

INHALT

Abkürzungen	XIII
Einleitung.....	1
§ 1 Die wachsende Bedeutung des Auslandsschutzes.....	1
§ 2 Untersuchungsgegenstand.....	6
Teil 1: Der völkerrechtliche Mechanismus.....	9
§ 1 Historischer Hintergrund.....	10
I. Kollisionsmechanismus im Spannungsverhältnis zwischen Gebiets- und Personalhoheit.....	10
1. Spannungsverhältnis	10
2. Personalhoheit.....	10
3. Enge Verknüpfung mit der Geschichte des Repressalwesens	11
4. Übergang zu Nationalstaaten	12
II. Der geistige Vater des diplomatischen Schutzes: Emer de Vattel	13
III. Schattenseite: Zeit der Kanonenbootdiplomatie	15
1. Übergang zur staatlichen Angelegenheit.....	15
2. Missbrauch und «Calvo-Doktrin».....	15
3. Exemplarische Fälle aus dieser Epoche	17
IV. Kodifikationsbestrebungen	18
1. In der Zeit des Völkerbundes	18
2. International Law Commission	20
§ 2 Verankerung im Wiener Recht über diplomatische und konsularische Beziehungen.....	22
I. Schutzfunktion einer diplomatischen Mission.....	22
II. Die Abgrenzung zwischen diplomatischem und konsularischem Schutz.....	22
§ 3 Die Anknüpfung an einem völkerrechtswidrigen Verhalten	26
I. Materielle Basis der Protektion.....	26
II. Der fremdenrechtliche Mindeststandard	28
III. Art des Vertragsbruchs	33
1. Self-/non self-executing.....	33
2. Bi-/multilateral.....	35
3. Erga omnes.....	35
3.1. Verpflichtungsstruktur	35

3.2. Art. 48 DARS – Ein vom diplomatischen Schutz zu unterscheidender Mechanismus sui generis?	36
4. Ius cogens als völkerrechtliche Schranke des Verzichts auf die Schutzausübung	44

§ 4 Die zwei klassischen Zulässigkeitsvoraussetzungen unter

Berücksichtigung des ILC-Entwurfs 47

I. Das Erfordernis der Staatsangehörigkeit (nationality rule) 47

1. Natürliche Personen	47
1.1. Grundsatz	47
1.2. Kontinuitätsprinzip	49
1.2.1. Ratio und Aufnahme in die DADP	49
1.2.2. Die von der ILC vorgeschlagene Ausnahme zum Kontinuitätsprinzip	52
1.3. Effektive Bindung zum Heimatstaat (genuine link)?	52
1.4. Doppel- und Mehrfachstaatsangehörigkeit	54
1.4.1. Grosszügige Lösung in Art. 6 DADP	54
1.4.2. Diplomatischer Schutz gegenüber einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit das geschädigte Individuum ebenfalls besitzt?	56
1.5. Schiffsbesatzungen	58
2. Juristische Personen	59
2.1. Geschwundene Bedeutung	59
2.2. Kodifikationsentwurf in den DADP	61
2.2.1. Nationalität von Gesellschaften	62
2.2.2. Die Ausnahme zur Inkorporation in Art. 9 DADP	63
2.2.3. Schutz der Aktionäre	63
2.2.4. Übrige juristische Personen	67

II. Die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges (local remedies rule)..... 67

1. Völkergewohnheitsrechtlicher Grundsatz	67
2. Ratio	68
3. Prozess- oder materiellrechtlicher Charakter der Regel	69
4. Wann gelten lokale Rechtsmittel als ausgeschöpft?	69
4.1. Die national vorhandenen Rechtsmittel	70
4.2. Der Streitgegenstand	71
5. Beweislast	71
6. Sonderfälle	72
6.1. Die eigentlichen Ausnahmen	72
6.1.1. Aussichtslose Rechtsmittel	73
6.1.2. Unzugänglichkeit	74
6.1.3. Unangemessene Verzögerung	75
6.2. Keine Anwendung der Regel	75
6.2.1. Verzicht	75
6.2.2. Direkte Verletzung	76
6.2.3. Fehlende Verbindung	77
6.3. Mehrere Verletzerstaaten	78

