁾ RG 102, 173.

¹⁸⁴⁾ Delius, *op. cit.*, S. 43.

¹⁸⁵⁾ Kimminich, JuS 1969, S. 350 linke Spalte.

¹⁸⁶⁾ Vgl. dazu im einzelnen Dagoglou, *loc. cit.*, Rdnr. 255–257.

nicht »von praktischen Aufsichts- und Kontrollüberlegungen« getragen, sondern wird »an die Eigenschaft der Amtshandlung als solche« angeknüpft¹⁸⁷⁾. Wenn das Verhalten des Beamten politischen oder internationalen Rücksichten entsprach, ist es nicht pflichtwidrig¹⁸⁸⁾. Das heißt, die vom Kanzler abgegebene Erklärung entfaltet ihre rechtliche Wirkung¹⁸⁹⁾ auch im Eigenhaftungsprozeß.

Als Ergebnis dieser Überlegungen ergibt sich:

1. § 5 Ziff. 2 RBHG ist mit dem GG vereinbar.

2. Da die Erklärung des Kanzlers vor den Verwaltungsgerichten unter Hinweis auf fehlerhaften Ermessensgebrauch, also etwa mit der Begründung angefochten werden kann, daß in Wahrheit das Verhalten des Beamten des auswärtigen Dienstes in keiner Weise politischen oder internationalen Rücksichten entsprochen habe, sondern einzig aus unsachlichen Erwägungen dem Kläger diplomatischer Schutz verweigert worden sei, ist — im Gegensatz zu Frankreich — im Bereich auswärtiger Angelegenheiten die Amtshaftung — wenigstens im Prinzip — nicht beschränkt.

IV. Unterlassener Auslandsschutz und Ansprüche wegen Aufopferung, Enteignung, enteignungsgleichem Eingriff und Gefährdungshaftung

Ob im Fall *Poujade* — wäre er nach deutschem Recht zu beurteilen — ein Anspruch auf Ersatz des durch die Unterlassung des Schutzes angeblich verursachten Schadens aus den Gesichtspunkten der Enteignung, des ent-

¹⁸⁷⁾ Dagtoglou, *loc. cit.*, Rdnr. 326.

¹⁸⁸⁾ Hierin zeigt sich die eigentliche Haftungsbeschränkung, daß nämlich derartige allgemeine Rücksichten als Ermessensleitlinien die Ausübung u. a. auch der diplomatischen Protektion steuern dürfen. Der Begriff der »politischen Rücksichten« ist in diesem Zusammenhang denkbar vage. Während »internationale Rücksichten« noch einigermaßen abgrenzbar sind, muß der Begriff der »politischen Rücksichten« auf das Gemeinwohl bezogen und von den Grundrechten her, die auch im Rahmen dieser Rücksichten zu achten sind, einengend gesehen werden. Keineswegs sind parteipolitische Rücksichten gemeint. Die Erklärung des Kanzlers ist eine Subsumtion eines Amtsverhaltens *in concreto* unter die Erfordernisse politischer oder internationaler Rücksichten verbunden mit der Behauptung, daß diese Rücksichten faktisch ursächlich für das Verhalten waren. Die Erklärung des Kanzlers kann sich als objektiv unzutreffend herausstellen, wenn nicht die behaupteten, sondern (auch) andere »Rücksichten« maßgeblich waren. Die Erklärung kann sich sogar als subjektiv unwahr erweisen, weil der Kanzler — auch dies ist nicht ausgeschlossen — gelogen hat. Waren für das Verhalten nicht politische oder internationale Rücksichten (eine Einengung findet auch durch den Begriff der »Rücksichten« statt) maßgeblich, so könnte man theoretisch auch noch andere am Gemeinwohl orientierte Ermessenserwägungen für zulässig halten; diese Erwägungen sind aber dem Begriff der politischen Rücksichten, wenn man ihn nicht auf einen speziellen Bereich staatlicher Tätigkeit reduziert, allemal einzuordnen.

¹⁸⁹⁾ Nach Doehring, *Die Pflicht des Staates*, S. 119: »voller Beweiswert«. Delius, *op. cit.*, S. 43, hält die Erklärung mit Recht auch für die Eigenhaftung für wirksam.

eignungsgleichen Eingriffs, der Aufopferung oder gar der Gefährdungshaftung hergeleitet werden könnte, soll abschließend — ohne auf Streitfragen der Abgrenzung der einzelnen Rechtsinstitute einzugehen — kurz beantwortet werden.

a) Ein Anspruch wegen Gefährdungshaftung der öffentlichen Hand scheidet aus, da es an einer gesetzlichen Grundlage für dieses Institut — abgesehen von hier nicht relevanten Sonderregelungen — fehlt¹⁹⁰).

Ob *de lege ferenda* gerade der Auslandsschutz ein sinnvoller Bereich für eine solche — häufig unter Hinweis auf das französische Haftungssystem propagierte¹⁹¹) — Risikohaftung ist, erscheint zweifelhaft. Denn dies hätte je nach der Art der Regelung unter Umständen auch zur Folge, das Risiko für Auslandsinvestitionen vom Investor auf den eigenen Staat abzuwälzen. Die französische Rechtsprechung erweist sich in Bezug auf die Ausdehnung der Risikohaftung, wie gezeigt, als noch zurückhaltend. Die Fälle *Couitéas* und *Perruche* ließen sich nach deutschem Recht auch ohne Rückgriff auf die Gefährdungshaftung befriedigend lösen, *Couitéas* nach Enteignungsgrundsätzen, *Perruche* über das Beamtenrecht (Fürsorgepflicht).

b) Da der Anspruch auf Aufopferung nach der neueren Rechtsprechung des BGH nur noch für Körperschäden Raum läßt, soll auf seine besondere Erörterung verzichtet werden.

c) Die Ansprüche aus Art. 14 GG wegen Enteignung oder enteignungsgleichem Eingriff haben gemeinsam, daß ein vermögenswertes subjektives privates oder öffentliches Recht durch einen hoheitlichen, sich unmittelbar auf das geschützte Rechtsgut auswirkenden Eingriff beeinträchtigt worden sein muß¹⁹²).

Ob die unterlassene diplomatische Protektion je ein hoheitlicher Eingriff sein kann, hängt davon ab, ob behördliche Untätigkeit die Merkmale des »Eingriffs« erfüllt. Es ist zwar gesagt worden¹⁹³), daß Eingriffe fremder Mächte nicht Ausfluß deutscher Staatsgewalt seien und daher für einen Entschädigungsanspruch keinen Grund abgeben könnten. Diese Eingriffe sind

¹⁹⁰) Zur Ablehnung einer allgemeinen Gefährdungshaftung durch den BGH vgl. BGHZ 54, 332 (Ampelversagen); BGH NJW 1971, S. 607 (Rohrbruch). Siehe dazu und zur Abgrenzung der verschiedenen Anspruchsgrundlagen die Übersicht bei F. Ossenbühl, JuS 1971, S. 575 ff.

