

## Das Rechtsfolgenregime des diplomatischen Schutzes unter dem Einfluss der Menschenrechte

Prof. Dr. Marten Breuer, Universität Konstanz

### I. Einleitung

In jüngster Zeit kommt es wiederholt zu Überschneidungen zwischen dem diplomatischen Schutz als einem alten völkerrechtlichen Rechtsinstitut und den Menschenrechten als einem Phänomen, das auf völkerrechtlicher Ebene überhaupt erst nach dem Zweiten Weltkrieg in Erscheinung getreten ist. Zur Illustration mögen einige wenige Beispiele genügen:

So hat Georgien im Jahr 2008 vor dem IGH Klage gegen Russland wegen Verletzung der Rassendiskriminierungskonvention<sup>1</sup> (CERD) erhoben, und zwar ausdrücklich „on its own behalf and as *parens patriae* for its citizens“.<sup>2</sup> Der Verweis auf die Stellung als „*parens patriae*“ dürfte dabei nicht anders denn als eine Berufung auf das diplomatische Schutzrecht zu verstehen sein. Während die Klage vor dem IGH an einer der von Russland erhobenen vorgängigen Einreden scheiterte,<sup>3</sup> entschied der EGMR in einer 2007 eingereichten ersten<sup>4</sup> Staatenbeschwerde (Art. 33 EMRK) zugunsten Georgiens und stellte eine Vielzahl von Konventionsverletzungen fest.<sup>5</sup> In dem Urteil aus dem Jahr 2014 wurde die Frage der von Georgien geltend gemachten gerechten Entschädigung (Art. 41 EMRK) ausdrücklich vorbehalten,<sup>6</sup> sie ist nach wie vor beim Gerichtshof anhängig. Das wiederum [325] führte in einer parallel zur Staatenbeschwerde erhobenen Individualbeschwerde dazu, dass der Gerichtshof die Frage der gerechten Entschädigung mit Rücksicht auf das noch anhängige Staatenbeschwerdeverfahren ebenfalls offen ließ.<sup>7</sup>

Neben der Georgienproblematik hat auch der Ukraine Konflikt beide Gerichte – IGH wie EGMR – erreicht. Im Falle des EGMR hat die Ukraine bislang insgesamt vier Staatenbeschwerden gegen Russland erhoben, von denen eine zwischenzeitlich zurückgenommen worden ist.<sup>8</sup> Im Januar 2017

<sup>1</sup> Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, BGBl. 1969 II 961.

<sup>2</sup> Wiedergabe des Antrags in: IGH, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011, 70, Rn. 16.

<sup>3</sup> IGH (Fn. 2), Rn. 187.

<sup>4</sup> Eine zweite Staatenbeschwerde Georgiens gegen Russland (Beschwerde-Nr. 38263/08) ist bislang nur für zulässig erklärt worden (EGMR, Entscheidung vom 13.12.2011). Eine dritte Staatenbeschwerde mit der Beschwerde-Nr. 61186/09 ist von Georgien nicht weiter verfolgt und daher vom Gerichtshof mit Entscheidung vom 16.3.2010 im Register gestrichen worden. Siehe insgesamt *O. Ichim*, Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights, 2015, S. 93 f.; *I. Risini*, Eine Annäherung der primären und sekundären Pflichten aus der EMRK. Das Urteil des EGMR zur gerechten Entschädigung in der Staatenbeschwerde Zypern gegen Türkei (IV) von 2014, EuGRZ 2014, S. 602 (603) mit Fn. 23.

<sup>5</sup> EGMR (GK), Georgien ./ Russland (I), Beschwerde-Nr. 13255/07, Urt. v. 3.7.2014.

<sup>6</sup> EGMR (Fn. 5), Rn. 240.

<sup>7</sup> EGMR, Berdzenishvili u.a. ./ Russland, Beschwerde-Nr. 14594/07 u.a., Urt. v. 20.12.2016, Rn. 148.

<sup>8</sup> Ukraine ./ Russland (I), Beschwerde-Nr. 42410/15; Ukraine ./ Russland (II), Beschwerde-Nr. 43800/14; Ukraine ./ Russland (III), Beschwerde-Nr. 49537/14; Ukraine ./ Russland (IV), Beschwerde-Nr. 20958/14; vgl. Press Release ECHR 296 (2015) vom 1.10.2015.

hat die Ukraine zudem gegen Russland Klage beim IGH eingereicht, gestützt auf eine Verletzung des Internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus<sup>9</sup> sowie – abermals – der Rassendiskriminierungskonvention.<sup>10</sup> Auch wenn eine ausdrückliche Berufung auf das diplomatische Schutzrecht in der Antragschrift fehlt, beantragt der ukrainische Staat doch jedenfalls „full reparation for all victims of the Russian Federation’s policy and pattern of cultural erasure through discrimination in Russian-occupied Crimea“,<sup>11</sup> also eine Rechtsfolge, die üblicherweise mit dem diplomatischen Schutz verbunden ist.

Beide Beobachtungen – die zunehmende Bedeutung der Menschenrechte in Verfahren vor dem IGH wie die Zunahme an Staatenbeschwerden vor dem EGMR – sind eher ungewöhnliche Phänomene. Der IGH ist in erster Linie ein Staatengericht (Art. 34 IGH-Statut). So verwundert es denn auch nicht, dass Bruno Simma, selbst ehemals Richter beim IGH, bei diesem zunächst eine zögerlich-abwehrende Haltung gegenüber menschenrechtlichen Fragestellungen diagnostiziert, die sich in jüngerer Zeit nach seiner Wahrnehmung allerdings im Sinne einer zunehmenden Öffnung wandelt.<sup>12</sup> Im Falle des EGMR spielte die Staatenbeschwerde bis in die jüngste Vergangenheit hinein eine gänzlich untergeordnete Rolle. Das vermehrte Auftreten derartiger Verfahren ist dabei zugleich Krisensymptom und stellt den Gerichtshof angesichts der Komplexität derartiger Verfahren<sup>13</sup> zunehmend vor Kapazitätsprobleme. **[326]**

Die nachfolgenden Ausführungen widmen sich dem Schnittbereich von diplomatischem Schutz und Menschenrechten unter einem ganz bestimmten Aspekt, nämlich dem der Rechtsfolgen. In der Literatur wurde der Einfluss der Menschenrechte auf den diplomatischen Schutz unter verschiedenen Aspekten behandelt, die Rechtsfolgen des diplomatischen Schutzes wurden dabei bislang eher selten thematisiert. Allerdings gibt es, wie noch zu zeigen sein wird, durchaus Entwicklungen in der Judikatur von IGH und EGMR, die ein Nachdenken über diese Frage nahelegen. Die Fragestellung wird im Folgenden in drei Schritten entfaltet: Zunächst geht es darum, die dogmatische Struktur von diplomatischem Schutz (II.) wie Menschenrechtsschutz (III.) näher zu konturieren, bevor dann der eigentliche Schnittbereich der Rechtsfolgen in den Blick genommen werden kann (IV.).

## II. Dogmatische Struktur des diplomatischen Schutzes

Die diplomatische Schutzgewährung ist, wie erwähnt, ein altes völkerrechtliches Rechtsinstitut. Seine Ursprünge lassen sich bis zu Emer de Vattel, einem der Gründungsväter des heutigen Völkerrechts, zurückverfolgen, bei dem es bereits heißt: „Wer einen Bürger schlecht behandelt, verletzt indirekt den Staat als Schutzherrn dieses Bürgers. Der Souverän dieses Bürgers hat das Unrecht zu rächen, den Angreifer, wenn möglich, zu einer vollen Wiedergutmachung zu zwingen oder ihn zu bestrafen,

---

<sup>9</sup> BGBl. 2003 I 1923.

<sup>10</sup> Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Klageschrift vom 16.1.2017 (verfügbar unter <<http://www.icj-cij.org/>>).

<sup>11</sup> Klageschrift (Fn. 10), Rn. 138 lit. k.

<sup>12</sup> B. Simma, Mainstreaming Human Rights: The Contribution of the International Court of Justice, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), S. 7 (9 ff., 18 ff.).

<sup>13</sup> Gerade in den genannten kriegerischen Fällen liegt die besondere Komplexität der Verfahren auf der Hand, im Fall Georgien ./.. Russland (I) (Fn. 5) ist zudem eine Zeugeneinvernahme durch den EGMR erfolgt, was heutzutage absolut unüblich ist.

da sonst der Bürger nicht das Hauptziel der bürgerlichen Gemeinschaft erreichen würde, das in der Sicherheit besteht.“<sup>14</sup>

Dem entstehungszeitlichen Zusammenhang verdankt der diplomatische Schutz sein wesentliches Gepräge. Die tatbestandliche Struktur ist dabei vergleichsweise einfach: Verletzt ein Staat den Angehörigen eines anderen Staates in völkerrechtlich geschützten Rechten, so ist der Heimatstaat des verletzten Individuums berechtigt, gegenüber dem Verletzerstaat diplomatisch zu intervenieren. Dies allerdings nur unter zwei einschränkenden Voraussetzungen: Das verletzte Individuum muss nicht nur im Zeitpunkt der Verletzungshandlung, sondern auch im Zeitpunkt der Geltendmachung des diplomatischen Schutzes die Staatsangehörigkeit des Heimatstaates besitzen (sog. nationality rule). Zum anderen ist der Heimatstaat grundsätzlich erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs durch das Individuum im Verletzerstaat berechtigt, diplomatischen Schutz auszuüben (sog. local remedies rule). Die Struktur des diplomatischen Schutzes ist da-[327]mit eine dreigliedrige (Verletzung des Völkerrechts – fortdauernde Staatsangehörigkeit des Heimatstaates – Rechtswegerschöpfung).<sup>15</sup>

In dem erwähnten Zitat ging de Vattel noch davon aus, der Heimatstaat des Verletzten sei zur Schutzgewährung verpflichtet („Der Souverän dieses Bürgers hat das Unrecht zu rächen ...“). Mit dieser Position hat er sich nicht durchzusetzen vermocht. Nach heutigem Verständnis regelt das Völkerrecht nur das Recht auf diplomatische Schutzgewährung, nicht auch eine dahingehende Verpflichtung. Im Übrigen freilich stimmt die Vattel'sche Konstruktion bereits in bemerkenswerter Weise mit der heutigen völkerrechtlichen Praxis überein. Das betrifft vor allem zwei Aspekte, nämlich (1.) dass mit dem diplomatischen Schutz auf eine vorausgegangene Völkerrechtsverletzung reagiert wird und dass (2.) diese Völkerrechtsverletzung dem Heimatstaat des betroffenen Individuums gegenüber erfolgt ist.

