

§ 6 Immaterieller Schadensersatz als Privatrechtsanalogie

Wiederholt sind im vorhergehenden Kapitel privatrechtliche Anleihen und daraus resultierende Begriffswirren zur Sprache gekommen. Hierauf aufbauend legt dieses Kapitel dar, inwieweit der immaterielle Schadensersatz im Recht der Staatenverantwortlichkeit eine Privatrechtsanalogie⁸⁰⁶ ist. Drei unterschiedliche, einander allerdings überschneidende, Aspekte sprechen dafür: Die Genese bzw. Migrationsgeschichte des Rechtsinstituts im Völkerrecht (A.), sein Begriff (B.) und seine Funktion (C.) belegen, dass es privatrechtlichem Denken verhaftet ist.

A. Genese

Zunächst besteht ein breiter Konsens, dass Anleihen beim innerstaatlichen Recht das Institut des immateriellen Schadensersatzes geprägt haben.⁸⁰⁷ Besonders markant sind solche Bezugnahmen auf das innerstaatliche Privatrecht zur Ermittlung der völkerrechtlichen Regel in der *Lusitania*-Entscheidung.⁸⁰⁸ Ebenso nahmen andere Entscheidungen zu immateriellen Schäden auf innerstaatliches Privatrecht Bezug.⁸⁰⁹ Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass Anleihen beim innerstaatlichen Privatrecht nicht *ein* konkretes Ergebnis vorgezeichnet haben. Vielmehr konnte das innerstaatliche Privatrecht als Begründung für unterschiedliche und zum Teil konträre Sachentscheidungen dienen. Dies veranschaulicht der oben angestellte Vergleich zwischen *Lusitania* einerseits und *Cédroni* sowie *Davis* andererseits. Maßgeblich für das jeweils gefundene Ergebnis bzw. die gewählte Analogie war nach der obigen Analyse die jeweilige Heimatrechts-

806 Siehe für den zugrunde gelegten Begriff der Privatrechtsanalogie oben in § 3.

807 Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 487; Markert/Freiburg, JWIT 14 (2013), 27; Wittich, FinYbkIL 15 (2004), 331; vgl. allgemein für die Schadensausfüllung als Privatrechtsanalogie Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 150 f.

808 Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, insbesondere 36.

809 Siehe hierzu oben unter § 5 A. I. 1.

ordnung des Entscheidungsträgers.⁸¹⁰ Insoweit zeigt sich eine Tendenz zum „Heimwärtsstreben“⁸¹¹.

Die Gründe für die Anleihen bei privatrechtlichen Rechtsinstituten dürften vielfältig gewesen sein. Wie oben bereits ausgeführt worden ist, spielten hierfür die strukturelle Vergleichbarkeit zwischenstaatlicher Ansprüche mit Deliktsansprüchen unter Privaten und die Vergleichbarkeit der Sachfrage (Schadensausfüllung) ebenso eine Rolle, wie das Fehlen spezifisch völkerrechtlicher Regeln.⁸¹² Der Rückgriff auf innerstaatliches Recht war insofern die fast zwangsläufige Folge der Einsetzung von Spruchkörpern zur rechtsförmigen Erledigung völkerrechtlicher Streitigkeiten, ohne diesen vorher festgelegte Entscheidungsmaßstäbe zu geben.⁸¹³ Allerdings liegt gerade wegen des Fehlens klarer völkerrechtlicher Regeln der Verdacht nahe, die Spruchkörper könnten innerstaatliches Recht als Sachrecht und nicht als Inspirationsquelle für völkerrechtliche Regeln angewendet haben. Um diese Möglichkeit auszuschließen, empfiehlt sich ein Blick auf die jeweiligen Regeln zum anwendbaren Recht. Solche Regeln sahen zum Teil ausdrücklich vor, dass Lücken durch innerstaatliches Recht gefüllt werden konnten. Beispielsweise hatte die Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission auch die folgenden Regeln anzuwenden:

„[...] (c) Rules of law common to the United States and Germany established by either statutes or judicial decisions;