§ 5 Die Rechtsfolge	80
I. Konkrete Handlungsformen	80
1. Mittel friedlicher Streitbeilegung	80
1.1. Wahlfreiheit in breitem Spektrum	80
1.2. Diplomatischer Schutz erst bei Anrufung gerichtlicher Instanzen?	82
2. Militärische Intervention?	84
II. Wiedergutmachung	88
1. Generell	88
2. Pflicht zur Weiterleitung?	89
3. Bei gemeinsamem Vorgehen	91
§ 6 Herausforderung für den Mechanismus in jüngerer Zeit: Der Bedeutungszuwachs der Menschenrechte	94
I. Grundlegender Wandel	94
1. Materielle Überlagerung	94
2. Die partielle Völkerrechtssubjektivität des Individuums	97
2.1. Partielle Überwindung der Mediatisierung	97
2.2. Durchsetzungsdefizit	98
3. Sich aus dem Wandel ergebende Fragestellungen	99
II. Die Frage nach dem Rechtsgutsträger	100
III. Anspruch auf diplomatischen Schutz als Menschenrecht?	104
IV. Duty to protect	105
1. Zur Terminologie	105
2. Verpflichtungsschicht im internationalen Menschenrechtsschutz	106
3. Betreffend den Aufenthaltsstaat	107
4. Betreffend den Heimatstaat	108
5. Insbesondere die Berücksichtigung der Praxis des EGMR zu den «positive obligations»	111
5.1. Anspruch auf eine «fair balance»	111
5.2. Positive obligation extraterritorial und die Staatsangehörigkeit	115
V. Fortbestand des Kriteriums der Staatsangehörigkeit	116
1. Hintergrund	116
2. Die progressiven Aufweichungen der ILC	118
2.1. Staatenlose und Flüchtlinge	118
2.2. Bei erga omnes-Verletzungen?	120
3. Das Staatsangehörigkeitskriterium in der jüngeren Praxis	121
4. Würdigung	121
VI. Die Empfehlung der ILC in Art. 19 DADP	124
1. Hintergrund: Pflicht bei ius cogens-Verletzungen – Der verworfene Vorschlag Dugards	124
2. Der Kompromiss	125
VII. Konkurrenz	127
1. Individualbeschwerdeverfahren	129
1.1. Allgemein	129
1.1.1. EMRK	131
1.1.2. FP zum UN-Pakt II	132

1.2. Weiterführung eines abgeschlossenen Individualbeschwerdeverfahrens auf dem Weg des diplomatischen Schutzes?	133
1.2.1. EMRK	134
1.2.2. FP zum UN-Pakt II	137
1.3. Diplomatischer Schutz als Nachdruck bei mangelnder Umsetzung	137
1.3.1. EMRK	138
1.3.2. FP zum UN-Pakt II	139
2. Staatenbeschwerdeverfahren	140
2.1. Von den Staaten kaum genutztes Durchsetzungsmittel	140
2.2. Nutzung der Staatenbeschwerde im Rahmen des diplomatischen Schutzes	141
§ 7 Schutz gegenüber Internationalen Organisationen	143
I. Allgemein	143
1. Gestiegene Relevanz	143
2. DARIO	144
3. Unterschiede	145
4. Pendant zur functional protection	146
II. Die Rechtswegerschöpfungsregel im Kontext	147
III. Schutzmechanismus sui generis	148
Teil 2: Der Diplomatische Schutz aus der Perspektive schweizerischen Staatsrechts	151
§ 1 Das Schutz- und Treueverhältnis zwischen Staat und Bürger	152
I. Die staatliche Schutzpflicht	153
1. Allgemein	153
2. Schutz als Staatszweck	156
3. Bestandteil der Grundrechtsdogmatik	158
3.1. Funktionelle Abgrenzung zum klassischen Abwehrrecht – Schutz ist Leistung	158
3.2. Abgrenzung zu den sozialstaatlichen Leistungsrechten	160
3.3. Verhältnis zur Drittwirkungslehre	161
3.4. Primär objektivrechtliche Verpflichtung	163
3.5. Kritik an der dogmatischen Konstruktion	165
4. Der verfassungsrechtliche Aufhänger: Art. 35 BV	167
5. Die polizeiliche Generalklausel: Eine im schweizerischen Recht seit Langem anerkannte Anwendungsform der Schutzpflicht	168
6. Rechtsprechung	169
6.1. Langjährige Rechtsprechungs-tradition des Bundesgerichts in Bezug auf die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit sowie bezüglich der Glaubens- und Gewissensfreiheit	169
6.2. Entwicklung beim Schutz übriger Rechtsgüter	171
6.3. Der endgültige Durchbruch: BGE 126 II 300 (Liestaler Banntagschiessen)	175