#### 1. Diplomatischer Schutz im engeren und im weiteren Sinne

Beide Aspekte sind in der heutigen Diskussion freilich nicht unbestritten. So wird der Begriff des diplomatischen Schutzes teilweise in einem umfassenderen Sinne gebraucht, der nicht nur die Reaktion auf ein bereits geschehenes Unrecht, sondern auch präventive Maßnahmen zu dessen Vermeidung mit einschließt.<sup>16</sup> Aus Gründen der dogmatischen Klarheit erscheint es indes vorzugswürdig, sich dem engeren Begriffsverständnis anzuschließen.<sup>17</sup> Indem man den Begriff des diplomatischen Schutzes in diesem Sinne beschränkt, verortet man das Rechtsinstitut im Bereich der Staatenverantwortlichkeit. Ein großes Verdienst der 2001 von der International Law Commission (ILC) verabschiedeten Artikel über die Staatenverantwortlichkeit<sup>18</sup> besteht darin, klar zwischen völkerrechtlichen Primär- und Sekundärpflichten unterschieden zu haben. Bei den Primärpflichten

---

<sup>14</sup> E. de Vattel, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle* 1758, Buch II § 71 (deutsche Übersetzung von W. Euler), 1959, S. 217.

<sup>15</sup> Statt vieler C. F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, 2008, S. 23 ff.; J. Dugard, *Diplomatic Protection*, R. Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rn. 18 ff. (Mai 2009), m.w.N.

<sup>16</sup> In diesem Sinne L. Condorelli, *L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique*, in: J.-F. Flauss (Hrsg.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, 2003, S. 3 (7 ff.).

<sup>17</sup> Ebenso V. Pergantis, *Towards a "Humanization" of Diplomatic Protection?*, *ZaöRV* 66 (2006), S. 351 (359 ff.), zum Zusammenhang zwischen diplomatischem Schutz und Staatenverantwortlichkeit auch A. Vermeer-Künzli, *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, *EJIL* 18 (2007), S. 37 (50).

<sup>18</sup> A/RES/56/83, Annex.

handelt es sich um (Verhaltens-)Anforderungen an die Staaten, während die Sekundärpflichten die Rechtsfolgen regeln, die sich aus der Verletzung einer Primärpflicht ergeben.<sup>19</sup> Der diplomatische Schutz (im engeren Sinne) ist **[328]** dem Bereich des „Verletzungsreaktionsrechts“<sup>20</sup> zuzurechnen, stellt allerdings nicht den materiellen Reaktionsanspruch als solchen dar, sondern betrifft lediglich die Modalität seiner Geltendmachung. Vermutlich aus diesem Grund ist er in den 2001er Artikeln nicht mit geregelt worden.<sup>21</sup>

## 2. Staat oder Individuum als Verletzter?

In dem zweiten Punkt, der Frage nach dem in seinen Rechten Verletzten, wirkt sich der entstehungsgeschichtliche Zusammenhang des diplomatischen Schutzes ganz besonders aus. Bekanntlich wurde das Völkerrecht bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts hinein begriffen als das Recht, das zwischen den Staaten – den „geborenen“ Völkerrechtssubjekten – gilt. Für völkerrechtlich begründete Rechte des Individuums war in dem Denken dieser Zeit kein Platz.<sup>22</sup> Das schlägt sich auch im Institut des diplomatischen Schutzes nieder: Bei natürlicher Betrachtung ist die Verletzungshandlung dem Individuum gegenüber begangen worden. Da für dieses im traditionellen völkerrechtlichen Denken jedoch kein Raum war, bediente man sich einer Fiktion. Verletzt wird danach der Heimatstaat des Individuums, und zwar in seinem Recht auf Wahrung des Völkerrechts in der Person seines Staatsangehörigen. Hier wird die klassische völkerrechtliche Funktionsweise deutlich, der zufolge das Individuum nicht selbst die völkerrechtliche Ebene betreten kann, sondern nur in der Mediatisierung durch seinen Heimatstaat. Erst in dem Moment, in dem sich der Heimatstaat der Rechte seines Angehörigen annimmt, wird aus einem zunächst rein innerstaatlichen Fall ein völkerrechtlicher. Und diese Konstruktion wiederum wirkt sich auf das Verständnis des in seinen Rechten Verletzten aus: Wie schon der Ständige Internationale Gerichtshof (StIGH) ausgeführt hat, macht der Staat mit der Ausübung diplomatischen Schutzes ein eigenes Recht geltend. So formulierte der Gerichtshof in dem bekannten Mavrommatis-Fall: „By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action ... on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law“.<sup>23</sup>

### **[329]**

Der fiktionale Charakter dieser Konstruktion ist in der Literatur wiederholt kritisiert worden. Karl Doehring beispielsweise meinte, im Falle der willkürlichen Tötung eines Menschen oder der Folter „verbiete[...] es sich, nur den Heimatstaat als verletztes Rechtssubjekt anzusehen“.<sup>24</sup> Sein Vorschlag

---

<sup>19</sup> Hierzu *E. David*, Primary and Secondary Rules, in: J. Crawford u.a. (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, 2010, S. 27 ff.

<sup>20</sup> Der Begriff ist der staatshaftungsrechtlichen Diskussion in Deutschland entlehnt, vgl. *W. Höfling*, Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2. Aufl. 2013, § 51.

<sup>21</sup> Vgl. *A. Pellet*, The ILC's articles on State responsibility for internationally wrongful acts and related texts, in: J. Crawford u.a., *The Law of International Responsibility*, 2010, S. 75 (88).

<sup>22</sup> Paradigmatisch *L. Oppenheim*, *International Law*, vol. I: Peace, 1905, S. 346: „[The so-called rights of mankind] do not in fact enjoy any guarantee whatever from the Law of Nations, and they cannot enjoy such a guarantee, since the Law of Nations is a law between States, and since individuals cannot be subjects of this law.“

<sup>23</sup> StIGH, *The Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment of 30 August 1924 (Objection to the Jurisdiction of the Court), Series A No 2, S. 12.

<sup>24</sup> *K. Doehring*, Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz eingefordert wird, um ein solches, das dem die Protektion ausübenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung von Rechten des

ging dahin, zwischen absolut garantierten Menschenrechten und dispositivem Recht zu differenzieren und nur im erstgenannten Fall einen völkerrechtlichen Wiedergutmachungsanspruch des Individuums anzuerkennen. Bei völkerrechtlichen Verträgen mit self-executing-Wirkung bestünden zwei Ansprüche nebeneinander.<sup>25</sup>

Besonders zentral erscheint die Kritik am fiktionalen Charakter des diplomatischen Schutzes bei Annemarieke Vermeer-Künzli. Dabei hebt die Autorin auf die vorstehend schon herausgearbeitete Differenzierung zwischen völkerrechtlichen Primär- und Sekundärpflichten ab und führt aus: „This distinction is relevant with respect to the legal fiction in diplomatic protection since it is exactly through the operation of the fiction that a state has the right to espouse a claim (a secondary rule) based on injury to an individual national arising out of the violation of a right under international law of this individual (a primary rule). The fiction thus facilitates the transformation from a primary rule into a secondary rule. [...] this supports the position that the state is in reality not claiming its own right but only exercises a secondary right [...]“<sup>26</sup>

Doch ist dem wirklich so? Kann man ganz allgemein davon ausgehen, dass es sich beim verletzten Primärrecht stets um eine Rechtsposition handele, die kraft Völkerrechts dem Individuum zusteht? In einem System, in dem die Staaten nach wie vor die „geborenen“ Völkerrechtssubjekte bilden und Individuen lediglich über „partielle“ Völkerrechtssubjektivität verfügen, wird man eine derart allgemeine Aussage so nicht treffen können.<sup>27</sup> Vielmehr muss man differenzieren: Dort, wo völkerrechtlich menschenrechtliche Gewährleistungen gelten, verfügt das Individuum in der Tat über einen entsprechenden primärrechtlichen Anspruch (dazu sogleich unter III.). Wo dies nicht der Fall ist, also im Bereich des allgemeinen Fremdenrechts, bezeichnet die Mavrommatis-Formel hingegen das verletzte Primärrecht erstaunlich genau, nämlich als „right to ensure, in the person of its sub-**[330]**jects, respect for the rules of international law“. Um eine Fiktion handelt es sich dabei nur mit Rücksicht auf die natürliche Betrachtungsweise, bei der selbstverständlich die Verletzung des Individuums im Vordergrund steht. Rechtsdogmatisch betrachtet handelt es sich hingegen durchaus nicht um eine Fiktion,<sup>28</sup> sondern lediglich um die Konsequenz aus der traditionellen Konstruktion des Völkerrechts.

Die hier erörterten Überlegungen haben auch die ILC bei ihrer Befassung mit der Thematik des diplomatischen Schutzes beschäftigt. Schon der erste Berichterstatter, Mohammed Bennouna, hatte auf das Problem hingewiesen.<sup>29</sup> Sein Nachfolger, der Südamerikaner John Dugard, verstand den diplomatischen Schutz gar in erster Linie als ein Instrument zur Durchsetzung der Menschenrechte und wollte ihn hierfür nutzbar machen.<sup>30</sup> Die Diskussion hierüber wurde in der ILC zweimal geführt,

---

betroffenen Individuums?, in: G. Ress/T. Stein (Hrsg.), *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht*, 1996, S. 13 (15).

<sup>25</sup> Doehring (Fn. 24), S. 20.

<sup>26</sup> Vermeer-Künzli (Fn. 17), EJIL 18 (2007), S. 37 (48 f.).

<sup>27</sup> Zur nach wie vor partiellen Völkerrechtspersönlichkeit von Individuen im Zusammenhang mit diplomatischer Schutzgewährung vgl. auch G. Distefano, *The position of individuals in public international law through the lens of diplomatic protection: the principle and its transfiguration*, in: R. Kolb (Hrsg.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, 2013, S. 65 ff.

<sup>28</sup> Dagegen ebenfalls E. Klein, *Völkerrechtliche Grenzen des staatlichen Verzichts auf diplomatischen Schutz*, in: P.-M. Dupuy u.a. (Hrsg.), *Völkerrecht als Wertordnung. Festschrift für Christian Tomuschat*, 2006, S. 361 (365).