¹⁹¹) Vgl. Mondry, Die öffentlichrechtliche Gefährdungshaftung in Frankreich und das Problem der Einfügung einer öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung in das deutsche System staatlicher Ersatzleistungen (1964); Richter, Die Grundlagen der Haftung für »faute de service« im französischen Staatshaftungsrecht (1965), S. 149 ff.; vgl. auch E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. 1 (9. Aufl. 1966), S. 332 ff.

¹⁹²) Zum Wandel der Rechtsprechung — vom »gezielten« Eingriff zur »unmittelbaren« Auswirkung — siehe Nachweise bei Ossenbühl, *loc. cit.*, S. 577 ff.

¹⁹³) U. Scheuner, Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung, S. 103.

jedoch nicht der entscheidende Anknüpfungspunkt, sondern die Hinnahme durch deutsche Staatsorgane, mit anderen Worten die Unterlassung geeigneter Schutzmaßnahmen, ein Fall, der deutlich von jenen zu unterscheiden ist, in denen die Bundesregierung ausdrücklich auf Rechte ihrer Staatsangehörigen verzichtet hat. Der BGH hat schon sehr früh entschieden, daß es eine Enteignung durch Unterlassung nicht geben könnte¹⁹⁴). Die hoheitliche Einwirkung auf die enteignungsfähige Rechtsposition müsse in einer positiven Handlung bestehen. In dem entschiedenen Fall hatte der Kläger seinen Anspruch darauf gestützt, daß die Behörde Vorstellungen zu seinen Gunsten bei der englischen Besatzungsmacht gegen Requisitionsmaßnahmen unterlassen habe. Ebenso hat es das OLG Celle¹⁹⁵) jüngst abgelehnt, daß durch eine einfache Untätigkeit der Behörde (Nichteinschreiten der Polizei gegen Demonstranten) ein derartiger Anspruch begründet werden könne. Angesichts dieser, auch von Kimminich¹⁹⁶) gebilligten Judikatur fehlt es bei der unterlassenen diplomatischen Protektion am »Eingriff«.

Diese Begründung ist aber nicht recht überzeugend; denn streng genommen »handelt« die Behörde auch bei der Unterlassung, nur nicht im gewünschten Sinne. Ob ein Handeln einen »Eingriff« darstellt, läßt sich nur vom Charakter des Rechts her bestimmen. Ist dieses, wie in der Regel, auf Unterlassung eines Eingriffs gerichtet, so ist positives Handeln eingreifend; ist es auf Leistung ausgerichtet, so ist deren Unterlassung — gegebenenfalls nach Ablauf einer Frist — eingreifend. Folgt man dieser Überlegung, so bleibt aber zweifelhaft, ob überhaupt eine eingriffsfähige Rechtsposition vorliegt. In dieser Hinsicht ist der prinzipielle Einwand erhoben worden, daß kein subjektiv-öffentliches Recht auf Auslandsschutz bestehe und daher nichts geopfert werden könne¹⁹⁷). Kassimatis¹⁹⁸) hat gemeint, diesen Einwand durch den Hinweis auf die »Aufopferung von anderen Rechten und schutzwürdigen Interessen« entkräften zu können. Dagegen spricht aber, daß die Aufopferung dieser Rechte dem Einzelnen gar nicht zugemutet wird; er mag sie gegenüber dem fremden Staat (oder mit dessen Hilfe) verfolgen. Was ihm zugemutet wird, ist das Ausbleiben des Auslandsschutzes durch seinen Heimatstaat. Hinsichtlich des Auslandsschutzes gilt aber gegenüber allen Staatsbürgern die Regel, daß er im Rahmen ordentlicher Ermessensausübung auch verweigert werden kann. Da in diesem Rahmen auf Auslandsschutz kein An-

¹⁹⁴) BGHZ 12, 52; dagegen Doehring, Die Pflicht des Staates, S. 124 f.

¹⁹⁵) OLG Celle, Urteil vom 21. 1. 1971, Niedersächsische Rechtspflege 1971, S. 64 — referiert in JuS 1971, S. 489 f.

¹⁹⁶) BK, Art. 14 (Zweitkommentierung), Rdnr. 104, 114.

¹⁹⁷) Doehring, Die Pflicht des Staates, S. 122 ff.

¹⁹⁸) *Op. cit.*, S. 239.

spruch besteht, liegt in der Tat auch kein Opfer vor; es fehlt an einer eingriffsfähigen Rechtsposition. In der Regel werden die Ansprüche auch an dem zusätzlichen Erfordernis scheitern, daß die Unterlassung diplomatischer Protektion unmittelbare Auswirkungen auf die Rechtsposition des Betroffenen haben muß¹⁹⁹⁾.

E. Das Recht auf Einsichtnahme und die Pflicht der auswärtigen Verwaltung zur Vorlage von Behördenakten

I. Hinweise zur französischen Rechtslage

1. Der Spruch im Fall Poujade über die Einsicht in diplomatische Korrespondenz

Im Urteil *Poujade* sprach der C.E. aus, daß es ihm nicht zustehe, die Einsicht bzw. Vorlage von Akten, deren Inhalt sich als diplomatischer Briefwechsel darstelle, einzuordnen.

Die Kläger hatten sich aus diesen Akten offenbar Aufschluß über die Staatsangehörigkeit des P. Bambino erhofft sowie möglicherweise auch für die Frage, welche Zahlungen von der türkischen Regierung geleistet worden waren und welche Unterlagen dem Konsul von Damaskus zur Verfügung standen. Da der C.E. die französische Staatsangehörigkeit des P. Bambino für die Frage der diplomatischen Protektion unterstellte, konnte die Vorlage in dieser Hinsicht nicht mehr von Interesse sein. Für die anderen geltend gemachten Ansprüche hätten sich aus den Akten möglicherweise tatsächliche Anhaltspunkte ergeben können.

2. Vorlagepflicht im französischen Verwaltungsprozeß und ihre Grenzen

Der französische Verwaltungsrichter und vor allem der C.E. ist auf die tatsächlichen Ausführungen der Parteien nicht allein angewiesen: Er darf zur Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen einschreiten und von der Verwaltung wie vom Bürger weitere Aufklärung fordern²⁰⁰⁾. Gerichtliche Maßnahmen zur Sachverhaltsaufklärung sind zur Herstellung des *équilibre* unter den Parteien häufig geboten, denn: «le requérant n'est pas dans la position

¹⁹⁹⁾ Mit diesem Hinweis lehnte auch das OLG Celle in der zitierten Entscheidung eine Auswirkung auf das Eigentum der betroffenen Straßenbahngesellschaft ab. Eine eingriffsfähige Rechtsposition scheint mir nur bei sog. »Ermessensreduzierung auf Null« vorzuliegen, denn in diesem Falle hatte die Behörde die Pflicht, bestimmte Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Deren Unterlassung könnte sich auch unmittelbar auswirken. Praktisch wird dieser Fall bei der diplomatischen Protektion kaum je vorliegen.