(d) The general principles of law recognized by civilized nations; [...]“⁸¹⁴

Aus dieser Klausel ergibt sich, dass das Schiedsgericht nicht von der Anwendbarkeit innerstaatlichen Rechts als Sachrecht ausging. Vielmehr ging es darum, aus dem innerstaatlichen Recht eine völkerrechtliche Regelung zu destillieren. Insoweit übernahmen Anleihen aus dem innerstaatlichen Privatrecht eine Lückenfüllungs- und Ergänzungsfunktion, wie sie heute Art. 38 Abs. 1 lit c) IGH-Statut anerkennt.⁸¹⁵ Dass die Kommission diese Klausel so verstanden hat, verdeutlicht eine Bemerkung des deutschen

810 Siehe oben unter § 5 A. I. 1.

811 Siehe zu dem Begriff oben in Fn. 552.

812 Siehe oben unter § 3 B. III. und § 5 A. I. 4.

813 *Anzilotti* wertete diesen Umstand übrigens als konkludente Ermächtigung der beteiligten Staaten, auf das Repertoire des Privatrechts zurückzugreifen, *Anzilotti*, Lehrbuch des Völkerrechts I, 1929, S. 413. Insofern bietet er einen Weg an, Anleihen beim Privatrecht mit einem strengen Völkerrechtspositivismus zu verbinden.

814 Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Administrative Decision* No. 2, 1923, RIAA VII, 23, 26.

815 *Jennings/Watts*, *Oppenheim's International Law (Peace)*, 2008, S. 40.

Kommissars der Deutsch-Amerikanischen Gemischten Schiedskommission in Bezug auf die *Lusitania*:

„Auch abgesehen davon, daß bei Vorgängen auf hoher See nicht das Recht eines Einzelstaates für den Umfang der völkerrechtlichen Haftung maßgeblich sein konnte und daß z. B. die Vereinigten Staaten bis 1920 keine rechtlichen Bestimmungen über die Haftung für Todesfälle auf hoher See hatten, war die Commission in Beantwortung der ersten Frage der Meinung, daß für eine völkerrechtliche, also zwischenstaatliche Haftung grundsätzlich nicht das Recht eines einzelnen Landes in Betracht kommen könne, sondern daß versucht werden müsse, unter Heranziehung und Berücksichtigung der Rechte aller zivilisierten Nationen und allgemeiner Gesichtspunkte die zweckmäßigen Normen zu ermitteln.“⁸¹⁶

So klar wie für die Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission lässt sich zwar nicht für alle Entscheidungen des 19. und 20. Jahrhunderts belegen, dass sie Völkerrecht anwenden. Indes sprechen oft Indizien dafür, dass sie jedenfalls keine innerstaatliche Rechtsordnung als solche anwenden wollten.⁸¹⁷ Innerstaatliche Regeln dienten vielmehr als Messlatte und Orientierungshilfe für die sich herausbildende völkerrechtliche Haftung.⁸¹⁸ Damit sind die Bezugnahmen auf Privatrecht in der älteren Schiedspraxis tatsächlich Privatrechtsanalogien im Völkerrecht. In diesem Sinne rezipierte auch die Völkerrechtskommission die ältere Schiedspraxis als Beleg für die Anwendung völkergewohnheitsrechtlicher Regeln zum Ersatz immaterieller Schäden.⁸¹⁹ Durch diese Rezeption führte die Völkerrechtskommission die privatrechtlichen Ursprünge des Instituts fort, so dass es folgerichtig ist, von einer Genese des immateriellen Schadensersatzes im Privatrecht zu sprechen.

B. Begriff

Genese und Begriff hängen insofern zusammen, als die Anleihen beim innerstaatlichen Recht natürlich die verwendete Bezeichnung beeinflusst

816 *Kiesselbach*, Probleme, 1927, S. 58 (Sperrungen entfernt).

817 Siehe zu dieser Frage bereits oben unter § 5 A. I. 1.

818 *Creutz*, State Responsibility in the International Legal Order, 2020, S. 70.