<sup>29</sup> Vgl. M. Bennouna, *Preliminary report on diplomatic protection*, 50. Sitzung der ILC, A/CN.4/484, Rn. 2; siehe auch ders., *La protection diplomatique, un droit de l'état ?*, in: *Peace, Development, Democracy*. Boutros Boutros-Ghali *Amicorum Discipulorumque Liber*, Vol. I, 1998, S. 245 ff.

<sup>30</sup> Vgl. J. Dugard, *First report on diplomatic protection*, 52. Sitzung der ILC, A/CN.4/506 and Add. 1, Rn. 29.

einmal zu Beginn der Beratungen, die in einem ersten Artikelentwurf aus dem Jahr 2004 mündeten, dann – insbesondere auf Betreiben der italienischen Regierung<sup>31</sup> – in der zweiten Runde, die 2006 mit Vorlage der Draft Articles on Diplomatic Protection<sup>32</sup> endete. Die Draft Articles sind 2007 als Annex zu einer Resolution der UN-Generalversammlung verabschiedet worden,<sup>33</sup> besitzen also – ebenso wie die Artikel zur Staatenverantwortlichkeit – als solche keine Rechtsverbindlichkeit, sondern sind dem Bereich des soft law zuzurechnen. Die Frage der Überführung in einen verbindlichen völkerrechtlichen Vertrag ist nach wie vor offen.<sup>34</sup>

Vergleicht man die 2004er und die 2006er Fassungen der Draft Articles miteinander, fällt ein bemerkenswerter Unterschied auf: Während die Fassung aus dem Jahr 2004 in Art. 1 noch klar auf der Mavrommatis-Formel des StIGH basiert,<sup>35</sup> fehlt in der 2006er Fassung ein entscheidendes Element, nämlich die Geltendmachung des eigenen Rechts durch den Staat. **[331]** Vielmehr heißt es dort nur mehr: „For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility“. Die Rede ist hier von dem gegenüber einer natürlichen oder juristischen Person begangenen völkerrechtswidrigen Akt, was der natürlichen Betrachtungsweise wesentlich näher kommt als die bisherige Formulierung von der Verletzung des Völkerrechts in der Person des eigenen Staatsangehörigen. Hat sich die ILC durch die Umformulierung also den menschenrechtlichen Impetus John Dugards zu eigen gemacht? Ein Blick in den Kommentar zu Art. 1 belegt, dass dies nicht der Fall war. Dort heißt es: „Draft article 1 is formulated in such a way as to leave open the question whether the State exercising diplomatic protection does so in its own right or that of its national – or both“.<sup>36</sup>

Bei der Bewertung von Art. 1 Draft Articles on Diplomatic Protection ist daher eine gewisse Zurückhaltung angebracht. Insbesondere sollte die Tatsache, dass sich der IGH in seiner jüngeren, sogleich noch näher darzustellenden Rechtsprechung auf Art. 1 Draft Articles gestützt hat,<sup>37</sup> nicht im Sinne einer vollständigen Neukonzeption des diplomatischen Schutzes überbewertet werden.<sup>38</sup> Der IGH hat 1955 im Fall Nottebohm zunächst die Mavrommatis-Formel übernommen,<sup>39</sup> was die Vermutung ihrer Fortgeltung nahelegt, zumal die Draft Articles ein solches Verständnis jedenfalls nicht generell ausschließen. Durch seine Hinwendung zur Formulierung des Art. 1 Draft Articles on Diplomatic Protection hat der IGH allerdings deutlich gemacht, dass eine Geltendmachung von menschenrechtlichen Gewährleistungen im Gewande des diplomatischen Schutzes nicht von

---

<sup>31</sup> Vgl. A. Vermeer-Künzli, Diallo and the Draft Articles: The Application of the Draft Articles on Diplomatic Protection in the Ahmadou Sadio Diallo Case, LJIL 20 (2007), S. 941 (944) m.w.N.

<sup>32</sup> ILC Report, A/61/10, 2006, Rn. 49.

<sup>33</sup> A/RES/62/67, Annex.

<sup>34</sup> Zuletzt A/RES/71/142.

<sup>35</sup> „Diplomatic protection consists of resort to diplomatic action or other means of peaceful settlement by a State adopting in its own right the cause of its national in respect of an injury to that national arising from an internationally wrongful act of another State“, ILC Report A/59/10, Rn. 59.

<sup>36</sup> Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, ILC Yearbook 2006, Vol. II (2), S. 23 (27); krit. hierzu Vermeer-Künzli (Fn. 17), EJIL 18 (2007), S. 37 (60).

<sup>37</sup> Unten im Text bei Fn. 70.

<sup>38</sup> Tendenziell anders Vermeer-Künzli (Fn. 31), LJIL 20 (2007), S. 941 (943 f.).

<sup>39</sup> IGH, Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955, ICJ Reports 1955, S. 4 (24).

vornherein ausgeschlossen ist.<sup>40</sup> Welche Konsequenzen sich daraus ergeben, wird weiter unten zu erörtern sein. **[332]**

### III. Dogmatische Struktur des internationalen Menschenrechtsschutzes

Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs hat das Völkerrecht einen epochalen Wandel durchgemacht. Auslöser hierfür waren die unvorstellbaren Gräueltaten, die zwischen 1933 und 1945 vor allem im deutschen Namen verübt worden waren. In der Folge kam es zur Herausbildung des internationalen Menschenrechtsschutzes.<sup>41</sup> Anders als im Fall des diplomatischen Schutzes bedarf es hier keiner (wie auch immer zu qualifizierenden) Fiktion mehr, um individuelle Belange auf völkerrechtlicher Ebene geltend zu machen. Das Individuum selbst ist Träger unmittelbar durch das Völkerrecht verliehener Menschenrechte. Das wird dort besonders deutlich, wo dem Individuum eigene „Klagerechte“ auf völkerrechtlicher Ebene eingeräumt worden sind, wie beispielsweise in der EMRK seit dem Inkrafttreten von Protokoll Nr. 11 (Art. 34 EMRK).<sup>42</sup> Soweit ein menschenrechtlicher Vertrag keine eigenen Klagerechte vorsieht, steht dies zwar einem Rückschluss im Sinne von „ubi actio, ibi ius“ entgegen, nicht hingegen der Existenz völkerrechtlicher Individualrechte schlechthin.<sup>43</sup> Vielmehr kommt es dann entscheidend auf die Auslegung des betreffenden Vertrags an, und hier machen die menschenrechtlichen Verträge bereits von ihrem Wortlaut her<sup>44</sup> mehr als deutlich, dass keine bloßen Staatenpflichten begründet werden sollen. In der Konsequenz ist der Einzelmensch zu einem – freilich nur partiellen – Völkerrechtssubjekt geworden: Immer dort, wo völkerrechtlich Menschenrechte gewährt werden, ist das Individuum partielles Völkerrechtssubjekt. **[333]**

Der internationale Menschenrechtsschutz unterscheidet sich noch in einem weiteren Punkt fundamental vom Institut des diplomatischen Schutzes: Die Menschenrechte stehen dem Individuum nicht aufgrund seiner Zugehörigkeit zu irgendeinem Heimatstaat zu. Vielmehr besitzt es die Menschenrechte um seiner selbst willen, allein aufgrund seines Menschseins.<sup>45</sup> Damit wird eine etliche Jahrhunderte währende philosophische Entwicklung aufgegriffen, die im innerstaatlichen

---

<sup>40</sup> Ähnlich *K. Schmalenbach*, Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo), in: R. Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rn. 12 (August 2010).

<sup>41</sup> Vgl. die Darstellung bei *E. Bates*, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, 2010, S. 33 ff.; allgemein *A. H. Robertson/J. G. Merrills*, *Human Rights in the World*, 3. Aufl. 1989; *C. Tomuschat*, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, 3. Aufl. 2014; *D. L. Shelton*, *Advanced Introduction to International Human Rights Law*, 2014.

<sup>42</sup> Vgl. *J. Meyer-Ladewig*, *Der neue ständige Europäische Gerichtshof für Menschenrechte*, NJW 1999, S. 1165; *V. Schlette*, *Das neue Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention. Zur Reform des Kontrollmechanismus durch das 11. Protokoll*, ZaöRV 56 (1996), S. 905 (941 f.); *C. Tomuschat*, *Individueller Rechtsschutz: das Herzstück des „ordre public européen“ nach der Europäischen Menschenrechtskonvention*, EuGRZ 2003, S. 95 (97 f.).

<sup>43</sup> Vgl. *M. Breuer*, *Die Begründung individueller Rechte in völkerrechtlichen Verträgen nichtmenschlicher Art*, in: G. H. Gornig u.a. (Hrsg.), *Iustitia et Pax. Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz*, S. 87 (100); *K. Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2004, Rn. 246 f.; *O. Dörr*, „Privatisierung“ des Völkerrechts, JZ 2005, S. 905 (906).

<sup>44</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 IPBPR: „Jeder Mensch hat ein angeborenes Recht auf Leben.“; Art. 7 IPBPR: „Niemand darf der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden.“ Die Möglichkeit zur Individualbeschwerde (in Form von „communications“) wird lediglich im (Ersten) Fakultativprotokoll zum IPBPR begründet.

<sup>45</sup> Zu diesem Unterschied eingehend *A. Vermeer-Künzli*, *Diplomatic Protection as a Source of Human Rights Law*, in: D. Shelton (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, 2013, S. 250 (254 ff.).

Raum zur Herausbildung der Grundrechte, auf völkerrechtlicher Ebene zum Institut eben des internationalen Menschenrechtsschutzes geführt hat.<sup>46</sup>

## 1. Die Doppelstruktur menschenrechtlicher Verträge

Betrachtet man die menschenrechtlichen Verträge genauer, so weisen diese eine Doppelstruktur auf: Zum einen versprechen darin die Vertragsstaaten den ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Individuen, die gewährleisteten Menschenrechte – etwa: das Folterverbot – zu achten (z.B. Art. 7 IPBPR, Art. 3 EMRK). Darüber hinaus handelt es sich aber auch um „gewöhnliche“ multilaterale völkerrechtliche Verträge. Die Vertragsstaaten sichern daher nicht allein den Individuen, sondern auch allen anderen Vertragsparteien die Einhaltung der Menschenrechte zu. Dieser Aspekt wird aus naheliegenden Gründen häufig vernachlässigt, da in einer traditionell staatenbasierten Rechtsordnung die Verleihung völkerrechtlicher Rechtspositionen an Individuen das wesentlich bemerkenswertere Phänomen ist. Doch lassen sich durchaus Belege für die Doppelstruktur finden.

