

Robert Christoph Stendel

Immaterieller Schadensersatz und der Wandel völkerrechtlicher Privatrechtsanalogien



Nomos

Beiträge zum
ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

Herausgegeben von
der Max-Planck-Gesellschaft
zur Förderung der Wissenschaften e.V.,
vertreten durch Prof. Dr. Armin von Bogdandy
und Prof. Dr. Anne Peters

Band 325

Robert Christoph Stendel

Immaterieller Schadensersatz und der Wandel völkerrechtlicher Privatrechtsanalogien



Nomos

Die Open-Access-Veröffentlichung der elektronischen Ausgabe dieses Werkes wurde ermöglicht mit Unterstützung durch die Max-Planck-Gesellschaft.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2023

1. Auflage 2023

© Robert Christoph Stendel

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-0624-3

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4159-0

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748941590>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Für Hannah-Lea

Vorwort

Die vorliegende Arbeit beruht auf meiner Dissertation, welche die Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im Wintersemester 2022/23 angenommen hat. Für die Drucklegung konnte ich Rechtsprechung und Literatur bis März 2023 berücksichtigen.

Die ersten Ideen für diese Arbeit stammen aus den Jahren 2012/2013. Während der Recherchen für die Jessup-Moot-Court-Competition faszinierte mich die reichhaltige Privatrechtsrezeption des Völkerrechts. In vielen Fragen kamen und kommen Rechtsfiguren zum Zuge, wie sie auch zwischen Bürger*innen gelten. Obwohl das intuitiv manchmal einleuchtete, irritierte mich die Privatrechtsrezeption des Völkerrechts: Denn das Völkerrecht regelt eben sehr viel mehr und ganz anderes als privatrechtsähnliche Rechtsbeziehungen. Diese Arbeit ist der Versuch, diesem Störgefühl auf den Grund zu gehen.

Meiner Betreuerin, Prof. Dr. Anne Peters, bin ich dafür dankbar, dass sie mir hierfür den Raum gegeben, mich seit meinem Studium gefördert und mein Vorhaben stets unterstützt hat. Für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens und wertvolle Hinweise zur Abrundung der Arbeit danke ich Prof. Dr. Bernd Grzeszick. Prof. Dr. Ekkehart Reimer danke ich für die anregende Disputation und seine stete Unterstützung.

Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht bot die idealen Voraussetzungen, um die Arbeit zu erstellen. Ohne die Anregungen, Diskussionen und Kritik in Anne Peters' Forschungsseminar hätte die Arbeit niemals in dieser Form entstehen können. Für Rat, Unterstützung und Aufheiterung bin ich meinen Kolleg*innen sehr dankbar. Insbesondere Leander Beinlich, Richard Dören, Fabian Eichberger, Florian Kriener, Prof. Dr. Christian Marxsen, Dr. Carolyn Moser, Silvia Steininger und Dr. Alexander Wentker haben diese Arbeit begleitet. Für das Lesen einzelner Teile der Arbeit und lange Diskussionen danke ich Ihnen.

Den Direktoren, Prof. Dr. Armin von Bogdandy und Prof. Dr. Anne Peters, danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe des Instituts. Die Studienstiftung des Deutschen Volkes unterstützte diese Arbeit mit einem Promotionsstipendium. Stipendien des Bucerius-Jura-Programms der Studienstiftung des Deutschen Volkes, des Deutschen Akademischen

Vorwort

Austauschdienstes und des Brasenose College, Oxford, zusammen mit der Law Faculty der Universität Oxford ermöglichten mir, während der Promotion meinen Horizont im Rahmen eines Masterstudiums ebendort zu erweitern. Diese Zeit prägte die Arbeit wesentlich.

Ohne die Unterstützung meiner Eltern und meiner Lebensgefährtin wäre diese Arbeit niemals entstanden. Ihre Liebe und Zuneigung auf dem langen Weg der juristischen Ausbildung waren ein steter Quell der Kraft.

Heidelberg, April 2023

Robert Stendel

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	11
§ 1 Einführung	29
1. Teil: Privatrechtsanalogien im geltenden Völkerrecht	51
§ 2 Das Völkerrecht und die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	53
§ 3 Privatrechtsanalogien in der Völkerrechtsordnung	91
2. Teil: Immaterieller Schadensersatz im zwischenstaatlichen Völkerrecht: eine Privatrechtsanalogie	117
§ 4 Immaterieller Schadensersatz im Recht der Staatenverantwortlichkeit	119
§ 5 Anerkennung, Begriff und Voraussetzungen immateriellen Schadensersatzes im zwischenstaatlichen Völkerrecht	131
§ 6 Immaterieller Schadensersatz als Privatrechtsanalogie	179
3. Teil: Immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht	189
§ 7 Vorfrage: Die anwendbaren Regeln	193
§ 8 Immaterielle Schäden vor dem EGMR	217
§ 9 Immaterielle Schäden vor dem IAGMR	285
§ 10 Immaterielle Schäden vor dem AfGMRRV	315
§ 11 Immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht	339

§ 12 Immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht	401
4. Teil: Publizierung als Entwicklungstendenz und Erklärungsansatz?	421
§ 13 Völkerrechtliche Entwicklungen als Ausdruck öffentlich- rechtlicher Gedanken	423
§ 14 Ausblick	463
English Summary	475
Annex	489
Material-, Rechtsprechungs- und Literaturverzeichnis	509

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	19
Tabellenverzeichnis	21
Abkürzungsverzeichnis	23
§ 1 Einführung	29
A. Forschungsfrage	31
B. Untersuchungsgegenstand	38
I. Immaterieller Schadensersatz	38
II. Auswahl der zu untersuchenden Teilgebiete des Völkerrechts	41
C. Methodischer Zugang	43
D. Gang der Untersuchung	46
1. Teil: Privatrechtsanalogien im geltenden Völkerrecht	51
§ 2 Das Völkerrecht und die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	53
A. Vorklärungen	56
B. Die innerstaatliche Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	59
I. Herkunft und Probleme der Unterscheidung	60
II. Idealtypen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts	66
1. Möglichkeit der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	67
2. Zweckmäßigkeit der Unterscheidung	70
C. Übertragung der Unterscheidung auf das Völkerrecht	77
I. Grundlage der Unterscheidung im geltenden Völkerrecht	77
II. Sinngehalt der Unterscheidung	85
	11

§ 3	Privatrechtsanalogien in der Völkerrechtsordnung	91
	A. Begriff der Privatrechtsanalogie	93
	B. Privatrechtsanalogien in der Völkerrechtsgeschichte	97
	I. Die Rolle des römischen Rechts	99
	II. Privatrechtsanalogien im späten Mittelalter und der frühen Neuzeit	101
	III. Privatrechtsanalogien und der Rechtspositivismus	107
	C. Privatrechtsanalogie, Rechtsanalogie oder historischer Ballast?	112
2. Teil:	Immaterieller Schadensersatz im zwischenstaatlichen Völkerrecht: eine Privatrechtsanalogie	117
§ 4	Immaterieller Schadensersatz im Recht der Staatenverantwortlichkeit	119
	A. Grundstruktur der völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit	120
	B. Immaterieller Schadensersatz im Recht der Staatenverantwortlichkeit	123
	C. Individuelle Nichtvermögensschäden im zwischenstaatlichen Völkerrecht	127
§ 5	Anerkennung, Begriff und Voraussetzungen immateriellen Schadensersatzes im zwischenstaatlichen Völkerrecht	131
	A. Immaterieller Schadensersatz in der völkerrechtlichen Spruchpraxis	132
	I. Praxis vor 1945	133
	1. Divergierende Auffassungen zur Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden	133
	2. Fallgruppen immateriellen Schadensersatzes in der frühen Schiedspraxis	137
	3. Divergenzen in der Schiedspraxis	140
	4. Erklärungen und fortdauernde Relevanz	143
	a) Gründe für die Divergenz der Schiedspraxis	143
	b) Zur Relevanz der frühen Schiedspraxis für das heutige Völkerrecht	149

II. Praxis nach 1945	151
1. Diallo	151
2. Seerechtliche Fälle	154
3. Weitere Praxis und Zusammenführung	157
B. Begriff des immateriellen Schadens	160
I. Begriffsvielfalt	161
II. Konturierung des Begriffs des immateriellen Schadens	163
III. Immaterieller Schadensersatz und Strafschadensersatz	169
C. Voraussetzungen für den Ersatz immaterieller Schäden	173
§ 6 Immaterieller Schadensersatz als Privatrechtsanalogie	179
A. Genese	179
B. Begriff	181
C. Ratio	183
3. Teil: Immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht	189
§ 7 Vorfrage: Die anwendbaren Regeln	193
A. Die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen	194
I. Umgang mit den ARSIWA in Praxis und Literatur	195
II. Argumente für die Anwendung der Regeln der ARSIWA	203
1. Rechtsgedanke der Staatenverantwortlichkeit, Entstehungsgeschichte der ARSIWA und Staatenpraxis	204
2. Irrelevanz der Diskussionen um Investor*innenrechte	207
B. Verhältnis zu Sonderregimen	209
C. Ausnahmen	213

§ 8	Immaterielle Schäden vor dem EGMR	217
A.	Entschädigung für immaterielle Schäden unter der EMRK	218
I.	Begriff und Umfang des Ersatzes immaterieller Schäden	219
II.	Entschädigungsberechtigte	223
III.	Zwischenstaatliche Verfahren und immaterieller Schadensersatz	227
B.	Die Feststellung der Konventionsverletzung als Entschädigung	229
I.	Der Begriff der entschädigenden Feststellung	232
II.	Die Fallgruppen einer entschädigenden Feststellung	237
1.	Innerstaatliche Wiedergutmachung	240
2.	Fehlender (kausaler) Schaden	245
3.	Geringfügige Verletzung	252
4.	Abzulehnende Fallgruppen	260
a)	Antrag auf eine entschädigende Feststellung	261
b)	Die "Natur" der Konventionsverletzung	262
c)	Bevorstehende Konventionsverletzungen	263
d)	Moralische Verurteilung der Beschwerdeführer*innen	264
e)	Beschwerden gegen innerstaatliche Gesetze oder allgemeine Praktiken	267
f)	Sondervoten	269
5.	Überprüfung der Fallgruppenbildung	271
C.	Dogmatische Verortung der Praxis des Gerichtshofs	281
§ 9	Immaterielle Schäden vor dem IAGMR	285
A.	Struktur des Rechtsschutzes unter der IAMRK	285
B.	Ersatz immaterieller Schäden unter der IAMRK	291
I.	Begriff und Umfang des Ersatzes immaterieller Schäden	293
1.	Begriff des immateriellen Schadens unter der IAMRK	293
2.	Schadensersatzberechtigte	297
3.	Höhe und Art des Ersatzes immaterieller Schäden	300
II.	Das Lebensprojekt als Schadenskategorie	302

III. Das Urteil als Genugtuung per se	306
C. Gründe für die Unterschiede zum EGMR	312
§ 10 Immaterielle Schäden vor dem AfGMRRV	315
A. Struktur des Rechtsschutzes im afrikanischen Menschenrechtssystem	315
B. Ersatz immaterieller Schäden	320
I. Begriff und Umfang des Ersatzes immaterieller Schäden	325
II. Ausnahmen vom Grundsatz finanzieller Entschädigung immaterieller Schäden	327
III. Einheitsentschädigung für die Verletzung des Art. 7 Abs. 1 lit. c AfCMRRV	335
C. Verhältnis zur Rechtsprechung des EGMR und des IAGMR	337
§ 11 Immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht	339
A. Zur Möglichkeit immateriellen Schadensersatzes im Investitionsschutzrecht	341
I. Die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts und immaterieller Schadensersatz	343
II. Juristische Personen und immaterieller Schadensersatz	349
B. Die Behandlung immaterieller Schäden in der Schiedspraxis	350
I. Nichtvermögensschäden im Investitionsschutzrecht vor Desert Line v. Yemen	352
II. Desert Line v. Yemen	354
1. Der Schiedsspruch	355
2. Zusätzliche Voraussetzungen für immateriellen Schadensersatz?	357
3. Nichtvermögensschäden der Angestellten der Schiedsklägerin	359
III. Außergewöhnliche Umstände als Voraussetzung immateriellen Schadensersatzes	364
1. Verfestigung einer Lesart des Schiedsspruchs im Fall Desert Line v. Yemen	364
2. Die Definition außergewöhnlicher Umstände	368

3. Die übrige Schiedspraxis	373
4. Rechtsfolgen immaterieller Schäden unter gewöhnlichen Umständen	378
C. Exkurs: ein „soziologischer“ Erklärungsversuch für die Schiedspraxis	382
D. Der Ersatz immaterieller Schäden im Investitionsschutzrecht	387
I. Die Lückenhaftigkeit des Völkerrechts	388
II. Anwendung einer bestehenden völkerrechtlichen Regel	389
III. Füllung durch eine neue Regel des Völkergewohnheitsrechts	391
1. Staatenpraxis und opinio iuris	391
2. Außergewöhnliche Umstände als systemkonforme Regel im Völkerrecht	395
§ 12 Immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht	401
A. Überblick über die Entwicklungen in weiteren Teilbereichen des Völkerrechts	401
I. Immaterieller Schadensersatz im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten	402
II. Immaterieller Schadensersatz im Völkerstrafrecht und dem Arbeitsrecht internationaler Organisationen	406
B. Übergreifende Entwicklungstendenzen	410
I. Begriff des immateriellen Schadens	411
II. Schwellenkriterium für den Geldersatz immaterieller Schäden	413
III. Rechtsfolgen	416
4. Teil: Publizierung als Entwicklungstendenz und Erklärungsansatz?	421
§ 13 Völkerrechtliche Entwicklungen als Ausdruck öffentlich- rechtlicher Gedanken	423
A. Der öffentlich-rechtliche Charakter der festgestellten Entwicklung(en)	424
I. Parallelen zu innerstaatlichen Staatshaftungsregimen	425

II. Öffentlich-rechtlicher Charakter der beobachteten Entwicklungen	431
1. Menschenrechtsschutz	433
a) Die entschädigende Feststellung des EGMR	435
b) Die Praxis des IAGMR	442
c) Die Praxis des AfGMRRV	445
2. Investitionsschutzrecht	448
III. Öffentliches Recht und Totalreparation	453
B. Alternative Erklärungsmuster	456
C. Der Nutzen der Charakterisierung	459
§ 14 Ausblick	463
A. Zwei weitere Beispiele für die Publizierung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute	464
I. Art. 55 HLKO	464
II. Wechsel der Hoheitsgewalt über ein Territorium	469
B. Die Aussichten privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht	470
English Summary	475
Annex	489
Annex I: Ausgewertete Entscheidungen des EGMR	489
Annex II: Entscheidungen des EGMR zur entschädigenden Feststellung im Jahr 2018	504
Annex III: Entscheidungen/Schriftsätze aus Investitionsschiedsverfahren zu immateriellem Schadensersatz	506
Material-, Rechtsprechungs- und Literaturverzeichnis	509

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Bereinigte Verteilung der Entscheidungen mit Sondervoten im gesamten Datenmaterial im Jahr 2018	270
Abbildung 2:	Bereinigte Verteilung der Entscheidungen mit Sondervoten bei einer entschädigenden Feststellung im Jahr 2018	271
Abbildung 3:	Bereinigte Verteilung der Datensätze mit einer entschädigenden Feststellung nach Fallgruppen im Jahr 2018	273
Abbildung 4:	Bereinigte Verteilung der verletzten Interessen bei einer entschädigenden Feststellung im Jahr 2018	276
Abbildung 5:	Bereinigte Verteilung der verletzten Interessen im Jahr 2018 bezogen auf den gesamten Datensatz	277
Abbildung 6:	Bereinigte Gesamtverteilung der Entscheidungsarten im Jahr 2018	440

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Aufschlüsselung der Kategorien verletzter Interessen nach erfassten Konventionsverletzungen 275

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
a.F.	alter Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfCMRRV	Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AfGMRRV	Afrikanischer Gerichtshof für Menschenrechte und Rechte der Völker
AfKMRRV	Afrikanische Kommission für Menschenrechte und Rechte der Völker
AfYIL	African Yearbook of International Law
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APOC	Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy
Arg. e	argumentum e
ARSIWA	Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
AVR	Archiv des Völkerrechts
AWZ	ausschließliche Wirtschaftszone
Az.	Aktenzeichen

Abkürzungsverzeichnis

BaltYbkIL	Baltic Yearbook of International Law
BayLKrO	Bayerische Landkreisordnung
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIT	Bilateral Investment Treaty (Bilateraler Investitionsschutzvertrag)
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BYIL	British Yearbook of International Law
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CERD	Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Anti-Rassendiskriminierungskon- vention)
CEDH	La Convention Européenne des Droits de l'Homme
CFA Franc	Franc de la Coopération Financière en Afrique
d.h.	das heißt
DADP	Draft Articles on Diplomatic Protection
DJILP	The Denver Journal of International Law and Policy
dt.	deutsch
Duke JCIL	Duke Journal of Comparative & International Law
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EECC	Eritrea-Ethiopia Claims Commission

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EU	Europäische Union
EUR	Euro
f.	folgende
FinYbkIL	Finnish Yearbook of International Law
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GAL	Global Administrative Law
GAR	Global Arbitration Review
gem.	gemäß
GK	Große Kammer
GS	Gedächtnisschrift
GYIL	German Yearbook of International Law
HLKO	Haager Landkriegsordnung
HRA	Human Rights Act
i.V.m.	in Verbindung mit
I-CON	International Journal of Constitutional Law
IAGMR	Inter-Amerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte
IAKMR	Inter-Amerikanische Kommission für Menschenrechte
IAMRK	Inter-Amerikanische Menschenrechtskonvention (Pakt von San José)
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
IGH	Internationaler Gerichtshof

Abkürzungsverzeichnis

IJMCL	International Journal of Marine and Coastal Law
ILA	International Law Association
ILCYbk	Yearbook of the International Law Commission
ILOAT	International Labour Organization Administrative Tribunal
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
IPBürgPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPA	International Public Authority
IPWSKR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
ISGH	Internationaler Seegerichtshof
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
IUSCT	Iran-US Claims Tribunal
JHIL	Journal of the History of International Law
JIEL	Journal of International Economic Law
JWIT	Journal of World Investment & Trade
JZ	Juristenzeitung
KES	Kenia Schilling
KK	Konkordanzkommentar
lit.	Littera
LJIL	Leiden Journal of International Law
LKrO BW	Landkreisordnung Baden-Württemberg
Mio.	Millionen
MJIL	Michigan Journal of International Law
MüKo	Münchener Kommentar
n.F.	neuer Fassung
NJIL	Nordic Journal of International Law
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

NYLJ	New York Law Journal
OAS	Organisation Amerikanischer Staaten
OR	Omani Rial
PCA	Permanent Court of Arbitration
QLR	Quinnipiac Law Review
R.G.D.I.P.	Revue Générale de Droit International Public
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdC	Recueil des Cours
Revista IIDH	Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SächsLKrO	Sächsische Landkreisordnung
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SRÜ	Seerechtsübereinkommen
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
TZS	Tanzanian Shilling
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliches
UN	United Nations
UNCC	United Nations Compensation Commission
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
USD	United States Dollar
vgl.	vergleiche

Abkürzungsverzeichnis

VJIL	Virginia Journal of International Law
WVRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
WKRÜ	Wiener Konsularrechtsübereinkommen
YR	Yemenite Rial
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZP	Zusatzprotokoll
ZV	Zeitschrift für Völkerrecht

§ 1 Einführung

Diese Arbeit untersucht den immateriellen Schadensersatz im Völkerrecht, also die Wiedergutmachung insbesondere für Leid, Schmerzen und Rufschäden,¹ die aus einem Völkerrechtsverstoß resultieren. Im Fokus dieser Untersuchung steht der Wandel privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht. Der immaterielle Schadensersatz dient dabei als ein Beispiel für die Privatrechtsrezeption des Völkerrechts. Die übergreifende Frage der Untersuchung ist, wie sich Rechtsinstitute bzw. -begriffe, die ursprünglich innerstaatlichen Privatrechtsordnungen entstammen (Privatrechtsanalogien),² zum Strukturwandel des Völkerrechts verhalten.

In der Gestalt des völkerrechtlichen Vertrages, den Grundsätzen der völkerrechtlichen Vertragsauslegung (Artt. 31 f. WVRK³) oder dem Grundsatz der *restitutio in integrum* begegnen uns im Völkerrecht viele Institute, die so oder ähnlich auch innerstaatliche Privatrechtsordnungen kennen. Große Aufmerksamkeit widmen wir diesen Anleihen aus dem Privatrecht meist nicht. Vielmehr wirken sie ganz selbstverständlich. Dieser Eindruck speist sich zum Teil aus einer Intuition: Weil das zwischenstaatliche Völkerrecht ein Recht der Gleichberechtigten ist, sollten dieselben Regeln wie zwischen freien und gleichen Individuen gelten. Das Völkerrecht ist somit nichts anderes als ein “private law writ large”, wie *Holland* 1898 formulierte.⁴

So plausibel *Hollands* Parallelisierung zwischen Privatrecht und Völkerrecht einmal war, so unbestreitbar ist der Wandel des Völkerrechts seit dem 19. Jahrhundert. Konnte das klassische Völkerrecht noch als reines Koordinationsrecht⁵ unter Staaten verstanden werden, hat es diesen Rahmen mittlerweile hinter sich gelassen. Nunmehr regelt es auch das Verhältnis

1 Siehe unten zum Begriff des immateriellen Schadens im Völkerrecht unter § 5 B.

2 Anleihen bei irgendeiner Privatrechtsordnung sollen im Folgenden aus Gründen der Einfachheit als Privatrechtsanalogien bezeichnet werden, womit nicht die rechtstechnische Analogie, sondern die Anlehnung an privatrechtliche Rechtsinstitute des innerstaatlichen Rechts gemeint ist, siehe unten zum Begriff der Privatrechtsanalogie unter § 3 A.

3 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVRK), 23. Mai 1969, UNTS 1155, 331 (dt. Übersetzung BGBl. 1985 II, 926).

4 *Holland*, International Law, 1898, S. 152.

5 Vgl. zu dem Begriff *Friedmann*, Changing Structure, 1964, S. 60.

zwischen Staat und Individuum⁶, d. h. Subordinationsverhältnisse, und ist zum Teil eine Subordinationsordnung.⁷ Zugleich ist das Völkerrecht immer tiefer in ihm vormals verschlossene Bereiche der *domaine réservé* vorgedrungen, insbesondere durch die Entstehung des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes.⁸ Zudem haben der Menschenrechtsschutz und das Investitionsschutzrecht weitgehende Individual(-klage-)rechte eröffnet. In der Folge entfällt eine Grundannahme für privatrechtsanaloges Denken, die gleiche Augenhöhe der Beteiligten, in manchen Bereichen des Völkerrechts. Besonders deutlich zeigt dies das Investitionsschutzrecht: Es lässt Private (Investor*innen) und den Staat im Streit um die Rechtmäßigkeit seines (oftmals) hoheitlichen Handelns einander gegenüber treten. Diese Situation ähnelt strukturell einem Verwaltungsrechtsstreit.⁹ Ebenso erinnert ein Individualbeschwerdeverfahren vor einem Menschenrechtsgerichtshof an eine Verfassungsbeschwerde vor einem (Verfassungs-) Gericht. Allgemeiner gesprochen existieren mittlerweile unzählige Bereiche des Völkerrechts, bezüglich derer die Erklärungskraft eines privatrechtsanalogen Verständnisses des Völkerrechts begrenzt ist. Paradigmatisch für diese Entwicklung stehen auch die sog. *law making treaties* oder *traités-lois* (wie internationale Menschenrechtsschutzverträge).¹⁰ Sie sind keine Austauschverträge nach privatrechtem Vorbild.¹¹ Ebenso ist es irreführend, Men-

-
- 6 Soweit nicht anders gekennzeichnet, meint die Arbeit mit Individuen auch andere nichtstaatliche Akteure wie Unternehmen oder Nichtregierungsorganisationen, die als juristische Personen nach einer innerstaatlichen Rechtsordnung verfasst sind.
 - 7 Herdegen, Völkerrecht, 2021, § 17 Rn. 5; vgl. auch Doebling, Völkerrecht, 2004, Rn. 409, der diese Beobachtung allerdings primär auf die Herausbildung zwingenden Völkerrechts bezieht.
 - 8 Tomuschat, International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, RdC 281 (2001), 13–438, 63 und 70.
 - 9 Vgl. grundlegend zu dieser Beobachtung und den daraus zu ziehenden Konsequenzen Van Harten, Investment Treaty Arbitration, 2007, *passim* und S. 63–70, 126; vgl. zudem Schill, Introduction, in: Schill (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, 2010, 3–37, 16 f.; vgl. auch *International Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States*, Sondervotum des Schiedsrichters Thomas Wälde, 26. Januar 2006, abrufbar unter <https://www.italaw.com/cases/571> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 13, der allerdings allgemein zur gerichtlichen Kontrolle von Regierungshandeln sei es im internationalen, regionalen oder nationalen Rahmen Parallelen zieht.
 - 10 Vgl. zu diesem Konzept eingehend Brölmann, Law-Making Treaties: Form and Function in International Law, NJIL 74 (2005), 383–404, 383–387.
 - 11 Vgl. in Bezug auf die Völkermordkonvention IGH, *Reservations to the Convention of Genocide*, Gutachten, 28. Mai 1951, I.C.J. Reports 1951, 15, 23 zustimmend rezipiert von IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the*

schenrechtsschutzverträge mit der Analogie zu Verträgen zugunsten Dritter zu beschreiben. Näherliegend ist eine Analogie zum abstrakt-generellen Gesetz.¹²

Damit wirft die Erweiterung des Anwendungsbereichs völkerrechtlicher Regeln die Frage auf, wie das privatrechtsanaloge Erbe des Völkerrechts sich dazu verhält, dass es nicht mehr in einem reinen Gleichordnungsrecht, sondern auch in einem Über-Unterordnungsverhältnis gilt.¹³ Dieser Frage geht die vorliegende Arbeit anhand eines Beispiels, dem immateriellen Schadensersatz, nach.

A. Forschungsfrage

In seiner Londoner Dissertation aus dem Jahr 1927¹⁴ trat *Hersch Lauterpacht* den Nachweis an, dass zahlreiche Anleihen zum innerstaatlichen Privatrecht das Völkerrecht durchziehen. Sie füllen das Völkerrecht aus, wo es durch Vertrag und Gewohnheitsrecht noch keine Regelung erfahren hat.¹⁵ Was aus heutiger Sicht wenig revolutionär wirkt, erklärt sich vor dem Hintergrund der positivistischen Grundhaltung insbesondere der deutschen Völkerrechtswissenschaft der damaligen Zeit. Diese wollte als Völkerrecht nur anerkennen, was vom Willen der damals alleinigen¹⁶

Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Urteil (Preliminary Objections), 22. Juli 2022, I.C.J. Reports 2022, Rn. 106.

12 *Peters*, Beyond Human Rights, 2016, S. 312 f.; vgl. bereits *Peters*, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: Bekker/Dolzer/Waibel (Hrsg.), Making Transnational Law Work in the Global Economy, 2010, 153–173, 160; ähnlich *Kunig*, Völkerrecht als öffentliches Recht, in: Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), GS Grabitz, 1995, 325–346, 330; *Waldron*, The Rule of International Law, Harvard Journal of Law & Public Policy 30 (2006), 15–30, 25.

13 Dass privatrechtliche Regeln auch in öffentlich-rechtlichen Regelungsbereichen gelten, ist keine Seltenheit, wie der Rückgriff des deutschen Staatshaftungsrecht auf zivilrechtliche Rechtsinstitute (bspw. das Schadensfolgenrecht der §§ 249 ff. BGB) zeigt. Das heißt jedoch nicht, dass solche Übertragungen ohne Modifikationen oder Anpassungsdruck einhergehen, die sich bspw. darin widerspiegeln, dass (europäische) Staatshaftungsregime oftmals von der privatrechtlichen Deliktshaftung im jeweiligen Land abweichen, siehe hierzu unten unter § 13 A. I.

14 *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, *passim*.

15 *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 298 f.

16 So bspw. *von Liszt*, Das Völkerrecht, 1906, S. 40–44.

Subjekte des Völkerrechts, den Staaten, gedeckt war.¹⁷ Deshalb lehnten die Vertreter dieser Ausprägung des Völkerrechtspositivismus Privatrechtsanalogien grundsätzlich ab.¹⁸ In letzter Konsequenz dieser Auffassung durchziehen Regelungslücken das Völkerrecht, die im Falle einer Streitbeilegung das Risiko des *non liquet* bergen.¹⁹ *Lauterpacht* trat dem entgegen und wollte Privatrechtsanalogien benutzen, um das Völkerrecht als ein geschlossenes, prinzipiell lückenloses Rechtssystem zu etablieren.²⁰ Dieses Verständnis der Völkerrechtsordnung ist mittlerweile gesicherter Bestand der Völkerrechtswissenschaft.²¹ Ebenso darf es als gesichert gelten, dass Analogien aus dem Privatrecht in das Völkerrecht eingewirkt haben und mittels der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut²² immer noch können.²³

Dieser Befund ist wenig verwunderlich angesichts der Strukturähnlichkeit zwischen Privatrecht und klassischem Völkerrecht: Im "klassischen" Koordinationsvölkerrecht²⁴ waren Staaten dem Individuum nachgebildet²⁵ und standen einander (idealtypisch) als Gleiche gleichberechtigt gegenüber.²⁶ Ebenso ist das Privatrecht paradigmatisch ein Recht der Gleichgeordneten.²⁷ Wegen dieser strukturellen Parallelen ergibt es – bis zu einem

17 Vgl. bspw. von *Liszt*, Das Völkerrecht, 1906, S. 11–13.

18 Vgl. exemplarisch *Oppenheim*, System des Völkerrechts, 1866, S. 7; siehe im Übrigen unten unter § 3 B. III.

19 So ausdrücklich *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 224.

20 *Koskenniemi*, *Hersch Lauterpacht*, in: *Beatson/Zimmermann* (Hrsg.), *Jurists Uprooted*, 2004, 601–661, 616–620.

21 Vgl. statt aller *Crawford*, *Brownlie's Principles*, 2019, S. 15, der allerdings gegenüber der Bedeutung der Privatrechtsanalogien, die *Lauterpacht* angenommen hat, skeptisch ist. Vgl. umfassend zu Lücken im Völkerrecht *Fastenrath*, *Lücken im Völkerrecht*, 1991, *passim*.

22 Statut des Internationalen Gerichtshofs (IGH Statut), 18. April 1946, UNTS 33, 993 (dt. Übersetzung BGBl. 1973 II, 505).

23 Vgl. hierzu statt aller *Vázquez-Bermúdez*, *First Report on General Principles of Law*, 2019, A/CN.4/732, Rn. 190.

24 Vgl. zu dem Begriff *Friedmann*, *Changing Structure*, 1964, S. 60.

25 Vgl. hierzu *Thirlway*, *Concepts, Principles, Rules and Analogies: International and Municipal Legal Reasoning*, RdC 294 (2002), 263–405, 349–350; vgl. zu fortwährenden Anthropomorphisierungen des Staates in der Völkerrechtswissenschaft *d'Aspremont*, *Epistemic Forces in International Law*, 2015, S. 45 f.; vgl. für dieses Argument bereits *d'Aspremont*, *The International Law of Recognition: A Reply to Emmanuelle Tourme-Jouannet*, EJIL 24 (2013), 691–699, 693 f.

26 Vgl. *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis*, 1984, S. 761 (§ 1165).

27 Siehe unten zum zugrunde gelegten Begriff des Privatrechts unter § 2 B. II.

gewissen Grad – Sinn, dass das Verhältnis freier und gleicher Individuen ähnlichen Regeln unterliegt. Allerdings hat das Völkerrecht seitdem eine Ausdifferenzierung erfahren und den Rahmen reiner Gleichordnung verlassen.

Aus dem bereits umrissenen Wandel des völkerrechtlichen Rechtsrahmens lassen sich in Bezug auf Privatrechtsanalogien zwei Folgefragen ableiten. Einerseits folgt aus dem Strukturwandel des Völkerrechts die Frage, ob bei der Herleitung allgemeiner Rechtsgrundsätze nach Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut nicht nur das innerstaatliche Privatrecht, sondern auch das öffentliche Recht miteinbezogen werden darf. Diese Frage wird zunehmend zugunsten der Herleitung allgemeiner Rechtsgrundsätze aus dem öffentlichen Recht beantwortet.²⁸ Ohne dass wir der ersten Frage hier näher nachgehen könnten, ist die andere Frage, ob die Ausdifferenzierung des Völkerrechts auf privatrechtsanaloge Rechtsinstitute gewirkt hat. Einige völkerrechtliche Rechtsinstitute, wie das Recht der Staatenverantwortlichkeit oder das Vertragsrecht, beanspruchen ihre unterschiedslose Anwendbarkeit im gesamten Völkerrecht,²⁹ eingeschränkt durch den Vorbehalt einer *lex specialis*.³⁰ Angesichts dieses Geltungsanspruchs führt die Ausdifferenzierung völkerrechtlicher Regelungsbereiche zu der Frage, ob (und ggf. wie) die Anwendung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute in anderen Regelungsbereichen diese verändert. Weil die Rechtfertigung für die Übertragung privatrechtlicher Rechtsinstitute in das Völkerrecht durch die Strukturgleichheit beider Rechtsgebiete in manchen neuen Regelungsbereichen des Völkerrechts nicht mehr trägt, ließe sich auch überlegen, inwieweit deren Anwendung überhaupt gerechtfertigt ist.³¹ Diese Frage ist bisher

28 Für öffentlich-rechtlich inspirierte allgemeine Rechtsgrundsätze *Bjorge*, Public Law Sources and Analogies of Public International Law, Victoria University of Wellington Law Review 49 (2018), 533–560; *Doehring*, Völkerrecht, 2004, Rn. 409; *Herdegen*, Völkerrecht, 2021, § 17 Rn. 5; ebenso grundsätzlich in Bezug auf internationale Organisationen *Sarooshi*, The Role of Domestic Public Law Analogies in the Law of International Organizations, International Organizations Law Review 5 (2008), 237–239; vgl. hierzu eingehend *Rauber*, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 251–254.

29 Siehe unten unter § 7 ausführlich zu den auf individuelle Sekundärrechte aus der Staatenverantwortlichkeit anwendbaren Regeln.

30 Für die Regeln der Staatenverantwortlichkeit erinnert Art. 55 ARSIWA (Völkerrechtskommission, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143) an den Vorrang speziellerer Regeln.

31 Vgl. in diese Richtung bereits *Thunderbird Gaming v. Mexico*, Separate Opinion *Thomas Wälde*, 2006, abrufbar unter <https://www.italaw.com/cases/571> (zuletzt

in der Forschung kaum thematisiert worden. Zwar bestehen mannigfaltige Diskussionen um die Veränderungen des Völkerrechts, die sich beispielsweise in der Konstitutionalisierungsdebatte spiegeln.³² Von Auseinandersetzungen mit diesen strukturellen Fragen abgesehen, gehen viele Beiträge der soeben erwähnten Frage nach, ob dem öffentlichen Recht entstammende Rechtsinstitute in das Völkerrecht Eingang finden können.³³ Insbesondere im Investitionsschutzrecht wird diskutiert, inwieweit allgemeine Rechtsgrundsätze aus dem öffentlichen Recht eine Rolle bei der Anwendung investitionsschutzrechtlicher Schutzstandards spielen dürfen oder sollen.³⁴ Der Fokus dieser Debatte gilt allerdings der Erweiterung und Ergänzung des Investitionsschutzrechts um öffentlich-rechtliches Gedankengut.³⁵ Es existiert daher ein blinder Fleck hinsichtlich der Auswirkungen der Ausdifferenzierung des Völkerrechts auf die *bestehenden* Regeln des Völkerrechts. Diesen Befund nimmt die Arbeit zum Anlass, nach einer Entwicklung ursprünglich privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht zu fragen.³⁶ Die Vermutung der Arbeit ist, dass privatrechtsanaloge Rechtsinstitute vom Wandel des Völkerrechts nicht unberührt geblieben sind. Manche erfuhren Anpassungen, die sich – womöglich – als Publizierungen lesen lassen. Unter Publizierung versteht die Arbeit eine Beeinflussung durch öffentlich-rechtliche Gedanken. Kurzum ist die Überlegung, dass privatrechtsanaloge Rechtsinstitute durch die Anwendung in öffentlich-rechtlichen Regelungsbereichen eine öffentlich-rechtliche Prägung erhalten haben.

Damit soll nicht behauptet werden, dass privatrechtsanaloges Denken im Völkerrecht keinen Raum mehr habe. Das zeigt sich schon darin, dass sich die Rahmenbedingungen des Völkerrechts merklich verändert haben. Der eingangs beschriebene Strukturwandel des Völkerrechts ist auch ein Ergebnis der 1990er und 2000er Jahre: In der Euphorie über den schein-

besucht: 15. März 2023), Rn. 13: “Analogies from such inter-state international law have therefore to be treated with caution.”

32 Vgl. hierzu *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, *passim*; siehe auch die Nachweise in Fn. 105.

33 Vgl. *Bjorge*, Victoria University of Wellington Law Review 49 (2018), 533–560.

34 Siehe zur Debatte um die Rechtsnatur des Investitionsschutzrechts unten unter § 2 C. I.

35 Vgl. bspw. *Schill*, Introduction, in: International Investment Law and Comparative Public Law, 3, 23–35.

36 Allerdings merkt *Hertogen* an, dass einmal als zulässig empfundene Analogien Wankeln unterliegen könnten, *Hertogen*, The Persuasiveness of Domestic Law Analogies in International Law, EJIL 29 (2019), 1127–1148, 1133. Sie verweist auf die Debatten im Investitionsschutzrecht und das Verständnis der Staatensukzession.

baren Siegeszug westlich geprägter Demokratien dominierten die Vertiefung internationaler Zusammenarbeit in internationalen Organisationen, die immer weitergehende Regelung vormals innerstaatlicher Sachverhalte und die Zunahme an Streitbeilegungsmechanismen die wissenschaftliche Wahrnehmung des Völkerrechts. Während das Völkerrecht immer stärker kooperative Züge annahm, schien die staatliche Souveränität auf dem Rückmarsch.³⁷ Seit einigen Jahren zeigen sich gegensätzliche Trends: der populistische “Backlash”³⁸ gegen den Menschenrechtsschutz und der wachsende Einfluss autoritärer Regime auf das Völkerrecht. Letztere Entwicklung bezeichnete *Tom Ginsburg* als “authoritarian international law”.³⁹ Gemeinsam ist diesen Entwicklungen, dass bestimmte Staaten ein souveränitätsbewusstes, klassisch-westfälisches Verständnis des Völkerrechts betonen.⁴⁰ Damit geht eine Präferenz für verhandlungsbasierte Streitlösungen und Formen der Zusammenarbeit in internationalen Organisationen einher, die weniger tief in die nationale Souveränität eingreifen.⁴¹ Grundlegend vereint solche Tendenzen eine Ablehnung des Multilateralismus und gemeinschaftlicher Interessen aller Staaten.⁴² Das Völkerrecht wird (wieder) zur Koordinationsordnung.⁴³

Diese Entwicklungen stellen die Grundbeobachtungen der Arbeit zur Ausdifferenzierung des Völkerrechts nicht in Frage, weil sie das Rad nicht vollständig zurückdrehen. Das Regelungsnetz des Völkerrechts bleibt wesentlich dichter, als es einmal war und weiterhin ist mit der Berechtigung des Individuums eine Entwicklung eingetreten, welche die Regelungsstrukturen des Völkerrechts fundamental verändert hat. Daher gilt es zu dif-

37 Vgl. *Krieger*, *Populist Governments and International Law*, EJIL 30 (2019), 971–996, 977; vgl. allerdings für eine nuancierte Behandlung dieses Narrativs, die auf Brüche und gegenläufige Tendenzen hinweist *Posner*, *Liberal Internationalism and the Populist Backlash*, *Arizona State Law Journal* 49 (2017), 795–820, 810 f.

38 Vgl. hierzu *Krieger*, EJIL 30 (2019), 971–996; *Posner*, *Arizona State Law Journal* 49 (2017), 795–820.

39 *Ginsburg*, *Authoritarian International Law?*, *AJIL* 114 (2020), 221–260, 223 und *passim*.

40 *Ginsburg*, *AJIL* 114 (2020), 221, 228; *Krieger*, EJIL 30 (2019), 971, 978–987. *Krieger* merkt an, dass die populistische Kritik am Völkerrecht sich noch weitgehend in Rhetorik erschöpfe, sich aber dennoch auf die Fortentwicklung des Völkerrechts auswirken könne, ebd. 987.

41 *Ginsburg*, *AJIL* 114 (2020), 221, 257. Zusätzlich sieht *Ginsburg* Tendenzen, dass autoritäre Staaten das Völkerrecht zu ihrem Wohle fortentwickeln, ebd. 258.

42 *Krieger*, EJIL 30 (2019), 971, 979–980 und 984–987.

43 *Krieger*, EJIL 30 (2019), 971, insbesondere 978 f.

ferenzieren: Dort, wo das Völkerrecht nach wie vor zwischenstaatliche (Austausch-) Verhältnisse beschreibt, bestehen an der Tragfähigkeit privatrechtsanaloger Rechtsinstitute keine prinzipiellen Zweifel. Anders ist dies in denjenigen Gebieten, die an das innerstaatliche Straf-, Verwaltungs- und Verfassungsrecht erinnern.⁴⁴ So besteht etwa im Menschenrechtsschutz, der an innerstaatliches Verfassungsrecht erinnert, ein Spannungsverhältnis zur Logik des Privatrechts. Dieses Problem brachten die Richter *Cançado Trindade* und *Abreu-Burelli* wie folgt auf den Punkt:

“The criteria of determination of reparations, of an essentially patrimonial content, based upon analogies with those of civil law (*droit civil*), have never convinced us, and do not appear to us entirely adequate or sufficient when transposed into the domain of the International Law of Human Rights, endowed with a specificity of its own.”⁴⁵

Diese Gedanken beziehen sich speziell auf den Menschenrechtsschutz.⁴⁶ Sie lassen sich aber auf alle Situationen ausweiten, in denen ein Individuum dem Staat völkerrechtlich gegenübertritt. Diese Situationen sind nicht mehr von der Gleichordnung geprägt, die das innerstaatliche Privatrecht bestimmt,⁴⁷ sondern von einem Über-Unterordnungsverhältnis. Angesichts der seit längerem andauernden Ausdifferenzierung des Völkerrechts in unterschiedliche Teilbereiche finden sich solche Situationen nicht mehr nur im Menschenrechtsschutz, sondern auch im Investitionsschutzrecht und ganz vereinzelt auch darüber hinaus.⁴⁸

Die aufgeworfene Frage betrifft also die Veränderung von Privatrechtsanalogien in Teilbereichen des Völkerrechts. Mit dem vorhergehenden Abschnitt ist zugleich angesprochen, in welchen Bereichen des Völkerrechts die Arbeit vornehmlich nach Veränderungen sucht. Der eine Bereich ist das zwischenstaatliche oder “klassische” Völkerrecht. In diesem treten die

44 *Peters*, *Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law*, in: *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 153, 163–166.

45 IAGMR, *Case of Loayza-Tamayo v. Peru*, Sondervotum der Richter A.A. Cançado Trindade und A. Abreu-Burelli (Reparations), 27. November 1998, Series C, No. 42, Rn. 8.

46 Siehe unten zum Verhältnis der Vorstellungen *Trindades* zur Beobachtung dieser Arbeit unter § 13 A. II. 1.

47 Siehe unten ausführlich zum zugrundeliegenden Verständnis der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in § 2.

48 Siehe hierzu unten unter § 12 A.

Staaten einander als alleinige Träger von Rechten und Pflichten gegenüber und mediatisieren den Einzelnen.⁴⁹ Dem stehen diejenigen Teilbereiche des Völkerrechts gegenüber, die das Individuum mit eigenen Rechten ausstatten. Es soll im Folgenden als individualberechtigend bezeichnet werden. Diese Gegenüberstellung erklärt sich aus dem Ziel, den Wandel der Privatrechtsanalogien im Völkerrecht zu untersuchen. Sofern die innere Rechtfertigung für Privatrechtsanalogien im Völkerrecht in der Gleichordnung der Rechtssubjekte lag oder liegt, wirft deren Anwendung in Subordinationsverhältnissen wie im individualberechtigenden Völkerrecht die Frage nach Veränderungen solcher Rechtsinstitute auf. Die Vermutung liegt nahe, dass angesichts des öffentlich-rechtlichen Regelungsbereichs eine Publizierung der privatrechtsanalogen Rechtsinstitute stattgefunden hat. Diese Vermutung hat indes zur Voraussetzung, dass sich das individualberechtigende Völkerrecht als öffentlich-rechtlich beschreiben lässt. Hierfür bedarf es einer Vorstellung des öffentlichen Rechts, die für das Völkerrecht trägt und die das individualberechtigende Völkerrecht erfüllt. Beide Anforderungen erfüllt ein weiter, in dieser Arbeit zu entwickelnder, Begriff des öffentlichen Rechts, der von einer idealtypischen Unterscheidung ausgeht: Öffentliches Recht ist hiernach solches Recht, dass die (einseitig-verbindliche) Ausübung von Herrschaft in einem Gemeinwesen regelt (also insbesondere Subordinationsverhältnisse zum Gegenstand hat). Das Privatrecht ist *idealiter* die Ordnung einander gleichberechtigt gegenüberstehender Individuen, die auf dem Konsensprinzip basiert.⁵⁰ So gwendet erinnern Situationen völkerrechtlichen Individualrechtsschutzes an öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz, weil sie in der Regel Subordinationsverhältnisse (insbesondere im Menschenrechtsschutz und im Investitionsschutzrecht) zum Gegenstand haben.⁵¹ Auch das zwischenstaatliche Völkerrecht ist in Bereiche vorgedrungen, in denen die Tragfähigkeit privatrechtsanaloger Regelungsmodelle in Frage steht.⁵² In dieser Arbeit soll der Fokus jedoch auf den Konsequenzen der prinzipiellen Anwendbarkeit privatrechtsanaloger Rechtsinstitute in Subordinationsverhältnissen liegen, weil dieses Raster (Gleichordnung/Subordination) für die Untersuchung

49 Vgl. beispielhaft für dieses Verständnis StIGH, *Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey)*, Urteil, 7. September 1927, Series A, No. 10, 4, S. 18: "International law governs relations between independent States."

50 Siehe zur Entwicklung dieses Verständnisses unten unter § 2 B. II.

51 Siehe unten unter § 2 C. I.

52 Siehe unten die weiteren Beispiele unter § 14 A.

des immateriellen Schadensersatzes besonders geeignet ist. Es kontrastiert zwei unterschiedliche Regelungssituationen, in denen sich auch die Interessenlagen wesentlich unterscheiden.⁵³ Dabei ist es wichtig vorzuschicken, dass dieser Fokus das Ergebnis nicht vorgibt. Im Völkerrecht können (wie auch in jeder anderen Rechtsordnung) "sachfremde" oder ungeeignete Regeln anwendbar sein (und bleiben). Genauso müssen Unterschiede in der Behandlung des immateriellen Schadensersatzes nicht zwingend auf den Wandel des Anwendungsbereichs zurückzuführen sein. Daher kann die eingangs angeführte Beobachtung zum Strukturwandel des Völkerrechts und seinen möglichen Auswirkungen auf das privatrechtsanaloge Erbe des Völkerrechts nur einen Anlass für die Suche nach Veränderungen bieten. Erst in einem zweiten Schritt können wir uns fragen, ob festzustellende Unterschiede auf der Erweiterung des Völkerrechts um den Individualrechtsschutz beruhen.

B. Untersuchungsgegenstand

Auf der Suche nach Veränderungen privatrechtsanaloger Rechtsinstitute untersucht die Arbeit *pars pro toto* ein Rechtsinstitut in unterschiedlichen Teilbereichen des Völkerrechts und fragt am Ende mit zwei weiteren Beispielen nach der Verallgemeinerbarkeit der Ergebnisse. Hierfür eignet sich der immaterielle Schadensersatz besonders gut (I.). Welche Bereiche des Völkerrechts sich wiederum für die Analyse des immateriellen Schadensersatzes eignen, bedarf der näheren Erläuterung (II.).

I. Immaterieller Schadensersatz

Als Gegenstand der Betrachtung dient das Rechtsinstitut des immateriellen Schadensersatzes ("moral damages"⁵⁴). Der erste Grund für die Wahl dieses Rechtsinstituts liegt in seiner Zugehörigkeit zum Recht der Staatenverantwortlichkeit, weil sich in diesem exemplarisch die Problemlage zeigt, welche die veränderte Struktur des Völkerrechts hervorruft. Traditionell begründete das Recht der Staatenverantwortlichkeit auch im Falle der Ver-

⁵³ Siehe hierzu unten unter § 2 C. II.

⁵⁴ Diese englische Bezeichnung ist an die Terminologie der Völkerrechtskommission angelehnt, die den Begriff in Art. 31 Abs. 2 ARSIWA verwendet.

letzung des Individuums nur zwischenstaatliche Ansprüche.⁵⁵ Dementsprechend erscheint dessen privatrechtsanaloge Ausgestaltung (insbesondere hinsichtlich der Rechtsfolgen) folgerichtig.⁵⁶ Dagegen erinnert das Investitionsschutzrecht, in dem Staaten ihr zukünftiges hoheitliches Handeln über Schiedsklauseln in völkerrechtlichen Verträgen der Gerichtsbarkeit eines Schiedsgerichts unterwerfen, eher an die Aufgabe eines Verwaltungsgerichts in nationalen Rechtsordnungen.⁵⁷ Diese Einsicht verändert auch den Blick auf Schadensersatzansprüche, die ein solches Schiedsgericht zuspricht. Soweit diese ein völkerrechtswidriges hoheitliches Handeln des Staates sanktionieren, ähneln sie dem innerstaatlichen Verwaltungsrecht und erscheinen mithin ihrem Anwendungsgebiet nach öffentlich-rechtlich.⁵⁸ Die gleiche Erwägung trifft auch auf Menschenrechtsgerichtshöfe zu. Soweit sie Entschädigungen zusprechen, kompensieren sie für das hoheitliche Verhalten eines Staates. Funktional erinnert diese Tätigkeit an innerstaatliche Staatshaftung.⁵⁹

Für die Frage der Auswirkungen dieses öffentlich-rechtlichen Regelungsgegenstands auf ein privatrechtsanalog ausgestaltetes Regelungsregime, wie das Recht der Staatenverantwortlichkeit, bietet der immaterielle Schadensersatz den idealen Ansatzpunkt. Dessen Herkunft aus dem Privatrecht ist besonders gut nachzuvollziehen.⁶⁰ Daher wirft das Übergreifen des Völkerrechts auf staatshaftungsrechtsanaloge Teilbereiche die Frage auf, ob und falls ja welche Veränderungen dies für immaterielle Schäden bedeutet. Darüber hinaus existiert zum immateriellen Schadensersatz eine reichhaltige Spruchpraxis im zwischenstaatlichen ebenso wie im individualberechtigenden Völkerrecht, die eine Grundlage für die Untersuchung bietet.

55 Vgl. Schröder, Siebenter Abschnitt, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 2019, 691–753, 537 f. (Rn. 33).

56 Vgl. von Arnould, Völkerrecht, 2022, Rn. 269; Barker, The Different Forms of Reparation: Compensation, in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.), The Law of International Responsibility, 2010, 599–611, 600; Nollkaemper, Constitutionalization and the Unity of the Law of International Responsibility, Indiana Journal of Global Legal Studies 16 (2009), 535–563, 543.

57 Vgl. Van Harten/Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, EJIL 17 (2006), 121–150, 145–148.

58 Van Harten/Loughlin, EJIL 17 (2006), 131; hierzu kritisch Roberts, Clash of Paradigms – Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, AJIL 45 (2013), 45–94 (für einen *sui-generis*-Charakter des Investitionsschutzrechts).

59 Siehe hierzu unter § 2 C. I.

60 Siehe hierzu eingehend unter § 6 A.

Zugleich ist die Analyse des immateriellen Schadensersatzes gerade im individualberechtigenden Völkerrecht noch aus einem weiteren Grund von Interesse. Wie § 7 herausarbeiten wird, erfassen die Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit aus den ARSIWA nur zwischenstaatliche Ansprüche. Auf Individualansprüche finden nach der Praxis zwar grundsätzlich die gleichen Regeln Anwendung, allerdings unter dem Vorbehalt der Besonderheiten im Staat-Individuum-Verhältnis.⁶¹ Dabei bleibt jedoch meist offen, zu welchen Abweichungen diese Besonderheiten führen sollen. Insofern erlaubt die Untersuchung des immateriellen Schadensersatzes eine nähere Konturierung des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen.

Zugleich besteht zum immateriellen Schadensersatz eine reichhaltige und spannende Praxis, die bisher in der Literatur kaum gewürdigt worden ist.⁶² Daher ist der immaterielle Schadensersatz schon alleine aus diesem Grund ein lohnender Betrachtungsgegenstand, der von einer gebietsübergreifenden Analyse der Praxis profitieren kann.

Was immaterieller Schadensersatz im Völkerrecht ist und wie er sich in den unterschiedlichen Teilbereichen unterscheidet, behandeln der 2. und 3. Teil der Arbeit näher. Vorausgeschickt sei, dass der immaterielle Schadensersatz im zwischenstaatlichen Völkerrecht im Wesentlichen zwei Erscheinungsformen hat: die Schädigung der menschlichen Person (wie Leid oder Schmerz) sowie Rufschäden.⁶³ Anstelle englischsprachiger Bezeichnungen, wie "moral damages",⁶⁴ bedient sich die Arbeit deutscher Begriffe. Das hat alleine sprachliche Gründe. In terminologischer Hinsicht impliziert die Verwendung deutscher Ausdrücke (immaterieller Schaden oder Nichtvermögensschaden) nicht, dass sich immaterielle Schäden im Völkerrecht mit Nichtvermögensschäden im Sinne von § 253 BGB decken.

61 Siehe hierzu unten unter § 7 C.

62 Lediglich in den jeweiligen Teilgebieten hat sich die Literatur mit dem immateriellen Schadensersatz tiefergehend auseinandergesetzt. Insbesondere im Investitionsschutzrecht war der immaterielle Schadensersatz Gegenstand tiefergehender Betrachtungen, siehe hierzu in § 11.

63 Siehe hierzu eingehend unten unter § 5 B.

64 Siehe unten eingehend zur Begriffsvielfalt in der Bezeichnung immateriellen Schadensersatzes im Völkerrecht unter § 5 B. I.

II. Auswahl der zu untersuchenden Teilgebiete des Völkerrechts

Der 2. und der 3. Teil widmen sich getrennt voneinander dem zwischenstaatlichen und dem individualberechtigenden Völkerrecht. Dieser Schritt beruht auf der – in Kapitel § 2 näher darzulegenden – Überlegung, dass diese Trennung den Unterschied zwischen einem strukturell privatrechtsähnlichen und einem dem öffentlichen Recht ähnlichen Völkerrecht widerspiegelt. Aus dieser Überlegung können wir die Vermutung ableiten, dass die Anwendung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute außerhalb privatrechts-ähnlicher Regelungsbereiche für diese nicht folgenlos bleibt, sie sich an die abweichende Regelungsstruktur anpassen.

Die Auswahl der im Einzelnen untersuchten Teilbereiche richtet sich maßgeblich danach, ob die Entscheidungspraxis eine ausreichende Grundlage für die Untersuchung bietet. Dieses Kriterium erfüllen im zwischenstaatlichen Völkerrecht die Praxis des IGH, des ISGH und diverser seerechtlicher Schiedsgerichte. Hinzu kommen die Entscheidungen diverser gemischter Schiedskommissionen des 19. und 20. Jahrhunderts.

In der Untersuchung des individualberechtigenden Teils des Völkerrechts stehen die beiden Rechtsregime mit der umfangreichsten Entscheidungspraxis zu immateriellen Schäden im Zentrum: Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht. Dagegen behandelt die Arbeit die Praxis zu immateriellen Schäden im humanitären Völkerrecht, im Völkerstrafrecht und im Arbeitsrecht internationaler Organisationen nur cursorisch.⁶⁵ Die Praxis des Iran-US Claims Tribunal bleibt außer Betracht, weil es keine Zuständigkeit für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes besitzt.⁶⁶ Da der Menschenrechtsschutz diverse Regime, Spruchkörper, Gremien und Institutionen kennt, konzentriert sich die Arbeit auf die drei großen regionalen Menschenrechtsgerichtshöfe (EGMR, IAGMR, AfGMRRV). Weitere menschenrechtliche Gremien bleiben außer Betracht, weil sie in der Regel keine Entschädigungen zusprechen können.⁶⁷ Der Schwerpunkt der

65 Siehe unten unter § 12 A.

66 IUSCT, *Grimm v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Schiedsspruch, 18. Februar 1983, ILR 71, 650–653, 652 f.

67 Vgl. beispielsweise den UN-Menschenrechtsrat sowie die Ausschüsse des IPBürgPR, des IPWSKR, der Anti-Rassendiskriminierungskonvention oder der Anti-Folter Konvention. Diese geben zwar Empfehlungen zum Ausgleich immaterieller Schäden (vgl. für die Anti-Rassendiskriminierungskonvention *Thornberry*, CERD, 2016, S. 420). Indes gewähren sie keinen Schadensersatz, sondern überlassen die Entschädigung dem jeweiligen Vertragsstaat.

Untersuchung liegt auf dem EGMR, weil dessen Entscheidungspraxis im Vergleich zu IAGMR und AfGMRRV die zahlenmäßig umfangreichste ist.⁶⁸

Aus dem Untersuchungsgegenstand (immaterieller Schadensersatz) ergeben sich Einschränkungen zum Umfang der zu untersuchenden Praxis. Anders als der EGMR⁶⁹ treffen der IAGMR und der AfGMRRV in weitreichendem Umfang nicht finanzielle Anordnungen. Das sind namentlich die Aufhebung innerstaatlicher Urteile, die Anweisung zu Gesetzesreformen, die Freilassung Gefangener, Garantien der Nichtwiederholung der Verletzung und ähnliche Anordnungen.⁷⁰ Solche Anordnungen gehen zum Teil sehr deutlich über traditionelle (privatrechtsanaloge) Konzeptionen des Schadensersatzes hinaus, weil sie systemische Probleme in den jeweiligen Konventionsstaaten beheben wollen. Hierdurch erhalten die Rechtsfolgen eine öffentlich-rechtliche Dimension, weil sie über die Opfer hinaus das zugrundeliegende Problem und somit Gemeinwohlbelange adressieren.⁷¹ Diese Arbeit wird solche Anordnungen allerdings nur streifen. Das liegt wesentlich an dem Fokus der Arbeit auf immateriellen Schäden und deren Ersatz. Denn nicht finanzielle Anordnungen betreffen allenfalls zum Teil die Wiedergutmachung immaterieller Schäden.⁷² Sie liegen somit im Wesentlichen außerhalb des Untersuchungsgegenstands.

68 Bis 2021 hatte der EGMR über 857.3228 Beschwerden entschieden (EGMR, Overview 1959–2021, 2022, abrufbar unter: https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592021_ENG.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023), S. 5). Dagegen hat der IAGMR bis einschließlich 2022 erst in 357 streitigen Fällen entschieden (vgl. die Aufstellung auf IAGMR, Informe Anual 2022, 2023, abrufbar unter: <https://corteidh.or.cr/docs/informe2022/espanol.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023), S. 68) und beim AfGMRRV wurden seit dessen Entstehung im Jahr 2006 erst 346 Beschwerden anhängig gemacht (AfGMRRV, Statistics, abrufbar unter: <https://www.african-court.org/cpmt/statistic> (zuletzt besucht: 15. März 2023)).

69 Vgl. zur vorsichtigen Annäherung des EGMR an die nicht finanziellen Rechtsfolgen der Staatenverantwortlichkeit *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 384–388.

70 Vgl. zum IAGMR *Novak*, The System of Reparations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, RdC 392 (2018), 9–203, 70–72; vgl. beispielhaft für den AfGMRRV *AfGMRRV, Andrew Ambrose Cheusi v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 26. Juni 2020, Beschwerde-Nr. 004/2015, Rn. 165, 169, 173.

71 Siehe zum zugrunde gelegten Verständnis des öffentlichen Rechts unten unter § 2 B. II. 1.

72 Allerdings kann ein Bezug zu immateriellen Schäden bestehen, beispielsweise bei einer Anordnung, nach den Opfern einer Menschenrechtsverletzung eine Bildungseinrichtung zu benennen (vgl. IAGMR, *Case of the "Street Children" (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala*, Urteil (Reparations und Costs), 26. Mai 2001, Series C, No. 77, Rn. 103). Siehe hierzu auch unten unter § 9 B. I. 3.

C. Methodischer Zugang

Mit der Frage nach einem Wandel privatrechtsanaloger Rechtsinstitute in Teilbereichen des Völkerrechts versucht die Arbeit, Inhalt und Struktur des geltenden Völkerrechts festzustellen und zu beschreiben. Dieses Ziel verfolgt sie mittels eines *bottom-up*-Ansatzes,⁷³ d. h. die detaillierte Analyse eines Rechtsinstituts in verschiedenen Teilrechtsordnungen soll allgemeinere Aussagen zur Entwicklung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute ermöglichen. Für diesen Ansatz spricht, dass er zunächst eine fundierte Datenlage schafft, die sodann die Grundlage einer theoretischen Beschreibung bietet.⁷⁴

Die Feststellung und Beschreibung eines Wandels privatrechtsanaloger Rechtsinstitute bedingt zudem eine rechtsinterne Perspektive⁷⁵ und die Verwendung der Methoden der positivistischen Rechtsdogmatik. Dogmatik ist darauf gerichtet, „vermittels eines innersystemisch erarbeiteten Gefüges juristischer Begriffe, Grundsätze und Entscheidungsregeln, erstens, eine überblickbare Erkenntnis des geltenden Völkerrechts“ zu vermitteln und diese zweitens zusammenzufassen, zu ordnen und zu strukturieren.⁷⁶ Dieses Ziel verfolgt die Arbeit auf der Grundlage eines aufgeklärten Völkerrechtspositivismus („enlightened positivism“).⁷⁷ Dieser von *Simma* und *Paulus* geprägte Ansatz geht von einer grundsätzlichen Trennung zwischen Recht, Politik und Moral sowie einer Unterscheidung zwischen *lex lata* und *lex ferenda* aus. Bei der Ermittlung des Inhalts des positiven Völkerrechts berücksichtigt er allerdings über einen reinen Staatswillenpositivismus⁷⁸ hinaus eine größere Vielfalt an Materialien. So bezieht dieses moderne Verständnis des Rechtspositivismus innerstaatliches Recht, innerstaatliche

73 Vgl. zur Vorzugswürdigkeit eines solchen Ansatzes in der Völkerrechtswissenschaft *Peters*, Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft: Wider den epistemischen Nationalismus, *ZaöRV* 67 (2007), 721–776, 738–740.

74 *Peters*, *ZaöRV* 67 (2007), 738.

75 Vgl. zur Unterscheidung einer externen und einer internen Perspektive auf das Recht grundlegend *Hart*, *The Concept of Law*, 2012, S. 89–91.

76 *Peters*, *ZaöRV* 67 (2007), 748 unter Verweis auf *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 21; vgl. das ähnliche Verständnis bei *Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik, in: *Kirchhof/Magen/Schneider* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, 17–37, 26–28.

77 *Simma/Paulus*, The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View, *AJIL* 93 (1999), 302–316, 307.

78 So klassischerweise *Jellinek*, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, 1880, *passim*; vgl. auch *von Liszt*, Das Völkerrecht, 1906, S. 11–13.

Urteile, internationale Entscheidungen und auch “soft-law” Dokumente bei der Untersuchung des geltenden Völkerrechts ein.⁷⁹ Dabei bleiben die Rechtsquellen des positiven Völkerrechts, wie sie in Art. 38 Abs. 1 lit. a bis c IGH-Statut niedergelegt sind, maßgeblich. In Anwendung dieses Ansatzes untersucht die Arbeit auf der Grundlage einer breiten Analyse der (schieds-) gerichtlichen Praxis den gegenwärtigen Inhalt des Völkerrechts zu immateriellen Schäden. Dabei versucht sie indes stets, die Praxis an die Quellen des Völkerrechts rückzubinden, ohne schlicht auf die faktische Präzedenzwirkung (schieds-)gerichtlicher Entscheidungspraxis zu verweisen.⁸⁰

Ein rein dogmatisch-positivistisches Vorgehen schließt empirische, historische, soziologische oder rechtsvergleichende Perspektiven auf das Recht aus.⁸¹ Wie *Haltern* für das Europarecht darlegt, sind diese Perspektiven allerdings für das Verständnis des Rechts zentral. Viele Entwicklungen und Rechtsfiguren werden nur durch den historischen und gesellschaftlichen Kontext verständlich.⁸² Das gilt genauso für das Völkerrecht. Deshalb berücksichtigt die Arbeit auch historische, soziologische, empirische und rechtsvergleichende Perspektiven, um die dogmatische Analyse zu flankieren und deren Ergebnisse einzuordnen.

Unter diesen Perspektiverweiterungen nimmt die historische Perspektive einen besonderen Platz in dieser Arbeit ein. Wer versucht, von der Praxis des 19. Jahrhunderts bis in die Gegenwart eine lückenlose Traditionslinie zu zeichnen, den stellt die Divergenz der reichhaltigen Schiedspraxis vor eine unlösbare Aufgabe. Daher bedarf es der Kontextualisierung, um Brüche und Kontinuitäten nachvollziehbar werden zu lassen.⁸³ Ebenso erklärt nur ein historisches Verständnis die Einwirkung römisch-rechtlichen Gedankenguts in das Völkerrecht.⁸⁴ Genauso bedarf die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht der historischen Kontextualisierung.⁸⁵ Alleine so lässt sich ein für die dogmatische Beschreibung des geltenden Völkerrechts brauchbares Verständnis der Unterscheidung gewinnen. Zugleich sensibilisiert eine historische Perspektive für die (kon-

79 *Simma/Paulus*, AJIL 93 (1999), insbesondere 306–308.

80 Siehe insbesondere unten unter § 11 D.

81 So klassischerweise *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, *passim* und insbesondere S. 15; vgl. auch *Simma/Paulus*, AJIL 93 (1999), 304.

82 *Haltern*, *Europarecht*, 2017, Rn. 7–15 und 23.

83 Siehe unten unter § 5 A. I. 4.

84 Siehe unten unter § 3 B. I.

85 Siehe insbesondere unten unter § 2 B. I.

tinental-)europäischen Wurzeln der Unterscheidung, einer zentralen Einsicht in einer auf universale Geltung angelegten Völkerrechtsordnung.

Nicht nur historische, sondern auch soziologische Perspektiven auf das Recht bereichern das Verständnis rechtlicher Entwicklungen. Das gilt namentlich für das Investitionsschutzrecht.⁸⁶ Obwohl die Arbeit die Entwicklungen im Investitionsschutzrecht zum immateriellen Schadenersatz dogmatisch erfasst, bleibt der rechtsinterne Befund befremdlich: In (scheinbarer) Abkapselung vom sonstigen Völkerrecht und bei einer konstanten Ablehnung im Schrifttum hat sich innerhalb kurzer Zeit ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal für den Ersatz immaterieller Schäden in der Schiedspraxis herausgebildet.⁸⁷ Diese Situation bleibt über ihre dogmatische Erfassung hinaus erklärungsbedürftig und daher schaut die Arbeit näher auf die beteiligten Akteure, eine auffällig kleine Zahl wiederkehrender Personen. Eine solche soziologische Perspektive kann Hinweise zur Erklärung der sehr kurzfristigen, aber nahezu einstimmigen Herausbildung eines neuen Tatbestandsmerkmals in der Schiedspraxis bieten.⁸⁸

Da sich die Arbeit eines *bottom-up*-Ansatzes bedient, liegt ein Fokus auf der genauen Analyse der Entscheidungspraxis im zwischenstaatlichen und individualberechtigenden Völkerrecht. Die Entscheidungspraxis des EGMR konfrontiert diesen Ansatz mit einer fast nicht mehr überschaubaren Anzahl an Entscheidungen. Daher greift die Arbeit zu deren Erfassung auf empirische Methoden zurück, um dogmatische Erkenntnisse zu erlangen. Stellvertretend untersucht die Arbeit alle, nach bestimmten Kriterien ermittelte, Entscheidungen des EGMR eines Jahres auf die Verwendung der entschädigenden Feststellung, d. h. das Absehen von einer finanziellen Entschädigung immaterieller Schäden zugunsten der Feststellung der Konventionsverletzung.⁸⁹ Die Arbeit sieht sich zu diesem Rückgriff auf eine empirische Vorgehensweise gezwungen, weil der EGMR selbst kaum Begründungen für seine Praxis liefert und die Literatur jeweils nach Analyse einzelner Entscheidungen unterschiedliche Fallgruppen vorschlägt.⁹⁰ Insofern versucht die Arbeit, eine empirisch angereicherte Dogmatik zu

86 Vgl. hierfür insbesondere Hirsch, *Sociology of International Investment Law*, in: Douglas/Pauwelyn/Viñuales (Hrsg.), *The Foundations of International Investment Law*, 2014, 143–167.

87 Siehe oben unter § II B. III.

88 Siehe unten unter § II C.

89 Siehe zum Begriff der entschädigenden Feststellung unten unter § 8 B. I.

90 Siehe näher zu den Gründen für dieses Vorgehen unten unter § 8 B. II.

betreiben. Diese soll möglichst umfassend das “law in action”⁹¹ erfassen, ohne auf eine Rückanbindung an die Quellen des positiven Völkerrechts zu verzichten.

Auch die rechtsvergleichende Forschung bietet hilfreiche Anhaltspunkte für die Dogmatik. Die Arbeit greift auf rechtsvergleichende Studien zurück, die sich mit der Staatshaftung auseinandersetzen. Diese sollen die Einordnung der festgestellten Entwicklungen im Völkerrecht in die Kategorien öffentlich-rechtlich/privatrechtlich unterstützen. Denn die Praxis einzelner innerstaatlicher Rechtsordnungen kann Hinweise auf “typisch” öffentlich-rechtliche Ansätze zur Behandlung immaterieller Schäden liefern.⁹²

Insgesamt betreibt die Arbeit daher eine Form der erweiterten Dogmatik,⁹³ die historische, soziologische und weitere Dimensionen einbezieht. Ungeachtet dieser Erweiterungen der Perspektive ist die Arbeit schwerpunktmäßig dogmatisch angelegt. Sie versucht, Entwicklungen bei einem Rechtsinstitut im Völkerrecht auszumachen und diese anhand der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht einzuordnen. Damit möchte die Arbeit zur näheren Konturierung der Regeln der Staatenverantwortlichkeit gegenüber dem Individuum und zugleich einer strukturierten Erfassung völkerrechtlicher Entwicklungen in diesem Bereich beitragen.

D. Gang der Untersuchung

Das Ziel der Arbeit ist es, anhand des Beispiels des immateriellen Schadensersatzes nachzuzeichnen, wie sich dem Privatrecht entstammende Rechtsinstitute im ausdifferenzierten Völkerrecht entwickelt haben. Hierzu geht die Arbeit in einem Vierschritt vor. Zunächst legt der 1. Teil die Rolle der Privatrechtsanalogien im Völkerrecht dar und untersucht die Möglichkeit einer Unterscheidung privatrechtsähnlicher und dem öffentlichen Recht ähnlicher Teilbereiche im Völkerrecht. Darauf behandeln der 2. und der 3. Teil immaterielle Schäden im Völkerrecht. Im 2. Teil liegt der Fokus auf dem im 1. Teil als grundsätzlich privatrechtsähnlich identifizierten zwischenstaatlichen Völkerrecht. Dagegen befasst sich der 3. Teil mit dem individualberechtigenden Völkerrecht (Menschenrechtsschutz

91 Pound, Law in Books and Law in Action, American Law Review 44 (1910), 12–36.

92 Siehe unten unter § 13 A. I.

93 Peters, ZaöRV 67 (2007), 749; vgl. für eine Öffnung der (Verfassungsrechts-) Dogmatik ebenfalls Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 23–26.

und Investitionsschutzrecht), das an das öffentliche Recht erinnert. Den festzustellenden Unterschied zwischen individualberechtigendem und zwischenstaatlichem Völkerrecht rekonstruiert der 4. Teil als einen Prozess der Publizierung. Der 4. Teil endet mit Überlegungen zur Übertragbarkeit der Ergebnisse auf andere dem Ursprung nach dem Privatrecht entstammende Rechtsinstitute des Völkerrechts.

Im Einzelnen entwickelt die Arbeit dieses Argument wie folgt: Der 1. Teil dient der Klärung, was die Begriffe des Privatrechts, des öffentlichen Rechts und der Privatrechtsanalogie für das Völkerrecht bedeuten können. Zu diesem Zweck führt § 2 Privatrecht und öffentliches Recht auf einen Unterschied zwischen zwei typischen Regelungskonstellationen zurück und erarbeitet eine idealtypische Unterscheidung beider Rechtsgebiete. Die so gewonnenen Begriffe sind von einer konkreten Rechtsordnung unabhängig und werden hierdurch auf das Völkerrecht übertragbar. Sie lassen sich in den Unterschied zwischen dem privatrechtsähnlichen zwischenstaatlichen Völkerrecht und dem öffentlich-rechtlich anmutenden individualberechtigenden Völkerrecht übersetzen. Daran anschließend nimmt § 3 den Begriff der Privatrechtsanalogie in den Blick und fragt, inwieweit solche Anleihen mit der idealtypischen Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zusammenhängen. Dieser Schritt erklärt sich aus der Überlegung der Arbeit, dass der Strukturwandel des Völkerrechts auf das privatrechtsanaloge Erbe des Völkerrechts zurückgewirkt haben könnte. Eine solche Rückwirkung des Regelungsbereichs auf das Rechtsinstitut setzt allerdings voraus, dass das Völkerrecht gerade wegen der strukturellen Vergleichbarkeit zwischen Privatrecht und Völkerrecht das Privatrecht rezipiert hat. Daher widmet sich § 3 diesem Zusammenhang.

Auf der Grundlage des 1. Teils ergibt sich für die nachfolgenden beiden Teile die grundlegende Unterscheidung in das zwischenstaatliche (d. h. tendenziell privatrechtsähnliche) Völkerrecht, das der 2. Teil auf seine Behandlung des immateriellen Schadensersatzes befragt, und das individualberechtigende (d. h. tendenziell dem öffentlichen Recht vergleichbare) Völkerrecht, dem der 3. Teil gewidmet ist. Der 2. Teil arbeitet in einem Dreischritt heraus, dass das zwischenstaatliche Völkerrecht den Ersatz immaterieller Schäden als eine Privatrechtsanalogie kennt. Hierzu führt § 4 in die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zur Wiedergutmachung für Völkerrechtsverletzungen ein. Dabei arbeitet er heraus, wie individuelle Nichtvermögensschäden durch den diplomatischen Schutz zum Gegenstand zwischenstaatlicher Verfahren werden. Hierauf aufbauend erläutert § 5, dass die völkerrechtliche Spruchpraxis die völkergewohnheitsrechtliche

Anerkennung des immateriellen Schadensersatzes belegt. Zudem führt dieses Kapitel aus, welche Phänomene zum immateriellen Schadensersatz zählen und welche Voraussetzungen ein solcher Ersatz hat. Insoweit stellt das Kapitel fest, dass der Ersatz immaterieller Schäden in Geld nichts weiter als die Existenz solcher Schäden voraussetzt. Daran anschließend legt § 6 dar, dass diese Konzeption des immateriellen Schadensersatzes seiner Herkunft, seiner Terminologie und auch seiner Ratio nach privatrechtsanalog ist.

An die Untersuchung des zwischenstaatlichen Völkerrechts schließt sich die Analyse des individualberechtigenden Völkerrechts im 3. Teil an. Vor den Einzelstudien zum Menschenrechtsschutz vor dem EGMR (§ 8), dem IAGMR (§ 9) und dem AfGMRRV (§ 10) sowie zum Investitionsschutzrecht (§ 11) geht § 7 der Frage nach, welche völkerrechtlichen Regeln für Individualansprüche auf immateriellen Schadensersatz gelten. Das Kapitel kommt zu dem Schluss, dass dies grundsätzlich, aber nicht notwendigerweise, dieselben Regeln wie im zwischenstaatlichen Völkerrecht sind. Darauf aufbauend untersuchen die darauffolgenden Kapitel die drei bekanntesten regionalen Menschenrechtssysteme sowie das Investitionsschutzrecht auf ihre Behandlung des immateriellen Schadensersatzes. Dabei liegt der Fokus jeweils darauf, ob ein Geldersatz immaterieller Schäden besonderen Voraussetzungen unterliegt. § 12 führt die Ergebnisse der vorangegangenen Kapitel (§§ 7 bis 11) zusammen und arbeitet die Gemeinsamkeiten der unterschiedlichen Rechtsregime des individualberechtigenden Völkerrechts heraus. Als eine besonders hervorstechende Gemeinsamkeit im individualberechtigenden Völkerrecht erweist sich, nur ab einer bestimmten Schwere der Verletzung immaterielle Schäden in Geld zu ersetzen. Immaterielle Schäden müssen eine – jeweils unterschiedlich bestimmte – Mindestschwere aufweisen, um mit (substanziellen) Geldbeträgen ersetzt zu werden.

Der 4. und letzte Teil führt die vorhergehenden Teile zusammen, indem er den Unterschied zwischen der Behandlung immateriellen Schadensersatzes im zwischenstaatlichen und im individualberechtigenden Völkerrecht als eine Publizierung liest. Daran anschließend stellt sich die Frage der Verallgemeinerbarkeit dieses Ergebnisses. Zum Beleg der These einer Publizierung untersucht § 13 die Argumente, die für eine öffentlich-rechtliche Lesart der festgestellten Entwicklungen sprechen. Dem gehen rechtsvergleichende Ausführungen zur Behandlung immaterieller Schäden im innerstaatlichen Staatshaftungsrecht voraus. Darauf aufbauend arbeitet § 13 heraus, dass sich die Entwicklung einer Mindestschwere der Verletzung für den Ersatz immaterieller Schäden als eine Publizierung lesen lässt

und welche Vorteile diese Rekonstruktion bietet. Da die Beobachtung zu Beginn der Arbeit alle Privatrechtsanalogien im Völkerrecht betraf, wagt das letzte Kapitel (§ 14) einen Ausblick, der sich mit der Rolle und den Entwicklungstendenzen privatrechtsanalogen Gedankenguts auseinandersetzt. Diesen Ausblick ergänzen zwei weitere Beispiele privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht.

1. Teil: Privatrechtsanalogien im geltenden Völkerrecht

Die Arbeit stellt im 2. und 3. Teil eine Ausdifferenzierung im Recht des immateriellen Schadensersatzes fest. Diese äußert sich in der unterschiedlichen Behandlung zwischenstaatlicher und individueller Ansprüche auf immateriellen Schadensersatz. Um diesen Unterschied zu erklären, benutzt die Arbeit die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Für dieses Vorgehen spricht die Überlegung, dass sich in der Ausdifferenzierung des völkerrechtlichen Schadensersatzrechts Logiken widerspiegeln, wie sie einem idealtypisch gedachten Unterschied zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht entsprechen. Dieses Argument bedarf einer Grundlegung, weil es nicht selbstverständlich ist, eine Unterscheidung (bestimmter) innerstaatlicher Rechtsordnungen auf die internationale Ebene zu projizieren. Deshalb legt dieser Teil dar, was die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht sowie der Topos der Privatrechtsanalogie im Völkerrecht bedeuten können.

Zu diesem Zweck zeigt § 2, dass die Unterscheidung auch für das Völkerrecht Erklärungskraft besitzt. Die Übertragung auf das Völkerrecht setzt allerdings die Herausbildung eines Idealtypus beider Teilrechtsgebiete voraus. Idealtypisch liegt der Unterschied in unterschiedlichen Regelungsgegenständen und daraus resultierenden Sachlogiken (hier Gleichordnung; dort: Über-Unterordnung). Solche unterschiedlichen Sachlogiken in Teilgebieten des Völkerrechts aufzudecken, ist der Erkenntnisgewinn der Übertragung der Unterscheidung auf das Völkerrecht. An diese für das Völkerrecht brauchbare Unterscheidung knüpft § 3 an und setzt sich mit Einfallswegen privatrechtlicher Rechtsinstitute in das Völkerrecht auseinander. In diesem Rahmen widmen wir uns der Frage, inwieweit wir solche Anleihen zutreffend als Privatrechtsanalogien beschreiben können. Mit anderen Worten gehen wir der Frage nach, ob gerade die Zugehörigkeit zu einem Gleichordnungsrecht für die Anleihe relevant war oder ist.

§ 2 Das Völkerrecht und die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Duncan Kennedy stellt an eine sinnvolle juristische Unterscheidung zwei Anforderungen. So muss es einerseits möglich sein, die Unterscheidung mit einiger Zuverlässigkeit durchzuführen. Andererseits muss die begriffliche Unterscheidung einen Unterschied in der Sache bedeuten, beispielsweise unterschiedliche Rechtsfolgen.⁹⁴ Legt man diesen Maßstab an die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in der deutschen Rechtsordnung an,⁹⁵ müssen wir an der Sinnhaftigkeit der Unterscheidung zweifeln: Keine der drei grundlegenden Abgrenzungslehren (Subordinationslehre, Interessenlehre und Sonderrechtslehre/modifizierte Subjektslehre)⁹⁶ konnte sich bisher als herrschend (oder auch nur alleine überzeugend) herauskristallisieren.⁹⁷ Die Behandlung einzelner Fälle füllt dutzende Randnummern einschlägiger Kommentierungen.⁹⁸ Gleichzeitig lassen diverse Verschränkungen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen die Möglichkeit einer trennscharfen Unterscheidung illusorisch erscheinen.⁹⁹ Beispielhaft können wir an die unterschiedlichen Formen der Privatisierung wie Aufgaben- und Organisationsprivatisierung denken.¹⁰⁰ Nun geht es der Arbeit zwar nicht um das innerstaatliche Recht, schon gar nicht um das deutsche Recht, sondern um das Völkerrecht. Wenn wir aber an der Unterscheidbarkeit beider

94 *Kennedy*, The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1349–1357, 1349.

95 In der Bundesrepublik spielt die Unterscheidung für die Rechtswegzuweisung, das anwendbare Rechtsregime und insbesondere die Vollstreckungsmöglichkeiten eine entscheidende Rolle, vgl. für eine Aufstellung über die Auswirkungen der Unterscheidung in der deutschen Rechtsordnung *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, § 3 Rn. 7.

96 Vgl. hierzu eingehend statt aller *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, § 3 Rn. 10–14.

97 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, § 3 Rn. 14.

98 Vgl. bspw. *Reimer* in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK/VwGO, Stand: 1. Januar 2023 § 40 Rn. 47–88a.

99 Vgl. eingehend *Krüper*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: Sacksofsky (Hrsg.), VVDStRL 79 (2019), 2020, 43–100, 48–61.

100 Vgl. hierzu Überblickshaft *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, § 3 Rn. 63–65.

Teilrechtsgebiete schon in einer ihrer traditionellen Hochburgen,¹⁰¹ zweifeln müssen,¹⁰² wirkt es umso fragwürdiger, diese Unterscheidung auf das Völkerrecht zu projizieren.

Trotzdem bietet die Völkerrechtswissenschaft etwa seit dem letzten Viertel des 20. Jahrhunderts dezidiert öffentlich-rechtliche Lesarten des Völkerrechts an. Das sind insbesondere der “Global Administrative Law”-Ansatz (GAL)¹⁰³, der “international public authority”-Ansatz (IPA)¹⁰⁴ und die Konstitutionalisierungsthese¹⁰⁵. Bei allen Unterschieden in Zielrichtung, Inhalt und Folgen eint alle drei das Ziel, aus einer dezidiert öffentlich-rechtlichen Sicht den Wandel des Völkerrechts¹⁰⁶ zu erfassen. Sie wollen so Phänomene der Global Governance mit Mitteln des innerstaatlichen öffentlichen Rechts¹⁰⁷ beschreiben und einhegen.¹⁰⁸ Solche Ansätze unter-

101 *Ossenbühl* bezeichnet die Unterscheidung als “Grund- und Wesenszug der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland”, *Ossenbühl*, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, DVBl. 105 (1990), 963–973, 963.

102 Hierfür prägnant *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 41–61, 59.

103 Vgl. für eine Umschreibung *Kingsbury/Schill*, Investor-State Arbitration as Governance, in: van den Berg (Hrsg.), 50 Years of the New York Convention, 2009, 5–68, 11.

104 von *Bogdandy/Goldmann/Venzke*, From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority, EJIL 28 (2017), 115–145.

105 Vgl. beispielhaft *Simma*, From Bilateralism to Community Interest in International Law, RdC 250 (1994), 217–384; *Frowein*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (Hrsg.), Berichte DGVr 39, 2000, 427–447; *Tomuschat*, RdC 281 (2001), insbesondere 88–90; vgl. für einen Überblick mit kritischer Auseinandersetzung zur Konstitutionalisierungsthese *Rauber*, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 123–150.

106 GAL und IPA dürfte der Begriff der internationalen Ebene besser gerecht werden. Denn beide Ansätze lehren, dass ein Blick auf die formalen Rechtsquellen des Völkerrechts alleine nicht (mehr) genügt, um die Wirklichkeit gehaltvoll rechtlich zu fassen, vgl. für GAL *Kingsbury/Krisch/Stewart*, The Emergence of Global Administrative Law, Law and Contemporary Problems 68 (2005), 15–61, 29–31; vgl. für IPA *Goldmann*, A Matter of Perspective: Global Governance and the Distinction between Public and Private Authority (and not Law), Global Constitutionalism 5 (2016), 48–84, 60 f.

107 Freilich mobilisieren die Ansätze unterschiedliche Regelungsgegenstände: GAL greift auf die Ideen des Verwaltungsrechts und die Konstitutionalisierungsthese auf die Ideen des Verfassungsrechts zurück. Der IPA-Ansatz kombiniert beide Vorgehensweisen, von *Bogdandy/Goldmann/Venzke*, EJIL 28 (2017), 126.