819 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 101 f. (Art. 36 Rn. 16).

haben. Besonders deutlich ist dieser Zusammenhang in der *Lusitania*-Entscheidung, die den französischen Begriff “prejudice morale” verwendet,⁸²⁰ und damit dazu beigetragen haben dürfte, dass dessen anglierte Form, “moral damages”, den englischsprachigen Diskurs geprägt hat.⁸²¹ Da der Begriff im *Common Law* keine genaue Entsprechung findet,⁸²² ist diese Entwicklung bemerkenswert. Hierin zeigt sich entgegen teils geäußelter Ansichten⁸²³ weniger die herausragende Bedeutung der *Civil-Law*-Tradition für die Ausgestaltung des Völkerrechts als die Strahlkraft der *Lusitania*-Entscheidung. Letztere beruhte auf den bereits dargelegten Umständen.⁸²⁴ Dessen ungeachtet treten die privatrechtlichen Wurzeln des Konzepts im verwendeten Begriff hervor.

Auch die alternativ verwendeten Begriffe⁸²⁵ weisen privatrechtliche Bezüge auf. Sie rekurrieren nämlich in unterschiedlichem Maße auf innerstaatliche Regeln für den immateriellen Schadensersatz und spiegeln insoweit die Vielfalt innerstaatlicher Konzeptionen immateriellen Schadensersatzes wider. Diese Prägung zeigt sich in der – auch begrifflich deutlichen – Orientierung am Vermögensschaden als Idealbild, die sich in der Definition des immateriellen Schadensersatzes als Gegensatz zum Vermögensschaden niederschlägt. Gerade in dieser vermögensrechtlichen Orientierung liegt das privatrechtliche Erbe, das allen diesen Konzepten innewohnt.⁸²⁶

Die unterschiedlichen Begriffe (und Unklarheiten über deren Inhalt) führen zugleich ein Defizit privatrechtlicher Anleihen im Völkerrecht vor Augen: Oft bleibt unklar, welches Rechtsinstitut welcher Rechtsordnung Pate gestanden hat. Da die Ausgestaltung innerstaatlicher Haftungsregime unterschiedlich ist, folgt aus der Unklarheit über das rezipierte Konzept, dass unterschiedliche Vorstellungen hierzu fortbestehen. Diese brechen in der Regel bei Sachfragen auf und führen sodann zu potentiell unterschiedli-

820 Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 36.

821 Vgl. einerseits die Verwendung in Art. 31 Abs. 2 ARSIWA und andererseits für die investitionsschutzrechtliche Debatte stellvertretend *Dumberry*, Moral Damages, in: *Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, 142.

822 *Parish/Nelson/Rosenberg*, Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration, *Berkeley Journal of International Law* 29 (2011), 225–245.

823 *Parish/Nelson/Rosenberg*, *Berkeley Journal of International Law* 29 (2011), 227.

824 Siehe hierzu oben unter § 5 A. I. 4. a) (am Ende).

825 Siehe hierzu näher oben unter § 5 B. I.

826 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade, 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 367 (Rn. 52).

chen Ergebnissen.⁸²⁷ Gleichwohl liegt in der Bezeichnung, welcher Begriff auch immer für den immateriellen Schadensersatz benutzt wird, eine Anleihe bei (irgend-) einem Privatrechtssystem.

C. Ratio

Zuletzt entspricht die Ratio des immateriellen Schadensersatzes im zwischenstaatlichen Völkerrecht der Idee des Privatrechts, so dass er auch aus diesem Grund eine Privatrechtsanalogie ist. Das öffentliche Recht kennzeichnet es, Herrschaft zu konstituieren und zu begrenzen. Mit anderen Worten regelt es das Verhältnis zwischen einer übergeordneten Machtinanz und dem Einzelnen. Dagegen ist das Privatrecht das Recht unter Gleichen.⁸²⁸ Aus dieser abstrakten Unterscheidung lässt sich allerdings zunächst wenig für die Einordnung der Ausgestaltung der Staatenverantwortlichkeit gewinnen. Dies gilt umso mehr, als die innerstaatliche Haftung des Staates oft der Haftung unter Privaten nachempfunden ist und damit jedenfalls einen privatrechtlichen Anstrich hat.⁸²⁹ Daher gilt es zu identifizieren, inwiefern sich gleichwohl in einem Haftungsregime, spezifischer im immateriellen Schadensersatz, die Idee des Privatrechts niederschlagen kann.