²⁰⁰⁾ Vgl. Fromont, *La protection*, S. 262; Auby/Drago, *Traité*, Bd. 3 Nr. 1308, 1309.

d'une partie ordinaire car il n'a pas accès au dossier administratif»²⁰¹). Gestützt auf den Untersuchungsgrundsatz, den *caractère inquisitorial de la procédure administrative*, hat der C.E. seit langem die Befugnis in Anspruch genommen, notfalls von der Verwaltungsbehörde die Vorlage bestimmter Aktenstücke zu verlangen. Letourneur hat angesichts der berühmten Entscheidung *Barel et autres*²⁰²) diese Praxis so charakterisiert:

«l'exercice du contrôle qui lui appartient nécessairement variera . . . uniquement d'après la volonté du juge, directeur de l'instruction, qui se déterminera, en conscience, au vu des divers éléments de chaque espèce».

Die Entscheidung über die Anforderung bestimmter Verwaltungsakten zur Vorlage steht im Ermessen des C.E.²⁰³); er wird jedoch nach seiner bisherigen Entscheidungspraxis in der Regel dann von der Verwaltung die Vorlage von bestimmten Belegen etc. verlangen, wenn der Kläger gewisse präzise tatsächliche Umstände zur Stützung seiner Behauptungen enthüllen kann, aus denen sich starke Vermutungen für ein fehlerhaftes Verwaltungshandeln ergeben²⁰⁴). Selbst wenn die Behauptungen der Parteien (etwa über die durch die Aktenvorlage zu Tage zu fördernde Aufklärung einzelner Tatsachen) ungenau sein sollten — was man im Fall *Poujade* mit gutem Grund sagen kann —, so hätte der Verwaltungsrichter dennoch die Befugnis, die Aktenvorlage anzuordnen²⁰⁵). Diese Rechtsprechung wurde — wie im Fall *Barel* — entwickelt in Bezug auf die Ablehnung der Zulassung von Kandidaten zur Aufnahmeprüfung in die Ecole Nationale de l'Administration. In solchen Fällen konnte das völlige Schweigen der Verwaltung den Kläger in eine denkbar ungünstige Lage bringen,

«car il l'empêchait de disposer des allégations précises permettant de réclamer la production du dossier administratif»²⁰⁶).

Die Verwaltungsbehörde darf die Vorlage — von Ausnahmefällen abgesehen

²⁰¹) Auby/Drago, *Traité*, Nr. 1308. Diese Unkenntnis wirkt sich natürlich vor den Zivilgerichten, wo das Verhandlungsprinzip (*principe accusatoire*) gilt, noch stärker aus. Der *contentieux de la responsabilité personnelle des agents* gehört in Frankreich zur Gänze vor die Zivilgerichte (vgl. Fromont, *La responsabilité*, S. 172). Im folgenden wird, durch den Ausgangsfall *Poujade* bedingt, die Aktenvorlage nur vor den Verwaltungsgerichten, insbes. dem C.E. behandelt.

²⁰²) 28. 5. 1954, R.D.P. 1954, S. 509, *concl.* Letourneur, *note* Waline.

²⁰³) Nachweise bei Auby/Drago, *Traité*, Nr. 1310.

²⁰⁴) So in der zitierten Entscheidung *Barel et autres*; vgl. auch C.E. 27. 7. 1933, *Elections au Conseil général du Canton de Calenzana*, Rec. 906; C.E. 30. 1. 1959, *Grange*, Rec. 85.

²⁰⁵) C.E. 21. 12. 1960, *Premier Ministre c. Vicat-Blanc*, D. 1961. 421, *note* Chapus; mit dieser Entscheidung bestätigte der C.E. den Spruch des Tribunal administratif de Paris, 6. 11. 1959, A.J. 1959 II, S. 360, *concl.* Sauzet.

²⁰⁶) Auby/Drago, *Traité*, Nr. 1310.

— nicht verweigern²⁰⁷). Angesichts der Rechtsfolge der Weigerung könnte man nach deutscher Terminologie von einer »Vorlagelast« sprechen. Weigert sich die Verwaltungsbehörde nämlich, der Vorlageanordnung Folge zu leisten, so darf der Richter die vom Kläger behaupteten Tatsachen als erwiesen ansehen²⁰⁸). Auf die rechtlichen Auswirkungen dieser immerhin schwerwiegenden Sanktionierung der Weigerung der Verwaltungsbehörde ist hier nicht näher einzugehen. Ob im Fall *Poujade* diese Unterstellung angesichts der Unklarheit über den möglichen Inhalt der im Außenministerium und Konsulat über Bambino geführten Akten zu einem anderen Ergebnis geführt hätten, erscheint höchst zweifelhaft.

Der Fall *Poujade* ist aber ungeachtet dieser Zweifel ein Beleg für die Ausnahmen von dieser »Vorlagelast«. Die Rechtsprechung des C.E. hat drei Ausnahmen entwickelt. Nicht vorgelegt werden müssen:

1. Dokumente, die aus Gründen der Landesverteidigung geheimhaltungsbedürftig sind. Die Verwaltungsbehörde entscheidet selbständig über den Charakter der Dokumente²⁰⁹);

2. Dokumente, die ein Berufsgeheimnis enthalten²¹⁰), und schließlich

3. Akte, die diplomatische Korrespondenzen enthalten, wie der — insofern singuläre — Fall *Poujade* zeigt, den Auby/Drago noch 1962 als einzigen Beleg für diese Kategorie anführen²¹¹). Nach ihrer Ansicht hat der C.E. diese Kategorie entwickelt «en application de la théorie des actes de gouvernement». Das ist zutreffend; denn der Ausschluß der Aktenvorlage für *correspondances diplomatiques* fügt sich dem Kreis der gerichtsfreien Akte im Bereich der auswärtigen Beziehungen zwanglos an. Es handelt sich aber immerhin um die Erstreckung der Theorie der *actes diplomatiques* auf *les correspondances diplomatiques*, d. h. auf Tatsachenmaterial. Dies zeigt auch, daß der Grund für die Zurückhaltung des Richters nicht in der Scheu vor der Anwendung des Völkerrechts liegt. Er ist nur mit Ausschaltung eines bestimmten Bereichs staatlicher Tätigkeit, der Pflege der Beziehungen zu anderen Staaten im engeren Sinne, von der gerichtlichen Kontrolle zu erklären, gleichgültig, welche Rechts- oder Tatsachenfragen dabei involviert sind.