108 Vgl. für GAL *Kingsbury/Krisch/Stewart*, Law and Contemporary Problems 68 (2005), 28; vgl. für IPA von *Bogdandy/Dann/Goldmann*, Völkerrecht als öffentliches

stützen die grundsätzliche Idee der Arbeit, anhand der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht das Völkerrecht zu erfassen. Allerdings führen sie für das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit, einen Rahmen zur Erklärung der Entwicklungen völkerrechtlicher Rechtsinstitute zu liefern, nicht weiter. So geht es IPA zuvörderst darum, Handlungsweisen als Ausübung internationaler Gewalt zu identifizieren, die öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegen sollten.¹⁰⁹ Ähnlich geht es dem GAL-Ansatz darum, als Verwaltungstätigkeit identifizierte Tätigkeiten auf der internationalen Ebene gemeinsamen (öffentlich-rechtlichen) Prinzipien zu unterwerfen.¹¹⁰ Wir wollen allerdings Rechtsnormen und keine Handlungen als privat- bzw. öffentlich-rechtsähnlich charakterisieren. Uns geht es nicht darum, so identifizierte Phänomene anhand der Unterscheidung Bindungen zu unterwerfen. Gegenstand und Ziel dieser Ansätze unterscheiden sich daher von unserem Erkenntnisinteresse. Dagegen ist die Konstitutionalisierungsthese dem hier vertretenen Ansatz insofern näher, als sie aufgrund eines Strukturvergleichs einen Teil des Völkerrechts als Verfassungsrecht beschreibt.¹¹¹ Allerdings überträgt die Konstitutionalisierungsthese nur *verfassungsrechtliche* Ideen auf die internationale Ebene. Dagegen sind die Ziele der Arbeit umfassender. Wir wollen das Begriffspaar öffentliches Recht und Privatrecht auf das Völkerrecht übertragen. Dazu bedarf es jedoch näherer Erläuterung, was diese Begriffe bedeuten und wie sich diese in das Völkerrecht übertragen lassen.

Dass eine solche Übertragung gelingen kann, soll in drei Schritten erklärt werden. Zuerst bedarf es der Klarstellung, dass wir öffentliches Recht und Privatrecht nicht als Begriffe einer bestimmten Rechtsordnung verwenden, sondern als rechtswissenschaftliche Kategorien zur Beschrei-

Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance, Der Staat 49 (2010), 23–50, 44; vgl. für die Konstitutionalisierungsthese *Kadelbach/Kleinlein*, Überstaatliches Verfassungsrecht – Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht, AVR 44 (2006), 235–266, 243, die von einem “Verfassungsbedarf” sprechen.

109 Vgl. *von Bogdandy/Goldmann/Venzke*, EJIL 28 (2017), 117 f.

110 Vgl. eingehender *Kingsbury/Krisch/Stewart*, Law and Contemporary Problems 68 (2005), 43 f.; *Kingsbury/Schill*, Investor-State Arbitration as Governance, in: 50 Years of the New York Convention, 5, 10 f.

111 *Peters*, Constitutionalization, in: d’Aspremont/Singh (Hrsg.), Concepts for International Law, 2019, 141–153, 141. Allerdings erhebt auch die Konstitutionalisierungsthese zusätzlich den normativen Anspruch, verfassungsrechtliche Prinzipien in das Völkerrecht hineinzutragen, *Peters*, Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, LJIL (2006), 579–610, 583.

bung einer Rechtsordnung (hier des Völkerrechts). Sie sollen als rechtswissenschaftliche Begriffe verwendet werden (A.). Damit sind die Begriffe von den Zwängen bestimmter Rechtsordnungen befreit, so dass die Arbeit zweitens idealtypische Vorstellungen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts entwickeln kann (B.). Weil die Unterscheidung aus dem innerstaatlichen Kontext stammt, bildet innerstaatliches Recht gleichwohl den Orientierungspunkt dieser Begriffsbildung. Die so gewonnenen Begriffe müssen sodann in einem dritten Schritt, auf das Völkerrecht übertragen werden (C.).

A. Vorklärungen

Das Problem der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht liegt im deutschen Diskurs darin, dass zwei Fragen miteinander verwoben sind. Die erste Frage ist die Bedeutung dieser Begriffe in einer konkreten Rechtsnorm, wie etwa der Begriff öffentlich-rechtlich in § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO auszulegen ist oder welche Rechtsnormen dem öffentlichen Recht (oder Privatrecht) angehören und daher in einem Streitfall zur Anwendung gelangen. Die zweite Frage betrifft die Bedeutung der Begriffe zur rechtswissenschaftlichen Beschreibung einer Rechtsordnung (ob also der Rechtsordnung eine kategoriale, fundamentale oder anderweitig wesensgegensätzliche Unterscheidung zweier Teilrechtsgebiete innewohnt).¹¹² *Stelkens* bemerkte, dass der deutsche Diskurs zur Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht daran kranke, einen vorrechtlichen Begriff vorauszusetzen und unter Rückgriff auf diesen, anstatt rechtlicher Entscheidungsmaßstäbe, Zweifelsfälle einem der Teilbereiche zuzuordnen.¹¹³ Zugleich besteht in vielen Fragen eine historisch-tradierte Abgrenzung der beiden Teilrechtsgebiete, die in einem Spannungsfeld zu einer prinzipienbasierten Unterscheidung steht. Dieses Problem veranschaulicht folgendes Beispiel: Die Rechtsanwendung muss für den zulässigen Rechtsweg eine Entscheidung treffen, ob beispielsweise gegen das

112 Vgl. für die deutsche Debatte *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 332 f., nach dem die gängigen Abgrenzungskriterien von einem vorpositiven Begriff des öffentlichen Rechts ausgehen, um einen Rechtsbegriff zu bestimmen. Im spanischen Diskurs beklagt *Velasco Caballero* ähnliche Vermischungen, vgl. *Velasco Caballero*, The Public-Private Law Divide in Spanish Law, in: Ruffert (Hrsg.), The Public-Private Law Divide, 2009, 123–141, 123.

113 *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 330 f.

Läuten der Kirchenglocken der ordentliche Rechtsweg (§ 13 GVG) oder der Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) eröffnet ist.¹¹⁴ Diese Entscheidung muss auch mit der überwölbenden theoretischen Frage des kategorialen Unterschieds zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in Einklang stehen. Beides zu erreichen, ist nur bedingt möglich, wie der Blick auf die lange Liste der Grenzfälle (beispielsweise das Hausverbot für Behördengebäude) eröffnet.¹¹⁵ Ob sich die Verquickung praktischer Rechtsfragen mit einer theoretischen Unterscheidung in der deutschen Rechtsordnung ohne Weiteres lösen lässt,¹¹⁶ ist hier nicht von Relevanz. Wichtiger ist die Einsicht, dass in den Debatten um die Abgrenzung beider Teilrechtsgebiete zwei Problemkreise überlappen, die sich potentiell trennen lassen. Einerseits können öffentliches Recht und Privatrecht Begriffe in einer bestimmten Rechtsordnung sein, über deren Auslegung wir streiten mögen. Andererseits können wir die Begriffe öffentliches Recht und Privatrecht als analytisches Werkzeug benutzen, um Teilbereiche einer Rechtsordnung zu beschreiben. Im zweiten Fall blicken wir von außen auf eine Rechtsordnung, während wir im ersten Fall eine interne Perspektive einnehmen. Wie die Metapher bereits nahelegt, ist in beiden Fällen nicht unbedingt dasselbe zu sehen.

Dieser Unterschied lässt sich in Anlehnung an *Radbruch* in die Kategorien Rechtsbegriff und rechtswissenschaftlicher Begriff übersetzen. Gemeint ist damit der Unterschied zwischen einem Begriff, den die Rechtsordnung selbst verwendet (Rechtsbegriff) und einem Begriff, mit dessen Hilfe die Rechtswissenschaft eine Rechtsordnung erfasst (rechtswissenschaftlicher Begriff).¹¹⁷

114 Vgl. zu diesem Lehrbuch-Klassiker der Abgrenzungsprobleme *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 2021, § 11 Rn. 47.

115 Vgl. für eine alphabetische Darstellung problematischer Einzelfälle *Reimer* in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK/VwGO, Stand: 1. Januar 2023 § 40, Rn. 47–88a.

116 So aber *Stelkens*, der eine Abgrenzung beider Rechtsgebiete auf Grundlage der deutschen Rechtsordnung nach der "Gesetzgebungskompetenztheorie" vorschlägt, *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 344–374; dagegen bspw. *Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 155, der für das Verständnis der Rechtsbegriffe öffentliches Recht und Privatrecht auf deren Bedeutung als rechtswissenschaftliche Begriffe verweist, weil der Rechtsbegriff zum rechtswissenschaftlichen Begriff akzessorisch sei.

117 *Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 152 angelehnt an die Unterscheidung von "rechtlich-relevanten Begriffen" und "echten Rechtsbegriffen" bei *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1963, S. 219; zustimmend *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 333. Vgl. für eine in der Sache ähnliche Unterscheidung zwischen Rechtssatzbegriffen und rechtswissenschaftlichen Begriffen/Dogmatikbegriffen *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 6.

Letztere sind alleine an der “wissenschaftlichen Vernünftigkeit”¹¹⁸ der Begriffsbildung zu messen. Das heißt, dass sie eine gewisse Grundlage in der Rechtsordnung finden (1.) und sie zu ihrem Verständnis dienlich sein müssen (2.).¹¹⁹ Auf das Völkerrecht übertragen ist bspw. “armed attack” in Art. 51 Satz 1 UN Charta ein Rechtsbegriff, während Begriffe wie humanitäres Völkerrecht (zur Umschreibung des Rechts des internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikts) oder “international law of co-operation” (Kooperationsvölkerrecht)¹²⁰ rechtswissenschaftliche Begriffe zur Beschreibung der Völkerrechtsordnung sind.

Dieser Arbeit geht es lediglich um einen rechtswissenschaftlichen Begriff beider Teilrechtsgebiete, d. h. um eine rechtswissenschaftliche Beschreibung des Völkerrechts anhand der beiden Kategorien. Das klarzustellen, ist wichtig, weil es zwei potenzielle Einwände gegen unsere Vorgehensweise entkräftet. Erstens könnte man einwenden, dass nicht alle Rechtsordnungen identisch unterscheiden. Während deutschen Juristen das Deliktsrecht als paradigmatisch privatrechtlich erscheint,¹²¹ nehmen amerikanische Juristen *tort law* – jedenfalls zum Teil – als öffentliches Recht wahr.¹²² Solche Unterschiede in der Handhabung der Unterscheidung stellen nun wiederum in Frage, ob sie sich auf das universale Völkerrecht übertragen lässt. Da es hier aber um einen rechtswissenschaftlichen Begriff geht, verfängt dieser Einwand nicht. Zwar gilt es solche Unterschiede zu berücksichtigen. Sie führen unter anderem dazu, dass die Begriffsbildung auf einen Idealtypus zugespitzt ist.¹²³ Da aber der Maßstab einer rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung alleine die Zweckmäßigkeit ist, ist es irrelevant, ob sie zu denselben Ergebnissen wie die jeweilige Rechtsordnung gelangt. Entscheidend ist nur, ob sie ein zweckmäßiges Instrumentarium zur Beschreibung einer Rechtsordnung bietet. Jedenfalls für die herauszuarbeitenden Ideal-

118 Schmidt, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 158.

119 Schmidt, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 158.

120 Friedmann, Changing Structure, 1964, S. 61.

121 Allerdings lässt sich dem Deliktsrecht eine gewisse Nähe zum öffentlichen Recht nachsagen, weil es Verbotsnormen statuiert und deren Verstöße sanktioniert, so Noll, Limits to the Jurisdiction of States in Private Law Matters under International Law, ZaöRV 82 (2022), 333–355, 346 unter Verweis auf von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts VIII, 1849, S. 280. Gleichwohl betont von Savigny, dass ein Unterschied zum öffentlichen Recht verbleibe, ebd.

122 Michaels/Jansen, Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, AJCL 54 (2006), 843–890, 848.

123 Siehe unten unter § 2 B. II.

typen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts ist das der Fall.¹²⁴ Zweitens könnte man darauf verweisen, dass manche Rechtsordnungen die Unterscheidung gar nicht kennen. Diesem Einwand entgeht ein rechtswissenschaftlicher Begriff schon dadurch, dass er die jeweilige Rechtsordnung so nur *beschreibt*. Beispielsweise lässt sich – bei aller traditionellen Skepsis – auch die Rechtsordnung des Vereinigten Königreichs in einen gleichordnungsrechtlichen Teil privaten Verkehrs und einen Teil staatlichen Verwaltens und Eingreifens unterteilen.¹²⁵ Die Bildung eines rechtswissenschaftlichen Begriffs ist dadurch gegenüber dem Einwand immun, Rechtsordnungen mit einer Unterscheidung zu beschreiben, die diese selbst nicht kennen.

B. Die innerstaatliche Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Nähert man sich der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht an, ist man mit einer Paradoxie konfrontiert: Trotz zahlloser Abgesänge auf Ihren Nutzen,¹²⁶ ist sie von erstaunlicher Vitalität.¹²⁷ Angesichts dieses paradoxen Befundes blickt der erste Abschnitt zunächst auf die Herkunft der Unterscheidung zurück, um eine Vorstellung ihres Inhalts zu gewinnen. Hieraus ergeben sich Probleme für die Übertragbarkeit der Unterscheidung (I.). Um diesen Problemen zu begegnen, erscheint es alleine angemessen, die Unterscheidung auf ihren idealtypischen Kern zurückzuführen. Diese Idealtypen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts beanspruchen nicht, klar alle Fälle einem der beiden Teilbereiche zuordnen zu können. Vielmehr spiegeln sie das Typische, die „Handlungsrationalität-

124 Siehe unten unter § 2 B. II. 2.

125 So Loughlin, The Nature of Public Law, in: Mac Amhlaigh/Michelon/Walker (Hrsg.), *After Public Law*, 2013, 11–24, 14.

126 Somek, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: Sacksofsky (Hrsg.), *VVDStRL 79* (2019), 2020, 7–42, 7 f.; vgl. für eine prominente Verteidigung der Unterscheidung Bydlinski, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, *AcP* 194 (1994), 319–351.

127 Horwitz, The History of the Public/Private Distinction, *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), 1423–1428, 1427 (zum US-amerikanischen Diskurs); vgl. in neuerer Zeit Auer, *Der Privatrechtsdiskurs der Moderne*, 2014, S. 1 f.

ten”¹²⁸ beider Teilgebiete. So verstanden genügen öffentliches Recht und Privatrecht den eingangs beschriebenen Anforderungen an eine rechtswissenschaftliche Begriffsbildung (II.).

I. Herkunft und Probleme der Unterscheidung

Für die Entstehung der Unterscheidung beider Rechtsgebiete kursieren unterschiedliche Datierungen.¹²⁹ Eine gewisse Einigkeit besteht aber darüber, dass in den deutschen Gebieten erst das 19. Jahrhundert deren fundamentale Unterscheidung als Grundlage des Rechts etabliert hat.¹³⁰ Jedenfalls steht die Unterscheidung im Zusammenhang mit der Herausbildung moderner Staaten auf dem europäischen Kontinent seit der frühen Neuzeit. Sie hat damit eine Zeit und einen Ort.¹³¹ In nuce bezeichneten die Begriffe um das 19. Jahrhundert den Unterschied zwischen einem spezifischen Recht der Herrschaftsausübung und einem – der staatlichen Intervention weitgehend entzogenen und (in den deutschen Gebieten) weitgehend auf römischem Recht basierenden – Recht unter Gleichen, dem Privatrecht.¹³²

Vor der Herausbildung moderner Staaten spielte die Unterscheidung selbst in Kontinentaleuropa nur eine marginale Rolle. Zwar scheint schon

128 Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 264–336, 268.

129 Somek, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 7, 17 (Fn. 42).

130 Horwitz, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1424; Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 54. Dies entsprach in Deutschland dem Zeitgeist der “Entpolitisierung der Privatsphäre, ruhiger Wissenschaftlichkeit und Herausarbeitung dogmatischer Wahrheiten aus dem Fonds des “heute geltenden römischen Rechts” oder des damit konkurrierenden “deutschen Privatrechts”“, Stoll-eis, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 57. Wo Revolutionen im 19. Jahrhundert erfolgreich waren, entwickelte sich die Unterteilung anders als in den deutschen Gebieten, vgl. für Spanien Velasco Caballero, The Public-Private Law Divide in Spanish Law, in: The Public-Private Law Divide, 123, 127.

131 Stolleis, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41.

132 Vgl. Stolleis, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 57.

Ulpian mit der Formel „publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem“¹³³ sowohl die Begriffe öffentliches Recht und Privatrecht als auch eine Formel zu ihrer Abgrenzung (die Interessenlehre) zu verwenden.¹³⁴ Allerdings ist es ein anachronistischer Fehlschluss anzunehmen, schon das römische Recht habe so unterschieden.¹³⁵ Es handelte sich lediglich um „eine Möglichkeit begrifflicher Betrachtungsweise“, die im römischen Recht weder das Recht (kategorial) einteilte noch praktisch bedeutsam war.¹³⁶ Das heißt freilich nicht, dass das römische Recht Privatangelegenheiten und die Ausübung staatlicher Gewalt identischen Regeln unterwarf.¹³⁷ Aber diese Unterscheidung vollzog es nicht anhand der Dichotomie öffentliches Recht-Privatrecht. Das europäische Mittelalter maß der Unterscheidung ebenfalls keine größere Bedeutung zu. Für dessen Rechtsdenken war sie trotz der Popularität des römischen Rechts irrelevant.¹³⁸ Das änderte sich erst im 16. und 17. Jahrhundert durch die Konzentration von Herrschaftsmacht in einer territorialen Entität. In deren Folge setzte eine Beschäftigung mit dem Komplex der Herrschaftsausübung und seinen Rechtsquellen ein.¹³⁹ Erst hieraus folgte die Herausbildung des öffentlichen Rechts als Disziplin. Folglich ist die Traditionslinie, die *Ulpian*s Zitat suggeriert und die sogar *Common Law* und *Civil Law* verbinden würde,¹⁴⁰ nur eine scheinbare.

133 Dig. 1.1.1.2 (*Ulpian*) abgedruckt in Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung*, Bd. II, Digesten 1–10, 1995, S. 91.

134 Vgl. für das Projekt einer „internationalen öffentlichen Gewalt“, die auf die Interessenlehre aufbaut von *Bogdandy/Goldmann/Venzke*, EJIL 28 (2017), 123.

135 So aber bspw. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1914, S. 383.

136 *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 16. Vgl. für eine Rekonstruktion der Unterscheidung anhand des Konzepts der „utilitatem“ *Kaser*, ‚Ius publicum‘ und ‚ius privatum‘, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung 103 (1986), 1–101.

137 Vgl. *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 14 f.

138 *Hofmann*, Die Unterscheidung von Öffentlichem und Privatem Recht, Der Staat 57 (2018), 5–33, 6 f.; vgl. mit Beispielen *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 46–48.

139 *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 50.

140 So *Supiot*, The Public-Private Relation in the Context of Today's Refeudalization, I·CON 11 (2013), 129–145, 129.

Im Laufe des 19. Jahrhunderts kulminierte dieser Prozess in der klaren Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht.¹⁴¹ Hintergrund dieser Trennung war das Bestreben, Recht von Politik zu scheiden. Der Politik sollte ein “neutral and apolitical system of legal doctrine and legal reasoning” abgerungen werden.¹⁴² In diese Rolle trat das Privatrecht als (angeblich) neutrales, unpolitisches Regelwerk des freien Marktes.¹⁴³ Eine Grundlage fand diese Vorstellung darin, dass die Regeln des Privatrechtsverkehrs anders als die politischen Regeln der Herrschaft im Wesentlichen auf den Grundlagen des römischen Rechts beruhten. Angesichts dieser scheinbar zeitlosen Geltung konnte das Privatrecht als ein vernunftgemäßes und an der Idee der Gerechtigkeit ausgerichtetes Rechtssystem erscheinen.¹⁴⁴ Zugleich entsprach es dem Interesse eines sich emanzipierenden Bürgertums, das Privatrecht als staatsfreie Ordnung zu etablieren.¹⁴⁵ Umgekehrt ermöglichte die Unterscheidung im konstitutionellen Staat, die staatliche “Machtsphäre gegen bürgerliche Rechtsvorstellungen abzuschirmen.”¹⁴⁶ Insofern ist die Unterscheidung Ausdruck einer spezifischen historischen Konstellation.

Die profunden Veränderungen der Welt seit dem 19. Jahrhundert haben dazu geführt, dass eine klare Trennung beider Teilrechtsordnungen die Realität innerstaatlicher Rechtsordnungen nicht (mehr) beschreiben kann.¹⁴⁷ Das liegt an mehreren, einander überschneidenden Entwicklungen: der Ausweitung staatlicher Aufgaben, der Internationalisierung des

141 Horwitz behauptet für die Vereinigten Staaten eine kategoriale Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Horwitz, *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), 1424; implizit wohl auch Friedmann, *The Uses of General Principles in the Development of International Law*, *AJIL* 57 (1963), 279–299, 281 f. Ob diese Diagnose zutrifft, wird in der Forschung unterschiedlich bewertet, vgl. näher Somek, *Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?*, in: *VVDStRL* 79 (2019), 7, 19 (Fn. 56).

142 Horwitz, *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), 1425.

143 Horwitz, *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), 1426.

144 Grimm, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012, S. 13 f.

145 Stolleis, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in: *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 41, 57; vgl. hierzu eingehend Grimm, *Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland*, in: Grimm (Hrsg.), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, 84–103, 99–102.

146 Hofmann, *Der Staat* 57 (2018), 25.

147 So bereits Friedmann, *AJIL* 57 (1963), 281.

Rechts und der Privatisierung staatlichen Handelns.¹⁴⁸ Die Unterscheidung setzte die Vorstellung abgrenzbarer Aufgabenbereiche voraus, auf die der Staat beschränkt sein sollte.¹⁴⁹ Eine solche Vorstellung konnte aber, wenn überhaupt, nur “in a society and economy of relatively small, decentralized, nongovernmental units”¹⁵⁰ die Realität beschreiben. Wirtschaftlichen Wohlstand und soziale Wohlfahrt im Zuge der industriellen Revolution in einen Ausgleich zu bringen, bedingte allerdings, den Staat nicht mehr auf wenige Kernfunktionen zu beschränken, sondern seine Aufgaben sukzessive auszuweiten.¹⁵¹ All dies führte die Vorstellung eines vom staatlichen Aufgabenfeld abgrenzbaren Bereichs der Freiheit und Wirtschaft, kurzum des Marktes, *ad absurdum*.¹⁵² Als ein zweites Phänomen trat jedenfalls ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Internationalisierung des Rechts hinzu, welche Staat und öffentliche Gewalt in Teilen auseinander fallen ließ.¹⁵³ Hier ließe sich eine Vielzahl von Entwicklungen nennen, wie die Einbindung der Staaten in supranationale und internationale Organisationen, die Globalisierung von Wirtschaft und Verkehr oder die sonstige Zunahme von Kooperationen privater und/oder öffentlicher Art. Allen Entwicklungen gemein ist, dass öffentliche Gewalt nicht mehr alleine im Staat monopolisiert ist.¹⁵⁴ Außerdem zeigte sich im Verlaufe des ausgehenden 20. Jahrhunderts eine zunehmende Tendenz, vormalig staatliche Aufgaben in unterschiedlichem Maße zu privatisieren.¹⁵⁵ Damit nährten sich weitere Zweifel an der Vorstellung typisch hoheitlicher Aufgaben. Die klassische Teilung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, wie sie das 19. Jahrhundert entfaltet hatte, verlor deshalb an Überzeugungskraft.

148 Vgl. Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 30–48.

149 Vgl. Friedmann, AJIL 57 (1963), 282; ähnlich Hofmann, Der Staat 57 (2018), 31.

150 Horwitz, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1428.

151 Vgl. Friedmann, AJIL 57 (1963), 282.

152 Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 33–39; vgl. auch zur Vermischung von Handlungsformen Schneider, The Public-Private Law Divide in Germany, in: Ruffert (Hrsg.), The Public-Private Law Divide, 2009, 85–98, 88; ebenso für die Vereinigten Staaten Friedmann, AJIL 57 (1963), 282.

153 Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 40–48; ebenso Rosenfeld, Rethinking the boundaries between public law and private law for the twenty first century: An introduction, I·CON 11 (2013), 125–128, 126.

154 Vgl. hierzu Sand, Globalization and the Transcendence of the Public/Private Divide, in: Mac Amhlaigh/Michelon/Walker (Hrsg.), After Public Law, 2013, 201–217, 203.

155 Kämmerer, Privatisierung, 2001, S. 79–83; vgl. für einen historischen Überblick der Privatisierung in Deutschland ebd. S. 61–83.

Mit der Ausweitung staatlicher Aufgaben trat immer klarer zu Tage, dass die Prämisse eines unpolitischen Privatrechts, die mit der kategorialen Unterscheidung im 19. Jahrhundert mitschwang,¹⁵⁶ unhaltbar ist. Insbesondere ist diese Vorstellung unvereinbar mit der Erkenntnis, dass das Privatrecht Ausdruck gesetzgeberischer Entscheidungen ist, die innerhalb eines (verfassungsrechtlichen) Rahmens so oder auch anders gefällt werden können.¹⁵⁷ Jedenfalls in einem demokratisch verfassten Staat ist Recht „Instrument von Politik, wird politisch – majoritär – legitimiert und kann nicht länger allein aus seiner Distanz zur Politik heraus konstruiert werden.“¹⁵⁸ Damit ist selbst das Grundprinzip des Privatrechts, die Privatautonomie,¹⁵⁹ lediglich eine von der öffentlichen Gewalt eingeräumte Verfügungsmacht und das Privatrecht westlicher Staaten „nur die besondere, der kapitalistischen Wirtschaftsordnung entsprechende Rechtsform der ökonomischen Produktion und der Verteilung der Produkte“¹⁶⁰. Deshalb ist die Vorstellung eines unpolitischen Privatrechts, das einem politischen Recht gegenübersteht, lediglich eine Ideologie.¹⁶¹ Diese als ideologisch entlarvte Vorstellung eines unpolitischen Privatrechts spiegelt sich im Übrigen in der völkerrechtlichen Privatrechtsrezeption wider.¹⁶²

Bereits dieser kurze Abriss liefert die wesentlichen Gründe dafür, warum nicht allen Rechtsordnungen die Dichotomie kennen: Sie hängt maßgeblich mit der Entstehung einer bestimmten Art des Staats- und Rechtswesen zusammen, wie es nicht überall und schon gar nicht überall identisch entstanden ist.¹⁶³ Zwar kennen viele innerstaatliche Rechtsordnungen die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, insbesondere die Rechtsordnungen des *Civil Law*. Jedoch ziehen sie die Grenzen zwischen den Teilrechtsgebieten jeweils anders.¹⁶⁴ Dass die Unterscheidung in der Bundesrepublik Deutschland eine Relevanz hat, demonstriert die Unterteilung der Fachsäulen, universitären Veranstaltungen, anwendbaren Normen

156 Siehe hierzu oben unter § 2 B. I.

157 Vgl. *Becker*, Öffentliches und Privates Recht, NVwZ 38 (2019), 1385–1392, 1388.

158 *Ley*, Drittwirkung als Erstwirkung?, ARSP 108 (2022), 412–443, 418.

159 Vgl. zur Privatautonomie als „Grundprinzip der Rechtsordnung“ *Flume*, BGB AT, Bd. 2, 1992, S. 2.

160 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 114.

161 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 111–114; zustimmend von *Bogdandy/Goldmann/Venzke*, EJIL 28 (2017), 124.

162 Siehe unten unter § 3 C.

163 Vgl. *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 4.

164 *Szladits*, The Civil Law System, in: David (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, 1974, 20.

und Rechtswege.¹⁶⁵ Vielleicht war sie auch in den Vereinigten Staaten relevant.¹⁶⁶ Andere Staaten kennen eine solche Trennung traditionell nicht, wie das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland.¹⁶⁷ Allerdings mehren sich die Anzeichen dafür, dass auch der britischen Rechtsordnung eine Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zugrunde liegt.¹⁶⁸

Die zeitliche Gebundenheit der Unterscheidung belegt der Umstand, dass die oben beschriebenen Veränderungen auch an den Rechtsordnungen anderer Staaten Spuren hinterlassen haben. So konvergieren öffentliches Recht und Privatrecht mittlerweile selbst in Rechtsordnungen, die traditionell sehr scharf getrennt haben,¹⁶⁹ wie die französische Rechtsordnung.¹⁷⁰ Gleiches gilt in Italien.¹⁷¹ Diese Entwicklung belegt erneut, dass die Unterscheidung spezifische Rahmenbedingungen hat.

Mit der zeitlichen und geografischen Verortung der Unterscheidung klingen bereits Probleme für ihre Übertragung auf das Völkerrecht an: Die Unterscheidung ist Ausfluss bestimmter historischer Entwicklungen. Noch dazu unterscheiden sich die Rechtsordnungen in ihrem Verständnis der beiden Teilrechtsgebiete.¹⁷² In der Folge ist der Inhalt der Unterscheidung variabel und ist jeweils „Ausdruck sehr verschiedener, begrenzter Sachan-

165 Becker, NVwZ 38 (2019), 1385.

166 Vgl. hierzu Somek, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 7, 19 (Fn. 56).

167 Vgl. den *locus classicus* hierzu Dicey, The Law of the Constitution (Oxford Edition of Dicey), 2013, S. 235–249.

168 Vgl. für eine kritische Auseinandersetzung in historischer Perspektive van den Berg, Rethinking the Public-Private Law Divide in the Age of Governmentality and Network Governance, European Journal of Comparative Law and Governance 5 (2018), 119–143, 130–132; kritisch zu einer grundlegenden Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht im englischen Recht Oliver, What, if any, Public-Private Divides Exist in English Law?, in: Ruffert (Hrsg.), The Public-Private Law Divide, 2009, 1–16, 16.

169 Vgl. hierzu Casini, „Down the Rabbit-Hole”: The Projection of the Public/Private Distinction beyond the State, I-CON 12 (2014), 402–428, 423, der auch darauf hinweist, dass zugleich die Unterscheidung zwischen national und international zunehmend verwischt; vgl. auch Sand, Globalization and the Transcendence of the Public/Private Divide, in: After Public Law, 201, 203 f.

170 Picard, The Public-Private Divide in French Law, in: Ruffert (Hrsg.), The Public-Private Law Divide, 2009, 17–83, 76 f.

171 Caranta, The Fall from Fundamentalism in Italian Administrative Law, in: Ruffert (Hrsg.), The Public-Private Law Divide, 2009, 99–121, 106 f. und 117 f.

172 Vgl. für die Rechtsordnungen des *Civil Law* Szladits, The Civil Law System, in: David (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, 1974, 20.

liegen”¹⁷³. Die Unterscheidung ist weder kategorial noch notwendig oder ewig.¹⁷⁴ Hinzu kommt, dass sich die Unterscheidung nach *Kelsens* unwiderlegter Einsicht nicht befriedigend vollziehen lässt.¹⁷⁵ Zu allem Überfluss kennzeichnen sie “Überschneidungen und Überlappungen”, die sich in wechselseitiger Rezeption zwischen den Teilrechtsordnungen widerspiegeln.¹⁷⁶ So rezipiert beispielsweise das deutsche Verwaltungsrecht mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag die archetypische Handlungsform des Privatrechts.¹⁷⁷

II. Idealtypen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts

Angesichts der oben skizzierten Kontingenz, Diversität und Inhaltsleere der Unterscheidung ist alleine ein pragmatisches Vorgehen zielführend zur Bestimmung beider Begriffe und ihres Unterschieds.¹⁷⁸ Eine Aufgabe der Unterscheidung sollte man aus diesen Erfahrungen nicht (vorschnell) folgern.¹⁷⁹ Vielmehr laden sie angesichts der Schwierigkeiten einer klassischen Begriffsdefinition¹⁸⁰ ein, sich auf die Herausarbeitung eines Idealtypus zu beschränken.¹⁸¹ Weil “Parlamentsrecht [...] kein Kaufrecht” (*Krüper*) ist, behält die Unterscheidung nämlich in idealtypischen Konstellationen ihre Unterscheidungskraft.¹⁸² Auch der Kontingenzeinwand zwingt nicht zur

173 *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 75.

174 Anders allerdings *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1963, S. 224.

175 Vgl. bereits *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 109.

176 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 264, 265.

177 § 62 Satz 2 VwVfG verweist weitgehend auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

178 Vgl. *Somek*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 7, 22–24.

179 Im Übrigen mag – folgt man *Bydlinski* – eine zu starke Betonung der Schwierigkeiten bei der Abgrenzung beider Teilbereiche verdecken, dass sich für die Mehrzahl der Fälle klar bestimmen lässt, welchem Teilrechtsgebiet Normen zugehören, *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 338 f.

180 *Somek*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 7, 12 (insbesondere Fn. 12) mit einer Gegenüberstellung von Beispielen und Gegenbeispielen.

181 So für die deutsche Rechtsordnung *Becker*, NVwZ 38 (2019), 1386.

182 *Krüper*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 43, 58; vgl. für eine ähnliche Richtung *Van Harten*, The Public-

Aufgabe der Unterscheidung. Denn Kontingenz ist kein Zufall. Vielmehr bedeutet sie, dass “die Identifizierung eines öffentlichen Rechts an Bedingungen geknüpft war, die nicht immer und überall bestanden und also auch wieder entfallen können”¹⁸³. Deshalb folgt aus der Kontingenzerfahrung nicht die Überflüssigkeit der Unterscheidung, sondern alleine die Notwendigkeit, nach ausreichenden Gründen für die Fortführung der Unterscheidung zu suchen. Wie die folgenden beiden Abschnitte zeigen, lassen sich solche Gründe finden,¹⁸⁴ weil die bereits dargestellten Voraussetzungen zur Bildung rechtswissenschaftlicher Begriffe¹⁸⁵ erfüllt sind: Innerstaatliche Rechtsordnungen lassen sich in idealtypische Gebiete des öffentlichen Rechts und des Privatrecht unterteilen (1.) und die Unterteilung leistet einen Beitrag zum Verständnis der Rechtsordnungen (2.).¹⁸⁶

1. Möglichkeit der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Der Kern des öffentlichen Rechts ist die Regelung einer bestimmten Form organisierter Herrschaft.¹⁸⁷ Aus dieser Einsicht folgt eine Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, die G. Jellinek bereits 1914 formuliert hat. Nach ihm ist das Privatrecht das Recht der “grundsätzlich Nebengeordnete[n]”.¹⁸⁸ Das öffentliche Recht regelt hingegen die “Verhältnisse zwischen verschiedenen Herrschaftssubjekten oder die Organisation und Funktion der Herrschaftssubjekte und deren Beziehungen zu den der Herrschaft Unterworfenen”¹⁸⁹. Etwas moderner formuliert ist Privatrecht

Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State, ICLQ 56 (2007), 371–394, 373.

183 Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 5.

184 Ebenso jedenfalls für Rechtsordnungen, in denen eine solche Unterscheidung historisch besteht Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 57–72.

185 Siehe hierzu oben unter § 2 A.

186 Schmidt, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 158; in der Sache sind Kennedys Anforderungen ähnlich, wobei er die Unterscheidbarkeit verlangt und diese Unterscheidung einen Unterschied markieren muss, Kennedy, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1349.

187 Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 62 f.; Hofmann, Der Staat 57 (2018), 32.

188 Ebenso Becker, NVwZ 38 (2019), 1387.

189 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1914, S. 384; ebenso Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 81; in der Sache ähnlich nennt dies Krüper den

als “Rahmenordnung” das Mittel, um Freiheit zu gestalten.¹⁹⁰ Dagegen eröffnet und begrenzt das öffentliche Recht die Fähigkeit “staatliche oder für wichtig erachtete individuelle Interessen gegenüber Dritten durchzusetzen”¹⁹¹. Kennzeichnend ist, dass das öffentliche Recht die Durchsetzung dieser Interessen *gegen* den Willen der Betroffenen zulässt. Des Konsenses, des Strukturmerkmals des Privatrechts, bedarf es grundsätzlich nicht. Dabei bleibt die Gleichordnung im öffentlichen Recht die Ausnahme,¹⁹² weil das öffentliche Recht das Recht einer bestimmten Form der einseitigen Herrschaftsausübung (der öffentlichen Gewalt) ist.¹⁹³ So verstanden ist das öffentliche Recht damit mit der Subordinationslehre¹⁹⁴ angemessen umschrieben. Öffentlich-rechtlich sind hiernach beispielsweise das Recht der Gefahrenabwehr oder das Steuerrecht, während das Privatrecht idealtypisch Vertrag, Delikt und Eigentum regelt.

Da auch Private mächtig sein können (und daher eine vergleichbare Gewalt ausüben können), ist die zugrundeliegende Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Gewalt fragil. Zu denken ist an die “sich selbst verstärkende Marktmacht” eines Digitalunternehmens wie Meta.¹⁹⁵ Dennoch bleibt die öffentliche Gewalt von dieser Macht unterscheidbar, weil die öffentliche Gewalt im innerstaatlichen Recht an den Staat anknüpft und alleine dieser das Recht zur gewaltsamen Durchsetzung besitzt (Gewaltmonopol).¹⁹⁶ Die Frage ist alleine, ob diese Art der Unterscheidung noch zweckmäßig ist.¹⁹⁷ Für die hier interessierende Identifizierung der

Unterschied zwischen “Organisation staatlicher Macht” und “Entfaltung privater Willkür”, *Krüper*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 43, 58. Schon *Grotius* unterschied zwischen Subordinations- (*ius eminens*) und Gleichordnungsrecht, *Grotius*, *De Iure Belli Ac Pacis*, 1919, S. 22 f. (Lib. I Cap. I. §§ VI und III), vgl. *Hofmann*, *Der Staat* 57 (2018), 10.

190 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, 7–40, 16; vgl. auch *Becker*, NVwZ 38 (2019), 1387.

191 *Becker*, NVwZ 38 (2019), 1386.

192 *Becker*, NVwZ 38 (2019), 1387.

193 Siehe Nachweise in Fn. 187.

194 Vgl. statt aller *Maurer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2020, § 3 Rn. 12.

195 *Seckelmann*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, DVBl. 134 (2019), 1107–1114, 1108.

196 *Grimm*, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012, S. 63 f. Präziser formuliert besitzt der Staat alleine das “Monopol legitimer Gewaltanwendung” (ebd.).

197 Siehe hierzu unten unter § 2 B. II. 2.

Idealtypen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts genügt ein solches Verständnis indes.

Die Subordinationslehre ist allerdings in demokratischen Staaten nicht leicht hinzunehmen. Wenn Demokratie "ein Verhältnis unter Gleichen [ist], die sich organisieren, um ihre Angelegenheiten gemeinsam zu regeln, verliert die Dichotomie zwischen Privatrecht als horizontalem Recht unter Gleichen und öffentlichem Recht als vertikalem Recht unter Verschiedenen an Plausibilität."¹⁹⁸ So naheliegend dieser Einwand im Falle eines demokratischen Rechtsstaats auch ist, greift er gegen die vorgeschlagene Begriffsbildung wegen des Zwecks dieser Arbeit nicht durch. Die Arbeit zielt auf einen international brauchbaren Begriff des öffentlichen Rechts und des Privatrechts. Da nicht alle Staaten Demokratien sind, muss die Begriffsbildung für unterschiedliche Herrschaftssysteme offen sein. Hierfür kann alleine das einseitig verbindliche Handeln durch einen Herrschaftsverband einen tauglichen Anknüpfungspunkt bilden.¹⁹⁹ Dass dieses Handeln durch die Beteiligung des Einzelnen legitimiert wird, kann für die jeweilige Rechtsordnung zu ausdifferenzierteren Antworten führen.²⁰⁰ Dabei mag dahinstehen, ob sich die Subordinationslehre demokratisch reformulieren lässt, im Sinne der einseitigen Verbindlichkeit demokratisch legitimierter Entscheidungen.²⁰¹ Für diese Arbeit genügt angesichts der Vielgestaltigkeit der Herrschaftsformen die relativ einfache Vorstellung der Subordination unter ein Gemeinwesen. Dass die Subordinationslehre in modernen Staaten im Übrigen nicht die Gesamtheit staatlichen Handelns beschreibt,²⁰² fällt

198 Ley, ARSP 108 (2022), 417; vgl. für Kritik an der Subordinationslehre aus zusätzlichen Gesichtspunkten Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 7, 19.

199 Dabei mögen die Rechtsordnungen das Verhältnis von Privatrecht und öffentlichem Recht (Gleichordnung und Unterordnung) je nach politischem System ganz unterschiedlich bestimmen. Darin bewahrheitet sich die Ansicht Radbruchs: "Der Charakter einer Rechtsordnung drückt sich durch nichts so deutlich aus wie durch das Verhältnis, in das sie öffentliches und privates Recht zueinander stellt, und durch die Weise, wie sie die Rechtsverhältnisse zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht aufteilt" (Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, S. 228).

200 Hierfür Ley, ARSP 108 (2022), 417 f.

201 Vgl. für eine demokratisch gewendete Version der Subordinationslehre, die als Verbindlichkeitslehre auf das einseitige Setzen von Verbindlichkeiten durch demokratische Legitimation abstellt Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 2021, § 11 Rn. 16.

202 Vgl. Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 7, 19. Zu denken ist an Staatshandeln durch Vertrag.

dagegen für die idealtypische Betrachtung, um die es hier geht, nicht ins Gewicht.

Für die weiteren Ausführungen gehen wir deshalb von folgendem idealtypischen Unterschied zwischen beiden Rechtsgebieten aus: Das Privatrecht ist eine Rechtsordnung zwischen formal gleichberechtigten Akteuren. Dagegen ist das öffentliche Recht das Recht der Ausübung staatlicher Herrschaft, d. h. der Rechtsbeziehung zwischen formal Ungleichen. So verstanden beruht die Unterscheidung auf unterschiedlichen Regelungsgegenständen.²⁰³ Auf diesem Abstraktionsniveau können wir die Unterscheidung auf viele Rechtsordnungen anwenden, wobei sich das Verhältnis beider je nach Gesellschafts- und Staatsform unterscheiden wird.²⁰⁴ Ein solches Verständnis der Unterscheidung begegnet auch einer Kritik aus der Sicht des englischen *Common Law*, dem eine solche Unterscheidung fremd sein soll. Denn auch dieses lässt sich mit diesem Minimalbegriff beschreiben.²⁰⁵ Angesichts der Ausweitung der Regierungs- und Verwaltungstätigkeiten im Vereinigten Königreich dürfte ohnehin viel dafürsprechen, dass auch diese Rechtsordnung eine solche Zweiteilung kennt.²⁰⁶

2. Zweckmäßigkeit der Unterscheidung

Die Untersuchung der Zweckmäßigkeit der Unterscheidung²⁰⁷ knüpft an die zweite Anforderung an eine rechtswissenschaftliche Begriffsbildung an.

203 Zustimmend *Rosenfeld*, I-CON II (2013), 126.

204 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1963, S. 225–228; siehe auch oben in Fn. 199.

205 So schon *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1963, S. 224 (Fn. 1). Der Arbeit geht es um die Entwicklung eines rechtswissenschaftlichen Begriffes: Es kommt nicht darauf an, ob das *Common Law* die Unterscheidung selbst kennt, sondern ob es sich so beschreiben lässt.

206 *Loughlin*, The Nature of Public Law, in: After Public Law, 11, 14; vgl. zur Haftung exemplarisch die Ausführungen von Lord Nicholls of Birkenhead “My Lords, this case arises at the interface of public and private law obligations: the liability of a public authority in tort for failure to exercise a statutory power. When may a public authority be liable in damages for an unreasonable failure to act, in breach of its public law obligations?“, House of Lords, *Stovin Plaintiff v. Wise Respondent, Norfolk County Council (Third Party) Appellants*, Urteil, 24. Juli 1996, [1996] A.C. 923, 928H. Nach Auffassung *Varuhas* ist die Anerkennung der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht seit den späten 1970er Jahren im Englischen Recht weit verbreitet, *Varuhas*, Damages and Human Rights, 2016, S. 167.

207 Skeptisch *Krüper*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 43, 58.

Die Unterscheidung muss zum Verständnis beitragen²⁰⁸ bzw. anknüpfend an die pointierte Formulierung *Kennedys* muss die begriffliche Unterscheidung einen Unterschied in der Sache bedeuten.²⁰⁹ Da die Arbeit keine Rechtsbegriffe des öffentlichen Rechts und des Privatrechts herausarbeitet, sind die Anforderungen an den Unterschied gelockert. Es muss kein Unterschied in den Rechtsfolgen sein. Vielmehr genügt es, wenn die Anwendung der Unterscheidung einen Erkenntniswert generiert.

Der Gewinn einer solchen Einteilung ist zunächst ihre Systematisierungsleistung: Sie kann Verbindungslinien offenlegen und rationalisieren.²¹⁰ Diese Wirkungen kann die Unterscheidung aber nur entfalten, wenn die unterschiedenen Teilbereiche unterschiedliche Grundgedanken verfolgen. Diese Voraussetzung erfüllen öffentliches Recht und Privatrecht. Das Begriffspaar beinhaltet sogar ein ganzes Bündel gegensätzlicher Grundgedanken, die je nach Betrachtungsgegenstand einen Erklärungswert entfalten können. Die Unterscheidung markiert den Unterschied zwischen Staat und Gesellschaft.²¹¹ In Anlehnung an *Ulpian* unterscheiden sich die Logiken beider Gebiete. Dort steht das vom Eigennutz gesteuerte Privatrecht und hier das immer auf das Gemeinwohl als (letztes) Ziel rückführbare öffentliche Recht.²¹² Noch etwas präziser formuliert besteht der Unterschied darin, dass im Privatrecht erlaubt ist, alleine zum Eigennutz zu handeln, während das öffentliche Recht die Verfolgung eines Gemeininteresses verlangt.²¹³ Das öffentliche Recht erfüllt insoweit zwei ineinandergreifende Funktionen. Es konstituiert die Ausübung öffentlicher Gewalt und begrenzt diese.²¹⁴ Aus einer wieder anderen Sicht spiegelt die Unterscheidung den Unterschied zwischen austeilender Gerechtigkeit (in Subordinationsverhältnissen) und ausgleichender Gerechtigkeit (unter Gleichen).²¹⁵

208 *Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 158.

209 *Kennedy*, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1349.

210 *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 57–72.

211 *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 340–345.

212 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 264, 268 f. Natürlich kann auch eigennütziges Handeln dem Gemeinwohl dienen und *vice versa*.

213 *von Bogdandy/Goldmann/Venzke*, EJIL 28 (2017), 123.

214 *von Bogdandy/Goldmann/Venzke*, EJIL 28 (2017), 123 unter Verweis auf *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2006, S. 16–18.

215 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1963, S. 225 f.; zustimmend: *Peters*, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: Making Transnational Law Work in the Global Economy, 153, 170; vgl. für

Das bedeutet, dass das Privatrecht die Idee verwirklicht, unter Gleichen Unrecht vollständig auszugleichen.²¹⁶ Geschädigte einer unerlaubten Handlung sollen wieder so stehen, wie sie vorher standen. Dagegen geht es dem öffentlichen Recht um die Verteilung einer Begünstigung oder Belastung, was einerseits die Überordnung einer Entscheidungsinstanz voraussetzt und andererseits die Vorstellung der Gleichheit in der Anwendung einer – wie auch immer ausgestalteten – Verteilungsregel bedeutet.²¹⁷ So regelt es die Zuteilung einer Subvention oder bei welchem Verhalten die Polizei einschreiten soll. Damit lassen sich in Gestalt von Gemeinwohl versus Eigennutz sowie austeilende versus ausgleichende Gerechtigkeit jedenfalls zwei Gegensätze identifizieren, welche die Unterscheidung tragen. Die Unterscheidung markiert deshalb Unterschiede, deren Erfassung einen Erkenntniswert generiert.

Diese abstrakten Unterschiede gewinnen an Gestalt, wenn wir sie auf das Haftungsrecht anwenden, das für die Untersuchung des immateriellen Schadensersatzes einen wichtigen Referenzpunkt bildet. In einem ersten Schritt können wir die Haftung für öffentliches, hoheitliches Verhalten im oben herausgearbeiteten Sinne (in Subordinationsverhältnissen) und für privates Verhalten (in Gleichordnungsverhältnissen) trennen. Dies ermöglicht wiederum, unterschiedliche Regelungsideen zu identifizieren, welche die Ausgestaltung der Haftung erklären können. Hierzu lässt sich die Unterscheidung zwischen austeilender und ausgleichender²¹⁸ Gerechtigkeit fruchtbar machen.²¹⁹ Es entspricht einem privatrechtlichen, d. h. ausgleichenden, Haftungssystem, den Schaden möglichst ganz auszugleichen.²²⁰

das Privatrecht: Weinrib, *The Idea of Private Law*, 1995, insbesondere S. 73–76; Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, 2015, S. 53–65; vgl. für eine historische Aufarbeitung der Rezeption (und Modifikation) der Unterscheidung seit Aristoteles Hofmann, *Der Staat* 57 (2018), 27 f.

216 Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, 2015, S. 56.

217 Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, 2015, S. 54 f.

218 Vgl. für eine (weitgehende) normative Rekonstruktion des deutschen Deliktsrechts auf Grundlage der Idee ausgleichender Gerechtigkeit Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, 2015, S. 71–177.

219 Vgl. für eine Rekonstruktion des deutschen Staatshaftungsrechts als Ausdruck austeilender Gewalt, zur Restitution “der mit den Grundrechten an die Bürger ausgeteilten Freiheit”, Grzeszick, *Verantwortlichkeit*, in: Kube/Mellinghoff/Morgen-thaler/Palm/Puhl/Seiler (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts – Studienausgabe*, 2015, 103–114, 110 (Rn. 17).

220 Vgl. für den Zusammenhang zwischen der ausgleichenden Funktion des Schadensersatzes und ausgleichender Gewalt in Bezug auf die deutsche Rechtsordnung *La-renz*, *Lehrbuch des Schuldrechts – Bd. 1: Allgemeiner Teil*, 1967, S. 149.

Sofern es dagegen Zwecke der Sanktion verfolgt, wie der Strafschadensersatz des U.S. amerikanischen *tort law*, entspricht es der Logik des öffentlichen Rechts.²²¹ Ein öffentlich-rechtlicher Zweck ist nach dem hier vorgeschlagenen Begriffsverständnis neben der Sanktion die Generalprävention, d. h. die Wahrung der Rechtsordnung durch einen Schadensersatz, weil der Schadensersatz damit Gemeinwohlinteressen fördert. Zwar dient auch jeder privatrechtliche Schadensersatz generalpräventiven Zwecken, ein Unterschied besteht jedoch dahingehend, dass diese im Deliktsrecht gegenüber dem Ausgleich des individuellen Schadens nachrangig sind.²²² Dagegen zielt eine idealtypisch öffentlich-rechtliche Haftung weniger auf den Ausgleich als auf die Rechtmäßigkeit hoheitlichen Handelns.²²³ Zwar erschweren die Nebenzwecke der Haftung eine eindeutige Identifizierung privat- und öffentlich-rechtlicher Gedanken in einem Rechtsinstitut, verunmöglichen sie jedoch nicht vollkommen, weil die Schwerpunkte jeweils andere sind. Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftung zeigen sich zusätzlich im folgenden Aspekt: Als Ausfluss der Privatautonomie²²⁴ grenzt privatrechtliche Haftung individuelle Freiheitsräume gegeneinander ab, während das Staatshaftungsrecht die Überschreitung von Kompetenzen sanktioniert.²²⁵ Als Folge dieses Unterschieds kommt im öffentlichen Recht der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme eine eigenständige Bedeutung gegenüber dem Schadensausgleich zu.²²⁶ Dies zeigt sich exemplarisch in dem Vorrang des Primärrechtsschutzes gegenüber der Haftung, wie ihn viele nationale Rechtsordnungen

221 Vgl. für eine Anwendung auf das U.S. *tort law* im Vergleich zum deutschen Deliktsrecht *Michaels/Jansen*, AJCL 54 (2006), 848.

222 In der deutschen Rechtsordnung ist der Schadensausgleich das primäre Ziel des Deliktsrechts, so statt aller *Wagner* in: Sacker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo/BGB, 8. Auflage, 2020, Vor § 823, Rn. 43; die Generalprävention ist lediglich das "erwünschte Nebenprodukt", *Larenz*, Schuldrecht AT, 1987, S. 423 f.

223 Vgl. bspw. für diese Sichtweise im neuseeländischen Recht Supreme Court of New Zealand, *Taunoa v. Attorney General*, Urteil, 31. August 2007, [2008] 1 NZLR 429, Rn. 259 (Blanchard J).

224 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 7, 16.

225 Vgl. *Breuer*, Die Funktion der Staatshaftung nach Unionsrecht und EMRK im Vergleich, in: Iliopoulos-Strangas/Biernat/Potacs (Hrsg.), Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der EU im Wandel der Zeit, 2014, 203–228, 205.

226 Vgl. *Nollkaemper*, Indiana Journal of Global Legal Studies 16 (2009), 543.

im Staatshaftungsrecht praktizieren.²²⁷ In diesem Rechtsinstitut liegt eine Eigenart des öffentlichen Rechts, weil es auf die Vermeidung des Rechtsverstoßes drängt.²²⁸ Besonders deutlich haben englische Gerichte eine solche Unterscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftung auf die Folgen eines Verstoßes gegen den *Human Rights Act*²²⁹ übertragen. Während erstere dem Ausgleich diene, diene der Menschenrechtsschutz der Gewährleistung eines Mindeststandards menschenrechtlichen Schutzes.²³⁰ Dementsprechend sei der Geldersatz für diese Haftung nicht die Regel, anders als bei der deliktischen Haftung.²³¹

Die identifizierten Regelungsideen geben allerdings keine konkrete Ausgestaltung der Haftung vor. So sind die Rechtsfolgen des Amtshaftungsanspruchs in der Bundesrepublik weitgehend an die privatrechtliche Haftung angeglichen.²³² Auch andere Rechtsordnungen wenden grundsätzlich die gleichen Regeln an.²³³ Diese Beobachtungen sprechen nicht gegen den hier verfolgten Ansatz, weil dieser nur die verschiedenen Eigenrationalitäten und Grundgedanken der Haftung für öffentlich-rechtliches und privatrechtliches Handeln aufzeigen soll. Diese können, müssen aber nicht zu anderen Regeln führen. Dass auch im deutschen Haftungsrecht unterschiedliche Grundgedanken für die deliktische und die hoheitliche Haftung greifen, belegt ein Blick auf deren heutige verfassungsrechtliche Fundierung. Das Bundesverfassungsgericht sieht das Staatshaftungsrecht

227 Vgl. *van Aaken*, Primary and Secondary Remedies, in: Schill (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, 721–754, 726. Im deutschen Recht prägt dieses in § 839 Abs. 3 BGB einfachgesetzlich verankerte Prinzip das gesamte Staatshaftungsrecht, vgl. hierzu *Papier/Shirvani* in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo/BGB*, 8. Auflage, 2020, § 839 BGB Rn. 5.

228 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 7, 22.

229 Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland, *Human Rights Act*, 1998, 1998 Chapter 42.

230 Court of Appeal (Civil Division), *D v. Commissioner of Police of the Metropolis, V v. Commissioner of Police of the Metropolis, Koraou v. Chief Constable of Greater Manchester Police*, Urteil, 30. Juni 2015, [2015] EWCA Civ 646, Rn. 65 f. (Laws LJ).

231 Vgl. House of Lords, *R. (on the application of Greenfield) v. Secretary of State for the Home Department*, Urteil, 16. Februar 2005, [2005] W.L.R. 673, Rn. 9 (Lord Bingham).

232 Dies resultiert aus der – modifizierten – Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB, vgl. eingehend: *Dörr* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), *BeckOGK/BGB*, Stand: 1. April 2023, § 839 BGB Rn. 518–528.

233 Namentlich in Belgien, den Niederlanden, Italien, Irland oder dem Vereinigten Königreich ist das der Fall, *Dörr*, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: *Dörr* (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, 2014, 1–30, 4.

als Ausfluss der Grundrechte und der Rechtsstaatlichkeit.²³⁴ Die staatlichen Ersatzleistungen sind damit die Folge der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte und verlängern diese, jedenfalls teilweise.²³⁵ Das private Deliktsrecht ist dagegen gesetzgeberische Ausgestaltung grundrechtlicher Schutzpflichten.²³⁶ Folglich unterliegt die Haftung unter Gleichen selbst in einem umfassend konstitutionalisierten Rechtssystem anderen Prämissen als die Haftung in Subordinationsverhältnissen.

Die Anwendung identischer Rechtsfolgen auf die private und die hoheitliche Haftung spricht auch deshalb nicht gegen die Unterscheidung, weil der Umfang eines Schadensersatzanspruchs nur eine unter vielen möglichen Stellschrauben ist. So kann ein öffentlich-rechtliches Verständnis einen konzeptionellen Wandel der Regeln zur Haftungsausfüllung nahelegen. Die zivilrechtliche Haftung ist traditionell auf das Vermögen ausgerichtet, wie die Begriffsbildung für Leid, Schmerzen und Rufverlusten als Nichtvermögensschaden verdeutlicht. Eine dezidiert öffentlich-rechtliche Haftung könnte, gerade mit Blick auf Menschen- und Grundrechte, stärker auf die tatsächliche Verbesserung der Lage betroffener Individuen zielen.²³⁷

234 Vgl. BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), *Kunduz*, Beschluss vom 18. November 2020, Az. 2 BvR 477/17, NVwZ 2021, 398, 400 (Rn. 24); BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2022, Az. 2 BvR 737/20, NVwZ 2022, 1722, 1724 f. (Rn. 84–87). Der *Kunduz*-Beschluss war ein „kopernikanischer Wendepunkt“ der Rechtsprechung des BVerfG, *Grzeszick*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 18.11.2020, 2 BvR 477/17, JZ 76 (2021), 146–149, 147; vgl. bereits *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 334–338 und *passim*; ähnlich Röder, Die Haftungsfunktion der Grundrechte, 2002, S. 199–318; kritisch Breuer in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK, Lfg. 216, August 2022, Art. 34, Rn. 193–198; Sauer, Der Kunduz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts und das Staatshaftungsrecht: Konstitutionalisierungspotenzial mit Unschärfen, DÖV 74 (2021), 483–489, 486–488; vgl. auch von Danwitz in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), von Mangoldt/Klein/Starck, 7. Auflage, 2018, Art. 34 Rn. 39.

235 Vgl. BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), *Kunduz*, NVwZ 2021, 398, 400 (Rn. 25); *Grzeszick*, Verantwortlichkeit, in: Leitgedanken des Rechts – Studienausgabe, 103, 106 f. (Rn. 10–12).

236 Vgl. bereits BVerfG, *Sachverständigenhaftung*, Urteil vom 11. Oktober 1973, Az. 1 BvR 84/74, BVerfGE 49, 304, 319; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1998, S. 82; *Wagner* in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo/BGB, 8. Auflage, 2020, Vor § 823 Rn. 79; *von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I, 1996, Rn. 556–560 in rechtsvergleichender Perspektive; vgl. zum Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und Privatrecht *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, *passim*.

237 Hierfür dezidiert auf internationaler Ebene IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade (Compensation), 19. Juni 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 47 (Rn. 53).

Ganz allgemein kommen bei der Haftung für hoheitliches Handeln in einem anderen Maße Gemeinwohlüberlegungen (bspw. das Interesse an der Erfüllung staatlicher Aufgaben) zum Tragen als bei der Haftung für privates Handeln. Das zeigt sich auch darin, dass die Staatshaftung in Europa nach einer rechtsvergleichenden Studie in der Regel in der einen oder anderen Form begrenzter als die Haftung Privater ist, um die Erfüllung der Staatsaufgaben nicht durch zu große Haftungsrisiken zu gefährden.²³⁸ Diese Erwägungen belegen das Potenzial der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht: Sie kann Eigenarten der jeweiligen Regime aufzeigen und bietet einen Maßstab, um die Eignung der jeweiligen Regeln für das Anwendungsfeld zu prüfen.

Der Begriffsbildung mag man entgegenhalten, dass Sie komplexe und umstrittene Begriffe benutzt, um einen simplen Sachverhalt zu umschreiben. Hinter öffentlichem Recht und Privatrecht verbirgt sich nicht mehr als der Unterschied zwischen konsensualem Handeln unter Gleichen und dem einseitig verbindlichen Tätigwerden einer übergeordneten Instanz (Staat). Das ließe sich in den Unterschied zwischen Vertrag und einseitigem Staatshandeln übersetzen.²³⁹ Allerdings sprechen Tradition und Geschichte gegen eine solche Wortwahl. Wie ich im anschließenden Kapitel zeigen werde, ist es gerade die Zugehörigkeit eines Rechtsinstituts zum Privatrecht, welche die Rezeption bestimmter Rechtsinstitute im Völkerrecht begünstigt oder rechtfertigt.²⁴⁰ Außerdem entspricht es jedenfalls wegen der prägenden Dissertation *Lauterpachts* dem völkerrechtlichen Sprachgebrauch, solche Anleihen als Privatrechtsanalogien zu bezeichnen.²⁴¹ Insofern stützt sich der Begriff auf eine Tradition. Natürlich ist Tradition kein ausreichender Grund, um an einer Unterscheidung festzuhalten. Ihren Wert offenbart sie aber darin, dass mit den Begriffen Assoziationen mitschwingen, die

238 Dörr, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, 1, 7.

239 So der Vorschlag von *Jakab*, *European Constitutional Language*, 2016, S. 397 und 399, der die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht auch als rechtswissenschaftliches Konzept für wertlos erachtet.

240 Siehe unten unter § 3.

241 *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927; vgl. bspw. die Verwendung des Begriffs in ILA Study Group, *The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law – Report Johannesburg Conference 2016*, 2016, abrufbar unter: https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-johannesburg-2016-15 (zuletzt besucht: 15. März 2023), bspw. in Rn. 80 oder 141.

über die Zuordnung zu typischen Handlungsformen hinausgehen. Es sind diese Assoziationen, welche die Fragen rechtlicher Einhegung öffentlicher Gewalt und der hierzu erforderlichen Mittel aufwerfen. Das ist kein logisch zwingender Zusammenhang. Aber auf der Grundlage einer gewachsenen Unterscheidung in einigen Rechtsordnungen scheint es sinnvoller, diese Assoziationen zu nutzen, als *tabula rasa* zu machen. Es bleibt deshalb festzuhalten, dass die Unterscheidung Sinn ergibt, soweit sie unterschiedliche Grundlogiken zwischen Teilrechtsgebieten (hier Eigennutz, dort Gemeinnutz; hier ausgleichende Gerechtigkeit, dort austeilende Gerechtigkeit) herauszustellen vermag.²⁴² So lassen sich öffentliches Recht und Privatrecht als rechtswissenschaftliche Begriffe gegen den Kontingenzeinwand verteidigen. Gegen die Erfahrungen von Diversität und Identitätsverlust stellt die Arbeit ein idealtypisches Verständnis der beiden Begriffe, das letztlich auf unterschiedliche Regelungsgegenstände abhebt. Die typische Konstellation öffentlich-rechtlichen Handelns ist das einseitig verbindliche Handeln eines Staates gegen ihr einzelnes Glied, das Individuum, während sich das Privatrecht durch die Interaktion Freier und Gleicher definiert.

C. Übertragung der Unterscheidung auf das Völkerrecht

Diese Unterscheidung lässt sich auch auf das Völkerrecht übertragen, weil sie eine Grundlage in der geltenden Völkerrechtsordnung findet (I.) und zu deren Verständnis dienlich ist (II.).²⁴³

I. Grundlage der Unterscheidung im geltenden Völkerrecht

Zunächst legen einzelne Normen des Völkerrechts nahe, dass das Völkerrecht zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht unterscheidet. So trennt es mit dem Begriffspaar *acta iure imperii/acta iure gestionis* im Immunitätsrecht in der Sache öffentlich-rechtliches und privatrechtliches Handeln des Staates.²⁴⁴ Ein Staat darf seine Hoheitsgewalt grundsätzlich nicht über Ho-

242 So auch Peters, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: Making Transnational Law Work in the Global Economy, 153, 170 f.

243 Vgl. Schmidt, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 158.

244 Vgl. Van Harten, ICLQ 56 (2007), 373 f.

heitsakte anderer Staaten erstrecken, wohl aber über private Handlungen mit Auslandsbezug.²⁴⁵ Ebenso setzen die Zurechnungsregeln im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit (Art. 5 ARSIWA)²⁴⁶ und die Definition der Folter in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 UN-Antifolterkonvention²⁴⁷ die Unterscheidbarkeit öffentlicher Gewalt und privaten Handelns voraus.²⁴⁸ Damit implizieren die Regeln in der Sache ebenso eine Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln. Diese Punkte betreffen zwar andere Aspekte als den hier angestrebten Strukturvergleich zwischen Teilen des Völkerrechts mit Privatrecht und öffentlichem Recht. Sie begegnen zudem berechtigter Kritik, weil die Abgrenzung zwischen hoheitlich und privat schwierig ist und zu völkerrechtlichen Haftungslücken bei "privaten" Schädigungshandlungen führen kann.²⁴⁹ Die genannten Beispiele belegen gleichwohl, dass das Völkerrecht die Idee einer gesonderten Regeln unterliegenden hoheitlichen Gewalt kennt.

Zudem passen die oben gebildeten Idealtypen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts als Beschreibungen auf Teilbereiche des Völkerrechts, wie wir im Folgenden sehen werden. Die hier vorgeschlagene Trennung zwischen dem zwischenstaatlichen, grundsätzlich privatrechtsähnlichen, und einem individualberechtigenden, grundsätzlich dem öffentlichen Recht ähnlichen, Teil des Völkerrechts ist dabei nur eine mögliche Aufgliederung. Sie schließt es nicht aus, dass auch das zwischenstaatliche Völkerrecht Gemeinwohlinteressen verfolgen kann und insoweit die Idee des öffentlichen Rechts verwirklicht.²⁵⁰

Es hat Tradition, das klassische Völkerrecht wegen seiner koordinationsrechtlichen Grundstruktur mit dem innerstaatlichen Zivilrecht zu

245 Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 2006, S. 152; ebenso Charlesworth, *Worlds Apart*, in: Thornton (Hrsg.), *Public and Private*, 1995, 243–260, 243.

246 Vgl. hierzu Mills, *State Responsibility and Privatisation: Accommodating Private Conduct in a Public Framework*, EJIL Talk!, 4. August 2021, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/state-responsibility-and-privatisation-accommodating-private-conduct-in-a-public-framework/> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

247 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (UN-Antifolterkonvention), 10. Dezember 1984, UNGA/RES/39/46 (dt. Übersetzung BGBl. 1990 II, 246).

248 Vgl. hinsichtlich der Staatenverantwortlichkeit *Van Harten*, ICLQ 56 (2007), 373.

249 Chinkin, *A Critique of the Public/Private Dimension*, EJIL 10 (1999), 387–395, insbesondere 390 f. Die zusätzlich auf die feministische Kritik an der Unterscheidung zwischen öffentlich und privat verweist, weil diese die Unterdrückung der Frauen unterstützt und zugleich verbirgt, ebd. 389.

250 Zu denken wäre an das völkerrechtliche Umweltschutz- und Klimaschutzrecht.

vergleichen.²⁵¹ Klassische Beispiele der privatrechtlichen Konzeption des Völkerrechts sind das völkerrechtliche Nachbar-, Vertrags- und Diplomatentrecht.²⁵² Auch das Recht der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit zählt hierzu. Denn als Haftungsrecht, das die Konsequenzen einer völkerrechtswidrigen Handlung festlegt, dient es dem Schutz "individueller" (staatlicher) Rechte unter Gleichen und nicht der Kontrolle staatlichen Handelns ungeachtet der Verletzung der Rechte eines anderen Staates.²⁵³ Das privatrechtsanaloge Erbe der Staatenverantwortlichkeit zeigt sich besonders deutlich in dessen Anfängen, wenn *Heffter* es beispielsweise als Recht der unerlaubten Handlung bezeichnet.²⁵⁴ Ebenso entspricht die Ausgestaltung der Haftung in Gestalt des Grundsatzes der Totalreparation grundsätzlich einer Gleichordnungssituation,²⁵⁵ was sich ebenso in der Übereinstimmung der ARSIWA mit den Deliktsregeln europäischer Privatrechtsordnungen zeigt.²⁵⁶

Gegen eine privatrechtliche Konzeption (einiger Bereiche) des Völkerrechts ließe sich einwenden, dass der Vergleich zwischen Staaten und Individuen hinke. Während das Individuum im Privatrecht sein Eigeninteresse verwirklichen darf, sind Staaten dem Gemeinwohl der von ihnen repräsentierten Bevölkerungen verpflichtet. Sie haben darum keine eigenen Interessen um ihrer selbst willen.²⁵⁷ Jedoch bevölkern Staaten mit

251 *Holland*, International Law, 1898, S. 152; *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 81; *Kunig*, Völkerrecht als öffentliches Recht, in: GS Grabitz, 325, 325; *Simma*, RdC 250 (1994), 230 f.; vgl. auch aus neuerer Zeit *von Bogdandy/Goldmann/Venzke*, EJIL 28 (2017), 118.

252 *Kunig*, Völkerrecht als öffentliches Recht, in: GS Grabitz, 325, 329 f.

253 *Peters*, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: Making Transnational Law Work in the Global Economy, 153, 158. Allerdings haben die Regeln der Staatenverantwortlichkeit mittlerweile bspw. durch die Anerkennung eines Interesses nicht verletzter Staaten an der Geltendmachung eines Völkerrechtsverstößes eine Form der Publizierung erfahren, hierzu eingehend *Nollkaemper*, Indiana Journal of Global Legal Studies 16 (2009), 545–549.

254 *Heffter*, Völkerrecht, 1888, S. 185. Hierin liegt laut *Sabahi* der Anfang einer allgemeinen Dogmatik der Wiedergutmachung für Völkerrechtsverstöße, *Sabahi*, Compensation and Restitution, 2011, S. 44.

255 *Van Harten*, Investment Treaty Arbitration, 2007, S. 104 f.; ähnlich für die EMRK *Bydlinski*, Methodologische Ansätze zum Schadensersatzrecht der EMRK, in: Fenyves/Karner/Kozioł/Steiner (Hrsg.), Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 2011, 129–236, 208.

256 *Nollkaemper/Jacobs*, Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework, MJIL 34 (2013), 359–438401.

257 So bspw. *Waldron*, Harvard Journal of Law & Public Policy 30 (2006), 20–26.

unterschiedlichen inneren Organisationsformen das Völkerrecht. Trotzdem sind sie im Völkerrecht gleiche und unitarische Personen, wie Individuen im Privatrechtsverkehr.²⁵⁸ Daher behält die Gleichsetzung eines Teils des Völkerrechts mit dem innerstaatlichen Privatrecht seine Überzeugungskraft.

Die vollkommene Gleichsetzung des Völkerrechts mit dem innerstaatlichen Privatrecht war nur nachvollziehbar, soweit man das Völkerrecht ausschließlich als eine Rechtsordnung unter Gleichen begreifen wollte.²⁵⁹ Aus der Erweiterung des völkerrechtlichen Regelungsbereichs, der Verdichtung des Regelungsnetzes, der Entstehung zwingender Normen sowie der "Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte"²⁶⁰ folgte die Völkerrechtswissenschaft, dass das Völkerrecht mehr als eine Koexistenz- oder Kooperationsordnung ist.²⁶¹ Immer mehr Stimmen empfinden deshalb einen Strukturvergleich mit privatrechtlichen Vorstellungen alleine als unzureichend.²⁶² Daneben steht eine Entwicklung, dass Phänomene wie die privatrechtlich organisierte "Internet Corporation for Assigned Names and Numbers" (ICANN) einen Einfluss ausüben, der sich in den Dichotomien öffentlich/privat und national/international ebenso wenig fassen lässt²⁶³ wie mit der überkommenen Rechtsquellenlehre des Völkerrechts.²⁶⁴ Im

258 Peters, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: Making Transnational Law Work in the Global Economy, 153, 167.

259 Die staatenzentrierte Konzeption des Völkerrechts war nie unumstritten. Selbst während der Blütezeit des Völkerrechtspositivismus räumten manche Literaturstimmen dem Individuum eine eigene Rechtsstellung ein, vgl. Peters, Beyond Human Rights, 2016, S. 16–18.

260 Mosler, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV 22 (1962), 1–48.

261 Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: Berichte DGV 39, 427, 425; Dederer, Paradigmenwechsel im Völkerrecht? Zur Abkehr vom strikten Positivismus im modernen Völkerrechtsdenken, Jahrbuch Politisches Denken 25 (2015), 123–154, 138, der im Völkerrecht die "rechtlich verbindliche Grundordnung einer politischen Gemeinschaft, der internationalen Gemeinschaft" erblickt; vgl. auch Simma, RdC 250 (1994), 217–384. Vgl. zu dem dahinter stehenden gemeinschaftsrechtlichen Verständnis des Völkerrechts eingehend Rauber, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 114–123. Vgl. zum Begriff der Kooperationsordnung Friedmann, Changing Structure, 1964, S. 61–64.

262 Vgl. im Kontext allgemeiner Rechtsgrundsätze Doehring, Völkerrecht, 2004, Rn. 409, nach dem "das Völkerrecht immer stärker Merkmale einer Subordinationsordnung unter für alle Staaten geltende Rechtsregeln aufweist."

263 Casini, I-CON 12 (2014), 405.

264 Goldmann, Global Constitutionalism 5 (2016), 60 f.

Angesicht dieser Entwicklungen bieten GAL, IPA und Konstitutionalisierungsthese mit Unterschieden im Detail öffentlich-rechtliche Lesarten des Völkerrechts an. Allerdings wollen sie das privatrechtliche Paradigma nicht vollständig verdrängen, sondern dem koordinationsrechtlichen Teil des Völkerrechts eine weitere Schicht hinzufügen, die öffentlich-rechtlichen Ideen unterliegen soll.²⁶⁵ Da IPA und GAL im Gegensatz zu dieser Arbeit bestimmte Tätigkeiten als Ausübung öffentlicher Gewalt oder verwaltend identifizieren möchten, führen deren Überlegungen zur Bestimmung öffentlicher Gewalt²⁶⁶ bzw. Verwaltung²⁶⁷ hier nicht weiter. Dagegen entspricht der Ansatz der Konstitutionalisierungsthese, Teile des Völkerrechts als Verfassungsrecht zu beschreiben,²⁶⁸ dem grundsätzlichen Vorgehen der Arbeit, ist aber wegen seiner Begrenzung auf das Verfassungsrecht zu eng. Deshalb erweitert die Arbeit den Strukturabgleich der Konstitutionalisierungsthese um die Frage, ob Teile des Völkerrechts den oben gebildeten Idealtypen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts entsprechen.²⁶⁹

Bei einem solchen Abgleich fallen manche Teile des Völkerrechts wegen ihrer Ähnlichkeiten zum innerstaatlichen öffentlichen Recht auf.²⁷⁰ Die Ausbreitung des Völkerrechts in solche öffentlich-rechtlich anmutenden

265 von Bogdandy/Goldmann/Venzke, EJIL 28 (2017), 119; vgl. auch Peters, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: Making Transnational Law Work in the Global Economy, 153, 167.

266 Für den IPA-Ansatz definieren von Bogdandy, Goldmann und Venzke die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt als “the adoption of an act that affects the freedom of others in pursuance of a common interest.” von Bogdandy/Goldmann/Venzke, EJIL 28 (2017), 117; vgl. kritisch zur Orientierung an Freiheit zur Identifizierung öffentlicher Gewalt Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 60 f. Eine ausführlichere Begründung der Definition internationaler öffentlicher Gewalt auf der Grundlage einer abgewandelten Form der Habermas’schen Diskurstheorie bietet Goldmann, vgl. Goldmann, Global Constitutionalism 5 (2016), 82 f. sowie Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt, 2015, S. 359–383.

267 Dem GAL-Ansatz fehlt eine Definition des Begriffs der Verwaltung, Kleinlein, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 91. Vgl. für eine Aufzählung der fünf Typen globalen Verwaltens Kingsbury/Krisch/Stewart, Law and Contemporary Problems 68 (2005), 20–23.

268 Vgl. Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: Berichte DGVR 39, 427.

269 Vgl. für eine skeptische Sicht auf die Tragkraft dieses Ansatzes zur Erfassung hybrider Phänomene zwischen privat und öffentlich auf internationaler Ebene Casini, I-CON 12 (2014), 408.

270 So auch die Beobachtung bei Bjorge, Victoria University of Wellington Law Review 49 (2018), 536; ebenso Rauber, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 252 f.; vgl. auch Hertogen, EJIL 29 (2019), 1138 f.

Regelungsbereiche zeigt sich besonders sinnfällig dort, wo es dem Einzelnen Beschwerderechte einräumt.²⁷¹ Dies bedarf indes näherer Erklärung. Auf den ersten Blick liegt hierin nämlich keine Publizifizierung, sondern eine Privatisierung.²⁷² Diese liegt in der Abkehr vom klassischen Konstrukt, indem der Staat das Individuum mediatisierte und deshalb auch dessen Verletzung durch das Institut des diplomatischen Schutzes geltend machen konnte.²⁷³ Diese Beobachtung meint jedoch eine andere Unterscheidung zwischen privat und öffentlich als die hier interessierende. Denn die Individualisierung des Rechtsschutzes, die *Randelzhofer* und *Tomuschat* als Privatisierung charakterisieren, führt in einen Zustand, der starke Parallelen zum innerstaatlichen Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt aufweist. Sie reproduziert ein Subordinationsverhältnis auf völkerrechtlicher Ebene, das idealtypisch für das öffentliche Recht steht. Paradigmatisch ist hier der Menschenrechtsschutz, der an innerstaatliche Verfassungsbeschwerden erinnert.²⁷⁴ Ebenso deutlich scheinen Parallelen zum innerstaatlichen öffentlichen Recht im völkerrechtlichen Investitionsschutzrecht auf.²⁷⁵ Staaten unterwerfen sich hier der Gerichtsbarkeit von Schiedsgerichten gegenüber einer vorher unbekannten Anzahl von Individuen für zukünftige Sachverhalte, welche die Ausübung hoheitlicher Gewalt, wie Enteignungen, gesetzliche Reformen oder Verwaltungsakte, betreffen können.²⁷⁶ Dieser

271 Ebenso *Rauber*, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 253.

272 Vgl. für diese Wortwahl *Randelzhofer/Tomuschat*, Foreword, in: *Randelzhofer/Tomuschat* (Hrsg.), *State Responsibility and the Individual*, 1999, vii-ix, viii.

273 Siehe zur Geltendmachung individueller Schäden durch den Staat im Wege des diplomatischen Schutzes unten unter § 4 C.

274 Vgl. für ein verfassungsrechtliches Verständnis der EMRK *Grabenwarter*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: *Ipsen* (Hrsg.), *VVDStRL* 60, 2001, 290–349, insbesondere 344 f.; *Walter*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß, *ZaöRV* 59 (1999), 961–983, 962–965.

275 Siehe für eine kurze Erläuterung seines Regelungsgegenstands unten unter § 11 A.

276 Eine Besonderheit sind Investitionsschutzstreitigkeiten, die aus sog. *Umbrella*-Klauseln resultieren. Solche Klauseln in BITs verpflichten Gaststaaten, mit Unterschieden im Detail, ihre vertraglichen Pflichten gegenüber Investor*innen einzuhalten. Damit eröffnen sie die Möglichkeit, dass vertragliche Streitigkeiten zwischen Staat und Investor*in Gegenstand von Investitionsschutzverfahren werden. Diese Situation entspricht weniger einem Subordinationsverhältnis. Nach *Van Harten* sind auch solche Streitigkeiten hoheitlich, weil sie aus einer weitgehenden und abstrakt-generellen Unterwerfung des Staates resultieren, die selbst ein hoheitlicher Akt ist (vgl. *Van Harten*, *ICLQ* 56 (2007), 391 f.). Indessen kann diese Konstellation für die idealtypische Einordnung hier dahinstehen. Denn dieser Einwand ändert nichts daran, dass der Regelungsgegenstand des Investitionsschutzrechts im Übrigen idealtypisch an das innerstaatliche Verwaltungsrecht erinnert.

Vorgang erinnert deutlich an den Rechtsschutz gegen einseitig-verbindliches Handeln im innerstaatlichen Verwaltungsrecht.²⁷⁷ In jedem Fall findet sich hierin eine Konstellation der Über-Unterordnung, die nach obigem Begriffsverständnis der Logik des öffentlichen Rechts entspricht. Da Individuen in diesen Teilbereichen auch Schadensersatz verlangen können,²⁷⁸ sind diese Gebiete für die Analyse immateriellen Schadensersatzes besonders interessant. Das Recht der Staatenverantwortlichkeit wird in diesem Kontext funktional zu Staatshaftungsrecht.²⁷⁹ Mit dem institutionalisierten Völkerrecht existieren außerdem weitere Bereiche, in denen das Völkerrecht strukturell mit dem innerstaatlichen öffentlichen Recht vergleichbar ist.²⁸⁰ Dessen ungeachtet bestehen, wie bereits beschrieben, Regeln des Völkerrechts im zwischenstaatlichen Verkehr fort, welche dem Idealtypus des Privatrechts entsprechen.

Ein Sonderdiskurs zur öffentlich-rechtlichen Natur des Rechtsgebiets existiert im Investitionsschutzrecht. Eine starke Ansicht in der Wissenschaft begreift das Investitionsschutzrecht als ein öffentlich-rechtliches Rechtsregime.²⁸¹ Demgegenüber betonen privatrechtliche Lesarten den handelsrechtlichen Streitschlichtungsmechanismus, den Konsens als Basis des Schiedsverfahrens und die bilaterale Struktur des Verhältnisses zwischen Staat und Investor*in.²⁸² Wieder andere weisen auf die Spannung-

277 Vgl. *Van Harten*, ICLQ 56 (2007), 378 f.

278 Siehe hierzu jeweils näher unten in § 8 bis § 11.

279 Vgl. für Art. 41 EMRK *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 32–36, der aber keine relevanten Unterschiede hinsichtlich der Haftungsfolgen zwischen Delikts- und Staatshaftungsrecht sieht; vgl. für das Investitionsschutzrecht *Van Harten*, *Investment Treaty Arbitration*, 2007, S. 108, der das Individualklagerecht als den entscheidenden Punkt in der Wesensveränderung der Staatenverantwortlichkeit vom privatrechtlichen Paradigma zwischenstaatlicher Haftung zum öffentlich-rechtlichen Paradigma der Staatshaftung ausmacht.

280 *Rauber*, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 253.

281 Vgl. bspw. *Schill*, Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach, *VJIL* 52 (2011–2012), 57–102; *Kalderimis*, Investment Treaty Arbitration as Global Administrative Law: What This Might Mean in Practice, in: *Brown/Miles* (Hrsg.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 2011, 145–159; vgl. auch *Thunderbird Gaming v. Mexico*, *Separate Opinion Thomas Wälde*, 2006, abrufbar unter <https://www.italaw.com/cases/571> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 27.

282 Vgl. zu diesen *Roberts*, *AJIL* 45 (2013), 59, 61, 63. *Roberts* beobachtet, dass nur *Public-Law*-Ansätze explizit als solche gekennzeichnet werden, während Parallelisierungen mit der Handelsschiedsgerichtsbarkeit und dem Privatrecht implizit bleiben, *Roberts*, *AJIL* 45 (2013), 63.

gen zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Aspekten des Investitionsschutzrechts hin oder betonen dessen Zwitterstellung.²⁸³ Eine völkerrechtliche Sicht hebt dagegen die völkerrechtliche Rechtsnatur des Rechtsgebiets heraus²⁸⁴ und lehnt auch eine Charakterisierung als *sui generis* ab.²⁸⁵ Die unterschiedlichen Analogiebildungen kranken daran, wie *Roberts* herausarbeitet, ausgewählte Aspekte des Investitionsschutzrechts hervorzuheben und andere nicht erklären zu können.²⁸⁶ Jedoch spielt der investitionsschutzrechtliche Diskurs für diese Arbeit keine Rolle, weil die Arbeit das Investitionsschutzrecht nicht abstrakt klassifizieren möchte. Vielmehr stellt sie in einem Teil des Investitionsschutzrechts starke Ähnlichkeiten zum innerstaatlichen öffentlichen Recht fest. Damit leugnet sie weder die völkerrechtliche Rechtsnatur des Investitionsschutzrechts,²⁸⁷ noch über-tüncht sie die Beziehungen zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Sie sagt lediglich, dass das Investitionsschutzrecht in Fragen der Haftung für Verstöße gegen investitionsschutzrechtliche Verpflichtungen strukturell an öffentliches Recht erinnert.²⁸⁸ Daran sind keine Rechtsfolgen geknüpft.²⁸⁹ Vielmehr dient diese Kategorisierung der Beschreibung des Völkerrechts.

Aus ähnlichen Erwägungen können weitere Einwände *gegen* den hier vorgeschlagenen Vergleich mit innerstaatlichen Rechtsordnungen nicht überzeugen. So ließe sich in Anlehnung an *Pellets* Kritik gegen Analogiebildungen zum innerstaatlichen Recht anführen, dass die Staaten-

283 Vgl. *Mills*, The Public-Private Dualities of International Investment Law and Arbitration, in: Brown/Miles (Hrsg.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 2011, 97–116, 99; *Šturma*, Relations between International Investment Law and Domestic Public Law, in: Hofmann/Tams (Hrsg.), *International Investment Law and Its Others*, 2012, 203–211, 205 f.

284 Prominent *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014; vgl. für eine weitere völkerrechtliche Kritik an öffentlich-rechtlichen Lesarten des Investitionsschutzrechts *Alvarez*, ‘Beware: Boundary Crossings’ – A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law, *JWIT* 17 (2016), 171–228, 215–227.