II. Besonderheit beim diplomatischen Schutz: Extraterritorialität der Sachverhalte	176
1. Ausgangslage	176
2. Erstreckung der Schutzpflicht?	178
2.1. Anknüpfungspunkt: Personalhoheit	178
2.2. Die verfassungsrechtlich geregelte, konverse Situation: Das Gebot des non-refoulement	178
2.3. Staatstheoretischer Einwand	179
2.4. Weites Verständnis von Rechtsdurchsetzung	180
2.5. Modifikation	181
2.5.1. Erste Limitierung: Kreis der Begünstigten (nationality rule)	182
2.5.2. Zweite Limitierung: Inhaltlich	183
2.6. Auswirkung	185
2.6.1. Objektivrechtlich: Regelung	185
2.6.2. Einzelfallbezogen: Schranke des Ermessensspielraums	185
2.6.3. Keine Erfolgschaftung	186
III. Das Gegenstück: Die Treuepflicht des Bürgers	188
1. Unterlassungspflicht	189
2. Wehrpflicht	189
3. Zivile Meldepflichten	190
4. Beschränkte Steuerpflicht	190
§ 2 Anspruch?	191
I. Völkerrechtliche Maxime: Regelung den Staaten überlassen	191
II. Nach schweizerischem Recht	192
1. Historisch: Politische Diskussion in den Nachkriegsjahren	192
2. Im geschriebenen Recht	193
3. Praxis	193
4. Lehre	194
III. Exkurs: Rechtsvergleichender Blick nach Deutschland	196
1. Die Tradition des niedergeschriebenen Anspruchs in den älteren deutschen Verfassungen	196
2. Die Rechtslage nach dem Grundgesetz von 1949	198
3. Der diplomatische Schutzanspruch in der Judikatur Deutschlands	200
§ 3 Die gesetzlichen Grundlagen	204
I. Lege lata	204
II. Lege ferenda: Regelung?	206
1. Regelungsbedarf	206
1.1. Ablehnende Haltung der Exekutive	206
1.2. Der diplomatische Schutz im Spannungsverhältnis zwischen Legalitätsprinzip und Aussenpolitik	206
2. Bereich des Unnormierbaren?	208
3. Chance: Auslandschweizergesetz	209
3.1. Die parlamentarischen Vorstösse Lombardis	209

3.2. Möglichkeit der umfassenden Regelung des «Auslandsschutzes» im Bereich der Leistungen der Eidgenossenschaft.....	211
§ 4 Rechtsschutz	214
I. Interessenabwägung im Bereich weiten Ermessens.....	214
1. Notwendigkeit der Flexibilität in auswärtigen Angelegenheiten	214
2. Das Entschliessungsermessen («Ob?»).....	217
3. Das Auswahlermessen («Wie?»).....	218
4. Untermassverbot – auf Schutzpflichten adaptierte Verhältnismässigkeitsprüfung	219
4.1. Eignung.....	220
4.2. Erforderlichkeit	220
4.3. Verhältnismässigkeit im engeren Sinn.....	220
4.3.1. Seite der Individualinteressen	221
4.3.2. Die gegenüberstehenden Ausseninteressen	222
II. Der verwaltungsprozessuale Ausschluss in Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG	223
1. Prozessuales Pendant zum weiten Ermessen.....	223
2. Vorwiegend politischer Charakter?	224
3. Die Gegenausnahme des völkerrechtlichen Anspruchs.....	225
Ergebnisse	228
Teil 1.....	228
Teil 2	232
Literatur	235
Entscheide	255
Materialien.....	265