Einen geeigneten Ansatzpunkt für diese Aufgabe bietet der Zweck des immateriellen Schadensersatzes. Denn der (idealtypische) Unterschied zwischen Gleichordnung im Privatrecht und Subordination im öffentlichen Recht lässt sich in den Unterschied zwischen ausgleichender und austeilender Gerechtigkeit einerseits und den Unterschied zwischen Eigennutz und Gemeinwohlorientierung andererseits übersetzen.⁸³⁰ So geht mit der austeilenden Gerechtigkeit notwendig einher, dass eine übergeordnete Instanz und in der Folge eine Über- und Unterordnung besteht.⁸³¹ Anhand dieser Überlegung wird eine Einordnung des immateriellen Schadensersatz-

827 Siehe hierzu oben unter § 5 B. III. Vgl. zu den Problemen privatrechtlicher Anleihen im Völkerrecht spezifisch im Hinblick auf die Verwendung des Konzepts "moral damages" Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 487.

828 Siehe oben ausführlich unter § 2 B. II.

829 Insbesondere im deutschen Recht füllen die §§ 249 ff. BGB gleichermaßen die private wie die hoheitliche Haftung aus. Auch in anderen europäischen Staaten beruht die Haftung des Staates auf der Deliktshaftung, Dörr, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: *Staatshaftung in Europa*, 1, 4 f.

830 Siehe oben unter § 2 B. II. 2.

831 Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1963, S. 225 f.

zes nach dem Grad, zu dem er eher die Zwecke der ausgleichenden oder der austeilenden Gerechtigkeit bzw. des Eigennutzes oder des Gemeinwohls verwirklicht, in die Kategorien öffentliches Recht und Privatrecht möglich. Bei der Anwendung der Unterscheidung zwischen austeilender und ausgleichender Gewalt gilt es jedoch zu beachten, dass die Orientierung am Zweck zu Ergebnissen führen kann, die zu den tradierten Trennungen in öffentliches Recht und Privatrecht quer liegen. Das veranschaulicht folgendes Beispiel: Indem *Common-Law*-Rechtsordnungen Strafschadensersatz gewähren,⁸³² verwirklichen sie die Idee der austeilenden Gewalt und sind mithin insofern öffentlich-rechtlich. Dass diese Normen im Deliktsrechts bzw. *tort law* und damit aus deutscher Sicht im klassischen Privatrecht verortet sind, sollte indes nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass diese wegen ihrer Regelung im Privatrecht auch idealtypisch privatrechtliche Institute sind. Vielmehr lehrt dieses Beispiel, dass auch im Privatrecht Regelungen des öffentlichen Rechts Niederschlag finden können bzw. sich in privatrechtlichen Regelungen die Idee des öffentlichen Rechts verwirklichen kann. Konkret folgt daraus, dass ein auf Kompensation ausgelegtes Haftungsrecht ausgleichend wirkt, dem individuellen Nutzen dient und daher ein privatrechtliches Regime ist. Dagegen verwirklicht ein "strafendes" Deliktsrecht wie in den USA die Idee der austeilenden Gerechtigkeit, verfolgt Gemeinwohlzwecke und ist daher seiner Idee nach öffentlich-rechtlich.⁸³³

Im Völkerrecht dient der immaterielle Schadensersatz jedenfalls vorrangig dem Ausgleich der Verletzungen der Person und Persönlichkeit sowie Rufschäden.⁸³⁴ Diese Einordnung resultiert bereits daraus, dass der immaterielle Schadensersatz ein Ausfluss des Grundsatzes der Totalreparation ist.⁸³⁵ Damit entspricht der immaterielle Schadensersatz im zwischenstaatlichen Völkerrecht den wesentlichen Funktionen des zivilrechtlichen Schadensersatzes, der vorrangig den Schaden des Opfers kompensieren soll.⁸³⁶

832 Vgl. eingehender Rogers, Comparative Report, in: Rogers (Hrsg.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, 2001, 245–296, Rn. 13–19.

833 Michaels/Jansen, *AJCL* 54 (2006), 848.

834 Siehe zu den Konturen des immateriellen Schadens im Völkerrecht oben unter § 5 B. II.

835 So bereits Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 35 f.

836 Vgl. Larenz, *Schuldrecht AT*, 1987, S. 423 f. Zusätzlich kann der zivilrechtliche Schadensersatz auch der Verhinderung weiterer Schäden (also Präventionszwecken) dienen, von Hein, *Damages*, in: Basedow/Rühl/Ferrari/Asensio (Hrsg.), *Encyclopedia*

Folglich ist der immaterielle Schadensersatz in seiner Logik ausgleichend, verfolgt vorrangig eigennützige Zwecke und ist mithin privatrechtlich.