So heißt es im Kommentar der ILC zu den Artikeln über die Staatenverantwortlichkeit: „[...] a State’s responsibility for the breach of an obligation under a treaty concerning the protection of human rights may exist *towards all the other parties to the treaty*, but the individuals concerned should be regarded as the ultimate beneficiaries and in that sense as the holders of the relevant rights“.<sup>47</sup> Auch die Rechtsprechung des EGMR bietet Ansätze für die Doppelstruktur menschenrechtlicher Verträge. So führte der EGMR bereits im Jahr 1978 aus: „Unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between contracting States. It creates, *over and above a network of mutual, bilateral undertakings*, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a ‘collective enforcement’. By virtue of Article 24<sup>48</sup>, the Convention allows Contracting States to require the observance of those obligations without having to justify an interest deriving, for example, from the fact that a measure they complain of has prejudiced one of their own nationals.“<sup>49</sup>

Ihren sinnfälligen Ausdruck findet die erwähnte Doppelstruktur menschenrechtlicher Verträge zudem in den Verfahren, die zur Einhaltung der vertraglichen Gewährleistungen geschaffen worden sind. Auch wenn sich die Ausgestaltung im Detail zwischen den verschiedenen Verträgen in vielerlei Hinsicht unterscheidet, so kennen menschenrechtliche Verträge doch typischerweise (jedenfalls<sup>50</sup>) zwei Instrumente, nämlich die Individual- und die Staatenbeschwerde.<sup>51</sup> Bei der Individualbeschwerde wird die partielle Völkerrechtssubjektivität des Einzelmenschen offensichtlich: Das Individuum kann hier die vertraglich gewährten Individualrechte vor einer internationalen Instanz selbst durchsetzen. Bei der Staatenbeschwerde hingegen wird deutlich, dass die

---

<sup>46</sup> Vgl. statt vieler *H. Hofmann*, Zur Herkunft der Menschenrechtserklärungen, JuS 1988, S. 841 ff.

<sup>47</sup> Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, ILC Yearbook 2001, Vol. II (2), Art. 33 Rn. 3 (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>48</sup> Heute Art. 33 EMRK.

<sup>49</sup> EGMR, Irland ./ Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 5310/71, Urt. v. 18.1.1978, Rn. 239 (Hervorhebung vom Verfasser).

<sup>50</sup> Daneben ist noch das Instrument der Staatenberichte zu nennen. Zudem haben die menschenrechtlichen monitoring bodies mit den sog. General Comments ein Instrument geschaffen, das zwar keinen Überwachungsmechanismus im eigentlichen Sinne darstellt, den Staaten jedoch Leitlinien für die Erfüllung ihrer menschenrechtlichen Verpflichtungen geben soll; vgl. hierzu *E. Klein/D. Kretzmer*, The UN Human Rights Committee: The General Comments – The Evolution of an Autonomous Monitoring Instrument, in: GYIL 58 (2015), S. 189 ff.

<sup>51</sup> Vgl. nur *T. Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz, 3. Aufl. 2016, §§ 26, 27.

menschenrechtlichen Gewährleistungen auch zwischen den Staaten geschuldet sind. Dabei ist – anders als beim diplomatischen Schutz! – nicht einmal erforderlich, dass der verletzte Einzelmensch überhaupt die Nationalität des Staates besitzt, der die Staatenbeschwerde erhebt. Ebendies ist die Konsequenz des radikal menschenrechtlichen Ansatzes, bei dem Rechte nicht um einer Nationalität willen, sondern allein aufgrund des Menschseins verliehen werden.

In der Praxis finden sich allerdings Fälle derart „fremdnütziger“ Geltendmachung von Menschenrechten im Staatenbeschwerdeverfahren ausgesprochen selten. Angesichts der diplomatischen Verwerfungen, die die Erhebung einer Staatenbeschwerde typischerweise mit sich bringt, sind die Staaten beim Gebrauch dieses Instruments sehr zurückhaltend.<sup>52</sup> Das erklärt, warum auf internationaler Ebene noch überhaupt keine Staatenbeschwerde erhoben worden ist. Auf regionaler Ebene wie etwa im Bereich der EMRK ist das Bild zwar etwas anders, auch hier machen die Staatenbeschwerden jedoch im Vergleich zu den Individualbeschwerden einen win-**[335]**zigen Bruchteil aus. Die Bereitschaft, gar für nicht-eigene Staatsangehörige dieses problematische Instrument zu nutzen, ist dementsprechend gering und am ehesten in Fällen zu erwarten, in denen ein Staat etwa in massiver Weise gegen die Grundwerte des Europarates verstoßen und sich klar außerhalb der europäischen Wertordnung positioniert hat. Beispiele hierfür waren die Staatenbeschwerden gegen Griechenland<sup>53</sup> sowie die Türkei<sup>54</sup>, die jeweils nach einem Militärputsch erfolgten. Formal „fremdnützig“ war ebenfalls die Staatenbeschwerde Österreichs gegen Italien im sog. Pfunders-Fall,<sup>55</sup> der die Verurteilung von Angehörigen der deutschsprachigen Minderheit in Südtirol zum Gegenstand hatte. Auch wenn Österreich hier zugunsten von Individuen mit italienischer Staatsangehörigkeit einschritt, handelte es sich aufgrund der Zugehörigkeit zur deutschsprachigen Minderheit in der Sache um einen Grenzfall. Derlei Überlegungen betreffen freilich allesamt das politische Kalkül des Für und Wider eines Staatenbeschwerdeverfahrens. Dogmatisch steht außer Zweifel (die gegen Griechenland und die Türkei eingelegten Staatenbeschwerden belegen dies), dass es sich bei den Menschenrechten – nach dem vielzitierten Diktum des IGH im Barcelona Traction-Fall – um Rechte handelt, „[i]n view of the importance of [which] all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.“<sup>56</sup>

## 2. Überschneidungen von Menschenrechten und diplomatischem Schutz

Auch wenn es für die Geltendmachung menschenrechtlicher Gewährleistungen im Staatenbeschwerdeverfahren also nicht zwingend erforderlich ist, dass die Voraussetzungen des

---

<sup>52</sup> I. *Risini*, The inter-State application under the European Convention on Human Rights: more than diplomatic protection, in: N. Weiß/J.-M. Thouvenin (Hrsg.), *The Influence of Human Rights on International Law*, 2015, S. 69 (71) spricht treffend von einem „marked lack of enthusiasm of States for addressing (alleged) human rights violations by offending states in terms of formal legal claims under the inter-State mechanism“.

<sup>53</sup> Dänemark, Norwegen, Schweden und die Niederlande ./ Griechenland (I), Beschwerde Nr. 3321/67, 3322/67, 3323/67 und 3344/67, *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 11 (1968), S. 690; Dänemark, Norwegen und Schweden ./ Griechenland (II), Beschwerde Nr. 4448/70, *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 13 (1970), S.109.

<sup>54</sup> Beschwerde Nr. 9940-9944/82, *Decisions and Reports* 35 (1983), S. 143.

<sup>55</sup> EKMR, Österreich ./ Italien, Entscheidung vom 11.1.1961, *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 4 (1961), S. 116.

<sup>56</sup> IGH, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, *ICJ Reports* 1970, S. 3, Rn. 33; siehe J. *Meyer-Ladewig/A. Kulick*, in: Meyer-Ladewig u.a. (Hrsg.), *EMRK*, 4. Aufl. 2017, Art. 33 Rn. 2; *Pergantis* (Fn. 17), *ZaöRV* 66 (2006), S. 351 (362 ff.); W. A. *Schabas*, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, 2015, S. 725; D. *Shelton*, *Remedies in International Human Rights Law*, 3. Aufl. 2015, S. 59.

diplomatischen Schutzes erfüllt sind, so ist es doch keineswegs ausgeschlossen, dass menschenrechtlicher und diplomatischer Schutz einander überschneiden. Gewiss betreffen Staatenbeschwerden oftmals massenhafte oder systemische Defizite, so dass eine Identifizierung der konkret Betroffenen schwer fallen mag. Andererseits gibt es aber auch Fälle wie beispielsweise den vorstehend erwähnten **[336]** Pfunders-Fall, in dem die betroffenen Individuen sogar namentlich aufgeführt sind,<sup>57</sup> so dass an einer mittelbaren Geltendmachung individueller Belange durch den beschwerdeführenden Staat keine Zweifel bestehen. In der historischen Rückschau wird sogar noch deutlicher, dass die Staatenbeschwerde eine Ersatzfunktion für die Individualbeschwerde erfüllen kann. Nach der ursprünglichen Konzeption der EMRK war nämlich die Staatenbeschwerde das einzige zwingend vorgeschriebene Verfahren (Art. 24 EMRK a.F.), während die Individualbeschwerde fakultativ ausgestaltet war und von einer zusätzlichen Erklärung des betroffenen Staates abhing (Art. 25 Abs. 1 EMRK a.F.). Die zwei allerersten von der früheren Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR) für zulässig erklärten Beschwerden waren dementsprechend Staatenbeschwerden wegen des Schicksals Einzelner (auch wenn die griechische Regierung im ersten Fall nachträglich sämtliche individuellen Bezüge zu tilgen suchte, um die Entscheidung der Kommission nicht zu verzögern).<sup>58</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint es künstlich, davon auszugehen, bei der Staatenbeschwerde würden letztlich nicht indirekt Rechte des verletzten Individuums geltend gemacht, sondern im Wege einer Art Popularklage lediglich der menschenrechtliche *ordre public* verteidigt.<sup>59</sup> Auch wenn nicht zu leugnen ist, dass diplomatischer Schutz und Menschenrechtsschutz unterschiedlichen Funktionslogiken folgen, so ist es doch keineswegs ausgeschlossen, dass bei einer Staatenbeschwerde zugleich auch Rechte des Individuums auf indirektem Wege durchgesetzt werden sollen. In der Formulierung Frederike Kollmars und Jan Martin Hoffmanns dienen Staatenbeschwerden in derartigen Fällen „as a placeholder or a vehicle to facilitate individual protection that normally would stand on its own“.<sup>60</sup>

Eine Bestätigung findet die hier angestellte Überlegung in einem Urteil, das der EGMR im Jahr 2014 im Fall der Staatenbeschwerde Zyperns gegen die Türkei gesprochen hat. Dem Verfahren in der Hauptsache lag die Nordzypernproblematik zugrunde. Zypern machte unter anderem eine Verletzung der EMRK wegen des Verschwindens griechischer Zyprer und wegen der fehlenden Zugangsmöglichkeit griechischer Zyprer zu ihrem im Nordteil der Insel belegenen Eigentum geltend.<sup>61</sup> In einem Urteil aus dem **[337]** Jahr 2001 bekam Zypern in diesen Punkten vom Gerichtshof Recht.<sup>62</sup> Offen gelassen wurde seinerzeit aber die Frage der Entschädigung. Diese bildet den alleinigen Gegenstand des Urteils aus dem Jahr 2014,<sup>63</sup> nachdem eine Einigung der Parteien über die Entschädigungsfrage nicht zustande gekommen war. Eine Besonderheit dieses Falles bestand darin, dass der EGMR in seiner über 50jährigen Geschichte noch nie im Staatenbeschwerdeverfahren über

---

<sup>57</sup> Vgl. Fn. 55.