285 So *Paparrinskis*, Analogies and Other Regimes, in: Douglas/Pauwelyn/Viñuales (Hrsg.), *The Foundations of International Investment Law*, 2014, 73–107, 74.

286 *Roberts*, *AJIL* 45 (2013), 64.

287 So zutreffend *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 7–11.

288 Das räumt im Übrigen auch *De Brabandere* mit Einschränkungen ein, vgl. *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 4 f.

289 Vgl. für die unterschiedlichen Zwecke, die eine öffentlich-rechtliche Lesart des Investitionsschutzrechts verfolgen kann *Schill*, Introduction, in: *International Investment Law and Comparative Public Law*, 3, 26 f.

verantwortlichkeit weder öffentlich noch privat sei, sondern einfach international.²⁹⁰ Daran ist richtig, dass eine Gleichsetzung zwischen Völkerrecht und öffentlichem Recht bzw. Privatrecht vermieden werden sollte. Mit *Pellets* Einwand geht deshalb die Nuancierung einher, dass der Menschenrechtsschutz oder der Investitionsschutz kein öffentliches Recht „sind“, sondern diesem strukturähnlich sind. Gleichwohl spricht dieser Einwand nicht gegen jede Parallele, wo diese angebracht ist. Die Veränderungen der Struktur des Völkerrechts lassen jedenfalls Teile des Völkerrechts mit öffentlichem Recht und Privatrecht vergleichbar erscheinen, so dass Parallelen sinnvoll sind.²⁹¹

Zusammenfassend lassen sich mit dem zwischenstaatlichen Völkerrecht einerseits und dem individualberechtigenden wie dem institutionalisierten Völkerrecht andererseits Bereiche ausmachen, die sich als idealtypisch privat- bzw. öffentlich-rechtlich beschreiben lassen.

II. Sinngehalt der Unterscheidung

Wenn demnach eine Grundlage in der Völkerrechtsordnung für das Unterscheiden öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Teile besteht, müssen wir uns zweitens fragen, ob es sinnvoll ist, so zu unterscheiden. Mit anderen Worten muss es einen Mehrwert generieren, Völkerrecht mit der Brille der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zu betrachten. Bei der Untersuchung der Phänomene der Global Governance soll die Analyse aus der Sicht des öffentlichen Rechts ein „analytisches und kritisches Potenzial“ entfalten, „Fälle von internationaler öffentlicher Gewalt [zu] identifizier[en] und damit implizit das Programm der Formung und Bindung dieser öffentlichen Gewalt durch Öffentliches Recht [zu]

290 *Peters*, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 153, 168; vgl. für das Original *Pellet*, Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!, *EJIL* 10 (1999), 425–434, 433.

291 So auch *Peters*, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 153, 170. Alleine aus Gründen der Lesbarkeit wird die Arbeit die Teilbereiche des Völkerrechts, die dem öffentlichen Recht ähneln, manchmal schlicht mit dem Attribut öffentlich-rechtlich versehen.

aktualisier[en].“²⁹² Der hier eingeschlagene Weg möchte allerdings keine öffentlich-rechtlichen Bindungen begründen. Vielmehr soll die Arbeit Strukturunterschiede zwischen Teilen des Völkerrechts herausarbeiten, um auf dieser Grundlage die Entwicklung eines Rechtsinstituts, das originär dem innerstaatlichen Privatrecht entstammt, einordnen zu können. Das Ziel ist daher deskriptiv und nicht normativ. Für dieses Anliegen liegt der Mehrwert der Unterscheidung darin, gegebenenfalls feststellbare Unterschiede unter Rückgriff auf die unterschiedlichen Regelungsideen und Handlungslogiken des Privatrechts und des öffentlichen Rechts (Eigennutz versus Gemeinwohlbindung; ausgleichende versus austeilende Gerechtigkeit)²⁹³ erklären zu können. Insofern bietet der Einsatz des Begriffspaares eine Hilfe zum Verständnis und der Erfassung der Ausdifferenzierung des Völkerrechts.²⁹⁴ Der Unterscheidung kommt damit ein Systematisierungs- und Erklärungswert zu. Zugleich entfaltet die Unterscheidung ein (gewisses) kritisches Potenzial. Denn es bietet einen analytischen Rahmen, um Problemlagen aufzudecken. Beispielhaft sei das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht der Staatenverantwortlichkeit, deren Rechtsfolgen vom Denken in Vermögensnachteilen geprägt sind, und dem primär auf die Würde und Person des Menschen abzielenden Menschenrechtsschutz genannt.²⁹⁵ Dieses Spannungsverhältnis als einen Unterschied zwischen privat- und öffentlich-rechtlichen Logiken zu reformulieren, eröffnet eine neue Perspektive auf die Frage und damit andere Lösungshorizonte. Insgesamt bietet die Anwendung des Unterschieds auf das Völkerrecht einen Mehrwert, der die Beibehaltung der Terminologie rechtfertigt.

Wendet man die Kategorien öffentliches Recht und Privatrecht auf die Staatenverantwortlichkeit an, liegt eine Trennung zwischen individualberechtigendem und zwischenstaatlichem Völkerrecht nahe.²⁹⁶ So zu unterscheiden ergibt allerdings nur Sinn, wenn die anspruchstellende Person (Staat oder Individuum) im Völkerrecht einen Unterschied macht. Aus

292 So *Bast* in: Aussprache und Schlussworte: Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: Sacksofsky (Hrsg.), VVDStRL 79 (2019), 2020, 101–125, 116.

293 Siehe oben unter § 2 B. II. 2.

294 In diesem Sinne auch *Peters*, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 153, 170 f.

295 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade, 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 367 f. (Rn. 52–54)

296 Siehe oben unter § 2 C. I.

dem folgendem Grund erscheint das fragwürdig: Über das Vehikel des diplomatischen Schutzes können Staaten Verletzungen (jedenfalls) ihrer Staatsangehörigen, inklusive Menschenrechtsverletzungen,²⁹⁷ selbst geltend machen.²⁹⁸ Folglich scheint die anspruchstellende Person irrelevant zu sein. Das ist aber zu kurz gedacht. Zunächst unterscheidet das Völkerrecht Ansprüche des Staates im Wege des diplomatischen Schutzes und individuelle Ansprüche fein säuberlich.²⁹⁹ Selbst heute noch besteht keine Pflicht zur Auskehrung eines im Wege des diplomatischen Schutzes erlangten Geldbetrages an das eigentlich geschädigte Individuum.³⁰⁰ Dass der IGH in *Diallo* nach Ansicht mancher Richter einen höheren Schadensersatzbetrag als in vergleichbaren menschenrechtlichen Individualbeschwerdefällen zugesprochen hat,³⁰¹ deutet ebenfalls auf einen Unterschied zwischen der Verantwortlichkeit gegenüber Individuen und derjenigen zwischen Staaten hin.³⁰² Den Hintergrund dieser Unterschiede bilden die unterschiedlichen Interessenlagen bei individuellen und zwischenstaatlichen

297 IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Urteil (Jurisdiction), 24. Mai 2007, I.C.J. Reports 2007, 582, 599 (Rn. 39). Siehe zu diesem Fall und insbesondere zur Behandlung immaterieller Schäden in diesem Fall näher unten unter § 5 A. II. 1.

298 Siehe hierzu näher unten unter § 4 C.

299 "The damage suffered by an individual is never therefore identical in kind with that which will be suffered by a State; it can only afford a convenient scale for the calculation of the reparation due to the State.", StIGH, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Merits, Urteil, 13. September 1928, Series A, No. 17, 4, 28. Richtigerweise bezog sich das Gericht hier aber auf den Unterschied zwischen Individualansprüchen nach nationalem Recht und völkerrechtlichen Ansprüchen zwischen Staaten. Gleichwohl legt die Passage nahe, dass beide Ansprüche auf völkerrechtlicher Ebene nicht gleichbehandelt werden müssen.

300 Dies zeigt sich in der vorsichtigen Formulierung, dass solche Entschädigungen nur dazu bestimmt seien, den eigentlich Geschädigten zugutezukommen (IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 344 (Rn. 57); bestätigt in IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Urteil (Reparations), 9. Februar 2022, General List No. 116, Rn. 102), ohne eine Pflicht zur Weitergabe zu statuieren; vgl. allerdings für die Begründung einer Auskehrungspflicht auf der Grundlage des Zuweisungsgehalts des Primärrechts Breuer, Das Rechtsfolgenregime des diplomatischen Schutzes unter dem Einfluss der Menschenrechte, AVR 55 (2017), 324–348, 343 f.

301 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Ad-Hoc-Richters Mampuya, 2012, I.C.J. Reports 2012, 403, 408 f. (Rn. 13–15); IGH, *Diallo (Compensation)*, Erklärung des Richters Greenwood, 2012, I.C.J. Reports 2012, 391, 394 f. (Rn. 9–11).

302 Im Übrigen finden die ARSIWA auf den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen keine unmittelbare Anwendung (Art. 33 Abs. 2 ARSIWA). Obwohl die ARSIWA dennoch in der Regel auch auf die Verantwortlichkeit gegenüber

Ansprüchen.³⁰³ Die unterschiedliche Interessenlage resultiert bereits aus dem unterschiedlichen zahlenmäßigen Umfang möglicher Verfahren. Zwischenstaatliche Verfahren sind deutlich seltener als Verfahren im Investitionsschutzrecht oder im Menschenrechtsschutz.³⁰⁴ Insbesondere zeichnet den Individualrechtsschutz gegenüber zwischenstaatlichen Verfahren aus, dass sie die Gerichtsbarkeit eines Spruchkörpers auf eine vorher nicht bekannte Anzahl zukünftiger Fälle erstrecken. Wenn zwischenstaatliche Verfahren die Ansprüche vieler Menschen zur Grundlage hatten, wie bei der Eritrea-Ethiopia Claims Commission (EECC) oder der Deutsch-Amerikanischen Gemischten Schiedskommission,³⁰⁵ betraf dies jeweils historisch abgeschlossene Sachverhalte. Dieser Unterschied schlägt auch auf die Verantwortlichkeit durch, weil nur bei isolierten und vereinzelter Ansprüchen ein vollkommener Ausgleich (unter Gleichen) tatsächlich möglich ist. Schon im Rahmen der Entscheidungen über abgeschlossene massenhafte Rechtsverletzungen lässt sich eine Tendenz zur Begrenzung des immateriellen Schadensersatzes beobachten.³⁰⁶ Unterwirft sich ein Staat unter die Gerichtsbarkeit eines internationalen Spruchkörpers für individuelle Beschwerden, kann eine vollkommen unüberschaubare Zahl möglicher Verfahren auf den Staat zu kommen. In solchen Fällen liegt erst recht eine Begrenzung des Ersatzes angesichts begrenzter staatlicher Ressourcen nahe.³⁰⁷

Individuen angewendet werden, ist die Anwendung der gleichen Regel keine Notwendigkeit, siehe hierzu im Einzelnen unten unter § 7.

303 Vgl. bereits zur Reichweite der staatlichen Gestaltungsspielräume in Verfahrensfragen IAGMR, *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru*, Urteil (Preliminary Objections), 24. September 1999, Series C, No. 54, Rn. 48.

304 Den 186 bisher vor dem IGH anhängig gemachten Verfahren (siehe unter IGH, Cases, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/en/cases> (zuletzt besucht: 15. März 2023)), stehen alleine 45.500 Verfahren gegenüber, die im Jahr 2022 beim EGMR einem Spruchkörper zugewiesen worden sind (EGMR, General Statistics 2022, 2023, abrufbar unter: https://echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2022_ENG.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023)).

305 Diese war mit 20.433 Ansprüchen befasst, *Jähncke*, Washington und Berlin, 2003, S. 16.

306 EECC, *Final Award – Ethiopia's Damages Claims*, Schiedsspruch, 17. August 2009, RIAA XXVI, 631–770, Rn. 61.

307 Vgl. *Reisman*, Compensation for Human Rights Violations, in: Randalzhofer/Tomuschat (Hrsg.), *State Responsibility and the Individual*, 1999, 63–108, 66 f.; vgl. auch EECC, *Final Award – Ethiopia's Damages Claims*, 2009, RIAA XXVI, 631, Rn. 61. Äthiopien hatte immateriellen Schadensersatz zugunsten Hunderttausender Äthiopier (vgl. ebd. Rn. 55) erfolglos geltend gemacht. Ebenso entschied

Dieser Unterschied in der Zahl der möglichen Anspruchsteller*innen hat einen direkten Bezug zur Dichotomie öffentliches Recht-Privatrecht. Denn eine große Zahl möglicher Anspruchsteller*innen erfordert in der Regel Haftungsbegrenzungen.³⁰⁸ Solche Haftungsbegrenzungen lassen sich wiederum aus der Gemeinwohlbindung des Staates, ein Kennzeichen öffentlichen Rechts, rekonstruieren: Sie schützen einerseits öffentliche Mittel, halten Hoheitsträger handlungsfähig und sind Ausdruck der Abwägung zwischen dem Gemeinwohlinteresse an der öffentlichen Aufgabenerfüllung und dem individuellen Interesse an der Schadloshaltung.³⁰⁹ Die Handlungsfähigkeit der öffentlichen Gewalt gewährleisten Haftungsbegrenzungen auf zwei Wegen: Einerseits können sie die Haftung verringern und dadurch gewährleisten, dass öffentliche Mittel für die Erfüllung anderer staatlicher Aufgaben bleiben. Andererseits verhindern Haftungsbegrenzungen, dass hohe Schadensersatzsummen Amtsträger*innen von der Ausübung ihrer Tätigkeiten abschrecken.³¹⁰ Die dahinterstehende Abwägung ungleichartiger Interessen, d. h. zwischen dem Gemeinwohlinteresse an der öffentlichen Aufgabenerfüllung und dem individuellen Interesse am Schadensausgleich, unterscheidet auch die zwischenstaatliche Verantwortlichkeit *idealiter* von der Verantwortung gegenüber Individuen. In der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit stehen einander, wie im Privatrecht,³¹¹ zwei gleichartige (Gemeinwohl-) Interessen gegenüber: Das Interesse des verletzten Staates am Schadensausgleich und das Interesse des anderen Staates an seiner Handlungsfreiheit bzw. der Begrenzung seiner Haftung. Folglich spiegeln sich in der Unterscheidung zwischenstaatlicher und individueller Ansprüche aus der Staatenverantwortlichkeit die unterschiedlichen Interessenlagen, die der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht innewohnen. Indem letztere Unterscheidung diese Interessenlage aufzeigen kann, generiert sie auch für das Recht der Staatenverantwortlichkeit einen Erkenntniswert.

der IGH unter Verweis auf den Schiedsspruch der EECC, IGH, *Armed Activities (Reparations)*, 2022, General List No. 116, Rn. 164.

308 Die Staatshaftung ist in der Regel eingeschränkter als die Deliktshaftung, vgl. Dörr, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, 1, 7.

309 Vgl. Oliphant, *The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective*, in: Oliphant (Hrsg.), *The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective*, 2017, 849–887, 860 f. zur Rolle solcher Erwägungen im Rahmen nationaler Staatshaftungsregime.

310 Vgl. Dörr, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, 1, 7.

311 Im Privatrecht sind die gleichartigen Interessen, die einander gegenüberstehen, jeweils Eigeninteressen.

Um auf *Kennedys* Anforderungen an eine sinnvolle Unterscheidung zurückzukommen, dass sie möglich sein muss und in der Sache einen Unterschied bedeuten muss,³¹² haben wir in diesem Kapitel gesehen, dass ein idealtypischer Unterschied zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht anhand des Regelungsgegenstands (Subordination versus Gleichordnung) besteht und deren Unterscheidung gegensätzliche Grundideen (Gemeinnutz versus Eigennutz sowie austeilende versus ausgleichende Gerechtigkeit) aufdeckt. Diese rechtswissenschaftliche Unterscheidung will nicht für alle denkbaren Fälle eine brauchbare Abgrenzung der Teilrechtsgebiete bieten, sondern nur herausarbeiten, was über Rechtsordnungen hinweg als idealtypischer Kern beider Rechtsgebiete gelten kann.

So verstanden bietet die Unterscheidung auch ein analytisches Mittel, um Teile des Völkerrechts zu verstehen. Denn dieses zeigt jedenfalls im Rahmen seiner individualberechtigenden Teile (insbesondere Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht) Parallelen zum innerstaatlichen öffentlichen Recht. Dagegen bleibt das zwischenstaatliche Völkerrecht jedenfalls in Teilen privatrechtsähnlich. Auf dieser Grundlage lässt sich auch das Recht der Staatenverantwortlichkeit, in dessen Rahmen der Ersatz immaterieller Schäden verhandelt wird, in einen privatrechtsanalogen Teil zwischenstaatlicher Verantwortlichkeit und einen dem öffentlichen Recht ähnlichen Teil der Staatenverantwortlichkeit gegenüber dem Individuum teilen. Insofern kann die Unterscheidung angesichts der unterschiedlichen Grundlogiken der Teilbereiche Erklärungen für festzustellende Unterschiede zwischen beiden Formen der Staatenverantwortlichkeit bieten.

312 *Kennedy*, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1349.

§ 3 Privatrechtsanalogien in der Völkerrechtsordnung

Die Grundidee der Arbeit ist, dass es nicht folgenlos bleiben kann, wenn ein dem Privatrecht entstammendes Rechtsinstitut in das Völkerrecht Aufnahme findet und es sodann in Folge des völkerrechtlichen Strukturwandels auch in öffentlich-rechtlichen Regelungsbereichen zur Anwendung gelangt. Diese Überlegung setzt zweierlei voraus. Zunächst müssen die Kategorien öffentliches Recht und Privatrecht auf das Völkerrecht anwendbar sein, wofür sich das vorangegangene Kapitel³¹³ ausgesprochen hat. Zudem muss gerade die Herkunft des jeweiligen Rechtsinstituts aus dem Privatrecht für die ursprüngliche Übertragung oder jedenfalls die Fortgeltung des Instituts maßgeblich (gewesen) sein. Nur unter dieser Voraussetzung erzeugt der Wandel des Regelungsgegenstands hin zu öffentlich-rechtlich anmutenden Regulationssituationen im Völkerrecht ein Spannungsverhältnis zu privatrechtsanalogen Rechtsinstituten. War die Rezeption des Privatrechts im Völkerrecht dagegen nur Ausdruck der Überlegung, allgemeine, dem Recht immanente Grundsätze zu übertragen (im Folgenden Rechtsanalogie³¹⁴), übt eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf verwaltungs- und verfassungsähnliche Regelungsbereiche keinen Anpassungsdruck auf privatrechtsanaloge Rechtsinstitute aus. Denn in diesem Fall würde lediglich ein Rechtsinstitut Anwendung finden, das ohnehin in jedem Teil der Rechtsordnung gelten muss. In der Tat vertraten die Befürworter eines strengen Völkerrechtspositivismus im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert eine ablehnende Haltung gegenüber Analogiebildungen zum Privatrecht. Sofern Privat- und Völkerrecht ähnliche Regeln enthalten, meinte einer ihrer exponiertesten Vertreter, *Georg Jellinek*, dass „der Vertrag zwischen Individuen in manchen Punkten denselben objectiven Charakter hat, wie der zwischen Staaten, so dass aus der Natur des Verkehrs zwischen Staaten sich Sätze ergeben müssen, welche mit denen aus der Natur des Privatrechtsverkehrs fliessenden identisch

313 Siehe oben unter § 2.

314 Siehe unten zu diesem von der deutschen Methodenlehre abweichenden Sprachgebrauch unter § 3 C.

sind.³¹⁵ Die Quintessenz dieser Auffassung ist, dass die Regeln in bestimmten Situationen aus der Natur der Sache folgen und das Privatrecht zufälligerweise Kodifikationen allgemein gültiger Regelungen enthält. Nach dieser Auffassung sind Ähnlichkeiten zwischen völkerrechtlichen und privatrechtlichen Regeln keine Anleihen bei spezifisch privatrechtlichen Gedanken.

Da mit einer solchen Ansicht die Grundüberlegung der Arbeit in Frage steht, gilt es die Gründe der Privatrechtsrezeption³¹⁶ im Völkerrecht näher zu untersuchen. Ein solches Unterfangen bedingt einen Blick zurück in die Völkerrechtsgeschichte. Dieser zeigt, dass die ursprünglichen Gründe für die Privatrechtsrezeption zwar divers waren, die (partielle) strukturelle Ähnlichkeit zwischen Völkerrecht und Privatrecht als Koordinationsordnungen privatrechtliche Anleihen aber bis heute rechtfertigt. Daher ist es zutreffend, wenn wir solche Rechtsinstitute Privatrechtsanalogien nennen. Dieses Argument entfaltet das Kapitel in drei Schritten. Zunächst arbeitet es heraus, was eine Privatrechtsanalogie ist. Die Arbeit nutzt einen weiten Begriff der Privatrechtsanalogie, der nicht auf die Lückenfüllung oder bestimmte Rechtsquellen beschränkt ist, sondern auf die Herkunft rezipierter Regeln aus privatrechtlichen Rechtsinstituten (im Sinne des oben entwickelten Idealtypus)³¹⁷ verweist (A.). Im Anschluss daran zeichnet die Arbeit unterschiedliche Begründungen für die Rezeption des Privatrechts in der Geschichte des Völkerrechts nach (B.). Die Heterogenität der festgestellten Motive fordert abschließend die Frage heraus, ob der Ursprung in das Völkerrecht gelangter Rechtsinstitute in (irgend-)einem Privatrecht für deren Fortgeltung im Völkerrecht relevant ist. Anders gewendet geht es um die zu Beginn des Kapitels aufgeworfene Frage, ob es sich wirklich um *Privatrechtsanalogien* oder um Anleihen bei allgemeinen Rechtsgedanken (Rechtsanalogien) unabhängig von der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht handelt (C.).

315 Jellinek, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, 1880, S. 52. Siehe hierzu näher unten unter § 3 B. III.

316 Dass schon dieser Begriff historisch voraussetzungsvoll ist, soll unten unter § 3 B. II. näher erläutert werden.

317 Siehe oben unter § 2 B. II.

A. Begriff der Privatrechtsanalogie

Um die Verwendung des Begriffs der Privatrechtsanalogie in der Arbeit zu erklären, bietet sich zunächst eine Aufteilung in seine Bestandteile, Privatrecht und Analogie, an. Privatrecht meint in Anlehnung an die Ergebnisse des vorangegangenen Kapitels die Regeln der Gleichordnung zwischen Bürger*innen, welche die Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit und des Eigennutzes verwirklichen.³¹⁸ Der zweite Teil des Begriffs Privatrechtsanalogie, Analogie, weckt bei Jurist*innen eine bestimmte Assoziation: Die Regelung eines ähnlichen Lebenssachverhalts wird auf einen nicht geregelten, aber vergleichbaren Fall übertragen.³¹⁹ Die Quintessenz der Analogie im Recht ist die Füllung einer (Gesetzes-) Lücke.³²⁰ Deshalb werfen Analogien im Völkerrecht komplexe Fragen auf, weil sie gedanklich ein System voraussetzen.³²¹ Ob das Völkerrecht ein solches ist, bedarf jedenfalls näherer Erörterung.³²² Weil der Geltungsgrund im Analogieschluss gewonnener Regeln die Ähnlichkeit eines nicht geregelten Falls mit einem geregelten Fall ist, stehen sie zudem aus einer völkerrechtspositivistischen Perspektive in Konflikt mit dem Konsensprinzip als Grund und Grenze völkerrechtlicher Bindung.³²³ Obwohl gute Gründe für die Zulässigkeit eines Analogieschlusses sprechen,³²⁴ bedarf diese Frage hier keiner Entscheidung, weil der Arbeit ein umfassenderer Begriff der Analogie zugrunde liegt.

318 Siehe oben unter § 2 B. II.

319 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 381.

320 Vgl. Vöneky, *Analogy in International Law*, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, Rn. 2; vgl. allerdings zur lückenfeststellenden Funktion der Analogie Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 1983, S. 71–78.

321 Vgl. Bordin, *Analogy*, in: d'Aspremont/Singh (Hrsg.), *Concepts for International Law*, 2019, 25–38, 34–36.

322 Vgl. für den Systemcharakter des Völkerrechts Völkerrechtskommission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 177–184, Nr. 1; Crawford, *Brownlie's Principles*, 2019, S. 14; Hernández, *International Law*, 2022, S. 25–27; vgl. für die Vorstellung des Völkerrechts als Rechtsordnung des internationalen Systems Dahm/Delbrück/Wolfrum, *Völkerrecht I/1*, 1989, S. 1; vgl. auch grundlegend Bruns, *Völkerrecht als Rechtsordnung*, *ZaöRV* 1 (1929), 1–56.

323 Thirlway, *RdC* 294 (2002), 301; siehe allerdings oben unter § 1 C. zum Verständnis des Positivismus dieser Arbeit.

324 Vgl. hierfür Bleckmann, *Analogie im Völkerrecht*, *AVR* 17 (1977–1978), 161–180, insbesondere 169; im Ergebnis ebenso für die Zulässigkeit von Analogieschlüssen Dahm/Delbrück/Wolfrum, *Völkerrecht I/1*, 1989, S. 80–82; vgl. für eine vorsichtig

Dieser Begriff umfasst mehr als den Analogieschluss aus privatrechtlichen Vorschriften für das Völkerrecht. Vielmehr soll unter den Begriff der Privatrechtsanalogie jede Regel und jeder Begriff des Völkerrechts fallen, die bzw. der ursprünglich aus dem innerstaatlichen Privatrecht³²⁵ stammt. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Regel oder der Begriff mittlerweile Teil des Völkervertragsrechts, des Völkergewohnheitsrechts oder eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist. Der Grund für diese weite Definition liegt darin, dass ansonsten zwei wichtige Aspekte unberücksichtigt blieben.

Erstens würde eine Beschränkung auf Analogieschlüsse nicht erfassen, dass die Rezeption innerstaatlichen Privatrechts auf unterschiedlichen Wegen stattgefunden hat. Beispielhaft verdeutlicht die mittelalterliche Rezeption privatrechtlichen Gedankenguts zu völkerrechtlichen Fragen diesen Umstand.³²⁶ Diese bis heute fortwirkende Rezeption³²⁷ basierte nicht auf einem Analogieschluss zwischen zwei Rechtsbereichen, weil die Trennung zwischen innerstaatlichem und internationalem Recht mittelalterlichem Rechtsdenken wesensfremd war.³²⁸

Zweitens erfasst ein enges Verständnis des rechtlichen Analogieschlusses nur die Übertragung einer Regel.³²⁹ Dieser Fokus überspielt, dass das Völkerrecht zum Teil „nur“ Begriffe und Konzepte des Privatrechts und nicht in erster Linie dazugehörige Regeln rezipiert hat. Beispielhaft zeigt sich dies in der Rezeption des Vertrags zur Erfassung konsensualen Staatenhandelns, des Eigentums als Analogon des Herrschaftsrechts eines Staates

zustimmende Haltung, die allerdings großen Wert auf die vorherige Untersuchung der Vergleichbarkeit legt *Thirlway*, RdC 294 (2002), insbesondere 404 f.

325 Bzw. aus einem Teilbereich des Rechts, der sich als „privatrechtlich“ umschreiben lässt. Nach den Ausführungen im vorangegangenen Kapitel ist die Existenz eines abgrenzbaren Privatrechts eine kontingente Erscheinung (siehe oben unter § 2 B. I.). Gleichwohl lässt sich nach dem herausgearbeiteten Idealtypus des Privatrechts ein solcher Rechtskörper in jeder Rechtsordnung identifizieren. So lässt sich beispielsweise das römische Recht – in einigen Teilen – als privatrechtlich beschreiben, obwohl es selbst so nicht unterscheidet (siehe hierzu oben unter § 2 B. I.).

326 *Lesaffer*, *Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription*, EJIL 16 (2005), 25–58, 35.

327 Bspw. die Rezeption des zivilrechtlichen Eigentums für Staatsgebiet und -grenzen *Lesaffer*, *Roman Law and the Intellectual History of International Law*, in: *Orford/Hoffmann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 2016, 38–58, 49.

328 *Lesaffer*, *Roman Law and the Intellectual History of International Law*, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 49.

329 *Chionos*, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 27 f.; vgl. beispielhaft für ein solches Verständnis *Fastenrath*, *Lücken im Völkerrecht*, 1991, S. 134.

über ein Gebiet³³⁰ oder der individuellen Freiheit zum Verständnis der Souveränität.³³¹ Weil Analogien im Rechtssinne auf die Übertragung einer Regel fixiert sind, schlägt *Chionos* unter Berufung auf Arthur Kaufmanns weites Verständnis der Analogie für die Rezeption innerstaatlicher Begriffe durch das Völkerrecht die Bezeichnung “begriffliche Analogie” vor. Damit meint sie Analogien in einem weiten Sinne, d. h. Entsprechungen.³³² Sie weist darauf hin, dass dieses weite Verständnis der Arbeit *Lauterpachts* zugrunde liegt.³³³ Auch diese Form der Analogie soll mit dem Schlagwort der Privatrechtsanalogie im hier verwendeten Sinne gemeint sein.

Allerdings bleibt auch gegenüber einem weiten Begriff der Analogie der historische Einwand bestehen: Die Rezeption des (römischen) Privatrechts geschah zu unterschiedlichen Zeiten und während mancher konnte von einer Analogie keine Rede sein. Aus diesen Argumenten gegen einen engen Begriff der Privatrechtsanalogie folgt aber nicht, dass der Begriff der Analogie fehl am Platze ist. Zwar ließe sich an Bezeichnungen denken, die inhaltsoffener und weiter sind. In der Rechtsvergleichung ist der Begriff des “Legal Transplants”³³⁴ gebräuchlich. Dieser Begriff meint die “Verwendung fremder Rechtsbestandteile” in einer Rechtsordnung, also eine Rechtsübernahme.³³⁵ Sie kann durch Gesetzgebung, Gerichte und andere Rechtsanwender*innen stattfinden, wobei typischerweise die Gesetzgebung Ideen, Konzepte oder Rechtsinstitute einer anderen Rechtsordnung übernimmt.³³⁶ Die Metapher des “Transplants” ist allerdings unglücklich,

330 *Thirlway*, RdC 294 (2002), 370; vgl. eingehend zu dieser Entwicklung des Souveränitätsverständnisses *Kennedy*, *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion*, QLR 65 (1996), 385–420, 406–408; vgl. zur Fortwirkung der Vorstellung der Souveränität als Analogie zum Eigentumsrecht *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 92. Allerdings unterscheidet die Völkerrechtswissenschaft begrifflich strikt zwischen *imperium* (Souveränität eines Staates) und *dominium* (Grundeigentum), vgl. *Crawford*, *Brownlie’s Principles*, 2019, S. 192 f.; vgl. allerdings zu den divergierenden Traditionslinien dieser Unterscheidung in der Völkerrechtswissenschaft *Bilková*, *Sovereignty, Property and the Russian Revolution*, JHIL 19 (2017), 147–177, 149–157.

331 *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2006, S. 93.

332 *Chionos*, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 27 f. unter Berufung auf *Kaufmann*, Analogie und “Natur der Sache”, 1982, 18 f.

333 *Chionos*, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 28 unter Verweis auf *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 83 f.

334 *Watson*, *Legal Transplants*, 1993, *passim*.

335 *Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 2015, § 2 Rn. 34.

336 *Fedtke*, *Legal Transplants*, in: *Smits* (Hrsg.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2012, 550–554, 550.

insofern sie weder die Prozesshaftigkeit der Übernahme fremder rechtlicher Ideen noch die Veränderungen rechtlicher Ideen durch und nach der “Verpflanzung” in eine andere Rechtsordnung abbildet.³³⁷ Deshalb kursieren alternative Bezeichnungen wie “Rezeption” oder “Transfer”.³³⁸

Die Arbeit verwendet gleichwohl überwiegend die Bezeichnung “Privatrechtsanalogie”. Ein Grund liegt in der Griffigkeit des Begriffs. Zudem spricht für den Terminus “Privatrechtsanalogie” die Prägung des bisherigen Diskurses. Seit *Lauterpachts* prägendem Werk zu “Private Law Sources and Analogies of International Law” ist der Begriff der Privatrechtsanalogie eingeführt.³³⁹ Mit einer entsprechenden Erklärung lassen sich seine Defizite beheben, so dass es naheliegt, den Begriff fortzuführen. Im Übrigen wecken Bezeichnungen wie “Legal Transplant” oder Transfer Assoziationen mit einer bewussten Übertragung, die für das Völkerrecht jedenfalls irreführend sind. Dies sind sie nicht zuletzt deshalb, weil die Inkorporation privatrechtlichen Gedankenguts in das Völkerrecht durch die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht deutlich prozesshafter ist als die einmalige Gesetzgebung eines innerstaatlichen Parlaments.

Die Arbeit versteht unter Privatrechtsanalogien alle solchen Anleihen bei Begriffen und Regeln des Privatrechts, die gerade auf deren Zugehörigkeit zum idealtypisch verstandenen Privatrecht (gekennzeichnet durch Gleichordnung, Eigennutz, ausgleichende Gerechtigkeit) beruhen. Der einschränkende Relativsatz ist wegen des Ansatzes der Arbeit wichtig, die Auswirkungen des völkerrechtlichen Strukturwandels (der Ausdifferenzierung

337 Sinnfällig *Frankenberg*, *Constitutions as Commodities*, in: *Frankenberg* (Hrsg.), *Order from Transfer*, 2013, 1–26, 21 (“The open-ended phase of re-contextualization is vastly simplified by the transplant thesis and bears very little resemblance to the transplanting of an organ, let alone a tomato plant. Transfers, if not rejected outright, establish a semiotic relationship between the sender and the recipient, which is usually kept in the dark.”); *Graziadei*, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2019, 443–473, 444.

338 Vgl. zu der Entwicklung der verwendeten Begrifflichkeiten *Graziadei*, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 443, 444.

339 Jedenfalls als “municipal law analogies” (*Crawford*, *State Responsibility*, 2013, S. 332) findet auch heute noch ein weiter Begriff der Analogie in Fragen der Relevanz innerstaatlichen Rechts für das Völkerrecht Anwendung.

in privatrechtsähnliche und dem öffentlichen Recht ähnliche Teilbereiche) auf privatrechtsanaloge Rechtsinstitute zu untersuchen. Denn hierfür kommt es gerade darauf an, ob die Existenz ähnlicher Regeln in Privatrechtsordnungen und Völkerrecht der Natur der Sache geschuldet ist, wie Rechtspositivisten behauptet haben,³⁴⁰ oder auf der Herkunft der Regeln im Privatrecht fußt. Nach dem hiesigen Verständnis können Privatrechtsanalogien, die als solche keine eigenständige Rechtsquelle gem. Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut sind,³⁴¹ sowohl im Völkergewohnheitsrecht, im Völkervertragsrecht als auch in Gestalt eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auftreten. Obwohl allgemeine Rechtsgrundsätze ein klassisches Einfallstor für privatrechtsanaloges Denken sind,³⁴² können sie ebenso völkervertraglich oder völkergewohnheitsrechtlich verankert sein.³⁴³

B. Privatrechtsanalogien in der Völkerrechtsgeschichte

Das Völkerrecht ist reich an Rechtsfiguren und -instituten, die wir aus dem innerstaatlichen (Privat-) Recht kennen. Der Vertrag als Rechtsinstitut zur „privatautonomen“ Rechtssetzung im Völkerrecht ist eine Anleihe beim Privatrecht.³⁴⁴ Die Regeln zu seiner Auslegung (Art. 31 f. WVRK) erinnern an innerstaatliche Regeln zur Vertragsauslegung.³⁴⁵ Das völkerrechtliche Nachbarrecht prägen zivilrechtliche Vorstellungen des Verhältnisses unter benachbarten Grundstückseigentümer*innen.³⁴⁶ Das Rechtsinstitut des *uti possidetis* entstammt dem römischen Zivilprozess.³⁴⁷ Die *Okkupation* als ein Titel zum Erwerb der Souveränität und als Regime im Rahmen der

340 Siehe unten unter § 3 C.

341 Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 332.

342 So klassisch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 69 f.; Hertogen, *EJIL* 29 (2019), 1131. Viele der allgemeinen Rechtsgrundsätze entstammen Privatrechtsordnungen, Herdegen, *Völkerrecht*, 2021, § 17 Rn. 2; Hobe, *Völkerrecht*, 2020, S. 173; Stein/von Buttlar/Kotzur, *Völkerrecht*, 2017, Rn. 162.

343 Hertogen, *EJIL* 29 (2019), 1131.

344 Kunig, *Völkerrecht als öffentliches Recht*, in: GS Grabitz, 325, 330.

345 Vgl. von Arnould, *Völkerrecht*, 2022, Rn. 230.

346 Vgl. Kunig, *Völkerrecht als öffentliches Recht*, in: GS Grabitz, 325, 328–330.

347 Ratner, *Drawing a Better Line: Uti Possidetis and the Borders of New States*, *AJIL* 90 (1996), 590–624, 592 f.; Tuori, *The Reception of Ancient Legal Thought*, in: Fassbender/Peters (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 2012, 1012–1033, 1029 f. Allerdings reicht das in Folge der Unabhängigkeit lateinamerikanischer Staaten im 19. Jahrhundert entstandene völkerrechtliche Rechtsinstitut, das die endgültige Festlegung von Staatsgrenzen bewirkte, weit über

Besatzung in einem internationalen bewaffneten Konflikt (Artt. 42–56 HLKO³⁴⁸ und Artt. 47–78 IV. Genfer Abkommen³⁴⁹) kann seine Wurzeln auf das römische Sachenrecht zurückführen.³⁵⁰ Die Ausfüllung der völkerrechtlichen Haftung erinnert frappierend an innerstaatliche Zivilrechtsregeln.³⁵¹ Das Institut des *Estoppel* findet sich über das *Common Law* hinaus auch im Völkerrecht.³⁵²

Diese beispielhafte Reihung zeigt, dass Anleihen bei innerstaatlichen Privatrechtsordnungen für das Völkerrecht wirkmächtig waren und sind. Ein historisch uninformativer Blick auf das heutige Völkerrecht verleitet dazu, solcher Anleihen im geltenden Völkerrecht mit der teilweisen Strukturgleichheit zwischen Völkerrecht und Privatrecht als Koordinationsordnungen zu erklären.³⁵³ Wenn der souveräne Staat nach der jedenfalls³⁵⁴ seit *Vattel* in der völkerrechtlichen Literatur existierenden Vorstellung eine

die prozessuale Regel des *uti possidetis* im einstweiligen Rechtsschutz nach römischem Recht hinaus, *Ratner*, *AJIL* 90 (1996), 593.

348 Haager Landkriegsordnung (HLKO), Annex zum IV. Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (IV. Haager Abkommen), 18. Oktober 1907, *RGBl.* 1910, 107.

349 Genfer Abkommen zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten (IV. Genfer Abkommen), 12. August 1949, *UNTS* 75, 287–417 (dt. Übersetzung *BGBI.* 1954 II, 917, *ber.* 1956 II, 1586).

350 *Nussbaum*, *The Significance of Roman Law in the History of International Law*, *University of Pennsylvania Law Review* 100 (1952), 679–687, 686. Letztlich entstammen die Rechtsinstitute zum Erwerb der Souveränität größtenteils dem römischen Recht, *Thirlway*, *RdC* 294 (2002), 372. Siehe zu privatrechtlichen Anleihen im Besatzungsrecht unten unter § 14 A. I.

351 Vgl. von *Arnauld*, *Völkerrecht*, 2022, Rn. 269; *Barker*, *The Different Forms of Reparation: Compensation*, in: *The Law of International Responsibility*, 599, 600; *Herdegen*, *Völkerrecht*, 2021, § 17 Rn. 2; *Nollkaemper*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 543.

352 *Cottier/Müller*, *Estoppel*, in: *Peters/Wolfrum* (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2021, Rn. 1; vgl. für eine Konturierung der Voraussetzungen und des Anwendungsbereichs des Rechtsinstituts *Kulick*, *Estoppel im Völkerrecht – Antworten auf drei dogmatische Fragen*, *AVR* 52 (2014), 522–544.

353 Ein *locus classicus* dieser Vorstellung ist jedenfalls seit der *Lauterpacht'schen* Rezeption (*Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 81) *Holland*, *International Law*, 1898, S. 152.

354 Diese Vorstellung reicht zu den Arbeiten *Hobbes'* zurück, welche *Grotius'* aufgreift, *Lesaffer*, *EJIL* 16 (2005), 37. Allerdings finden sich auch in der Völkerrechtslehre vor *Grotius* entsprechende Ansätze, *Lesaffer*, *The Classical Law of Nations (1500–1800)*, in: *Orakhelashvili* (Hrsg.), *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, 2011, 408–440, 422.

juristische Person ist,³⁵⁵ ist das Verhältnis der Staaten zueinander mit dem Verhältnis unter Privatpersonen vergleichbar.³⁵⁶ Was liegt da näher, als auf das reichhaltige Repertoire des Zivilrechts zurückzugreifen: Betrifft doch beispielsweise der Inhalt der Staatenverantwortlichkeit scheinbar dasselbe Sachproblem wie die Haftungsausfüllung eines (deliktischen) Schadenersatzanspruchs.³⁵⁷

Ob diese Erwägungen allerdings in der Vergangenheit für Anleihen bei privatrechtlichen Vorstellungen relevant waren, sollen die beiden folgenden Abschnitte näher beleuchten. Dabei unterscheidet die Arbeit – grob – zwischen spätem Mittelalter und früher Neuzeit (II.) einerseits sowie dem Rechtspositivismus des 19. und 20. Jahrhunderts (III.) andererseits. Vorab widmen wir uns der besonderen Rolle des römischen Rechts, die sich durch die Privatrechtsrezeption des Völkerrechts zieht (I.).

I. Die Rolle des römischen Rechts

In der obigen³⁵⁸ Aufführung einiger Beispiele der völkerrechtlichen Privatrechtsrezeption traten römisches Recht und Privatrecht als Synonyme auf. Beim Einsickern privatrechtlicher Vorstellungen hatte das römische Recht augenscheinlich eine große Bedeutung. Historisch ist sogar die umgekehrte Formulierung richtig: Erst im 19. Jahrhundert wurde aus einer Rezeption des römischen Rechts im Völkerrecht eine Rezeption des Privatrechts.³⁵⁹ Jedoch bedarf es zunächst der Präzisierung, was die Bezeichnung römisches Recht an dieser Stelle umfasst. Das römische Recht kannte auch Regeln zur Kriegsführung und zur Gesandtschaft,³⁶⁰ die aus gegenwärtiger Sicht

355 Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 2006, S. 22.

356 Creutz, *State Responsibility in the International Legal Order*, 2020, S. 69 f.

357 Vgl. bereits Yntema, *The Treaties with Germany and Compensation for War Damage. IV. The Measure of Damages in International Law*, *Columbia Law Review* 24 (1924), 134–153, 141.

358 Siehe oben unter § 3 B.

359 *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 18. *Lauterpacht* setzt sich mit der Kritik an solchen Anleihen auseinander und stellt insoweit fest, dass das Objekt der Kritik seit dem 19. Jahrhundert nicht mehr das römische Recht im Besonderen, sondern das Privatrecht im Allgemeinen sei.

360 Vgl. hierzu Tuori, *The Reception of Ancient Legal Thought*, in: *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 1012, 1023–1026; vgl. auch Ziegler, *Die römischen Grundlagen des europäischen Völkerrechts, Ius commune IV* (1972), 1–27, 9–12.

völkerrechtlich sind.³⁶¹ Nicht diese, sondern das römische Privatrecht, also Vertrags-, Eigentums- und Familienrecht, umschreibt der Begriff jedoch an dieser Stelle.³⁶² Noch präziser gefasst ist die Gestalt des römischen Privatrechts gemeint, die es durch das kanonische Recht erhalten hat.³⁶³

Das römische Recht beeinflusste das Völkerrecht auf jedenfalls drei Wegen: zunächst unmittelbar, sodann mittelbar durch seinen Einfluss auf die innerstaatlichen Privatrechtsordnungen und später als Verkörperung vernünftigen, universellen Rechts.³⁶⁴ Diesen Einfluss erklärt die besondere Rolle des römischen Rechts in Europas Rechtsgeschichte: Das römische Recht ist nicht nur die Rechtsordnung eines lange vergangenen Reiches. Vielmehr bildete das römische Recht zusammen mit dem kanonischen Recht insbesondere in Gestalt des *ius commune* „[v]om Ausgang des Mittelalters bis hin zur Französischen Revolution“ für „alle Länder West- und Zentraleuropas ein gemeinsames common law“³⁶⁵. Freilich war das *ius commune* ein reines Gelehrtenrecht. Als Leitbild übte es gleichwohl einen großen Einfluss auf die Rechtspraxis in den europäischen Rechtsordnungen aus.³⁶⁶ Entgegen der gerne vertretenen These, dass das römische Recht auf das *Common Law* weniger Einfluss ausgeübt habe, wirkte das *ius commune* auch auf das englische Recht als Leitbild. Daher ist das *Common Law* ebenso – mit Eigenarten – ein Teil der gemeineuropäischen Rechtstradi-

361 Es bestand lange Zeit Streit darum, ob es ein römisches Völkerrecht gab, vgl. hierzu Lesaffer, *Roman Law and the Intellectual History of International Law*, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 39 f. (der sich für ein solches Verständnis ausspricht).

362 Nussbaum, *University of Pennsylvania Law Review* 100 (1952), 678. Nach den obigen Ausführungen zur Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im römischen Recht ist zu präzisieren, dass damit Rechtsgebiete gemeint sind, die aus heutiger Sicht dem Privatrecht angehören.

363 Lesaffer, *EJIL* 16 (2005), 37; so bereits Verdross, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, 1973, S. 121; zustimmend Chionos, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 34 f.; vgl. auch Lesaffer, *Roman Law and the Intellectual History of International Law*, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 46.

364 Lesaffer, *EJIL* 16 (2005), 31–33 auf der Grundlage von Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, *passim*; in den ersten beiden Kategorien zustimmend rezipiert durch Chionos, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 34 f.

365 Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, *JZ* 47 (1992), 8–20, 10. Zimmermann hebt zudem hervor, dass die Rechtswissenschaft damals eine europäische Disziplin war.

366 Lesaffer, *EJIL* 16 (2005), 35; vgl. eingehend Coing, *Europäisches Privatrecht I* 1985, S. 38 und 39 f.

tion, die das *ius commune* vereint.³⁶⁷ Diese besondere Rolle durchzieht die im Folgenden nachzuvollziehende Rezeption römischen Privatrechts seit dem Mittelalter. Insofern lässt sich zunächst festhalten, „daß das moderne Völkerrecht eingebettet ist in die maßgeblich vom römischen Recht bestimmte europäische Rechtsgeschichte“³⁶⁸.

II. Privatrechtsanalogien im späten Mittelalter und der frühen Neuzeit³⁶⁹

In seiner Dissertation legte *Lauterpacht* dar, dass die Rezeption privatrechtlichen Gedankenguts eine wichtige Rolle in der Herausbildung des gegenwärtigen Völkerrechts gespielt hat.³⁷⁰ Allerdings, so hebt er hervor, war die Anwendung privatrechtlichen Gedankenguts im Völkerrecht für die „Gründerväter des Völkerrechts“³⁷¹ keine Frage der Übertragung eines Rechtsinstituts zwischen zwei grundlegend verschiedenen Rechtssystemen. Sie fragten sich vielmehr, inwieweit die Autorität des römischen Rechts wegen seiner „comprehensiveness and its universally recognised conformity with right and justice“³⁷² auch im Völkerrecht gelten könne. Damit klingt bereits an, dass andere Erwägungen als die Strukturgleichheit zwischen Völkerrecht und Privatrecht die Rezeption des Privatrechts zu völkerrechtlichen Fragestellungen motiviert haben. Einige dieser Erwägungen sollen im Folgenden vorgestellt werden.³⁷³

367 *Zimmermann*, JZ 47 (1992), 15 f.

368 *Ziegler*, *Ius commune* IV (1972), 27.

369 Dem Kapitel liegt *Lesaffers* Periodisierung zugrunde, d. h. das späte Mittelalter umfasst die Zeit vom 11. bis zum 15. Jahrhundert und die frühe Neuzeit den Zeitraum vom 16. bis zum 18. Jahrhundert, *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 45 und 51.

370 *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 32; vgl. *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, *passim*. Allerdings räumt *Lauterpacht* ein, dass manche Autoren Anleihen zum Privatrecht strikt abgelehnt haben, *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 16.

371 Er spricht von „Founders of International Law“ und scheint damit insbesondere – aber nicht ausschließlich – Hugo Grotius zu meinen, *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 8.

372 *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 9.

373 Eingehend zur Rezeption römischen Rechts im Völkerrecht *Lesaffer*, EJIL 16 (2005), 25–58; *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38–58.

Bereits im späten Mittelalter finden wir vertiefte Auseinandersetzungen mit völkerrechtlichen Fragen, ohne dass diese notwendigerweise als völkerrechtlich bezeichnet worden wären.³⁷⁴ Dabei nahm das römische Recht als Rechtsquelle eine hervorgehobene Stellung ein.³⁷⁵ Beispielhaft für diese Rezeption stehen Rechtsinstitute wie die “*clausula rebus sic stantibus*”, “*qui tacet consentire videtur*” oder “*venire contra factum proprium non valet*”.³⁷⁶ Die Bezugnahmen auf römisches Recht endeten indes nicht mit dem Mittelalter. Im Zusammenhang mit der Herausbildung souveräner Staaten bestand ein Bedürfnis der Regulierung, für das die Völkerrechtswissenschaft (bspw. in Person *Gentilis* oder *Grotius*) bereitwillig auf das römisch-rechtlich geprägte Recht zwischen Privatreuten zurückgriff.³⁷⁷

Seit der frühen Neuzeit wurde das römische Recht jedoch nicht mehr direkt zu völkerrechtlichen Fragen rezipiert. Vielmehr galt es nunmehr als vorbildhaft und Ausdruck der Vernunft.³⁷⁸ Aus dieser Vernünftigkeit folgte ein Anspruch auf Universalität.³⁷⁹ Neben der unterschiedliche Herrschafts-

374 Den Grund hierfür bildet die damals kaum vorhandene Systematisierung des Rechtsstoffes. Diese nennt *Wijffels* aus heutiger Sicht eine der hervorstechendsten Eigenschaften der spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Rechtswissenschaft, *Wijffels*, Early-Modern Scholarship on International Law, in: Orakhelashvili (Hrsg.), Research Handbook on the Theory and History of International Law, 2011, 23–60, 32. *Wijffels* nimmt hier auf den damals weit verbreiteten *mos italicus* Bezug, vgl. hierzu überblickshaft *Schlosser*, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, 2017, 4. Kap Rn. 19–21. Erst mit dem Aufkommen des *usus modernus* kam eine stärkere Systematisierung der Rechtsstoffe auf, *Wijffels*, Early-Modern Scholarship on International Law, in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 23, 40.

375 *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 45–51; vgl. bereits *Lesaffer*, The Classical Law of Nations (1500–1800), in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 408, 418 f.

376 *Verdross*, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 121.

377 *Chionos*, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 30–32; vgl. für beispielhafte Auseinandersetzungen mit privatrechtlichen Anleihen bei *Gentili* und *Grotius* *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 10–12 und 12–15.

378 *Hofmann*, Der Staat 57 (2018), 11: “Wichtig für die weitere Karriere des rezipierten römischen Rechts einschließlich der Distinktion Ulpian, nun nicht mehr als Kaiserrecht, sondern als “geschriebene Vernunft” (*ratio scripta*), ist die Hochachtung, die Grotius den Lehrern des *Corpus Iuris Justinians* zollt, weil sie oft Zeugnis für das Naturrecht und das Völkerrecht ablegten und häufig die besten Gründe dafür böten, was von Natur aus Recht sei (Prol. Nr. 53).“

379 *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 53. Gerade diese Funktion antiker Vorbilder ist aufgrund der politischen und religiösen Spaltungen Europas

gebiete umspannenden, gemeineuropäischen Tradition des römischen Rechts³⁸⁰ erklären sich die vernunft- und naturrechtlichen Aufladungen des römischen Rechts (auch) aus der Begriffsgeschichte des römischen *ius gentium*. Es bezeichnete zunächst jedenfalls das (Privat-)Recht zwischen Peregrinen³⁸¹ und zwischen römischen Bürgern und Peregrinen.³⁸² Damit war es eine Art (thematisch unvollständiges) universelles Privatrecht.³⁸³ Zusätzlich bezeichnete *ius gentium* das Recht der Beziehungen zwischen Völkern.³⁸⁴ Bereits zu römischer Zeit entstand zudem eine Verbindung zwischen *ius gentium* und Naturrechtsvorstellungen.³⁸⁵ Diese Verbindung befeuerte sodann die Idee, das *ius gentium* sei das gemeinsame Recht aller Menschen.³⁸⁶ Alle diese Traditionslinien trugen dazu bei, dass das (römisch-rechtlich beeinflusste) Privatrecht lange Zeit als die zuverlässigste Quelle zur Ermittlung derjenigen Regeln galt, die auch international richtig und gerecht sind.³⁸⁷ Zudem erklärt die Verbindungslinie zu Naturrechtsvorstellungen die Rezeption des römischen Rechts unter dem seit der Mitte des 17. Jahrhunderts stärker werdenden Naturrechtsdenken.³⁸⁸

von besonderer Relevanz für Humanisten, *Wijffels*, Early-Modern Scholarship on International Law, in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 23, 37.

380 Siehe hierzu oben unter § 3 B. I.

381 Vgl. zum Begriff *Kaser*, Das Römische Privatrecht, 1971, S. 281.

382 *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 1987, S. 58, die allerdings darauf hinweisen, dass das *ius gentium* in diesem Sinne wohl keine geschlossene Rechtsordnung war.

383 So *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 44.

384 *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 1987, S. 57; *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 44.

385 *Koskeniemi*, To the Uttermost Parts of the Earth, 2021, S. 73 f.; vgl. auch *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 1987, S. 60.

386 *Kaser*, Das Römische Privatrecht, 1971, S. 201 f.; *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 44.

387 *Bordin*, Analogy, in: Concepts for International Law, 25, 27 unter Verweis auf *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies in International Law, in: Lauterpacht (Hrsg.), Collected Papers of Hersch Lauterpacht, Bd. 2, 1975, 173–212, 206; so zu *Grotius'* Privatrechtsrezeption *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 14 f.

388 *Wijffels*, Early-Modern Scholarship on International Law, in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 23, 51.

Obwohl die Rezeption des (römischen) Privatrechts damit vom Mittelalter bis in die Neuzeit gängig ist, fragt sich, ob sich die so entwickelten Regeln und Begriffe zutreffend als Privatrechtsanalogien charakterisieren lassen. Eine solche Bezeichnung dürfte den jeweiligen Zeitgenossen jedenfalls fremd gewesen sein. Für das Mittelalter weist *Lesaffer* darauf hin, dass das Völkerrecht mittelalterlichen Juristen nicht als eigenständiges Rechtsgebiet galt, sondern Teil eines Ganzen, unteilbaren Rechts.³⁸⁹ Das Recht war Ausdruck einer absoluten Wahrheit, die aus der göttlichen Offenbarung folgte.³⁹⁰ Daher konnten Rechtsregeln innerhalb der Grenzen der Logik übertragen werden, so dass Anleihen beim römischen Privatrecht zur Lösung in der Sache völkerrechtlicher Fragen beitrugen.³⁹¹ Erst im 16. und 17. Jahrhundert bildete sich das Völkerrecht als eine eigenständige und abgrenzbare Disziplin heraus.³⁹² In Folge dieser Entwicklung wurden (innerstaatliches) Privatrecht und Völkerrecht unterscheidbar.³⁹³ Das bedeute-

389 *Lesaffer*, The Classical Law of Nations (1500–1800), in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 408, 411; vgl. zur weitgehend fehlenden Systematisierung auch *Wijffels*, Early-Modern Scholarship on International Law, in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 23, 32. Daneben verband die diversen Gebiete Kontinentaleuropas bis zum 16. Jahrhundert die übergeordnete Autorität des Papstes (und bis zum Spätmittelalter des Kaisers des Heiligen Römischen Reiches) zu einer Einheit, *Lesaffer*, The Classical Law of Nations (1500–1800), in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 408, 410 f.

390 *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 49.

391 *Wijffels*, Early-Modern Scholarship on International Law, in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 23, 32 f.

392 *Steiger*, Ius bändigt Mars, in: Garber/Held (Hrsg.), Der Frieden. Rekonstruktion einer europäischen Vision, 2001, 59–85, 64; vgl. auch *Verdross*, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 120.

393 *Lesaffer*, The Classical Law of Nations (1500–1800), in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 408, 415 f.; vgl. beispielhaft für eine scharfe Trennung innerstaatlichen und zwischenstaatlichen Rechts am Ende des 19. Jahrhunderts *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 8–10. An dieser Stelle ist weniger die Frage gemeint, ob das Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht dualistisch oder monistisch aufzufassen ist (vgl. hierzu *Hernández*, International Law, 2022, S. 86–90). Sondern gemeint ist die noch grundlegendere Frage, ob beide (Teil-) Rechtsordnungen überhaupt voneinander unterschieden worden sind. Natürlich tritt dieser Vorgang besonders klar hervor, wenn man innerstaatliches Recht und Völkerrecht als zwei voneinander vollständig getrennte Rechtskreise auffasst, wie dies *Triepel* bekannterweise tat (*Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 111). Aber auch für einen monistischen Ansatz gilt, dass er das innerstaatliche Recht als abgrenzbaren Bereich anerkennt, die Frage ist lediglich, in welchem

te auch, dass die Übertragung zivilrechtlicher Ideen begründungsbedürftig wurde.³⁹⁴ Deshalb kann von einer Analogiebildung zwischen Völkerrecht und Privatrecht frühestens seit dieser Zeit die Rede sein. Zwar entstanden seit der Neuzeit die Voraussetzungen, um überhaupt von Analogiebildungen zugunsten des Völkerrechts zu sprechen. Indes propagierten auch die vernunft- und naturrechtlichen Ansätze in ihrer Rezeption des römischen Privatrechts im eigentlichen Sinne keine Privatrechtsanalogien. Denn für sie konnte es nicht auf eine Trennung zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht ankommen, weil alles Recht letztlich aus derselben Quelle floss³⁹⁵ und das römische Recht lediglich als Verkörperung der Vernunft galt.³⁹⁶

Obwohl eine Bezeichnung als *Privatrechtsanalogie* daher nicht überzeugt, zeigt sich jedoch eine gewisse Form von Analogiebildung zwischen dem Verhältnis unter Individuen und demjenigen unter Herrschern, welche der Rezeption des Privatrechts als Idee unterliegt. Da die völkerrechtlichen Beziehungen in patrimonialen Herrschaftsstrukturen³⁹⁷ die Privatgeschäfte des Herrschers waren, waren deren Beziehungen untereinander „wie“ diejenigen zwischen Privatleuten. Daher lag es nahe, dass zwischen ihnen die Regeln des römischen Rechts galten.³⁹⁸ Diesen historischen Umstand hob schon *Triepel* im Jahr 1899 hervor.³⁹⁹ In der Folge liegt der Privatrechts-

Verhältnis der Hierarchie dieses zum Völkerrecht steht (*Thirlway*, RdC 294 (2002), 277).

394 *Lesaffer*, *The Classical Law of Nations (1500–1800)*, in: *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, 408, 416.

395 *Fassbender*, *Heinrich Triepel und die Anfänge der dualistischen Sicht von „Völkerrecht und Landesrecht“ im späten 19. Jahrhundert*, in: *Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber* (Hrsg.), *Recht im digitalen Zeitalter*, 2015, 449–469, 462; zustimmend: *Chionos*, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 29.

396 *Lesaffer*, *The Classical Law of Nations (1500–1800)*, in: *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, 408, 425.

397 Diese Formulierung verwenden sowohl *Lauterpacht* (*Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. vi) als auch *Lesaffer* (bspw. *Lesaffer*, *EJIL* 16 (2005), S. 34). Damit dürfte die *Weber'sche* Begrifflichkeit gemeint sein (so *Chionos*, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 31 (Fn. 91)). Diese kennzeichnet ein „rein persönlicher Verwaltungs- (und: Militär-)Stab“ (*Weber*, *MWG – I/23: Wirtschaft und Gesellschaft*, 2013, S. 476 (A133)) und die prinzipielle Gleichsetzung der Herrschaftsrechte des Herrschers mit persönlichen Eigentumsrechten (ebd.).

398 Vgl. beispielhaft die Gleichsetzung des *ius civile* mit dem *ius gentium* bei *Gentili* (*Gentili*, *Hispanicae Advocacionis*, 1661, Buch I, Kap. 21, S. 99) die *Lauterpacht* zitiert, *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 11; vgl. jüngst *Chionos*, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 30–32.

399 *Triepel*, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, S. 221.

rezeption eine Analogie zugrunde. Allerdings ist diese keine dezidierte Privatrechtsanalogie, da sich die Kategorien öffentlich und privat (bzw. öffentliches Recht und Privatrecht) erst im Laufe der Neuzeit entwickeln.⁴⁰⁰ Auf eine ähnliche Weise lag auch dem Vernunft- und Naturrechtsdenken eine Analogiebildung zugrunde: Auch sie setzte voraus, dass Staaten untereinander wie Individuen zueinander stünden.⁴⁰¹ Ähnliches lässt sich über die privatrechtlichen Anleihen früher positivistischer Völkerrechtswissenschaftler sagen. Wenn der "positivistische"⁴⁰² Völkerrechtswissenschaftler *Bynkershoek* Anleihen beim römischen Recht für das Völkerrecht unter Hinweis auf die Natur der Sache zulässt,⁴⁰³ liegt dem die Überlegung zugrunde, dass beide vergleichbare Sachverhalte regeln.

Vom Mittelalter bis in die frühe Neuzeit wird das (römische) Privatrecht mit wechselnden Grundlagen rezipiert. Diese Rezeption war durch die besondere Rolle des römischen Rechts in Europa bedingt und geprägt. Gleichzeitig ist die Vergleichbarkeit des Verhältnisses zwischen Individuen und demjenigen zwischen Fürsten bzw. Staaten ein wiederkehrendes Motiv. Allerdings liegt hierin keine Privatrechtsanalogie im Sinne einer Analogie zwischen Privat- und Völkerrecht aufgrund ihrer strukturellen Parallelität als Recht Gleichgeordneter und der Relevanz der gleichen Grundideen. Vielmehr erklären je nach Epoche unterschiedliche Gründe die Rezeption. Im Mittelalter waren beide Teilrechtsgebiete gar nicht geschieden. In vernunft- oder naturrechtlichen Konstruktionen war das (römische) Privatrecht dagegen ein Beleg für das, was von Natur aus universelles Recht sei.

400 Siehe oben unter § 2 B. I. und *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 50 in Bezug auf das späte Mittelalter.

401 Vgl. *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 56.

402 So bspw. *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S.15; vgl. für eine Nuancierung dieser Einordnung *Akashi*, *Bynkershoek*, in: Fassbender/Peters (Hrsg.), The Oxford Handbook of the History of International Law, 2012, 1110–1113, 1112 f.

403 *Phillimore*, Commentaries upon International Law, 1879, S.32 u. a. unter Verweis auf *Bynkershoek*, De Foro Legatorum Tam in Causa Civili, quam Criminali Liber Singularis, in: (Hrsg.), Opera Minora, 1744, 427–571, Kap. VI, 456; zustimmend *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 15 f.

III. Privatrechtsanalogien und der Rechtspositivismus

Mit dem Erstarken rechtspositivistischer Vorstellungen im Verlauf des 19. Jahrhunderts lagen in konzeptioneller Hinsicht alle Voraussetzungen vor, um Analogien zu privatrechtlichen Vorstellungen zu ziehen. Es kam eine scharfe konzeptionelle Trennung zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht sowie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht auf.⁴⁰⁴ Zudem entstand eine "extrem koordinationsrechtliche Konzeption"⁴⁰⁵ des Völkerrechts, die auf die Freiheit der Staaten und deren Beschränkung alleine aufgrund ihrer Zustimmung abhob.⁴⁰⁶ In deren Folge lag eine Rezeption des (römischen) Privatrechts besonders nahe.⁴⁰⁷ Im Angesicht dieses Befundes lassen sich allerdings zwei einander widersprechende Bewegungen in Bezug auf Privatrechtsanalogien ausmachen.

Augenfällig ist zunächst die grundsätzliche und ausdrückliche Ablehnung privatrechtsanalogen Denkens in der positivistischen Völkerrechtswissenschaft.⁴⁰⁸ Zur Begründung dieser Haltung führten Völkerrechtspositivisten im Wesentlichen zwei Argumente zu Felde:⁴⁰⁹ Zum einen waren Privatrechtsanalogien nicht vom Willen der Staaten gedeckt. Rechtspositivisten wollten als Völkerrecht aber nur anerkennen, was vom Willen der Subjekte des Völkerrechts, den Staaten, gedeckt war.⁴¹⁰ Deshalb mussten ihnen Privatrechtsanalogien suspekt sein. In der Konsequenz ihrer Auffassung war das Völkerrecht von Regelungslücken durchzogen, so dass ein (Schieds-)Gericht in einem völkerrechtlichen Streitfall

404 Kennedy, QLR 65 (1996), 403.

405 Baldus, Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen, 1998, S. 92.

406 Vgl. Hernández, International Law, 2022, S. 10 f.; vgl. eingehend Grewe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 1984, S. 591–601.

407 Baldus, Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen, 1998, S. 92; zustimmend Chionos, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 37.

408 So bereits Oppenheim, System des Völkerrechts, 1866, S. 7; Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 212–225; vgl. auch Hofer, Der Schadensersatz im Landkrieg, 1913, S. 18 f.; vgl. spezifisch für den Umfang der Staatenverantwortlichkeit Schoen, Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen, ZV X (Ergänzungsheft 2) (1917), 1–143, 124.

409 Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 43–51; zustimmend Chionos, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 37–39.

410 Vgl. bspw. von Liszt, Das Völkerrecht, 1906, S. 11–13; von Ullmann, Völkerrecht, 1908, S. 19 f. Diese Ansicht war wesentlich von hegelianischem Gedankengut beeinflusst, vgl. hierzu Chionos, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 36 f.

gegebenenfalls zum Ergebnis eines *non liquet* gelangen konnte.⁴¹¹ Zum anderen sollte die Andersartigkeit der Beziehung unter Staaten gegenüber derjenigen zwischen Individuen einer Gleichsetzung ihres Verhältnisses entgegenstehen.⁴¹² Denn Individuen sind vollständig Gesetzen unterworfen, d. h. beherrscht.⁴¹³ Namentlich das Privatrecht gibt einen überindividuellen Rechtsrahmen vor.⁴¹⁴ Staaten unterlägen hingegen keinen anderen als den selbst eingegangenen Bindungen. Damit fehle es bereits an einer vergleichbaren Interessenlage, um völkerrechtliche Regelungslücken mit Analogien zum Privatrecht zu füllen.⁴¹⁵ Aber selbst der überzeugteste Völkerrechtspositivist konnte nicht leugnen, dass das Völkerrecht Anleihen beim römischen Recht enthielt. Diese galten indes als historisch überkommen und waren alleine noch zum Verständnis der “älteren Völkerrechtslehrer” von Bedeutung.⁴¹⁶ Die ausdrückliche Ablehnung der Übertragung römisch-rechtlichen Denkens im Völkerrecht könnte nach einer Überlegung *Baldus*’ damit zusammenhängen, dass das römische Recht “historisch vorbelastet war”⁴¹⁷. Da sich viele kontinentaleuropäische Staaten gerade erst “durch Kodifikationen von der Herrschaft des (transnational geltenden) *ius commune*” gelöst hatten, musste es ihnen widerstreben, diese Befreiung auf zwischenstaatlicher Ebene wieder zu hintertreiben.⁴¹⁸

411 So die fundamentale Kritik *Lauterpachts*, der gerade deshalb für die Zulässigkeit der Privatrechtsanalogien im Völkerrecht argumentiert, *Lesaffer*, EJIL 16 (2005), 28; unter Verweis auf *Lauterpacht*, *Function of Law*, 1933, insbesondere S. 64–69. Die Möglichkeit “rechtsleere[n] Raums” gesteht *Triepel* ausdrücklich ein, *Triepel*, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, S. 224.

412 Vgl. *Triepel*, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, S. 220 f.; rezipiert bspw. bei *Hofer*, *Der Schadensersatz im Landkrieg*, 1913, S. 19.

413 So bspw. *von Holtzendorff*, *Völkerrecht*, Bd. 1, 1885, S. 126: “Und schwerlich dürfte gegenwärtig behauptet werden, daß die Völkerrechtswissenschaft bei der Entscheidung internationaler Streitigkeiten das Verhältniß zweier (unabhängiger) Staaten nach Analogie der Privatrechtsbeziehungen zweier (von der Gesetzgebung ständig beherrschter) Individuen zu befolgen habe,” angeführt als Beispiel bei *Chionos*, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 39.

414 *Baldus*, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 1998, S. 94.

415 Sofern man mit Privatrecht die Vorstellung einer “primitiven” Koordinationsordnung verbindet, wäre dies freilich anders. Indes weist *Baldus* darauf hin, dass es ein solches jedenfalls nicht auf einem “annähernd leistungsfähigen Niveau” (*Baldus*, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 1998, S. 95) gegeben habe und das römische Recht hierfür erst recht nicht als Vorbild dienen könne, *Baldus*, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 1998, S. 94 f.

416 *Oppenheim*, *System des Völkerrechts*, 1866, S. 80.

417 *Baldus*, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 1998, S. 93.

418 *Baldus*, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 1998, S. 93.

In scheinbarem Widerspruch zu den Bekundungen der Völkerrechtspositivisten des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts konstatiert *David Kennedy*, dass mit der Herausbildung der Souveränität als feststehendem Konzept (der äußeren Ungebundenheit und Gleichordnung gegenüber anderen Souveränen) zugleich eine Zuspitzung der “analogy between international public law and the private law of contract and property”⁴¹⁹ einherging. Er sieht zum Ende des 19. Jahrhunderts einen zunehmenden Gebrauch der Privatrechtsanalogie zur Erklärung der internationalen Ordnung.⁴²⁰ Zudem eröffnete die Herausbildung scharfer Unterscheidungen zwischen innerstaatlich und international sowie privat und öffentlich⁴²¹ gerade erst den Rahmen, um solche Analogien klar ziehen zu können.

Zur Vollständigkeit des Bildes gehört es angesichts dieses scheinbaren Widerspruchs, dass Rezeptionen des (römischen) Privatrechts auch das 19. Jahrhundert durchziehen.⁴²² Wie die Vernunft- und Naturrechtler früherer Jahrhunderte sah *Philimore* im römischen Recht die Verkörperung eines universell gültigen “unbiased judgment of the calmest reason, tempered by equity, and rendered perfect, humanly speaking, by the most careful and patient industry that has ever been practically applied to the affairs of civilized man.”⁴²³ In ähnlicher Gestalt trat auch das römische Privatrecht bei anderen Rechtspositivisten in Erscheinung. Wie *Lauterpacht* bereits 1927 herausgearbeitet hat, wenden rechtspositivistische Autoren das römische Recht oder privatrechtliche Grundsätze an, weil es der Vernunft, der Moral oder der Natur der Sache entspreche.⁴²⁴ Beispielhaft hierfür mag *Strupps* Anmerkung sein, dass “zur Feststellung seines [des Schadensersatzes] Umfanges gewiß nicht vom römischen oder dem Privatrechte irgend eines beteiligten Staates ausgegangen werden” könne, sondern solchen allgemeinen Rechtsgedanken, die im bürgerlichen Recht lediglich niederge-

419 *Kennedy*, QLR 65 (1996), 403.

420 *Kennedy*, QLR 65 (1996), 409.

421 *Kennedy*, QLR 65 (1996), 414.

422 *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 26 f., 35 f. und *passim*; zustimmend *Lesaffer*, *Roman Law and the Intellectual History of International Law*, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 58.

423 *Phillimore*, *Commentaries upon International Law*, 1879, S. 34.

424 *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 37; zustimmend *Lesaffer*, *Roman Law and the Intellectual History of International Law*, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 58.

schrieben sind.⁴²⁵ Nach *Hofer* ist der Schadensersatz im Völkerrecht keine Übertragung aus dem Zivilrecht, sondern eine “allen Völkern gemeinsame Rechtsanschauung”⁴²⁶. Eine ähnliche Haltung findet sich bei *Triepel*, nach dem die Regeln des Vertrages aus der Natur der Sache folgen würden. Deshalb seien Übereinstimmungen zwischen dem Völkerrecht und dem Privatrecht “keine Uebertragung civilrechtlicher Normen auf den Rechtsverkehr der Völker, sondern es ist Setzung von Recht, das mit dem Civilrecht übereinstimmt, weil es undenkbar wäre, dass es nicht übereinstimme.”⁴²⁷ Zu einem ähnlichen Ergebnis führt *Anzilotti*s Ansatz. Er lehnt Privatrechtsanalogien grundsätzlich ab, macht aber eine Ausnahme für Fragen des Schadensersatzes. Die Zulässigkeit solcher Analogien begründet er auf eine spezifisch positivistische Art: Wenn Staaten vereinbaren, dass ein Spruchkörper über solche Fragen zu entscheiden habe, ohne die anwendbaren Regeln zu bestimmen, gestatten sie damit den Rückgriff auf allgemeine Grundsätze, destilliert aus den innerstaatlichen Regeln in vergleichbaren Situationen.⁴²⁸

Es bleibt damit ein Bild, in dem das privatrechtliche Erbe des Völkerrechts nicht gezeugnet, ja weiterhin Privatrecht rezipiert wird. Alleine darf dies nicht mittels eines Analogieschlusses zum Privatrecht geschehen. Für diese Herangehensweise mögen pragmatische Gründe bestanden haben. Das 19. und das 20. Jahrhundert sahen insbesondere zu fremdenrechtlichen Fragestellungen einen Anstieg an völkerrechtlichen Schiedsverfahren. Die hiermit betrauten Entscheidungsgremien hatten über Fragen zu urteilen, für die oftmals (präzise) völkerrechtliche Regelungen fehlten.⁴²⁹ Aber angesichts der Notwendigkeit, zu entscheiden, lag es nahe, sich vom innerstaat-

425 *Strupp*, Das völkerrechtliche Delikt, 1920, S. 211; vgl. beispielhaft auch *Schoen*, ZV X (Ergänzungsheft 2) (1917), 128, der die Anwendung der im Privatrecht weit verbreiteten Verzinsung des Schadensersatzes ablehnt, weil dieser “keinswegs eine notwendige logische Konsequenz des (auch im Völkerrecht geltenden) Grundsatzes [sei], dass der Schaden in vollem Umfange auszugleichen ist”.

426 *Hofer*, Der Schadensersatz im Landkrieg, 1913, S. 51.

427 *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 223.

428 *Anzilotti*, Lehrbuch des Völkerrechts I, 1929, S. 413.

429 Vgl. *Gray*, Judicial Remedies, 1987, S. 5 f. Um die Jahrhundertwende entsprach es der mehrheitlichen Auffassung zeitgenössischer Autoren, dass außerhalb einer allgemeinen Wiedergutmachungspflicht keine abstrakten Regeln für deren Ausfüllung bestanden, vgl. bspw. *Anzilotti*, La Responsabilité Internationale des États à Raison des Dommages Soufferts par des Étrangers (Zweiter Teil), R.G.D.I.P. XIII (1906), 285–309, 308; *Schoen*, ZV X (Ergänzungsheft 2) (1917), 123; *Oppenheim*, International Law, Bd. I, 1920, S. 250; *Strupp*, Das völkerrechtliche Delikt, 1920, S. 209.

lichen Recht inspirieren zu lassen, weil dieses für vergleichbare Probleme Regelungen bereithielt. Dementsprechend griffen viele Entscheidungsgremien, zum Teil offen und zum Teil verdeckt, auf das Privatrecht zurück.⁴³⁰ Dabei blieb freilich – oftmals mangels entsprechender Begründungen – offen, ob dieser Rückgriff auf der Vorstellung struktureller Vergleichbarkeit zwischen Privatrecht und Völkerrecht oder dem Glauben an den naturrechtlichen Charakter privatrechtlicher Regeln beruhte. Vielleicht spielte auch die Einsicht eine Rolle, dass die Bemessung des Schadens eines Individuums im Fremdenrecht der Schadensbemessung im Zivilrecht ähnelt.⁴³¹ Die Schiedsrichter bevorzugten vielleicht einfach unterbewusst die Lösung der eigenen Rechtsordnung.⁴³² In jedem Fall schwingt selbst in der Privatrechtsrezeption der Völkerrechtspositivisten ein Vergleich der Situation zwischen Staaten und der Situation zwischen Individuen mit. Dies belegen beispielhaft sowohl die bereits angeführten Argumente *Anzilotti*s als auch *Jellinek*s für die Rezeption privatrechtlicher Gedanken.⁴³³

Aus den beiden vorangegangenen Abschnitten (II. und III.) folgt zunächst, dass die Rezeption römisch-rechtlich fundierten Privatrechts im Völkerrecht kein einheitliches Projekt war, sondern eine Entwicklung, der über die Zeit unterschiedliche Motivationen zugrunde lagen. Dabei hat die strukturelle Ähnlichkeit der geregelten Situation (Gleichordnung unter Staaten/Fürsten und unter Individuen) auch eine Rolle gespielt. Darüber hinaus haben die Begründungen divergiert, was nicht bedeutet, dass solche älteren Ablagerungen nicht weiterhin im Völkerrecht vorhanden sind. Dieser Umstand lässt sich mit der Metapher der “Geologie” des Völkerrechts (*Weiler*) gut beschreiben.⁴³⁴ Zwar beschreibt *Weiler* hiermit Entwicklungen der völkerrechtlichen Struktur aus einer Makroperspektive.⁴³⁵ Der eigentli-

430 Siehe in Bezug auf immateriellen Schadensersatz unten unter § 5 A. I.

431 *Gray*, *Judicial Remedies*, 1987, S. 6.

432 Siehe unten zur Tendenz des “Heimwärtsstrebens” unter § 5 A. I. 1.

433 Vgl. beispielhaft *Anzilotti*, *Lehrbuch des Völkerrechts I*, 1929, S. 413; *Jellinek*, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, S. 52 mit dem bereits oben auf S. 91 wiedergegebenen Zitat.

434 *Weiler*, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, *ZaöRV* 64 (2004), 547–562.

435 Er benutzt die Metapher um die großen Entwicklungslinien ganzer Gebiete (bspw. Streitbeilegung) aufzuzeigen, vgl. *Weiler*, *ZaöRV* 64 (2004), 550 f.

che Nutzen der Metapher, in Schichten bzw. Ablagerungen zu denken,⁴³⁶ lässt sich aber auch hier einbringen. Die Metapher veranschaulicht die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen: Entwicklungen aus früheren Epochen wirken bis heute fort, obwohl ihre jeweiligen theologischen, philosophischen oder theoretischen Grundlagen lange überholt sind. Sie gelten fort, weil sie sich in einer früheren "Schicht" abgesetzt haben, auf denen das heutige Recht aufbaut.⁴³⁷

C. Privatrechtsanalogie, Rechtsanalogie oder historischer Ballast?

Nachdem der vorangegangene Abschnitt die Hintergründe der Anleihen bei privatrechtlichen Rechtsinstituten thematisiert hat, stellt sich im Anschluss an Kapitel § 2 die Frage, inwieweit wir hier Anleihen bei idealtypisch privatrechtlichen Rechtsinstituten sehen. Zur Beantwortung dieser Frage unterscheidet der folgende Abschnitt zwischen den Gründen der *ursprünglichen* Rezeption und den Gründen für die *Fortwirkung* privatrechtlicher Rechtsinstitute. Zwar fand historisch eine Analogiebildung zwischen dem Verhältnis Individuum-Individuum und dem zwischenstaatlichen Verhältnis statt. Eine Rezeption des Privatrechts, gerade weil es ein Gleichordnungsrecht ist, das die Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit verwirklicht,⁴³⁸ lag hierin nicht. Zum Teil fehlte schon die Vorstellung eines vom innerstaatlichen Recht unterscheidbaren Völkerrechts. Aber selbst nachdem Völkerrecht und innerstaatliches Privatrecht als unterschiedliche Kategorien in der europäischen Rechtswissenschaft verankert waren, zeigte sich unter Rechtspositivisten die Tendenz, Rezeptionen privatrechtlicher Gedanken nicht als Privatrechtsanalogien zu verstehen, sondern diese auf Vernunft oder allgemeine Rechtsgedanken zu stützen.⁴³⁹

Gerade weil die Arbeit *Privatrechtsanalogien* im Völkerrecht untersucht, müssen wir uns daher fragen, inwieweit das Völkerrecht nur allgemeine Rechtsgrundsätze, die lediglich im Privatrecht verschriftlicht worden sind, oder genuin privatrechtliche Vorstellungen rezipiert hat.⁴⁴⁰ Dieses Problem

436 Weiler, ZaöRV 64 (2004), 551.

437 Vgl. Verdross, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 120.

438 Siehe zu diesem Verständnis des Idealtypus des Privatrechts oben unter § 2 B. II.

439 Siehe oben unter § 3 B. III.

440 Vgl. zu dieser Unterscheidung für die Anwendung des deutschen Privatrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, § 3 Rn. 43–45.

lässt sich in die Schlagworte *Privatrechtsanalogie* versus “*Rechtsanalogie*” fassen. Rechtsanalogie soll hier nicht im Sinne des deutschen Sprachgebrauchs als eine Analogie mit “einer Mehrzahl einzelner Rechtsvorschriften”⁴⁴¹, d. h. als Gesamtanalogie,⁴⁴² verstanden werden. Vielmehr meint das Wort im Kontrast zur Privatrechtsanalogie, dass die Analogie nicht auf einem dem Privatrecht als solchem entstammenden Rechtsgedanken beruht, sondern einem, der allem Recht gemein ist. Ein gutes Beispiel für diese Kategorie bieten allgemeine Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut, die der Idee des Rechts inhärent sind,⁴⁴³ wie *bona fide* (Treu und Glauben).⁴⁴⁴ Da über Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut auch viele *prima facie* privatrechtliche Regeln den Status einer völkerrechtlichen Rechtsquelle erhalten haben,⁴⁴⁵ bietet sich folgende Differenzierung an: Es mag im Privatrecht geregelte Rechtsprinzipien geben, die allgemeingültig sind. Aber darüber hinaus ist die Vorstellung, es gäbe dem Recht immanente allgemeine Vorstellungen letztlich eine Regression in die Vorstellung eines unpolitischen (Privat-) Rechts. Diese Vorstellung ist, wie bereits herausgearbeitet,⁴⁴⁶ eine Chimäre. Vielleicht von wenigen grundlegenden Vorstellungen wie Treu und Glauben abgesehen sind Regeln Entscheidungen, die in einem gewissen historisch, politisch und gesellschaftlich abgesteckten Rahmen so oder auch anders getroffen werden können. Von daher führt der Verweis auf allgemein rechtliche Vorstellungen in die Irre. Diese Erwägungen zur Kategorie einer *Rechtsanalogie* erklären allerdings noch nicht, ob es heute überzeugt, von Privatrechtsanalogien zu sprechen. Gemeint ist, ob die heutige Rechtfertigung dieser Rechtsinstitute ist, dass sie einen gleichordnungsrechtlichen Charakter haben und daher auch Teil des Koordinationsvölkerrechts sind. Alternativ ließe sich mit Verweis auf die Geschichte der Privatrechtsrezeption des Völkerrechts von historischem Ballast sprechen, den es mit sich trägt. Mit *Weilers* Worten handelt es sich

441 *Enneccerus/Nipperdey*, BGB – Allgemeiner Teil, Bd. I, 1931, S. 154.

442 So *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 383, der sich gegen den Begriff “Rechtsanalogie” wendet.

443 Vgl. zu fünf unterschiedlichen Typen allgemeiner Rechtsgrundsätze *Schachter*, International Law in Theory and Practice, RdC 178 (1982), 9–396, 75.

444 So auch für das Verwaltungsrecht *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, § 3 Rn. 45.

445 *von Arnault*, Völkerrecht, 2022, Rn. 269; *Doehring*, Völkerrecht, 2004, Rn. 410; vgl. bereits *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 69 f.

446 Siehe oben zur Fragwürdigkeit der Vorstellung eines “unpolitischen Privatrechts” auf S. 64.

um alte Erdschichten. Diese Metapher ist zwar nicht vollständig falsch, aber sie verkennet, dass Analogien zu innerstaatlichen Vorstellungen als Erklärungsmuster für (Teile) des Völkerrechts bis heute fortwirken.⁴⁴⁷

Dieser Umstand lässt sich einerseits mit Blick auf Völkerrechtslehrbücher belegen, die den genossenschaftlichen Charakter des Völkerrechts⁴⁴⁸ oder die (teilweise) strukturelle Vergleichbarkeit des Völkerrechts mit dem Privatrecht hervorheben.⁴⁴⁹ Andererseits sind die Debatten um allgemeine Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut bezeichnend. Diese Norm wird allgemein als das Einfallstor für Privatrechtsanalogien gesehen.⁴⁵⁰ Als Grund für die Zulässigkeit solcher Analogien dient noch heute die Überlegung der strukturellen Ähnlichkeit.⁴⁵¹ Tatsächlich fungiert der Wandel des Völkerrechts als Argument dafür, dass nunmehr Analogien aus anderen Teilrechtsordnungen, wie dem Verwaltungsrecht, möglich sein müssten.⁴⁵² Alles dies zeigt, dass ungeachtet früherer Motive, nunmehr die Vorstellung solchen Privatrechtsanalogien unterliegt, mit Gleichordnungsverhältnissen jeweils vergleichbare Sachverhalte zum Gegenstand zu haben. Diese Vorstellung der Vergleichbarkeit der geregelten Verhältnisse lässt sich mit unterschiedlichen Nuancen durchgängig in der

447 So bspw. *Peters*, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 153, 167; *Kunig*, Völkerrecht als öffentliches Recht, in: *GS Grabitz*, 325, 328; vgl. in Bezug auf Teilaspekte der Staatenverantwortlichkeit *Nollkaemper*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 542; vgl. zugunsten einer einzelfallbezogenen Zulässigkeit der Analogie zwischen Völkerrecht und Privatrecht *Hertogen*, *EJIL* 29 (2019), 1136.