Die ausgleichende Funktion des immateriellen Schadensersatzes im Völkerrecht verstärkt der Umstand, dass ein *jeder* immaterielle Schaden grundsätzlich mit Geld zu ersetzen ist, ohne dass eine besondere Schwere der Verletzung oder des Schadens erforderlich wäre.⁸³⁷ Denn dieser Umstand belegt, dass das Rechtsinstitut dem vollständigen Ausgleich entstandener Schäden verpflichtet ist und weniger der Sanktion besonders verachtungswürdigen oder gemeinschädlichen Verhaltens dient. Auch insofern verwirklicht das Rechtsinstitut eher die Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit, die dem Privatrecht angehört.

Obleich sich sowohl in Genese, Begriff und Ratio der Einfluss des Privatrechts auf das Institut des immateriellen Schadensersatzes nachweisen lässt, haben Positivisten die Anleihen zum Privatrecht ganz anders begründet. Unter ihnen war es im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert eine häufig anzutreffende Position, dass das Völkerrecht das Privatrecht nicht als solches rezipiert habe, sondern das Privatrecht wegen der "Natur der Sache" Anwendung finde. Dabei interessiert diese Position an dieser Stelle, weil sie unterstellt, dass die treffende Bezeichnung nicht Privatrechtsanalogie, sondern eher Rechtsanalogie ist. Sie behauptet damit, dass die Anleihen beim Privatrecht nicht aus der strukturellen Vergleichbarkeit beider Rechtsordnungen, sondern aus der Rechtslogik folgen.⁸³⁸ So verstanden greift dieser Ansatz einen Ausgangspunkt dieser Arbeit an, die gerade auf die strukturelle Vergleichbarkeit als Grund und Grenze der Privatrechtsanalogien im Völkerrecht abhebt. Zugleich offenbart sich dahinter eine Haltung, die den Ursprung privatrechtlicher Regeln in "Vernunft und Moral"⁸³⁹ hervorhebt. In einem (engen) Kernbereich mag dieses Argument

of Private International Law, 2017, 513. Dieser Zweck ist nach dem Verständnis der Arbeit eher öffentlich-rechtlich, weil er eine überindividuelle Dimension hat. Allerdings ist dies lediglich ein "erwünschtes Nebenprodukt" des zivilrechtlichen Schadensersatzes (Larenz, Schuldrecht AT, 1987, S. 423 f.). Den Schwerpunkt bildet die Kompensation. Daher stellt diese öffentlich-rechtliche Dimension eine Einordnung des deliktischen Schadensersatzes als idealtypisch privatrechtlich nicht in Frage.

837 Siehe hierzu oben unter § 5 C.

838 Siehe hierzu bereits allgemein oben unter § 3 B. III.

839 Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 223.

zutreffen. Es ist schlicht unsinnig, einen bindenden Vertrag zu schließen, wenn dieser nicht zur Erfüllung verpflichtet soll. Insofern ist die Rezeption des Satzes *pacta sunt servanda* keine Privatrechtsanalogie, sondern Ausfluss der Rechtslogik. Im gleichen Atemzug sind auch Grundsätze wie Treu und Glauben zu nennen, die dem Recht immanent sind.⁸⁴⁰ Auf den immateriellen Schadensersatz angewendet würde dieser Erklärungsansatz bedeuten, dass privatrechtliche Regeln zum immateriellen Schadensersatz eine der Rechtslogik oder dem Recht immanente “Wahrheit” reflektieren.