<sup>58</sup> Griechenland ./ Vereinigtes Königreich (I), Beschwerde Nr. 176/56; Griechenland ./ Vereinigtes Königreich (II), Beschwerde Nr. 299/57; vgl. *Risini* (Fn. 4), EuGRZ 2014, S. 602 (604); *dies.*, An Individual-centered Decision Seen in the Historical and Institutional Context Which Led to Cyprus v Turkey (IV). The 2014 Just Satisfaction Judgment of the European Court of Human Rights, HRLJ 2014, S. 18 (19), jeweils m.w.N.

<sup>59</sup> So aber *Pergantis* (Fn. 17), ZaöRV 66 (2006), S. 351 (363 f.); *Risini* (Fn. 52), S. 72.

<sup>60</sup> F. Kollmar/J. M. Hoffmann, Fewer complaints, more satisfaction: Cyprus v. Turkey, Cambridge Journal of International and Comparative Law 3 (2014), S. 1361 (1369).

<sup>61</sup> Zum Hintergrund vgl. *Risini* (Fn. 4), EuGRZ 2014, S. 602 (605 f.); *dies.* (Fn. 58), HRLJ 2014, S. 18 (20 f.).

<sup>62</sup> EGMR (GK), Zypern ./ Türkei, Beschwerde Nr. 25781/94, Urt. v. 10.5.2001.

<sup>63</sup> EGMR (GK), Zypern ./ Türkei, Beschwerde Nr. 25781/94, Urt. v. 12.5.2014.

eine Entschädigung zu urteilen hatte.<sup>64</sup> Ja, es war fraglich, ob Art. 41 EMRK überhaupt auf Staatenbeschwerden Anwendung finde oder ob die Anwendbarkeit der Norm nicht vielmehr auf Individualbeschwerden beschränkt sei.<sup>65</sup> In seinem Urteil aus dem Jahr 2014 unterscheidet der EGMR zwischen zwei verschiedenen Kategorien von Staatenbeschwerden.<sup>66</sup> Gehe es dem beschwerdeführenden Staat um allgemeine Missstände in der Rechtsordnung der Gegenseite, so sei das primäre Ziel der Schutz des in der EMRK verbürgten europäischen ordre public. Eine Entschädigung gem. Art. 41 EMRK sei in diesen Fällen nicht veranlasst. Anders hingegen seien Fälle zu beurteilen, in denen ein Staat die Rechtsverletzung einer identifizierbaren Gruppe von Individuen geltend mache. Derartige Beschwerden, so der EGMR, wiesen nicht nur Ähnlichkeiten mit der Individualbeschwerde, sondern auch mit dem Institut des diplomatischen Schutzes auf. In derartigen Fällen sei eine Anwendung des Art. 41 EMRK auf Staatenbeschwerdeverfahren angezeigt. Im Ergebnis verurteilte der EGMR die Türkei daher zur Zahlung der Rekordsumme<sup>67</sup> von insgesamt 90 Mio. Euro.

Dass das Institut des diplomatischen Schutzes durchaus noch neben den menschenrechtlichen Instrumentarien einen berechtigten Anwendungsbereich besitzt, lässt sich an einem weiteren Fall zeigen, der vom IGH entschieden worden ist. Ahmadou Sadio Diallo war ein guineischer Staatsan-[338]gehöriger, der im Kongo zwei Import-Export-Firmen aufgebaut hatte.<sup>68</sup> Mit den kongolesischen Behörden geriet er wegen ausstehender Schulden des Kongo gegenüber seinen zwei Unternehmen in Konflikt. Daraufhin wurde er kurzerhand inhaftiert und 1996 in einem überstürzten Verfahren abgeschoben. Guinea als Heimatstaat Diallos rief 1998 den IGH an und machte unter Berufung auf diplomatische Schutzgewährung unter anderem Verstöße gegen den IPBPR sowie die AfrMRK geltend. In dem Urteil über die Zulässigkeit aus dem Jahr 2007 ließ der IGH die Geltendmachung diplomatischen Schutzes durch Guinea in dem genannten Umfang zu<sup>69</sup> und verwies in diesem Zusammenhang auf den oben erwähnten Art. 1 der Draft Articles on Diplomatic Protection.<sup>70</sup> In dem

---

<sup>64</sup> Im Fall Irland ./ Vereinigtes Königreich hatte die irische Regierung auf die Geltendmachung gerechter Entschädigung ausdrücklich verzichtet, vgl. EGMR, Irland ./ Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 5310/71, Ur. v. 18.1.1978, Rn. 245.

<sup>65</sup> Die türkische Regierung berief sich auf die Formulierung in Art. 60 Abs. 1 Verfo-EGMR (Rn. 37), wo von der Geltendmachung von Entschädigung wegen der Verletzung „of his or her Convention right“ die Rede ist. Diese Formulierung deute darauf hin, dass nur natürliche Personen Entschädigung gem. Art. 41 EMRK geltend machen könnten. Dieses Argument wies der Gerichtshof unter Verweis auf den normhierarchisch niedrigeren Rang der Verfahrensordnung zurück; die Formulierung gebe lediglich die bislang dominierende Praxis wieder (Rn. 42).

<sup>66</sup> Zum Folgenden EGMR (GK), Zypern ./ Türkei, Beschwerde Nr. 25781/94, Ur. v. 12.5.2014, Rn. 43 ff.

<sup>67</sup> In dem wenige Monate später entschiedenen Yukos-Fall (EGMR, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos ./ Russland, Beschwerde Nr. 14902/04, Ur. v. 31.7.2014) erfolgte eine Verurteilung zu knapp 2 Milliarden Euro, allerdings ging es dabei um materiellen Schaden, während die Entschädigung im Fall Zypern ./ Türkei immaterielle Schäden betraf.

<sup>68</sup> Zum Sachverhalt vgl. auch K. Schmalenbach, Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo), in: R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 2 (August 2010).

<sup>69</sup> Nicht zugelassen wurde die Ausübung diplomatischen Schutzes „by substitution“ zugunsten der Unternehmen Africom-Zaire und Africontainers-Zaire, vgl. IGH, Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2007, S. 582, Rn. 76 ff.

<sup>70</sup> IGH, Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2007, S. 582, Rn. 39.

Hauptsacheurteil aus dem Jahr 2010 stellte der IGH sodann die Verletzungen von IPBPR und AfrMRK fest.<sup>71</sup>

In der Literatur ist bisweilen bezweifelt worden, ob dem diplomatischen Schutz angesichts der in den Menschenrechtsverträgen vorgesehenen speziellen Überwachungsverfahren überhaupt noch eine eigenständige Funktion zukommt.<sup>72</sup> Der Diallo-Fall des IGH macht deutlich, dass diese Frage zu bejahen ist.<sup>73</sup> Zwar kennt der IPBPR ebenso wie die EMRK das Instrument der Staatenbeschwerde. Allerdings ist dieses Verfahren im IPBPR wesentlich weniger effektiv ausgestaltet. Abgesehen davon, dass die Staatenbeschwerde nach dem IPBPR (wie überhaupt auf internationaler Ebene) noch nie zur Anwendung gekommen ist, hängt ihre Zulässigkeit von einer zusätzlichen Erklärung von klagendem und beklagtem Staat ab, dass dieses Verfahren akzeptiert werde (Art. 41 Abs. 1 IPBPR). Von den derzeit 169 Vertragsstaaten des IPBPR haben gerade einmal 50 Staaten eine entsprechende Erklärung abgegeben.<sup>74</sup> Hinzu kommt, dass über die Einhaltung des IPBPR kein Gericht, sondern der Menschenrechtsausschuss als ein mit Experten besetztes Gremium (Art. 28 IPBPR) wacht. Dieser besitzt **[339]** nicht die Kompetenz, ein Urteil zu fällen. Vielmehr übermittelt der Menschenrechtsausschuss am Ende eines Staatenbeschwerdeverfahrens einen Bericht, der noch nicht einmal eine eigene Stellungnahme zur Frage der Verletzung oder Nichtverletzung der Paktrechte enthalten darf, sondern im Wesentlichen auf eine „kurze Darstellung des Sachverhalts“ beschränkt ist (Art. 41 Abs. 1 lit. h IPBPR). Das Staatenbeschwerdeverfahren nach dem IPBPR trägt dementsprechend eher den Charakter eines Vermittlungsverfahrens denn eines quasi-judiziellen Verfahrens.<sup>75</sup> Demgegenüber hat Guinea im Fall Diallo unter Berufung auf diplomatischen Schutz ein verbindliches Urteil des IGH zur Verletzung der Menschenrechte erwirkt.

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten: Diplomatischer Schutz und internationaler Menschenrechtsschutz folgen zwar fundamental unterschiedlichen Prinzipien. Beide Institute können sich aber überschneiden. Ist dies der Fall, kann der diplomatische Schutz zu einer effektiven Durchsetzung der Menschenrechte beitragen.

#### IV. Die Rechtsfolgen diplomatischen Schutzes

Mit den vorstehenden Ausführungen sind die Grundlagen gelegt, um sich der Frage des Rechtsfolgenregimes des diplomatischen Schutzes zuzuwenden. Insoweit sei noch einmal an das zu Beginn Ausgeführte erinnert: Grundvoraussetzung für die Ausübung diplomatischen Schutzes ist die Begehung eines Völkerrechtsverstoßes an dem Angehörigen eines anderen (des Schutz gewährenden) Staates. Die Rechtsfolgen dieses Völkerrechtsverstoßes ergeben sich insoweit zunächst aus den Regeln über die Staatenverantwortlichkeit. Der diplomatische Schutz ist lediglich der Modus, das Vehikel für den Heimatstaat, um diese Rechtsfolgen geltend machen zu können.