448 *von Arnould*, Völkerrecht, 2022, Rn. 39; ähnlich *Peters/Petrig*, Völkerrecht AT, 2020, Kap. 1 Rn. 20.

449 Vgl. auch *von Arnould*, Völkerrecht, 2022, Rn. 37 und noch *Crawford*, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 2012, S. 16 ("The standard international legal relation remains that bilateral right and duty between two states (and this is often true even though the formal basis of the relationship is found in a multilateral treaty). It corresponds to a simple civil obligation (whether in contract or tort (delict) or property) in domestic legal systems."; in der Neuauflage fehlt der Hinweis auf die Vergleichbarkeit mit innerstaatlichen Rechtsinstituten, vgl. *Crawford*, *Brownlie's Principles*, 2019, S. 15).

450 Vgl. *Herdegen*, Völkerrecht, 2021, § 17 Rn. 2; *Hobe*, Völkerrecht, 2020, S. 173.

451 *Rauber*, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 252.

452 Vgl. *Bordin*, *Analogy*, in: *Concepts for International Law*, 25, 28. Der Berichterstatter der Völkerrechtskommission zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen geht davon aus, dass sowohl aus dem öffentlichen Recht als auch aus dem Privatrecht allgemeine Rechtsgrundsätze entstehen können, *Vázquez-Bermúdez*, *Second Report on General Principles of Law*, 2021, A/CN.4/741, Rn. 71.

völkerrechtlichen Privatrechtsrezeption nachweisen. Letztlich griffen auch Positivisten auf privatrechtliche Rechtsinstitute zurück, wenn und weil die geregelten Probleme vergleichbar waren.⁴⁵³ Damit ist die bleibende Rechtfertigung privatrechtsanalogen Denkens im Völkerrecht, dass das Verhältnis zwischen Privatpersonen dem Verhältnis zwischen Staaten gleicht. Daher ist die Bezeichnung als Privatrechtsanalogie zutreffend und eine nachhaltige Rechtfertigung solcher Institute. Diesen Gedanken formulierte bereits *Lauterpacht*: “the constant recourse to private law is more than a lingering echo of the patrimonial conception of State or an expression of an imperfect development of international law. Thus the analogy to private law with regard to the nature, acquisition, and loss of territorial sovereignty is the outcome of both the legal similarity of relations and of the practice of States.”⁴⁵⁴

453 Siehe die Nachweise oben in Fn. 433.

454 *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 299.

2. Teil: Immaterieller Schadensersatz im zwischenstaatlichen Völkerrecht: eine Privatrechtsanalogie

Dieser Teil behandelt den immateriellen Schadensersatz im zwischenstaatlichen Völkerrecht und stellt seine Wurzeln in innerstaatlichen Privatrechtsordnungen heraus. Diese Analyse geschieht in einem Dreischritt. Zunächst führt § 4 in die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit ein und verortet den immateriellen Schadensersatz in diesen. Sodann untersucht § 5 den immateriellen Schadensersatz näher auf seine Anerkennung in der internationalen Entscheidungspraxis, seinen Begriffsinhalt und die Voraussetzungen seiner Geltendmachung. Daran anschließend tritt § 6 den Nachweis an, dass privatrechtliche Einflüsse die Genese und Ausgestaltung des immateriellen Schadensersatzes prägen. Deshalb ist es folgerichtig, den immateriellen Schadensersatz als Privatrechtsanalogie zu bezeichnen.

§ 4 Immaterieller Schadensersatz im Recht der Staatenverantwortlichkeit

Die Rechtsfolgen eines Völkerrechtsverstoßes kodifiziert im Gegensatz zu anderen allgemeinen Fragen des Völkerrechts bisher kein völkerrechtlicher Vertrag.⁴⁵⁵ Allerdings besteht über einen Grundbestand völkergewohnheitsrechtlicher Regeln zu dieser Frage ein breiter Konsens, der sich in den ARSIWA weitgehend spiegelt.⁴⁵⁶ Sie bilden daher den Ausgangspunkt dieser Darstellung,⁴⁵⁷ obwohl sie rechtlich unverbindlich sind. Um immaterielle Schäden im Regelungsgefüge der ARSIWA verorten zu können (B.), ist zunächst deren Grundstruktur zu erläutern (A.). Da die ARSIWA zwischen immateriellen Schäden des Individuums und des Staates differenzieren, stellt sich anschließend die Frage, wie individuelle Schäden Gegenstand zwischenstaatlicher Verfahren werden können (C.).

455 Versuche, bereits im Jahr 1930 im Haag die Regeln zur Haftung im völkerrechtlichen Fremdenrecht zu kodifizieren, scheiterten daran, im vorgesehenen Zeitfenster einen zustimmungsfähigen Kompromiss zu finden, vgl. *Hackworth*, *Responsibility of States for Damages Caused in Their Territory to the Person or Property of Foreigners*, AJIL 24 (1930), 500–516, 515. Die ursprüngliche Idee, auf der Grundlage der ARSIWA einen völkerrechtlichen Vertrag zu schließen, wurde nicht weiterverfolgt, vgl. *Crawford*, *State Responsibility*, 2013, S. 42–44.

456 *Hernández*, *International Law*, 2022, S. 270. Die Staatenverantwortlichkeit ist nach zum Teil vertretener Ansicht ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut (so bspw. *Nollkaemper*, *Responsibility*, in: *d’Aspremont/Singh* (Hrsg.), *Concepts for International Law*, 2019, 760–772, 763). Dies gilt allerdings nur für die abstrakte Frage der Verantwortlichkeit eines Staates für seine Rechtsverstoße. Deren konkrete Ausgestaltung ist dagegen Gegenstand gewohnheitsrechtlicher Regelungen, vgl. hierzu *Nollkaemper*, *Responsibility*, in: *Concepts for International Law*, 760, 765.

457 Vgl. zur Üblichkeit dieser Vorgehensweise *Tams/Paddeu*, *The ILC Articles at 20: Introduction to the Symposium*, EJILTalk!, 2. August 2021, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/the-ilc-articles-at-20-introduction-to-the-symposium/> (zuletzt besucht: 15. März 2023); vgl. zur Häufigkeit der Bezugnahmen auf die ARSIWA in der internationalen Entscheidungspraxis zuletzt UN Generalsekretär, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General*, 2022, A/77/74.

A. Grundstruktur der völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit

Die ARSIWA beruhen auf einer Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärnormen. Dabei sind Primärnormen solche Regeln des Völkerrechts, aus denen sich Rechte und Pflichten ergeben. Sie sind nicht Gegenstand der ARSIWA. Dagegen statuieren die ARSIWA lediglich Sekundärnormen, die sich mit den Folgen der Verletzung einer Primärnorm gleich welchen Teilgebiets des Völkerrechts auseinandersetzen. Sie beinhalten im Wesentlichen Regeln zur Zurechnung eines Verhaltens zu einem Staat, Rechtfertigungsgründe und schließlich Regeln zu Rechtsfolgen und Geltendmachung der Staatenverantwortlichkeit.⁴⁵⁸

Staatenverantwortlichkeit setzt nach den ARSIWA lediglich die (zurechenbare) Verletzung einer Primärnorm voraus (Art.1 ARSIWA). Entscheidend an dieser Definition ist, was sie *nicht* verlangt, und zwar ein Verschulden oder einen Schaden.⁴⁵⁹ In der Folge etablieren die ARSIWA die Staatenverantwortlichkeit als eine grundsätzlich objektive Rechtswidrigkeitshaftung,⁴⁶⁰ die unabhängig von der Geltendmachung durch einen geschädigten Staat besteht.

Für unsere Zwecke sind nun die Rechtsfolgen der Staatenverantwortlichkeit in Teil 2 der ARSIWA von besonderer Bedeutung. Dieser Teil hat allerdings im Gegensatz zu Teil 1 der ARSIWA, der insbesondere Zurechnungsfragen und Rechtfertigungsgründe behandelt, nur einen beschränkten Anwendungsbereich. Die ARSIWA beanspruchen nicht, umfassend den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit auszugestalten. Ausweislich ihres Art. 33 Abs. 2 ARSIWA treffen sie keine Aussage über mögliche Individualansprüche aus der Staatenverantwortlichkeit. Was dies für den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen bei der Verletzung völkerrechtlicher Individualrechte bedeutet, ist Gegenstand von § 7.⁴⁶¹ Nur für zwischenstaatliche Fälle beanspruchen die ARSIWA, die Regeln des Völkergewohnheitsrechts abzubilden.

458 Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 31 (General commentary Rn. 1 f.).

459 Crawford, State Responsibility, 2013, S. 49. Nur wenn die Primärnorm zusätzliche Voraussetzungen statuiert, wie ein Verschulden, tritt die Staatenverantwortlichkeit erst bei deren Vorliegen ein.

460 Vgl. Crawford, State Responsibility, 2013, S. 60–62, der allerdings die Terminologie ("objective responsibility") ablehnt.

461 Siehe unten in § 7.

Im Einzelnen hat die Staatenverantwortlichkeit drei Konsequenzen: die Pflicht zur Beendigung der rechtswidrigen Handlung, Garantien der Nichtwiederholung und zuletzt die Wiedergutmachung, Artt. 30, 31 ARSIWA. Die Wiedergutmachung unterfällt wiederum in drei weitere mögliche Schadensfolgen. Zunächst schuldet ein Staat Naturalrestitution (“restitution”), d. h. die Herstellung des *status quo ante*, Art. 35 ARSIWA.⁴⁶² Scheidet diese aus, kann der verletzte Staat Schadensersatz in Geld (“compensation”) erhalten, Art. 36 ARSIWA. Dieser Schadensersatz in Geld erfasst jedoch nur finanziell erfassbare Schäden (“financially assessable damage”). Soweit weder Naturalrestitution noch Schadensersatz zur Wiedergutmachung genügen, kann der verletzte Staat zusätzlich oder alternativ Genugtuung verlangen, Art. 37 ARSIWA. Letztere ist damit gegenüber den anderen Schadensfolgen subsidiär und dient der Wiedergutmachung nicht finanziell erfassbarer Schäden, d. h. insbesondere immaterieller Schäden.⁴⁶³ Die Hauptform der Genugtuung ist in der Praxis die gerichtliche Feststellung der Rechtsverletzung,⁴⁶⁴ obwohl die ARSIWA diese in ihrer beispielhaften Aufzählung der Formen der Genugtuung gerade nicht nennen.⁴⁶⁵

Damit ergibt sich aus den ARSIWA eine Hierarchie der Formen der Wiedergutmachung für einen Völkerrechtsverstoß (Naturalrestitution – Schadensersatz – Genugtuung).⁴⁶⁶ Ob die Stufenfolge der ARSIWA das Völkergewohnheitsrecht abbildet, wird allerdings bezweifelt.⁴⁶⁷ Jedenfalls stehen die Ansprüche auf Naturalrestitution und Schadensersatz im Verhältnis elektiver Konkurrenz.⁴⁶⁸ In der Praxis verlangen Staaten deutlich häufiger Schadensersatz in Geld als Naturalrestitution, welche darum die

462 Vgl. auch Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 509 f.

463 Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 106 (Art. 37 Rn. 3).

464 Dies entspricht einer langstehenden Praxis des IGH seit IGH, *Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. People's Republic of Albania)*, Urteil (Merits), 9. April 1949, I.C.J. Reports 1949, 4, 35.

465 Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 106 f. (Art. 37 Rn. 6). Das Schweigen der ARSIWA in dieser Hinsicht ist allerdings laut eigenem Bekunden der Völkerrechtskommission lediglich dem Umstand geschuldet, dass die ARSIWA prozessuale Fragen ausklammern. Siehe zur Feststellung durch ein Gericht als Genugtuung näher unten unter § 4 B.

466 Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 507 f., 509 f.

467 Vgl. für eine solche Hierarchie IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Gutachten, 9. Juli 2004, I.C.J. Reports 2004, 136, 198 (Rn. 153).

468 Vgl. Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 508.

absolute Ausnahme ist.⁴⁶⁹ Welche Rückschlüsse hieraus für den Bestand des Völkergewohnheitsrechts zu ziehen sind, bedarf an dieser Stelle keiner weiteren Erörterung, weil jedenfalls eine Pflicht zum Schadensersatz anerkannt ist.⁴⁷⁰

Für den Umfang der Wiedergutmachungspflicht gilt der Grundsatz der Totalreparation, Art. 31 Abs. 1 ARSIWA. Diesen brachte der StIGH in seiner Entscheidung zu den Folgen der rechtswidrigen Enteignung einer Nitratfabrik, *Factory at Chorzów*, wie folgt auf den Punkt:

“The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.”⁴⁷¹

Dieses Prinzip bildet den Ausgangspunkt jeder Auseinandersetzung mit dem Inhalt der Staatenverantwortlichkeit.⁴⁷² Die eigentliche *Crux* liegt in seiner Anwendung, weil sich aus ihm nur bedingt Antworten auf Einzel-

469 Gegen den Vorrang der Naturalrestitution *Gray*, *Judicial Remedies*, 1987, S. 12–16; dafür *Buyse*, *Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law*, *ZaöRV* 68 (2008), 129–153, 132. Mögliche Fälle der Naturalrestitution sollen die Anordnungen des IGH zur Aufhebung eines völkerrechtswidrigen Haftbefehls (vgl. IGH, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Urteil, 14. Februar 2002, I.C.J. Reports 2002, 3, 32 (Rn. 76)) oder zur Überprüfung einer Verurteilung sein (vgl. IGH, *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Urteil, 27. Juni 2001, I.C.J. Reports 2001, 466, 513 f. (Rn. 125)). Allerdings sind diese Fälle kaum von der Erfüllung der Pflicht zur Beendigung der völkerrechtswidrigen Handlung zu unterscheiden. Gleichwohl hält die Völkerrechtskommission an der Unterscheidung zwischen der Pflicht zur Beendigung des Völkerrechtsverstosses und der Naturalrestitution fest, weil nur die Pflicht zur Naturalrestitution einer Verhältnismäßigkeits-schranke unterliegt, Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 89 (Art. 30 Rn. 7 f.).

470 IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Urteil (Merits), 30. November 2010, I.C.J. Reports 2010, 639, 691 (Rn. 161); vgl. auch die Nachweise bei Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 99 f. (Art. 36 Rn. 6).

471 Vgl. StIGH, *Factory at Chorzów (Merits)*, 1928, Series A, No. 17, 4, 47.

472 Vgl. beispielsweise IGH, *Arrest Warrant Case*, 2002, I.C.J. Reports 2002, 3, 32 (Rn. 76); IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall Advisory Opinion*, 2004, I.C.J. Reports 2004, 136, 198 (Rn. 152).

fragen deduzieren lassen.⁴⁷³ Dementsprechend liegen in Detailfragen wie Höhe und Umfang eines Anspruchs auf Zinsen oder entgangenen Gewinn die eigentlichen Tücken.⁴⁷⁴ Auch zur Berechnung des immateriellen Schadensersatzes bietet die *Chorzów*-Formel wenig an, wie später zu zeigen sein wird.⁴⁷⁵ Gleichwohl lässt sich dem Grundsatz der Totalreparation entnehmen, dass auch der immaterielle Schaden grundsätzlich ersatzfähig ist, eben weil alle Folgen des Völkerrechtsverstoßes ausradiert werden sollen.⁴⁷⁶

B. Immaterieller Schadensersatz im Recht der Staatenverantwortlichkeit

Die ARSIWA sprechen das Verhältnis immaterieller Schäden zu den drei Formen der Wiedergutmachung nicht an. Zwar soll die Wiedergutmachung sowohl materielle als auch immaterielle Schäden erfassen, Art. 31 Abs. 2 ARSIWA. Wie sich dies allerdings in das Schema der drei Formen der Wiedergutmachung fügt, ergibt sich nicht unmittelbar aus einer Lektüre der ARSIWA. Bei unbefangener Betrachtung liegt die Vermutung nahe, dass immaterielle Schäden alleine der Genugtuung unterliegen. Weil sie nicht finanziell erfassbar sind, können sie Art. 36 ARSIWA eigentlich nicht unterfallen. Dieser Eindruck trägt allerdings. Vielmehr unterscheiden die ARSIWA zwei Arten immaterieller Schäden.

Ausweislich der Kommentierung durch die Völkerrechtskommission unterfallen immaterielle Schäden der Staatsangehörigen des verletzten Staates der Pflicht zum Schadensersatz nach Art. 36 ARSIWA. Sie sollen “financially assessable damages” sein.⁴⁷⁷ Dagegen unterliegen alle Nichtvermögensschäden des Staates der Genugtuung.⁴⁷⁸ Für beide unterscheiden sich daher die Rechtsfolgen. Während bei immateriellen Schäden des Individuums ein Geldschadensersatzanspruch entsteht, ist bei der Genugtuung nur

473 Vgl. Gray, *Judicial Remedies*, 1987, S. 19.

474 Vgl. für Zinsen Art. 38 ARSIWA und eingehender Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 531–538; vgl. für entgangenen Gewinn Art. 36 Abs. 2 ARSIWA.

475 Siehe hierzu im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen immateriellen Schäden und Strafschadensersatz unten unter § 5 B. III.

476 Siehe zu den einzelnen Bestandteilen des immateriellen Schadensersatzes im Völkerrecht unten unter § 5 B. II.

477 Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 517.

478 Völkerrechtskommission, *ARSIWA with Commentaries*, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 98 f. (Art. 36 Rn. 1).

ausnahmsweise eine Geldsumme fällig.⁴⁷⁹ In der Regel genügt die Feststellung der Rechtsverletzung.⁴⁸⁰

Diese Unterscheidung ist nicht zuletzt deshalb wenig intuitiv, weil immaterielle Schäden des Individuums ebenso schwer in Geld zu fassen sind. Ihr scheint alleine die Intuition zugrunde zu liegen, dass ein immaterieller Schaden eines Staates kategorial anders sei als derjenige eines Individuums. Insbesondere sollen sich Würde und Ansehen des Staates einer Bemessung in Geld grundsätzlich entziehen.⁴⁸¹ Diese Überhöhung des Staates scheint historisch überholt und angesichts ähnlicher Berechnungsfragen für immaterielle Schäden eines Individuums⁴⁸² nicht plausibel. Einzelne Literaturstimmen schlugen während der Entstehung der ARSIWA deshalb vor, alle immateriellen Schäden der Genugtuung zu unterstellen.⁴⁸³ Auch die deutsch- und französischsprachige Literatur der 1920er und 1930er Jahre hatte alle immateriellen Schäden unter der Rubrik "Genugtuung" behandelt.⁴⁸⁴ Deshalb bedarf die Haltung der Völkerrechtskommission, dennoch an der Unterscheidung zwischen Staat und Individuum bei der Behandlung immaterieller Schäden festzuhalten, der näheren Begründung.

479 Wittich, Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law, FinYbkIL 15 (2004), 321–368, 360 f. Diese Erwägung dürfte die Ablehnung einer Geldsumme als Genugtuung für den immateriellen Schaden aus Ugandas Verletzung des völkerrechtlichen Gewaltverbots erklären, vgl. IGH, *Armed Activities (Reparations)*, 2022, General List No. 116, Rn. 392. Einen Ausnahmefall erblickt Crawford in der Entscheidung des UN Generalsekretärs in der *Rainbow-Warrior-Angelegenheit* (*Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*, Schiedsspruch, 30. April 1990, RIAA XX, 215–284, Rn. 12), vgl. Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 528.

480 Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 529; vgl. bspw. IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* Urteil, 26. Februar 2007, I.C.J. Reports 2007, 43, 234 (Rn. 463).

481 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 99 (Art. 36 Rn. 4): "Satisfaction is concerned with non-material injury, specifically non-material injury to the State, on which a monetary value can be put only in a highly approximate and notional way."

482 Siehe hierzu näher unten unter § 5 B. III.

483 Annacker, Part Two of the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility, GYIL 37 (1994), 206–253, 287 f.

484 *Laïs*, Rechtsfolgen völkerrechtlicher Delikte, 1932, S. 128 f.; *Reitzer*, La Réparation comme Conséquence de l'Acte Illicite en Droit International, 1938, S. 19 f.; *Strupp*, Das völkerrechtliche Delikt, 1920, S. 213.

Für den Ansatz der Völkerrechtskommission finden sich Vorbilder in der Schiedspraxis des 20. Jahrhunderts,⁴⁸⁵ obgleich die genauen Grenzziehungen unklar geblieben sind.⁴⁸⁶ Das immaterielle Leid eines Individuums ist regelmäßig in Geld entschädigt worden,⁴⁸⁷ während Geldentschädigungen für immaterielle Schäden des Staates selten sind. So erachteten die Entscheidungen in den Sachen *Carthago* und *Manouba* aus dem Jahr 1913 die Feststellung des Völkerrechtsverstoßes als ausreichenden Ausgleich des immateriellen Schadens des Flaggenstaats.⁴⁸⁸ In den beiden Fällen ging es jeweils um das Aufbringen eines unter neutraler Flagge segelnden Schiffes durch eine Kriegspartei (Italien), die über das erlaubte Maß hinausging. Frankreich verlangte auch eine Geldzahlung für erlittene immaterielle Schäden. Diesen Antrag lehnte das Schiedsgericht mit dem Hinweis ab, dass eine Geldentschädigung überflüssig sei und über die Ziele internationaler Streitbeilegung hinausschieße.⁴⁸⁹ Für die unterschiedliche Behandlung des Staats und seiner Staatsangehörigen sprach sich auch der Unparteiische im *Miliani*-Fall aus. In dem Fall machte Italien Forderungen eines verstorbenen italienischen Staatsbürgers im Namen seiner Ehefrau und Kinder geltend. Den Vorstoß Italiens, eine eigene immaterielle Verletzung ungeachtet der Staatsbürgerschaft der Hinterbliebenen geltend zu machen, lehnte der Unparteiische unter Hinweis auf den Unterschied zwischen dem eigenen immateriellen Schaden eines Staates, beispielsweise durch die Beleidigung der Flagge, und solchen immateriellen Schäden, die durch die Schlechtbehandlung Staatsangehöriger entstehen, ab. Denn während für erstere nur kaum Geldentschädigungen gewährt würden, sei im letzteren Fall nur ein Anspruch wegen der Schädigung des Individuums zu gewähren, “however much her [Italiens] own dignity may have been affected by the treatment of her subjects.”⁴⁹⁰ Diese Passage belegt, dass der immaterielle Schaden des Staates anderen Regeln unterliegt als ein solcher der Staatsangehörigen.

485 Wittich, FinYbkIL 15 (2004), 335.

486 Gray, *Judicial Remedies*, 1987, S. 41.

487 Siehe hierzu die Darstellung unten unter § 5 A.

488 PCA, *Affaire du Carthage (France v. Italy)*, Schiedsspruch, 6. Mai 1913, RIAA XI, 449–461, 460; PCA, *Affaire du Manouba (France v. Italy)*, Schiedsspruch, 6. Mai 1913, RIAA XI, 463–479, 475.

489 PCA, *Affaire du Carthage*, 1913, RIAA XI, 449–461 (460); PCA, *Affaire du Manouba*, 1913, RIAA XI, 463–479, 475.

490 Italienisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Miliani Case (of a general nature)*, Schiedsspruch, undatiert, RIAA X, 584, 591.

Dieser Beispiele ungeachtet scheinen manche Schiedsgerichte auch den immateriellen Schaden eines Staates in Geld ersetzt zu haben.⁴⁹¹ Insbesondere in neuerer Zeit bildet die Auseinandersetzung um das Schiff *Rainbow Warrior* zwischen Neuseeland und Frankreich einen häufigen Bezugspunkt für die Diskussionen um den Geldersatz immaterieller Schäden eines Staates.⁴⁹² Der Entscheidung lag zugrunde, dass französische Geheimdienstagenten ein Schiff der Umweltschutzorganisation *Greenpeace* in einem neuseeländischen Hafen versenkt hatten, damit es einen französischen Atomtest nicht behindern konnte. Hierbei kam ein niederländisches Besatzungsmitglied zu Tode.⁴⁹³ Zunächst fällte der UN Generalsekretär eine "Entscheidung" zwischen Neuseeland und Frankreich.⁴⁹⁴ In ihr sprach der Generalsekretär für alle erlittenen Schäden eine Entschädigung in Höhe von 7 Millionen USD zu. Dieser Betrag lag zwischen den geforderten 9 Millionen USD und den von Frankreich vorgeschlagenen 4 Millionen USD.⁴⁹⁵ Da Frankreich sich nur gegen den Ersatz immaterieller Schäden gewehrt hatte,⁴⁹⁶ dürfte die gewährte Summe auch Neuseelands immaterielle Schäden aus der Verletzung seiner Souveränität⁴⁹⁷ abgegolten haben.⁴⁹⁸ Dies steht in starkem Kontrast zur grundsätzlichen Position der ARSIWA. In dem darauffolgenden Schiedsverfahren waren sich die Parteien einig, dass für „[u]nlawful action against non-material interests, such as acts affecting the honor, dignity or prestige of a State" ein Geldersatz anfallt.⁴⁹⁹ Weil Neuseeland keinen entsprechenden Antrag gestellt hatte, musste das

491 Siehe näher unten unter § 5 A. I. 3.

492 Vgl. für Bezugnahmen bspw. Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 528; Wittich, *FinYbkIL* 15 (2004), 342 f.

493 *Rainbow Warrior Case (New Zealand / France)*, 1990, RIAA XX, 215–284, 223 (Rn. 8–10).

494 UN General Sekretär, *Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair*, Entscheidung, 6. Juli 1986, RIAA XIX, 199–221.

495 UN General Sekretär, *Rainbow Warrior*, 1986, RIAA XIX, 199–221, 213 (Rn. 2).

496 Frankreich nahm unter Verweis auf *Carthage* und *Manouba* die klassische Position ein, dass immaterielle Schäden eines Staates nicht in Geld entschädigt werden, UN General Sekretär, *Rainbow Warrior*, 1986, RIAA XIX, 199–221, 209.

497 UN General Sekretär, *Rainbow Warrior*, 1986, RIAA XIX, 199–221, 202.

498 Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 528. Ansprüche von *Greenpeace* und der Hinterbliebenen des Todesopfers regelte Frankreich separat, UN General Sekretär, *Rainbow Warrior*, 1986, RIAA XIX, 199–221, 215 (Rn. 7).

499 *Rainbow Warrior Case (New Zealand / France)*, 1990, RIAA XX, 215–284, 267 (Rn. 109).

Schiedsgericht hierüber nicht mehr entscheiden.⁵⁰⁰ Somit ergibt sich ein Hinweis auf einen Geldersatz für immaterielle Schäden des Staates nur aus der ersten Entscheidung. Diese war zwar verbindlich, erinnert aber letztlich sehr stark an eine Mediation. Insbesondere beruhte sie nicht (nur) auf der Anwendung rechtlicher Maßstäbe. Vielmehr ging es um einen gerechten und sinnvollen Ausgleich.⁵⁰¹ In der Folge sagt sie nichts über die völkergewohnheitsrechtliche Lage.

Ogleich die Völkerrechtskommission in den ARSIWA nicht näher auf die Frage eines Schadensersatzes für immaterielle Schäden eines Staates eingeht,⁵⁰² erscheint die Konzeption der ARSIWA, immaterielle Schäden des Staates von jenen des Individuums zu scheiden, als eine plausible Ausformulierung der völkergewohnheitsrechtlichen Rechtslage. Aus den genannten Gründen folgt aus der *Rainbow-Warrior*-Angelegenheit nichts anderes für das allgemeine Völkerrecht. Im Übrigen sprechen sowohl ein Teil der Entscheidungspraxis⁵⁰³ als auch das Urteil des IGH im *Diallo*-Fall⁵⁰⁴ dafür, dass es einen solchen Unterschied gibt. Daher überzeugt es letztlich, dass das Völkergewohnheitsrecht zwischen den immateriellen Schäden eines Staates und solchen des Individuums trennt.⁵⁰⁵

C. Individuelle Nichtvermögensschäden im zwischenstaatlichen Völkerrecht

Weil die ARSIWA nur zwischenstaatliche Ansprüche zum Gegenstand haben,⁵⁰⁶ bedarf es der Erklärung, warum sie gleichwohl immaterielle Schäden des Individuums behandeln. Die Erklärung liefert das Vehikel des diplomatischen Schutzes. Nach dieser völkergewohnheitsrechtlichen⁵⁰⁷ Konstruktion verletzt die Misshandlung eines Staatsangehörigen zugleich

500 *Rainbow Warrior Case (New Zealand / France)*, 1990, RIAA XX, 215–284, 272 (Rn. 119 f.).

501 Vgl. eingehend hierzu Wittich, *Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages and the Law of State Responsibility*, *Austrian Review of International and European Law* 3 (1998), 101–158, 127.

502 Wittich, *FinYbkIL* 15 (2004), 361.

503 Siehe hierzu bereits oben zu Beginn des Abschnitts sowie unten unter § 5 A. I. 3.

504 Siehe hierzu unten unter § 5 A. II. 1.

505 Wegen der umfangreicheren Praxis stehen letztere im Zentrum dieser Arbeit.

506 Art. 33 Abs. 2 ARSIWA; siehe oben bereits unter § 4 A.

507 Vgl. Dugard, *Diplomatic Protection*, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2021, Rn. 4, 6.

den Staatsangehörigkeitsstaat.⁵⁰⁸ Nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs und bei Fortbestehen der Staatsangehörigkeit kann der Staatsangehörigkeitsstaat eine solche Verletzung auf völkerrechtlicher Ebene verfolgen.⁵⁰⁹ Auf der Grundlage dieser Konstruktion kann ein Staat Verletzungen des völkerrechtlichen Fremdenrechts,⁵¹⁰ des Konsularrechts⁵¹¹ und auch der Menschenrechte⁵¹² geltend machen. Dabei liefern die Einbußen des Individuums den Maßstab für die Schadensberechnung, obwohl individueller und staatlicher Schaden streng voneinander geschieden werden.⁵¹³ Dogmatisch ist es streitig, ob der jeweilige Staat beim diplomatischen Schutz einen eigenen Anspruch, einen Anspruch des Individuums oder einen gemeinsamen Anspruch beider geltend macht.⁵¹⁴ Unabhängig davon, welche Position vorzugswürdig ist,⁵¹⁵ werden die Ansprüche jedenfalls im zwischenstaatlichen Verhältnis erhoben.⁵¹⁶ Daraus folgt nicht nur, dass die

508 Sog. *Vattel'sche Fiktion*, *Vattel*, *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, 1758, Vol. II, Kap. 6, S. 309. In der Sache ähnlich StIGH, *The Mavrommatis Palestine Concessions Case (Greece v. the United Kingdom)*, Urteil, 30. August 1924, Series A, No. 2, 6, 12.

509 Vgl. zu den Voraussetzungen für die Geltendmachung diplomatischen Schutzes im Einzelnen den Überblick bei *Crawford*, *Brownlie's Principles*, 2019, S. 675–688. Die Völkerrechtskommission hat auch zu diesem Bereich Entwurfsartikel veröffentlicht, Völkerrechtskommission, *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 26–55.

510 IGH, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)*, Urteil (Second Phase), 5. Februar 1970, I.C.J. Reports 1970, 3, insbesondere 32 f. (Rn. 33–36).

511 IGH, *LaGrand*, 2001, I.C.J. Reports 2001, 466, 494 (Rn. 77); vgl. für eine kritische Würdigung der Auslegung des Art. 36 WKRRÜ als individualberechtigend *Grzeszick*, *Rechte des Einzelnen im Völkerrecht – Chancen und Gefahren völkerrechtlicher Entwicklungstrends am Beispiel der Individualrechte im allgemeinen Völkerrecht*, AVR 43 (2001), 312–344.

512 IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 329 und 331 (Rn. 3 und 13).

513 StIGH, *Factory at Chorzów (Merits)*, 1928, Series A, No. 17, 4, 27 f.; IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 331 (Rn. 13).

514 Vgl. im Einzelnen *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 389–392.

515 Vgl. für ein Individualrecht *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 392–394.

516 An dieser zwischenstaatlichen Konzeption der Wiedergutmachung hielt der IGH auch in seiner jüngsten Entscheidung zu diesen Fragen fest, IGH, *Armed Activities (Reparations)*, 2022, General List No. 116, Rn. 226, 409, in der er für die Tötung und Verletzung von Individuen aus der Demokratischen Republik Kongo einen Pauschalbetrag als Wiedergutmachung zusprach; vgl. für eine kritische Auseinandersetzung mit dem staatszentrierten Ansatz des IGH, IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Sondervotum des Richters Yusuf (*Reparations*), 9. Februar 2022, General List No. 116, Rn. 41–46.

ARSIWA in Fällen des diplomatischen Schutzes greifen, sondern auch dass sich die Situation der Anspruchserhebung strukturell vom Individualrechtsschutz unterscheidet. Wie im Laufe der Arbeit immer wieder hervorscheint, scheint sich dieser Unterschied jedenfalls in Bezug auf immaterielle Schäden auszuwirken.

Einen Sonderfall bilden Schiffsbesatzungen. Ein Flaggenstaat darf Verletzungen seiner Rechte in Bezug auf ein unter seiner Flagge segelndes Schiff geltend machen. Diese Möglichkeit umfasst auch solche Ansprüche, welche die Besatzung betreffen, unabhängig von deren Staatsangehörigkeit.⁵¹⁷ Das Völkerrecht behandelt das Schiff als eine Einheit und ermöglicht auch insofern, immaterielle Schäden eines Individuums in zwischenstaatlichen Verfahren geltend zu machen. Ob es sich dabei um eine Form des diplomatischen Schutzes handelt⁵¹⁸ oder um ein *Aliud*,⁵¹⁹ kann hier dahinstehen. Konsentiert ist jedenfalls, dass der Flaggenstaat solche Ansprüche als Ausfluss seiner ausschließlichen Hoheitsgewalt (Art. 92 SRÜ⁵²⁰)⁵²¹ über Schiff und Besatzung erheben darf.⁵²²

Dieses Kapitel hat dreierlei gezeigt. Nach den völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zur Staatenverantwortlichkeit ist eine wesentliche Rechtsfolge der Verletzung einer Völkerrechtsnorm der Schadensersatz in Geld. Allerdings unterscheiden die ARSIWA und das Völkergewohnheitsrecht zwischen immateriellen Schäden des Individuums und des Staates. Nur erstere sind Gegenstand des Schadensersatzes. Letzteren ist die Genugtuung vorbehalten. Obgleich das Recht der Staatenverantwortlichkeit primär zwi-

517 ISGH, *The M/V Saiga Case, St. Vincent and the Grenadines v. Guinea*, Urteil, 1. Juli 1999, Case No. 2, Rn. 105–107; vgl. auch PCA, *Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia)*, Schiedsspruch (Merits), 14. August 2015, Case No. 2014–02, Rn. 170–172.

518 So Guilfoyle, Art. 91, in: Proelß (Hrsg.), LoSC Commentary, 2017, 693–701, Rn. 2.

519 So Völkerrechtskommission, DADP with Commentaries, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 26–55, Art. 18 Rn. 1.

520 Seerechtsübereinkommen der UN (SRÜ), 10. Dezember 1982, UNTS 1833, 3 (dt. Übersetzung BGBl. II, 1798).

521 Vgl. für eine sehr weitgehende Deutung dieser Hoheitsgewalt ISGH, *The M/V Norstar Case (Panama v. Italy)*, Urteil, 10. April 2019, Case No. 25, Rn. 225. Vgl. für eine zu Recht kritische Auseinandersetzung mit diesem Urteil Whomersley, *The Principle of Exclusive Flag State Jurisdiction – Is It Fit for Purpose in the Twenty-First Century?*, APOC 5 (2021), 330–347, 345 f.

522 Vgl. statt aller Tanaka, *Law of the Sea*, 2019, S. 189 f.

schenstaatlich angelegt ist, erfasst es individuelle Nichtvermögensschäden, weil der diplomatische Schutz Individualinteressen auf die zwischenstaatliche Ebene heben kann.

§ 5 Anerkennung, Begriff und Voraussetzungen immateriellen Schadensersatzes im zwischenstaatlichen Völkerrecht

Es ist ein Allgemeinplatz in Auseinandersetzungen mit der Staatenverantwortlichkeit, *dass* immaterielle Schäden im Völkerrecht ersatzfähig sind.⁵²³ Über diesen Konsens hinaus scheinen sich allerdings kaum einheitliche Prinzipien herauskristallisiert zu haben.⁵²⁴ Ein Grund hierfür dürfte darin liegen, dass nicht unbedingt dasselbe mit dem Begriff immaterieller Schaden⁵²⁵ gemeint ist und in der Folge der konkrete Begriffsinhalt unklar ist. Hier wirken sich – wie zu zeigen sein wird – die Vorprägungen nationaler Rechtssysteme aus,⁵²⁶ welche die Rechtsanwendenden bewusst oder unbewusst beeinflussen. Sie sorgen für Unklarheiten und erzeugen zum Teil Missverständnisse, weil nur vermeintlich über dasselbe diskutiert wird. Ungeachtet der Gründe für diese Lage ist ein breiter Konsens über die Existenz des Rechtsinstituts wenig wert, wenn er nur fortbestehende Uneinigkeiten in der Sache kaschiert.

Daher soll dieses Kapitel Begriff und Voraussetzungen des immateriellen Schadensersatzes als Fundament für die weitere Arbeit herausarbeiten. Zu diesem Zweck wird zunächst die völkerrechtliche Praxis zu immateriellen Schäden analysiert, um in historischer Perspektive Brüche und Kontinuitäten in der Herausbildung des Rechtsinstituts im Völkergewohnheitsrecht aufzuzeigen (A.). Auf dieser Grundlage kann der folgende Abschnitt den Begriff des immateriellen Schadens im Völkerrecht entwickeln (B.). Die investitionsschutzrechtliche Debatte kreist um das Erfordernis einer besonderen Schwere der Verletzung als Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden. Weil weite Teile der Literatur diese Entwicklung unter Verweis auf die Rechtslage im zwischenstaatlichen Völkerrecht ablehnen,⁵²⁷ untersucht

523 Vgl. beispielsweise EuGH, *Alex Walz v. Clickair*, Urteil, 6. Mai 2010, Rechtssache C-63/09, Rn. 27; Kolb, *The International Law of State Responsibility*, 2017, S. 159.

524 Markert/Freiburg, *Moral Damages in International Investment Disputes – On the Search for a Legal Basis and Guiding Principles*, JWIT 14 (2013), 1–43, 7.

525 Wobei bei näherer Betrachtung auffällt, dass die verwendete Terminologie im zumeist englischsprachigen Diskurs wechselt, siehe hierzu näher unten unter § 5 B. I.

526 Wittich, *FinYbkIL* 15 (2004), 353.

527 Siehe hierzu näher unten unter § 11 D. I.

der letzte Abschnitt, ob das zwischenstaatliche Völkerrecht an den immateriellen Schadensersatz weitere Voraussetzungen stellt (C.).

A. Immaterieller Schadensersatz in der völkerrechtlichen Spruchpraxis

Dieser Teil weist die Anerkennung immateriellen Schadensersatzes im Völkergewohnheitsrecht in der völkerrechtlichen Praxis nach. Hierzu arbeitet er auch die ältere Praxis auf, weil diese für die Identifizierung der privatrechtlichen Wurzeln des Rechtsinstituts entscheidend ist.⁵²⁸ Da die Praxis reichhaltig ist und in das 19. Jahrhundert zurückreicht, ist diese Untersuchung in die Zeit vor und nach 1945 unterteilt. Beide Zeiträume verbindet ein Kern an Fallgestaltungen, in denen der Ersatz immaterieller Schäden regelmäßig eine Rolle spielt. Indes trennen beide Zeiträume deutliche Unterschiede. Neben inhaltlichen Unterschieden ist der wesentliche Unterschied, dass erst 1945 die Charta der Vereinten Nationen ein umfassendes Gewaltverbot in den zwischenstaatlichen Beziehungen (Art. 2 Abs. 4 UN Charta) verankert hat.⁵²⁹ Diese Zäsur ist gerade für die Bewertung der Schiedspraxis vor 1945 wichtig, weil zu deren historischem Kontext der Einsatz von oder die latente Drohung mit dem Einsatz militärischer Gewalt untrennbar gehört.⁵³⁰ Im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert war die Anwendung militärischer Gewalt eine stets mögliche Form der Eskalation zur Durchsetzung eines Anspruchs.⁵³¹ Dies änderte sich erst mit der Charta der Vereinten Nationen.

528 Siehe zur Einordnung der Wurzeln des immateriellen Schadensersatzes im Völkerrecht als privatrechtsanalog unten unter § 6 A.

529 Zwar führte Art. I Vertrag über die Ächtung des Krieges (Briand-Kellogg Pakt, 27. August 1928, RGBl. II 1929, 97) bereits ein Verbot des Krieges ein. Allerdings statuierte dieser jedenfalls nach seinem Wortlaut kein umfassendes Verbot des Einsatzes von oder der Drohung mit bewaffneter Gewalt, *Dörr/Randelzhofer* in: Simma/Khan/Nolte/Paulus/Wessendorf (Hrsg.), UN Charter Commentary, 3. Auflage, 2012, Art. 2 Abs. 4, Rn. 11.

530 Vgl. *Mégret*, Mixed Claim Commissions, in: de la Rasilla/Viñuales (Hrsg.), Experiments in International Adjudication, 2019, 127–149, 129, der allerdings darauf hinweist, dass der Großteil solcher Kommissionen durch die ungleiche Machtverteilung zwischen den beteiligten Staaten und nicht durch die Anwendung militärischer Gewalt zustande gekommen ist.

531 Vgl. *Benedek*, Drago-Porter Convention (1907), in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2007, Rn. 1 und 9. Diese Praxis sollte allerdings die Drago-Porter-Konvention (Abkommen, betreffend die Beschränkung der Anwendung von Gewalt bei der Eintreibung von Vertragsschulden

I. Praxis vor 1945

Obwohl in der Literatur sehr verschiedene Größen für die Gesamtzahl schiedsrichterlich erledigter Streitigkeiten im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert kursieren,⁵³² sind Fülle und Vielfalt der Entscheidungen unbestritten.⁵³³ Aus dieser Fülle arbeitet der folgende Abschnitt nicht nur wirkmächtige Entscheidungen, sondern auch die Inkonsistenzen der Praxis heraus. Die Grundlage dieser Untersuchung bildet die wohl umfassendste Aufarbeitung der Praxis vor 1945: *Whitemans Opus Magnum "Damages in International Law"* aus dem Jahr 1937.⁵³⁴

Zwar vertraten Entscheidungen divergierende Auffassungen zur Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden (1.). Jedoch lassen sich aufbauend auf *Whitemans* Werk gewisse Fallgruppen identifizieren, in denen regelmäßig immaterielle Schäden eine Rolle spielen (2.). Gleichwohl zeigen sich Inkonsistenzen in der Entscheidungspraxis (3.). Diesen Befund gilt es näher zu erklären und die fortdauernde Relevanz der Praxis vor 1945 für das Völkerrecht auszuloten (4.).

1. Divergierende Auffassungen zur Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden

Die heutige Literatur verweist meist pauschal auf den starken Rückhalt für die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden in der frühen Praxis.⁵³⁵ Als Beleg dafür gilt zumeist eine Entscheidung der Deutsch-Amerikanischen Gemischten Schiedskommission. Sie gelangte für die Ansprüche amerikanischer Staatsbürger aus der Versenkung der *Lusitania* zu dem Ergebnis, dass auch immaterielle Schäden ersatzfähig sind.⁵³⁶ Indes kann keine Rede davon sein, dass diese Auffassung einhellig der Entscheidungspraxis ent-

(Drago-Porter-Konvention), 18. Oktober 1907, RGBl. 1910, 59–81) zugunsten völkerrechtlicher Streitbeilegung eindämmen.

532 Die unterschiedlichen Zahlen resultieren aus divergierenden Definitionen internationaler Streitbeilegung, vgl. *Kneisel*, Schiedsgerichtsbarkeit in Internationalen Verwaltungsunionen, 2009, S. 7.

533 Vgl. *Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 1984, S. 608 f.

534 *Whiteman*, *Damages in International Law*, 1937, *passim*.

535 Vgl. bspw. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 101 f. (Art. 36 Rn. 16); vgl. bereits *Arangio-Ruiz*, Second Report on State Responsibility, 1989, A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, Rn. 11; vgl. auch *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 7–10.

536 Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Opinion in the Lusitania Cases*, Entscheidung, 1. November 1923, RIAA VII, 32–44, 36 f.

sprach. So lehnen die Entscheidungen in den Sachen *Cédroni* und *Davis* einen Ersatz immaterieller Schäden grundsätzlich ab. In ersterem Verfahren machte Italien zugunsten einer Italienerin Ansprüche unter anderem auf immateriellen Schadensersatz geltend. Allerdings lehnte der spanische Einzelschiedsrichter ab, diesen Antrag zu verbescheiden.⁵³⁷ Im *Davis* Fall zwischen den USA und Panama war der niederländische Schiedsrichter der Auffassung, dass Hinterbliebene nur materielle, aber keine immateriellen Schäden liquidieren könnten.⁵³⁸ Dem Verfahren lag die Tötung eines amerikanischen Zivilisten durch panamaische Sicherheitskräfte zugrunde.

Dass solche Divergenzen existierten, wird heute nur noch selten rezipiert.⁵³⁹ Noch bemerkenswerter als die Divergenzen selbst sind die jeweils angeführten Begründungen, weil alle drei Entscheidungen auf nationales Privatrecht verweisen. Nach Ansicht des Einzelschiedsrichters in *Davis* sei es ein “almost universally accepted and settled [...] principle of law”⁵⁴⁰, dass immaterielle Schäden in diesen Fällen nicht ersetzt würden. Der spanische Einzelschiedsrichter in *Cédroni* verwies auf die Rechtslage in Spanien, das den ritterlichen Don Quichotte hervorgebracht habe und solche Schäden nicht in Geld aufwiege.⁵⁴¹ Trotzdem konzidiert der Schiedsrichter – anders als der Schiedsrichter im *Davis* Fall –, dass solche Schäden in allen Staaten außer in Spanien ersatzfähig seien.⁵⁴² Demgegenüber stützt sich der Unparteiische in *Lusitania* auf den im *Common* und *Civil Law* akzeptierten Grundsatz der Totalreparation⁵⁴³ und folgert aus diesem, dass auch

537 *Affaire Cédroni (Italy v. Guatemala)*, Schiedsspruch, 18. März 1898, La Fontaine, *Pasicrisie Internationale*, 606–610, 609.

538 *Arbitration of Claims of American Citizens against Panama on Account of Injuries Sustained during the Riot at Panama City on July 4, 1912 (USA v. Panama)*, Schiedsspruch, 20. Oktober 1916, *Foreign Relations* 1916, 918–922, 919.

539 Vgl. aber Kolb, *The International Law of State Responsibility*, 2017, S. 160 (Fn. 494), der diese Praxis für überholt erachtet.

540 *Claims of American Citizens against Panama on Account of Injuries Sustained during the Riot at Panama City*, 1916, *Foreign Relations* 1916, 918–922, 919.

541 *Affaire Cédroni*, 1898, La Fontaine, *Pasicrisie Internationale*, 606–610, 609: “Pero tiene razón el señor Silvela cuando dice que en lo caballeresca tierra del Quijote no ha llegado aún a tasarse, a lavarse con vil metal, la honra mancillada: y el Arbitro que estima que tratándose de una señorita, hasta discutir este punto la empaña, prefiere pasar por alto las acusaciones fundadas en documentos que el señor Silvela califica de extemporáneos y dejar de lado la defensa para no ocuparse de extremo tan delicado y vidrioso.”

542 *Affaire Cédroni*, 1898, La Fontaine, *Pasicrisie Internationale*, 606–610, 609.

543 Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 35.

für seelisches Leiden ein Geldersatz gewährt werden müsse. Seine Auffassung unterfütterte er mit Hinweisen auf die Praxis in Frankreich und drei amerikanischen Bundesstaaten (South Carolina, Louisiana und Florida).⁵⁴⁴ Gegenteilige Entscheidungen anderer US-Gerichte hält der Unparteiische aufgrund der jeweiligen Begründungen für unbeachtlich.⁵⁴⁵

Ungeachtet der widersprüchlichen Aussagen in den Entscheidungen zur Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden und zur Rechtslage in innerstaatlichen Rechtsordnungen fällt zunächst auf, dass alleine der Schiedsrichter in *Cédroni* offen eine Rechtsordnung, nämlich die spanische, für maßgeblich erklärt hat. Diese Rechtsordnung ist das Heimatrecht des Einzelschiedsrichters. In den beiden anderen Entscheidungen scheint die Begründung auf einer breiteren Basis zu stehen. Eine genauere Analyse zeigt jedoch, dass die Schiedsrichter auch hier ihre nationalen Rechtsordnungen angewendet haben. Zwar verweist der niederländische Schiedsrichter in *Davis* auf ein “almost universally accepted and settled [...] principle of law”⁵⁴⁶. Doch verwundert diese Behauptung schon deshalb, weil laut dem Einzelschiedsrichter in *Cédroni* nur Spanien keinen Ersatz für immaterielle Schäden kenne. Nun sind diese Aussagen nicht zwingend inkompatibel, weil sich der Schiedsrichter in *Davis* auf Tötungsfälle bezieht und keine Aussage über die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden im Übrigen trifft. Ein Widerspruch besteht jedoch in jedem Fall zu *Lusitania*, weil der Unparteiische hier gerade für Todesfälle immaterielle Schäden unter Hinweis auf die Rechtslage in Frankreich und drei US-Bundesstaaten für ersatzfähig hält.⁵⁴⁷ Warum der Schiedsrichter im *Davis*-Fall gleichwohl einen Ersatz immaterieller Schäden ablehnt, erklärt ein Blick in sein Heimatrecht: Damals ersetzte das niederländische Recht (wie viele andere Rechtsordnungen) in Tötungsfällen der Tradition des römischen Rechts folgend nur Vermögensschäden.⁵⁴⁸ Letztlich wendet der Schiedsrichter da-

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

545 Diese resultieren nach Ansicht des Unparteiischen aus dem Wortlaut der jeweiligen Gesetze, die in Todesfällen ein Klagerecht Hinterbliebener vorsehen, Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 37.

546 *Claims of American Citizens against Panama on Account of Injuries Sustained during the Riot at Panama City*, 1916, Foreign Relations 1916, 918–922, 919.

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

548 Malawer, *Moral Damages in Wrongful Death Cases in Foreign Law – A Research Note*, International Lawyer 10 (1976), 545–550, 547.

mit unter dem Deckmantel universeller Prinzipien sein Heimatrecht an. Ähnliches lässt sich für *Lusitania* nachweisen. Hier ist die Bezugnahme auf das Heimatrecht⁵⁴⁹ noch versteckter, zumal der Unparteiische auf die französische Rechtslage Bezug nimmt. Eine Durchsicht der zitierten amerikanischen Entscheidungen erklärt jedoch diese Bezugnahme. Während der Unparteiische keine Nachweise für die französische Rechtslage anführt, rezipiert eine der zitierten US-amerikanischen Entscheidungen die französische Rechtslage.⁵⁵⁰ Letztlich gab der Unparteiische damit der Rechtslage in einzelnen US-Bundesstaaten den Vorzug gegenüber der deutschen Haltung, die einen immateriellen Schadensersatz ablehnte.⁵⁵¹

Die Gegenüberstellung der drei Entscheidungen zeigt zweierlei. Bezugnahmen auf die Lösungen innerstaatlichen Rechts dienen als ein vielseitig einsetzbares Instrument, das auch konträre Ergebnisse zu tragen vermag. Zudem zeigt sich eine Tendenz der entscheidenden Person ihre Heimatrechtsordnung zugrunde zu legen. Sie "streben heimwärts", um *Nussbaums* geflügeltes Wort zu verwenden.⁵⁵² Wie die pathetischen Formulierungen in *Cédroni* nahelegen,⁵⁵³ mag der damals tiefsitzende Nationalismus die Schiedsrichter dazu verleitet haben, die eigene Rechtsordnung bewusst

549 Da jeder Bundesstaat der Vereinigten Staaten ein eigenes Zivilrecht hat, ist keine der drei zitierten Rechtsordnungen bei strenger Betrachtung die Heimatrechtsordnung des Unparteiischen. Dieser stammte aus Missouri und praktizierte hauptsächlich in Texas (*Jähnicke*, Washington und Berlin, 2003, S. 163 f.). Gleichwohl sind sie Teil des geltenden Rechts in seinem Heimatland, den Vereinigten Staaten.

550 Supreme Court of Louisiana, *Bourg v. Brownell-Drews Lumber Co.*, Urteil, 9. Januar 1908, 45 So. 972, 978. Dieser Umstand relativiert auch die Einschätzung, der Unparteiische habe sich einer rechtsvergleichenden Vorgehensweise bedient, so aber *Schwenzer/Hachem*, Moral Damages in International Investment Arbitration, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hrsg.), International Arbitration and International Commercial Law, 2011, 411–430, 415.

551 In *Lusitania* ging es nicht allgemein um die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden, sondern um den Ersatz solcher Schäden bei Todesfällen (Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 36). Hiergegen wendete sich die deutsche Seite, weil auch das deutsche Recht in diesen Fällen bis vor kurzem keinen immateriellen Schadensersatz vorsah, vgl. eingehend hierzu *Wagner* in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo/BGB, 8. Auflage, 2020, § 844 BGB, Rn. 3–5.

552 Die auf *Arthur Nussbaum* zurückgehende Wendung (*Nussbaum*, Deutsches IPR, 1932, S. 43) entstammt dem Diskurs des Internationalen Privatrechts und bezeichnet das Phänomen, dass nationalstaatliche Gerichte bei der Anwendung des Kollisionsrechts eine Tendenz offenbaren, die eigene Rechtsordnung zur Anwendung gelangen zu lassen.

553 Siehe für die relevante Passage im Original oben in Fn. 541.

oder unbewusst vorzuziehen. Dabei sollte allerdings nicht vergessen werden, dass damals mehr Hürden für rechtsvergleichendes Arbeiten bestanden als in der heutigen Zeit.

In jedem Fall kursierten deutlich unterschiedliche Ansätze für die Behandlung immaterieller Schäden. Dabei mögen die Auffassungen in *Cédroni* und *Davis* eine Minderheit darstellen,⁵⁵⁴ jedenfalls widerspricht diese Analyse der Einmütigkeit, welche die Kommentierung der ARSIWA suggeriert.⁵⁵⁵ Das wirft die Frage auf, warum sich welche Entscheidungspraxis letztlich “durchgesetzt” hat.⁵⁵⁶

2. Fallgruppen immateriellen Schadensersatzes in der frühen Schiedspraxis

Aus der übrigen Praxis kristallisieren sich fünf Konstellationen heraus, in denen immaterieller Schadensersatz gewährt worden ist. Das sind Fälle rechtswidriger Inhaftierung (1. Fallgruppe), Ausweisung (2. Fallgruppe), Verletzung (3. Fallgruppe), Tötung (4. Fallgruppe) und Rechtsschutzverweigerung (“*denial of justice*”; 5. Fallgruppe).⁵⁵⁷ Beispiele aus der Entscheidungspraxis stellen diese typischen Konstellationen vor und belegen, dass Entscheidungsgremien in diesen immaterielle Schäden ersetzt haben.

Einen klassischen Fall zur 1. und 2. Fallgruppe (rechtswidrige Inhaftierung und Ausweisung) bildet der Schiedsspruch im *Chevreau*-Fall aus dem Jahr 1931. In der Sache hatten britische Truppen einen französischen Staatsbürger im damaligen Persien inhaftiert und später deportiert. Die Dauer der Haft und die anschließenden Verbringung Herrn Chevreaus waren nach der Auffassung des Unparteiischen völkerrechtswidrig. Zum Ausgleich dieser Verstöße sprach der Schiedsrichter eine Entschädigung zu, die auch die erlittenen immateriellen Schäden abdeckte.⁵⁵⁸ Der Schiedsrichter spricht sogar ausdrücklich von “*dommage moral*”⁵⁵⁹. Diese Entscheidung ist kein Einzelfall, sondern reiht sich ein in einen Reigen solcher Entschei-

554 So aus zeitgenössischer Sicht *Personnaz*, La Réparation du Préjudice en Droit International Public, 1939, S. 204.

555 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 101 f. (Art. 36 Rn. 16), insbesondere Fn. 540.

556 Siehe hierzu unten unter § 5 A. I. 4.

557 Vgl. *Laïs*, Rechtsfolgen völkerrechtlicher Delikte, 1932, S. 129, der allerdings nach Schadensposten und nicht nach Fallgruppen unterscheidet.

558 *Affaire Chevreau (France v. United Kingdom)*, Schiedsspruch, 9. Juni 1931, RIAA II, 1113–1143, 1139 f.

559 *Affaire Chevreau*, 1931, RIAA II, 1113–1143, 1139.

dungen, die ähnliche Schadensposten für Fälle rechtswidriger Inhaftierungen und Ausweisungen zugesprochen haben.⁵⁶⁰

Obgleich der Ersatz immaterieller Schäden keine Seltenheit ist, ist die ausdrückliche Verwendung dieser Terminologie, wie im *Chevreau*-Fall, bemerkenswert. In vielen Fällen ergibt sich nur aus einer genauen Analyse, dass die gewährten Ersatzansprüche immaterielle Schäden abdecken. Dies zeigt der *Gage*-Fall der Amerikanisch-Venezolanischen Gemischten Schiedskommission aus dem Jahr 1903 exemplarisch, der in die 3. Fallgruppe (Misshandlungen) fällt. In diesem Fall war ein US-amerikanischer Staatsbürger wegen öffentlicher Trunkenheit (rechtmäßig) für etwa zweieinhalb Stunden inhaftiert worden. Währenddessen misshandelten venezolanische Beamte Herrn Gage. Zum Ausgleich hierfür sprach die Kommission, ohne näher auf die Art des Schadensersatzes oder die Berechnungsgrundlage einzugehen, USD 100 zu.⁵⁶¹ Mangels erkennbarer Vermögenseinbußen auf Seiten Herrn Gages konnte dieser Betrag nur einen Nichtvermögensschaden kompensieren. Diese Vermutung stützt die Bemerkung der Kommission, dass das zugesprochene Geld für die “insults and [...] menaces that were not carried out” eine “just reward” darstelle.⁵⁶² Es lässt sich allerdings nur vermuten, zu welchem Teil hiermit die seelischen Folgen der Misshandlung⁵⁶³ und zu welchem Teil die Misshandlungen selbst entschädigt werden sollten. In jedem Fall steht diese Entscheidung stellvertretend für eine Reihe von Entscheidungen, in denen die körperliche Misshandlung fremder Staatsangehöriger zu einem Ersatz immaterieller Schäden geführt hat.⁵⁶⁴

Die 4. Fallgruppe betrifft Tötungsfälle, wie sie beispielsweise dem 1903 entschiedenen *Di Caro*-Fall der Italienisch-Venezolanischen Gemischten Schiedskommission zugrunde lagen. Zugunsten der Witwe machte Italien Ansprüche wegen der Tötung Herrn Di Caros durch venezolanische Regie-

560 Vgl. hinsichtlich Ausweisungen die bei *Whiteman* zitierte Praxis, *Whiteman*, *Damages in International Law*, 1937, S. 427–430; vgl. zu rechtswidrigen Freiheitsentziehungen Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 102 (Art. 36 Rn. 18).

561 Amerikanisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Gage Case*, Schiedsspruch, undatiert, RIAA IX, 226–229, 229.

562 Amerikanisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Gage Case*, RIAA IX, 226–229, 229.

563 Vgl. allgemein zu diesem Problem *Whiteman*, *Damages in International Law*, 1937, S. 580 f.

564 Vgl. *Whiteman*, *Damages in International Law*, 1937, S. 627 f.

rungstruppen geltend. Der zu ersetzende Schaden erfasste “the deprivation of personal companionship and cherished associations consequent upon the loss of a husband” und “strain and shock incident to such violent severing of old relations.”⁵⁶⁵ Mit diesen Posten kompensierte die Kommission – ohne dies ausdrücklich so zu benennen – immaterielle Schäden. Die wohl am häufigsten zitierte Entscheidung in dieser Fallgruppe dürfte die zur *Lusitania* sein, in welcher der Unparteiische ebenfalls die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden bei Tötungen anerkannte.⁵⁶⁶ Im Hinblick auf die unten näher zu besprechende Praxis des IAGMR und des AfGMRRV⁵⁶⁷ ist es bemerkenswert, dass damit auch Familienmitglieder einen Ersatz für den erlittenen immateriellen Schaden durch den Verlust ihrer Angehörigen erhalten konnten.⁵⁶⁸

Zuletzt treten immaterielle Schäden in Entscheidungen zu Rechtsschutzverweigerungen (“*denial of justice*”) in Erscheinung. Die Bandbreite zugrundeliegender Szenarien mögen hier zwei Fälle verdeutlichen. Der erste Fall ist mit der vorhergehenden Kategorie der Tötungen eng verwandt und betrifft die unzureichende Strafverfolgung nach einem – dem Staat nicht zurechenbaren – Mord. So befand die Amerikanisch-Mexikanische Gemischte Schiedskommission im *Janes*-Fall, dass Mexiko wegen unzureichender Fahndungsmaßnahmen nach der Tötung eines amerikanischen Staatsbürgers in Mexiko hafte.⁵⁶⁹ Die Witwe des Getöteten erhielt insgesamt USD 12.000 für den Schaden, der aus der unzureichenden Verfolgung des Täters resultiert ist.⁵⁷⁰ Diese Summe nannte die Kommission zwar nicht ausdrücklich immateriellen Schadensersatz. Klar ist aber, dass der Betrag die Frustration über Mexikos Untätigkeit ausgleichen sollte, weil die Kommission zuvor ihre Zuständigkeit für die Aburteilung über “satisfaction for damages of the stamp of indignity, grief, and other similar

565 Italienisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Di Caro Case*, Schiedsspruch, undatiert, RIAA X, 597–598, 598.

566 Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 36 f.; vgl. auch Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 102 (Art. 36 Rn. 18).

567 Siehe unten unter § 9 und § 10.

568 Gray, *Judicial Remedies*, 1987, S. 38.

569 Amerikanisch-Mexikanische Gemischte Schiedskommission, *Laura M.B. Janes et al. (USA) v. United Mexican States*, Schiedsspruch, 16. November 1925, RIAA IV, 82–98, 87.

570 Amerikanisch-Mexikanische Gemischte Schiedskommission, *Janes Case*, 1925, RIAA IV, 82–98, 90.

wrongs”⁵⁷¹ bejaht hatte. In der Folge dürfte die Kommission in der Sache immateriellen Schadensersatz zugesprochen haben. Die Szenarien in dieser Fallgruppe betreffen auch andere Konstellationen als eine unzureichende Strafverfolgung, wie der Fall *Fabiani* aus dem Jahr 1896 zeigt. Venezuela hatte einen Schiedsspruch zu Herrn Fabianis Gunsten nicht vollstreckt, was dessen Bankrott zur Folge hatte. Durch seinen Bankrott entstand Fabiani nach Auffassung des Schiedsrichters ein schwerwiegender immaterieller Schaden.⁵⁷² Der Schiedsrichter merkte an, dass er neben seinem Gut auch seine Ehre verloren habe.⁵⁷³ Interessanterweise spricht die Kommission hier von “circonstances exceptionnelles”⁵⁷⁴ und gewährte 1.300.000 Francs als Schadensersatz.⁵⁷⁵

Obwohl diese Fallgruppen jeweils eine Vielzahl an Fallgestaltungen vereinigen und auch heute noch als Fallgruppen immaterieller Schäden fortleben,⁵⁷⁶ sollte diese Aufgliederung keinen falschen Eindruck von System und Ordnung erwecken. Im Gegenteil offenbaren sich bei genauerer Betrachtung der Entscheidungspraxis Widersprüche und Unklarheiten, welche die fehlende Konsistenz der Praxis vor 1945 vor Augen führen.

3. Divergenzen in der Schiedspraxis

Nicht nur hinsichtlich des Ob eines immateriellen Schadensersatzes,⁵⁷⁷ sondern auch hinsichtlich weiterer Fragen, welche auf der Grundlage der ARSIWA geklärt scheinen, geht die Praxis vor 1945 auseinander. Diese Divergenzen sollen hier beispielhaft aufgezeigt werden, weil die Variati-

571 Amerikanisch-Mexikanische Gemischte Schiedskommission, *Janes Case*, 1925, RIAA IV, 82–98, 89.

572 *Antoine Fabiani Case (France v. Venezuela)*, Schiedsspruch, 13. Dezember 1896, in: Moore (Hrsg.), *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Bd. 5, 1898, 4878–4915, 4910.

573 *Fabiani (France v. Venezuela)*, 1896, in: Moore (Hrsg.), *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Bd. 5, 1898, 4878, 4913.

574 Dies ist im Hinblick auf die investitionsschutzrechtliche Praxis, nur unter “exceptional circumstances” immateriellen Schadensersatz zu gewähren, bemerkenswert. Siehe hierzu näher unten unter § 11 B. III.

575 *Fabiani (France v. Venezuela)*, 1896, in: Moore (Hrsg.), *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Bd. 5, 1898, 4878, 4913.

576 Siehe hierzu unten unter § 5 A. II. 3.

577 Siehe oben unter § 5 A. I. 1.

onsbreite der frühen Entscheidungspraxis in den fortbestehenden inhaltlichen und begrifflichen Wirren um den immateriellen Schadensersatz fortwirkt.⁵⁷⁸

Nach den ARSIWA ist der immaterielle Schaden eines Individuums Gegenstand des Geldschadensersatzes, während immaterielle Schäden des Staates der Genugtuung unterliegen und in der Folge hierfür nur selten Geld gewährt wird. Diese klare Trennung spiegelt die Schiedspraxis indes nur zum Teil.⁵⁷⁹ So ist nach Auffassung der Französisch-Venezolanischen Gemischten Schiedskommission im *Heirs of Jean Maninat*-Fall auch die „unatoned indignity to a sister Republic“ ersatzfähig.⁵⁸⁰ Dem Fall lag zugrunde, dass ein venezolanischer Soldat einen französischen Bürger getötet hatte. Insgesamt sprach die Kommission hierfür eine Entschädigung in Höhe von 100.000 Francs zu.⁵⁸¹ In der Entscheidung der Britisch-Venezolanischen Gemischten Schiedskommission in der Sache *Davy* sprach der Umpire eine Entschädigung in Höhe von 1.000 Pfund für die unrechtmäßige Verhaftung, Verurteilung und Heranziehung zur Zwangsarbeit eines Briten zu.⁵⁸² Bemerkenswerterweise soll der Ersatz aber zugleich den Angriff auf die Ehre Großbritanniens ausgleichen.⁵⁸³ Mithin scheinen diese Entscheidungen immaterielle Schäden eines Staates zum Teil auch mit Geld zu ersetzen, wobei offenbleibt, zu welchem Teil die zugesprochene Summe hierauf entfällt. Dem steht die an anderer Stelle angeführte Praxis entgegen, zwischen staatlichen und individuellen immateriellen Schäden zu differenzieren.⁵⁸⁴

In den soeben vorgestellten Fallgruppen des immateriellen Schadensersatzes trat das Problem auf, dass Schiedsgerichte die einzelnen Schadensposten nicht klar abgrenzen und die Einordnung als immaterieller Schaden damit alleine Ergebnis einer wissenschaftlichen Analyse ist. Auch wenn für eine solche Einordnung gute Gründe sprechen,⁵⁸⁵ sind sie nicht zwin-

578 Siehe unten unter § 5 B.

579 Siehe hierzu die Darstellung oben unter § 4 B.

580 Französisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Heirs of Jean Maninat Case*, Schiedsspruch, 31. Juli 1905, RIAA X, 55–83, 81 f.

581 Französisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Heirs of Jean Maninat Case*, 1905, RIAA X, 55–83, 83.

582 Britisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Davy Case (on merits)*, Schiedsspruch, undatiert, RIAA X, 467–469, 469.

583 Britisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Davy Case*, RIAA X, 467–469, 469.

584 Siehe hierzu bereits oben unter § 4 B.

585 Siehe oben unter § 5 A. I. 2.

gend, wie abweichende Einschätzungen in der Literatur belegen. So gelangt *Whiteman* nach reiflicher Analyse zu der Erkenntnis, dass für “mental suffering, shock, grief, worry, and the like, where there is no attendant personal injury or pecuniary loss”⁵⁸⁶ kein Geldersatz gewährt würde und eine gleichwohl gewährte Summe “aggravated [damages]”⁵⁸⁷ oder eine Strafe⁵⁸⁸ sei. Ungeachtet der Überzeugungskraft dieser Deutung offenbart sich hier eine in den oft vagen Begründungen der Schiedspraxis wurzelnde Ungewissheit über Ziel und Rechtsnatur immateriellen Schadensersatzes. Damit ist ein Problem vorgezeichnet, dass auch heute noch immer wieder im Zusammenhang mit immateriellem Schadensersatz aufscheint.⁵⁸⁹

Dass es in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts trotz der reichhaltigen Praxis noch keinen Konsens zum immateriellen Schadensersatz gab, spiegelt sich auch in der Haager Kodifizierungskonferenz, die im Jahr 1930 unter anderem die Staatenverantwortlichkeit für die Schädigung fremder Staatsangehöriger oder fremden Eigentums vertraglich regeln sollte. Zwar sprachen sich im Vorfeld der Konferenz viele Staaten für die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden aus und dementsprechend schlug auch die Diskussionsgrundlage einen solchen Ersatz vor.⁵⁹⁰ Indes vertraten die Staaten in dieser Sache keine einmütige Auffassung. So wollte Polen immaterielle Schäden des Individuums nur bei besonders schweren Rechtsverletzungen zulassen.⁵⁹¹ In eine ähnliche Richtung dürfte auch die Haltung der Tschechoslowakei zu verstehen sein.⁵⁹² Allerdings gelangte die Haager Konferenz im Jahr 1930 aus anderen Gründen zu keinem abschließenden Ergebnis.⁵⁹³

586 *Whiteman*, *Damages in International Law*, 1937, S. 627.

587 *Whiteman*, *Damages in International Law*, 1937, S. 514.

588 *Whiteman*, *Damages in International Law*, 1937, S. 412.

589 Siehe unten unter § 5 B. III.

590 Vgl. *Personnaz*, *La Réparation du Préjudice en Droit International Public*, 1939, S. 199; vgl. auch die Antworten von Staaten in Vorbereitung der Haager Kodifizierungskonferenz in dieser Frage Völkerbund, *Conference for the Codification of International Law: Bases of Discussion*, Bd. III, 1929, 146–151.

591 Völkerbund, *Conference for the Codification of International Law: Bases of Discussion*, Bd. III, 1929, 150 (“Le fait d’accorder une indemnité pour pertes morales, pour pertes des gains, pour dommages indirects, [...] ne pourrait être accordé par l’Etat qu’exceptionnellement dans le cas de la violation particulièrement grave des droits de l’individu.”).

592 Völkerbund, *Conference for the Codification of International Law: Bases of Discussion*, Bd. III, 1929, 151 (“D’après les circonstances du cas, il sera possible d’accorder satisfaction même pour le dommage moral.”).

593 Vgl. den Bericht des US-amerikanischen Konferenzteilnehmers *Hackworth*, *AJIL* 24 (1930), 515.

4. Erklärungen und fortdauernde Relevanz

Angesichts der heute klar konsentierten Auffassung über die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden eines Individuums, die sich auf eine (scheinbar) lange Traditionslinie stützt,⁵⁹⁴ überrascht es, dass bis 1945 weder ein solcher Begriff klar konturiert ist, noch die grundsätzliche Ersatzfähigkeit eines solchen Schadens über jeden Zweifel erhaben ist. Nicht weiter verwundert es in der Folge, dass allgemeine Maßstäbe für die Berechnung immateriellen Schadensersatzes fehlten.⁵⁹⁵ Dieser Befund bedarf einer näheren Kontextualisierung, um ihn zu verstehen (a)). Diese Kontextualisierung stellt allerdings nachdrücklich die Frage, warum diese Praxis für das gegenwärtige Völkerrecht noch relevant ist (b)).

a) Gründe für die Divergenz der Schiedspraxis

Insgesamt lassen sich vier, miteinander verwobene, Gründe identifizieren, welche die Unterschiede zwischen der Praxis vor und nach 1945 erklären. Erstens waren frühere Entscheidungen zum Teil weniger justizförmig, als es heutigen Betrachter*innen scheint. Zweitens bildeten sich damals erst die Regeln zur Staatenverantwortlichkeit heraus. Drittens hatten Schiedskommissionen unterschiedliche Regeln anzuwenden und viertens war deren Zitier- und Begründungspraxis zuweilen dürftig.

Neben der Rolle der Gewalt in den zwischenstaatlichen Beziehungen liegt ein wichtiger Unterschied zwischen der Praxis vor und nach 1945 in der politischen Durchdringung der Streitbeilegung. Dabei geht es weniger darum, dass ein Großteil der Schiedspraxis Ausfluss des Imperialismus des 19. und 20. Jahrhunderts ist,⁵⁹⁶ sondern dass manche Entscheidun-

594 Vgl. bspw. *Arangio-Ruiz*, Second Report on State Responsibility, A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, Rn. 11.

595 Vgl. zur Höhe des Schadensersatzes im Falle völkerrechtswidriger Festnahmen *Whiteman*, Damages in International Law, 1937, S. 417. Sie kam zu ähnlichen Ergebnissen in Fällen von "personal injury" und Todesfällen, ebd. S. 627 und 794.

596 Näher hierzu *Mégret*, Mixed Claim Commissions, in: Experiments in International Adjudication, 127, 128–130. Indessen legt ein genauerer Blick auf die Schiedskommissionen zwischen lateinamerikanischen Staaten nahe, dass die Motivationslage der beteiligten Staaten deutlich vielgestaltiger war, vgl. *Prieto Muñoz*, Mixed Claims Commissions in Latin America during the 19th and 20th Centuries, in: Schäfer/Peters (Hrsg.), Politics and the Histories of International Law, 2021, 250–269, insbesondere 265–267.

gen in Justizform gekleidete politische Kompromisse sind. Heutigen Beobachter*innen erscheinen die damaligen Entscheidungsgremien heutigen Schiedsgerichten zum Verwechseln ähnlich. In der Tat sah die Zeit ab dem ausgehenden 18. Jahrhundert eine Entwicklung zu justizförmigen Streitbeilegungsmechanismen,⁵⁹⁷ die heutigen Schiedsverfahren sehr nahe kommen.⁵⁹⁸ Jedoch hatten die jeweiligen Regierungen einen deutlicheren Einfluss auf ihre Kommissare bzw. Schiedsrichter, als dies das gegenwärtige Völkerrecht hinnimmt.⁵⁹⁹ Das Ausmaß dieses Einflusses zeigt ein näherer Blick auf die Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, von der die bereits erwähnte Entscheidung zur Versenkung der *Lusitania* stammt.⁶⁰⁰ Diese Kommission wurde zur Durchführung der Bestimmungen des Separatfriedensvertrages zwischen den USA und dem Deutschen Reich nach dem I. Weltkrieg eingerichtet und war für die Aburteilung sämtlicher amerikanischer Ansprüche aus dem I. Weltkrieg gegenüber Deutschland zuständig.⁶⁰¹ Sie bestand aus einem deutschen und einem amerikanischen Kommissar sowie einem Unparteiischen.⁶⁰² Diese Kommissare waren keine von „ihrer“ Partei vollkommen unabhängigen Schiedsrichter, sondern standen mit dieser in enger Verbindung. So tauschte sich der deutsche Kommissar, Wilhelm Kiesselbach, eng mit dem Auswärtigen Amt aus und vergewisserte sich wiederholt dessen Zustimmung.⁶⁰³

597 Vgl. *Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 1984, S. 609 f.

598 Sie kennzeichnet eine endgültige Entscheidung auf Grundlage des Rechts, in einem festgelegten Verfahren durch von den Parteien ernannte Schiedsrichter, vgl. Art. 37 Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle (I. Haager Abkommen von 1907), 18. Oktober 1907, RGBl. 1910, 5.

599 Vgl. *Dolzer*, Mixed Claims Commissions, in: *Peters/Wolfrum* (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, Rn. 2; vgl. auch *Mégret*, Mixed Claim Commissions, in: *Experiments in International Adjudication*, 127, 135.

600 Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32; siehe insbesondere unten unter § 5 A. I. 1.

601 Vgl. Art. I Abkommen zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten (Deutsch-Amerikanisches Abkommen), 10. August 1922, RGBl. II 1923, 113–115.

602 Dieser Unparteiische war nun aber „kein Neutraler, sondern eine hochstehende amerikanische Persönlichkeit“ (*Jähncke*, Washington und Berlin, 2003, S. 17).

603 Vgl. beispielsweise die Berichte *Kiesselbachs* über seine Gespräche mit Karl von Lewinski und verschiedenen Ministerien in Berlin über die Kommissionsarbeit, Kiesselbach, Brief an den Deutschen Botschafter in Washington D.C. v. 12. März 1923, 1923, Staatsarchiv Hamburg, 622–1 Kiesselbach, 1879–1950, Nr. 157 A 1 Bd. 4 Amerikanisches Tagebuch (1922–1928), S. VI–VIII. Er beschreibt auch, dass er sich in den Fragen der Passivlegitimation vor der Deutsch-Amerikanischen Gemischten Schiedskommission der Unterstützung des Reichskanzlers versicherte, vgl. ebd. S. VIII.

Selbst wenn der Unparteiische entschied, weil sich beide Kommissare nicht einigen konnten,⁶⁰⁴ lasen beide Kommissare die Entscheidung des Unparteiischen noch gegen und verhandelten Kompromisse. So einigten sich Kommissare und Unparteiischer darauf, dass der Unparteiische in seiner Einzelentscheidung(!) zur Lusitania die Versenkung des Schiffes nicht gesondert (moralisch) verurteilte, sondern lediglich auf das Haftungsanerkennntnis des Deutschen Reichs verwies.⁶⁰⁵ Andererseits lag in der Anerkennung immateriellen Schadensersatzes in der Entscheidung zur Lusitania trotz der ablehnenden Haltung deutscher Parteivertreter⁶⁰⁶ ein Entgegenkommen der deutschen Seite, um sich damit das Wohlwollen in anderer Sache zu sichern.⁶⁰⁷ Aus diesen Schlaglichtern folgt, dass diese Entscheidungen zu einem Teil in eine juristische Form gekleidete Kompromisse sind.

Mittlerweile sind solche Einflussnahmen der Parteien auf ein Schiedsgericht verpönt, wie das Schiedsverfahren zur Festlegung einer Seegrenze zwischen Kroatien und Slowenien in jüngerer Zeit verdeutlicht hat.⁶⁰⁸ Ob-

604 Art. II Abs. I Deutsch-Amerikanisches Abkommen. Allerdings wurde der Unparteiische aus Zweckmäßigkeitsgründen entgegen der vertraglichen Konzeption dauerhaft in die Arbeit eingebunden, vgl. *Kiesselbach*, Der Abschluß der 10-jährigen Tätigkeit der Deutsch-Amerikanischen Schadens-Kommission und die in dieser Arbeit gemachten Erfahrungen, ZaöRV 3 (1933), 568–574, 571.

605 *Jähncke*, Washington und Berlin, 2003, S. 174 f.; vgl. für die endgültige Fassung der Entscheidung Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 33: “The circumstances of the sinking are known to all the world, and as liability for losses sustained by American nationals was assumed by the Government of Germany through its note of February 4, 1916, it would serve no useful purpose to rehearse them here.”

606 *Jähncke*, Washington und Berlin, 2003, S. 178.

607 So merkt *Kiesselbach* in einem Brief an den deutschen Botschafter in Washington D.C., Dr. Otto Wiedfeldt, in Bezug auf die Höhen der jeweiligen Schadensersatzansprüche an: „[...] und ich habe endlich aus taktischen Erwägungen geglaubt, bei den an sich hier bestehenden grossen Meinungsverschiedenheiten in prinzipiellen Fragen meine gegenüber zwei amerikanischen Herren an sich schon schwierige Stellung nur durch eine faire und nachgiebige Haltung gerade in der Lusitania-Sache erhalten und stärken zu können.“ *Kiesselbach*, Brief von Wilhelm Kiesselbach an Botschafter Dr. Otto Wiedfeldt, 21. Februar 1924, 1924, Staatsarchiv Hamburg, 132–8 Deutsch-Amerikanische Schadenskommission (Handakten des dt. Kommissars), Nr. C 12/3 Mit Signaturen versehene Handakten W. Kiesselbach: “Gutachten des Deutschen Kommissars”, S. 2–3.

608 Vgl. zur Unvereinbarkeit von *ex-parte*-Kommunikationen eines Schiedsrichters mit dessen Pflicht zur Unabhängigkeit nach den PCA Optional Arbitration Rules: PCA, *In the Matter of an Arbitration under the Arbitration Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia*

gleich bereits die Einrichtung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs im Jahr 1920 zur weiteren Verrechtlichung internationaler Streitbeilegung durch von den Parteien unabhängige Richter*innen geführt hat,⁶⁰⁹ datieren Entscheidungen wie zur *Lusitania* noch aus den 1920er Jahren. Dagegen ist in den seltenen Fällen Gemischter Schiedskommissionen nach 1945 die Entscheidung durch unabhängige Schiedsrichter*innen vorgesehen.⁶¹⁰

Auch aus einem weiteren Grund sind überhöhte Erwartungen an ein einheitliches System hinter diesen Entscheidungen verfehlt. Erst ab dem 19. Jahrhundert entstand durch die Arbeit der Völkerrechtswissenschaft auf der Basis diplomatischer Praktiken das Völkerrecht als eine Rechtsordnung. Es ging um nicht weniger, als aus Einzelentscheidungen, Verträgen, wissenschaftlichen Abhandlungen und staatlichem Handeln ein System zu bilden.⁶¹¹ Mit anderen Worten gab es im 19. Jahrhundert und beginnenden 20. Jahrhundert – ungeachtet etwaiger Bezugnahmen auf völkerrechtliche Regeln – noch keine Regeln über die Rechtsfolgen eines Völkerrechtsverstosses, schon gar keine klar konturierten.⁶¹² Damit kann es kaum überraschen, dass die Praxis uneinheitlicher war, als es die nachfolgende Aufarbeitung durch die Rechtswissenschaft erscheinen lässt.⁶¹³

signed on 4 November 2009, Teilschiedsspruch, 30. Juni 2016, Case No. 2012–04, Rn. 175.

609 Art. 2 Statut des Ständigen Internationalen Gerichtshofs gemäß Art. 14 der Völkerbundsatzung (StIGH Statut), 16. Dezember 1920, LNTS 1921, 380–413.

610 Vgl. für das Iran-US Claims Tribunal den Verweis auf die UNCITRAL Schiedsregeln in Art. III Abs. 2 Erklärung der Regierung der Demokratischen Volksrepublik Algerien zur Erledigung von Ansprüchen zwischen dem Iran und den Vereinigten Staaten von Amerika (Declaration Concerning the Settlement of Claims by Iran and the United States), 19. Januar 1981, ILM 20 (1981), 230–233 (vgl. insbesondere Art. 9 und 10 der damals geltenden UNCITRAL Schiedsregeln, siehe UNCITRAL, Arbitration Rules, 1976, General Assembly Resolution 31/98, abrufbar unter: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arbit-rules.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023)); vgl. für die Eritrea-Ethiopia Claims Commission Artt. 5 und 6 ihrer Verfahrensregeln, siehe EECC, Verfahrensregeln, 2001, abrufbar unter: <https://pcacases.com/web/sendAttach/774> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

611 *Koskenniemi*, *The Gentle Civilizer of Nations*, 2002, S. 361 f.

612 *Gray*, *Judicial Remedies*, 1987, S. 5 f.; vgl. aus zeitgenössischer Sicht *Ralston*, *International Arbitration*, 1929, S. 19 und *Laïs*, *Rechtsfolgen völkerrechtlicher Delikte*, 1932, S. 24 f., der allerdings eine Tendenz zur Herausbildung von Grundsätzen sah.

613 Dies ist an dieser Stelle nicht als Kritik zu verstehen. Es ist die Aufgabe der Dogmatik, Ordnung und System zu schaffen (vgl. *Bumke*, *Rechtsdogmatik*, 2017, S. 45–48) und dabei solche Uneinheitlichkeiten zu überbrücken. Diesen Vorgang offenzulegen bietet allerdings den Vorteil, den Umgang mit abweichender Schieds-

Hinzu kommt, dass einer der Protagonisten der Schiedspraxis des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts, die Vereinigten Staaten, in der Tradition des *Common Law* steht. Aus dieser Tradition folgte ein Vertrauen, dass Ad-Hoc-Entscheidungen über die Zeit aufgrund überlegener Begründung sinnvolle Regeln bilden würden.⁶¹⁴ Insofern überraschen Widersprüchlichkeiten und unterschiedliche Terminologien (ebenso wie der teilweise Verzicht auf abstrakte Kategorien) wenig. Hinzu kam, dass die Schiedsrichter ohne sonstige Regeln auf ihre Berufserfahrung, Vorbildung und kulturellen Vorstellungen bauen mussten, die sich naturgemäß unterschieden.⁶¹⁵

Drittens folgen die Divergenzen auch daraus, dass die verschiedenen Kommissionen unterschiedliche Regeln anzuwenden hatten.⁶¹⁶ So erinnert die Klausel zum anwendbaren Recht für die Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission an Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut. Sie erklärte aber zusätzlich den beiden beteiligten Staaten gemeinsame Regeln und “justice, equity, and good faith”⁶¹⁷ für anwendbar, während im *Fabiani* Fall neben venezolanischem Recht die allgemeinen Prinzipien des Völkerrechts maßgeblich waren.⁶¹⁸ Entscheidend war jeweils, was der zugrundeliegende Schiedsvertrag bestimmte.⁶¹⁹ Die unterschiedlich formulierten Klauseln zum anwendbaren Recht konnten sich dabei auf die Ergebnisse auswirken,

praxis zu erleichtern und zugleich fortdauernde Unklarheiten um den immateriellen Schadensersatz zu erklären.