²⁰⁷) C.E. 1. 5. 1936, *Couëspel du Mesnil*, Rec. 485; C.E. 9. 1. 1937, *Bury*, Rec. 22. Auby/Drago, *Traité*, Nr. 1312; vgl. auch Fromont, *La protection*, S. 262.

²⁰⁸) Vgl. die oben Anm. 207 zitierten Entscheidungen; dieses gilt selbst dann, wenn die Verwaltung die Akte nicht auffinden kann (C.E. 12. 7. 1949, *Koenig de Belliard de Vaubicourt*, Rec. 348), vgl. Auby/Drago, *loc. cit.*

²⁰⁹) C.E. 11. 3. 1955, *Secrétaire d'Etat à la guerre c. Coulon*, Rec. 149; R.D.P. 1955, S. 995, *concl. Grévisse*; D. 1955. 555, *note de Soto und Léauté*; vgl. die näheren Ausführungen bei Fromont, *La protection*, S. 263.

²¹⁰) Z. B. ärztliche Geheimnisse; vgl. Nachweise bei Auby/Drago, *op. cit.*, Nr. 1313.

²¹¹) *Traité*, Nr. 1313 (am Ende).

II. Hinweise zum deutschen Recht

1. Kein allgemeiner Anspruch auf Akteneinsicht und -vorlage

Sofern nicht in besonderen gesetzlichen Bestimmungen den Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens das Recht auf Akteneinsicht eingeräumt ist²¹²⁾ (bekanntes Beispiel ist das Recht des Beamten auf Einsicht in seine Personalakte), steht die Gewährung von Akteneinsicht und -abschrift im Ermessen der Behörde²¹³⁾. Diese mit einem Gegenschluß aus den vielfältigen gesetzlichen Regelungen begründete Meinung kann derzeit noch als herrschende bezeichnet werden; es würde dem Sinn dieser einzelnen Regelungen auch zuwiderlaufen, wenn man auf ihnen aufbauend daraus ein allgemeines Rechtsprinzip konstruieren und im Ergebnis zu einem — dem schwedischen Recht vergleichbaren — generellen Anspruch auf Akteneinsicht kommen wollte²¹⁴⁾. Die Stimmen in der Literatur, die einen solchen Anspruch vertreten, wollen der Verwaltung nur in gewissen Ausnahmefällen die Befugnis zur Einsichtverweigerung zugestehen. Unter dieser Prämisse führt Perschel²¹⁵⁾ sogar aus, daß

»eine Geheimhaltung aus Gründen des ›Staatswohls‹ . . . nur in seltenen, ganz schwerwiegenden Fällen [Verdacht des Hochverrats] in Frage kommen [kann]«.

Nach seiner Ansicht ist es nicht zu billigen, daß ein ausländischer Diplomat, der ohnehin bereits den Schutz der Exterritorialität genieße, vor den Unannehmlichkeiten seiner leichtfertigen Beschuldigung durch Geheimhaltung seines Namens geschützt wird. Das OVG Münster²¹⁶⁾ hatte es genügen lassen,

²¹²⁾ Vgl. die Nachweise über die einzelnen gesetzlichen Vorschriften bei H. J. Wolff, Verwaltungsrecht Bd. 3 (2. Aufl. München 1967), S. 243. Zur wichtigen Frage der analogen Anwendung des § 810 BGB auf Einsichtnahme in Behördenakten vgl. die Zweifel des BVerwG, NJW 1958, S. 1837 (1839), sowie BVerwGE 30, 154 (156).

²¹³⁾ BVerwGE 30, 154 (155 f.) mit Nachweisen; ebenso BVerwGE 12, 296 (303); OVG Münster, JZ 1966, S. 77; vgl. im übrigen die Übersicht über die Judikatur in JuS 1968, S. 584 ff. (Nr. 10), sowie bei W. Perschel, JuS 1966, S. 231 ff. Diesen Standpunkt vertritt auch der überwiegende Teil des verwaltungsrechtlichen Schrifttums, vgl. Haueisen, DVBl. 1966, S. 776 f., und die von Perschel, *loc. cit.*, gegebenen Nachweise. Diese Ansicht hat auch in der Regelung des § 22 Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes ihren Niederschlag gefunden: »Die Beteiligten haben einen Anspruch auf Akteneinsicht nur insofern, als Rechtsvorschriften ihn zuerkennen. Im übrigen kann ihnen die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen Einsicht in ihre Akten gewähren«.

²¹⁴⁾ So aber der Tendenz nach Perschel, *loc. cit.*; v. Koehler, NJW 1956, S. 1460 ff. (1463); Rasch/Patzig, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren (1962), S. 24.

²¹⁵⁾ *Loc. cit.*, S. 236.

²¹⁶⁾ OVG Münster, Zeitschrift für Beamtenrecht 1964, S. 287 (288), zitiert nach Perschel, *op. cit.*, S. 236.

»daß die Beklagte ihre Entscheidung aus Gründen des Staatswohls zur Vermeidung einer Gefährdung des Wohles der Bundesrepublik für zweckmäßig hält«.

Daß sich ein derartiger materiell-rechtlicher allgemeiner Anspruch auf Akteneinsicht nicht aus Art. 19 Abs. 4 GG (oder gar Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 103 Abs. 1 GG)²¹⁷⁾ herleiten läßt, ergibt sich schon einfach daraus, daß das »Klagerecht . . . durch die Verweigerung der Akteneinsicht außerhalb des Prozesses nicht eingeschränkt ist«²¹⁸⁾. Ein derartiger Anspruch würde die Behörde auch schlechter stellen als jede Privatperson, die außerhalb des Prozesses nur bestimmte, vom Kläger zu bezeichnende Urkunden nach § 810 BGB vorzulegen verpflichtet ist. Gibt es demnach im deutschen Verwaltungsrecht kein allgemeines Recht auf Akteneinsicht — oder gar auf Aktenüber-sendung²¹⁹⁾ —, so können folglich auch die Behörden der auswärtigen Verwaltung die Einsicht in die Dienstakten nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen gewähren oder verweigern. Die Verweigerung kann, sofern sie einen Mißbrauch des Ermessens einschließt, vor dem Verwaltungsgericht angefochten werden. Denn die herrschende Meinung verneint zwar einen allgemeinen Anspruch auf Aktenvorlage und Akteneinsicht,

»nimmt jedoch in Übereinstimmung mit § 22 EVwVerfG [Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes] 1963 immerhin an, daß die Gewährung von Akteneinsicht im pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltungsbehörden steht und hieran, mag dies auch nicht immer ausdrücklich ausgesprochen werden, ein Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens anknüpft«²²⁰⁾.