---

<sup>71</sup> IGH, Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, ICJ Reports 2010, S. 639.

<sup>72</sup> Vgl. die Hinweise bei *Amerasinghe* (Fn. 15), S. 23, 73 ff.; *E. Milano*, Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?, in: NYIL 35 (2004), S. 85 (88); *Pergantis* (Fn. 17), ZaöRV 66 (2006), S. 351 (352).

<sup>73</sup> Ebenso *G. Ulfstein*, Awarding Compensation in a Fragmented Legal System: The *Diallo* Case, Journal of International Dispute Settlement 2013, S. 1 (2).

<sup>74</sup> Informationen nach: <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg\\_no=IV-5&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_en)> (Stand: 22.2.2017).

<sup>75</sup> Vgl. *M. Nowak*, CCPR Commentary, 2. Aufl. 2005, Art. 41 Rn. 39.

Die Regeln über die Staatenverantwortlichkeit waren bekanntlich ebenfalls Gegenstand der Beschäftigung durch die ILC. Wie im Falle des diplomatischen Schutzes hat diese Beschäftigung nicht zu einer Konvention geführt, sondern zu den sog. ILC Articles on State Responsibility aus dem Jahr 2001, die ihrerseits weitgehend existierendes Völkergewohnheitsrecht kodifizieren. Nach Art. 35 ff. der ILC Articles on State Responsibility bestehen die Rechtsfolgen eines Völkerrechtsverstoßes – in Übereinstimmung mit der StIGH-Rechtsprechung im Fall *Factory at Chorzów*<sup>76</sup> – vor allem in der Wiederherstellung des Zustandes, der ohne den Verstoß bestanden haben würde (restitution) sowie der Zahlung einer Entschädigung (compensation); hinzu treten in den ILC-Artikeln noch die Entschuldi-[340]gung durch den Verletzerstaat oder andere Formen der Genugtuung (satisfaction).

Da die Rechtsfolgen eines Völkerrechtsverstoßes bereits durch die Articles on State Responsibility umfassend normiert worden waren, entschied sich John Dugard als Berichtersteller für die Draft Articles on Diplomatic Protection zunächst dafür, die Rechtsfolgenfrage vollständig aus den Draft Articles auszuklammern.<sup>77</sup> Nach dem eigentlichen Abschluss seiner Arbeiten beschloss er jedoch, die Rechtsfolgenfrage diplomatischer Schutzgewährung unter einem speziellen Aspekt doch noch aufzugreifen.

Kommt es infolge der Gewährung diplomatischen Schutzes zu einer Entschädigungszahlung durch den Verletzerstaat, so stellt sich die Frage, wem diese Entschädigung von Völkerrechts wegen zusteht – dem Heimatstaat oder aber dem verletzten Individuum. Geht man nach traditioneller Sichtweise davon aus, dass der Heimatstaat beim diplomatischen Schutz ein eigenes Recht auf Beachtung des Völkerrechts in der Person seines Staatsangehörigen geltend macht, so ist die Antwort vorgegeben: Die Entschädigung steht dem Inhaber des verletzten Rechts zu, also dem betroffenen Heimatstaat, nicht hingegen dem Individuum.<sup>78</sup> Der Heimatstaat kann mit der Entschädigung verfahren, wie er will: Er kann sie seinem Haushalt einverleiben, er kann sie – freiwillig! – dem verletzten Individuum zukommen lassen oder aber sonstwie damit umgehen. Nähere Vorgaben macht das Völkerrecht dieser Sichtweise nach, die in der Tat von vielen Staaten geteilt wird,<sup>79</sup> nicht. Dugard weist in seinem Bericht allerdings auf eine nach dem Zweiten Weltkrieg einsetzende Praxis hin, bei der es zu sog. Lump Sum Agreements für die Entschädigung von Opfern des Weltkriegs gekommen war und Staaten wie die USA, Frankreich und das Vereinigte Königreich Kommissionen eingesetzt hatten, die für die Verteilung der Pauschalentschädigung an die betroffenen Weltkriegsopfer sorgten.<sup>80</sup>

#### 1. Völkergewohnheitsrechtliche Anerkennung des individuellen Entschädigungsanspruchs?

Folgt hieraus bereits, dass die Ausreichung der durch diplomatische Schutzgewährung erlangten Entschädigung an die betroffenen Opfer völkergewohnheitsrechtlich anerkannt wäre? Dugard verhält sich zu dieser Frage mit Recht ausgesprochen vorsichtig. Zum einen, so Dugard, stellen diese weltkriegsbedingten Beispiele noch keine „settled practice“ im Sinne der erforderlichen consuetudo dar. Zum anderen aber ist auch die zweite [341] Voraussetzung für die Bildung von Völkergewohnheitsrecht, die *opinio iuris*, alles andere als offensichtlich: Die Staaten müssten ja in der Überzeugung gehandelt haben, von Völkerrechts wegen zu einer Ausreichung der Entschädigungssumme verpflichtet gewesen zu sein. Die Einsetzung derartiger Kommissionen lässt

<sup>76</sup> StIGH, *Factory at Chorzów*, Merits, PCIJ Series A No. 17, S. 47.

<sup>77</sup> Vgl. *Milano* (Fn. 72), NYIL 35 (2004), S. 85 (108).

<sup>78</sup> Vgl. *Amerasinghe* (Fn. 15), S. 320.

<sup>79</sup> Vgl. A. M. H. *Vermeer-Künzli*, *The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection*, 2007, S. 58 f.

<sup>80</sup> *J. Dugard*, *Seventh report on diplomatic protection*, A/CN.4/567, Rn. 99 f.

sich aber auch mit politischen oder sonstigen Motiven erklären. Dugards Untersuchungen führten letztlich dazu, dass in die Draft Articles on Diplomatic Protection ein Art. 19 lit. c aufgenommen wurde, in dem die Ausreichung der Entschädigungssumme an die verletzten Individuen lediglich empfohlen wird. Dabei entschied sich die ILC bewusst für eine besonders weiche Formulierung: In dem Entwurf Dugards wurde alternativ „shall [should] transfer“ vorgeschlagen,<sup>81</sup> und die ILC entschied sich für die letztere Variante: „A State entitled to exercise diplomatic protection [...] should [t]ransfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions“.<sup>82</sup>

An dieser Stelle kommen nun noch einmal die zwei vorhin behandelten Fälle – der IGH-Fall Diallo und der EGMR-Fall Zypern gegen die Türkei – ins Spiel. Der IGH hat nämlich nicht nur im Jahr 2010 ein Urteil gefällt, in dem er die Verletzung von Rechten aus dem IPBPR sowie der AfrMRK durch die Inhaftierung und Vertreibung Diallos festgestellt hat. Im Jahr 2012 folgte in demselben Verfahren ein weiteres Urteil über die Summe der vom Kongo an Guinea als den Heimatstaat Diallos zu leistenden Entschädigung.<sup>83</sup> Hier findet sich an relativ versteckter Stelle in den Urteilsgründen die Formulierung: „The Court recalls that the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter’s injury“.<sup>84</sup> Ohne sich dabei auf Art. 19 der Draft Articles on Diplomatic Protection zu berufen, macht der IGH an dieser Stelle doch hinreichend deutlich, dass die Entschädigungssumme letztlich Herrn Diallo als dem geschädigten Individuum zusteht.<sup>85</sup>

Diesen Passus greift der EGMR in seinem 2014er Urteil zur Entschädigung im Fall Zypern gegen die Türkei auf. Wie geschildert, hatte der EGMR in diesem Fall zunächst klären müssen, ob in einem Staatenbeschwerdeverfahren überhaupt Entschädigung zu leisten sei, und dies mit der Parallele zum diplomatischen Schutz bejaht.<sup>86</sup> Bei der Frage, wem die [342] Entschädigung zusteht, stellt der EGMR die folgende Überlegung an: Im Falle einer Konventionsverletzung sei nach der Natur der EMRK letztlich das Individuum und nicht der Staat der primär in seinen Rechten Verletzte. Die in einem Staatenbeschwerdeverfahren zu zahlende Entschädigung müsse daher immer den Opfern der Konventionsverletzung zugutekommen. An dieser Stelle beruft sich der EGMR einerseits auf Art. 19 lit. c der Draft Articles on Diplomatic Protection und andererseits auf das IGH-Urteil im Fall Diallo.<sup>87</sup> Die vom EGMR ausgerichteten 90 Mio. Euro werden Zypern daher nicht zur freien Verfügung zugesprochen. Vielmehr bestimmt der EGMR im Urteilstenor, dass Zypern die Entschädigungssumme an die betroffenen Opfer auszukehren hat, und zwar unter der Überwachung durch das Ministerkomitee des Europarates.<sup>88</sup>

---

<sup>81</sup> Dugard, Seventh report (Fn. 80), Rn. 103.

<sup>82</sup> Siehe Fn. 32.

<sup>83</sup> Zusammen mit dem 1949 entschiedenen Corfu Challel-Fall war dies erst das zweite Mal, dass der IGH über eine Entschädigung zu entscheiden hatte, vgl. *Ulfstein* (Fn. 73), *Journal of International Dispute Settlement* 2013, S. 1 (2).

<sup>84</sup> IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Compensation, ICJ Reports 2012, S. 324, Rn. 57.

<sup>85</sup> Vgl. A. Vermeer-Künzli, *Diallo: Between Diplomatic Protection and Human Rights*, *Journal of International Dispute Settlement* 4 (2013), S. 487 (498).

<sup>86</sup> Vgl. im Text bei Fn. 66.

<sup>87</sup> EGMR (GK), *Zypern ./.* Türkei, Beschwerde Nr. 25781/94, Urt. v. 12.5.2014, Rn. 46.

<sup>88</sup> EGMR (GK), *Zypern ./.* Türkei, Beschwerde Nr. 25781/94, Urt. v. 12.5.2014, Rn. 58 f.