614 Nissel, *The Duality of State Responsibility*, *Columbia Human Rights Law Review* 44 (2013), 793–858, 797 f.

615 Nissel, *Columbia Human Rights Law Review* 44 (2013), 798.

616 Dolzer, *Mixed Claims Commissions*, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, Rn. 15.

617 Vgl. Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Administrative Decision No. 2*, Entscheidung, 1. November 1923, RIAA VII, 23–32, 26. Diese sehr weite Klausel wirft freilich die Frage auf, inwieweit die Entscheidungen auf Recht oder Billigkeit basierten. Allerdings wird diese Frage in der späteren Rezeption nicht weiter diskutiert.

618 *Fabiani (France v. Venezuela)*, 1896, in: Moore (Hrsg.), *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Bd. 5, 1898, 4878, 4893.

619 Vgl. zu den Auswirkungen des Fehlens einer solcher Bestimmung auf das anwendbare Recht *Ralston*, *International Arbitration*, 1929, S. 19 f. Aber auch in solchen Fällen deuten in der Regel Verweise auf mehrere innerstaatliche Rechtsordnungen oder die Behauptung eines vielen Rechtsordnungen gemeinsamen Prinzips darauf hin, dass solche Entscheidungen ein überstaatliches Recht zur Anwendung gelangen lassen wollten, vgl. beispielhaft *Claims of American Citizens against Panama on Account of Injuries Sustained during the Riot at Panama City*, 1916, *Foreign Relations* 1916, 918–922, 918 f.

weil die Kommissionen im Zweifel weniger an der Fortentwicklung der Völkerrechtsordnung, als an der Entscheidung der vorgelegten Streitigkeiten interessiert waren⁶²⁰ und die Schiedsverträge auch die Grenzen ihrer Rechtsprechungsgewalt markierten. In der Folge können entsprechend enge oder weite Formulierungen im Schiedsvertrag gegenüber anderen Kommissionen divergierende Ergebnisse begünstigt haben.

Zuletzt waren die Begründungen der Kommissionen oft dürftig und die Rezeption vorhergehender Entscheidungen bildete eher die Ausnahme denn die Regel.⁶²¹ Wie Gray anmerkt, macht es deshalb oftmals keinen Unterschied, ob die Entscheidungen *ex aequo et bono* oder auf der Grundlage des Rechts ergangen sind.⁶²² Zusätzlich dürften sich insoweit die oben beschriebenen allgemeinen Entwicklungen im 19. Jahrhundert ausgewirkt haben. Diese Knappheit an Begründungen und Nachweisen bietet zugleich eine plausible Erklärung, warum sich *Lusitania* als die Leitentscheidung zu immateriellem Schadensersatz durchgesetzt hat⁶²³ und nicht etwa *Cédroni* oder *Davis*.⁶²⁴ Denn im Gegensatz zu anderen Entscheidungen begründet der Unparteiische in seiner Entscheidung zum Untergang der *Lusitania* eingehend und zitiert ausgiebig.⁶²⁵ Der Unparteiische wendet zudem rela-

620 Beispielhaft zeigt sich diese Präferenz in der Begründung des Unparteiischen in *Lusitania*, mit welcher dieser die Verhängung eines Strafschadensersatzes ablehnte: "But it is not necessary for this Commission to go to the length of holding that exemplary damages can not be awarded in any case by any international arbitral tribunal. A sufficient reason why such damages can not be awarded by this Commission is that it is without the power to make such awards under the terms of its charter – the Treaty of Berlin.", Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 41 (Hervorhebungen wie im Original).

621 Gray, *Judicial Remedies*, 1987, S. 10; vgl. bereits *Whiteman*, *Damages in International Law*, 1937, S. 411. Vgl. allerdings für eine Bezugnahme auf andere Entscheidungen hinsichtlich der Bemessung des Schadensersatzes Italienisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Di Caro Case*, undatiert, RIAA X, 597–598, 598.

622 Gray, *Judicial Remedies*, 1987, S. 11 und 18.

623 Insbesondere wird sie nicht nur als Beleg für die sehr enge Sachfrage, der Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden in Tötungsfällen, sondern für die grundsätzliche Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden im Völkerrecht als Autorität angeführt, vgl. Völkerrechtskommission, *ARSIWA with Commentaries*, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 101 f. (Art. 36 Rn. 16).

624 Letztere werden eigentlich nicht mehr rezipiert, vgl. aber Gray, *Judicial Remedies*, 1987, S. 38 und Kolb, *The International Law of State Responsibility*, 2017, S. 160 (Fn. 494), die auf den *Davis*-Fall als eine überholte Ansicht verweisen.

625 Neben ausgiebigen Verweisen auf US-amerikanische Gerichtsentscheidungen und völkerrechtliche Autoritäten wie Grotius, Vattel und Oppenheim, nimmt der Unpar-

tiv deutlich Völkerrecht an.⁶²⁶ Hinzu kommt eine prozessuale Besonderheit dieser Entscheidung, die Begründungstiefe und Rezeptionsfreudigkeit begünstigt haben dürfte. Die Entscheidung in *Lusitania* befand nämlich nicht über einzelne Ansprüche der Opfer des Angriffs auf die *Lusitania*. Vielmehr stellte sie abstrakt-generelle Maßstäbe für die darauffolgenden Entscheidungen über Einzelfälle auf.⁶²⁷ Da zudem die Haftung dem Grunde nach feststand, konnte sich die Entscheidung ganz auf die Haftungsausfüllung fokussieren.⁶²⁸ In der Folge machte der Unparteiische tiefergehende Ausführungen zur Begründung, die auch für nachfolgende Spruchkörper eine gute Orientierung boten. Dass diese zudem die erste näher begründete Auseinandersetzung zu dieser Frage waren,⁶²⁹ mag die Popularität der Entscheidung erhöht haben.

b) Zur Relevanz der frühen Schiedspraxis für das heutige Völkerrecht

Alle diese Beobachtungen sprechen zunächst dafür, die Zeit vor und nach 1945 zu trennen, zumal auch inhaltliche Unterschiede bestehen.⁶³⁰ Sie plausibilisieren auch, warum sich eine Entscheidung, *Lusitania*, durchgesetzt hat. Die Beobachtungen werfen jedoch die grundsätzliche Frage auf, welche Relevanz diese Praxis für das heutige Völkerrecht noch haben kann. Die Antwort auf diese Frage liegt in der gegenwärtigen Zitierpraxis im Völkerrecht. Der IGH stützte sich ebenso wie die Völkerrechtskommission in Fragen des immateriellen Schadensersatzes auf einzelne Entscheidungen gemischter Schiedskommissionen,⁶³¹ ohne auf die Bandbreite der früheren

teische auch auf die internationale Entscheidungspraxis Bezug, vgl. Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 41 (Fn. 21) und 43 (Fn. 27 und 28).

626 Vgl. die Bezugnahmen auf "international law" Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 40 und 43.

627 Vgl. zur Arbeitsweise der Deutsch-Amerikanischen Gemischten Schiedskommission mit "administrative decisions" Jähncke, Washington und Berlin, 2003, S. 143 f.

628 Dannemann, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 22.

629 Markert/Freiburg, JWIT 14 (2013), 9.

630 Siehe oben unter § 5 A. I. 1 und 3.

631 Vgl. für Bezugnahmen auf *Lusitania* nur IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 333 (Rn. 18); Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 102 (Art. 36 Rn. 18).

Praxis einzugehen.⁶³² Gray verweist darauf, dass diejenigen, die in der Praxis klare Regeln verorten, die Schiedspraxis nur sehr selektiv rezipieren.⁶³³ Diese selektive Rezeption älterer Praxis durch die ARSIWA lässt sich mit *d'Aspremont* als Versuch lesen, eine Geschichte zu schaffen, um die Autorität der gewählten rechtlichen Konstruktionen und Argumentationen zu untermauern.⁶³⁴

Diese Form der Traditionsbildung erschließt auch, warum der Blick zurück trotz aller Disparität der Praxis noch heute auch außerhalb eines rein historischen Interesses nützlich ist. Denn hieraus ergeben sich (gedachte) Entwicklungslinien, die ein besseres Verständnis darüber ermöglichen, was heute immaterieller Schadensersatz im Völkerrecht ist. Bemerkenswerterweise finden sich diejenigen Fallgestaltungen, in denen immaterieller Schadensersatz in der Praxis vor 1945 zugesprochen worden sind, wenig verändert auch in der späteren Praxis wieder.⁶³⁵ Insgesamt dürfte mehrheitlich bei der Verletzung von "Leben, Gesundheit und Ansehen"⁶³⁶ ausländischer Staatsangehöriger die Möglichkeit eines immateriellen Schadensersatzes anerkannt sein. Die hierfür in Frage kommenden Fallgruppen kehren in Fällen wie *Diallo* (Ausweisung und Inhaftierung)⁶³⁷ oder in *Leterlier and Moffitt* (Tötungen)⁶³⁸ wieder. Außerdem bildet diese Praxis einen Bezugspunkt für die später zu diskutierende Formel des ICSID-Schiedsgerichts im Fall *Lemire v. Ukraine*, nach der immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen ("exceptional circumstances") ersatzfähig seien. Die Umschreibung der hierfür notwendigen Verletzungshandlung als "physical threat, illegal detention or other analogous situations in which the ill-treatment contravenes the norms according to which civilized nations are expected to act"⁶³⁹ erinnert an die Fallgruppen, die auch schon die

632 Siehe oben insbesondere unter § 5 A. I. 1.

633 Gray, *Judicial Remedies*, 1987, S. 46 f.

634 *d'Aspremont*, *The General Claims Commission*, in: de la Rasilla/Viñuales (Hrsg.), *Experiments in International Adjudication*, 2019, 150–168, 161–166.

635 Dies betrifft insbesondere die rechtswidrige Ausweisung, Inhaftierung, körperliche Misshandlung, Tötung und Rechtsschutzverweigerung, siehe oben unter § 5 A. I. 2.

636 *Laís*, *Rechtsfolgen völkerrechtlicher Delikte*, 1932, S. 128.

637 Siehe unten unter § 5 A. II. 1.

638 Siehe unten unter § 5 A. II. 3.

639 ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Schiedsspruch 28. März 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 333; siehe unten zur Etablierung dieser Formel im Investitionsschutzrecht unter § 11 B. III. 1.

Praxis vor 1945 anerkannt hat.⁶⁴⁰ Aber auch die in dieser Zeit wurzelnden Unklarheiten um den immateriellen Schadensersatz leben fort, so dass die Kenntnis dieser Praxis von essentiellern Interesse bleibt.

II. Praxis nach 1945

Zunächst zeichnet sich die Zeit ab 1945 durch einen Rückgang rechtsförmer Entscheidungen in zwischenstaatlichen Streitigkeiten aus.⁶⁴¹ Ab den 1990er Jahren steigen mit dem Fall des Eisernen Vorhangs die Fallzahlen insbesondere durch neue Streitbeilegungsmechanismen wieder an.⁶⁴² Gleichwohl blieb die Anzahl zwischenstaatlicher Verfahren, in denen immaterieller Schadensersatz eine Rolle spielt, deutlich geringer als in der Zeit vor 1945.⁶⁴³ Dessen ungeachtet ist der immaterielle Schadensersatz nach wie vor praktisch relevant und anerkannt.⁶⁴⁴ Davon zeugen sowohl das eingangs näher vorzustellende Urteil des IGH in *Diallo* (1.) als auch die seerechtliche Judikatur (2.). Diesen Überblick rundet ein zusammenführender Blick auf ausgewählte andere Entscheidungen zum immateriellen Schadensersatz ab (3.), aus denen sich sodann ein guter Überblick über den Stand des immateriellen Schadensersatzes im gegenwärtigen zwischenstaatlichen Völkerrecht ergibt.

1. Diallo

Die moderne Leitentscheidung zu immateriellem Schadensersatz bildet das Urteil des IGH im *Diallo*-Fall. Es war einer der seltenen Fälle, in denen

640 In der Tat deuten manche die investitionsschutzrechtliche Praxis als fehlgeleitete Anleihe bei dieser Schiedspraxis, *Dumberry/Cusson*, Wrong Direction: 'Exceptional Circumstances' and Moral Damages in International Investment Arbitration, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 33–75, 57–60.

641 Vgl. die Aufstellung bei *Crawford*, Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture, *Journal of International Dispute Settlement* 1 (2010), 3–24, II auf der Grundlage von Stuyt (Hrsg.), *Survey of International Arbitrations*, Dordrecht, Boston und London 1990.

642 *Brown*, A Common Law of International Adjudication, 2007, S. 17–22.

643 Vgl. auch *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 22.

644 *Yates III*, State Responsibility for Nonwealth Injuries to Aliens in the Postwar Era, in: Lillich (Hrsg.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, 1983, 213–279, 258 f.

der IGH die Gelegenheit hatte, über Schadensersatz zu entscheiden.⁶⁴⁵ In dem Fall ging es um die Festnahme, Inhaftierung und Ausweisung des guineischen Staatsbürgers Ahmadou Sadio Diallo durch die Demokratische Republik Kongo, eine Konstellation, die deutlich an die Fälle gemischter Schiedskommissionen im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert erinnert.⁶⁴⁶ Guinea machte im Wege des diplomatischen Schutzes diverse (Menschen-) Rechtsverletzungen geltend, von denen der IGH einige feststellte.⁶⁴⁷ In seinen Ausführungen zu Nichtvermögensschäden diskutierte der IGH nicht einmal, dass bzw. aufgrund welcher Rechtsquelle Nichtvermögensschäden ersatzfähig sind.⁶⁴⁸ Vielmehr unterstellte der IGH deren Ersatzfähigkeit. Er ließ ebenfalls offen, wie er immaterielle Schäden definiert. Er nannte unter Zitierung von *Lusitania* und einer Entscheidung des IAGMR⁶⁴⁹ lediglich Beispiele, die im Wesentlichen Verletzungen der Person (Leid, Schmerzen etc.) sowie Rufschäden erfassen.⁶⁵⁰ Für eine rechtswidrige Haft von insgesamt 72 Tagen sowie die rechtswidrige Ausweisung Herrn Diallos sprach der IGH eine Summe in Höhe von USD 85.000 zu.⁶⁵¹ Zur Bemessung einer angemessenen Schadensersatzsumme verwies der Gerichtshof in Anlehnung an die menschenrechtliche Spruchpraxis auf Billigkeitserwägungen.⁶⁵²

An dieser Entscheidung sind drei Aspekte von besonderem Interesse: die Ausführungen zur Darlegungs- und Beweislast, die Art der Rechtsver-

645 Crawford, Brownlie's Principles, 2019, S. 558. Die drei anderen Verfahren, die Schadensersatz zum Gegenstand hatten waren: IGH, *Corfu Channel (Compensation)*, 1949, I.C.J. Reports 1949, 244), IGH, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Urteil (Compensation), 2. Februar 2018, I.C.J. Reports 2018, 15 und jüngst IGH, *Armed Activities (Reparations)*, 2022, General List No. 116.

646 Siehe oben unter § 5 A. I. 2.

647 Im Einzelnen stellte der Gerichtshof Verletzungen der Artt. 9 Abs. 1 und 2, 13 IPBürgPR, Artt. 6 und 12 Abs. 4 Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker (AfCMRRV), 27. Juni 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5 = ILM 21 (1982), 58 fest, IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 329 (Rn. 3). Für die außerdem festgestellte Verletzung des Art. 36 Abs. 1 WKÜ gewährte der IGH allerdings keinen Schadensersatz, ohne dies näher zu erläutern, vgl. IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 329 (Rn. 5).

648 IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324 S. 333–335 (Rn. 18–25).

649 IAGMR, *Case of Gutiérrez-Soler v. Colombia*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 12. September 2005, Series C, No. 132.

650 IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 333 (Rn. 18).

651 IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 335 (Rn. 25).

652 IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 334 f. (Rn. 24).

stöße, aus denen immaterielle Schäden erwachsen können, und die Höhe des immateriellen Schadensersatzes. Zunächst sind die Ausführungen des Gerichtshofs zur Darlegungs- und Beweislast für immaterielle Schäden bemerkenswert. Denn der Gerichtshof verlangt keinen besonderen Nachweis für solche Schäden, sondern hält diese für eine “inevitable consequence of the wrongful acts of the DRC”⁶⁵³. Damit statuiert der IGH eine Vermutung zugunsten immaterieller Schäden bei bestimmten Verletzungen.⁶⁵⁴

Der Umgang mit Art. 36 Abs. 1 lit. b WKRÜ⁶⁵⁵ gibt Hinweise darauf, aus welchen Rechtsverletzungen nach Auffassung des IGH immaterielle Schäden resultieren können. So stellte der IGH bereits in der *Merits*-Phase ohne nähere Begründung fest, dass nur für die menschenrechtlichen Verstöße und nicht für die Verletzung des WKRÜ ein Schadensersatz geschuldet sei,⁶⁵⁶ obwohl Guinea für die Verletzung dieser Norm Schadensersatz beantragt hatte.⁶⁵⁷ Eine mögliche Erklärung für diese Entscheidung bietet das Sondervotum des Ad-Hoc-Richters Mampuya. Nach seiner Ansicht hätte der Gerichtshof klarstellen sollen, dass ein Schadensersatz angesichts der rein immateriellen Folgen einer Verletzung des WKRÜ ausscheide.⁶⁵⁸ Hiermit meint er wohl, dass ein Verstoß gegen diese Vorschrift nur zwischenstaatliche Interessen berührt, für die Genugtuung nach Art. 37 ARSIWA zu leisten ist. So gelesen stützt diese Entscheidung die Weichenstellung der ARSIWA, immaterielle Schäden des Individuums und solche des Staates unterschiedlich zu behandeln.⁶⁵⁹

Der letzte Aspekt betrifft die Höhe des zugesprochenen Schadensersatzes. Obwohl der IGH diesbezüglich nähere Erläuterungen schuldig blieb, lohnt ein Blick auf die abweichenden Voten. So kritisieren zwei Richter, Richter Greenwood und Ad-Hoc-Richter Mampuya, die Höhe der zugesprochenen Summe als unverhältnismäßig, weil EGMR und IAGMR für

653 Vgl. IGH, *Diallo (Merits)*, 2010, I.C.J. Reports 2010, 639, 693 (Rn. 165); vgl. auch IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 334 (Rn. 21).

654 Vgl. *Moyano García*, Moral Damages in Investment Arbitration – Diverging Trends, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 485–521, 487; vgl. allerdings *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 12, die diese Passage als eine Kausalitätsvermutung lesen.

655 Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen (WKRÜ), 24. April 1963, UNTS 596, 261 (dt. Übersetzung BGBl. 1969 II, 1585).

656 IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 329 (Rn. 5).

657 Vgl. *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 368.

658 IGH, *Diallo (Merits)*, Sondervotum des Ad-Hoc-Richters Mampuya, 2010, I.C.J. Reports 2010, 831, 836 (Rn. 7).

659 Siehe hierzu bereits oben unter § 4 B.

vergleichbare Fälle sehr viel geringere Beträge auswerfen würden.⁶⁶⁰ Diese Kritik unterstellt, dass beide Regime gleichlaufen sollten. Dieser normativen Erwartung widerspricht Ad-Hoc-Richter Mahiou, der darauf hinweist, dass die Ergebnisse der menschenrechtlichen Praxis und diejenigen im diplomatischen Schutz nicht identisch sein müssten.⁶⁶¹ Obwohl Mahiou seine Auffassung nicht näher erklärt, lässt sich vermuten, dass er auf einen Unterschied zwischen zwischenstaatlichen Verhältnissen und Individuum-Staat-Verhältnissen anspielt. Insofern lässt sich die Kontroverse um die Höhe der zugesprochenen Entschädigung als Indiz deuten, dass die Haftung für immaterielle Schäden eines Individuums im Staat-Staat-Verhältnis nicht mit der Haftung im Verhältnis Staat-Individuum übereinstimmt.

In jedem Fall zeigt das Urteil, dass der IGH für immaterielle Schäden eines Individuums Geldersatz gewährt und sich hierbei an der menschenrechtlichen Praxis orientiert. Allerdings unterscheiden sich die Höhen zugesprochener Ersatzsummen. Der IGH bestätigte diesen Ansatz in seiner jüngsten Entscheidung zur Wiedergutmachung.⁶⁶²

2. Seerechtliche Fälle

Die wohlwollende Grundtendenz des IGH-Urteils gegenüber immateriellem Schadensersatz spiegelt sich auch in der seerechtlichen Praxis wider. So erkennen alle Entscheidungen die grundsätzliche Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden an, obgleich sie Detailfragen zur Höhe des Geldersatzes unterschiedlich beantworten. Alle seerechtlichen Fälle teilen die Gemeinsamkeit, dass sie den immateriellen Schadensersatz für die völkerrechtswidrig festgesetzte Besatzung eines Schiffes und zum Teil für die Umstände des Aufbringens zum Gegenstand haben. Mit anderen Worten betreffen sie Freiheitsentziehungen und körperliche Misshandlungen, wie sie auch in der Praxis vor 1945 als Fallgruppen immateriellen Schadensersatzes anerkannt waren.⁶⁶³

⁶⁶⁰ IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Ad-Hoc-Richters Mampuya, 2012, I.C.J. Reports 2012, 403, 408 f. (Rn. 13–15); IGH, *Diallo (Compensation)*, Erklärung des Richters Greenwood, 2012, I.C.J. Reports 2012, 391, 394 f. (Rn. 9–11).

⁶⁶¹ IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Ad-Hoc-Richters Mahiou, 2012, I.C.J. Reports 2012, 396, 397 (Rn. 6).

⁶⁶² IGH, *Armed Activities (Reparations)*, 2022, General List No. 116, Rn. 164.

⁶⁶³ Siehe oben unter § 5 A. I. 2.

Den Auftakt zu diesen Entscheidungen bildet das Urteil des Seegerichtshofs (ISGH) im *M/V Saiga*-Fall. Guinea hatte einen Öltanker, der unter der Flagge von St. Vincent und den Grenadinen segelte, völkerrechtswidrig aufgebracht und festgesetzt. Für die Anwendung körperliche Gewalt gegen die Schiffsbesatzung und deren anschließende Festsetzung erhielten St. Vincent und die Grenadinen unter anderem immateriellen Schadensersatz in Geld.⁶⁶⁴ Allerdings führte der Gerichtshof aus, dass die Ersatzfähigkeit solcher Schäden von den Umständen abhängt, wie „the conduct of the State which committed the wrongful act and the manner in which the violation occurred.“⁶⁶⁵ Dieser Hinweis blieb jedoch rein abstrakt, weil der Gerichtshof ihn nicht auf den Fall anwendete. Vielmehr sprach er für erkennbar immaterielle Schäden wie „[I]njury, pain and suffering“⁶⁶⁶ einen Geldersatz zu, ohne zuvor unter die genannten Voraussetzungen zu subsumieren. Es bleibt somit unklar, ob der Seegerichtshof hier zusätzliche Voraussetzungen statuieren wollte oder ob er nur darauf hinweisen wollte, dass nur bei bestimmten Verletzungen ein immaterieller Schaden entsteht.⁶⁶⁷

Jedenfalls statuierten spätere Entscheidungen keine solche Voraussetzung, wie bspw. das *Arctic-Sunrise*-Schiedsverfahren zeigt. In diesem Fall brachten russische Boote ein *Greenpeace*-Schiff nach Protesten an einer Ölbohrplattform in der russischen ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) auf und inhaftierten dessen Besatzung. Das Schiedsgericht erblickte hierin eine Verletzung der Freiheit der Schifffahrt (Artt. 58 Abs. 1, 87 Abs. 1 Satz 3 lit. a SRÜ).⁶⁶⁸ Für die rechtswidrige Festnahme, Haft und Strafverfolgung der 30-köpfigen Besatzung bejahte das Schiedsgericht unter Verweis auf die Entscheidungspraxis des IGH und des Seegerichtshof einen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz dem Grunde nach.⁶⁶⁹ In der Entscheidung zum Umfang der Haftung setzte sich das Schiedsgericht im Einzelnen mit der Praxis des IGH, des Seegerichtshofs und der Menschenrechtsgerichtshöfe auseinander, ohne darin einen gemeinsamen Nenner

664 ISGH, *M/V Saiga* (No. 2), 1999, Case No. 2, Rn. 175.

665 ISGH, *M/V Saiga* (No. 2), 1999, Case No. 2, Rn. 171.

666 ISGH, *M/V Saiga* (No. 2), 1999, Case No. 2, Rn. 175.

667 Siehe hierzu näher unten unter § 5 C.

668 PCA, *Arctic Sunrise*, 2015, Case No. 2014–02, Rn. 401. Im Übrigen verstieß Russland nach der Auffassung des Schiedsgerichts gegen Artt. 56 Abs. 2, 58 Abs. 2, 87 Abs. 1 lit. a und 92 Abs. 1 SRÜ.

669 PCA, *Arctic Sunrise*, 2015, Case No. 2014–02, Rn. 394.

zu entdecken.⁶⁷⁰ Letztlich entschied das Schiedsgericht, nicht pro Hafttag, sondern mit einem Pauschalbetrag zu entschädigen. Es gewährte insgesamt EUR 600.000 als Schadensersatz.⁶⁷¹

Einen ähnlichen Fall entschied das Schiedsgericht in der *Duzgit Integrity Arbitration*.⁶⁷² São Tomé hatte einen Öltanker mitsamt Besatzung nach einem Schiff-zu-Schiff-Transfer in seinen Archipelgewässern aufgebracht und festgesetzt. Im Anschluss daran inhaftierte São Tomé den Schiffskapitän und klagte diesen an. Nach Ansicht des Schiedsgerichts verletzte São Tomé damit die Pflicht aus Art. 49 Abs. 3 SRÜ, als Archipelstaat seine Hoheitsgewalt verhältnismäßig auszuüben.⁶⁷³ Das Schiedsgericht gewährte auch einen Ersatz immaterieller Schäden für die festgesetzte Besatzung. Wie die bereits beschriebene Entscheidungspraxis begründete das Schiedsgericht die grundsätzliche Ersatzfähigkeit solcher Schäden nicht.⁶⁷⁴ Zur Entschädigung ermittelte es anhand der Umstände des Falles einen Geldbetrag für jeden Tag der Inhaftierung der Schiffsbesatzung. Dabei stellte es insbesondere die Länge der Haft, die im Übrigen gute Behandlung und die Gewöhnung der Crew an solche Situationen bei der Berechnung ein. Unter Einbeziehung dieser Aspekte gelangte das Schiedsgericht zu einer Entschädigung in Höhe von USD 50 pro Tag und Person.⁶⁷⁵

Gegenüber den zuvor besprochenen Entscheidungen erscheint die an den *M/V Saiga*-Fall erinnernde Rechtssache *Virginia G* als ein Ausreißer. Guinea-Bissau hatte die *Virginia G* in seiner AWZ aufgebracht und festgesetzt. Damit verstieß es nach Auffassung des ISGH gegen Art. 73 Abs. 1 und Abs. 4 SRÜ, weil es seine Gesetze und Regeln in der AWZ mit unverhältnismäßigen Maßnahmen durchgesetzt und zudem den Flaggenstaat hiervon nicht unterrichtet hatte.⁶⁷⁶ Zunächst hatte Panama immateriellen Schadensersatz (zugunsten der Besatzung) gefordert, diesen Antrag aber später zurückgezogen. Später verlangte Panama nur noch Genugtuung in Form einer Entschuldigung oder der Feststellung der Rechtsverletzung

670 PCA, *Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia)*, Schiedsspruch (Compensation), 10. Juli 2017, PCA Case No. 2014–02, Rn. 82.

671 PCA, *Arctic Sunrise, Compensation*, 2017, PCA Case No. 2014–02, Rn. 84 f.

672 PCA, *Duzgit Integrity Arbitration*, Schiedsspruch (Reparation), 18. Dezember 2019, Case No. 2014–07, Rn. 183–185.

673 PCA, *Duzgit Integrity, Reparation*, 2019, Case No. 2014–07, Rn. 9.

674 PCA, *Duzgit Integrity, Reparation*, 2019, Case No. 2014–07, Rn. 180.

675 PCA, *Duzgit Integrity, Reparation*, 2019, Case No. 2014–07, Rn. 184 f.

676 ISGH, *The M/V Virginia G Case (Panama/Guinea-Bissau)*, Urteil, 14. April 2014, Case No. 19, Rn. 269 und 328.

durch den Gerichtshof.⁶⁷⁷ Dem kam der ISGH nach, indem er feststellte, dass die gerichtliche Feststellung einer Rechtsverletzung einen ausreichenden Ersatz biete.⁶⁷⁸ Angesichts der übrigen Rechtsprechungspraxis verwundert die Klagerücknahme, weil für eine festgesetzte Schiffsbesatzung immer immaterieller Schadensersatz zugesprochen worden ist. Jedoch dürfte die Klagerücknahme hier auf den besonderen Umständen des Falles beruhen. Denn durch die Zahlung einer Sicherheit hätte Panama die Festsetzung abwenden können, was es allerdings unterlassen hatte.⁶⁷⁹ Folglich stand einem Schadensersatzverlangen Panamas der Mitverschuldenseinwand⁶⁸⁰ entgegen. Deshalb spricht aus der Klageänderung kein Sinneswandel hinsichtlich der Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden, sondern lediglich die Einsicht in die mangelnden Erfolgsaussichten des Klageantrags. Dementsprechend bleibt es dabei, dass die vorgestellte Reihe seerechtlicher Streitigkeiten die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden in Fällen der Freiheitsentziehung stützt. Dabei zisiert die Rechtsprechung einzelne Aspekte zur Berechnung und Bewertung des erlittenen Schadens aus, wobei trotz der Entscheidung im Wesentlichen gleicher Sachverhalte Divergenzen bleiben.⁶⁸¹

3. Weitere Praxis und Zusammenführung

Auch die sonstige Entscheidungspraxis befürwortet die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden. So verlangten die Vereinigten Staaten im *Letelier-and-Moffitt*-Fall eine Entschädigung für die Ermordung Orlando Leteliers und Ronni Moffitts im Namen ihrer Hinterbliebenen.⁶⁸² Ohne dies näher zu

677 ISGH, *Virginia G Case*, 2014, Case No. 19, Rn. 415.

678 ISGH, *Virginia G Case*, 2014, Case No. 19, Rn. 448.

679 Die verlangte Sicherheit verstieß nicht gegen die Vorgaben des SRÜ, vgl. ISGH, *Virginia G Case*, 2014, Case No. 19, Rn. 296.

680 Art. 39 ARSIWA; vgl. auch IGH, *LaGrand*, 2001, I.C.J. Reports 2001, 466, 487 (Rn. 57) und 508 (Rn. 116).

681 Vgl. beispielsweise zur Frage, ob ein Schadensersatz nach Tagessätzen zu berechnen ist, pro: PCA, *Duzgit Integrity, Reparation*, 2019, Case No. 2014–07, Rn. 184 f.; contra: PCA, *Arctic Sunrise, Compensation*, 2017, PCA Case No. 2014–02, Rn. 84.

682 Entgegen sonstiger Regeln des diplomatischen Schutzes stand die chilenische Staatsbürgerschaft eines Geschädigten einer Geltendmachung der Ansprüche durch die USA nicht entgegen. Dies bewertete einer der Schiedsrichter als ein Obsiegen humanitärer Erwägungen, *Dispute concerning responsibility for the deaths of Letelier and Moffitt (United States v. Chile)*, Sondervotum des Kommissars Professor Francisco Orrego Vicuña, 11. Januar 1992, RIAA XXV, 1–19, Rn. 2.

erläutern, spricht die Kommission nach Verweis auf den Grundsatz der Totalreparation immateriellen Schadensersatz zu.⁶⁸³ Ebenso ging die EECC von der Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden des Individuums aus. Zwar lehnte sie den Antrag Äthiopiens, die gesamte betroffene Bevölkerung mit einem immateriellen Schadensersatz in Höhe von USD 5,1 Mrd. zu entschädigen,⁶⁸⁴ mangels hinreichender Individualisierung der Ansprüche ab.⁶⁸⁵ Die Kommission berücksichtigte immaterielles Leid indes bei der Höhe anderer Schadensposten.⁶⁸⁶ Am Rande merkte die EECC an, dass nicht jedes Individuum immateriellen Schadensersatz erhalten könne, wenn eine große Personenzahl in einem großen Gebiet geschädigt werde. Ansonsten entstünde eine untragbare Kostenlast für den Schuldnerstaat.⁶⁸⁷ Hier zeigt sich eine bereits an anderer Stelle angedeutete Tendenz,⁶⁸⁸ bei einer großen Anzahl Geschädigter keinen vollen individuellen Ausgleich zu gewähren.

Allerdings berechnen die jeweiligen Spruchkörper immaterielle Schäden unterschiedlich.⁶⁸⁹ Auch die Abgrenzung zum Strafschadensersatz bzw. die Frage, wann immaterielle Schäden strafend wirken, ist ein wiederkehrendes Thema. Symptomatisch für die begrifflichen Unklarheiten ist das Sondervotum des Ad-Hoc-Richters Mampuya im *Diallo*-Fall, der den zugesprochenen Schadensersatz als unverhältnismäßig und daher strafend charakterisierte.⁶⁹⁰ Sicherlich ist dieses Sondervotum *cum grano salis* zu genießen. Vermutlich wollte der Ad-Hoc-Richter mit seiner Bewertung des vom IGH zugesprochenen immateriellen Schadensersatzes als (unzulässigem) Strafschadensersatz den Interessen der ihn benennenden Streitpartei, der Demokratischen Republik Kongo, entsprechen. Gleichwohl deuten

683 *Letelier and Moffitt (USA v. Chile)*, Sondervotum Professor Vicuña, 1992, RIAA XXV, 1–19, Rn. 21 und 23. Zwar zahlte Chile hier eine *ex-gratia*-Entschädigung (ohne Anerkennung der Verantwortlichkeit), allerdings wurde der Betrag so festgelegt, wie er nach geltendem Völkerrecht zu ermitteln wäre *Letelier and Moffitt (USA v. Chile)*, Sondervotum Professor Vicuña, 1992, RIAA XXV, 1–19, Rn. 1.

684 Vgl. EECC, *Final Award – Ethiopia’s Damages Claims*, 2009, RIAA XXVI, 631, Rn. 54.

685 Vgl. EECC, *Final Award – Ethiopia’s Damages Claims*, 2009, RIAA XXVI, 631, Rn. 61–63.

686 EECC, *Final Award – Ethiopia’s Damages Claims*, 2009, RIAA XXVI, 631, Rn. 65 und 326.

687 EECC, *Final Award – Ethiopia’s Damages Claims*, 2009, RIAA XXVI, 631, Rn. 61.

688 Siehe oben unter § 2 C. II.

689 Siehe oben die Nachweise in Fn. 681.

690 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Ad-Hoc-Richters Mampuya, 2012, I.C.J. Reports 2012, 403, 409 (Rn. 15).

seine Ausführungen auf ein generelles Problem des immateriellen Schadensersatzes hin. Sein Vorwurf erinnert an die bereits angeführten Beobachtungen, *Whitemans* zur frühen Praxis.⁶⁹¹ Damit bleibt die Einsicht, dass die Grenzen zwischen immateriellem Schadensersatz und Strafschadensersatz unklar bleiben.⁶⁹² Hinzu kommt, dass keine der Entscheidungen einen Definitionsversuch unternimmt. Insoweit werden die begrifflichen Unklarheiten mit einem Konsens über die grundsätzliche Existenz des Rechtsinstituts übertüncht.

Trotz verbleibender Fragen zum immateriellen Schadensersatz, die im Folgenden näher beleuchtet werden, ist unstreitig, dass immaterielle Schäden eines Individuums in zwischenstaatlichen Verfahren in Geld ersetzt werden. Deren Ersatzfähigkeit wird nicht einmal thematisiert.⁶⁹³ Zwar ließe sich die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden aufgrund ihrer Ursprünge im innerstaatlichen Privatrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut einordnen.⁶⁹⁴ Mittlerweile ist es jedoch überzeugender hierin eine Regel des Völkergewohnheitsrechts zu sehen.⁶⁹⁵ Nicht zuletzt spricht hierfür die lange Akzeptanz durch internationale Gerichte und Spruchkörper. Bereits 1917 hielt *Schoen* in seiner Abhandlung zur völkerrechtlichen Haftung die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden für einen Satz des Völkergewohnheitsrechts.⁶⁹⁶ Mag man an dieser Einschätzung im Jahr 1917 angesichts der oben besprochenen Entscheidungspraxis⁶⁹⁷ auch zweifeln, bestätigt in heutiger Zeit die Einmütigkeit der Entscheidungen des IGH, des ISGH und weiterer Schiedsgerichte die völkergewohnheitsrechtliche Verankerung der Regel.

Auch die oben vorgestellten Fallgruppen immaterieller Schadensersatzansprüche kehren nach 1945 wieder. Freiheitsentziehungen (in den seerechtlichen Fällen), Tötungen (in *Letelier and Moffitt*), und Ausweisungen (in *Diallo*) spielen weiterhin eine Rolle. Die Fälle der Rechtsschutzverweigerung sind selten geworden. Dieser Umstand sollte allerdings nicht überbewertet werden. Er dürfte bereits dadurch zu erklären sein, dass viele dieser Fälle mittlerweile in Individualverfahren vor Menschenrechts-

691 Siehe oben unter § 5 A. I. 3.

692 Siehe hierzu eingehend unten unter § 5 B. III.

693 Siehe hierzu oben beispielsweise für *Diallo* unter § 5 A. II. 1.

694 *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 10.

695 Vgl. bspw. *Wittich*, FinYbkIL 15 (2004), 333.

696 *Schoen*, ZV X (Ergänzungsheft 2) (1917), 130.

697 Siehe insbesondere oben unter § 5 A. I. 1.

gerichtshöfen⁶⁹⁸ oder Investitionsschiedsgerichten⁶⁹⁹ stattfinden. Zugleich zeigt sich, dass der völkerrechtliche Individualrechtsschutz auch als Orientierungshilfe für zwischenstaatliche Verfahren dient.⁷⁰⁰ Allerdings ist eine Tendenz erkennbar – jedenfalls beim IGH –, in zwischenstaatlichen Verfahren höhere Beträge auszuwerfen als in Individualverfahren.⁷⁰¹ Dies deutet darauf hin, dass sich die Entschädigungshöhen im Individualrechtsschutz und in zwischenstaatlichen Verfahren unterscheiden.

B. Begriff des immateriellen Schadens

Obgleich die analysierte Praxis gewisse Anhaltspunkte bietet, fällt doch auf, dass viele Entscheidungen immaterielle Schäden nicht definieren.⁷⁰² Deshalb bedarf es der näheren Konturierung des Begriffs des immateriellen Schadens, die dieser Abschnitt unternimmt.

Wie der Name nahelegt, sind immaterielle Schäden das Gegenstück zum materiellen Schaden. Mit dieser Tautologie ist jedoch noch kein Erkenntnisgewinn verbunden.⁷⁰³ Klar ist jedoch, dass es sich um einen Sammelbegriff handelt, dessen Referenzpunkt der Vermögensschaden ist.⁷⁰⁴ Es geht letztlich um solche Schäden, die weder Vermögen noch Einkommen betreffen und daher nicht objektiv oder im Hinblick auf einen Markt quantifizierbar sind.⁷⁰⁵ Auch dies bietet jedoch noch wenig Orientierung auf der Suche nach dem Begriff des immateriellen Schadens, zumal die Terminologie schwankt (I.) und letztlich nur die Aufgliederung in Teilaspekte immateriell-

698 Siehe zum immateriellen Schadensersatz vor solchen Gerichten unten unter § 8 bis § 10.

699 Siehe zum immateriellen Schadensersatz vor solchen Spruchkörpern unten unter § 11.

700 Vgl. IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 333 (Rn. 18) und 335 (Rn. 24); PCA, *Arctic Sunrise, Compensation*, 2017, PCA Case No. 2014–02, Rn. 82.

701 Siehe oben unter § 5 A. II. 1.

702 Vgl. allerdings IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 335 (Rn. 18). Hier nennt der IGH Beispiele aus der Schiedspraxis für immaterielle Schäden.

703 Wittich, FinYbkIL 15 (2004), 329.

704 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade, 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 367 (Rn. 52), der diese Konzeption ablehnt.

705 Wittich, FinYbkIL 15 (2004), 329. In der Praxis zeigen sich jedoch Unschärfen, wenn beispielsweise Heilbehandlungskosten den immateriellen Schäden zugerechnet werden (vgl. *Letelier and Moffitt (USA v. Chile)*, Sondervotum Professor Vicuña, 1992, RIAA XXV, 1–19, Rn. 10.). Trotz aller Nähe zu einem immateriellen Schaden sind Heilbehandlungskosten ein Vermögensschaden, vgl. auch Völkerrechtskommission,

ler Schäden eine Hilfestellung bei der Begriffsbildung bietet (II.). Zuletzt bedarf das bereits mehrfach aufgeblitzte Verhältnis des immateriellen Schadensersatzes zum Strafschadensersatz näherer Erläuterung (III.).

I. Begriffsvielfalt

Die Bezeichnungen für immaterielle Schäden schwanken. Der IGH, der ISGH und manche seerechtliche Annex-VII-Schiedsgerichte sprechen von “non-material injury”.⁷⁰⁶ Dagegen unterscheidet das Annex-VII-Schiedsgericht in der *Duzgit Integrity Arbitration* zwischen “non-material damages” und “moral damages”. Ersteres sei der Oberbegriff für Rufschäden und immaterielle Schäden der Besatzungsmitglieder. Letzteren Teilaspekt nennt es “moral damages”.⁷⁰⁷ “Moral damages” wiederum ist ein Begriff, der mit der französischen Wendung “prejudice morale” bereits in *Lusitania* anklingt⁷⁰⁸ und in der investitionsschutzrechtlichen Entscheidungspraxis Konjunktur hat.⁷⁰⁹ Dagegen spricht der EGMR mittlerweile von “non-pecuniary damages” und nicht von “moral damages”,⁷¹⁰ der als Sammelbegriff alle immateriellen Schäden umfasse. Diese kurze Umschau wirft die Frage auf, ob die Begriffe jeweils dasselbe meinen oder sich unterscheiden.

Die Antwort auf diese Frage ist vielschichtig. So merkt *Ichim* für den EGMR an, dass die Begriffe “moral damages” und “non-pecuniary damages” in der Regel synonym verwendet würden, obwohl der letztere umfassender sei.⁷¹¹ Dies legt nahe, dass der Unterschied nicht rein terminolo-

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

706 IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 333 (Rn. 18); IGH, *Armed Activities (Reparations)*, 2022, General List No. 116, Rn. 164; ISGH, *M/V Saiga (No. 2)*, 1999, Case No. 2, Rn. 171; zitiert in ISGH, *Virginia G Case*, 2014, Case No. 19, Rn. 433; PCA, *Arctic Sunrise, Compensation*, 2017, PCA Case No. 2014–02, Rn. 73.

707 PCA, *Duzgit Integrity, Reparation*, 2019, Case No. 2014–07, Rn. 180.

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

709 Vgl. ICSID, *Desert Line Projects LLC v. Yemen*, Schiedsspruch, 6. Februar 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289; siehe im Übrigen unter § 11 B.

710 Vgl. bspw. EGMR, *Case of Mehmet Ali Ayhan and others v. Turkey*, Urteil, 4. Juni 2019, Beschwerde-Nr. 4536/06 und 53282/07, Rn. 49.

711 *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 119. Nach seiner Auffassung erfasst “non-pecuniary damages” Personenschäden in umfassenderem Maße.

logisch ist, sondern auch einen Unterschied in der Sache markieren kann. In eine ähnliche Richtung deutet die *Duzgit Integrity Arbitration*, bei der die Verwendung unterschiedlicher Begriffe mit unterschiedlichen Ergebnissen einherging: Während das Schiedsgericht einen Rufschaden mangels ausreichender Nachweise ablehnte,⁷¹² sprach es “moral damages” für die festgesetzte Besatzung zu.⁷¹³ Gleichzeitig verweisen Entscheidungen des IGH oder des ISGH trotz abweichender eigener Terminologie auf den *Lusitania*-Fall, der “*prejudice morale*” verwendet hat.⁷¹⁴ Auch der AfGMRRV wechselte die Terminologie, ohne dass dies in der Sache einen Unterschied gemacht hätte.⁷¹⁵ Dagegen soll aus dem Wechsel der Terminologie beim IAGMR eine Erweiterung des Begriffs folgen.⁷¹⁶ Insgesamt erscheint die Lage diffus.

Deshalb sollten keine tiefgehenden Schlussfolgerungen aus den verwendeten Begriffen gezogen werden. Gerade bei national vorgeprägten Begriffen wie “moral damages”⁷¹⁷ läuft man sonst Gefahr, bewusst oder unbewusst Wertungen der eigenen Rechtsordnung in das Völkerrecht zu exportieren.⁷¹⁸ Wegen dieser Gefahr gehen für das Völkerrecht mit der Verwendung solcher Begriffe offensichtliche Schwierigkeiten einher.⁷¹⁹ Diese Schwierigkeiten spiegeln sich auch in der Terminologie und sodann auch bei der Bestimmung des Begriffsinhalts wider. Alleine hilfreich erscheint es deshalb, auf Grundlage der Entscheidungspraxis zu umreißen, welche Fallgruppen immaterieller Schäden anerkannt sind, um hierdurch den Begriff näher zu konturieren.

712 PCA, *Duzgit Integrity, Reparation*, 2019, Case No. 2014–07, Rn. 182.

713 PCA, *Duzgit Integrity, Reparation*, 2019, Case No. 2014–07, Rn. 183.

714 Vgl. IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 333 (Rn. 18); PCA, *Arctic Sunrise, Compensation*, 2017, PCA Case No. 2014–02, Rn. 83.

715 Siehe für Nachweise unten in Fn. 1576.

716 Siehe unten unter § 9 B.

717 Wittich, FinYbkIL 15 (2004), 329.

718 Vgl. die allgemeine Bemerkung *Crawfords*: “Now it is – or ought to be – true that we are all national lawyers first, before we specialize in international law or whatever else, and that we naturally use analogies and examples drawn from our legal education and experience. This has a structuring effect on how we analyse the rule of international law. In practice we cannot exclude analogies, which are often a useful starting point, but the crucial question is: what is the best or more apt analogy?“, *Crawford, Chance, Order, Change*, RdC 365 (2013), 19–389, 256 (Rn. 449).

719 *Crawford, State Responsibility*, 2013, S. 487.

II. Konturierung des Begriffs des immateriellen Schadens

Die Völkerrechtskommission fasst folgende Phänomene unter den Begriff des immateriellen Schadens: “loss of loved ones, pain and suffering as well as the affront to sensibilities associated with an intrusion on the person, home or private life.”⁷²⁰ Aus dieser Aufzählung ergibt sich bereits, dass der Begriff des immateriellen Schadens viele unterschiedliche Phänomene in sich vereint.⁷²¹ Eine ausdifferenziertere Ausarbeitung der groben Umschreibung der Völkerrechtskommission bietet *Wittich* auf der Grundlage der völkerrechtlichen Praxis an. Er schlägt vier Kategorien immaterieller Schäden vor: erstens immaterielle Folgen eines Personenschadens, zweitens das seelische Leiden durch Erniedrigung, Scham, Herabsetzung, den Verlust Angehöriger oder den Verlust an Lebensfreude, drittens krankhafte psychische Leiden und viertens den Affront des Rechtsbruches, d. h. den reinen Rechtsschaden.⁷²² Dagegen unterscheidet *Sabahi* drei Kategorien immaterieller Schäden. So kann der Schaden in der Verletzung der Person eines Menschen (d. h. die Verletzung der Würde, der körperlichen Integrität oder anderer immaterieller Interessen) oder seines Rufs liegen. Zusätzlich kann ein immaterieller Schaden in einem reinen Rechtsschaden bestehen.⁷²³

Die Gegenüberstellung beider Aufgliederungen zeigt zunächst, dass hinsichtlich eines Kerns immaterieller Schäden in Form von Leiden und Schmerzen eines Menschen zwischen beiden Einigkeit besteht. Zwar fächert *Wittich* diesen Punkt weiter auf als *Sabahi*, inhaltliche Unterschiede sind indes nicht ersichtlich. Jedoch dürften *Wittichs* Kategorien nicht trenn-

720 Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 101 (Art. 36 Rn. 16) und 92 (Art. 31 Rn. 5).

721 IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 333 (Rn. 18); vgl. bereits *Personnaz*, La Réparation du Préjudice en Droit International Public, 1939, S. 202.

722 *Wittich*, FinYbkIL 15 (2004), 329 f.; zustimmend *Dumberry*, Moral Damages, in: Beharry (Hrsg.), Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, 2018, 142–167, 144 f.

723 *Sabahi*, Compensation and Restitution, 2011, 136–137; vgl. für die zustimmende Rezeption in der investitionsschutzrechtlichen Literatur *Blake*, Moral Damages in Investment Arbitration: A Role for Human Rights?, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 371–407, 374; *Champagne*, Moral Damages left in Limbo, McGill Journal of Dispute Resolution 1 (2015), 16–42, 19; *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 488 f.; ähnlich auch *Weber*, Demystifying Moral Damages in International Investment Arbitration, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 19 (2020), 417–450, 420.

scharf unterscheidbar sein.⁷²⁴ Angesichts der Orientierungswirkung dieser Feingliederung erscheint es dennoch angebracht, *Wittichs* Kategorien als Unterfälle *Sabahis* erster Kategorie der Verletzung der Person und Persönlichkeit zu verstehen. In jedem Fall dürfte es sich bei dieser Kategorie um einen gesicherten Bestand immaterieller Schäden handeln, wie sich auch aus der bereits besprochenen Entscheidungspraxis ergibt.⁷²⁵ Mehr Diskussionsbedarf besteht dagegen hinsichtlich der Kategorie der Rufschäden, die nur *Sabahi* nennt, und hinsichtlich der von beiden aufgeführten Kategorie des Rechtsschadens.

Rufschäden kommen in *Wittichs* Aufgliederung nicht vor, obwohl Rechtsprechung und Literatur diesen Schadensposten regelmäßig als immateriellen Schaden klassifizieren.⁷²⁶ Weil an der Ersatzfähigkeit eines Rufschadens keine grundsätzlichen Zweifel bestehen, kann die Frage alleine sein, ob Rufschäden Vermögens- oder Nichtvermögensschäden sind. Für eine juristische Person ist der Ruf jedenfalls zum Teil ein wirtschaftlicher Wert, der sich beispielsweise in (höheren oder geringeren) Finanzierungskosten niederschlägt. Insofern handelt es sich um einen Vermögensschaden, d. h. einen materiellen Schaden.⁷²⁷ Allerdings hat die Rufschädigung einer Privatperson grundsätzlich keinen Marktwert und ist daher ein Nichtvermögensschaden. Deshalb haben Rufschäden zumindest eine Doppelnatur. Mithin ist es folgerichtig, sie *auch* unter den Begriff des immateriellen Schadens zu fassen.⁷²⁸ Rufschäden gleichwohl lediglich als materiellen

724 Dies konzidiert auch *Wittich*, der dementsprechend eher von einer theoretischen Unterteilung spricht, *Wittich*, FinYbkIL 15 (2004), 330.

725 Siehe oben unter § 5 A. I und II. Vgl. beispielhaft EGMR, Practice Direction: Just Satisfaction Claims, 2007, abrufbar unter: <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/rules&c=> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 13.

726 Vgl. bspw. IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 334 (Rn. 21); vgl. in der neueren Literatur *Dumberry*, Moral Damages, in: *Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, 142, 144 f.; vgl. bereits *Laïs*, Rechtsfolgen völkerrechtlicher Delikte, 1932, S. 129.

727 Vgl. hierzu eingehender *Cazala*, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l'Investissement, in: *Mélanges offerts à Charles Leben*, 2015, 269–283, 272 f.; vgl. aus der investitionsschutzrechtlichen Schiedspraxis ICSID, *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Schiedsspruch, 6. Mai 2013, Case No. ARB/06/3, Rn. 289.

728 Zur Vermeidung einer Doppelkompensation darf derselbe Rufschaden jedoch nicht als materieller und als immaterieller Schaden ersetzt werden *Sabahi*, *Compensation and Restitution*, 2011, S. 137 f.

Schaden zu verstehen,⁷²⁹ findet indessen keinen Rückhalt in der Praxis.⁷³⁰ Wittichs Kategorisierung ist folglich nicht umfassend genug und bedarf der Ergänzung durch den Rufschaden.

Weitaus problematischer als der Rufschaden ist die Kategorie des Rechtsschadens.⁷³¹ Bei einem Rechtsschaden soll der Verstoß gegen eine (völkerrechtliche) Pflicht zugleich einen immateriellen Schaden hervorrufen.⁷³² Mit anderen Worten geht die Rechtsverletzung im Schaden auf.⁷³³ Daher geht das Konzept des Rechtsschadens über den Begriff des immateriellen Schadens hinaus.⁷³⁴ Gleichwohl nutzt die Entscheidungspraxis die Begriffe “moral” und “legal damage” zum Teil synonym⁷³⁵ und auch die Literatur vermischt die Begriffe.⁷³⁶ So argumentiert beispielsweise *Moyano García*,

729 Vgl. von Barga, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 83.

730 Vgl. bereits *Fabiani (France v. Venezuela)*, 1896, in: Moore (Hrsg.), History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, Bd. 5, 1898, 4878, 4913; Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 23, 40; IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 334 (Rn. 21).

731 Der englischsprachige Diskurs benutzt die Ausdrücke “legal injury” und “legal damage” im Wesentlichen synonym (vgl. Wittich, FinYbkIL 15 (2004), 347). Das entspricht dem englischen Sprachgebrauch, nach dem “injury” und “damage” Synonyme für den eingetretenen Schaden sein können (Garner, Black’s Law Dictionary, 11. Auflage, 2019, S. 488 und 939). Jedoch unterscheiden die ARSIWA zwischen “injury” (d. h. der Verletzung eines Rechts oder rechtlich geschützten Interesses) und “damage” (d. h. dem konkreten Schaden im Sinne einer Einbuße) (*Crawford, State Responsibility*, 2013, S. 55). Da beide Begriffe (“legal injury” und “legal damage”) umschreiben sollen, dass in der Rechtsverletzung auch ein die Staatenverantwortlichkeit auslösender Schaden liegt, ist die Übersetzung als Rechtsschaden ins Deutsche vorzugswürdig, ebenso Wolf, Gibt es im Völkerrecht einen einheitlichen Schadensbegriff?, *ZaöRV* 49 (1989), 403–444, 432.

732 Diese Konzeption geht wohl auf *Anzilotti, La Responsabilité Internationale des États à Raison des Dommages Soufferts par des Étrangers*, R.G.D.I.P XIII (1906), 5–29, 13 zurück.

733 Allenfalls ließe sich die in der Verletzung liegende Missachtung von Wert und Würde des anderen Staates als Schaden konstruieren, *Anzilotti*, R.G.D.I.P XIII (1906), 14; Wolf, *ZaöRV* 49 (1989), 441.

734 *Crawford, State Responsibility*, 2013, S. 58.

735 *Rainbow Warrior Case (New Zealand / France)*, 1990, RIAA XX, 215–284, Rn. 122. Jedoch scheint die Formulierung hier auf dem entsprechenden Sprachgebrauch der französischen Seite zu beruhen. In der Folge spricht er nicht zwingend dafür, dass das Schiedsgericht beide Begriffe gleichsetzen wollte.

736 Vgl. bereits die Einschätzung bei *Bollecker-Stern, Le Préjudice dans la Théorie de la Responsabilité Internationale*, 1973, S. 34

dass der IGH einen Rechtsschaden in *Diallo* bejaht habe, als er aus der Verletzung einen immateriellen Schaden gefolgert habe.⁷³⁷

Unabhängig von begrifflichen Unklarheiten, die uns im Zusammenhang mit immateriellem Schadensersatz bereits mehrfach begegnet sind,⁷³⁸ befürworten manche das Konzept eines Rechtsschadens. Traditionell ging es ihnen um den Rechtsschaden des Staates.⁷³⁹ Zum besseren Verständnis solcher Positionen⁷⁴⁰ ist es wichtig zu verstehen, dass sie auf einer von den ARSIWA abweichenden Konzeption der Staatenverantwortlichkeit beruhen. Sofern man nämlich den Schaden als eine Grundvoraussetzung der Staatenverantwortlichkeit ansieht,⁷⁴¹ bedeutet ein Schaden durch die bloße Rechtsverletzung zweierlei: Eine solche Fiktion ermöglicht erstens, die Verantwortlichkeit trotz eines im Übrigen fehlenden Schadens zu begründen. Das eröffnet zweitens Drittstaaten die Möglichkeit, Gemeinschaftsinteressen geltend zu machen, weil diese in der Gestalt des Rechtsschadens einen eigenen Schaden erleiden können.

Die ARSIWA erwähnen den Rechtsschaden nicht,⁷⁴² adressieren jedoch die beiden aufgeworfenen Problemkreise. So eröffnet einerseits die Figur des "State other than an injured State" Drittstaaten die Geltendmachung eines Völkerrechtsverstößes (Art. 48 ARSIWA) und andererseits besteht die

737 *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 489. Diese Ansicht überzeugt aus zwei Gründen nicht. Zunächst hat der IGH hier eine Beweislast- oder Vermutungsregel etabliert (siehe hierzu oben unter § 5 A. II. 1.). Zudem folgt der Schaden hier nicht aus der fehlenden Rechtstreue der Demokratischen Republik Kongo, sondern dem Leid, das dessen Verletzungen tatsächlich hervorge-rufen hat: "Thus, it is reasonable to conclude that the DRC's wrongful conduct caused Mr. Diallo significant psychological suffering and loss of reputation." IGH, *Diallo* (Compensation), Erklärung des Richters Greenwood, 2012, I.C.J. Reports 2012, 391, 334 (Rn. 21).

738 Siehe oben unter § 5 B. I.

739 Vgl. Wittich, FinYbkIL 15 (2004), 47.

740 Vgl. Bollecker-Stern, Le Préjudice dans la Théorie de la Responsabilité Internationale, 1973, insbesondere S. 57 f.; Wolf, ZaöRV 49 (1989), 432 f.; vgl. in neuerer Zeit Stern, The Elements of An Internationally Wrongful Act, in: Crawford/Pellet/Olleson/Parlett (Hrsg.), The Law of International Responsibility, 2010, 193–218, 194.

741 Vgl. Art. 1 Abs. 1 Harvard Draft Convention abgedruckt in: Sohn/Baxter, Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens, AJIL 55 (1961), 545–584; Amerasinghe, State Responsibility for Injuries to Aliens, 1967, S. 55.

742 Vgl. zu den unterschiedlichen Positionen in der Völkerrechtskommission näher Völkerrechtskommission, Summary Records of the First Part of the Fifty-Third Session, 2001, ILCYbk 2001, Bd. 1, S. 264. Simma war der Auffassung, dass die ARSIWA das Problem überspielen würden; zustimmend Crawford, State Responsibility, 2013, S. 487.

Haftung unabhängig von einem Schaden (Artt. 2, 28 ARSIWA).⁷⁴³ Beide Regelungen nehmen dem Rechtsschaden seine Relevanz. Der Rechtsschaden wird hierdurch, wie *Wittich* anmerkt, letztlich zu einem alternativen Begriff für die Rechtswidrigkeit,⁷⁴⁴ dessen es nach den ARSIWA nicht bedarf. Insbesondere behaupten die Befürworter eines solchen Rechtsschadens nicht, dass aus solchen Schäden eine Geldentschädigung folgen soll, sondern sie plädieren nur für die Anwendung der anderen Folgen der Staatenverantwortlichkeit, also die Pflicht zum Abstellen der Verletzung und die Einforderung von Garantien der Nichtwiederholung. Im Rahmen der ARSIWA können Drittstaaten sich ebenfalls auf diese Rechtsfolgen berufen (Art. 48 Abs. 2 lit. a ARSIWA). Auch hinsichtlich des Kreises der aktivlegitimierten Staaten besteht in der Sache wohl kein Unterschied.⁷⁴⁵ Folglich geht es alleine um eine zweckmäßige Terminologie und Systematik.

Dabei erscheint der Ansatz der ARSIWA plausibler als das Konzept eines Rechtsschadens. Es ist jedenfalls reichlich künstlich, in dem Verstoß gegen einen multilateralen Menschenrechtsvertrag den Schaden einer jeden anderen Vertragspartei zu sehen.⁷⁴⁶ Entscheidend spricht gegen einen Rechtsschaden, dass er Verwechslungen mit dem immateriellen Schaden provoziert. Um hier für mehr Klarheit zu sorgen, ist es vorzugswürdig, die Rechtsverletzung vom (immateriellen) Schaden zu scheiden und eine zusätzliche seelische Einbuße zu verlangen. Hierzu bietet die Umschreibung der Völkerrechtskommission einen guten Anhaltspunkt, die symbolische Auswirkungen der Verletzung als einen Regelfall für einen immateriellen Schaden des Staates nennt.⁷⁴⁷ Aus diesem Ansatz folgt jedenfalls, dass die Rechtsverletzung als solche nicht genügt und noch ein Mehr hinzukommen muss. Was dieses Mehr ist, deutet ein Blick auf in der Staatenpraxis anerkannte Anwendungsfälle an. Man denke etwa an die Beleidigung der

743 Vgl. auch IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall Advisory Opinion*, 2004, I.C.J. Reports 2004, 136, 197 (Rn. 147).

744 *Wittich*, FinYbkIL 15 (2004), 350.

745 Vgl. *Stern*, The Elements of An Internationally Wrongful Act, in: The Law of International Responsibility, 193, 197–200.

746 *Wittich*, FinYbkIL 15 (2004), 348.

747 Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 106 (Art. 37 Rn. 3).

Nationalflagge.⁷⁴⁸ Trotz verbleibender Unschärfe überwiegt das Interesse an begrifflicher Klarheit.⁷⁴⁹

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass der Rechtsschaden vor allem für die direkte Verletzung des Staates und weniger für die Schädigung des Individuums virulent wird. Für den Individualrechtsschutz dürfte sich der Rechtsschaden jedenfalls nicht durchgesetzt haben. So erkennt die Rechtsprechung des EGMR den Rechtsschaden nicht als eine eigene Schadenskategorie an.⁷⁵⁰ Auch im Investitionsschutzrecht besteht für diese Rechtsfigur kein Raum. Jedenfalls ein Geldersatz dürfte ausscheiden.⁷⁵¹ Denn die investitionsschutzrechtliche Schiedspraxis ersetzt immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen in Geld.⁷⁵² Wenn schon immaterielle Schäden nur bei einer besonderen Schwere in Geld ersetzt werden, werden reine Rechtsschäden erst recht nicht in Geld ersetzt. Zwar hat ein Sondervotum vorgeschlagen, bei einem "Rechtsschaden" eine Kostenentscheidung zugunsten des Investors zu fällen.⁷⁵³ Dieser Vorschlag konnte sich indes nicht durchsetzen. Insgesamt ist der Rechtsschaden als Konzept entbehrlich, weil er vollkommen in der Rechtsverletzung aufgeht. Seiner gesonderten Aufführung bedarf es nicht.

Daraus ergibt sich sodann folgende Untergliederung für ersatzfähige immaterielle Schäden im Völkerrecht:

- Schädigung der menschlichen Person, insbesondere

748 Vgl. für weitere Beispiele Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 106 (Art. 37 Rn. 4).

749 Vgl. auch *Epiney*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Privater, 1992, S. 76 f., die zudem Verwirrungen hinsichtlich der Notwendigkeit eines Schadens für die Entstehung der Staatenverantwortlichkeit befürchtet.

750 Vgl. *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 119; siehe zum Erfordernis eines echten immateriellen Schadens in der Rechtsprechung des EGMR als Voraussetzung für einen Anspruch nach Art. 41 EMRK unten unter § 8 A. I.

751 Vgl. *Marboe*, Damages in Investor-State Arbitration: Current Issues and Challenges, International Investment Law and Arbitration 2 (2018), 1–86, 62, die darauf hinweist, dass in solchen Fällen auch im zwischenstaatlichen Verkehr die Feststellung der Rechtsverletzung in der Regel ausreiche.

752 Siehe hierzu eingehend unten unter § 11 B. III.

753 Vgl. ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, Sondervotum des Schiedsrichters Gary Born, 18. Juli 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 33 (der allerdings in diesem Fall, indem ein materieller Schaden fehlte, angesichts der Rechtsverstöße Tansanias von "moral damages" spricht); *Marboe*, International Investment Law and Arbitration 2 (2018), 62.

- immaterielle Folgen der Schäden am menschlichen Körper (insbesondere Schmerzen),
- seelische Leiden wie Erniedrigung, Scham, Herabsetzung, den Verlust Angehöriger oder den Verlust an Lebensfreude,
- krankhafte psychische Leiden,
- Rufschäden.

III. Immaterieller Schadensersatz und Strafschadensersatz

Sowohl die Literatur als auch die Entscheidungspraxis vermengen den immateriellen Schadensersatz oftmals mit einem Strafschadensersatz.⁷⁵⁴ Deshalb bedarf es näherer Erläuterung, wie sich immaterieller Schadensersatz und Strafschadensersatz zueinander verhalten und warum diese vermengt werden.

Der Strafschadensersatz⁷⁵⁵ ist ein dem *Common Law* entstammendes Rechtsinstitut, das Geschädigten über die Kompensation des erlittenen Schadens hinaus eine Geldsumme wegen des rücksichtslosen, böswilligen oder absichtlichen Verhaltens der schädigenden Person gewährt.⁷⁵⁶ Kontinentaleuropäische Rechtssysteme lehnen einen Strafschadensersatz traditionell ab.⁷⁵⁷ Theoretisch ist der immaterielle Schadensersatz klar vom Strafschadensersatz zu unterscheiden: Während immaterieller Schadensersatz dem Schadensausgleich dient, soll der Strafschadensersatz darüber hinaus bestrafen, vergelten oder abschrecken.⁷⁵⁸ Wie schwierig diese Grenz-

754 Vgl. beispielhaft ICSID, *Waguih Elie Goerge Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Schiedsspruch, 1. Juni 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 544 f.; *Jagusch und Sebastian* argumentieren, dass es jedenfalls zwei unterschiedliche Verständnisse des immateriellen Schadensersatzes gebe: ein kompensatorisches und ein strafendes, vgl. *Jagusch/Sebastian*, *Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?*, *Arbitration International* 29 (2013), 45–62, 53 f.; vgl. zur Nähe von immateriellem Schadensersatz und Strafschadensersatz *Gotanda*, *JWIT* 10 (2009), 556.

755 Der gängige englischsprachige Begriff ist “punitive damages”, wobei zuweilen auch die Begriffe “exemplary damages” und “aggravated damages” synonym verwendet werden, *Wittich*, *Punitive Damages*, in: Crawford/Pellet/Olleson/Parlett (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, 2010, 667–675, 667.

756 Garner, *Black’s Law Dictionary*, II. Auflage, 2019, S. 491.

757 Vgl. für das deutsche Recht BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 1994, Az. 1 BvR 1279/94, BVerfGE 91, 335, 343.

758 U.S. Supreme Court, *Cooper Industries Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, Urteil, 14. Mai 2001, 121 S. Ct. 1678, 1683.

ziehung ist, verdeutlicht das englischen Recht. Dieses fügt in Ansehung des Verhaltens der schädigenden Person einen zusätzlichen Betrag als “aggravated damages” zum Schadensersatz hinzu, der zwar kompensatorisch angelegt ist, aber auch strafen soll.⁷⁵⁹ Gleichwohl ist die Abgrenzung zwischen Strafschadensersatz und immateriellem Schadensersatz konzeptionell anhand des jeweils verfolgten Zwecks relativ klar und findet auch in der völkerrechtlichen Entscheidungspraxis Anhänger.⁷⁶⁰ Dessen ungeachtet vermischen Praxis und Literatur zuweilen beide Kategorien.⁷⁶¹ Dieses Phänomen hat zumindest zwei unterschiedliche, aber einander überlappende Ursachen, welche die folgenden Absätze näher herausarbeiten. Die Kenntnis dieser Ursachen liefert keine klare Abgrenzung des immateriellen Schadensersatzes vom Strafschadensersatz, erleichtert aber, das Problem zu verstehen.

Einen ersten Anhaltspunkt zur Erklärung der völkerrechtlichen Diskussionen um den Strafschadensersatz⁷⁶² bietet ein Seitenblick auf die Berechnung des immateriellen Schadensersatzes. Die Formel des StIGH, dass der Schadensersatz alle Folgen des Völkerrechtsbruches ausmerzen solle,⁷⁶³ hilft bei der Quantifizierung immaterieller Schäden nicht weiter. Es fehlt der Maßstab, wie Nichtvermögensschäden ausgemerzt werden könnten. Nichtvermögensschäden haben keinen Marktwert. Es gibt keinen Geldbetrag, der die verlorene Ehre “wiederherstellen” oder den erlittenen Schmerz ungeschehen machen könnte. Schon die Formulierungen sind für immaterielle Schäden sinnlos.⁷⁶⁴ Die Höhe des immateriellen Schadensersatzes bestimmt sich daher alleine nach sozialen Konventionen.⁷⁶⁵ Dementsprechend bemisst der IGH den immateriellen Schadensersatz nach Billigkeits-

759 Lunney/Nolan/Oliphant, Tort Law, 2017, S. 891 f.

760 Vgl. bereits Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 23, 40.

761 Siehe die Nachweise oben in Fn. 754.

762 Vgl. eingehend Jørgensen, A Reappraisal of Punitive Damages in International Law, BYIL 68 (1997), 247–266.

763 Vgl. StIGH, *Factory at Chorzów (Merits)*, 1928, Series A, No. 17, 4, 47.

764 Reitzer, La Réparation comme Conséquence de l'Acte Illicite en Droit International, 1938, S. 121.

765 Altwicker-Hámori/Altwicker/Peters, Measuring Violations of Human Rights – An Empirical Analysis of Awards in Respect of Non-Pecuniary Damage under the European Convention on Human Rights, ZaöRV 76 (2016), 1–51, 6; vgl. für das Deliktsrecht Rogers, Art. 10:301 Non-Pecuniary Damage, in: European Group on Tort Law (Hrsg.), Principles of European Tort Law, 2005, 171–178, 173.

gesichtspunkten.⁷⁶⁶ An dieser Stelle gehen immaterieller Schadensersatz und Strafschadensersatz aus der Sicht mancher ineinander über: Wenn die Begründung für die konkrete Schadenssumme dürftig ist und die Summe in keinem Verhältnis zum erlittenen immateriellen Schaden zu stehen scheint, liegt die Vermutung eines versteckten Strafschadensersatzes nahe.⁷⁶⁷ Hier dürften sich die unterschiedlichen nationalen Rechtstraditionen besonders stark auswirken. Das deutsche Recht lehnt beispielsweise einen Strafschadensersatz ab, spricht aber dem immateriellen Schadensersatz eine Genugtuungsfunktion zu.⁷⁶⁸ Daher erscheinen nach einem solchen Verständnis selbst erhöhte Schadensersatzsummen nicht unbedingt als strafend. Demgegenüber ist der Anteil eines Schadensersatzes, der über eine Kompensation hinauszugehen scheint, aus anglo-amerikanischer Sicht naheliegender Weise ein Strafschadensersatz.⁷⁶⁹ Was sich hier also zeigt, ist die Bedeutung nationalstaatlicher Vorprägungen: Autor*innen aus der *Civil-Law*-Tradition sehen in den entsprechenden Entscheidungen selten einen Strafschadensersatz,⁷⁷⁰ während Autor*innen aus dem *Common Law* das ihnen vertraute Institut zu erkennen meinen.⁷⁷¹ Damit soll nicht gesagt sein, dass die eine oder die andere Deutung richtig ist. Vielmehr zeigt

766 IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 334 (Rn. 24).

767 Vgl. *Whiteman*, Damages in International Law, 1937, S. 628; *Eagleton*, Measure of Damages in International Law, AJIL 39 (1929), 52–75, 66; *Gray*, Judicial Remedies, 1987, S. 27 f. (die einen Strafschadensersatz im Völkerrecht als Fremdkörper wahrnimmt); *Jørgensen*, BYIL 68 (1997), 266.

768 BGH, Beschluss vom 6. Juli 1955, Az. GSZ 1/55, BGHZ 18, 149, 154 f. Die Genugtuungsfunktion des immateriellen Schadenersatzes kennen auch Griechenland (*Kerameus*, Greece, in: Rogers (Hrsg.), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, 2001, 129–134, Rn. 8) oder die Niederlande (*Wissink/van Boom*, The Netherlands, in: Rogers (Hrsg.), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, 2001, 155–172, Rn. 18), während die österreichische Rechtsordnung eine solche Funktion ablehnt (*Koziol/Karner*, Austria, in: Rogers (Hrsg.), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, 2001, 1–27, Rn. 31).

769 Allerdings unterscheidet der BGH zwischen der Genugtuungsfunktion des immateriellen Schadensersatzes nach deutschem Recht und dem Strafschadensersatz US-amerikanischer Provenienz anhand der Ziele und der zu berücksichtigenden Faktoren BGH, Beschluss vom 4. Juni 1992, Az. IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312, 339 f.

770 *Wittich*, Punitive Damages, in: The Law of International Responsibility, 667, 668 f.

771 Siehe die Nachweise oben in Fn. 767. Allerdings ist diese Unterscheidung nur grob und auch der im *Common Law* ausgebildete *Crawford* sieht in erhöhten Schadenssummen eben keinen Strafschadensersatz, *Crawford*, State Responsibility, 2013, S. 526, während beispielsweise der Chilene Orrego Vicuña die entgegengesetzte Position vertritt, *Letelier and Moffitt (USA v. Chile)*, Sondervotum Professor Vicuña, 1992, RIAA XXV, 1–19, Rn. 6.

sich die Relevanz der eigenen nationalen Vorbildung. Damit scheinen an dieser Stelle die Folgen einer Anleihe beim innerstaatlichen Privatrecht im Völkerrecht auf.

Zu den Auswirkungen der nationalen Vorbildungen dürfte ein inhaltlicher Aspekt hinzutreten. Im Völkerrecht ist die Zulässigkeit des Strafschadensersatzes strittig. Eine Mehrheit lehnt einen solchen Schadensersatz aus unterschiedlichen Gründen ab. Es soll an einer ausreichenden Praxis als Grundlage für ein solches Rechtsinstitut fehlen⁷⁷² oder es soll der Völkerrechtsordnung widersprechen, einen souveränen Staat für sein Verhalten zu bestrafen.⁷⁷³ Dagegen gilt der Ersatz immaterieller Schäden als Regel des Völkergewohnheitsrechts. Diese Lage erklärt, warum internationale Spruchkörper jede Nähe zum Strafschadensersatz meiden.⁷⁷⁴ In der Folge sind wissenschaftliche Untersuchungen zum Strafschadensersatz darauf angewiesen, zu fragen, inwieweit Entscheidungen zu immateriellen Schäden nicht *tatsächlich* einen Strafschadensersatz betreffen.⁷⁷⁵ Für solche Untersuchungen bieten die oben beschriebenen Unwägbarkeiten der Quantifizierung immaterieller Schäden gepaart mit zum Teil dürftigen Begründungen einen perfekten Nährboden. Zugleich fördern sie die Vermengung des Strafschadensersatzes mit dem immateriellen Schadensersatz.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass bei den Diskussionen um Strafschadensersatz und immateriellen Schadensersatz unterschiedliche Aspekte ineinander übergehen. Da sind einerseits die Einflüsse unterschiedlicher Rechtstraditionen und andererseits ein Streit in der Sache über Funktion und Ausgestaltung des Schadensersatzes im Völkerrecht. Letztlich sind die Probleme um Strafschadensersatz und immateriellen Schadensersatz symptomatisch für die Ungewissheiten in der Anwendung des Schadensersatzes im Völkerrecht und die lückenfüllende Funktion, die nationale Vorverständnisse bzw. Vorprägungen übernehmen. Gleichwohl sollten im-

772 Vgl. Wittich, *Austrian Review of International and European Law* 3 (1998), 154–157; so wohl auch Gray, *Judicial Remedies*, 1987, S. 28.

773 Vgl. hierfür die klassische Formulierung der Deutsch-Amerikanischen Gemischten Schiedskommission: “It is our opinion that as between sovereign nations the question of the right and power to impose penalties, unlimited in amount, is political rather than legal in its nature, and therefore not a subject within the jurisdiction of this Commission.” (Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 43).

774 Vgl. bereits Whiteman, *Damages in International Law*, 1937, S. 1874.

775 Vgl. beispielhaft Jørgensen, *BYIL* 68 (1997), 248 f. in Bezug auf Amerikanisch-Mexikanische Gemischte Schiedskommission, *Janes Case*, 1925, RIAA IV, 82–98.

materieller und Strafschadensersatz in der Sache anhand der verfolgten Funktion geschieden werden, weil ersterer einen starken Rückhalt in der Praxis findet,⁷⁷⁶ während dieser letzterem fehlt.⁷⁷⁷

C. Voraussetzungen für den Ersatz immaterieller Schäden

In der später näher zu analysierenden investitionsschutzrechtlichen Schiedspraxis hat sich eine über die bloße Existenz eines immateriellen Schadens hinausgehende Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden in Geld herauskristallisiert: Es müssen außergewöhnliche Umstände vorliegen.⁷⁷⁸ Bei allen Ungewissheiten meint dies letztlich eine Anforderung an die Schwere der Verletzung oder des Schadens, die insbesondere körperliche Auswirkungen voraussetzen scheint.⁷⁷⁹ Erstaunlicherweise verweisen Schiedsgerichte auf die *Lusitania*-Entscheidung als Grundlage dieser Voraussetzung.⁷⁸⁰ Diese Rezeption impliziert, dass auch die ältere Praxis ein solches Kriterium kannte, was dieser Abschnitt näher untersuchen soll. Obgleich die Begründung des Unparteiischen in *Lusitania* selbst keinen Hinweis hierauf bietet, sprechen die Sachverhalte früher Schiedssprüche zunächst für eine solche Voraussetzung. Viele der oben⁷⁸¹ besprochenen Fälle hatten außergewöhnliche Situationen zur Grundlage.⁷⁸² Allerdings ist es ein Fehlschluss, aus diesen Sachverhalten eine entsprechende Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden im Völkerrecht zu ziehen.⁷⁸³ Hierfür sprechen jedenfalls vier Gründe.

Zunächst ist eine solche Schlussfolgerung nicht mit einem der Grundprinzipien des Rechts der Staatenverantwortlichkeit vereinbar, dem Grund-

776 Siehe oben unter § 5 A.

777 Wittich, Punitive Damages, in: The Law of International Responsibility, 667, 674 f.

778 Siehe unten insbesondere unter § 11 B. III.

779 Siehe hierzu eingehend unten unter § 11 B. III. 2.

780 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289; ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 329 f.; ICSID, *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Schiedsspruch, 8. April 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 591; zustimmend *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 199 f.

781 Siehe oben unter § 5 A. I. und II.

782 *Dumberry/Cusson*, Journal of Damages in International Arbitration 1 (2014), 56–62.

783 *Dumberry/Cusson*, Journal of Damages in International Arbitration 1 (2014), 62.

satz der Totalreparation (1.).⁷⁸⁴ Denn hiernach ist jeder Schaden zu ersetzen, unabhängig davon, ob die Umstände außergewöhnlich sind. Hätten der IGH oder andere Spruchkörper von diesem Grundsatz abweichen wollen, hätten sie dies sicherlich ausdrücklich getan.

Noch wichtiger aber ist eine zweite Beobachtung: Denn ein genauerer Blick auf die Entscheidungen im zwischenstaatlichen Völkerrecht belegt, dass diesen nicht ausnahmslos außergewöhnliche Sachverhalte zugrunde liegen (2.). So konnte Malta in der bereits oben besprochenen *Duzgit Integrity Arbitration*⁷⁸⁵ erfolgreich immateriellen Schadensersatz für die Festsetzung der Schiffsbesatzung erhalten, obwohl die Besatzung nicht schlecht behandelt worden war und an die lange Abwesenheit von Zuhause gewöhnt war.⁷⁸⁶ Damit war der erlittene Schaden – ungeachtet der Dauer der Festsetzung (214 Tagen)⁷⁸⁷ – deutlich geringer als in *Lusitania* oder anderen Fällen. Dass nicht einmal körperliche Auswirkungen notwendig sind, belegt der oben besprochene *Fabiani*-Fall, indem Herr Fabiani zum Ausgleich für die Rechtsschutzverweigerung Venezuelas immateriellen Schadensersatz erhalten hat.⁷⁸⁸ Obgleich der Schiedsrichter die Schwere der Verstöße Venezuelas hervorhob,⁷⁸⁹ belegt die Entscheidung jedenfalls, dass der Ersatz immaterieller Schäden keine körperlichen Auswirkungen erfordert.

Im Übrigen lässt sich die große Häufigkeit schwerwiegender Verletzungen im zwischenstaatlichen Völkerrecht leicht erklären (3.). Immaterielle Schadensersatzansprüche eines Individuums setzen im zwischenstaatlichen Völkerrecht voraus, dass der Staatsangehörigkeitsstaat diesen Anspruch im Wege des diplomatischen Schutzes geltend macht.⁷⁹⁰ Da ein solcher Schritt notwendigerweise politische, diplomatische und andere Folgen zeitigt, machen Staaten Ansprüche auf diesem Weg nur geltend, wenn diese eine ausreichende Schwere oder Bedeutung besitzen. Somit ist die Auswahl an Fällen stark durch diese Entscheidung beeinflusst. Im Gegenzug sollte

784 Vgl. StIGH, *Factory at Chorzów (Merits)*, 1928, Series A, No. 17, 4, 47; vgl. auch *Dumberry*, Moral Damages, in: *Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, 142, 157.

785 Siehe oben unter § 5 A. II. 2.

786 PCA, *Duzgit Integrity, Reparation*, 2019, Case No. 2014–07, Rn. 184.

787 PCA, *Duzgit Integrity, Reparation*, 2019, Case No. 2014–07, Rn. 184.

788 Siehe oben unter § 5 A. I. 2.

789 *Fabiani (France v. Venezuela)*, 1896, in: Moore (Hrsg.), *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Bd. 5, 1898, 4878, 4905.

790 Siehe oben unter § 4 C.

die relative Häufigkeit der Fälle schwerwiegender Verletzungen nicht zur Schlussfolgerung verleiten, dass *nur* in diesen Fällen ein solcher Anspruch bestehe. Deshalb ist die folgende Zusammenfassung *Arangio-Ruiz*’ zutreffend: “international tribunals have always granted pecuniary compensation, *whenever* they deemed it necessary, for moral injury to private parties.”⁷⁹¹

Zuletzt findet sich nur in einer Entscheidung, *M/V Saiga*, ein Hinweis darauf, dass ein Ersatz immaterieller Schäden von den Umständen des Falles abhinge.⁷⁹² Diese Auffassung des ISGH, dass der Ersatz vom Verhalten des Verletzerstaates und von der Art und Weise der Verletzung abhängt, erinnert deutlich an die investitionsschutzrechtliche Entscheidungspraxis. Indes zieht der ISGH hieraus keine Konsequenzen und spricht für die Besatzung des Schiffes immateriellen Schadensersatz zu.⁷⁹³ Bei näherer Betrachtung sprechen die Ausführungen des ISGH nicht zwingend für eine zusätzliche Voraussetzung zum Ersatz immaterieller Schäden (4.). Denn hierin kann der banale Hinweis liegen, dass es vom Verhalten des rechtsbrechenden Staates und der Art der Verletzung abhängt, ob ein immaterieller Schaden entsteht. Eine Verletzung des Art. 36 WKRÜ beispielsweise erzeugt grundsätzlich keinen immateriellen Schaden.⁷⁹⁴

Allerdings lässt sich aus der Vielzahl der Fälle, die schwerwiegende Verletzungen oder Folgen betrafen, schlussfolgern, dass in solchen Fällen eine Vermutung zugunsten eines immateriellen Schadensersatzes streitet. So haben seerechtliche Schiedsgerichte das Ob des immateriellen Schadensersatzes bei Freiheitsentziehungen nicht mehr näher erörtert.⁷⁹⁵ Hierfür spricht ebenso die Haltung des IGH im *Diallo*-Fall, dass die Existenz immaterieller Schäden aufgrund der Art der festgestellten Verletzungen keines weiteren Nachweises bedürfe.⁷⁹⁶ Dessen ungeachtet spielen besonders schwere Verletzungen oder Folgen bei der Bemessung des immateriellen Schadensersatzes in Geld eine Rolle und erhöhen den fälligen Geldersatz.⁷⁹⁷ Eine gesonderte Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden, die über

791 *Arangio-Ruiz*, Second Report on State Responsibility, A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, Rn. 11 (Nachweise entfernt; Hervorhebung durch den Verfasser).

792 ISGH, *M/V Saiga* (No. 2), 1999, Case No. 2, Rn. 171.

793 Siehe oben unter § 5 A. II. 2.

794 Siehe zu dieser Auffassung des IGH oben unter § 5 A. II. 1.

795 Siehe oben unter § 5 A. II. 2.

796 IGH, *Diallo* (*Compensation*), 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 334 (Rn. 21).

797 Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 102 (Art. 36 Rn. 18).

die Feststellung eines solchen Schadens⁷⁹⁸ hinausgeht, folgt daraus jedoch nicht.

Als Grundlage für die weitere Untersuchung bleiben vier Ergebnisse dieses Kapitels festzuhalten. Erstens ist der Schadensersatz für individuelle immaterielle Schäden im zwischenstaatlichen Verkehr eine Regel des Völkergewohnheitsrechts.⁷⁹⁹ Insofern reflektiert die Konzeption der ARSIWA das geltende Völkerrecht. *En passant* hat sich dabei zweitens gezeigt, dass der historische Rückhalt, auf den die ARSIWA die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden stützen, brüchiger ist, als eine oberflächliche Betrachtung suggeriert. Hierin zeigt sich zugleich der selektive Gebrauch alter Schiedspraxis zur Konstruktion historischer Autorität durch die Völkerrechtskommission.⁸⁰⁰ Sodann lässt sich drittens das vage und von Begriffswirren geprägte Institut des immateriellen Schadensersatzes am besten durch die Bildung von Unterkategorien fassen. Nach der völkerrechtlichen Entscheidungspraxis beinhalten immaterielle Schäden die Folgen der Schädigung der Persönlichkeit (bestehend aus Leiden und Schmerz in Folge von Personenschäden, seelischen Leiden und krankhaften psychischen Leiden) und Rufschäden.⁸⁰¹ Dagegen ist der immaterielle Schadensersatz vom Konzept des Rechtsschadens, der im Übrigen abzulehnen ist, und dem Strafschadensersatz abzugrenzen.⁸⁰² Außerdem lässt sich für die zwischenstaatliche Praxis keine zusätzliche Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden im geltenden Völkerrecht nachweisen.