Es wäre mit rechtsstaatlichen Grundsätzen auch nicht vereinbar, ein solches subjektives Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung mit der daraus zwangsläufig folgenden Vorenthaltung jeglichen Rechtsschutzes zu versagen. Ein solcher Anspruch kann aber nicht für jegliche, sondern nur für die Verwaltungsakten bejaht werden, deren Inhalt eine rechtlich relevante Beziehung zum Antragsteller aufweisen. Dieser muß ein »eigenes, gewichtiges und auf andere Weise nicht zu befriedigendes Interesse« an der Vorlage schlüssig darlegen, was häufig nur für einzelne Urkunden, nicht aber für die gesamte Akte möglich ist. Und selbst wenn dieses Interesse belegt, das subjektive Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung also dargetan ist, erscheint ein Ermessensmißbrauch nur bei willkürlicher, auf unsachlichen Motiven beruhender Ablehnung der Akteneinsicht gegeben. Die Gewährung von Akteneinsicht und erst recht die Versendung einer Akte darf nach der Rechtsprechung

²¹⁷⁾ Dazu kurz ablehnend BVerwGE 30, 156.

²¹⁸⁾ BVerwG, NJW 1958, S. 1839.

²¹⁹⁾ Ablehnend OVG Münster, DÖV 1965, S. 859.

²²⁰⁾ BVerwGE 30, 159 f. mit Nachweisen.

des BVerwG »insoweit über die Regelung in § 99 Abs. 1 Satz 2 VerwGO hinaus abgelehnt werden . . ., wenn dafür beachtliche und sachlich einschlägige öffentliche Interessen sprechen«²²¹). Das bedeutet im Ergebnis: Dem außerprozessualen Verlangen auf Einsicht in Akten des Auswärtigen Amtes oder einer seiner auswärtigen Behörden wird in aller Regel entgegenstehen, daß das öffentliche Interesse an der Vertraulichkeit des zwischenstaatlichen Verkehrs (man denke an die Reaktion fremder Staaten auf eine derartige Publikation!) das Bekanntwerden des Inhalts diplomatischer Verhandlungen verbietet.

Ein weiterer Gesichtspunkt kommt hinzu: Aus diplomatischen Gepflogenheiten oder gar aus einer ausdrücklichen völkerrechtlichen Absprache kann sich ein rechtlich beachtliches Hindernis gegen die Gewährung der Einsicht in Akten des diplomatischen Verkehrs ergeben. Hier stellt sich die Frage, wie weit sich die Regierung auf eine vereinbarte Vertraulichkeit von Verhandlungen — jenseits von Erwägungen über das Gemeinwohl — berufen kann. In aller Regel wird zwar ein öffentliches Interesse an der Erfüllung einer derartigen Zusage der Vertraulichkeit im zwischenstaatlichen Verkehr bestehen, so daß die Frage keine besonderen Probleme aufwirft. In Zweifelsfällen müßte aber geprüft werden, wieweit eine derartige völkerrechtliche Absprache oder diplomatische Gepflogenheit einem allgemeinen Rechtsprinzip entspricht und daher über Art. 25 GG auch innerstaatlich zu beachten wäre.

2. Aktenvorlage im Verwaltungsprozeß

Das Verwaltungsgericht kann nach § 99 VerwGO die Vorlage von Urkunden und Akten von der Behörde verlangen. Die Behörden sind zur Vorlage verpflichtet. Nur wenn das Bekanntwerden des Inhalts dieser Urkunden oder Akten dem Wohle des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde oder wenn die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheimgehalten werden müssen, kann die zuständige Aufsichtsbehörde die Vorlage verweigern. Auf Antrag eines Beteiligten entscheidet dann nach § 99 Abs. 2 das Gericht der Hauptsache, ob glaubhaft gemacht ist, daß die genannten gesetzlichen Voraussetzungen für die Verweigerung der Vorlage gegeben sind.

Diese prozessuale Pflicht der Behörde ist von einem materiell-rechtlichen Anspruch auf Vorlage, wie er oben abgelehnt wurde, zu unterscheiden. Akten des Auswärtigen Amtes werden in aller Regel Vorgänge enthalten, die ihrem Wesen nach geheimgehalten werden müssen. Wenn dies nach der Recht-

²²¹) BVerwGE 30, 161.

sprechung des BVerwG für Prüfungsakten²²²) und Schulkonferenzbeschlüsse²²³) gilt, so wird dieses Kriterium bei diplomatischem Schriftverkehr nahezu stets zu bejahen sein. Müßte das Auswärtige Amt die zwischen Staaten übliche Vertraulichkeit diplomatischer Kontakte brechen, so wären häufig auch Nachteile für das Wohl des Bundes — d. h. der BRD — zu befürchten, weil künftig derartige vertrauliche Verhandlungen unterbleiben würden²²⁴). Dennoch gilt es im Einzelfall abzuwägen: Es gibt zweifellos auch diplomatische Kontakte über Rechts- und Sachfragen bezüglich einzelner Personen, die nicht zu den Arcana des diplomatischen Geschäfts, sondern zu den — jeder politischen Vertraulichkeit baren — Routineangelegenheiten gehören. Für den konsularischen Dienstbereich etwa werden weit höhere Anforderungen an die Glaubhaftmachung (vgl. dazu § 294 ZPO) zu stellen sein, d. h. es muß ohne Wiedergabe des Inhalts der Akten durch konkrete Hinweise dem Richter »glaubhaft« werden, daß die Akten vertrauliche diplomatische Korrespondenzen enthalten und daß das Interesse des Rechtssuchenden an der Beibringung von Beweismitteln gegenüber dem Interesse der Allgemeinheit an der Geheimhaltung dieser Vorgänge zurückzutreten hat²²⁵).

Ob dem Rechtsschutzsuchenden dadurch ein Sonderopfer aufgebürdet wird, das ihn zum materiellen Ausgleich nach Enteignungsgrundsätzen berechtigt, mag dahinstehen (dagegen spricht, daß in keine »Rechts«position des Rechtsschutzsuchenden eingegriffen wird). Erkennt das Gericht, daß die Voraussetzungen des § 99 Abs. 1 Satz 2 VerwGO nicht glaubhaft gemacht worden sind, so muß die Behörde vorlegen. Ist umgekehrt der Weigerungs-

²²²) BVerwGE 14, 31 (2. juristische Staatsprüfung); dagegen OVG Koblenz, NJW 1968, S. 1899 = JuS 1968, S. 584 mit Nachweisen der bisherigen Rechtsprechung. Zur Begründung führt das BVerwG an, daß im Interesse der sachlichen Unabhängigkeit der Prüfer das Beratungsgeheimnis zu wahren sei, so daß Prüfungsunterlagen und interne Voten geheim bleiben müßten.

²²³) BVerwGE 15, 267 (Schulkonferenzbeschuß).

²²⁴) Ein ähnlich aufgebautes Argument wird häufig zur Vorenthaltung des Namens von geheimen Behördeninformanten verwendet, vgl. dazu die Nachweise bei Perschel, *loc. cit.*, S. 232 ff., der diese Argumentation kritisiert. In der Tat ist das Gewicht des Arguments in beiden Fällen verschieden.