Ein solcher Zusammenhang ist schon außerhalb eines kleinen Kreises von Normen wie *pacta sunt servanda* oder *bona fide* abzulehnen⁸⁴¹ und er besteht erst recht nicht für den Ersatz immaterieller Schäden. Insbesondere ist es unmöglich, den Ersatz immaterieller Schäden in Geld aus Vernunft, Natur der Sache oder Moral eindeutig herzuleiten. Vielmehr sind Anerkennung und Ausgestaltung des immateriellen Schadensersatzes *Entscheidungen* einer Rechtsordnung, die von historischen und politischen Faktoren abhängen.⁸⁴² Sie können daher auch anders getroffen werden. Dies belegen rechtsvergleichende Studien, nach denen sich die Folgen eines Rechtsverstoßes in den innerstaatlichen Rechtsordnungen unterscheiden.⁸⁴³ Das Völkerrecht ist einer dem römischen Recht entspringenden Tradition gefolgt, das Konzept des Schadens an der Vermögenseinbuße auszurichten.⁸⁴⁴ Selbst der Nichtvermögensschaden wird nur in seiner Gegensätzlichkeit zum Vermögensschaden verstanden.⁸⁴⁵ Ebenso sind die Rechtsfolgen traditionell pekuniär ausgerichtet. Noch konkreter hat sich das Völkerrecht in der Nachfolge von *Lusitania* – auch begrifflich – an der französischen Rechtstradition orientiert. Dass diese Entscheidung nicht der “Natur der Sache” entspricht, belegen abweichende Vorstellungen zum immateriellen Schadensersatz im Völkerrecht. So meinte bereits der deutsche Kommis-

840 Futhazar/Peters, Good Faith, in: Viñuales (Hrsg.), The UN Friendly Relations Declaration at 50, 2020, 189–228, 189; vgl. auch Kotzur, Good Faith (Bona fide), in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, Rn. 5.

841 Siehe hierzu oben unter § 3 C.

842 Vgl. auch IAGMR, *Loayza-Tamayo v. Peru, Reparations*, Sondervotum der Richter Cançado Trindade und Abreu-Burelli, 1998, Series C, No. 42, Rn. 7.

843 Vgl. spezifisch für die Staatshaftung bei immateriellen Schäden Dörr, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, I, 22 f.

844 Siehe oben für die Gründe der Popularität des römischen Rechts unter § 3 B. I. und II.

845 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade, 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 376 f. (Rn. 77).

sar der Deutsch-Amerikanischen Gemischten Schiedskommission, dass ein Ersatz in Geld für einen "auf sittlichem und geistigem Gebiet liegenden Nachteil [...] dem deutschen Rechtsempfinden fremd"⁸⁴⁶ sei. Mit dieser Auffassung stand er auch nicht alleine da, sondern teilte sie mit den Verfassern des Bürgerlichen Gesetzbuchs.⁸⁴⁷ Ebenso benutzten Schiedssprüche innerstaatliches Privatrecht als Argument *gegen* den Ersatz immaterieller Schäden im Völkerrecht⁸⁴⁸ und der IAGMR sah sich dazu veranlasst, den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit an die Situation in den Konventionsstaaten anzupassen, die von systematischen Menschenrechtsverletzungen geprägt war.⁸⁴⁹ Aus diesen Beispielen folgt, dass der Ersatz immaterieller Schäden im Völkerrecht auf der Rezeption *einer* spezifischen privatrechtlichen Tradition beruht, die vom römischen Recht geleitet ist und keiner wie auch immer gearteten Notwendigkeit oder Sachgerechtigkeit folgt.⁸⁵⁰ Insofern ist es folgerichtig, den Ersatz immaterieller Schäden als eine *Privatrechtsanalogie* zu begreifen und nicht als bloße *Rechtsanalogie*.

846 Kiesselbach, Probleme, 1927, S. 61.

847 Vgl. Mugdan, Materialien, Bd. II, 1899, S. 12: "Durch allgemeine Anerkennung eines Entschädigungsanspruches wegen Verletzung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses würde dem Richter jene dem deutschen Rechte fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem Streitverhältnisse beigelegt, welche erst bei der Berathung der CPO nach reiflicher Prüfung als bedenklich erfunden und deshalb verworfen wurde [...]".

848 Siehe oben unter § 5 A. I. 1.

849 Siehe unten unter § 9 B.

850 So IAGMR, *Loayza-Tamayo v. Peru, Reparations*, Sondervotum der Richter Cançado Trindade und Abreu-Burelli, 1998, Series C, No. 42, Rn. 6 f.