Neben diesen zentralen Ergebnissen sind an unterschiedlichen Stellen zwei Umstände zu Tage getreten, die für die weitere Untersuchung von Bedeutung sind. Dies ist einmal die Unterscheidung zwischen Individualansprüchen und zwischenstaatlichen Ansprüchen, wie sie insbesondere *Diallo* zu unterliegen scheint.⁸⁰³ Die Einsicht, dass sich dieser Unterschied auf Inhalt und Voraussetzungen des immateriellen Schadensersatzes auswirkt,

798 Siehe oben unter § 5 B. zum Begriff des immateriellen Schadens im zwischenstaatlichen Völkerrecht.

799 Siehe oben unter § 5 A. II. 3.

800 *d'Aspremont*, The General Claims Commission, in: *Experiments in International Adjudication*, 150, 163–166; siehe hierzu näher oben unter § 5 A. I. 4.

801 Siehe oben unter § 5 B. II.

802 Siehe oben unter § 5 B. II. und III.

803 Siehe oben unter § 5 A. II. 1

wird der 4. Teil dieser Arbeit wieder aufgreifen und als mögliche Erklärung für die festgestellten Unterschiede zwischen individualberechtigendem und zwischenstaatlichem Völkerrecht diskutieren.⁸⁰⁴ Daneben haben wiederholt nationale Vorverständnisse bzw. Analogien zum innerstaatlichen (Privat-) Recht eine nicht zu vernachlässigende Rolle bei Fragen des immateriellen Schadensersatzes gespielt. Besonders deutlich wurde dies anhand der Instrumentalisierung solcher Argumente für entgegengesetzte Zwecke – die Befürwortung wie die Ablehnung immateriellen Schadensersatzes im Völkerrecht.⁸⁰⁵ Darüber hinaus deuten sie aber bereits das Argument des nächsten Kapitels an, dass der immaterielle Schadensersatz eine Privatrechtsanalogie ist.

804 Siehe unten in § 13.

805 Siehe oben unter § 5 A. I. 1.

§ 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 rekurren 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 Machtin- stanz und dem Einzelnen. Dagegen ist das Privatrecht das Recht unter Gleich- en.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, in- wiefern sich gleichwohl in einem Haftungsregime, spezifischer im immate- riellen Schadensersatz, die Idee des Privatrechts niederschlagen kann.

Einen geeigneten Ansatzpunkt für diese Aufgabe bietet der Zweck des immateriellen Schadensersatzes. Denn der (idealtypische) Unterschied zwi- schen Gleichordnung im Privatrecht und Subordination im öffentlichen Recht lässt sich in den Unterschied zwischen ausgleichender und austei- lender Gerechtigkeit einerseits und den Unterschied zwischen Eigennutz und Gemeinwohlorientierung andererseits übersetzen.⁸³⁰ So geht mit der austeilenden Gerechtigkeit notwendig einher, dass eine übergeordnete In- stanz 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 priva- te wie die hoheitliche Haftung aus. Auch in anderen europäischen Staaten beruht die Haftung des Staates auf der Deliktshaftung, Dörr, § 1 Vergleichende Bestandsauf- nahme, 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 Gemeinwohlszwecke 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.

3. Teil: Immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht

Dem Befund im zwischenstaatlichen Völkerrecht stellt dieser Teil eine Analyse einzelner Teilbereiche des Völkerrechts gegenüber, die alle das Individuum – in unterschiedlichem Maße⁸⁵¹ – zum Träger von (Sekundär-) Rechten machen. Diese Teilbereiche sind insbesondere der regionale Menschenrechtsschutz unter der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK),⁸⁵² der Inter-Amerikanischen Menschenrechtskonvention (IAMRK)⁸⁵³ sowie der Afrikanischen Charta für Menschenrechte und Rechte der Völker (AfCMRRV) und das Investitionsschutzrecht. Kursorisch betrachtet dieser Teil auch das Völkerstrafrecht, das humanitäre Völkerrecht und das Arbeitsrecht des Personals internationaler Organisationen. Alle diese Teilbereiche untersucht der 3. Teil dieser Arbeit darauf, ob sie immaterielle Schäden auf eine andere Weise behandeln als das zwischenstaatliche Völkerrecht. Hinter der scharfen Trennung zwischen individualberechtigendem und zwischenstaatlichem Völkerrecht steht die bereits in § 2 erläuterte Erwägung, dass das Völkerrecht eine Ausdifferenzierung erfahren hat, die es rechtfertigt, gewisse Teile des Völkerrechts auch als verwaltungs- oder verfassungsrechtsähnlich und mithin als dem öffentlichen Recht ähnlich zu beschreiben.

Je nach untersuchtem Regime bestehen mannigfaltige Unterschiede zwischen dem jeweiligen Teilgebiet und dem zwischenstaatlichen Völker-

851 Der paradigmatische Fall einer vollumfänglichen Individualberechtigung ist der Rechtsschutz vor dem EGMR, siehe hierzu näher unten in § 8. Für eine allenfalls rudimentäre Zulassung individueller Ansprüche (insbesondere auf Entschädigung) steht das humanitäre Völkerrecht stellvertretend, vgl. zu den dort schwelenden Debatten um ein individuelles “right to a remedy” eingehend *Marxsen*, *Unpacking the International Law on Reparation for Victims of Armed Conflict*, *ZaöRV* 78 (2018), 521–540.

852 Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), 4. November 1950, CETS Nr. 5, (dt. Übersetzung BGBl. 2010 II, 1198).

853 Inter-Amerikanische Menschenrechtskonvention (Pakt von San José) (IAMRK), 22. November 1969, UNTS 1144, 1978.

recht.⁸⁵⁴ Allerdings fokussiert sich die nachfolgende Untersuchung auf jeweils drei Aspekte: Art und Umfang der Individualberechtigung in den jeweiligen Teilbereichen, grundsätzlicher Umgang mit immateriellen Schäden sowie die Existenz zusätzlicher Voraussetzungen des (geldmäßigen) Ersatzes solcher Schäden. Dagegen sollen die unterschiedlichen Höhen immateriellen Schadensersatzes allenfalls eine untergeordnete Rolle spielen. Für das weitgehende Aussparen dieser Frage sprechen für die Zwecke dieser Arbeit jedenfalls zwei Gründe. Zum einen ist diese Frage selbst für den EGMR erst ansatzweise untersucht worden⁸⁵⁵ und zum anderen dürften sich hier viele regionale Unterschiede, alleine in der Kaufkraft, bemerkbar machen, die Vergleiche erschweren.⁸⁵⁶ Hinzu kommt noch, dass die finanzielle Bewertung immaterieller Schäden immer auf einer Setzung durch soziale Konventionen beruht.⁸⁵⁷ Sicherlich lässt sich jeweils untersuchen, ob diese Setzung folgerichtig umgesetzt worden ist, aber wegen der *per se* unterschiedlichen Setzungen, dürfte die Grundlage für eine sinnvolle Vergleichsbildung nur schwer zu ermitteln sein. Von diesen Problemen ausgenommen ist indes die Frage, ob es in den untersuchten Regimen ein zusätzliches Kriterium gibt, dessen Erfüllung Voraussetzung dafür ist, dass ein internationaler Spruchkörper immaterielle Schäden in Geld ersetzt.

Die Frage danach, ob jeder adäquat-kausal auf einer Völkerrechtsverletzung beruhende immaterielle Schaden auch in Geld ersetzt werden muss, ist zudem von besonderem Reiz: Wie zu zeigen sein wird, durchziehen zusätzliche Voraussetzungen des Ersatzes immaterieller Schäden *in Geld* den Menschenrechtsschutz und das Investitionsschutzrecht. Diese übergreifend festzustellende Entwicklung soll deshalb im Vordergrund stehen, weil eine solche Praxis eine besonders augenfällige Abkehr vom zwischenstaatlichen Völkerrecht ist.⁸⁵⁸ Im Kontext der These der Arbeit, dass privatrechtsanaloge Rechtsinstitute im Völkerrecht einen Wandel wegen der Erweiterung des

854 Diese Unterschiede können die ersatzfähigen Schadensposten, den Begriff des immateriellen Schadens oder die Höhe des Schadensersatzes betreffen.

855 Vgl. die empirischen Studien von *Altwickler-Hámori/Altwickler/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 1–51 und *Fikfak*, Non-pecuniary damages before the European Court of Human Rights: Forget the victim; it's all about the state, LJIL 33 (2020), 335–369.

856 Selbst der EGMR berücksichtigt die Unterschiede zwischen den Konventionsstaaten wie deren wirtschaftliche Situation, vgl. EGMR, *Case of Basarba ood v. Bulgaria*, Urteil (Just Satisfaction), 20. Januar 2011, Beschwerde-Nr. 77660/01, Rn. 26.

857 *Altwickler-Hámori/Altwickler/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 6; vgl. auch Rogers, Art. 10:301 Non-Pecuniary Damage, in: *Principles of European Tort Law*, 171, 173.

858 Siehe zur Praxis im zwischenstaatlichen Völkerrecht oben unter § 5 C.

völkerrechtlichen Regelungsbereichs erleben, ist ein solcher Unterschied besonders bemerkenswert, weil sich hierin eine Tendenz zur Publizifizierung zeigen könnte.⁸⁵⁹ Um allerdings die Frage nach zusätzlichen Voraussetzungen für den Ausgleich immaterieller Schäden zu kontextualisieren, beschränkt sich die Untersuchung jeweils nicht hierauf, sondern führt auch in das jeweilige Rechtsschutzsystem ein und behandelt etwaige Besonderheiten im Verständnis immaterieller Schäden.

Als "klassische" Materie des Individualrechtsschutzes eröffnet der Menschenrechtsschutz die Tour d'Horizon (§ 8 bis § 10), gefolgt vom (völkerrechtlichen) Investitionsschutzrecht (§ 11). Auf diese beiden großen Gebiete folgen kurze Einblicke in das internationale Strafrecht, das humanitäre Völkerrecht und das Arbeitsrecht internationaler Organisationen. Diese Gebiete unterscheiden sich vom Investitionsschutzrecht und dem Menschenrechtsschutz, weil sie entweder Ansprüche gegen Individuen, kaum Individualansprüche oder Ansprüche gegen internationale Organisationen gewähren. Gleichwohl wird das abschließende Kapitel dieses Teils, jedenfalls kursorisch, die Behandlung immaterieller Schäden in diesen Gebieten nachzeichnen und gemeinsame Entwicklungstendenzen in allen untersuchten Teilbereichen herausarbeiten (§ 12). Soweit im weiteren Verlauf Abweichungen zwischen individualberechtigendem und zwischenstaatlichem Völkerrecht auftreten, wäre dieser Befund banal, wenn in beiden Situationen grundsätzlich unterschiedliche Regeln Anwendung finden würden. Um diesen Einwand zu entkräften, soll deshalb der folgende § 7 zeigen, dass grundsätzlich dieselben Regeln Anwendung finden.

859 Solche Tendenzen könnten deshalb als öffentlich-rechtlich verstanden werden, weil sie mit Entwicklungen in nationalen Staatshaftungsregimen übereinstimmen und/oder sich aus der – gegenüber dem Privatrecht – besonderen Situation der öffentlich-rechtlichen Haftung erklären lassen. Eine Besonderheit liegt jedenfalls darin, dass der Staat, anders als ein Privater einer sehr großen Anzahl Geschädigter gegenüberstehen kann, siehe hierzu einerseits § 2 C. II und andererseits § 13.

§ 7 Vorfrage: Die anwendbaren Regeln

Das Recht der Staatenverantwortlichkeit ist größtenteils unkodifiziert. Deshalb bilden die rechtlich nicht verbindlichen, aber in wesentlichen Teilen das Völkergewohnheitsrecht wiedergebenden ARSIWA der Völkerrechtskommission den Ausgangspunkt jeder Untersuchung der einschlägigen Regeln zur Staatenverantwortlichkeit.⁸⁶⁰ Sucht man nach den Regeln zum Inhalt der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit eines Staates gegenüber Individuen findet sich in den ARSIWA lediglich die folgende Bestimmung:

- “1. The obligations of the responsible State set out in this part may be owed to another State, to several States, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach.
2. This Part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State.”

Aus Art. 33 Abs. 1 ARSIWA folgt zunächst, dass die Pflichten aus der Staatenverantwortlichkeit gegenüber einem oder mehreren Staaten oder gegenüber der internationalen Gemeinschaft bestehen können. Individuen erwähnt die Regelung nicht. Die sich anschließende “without-prejudice”-Klausel des Art. 33 Abs. 2 ARSIWA stellt sodann klar, dass sich aus der Beschränkung der ARSIWA auf Ansprüche gegenüber einem oder mehreren Staaten (oder der internationalen Gemeinschaft) in Art. 33 Abs. 1 ARSIWA keine Rückschlüsse auf die Anspruchsberechtigung eines Individuums ziehen lassen.⁸⁶¹ Damit behalten es die ARSIWA den jeweils anwendbaren Primärregeln des Völkerrechts vor zu entscheiden, ob Individualrechte bestehen.⁸⁶² Art. 33 Abs. 2 ARSIWA ist damit vor allen Dingen eine Klarstellungsnorm, die verhindern soll, die Beschränkung der ARSIWA auf

⁸⁶⁰ Siehe zu Status und Natur der ARSIWA bereits oben unter § 4 A.

⁸⁶¹ Art. 33 Abs. 2 ARSIWA ließe sich sogar so lesen, dass er implizit die Möglichkeit individueller Ansprüche aus der Staatenverantwortlichkeit anerkennt, vgl. *Mazzeschi*, Diplomatic Protection, in: Kamminga/Scheinin (Hrsg.), *Impact of Human Rights Law on General International Law*, 2009, 211–233, 218.

⁸⁶² Vgl. Völkerrechtskommission, *ARSIWA with Commentaries*, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 91 (Art. 31 Rn. 4).

Ansprüche gegen einen oder mehrere Staaten (Art. 33 Abs. 1 ARSIWA) *e contrario* als einen Ausschluss der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber Individuen zu lesen.⁸⁶³ Daher ist Art. 33 Abs. 2 ARSIWA insbesondere im Kontext der Fragen um Sekundäransprüche des Individuums, das sog. “right to a remedy”,⁸⁶⁴ relevant.

Für die hier interessierende Frage des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen bedeutet Art. 33 Abs. 2 ARSIWA allerdings, dass die ARSIWA keine Orientierung bieten.⁸⁶⁵ Daher gilt es, die anwendbaren Regeln des Völkergewohnheitsrechts im Falle der Verantwortlichkeit eines Staates gegenüber Individuen herauszuarbeiten. Hierzu untersucht der erste Abschnitt die Entscheidungspraxis und Literatur (A.). Gerade im Menschenrechtsschutz bestehen vertragliche Bestimmungen zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit, so dass deren Verhältnis zum Völkergewohnheitsrecht der Klärung bedarf (B.). Beide Abschnitte kommen zu dem Ergebnis, dass grundsätzlich die Regeln der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit auch gegenüber Individuen zur Anwendung gelangen. Daran schließt sich die Frage an, ob hiervon Ausnahmen bestehen (C.).

A. Die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen

Art. 33 ARSIWA ließe vermuten, dass die Bezugnahme auf Teil 2 der ARSIWA, der in den Artt. 28 bis 41 den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit behandelt, bei Individualansprüchen der eingehenden Rechtfertigung,

863 Vgl. *Crawford*, The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect, *AJIL* 96 (2002), 874–890, 887; *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, S. 30; *Loup*, The Content of State Responsibility under the ECHR, in: Besson (Hrsg.), *International Responsibility*, 2017, 139–158, 140 (Fn. 3). In eine ähnliche Richtung tendiert *Braun*, Globalization-Driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law – An Inquiry into the Nature and Limits of Investor Rights, *JWIT* 15 (2014), 73–116, 101 (Fn. 104).

864 Vgl. die Untersuchung zum Stand eines allgemeinen Sekundäranspruchs des Individuums im gegenwärtigen Völkerrecht bei *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 167–193.

865 Vgl. *Wittich*, *State Responsibility*, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, 23–45, 43 f.

jedenfalls einer kurzen Begründung bedarf.⁸⁶⁶ Das ist allerdings nicht der Fall. Sowohl die völkerrechtliche Spruchpraxis als auch die Literatur greifen für den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen regelmäßig auf die ARSIWA zurück (I.). Daher entspricht es gesicherter völkerrechtlicher Praxis, dass die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Inhalt der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit, wie sie die ARSIWA festhält, grundsätzlich auch für den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen gelten. Da diese Praxis zum großen Teil ohne nähere Begründungen auf die ARSIWA zurückgreift, könnte sie schlicht auf einem Missverständnis über den Anwendungsbereich der ARSIWA beruhen. Allerdings sprechen gute Gründe dafür, grundsätzlich dieselben Regeln anzuwenden (II.).

I. Umgang mit den ARSIWA in Praxis und Literatur

Die völkerrechtliche Spruchpraxis greift zur Bestimmung des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit in der Regel auf die ARSIWA zurück, ohne dies näher zu begründen. Diese Praxis, die Regeln der zwischenstaatlichen Verantwortung einfach auf die Verantwortung gegenüber Individuen zu übertragen, dürfte bereits vor den ARSIWA begonnen haben.⁸⁶⁷ Jedenfalls für die Zeit nach Verabschiedung der ARSIWA lässt sich aufgrund der Aufstellungen des UN Generalsekretärs über die Spruchpraxis zu den ARSIWA nachweisen, dass Spruchkörper die ARSIWA zur Bestimmung des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen heranziehen.⁸⁶⁸

866 Vgl. für diese Annahme in Bezug auf Investitionsschiedsgerichte *Paparinskis*, *Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility*, EJIL 24 (2013), 617–647, 620.

867 Vgl. *Kamminga*, *Legal Consequences of an Internationally Wrongful Act of a State against an Individual*, in: Barkhuysen (Hrsg.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, 1999, 65–74, 69.

868 UN Generalsekretär, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies* – Report of the Secretary-General, 2007, A/62/62; UN Generalsekretär, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies* – Report of the Secretary-General, 2010, A/65/76; UN Generalsekretär, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies* – Report of the Secretary-General, 2013, A/68/72; UN Generalsekretär, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies* – Report of the Secretary-Gener-

Obwohl Entscheidungen selten auf Art. 33 Abs. 2 ARSIWA eingehen und sich folglich nicht mit dem Anwendungsbereich der ARSIWA auseinandersetzen, rezipieren viele Entscheidungen die ARSIWA.⁸⁶⁹ Trotz der unterschiedlichen Qualität der Bezugnahmen⁸⁷⁰ wenden viele Entscheidungen tatsächlich die Regeln zur zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit an, wie sie in den ARSIWA niedergelegt sind. So besteht im Investitionsschutzrecht eine langjährige Praxis, den 2. Teil der ARSIWA oder sogar die gesamten ARSIWA⁸⁷¹ ohne Weiteres anzuwenden.⁸⁷² Der EGMR nahm

al, 2016, A/71/80; UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2019, A/74/83; UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2022, A/77/74.

869 Im Zeitraum von 2001 bis 2022 haben Schiedsgerichte laut der Übersicht des UN Generalsekretärs nur in fünf Fällen auf Art. 33 ARSIWA Bezug genommen. Da diese Zahl zwischenstaatliche Schiedsverfahren auf Grundlage des SRÜ enthält, dürfte die Anzahl der Bezugnahmen durch Investitionsschiedsgerichte noch geringer sein. Im Vergleich dazu verwiesen 14 Schiedssprüche auf Art. 34 ARSIWA und sogar 40 auf Art. 36 ARSIWA. Ein ähnliches Bild zeigt sich bei den Menschenrechtsgerichtshöfen: Sie alle zitieren die Vorschriften des zweiten Teils der ARSIWA, ohne Art. 33 zu erwähnen, vgl. UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2022, A/77/74, S. 42.

870 Vgl. hierzu bereits *Crawford*, International Protection of Foreign Direct Investments, in: Hofmann/Tams (Hrsg.), International Investment Law and General International Law, 2011, 17–28, 24; vgl. auch *Crawford*, Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility, ICSID Review 25 (2010), 127–199, 136–199.

871 Vgl. in diese Richtung ICSID, *Corn Products International, Inc. v. the United Mexican States*, Entscheidung (Liability), 15. Juni 2008, Case No. ARB(AF)/04/01, Rn. 76. Die Entscheidung erörtert allerdings alleine die Frage, ob auf die Regelungen zu Gegenmaßnahmen zurückgegriffen werden kann. In eine ähnliche Richtung tendiert im Übrigen *Hobér*, State Responsibility and Attribution, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008, 549–583, 550.

872 Vgl. *Shirlow/Duggal*, The ILC Articles on State Responsibility in Investment Treaty Arbitration, ICSID Review 37 (2022), 378–542, 382 f.; *Crawford*, International Protection of Foreign Direct Investments, in: International Investment Law and General International Law, 17, 25; *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 620; vgl. auch *Witlich*, State Responsibility, in: International Investment Law, 23, 41. Beispielhaft für eine solche Verwendung der ARSIWA ist ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 151. Zwar erachten einige wenige Entscheidungen die ARSIWA als vollständig irrelevant (ICSID, *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina Republic*, Schiedsspruch, 8. Dezember 2008, Case No. ARB/04/14, Rn. 113.). Da solche Ansätze die Reichweite des *lex specialis*-Vorbehalts in Art. 55 ARSIWA überdehnen,

bereits mehrfach auf die Regelungen zu den Rechtsfolgen eines Völkerrechtsverstoßes in den ARSIWA Bezug, ohne deren Unanwendbarkeit auf Individualansprüche zu erwähnen. Dabei ging es häufig um Fragen der Naturalrestitution, d. h. Art. 35 ARSIWA.⁸⁷³ Auch der AfGMRRV rezipiert die ARSIWA.⁸⁷⁴ Bezugnahmen des IAGMR auf die ARSIWA sparten bisher den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit (also insbesondere die Artt. 34–37 ARSIWA) aus.⁸⁷⁵

Auffällig ist allerdings, dass (Investitions-) Schiedsgerichte die ARSIWA signifikant häufiger rezipieren als Menschenrechtsgerichtshöfe.⁸⁷⁶ Dieser Umstand lässt allerdings nicht darauf schließen, dass Menschenrechtsgerichtshöfe andere Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit anwenden würden. Zunächst stimmt die Rechtsprechung der Menschenrechtsgerichtshöfe auch ansonsten im Wesentlichen mit den Regeln in den ARSIWA zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit überein.⁸⁷⁷ Die geringere Zahl der Bezugnahmen erklären bestimmte Besonderheiten des Menschenrechtsschutzes: Die völkervertraglichen Grundlagen der Menschenrechtsgerichtshöfe enthalten spezielle Regeln zu den Scha-

sind sie unzutreffend (vgl. *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 635 (Fn. 102); so auch bezüglich der zu restriktiven Ansichten in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit *Wittich*, *State Responsibility*, in: *International Investment Law*, 23, 42). Sie dürften Ausreißer sein, weil solche Schiedssprüche bereits mehrere Jahre alt sind und sich in dieser Form nicht wiederholt haben.

873 Vgl. EGMR (GK), *Case of Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland* (No. 2), Urteil, 30. Juni 2009, Beschwerde-Nr. 32772/02, Rn. 86; EGMR (GK), *Case of Guiso-Gallisy v. Italy*, Urteil (Just Satisfaction), 22. Dezember 2009, Beschwerde-Nr. 58858/00, Rn. 53 f.; EGMR, *Case of Savridin Dzhrayev v. Russia*, Urteil, 25. April 2013, Beschwerde-Nr. 71386/10, Rn. 248; EGMR, *Case of Davydov v. Russia*, Urteil, 30. Oktober 2014, Beschwerde-Nr. 18967/07, Rn. 25 und EGMR, *Case of Kudeshkina v. Russia* (No. 2), Beschluss, 17. Februar 2015, Beschwerde-Nr. 28727/11, Rn. 55, welche die Rechtsprechungslinie aus *VgT v. Switzerland* fortsetzen.

874 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo & Burkinabe Human and Peoples' Rights Movement v. Burkina Faso*, Entscheidung (Reparations), 5. Juni 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 21, 24, 26, 29

875 Vgl. UN Generalsekretär, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2022, A/77/74*, S. 42.

876 Vgl. UN Generalsekretär, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2022, A/77/74*, S. 42.

877 Siehe näher unten unter § 7 B.

densfolgen,⁸⁷⁸ während Investitionsschiedsgerichte zur Bestimmung der Rechtsfolgen in der Regel auf das allgemeine Völkerrecht zurückgreifen (müssen).⁸⁷⁹ Die deutlich geringere Anzahl an Bezugnahmen der Menschenrechtsgerichtshöfe ist aber nicht nur der unterschiedlichen normativen Ausgangslage, sondern auch der Zitierpolitik der Menschenrechtsgerichtshöfe geschuldet. So geht die heutige Rechtsprechung des IAGMR zu den Folgen der Staatenverantwortlichkeit auf eine Entscheidung zurück, die noch deutlich vor den ARSIWA – auch in ihrer ersten Fassung – datiert, und bis heute immer in IAGMR-Urteilen rezipiert wird.⁸⁸⁰ Da der IAGMR im Wesentlichen seine früheren Entscheidungen zitiert, sind Bezugnahmen auf die ARSIWA selten. Der AfGMRRV nahm in seiner ersten Entscheidung zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit in einem sehr weitreichenden Maße auf die ARSIWA Bezug,⁸⁸¹ um bei darauffolgenden Entscheidungen fast ausschließlich die eigene Rechtsprechung zu rezipieren.⁸⁸² Da er aber diese erste Entscheidung weiterhin rezipiert, erkennt er weiterhin die Maßgeblichkeit der Regeln der ARSIWA an.

Wenn also die Entscheidungspraxis insgesamt weitgehend davon geprägt ist, dass sie entweder auf die ARSIWA direkt rekurriert oder jedenfalls in der Sache dieselben Regeln anwendet, wären nähere Erläuterungen zu erwarten, eben weil sich die ARSIWA zu Individualansprüchen agnostisch verhalten.⁸⁸³ Dem ist indes nicht so. Im Investitionsschutzrecht

878 Art. 41 EMRK, Art. 63 Abs. 1 IAMRK und Art. 27 Protokoll AfGMRRV; siehe unten für das Verhältnis dieser Regelungen zum allgemeinen Recht der Staatenverantwortlichkeit unter § 7 B.

879 Etwas anderes gilt, sofern der einschlägige Investitionsschutzvertrag Regelungen zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit enthält, siehe hierzu unten unter § 7 B.

880 Vgl. beispielhaft aus jüngerer Zeit IAGMR, *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 25. November 2015, Series C, No. 309, Rn. 269.

881 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 21, 24, 26, 29.

882 Vgl. AfGMRRV, *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso, Entscheidung (Reparations)*, 3. Juni 2016, Beschwerde-Nr. 004/2013, Rn. 15; sowie zuletzt AfGMRRV, *Majid Goa alias Vedastus v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Merits und Reparations), 26. September 2019, Beschwerde-Nr. 025/2015, Rn. 83. Zum Teil verweist der Gerichtshof noch auf die Entscheidung des StIGH in dem Fall *Factories at Chorzów*, AfGMRRV, *Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda*, Urteil (Reparations), 7. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 003/2014, Rn. 19–21; AfGMRRV, *Sébastien Germain Ajavon v. Republic of Benin (Nr. 1)*, Urteil (Reparations), 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 19 (Fn. 4).

883 Siehe oben die einführenden Erläuterungen zu § 7.

weisen Schiedsgerichte zum Teil darauf hin, dass sie die ARSIWA nur entsprechend anwenden⁸⁸⁴ oder sie lediglich auf das allgemeine Völkergewohnheitsrecht zurückgreifen, das die ARSIWA kodifizieren.⁸⁸⁵ Andere Entscheidungen gehen stillschweigend davon aus, dass die ARSIWA für Individualansprüche autoritativ sind⁸⁸⁶ oder aber sie diskutieren deren Relevanz im Zusammenhang mit Gegenmaßnahmen, nehmen allerdings im Rahmen der Schadensfolgen stillschweigend Bezug auf den 2. Teil der ARSIWA.⁸⁸⁷ Aus der neueren Schiedspraxis zählt die Entscheidung in *Burlington Resources Inc. v. Ecuador* zu den wenigen Schiedssprüchen, die

884 Vgl. ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Entscheidung (Annulment), 21. März 2007, Case No. ARB/01/7, Rn. 99.

885 Vgl. hierfür beispielhaft ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, Schiedsspruch, 24. Juli 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 773 f.; SCC, *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan*, Schiedsspruch, 8. Juni 2010, Case No. V (064/2008), Rn. 42; ICSID, *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica*, Schiedsspruch, 16. Mai 2012, Case No. ARB/08/1 und ARB/09/20, Rn. 306 (die allerdings etwas vorsichtiger formulieren, indem sie die ARSIWA lediglich für eine internationale Praxis halten, welche die anwendbaren Regeln des Völkergewohnheitsrechts wiedergebe); ICSID, *Monsieur Joseph Houben v. La République du Burundi*, Schiedsspruch, 12. Januar 2016, Case No. ARB/13/7, Rn. 222–224; ICSID, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, Schiedsspruch, 16. September 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 555; PCA, *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. The Republic of Poland*, Schiedsspruch, 12. August 2016, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/4471> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 865; ebenso ICSID, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, Schiedsspruch, 11. Dezember 2013, Case No. ARB/05/20, Rn. 916 (Fn. 172); PCA, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, Schiedsspruch, 18. Juli 2014, Case No. AA 226, Rn. 113 (Fn. 10) und ICSID, *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Schiedsspruch, 4. April 2016, Case No. ARB(AF)/11/2, Rn. 848 (Fn. 1242).

886 Vgl. hierfür ICSID, *Corn Products v. Mexico*, 2008, Case No. ARB(AF)/04/01, Rn. 76; ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. the Argentine Republic*, Schiedsspruch, 12. Mai 2005, Case No. ARB/01/8; Rn. 399 (Fn. 211); ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 151. Allerdings zeigt das Schiedsgericht in *CMS v. Argentina* ein Bewusstsein für die Schwierigkeiten einer Übertragung der auf zwischenstaatliche Ansprüche ausgelegten ARSIWA auf Individualansprüche: Es erachtet Art. 37 ARSIWA, der die Genugtuung regelt, für irrelevant und verweist auf die zwischenstaatliche Natur dieses Anspruchs. Dennoch äußert sich das Schiedsgericht nicht näher dazu, warum die ARSIWA im Übrigen das anwendbare Völkerrecht reflektieren.

887 Vgl. hierfür ICSID, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. the United Mexican States*, Schiedsspruch, 21. November 2007, Case No. ARB(AF)/04/05, Rn. 280 ff. Nur im Zusammenhang mit Gegenmaßnahmen diskutiert das Schiedsgericht Art. 33 Abs. 2 ARSIWA und erachtet die ARSIWA

eine nähere Begründung für die Anwendung des 2. Teils der ARSIWA liefern und Nachweise für die vertretene Rechtsauffassung angeben. In dem Verfahren wehrte sich die Schiedsklägerin gegen die Entscheidung der ecuadorianischen Regierung, in einem größeren (als dem zuvor vereinbarten) Umfange an den Einkünften der Schiedsklägerin aus der Ölförderung partizipieren zu wollen. Um die Entschädigung für eine völkerrechtswidrige Enteignung zu berechnen, griff das Schiedsgericht auf die ARSIWA in analoger Anwendung zurück. Obwohl diese nur zwischenstaatliche Ansprüche regeln würden, entspreche es einem allgemeinen Konsens, die ARSIWA auch auf die Haftung im Investitionsschutzrecht anzuwenden.⁸⁸⁸ Das Schiedsgericht zitierte für seine Auffassung zwei andere Schiedssprüche, die ebenfalls die ARSIWA als relevant erachteten.⁸⁸⁹ Diese behaupteten nun selbst wiederum nur einen entsprechenden Konsens⁸⁹⁰ oder aber eine entsprechende Regel des Völkergewohnheitsrechts.⁸⁹¹ Dass das Schiedsgericht überhaupt Nachweise anführt und die Anwendung der ARSIWA als Analogie kennzeichnet, ist eher die Ausnahme denn die Regel. Gleichwohl fehlt eine tiefergehende Analyse der Frage, inwiefern die ARSIWA über ihren eigenen Anwendungsbereich hinaus ein Zeugnis über das Völkergewohnheitsrecht geben oder analog auf die Verantwortlichkeit gegenüber Individuen Anwendung finden können. *Wittich* weist zu Recht darauf hin, dass der bloße Verweis auf den völkergewohnheitsrechtlichen Charakter der Regel nicht trägt. Es ist nicht die Frage, ob die Regeln in den ARSIWA Teil des Völkergewohnheitsrechts sind, sondern ob diese Regeln auch gegenüber Individuen gelten.⁸⁹² In der Folge ist selbst die Begründung des Schiedsgerichts in dem Fall *Burlington Resources Inc. v. Ecuador* allenfalls bedingt überzeugend. Die investitionsschutzrechtliche Praxis erweist sich damit – mit graduellen Unterschieden in Bezug auf Begründungen – als offen für die (unreflektierte) Verwendung der ARISWA. Diese Praxis ist angesichts des ansonsten bestehenden Vakuums normativer Vorgaben ver-

(bzw. das darin verschriftlichte Völkergewohnheitsrecht) nicht als Hindernis für die Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen, vgl. ebd. Rn. 118 f.

888 ICSID, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Entscheidung über Wiederaufnahme und Schiedsspruch, 7. Februar 2017, Case No. ARB/08/5, Rn. 177.

889 Dies sind ICSID, *Micula et al. v. Romania*, 2013, Case No. ARB/05/20, Rn. 916 (Fn. 172) und ICSID, *Vestey Group Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Schiedsspruch, 15. April 2016, Case No. ARB/06/4, Rn. 326.

890 So ICSID, *Vestey Group v. Venezuela*, 2016, Case No. ARB/06/4, Rn. 326.

891 So ICSID, *Micula et al. v. Romania*, 2013, Case No. ARB/05/20, Rn. 916 (Fn. 172).

892 Vgl. *Wittich*, State Responsibility, in: *International Investment Law*, 23, 39 (Fn. 67).

ständig. Plastisch hat *Crawford* die Praxis mit dem Verhalten eines Ertrinkenden verglichen, der nach dem rettenden Ast greift.⁸⁹³

Ob sich der EGMR bei seinen Bezugnahmen auf die ARSIWA deren beschränkten Anwendungsbereichs bewusst ist, ist aus den Entscheidungen nicht deutlich zu entnehmen. Ausdrücklich verweist der EGMR nur rechtfertigend für bereits gefundene Ergebnis auf die ARSIWA. Der Gerichtshof verwendet dabei Formulierungen wie "This reflects the principles of international law [...]"⁸⁹⁴. Diese Formulierung lässt sich so lesen, dass der Gerichtshof sich der Unanwendbarkeit der ARSIWA auf Individualansprüche bewusst ist und nur die Übereinstimmung der Rechtsprechung mit dem allgemeinen Völkerrecht aufzeigt. Allerdings führt der EGMR nicht weiter aus, warum die ARSIWA auch für Individualansprüche autoritativ sind. Bei seinen Bezugnahmen auf die ARSIWA erwähnte der AfGMRRV mit keinem Wort, dass diese keine Anwendung auf die Ansprüche eines Individuums finden.⁸⁹⁵

In der Literatur sind die Auseinandersetzungen mit dem konkreten Inhalt völkerrechtlicher Individualansprüche selten. Gleichwohl sieht sie die ARSIWA ebenfalls als das maßgebliche Dokument an. Ein frühes und prominentes Beispiel hierfür ist *Theo van Bovens* Bericht zum individuellen Recht auf Wiedergutmachung. Er erkennt zwar die Ausrichtung der Arbeiten der Völkerrechtskommission auf zwischenstaatliche Ansprüche an, verwendet sie aber gleichwohl als Ausgangspunkt für seine Untersuchung.⁸⁹⁶ Deshalb verwundert es nicht, dass die aus den Arbeiten *van Bovens* hervorgegangenen *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy* zum Inhalt eines Individualanspruchs⁸⁹⁷ im Wesentlichen die ARSIWA rezipieren.⁸⁹⁸

893 *Crawford*, ICSID Review 25 (2010), 128.

894 EGMR, *Kudeshkina v. Russia* (No. 2), 2015, Beschwerde-Nr. 28727/11, Rn. 55.

895 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 21, 24, 26, 29.

896 Vgl. *van Boven*, Study concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms Final Report, 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/8, Rn. 47 ff.

897 UN Generalversammlung, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, 2006, A/RES/60/147, Rn. 15, 19–23.

898 Vgl. hierzu *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 75 f., die auch näher erläutert, inwieweit die *Basic Principles and Guidelines* von den ARSIWA abweichen.

Dies entspricht letztlich der überwiegenden Herangehensweise in der Literatur. Eine Mehrheit setzt sich mit der Frage der Anwendbarkeit überhaupt nicht auseinander, benutzt die ARSIWA aber als maßgeblichen normativen Anhaltspunkt.⁸⁹⁹ Nur wenige setzen sich damit auseinander, welche Regeln auf individuelle Sekundäransprüche aus der Staatenverantwortlichkeit anwendbar sind.⁹⁰⁰ Ein wesentlicher Grund hierfür dürfte darin liegen, dass die Literatur zumeist mit der davorliegenden Frage beschäftigt ist, *ob* das Individuum überhaupt einen solchen Anspruch hat.⁹⁰¹ Die Folgefrage des Inhalts eines solchen Anspruchs tritt deshalb zurück.

Insgesamt greifen Entscheidungspraxis und Literatur bei Individualansprüchen umfangreich auf die Regeln zur zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit zurück, ohne dies näher zu erläutern. Dies belegt die große Popularität der ARSIWA vor Investitionsschiedsgerichten, obwohl deren 2. Teil Individualansprüche gerade nicht erfasst. Diese Situation wird zu einem Großteil aber weder reflektiert noch (befriedigend) erklärt. Vor menschenrechtlichen Gerichtshöfen sind solche Bezugnahmen dagegen seltener. Trotz eigenständiger Ansätze zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit

899 Vgl. *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 635 (Fn.103) für die Beobachtung, dass selbst Monographien zu den Schadensfolgen im Investitionsschutzrecht diese Frage nicht einmal anschnitten. Beispielhaft verweist er auf *Sabahi*, Compensation and Restitution, 2011. Das gleiche gilt für *Marboe*, Compensation and Damages in International Investment Law, 2017, die sich zwar oft mit den ARSIWA auseinandersetzt, deren (Un-) Anwendbarkeit allerdings nicht diskutiert.

900 Auseinandersetzungen zu dieser Frage finden sich beispielsweise bei *Buyse*, ZaöRV 68 (2008), 134 f.; *Crawford*, International Protection of Foreign Direct Investments, in: International Investment Law and General International Law, 17, 25; *Dominicé*, La Préention de la Personne Privée dans le Systeme de la Responsabilité Internationale des États, in: Giardina/Lattanzi (Hrsg.), Festschrift Anrangio-Ruiz, 2004, 729–745, 735; *Douglas*, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, BYIL 74 (2004), 151–289, insbesondere 185–189; *Douglas*, Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID, in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.), The Law of International Responsibility, 2010, 815–842, 829–832; *Kamminga*, Legal Consequences of an Internationally Wrongful Act of a State against an Individual, in: The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order, 65–74; *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 635–639; *Paparinskis*, Analogies and Other Regimes, in: The Foundations of International Investment Law, 73, 102–104 (in Bezug auf die hier interessierende Fragestellung im Wesentlichen dem früheren Beitrag aus 2013 entsprechend); *Peters*, Beyond Human Rights, 2016, S. 174; *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, S. 28–33; *Wittich*, State Responsibility, in: International Investment Law, 23, 39–45.

901 Insbesondere im humanitären Völkerrecht ist diese Diskussion dominant, vgl. hierzu beispielhaft *Marxsen*, ZaöRV 78 (2018), 529–535.

zeigt sich jedoch auch dort eine Parallelität zu den ARSIWA. Daraus lässt sich insgesamt auf einen – im Wesentlichen – stummen Konsens schließen, dass der Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen grundsätzlich mit der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Staaten übereinstimmt.

II. Argumente für die Anwendung der Regeln der ARSIWA

Da der Rückgriff auf dieselben Regeln wie für die zwischenstaatliche Verantwortlichkeit Praxis und Literatur durchzieht, ohne dass dies näher begründet würde, soll dieser Abschnitt nach Gründen für die Tragfähigkeit dieser Vorgehensweise suchen. Die Praxis erscheint auch gerade deshalb begründungsbedürftig, weil eine ihrer Ursachen ein Missverständnis über Anwendungsbereich und Autorität der ARSIWA sein könnte. Viele greifen kommentarlos auf die ARSIWA zurück. Da diese in Teil 2 (insbesondere 2. Kapitel) neutral formuliert sind, also nicht den verletzten Staat als Anspruchsinhaber nennen, ist die Anwendung ihrer Regeln auf nichtstaatliche Akteure verlockend.⁹⁰² Aber nicht nur wegen ihres beschränkten Anwendungsbereichs,⁹⁰³ sondern auch weil die ARSIWA entgegen ihrem Anschein⁹⁰⁴ keine Rechtsquelle sind,⁹⁰⁵ bedarf die im vorangegangenen Abschnitt beschriebene Praxis einer Grundlage in den Rechtsquellen des Völkerrechts. Für eine solche Verankerung sprechen der Rechtsgedanke der Staatenverantwortlichkeit, die Entstehungsgeschichte der ARSIWA und die Staatenpraxis (1.). Dagegen ergibt sich die Geltung der gleichen Regeln im Investitionsschutzrecht nicht alleine aus einer Idiosynkrasie des Investitionsschutzrechts. Zwar sollen Investor*innen nach einer vereinzelt gebliebenen Ansicht keine eigenständige Rechtsposition besitzen, sondern

902 Vgl. *Braun Weiss*, Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century, *AJIL* 96 (2002), 798–816, 815; vgl. auch *Crawford/Olleson*, Application of ARSIWA, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, 411–441, 417.

903 Siehe oben zu Beginn des § 7.

904 Vgl. zu der Einschätzung, dass dieser Anschein zur fehlerhaften Rezeption der ARSIWA in der Praxis führen könne bereits *Caron*, The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority, *AJIL* 96 (2002), 857–873, insbesondere 861.

905 Sie sind lediglich eine Rechtserkenntnisquelle im Sinne von 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut, vgl. allgemein zur Einstufung der Arbeiten der Völkerrechtskommission *Crawford*, *Brownlie's Principles*, 2019, S. 41 (der allerdings nur von einer Analogie zu Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut spricht).

lediglich Prozessstandschafter*innen ihres Heimatstaats sein. Die Debatten um die Rechtsstellung der Investor*innen sind für die einschlägigen Regeln des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit allerdings irrelevant (2.).

1. Rechtsgedanke der Staatenverantwortlichkeit, Entstehungsgeschichte der ARSIWA und Staatenpraxis

Die Grundlage der Staatenverantwortlichkeit bildet nach der Leitentscheidung des StIGH in der Sache *Factory at Chorzów* ein allgemeines Rechtsprinzip: „[...] the Court observes that it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation.“⁹⁰⁶ Auf dieser Grundlage entwickelte der StIGH die Schadensfolgen und postulierte insbesondere, dass die Wiedergutmachung alle Folgen des Völkerrechtsverstosses ausmerzen müsse.⁹⁰⁷ Diese Entscheidung ist bis heute immer noch – gebietsübergreifend – der Ansatzpunkt vieler Auseinandersetzungen mit dem Inhalt der Staatenverantwortlichkeit.⁹⁰⁸ Wenn die Staatenverantwortlichkeit daher Ausfluss eines allgemeinen Rechtsprinzips ist, sind die Regeln der Staatenverantwortlichkeit nicht *per se* auf das zwischenstaatliche Völkerrecht beschränkt, sondern können durchaus auf die Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen Anwendung finden.⁹⁰⁹

Die Entstehungsgeschichte der ARSIWA weist zudem darauf hin, dass die ARSIWA auch für den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen Orientierung bieten. Die Kommentierungen der Völkerrechtskommission zu den ARSIWA zitieren Entscheidungen in Individualverfahren als maßgebliche Belege der Regeln zum Inhalt der

906 StIGH, *Factory at Chorzów (Merits)*, 1928, Series A, No. 17, 4, 29. Hierbei handelt es sich vielleicht neben Treu und Glauben um eines der wenigen “allgemeinen” Prinzipien des Rechts, siehe hierzu oben unter § 3 C.

907 StIGH, *Factory at Chorzów (Merits)*, 1928, Series A, No. 17, 4, 47.

908 Vgl. beispielsweise Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 91 (Art. 31 Rn. 1); IAGMR, *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Urteil (Reparations und Costs), 21. Juli 1989, Series C, No. 7, Rn. 25; ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 149.

909 Vgl. Wittich, State Responsibility, in: International Investment Law, 23, 44; vgl. auch Paparinskis, EJIL 24 (2013), 637; ähnlich Buysse, ZaöRV 68 (2008), 135 und Dominice, La Prétention de la Personne Privée dans le Systeme de la Responsabilité Internationale des États, in: Festschrift Anrango-Ruiz, 729, 735.

Staatenverantwortlichkeit.⁹¹⁰ So verweist die Völkerrechtskommission auf das Urteil des IAGMR in *Velásquez Rodríguez v. Honduras*,⁹¹¹ um den rein kompensatorischen Charakter des Geldschadensersatzes nach Art. 36 ARSIWA zu belegen.⁹¹² Die Rechtsprechung investitionsschutzrechtlicher Schiedsgerichte zum Schadensersatz wertet die Völkerrechtskommission als Ausdruck und Beleg des Prinzips der Totalkompensation.⁹¹³ Ähnliches äußert die Völkerrechtskommission zur menschenrechtlichen Spruchpraxis.⁹¹⁴ Die Bezugnahmen auf Investitionsschutzrechtsstreitigkeiten und menschenrechtliche Entscheidungen lassen sich eigentlich nur so deuten, dass sich zwischenstaatliches und individualberechtigendes Völkerrecht insoweit decken.⁹¹⁵

Dieser Schlussfolgerung steht der bereits mehrfach angeführte Art. 33 Abs. 2 ARSIWA wegen seiner Entstehungsgeschichte nicht entgegen. Dieser Artikel ist das Resultat der Entscheidung der Völkerrechtskommission, den Gegenstand ihrer Arbeiten zu beschränken.⁹¹⁶ Damit wollte sie den Stoff beherrschbar machen und Grundsatzdiskussionen zur Individualberechtigung entgehen.⁹¹⁷ Der Wunsch eines zügigen Abschlusses des Projekts blieb bis zur Verabschiedung der Artikel der maßgebliche Grund für die Einschränkung des Anwendungsbereichs der ARSIWA.⁹¹⁸ Weil der Ausschluss der Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit daher pragmatische

910 Vgl. für diese Beobachtung *Ripinsky/Williams*, *Damages in International Investment Law*, 2008, S. 30.

911 IAGMR, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, 1989, Series C, No. 7.

912 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 99 (Art. 36 Rn. 4, Fn. 516).

913 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 100 (Art. 36 Rn. 6).

914 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 102 (Art. 36 Rn. 19).

915 Vgl. Wittich, *State Responsibility*, in: *International Investment Law*, 23, 44; vgl. auch *Paparinskis*, *EJIL* 24 (2013), 637 f., nach dem die ARSIWA deshalb als Ausdruck allgemeiner völkerrechtlicher Regeln gelten können.

916 Eine wichtige Wegmarke hin zu dieser Entwicklung dürften die Beratungen im *Sub Committee on State Responsibility* im Jahr 1963 sein, in der sich bereits ein Konsens zum Ausschluss des Individuums aus dem Projekt der Staatenverantwortlichkeit manifestierte, vgl. Völkerrechtskommission, Sub-Committee on State Responsibility – Summary record of the second meeting, 1963, ILCYrbk 1963, Bd. II, 227–259, 229.

917 Vgl. *Ripinsky/Williams*, *Damages in International Investment Law*, 2008, S. 29.

918 Vgl. *Crawford*, *AJIL* 96 (2002), 888. Auch wenn sich *Crawford* nur auf die Geltendmachung der Staatenverantwortlichkeit bezieht, dürfte für den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit selbiges gelten. Vgl. kritisch zur Beschränkung des Umfangs der ARSIWA *Braun Weiss*, *AJIL* 96 (2002), 816

Gründe hatte, verhindert er nicht, dieselben Regeln wie für die zwischenstaatliche Verantwortlichkeit anzuwenden.

Zudem widersprechen die Staaten der weitverbreiteten Praxis, die ARSIWA auf Individualansprüche anzuwenden, nicht oder berufen sich selbst auf diese.⁹¹⁹ Aus dieser stillschweigenden Hinnahme lässt sich auf das Einverständnis der Staaten (und schließlich auch eine entsprechende Rechtsauffassung) schließen, was – sofern das Völkergewohnheitsrecht nicht ohnehin schon eine solche Regel beinhaltet hat – auf die Entstehung einer neuen Regel zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen hindeutet.⁹²⁰

Zwar wirft eine Übertragung der zwischenstaatlichen Regeln auf Individualansprüche weitere Fragen auf, weil sich die Interessenlage im gleichgeordneten zwischenstaatlichen Verhältnis vom Verhältnis zwischen Staat und Individuum unterscheidet. Dies ändert aber nichts an der Einsicht, dass die Anwendung derselben Regeln grundsätzlich naheliegt.⁹²¹ Man kann dies, wie zum Teil vorgeschlagen,⁹²² als eine analoge Anwendung kennzeichnen und die Grenze für diese Analogie dort ziehen, wo die Interessenlage im zu regelnden Fall (der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen) eine andere ist als im geregelten Fall der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit. Aber eigentlich bedarf es solcher Erwägungen nicht, weil die ARSIWA keine Rechtsnormen sind. Es kann folglich nur darum gehen, ob identische Regeln Teil des Völkergewohnheitsrechts sind. Da sich die unwidersprochen gebliebene Praxis deutlich hierfür ausspricht und sowohl die Genese der ARSIWA als auch der Rechtsgedanke der Staatenverantwortlichkeit dieses Ergebnis stützen, sind die Regeln des Völkerrechts zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber dem Individuum grundsätzlich mit den zwischenstaatlichen Regeln identisch.

919 Vgl. beispielhaft die vom Schiedsgericht wiedergegebenen Argumente Boliviens in ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 322.

920 Vgl. *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 639; *Paparinskis*, Analogies and Other Regimes, in: *The Foundations of International Investment Law*, 73, 104; vorsichtig zustimmend *Wittich*, State Responsibility, in: *International Investment Law*, 23, 45. Vgl. für eine ähnliche Schlussfolgerung – allerdings ohne Einordnung in die völkerrechtliche Rechtsquellenlehre – *Kamminga*, Legal Consequences of an Internationally Wrongful Act of a State against an Individual, in: *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, 65, 69.

921 Vgl. *Crawford/Olleson*, Application of ARSIWA, in: *International Investment Law*, 411, 418.

922 Vgl. beispielsweise *Buyse*, ZaöRV 68 (2008), 135; *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 4 (Fn. 14); *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 638 f.

2. Irrelevanz der Diskussionen um Investor*innenrechte

Bisher unterlag den Ausführungen die Annahme, dass die untersuchten Fälle des Individualrechtsschutzes wegen Art. 33 Abs. 2 ARSIWA außerhalb des Anwendungsbereichs der ARSIWA sind. Nun existiert im Investitionsschutzrecht allerdings weiterhin die Auffassung, dass Investor*innen bei Schiedsklagen, die auf die Verletzung eines BIT gestützt sind, tatsächlich keine eigenen Rechte, sondern lediglich abgeleitete Rechte der Heimatstaaten geltend machen.⁹²³ Auf der Grundlage einer solchen Auffassung wären die ARSIWA unmittelbar relevant.⁹²⁴ Wie zu zeigen sein wird, bietet dies allerdings keine plausible Erklärung für die oben rezipierte Schiedspraxis zu den ARSIWA, weil zum einen die grundlegende Ablehnung von Investor*innenrechten nicht plausibel ist und weil zum anderen die Frage einer eigenen Rechtsstellung der Investor*innen für die anwendbaren Regeln nur scheinbar relevant ist.

Die Vorstellung, Investor*innen seien nur Prozessstandschafter*innen, welche die Rechte ihres Heimatstaates aus dem jeweils einschlägigen BIT geltend machen,⁹²⁵ steht in der Tradition des diplomatischen Schutzes. Hiernach verletzte ein Gaststaat durch eine Verletzung der Staatsangehörigen eines anderen Staates eben diesen Staat selbst und konnte diese eigene Rechtsverletzung sodann selbst geltend machen (*Vattel'sche* Fiktion).⁹²⁶ Das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht in Anlehnung an den diplomatischen Schutz zu rekonstruieren, betont die Genealogie des Inves-

923 Vgl. zu dieser Debatte eingehend *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 282–338 (mit einer grundsätzlichen Entscheidung für eigene Investor*innenrechte) und *Gourgourinis*, *Investors' Rights qua Human Rights?*, in: Fitzmaurice/Merkouris (Hrsg.), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights*, 2013, 147–182 (gegen eigene Investor*innenrechte).

924 Vgl. *Paparinskis*, *Analogies and Other Regimes*, in: *The Foundations of International Investment Law*, 73, 102 f. Allerdings hält *Paparinskis* selbst diese Erklärung angesichts der von ihm begutachteten Schiedspraxis für eher unwahrscheinlich (ebd. 103), ebenso *Paparinskis*, *EJIL* 24 (2013), 636.

925 Hierfür beispielhaft *ICSID, Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Schiedsspruch, 26. Juni 2003, Case No. ARB(AF)/98/3, Rn. 233 (“There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states.”); vgl. auch BVerfG, *Staatsnotstand*, Beschluss vom 8. Mai 2007, Az. 2 BvM 1/03 u. a., BVerfGE 118, 124, 140.

926 Vgl. *Vattel*, *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, 1758, Vol. II, Kap. 6, S. 309.

tionsschutzrechts im völkerrechtlichen Fremdenrecht.⁹²⁷ Allerdings spricht die (neuere) Schiedspraxis eher für denn gegen ein subjektives internationales Recht der Investor*innen. Namentlich die Schiedssprüche, die sich mit Art. 33 Abs. 2 ARSIWA auseinandersetzen, unterstellen damit eine Individualberechtigung.⁹²⁸ Zudem sprechen gewichtige Gründe gegen die Stellung der Investor*innen als bloße Prozessstandschafter*innen: Da sie einen Anspruch alleine geltend machen können, ist die Konstruktion einer Prozessstandschaft künstlich. Sie wäre eine reine Fiktion ohne jeden Zweck. Dagegen war die *Vattel'sche* Fiktion in einem rein zwischenstaatlichen Völkerrecht, in dem der (Heimat-) Staat den Einzelnen umfassend mediatisierte, ein sinnvolles Konstrukt, um unerwünschte Verhaltensweisen auf die Ebene des Völkerrechts heben und dort adressieren zu können. Soweit völkerrechtliche Verträge Individuen eine eigene Rechtsstellung einräumen,⁹²⁹ gibt es für eine solche Konstruktion keinen plausiblen Grund mehr. Da die Einräumung eines solchen Individualrechts immer eine Frage der Auslegung des relevanten völkerrechtlichen Vertrages ist,⁹³⁰ kann der Vertragstext im Einzelfall ein individuelles internationales Recht der geschützten Investor*innen ausschließen.⁹³¹ Indes dürfte dies eine Seltenheit sein.⁹³²

927 Vgl. hierzu *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 305 f.

928 Vgl. hierfür ICSID, *MTD v. Chile*, 2007, Case No. ARB/01/7, Rn. 99; ICSID, *Micula et al. v. Romania*, 2013, Case No. ARB/05/20, Rn. 916 (Fn. 172); PCA, *Hulley Enterprises v. Russia*, 2014, Case No. AA 226, Rn. 113 (Fn. 10); ICSID, *Crystallex International v. Venezuela*, 2016, Case No. ARB(AF)/11/2, Rn. 848 (Fn. 1242); ICSID, *Burlington Resources v. Ecuador*, 2017, Case No. ARB/08/5, Rn. 177.

929 Vgl. hierfür IGH, *LaGrand*, 2001, I.C.J. Reports 2001, 466, 494 (Rn. 77); vgl. bereits StIGH, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Gutachten, 3. März 1928, Series B, No. 15, 4, 17 f.

930 Der StIGH stellte im *Jurisdiction of the Courts of Danzig* Gutachten noch maßgeblich auf den Willen der Parteien ab, vgl. StIGH, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928, Series B, No. 15, 4, 17. Ob dieser Wille heute (und insbesondere für das Investitionsschutzrecht) noch von Relevanz ist, bezweifelt *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 316.

931 Vgl. *Volterra*, *International Law Commission Articles on State Responsibility and Investor-State Arbitration: Do Investors Have Rights?*, ICSID Review 25 (2010), 218–223, 221, der eine solche Vorgehensweise in den Raum stellt.

932 Denn die typischen Schutzgarantien eines Investitionsschutzvertrags (wie Schutz vor entschädigungsloser Enteignung und Garantie billiger und gerechter Behandlung) lassen bereits auf die Einräumung individueller Rechte schließen (soweit nicht ausnahmsweise etwas anderes geregelt ist), vgl. hierzu *Braun*, JWIT 15 (2014), 89–99; vgl. allerdings hierzu *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 316 f., die sich für die Auslegung des jeweiligen Vertrages im Einzelfall und gegen eine rechtliche Vermutung individueller Rechte ausspricht. Ebenfalls für individuelle Rechte

Im Übrigen spricht viel dafür, dass die Kontroverse um Investor*innenrechte für die anwendbaren Regeln tatsächlich nicht entscheidend ist. So ist nicht ersichtlich, dass Schiedsgerichte die in den ARSIWA niedergelegten Regeln angewendet haben, weil sie eine Individualberechtigung der Investor*innen abgelehnt hätten.⁹³³ Deshalb spricht letztlich alles dafür, dass die Erklärung der kommentarlosen Anwendung der ARSIWA in der Schiedspraxis nicht mit dieser grundlegenden Kontroverse zusammenhängt, sondern allenfalls mit einer Unkenntnis des Problems.

Insgesamt erscheint es angesichts der Entstehung und Regelung der ARSIWA sowie den dahinterliegenden Prinzipien plausibel, grundsätzlich auch für Individualansprüche die ARSIWA als normativen Ausgangspunkt für die Ermittlung der einschlägigen Regeln des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit zu verwenden. Dabei spielen die Kontroversen im Investitionsschutzrecht um die Rechtsstellung der Investor*innen keine Rolle.

B. Verhältnis zu Sonderregimen

Nachdem die Regeln der ARSIWA grundsätzlich auch für die Verantwortlichkeit gegenüber Individuen maßgeblich sind, rückt Art. 55 ARSIWA in den Fokus des Interesses. Hiernach treten die allgemeinen Regeln aus den ARSIWA zurück, wenn und soweit speziellere Vorschriften die Staatenverantwortlichkeit regeln. Wie zu zeigen sein wird, ist dies für die hier maßgeblich interessierenden Gebiete des Menschenrechtsschutzes und des Investitionsschutzrechts nicht bzw. nur teilweise der Fall.

Im Menschenrechtsschutz enthalten Art. 41 EMRK, Art. 63 Abs. 1 IAMRK und Art. 27 Protokoll AfGMRRV spezielle Regeln zum Schadensausgleich nach Konventionsverletzungen. Inwieweit sie aber das Völkergewohnheitsrecht, das in den ARSIWA niedergelegt ist, verdrängen, ist eine Frage der Auslegung der jeweiligen Norm. Deutlich ist jedenfalls, dass Art. 41 EMRK eine *lex specialis* gegenüber Art. 32 ARSIWA ist, indem er

Dederer, Reform der Schiedsgerichtsbarkeit aus völkerrechtlicher Sicht, in: Peters/Hobe/Kieninger (Hrsg.), Berichte DGIR 51, 2023, 285–349, 298.

933 Siehe hierzu oben auf S. 198 f.

das innerstaatliche Recht des Konventionsstaates für relevant erklärt.⁹³⁴ Indem Art. 41 EMRK zudem mit seinem Wortlaut “if necessary” bzw. “s’il y a lieu” Billigkeitserwägungen mehr Raum einräumt als das allgemeine Völkerrecht,⁹³⁵ modifiziert es als *lex specialis* den Grundsatz der Totalreparation.⁹³⁶ Obwohl der EGMR Art. 41 EMRK wiederholt vorbehaltlos als eine *lex specialis* gegenüber dem allgemeinen völkergewohnheitsrechtlichen Schadensrecht bezeichnete,⁹³⁷ griff er dennoch auf das Völkergewohnheitsrecht zurück.⁹³⁸ Da Art. 41 EMRK (bzw. sein Vorgänger) außerdem nach den *Travaux Préparatoires* an Entschädigungspflichten im allgemeinen Völkerrecht anknüpft⁹³⁹ und die zwischenstaatlichen Haftungsregeln auf den Menschenrechtsschutz übertragen sollte,⁹⁴⁰ entspricht die Regelung grundsätzlich dem allgemeinen Völkerrecht.⁹⁴¹ Art. 41 EMRK ist daher lediglich zum Teil eine *lex specialis*; modifiziert das anwendbare Völkerge-

934 So bereits Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 94 (Art. 32 Rn. 2).

935 Vgl. Polakiewicz, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR, 1993, S. 102 f.

936 Vgl. *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 21.

937 Vgl. bspw. EGMR (GK), *Case of Cyprus v. Turkey*, Urteil (Just Satisfaction), 12. Mai 2014, Beschwerde-Nr. 25781/94, Rn. 42.

938 Siehe für die Rezeption der ARSIWA oben auf S. 196 f.

939 Vgl. die Ausführungen der Expertenkommission zu einer früheren Version des heutigen Art. 41 EMRK bei *Council of Europe*, Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights, Bd. III, 1979 (“This provision is in accordance with the actual international law relating to the violation of an obligation by a State. In this respect, jurisprudence of a European Court will never, therefore, introduce any new element or one contrary to existing international law.”), wobei es damals maßgeblich um die Frage weitergehender Kompetenzen, wie der Aufhebung innerstaatlicher Urteile oder Gesetze, ging, vgl. hierzu näher Schabas, ECHR Commentary, 2015, S. 830–833; ebenso Steiner, Just Satisfaction under Art 41 ECHR, in: Fenyves/Karner/Koziol/Steiner (Hrsg.), Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 2011, 3–26, 7 f.

940 Vgl. *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 10 f.

941 Nach Breuers Auffassung erstreckt die EMRK die zwischenstaatlich geschuldeten Rechtsfolgen eines Völkerrechtsverstößes auf den Einzelnen. Wegen dieser “Verdopplung der Aktivlegitimation” sei der Gleichlauf individueller und zwischenstaatlicher Ansprüche “wenig verwunderlich, Breuer in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK, Lfg. 216, August 2022, Art. 34 Rn. 29. In dieser Allgemeinheit ist der Aussage entgegenzuhalten, dass zwischenstaatliche und individuelle Ansprüche strukturell unterschiedlich sind. Daher muss diese Erstreckung der Regeln unter dem Vorbehalt der Vergleichbarkeit stehen.

wohnheitsrecht, verdrängt es aber nicht.⁹⁴² Für die IAMRK dürfte in der Sache Ähnliches gelten. Der Gerichtshof bestätigt in ständiger Rechtsprechung die völkergewohnheitsrechtliche Verankerung des Art. 63 IAMRK.⁹⁴³ Obwohl sich durchaus eigenständige Ausprägungen des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit herausgebildet haben, sind diese im Grundsatz doch mit dem allgemeinen Völkerrecht kongruent.⁹⁴⁴ Auch der IAGMR gewährt beispielsweise die Naturalrestitution und den Schadensersatz.⁹⁴⁵ Dies spricht letztlich für teilweise Spezialregelungen gegenüber dem Völkergewohnheitsrecht und nicht für eine umfassende *lex specialis*. Angesichts der umfangreichen Bezugnahmen des AfGMRRV auf die ARSIWA und weitere völkerrechtliche Spruchpraxis, die der Gerichtshof weiterhin rezipiert,⁹⁴⁶ ist Art. 27 Protokoll AfGMRRV ebenso wenig ein umfassendes Sonderregime.

Im Investitionsschutzrecht gelten im Grundsatz die allgemeinen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit und die ARSIWA bilden ebenfalls den Ausgangspunkt aller Untersuchungen.⁹⁴⁷ Etwas anderes gilt nur dann, wenn die einschlägigen Investitionsschutzverträge eigene Regelungen zum Inhalt der Verantwortlichkeit enthalten. Dass der einschlägige Investitions-

942 Vgl. hierfür *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR, 1993, S. 97; so auch Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 140 (Art. 55 Rn. 3); vgl. auch *Loup*, The Content of State Responsibility under the ECHR, in: *International Responsibility*, 139, 157. Lediglich hinsichtlich der Möglichkeit, innerstaatliches Recht gegen die Möglichkeit der Naturalrestitution einzuwenden (Art. 32 ARSIWA) erkennt *Loup* eine Abweichung in der Konventionspraxis gegenüber dem allgemeinen Völkerrecht, vgl. ebd. S. 152.

943 Vgl. grundlegend IAGMR, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, 1989, Series C, No. 7, Rn. 25 und später IAGMR, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, Urteil (Reparations und Costs), 10. September 1993, Series C, No. 15, Rn. 43; vgl. auch IAGMR, *Case of López Mendoza v. Venezuela*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 1. September 2011, Series C, No. 233, Rn. 207; vgl. auch *Novak*, RdC 392 (2018), 39.

944 Vgl. hierzu *Rivier*, Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: Inter-American Mechanisms, in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, 2010, 739–760, 742, 748.

945 Siehe unten unter § 9 B.

946 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso*, Reparations, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 21, 24, 26, 29; vgl. für die Rezeption AfGMRRV, *Ally Rajabu and others v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 007/2015, Rn. 133 (Fn. 37).

947 Siehe allerdings zu *Douglas*’ abweichender Auffassung zum Investitionsschutzrecht als Subsystem der Staatenverantwortlichkeit auf S. 215 f.

schutzvertrag das anwendbare Schadensfolgenrecht selbst festlegt⁹⁴⁸ oder Schadensposten ausdrücklich ausschließt,⁹⁴⁹ ist eine Seltenheit.⁹⁵⁰ Daher ist regelmäßig das allgemeine Schadensfolgenrecht maßgeblich. Allerdings dürften in beiden Ausnahmefällen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit partiell bzw. subsidär zur Anwendung gelangen, weil hinsichtlich der übrigen Schadensfolgen (im Fall des Ausschlusses einzelner Schadensposten) oder hinsichtlich der Lücken innerhalb der vertraglichen *lex specialis* nur dann vollständige Regeln entstehen.

Insgesamt weisen Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht damit zwar spezielle Sonderregelungen auf, die insoweit Vorrang genießen (vgl. Art. 55 ARSIWA). Subidiär bleibt aber das allgemeine Recht zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit anwendbar, das nach den vorhergehenden Ausführungen grundsätzlich dieselben Regeln für zwischenstaatliche und individuelle Ansprüche enthält.

948 Vgl. aber Art. 17 Abkommen zwischen der Republik Österreich und Bosnien und Herzegowina zur Förderung und zum Schutz von Investitionen (Investitionsschutzvertrag Österreich-Bosnien und Herzegowina), 2. Oktober 2000, BGBl. III Nr. 229/2002.

949 Vgl. solche Regeln zum immateriellen Schadensersatz in Art. 21 Abs. 3 Vertrag zwischen der Slowakischen Republik und der Islamischen Republik des Iran zur Förderung und des gegenseitigen Schutzes von Investitionen (19. Januar 2016, abrufbar unter: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3601/download> (zuletzt besucht: 15. März 2023)), Art. 14.10 (iii) Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty 2016 (abrufbar unter: https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023)) und Q. Abs. 4 Model Agreement of the Belgium-Luxembourg Economic Union on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments 2019 (abrufbar unter: <https://www.lachambre.be/flwb/pdf/54/1806/54K1806007.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023)). Dieses Vorgehen steht in Einklang mit Vorschlägen der UNCTAD, vgl. UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2015, abrufbar unter: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ipfsd> (zuletzt besucht: 15. März 2023), S. 109.

950 Vgl. hierzu *Sabahi*, Compensation and Restitution, 2011, S. 138, der lediglich auf Art. 1135 Abs. 3 Nordatlantisches Freihandelsabkommen zwischen der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika, der Regierung Kanadas und der Regierung der Vereinigten Mexikanischen Staaten (NAFTA) (17. Dezember 1992, ILM 32 (1993), 605–799; heute Art. 14.D.13 Abs. 6 Vereinbarung zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika, den Vereinigten Mexikanischen Staaten und Kanada vom 1. Juli 2020, abrufbar unter: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (zuletzt besucht: 15. März 2023)) verweist, der einen Strafschadensersatz ausschließt.

C. Ausnahmen

Aus den beiden vorangegangenen Abschnitten ergibt sich, dass nach Völkergewohnheitsrecht (unbeschadet vertraglicher Sonderbestimmungen) grundsätzlich die Regeln der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit auch für individuelle Ansprüche greifen. Das ist angesichts des Wegfalls der Mediatisierung des Individuums im diplomatischen Schutz naheliegend. Wenn es im Grunde schon im diplomatischen Schutz um Individualansprüche ging, sollten grundsätzlich dieselben Regeln gelten, wenn die *Vattel'sche* Fiktion entfällt.⁹⁵¹ Gleichwohl fragt sich mit Blick auf die These eines Wandels privatrechtsanaloger Rechtsinstitute in den öffentlich-rechtlich anmutenden Teilen des Völkerrechts, ob von der Anwendung derselben Regeln Ausnahmen bestehen. Hierfür bietet die Literatur jedenfalls Anhaltspunkte, ohne diese in der Regel näher zu umreißen.

Diejenigen Literaturstimmen, die sich mit den einschlägigen Regeln für Individualansprüche auseinandersetzen, gehen zwar davon aus, dass die hierauf anwendbaren Regeln mit dem Inhalt der zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit im Grundsatz identisch sind.⁹⁵² Zum Teil wird jedoch deren Modifikation aufgrund der spezifischen Umstände des Individualersatzes für möglich oder erforderlich gehalten. Solche Abweichungen stehen allerdings unter einem Rechtfertigungsvorbehalt.⁹⁵³ Es bleibt jedoch in der Regel unerwähnt, um welche Modifikationen oder zusätzliche Umstände es sich handeln könnte.⁹⁵⁴ Auf einen Unterschied, der Anpassungen notwendig macht, weist *Peters* hin: die Anzahl möglicher Anspruchstel-

951 Vgl. *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 173 f.; vgl. auch *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 20.

952 Vgl. *Buyse*, *ZaöRV* 68 (2008), 135; *De Brabandere*, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, 2014, S. 178 (Fn. 12); *Dominicé*, *La Prétention de la Personne Privée dans le Systeme de la Responsabilité Internationale des États*, in: *Festschrift Anrango-Ruiz*, 729, 735; *Kamminga*, *Legal Consequences of an Internationally Wrongful Act of a State against an Individual*, in: *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, 65, 74; *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 174; *Wittich*, *State Responsibility*, in: *International Investment Law*, 23, 43–45; so wohl auch schon *Dörr*, „Privatisierung“ des Völkerrechts, *JZ* 60 (2005), 905–916, 909.

953 *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 174.

954 Vgl. jedoch *Dörr*, *Völkerrechtliche Deliktsansprüche Privater*, in: *Breuer/Epiney/Haratsch/Schmahl/Weiß* (Hrsg.), *Der Staat im Recht*, 2013, 765–782, 780 f., der eine völkerrechtliche Schutznormlehre vorschlägt, die einen qualifizierten Rechtsverstoß als Voraussetzung der individuellen Berechtigung verlangt; teilweise zustimmend *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 415.

ler*innen.⁹⁵⁵ Im zwischenstaatlichen Völkerrecht filtert der Staat die Ansprüche, indem er über deren Geltendmachung entscheidet.⁹⁵⁶ In der Folge ist eine Vielzahl an Anspruchsteller*innen eher unwahrscheinlich.⁹⁵⁷ Dagegen können einem verantwortlichen Staat bei Individualansprüchen hunderte oder tausende individuelle Kläger*innen gegenüberstehen. Diese Situation erinnert strukturell an das innerstaatliche Verfassungs- und Verwaltungsrecht (bzw. die Haftung für hoheitliches Fehlverhalten).⁹⁵⁸ Sie ist zudem ein Spezifikum der Individualberechtigung, das Anlass geben kann, die Regeln zur Staatenverantwortlichkeit zu überdenken.⁹⁵⁹ So ging beispielsweise *Zwach* davon aus, dass die Grundlage der Haftung für Verletzungen der EMRK grundsätzlich zwar im allgemeinen Völkergewohnheitsrecht liege, dieses aber für das Verhältnis Staat-Individuum angepasst werden müsse und nicht ohne Weiteres übertragbar sei.⁹⁶⁰ Im Zuge der Debatten um “crippling compensation” hat die Modifikation der zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit im individualberechtigenden Völkerrecht (insbesondere im Investitionsschutzrecht) eine aktuelle Relevanz erhalten. Die Debatte behandelt das Problem, ob der Grundsatz der Totalreparation entgegen der ARSIWA modifiziert werden muss, wenn der Schadensersatz den Schuldnerstaat erdrücken würde.⁹⁶¹ Trotz somit not-

955 Vgl. *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 175.

956 Vgl. zu dieser Wahlmöglichkeit und im Entstehen begriffenen Einschränkungen in Form eines individuellen Anspruchs auf “ermessensfehlerfreie Entscheidung” Völkerrechtskommission, DADP with Commentaries, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 26–55, Art. 2 Rn. 3 und Art. 19. Vgl. zu einem Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung auf Ausübung diplomatischen Schutzes nach deutschem Recht BVerfG, *Rudolf Heß*, Beschluss vom 16. Dezember 1980, Az. 2 BvR 419/80, BVerfGE 55, 349, 364 f.

957 Allerdings ist eine Vielzahl von Anspruchsteller*innenn auch im diplomatischen Schutz denkbar. So verhandelte die Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission hunderte Ansprüche, obwohl das Verfahren zwischenstaatlich war, vgl. Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 23, 26.

958 Vgl. *Van Harten*, *Investment Treaty Arbitration*, 2007, S. 58–71 insbesondere S. 70 f.; siehe hierzu näher oben unter § 2 C. I.

959 Vgl. hierzu *Dörr*, *Völkerrechtliche Deliktsansprüche Privater*, in: *Der Staat im Recht*, 765, 780 f.

960 Vgl. *Zwach*, *Die Leistungsurteile des EGMR*, 1996, S. 83, 90.

961 Vgl. hierzu *Paparinskis*, *Crippling Compensation in the International Law Commission and Investor-State Arbitration*, ICSID Review 37 (2022), 289–312, 307 f. Solche Fragen stellen sich aber zuweilen auch in zwischenstaatlichen Verfahren, vgl. zu diesem Problem im *Armed-Activities*-Fall *Paparinskis*, *Crippling Compensation in the Law of State Responsibility*, EJIL Talk!, 17. Mai 2021, abrufbar unter: <https://www.ejil.org/10.5717/0783748841590> <https://www.millbra.com/de/egb> - Open Access - 

wendiger Modifikationen der zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit für Individualansprüche bleibt jedoch die Grundannahme, dass der Inhalt der Staatenverantwortlichkeit in beiden Situationen übereinstimmt.

Einen scheinbar anderen Standpunkt vertritt *Douglas* für das Investitionsschutzrecht. Er behauptet einen *sui-generis*-Charakter des investitionsschutzrechtlichen Schadensrechts und spricht von einem "sub-system" der Staatenverantwortlichkeit.⁹⁶² Beispielsweise würden im Investitionsschutzrecht weder der Vorrang der Naturalrestitution (Art. 35 ARSIWA) noch die Genugtuung (Art. 37 ARSIWA) Anwendung finden.⁹⁶³ Im Übrigen geht auch er grundsätzlich von denselben Regeln aus.⁹⁶⁴ So wendet er nichts gegen die Gewährung einer Wiedergutmachung (Art. 34 ARSIWA) ein.⁹⁶⁵ Seine Auffassung arbeitet somit lediglich einige Modifikationen gegenüber der zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit heraus. Im Unterschied zur sonstigen Literatur betont er jedoch die Abweichungen von der zwischenstaatlichen Haftung stärker. Der Grund hierfür mag darin liegen, dass er deutlich stärker in Detailfragen vertieft ist. Bis auf die Betonung der Sonderregeln des Investitionsschutzrechts sind die Ansätze jedoch kompatibel und unterscheiden sich lediglich graduell. Gemeinsam ist diesen Auffassungen, dass einige, aber nicht alle der Regeln aus den ARSIWA auch gegenüber Individuen Anwendung finden. Daher sind die ARSIWA ein "useful starting point"⁹⁶⁶ zur Bestimmung der Sekundäransprüche eines Individuums aus der Staatenverantwortlichkeit, obwohl eine gewisse Vorsicht bei deren "analoger" Anwendung angebracht ist.⁹⁶⁷

w.ejiltalk.org/crippling-compensation-in-the-law-of-state-responsibility/ (zuletzt besucht: 15. März 2023).

962 Vgl. *Douglas*, BYIL 74 (2004), 185–189; *Douglas*, Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID, in: The Law of International Responsibility, 815, 819; in eine ähnliche Richtung tendierend *Braun*, JWIT 15 (2014), 115 f.

963 Vgl. *Douglas*, Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID, in: The Law of International Responsibility, 815, 829 f.

964 Auch *Douglas* betont, dass sein Begriff des "sub-systems" keine Autonomie impliziere und er nicht die Unanwendbarkeit aller Bestimmungen aus dem zwischenstaatlichen Völkerrecht zur Folge habe, vgl. *Douglas*, BYIL 74 (2004), 185 (insbesondere Fn. 171).

965 Vgl. *Douglas*, Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID, in: The Law of International Responsibility, 815, 831.

966 *Peters*, Beyond Human Rights, 2016, S. 173.

967 Vgl. *Douglas*, BYIL 74 (2004), 189; in diese Richtung tendiert auch *Crawford*, International Protection of Foreign Direct Investments, in: International Investment Law

Die Regelungen der Art. 28 ff. ARSIWA bilden somit auch für die völkerrechtliche Verantwortung gegenüber Individuen den normativen Ausgangspunkt. Diese Haltung ergibt sich aus der (Staaten-) Praxis und trifft auf Zustimmung in der Literatur. Für sie spricht nicht zuletzt die Erwägung, dass das klassische zwischenstaatliche Völkerrecht über den diplomatischen Schutz der Sache nach Individualansprüche behandelte. Wenn nun das Individuum selbst klagen kann, ist es grundsätzlich schlüssig, die gleichen Regeln anzuwenden.⁹⁶⁸ Ohne einen relevanten Unterschied wäre es auch nicht einzusehen, warum ein Staat gegenüber Individuen grundsätzlich anders verantwortlich sein sollte als gegenüber anderen Staaten.⁹⁶⁹

Allerdings heißt dies nicht, dass sich aufgrund der Besonderheiten der individuellen Geltendmachung der Staatenverantwortung keine Unterschiede gegenüber der zwischenstaatlichen Staatenverantwortung ergeben können. Ein prominentes Beispiel ist insoweit die Genugtuung nach Art. 37 ARSIWA, die lediglich bei zwischenstaatlichen Ansprüchen zur Anwendung gelangen soll.⁹⁷⁰ Welche Unterschiede dies im Übrigen genau sind, lässt sich nicht abstrakt festlegen, sondern ist eine Frage des jeweiligen Teilrechtsbereichs und der jeweiligen Regel. Deshalb bedarf es für die hier interessierende Frage des Ersatzes immaterieller Schäden der näheren Analyse des individualberechtigenden Völkerrechts. Hierzu bleibt das zwischenstaatliche Völkerrecht eine Orientierungslinie. Zugleich bietet das hier herausgearbeitete Ergebnis bereits eine Erklärung für festzustellende Unterschiede zwischen der zwischenstaatlichen Staatenverantwortung und der Staatenverantwortung gegenüber Individuen: Identische Regeln liegen nahe, sind aber keinesfalls zwingend.

and General International Law, 17, 25; zustimmend *Wittich*, State Responsibility, in: International Investment Law, 23, 44 f.

968 Vgl. für diese Argumentation ICSID, *MTD v. Chile*, 2007, Case No. ARB/01/7, Rn. 99.

969 Vgl. *Dominicé*, La Prévention de la Personne Privée dans le Systeme de la Responsabilité Internationale des États, in: Festschrift Anrangio-Ruiz, 729, 735 und siehe auch oben unter § 7 A. II. 1.

970 Vgl. *Dominicé*, La Prévention de la Personne Privée dans le Systeme de la Responsabilité Internationale des États, in: Festschrift Anrangio-Ruiz, 729, 735; *Douglas*, Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID, in: The Law of International Responsibility, 815, 829; siehe hierzu auch oben Fn. 886.

§ 8 Immaterielle Schäden vor dem EGMR

Der EGMR ist seit seiner Reform im Jahr 1998 durch das 11. Zusatzprotokoll ein stehendes Gericht. Menschen, die der Hoheitsgewalt einer der 46 Vertragsparteien⁹⁷¹ unterstehen (Art. 1 EMRK), können ihn mit der Behauptung anrufen, in einem ihrer Konventionsrechte verletzt zu sein (Art. 34 EMRK). Nachdem einem gerichtlichen Verfahren früher die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) vorgeschaltet war, hat sich der Rechtsschutz unter der EMRK Schritt für Schritt zu einem Individualbeschwerdemechanismus entwickelt.⁹⁷²

Auf der Grundlage des Art. 41 EMRK kann der Gerichtshof als Folge einer Konventionsverletzung „just satisfaction“⁹⁷³ gewähren, wozu in ständiger Rechtsprechung auch „non-pecuniary damages“⁹⁷⁴ zählen.⁹⁷⁵ In der Praxis des EGMR zeigt sich indes eine Tendenz, in bestimmten Fällen die Feststellung einer Rechtsverletzung als ausreichenden Ersatz immaterieller Schäden ausreichen zu lassen.⁹⁷⁶ Diese Praxis nennt die Arbeit, wie noch näher begründet werden soll, „entschädigende Feststellung“.⁹⁷⁷ Sie soll im Vordergrund stehen, weil sie sich deutlich von der Praxis des zwischenstaatlichen Völkerrechts unterscheidet.⁹⁷⁸ Sie weicht außerdem vom

971 EGMR, Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 005, abrufbar unter: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=005> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

972 Vgl. für die Entwicklung des Rechtsschutzes unter der EMRK den Überblick bei *Schabas*, ECHR Commentary, 2015, S. 731–735.

973 Im Einklang mit der amtlichen deutschen Übersetzung wird „just satisfaction“ mit „gerechte Entschädigung“ übersetzt.

974 Vgl. beispielhaft EGMR, *Case of Abu Zubaydah v. Lithuania*, Urteil, 31. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 46454/11, Rn. 688.

975 Vgl. statt aller *Peukert* in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 41 Rn. 6.

976 Vgl. *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 287; *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Fenyves/Karner/Kozioł/Steiner (Hrsg.), Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 2011, 741–770, 742 f.; vgl. beispielhaft EGMR, *Case of Volokitin and others v. Russia*, Urteil, 3. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 74087/10 und 13 andere, Rn. 40, [...] the Court considers that the finding of a violation would constitute sufficient just satisfaction.“

977 Siehe hierzu unten unter § 8 B. I.

978 Siehe oben unter § 5 C.

ausgleichenden Gedanken des Privatrechts ab und ist stärker am Gedanken der Rechtmäßigkeitskontrolle, wie er dem öffentlichen Recht eigen ist, orientiert.⁹⁷⁹ Damit belegt sie womöglich eine Publifizierung privatrechts-analoger Regeln im Völkerrecht. Deshalb sollen die Voraussetzungen für diese Rechtsfolge ermittelt werden, um die Ratio der entschädigenden Feststellung besser fassen zu können. Vor der Analyse der Praxis der entschädigenden Feststellung (B.) soll der erste Abschnitt in die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Entschädigung immaterieller Schäden einführen (A.). Die Ergebnisse zur entschädigenden Feststellung bedürfen im Anschluss der dogmatischen Verortung (C.).

A. Entschädigung für immaterielle Schäden unter der EMRK

Den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit unter der EMRK prägt Art. 41 EMRK (bzw. dessen Vorgänger Art. 50 EMRK a. F.).⁹⁸⁰ Diese Norm lautet in den maßgeblichen Sprachfassungen wie folgt:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

“Si la Cour déclare qu’il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d’effacer qu’imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s’il y a lieu, une satisfaction équitable.”

Aus dieser Norm folgen die Voraussetzungen der Haftung unter der EMRK:⁹⁸¹ eine Konventionsverletzung, kein vollständiger Ersatz durch innerstaatliches Recht, die haftungsausfüllende Kausalität zwischen Schaden und Konventionsverletzung sowie die Notwendigkeit des Ersatzes.⁹⁸²

979 Siehe hierzu oben unter § 2 C. I

980 Zwischen Art. 50 EMRK a. F. und Art. 41 EMRK n. F. bestehen nur sprachliche, aber keine inhaltlichen Unterschiede, vgl. *Steiner*, Just Satisfaction unter Art 41 ECHR, in: *Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR*, 3, 10.