Wie ist diese internationale Rechtsprechung zu bewerten? Liegen damit nicht die entsprechende Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung vor, die John Dugard noch im Jahr 2006 vermisst hatte? Isabella Risini spricht in diesem Zusammenhang von einer möglicherweise „ripening rule of customary international law“.<sup>89</sup> Demgegenüber interpretieren Frederike Kollmar und Jan Martin Hoffmann das EGMR-Urteil als Abkehr vom traditionellen diplomatischen Schutz Vattel'scher Prägung, die sich aus dem Spezialcharakter der EMRK sowie der Subsidiarität des Konventionssystems ergebe.<sup>90</sup> Im Ausgangspunkt ist darauf hinzuweisen, dass internationale Gerichtsurteile gem. Art. 38 lit. d IGH-Statut keine eigenständige Rechtsquelle darstellen, sondern lediglich als Rechtserkenntnisquelle dienen.<sup>91</sup> Die Urteile von IGH und EGMR können daher allenfalls zur Unterstützung eines anderweitig hergeleiteten Völkergewohnheitsrechtssatzes dienen. Die zwei Urteile sind für sich allein genommen sicherlich nicht geeignet, eine verbreitete Übung zu begründen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Staaten, wenn und insofern sie den Urteilen Folge leisten, hiermit einer durch die Urteile begründeten Verpflichtung nachkommen. Für den Nachweis einer ausreichenden *opinio iuris* wäre demgegenüber zu fordern, dass sich die Staaten ohne Rücksicht auf anderweitige Verpflichtungen bereits von Gewohnheitsrechts wegen als gebunden ansehen. Auf der anderen Seite ist aber zu bedenken, dass ein Wort des IGH allein schon **[343]** aufgrund seiner Funktion als Hauptrechtsprechungsorgan der Vereinten Nationen (Art. 92 Satz 1 UN-Charta) eine hohe völkerrechtliche Autorität genießt, einen hohen persuasiven Wert hat. Auch in dem Urteil des EGMR kommt eine bestimmte Rechtsüberzeugung zum Ausdruck, durch deren Äußerung der EGMR an der Bildung von Völkergewohnheitsrecht jedenfalls mitwirkt, ohne ein solches einseitig dekretieren oder begründen zu können.<sup>92</sup>

## 2. Rechtsdogmatischer Ansatz

Die Frage nach der völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung eines Entschädigungsanspruchs zugunsten des betroffenen Individuums ist nach hiesiger Sicht indes falsch gestellt. Sie basiert auf der Prämisse, dass die Entschädigung im Regelfall dem Heimatstaat zusteht, der den diplomatischen Schutz geltend macht. Eine Abweichung hiervon bedarf dann des Nachweises einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung. Ausgehend von den vorstehend erfolgten Ausführungen gelangt man jedoch zu einer anderen, rechtsdogmatischen Konstruktion.

Wie gesehen, ist der diplomatische Schutz ein Instrument zur Geltendmachung der Primärrechtsverletzung (m.a.W.: zur Geltendmachung des Sekundäranspruchs).<sup>93</sup> Für die Menschenrechte konnte nachgewiesen werden, dass sie über eine Doppelstruktur verfügen, indem sie einerseits Verpflichtungen gegenüber dem geschützten Individuum, andererseits aber auch

<sup>89</sup> Risini (Fn. 58), HRLJ 2014, S. 18 (23); siehe auch *dies.* (Fn. 4), EuGRZ 2014, S. 602 (698).

<sup>90</sup> Vgl. *Kollmar/Hoffmann* (Fn. 60), Cambridge Journal of International and Comparative Law 3 (2014), S. 1361 (1369).

<sup>91</sup> Vgl. A. Pellet, in: A. Zimmermann u.a. (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice*, 2. Aufl. 2012, Art. 38 Rn. 305; a.A. nunmehr W. Weiß, *Die Rechtsquellen des Völkerrechts in der Globalisierung: Zu Notwendigkeit und Legitimation neuer Quellenkategorien*, AVR 53 (2015), S. 220 (227): „Die Gerichtsbarkeit wächst über ihre Rolle als bloße Hilfsquelle zur Erkenntnis völkerrechtlicher Normen hinaus und wird durch Rechtsfortbildung selbst zum Normerzeuger“.

<sup>92</sup> Siehe auch E. Vanneste, *General International Law Before Human Rights Courts*, 2010, S. 577 ff., 595; C. Binder, *The European Court of Human Rights and the Law of Treaties – Sign of Fragmentation or Unity?*, in: *dies./K. Lachmayer* (Hrsg.), *The European Court of Human Rights and Public International Law: Fragmentation or Unity?*, 2014, S. 41 (63 f.). Umfassend T. Milej, *Entwicklung des Völkerrechts. Der Beitrag internationaler Gerichte und Sachverständigengremien*, 2014.

<sup>93</sup> Im Text bei Fn. 21.

gegenüber den übrigen Vertragsstaaten begründen.<sup>94</sup> Indem ein Staat ein Menschenrecht einfordert, macht er ein Recht geltend, das seiner Natur nach fremdnützig, auf den Schutz von Individualrechtsgütern gerichtet ist. Das wird beispielsweise deutlich, wenn der EGMR im Fall Zypern gegen die Türkei formuliert, das Individuum und nicht der Staat sei „primarily ‘injured’ by a violation of one or several Convention rights“<sup>95</sup> oder wenn die ILC bei menschenrechtlichen Verträgen „the individuals concerned [...] as the ultimate beneficiaries“ erachtet.<sup>96</sup> Diese Struktur des verletzten Primärrechts muss sich auf der sekundärrechtlichen Ebene fortsetzen: Ist das Primärrecht, also das Menschenrecht selbst, seinem Schutzgehalt nach auf das Individuum ausgerichtet, muss dies auch auf der Sekundärrechts-[344]ebene, also der Rechtsfolgenseite gelten. Das muss dazu führen, dass der Staat nicht nach Belieben mit der erlangten Entschädigung verfahren kann.

Der Vorteil der hier entwickelten Konstruktion besteht darin, dass sie nicht eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Ausnahme von der Regel „Vereinnahmung der Entschädigung durch den Heimatstaat“ begründen muss, sondern die Rechtsfolge aus der dogmatischen Struktur des Primärrechts herleitet. Ansätze hierfür finden sich in der Literatur nur vereinzelt. So ging beispielsweise Karl Doehring davon aus, Wiedergutmachung für gesundheitliche Schädigungen durch Folter oder völkerrechtswidrige Freiheitsentziehung sei „schon aus Gründen des Völkerrechts dem Geschädigten selbst zu leisten“, bezog dies aber nur auf die „sog. absoluten Menschenrechte, d.h. solche, die der Mensch jedenfalls als Völkerrechtssubjekt innehat“.<sup>97</sup> Nach hiesiger Auffassung hingegen gelten die vorstehenden Ausführungen für sämtliche Menschenrechte, nicht nur für deren völkergewohnheitsrechtlich verbürgten harten Kern. Der hier vertretenen Auffassung entspricht am ehesten die Position Giorgio Gajas, der mit Blick auf die Geltendmachung individueller (nicht notwendigerweise menschenrechtlicher) Rechtspositionen im Wege des diplomatischen Schutzes ausführte: „C’est en tout cas l’individu seul qui devrait être le bénéficiaire de la réparation. La pratique est déjà nettement orientée dans ce sens, ce qui encore s’harmonise mieux avec la conception de l’existence de droits individuels plutôt qu’avec la conception traditionnelle.“<sup>98</sup> Der Nexus zwischen verletztem Primärrecht und Zuweisungsgehalt auf der Sekundärebene, auf dem der vorliegende Ansatz beruht, kommt hier zumindest andeutungsweise zum Ausdruck, wenngleich Gaja ihn in seinen späteren Veröffentlichungen nicht weiter ausführt.<sup>99</sup> Schließt man sich der hier vertretenen Auffassung an, ergibt sich für die Geltendmachung menschenrechtlicher Gewährleistungen im Gewande des diplomatischen Schutzes eine signifikante Abweichung zu den ILC Articles on Diplomatic Protection: In diesem Falle ist das „should transfer“ im Sinne des Art. 19 lit. c durch ein „has to transfer“ zu ersetzen. [345]

### 3. Konsequenzen des Ansatzes

---

<sup>94</sup> Im Text bei Fn. 49.

<sup>95</sup> EGMR (GK), Zypern ./. Türkei, Beschwerde Nr. 25781/94, Urt. v. 12.5.2014, Rn. 46.

<sup>96</sup> Fn. 47.

<sup>97</sup> Doehring (Fn. 24), S. 19.

<sup>98</sup> G. Gaja, Droit des états et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique, in: J.-F. Flauss (Hrsg.), La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales, 2003, S. 63 (69).

<sup>99</sup> Vgl. G. Gaja, Is a State specially affected when its nationals’ human rights are infringed?, in: L. C. Vorah u.a. (Hrsg.), Man’s Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese, 2003, S. 373 (382): „As damage caused by the infringement of these rights is inflicted to the individual, reparation only makes sense if it is given directly or indirectly to the individual concerned.“ Siehe auch ders., The position of individuals in international law: An ILC perspective, EJIL 21 (2010), S. 11 (12): „When the State of nationality exercises diplomatic protection on behalf of some of its nationals, reparation should be requested for the benefit of the individuals concerned“.

a) Aus den vorstehenden Überlegungen ergeben sich zwei Folgefragen. Die erste hängt nochmals mit der erwähnten Doppelstruktur der Menschenrechte zusammen. Ein Staat könnte versucht sein, die hier entwickelte Konsequenz zu umgehen, indem er sich nicht auf die Verletzung des Individualrechts beruft, sondern ausschließlich eine Verletzung der unmittelbar ihm gegenüber bestehenden Staatenverpflichtung geltend macht. Da in diesem Fall ein Recht des Staates verletzt sei – so ließe sich argumentieren –, stehe die Entschädigung von Völkerrechts wegen auch diesem (und nicht dem betroffenen Individuum) zu. Unter strategischen Gesichtspunkten wäre das eine missliche Konsequenz, denn sie hätte im Zweifel zur Folge, dass die Staaten auf die Geltendmachung diplomatischen Schutzes verzichten, um bei der Vereinnahmung der Entschädigung keinen Beschränkungen zu unterliegen.