²²⁵) Vgl. Eyer mann/Fröhler, § 99 Rdnr. 12; vgl. auch die Abwägung bei BVerwGE 19, 179. Perschel erreicht durch die von ihm vorgeschlagene Lösung, daß Geheimhaltung nicht als Normalfall, sondern Ausnahme angesehen werden muß (*loc. cit.*, S. 236) — ein Ergebnis, das im Prinzip ohnedies in § 99 VerwGO verankert ist —, daß die Erschwerung der Verwaltungstätigkeit kein legitimes Argument sei. Vermutlich würde er die Erschwerung in der Führung der auswärtigen Politik durch ständig prozessual gebotenen Bruch der Vertraulichkeit »allgemein in Kauf nehmen«, wie seine Kritik an dem »Diplomatenfall« des OVG Münster, Zeitschrift für Beamtenrecht 1964, S. 288, zeigt. Er verkennt dabei, daß das Wohl der BRD, welches der Gesetzgeber u. a. auch in § 96 StPO heranzieht, auch in der Abschirmung des zwischenstaatlichen Verkehrs vor ständiger innerstaatlicher Einmischung durch eine Unzahl von Verwaltungsbehörden und Gerichten besteht.

grund glaubhaft gemacht, so hat das Gericht sein Urteil nach der freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung zu fällen (§ 108 Abs. 1 VerwGO)²²⁶); es darf nicht unterstellen, daß die Schriftstücke den vom Beweisführer behaupteten Inhalt haben. Diese Folge tritt auch in Frankreich nur bei unberechtigter Weigerung der Verwaltungsbehörde ein.

3. Aktenvorlage im Zivilprozeß

Es bleibt die Frage zu beantworten, ob die Zivilgerichte, die über Amtshaftungsansprüche zu entscheiden haben, eine dem § 99 VerwGO vergleichbare prozessuale Möglichkeit besitzen. Abgesehen von der Vorlegungspflicht bei Bezugnahme (§ 423 ZPO) kann eine Vorlegungsanordnung bezüglich einzelner Urkunden (nicht der gesamten Akte!) nach § 425 ZPO nur erlassen werden, wenn ein materieller Vorlegungsanspruch nach BGB, HGB etc. besteht²²⁷). Im Amtshaftungsprozeß müssen auch öffentlich-rechtliche Ansprüche genügen (§§ 422, 429 ZPO)²²⁸). Derartige Ansprüche bestehen nur in ganz engen Grenzen; bezüglich einzelner Aktenstücke des Auswärtigen Amtes werden sie in der Regel ausscheiden. Im übrigen ist nach der Rechtsprechung des BGH der Antrag auf Beiziehung ganzer Akten kein echter Beweisantrag²²⁹).

Eine analoge Anwendung des § 99 VerwGO auf das zivilprozessuale Verfahren scheitert daran, daß der Zivilprozeß von der Verhandlungsmaxime, der Verwaltungsprozeß von dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht ist. Die Zivilgerichte können zwar, wie das BVerwG²³⁰) ausgeführt hat,

»im Rahmen ihrer Amtsobliegenheiten die Vorlage von Akten verlangen. Aber zu diesen Amtsobliegenheiten gehört es mit Rücksicht auf den Verhandlungsgrundsatz nicht, den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären. Da es hieran fehlt, sind die Zivilgerichte auch nicht befugt, von

²²⁶) Eyer mann/Fröhler, § 99 Rdnr. 15; über die entsprechenden Regelungen in anderen Staaten (insbes. Großbritannien), vgl. K. Buschbeck, Beweiserhebung und Beweislast, S. 165 f.

²²⁷) Thomas/Putzo, ZPO § 422 Anm. 2.

²²⁸) Anderer Ansicht Thomas/Putzo, *loc. cit.*; vgl. zu den Grenzen dieser Ansprüche BVerwGE 30, 156.

²²⁹) BGH, DRiZ 1963, S. 60, betraf Antrag auf Beiziehung der Akten der Straßenbauverwaltung zum Beweis der Gefährlichkeit der Unfallstelle. Der BGH sah in diesen Akten kein zulässiges Beweismittel: »Die Prozeßordnung kennt zwar den Beweis durch Urkunden, doch sind ganze Akten oder – wie hier – ganze Aktenbündel keine ›Urkunden‹, sondern Zusammenfassungen von Urkunden, internen Aufzeichnungen, Beweisstücken, Anlagen und sonstigen Sachen«. In derartigen Fällen muß der Beweisführer folglich bestimmte Aktenteile oder Urkunden angeben, die er als Beweismittel für ein bestimmtes Thema in den Prozeß einführen will.

²³⁰) BVerwGE 30, 158.

sich aus Akteninhalte in den Prozeß einzuführen und zur Grundlage ihrer Entscheidungen zu machen. Erst dem jedoch würde sich . . . ein Recht auf Akteneinsicht anschließen«.

Der Kläger in einem zivilgerichtlichen Verfahren kann demnach nur außerhalb des Verfahrens gegenüber der Verwaltung seinen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung bei der Entscheidung über die Gewährung oder Versagung von Akteneinsicht geltend machen.

Aber selbst wenn man eine analoge Anwendung des § 99 VerwGO — als besondere Ausprägung des Gebotes der Amtshilfe — für den Amtshaftungsprozeß in Erwägung zöge, stünden zumindest die schon erörterten Weigerungsgründe einer Vorlage ebenfalls im Wege. Diese Gründe könnten natürlich auch gegenüber den Zivilgerichten angeführt werden.

4. Zusammenfassung

Das französische und das deutsche Recht kommen demnach in Bezug auf die Vorlagepflicht diplomatischer Korrespondenz zu dem gleichen Ergebnis. Der Unterschied besteht nur darin, daß der deutsche Richter an gesetzliche Regelungen anknüpfen kann, der französische dagegen die Grenzen der Vorlagepflicht selbst entwickeln muß. Der Fall *Poujade* ist, soweit ersichtlich, in Frankreich der bisher einzige Fall, in dem die Vorlage diplomatischer Korrespondenzen vor dem C.E. relevant geworden ist. In der BRD hat dieses Problem in der Praxis nur vor dem BVerfG eine Rolle gespielt. Während des Konkordatsprozesses hat die Bundesregierung eine Rechtspflicht, diplomatischen Schriftwechsel dem BVerfG vorzulegen, verneint²³¹).