981 Vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 637.

982 *Altwickler-Hámori/Altwickler/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 13 f. In der Sache ähnlich, allerdings auf drei Voraussetzungen (Konventionsverletzung, Antrag und Notwendigkeit) heruntergebrochen (und noch in Bezug auf den alten Art. 50 EMRK) *Pellonpää*, Individual Reparation Claims under the ECHR, in: *Randelzhofer/*

Zusätzlich müssen Beschwerdeführer*innen grundsätzlich⁹⁸³ einen Entschädigungsantrag stellen. Dabei ergibt sich das Antragserfordernis nicht unmittelbar aus Art. 41 EMRK, sondern aus der Verfahrensordnung des Gerichtshofs.⁹⁸⁴ Liegen diese Voraussetzungen vor, besteht ein in seinem Umfang (I.) und dem Kreis seiner Berechtigten (II.) näher zu erläuternder Entschädigungsanspruch. Da die EMRK sowohl Individual- als auch zwischenstaatliche Verfahren kennt, bedarf deren Verhältnis zueinander im Hinblick auf Entschädigungsansprüche der näheren Betrachtung (III.).

I. Begriff und Umfang des Ersatzes immaterieller Schäden

Art. 41 EMRK weicht bereits in seinem Wortlaut deutlich von den ARSIWA ab. Augenfällig sind dabei die Begrifflichkeiten “just satisfaction” bzw. “satisfaction équitable” und die Einschränkung der Entschädigung auf deren Notwendigkeit (“if necessary”/“s’il y a lieu”). Beide Besonderheiten bedürfen der näheren Erklärung, um im Anschluss daran das Verständnis des Gerichtshofs von immateriellen Schäden und deren Ersatzfähigkeit zu umreißen.

Die ARSIWA kennen den Begriff der “satisfaction”, verstehen darunter allerdings die Genugtuung für immaterielle Schäden eines Staates.⁹⁸⁵ Der Gebrauch des Begriffs der “satisfaction” unter der EMRK weicht hiervon deutlich ab, indem er umfassend die Entschädigung für materielle und immaterielle Schäden sowie Kosten und Auslagen erfasst.⁹⁸⁶ Der Sprach-

Tomuschat (Hrsg.), *State Responsibility and the Individual*, 1999, 109–129, 112; vgl. auch *Ossenbühl/Cornils*, *Staatshaftungsrecht*, 2013, S. 637 f., die allerdings die “Notwendigkeit” nicht zu einer zusätzlichen Voraussetzung erklären, sondern als ein Kriterium zur Bemessung des Schadensumfangs, ebd. S. 658.

983 Ausnahmsweise spricht der Gerichtshof in Konstellationen besonders schwerer Menschenrechtsverletzungen auch ohne einen (prozessual wirksamen) Antrag eine Entschädigungssumme zu, vgl. beispielhaft EGMR (GK), *Case of Nagmetov v. Russia*, Urteil, 30. März 2017, Beschwerde-Nr. 35589/08, Rn. 69, 76 f. Allerdings ist die Zahl dieser Fälle sehr gering, vgl. *Fikfak*, *Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights*, EJIL 29 (2019), 1091–1125, 1120 (Fn. 202).

984 Dies ergibt sich aus Regel 60 Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2020, abrufbar unter: <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/rules&c=> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

985 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 106 (Art. 37 Rn. 3); siehe dazu näher oben unter § 4 B.

986 Vgl. statt aller *Altwickler-Hámori/Altwickler/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 8.

gebrauch der EMRK rezipiert Verträge aus der Zwischenkriegszeit, die für (zwischenstaatliche) Entschädigungsklauseln den Begriff der “*equitable satisfaction*” verwendet haben.⁹⁸⁷ Die Formulierung der EMRK sollte den Entschädigungsumfang des allgemeinen Völkerrechts abbilden.⁹⁸⁸ Sie intendiert daher keine Abweichung vom sonstigen Völkerrecht. Indessen schränkt das Attribut “*just*” bzw. “*équitable*”, gepaart mit der Wendung “*if necessary*” bzw. “*s’il y a lieu*” den Entschädigungsumfang ein. Art. 41 EMRK gewährt deshalb keine umfassende Wiedergutmachung, sondern ein Minus.⁹⁸⁹ Gleichwohl orientiert sich der Gerichtshof an der Idee der Totalreparation.⁹⁹⁰

Dass der EGMR Entschädigungen (knapp) unterhalb des Niveaus der vollständigen Wiedergutmachung gewährt, ist eng verbunden mit der fortbestehenden Debatte darüber, ob überhaupt ein Individualanspruch auf Entschädigung besteht. Diese Debatte ist für diese Arbeit relevant, weil sie die Figur der entschädigenden Feststellung rechtfertigen könnte. Sofern kein unbedingter Anspruch auf eine Entschädigung bestünde, ist auch das Absehen von einer Geldentschädigung nachvollziehbar. Seinem Wortlaut nach gewährt Art. 41 EMRK keinen Individualanspruch, sondern begründet lediglich die Kompetenz des Gerichtshofs, eine Entschädigung zuzusprechen.⁹⁹¹ Ob dieser Kompetenznorm ein ungeschriebener Entschädigungsanspruch des Einzelnen zugrunde liegt⁹⁹² oder ob das Ermessen des Gerichtshofs nach Art. 41 EMRK ein klares Indiz gegen einen solchen

987 Dies sind namentlich Art. 32 Generalakte zur friedlichen Beilegung völkerrechtlicher Streitigkeiten, 26. September 1928, LNTS 93, 343 und Bestimmungen in diversen Schieds- und Vergleichsverträgen des Deutschen Reichs, vgl. zu diesen und deren Einfluss auf Art. 41 EMRK *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR, 1993, S. 16 f. Vgl. zur Relevanz dieser Entstehungsgeschichte zum Verständnis des Art. 41 EMRK ebenfalls EGMR (Plenum), *Case of De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium (Article 50)*, Urteil, 10. März 1972, Beschwerde-Nr. 2832/66, 2835/66 und 2899/66, Rn. 16.

988 Siehe hierzu bereits oben auf S. 210.

989 Vgl. statt aller *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 21–24.

990 Vgl. beispielhaft EGMR (GK), *Case of Andrejeva v. Latvia*, Urteil, 18. Februar 2009, Beschwerde-Nr. 55707/00, Rn. III.

991 Vgl. Dörr in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG KK, 3. Auflage, 2022, Kapitel 33: Entschädigung und Schadensersatz, Rn. 4.

992 So *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 633; *Zwach*, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S. 102–104; in diese Richtung ebenfalls deutend *Peukert* in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 41 Rn. 3.

Anspruch ist,⁹⁹³ wird sehr unterschiedlich beantwortet. Allerdings besteht bei näherer Betrachtung allenfalls eine geringe Differenz zwischen diesen Auffassungen. Auch wer von einem zugrundeliegenden Anspruch des Individuums ausgeht, bejaht ein Ermessen des Gerichtshofs beim Zuspprechen der Entschädigung.⁹⁹⁴ Folglich dreht sich der Streit lediglich um die Detailfrage, ob das Ermessen – in Anlehnung an die verwaltungsrechtliche Terminologie – ein “Auswahlermessen” hinsichtlich der Art und Höhe der Entschädigung⁹⁹⁵ oder ein Entschließungsermessen hinsichtlich des Ob der Entschädigung ist. Da für diese Arbeit zur Erklärung der Praxis der entschädigenden Feststellung lediglich relevant ist, dass der EGMR ein gewisses Ermessen, jedenfalls bei der Ausfüllung des Entschädigungsanspruchs besitzt,⁹⁹⁶ mag dahinstehen, welche Auffassung überzeugender ist.

Nach seiner ständigen Rechtsprechung entschädigt der EGMR auf der Grundlage des Art. 41 EMRK neben materiellen Schäden, Kosten und Auslagen, auch immaterielle Schäden.⁹⁹⁷ Innerhalb der terminologischen Vielfalt im Völkerrecht zur Bezeichnung immaterieller Schäden⁹⁹⁸ verwendet der EGMR nach zuerst wechselhafter Terminologie⁹⁹⁹ nicht mehr den Begriff “moral damages”, sondern spricht von “non-pecuniary damage”.¹⁰⁰⁰ Freilich bedeutete die Terminologie niemals einen Unterschied in der Sa-

993 Vgl. Dörr in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG KK, 3. Auflage, 2022, Kapitel 33: Entschädigung und Schadensersatz Rn. 4; *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 75–79; ebenfalls für eine Ermessensentscheidung *Schabas*, ECHR Commentary, 2015, S. 836; vgl. allerdings für eine Beschränkung auf immaterielle Schäden *Altwicker-Hámori/Altwicker/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 14 sowie *Breuer* in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK, Lfg. 216, August 2022, Art. 34 Rn. 24.

994 Vgl. *Peukert* in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 41 Rn. 4; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 658.

995 So ausdrücklich *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 658; ebenso *Zwach*, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S. 103 f., 177, 180.

996 So auch der EGMR selbst bspw. in EGMR, *Case of Dudgeon v. the United Kingdom*, Urteil (Article 50), 24. Februar 1983, Beschwerde-Nr. 7525/76, Rn. 11.

997 Vgl. statt aller *Schabas*, ECHR Commentary, 2015, S. 838.

998 Siehe hierzu oben unter § 5 B. I.

999 *Frowein*, Entschädigung für Verletzungen von Grundrechten, in: Jekewitz/Klein/Kühne/Petersmann/Wolfrum (Hrsg.), FS Partsch, 1989, 317–326, 318; ebenso *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 361.

1000 Vgl. beispielsweise EGMR (GK), *Case of Beuze v. Belgium*, Urteil, 9. November 2018, Beschwerde-Nr. 71409/10, Rn. 197.

che.¹⁰⁰¹ In der französischen Fassung der Entscheidungen heißt es noch heute “dommage moral”.¹⁰⁰²

Der Begriff des immateriellen Schadens unter der EMRK ist weit und entwicklungsoffen.¹⁰⁰³ Er umfasst in den Worten des Gerichtshofs “evident trauma, whether physical or psychological, pain and suffering, distress, anxiety, frustration, feelings of injustice or humiliation, prolonged uncertainty, disruption to life, or real loss of opportunity”¹⁰⁰⁴. Auch Rufschäden zählen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Kreis ersatzfähiger immaterieller Schäden.¹⁰⁰⁵ Der Begriff des immateriellen Schadens im Rahmen der EMRK umfasst damit alle Schäden, die nicht das Vermögen der Opfer mindern.¹⁰⁰⁶ Dieses Verständnis deckt sich im Wesentlichen mit den für das zwischenstaatliche Völkerrecht herausgearbeiteten Erscheinungsformen immaterieller Schäden.¹⁰⁰⁷ Indem der EGMR nicht nur physische und psychische Leiden im Sinne eines krankhaften Zustands, sondern auch negative Gefühle wie die Enttäuschung über die Konventionsverletzung oder die längere Ungewissheit miteinbezieht, ist der Begriff des immateriellen Schadens sehr nah an die Konventionsverletzung gerückt und von dieser kaum noch zu unterscheiden.¹⁰⁰⁸ Mit der Konventionsverletzung wird fast notwendig zumindest die Enttäuschung über das Verhalten des Staates, Ärger oder Ungewissheit einhergehen.¹⁰⁰⁹ Allerdings bedeutet dieser weite Begriff des immateriellen Schadens nicht, dass ein jeder dieser Schäden mit Geld

1001 *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 119; vgl. auch *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 361, der mutmaßt, dass der Unterschied jeweils aus der Originalsprache des Urteils resultiere.

1002 Vgl. *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 119.

1003 *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 118.

1004 EGMR (GK), *Case of Varnava and others v. Turkey*, Urteil (Merits und Just Satisfaction), 18. September 2009, Beschwerde-Nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90, Rn. 224.

1005 Vgl. bspw. EGMR (GK), *Case of Comingersoll S.A. v. Portugal*, Urteil, 6. April 2000, Beschwerde-Nr. 35382/97, Rn. 35; EGMR (GK), *Case of Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy*, Urteil, 7. Juni 2012, Beschwerde-Nr. 38433/09, Rn. 221.

1006 Vgl. in diesem Sinne *Altwickler-Hámori/Altwickler/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 6.

1007 Siehe hierzu oben unter § 5 B. II.

1008 Wie weiter unten zu zeigen sein wird, lehnt der Gerichtshof in manchen Entscheidungen bewusst einen Antrag auf Entschädigung ab und spricht auch keine entschädigende Feststellung zu. Daraus folgt wiederum, dass sich Rechtsverletzung und immaterieller Schaden zwar sehr stark angenähert haben, aber nicht deckungsgleich sind, siehe hierzu näher unten unter § 8 B. I.

1009 Vgl. für diese Beobachtung *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 344–346.

entschädigt werden müsste. In ständiger Rechtsprechung unterscheidet der Gerichtshof zwischen Fällen, in denen die Feststellung der Konventionsverletzung eine ausreichende Entschädigung bietet und solchen, in denen es einer finanziellen Entschädigung bedarf.¹⁰¹⁰ Wie diese Fälle voneinander zu unterscheiden sind, ist mangels eingehender Begründungen oftmals unklar. Abschnitt B. widmet sich diesem Problem.

Als Folge des weiten Verständnisses immaterieller Schäden bedürfen sie keines Nachweises, wenn die Umstände des Falles solche Schäden nahelegen.¹⁰¹¹ Immaterielle Schäden sind demnach einem Anscheinsbeweis zugänglich.¹⁰¹² Bei überlangen Verfahrensdauern vermutet der Gerichtshof sogar solche Schäden.¹⁰¹³

Was schließlich die Höhen der Entschädigungen für immaterielle Schäden anbelangt, verweist der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung auf die Billigkeit als Maßstab zur Bestimmung einer angemessenen Entschädigungssumme.¹⁰¹⁴ Zwar verfügt der Gerichtshof selbst über Listen, aus denen die fälligen Entschädigungen für Konventionsverletzungen bei unterschiedlichen Staaten ersichtlich sind.¹⁰¹⁵ Diese legt der Gerichtshof allerdings nicht offen. Empirische Untersuchungen hierzu legen nahe, dass die Höhe der Entschädigungssumme unter anderem mit der Schwere der Verletzung zusammenhängt.¹⁰¹⁶

II. Entschädigungsberechtigte

Der Gerichtshof verfolgt hinsichtlich des Kreises potentieller Entschädigungsempfänger*innen einen restriktiven Ansatz. Dies liegt im Wesent-

1010 Vgl. hierfür EGMR (GK), *Varanva and others v. Turkey (Merits and Just Satisfaction)*, 2009, Beschwerde-Nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90, Rn. 224.

1011 Vgl. EGMR, *Case of Peck v. the United Kingdom*, Urteil, 28. Januar 2003, Beschwerde-Nr. 44647/98, Rn. 118.

1012 Vgl. *Bydlinski*, Methodologische Ansätze zum Schadensersatzrecht der EMRK, in: *Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR*, 129, S. 204.

1013 Vgl. EGMR (GK), *Case of Apicella v. Italy*, Urteil, 29. März 2006, Beschwerde-Nr. 64890/01, Rn. 93; EGMR (GK), *Case of Cocchiarella v. Italy*, Urteil, 29. März 2006, Beschwerde-Nr. 64886/01, Rn. 95.

1014 Vgl. *Schabas*, ECHR Commentary, 2015, S. 838; vgl. bspw. EGMR, *Mehmet Ali Ayhan and others v. Turkey*, 2019, Beschwerde-Nr. 4536/06 und 53282/07, Rn. 49.

1015 Vgl. statt aller *Ichim*, *Just Satisfaction*, 2015, S. 121.

1016 Vgl. *Altwicker-Hámori/Altwicker/Peters*, *ZaöRV* 76 (2016), 40 f.

lichen darin begründet, dass der Gerichtshof nur der “injured party” bzw. “partie lésée” eine Entschädigung zusprechen kann. Dieser Begriff ist deckungsgleich mit dem Begriff des Opfers (“victim”/“victime”) in Art. 34 EMRK.¹⁰¹⁷ Daher können grundsätzlich nur unmittelbar Verletzte eine Entschädigung erhalten, weil Art. 34 EMRK nur denjenigen Opfern, die eine *eigene* Rechtsverletzung behaupten, den Rechtsweg zum EGMR eröffnet.¹⁰¹⁸

Der Gerichtshof unterscheidet dementsprechend in ständiger Rechtsprechung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Opfern.¹⁰¹⁹ Erstere sind grundsätzlich beschwerde- wie entschädigungsberechtigt. Diese Gruppe umfasst insbesondere die Adressaten einer staatlichen Maßnahme.¹⁰²⁰ Die zweite Opferkategorie erkennt der Gerichtshof nur unter zusätzlichen Voraussetzungen an. Das unmittelbare Opfer muss verstorben (oder verschwunden) sein und daher seine Beschwerde nicht mehr selbst führen können.¹⁰²¹ Außerdem müssen grundsätzlich besondere Umstände zu einer Belastung führen, die über das notwendigerweise auftretende Leid Familienangehöriger bei schweren Menschenrechtsverletzungen hinausgeht. Dafür kommt es auf die Nähe der Familienbeziehung, den Umfang der Zeugenschaft an der Konventionsverletzung, den Grad der Beteiligung an Versuchen, von staatlichen Stellen Aufklärung zu erhalten und die Reaktionen der Behörden auf diese Anfragen an.¹⁰²² Dieser restriktive Ansatz ist

1017 Vgl. bereits EGMR (Plenum), *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* (Article 50), 1972, Beschwerde-Nr. 2832/66, 2835/66 und 2899/66, Rn. 23; vgl. hierzu eingehender *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 70 f.

1018 Vgl. statt aller *Peukert* in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 34 Rn. 22. Popularklagen sind damit ausgeschlossen.

1019 Vgl. hierzu *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 71. Zusätzlich führt *Ichim* die Kategorie eines potentiellen Opfers an, das durch ein allgemeines Gesetz betroffen sein könne (ebd. S. 74). Diese Kategorie weist Besonderheiten auf, weil die eigentliche Verletzung noch bevorsteht. Diese Kategorie spielt an dieser Stelle keine große Rolle, weil es sich bei Hinzudenken der Umsetzung um direkte Opfer handeln würde, vgl. für eine solche Gleichsetzung mit unmittelbaren Opfern auch *Peukert* in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 34 Rn. 23.

1020 Vgl. statt aller *Meyer-Ladewig/Kulick* in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Auflage, 2017, Art. 34 Rn. 26.

1021 Vgl. *Peukert* in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 34 Rn. 30.

1022 Vgl. EGMR (GK), *Case of Çakici v. Turkey*, Urteil, 8. Juli 1999, Beschwerde-Nr. 23657/94, Rn. 98. Diese Rechtsprechung geht auf die Entscheidung in EGMR, *Case of Kurt v. Turkey*, Urteil, 25. Mai 1998, Beschwerde-Nr. 15/1997/799/1002, Rn. 130–134 zurück. Vgl. zu weiteren Ausnahmen *Schäfer* in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 3. Auflage, 2022, Art. 34 Rn. 76 f.

auf Kritik gestoßen,¹⁰²³ bestimmt allerdings weiterhin die Rechtsprechung des Gerichtshofs. Großzügiger ist der Gerichtshof lediglich bei juristischen Personen. So dürfen die Alleingesellschafter einer juristischen Person auch im eigenen Namen für die Gesellschaft Beschwerden einlegen.¹⁰²⁴

Nach Art. 34 EMRK sind nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen beschwerdeberechtigt. Juristische Personen können nun aber weder körperlich noch physisch leiden, nicht einmal Enttäuschung wegen der Konventionsverletzung können sie empfinden. Von den oben aufgeführten Erscheinungsformen immaterieller Schäden können sie allenfalls einen Rufverlust erleiden.¹⁰²⁵ Dennoch spricht der Gerichtshof seit *Comingersoll S.A. v. Portugal* auch juristischen Personen immateriellen Schadensersatz für Reputationsverluste, Planungsunsicherheiten, Störungen bei der Leitung des Unternehmens sowie die Ängste und Unannehmlichkeiten des Leitungspersonals zu.¹⁰²⁶ Die Beschwerde in *Comingersoll v. Portugal* betraf ein fast zwanzig Jahre andauerndes Zivilverfahren der Beschwerdeführerin. Hierin lag nach Ansicht des EGMR ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹⁰²⁷ Insbesondere ist es bemerkenswert, dass eine juristische Person das Leid ihres Personals liquidieren können soll.¹⁰²⁸ Denn

1023 Vgl. *Feldman*, Indirect Victims, Direct Injury: Recognising Relatives as Victims under the European Human Rights System, *European Human Rights Law Review* 14 (2009), 50–69, 61–65.

1024 Vgl. EGMR, *Case of Jafarli and others v. Azerbaijan*, Urteil, 29. Juli 2010, Beschwerde-Nr. 36079/06, Rn. 39–41; vgl. für einen Überblick zur Beschwer bei Unternehmen *Meyer-Ladewig/Kulick* in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Auflage, 2017, Art. 34 Rn. 24.

1025 Vgl. *Emberland*, Compensating Companies for Non-Pecuniary Damage – *Comingersoll S.A. v. Portugal* and the Ambivalent Expansion of the ECHR Scope, *BYIL* 74 (2004), 409–432, 417 f., der Rufverluste ebenfalls materiellen (vermögensrechtlichen) Schadensposten zuordnet.

1026 Vgl. EGMR (GK), *Comingersoll S.A. v. Portugal*, 2000, Beschwerde-Nr. 35382/97, Rn. 35 a. E.; vgl. aus dem Schrifttum *Dörr* in: *Dörr/Grote/Maruhn* (Hrsg.), EMRK/GG KK, 3. Auflage, 2022, Kapitel 33: Entschädigung und Schadensersatz, Rn. 27; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2021, § 15 Rn. 9; *Meyer-Ladewig/Brunozzi* in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Auflage, 2017, Art. 41 Rn. 12; *Wenzel* in: *Karpenstein/Mayer* (Hrsg.), EMRK, 3. Auflage, 2022, Art. 41 Rn. 14.

1027 Vgl. EGMR (GK), *Comingersoll S.A. v. Portugal*, 2000, Beschwerde-Nr. 35382/97, Rn. 18, 25.

1028 *Emberland*, *BYIL* 74 (2004), 424. *Emberland* weist auch darauf hin, dass der EGMR zusätzlich auf eine gemeinsame Tradition in den Konventionsstaaten sowie die Zustimmung Portugals in früheren Verfahren verwiesen hat, *Emberland*, *BYIL* 74 (2004), 421–423.

auch die EMRK erkennt die Unterscheidung zwischen juristischer Person, ihren Angestellten und ihren Gesellschaftern an.¹⁰²⁹

Als einzigen Grund für seine Haltung nennt der EGMR die effektive Durchsetzung der Konventionsrechte.¹⁰³⁰ Zusätzlich könnte eine Rolle gespielt haben, dass der Fall, *Comingersoll S.A. v. Portugal*, eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK betraf.¹⁰³¹ Immaterieller Schadensersatz für dessen Verletzung soll oftmals strukturelle Defizite der Mitgliedsstaaten adressieren und eine Abschreckungswirkung entfalten. Er dient damit weniger dem individuellen Rechtsschutz als der allgemeinen Förderung der Menschenrechte in den Konventionsstaaten.¹⁰³² In der Folge wäre die fehlende Leidensfähigkeit einer juristischen Person irrelevant. Allerdings betreffen spätere Entscheidungen, die *Comingersoll S.A. v. Portugal* bestätigen, nicht immer Verletzungen des Art. 6 EMRK.¹⁰³³ Folglich können die Besonderheiten der Rechtsprechung zur Entschädigung der Verletzungen des Art. 6 EMRK die Ersatzfähigkeit des Leids der Angestellten einer juristischen Person nicht erklären. Gleichwohl dürfte das Motiv für diese Praxis des EGMR sein, eine – als solche wahrgenommene – Lücke im Menschenrechtsschutz zu schließen. So kann der immaterielle Schadensersatz einen Ausgleich für nur schwer quantifizierbare materielle Schäden herstellen.¹⁰³⁴ In jedem Fall erachtet der EGMR auch juristische Personen als mögliche Opfer immaterieller Schäden.

1029 Vgl. hierzu *Emberland*, The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 63 (2003), 945–969, 945 ff. *Emberland* weist allerdings auch darauf hin, dass der EGMR eine Klage eines Angestellten einer juristischen Person für zulässig erachtet hat, obwohl die Beschwerde Rechte der juristischen Person betraf, *Emberland*, ZaöRV 63 (2003), 958 (Fn. 66) unter Verweis auf EGMR (Plenum), *Groppera Radio AG and others v. Switzerland*, Urteil, 28. März 1990, Beschwerde-Nr. 10890/84, Rn. 49.

1030 EGMR (GK), *Comingersoll S.A. v. Portugal*, 2000, Beschwerde-Nr. 35382/97, Rn. 35.

1031 Vgl. EGMR (GK), *Comingersoll S.A. v. Portugal*, 2000, Beschwerde-Nr. 35382/97, Rn. 35.

1032 Vgl. mit Bezug auf Italien *Wildhaber*, Article 41 of the European Convention on Human Rights – Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights, BaltYbkIL 3 (2003), 1–18, 12.

1033 Vgl. beispielsweise EGMR (GK), *Centro Europa 7 and Di Stefano v. Italy*, 2012, Beschwerde-Nr. 38433/09, Rn. 221, der auf einer Verletzung der Artt. 10 EMRK und I 1. ZP EMRK beruht.

1034 Vgl. *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 319.

III. Zwischenstaatliche Verfahren und immaterieller Schadensersatz

Der Arbeit liegt die These zugrunde, dass sich der Inhalt der Staatenverantwortlichkeit in zwischenstaatlichen Verfahren und Individualverfahren unterscheiden kann.¹⁰³⁵ Da der EGMR sowohl über Individual- (Art. 34 EMRK) als auch über Staatenbeschwerden (Art. 33 EMRK) entscheiden kann, stellt der EGMR diese These auf die Probe. In zwei Staatenbeschwerden, äußerte sich der Gerichtshof zu Fragen des Schadensersatzes¹⁰³⁶ und stellte die Anwendbarkeit des Art. 41 EMRK fest.¹⁰³⁷ Diese Vorgehensweise widerspricht *prima facie* der grundlegenden These der Arbeit, zwischenstaatliche Verfahren und Individualverfahren zu unterscheiden. Nach dem Ansatz dieser Arbeit wäre zu erwarten gewesen, dass der Gerichtshof in zwischenstaatlichen Verfahren die allgemeinen Regeln zu den Folgen eines Völkerrechtsverstosses anwendet.¹⁰³⁸

Hieraus sollte man keine voreiligen Schlüsse ziehen, sondern zunächst Gründe und Einschränkungen dieser Rechtsprechung in den Blick nehmen. Sein Ergebnis stützte der Gerichtshof unter anderem auf die Erwägung, dass die Regelung in Art. 41 EMRK nach seiner Entstehungsgeschichte der völkerrechtlichen Wiedergutmachungspflicht entsprechen sollte. In der Folge unterscheide sich Art. 41 EMRK nicht grundsätzlich von der allgemeinen Logik des Schadensfolgenrechts, nach der aus der Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht, eine Pflicht zur Wiedergutmachung resultiere.¹⁰³⁹ Folgerichtig wendet der Gerichtshof die gleichen Grundsätze wie für Individualbeschwerden an und verwies beispielsweise auf seine Leitentscheidung zu Art. 41 EMRK, *Varnava and others v. Turkey*.¹⁰⁴⁰ Angesichts der grundsätzlich identischen Regeln der zwischenstaatlichen Haftung und der Haftung gegenüber dem Individuum, ist diese Herangehensweise nahe-

1035 Siehe allerdings zur grundsätzlichen Anwendbarkeit derselben Regeln oben in § 7.

1036 EGMR (GK), *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, 2014, Beschwerde-Nr. 25781/94; EGMR (GK), *Case of Georgia v. Russia (I)*, Urteil (Just Satisfaction), 31. Januar 2019, Beschwerde-Nr. 13255/07.

1037 Vgl. EGMR (GK), *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, 2014, Beschwerde-Nr. 25781/94, Rn. 43; EGMR (GK), *Georgia v. Russia (Just Satisfaction)*, 2019, Beschwerde-Nr. 13255/07, Rn. 27.

1038 So auch noch Zwach, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S. 182.

1039 Vgl. EGMR (GK), *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, 2014, Beschwerde-Nr. 25781/94, Rn. 40–42.

1040 Vgl. EGMR (GK), *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, 2014, Beschwerde-Nr. 25781/94, Rn. 56; EGMR (GK), *Georgia v. Russia (Just Satisfaction)*, 2019, Beschwerde-Nr. 13255/07, Rn. 73.

liegend, widerspricht in der Absolutheit der Parallelisierung aber dennoch der hier zugrunde gelegten These.

Allerdings begrenzte der Gerichtshof die Anwendung des Art. 41 EMRK auf solche Konstellationen, in denen der klagende Staat keine generellen Konventionsverletzungen durch einen anderen Konventionsstaat, sondern Verletzungen seiner eigenen Staatsangehörigen geltend macht.¹⁰⁴¹ Es geht also letztlich um Fälle, die *de facto* (gebündelte) Individualbeschwerden sind.¹⁰⁴² Diese Fälle in einem System, indem der einzelne genauso gut eine Beschwerde einlegen könnte, gleich zu behandeln, ist folgerichtig, wenn nicht sogar zwingend. Für eine Einordnung als gebündelte Individualbeschwerde spricht auch, dass die Staaten unter der EMRK – im Gegensatz zum diplomatischen Schutz¹⁰⁴³ – auch eine Pflicht zum Auskehren der Entschädigungen trifft.¹⁰⁴⁴ Damit nahm der EGMR eine wichtige Modifikation gegenüber dem zwischenstaatlichen Völkerrecht vor und lässt den Staat zum bloßen Mittler individueller Interessen werden. Die Begrenzung des Art. 41 EMRK in zwischenstaatlichen Verfahren auf gebündelte Individualbeschwerden belegt daher, dass die Praxis zwischenstaatliche Verfahren und Individualverfahren anders behandelt, soweit in der Sache eine andere Situation in Rede steht.

In einem Punkt zeigt sich weiterhin, dass die These eines haftungsrechtlichen Unterschieds zwischen zwischenstaatlichen und Individualverfahren durch die Praxis des EGMR nicht berührt wird. In beiden Fällen ließ der Gerichtshof keine entschädigenden Feststellungen genügen, sondern entschädigte in beiden für immaterielle Schäden mit Geld.¹⁰⁴⁵ Der Grund

1041 Vgl. EGMR (GK), *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, 2014, Beschwerde-Nr. 25781/94, Rn. 43–45.

1042 Vgl. EGMR (GK), *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, 2014, Beschwerde-Nr. 25781/94, Rn. 45.

1043 Vgl. EGMR (GK), *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, 2014, Beschwerde-Nr. 25781/94, Rn. 46.

1044 Vgl. EGMR (GK), *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, 2014, Beschwerde-Nr. 25781/94, Rn. 58 f. (sowie Ziffern 4. c) und 5. c) des operativen Teils des Urteils). Bemerkenswerterweise stützt sich der EGMR auf das Urteil des IGH in dem Fall *Diallo*, obwohl der IGH dort gerade keine Pflicht zum Auskehren der Schadensersatzsummen angenommen hat, vgl. insoweit die weiche Formulierung im Urteil, wonach der Schadensersatz dazu gedacht (‘‘intended’’) ist, Herrn Diallos Schaden auszugleichen, IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 344 (Rn. 57).

1045 Vgl. EGMR (GK), *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, 2014, Beschwerde-Nr. 25781/94, Rn. 58; EGMR (GK), *Georgia v. Russia (Just Satisfaction)*, 2019, Beschwerde-Nr. 13255/07, Rn. 75–77.

dürfte in tatsächlicher Hinsicht darin bestehen, dass Fälle geringfügiger Verletzungen¹⁰⁴⁶ bei Staatenbeschwerden gar nicht oder jedenfalls sehr selten vorkommen werden. Ein Staat wird selten ein Bedürfnis verspüren, solche Fälle vor den Kadi zu bringen.

Insgesamt ist die Anwendung des Art. 41 EMRK in zwischenstaatlichen Verfahren mit der These eines Unterschieds zwischen Individualverfahren und zwischenstaatlichen Verfahren vereinbar. Dies zeigt der EGMR insbesondere damit, dass er die Anwendung des Art. 41 EMRK auf Fälle begrenzt, die nur gebündelte Individualbeschwerden sind.

B. Die Feststellung der Konventionsverletzung als Entschädigung

Der EGMR erachtet die Feststellung einer Konventionsverletzung regelmäßig als ausreichenden Ersatz für die (Nichtvermögens-) Schäden des Opfers.¹⁰⁴⁷ Diese Praxis bezeichnet die Arbeit als entschädigende Feststellung.¹⁰⁴⁸ Sie entstand im Rahmen einiger weniger Leitentscheidungen der 1970er und frühen 1980er Jahre und entwickelte sich zu einer immer häufigeren Antwort des Gerichtshofs auf Verletzungen der Konventionsga-

1046 Siehe zu diesem vereinenden Gedanken der Fallgruppen einer entschädigenden Feststellung unten auf S. 280.

1047 Vgl. beispielhaft EGMR, *Case of Chim and Przywieczerski v. Poland*, Urteil, 12. April 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07, Rn. 39: “Having regard to this and the particular circumstances of the present case, the Court considers that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage which may have been sustained by the second applicant.”

1048 Siehe unten zur Berechtigung einer solchen Begriffsbildung unter § 8 B. I. Dagegen verwendet *Oskierski* (*Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 110 f.) den Begriff des Feststellungsschadensersatzes. Weil aber nach deutschem Sprachgebrauch ein Unterschied zwischen Schadensersatz und Entschädigung besteht (vgl. hierzu *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 320 f.) und auch die Terminologie und Praxis unter der EMRK auf ein Niveau unterhalb des vollen Schadensersatzes, nämlich “nur” eine gerechte Entschädigung, deuten, soll im Deutschen der Begriff der Entschädigung beibehalten werden. Grundsätzlich kritisch gegenüber der Terminologie *Oskierskis* zeigt sich *Breuer*, der unter Hinweis auf die tatsächliche Versagung einer Entschädigung die Terminologie ablehnt, vgl. *Breuer*, Die Funktion der Staatshaftung nach Unionsrecht und EMRK im Vergleich, in: Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der EU im Wandel der Zeit, 203, 213 f.

rantien.¹⁰⁴⁹ Seit diesen Anfängen prägen die Praxis unklare Entscheidungsmaßstäbe.

Als der Gerichtshof im Fall *Golder v. UK* 1975¹⁰⁵⁰ zum ersten Mal die Feststellung der Konventionsverletzungen als ausreichenden Ersatz für die Verstöße gegen Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 EMRK erachtete,¹⁰⁵¹ dürfte diese Entscheidung auf dem fehlenden Verlangen nach einer finanziellen Entschädigung beruht haben. Der Fall betraf die fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten eines Strafgefangenen gegen die Anschuldigungen eines Justizvollzugsbeamten. Die EKMR hatte keine Entschädigung im Namen des Verletzten verlangt.¹⁰⁵² Dieses Verhalten mag dem Gerichtshof als Zeichen dafür gegolten haben, dass es eines pekuniären Ersatzes nicht bedurfte.¹⁰⁵³ Hier ließen sich Parallelen zur Entscheidung des IGH im *Corfu-Channel*-Fall ziehen, in dem der IGH die Feststellung der Rechtsverletzung als eine Form der Genugtuung anerkannte. Auch dieser Entscheidung lag zugrunde, dass Albanien lediglich die Feststellung der Verletzung ihrer Rechte begehrt hatte.¹⁰⁵⁴ Allerdings zitierte der EGMR den *Corfu-Channel*-Fall nicht.¹⁰⁵⁵

Der Gerichtshof beschränkte die entschädigende Feststellung nicht auf Fälle, in denen die Opfer kein Geld wollten,¹⁰⁵⁶ sondern sprach nur wenig später auch gegen den Willen der Betroffenen eine entschädigende Feststellung zu.¹⁰⁵⁷ Also müssen andere Gesichtspunkte als der Wille der Opfer die Entscheidung zugunsten einer entschädigenden Feststellung geleitet haben.

1049 Vgl. Józson, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741.

1050 EGMR (Plenum), *Case of Golder v. United Kingdom*, 21. Februar 1975, Beschwerde-Nr. 4451/70.

1051 Vgl. *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 135; Józson, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741.

1052 Vgl. EGMR (Plenum), *Golder v. UK*, 1975, Beschwerde-Nr. 4451/70, Rn. 46.

1053 Auch der Verletzte verlangte keine Entschädigung, vgl. *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 136.

1054 Vgl. IGH, *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, 1949, I.C.J. Reports 1949, 4, 12 und 35.

1055 Vgl. Zwach, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S. 183.

1056 Gleichwohl sprach der Gerichtshof auch in einem solchen Fall noch einmal eine entschädigende Feststellung zu, vgl. EGMR, *Case of Deweer v. Belgium*, Urteil, 27. Februar 1980, Beschwerde-Nr. 6903/75, Rn. 60.

1057 Vgl. EGMR (Plenum), *Case of Engel and others v. the Netherlands*, Urteil (Article 50), 23. November 1976, Beschwerde-Nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 und 5370/72, Rn. 6, 10 f.; *Marckx v. Belgium*, vgl. EGMR (Plenum), *Case of Marckx v. Belgium*, Urteil, 13. Juni 1979, Beschwerde-Nr. 6833/74, Rn. 68.

Diese Gesichtspunkte sind allerdings nur schwer zu ermitteln, weil der EGMR das Genügen einer entschädigenden Feststellung nur selten begründet.¹⁰⁵⁸ Diese Intransparenz hat manche zu der Annahme verleitet, dass die Gerichtspraxis keine allgemeinen Maßstäbe entwickelt habe, in welchen Fällen eine entschädigende Feststellung genüge.¹⁰⁵⁹ Dieser Vorwurf ist für die These der Arbeit brisant, dass die unterschiedliche Behandlung individueller und zwischenstaatlicher Ansprüche aus der Staatenverantwortlichkeit den Strukturwandel des Völkerrechts reflektiert. Denn wenn dieser Unterschied – überspitzt formuliert – eine reine Willkürentscheidung ist, bietet er auch keinen Ansatzpunkt für eine Publifizierung des Völkerrechts. Allerdings hat der EGMR selbst für seine Praxis eine Systematik behauptet¹⁰⁶⁰ und strebt mit der 2006 eingerichteten “Just Satisfaction Unit” eine Vereinheitlichung der Praxis zu Art. 41 EMRK in den einzelnen Kammern an.¹⁰⁶¹ Wie die folgende Untersuchung zeigt, unterliegt der Praxis tatsächlich ein System. Sie lässt sich letztlich in drei Fallgruppen unterteilen: 1. innerstaatliche Wiedergutmachung, 2. fehlender (kausaler) Schaden und 3. geringfügige Verletzung. Bevor diese Fallgruppen herausgearbeitet

1058 Vgl. *Harris/O’Boyle/Bates/Buckley/Warbrick/Kilckelly/Cumper/Arai/Lardy*, Law of the European Convention on Human Rights, 2009, S. 860; *Touzé*, Les Limites de l’Indemnisation devant la Cour Européenne des Droits de l’Homme, in: Flauss/Lambert Abdelgawad (Hrsg.), La Pratique d’Indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l’Homme, 2011, 127–153, 129 und 131. Beispielhaft hierfür steht bereits das Urteil im Fall *Golder v. UK*, in dem es lapidar heißt: “The Court is of opinion that in the circumstances of the case it is not necessary to afford to the applicant any just satisfaction other than that resulting from the finding of a violation of his rights.”, EGMR (Plenum), *Golder v. UK*, 1975, Beschwerde-Nr. 4451/70, Rn. 46.

1059 Vgl. *Breuer* in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK, Lfg. 216, August 2022, Art. 34 Rn. 34; *Bydlinski*, Methodologische Ansätze zum Schadensersatzrecht der EMRK, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 129, 224f.; *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 2019, Rn. 717; *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 743; *Meyer-Ladewig/Brunozzi* in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Auflage, 2017, Art. 41 Rn. 29; *Touzé*, Les Limites de l’Indemnisation devant la Cour Européenne des Droits de l’Homme, in: La Pratique d’Indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l’Homme, 127, 129; *Wenzel* in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 3. Auflage, 2022, Art. 41 Rn. 23.

1060 Vgl. insbesondere EGMR (GK), *Varanva and others v. Turkey (Merits and Just Satisfaction)*, 2009, Beschwerde-Nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90, Rn. 224.

1061 Vgl. *Fikfak*, LJIL 33 (2020), 356.

werden können (II.), muss der bisher vorausgesetzte Begriff der entschädigenden Feststellung näher beleuchtet werden (I.).

I. Der Begriff der entschädigenden Feststellung

Diese Arbeit verwendet mit Bedacht die Wendung entschädigende Feststellung. Ein solcher Sprachgebrauch sieht sich jedoch mit der Frage konfrontiert, wie die Feststellung der Konventionsverletzung, immerhin notwendige Voraussetzung für die Anwendung des Art. 41 EMRK, zugleich eine ausreichende Entschädigung bieten kann.¹⁰⁶² Weil der Gerichtshof bei einer entschädigenden Feststellung die Beschwerdeführer*innen praktisch mit leeren Händen zurücklässt, wirkt die Praxis wie eine versteckte Ablehnung der Entschädigungsanträge.¹⁰⁶³ Eine solche Auffassung kann jedoch aus drei Gründen nicht überzeugen: Sie setzt im Widerspruch zur allgemeinen völkerrechtlichen Praxis die Feststellung der Konventionsverletzung mit der entschädigenden Feststellung gleich, findet keinen Rückhalt in der Praxis des Gerichtshofs und übersieht die entschädigende Funktion einer Feststellung.

Um die entschädigende Feststellung als etwas anderes als die Ablehnung des Entschädigungsantrags zu begreifen, gilt es erstens die Feststellung der Konventionsverletzung und die entschädigende Feststellung voneinander zu unterscheiden. Obgleich die Feststellung der Konventionsverletzung die Voraussetzung für eine entschädigende Feststellung ist, decken sich beide nicht. Im Einklang mit der Praxis im allgemeinen Völkerrecht¹⁰⁶⁴ besteht der Unterschied zwischen einer entschädigenden Feststellung und der Feststellung der Verletzung in der Bewertung, dass eine Entschädigung im Sinne von Art. 41 EMRK erforderlich ist, aber diesem Erfordernis durch

1062 Vgl. für diese Kritik pointiert EGMR, *Case of Engel and others v. the Netherlands*, Sondervotum der Richter Ganshof van der Meersch und Evrigenis, 23. November 1976, Beschwerde-Nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 und 5370/72.

1063 Vgl. Breuer, Die Funktion der Staatshaftung nach Unionsrecht und EMRK im Vergleich, in: Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der EU im Wandel der Zeit, 203, 213; Dannemann, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 365 f.; Meyer-Ladewig/Brunozzi in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Auflage, 2017, Art. 41 Rn. 29; Mowbray, The European Court of Human Rights' Approach to Just Satisfaction, Public Law (1997), 647–659, 652.

1064 Vgl. hierzu Crawford, Brownlie's Principles, 2019, S. 562 f.

die Feststellung der Konventionsverletzung genügt wird.¹⁰⁶⁵ Deshalb tritt in diesem Fall zur Feststellung, dass ein Recht aus der Konvention verletzt ist, die *zusätzliche* Feststellung hinzu, dass dies eine ausreichende Entschädigung bietet.¹⁰⁶⁶ Auf dieser Grundlage lassen sich die Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichtshofs bei Anträgen auf Ersatz immaterieller Schäden wie folgt aufgliedern: Ablehnung eines Entschädigungsantrags, entschädigende Feststellung und finanzielle Entschädigung.¹⁰⁶⁷

Zweitens belegt auch die Praxis des EGMR, dass eine entschädigende Feststellung keine vollumfängliche Ablehnung eines Entschädigungsantrags ist. Seit Beginn seiner Schaffenszeit hat der Gerichtshof Anträge auf immateriellen Schadensersatz vollumfänglich abgelehnt und keine entschädigende Feststellung gewährt.¹⁰⁶⁸ Dabei ist es keine Frage des Zufalls, ob der EGMR einen Antrag ablehnt oder eine entschädigende Feststellung zuspricht. Vielmehr unterscheidet der Gerichtshof zwischen Fällen, in denen der geltend gemachte¹⁰⁶⁹ Schaden nicht besteht und solchen, in denen wenigstens ein

1065 So auch Zwach, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S.180; Dörr in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG KK, 3. Auflage, 2022, Kapitel 33: Entschädigung und Schadensersatz, Rn. 80.

1066 Es entspricht der ständigen Praxis des Gerichtshofs in den operativen Teil des Urteils bei einer entschädigenden Feststellung neben die Feststellung der Konventionsverletzung eine zusätzliche Ziffer aufzunehmen, welche die ausreichende Entschädigung durch eben jene Feststellung konstatiert, vgl. beispielhaft: EGMR, *Case of Gafà v. Malta*, Urteil, 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 54335/14, Ziffern 2 und 3 des operativen Teils.

1067 Vgl. hierfür implizit Dörr in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG KK, 3. Auflage, 2022, Kapitel 33: Entschädigung und Schadensersatz Rn.80; *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S.135. Soweit der Gerichtshof zum Teil bei der Zuerkennung einer entschädigenden Feststellung von der Ablehnung (*“reject”*) des Antrags der Beschwerdeführer*innen gesprochen hat, widerspricht dies der Unterteilung nicht, weil in der Entscheidung für eine entschädigende Feststellung zugleich eine Teilablehnung des Entschädigungsantrags liegt, vgl. in diesem Sinne auch die Formulierung in der Entscheidung EGMR, *Case of Alekseyev and others v. Russia*, Urteil, 27. November 2018, Beschwerde-Nr. 14988/09 und 50 andere, Rn. 29 (*“The Court consequently rejects the applicants’ claims for compensation for non-pecuniary damage.”*).

1068 Vgl. bspw. EGMR (GK), *Case of McCann and others v. the United Kingdom*, Urteil, 27. September 1995, Beschwerde-Nr.18984/9, Rn.219; EGMR, *Chim and Przywieczerski v. Poland*, 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07, Rn.211.

1069 Diese Einschränkung bezieht sich darauf, dass in manchen Entscheidungen nur für eine nicht festgestellte Konventionsverletzung eine Entschädigung begehrt ist, während ein entsprechender Antrag für die festgestellte Konventionsverletzung fehlt, vgl. hierfür beispielhaft EGMR, *Case of Aprozide Sarasola and others v. Spain*, Urteil, 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 65101/16, 73789/16 und 73902/16,

gewisser Schaden eingetreten ist.¹⁰⁷⁰ Zwar mögen beide Kategorien sehr nahe aneinander liegen, weil der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung in Fällen eines fehlenden Kausalnachweises zwischen immateriellem Schaden und Konventionsverletzung eine entschädigende Feststellung zuspricht.¹⁰⁷¹ Aber auch hier lässt sich eine Trennlinie ausmachen, wie die Entscheidung des Gerichtshofs in dem Fall *Chim and Przywieczerski v. Poland* beispielhaft belegt. In ihr lehnte der Gerichtshof hinsichtlich eines Beschwerdeführers die Entschädigung immaterieller Schäden ab, während er hinsichtlich des anderen die Feststellung der Konventionsverletzung genügen ließ.¹⁰⁷² Der Gerichtshof hatte lediglich einen Verstoß gegen die Garantie der Entscheidung durch ein auf Gesetz beruhendes Gericht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK festgestellt und im Übrigen keine Konventionsverletzungen in den Strafverfahren gegen die Beschwerdeführer finden können.¹⁰⁷³ Der Grund für die unterschiedliche Behandlung der Beschwerdeführer dürfte in den unterschiedlichen Schadensposten liegen, die sie geltend gemacht haben. Der leer ausgegangene Beschwerdeführer verlangte eine Entschädigung für seine Haft, während der zweite Beschwerdeführer einen Ansehensverlust geltend machte.¹⁰⁷⁴ Der Gerichtshof sah überhaupt keinen Zusammenhang zwischen der festgestellten Verletzung und dem Leid des ersten Beschwerdeführers.¹⁰⁷⁵ Es fehlte also an einem kausalen Schaden, sodass die Ablehnung des Entschädigungsantrags folgerichtig war. Anders war es beim zweiten Beschwerdeführer, bei dem

Rn. 144 f. In dem Fall wehrten sich Mitglieder der ETA gegen ihre Verurteilungen zu Freiheitsstrafen. Sie machten Verletzungen der Art. 5 Abs. 1, 6 und 7 EMRK geltend, verlangten für die Verletzungen des Art. 5 Abs. 1 und 7 EMRK eine Geldentschädigung, nicht aber für die festgestellte Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK.

1070 Dieses Leiden ist aber wiederum so geringfügig, dass es keine Geldentschädigung rechtfertigt. Insofern lässt sich in dieser Fallgruppe bereits die Geringfügigkeit des Leids als Kern feststellen, siehe hierzu näher unten auf S. 280.

1071 Siehe hierzu oben unter § 8 B. II. 2.

1072 Vgl. EGMR, *Chim and Przywieczerski v. Poland*, 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07, Rn. 211 einerseits und Rn. 216 andererseits.

1073 Vgl. EGMR, *Chim and Przywieczerski v. Poland*, 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07, S. 44.

1074 Vgl. EGMR, *Chim and Przywieczerski v. Poland*, 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07, Rn. 209 und 213. Dieser Beschwerdeführer hatte eine Entschädigung für den Verlust seines Ansehens im persönlichen und geschäftlichen Bereich sowie die Notwendigkeit, sich von seinem Vorstandsposten zurückzuziehen, verlangt.

1075 Vgl. EGMR, *Chim and Przywieczerski v. Poland*, 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07, Rn. 211; ähnlich in der Begründung und dem insoweit relevanten Sachverhalt EGMR, *Case of Asanai v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Urteil, 1. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 27962/10, Rn. 59.

ein solcher Schaden wohl nicht auszuschließen war.¹⁰⁷⁶ Damit spricht dieser Fall dafür, dass zwischen den beiden Entscheidungsvarianten ein Unterschied besteht, der in der Existenz irgendeines immateriellen Schadens liegt. Folglich ist die Gewährung einer entschädigenden Feststellung durch den EGMR keine verdeckte Ablehnung des Entschädigungsantrags des Opfers.

Drittens ist die entschädigende Feststellung nicht nur im Entscheidungssystem des EGMR ein Mehr gegenüber der Ablehnung des Entschädigungsantrags, sondern sie ist auch eine wirkliche Entschädigung.¹⁰⁷⁷ Das Schadensrecht im Allgemeinen und das völkerrechtliche Schadensrecht im Besonderen zielen auf Wiedergutmachung und Ausgleich.¹⁰⁷⁸ Schadensersatz bzw. Entschädigung können aber noch weitere Zwecke verfolgen. Insbesondere die Entschädigung für immaterielle Schäden kann nach manchen Rechtsordnungen der Genugtuung dienen.¹⁰⁷⁹ Diese Genugtuungswirkung kann ein Geldbetrag entfalten, gefestigter völkerrechtlicher Praxis entspricht es zudem, diese Wirkung einer (als solcher kenntlich gemachten) Feststellung der (Konventions-) Verletzung beizumessen.¹⁰⁸⁰ Trotz zum Teil geäußelter Kritik an der Figur einer entschädigenden Feststellung¹⁰⁸¹ ist diese Form der Entschädigung weitgehend etabliert und darf daher als gesicherter Bestand des Völkergewohnheitsrechts gelten.¹⁰⁸² Sie unterfällt nach allgemeiner Auffassung der Genugtuung nach Art. 37 ARSIWA.¹⁰⁸³ Zwar nennen die ARSIWA

1076 Vgl. die Formulierung des Gerichtshofs hierzu: "Having regard to this and the particular circumstances of the present case, the Court considers that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage which may have been sustained by the second applicant.", EGMR, *Chim and Przywieczerki v. Poland*, 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07, Rn 216.

1077 Siehe zu den öffentlich-rechtlichen Zwecken der entschädigenden Feststellung unten unter § 13 A. II. 1. a).

1078 Dies zeigt sich insbesondere im Grundsatz der Totalreparation, den bereits der StIGH anerkannt hat, StIGH, *Factory at Chorzów (Merits)*, 1928, Series A, No. 17, 4, 47.

1079 Vgl. für die deutsche Rechtsordnung BGHZ 18, 149, 154.

1080 Siehe zur öffentlich-rechtlichen Dimension einer solchen Praxis unten unter § 13 B.

1081 Vgl. Wolf, ZaöRV 49 (1989), 417 f. nach dem es bei der Feststellung durch einen Spruchkörper an der Leistung des Schuldners fehle; zustimmend in Bezug auf den EGMR Dannemann, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 367.

1082 Hierfür spricht nicht zuletzt die Anerkennung dieses Instituts durch den IGH, vgl. IGH, *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, 1949, I.C.J. Reports 1949, 4, 35.

1083 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 106 (Art. 37 Rn. 6). Allerdings gilt es stets, die Feststellung der Völkerrechtsverletzung als solche, von einer Feststellungsentscheidung als Genug-

in der beispielhaften Aufzählung der Arten der Genugtuung in Art. 37 Abs. 2 ASRIWA diesen Fall nicht. Dies liegt aber alleine daran, dass bei den Arbeiten der Völkerrechtskommission die Streitbeilegung ausgenommen war.¹⁰⁸⁴ Die entschädigende Feststellung des EGMR ist so verstanden eine Adaption der zwischenstaatlichen Regeln zur Genugtuung für Individualansprüche.¹⁰⁸⁵

Damit ist die entschädigende Feststellung auch in der Sache eine Entschädigung¹⁰⁸⁶ und es ist angemessen, hier den Begriff der entschädigenden Feststellung zu gebrauchen. Diese entschädigende Wirkung greift allerdings nur für immaterielle Schäden.¹⁰⁸⁷ Soweit einzelne Entscheidungen die Feststellung der Konventionsverletzung als einen adäquaten Ersatz¹⁰⁸⁸ für materielle *und* immaterielle Schäden erachtet hatten,¹⁰⁸⁹ handelte es sich um Ausreißer.¹⁰⁹⁰ Der Gerichtshof hat diese Praxis später nicht fortgeführt.¹⁰⁹¹

tuung zu unterscheiden. Beides muss nicht deckungsgleich sein, vgl. hierzu Crawford, Brownlie's Principles, 2019, S. 562 f.

1084 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 107 (Art. 37 Rn. 6).

1085 Siehe hierzu näher unten unter § 8 C.

1086 Im Ergebnis ebenso allerdings mit abweichender Begründung Zwach, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S. 183–185.

1087 Vgl. statt aller Shelton, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 287.

1088 Anstelle der sonst üblichen Formulierung, dass die Feststellung der Konventionswidrigkeit "sufficient" sei, verwendet der Gerichtshof hier die Formulierung "adequate", vgl. Józon, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 759 f. Allerdings verwendet der Gerichtshof diese abweichende Terminologie auch in anderen Entscheidungen, die eindeutig lediglich immaterielle Schäden betreffen, vgl. beispielhaft EGMR, *Case of Migoń v. Poland*, Urteil, 25. Juni 2002, Beschwerde-Nr. 24244/94, Rn. 92.

1089 Dies sind namentlich EGMR, *Case W.B. v. Poland*, Urteil, 10. Januar 2006, Beschwerde-Nr. 34090/96, Rn. 75 und EGMR, *Case of Jasiński v. Poland*, Urteil, 20. Dezember 2005, Beschwerde-Nr. 30865/96, Rn. 63. Es fehlte in beiden Entscheidungen an der haftungsausfüllenden Kausalität. Dies ergibt sich aus dem Verweis auf EGMR, *Case of Niedbala v. Poland*, Urteil, 4. Juli 2000, Beschwerde-Nr. 27915/95, Rn. 88 in beiden Entscheidungen, vgl. EGMR, *Jasiński v. Poland*, 2005, Beschwerde-Nr. 30865/96, Rn. 62; EGMR, *W.B. v. Poland*, 2006, Beschwerde-Nr. 34090/96, Rn. 74. Folglich stellte sich das konzeptionelle Problem eigentlich gar nicht, ob eine entschädigende Feststellung auch materielle Schäden ausgleichen kann.

1090 Oskierski vermutet Redaktionsversehen als Grund für diese Ausreißer, vgl. Oskierski, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 116.

1091 Vgl. Józon, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 761.

II. Die Fallgruppen einer entschädigenden Feststellung

In der Feststellung der Konventionsverletzung kann also eine Entschädigung für immaterielle Schäden liegen. Offen ist noch die Frage, wann der EGMR so entscheidet. Auf der Suche nach einer Antwort hierauf erweisen sich die dürtigen Begründungen des Gerichtshofs als wesentliches Hindernis¹⁰⁹² und es verwundert nicht, dass der gerichtlichen Praxis insoweit jegliche Systematik abgesprochen wird.¹⁰⁹³ Trotzdem finden sich in der Literatur Vorschläge für Fallgruppenbildungen. Diese unterscheiden sich deutlich, wobei wiederkehrende Elemente die Geringfügigkeit der Verletzung,¹⁰⁹⁴ Entscheidungen mit Sondervoten¹⁰⁹⁵ oder die moralische Verurteilung der Opfer¹⁰⁹⁶ sind. Auch mit der Verletzung von Verfahrensrechten soll ein Zusammenhang bestehen.¹⁰⁹⁷ Trotz ihrer Uneinheitlichkeit dienen diese Vorschläge als Ausgangspunkt, um sinnvolle und widerspruchsfreie Fallgruppen zu bilden. Allerdings birgt ein rein exemplarisches Vorgehen anhand ausgewählter Fälle¹⁰⁹⁸ wegen der schieren Masse an Entscheidungen ein erhebliches Fehlerpotential. Außerdem verschleiert eine pointilistische Betrachtung den Blick auf einen Wandel der Rechtsprechung über die Zeit.¹⁰⁹⁹ Diese Skepsis gegenüber dem herkömmlichen Vorgehen in

1092 Vgl. Dörr in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG KK, 3. Auflage, 2022, Kapitel 33: Entschädigung und Schadensersatz Rn. 81; Meyer-Ladewig/Brunozzi in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Auflage, 2017, Art. 41 Rn. 29.

1093 Siehe die Nachweise oben in Fn. 1059.

1094 So bspw. Buyse, ZaöRV 68 (2008), 150; Dörr/Lenz, Europäischer Verwaltungsschutz, 2019, Rn. 717; ähnlich Dörr in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG KK, 3. Auflage, 2022, Kapitel 33: Entschädigung und Schadensersatz Rn. 81.

1095 Vgl. Buyse, ZaöRV 68 (2008), 150; Shelton, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 290.

1096 Siehe unten die Nachweise in Fn. 1245.

1097 Vgl. Steiner, Just Satisfaction under Art 41 ECHR, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 3, 16.

1098 Vgl. allerdings für eine nennenswerte Ausnahme Józson, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741–770, die einen größeren (wenn auch nicht aufgelisteten) Korpus an Fällen in ihre Untersuchung einbezieht.

1099 Die Entscheidungspraxis des Gerichtshofs zur entschädigenden Feststellung dürfte sich über die Zeit gewandelt haben, vgl. für zeitliche Unterteilungen Shelton, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 287–293. Auch der EGMR führt zum Teil aus, dass sich seine Herangehensweise bei der Entscheidung zwischen Geldentschädigung und entschädigender Feststellung gewandelt habe, vgl.

der Rechtswissenschaft nähren neuere empirische Untersuchungen, welche landläufige Annahmen in der Literatur zur Höhe der Geldentschädigungen für immaterielle Schäden in Zweifel ziehen konnten.¹¹⁰⁰ Deshalb kombiniert die Arbeit die Analyse der Literatur und ausgewählter Rechtsprechung mit einer breiter aufgestellten empirischen Untersuchung. Hierzu betrachtet die Arbeit die Entscheidungspraxis des EGMR innerhalb des Jahres 2018 (1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2018). Dem liegt die Annahme zugrunde, dass ein Jahr repräsentativ für die Praxis des Gerichtshofs ist, sich also über einen solchen Zeitraum Muster herauskristallisieren, die Rückschlüsse auf die aktuelle Herangehensweise des Gerichtshofs zulassen.¹¹⁰¹ Für die Analyse wurde jedes Urteil herangezogen, das eine Kammer oder die Große Kammer getroffen hat, sofern die Beschwerdeführer*innen einen Antrag auf den Ersatz immaterieller Schäden gestellt haben und der Gerichtshof hierüber entschieden hat.¹¹⁰² Ausgeschlossen wurden Entscheidungen, in denen ein solcher Antrag nur auf eine Konventionsverletzung gestützt war, die der Gerichtshof nicht festgestellt hat.¹¹⁰³ Ebenso wurden Entscheidungen zu Entschädigungen ausgenommen, die auf einem Vergleich zwischen beklagtem Staat und Beschwerdeführer*innen beruhen. Insgesamt ergaben sich damit bei einer Recherche über die Internetdatenbank des EGMR

EGMR (GK), *Case of Caballero v. the United Kingdom*, Urteil, 8. Februar 2000, Beschwerde-Nr. 32819/96, Rn. 30; ebenso EGMR, *Case of Kawka v. Poland*, Urteil, 9. Januar 2001, Beschwerde-Nr. 25874/94, Rn. 65.

1100 Vgl. *Altwickler-Hámori/Altwickler/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 1–51; vgl. allerdings für eine Kritik der Auswahl des Jahres 2006 als Grundlage dieser Studie *Fikfak*, LJIL 33 (2020), 337 (Fn. 18).

1101 Natürlich unterliegen die Fälle, die zum Gerichtshof gelangen, Schwankungen. Da das Ziel hier darin besteht, die in der Literatur vorgeschlagenen Fallgruppen anhand einer umfangreichen Stichprobe zu plausibilisieren, dürfte die ausgewählte Menge hinreichend groß sein.

1102 Von der Untersuchung aus Praktikabilitätsgründen ausgenommen wurden die Entscheidungen der Dreier-Ausschüsse. Die Anzahl der Entscheidungen der Dreier-Ausschüsse ist nach den Suchergebnissen in der Datenbank hudoc etwa genauso hoch wie die Entscheidungen der Kammern und der Großen Kammer zusammen. Eine sachliche Rechtfertigung findet diese Eingrenzung darin, dass die Dreier-Ausschüsse ohnehin nur bei eindeutiger Rechtsprechung des Gerichtshofs zugunsten der Beschwerdeführer*innen entscheiden dürfen (Art. 28 Abs. 1 lit. b EMRK). In der Folge sind die Begründungen noch kürzer als bei Kammerentscheidungen. Da die Dreier-Ausschüsse zudem aus den Richter*innen der Kammern bestehen (Art. 26 Abs. 1 Satz 2 EMRK), dürften in dieser kleineren Formation keine anderen Maßstäbe gelten.

1103 Vgl. beispielhaft EGMR, *Case of Negrea and others v. Romania*, Urteil, 24. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 53183/07, Rn. 93.

(“hudoc”) 314 relevante Entscheidungen im Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis zum 31. Dezember 2018.¹¹⁰⁴ Da diese Entscheidungen mit einem opferorientierten Ansatz erfasst worden sind,¹¹⁰⁵ liegen den folgenden Ausführungen und Graphiken insgesamt 2.179 Datensätze¹¹⁰⁶ zugrunde.¹¹⁰⁷ Der wesentliche Grund für diesen Ansatz ist, dass ansonsten die unterschiedliche Behandlung einzelner Beschwerdeführer*innen in demselben Fall nicht erfasst werden könnte. Zugleich sorgt dieser Ansatz für Verzerrungen, weil in einzelnen Fällen eine sehr große Zahl an Beschwerdeführer*innen auftritt. Namentlich in dem Verfahren *Sandu and others v. Moldova and Russia*¹¹⁰⁸ treten 1.482 erfolgreiche¹¹⁰⁹ Beschwerdeführer auf, was die Anzahl der Datensätze fast verdreifacht. In dem Fall war moldauischen Staatsangehörigen der Zugang zu ihrem Grundeigentum in Transnistrien verwehrt worden.¹¹¹⁰ Ein ähnlicher Effekt entsteht unter den Datensätzen

1104 Siehe hierzu die Übersicht in Anhang I auf S. 489. Die Entscheidungen wurden ermittelt, indem auf unterschiedliche Weise über die Falldatenbank des EGMR (hudoc.echr.coe.int) für den relevanten Zeitpunkt gesucht worden ist: zunächst mit dem Suchbegriff “non-pecuniary damages”, sodann nach diesem Begriff im Urteilsteil zu reparations und gesondert im operativen Teil. Die Suche wurde dabei jeweils auf englische und französische Fälle erstreckt. Der Grund für diese Suchmethode liegt darin, dass die Ergebnisse jeweils nur zum Teil übereinstimmten. Der ermittelte Fallkorpus ist insoweit eine Zusammenstellung aller Entscheidungen, die sich aus diesen Suchen ergeben haben.

1105 So auch *Altwicker-Hámori/Altwicker/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 24; ebenso *Fikfak*, LJIL 33 (2020), 346 f.

1106 Mit der Formulierung “Datensatz” soll im Folgenden immer die auf Opferebene erfasste Entscheidung über die Entschädigungsanträge einer Person gemeint sein. Wenn dagegen die Bezeichnung “Fall” verwendet wird, ist damit der vom EGMR zusammenentschiedene Sachverhalt ungeachtet der davon erfassten Beschwerdeführer*innen (und damit Datensätze) gemeint.

1107 Ausnahmsweise wurde auch bei nur einer Beschwerdeführerin mehr als ein Datensatz angelegt, wenn der Gerichtshof in seiner Entscheidung hinsichtlich der festgestellten Konventionsverletzungen differenziert hat. Dies ist namentlich in EGMR, *Case of Girişen v. Turkey*, Urteil, 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 53567/07 der Fall. Der Gerichtshof sprach hier hinsichtlich einer Konventionsverletzung eine Geldentschädigung zu, während hinsichtlich anderer Konventionsverletzungen eine entschädigende Feststellung genügte.

1108 Vgl. EGMR, *Case of Sandu and others v. the Republic of Moldova and Russia*, Urteil, 17. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 21034/05 und 7 andere.

1109 Insgesamt legten 1.646 natürliche und drei juristische Personen Beschwerden beim EGMR ein, vgl. EGMR, *Sandu and others v. Moldova and Russia*, 2018, Beschwerde-Nr. 21034/05 und 7 andere, Rn. 6 und 9.

1110 Vgl. EGMR, *Sandu and others v. Moldova and Russia*, 2018, Beschwerde-Nr. 21034/05 und 7 andere, Rn. 5–8.

mit einer entschädigenden Feststellung. Hier entfallen mit 47 Datensätzen fast die Hälfte der 99 Datensätze auf den Fall *Alekseyev and others v. Russia*.¹¹¹¹ Um die Verzerrungen durch dieses Urteil auszugleichen, werden diese Beschwerden aus der Analyse herausgenommen. Beide Bereinigungen des Datenmaterials beruhen darauf, dass die Richter*innen am EGMR zwar auf jedes Opfer achten, indes den jeweiligen Fall als die eigentliche Entscheidungseinheit erblicken.¹¹¹²

Das Datenmaterial dient als doppeltes Kontrollelement bei der Entwicklung der Fallgruppen. In erster Linie werden die Datensätze unter die Fallgruppen subsumiert, um anhand einer Stichprobe die Überzeugungskraft der Fallgruppen zu belegen. Gegenstand dieses Schritts sind die 99 Datensätze,¹¹¹³ in denen der Gerichtshof im untersuchten Zeitraum eine entschädigende Feststellung zugesprochen hat. Außerdem bietet das Datenmaterial die Gelegenheit nicht nur die jeweiligen Datensätze, sondern die Gesamtheit der Datensätze auf Muster zu prüfen, die sich aus den Fallgruppen ergeben sollten. So ist beispielsweise zu erwarten, dass typischerweise weniger schwerwiegende Verletzungen der EMRK in der Gesamtmenge der Datensätze einen kleineren Anteil ausmachen als unter den Datensätzen mit einer entschädigenden Feststellung. Wenn diese Erwartung zutrifft, unterstützt dies zusätzlich die Plausibilität der vorgeschlagenen Fallgruppen.

Bei der nun folgenden Untersuchung kristallisieren sich drei Fallgruppen heraus: innerstaatliche Wiedergutmachung (1.), fehlender (kausaler) Schaden (2.) und eine geringfügige Verletzung (3.). Andere Fallgruppen, welche die Literatur vorschlägt, können aus unterschiedlichen Gründen (jedenfalls für eine dogmatische Systematisierung der Gerichtspraxis) nicht überzeugen (4.). Die gefundenen Fallgruppen werden zuletzt anhand der Gesamtheit aller Datensätze aus dem Jahr 2018 auf ihre Plausibilität überprüft (5.).

1. Innerstaatliche Wiedergutmachung

Unter die erste Fallgruppe fallen drei Situationen, die alle auf dieselbe Konsequenz hinauslaufen: Die Opfer haben noch die Möglichkeit inner-

1111 EGMR, *Alekseyev and others v. Russia*, 2018, Beschwerde-Nr. 14988/09 und 50 andere.

1112 *Fikfak*, LJIL 33 (2020), 347.

1113 Siehe für eine Aufstellung der zugrundeliegenden 37 Fälle unten Annex II auf S. 504.

halb der Rechtsordnung des verurteilten Staates, einen vollständigen Ersatz zu erhalten, der (auch) immaterielle Schäden entfallen lässt. Diese drei Situationen sind die Möglichkeit innerstaatlichen Schadensersatzes, die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens oder die Bereitschaft des beklagten Staates, eine streitgegenständliche Gesetzeslage oder Praxis abzuschaffen.¹¹¹⁴ Nicht unter diese Fallgruppe fallen dagegen Konstellationen, in denen die innerstaatliche Entschädigung den Opferstatus entfallen lässt¹¹¹⁵ oder der EGMR nach einer innerstaatlichen Entschädigung einen weiteren Geldbetrag für erforderlich hält.¹¹¹⁶ Einen besonders häufigen Anwendungsfall dieser Fallgruppe dürften Verfahrensverstöße in Strafverfahren bilden, zu deren Ausgleich das innerstaatliche Recht eine Wiederaufnahme des Verfahrens vorsieht.¹¹¹⁷

Angesichts der oben vorgenommenen Unterscheidung zwischen der (vollständigen) Ablehnung eines Entschädigungsantrags und einer entschädigenden Feststellung¹¹¹⁸ fragt sich, warum der Gerichtshof die Anträge in dieser Fallgruppe nicht ablehnt. Eine Ablehnung liegt eigentlich nahe, weil der Ausgleich einen Schaden noch entfallen lässt oder schon weitgehend hat entfallen lassen. Indes ist das besondere dieser Fallgruppe, dass noch kein (vollständiger) Ausgleich erfolgt ist. Entweder steht ein Ausgleich noch aus oder ein bereits gewährter Ausgleich hat die Opfereigenschaft nicht

1114 Vgl. EGMR, *Case of Prežec v. Croatia*, Sondervotum der Richter Spielmann und Malinverni, 15. Oktober 2009, Beschwerde-Nr. 48185/07, Rn. 8; *Breuer*, Die Funktion der Staatshaftung nach Unionsrecht und EMRK im Vergleich, in: Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der EU im Wandel der Zeit, 203, 214 f.; *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 288; vgl. auch *Somers*, The ECHR as an Instrument of Tort Law, 2018, S. 145, der allerdings zusätzlich die Kategorie einer potentiellen Konventionsverletzung anführt, ebd. S. 145 f.

1115 Vgl. EGMR (GK), *Apicella v. Italy*, 2006, Beschwerde-Nr. 64890/01, Rn. 69 f. Allerdings setzt dies neben einer vollständigen Wiedergutmachung auch die Anerkennung der Konventionsverletzung durch den jeweiligen Konventionsstaat voraus. Fehlt diese, gewährt der Gerichtshof eine entschädigende Feststellung, vgl. *Peukert* in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 41 Rn. 22; *Wenzel* in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 3. Auflage, 2022, Art. 41 Rn. 23.

1116 Vgl. hierfür EGMR (GK), *Apicella v. Italy*, 2006, Beschwerde-Nr. 64890/01, Rn. 137.

1117 Vgl. beispielhaft EGMR, *Prežec v. Croatia*, Urteil, 15. Oktober 2009, Beschwerde-Nr. 48185/07, Rn. 47. Zwar kritisierte ein Sondervotum diese Entscheidung unter Hinweis auf frühere Entscheidungen (vgl. EGMR, *Prežec v. Croatia*, Sondervotum der Richter Spielmann und Malinverni, 2009, Beschwerde-Nr. 48185/07, Rn. 11). Allerdings dürfte diese Kritik durch die neuere Praxis des Gerichtshofs überholt sein.

1118 Siehe oben unter § 8 B. I.

vollständig entfallen lassen, etwa weil der jeweilige Konventionsstaat die streitgegenständliche Maßnahme nicht als konventionswidrig anerkannt hat.¹¹¹⁹ Aus diesen Gründen scheidet eine vollständige Ablehnung des Entschädigungsantrags aus. Da das Gewicht des immateriellen Schadens aber auch nicht so groß ist, dass ein Geldersatz erfolgen müsste, spricht der EGMR eine entschädigende Feststellung zu.

Der Großteil der Datensätze aus dem Jahr 2018 lässt sich dieser Fallgruppe zuordnen. Hiervon entfällt wiederum die weitaus größte Gruppe auf Entscheidungen, in denen es um prozessuale Defizite im Strafverfahren geht und der Gerichtshof auf die Möglichkeit einer innerstaatlichen Wiederaufnahme des Verfahrens verweist.¹¹²⁰ In den übrigen Fällen erfolgte ein innerstaatlicher Ausgleich, indem eine rechtswidrig erlittene Freiheitsentziehung auf eine später verhängte Haftstrafe angerechnet wurde,¹¹²¹ innerstaatliche Reformen das Problem beheben können (sollten)¹¹²² oder innerstaatlich bereits zum Teil Ersatz geleistet worden ist.¹¹²³

1119 Vgl. zum Fortbestehen der Opfereigenschaft in diesen Fällen Peukert in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 41 Rn. 22.

1120 Dies sind im Einzelnen 10 Fälle: EGMR, *Case of Kumitskiy and others v. Russia*, Urteil, 10. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 66215/12 und 4 andere, Rn. 28; EGMR, *Case of Otegi Mondragon and others v. Spain*, Urteil, 6. November 2018, Beschwerde-Nr. 4184/15 und 4 andere, Rn. 74 f.; EGMR, *Case of Mehmet Duman v. Turkey*, Urteil, 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 38740/09, Rn. 63; EGMR, *Case of Ömer Güner v. Turkey*, Urteil, 4. September 2018, Beschwerde-Nr. 28338/07, Rn. 48; EGMR, *Case of Cabral v. the Netherlands*, Urteil, 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 37617/10, Rn. 42 f.; EGMR, *Case of Dridi v. Germany*, Urteil, 26. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 35778/11, Rn. 44; EGMR, *Case of Muca v. Albania*, Urteil, 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 57456/11, Rn. 49; EGMR, *Girişen v. Turkey*, 2018, Beschwerde-Nr. 53567/07, Rn. 73; EGMR, *Case of Ulay v. Turkey*, Urteil, 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 8626/06, Rn. 70; EGMR, *Case of Canşad and others v. Turkey*, Urteil, 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 7851/05, Rn. 76.

1121 Vgl. für einen solchen Fall EGMR, *Gafà v. Malta*, 2018, Beschwerde-Nr. 54335/14, Rn. 47 f., 80.

1122 Vgl. hierfür EGMR, *Case of Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*, Urteil, 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 846/16 und 1075/16, Rn. 156; EGMR, *Alekseyev and others v. Russia*, 2018, Beschwerde-Nr. 14988/09 und 50 andere, Rn. 29. Das letzte der genannten Verfahren betraf behördliche Verbote gegen öffentliche Veranstaltungen der LGBT-Gemeinde. Der Gerichtshof erachtete die innerstaatliche Umsetzung der russischen Verpflichtungen und deren Überwachung durch den Ministerrat als die adäquate Form der Wiedergutmachung.

1123 Vgl. EGMR, *Case of Asma v. Turkey*, Urteil, 20. November 2018, Beschwerde-Nr. 47933/09, Rn. 104. Die innerstaatlich gewährte Entschädigung konnte – scheinbar – die Enttäuschung über das erfolglose Strafverfahren nach dem Tod

Die Fälle, in denen die Möglichkeit der innerstaatlichen Wiederaufnahme des Verfahrens entscheidend ist, lassen sich verhältnismäßig leicht zuordnen. In den übrigen Fällen ist eine Zuordnung zur Fallgruppe der innerstaatlichen Wiedergutmachung dagegen nur anhand von Indizien möglich. Dies liegt im Wesentlichen an den spärlichen Begründungen des Gerichtshofs. Schwierig gestaltet sich die Zuordnung bei dem Fall *Gafà v. Malta*. Der Beschwerdeführer beschwerte sich mit Erfolg dagegen, dass die Summe für seine Kaution während der Untersuchungshaft zu hoch angesetzt war und er deshalb fast ein Jahr in Untersuchungshaft verbracht habe.¹¹²⁴ Eine finanzielle Entschädigung für erlittene immaterielle Schäden lehnte der Gerichtshof allerdings ohne eine Begründung ab und sprach lediglich eine entschädigende Feststellung zu.¹¹²⁵ Angesichts der Länge der Untersuchungshaft war die Verletzung wohl kaum geringfügig.¹¹²⁶ Es bestanden auch keine innerstaatlichen Rechtsmittel mehr¹¹²⁷ und die rechtswidrige Freiheitsentziehung beruhte auf der Konventionsverletzung. Daher bleibt lediglich die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die langjährige Haftstrafe des Beschwerdeführers¹¹²⁸ als plausible Erklärung für das Genügen der entschädigenden Feststellung.

Die Rechtsprechung zeigt indes, dass eine innerstaatliche Wiedergutmachung nicht in jedem Fall eine Geldentschädigung ausschließen kann. So gleicht beispielsweise eine Wiederaufnahme des Verfahrens ein überlanges Verfahren nicht aus, weshalb der Gerichtshof zwischen dieser Verletzung und einer weiteren Verletzung des Art. 6 EMRK differenzierte und hinsichtlich der überlangen Verfahrensdauer eine Geldentschädigung gewährte.¹¹²⁹ Zugleich muss ein innerstaatlicher Ausgleich auch wirklich erfolgen, andernfalls kann – so deutet der EGMR an – doch später noch eine Geldentschädigung folgen. Freilich bleibt offen, auf welchem prozessualen Wege

seiner Tochter und seiner Mutter bei einer Explosion nicht vollständig ausgleichen, vgl. ebd. Rn. 103.

1124 Vgl. EGMR, *Gafà v. Malta*, 2018, Beschwerde-Nr. 54335/14, Rn. 74–76.

1125 Vgl. EGMR, *Gafà v. Malta*, 2018, Beschwerde-Nr. 54335/14, Rn. 80.

1126 In diese Richtung tendiert auch EGMR, *Gafà v. Malta*, Sondervotum des Richters de Gaetano, 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 54335/14, Rn. 5. Allerdings gelangt das Sondervotum zu dem Ergebnis, dass eine Entschädigung hätte gewährt werden müssen.

1127 Vgl. EGMR, *Gafà v. Malta*, 2018, Beschwerde-Nr. 54335/14, Rn. 5.

1128 Vgl. EGMR, *Gafà v. Malta*, 2018, Beschwerde-Nr. 54335/14, Rn. 47 f.

1129 Vgl. EGMR, *Girişen v. Turkey*, 2018, Beschwerde-Nr. 53567/07, Rn. 73 f.

dies geschehen soll.¹¹³⁰ Insgesamt stellt der Gerichtshof in einem nicht unbeträchtlichen Teil der Datensätze auf die Möglichkeit einer innerstaatlichen Wiedergutmachung ab, um anstelle eines Geldersatzes eine entschädigende Feststellung genügen zu lassen.

Wie nah diese Fallgruppe der sogleich zu besprechenden Fallgruppe des fehlenden (kausalen) Schadens ist, zeigen zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2018, die sich beiden Fallgruppen zuordnen lassen.¹¹³¹ Im ersten Fall führt das Gericht selbst keine Begründung an, der beklagte Staat trägt aber die Voraussetzungen beider Fallgruppen vor.¹¹³² Im anderen Fall verneint der Gerichtshof den Kausalzusammenhang zwischen Konventionsverletzung und materiellem Schaden, um später die Adäquanz einer innerstaatlichen Wiederaufnahme festzustellen.¹¹³³ Allerdings gelten die Erwägungen zur fehlenden Kausalität zwischen materiellem Schaden und Konventionsverletzung *mutatis mutandis* für den immateriellen Schaden. Da in beiden Fällen keine weiteren Gründe für eine entschädigende Feststellung ersichtlich sind, dürften beide Gründe (innerstaatliche Wiedergutmachung und fehlende Kausalität zwischen Konventionsverstoß und Schaden) gleichermaßen leitend gewesen sein. Beide Aspekte fallen bei Verfahrensverstößen regelmäßig zusammen: Oftmals wird die Auswirkung der Verfahrensverstöße auf den Verfahrensausgang unklar bleiben, aber eine Heilung durch eine Wiederaufnahme des Verfahrens möglich sein. Daher verwundert das Zusammentreffen der Fallgruppen nicht. Diese Überlappung spricht aber nicht gegen deren Unterscheidung, weil in der Mehrzahl der Entscheidungen entweder der eine oder der andere Gesichtspunkt den Ausschlag gibt. So weist der Gerichtshof in manchen Fällen zwar auf die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens hin, stellt bei seiner Entscheidung zugunsten einer entschädigenden Feststellung aber ausschließlich auf die fehlende Kausalität der Konventionsverletzung für den erlittenen immateriellen Schaden ab.¹¹³⁴

1130 Vgl. EGMR, *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*, 2018, Beschwerde-Nr. 846/16 und 1075/16, Rn. 157.

1131 EGMR, *Case of Benedik v. Slovenia*, Urteil, 24. April 2018, Beschwerde-Nr. 62357/14, Rn. 137 f. und EGMR, *Case of Ovidiu Cristian Stoica v. Romania*, Urteil, 24. April 2018, Beschwerde-Nr. 55116/12, Rn. 51–53.

1132 Vgl. EGMR, *Benedik v. Slovenia*, 2018, Beschwerde-Nr. 62357/14, Rn. 137.

1133 Vgl. EGMR, *Ovidiu Cristian Stoica v. Romania*, 2018, Beschwerde-Nr. 55116/12, Rn. 51 und 53.

1134 Vgl. EGMR (GK), *Beuze v. Belgium*, 2018, Beschwerde-Nr. 71409/10, Rn. 199 f.

2. Fehlender (kausaler) Schaden

Wiederholt lässt der Gerichtshof die Feststellung der Konventionsverletzung als eine ausreichende Entschädigung genügen, wenn es an einem kausal auf der Konventionsverletzung beruhenden Schaden fehlt.¹¹³⁵ Dabei lassen sich wiederum zwei Szenarien unterscheiden. Zum Teil steht zwar ein Schaden fest, aber der Kausalitätsnachweis scheitert.¹¹³⁶ Zum Teil misslingt Beschwerdeführer*innen der Nachweis eines konkreten Schadens.¹¹³⁷

In die erste Kategorie, in der ein Kausalitätsnachweis scheitert, zählen insbesondere diejenigen Fälle, in denen der Gerichtshof bei Verfahrensverstößen nicht über den hypothetischen Ausgang des Verfahrens bei Einhaltung der Konventionsvorgaben spekulieren möchte.¹¹³⁸ Es geht mithin um Verfahrensverstöße, bei denen eine finanzielle Entschädigung voraussetzen würde, dass der immaterielle Schaden aus dem Verfahrensausgang gerade auf der Konventionsverletzung beruht. Um nicht als letztinstanzliches Gericht über den zugrundeliegenden Rechtsstreit entscheiden zu müssen, verweigert der EGMR eine solche Prüfung regelmäßig.¹¹³⁹ Besonders häufig tritt dies bei fehlender anwaltlicher Vertretung entgegen Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK oder Verstößen gegen das Gebot der Unabhängigkeit des Spruchkörpers nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK auf.¹¹⁴⁰ In diesen Fällen verweist der Gerichtshof zum Teil auch auf die innerstaatliche Wiederaufnahme des Verfahrens als das geeignete Mittel zur Wiedergutmachung, so

1135 Vgl. *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 138 f.

1136 Vgl. EGMR, *Case of Forminster Enterprises Limited v. the Czech Republic*, Urteil (Just Satisfaction), 10. März 2011, Beschwerde-Nr. 38238/04, Rn. 24.

1137 Vgl. EGMR, *Forminster Enterprises v. Czech Republic*, Just Satisfaction, 2011, Beschwerde-Nr. 38238/04, Rn. 25. Siehe allerdings zur Abgrenzung zu einem gänzlich fehlenden Schaden oben unter § 8 B. I.

1138 Vgl. hierzu kritisch *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 753. Diese Fallgruppe ist in der Literatur Kritik ausgesetzt, weil sie letztlich jedem Schadensersatz der Opfer bei Verfahrensverletzungen entgegenstehe, vgl. für eine nähere Begründung *Roth*, Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität der Verletzung von Verfahrensrechten bei der Entscheidung über die Entschädigung nach Art. 41 EMRK, NVwZ 25 (2006), 753–759.

1139 Vgl. beispielsweise EGMR (GK), *Case of Ibrahim and others v. the United Kingdom*, Urteil, 13. September 2016, Beschwerde-Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 und 40351/09, Rn. 315, wobei sich der Gerichtshof hier sowohl auf materielle als auch auf immaterielle Schäden bezieht.

1140 Vgl. EGMR (GK), *Case of Kingsley v. the United Kingdom*, Urteil, 28. Mai 2002, Beschwerde-Nr. 35605/97, Rn. 43; *Touzé*, Les Limites de l'Indemnisation devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in: La Pratique d'Indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 127, 135.

dass (auch) aus diesem Grund ein Ersatz in Geld ausscheidet.¹¹⁴¹ Insoweit überlappt diese Fallgruppe mit der zuerst diskutierten.¹¹⁴² Bei Verstößen gegen Art. 5 Abs. 3 und 4 EMRK stellt der Gerichtshof ebenfalls auf Kausalitätserwägungen ab. Solche Verletzungen sollen nur dann zu einer Entschädigung in Geld führen, wenn Beschwerdeführer*innen gerade wegen dieser Verstöße weiterhin in Haft waren.¹¹⁴³ Diese Fälle bilden allerdings keine eigene Fallgruppe,¹¹⁴⁴ weil das übergeordnete Problem in der fehlenden Kausalität liegt.