Die Lösung dieser Frage ergibt sich wiederum aus dem hier befürworteten rechtsdogmatischen Ansatz. Wenn es so ist, dass der diplomatische Schutz lediglich das Mittel zur Geltendmachung der Primärrechtsverletzung ist, und wenn sich der primärrechtliche Zuweisungsgehalt auf der Sekundärebene fortsetzt, dann muss dies auch für direkte Staatenklagen gelten, eben weil das verletzte Menschenrecht seinem überwiegenden Zuweisungsgehalt nach auf den Schutz des Individuums ausgerichtet ist.<sup>100</sup> Zur Bestätigung dieser Überlegung kann auf die Behandlung sog. mixed claims im diplomatischen Schutz verwiesen werden. Darunter versteht man die für den diplomatischen Schutz eher untypische Situation, dass die Interessen des Heimatstaates nicht nur mittelbar, in der Person seines Staatsangehörigen betroffen sind (sog. indirect injury), sondern auch unmittelbar, z.B. weil das verletzte Individuum zugleich Diplomat des Heimatstaates ist (sog. direct injury).<sup>101</sup> Für die Frage, ob eine direkte oder eine indirekte Verletzung des Heimatstaates gegeben ist, kommt es nach Art. 14 Abs. 3 Draft Articles on Diplomatic Protection auf eine Gewichtung an (sog. preponderance test). Eine Rolle spielte dies bislang im Zusammenhang mit der local remedies rule, da der nationale Rechtsweg anerkanntermaßen nur im Fall der „indirect injury“ zu erschöpfen ist, nicht aber, wenn der Staat unmittelbar betroffen ist.<sup>102</sup> Umgekehrt wird hierdurch vermieden, dass ein Staat die an sich gebotene Erschöpfung des nationalen Rechtswegs da-[346]durch unterläuft, dass er sich auf die „direct injury“ beruft. Die Wertung lässt sich auf die hier untersuchte Rechtsfolgenfrage übertragen: Eben weil Menschenrechte i.S.d. „preponderance test“ schwerpunktmäßig auf den Schutz des Individuums (und nicht auf den Schutz des Heimatstaates) ausgerichtet sind, kann ein Staat die dogmatisch gebotene Konsequenz – Zuweisung der Entschädigung an das Individuum – nicht dadurch umgehen, dass er sich auf die „direct injury“ beruft.

b) Darüber hinaus drängt sich die Frage auf, ob der hier vertretene Ansatz zu einer umfassenden „Humanisierung“ des diplomatischen Schutzes führt. Denn diplomatischer Schutz geht nicht stets und nicht zwingend mit der Geltendmachung von Menschenrechten einher. Wie eingangs beschrieben, ist das Institut wesentlich älteren Ursprungs als die Menschenrechtsidee im Völkerrecht. Insoweit diente und dient der diplomatische Schutz noch heute der Geltendmachung des sog. fremdenrechtlichen Mindeststandards, also der Anforderungen, die das

---

<sup>100</sup> Im Text bei Fn. 95.

<sup>101</sup> Vgl. die Definition der „direct injury“ bei *Amerasinghe* (Fn. 15), S. 172: „the injury directly affects the litigating State, even though an alien may be involved, so that, while the latter is concerned indirectly in the legal proceeding, the State is really protecting its own interests, apart from those centering around the right of diplomatic protection, rather than those of the alien“.

<sup>102</sup> Vgl. *C. F. Amerasinghe*, *Local Remedies in International Law*, 2. Aufl. 2004, S. 145 ff.; *ders.* (Fn. 15), S. 172 ff.

Völkergewohnheitsrecht an die Behandlung fremder Staatsangehöriger stellt (z.B. in Gestalt des Verbots der Rechtsverweigerung – denial of justice<sup>103</sup>).

Dieser besitzt auch durchaus neben den Menschenrechten noch einen eigenständigen Anwendungsbereich: Denn wenngleich die beiden internationalen Pakte von 1966 (IPBPR, IPWSKR) mit derzeit 169 bzw. 165 Vertragsstaaten<sup>104</sup> eine ausgesprochen große Reichweite aufweisen, gibt es dennoch nach wie vor Staaten, die zumindest einem der beiden Pakte bis heute fern geblieben sind. Der völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Menschenrechtsschutz umfasst lediglich einen Kernbereich, dessen Konturen zudem sehr unsicher sind, und hilft daher auch nicht stets weiter.<sup>105</sup> Wird beispielsweise ein ausländischer Staatsangehöriger in der Volksrepublik China in fundamentalen Verfahrensrechten i.S.d. Art. 14 IPBPR verletzt, bleibt mangels Vertragszugehörigkeit Chinas nur der Rückgriff auf das fremdenrechtliche Verbot des denial of justice. Das Recht auf Eigentum findet sich gar weder im IPBPR noch im IPWSKR geschützt,<sup>106</sup> auch hier entfaltet der fremdenrechtliche Mindeststandard mit seinem Verbot entschädigungsloser Enteignung<sup>107</sup> eine wichtige Auffangfunktion. [347]

Aufgrund seines entstehungsgeschichtlichen Hintergrunds trägt der fremdenrechtliche Mindeststandard noch ganz die Handschrift des klassischen Völkerrechts. Er stellt ein Recht des Heimatstaates auf eine bestimmte Behandlung seines Angehörigen durch einen anderen Staat, nicht aber ein Recht des Individuums dar.<sup>108</sup> Es sind auch keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass der fremdenrechtliche Mindeststandard seinen Charakter verändert und zu einem individualrechtlichen Institut mutiert wäre. Das veränderte normative Umfeld durch das Aufkommen der Menschenrechtsidee nach 1945 genügt für sich allein noch nicht, um hier einen Interpretationswandel zu bewirken. Denn die Völkerrechtssubjektivität des Einzelmenschen bleibt partiell, von der Anerkennung durch die Staaten (etwa in Gestalt des Abschlusses eines menschenrechtlichen Vertrags) abhängig. Die 1985 von der UN-Generalversammlung verabschiedete „Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in Which They Live“<sup>109</sup> enthält zwar eine Reihe individualrechtlich formulierter Rechtspositionen, die Resolution scheint aber bis heute ohne nennenswerten Einfluss geblieben zu sein. Jedenfalls macht die vorsichtige Formulierung des Art. 19 lit. c ILC Draft Articles on Diplomatic Protection („should transfer“) mehr als deutlich, dass die Staaten einer umfassenden „Humanisierung“ des diplomatischen Schutzes reserviert gegenüberstehen. Von daher bleibt es nach hiesiger Auffassung

---

<sup>103</sup> Zum Verbot der Rechtsverweigerung aus jüngerer Zeit *C. Focarelli*, Denial of Justice, in: R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oktober 2013); *J. Paulsson*, Denial of Justice in International Law, 2005; allgemein zum fremdenrechtlichen Mindeststandard *Vermeer-Küzli*, Oxford Handbook (Fn. 45), S. 262 ff.

<sup>104</sup> Angaben zum IPBPR vgl. Fn. 74; Angaben zum IPWSKR: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en) (Stand: 22.2.2017).

<sup>105</sup> Vgl. *C. Chinkin*, Sources, in: D. Moeckli u.a. (Hrsg.), International Human Rights Law, 2014, S. 75 (81 ff.); *Tomuschat*, Human Rights (Fn. 41), S. 42 ff.

<sup>106</sup> Hintergrund war die Unmöglichkeit, sich in Zeiten der Ost-West-Spaltung auf einen einheitlichen Eigentumsbegriff zu einigen, vgl. näher *T. R. G. van Banning*, The Human Right to Property, 2001, S. 43 ff.

<sup>107</sup> Vgl. *K. Hailbronner/J. Gogo lin*, Aliens, in: R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 29 (Juli 2013); *I. Seidl-Hohenveldern*, Aliens, Property, in: R. Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Vol. I (1992), S. 116 ff.

<sup>108</sup> In diesem Sinne ebenfalls *Hailbronner/Gogo lin* (Fn. 107), Rn. 30.

<sup>109</sup> A/RES/40/144, Annex.

im Bereich des Fremdenrechts bei der traditionellen Rechtsfolge, dass der Heimatstaat die erlangte Entschädigung selbst vereinnahmen darf.

## V. Schluss

Das Institut des diplomatischen Schutzes zeigt in paradigmatischer Weise, wie stark sich das heutige Völkerrecht durch die Entstehung des internationalen Menschenrechtsschutzes gewandelt hat. Allerdings haben die Menschenrechte nicht dazu geführt, die Staaten aus ihrer Rolle als „geborene“ Völkerrechtssubjekte vollständig zu verdrängen. Das Völkerrecht ist auch heute noch im Ausgangspunkt zunächst einmal das zwischen den Staaten geltende Recht. Menschenrechte gelten auf internationaler Ebene nur insoweit, als die Staaten sie gewährt haben. Durch die Entstehung des internationalen Menschenrechtsschutzes sind die Prämissen des klassischen Völkerrechts in vielfältiger Weise durchbrochen und überlagert worden. Die heutige Aufgabe besteht darin – und das lässt sich am Beispiel des diploma-**[348]**tischen Schutzes besonders gut demonstrieren –, klassisches, staatenzentriertes Völkerrecht und Menschenrechte „zusammenzudenken“.

## English Summary

In recent years, diplomatic protection and protection of human rights intersect more and more frequently. Both concepts, however, stem from different epochs of international law: The right to diplomatic protection was developed under the traditional, state-centred period of international law. This has a bearing on the concept of diplomatic protection. According to the PCIJ's well-known Mavrommatis formula, by resorting to diplomatic action 'a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law'. During the drafting of the 2006 ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, the fictional character of this traditional concept was criticised. This did not result, however, in a clear-cut reconceptualization. Rather, the further development has been left open. Human rights, by contrast, became an issue at the international level only after the Second World War. Unlike diplomatic protection, there is no need for a fiction but the individual himself or herself is the holder of right under international law. Upon closer scrutiny, it becomes clear that international human rights treaties have a two-layer structure: Over and above creating rights for the individual, they also create obligations between the contracting States parties. Furthermore, human rights have a rationale entirely different from diplomatic protection in that they are not dependent on nationality. Notwithstanding such conceptual differences, it cannot not be excluded that human rights obligations are asserted by means of diplomatic protection, an example being the Diallo case before the ICJ. Similarly, the ECtHR in the Cyprus v Turkey case underlined that there are similarities between the State complaint procedure and diplomatic protection. This leads to the question of the legal consequences arising out of diplomatic protection. Under the traditional concept, where a State receives compensation in the exercise of diplomatic protection, this is done in response to a violation of the State's own right. Consequently, there is no legal obligation, from the international law perspective, to transfer the sum of money to the individual. The article argues that in case of asserting human rights by means of diplomatic protection, this should be different. The argument is that human rights have the individual as the ultimate beneficiary. For reasons of dogmatic consistency, this characterisation of the primary rule has to prevail at the secondary rule level, too. The ICJ judgment in the Diallo case and the ECtHR judgment in Cyprus v Turkey lend further arguments in support.