Literaturübersicht

- Auby, J. M.; R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Bde. 1–3 (Paris 1962) (Supplément 1970) (zitiert: *Traité*).
- Bayer, H.-W., *Der Ausschluß der Staatshaftung*, in: *Haftung des Staates*, S. 770 ff.
- Berlia, Georges, *Contribution à l'étude de la nature de la protection diplomatique*, *Annuaire français de droit international* 1957, S. 63 ff.
- Bleckmann, Albert, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge* (Berlin 1970).
- Bleckmann, Albert, *Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1966–1968*, *ZaöRV* Bd. 31, S. 271 ff.
- Bleckmann, Albert, *Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1969–1970*, *ZaöRV* Bd. 32, S. 71 ff.
- Blessin-Giessler, *Bundesentschädigungsschlußgesetz* (1967).

²³¹) Vgl. Weiss, *op. cit.*, S. 112 Anm. 255; BVerfGE 6, 323.

- Buschbeck, K., Beweiserhebung und Beweislast, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive Bd. 3, S. 157 ff. (zitiert: Beweiserhebung und Beweislast).
- Célier, M., Conclusions [im Fall *Gombert*], S. 1947. III. 89.
- Chapus, R., L'acte de gouvernement, monstre ou victime, D. 1958, chron. S. 5.
- Charles, H., «Actes rattachables» et «actes détachables» en droit administratif français (Paris 1968).
- Colliard, C. A., La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, in: L'évolution du Droit public (Mélanges Mestre) (Sirey 1956), S. 115 ff.
- Dagtolou, in: Bonner Kommentar (BK), Art. 34 (Zweitbearbeitung).
- Delius, H., Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reiches und der Länder (Berlin 1929).
- Doehring, K., Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes, Deutsches Recht und Rechtsvergleichung (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 33) (1959) (zitiert: Die Pflicht des Staates).
- Doehring, K., Die Teilung Deutschlands als Problem der Strafrechtsanwendung, Der Staat Bd. 4 (1965), S. 259 ff.
- Doehring, K.; G. Ress, Staats- und völkerrechtliche Aspekte der Berlin-Regelung (1972) (zitiert: Berlin-Regelung).
- Duez, P., Les actes de gouvernement (Paris 1935).
- Duez, P., La responsabilité de la puissance publique (1938).
- Duvergier, J. B., Collection complète des Lois, Décrets.
- Eisenmann, C., Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht, JöR Bd. 2 (1953), S. 2 ff.
- Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar) (5. Aufl. 1971).
- Favoreu, L., Du déni de justice en droit public français (Paris 1965).
- Forsthoff, E., Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. 1 (9. Aufl. 1966).
- Friedrich, R. O., Auswärtige Angelegenheiten in der deutschen Gerichtspraxis, Die Wirkungen von Regierungserklärungen im Prozeß (Heidelberg 1970) (zitiert: Auswärtige Angelegenheiten).
- Fromont, M., La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, S. 221 ff. (zitiert: La protection).
- Fromont, M., La responsabilité de l'Etat pour le comportement illégal de ses organes, in: Haftung des Staates, S. 135 ff. (zitiert: La responsabilité).
- Geck, W. K., Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht, ZaöRV Bd. 17 (1956/57), S. 476 ff.
- Gentot et Fourré, Chronique générale de jurisprudence administrative française, A.J. 1962, S. 664.
- Gerichtsschutz gegen die Exekutive – Judicial Protection against the Executive – La protection juridictionnelle contre l'exécutif, Bde. 1 und 2 Länderberichte (1969/70), Bd. 3: Rechtsvergleichung, Völkerrecht (1971) (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 52) (zitiert: Gerichtsschutz gegen die Exekutive).
- Gervais, A., Constatations et réflexions sur l'attitude du juge administratif français à l'égard du droit international, Annuaire français de droit international Bd. 11 (1965), S. 13 ff.
- Gros, A., La survivance de la raison d'Etat (1932).
- Grünwaldt, Ist der Schußwaffengebrauch an der Zonengrenze strafbar?, JZ 1966, S. 633 ff.
- Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe – Liability of the State for Illegal Conduct of its Organs – La responsabilité de l'Etat pour le comportement illégal de ses organes (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 44) (1967) (zitiert: Haftung des Staates).
- Hauelsen, F., Unterschiede zwischen Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, DVBl. 1966, S. 773 ff.
- Hauriou, M., Note, S. 1923. III. 57.

- Ipsen, H. P., Politik und Justiz – Das Problem der justizlosen Hoheitsakte (Hamburg 1937).
- Jaenicke, G., Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe (Bundesrepublik Deutschland), in: Haftung des Staates, S. 69 ff. (zitiert: Haftung).
- Jess, in: Bonner Kommentar (BK), Art. 34 (Erstbearbeitung).
- Jèze, G., Cours de droit public (1924).
- Jèze, G., Note, R.D.P. 1905, S. 89 ff.
- Jèze, G., Note, R.D.P. 1924, S. 75 ff.
- Kassimatis, G., Der Bereich der Regierung (Berlin 1967).
- Kimminich, O., Die öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, JuS 1969, S. 349 ff.
- v. Köhler, K.-H., Einsicht in Behördenakten, NJW 1956, S. 1460 ff.
- Kralik, W., Die Vorfrage im Verfahrensrecht (Wien 1953) (zitiert: Vorfrage).
- Krüger, H., Der Regierungsakt vor den Gerichten, DÖV 1950, S. 536 ff.
- de Laubadère, A., *Traité élémentaire de droit administratif* (5. Aufl. 1970) Bde. 1–3 (zitiert: *Traité*).
- Leisner, W., Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat (Berlin 1966).
- v. Mangoldt, H., Das Bonner Grundgesetz (1. Aufl. 1953).
- v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar (2. Aufl.) Bd. 1 (1957), Bd. 2 (1964).
- Mondry, B., Die öffentlichrechtliche Gefährdungshaftung in Frankreich und das Problem der Einfügung einer öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung in das deutsche System staatlicher Ersatzleistungen (1964).
- Morand, Jacqueline, La responsabilité de l'Etat français pour les dommages subis par ses ressortissants à l'étranger, A.J. 1970, S. 588.
- Odent, R., Contentieux administratif, Cours de l'Institut d'Etudes Politiques, 1965/1966.
- Ossenbühl, F., Enteignungsgleicher Eingriff und Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht, JuS 1971, S. 575 ff.
- Perrin, Georges, Réflexions sur la protection diplomatique, in: *Mélanges Marcel Bridel* (1968), S. 379 ff.
- Perschel, W., Der geheime Behördeninformant, JuS 1966, S. 231 f.
- Pohl, H., Auswanderung, Auslandsschutz und Auslieferung, in: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, hrsg. von K. Nipperdey (Berlin 1929).
- de la Pradelle, Paul (de Geouffre), *Juridiction administrative et droit international*, E.D.C.E. 1962, S. 13 ff.
- Przetacnik, F., The Protection of Individual Persons in Traditional International Law (Diplomatic and Consular Protection), *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* Bd. 21 (1971), S. 69 ff.
- Puisoye, J., Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement, A.J. 1965, S. 211 ff.
- Rasch-Patzig, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsverfahren (1962).
- Ress, G., Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1968).
- Ress, G., Gerichtlicher Rechtsschutz des Einzelnen gegen rechtswidriges Handeln der vollziehenden Gewalt, in: *Gerichtsschutz gegen die Exekutive* Band 3, S. 49 ff. (zitiert: *Gerichtlicher Rechtsschutz*).
- Richter, I., Die Grundlagen der Haftung für «faute de service» im französischen Staatshaftungsrecht (1965).
- Richter, K., Der Ausschluß der Staatshaftung nach Art. 34 GG (München 1968) (zitiert: *Der Ausschluß*).
- Rumpf, H., Regierungsakte im Rechtsstaat (1955).
- Schneider, H., Die Ablehnung eines Einbürgerungsantrages vor den Verwaltungsgerichten, in: Festgabe für A. N. Makarov, *ZaöRV* Bd. 19 (1958), S. 449 ff.
- Schneider, H., Gerichtsfreie Hoheitsakte (1951) (*Recht und Staat* H. 160/161).

- Scheuner, U., Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung, in: Reinhardt/Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums (Tübingen 1954).
- Seidl-Hohenveldern, I., Entschädigungsleistungen des Heimatstaates an durch politische Ereignisse im Ausland geschädigte Staatsangehörige, in: Beiträge aus Völkerrecht und Rechtsvergleichung (Schriftenreihe der Deutschen Gruppe der AAA, Bd. 3) (1969), S. 75 ff.
- Stassinopoulos, M., La responsabilité civile de l'Etat du fait d'actes ayant trait aux relations internationales et des actes de gouvernement en général, *Revue hellénique de droit international* Bd. 2 (1949), S. 127 ff.
- Steinberger, H., Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 12. 10. 1962, *DVBl.* 1963, S. 729 ff.
- Thomas/Putzo, *Zivilprozeßordnung, Kommentar* (3. Aufl. 1968).
- Tomuschat, C., Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1958–1965, *ZaöRV* Bd. 28 (1968), S. 48 ff., 646 ff.
- Trotobas, L., Les actes de gouvernement en matière diplomatique, *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1925, S. 342 ff.
- Virally, M., L'introuvable «acte de gouvernement», *R.D.P.* 1952, S. 317.
- Virally, M., Sur un pont aux ânes: les rapports entre Droit international et Droits internes, in: *Mélanges Rolin* (1964), S. 488 ff.
- Vogel, K., Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, S. 127 ff. (zitiert: *Der gerichtliche Rechtsschutz*).
- Waline, M., Note, *R.D.P.* 1950, S. 418.
- Weiß, S., *Auswärtige Gewalt und Gewaltenteilung* (Berlin 1971).
- Wengler, W., Entscheidungen nationaler Gerichte in völkerrechtlichen Fragen: Frankreich, *ZaöRV* Bd. 9 (1939/40), S. 678 ff.
- Wengler, W., Urteilsanmerkung, *JZ* 1967, S. 753 ff.
- Wolf, H. J., *Verwaltungsrecht* Bd. 3 (2. Aufl. 1967).

Summary

Unsatisfactory Diplomatic Protection and Liability of the State

Considerations as to the judicial protection against acts of the foreign relations power in French and German law

The extent to which the individual citizen has an enforceable right to be diplomatically protected abroad by his State depends on the different national legal systems. The same is true as regards the liability of the State for any damages which the citizen concerned may have suffered from the omission of diplomatic protection or its inefficiency. The growing mobility of nationals in a technically rapidly developing world as well as the increasing number of foreign employees and tourists should inspire all States to consider whether the existing legal position in the field of the liability of the State for any fault in the conduct of foreign affairs is still satisfactory. Moreover, there is the question whether a citizen who is refused

diplomatic protection, though possible under international law, on the basis of reasonable considerations relating to foreign policy, is not charged with a special burden for the common welfare and should not have, for this reason, a claim for compensation against his State. Admittedly, France and the Federal Republic of Germany have tried to compensate, in different ways, damages which their nationals have suffered abroad from peculiar political events as, e. g., the seizure of German property for the purpose of reparations after 1945 and the expropriation of French assets in Algeria after 1962. These were unusual situations which called for special solutions. There remains the question how the liability of the State for unsatisfactory diplomatic protection in the normal case is regulated in both States.

In the present article, the remarkable *Poujade* case of 1904 is used as a guideline for analyzing the contribution of the French Conseil d'Etat to the matter. The theory of the *actes de gouvernement* as an argument for the exclusion of certain State activities from judicial control and thus from any liability of the State is still valid. The diplomatic act (*acte diplomatique*) has proved to be a relatively stable exemption *ratione materiae* from the proceedings before the Conseil d'Etat, though there have been cases, like the *Couitéas* or the *Perruche* case, which are usually cited as exceptions. What is remarkable seems to be the trend to avoid in some extreme cases the control of diplomatic or consular action by granting a compensation on the basis of State liability without fault. In cases where special risks have been imposed on a French national in a foreign country by an act or even an omission of French authorities compensation will be adjudicated. The principle of the *égalité des citoyens devant les charges publiques* forms the basis for this — still very reluctant — development. On the other hand, the Conseil d'Etat has tried to detach those acts from the conduct of foreign relations which are more or less only of domestic relevance (*d'ordre interne*). These *actes détachables* — to which the *actes rattachables* correspond on the other side — include all the routine acts of consular administration which do not have the least relations to any foreign power. The theoretical explanation for the exemption of diplomatic acts from judicial control, based on different criteria as, e. g., the application of international law, does not cover all cases, and a more or less pragmatic approach should be preferred. As a result, in France a citizen may challenge the legality of acts or omissions of the foreign service if they do not involve direct relations with foreign powers.

The German legal system, which by constitutional provision, gives everybody the opportunity to go to the courts when his rights have been violated by a public authority (Sec. 19 para. 4 Basic Law), does neither exempt certain acts or omissions from the judicial control nor from State liability. In spite of Section 5 para. 2, of the statute concerning liability of the State for its civil servants, the liability of the State is in principle not limited. The declaration of the Chancellor of the Federal Republic that the diplomatic or consular agent has acted (while neglecting the interests of the national abroad) on the basis of political or international considerations may be challenged before the administrative courts, by the assertion that discretionary power has been exercised in violation of basic principles of law, e. g.,

the principles of equality or impartiality. In this case, but in this case only, the individual may claim compensation for damages. A liability of the State on the basis of special burdens can hardly be established for these cases under German law.

Both, the French and the German legal system, will in practice come nearly to the same results even if the German law opens the way for judicial control of the exercise of the foreign relations power. But since the sphere of discretion is extremely wide it is improbable that such liability will have practical importance. This position is strengthened by the fact that the production of documents of the foreign service within legal proceedings is very restricted, if not, as the *Poujade* case shows, practically excluded.

Georg Ress