Für die Eingrenzung der Fallgruppe erweist es sich gerade in Bezug auf verfahrensrechtliche Verstöße¹¹⁴⁵ als problematisch, dass der Gerichtshof in manchen Fällen wegen eines “loss of opportunity”¹¹⁴⁶ auch bei ungeklärter Kausalbeziehung zwischen dem Konventionsverstoß und dem Ausgang des

1141 Vgl. beispielsweise EGMR, *Case of Chorniy v. Ukraine*, Urteil, 16. Mai 2013, Beschwerde-Nr. 35227/06, Rn. 51.

1142 Siehe hierzu oben auf S. 244 f.

1143 Vgl. bspw. EGMR (GK), *Caballero v. UK*, 2000, Beschwerde-Nr. 32819/96, Rn. 31; EGMR, *Niedbala v. Poland*, 2000, Beschwerde-Nr. 27915/95, Rn. 88 f.; EGMR, *Kawka v. Poland*, 2001, Beschwerde-Nr. 25874/94, Rn. 65 f. Als Nachweis für die Kausalität zwischen Haftfortdauer und Konventionsverletzung genügte im ersteren Fall die eidesstattliche Versicherung eines englischen Rechtsanwalts, nach der eine Freilassung des Beschwerdeführers bei Beachtung der Konventionsvorgaben wahrscheinlich gewesen sei.

1144 So aber *Józson*, *Satisfaction by Finding a Violation*, in: *Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR*, 741, 752 f.

1145 *Ichim* merkt an, dass dieses Phänomen nicht auf Verfahrensverstöße beschränkt sei, vgl. *Ichim*, *Just Satisfaction*, 2015, S. 116.

1146 Vgl. beispielhaft: EGMR (GK), *Case of Sabeh El Leil v. France*, Urteil, 29. Juni 2011, Beschwerde-Nr. 34869/05, Rn. 72. Allerdings wirft der Gerichtshof hier eine einheitliche Summe für materielle und immaterielle Schäden aus und es bleibt unklar, auf welche der Schadenskategorien sich seine Aussagen zum “loss of opportunities” beziehen. Grundsätzlich oszilliert die Schadensfigur des “loss of opportunity” zwischen materiellem und immateriellem Schaden, vgl. *Ichim*, *Just Satisfaction*, 2015, S. 115–117. Der Gerichtshof selbst behandelt die Figur des “loss of opportunity” uneinheitlich, vgl. hierzu die Analyse bei *Garin*, *La Perte de Chance*, un *Préjudice Indemnisable*, in: *Flaus/Lambert Abdelgawad* (Hrsg.), *La Pratique d’Indemnisation par la CEDH*, 2011, 155–184, 169–171, der drei (einander widersprechende) Tendenzen in der Rechtsprechung ausmacht, die entweder die Theorie eines immateriellen Schadens, eines materiellen Schadens oder einer dritten Schadenskategorie unterstützen. Allerdings hat der Gerichtshof die Rechtsfigur in neueren, auf eine Systematisierung angelegten, Entscheidungen dem immateriellen Schaden zugeschlagen, vgl. EGMR (GK), *Varanva and others v. Turkey (Merits and Just Satisfaction)*, 2009, Beschwerde-Nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90, Rn. 224.

Verfahrens eine Schadenssumme ausgeworfen hat.¹¹⁴⁷ Dabei ist die Grenzziehung zwischen dieser Rechtsfigur und der entschädigenden Feststellung unklar geblieben.¹¹⁴⁸ Ob der Unterschied im Maß der Wahrscheinlichkeit des Eintritts des ungewissen Ereignisses liegt,¹¹⁴⁹ kann dahinstehen, weil der Gerichtshof diese Rechtsfigur in jüngerer Zeit nicht mehr zur Begründung verwendet.¹¹⁵⁰

Die einzelnen Abgrenzungsfragen bei Verfahrensverletzungen dürfen allerdings nicht den Blick darauf verstellen, dass die hier diskutierte Fallgruppe über Verfahrensverletzungen hinausgeht. Das veranschaulicht die Entscheidung in *Vinter and others v. UK*. In dem Verfahren wehrten sich die Beschwerdeführer dagegen, dass sie zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden waren und nur unter sehr engen Voraussetzungen noch eine Chance auf eine Freilassung hatten.¹¹⁵¹ Diese Praxis verstieß

1147 Vgl. zur Herausbildung dieser Argumentationsfigur in der Rechtsprechung *Garin, La Perte de Chance, un Préjudice Indemnisable*, in: *La Pratique d'Indemnisation par la CEDH*, 155, 165 f.

1148 Vgl. *Breuer*, Die Funktion der Staatshaftung nach Unionsrecht und EMRK im Vergleich, in: *Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der EU im Wandel der Zeit*, 203, 212; *Dannemann*, Haftung für die Verletzung von Verfahrensgarantien nach Art. 41 EMRK: zur Herausbildung europäischer Haftungsmaßstäbe, *RabelsZ* 63 (1999), 452–470, 466–469; *Dörr* in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), *EMRK/GG KK*, 3. Auflage, 2022, Kapitel 33: Entschädigung und Schadensersatz Rn. 32 f.; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 654; *Peukert* in: *Frowein/Peukert* (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, 3. Auflage, 2009, Art. 41 Rn. 13; *Roth*, *NVwZ* 25 (2006), 757.

1149 Vgl. House of Lords, *R. (on the application of Greenfield) v. Secretary of State for the Home Department*, 2005, [2005] W.L.R. 673, Rn. 15 (Lord Bingham); *Oliphant/Luwichowska*, *Damages*, in: *Fenyves/Karner/Koziol/Steiner* (Hrsg.), *Tort Law in the Jurisprudence of the ECHR*, 2011, 397–447 (412); in diese Richtung ebenfalls tendierend *Ichim*, *Just Satisfaction*, 2015, S. 115; kritisch *Kellner/Durant*, *Causation*, in: *Fenyves/Karner/Koziol/Steiner* (Hrsg.), *Tort Law in the Jurisprudence of the ECHR*, 2011, 449–500, 486–488.

1150 Hierfür spricht, dass der EGMR diesen Terminus bei den Ausführungen zur Begründung der Entscheidungen über eine gerechte Entschädigung im Jahr 2018 kein einziges Mal verwendet hat. Eine Ausnahme bildet insofern lediglich die Entscheidung in EGMR, *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*, 2018, Beschwerde-Nr. 846/16 und 1075/16, Rn. 155, welche die allgemeinen Ausführungen aus EGMR (GK), *Varanva and others v. Turkey (Merits and Just Satisfaction)*, 2009, Beschwerde-Nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90, Rn. 224 wörtlich wiedergibt.

1151 Vgl. EGMR (GK), *Case of Vinter and others v. the United Kingdom*, Urteil, 9. Juli 2013, Beschwerde-Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10, Rn. 12–14.

gegen Art. 3 EMRK.¹¹⁵² Einen Antrag auf immateriellen Schadensersatz für die psychischen Auswirkungen der Haftstrafe auf Herrn Vinter lehnte der Gerichtshof dagegen ab und erachtete die Feststellung der Konventionsverletzung als eine ausreichende Entschädigung.¹¹⁵³ Dieses Ergebnis scheint nun zunächst eher für die unten noch zu diskutierende Fallgruppe¹¹⁵⁴ einer moralischen Verurteilung des Beschwerdeführers zu sprechen. Bei näherem Hinsehen zeigt sich indes, dass der Gerichtshof – wie auch die Beschwerdeführer – davon ausgegangen ist, dass das Urteil für keinen von ihnen die Aussicht auf eine baldige Freilassung eröffnet hat.¹¹⁵⁵ Das legt wiederum nahe, dass es an einem kausal auf der Konventionsverletzung beruhenden immateriellen Schaden (beispielsweise durch eine unrechtmäßige Inhaftierung) fehlte. Es bleibt alleine die Verzweiflung ob der fehlenden Freilassungsaussichten. Das ist ein unbestreitbares Leid, dass der Gerichtshof aber offenbar für zu gering erachtet hat, um eine finanzielle Entschädigung zu rechtfertigen.¹¹⁵⁶

Der Gerichtshof lässt also in Fällen ohne nachgewiesenen (kausalen) Schaden wiederholt eine entschädigende Feststellung genügen. Diese Rechtsprechungspraxis ist zwar auf Kritik gestoßen, da – so das Argument – in diesen Fällen letztlich eine Entschädigung (wenn auch nicht in Geld) für nicht erwiesene Schäden zugesprochen werde, was einen klaren Bruch mit der völkerrechtlichen Schadensdogmatik bedeute.¹¹⁵⁷ Wie allerdings bereits oben herausgearbeitet worden ist,¹¹⁵⁸ besteht auch in diesen Fällen ein zumindest diffuser Schaden, der aus dem Erdulden der Konventionsverletzung resultiert. Liegt gar kein Schaden vor, lehnt der Gerichtshof den Entschädigungsantrag ab.

1152 Vgl. EGMR (GK), *Vinter and others v. UK*, 2013, Beschwerde-Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10, Rn. 130.

1153 Vgl. EGMR (GK), *Vinter and others v. UK*, 2013, Beschwerde-Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10, Rn. 135 f.

1154 Siehe unten unter § 8 B. II. 4. d).

1155 Vgl. EGMR (GK), *Vinter and others v. UK*, 2013, Beschwerde-Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10, Rn. 131. In dem Fall *Viola v. Italy*, der ebenfalls eine (besondere) Form der lebenslangen Haft betraf, lag der Sachverhalt ebenso, vgl. EGMR, *Case of Marcello Viola v. Italy* (No. 2), Urteil, 13. Juni 2019, Beschwerde-Nr. 77633/16, Rn. 138. Auch hier genügte folglich eine entschädigende Feststellung trotz einer Verletzung des Art. 3 EMRK, ebd. Rn. 148.

1156 Insofern besteht wohl auch eine Überschneidung zu der sogleich zu besprechenden Fallgruppe der geringfügigen Verletzungen, siehe hierzu unten unter § 8 B. II. 3.

1157 Vgl. *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 139.

1158 Siehe hierzu oben auf S. 233 f.

Von den Datensätzen aus dem Jahr 2018 mit einer entschädigenden Feststellung fallen insgesamt 10 unter diese Fallgruppe. Diese Datensätze unterteilen sich wiederum in die beiden eingangs¹¹⁵⁹ aufgeführten Situationen fehlender Kausalität¹¹⁶⁰ und eines fehlenden Nachweises.¹¹⁶¹ Allerdings begründet der Gerichtshof seine Entscheidung nur sehr selten offen mit der fehlenden Kausalitätsbeziehung zwischen Konventionsverletzung und immateriellem Schaden.¹¹⁶² In der weitaus größeren Zahl der Fälle lehnt der Gerichtshof lediglich die Kausalität zwischen materiellem Schaden und Konventionsverletzung ab und erachtet ohne eine Begründung eine entschädigende Feststellung als einen ausreichenden Ersatz.¹¹⁶³ Gleichwohl erscheint auch die Entscheidung zugunsten einer entschädigenden Feststellung durch diese Erwägung motiviert, weil der geltend gemachte immaterielle Schaden in der Regel von derselben Kausalbeziehung abhängt. Exemplarisch zeigt sich dieser Zusammenhang in der oben in anderem Zusammenhang bereits angeführten¹¹⁶⁴ Entscheidung *Chim and Przywieczerki v. Poland*. Hier beehrte der zweite Beschwerdeführer wegen

1159 Siehe oben auf S. 245.

1160 Vgl. EGMR (GK), *Beuze v. Belgium*, 2018, Beschwerde-Nr. 71409/10, Rn. 199; EGMR, *Case of Lazoriva v. Ukraine*, Urteil, 17. April 2018, Beschwerde-Nr. 6878/14, Rn. 79; EGMR, *Chim and Przywieczerki v. Poland*, 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07, Rn. 215 f.; EGMR, *Case of Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain*, Urteil, 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 51168/15 und 51186/15, Rn. 47 f.; EGMR, *Case of Ben Faiza v. France*, Urteil, 8. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 31446/12, Rn. 84; EGMR, *Case of Etute v. Luxembourg*, Urteil, 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 18233/16, Rn. 42; EGMR, *Case of Seven v. Turkey*, Urteil, 23. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 60392/08, Rn. 65; EGMR, *Case of Pereira Cruz and others v. Portugal*, Urteil, 26. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 56396/12 und 3 andere, Rn. 252; EGMR, *Case of A.S. v. France*, Urteil, 19. April 2018, Beschwerde-Nr. 46240/15, Rn. 89.

1161 Vgl. EGMR, *Volokitin and others v. Russia*, 2018, Beschwerde-Nr. 74087/10 und 13 andere, Rn. 40.

1162 So aber wohl in EGMR (GK), *Beuze v. Belgium*, 2018, Beschwerde-Nr. 71409/10, Rn. 199 und EGMR, *Pereira Cruz and others v. Portugal*, 2018, Beschwerde-Nr. 56396/12 und 3 andere, Rn. 252, weil sich der Gerichtshof hier jeweils pauschal auf die ungewisse Kausalität der Konventionsverletzung für den eingetretenen Schaden bezieht.

1163 Vgl. EGMR, *Chim and Przywieczerki v. Poland*, 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07, Rn. 215 f.; EGMR, *Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain*, 2018, Beschwerde-Nr. 51168/15 und 51186/15, Rn. 47 f.; EGMR, *Ben Faiza v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 31446/12, Rn. 84; EGMR, *Etute v. Luxembourg*, 2018, Beschwerde-Nr. 18233/16, Rn. 42; EGMR, *Seven v. Turkey*, 2018, Beschwerde-Nr. 60392/08, Rn. 65.

1164 Siehe oben auf S. 234 f.

der materiellen und immateriellen Schäden, die ihm ein Strafverfahren verursacht hatte, eine Entschädigung.¹¹⁶⁵ Der Gerichtshof erachtete allerdings alleine die personelle Besetzung des Strafgerichts für konventionswidrig.¹¹⁶⁶ Ob dieser Verstoß kausal für die Verurteilung war, ließ der Gerichtshof offen.¹¹⁶⁷ Da aber dieser Zusammenhang auch für den immateriellen Schaden entscheidend ist, weil nur so der Rufverlust durch das Strafverfahren ersatzfähig sein konnte, spielt die fehlende Kausalität zwischen Konventionsverletzung und Schaden auch für den immateriellen Schaden eine Rolle.

In zwei Fällen ist die Zuordnung zur Fallgruppe eines fehlenden (kausalen) Schadens besonders schwierig, weil der Gerichtshof hier kaum Anhaltspunkte in seiner Begründung liefert. Dies ist einerseits der Fall *Lazoriva v. Ukraine*. In dem Verfahren machte die Beschwerdeführerin mit Erfolg geltend, dass die staatlichen Behörden bei der Adoption ihrer Nichte durch Dritte einige Umstände wie ihre Nähe zur Nichte nicht hinreichend berücksichtigt hatten.¹¹⁶⁸ Eine Begründung für das Ausreichen der entschädigenden Feststellung zum Ausgleich der Folgen der Verletzung lieferte der Gerichtshof nicht.¹¹⁶⁹ Dass das Geschehen an der Beschwerdeführerin nicht spurlos vorübergegangen ist, dürfte naheliegen. Daher unterfällt diese Konstellation nur kaum der Kategorie geringfügiger Verletzungen. Für einen innerstaatlichen Ausgleich ist nichts ersichtlich. Mit Blick auf die Verletzung, die gerade in der fehlenden Berücksichtigung der Interessen der Beschwerdeführerin bestand, scheint eine Subsumtion unter die Fallgruppe des fehlenden (kausalen) Schadens naheliegend, weil nicht ausgemacht war, dass sie ihre Nichte hätte betreuen dürfen, wenn ihre Interessen in die behördliche Entscheidung eingestellt worden wären. Es fehlt damit an der Kausalität und es bleibt eben jener diffuse Schaden einer verlorenen ungewissen Chance, den der Gerichtshof regelmäßig nur mit einer entschädigenden Feststellung honoriert.¹¹⁷⁰

Der andere Fall, *A.S. v. France*, betraf eine Abschiebung. Der Beschwerdeführer wendete sich erfolgreich dagegen, dass Frankreich ihn entgegen

1165 Vgl. EGMR, *Chim and Przywieczerki v. Poland*, 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07, Rn. 212 f.

1166 Vgl. EGMR, *Chim and Przywieczerki v. Poland*, 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07, Rn. 141 f.

1167 Vgl. EGMR, *Chim and Przywieczerki v. Poland*, 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07, Rn. 215.

1168 Vgl. EGMR, *Lazoriva v. Ukraine*, 2018, Beschwerde-Nr. 6878/14, Rn. 69 f.

1169 Vgl. EGMR, *Lazoriva v. Ukraine*, 2018, Beschwerde-Nr. 6878/14, Rn. 79.

1170 Siehe oben zur Abgrenzung zur Kategorie des „real loss of opportunity“ auf S. 246 f.

einer einstweiligen Anordnung des EGMR nach Marokko abgeschoben und damit seine Beschwerde zum EGMR gegen die drohende Abschiebung erschwerte hatte. Der Beschwerdeführer war der Ansicht, dass ihn diese Abschiebung in die Gefahr einer gegen Art. 3 EMRK verstoßenden Behandlung bringe.¹¹⁷¹ Mit dieser Begründung drang der Beschwerdeführer allerdings nicht durch und der Gerichtshof konstatierte lediglich eine Verletzung des Art. 34 EMRK.¹¹⁷² Die nicht näher begründete Entscheidung des Gerichtshofs für eine entschädigende Feststellung¹¹⁷³ erklärt sich aus dem Vortrag des Beschwerdeführers. Dieser hatte nämlich wegen seiner Haft in Marokko und der Trennung von seiner Familie eine Geldentschädigung verlangt.¹¹⁷⁴ Beide Schäden hätte er aber auch bei Wahrung des Art. 34 EMRK (allerdings später) erlitten. Mit anderen Worten basiert der geltend gemachte immaterielle Schaden auf einer Verletzung des Art. 3 EMRK, die der Gerichtshof nicht festgestellt hat. Damit ergibt sich aus den Umständen eine Zuordnung dieses Falles in die Fallgruppe des fehlenden (kausalen) Schadens.

1171 Vgl. EGMR, A.S. v. *France*, 2018, Beschwerde-Nr. 46240/15, Rn. 3, 47.

1172 Vgl. EGMR, A.S. v. *France*, 2018, Beschwerde-Nr. 46240/15, Rn 62–64 und 78.

1173 Vgl. EGMR, A.S. v. *France*, 2018, Beschwerde-Nr. 46240/15, Rn 89.

1174 Vgl. EGMR, A.S. v. *France*, 2018, Beschwerde-Nr. 46240/15, Rn 87.

3. Geringfügige Verletzung¹¹⁷⁵

Die wohl prominenteste Fallgruppe bilden Schäden, die nicht das Maß erreichen, um eine geldwerte Entschädigung zu rechtfertigen.¹¹⁷⁶ Wie der folgende Abschnitt herausarbeiten wird, stellt der Gerichtshof hierfür auf die eingetretenen Folgen beim Opfer ab.¹¹⁷⁷ Obwohl der Gerichtshof in der Begründung zuweilen explizit auf eine Mindestschwere des Schadens Bezug nimmt,¹¹⁷⁸ sieht die Literatur häufig Zusammenhänge mit der Art des verletzten Rechts (Verfahrensrecht oder materielles Recht) oder einzel-

1175 Diese Fallgruppe dürfte sich nicht durch das Zulässigkeitserfordernis für Individualbeschwerden in Art. 35 Abs. 3 lit. b EMRK erledigt haben. Nach dieser Vorschrift kann der Gerichtshof Individualbeschwerden als unzulässig abweisen, wenn "dem Beschwerdeführer kein erheblicher Nachteil" ("not suffered a significant disadvantage") entstanden ist. Hieraus wurde in der Literatur gefolgert, dass bei Erfüllung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung immer ein Schaden bestehen würde, der einer finanziellen Entschädigung bedarf (vgl. *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 288). Indes zeigt sich in der Praxis, dass diese Zulässigkeitsvoraussetzung nur zur Abweisung weniger Fälle führt (vgl. *Meyer-Ladewig/Peters* in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Auflage, 2017, Art. 35 Rn. 51; *Schäfer* in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 3. Auflage, 2022, Art. 35 Rn. 148) und der Gerichtshof weiterhin in vielen Entscheidungen lediglich eine entschädigende Feststellung zuspricht (siehe hierzu unten die Analyse der Entscheidungspraxis des Gerichtshofs aus dem Jahr 2018 auf S. 440). Neben dieser faktischen Beobachtung erscheint es auch rechtlich plausibel, dass das Zulässigkeitskriterium den Anwendungsbereich für eine entschädigende Feststellung nicht vollständig beseitigt. Denn selbst bei einem unerheblichen Nachteil entscheidet der Gerichtshof nach Art. 35 Abs. 3 lit. b EMRK über die Beschwerde in der Sache, unter anderem wenn dies zur "Achtung der Menschenrechte" geboten ist.

1176 Für eine solche Fallgruppe sprechen sich aus *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 118, 139; *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 115; *Peukert* in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 41 Rn. 25; *Somers*, The ECHR as an Instrument of Tort Law, 2018, S. 142; *Touzé*, Les Limites de l'Indemnisation devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in: La Pratique d'Indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 127, 151 f.; *Villiger*, Handbuch der EMRK, 2020, Rn. 239; *Zwach*, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S. 202 f.

1177 Vgl. *Sharpe* in: Pettiti/Decaux/Imbert (Hrsg.), CEDH, 2. Auflage, 1999, Art. 50 S. 814; *Touzé*, Les Limites de l'Indemnisation devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in: La Pratique d'Indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 127, 151 f.; vgl. beispielhaft EGMR, *Case of Narinen v. Finland*, Urteil, 1. Juni 2004, Beschwerde-Nr. 45027/98, Rn. 46.

1178 Vgl. beispielhaft EGMR, *Case of Chalkley v. the United Kingdom*, Urteil, 12. Juni 2003, Beschwerde-Nr. 63831/00, Rn. 32. Der Gerichtshof begründete seine Entscheidung zugunsten einer entschädigenden Feststellung damit, dass die finanziel-

nen Rechten.¹¹⁷⁹ Beide Alternativunterteilungen weisen zwar einen Zusammenhang mit dem Genügen einer entschädigenden Feststellung auf, weil beispielsweise ein immaterieller Schadensersatz in Geld bei Verletzungen des Art. 2 EMRK naheliegt. Da aber auch für Verletzungen der Artt. 2 und 3 EMRK eine entschädigende Feststellung genügen kann,¹¹⁸⁰ ist es zu kurz gegriffen, hieraus jeweils eigenständige Fallgruppen zu folgern. Wie die folgenden Ausführungen belegen, ist jeweils das geringfügige Gewicht der Verletzung die maßgebliche Erwägung des Gerichtshofs.

Der Gerichtshof tendiert dazu, bei der Verletzung eines Verfahrensrechts¹¹⁸¹ lediglich die Feststellung der Rechtsverletzung genügen zu lassen.¹¹⁸² Eine finanzielle Entschädigung gewährt er bei ihnen oftmals lediglich im Falle erschwerender Umstände.¹¹⁸³ Obwohl die Verletzung eines Verfahrensrechts im Vergleich mit anderen Konventionsverstößen eine geringere Schwere implizieren mag,¹¹⁸⁴ ist immer entscheidend, ob *in casu* bei einem Verfahrensverstoß eine gewisse Mindestschwere überschritten ist. Der Gerichtshof vermutet das bei exzessiven Verfahrensdauern wider-

le Entschädigung in einem ähnlichen Fall auf zusätzliche erschwerende Umstände zurückzuführen sei (wie eine Vielzahl selbständiger Konventionsverstöße).

1179 Vgl. beispielsweise *Steiner*, Just Satisfaction under Art 41 ECHR, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 3, 16 und *Touzé*, Les Limites de l'Indemnisation devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in: La Pratique d'Indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 127, 145.

1180 Vgl. EGMR (GK), *Case of Murray v. the Netherlands*, Urteil, 26. April 2016, Beschwerde-Nr. 10511/10, Rn. 131. Dem Fall lag eine Verletzung des Art. 3 EMRK durch die (faktische) Nichtreduzierbarkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe zugrunde. Warum der Gerichtshof hier eine entschädigende Feststellung hat genügen lassen, bleibt im Urteil unklar. Es erscheint vorstellbar, dass der Gerichtshof hier lediglich seine Rechtsprechung aus EGMR (GK), *Vinter and others v. UK*, 2013, Beschwerde-Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10 fortsetzen wollte, die im Wesentlichen auf Kausalitätsüberlegungen basierte, siehe hierzu oben auf S. 247.

1181 Verfahrensrechte sollen hier weit verstanden sein und über den eindeutig verfahrensrechtlichen Art. 6 EMRK hinaus auch die verfahrensrechtlichen Dimensionen der materiellen Gewährleistungen der EMRK beinhalten, vgl. für ein solches Verständnis *Dannemann*, RabelsZ 63 (1999), 454.

1182 Vgl. *Touzé*, Les Limites de l'Indemnisation devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in: La Pratique d'Indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 127, 145.

1183 Vgl. *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 293.

1184 So im Ergebnis auch *Touzé*, Les Limites de l'Indemnisation devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in: La Pratique d'Indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 127, 145; *Zwach*, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S. 190.

leglich.¹¹⁸⁵ Das belegt wiederum, dass der eigentliche Gesichtspunkt nicht die Verletzung der Verfahrensgarantien ist, sondern die Schwere solcher Verletzungen. Unter dieser Prämisse wird auch ein Zusammenhang zwischen der (bloßen) Verletzung von Verfahrensrechten und einer entschädigenden Feststellung deutlich. Es offenbart sich hierin lediglich die typisierte Annahme, dass solche Verstöße weniger schwer wiegen als beispielsweise Verstöße gegen das Verbot der Folter in Art. 3 EMRK.¹¹⁸⁶ Folglich erscheint es sinnvoller, Verfahrensverstöße nicht als eigene Fallgruppe zu führen, sondern sie der Fallgruppe geringfügiger Verletzungen zuzuordnen.¹¹⁸⁷

Die gleiche Überlegung trifft auch auf weitere Konventionsrechte zu, bei denen der EGMR häufig eine entschädigende Feststellung zuspricht. Obwohl beispielsweise bei Verletzungen des Art. 1 1. ZP und Art. 10 EMRK häufig eine entschädigende Feststellung genügt,¹¹⁸⁸ führt der Verstoß gegen eines dieser Konventionsrechte nicht zwingend zu einer entschädigenden Feststellung. Umgekehrt kann – ausnahmsweise – auch bei einer Verletzung des Art. 3 EMRK eine Feststellung der Konventionsverletzung genügen.¹¹⁸⁹ So kann eine entschädigende Feststellung nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs genügen, wenn das Recht “nur” in seiner verfahrensrechtli-

1185 Vgl. EGMR (GK), *Apicella v. Italy*, 2006, Beschwerde-Nr. 64890/01, Rn. 93; EGMR (GK), *Cocchiarella v. Italy*, 2006, Beschwerde-Nr. 64886/01, Rn. 95.

1186 Vgl. zur Annahme einer impliziten Hierarchie der Konventionsrechte *Altwickler-Hámori/Altwickler/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 17 f.

1187 Vgl. für eine solche Fallgruppe *Breuer*, Die Funktion der Staatshaftung nach Unionsrecht und EMRK im Vergleich, in: Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der EU im Wandel der Zeit, 203, 214; so wohl auch *Steiner*, Just Satisfaction under Art 41 ECHR, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 3, 16 (Fn. 49). Ein zusätzlicher Grund für die hier vorgeschlagene Fallgruppenbildung liegt darin, dass sich das Ausreichen einer entschädigenden Feststellung bei Verstößen gegen Verfahrensrechte aus unterschiedlichen Gesichtspunkten ergibt. So kann noch ein innerstaatlicher Ausgleich möglich sein (vgl. *Touzé*, Les Limites de l’Indemnisation devant la Cour Européenne des Droits de l’Homme, in: La Pratique d’Indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l’Homme, 127, 137 f.) oder es fehlt an der Kausalität zwischen dem behaupteten immateriellen Schaden und der Verletzung (vgl. beispielhaft EGMR (Plenum), *Case of Hauschildt v. Denmark*, Urteil, 25. Mai 1989, Beschwerde-Nr. 10486/83, Rn. 57 f.).

1188 Vgl. *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 757 f.

1189 Siehe die Nachweise oben in Fn. 1180.

chen Dimension verletzt worden ist¹¹⁹⁰ oder aber aus anderen Umständen nur ein geringer Schaden eingetreten ist. Mithin kommt es jeweils auf das konkrete Gewicht der Verletzung an, die das verletzte Konventionsrecht indizieren kann (aber nicht muss). So gibt es zwar bestimmte Konventionsverletzungen, die *per se* die Vermutung eines ersatzfähigen immateriellen Schadens in sich tragen. Bei Verletzungen des Art. 3 EMRK ist es fast unausweichlich, dass körperliche und psychische Leiden auftreten.¹¹⁹¹ Im Ergebnis kommt es aber nur auf die Schwere der Verletzung im konkreten Fall an und eben nicht auf das verletzte Recht oder seine Art.

Diese Überlegung bestätigt die Rechtsprechung des EGMR in Fällen zu Kommunikationsfreiheiten und politische Freiheiten. Soweit der EGMR in diesen eine entschädigende Feststellung gewährt hat, ist die tragende Erwägung, dass die Fälle geringfügige Verletzungen betrafen. Die Entscheidung des Gerichtshofs im Fall *Goodwin v. UK* belegt dies exemplarisch. Mit seiner Beschwerde wendete sich ein Journalist erfolgreich gegen die gerichtliche Verpflichtung zur Offenlegung seiner Quelle.¹¹⁹² Weil er sich weigerte, die Quelle offenzulegen, wurde er wegen Missachtung des Gerichts (“contempt of court”) verurteilt. Obwohl das psychische Leid des Journalisten wegen seiner strafrechtlichen Verurteilung gerade auf einer Konventionsverletzung beruhte, sollte die Feststellung der Konventionsverletzung einen ausreichenden Ersatz bieten.¹¹⁹³ Diese Entscheidung erklärt sich daraus, dass nur bei bestimmten Verletzungen eine tatsächliche Vermutung für immaterielle Schäden streitet. Bei Verletzungen des Art. 10 EMRK entspricht es nicht der Lebenserfahrung, dass das Opfer der Menschenrechtsverletzung über das Erdulden der Konventionsverletzung hinaus leidet – ebenso wie es umgekehrt fast unausweichlich die Folge eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK ist, dass das Opfer körperlich und seelisch leidet. Das heißt natürlich nicht, dass die in Art. 10 EMRK ebenfalls geschützten kollektiven Interessen (die freie Meinungsäußerung in der Gesellschaft, die freie Presse und deren Existenzbedingungen) nicht gewichtig sind. Aber die Verletzung sorgt nicht zwingend für einen gewichtigen immateri-

1190 Vgl. beispielhaft EGMR (GK), *Case of Öcalan v. Turkey*, Urteil, 12. Mai 2005, Beschwerde-Nr. 46221/99, Rn. 212. Allerdings hatte der Beschwerdeführer keine Entschädigung beantragt.

1191 Siehe zum Begriff des immateriellen Schadens unter der EMRK oben auf S. 222.

1192 Vgl. EGMR (GK), *Case of Goodwin v. the United Kingdom*, Urteil, 27. März 1996, Beschwerde-Nr. 17488/90, Rn. 10–19 und 46.

1193 Vgl. EGMR (GK), *Goodwin v. UK*, 1996, Beschwerde-Nr. 17488/90, Rn. 50.

ellen Schaden des Opfers.¹¹⁹⁴ Deshalb gilt es für Fragen des immateriellen Schadensersatzes zwischen kollektiven Interessen und individuellen Interessen zu unterscheiden. Nur wenn die letzteren mehr als geringfügig betroffen sind, erfordert die Aufrechterhaltung der Konventionsordnung eine Geldentschädigung.¹¹⁹⁵ Aus dem Gesagten ergibt sich eine Verfeinerung der Fallgruppen dahingehend, dass grundsätzlich die konkreten Auswirkungen der Verletzung für die Beschwerdeführer*innen maßgeblich sind, um über eine finanzielle Entschädigung immaterieller Schäden zu entscheiden.

Problematisch erscheint an der Fallgruppe geringfügiger Verletzungen, dass sie die Konventionsrechte und den Preis ihrer Verletzung hierarchisiert.¹¹⁹⁶ Allerdings darf nicht vergessen werden, dass diese Untersuchung den Rechtsfolgen einer Konventionsverletzung gilt. Bei diesen geht es nicht mehr um die binäre Entscheidung für oder gegen eine Konventionsverletzung, sondern um Art und Höhe eines Ersatzes, d. h. um Grade und Abstufungen.¹¹⁹⁷ Dies bringt es mit sich, Verletzungen nach ihrem "Preis" zu bewerten. Daraus folgt aber keiner Hierarchie der Konventionsrechte je nach ihrem Preis. Vielmehr spiegelt die Praxis lediglich die Erfahrung, dass mit unterschiedlichen Konventionsrechten in ganz verschiedenem Maße immaterielle Schäden einhergehen. Dass körperliche Misshandlungen zu Leid führen, liegt auf der Hand. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, welche Auswirkungen die Bestrafung wegen einer Meinungsäußerung, das Verbot einer Versammlung oder die Behinderung der Gewerkschaftsarbeit zeitigen. Rechtstechnisch lassen sich diese Beobachtungen als ein Anscheinsbeweis rekonstruieren, nach dem bestimmte Konventionsverletzungen jeweils einen Beweis des ersten Anscheins für oder gegen einen (er-

1194 Vgl. für den Befund einer Häufung entschädigender Feststellungen bei Verletzungen des Art. 10 EMRK *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 757 f.

1195 Vgl. für einen ähnlichen Gedanken *Tomuschat*, Just Satisfaction under Article 50 ECHR, in: Mahoney/Matscher/Petzold/Wildhaber (Hrsg.), Protecting Human Rights: The European Perspective, 2000, 1409–1430, 1423 f.

1196 Kritisch *Tomuschat*, Just Satisfaction under Article 50 ECHR, in: Protecting Human Rights: The European Perspective, 1409, 1422 ("In addition, it is extremely hazardous to differentiate, as the Court does, between serious cases, which require the award of just satisfaction, and other cases which, because of the minor importance of the rights or interests in issue or because of the little degree of sympathy the applicant has been able to win, should not entail financial consequences.").

1197 Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen unter § 8 B. I ist eine entschädigende Feststellung ein Minus gegenüber dem Ersatz in Geld, sodass sich auch diese Unterscheidung als graduell darstellt.

satzfähigen) immateriellen Schaden erbringen.¹¹⁹⁸ Ein solches Verständnis relativiert den Hierarchisierungseinwand deutlich und plausibilisiert das Vorgehen des Gerichtshofs.¹¹⁹⁹

Dass die Geringfügigkeit der Verletzung für den Gerichtshof beim Zusprechen einer entschädigenden Feststellung leitend ist, belegen die Datensätze aus dem Jahr 2018. Bis auf einen Datensatz, dessen Zuordnung unten diskutiert werden soll,¹²⁰⁰ lassen sich alle übrigen Datensätze unter diese Fallgruppe subsumieren.¹²⁰¹ Sie lassen sich anhand der betroffenen Interessen weiter unterteilen. Dies sind einerseits die Datensätze, die politische Freiheiten, Eigentum und Privatsphäre betreffen und andererseits solche, die Leben und körperliche Unversehrtheit betreffen. Insbesondere die zweite Gruppe bedarf der näheren Erörterung, weil bei solchen Konventionsverstößen ein immaterieller Schaden besonders naheliegt.

Dagegen ist die erste Gruppe leicht erklärbar. Eine Verletzung der Art. 8 oder 11 EMRK verursacht nicht zwingend immaterielle Schäden, die über die reine Frustration wegen der Konventionsverletzung hinausgehen.¹²⁰² Obwohl der Gerichtshof bei allen diesen Entscheidungen jeweils ohne eine

1198 In der Praxis des Gerichtshofs ist es üblich, die Beweislast umzukehren oder Anscheinsbeweise zuzulassen, vgl. überblickshaft zur Rechtsprechung zu einzelnen Konventionsgarantien O'Boyle, Proof: European Court of Human Rights (ECtHR), in: Ruiz Fabri (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law, 2018, Rn. 44–63. Zu Fragen des immateriellen Schadensersatzes hat der Gerichtshof – soweit ersichtlich – aber noch nicht ausdrücklich hierauf zurückgegriffen.

1199 Ähnlich *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 162 f.

1200 EGMR, *Case of Togrul v. Bulgaria*, Urteil, 15. November 2018, Beschwerde-Nr. 20611/10; siehe hierzu unten auf S. 272 f.

1201 Dies sind die folgenden 10 Fälle: EGMR, *Case of Provenzano v. Italy*, Urteil, 25. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 55080/13, Rn. 27; EGMR, *Case of Musa Tarhan v. Turkey*, Urteil, 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 12055/17, Rn. 95; EGMR, *Case of S.V. v. Italy*, Urteil, 11. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 55216/08, Rn. 81; EGMR, *Case of Savva Terentyev v. Russia*, Urteil, 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 10692/09, Rn. 91; EGMR, *Case of Laurent v. France*, Urteil, 24. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 28798/13, Rn. 53; EGMR, *Case of Ottan v. France*, Urteil, 19. April 2018, Beschwerde-Nr. 41841/12, Rn. 79; EGMR, *Case of M.A. v. France*, Urteil, 1. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15, Rn. 83; EGMR, *Case of United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*, Urteil, 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 27585/13, Rn. 35; EGMR, *Case of OOO KD-Konsalting v. Russia*, Urteil, 29. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 54184/11, Rn. 65; EGMR, *Case of Ergüdoğan v. Turkey*, Urteil, 17. April 2018, Beschwerde-Nr. 48979/10, Rn. 39.

1202 Siehe hierzu bereits oben auf S. 255 f.

Begründung eine entschädigende Feststellung zuspricht,¹²⁰³ lässt sich die Geringfügigkeit der Verletzung jeweils aus den Umständen des Falles erschließen. So entstand den Beschwerdeführer*innen in einigen Fällen kein fassbarer Schaden.¹²⁰⁴ Beispielhaft hierfür steht die Entscheidung *United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*. In dem Verfahren wehrten sich eine Gewerkschaft und ihr Vorsitzender erfolgreich gegen das Verbot einer Versammlung in der Nähe des Flughafens, mit der sie auf die prekäre finanzielle Lage des Flughafenpersonals hinweisen wollten.¹²⁰⁵ Der Gerichtshof stellte eine Verletzung des Art. 11 EMRK fest,¹²⁰⁶ ließ allerdings eine entschädigende Feststellung als Ausgleich für etwaige immaterielle Schäden genügen.¹²⁰⁷ Diese nicht näher begründete Entscheidung erklärt sich daraus, dass ein immaterieller Schaden über die Frustration wegen der Konventionsverletzung hinaus weder vorgetragen noch ersichtlich war. Diesen diffusen Schaden erstattet der Gerichtshof grundsätzlich nicht. Über diese Fälle hinausgehend ergibt sich die Geringfügigkeit in den übrigen Fällen daraus, dass verhängte Sanktionen nicht vollstreckt worden sind¹²⁰⁸ oder äußerst geringfügig waren.¹²⁰⁹

Problematischer erscheinen diejenigen Entscheidungen, die Art. 2 und 3 EMRK betreffen, weil bei diesen Konventionsverstößen erhebliche immaterielle Schäden die Regel sind. Allerdings betrafen beide Fälle, die zu

1203 Vgl. EGMR, *Savva Terentyev v. Russia*, 2018, Beschwerde-Nr. 10692/09, Rn. 91; EGMR, *Ottan v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 41841/12, Rn. 79; EGMR, *United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*, 2018, Beschwerde-Nr. 27585/13, Rn. 35; EGMR, *Ergüdoğan v. Turkey*, 2018, Beschwerde-Nr. 48979/10, Rn. 39; EGMR, *S.V. v. Italy*, 2018, Beschwerde-Nr. 55216/08, Rn. 81; EGMR, *Laurent v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 28798/13; EGMR, *Musa Tarhan v. Turkey*, 2018, Beschwerde-Nr. 12055/17, Rn. 95.

1204 In diese Kategorie fallen die folgenden Entscheidungen: EGMR, *S.V. v. Italy*, 2018, Beschwerde-Nr. 55216/08, Rn. 81; EGMR, *Laurent v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 28798/13, Rn. 53; EGMR, *United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*, 2018, Beschwerde-Nr. 27585/13, Rn. 35.

1205 Vgl. zum Sachverhalt EGMR, *United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*, 2018, Beschwerde-Nr. 27585/13, Rn. 5–11.

1206 Vgl. EGMR, *United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*, 2018, Beschwerde-Nr. 27585/13, Rn. 30 f.

1207 Vgl. EGMR, *United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*, 2018, Beschwerde-Nr. 27585/13, Rn. 35.

1208 So in den Fällen EGMR, *Savva Terentyev v. Russia*, 2018, Beschwerde-Nr. 10692/09, Rn. 26 und EGMR, *Ergüdoğan v. Turkey*, 2018, Beschwerde-Nr. 48979/10, Rn. 39.

1209 So im Fall EGMR, *Ottan v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 41841/12, Rn. 25, in dem Frankreich gegenüber dem Beschwerdeführer lediglich eine Verwarnung ausgesprochen hatte.

einer entschädigenden Feststellung geführt haben,¹²¹⁰ weniger schwerwiegende Verletzungen des Art. 3 EMRK. *Provenzano v. Italy* betraf die Haftbedingungen eines schwer kranken Anführers einer mafiösen Organisation. Der einzige Konventionsverstoß lag darin, dass Italien den Beschwerdeführer trotz seines schlechten Gesundheitszustands ohne ausreichende Begründung besonderen Kontaktbeschränkungen unterworfen hatte.¹²¹¹ Dass die Konventionsverletzung auf die verfahrensrechtliche Komponente des Art. 3 EMRK beschränkt war, hob der Gerichtshof noch einmal hervor, als er den Antrag auf eine finanzielle Entschädigung für das Leiden des Beschwerdeführers ablehnte und dafür eine entschädigende Feststellung zusprach.¹²¹² Diese Begründung lässt darauf schließen, dass das geringe Gewicht der Verletzung den Grund für das Genügen der entschädigenden Feststellung trotz einer Verletzung des Art. 3 EMRK geliefert hat.

Ähnliche Erwägungen greifen für den zweiten Fall, *M.A. v. France*. Der Beschwerdeführer hatte Algerien wegen seiner Beteiligung am algerischen Bürgerkrieg in Richtung Frankreich verlassen. Frankreich wies ihn nach verbüßter Straftat entgegen einer einstweiligen Anordnung des EGMR und trotz der Gefahr einer gegen Art. 3 EMRK verstoßenden Behandlung nach Algerien aus, wo er sich seitdem in Haft befand.¹²¹³ Der Gerichtshof stellte sowohl Verletzungen des Art. 3 EMRK als auch des Art. 34 EMRK fest.¹²¹⁴ Der Beschwerdeführer verlangte für die Angst vor der Todesstrafe sowie die Behandlung in Algerien immateriellen Schadensersatz.¹²¹⁵ Dass der Gerichtshof diesen Schaden nicht mit Geld, sondern einer entschädigenden Feststellung ersetzte,¹²¹⁶ begründete er unter Hinweis auf “les circonstances particulières de l’espèce”¹²¹⁷. Der Gerichtshof hatte allerdings keine gegen Art. 3 EMRK verstoßende Behandlung des Beschwerdeführers

1210 Das sind EGMR, *Provenzano v. Italy*, 2018, Beschwerde-Nr. 55080/13 und EGMR, *M.A. v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15.

1211 Vgl. EGMR, *Provenzano v. Italy*, 2018, Beschwerde-Nr. 55080/13, Rn. 156–158.

1212 Vgl. EGMR, *Provenzano v. Italy*, 2018, Beschwerde-Nr. 55080/13, Rn. 162.

1213 Vgl. EGMR, *M.A. v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15, Rn. 5–24.

1214 Vgl. EGMR, *M.A. v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15, Rn. 58 f., 71. Die zusätzliche Feststellung einer Verletzung des Art. 3 EMRK ist auch ein wesentlicher Unterschied zu der oben im Rahmen der Fallgruppe “fehlender (kausaler) Schaden” diskutierten Entscheidung EGMR, *A.S. v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 46240/15, die im Übrigen einen ähnlichen Sachverhalt aufweist. Siehe dazu oben auf S. 250.

1215 Vgl. EGMR, *M.A. v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15, Rn. 79.

1216 Vgl. EGMR, *M.A. v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15, Rn. 83.

1217 EGMR, *M.A. v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15, Rn. 83.

in Algerien festgestellt.¹²¹⁸ Es handelt sich somit um einen Fall, in dem der Verstoß gegen Art. 3 EMRK alleine die nicht eingetretene Gefahr einer solchen Behandlung ist.¹²¹⁹ Die Entscheidung lässt sich daher unter dem Gesichtspunkt einer geringfügigen Verletzung erklären, weil der Gerichtshof in Übereinstimmung mit früheren Entscheidungen¹²²⁰ die Angst vor einer konventionswidrigen Behandlung als zu geringfügig angesehen haben dürfte, um eine geldmäßige Entschädigung zu rechtfertigen.¹²²¹

Zusammenfassend darf es daher als gesichert geltend, dass der Gerichtshof bei einer nur geringfügigen Verletzung der Konvention eine entschädigende Feststellung ausreichen lässt.

4. Abzulehnende Fallgruppen

In der Literatur kursieren noch weitere als die bisher besprochenen Fallgruppen der entschädigenden Feststellung. Diese Fallgruppen können für eine dogmatische Systematisierung der Rechtsprechung des EGMR zur entschädigenden Feststellung aus unterschiedlichen Gründen nicht überzeugen.

1218 Vgl. EGMR, *M.A. v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15, Rn. 22–24.

1219 Solche Konstellationen unterfallen wegen der uneinheitlichen Behandlung durch den Gerichtshof keiner eigenen Fallgruppe, siehe dazu unten unter § 8 B. II. 4. c).

1220 Vgl. EGMR (GK), *Case of Chahal v. the United Kingdom*, Urteil, 15. November 1996, Beschwerde-Nr. 22414/93, Rn. 158; EGMR, *Case of Ahmed v. Austria*, Urteil, 17. Dezember 1996, Beschwerde-Nr. 25964/94, Rn. 51; EGMR, *Case of Hilal v. the United Kingdom*, Urteil, 6. März 2001, Beschwerde-Nr. 45276/99, Rn. 83.

1221 Dagegen kommt eine Subsumtion unter die Fallgruppe eines “fehlenden (kausalen) Schadens” nicht in Betracht. Obwohl der Gerichtshof eine Entschädigung für materielle Schäden in diesem Fall unter Hinweis auf einen fehlenden Kausalzusammenhang zurückweist (vgl. EGMR, *M.A. v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15, Rn. 82), lässt sich diese Begründung nicht auf den immateriellen Schaden erstrecken. Der materielle Schaden, entgangener Gewinn während der Haft, wäre auch bei Beachtung der Konvention, d. h. dem Unterlassen der Ausweisung oder einer Ausweisung mit Garantien Algeriens zur Einhaltung der EMRK, eingetreten. Dagegen beruht der immaterielle Schaden wegen der Angst vor der Todesstrafe und wegen unmenschlicher Behandlung gerade auf der Konventionsverletzung. Ebensowenig liegt hier ein Fall der “innerstaatlichen Wiedergutmachung” vor. Denn die vom EGMR festgestellte Pflicht Frankreichs aus Art. 46 EMRK, Garantien zugunsten der Einhaltung der EMRK von Algerien zu erwirken (vgl. EGMR, *M.A. v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15, Rn. 91), kann den bereits erlittenen Schaden nicht ausgleichen.

a) Antrag auf eine entschädigende Feststellung

Angesichts des Ursprungs der Rechtsprechung des Gerichtshofs in der Entscheidung in *Golder v. UK*¹²²² sollen die Fälle eines ausdrücklichen Antrags der Beschwerdeführer*innen auf eine entschädigende Feststellung eine eigenständige Fallgruppe bilden.¹²²³ Diese Fallgruppe ließe sich wohl erweitern um Fälle, in denen die Beschwerdeführer*innen lediglich eine symbolische Entschädigung verlangen¹²²⁴ und ihr eigentliches Ziel damit nicht die finanzielle Entschädigung ist.¹²²⁵ Trotz der Anfänge der Gerichtspraxis ist eine solche Fallgruppe aus zwei Gründen mittlerweile überholt. Seine Bindung an die Anträge der Beschwerdeführer*innen hat der EGMR in der neueren Praxis relativiert: So spricht er in Fällen schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen auch ohne einen Antrag der Beschwerdeführer*innen eine immaterielle Entschädigung zu.¹²²⁶ *A fortiori* könnte der Gerichtshof auch *trotz* eines Antrags auf eine entschädigende Feststellung eine finanzielle Entschädigung gewähren. Außerdem folgert der Gerichtshof in seiner neueren Praxis, aus einem Antrag auf eine entschädigende Feststellung, dass überhaupt keine Entschädigung verlangt worden sei, und spricht dementsprechend nicht einmal eine entschädigende Feststellung zu.¹²²⁷ Aus beiden Gründen ergibt sich, dass ein entsprechender Antrag kein entscheidendes Kriterium für die Entscheidung des Gerichtshofs (mehr) ist. Einer entsprechenden Fallgruppe bedarf es deshalb nicht.

1222 Siehe hierzu oben auf S. 230.

1223 Vgl. *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 287; für eine solche Fallgruppe wohl auch *Zwach*, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S. 185.

1224 Vgl. hierfür beispielhaft EGMR (Plenum), *Marckx v. Belgium*, 1979, Beschwerde-Nr. 6833/74, Rn. 68.

1225 Vgl. hierzu näher *Zwach*, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S. 192 ff., der eine solche Fallgruppe indes ablehnt.

1226 Vgl. hierfür beispielhaft EGMR (GK), *Nagmetov v. Russia*, 2017, Beschwerde-Nr. 35589/08, Rn. 57–59. Allerdings sind solche Fälle gemessen an der Gesamtzahl der Entscheidungen des Gerichtshofs relativ selten, vgl. hierzu näher *Fikfak*, EJIL 29 (2019), 1120 (Fn. 202).

1227 Vgl. EGMR, *Case of A.A. v. the United Kingdom*, Urteil, 20. September 2011, Beschwerde-Nr. 8000/08, Rn. 75. Anders aber noch EGMR, *Case of Campos Dâmaso v. Portugal*, Urteil, 24. April 2008, Beschwerde-Nr. 17107/05, Rn. 44, 46, in dem der Gerichtshof antragsgemäß eine entschädigende Feststellung für ausreichend hält, ohne aber eine solche Wendung in den operativen Teil der Entscheidung aufzunehmen.

b) Die “Natur” der Konventionsverletzung

Der Gerichtshof verweist beim Zusprechen einer entschädigenden Feststellung zur Begründung häufig auf “the nature of the breaches found”¹²²⁸. Freilich bleibt unklar, was die Natur der Verletzung meint.¹²²⁹ Gleichwohl erkennt Józson in solchen Fällen¹²³⁰ eine eigenständige Fallgruppe.¹²³¹ Allerdings betreffen die meisten der von ihr aufgeführten Fälle im weitesten Sinne Verfahrensrechte. Bei diesen ist entweder die Verletzung geringfügig¹²³² oder aber die Kausalbeziehung zwischen dem immateriellen Schaden und der Konventionsverletzung zweifelhaft.¹²³³ In Bezug auf Verfahrensrechte bedarf es damit der Kategorie der “Natur” der Verletzung nicht.

Soweit andere Rechte in Rede stehen, wie das Recht zur Kandidatur bei Wahlen in *Petkov and others v. Bulgaria*, dürfte sich das Genügen einer entschädigenden Feststellung daraus herleiten lassen, dass solche Verletzungen weniger greifbare Auswirkungen auf das Individuum haben.¹²³⁴ In Anwendung der oben bereits ausgeführten Überlegung¹²³⁵ kommt es auf das Gewicht der Verletzung für den Einzelnen an. Da die Nichtteilnahme an einer Wahl für den Einzelnen in der Regel ein nur kaum greifbares Leid erzeugt, genügt wegen dieser “Natur” des Rechts die entschädigende Feststellung. Damit ist das entscheidende Kriterium die Geringfügigkeit des Schadens. Folglich bedarf es einer eigenständigen Fallgruppe der “Natur” der Konventionsverletzung nicht.

1228 EGMR, *Case of Petkov and others v. Bulgaria*, Urteil, 11. Juni 2009, Beschwerde-Nr. 77568/01, 178/02 und 505/02, Rn. 90.

1229 Argumentationen aus der Natur einer Sache heraus sind *per se* schwierig, weil sie einen unausgesprochenen Konsens über ebenjene Natur voraussetzen (ihn aber nicht generieren), vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre, 2022, Rn. 919 f.

1230 So in dem Fall EGMR, *Petkov and others v. Bulgaria*, 2009, Beschwerde-Nr. 77568/01, 178/02 und 505/02, Rn. 90.

1231 Vgl. Józson, Satisfaction by Finding a Violation, in: *Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR*, 741, 749–751.

1232 Siehe hierzu die Fallgruppe oben unter § 8 B. II. 3.

1233 Siehe hierzu die Fallgruppe oben unter § 8 B. II. 2.

1234 Obwohl Art. 3 I. ZP EMRK ein Individualrecht ist (vgl. *Frowein* in: *Frowein/Peukert* (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 3 des 1. ZP Rn.1), enthält er auch eine kollektive Dimension, indem er letztlich eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zu einer demokratischen Staatsform statuiert, vgl. *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer* (Hrsg.), EMRK, 4. Auflage, 2017, Zusatzprotokoll zur EMRK Art. 3 Rn.1; *Richter* in: *Dörr/Grote/Maruhn* (Hrsg.), EMRK/GG KK, 3. Auflage, 2022, Kap. 25: Das Recht auf freie Wahlen Rn. 21.

1235 Siehe hierzu oben unter § 8 B. II. 3.

c) Bevorstehende Konventionsverletzungen

Seit seiner Entscheidung im Fall *Soering v. United Kingdom*¹²³⁶ ließ der Gerichtshof häufig eine entschädigende Feststellung genügen, wenn durch die Auslieferung in einen Drittstaat Konventionsverletzungen (insbesondere von Art. 3 EMRK) drohten.¹²³⁷ Da die eigentliche Verletzung – mangels Auslieferung – noch nicht eingetreten ist, ist dieses Vorgehen dogmatisch plausibel.¹²³⁸ Allerdings bilden diese Konstellationen keine eigene Fallgruppe, weil der Gerichtshof sie unterschiedlich behandelt.¹²³⁹ Zuweilen gewährt der Gerichtshof auch bei bevorstehenden Konventionsverletzungen eine finanzielle Entschädigung;¹²⁴⁰ ein anderes Mal genügt wieder eine entschädigende Feststellung.¹²⁴¹ Auch innerhalb der Fälle, in denen der EGMR eine entschädigende Feststellung genügen ließ, tragen unterschiedliche Erwägungen diese Entscheidungen. Zum Teil betreffen die Fälle geringfügige Konventionsverletzungen, weil der Eintritt der Konventionsverletzung unwahrscheinlich war und der EGMR in der Folge das mit der Unsicherheit verbundene Leiden als gering wertete.¹²⁴² Zum Teil fehlte es an einem Kausalzusammenhang zwischen den geltend gemachten immateriellen Schäden und der Konventionsverletzung.¹²⁴³ In der Leitentscheidung *Soering v. UK* war eine Verletzung der Konventionsrechte zwar wahrscheinlich, der Ver-

1236 Vgl. EGMR (Plenum), *Case of Soering v. the United Kingdom*, Urteil, 7. Juli 1989, Beschwerde-Nr. 14038/88.

1237 Vgl. hierzu *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 137; vgl. EGMR (Plenum), *Soering v. UK*, 1989, Beschwerde-Nr. 14038/88, Rn. 127; EGMR (GK), *Chahal v. UK*, 1996, Beschwerde-Nr. 22414/93, Rn. 158; EGMR, *Ahmed v. Austria*, 1996, Beschwerde-Nr. 25964/94, Rn. 51; EGMR, *Hilal v. UK*, 2001, Beschwerde-Nr. 45276/99, Rn. 83.

1238 Vgl. *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 138. Allerdings kritisiert *Ichim* an einem solchen Verständnis, dass auch die Unsicherheit um die eigene Situation, das Erwarten und Bangen unbestreitbar Leid verursache, ebd. S. 138.

1239 Vgl. hierzu *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 338.

1240 Vgl. beispielhaft EGMR, *Case of Mokrani v. France*, Urteil, 15. Juli 2003, Beschwerde-Nr. 52206/99, Rn. 36, 43; EGMR, *Case of Gürbüz v. Turkey*, Urteil, 10. November 2005, Beschwerde-Nr. 26050/04, Rn. 71, 75.

1241 Vgl. beispielhaft EGMR, *Case of Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, Urteil, 31. Januar 2006, Beschwerde-Nr. 50435/99, Rn. 48; EGMR, *Case of Daoudi v. France*, Urteil, 3. Dezember 2009, Beschwerde-Nr. 19576/08, Rn. 82.

1242 In eine solche Richtung lässt sich im Übrigen auch die Andeutung *Oskierskis* deuten, nach der in dem Fall *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands* eine Auslieferung sehr unwahrscheinlich gewesen sei, vgl. *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 338 (Fn. 1647).

1243 Vgl. hierfür beispielhaft EGMR, *Daoudi v. France*, 2009, Beschwerde-Nr. 19576/08, Rn. 82.

letzte hatte jedoch gar keine immaterielle Entschädigung verlangt, sondern lediglich Anordnungen zur Implementierung des Urteils.¹²⁴⁴ Insgesamt zeigt sich daher, dass das Bevorstehen einer Konventionsverletzung als solches keinen Erklärungswert für die Entscheidung für oder gegen eine entschädigende Feststellung hat und deshalb keine eigene Fallgruppe bildet.

d) Moralische Verurteilung der Beschwerdeführer*innen

Die Literatur macht die (moralische) Verurteilung der Beschwerdeführer*innen durch den Gerichtshof als einen Grund für das Genügen einer entschädigenden Feststellung aus.¹²⁴⁵ Die entschädigende Feststellung wird damit zum Mittel, die Missbilligung gegenüber strafrechtlich verurteilten Beschwerdeführer*innen auszudrücken.¹²⁴⁶

Allerdings spricht einiges gegen eine solche Fallgruppe. Zunächst dürfte die Häufigkeit entschädigender Feststellungen gegenüber straffälligen Beschwerdeführer*innen eine Koinzidenz sein und nicht auf einem ursächlichen Zusammenhang beruhen. Bei straffälligen Beschwerdeführer*innen treten mit anderen Worten besonders häufig solche weniger schwerwiegenden Konventionsverstöße auf, zu deren Ausgleich die Feststellung der Konventionsverletzung genügt,¹²⁴⁷ weil diese sich insbesondere gegen Verfahrensverstöße in ihren Strafprozessen zur Wehr setzen. Bei der Verletzung eines Verfahrensrechts genügt wiederum in der Regel eine entschädigende Feststellung wegen der geringen Schwere des Verstoßes,

1244 Vgl. EGMR (Plenum), *Soering v. UK*, 1989, Beschwerde-Nr. 14038/88, Rn. 125.

1245 Vgl. *Breuer*, Die Funktion der Staatshaftung nach Unionsrecht und EMRK im Vergleich, in: Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der EU im Wandel der Zeit, 203, 215; *McBride*, Redress for Human Rights Violations, in: Hand/McBride (Hrsg.), *Droit sans frontières*, 1991, 161–174, 172; *Mowbray*, *Public Law* (1997), 652; *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 293 f. (“character of the applicant”).

1246 Vgl. für einen Zusammenhang zwischen der strafrechtlichen Verurteilung der Beschwerdeführer*innen und einer entschädigenden Feststellung *Mowbray*, *Public Law* (1997), 652, 659; *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 291. Dieses Ergebnis bestätigen aus empirischer Sicht *Altwickler-Hámori/Altwickler/Peters*, *ZaöRV* 76 (2016), 38 f. hinsichtlich der geringeren Höhe zugesprochener Geldentschädigungen.

1247 So merkt *Shelton* an, dass es sich in der Regel um Verfahrensverstöße handle, vgl. *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 291.

Kausalitätsproblemen oder der Möglichkeit eines innerstaatlichen Ausgleichs. Exemplarisch belegt dies der Fall *W.B. v. Poland*.¹²⁴⁸ Der Gerichtshof wertete die strafrechtliche Verurteilung des Beschwerdeführers gerade nicht zu dessen Lasten, um einen Geldersatz für immaterielle Schäden abzulehnen.¹²⁴⁹ Vielmehr führte der Gerichtshof hier seine gefestigte Rechtsprechung fort, nach welcher er bei Verstößen gegen Art. 5 Abs. 3 EMRK nur dann eine Geldentschädigung zuspricht, wenn der Verstoß kausal für die fortgesetzte Inhaftierung war.¹²⁵⁰ Da die Konventionsverletzung in der Entscheidung durch eine nicht ausreichend unabhängige Behörde über die Haft bestand, war dieser Zusammenhang ungewiss.¹²⁵¹ Folgerichtig lehnte der Gerichtshof nach seiner Rechtsprechung eine finanzielle Entschädigung ab und gewährte lediglich eine entschädigende Feststellung. Umgekehrt finden sich Entscheidungen, in denen Inhaftierte finanzielle Entschädigungen für immaterielle Leiden erhalten haben.¹²⁵² Selbst bei besonders schweren Straftaten der Beschwerdeführer*innen spricht der Gerichtshof regelmäßig noch Geldentschädigungen zu.¹²⁵³ Damit relativiert sich der Vorwurf, dass der Gerichtshof bestimmten Gruppen von Beschwerdeführer*innen eine diskriminierende Behandlung angedeihen lasse.¹²⁵⁴

Im Übrigen lässt sich in der Rechtsprechung lediglich nachweisen, dass ein mitverursachendes Verhalten der Beschwerdeführer*innen zu deren Lasten geht.¹²⁵⁵ Dies belegt die häufig in diesem Zusammenhang angeführ-

1248 EGMR, *W.B. v. Poland*, 2006, Beschwerde-Nr. 34090/96.

1249 So allerdings *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 749.

1250 Vgl. EGMR, *W.B. v. Poland*, 2006, Beschwerde-Nr. 34090/96, Rn. 74; siehe im Übrigen die Nachweise in Fn. 1143.

1251 Vgl. EGMR, *W.B. v. Poland*, 2006, Beschwerde-Nr. 34090/96, Rn. 74 unter Verweis auf EGMR, *Niedbala v. Poland*, 2000, Beschwerde-Nr. 27915/95, Rn. 89.

1252 EGMR, *Mehmet Ali Ayhan and others v. Turkey*, 2019, Beschwerde-Nr. 4536/06 und 53282/07, Rn. 7–26, 49.

1253 Vgl. hierzu EGMR, *Gafà v. Malta*, 2018, Beschwerde-Nr. 54335/14, Rn. 4.

1254 Vgl. für diesen Vorwurf *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 749. Auch *Somers*, The ECHR as an Instrument of Tort Law, 2018, S. 147 f. wendet sich gegen *Józson*'s Vorwurf der Diskriminierung bestimmter Opfer. Er macht geltend, die Praxis des Gerichtshofs gehe auf den Grundsatz *fraus omnia corrumpit* zurück.

1255 Vgl. für dessen Relevanz *Sharpe* in: Pettiti/Decaux/Imbert (Hrsg.), CEDH, 2. Auflage, 1999, Art. 50 S. 814; ebenso *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 747 f.; vgl. auch *Somers*, The ECHR as an Instrument of Tort Law, 2018, S. 146–148. *Oskierski* nimmt an, dass

te¹²⁵⁶ Entscheidung im Fall *McCann and others v. UK*.¹²⁵⁷ Britische Truppen hatten Mitglieder der IRA auf der Insel Gibraltar getötet. Der Gerichtshof sah hierin eine Verletzung des Art. 2 EMRK, lehnte allerdings eine Entschädigung hierfür ab. Er sprach auch keine entschädigende Feststellung zu. Zur Begründung verwies der Gerichtshof auf die Absicht der Opfer, einen Bombenanschlag zu verüben.¹²⁵⁸ Relevant ist also nicht die Missbilligung terroristischer Aktivitäten der Opfer, sondern die Mitverursachung der Konventionsverletzung durch ihre Anschlägepläne. Diese Differenzierung in der Rechtsprechung belegt das Urteil in *Erdoğan and others v. Turkey*. Hier sprach der Gerichtshof wegen der unzureichenden Aufklärung der Tötung von Terroristen eine Geldentschädigung zu, weil diese nicht unmittelbar in eine terroristische Attacke involviert waren.¹²⁵⁹ Eine anspruchsmindernde Berücksichtigung des Mitverschuldens der Opfer führte auch in anderen Fällen, beispielsweise der Mitverursachung einer Verzögerung, zu einer entschädigenden Feststellung.¹²⁶⁰ Folglich berücksichtigt der Gerichtshof alleine eine direkte Mitverursachung des Opfers und drückt nicht schlicht seine Missbilligung gegenüber den Opfern aus. Die Fallkonstellationen der Mitverursachung lassen sich im Übrigen unter die obigen Fallgruppen einer geringfügigen Verletzung¹²⁶¹ und eines fehlenden (kausalen) Schadens¹²⁶² fassen, so dass es keiner zusätzlichen Fallgruppe bedarf.

sich der EGMR jedenfalls in seiner späteren Rechtsprechung davon abgewandt habe, die Missbilligung gegenüber der Person des Opfers anspruchsmindernd einzustellen, vgl. *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 113 unter Verweis auf EGMR, *Case of Erdoğan and others v. Turkey*, Urteil, 25. April 2006, Beschwerde-Nr. 19807/92, Rn. 109.

1256 Vgl. *Breuer*, Die Funktion der Staatshaftung nach Unionsrecht und EMRK im Vergleich, in: Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der EU im Wandel der Zeit, 203, 215; *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 748 f.; *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 294.

1257 EGMR (GK), *McCann and others v. UK*, 1995, Beschwerde-Nr. 18984/9.

1258 EGMR (GK), *McCann and others v. UK*, 1995, Beschwerde-Nr. 18984/9, Rn. 219.

1259 Vgl. EGMR, *Erdoğan and others v. Turkey*, 2006, Beschwerde-Nr. 19807/92, Rn. 109.

1260 Vgl. hierfür beispielhaft EGMR, *Case of Stork v. Germany*, Urteil, 13. Juli 2006, Beschwerde-Nr. 38033/02, Rn. 51.

1261 Siehe oben unter § 8 B. II. 3.

1262 Siehe oben unter § 8 B. II. 2.

e) Beschwerden gegen innerstaatliche Gesetze oder allgemeine Praktiken

Eine weitere Fallgruppe sollen Verfahren gegen innerstaatliche Gesetze bilden.¹²⁶³ Diese Fallgruppe wird zum Teil weiter eingeschränkt und auf Fälle begrenzt, in denen dem Opfer kein erheblicher Schaden entstanden und sein vorrangiges Ziel die Beseitigung des Gesetzes ist.¹²⁶⁴ Paradigmatisch für diese Fälle stehen die frühen Entscheidungen des Gerichtshofs in *Marckx v. Belgium*¹²⁶⁵ und *Dudgeon v. UK*¹²⁶⁶. Die Beschwerdeführer*innen wendeten sich gegen Gesetze, die nichteheliche Kinder benachteiligen¹²⁶⁷ bzw. Homosexualität pönalisieren.¹²⁶⁸ Obwohl die Beschwerdeführer*innen jeweils den Ersatz immaterieller Schäden verlangten,¹²⁶⁹ erachtete der Gerichtshof in beiden Fällen die Feststellung einer Konventionsverletzung für ausreichend.¹²⁷⁰ Beide Male begründete der Gerichtshof diese Entscheidung damit, dass mit der Veränderung der Gesetzeslage das eigentliche Ziel der Verfahren erreicht worden sei.¹²⁷¹ Ob diese Praxis angesichts des naheliegenden Leids der betroffenen Individuen überzeugt,¹²⁷² steht auf einem anderen Blatt. Jedenfalls zeigte der Gerichtshof schon früh eine Ten-

1263 Vgl. *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 287; *Peukert* in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 41 Rn. 23. In eine ähnliche Richtung tendiert *Touzé*, der systematische Menschenrechtsverletzungen zusammenfasst, vgl. *Touzé*, Les Limites de l'Indemnisation devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, in: La Pratique d'Indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 127, 139. *Zwach* ist gegenüber einer solchen Fallgruppe kritisch, weil ein großer Betroffenenkreis den Schaden nicht verringere, vgl. *Zwach*, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S. 195–197.

1264 Vgl. *Peukert* in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 41 Rn. 23.

1265 EGMR (Plenum), *Marckx v. Belgium*, 1979, Beschwerde-Nr. 6833/74.

1266 EGMR, *Dudgeon v. UK*, 1983, Beschwerde-Nr. 7525/76.

1267 So im Fall EGMR (Plenum), *Marckx v. Belgium*, 1979, Beschwerde-Nr. 6833/74, Rn. 8–13.

1268 So im Fall EGMR, *Dudgeon v. UK*, 1983, Beschwerde-Nr. 7525/76, Rn. 2.

1269 Allerdings war der Antrag in *Marckx v. Belgium* auf einen symbolischen belgischen *Francs* beschränkt, vgl. EGMR (Plenum), *Marckx v. Belgium*, 1979, Beschwerde-Nr. 6833/74, Rn. 68.

1270 Vgl. EGMR (Plenum), *Marckx v. Belgium*, 1979, Beschwerde-Nr. 6833/74, Rn. 68; EGMR, *Dudgeon v. UK*, 1983, Beschwerde-Nr. 7525/76, Rn. 14, 18.

1271 Vgl. EGMR, *Dudgeon v. UK*, 1983, Beschwerde-Nr. 7525/76, Rn. 14, 18.

1272 Vgl. einerseits die kritischen Ausführungen zu *Marckx v. Belgium* im Sondervotum EGMR, *Case of Marckx v. Belgium*, Sondervotum der Richter Balladore Pallieri, Pedersen, Ganshof van der Meersch, Evrigenis, Pinheiro Frainha und Garcia de Enterría zur Anwendung von Artikel 50, 13. Juni 1979, Beschwerde-Nr. 6833/74 und andererseits die Charakterisierung der Entscheidung des EGMR in *Dudgeon*

denz, bei Beschwerden, die maßgeblich auf die Veränderung der Rechtslage in einem Konventionsstaat abzielen, die Feststellung der Konventionsverletzung genügen zu lassen. Trotz der Rechtfertigungsversuche in der Literatur¹²⁷³ dürfte der entscheidende Gesichtspunkt jeweils nicht im Vorgehen gegen abstrakt-generelle Regelungen liegen. In anderen Fällen, die sich ebenfalls gegen allgemeine Gesetze richteten, sprach der Gerichtshof immaterielle Entschädigungen zu.¹²⁷⁴ Der Gerichtshof erläuterte den Zusammenhang zwischen entschädigender Feststellung und Beschwerden gegen Gesetze in *Varnava and others v. Turkey*. In Bezug auf Individualbeschwerden gegen gesetzliche Regelungen¹²⁷⁵ merkte der EGMR an, dass oftmals eine entschädigende Feststellung genüge. Nur im Einzelfall bei schweren Auswirkungen oder aufgrund der Art der Verletzung sei eine Geldentschädigung notwendig.¹²⁷⁶ Hieraus folgt, dass es zwar einen Zusammenhang zwischen einer entschädigenden Feststellung und der Beschwerde gegen ein Gesetz existiert, dieser Zusammenhang aber nicht zwingend ist. Vielmehr ist das eigentlich entscheidende Kriterium, ob die Verletzung schwer wiegt. Weil dies aus der Sicht des Gerichtshofs in diesen Fällen seltener der Fall ist, genügt in der Regel eine entschädigende Feststellung. Folglich sind diese Fälle nur eine Erscheinungsform der Fallgruppe der geringfügigen Verletzung. Diese Schlussfolgerung bestätigt ein Vergleich zwischen

v. UK als "erroneous" bei *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 293.

1273 Vgl. Traßl, Wiedergutmachung von Menschenrechtsverletzungen, 1994, S. 103 f., der einen allgemeinen Rechtsgrundsatz im Völkerrecht postuliert, nach dem gegen legislative Akte keine Geldentschädigung gewährt werden könne. Dagegen verweist Pellonpää darauf, dass hier der individuelle Schadensausgleich weniger im Fokus stünde Pellonpää, Individual Reparation Claims under the ECHR, in: State Responsibility and the Individual, 109, 117 (Fn. 27).

1274 Vgl. beispielhaft EGMR, *Case of Bönisch v. Austria*, Urteil (Article 50), 2. Juni 1986, Beschwerde-Nr. 8658/79, Rn. 2 und 11 f.; vgl. für weitere Beispiele Dannemann, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 385; Zwach, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S. 196. Auf dieses Phänomen weist auch *Shelton* hin, vgl. *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 293.

1275 Die Aussage des Gerichtshofs bezieht sich allerdings nicht nur auf Gesetze, sondern weitergehend auf allgemeine Praktiken der Konventionsstaaten, vgl. EGMR (GK), *Varanva and others v. Turkey (Merits and Just Satisfaction)*, 2009, Beschwerde-Nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90, Rn. 224.

1276 EGMR (GK), *Varanva and others v. Turkey (Merits and Just Satisfaction)*, 2009, Beschwerde-Nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90, Rn. 224.

Dudgeon v. UK und *Bönisch v. Austria*, weil sich zwischen den Verfahren das Gewicht der Verletzungen erheblich unterscheidet: Während dem ersten Fall keine Verurteilung zugrunde lag und das eigentliche Ziel der Beschwerde die Entkriminalisierung der Homosexualität war,¹²⁷⁷ wurde der Beschwerdeführer in *Bönisch v. Austria* aufgrund einer konventionswidrigen Norm strafrechtlich verurteilt. Zum Ausgleich erhielt er eine Geldentschädigung.¹²⁷⁸ Insgesamt sind die Fälle, in denen der Gerichtshof bei einer Beschwerde gegen ein Gesetz eine entschädigende Feststellung gewährt, deshalb der Fallgruppe der “geringfügigen Verletzungen” zuzurechnen.¹²⁷⁹

f) Sondervoten

Immer wieder zieht die Literatur eine Verbindung zwischen der entschädigenden Feststellung und den Mehrheitsverhältnissen auf der Richterbank. Die zugrundeliegende These ist, dass der Gerichtshof im Falle eines Sondervotums eher zur bloßen Feststellung der Konventionswidrigkeit tendiere, als bei einer einstimmigen Entscheidung.¹²⁸⁰ Die überstimmten Richter würden “besänftigt”, indem die Beschwerdeführer*innen “wenigstens” keine Geldentschädigung erhalten. Jedenfalls scheinen Sondervoten nach der Untersuchung von *Altwickler-Hámori*, *Altwickler* und *Peters* die Höhe des Entschädigungsbetrags zu verringern.¹²⁸¹ Für den hier untersuchten Datensatz aus dem Jahr 2018 lässt sich dieser Zusammenhang allerdings nicht belegen. Zu diesem Zweck wurde für alle Datensätze erfasst, ob ein Sondervotum ergangen ist. Dabei wurde nicht weiter zwischen abweichenden oder im Ergebnis zustimmenden Sondervoten unterschieden. Für diese Gleichsetzung spricht, dass die eben aufgezeigte Logik hinter einem Zusammenhang zwischen Sondervoten und entschädigender Feststellung bei jeder Art Sondervotum greift: In beiden Fällen liegt ein Dissens vor, den es zu befrieden gilt.

1277 Vgl. EGMR, *Dudgeon v. UK*, 1983, Beschwerde-Nr. 7525/76, Rn. 14, 16.

1278 Vgl. EGMR, *Bönisch v. Austria*, 1986, Beschwerde-Nr. 8658/79, Rn. 11.

1279 Siehe hierzu oben unter § 8 B. II. 3.

1280 Vgl. *Buyse*, ZaöRV 68 (2008), 150; *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 290, 291; vgl. zu dieser Beobachtung für die Entscheidungen in der Zeit von 1982–1991 auch *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 742.

1281 Vgl. *Altwickler-Hámori/Altwickler/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 39.

Die so ermittelten Daten zeigen, dass sich der Anteil der Entscheidungen mit Sondervoten nicht erheblich zwischen dem gesamten Datenmaterial im untersuchten Jahr und den Datensätzen mit einer entschädigenden Feststellung unterscheidet. Wie aus Abbildung 1¹²⁸² ersichtlich, ergingen in etwas mehr als Zweidrittel aller Datensätze die Entscheidungen ohne ein Sondervotum:

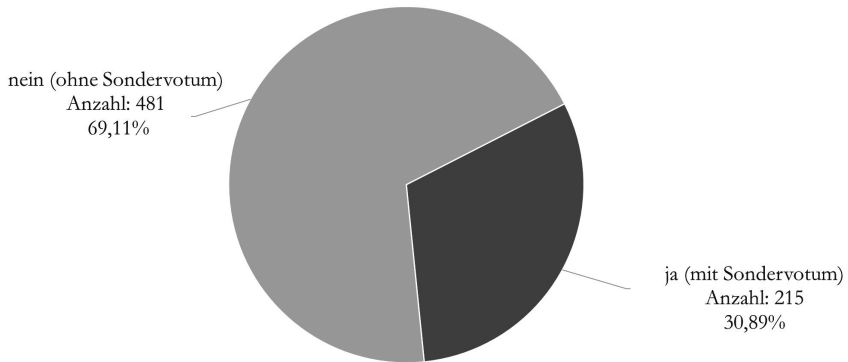


Abbildung 1: Bereinigte Verteilung der Entscheidungen mit Sondervoten im gesamten Datenmaterial im Jahr 2018

Eine nur leicht veränderte Verteilung ergibt sich für die Datensätze, in denen der Gerichtshof eine entschädigende Feststellung zugesprochen hat (Abbildung 2):¹²⁸³

1282 Bei dieser Graphik wurde die Entscheidung in *Sandu and others v. Moldova and Russia* aus den oben auf S. 239 genannten Gründen herausgerechnet. Bei Einbeziehung dieses Falls erging die Entscheidung in 77,92 % aller Datensätze mit Sondervoten und in 22,08 % aller Datensätze ohne ein Sondervotum.

1283 Bei dieser Abbildung wurde die Entscheidung in *Alekseyev and others v. Russia* aus den oben auf S. 239 genannten Gründen herausgerechnet. Bei Einbeziehung dieses Falls erging die Entscheidung in 67,68 % der Datensätze mit einer entschädigenden Feststellung mit einem Sondervotum und in 32,32 % dieser Datensätze ohne ein Sondervotum.

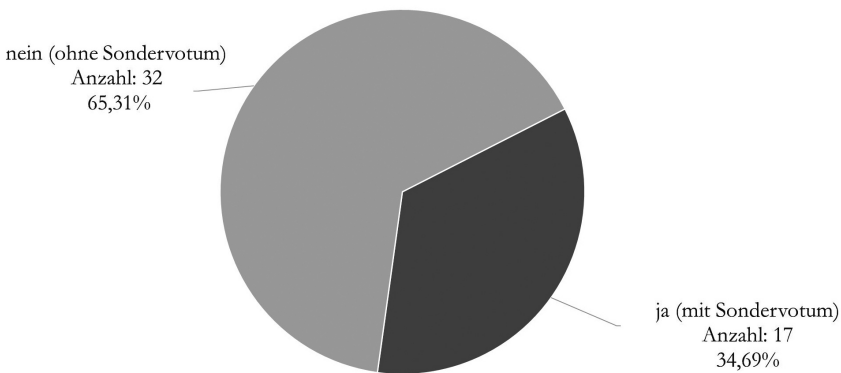


Abbildung 2: Bereinigte Verteilung der Entscheidungen mit Sondervoten bei einer entschädigenden Feststellung im Jahr 2018

Bestünde ein Zusammenhang zwischen Sondervoten und einer entschädigenden Feststellung, wäre ein anderes Ergebnis zu erwarten gewesen. Ungeachtet dieser empirischen Zweifel ist eine solche Fallgruppe für den hier verfolgten Zweck nicht ergiebig: Die Arbeit möchte im Sinne dogmatischer Systembildung Fallgruppen herausarbeiten, die eine Orientierungswirkung entfalten.¹²⁸⁴ Ob Sondervoten ergehen, ist vorher unbekannt und bietet mithin keine Orientierung. Das soll einer solchen Fallgruppe, sofern der behauptete Zusammenhang doch existiert, nicht den (rechts-) soziologischen Erklärungswert (*ex post*) absprechen. Sie ist aber aus rechtsdogmatischer Perspektive ohne Ertrag.

5. Überprüfung der Fallgruppenbildung

Aus der obigen Analyse ergeben sich drei Fallgruppen, in denen der Gerichtshof eine entschädigende Feststellung zuspricht: die Möglichkeit eines (wie auch immer gearteten) innerstaatlichen Ausgleichs,¹²⁸⁵ das Fehlen eines (kausalen) Schadens¹²⁸⁶ und die Geringfügigkeit der Verletzung.¹²⁸⁷ Allerdings konnte bei der Subsumtion der Datensätze mit einer entschädigenden Feststellung ein Datensatz (*Togrul v. Bulgaria*) noch nicht zugeordnet werden. Warum dieser Fall nicht zuverlässig den Fallgruppen

1284 Vgl. beispielhaft Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 292.

1285 Siehe oben unter § 8 B. II. 1.

1286 Siehe oben unter § 8 B. II. 2.

1287 Siehe oben unter § 8 B. II. 3.

zugeordnet werden kann, wird zunächst erörtert, um sodann die Irrelevanz dieses Ausreißers aufzuzeigen. Zudem soll ein Gesamtblick auf das Datenmaterial die gefundenen Fallgruppen belegen. Hierzu dient ein Vergleich zwischen der Verteilung der Verletzungen insgesamt im Jahr 2018 mit den Datensätzen einer entschädigenden Feststellung. Wenn die Fallgruppen das Datenmaterial überzeugend abbilden, müssten beispielsweise Verletzungen verfahrensrechtlicher Garantien unter den Datensätzen zur entschädigenden Feststellung stärker repräsentiert sein als im Gesamtkorpus. Denn die Schäden, die mit solchen Verletzungen einhergehen, sind typischerweise geringfügig, beruhen nicht auf der Verletzung oder können durch innerstaatliche Wiedergutmachungsmaßnahmen ausgeglichen werden.

Bis auf die Entscheidung zu *Togrul v. Bulgaria* konnten alle Datensätze den drei Fallgruppen zugeordnet werden. In diesem Fall beschlagnahmten die bulgarischen Behörden beim Grenzübertritt vorher nicht deklariertes Bargeld des Beschwerdeführers in Höhe von mehr als EUR 200.000.¹²⁸⁸ Hierin erblickte der Gerichtshof eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Eigentums des Beschwerdeführers.¹²⁸⁹ Als materielle Entschädigung sprach der Gerichtshof dem Beschwerdeführer die gesamte beschlagnahmte Summe zu, ließ aber unter Verweis auf zwei ähnlich gelagerte Entscheidungen im Übrigen eine entschädigende Feststellung ausreichen.¹²⁹⁰ Ein Grund für diese Entscheidung könnte die Irrelevanz der beschlagnahmten Summe für den Beschwerdeführer angesichts seiner sonstigen Vermögensverhältnisse sein, sodass die Verletzung im Ergebnis geringfügig war. Der Gerichtshof stellte bereits früher bei Verletzungen des Art. 1 I. ZP bei der Entscheidung über die Entschädigung immateriellen Leids maßgeblich auf die Bedeutung der Summe für die Beschwerdeführer*innen ab.¹²⁹¹ Insofern fehlen allerdings entsprechende Hinweise im Sachverhalt. Gegen diese Deutung spricht allerdings, dass der Gerichtshof in anderen Konfiszierungsfällen ähnlich entschieden hat¹²⁹² und jeweils erhebliche Summen

1288 Vgl. zum Sachverhalt EGMR, *Togrul v. Bulgaria*, 2018, Beschwerde-Nr. 20611/10, Rn. 6–23.

1289 Vgl. EGMR, *Togrul v. Bulgaria*, 2018, Beschwerde-Nr. 20611/10, Rn. 45 f., 55.

1290 Vgl. EGMR, *Togrul v. Bulgaria*, 2018, Beschwerde-Nr. 20611/10, Rn. 59 f., siehe für die zitierten Entscheidungen die Nachweise unten in Fn. 1292.

1291 Vgl. EGMR, *Case of Kanayev v. Russia*, Urteil, 27. Juli 2006, Beschwerde-Nr. 43726/02, Rn. 36.

1292 Vgl. EGMR, *Case of Gabrić v. Croatia*, Urteil, 5. Februar 2009, Beschwerde-Nr. 9702/04, Rn. 49; EGMR, *Case of Boljević v. Croatia*, Urteil, 31. Februar 2017, Beschwerde-Nr. 43492/11, Rn. 54.

Auslöser der Verfahren waren.¹²⁹³ Zugunsten einer Einordnung des Falles als geringfügige Verletzung spricht zwar, dass der Entzug von Geld *per se* keine immateriellen Schäden auslöst, wenn keine weiteren Umstände hinzutreten. Angesichts der knappen Sachverhaltsschilderung bleibt diese Schlussfolgerung indes spekulativ.

Da der Datensatz lediglich aufgrund des knappen Sachverhalts nicht zugeordnet werden kann und Anhaltspunkte für die Subsumierbarkeit unter eine Fallgruppe bestehen, stellt dieser die Fallgruppen nicht insgesamt in Frage. Das Maß der Deckung zwischen den hier erarbeiteten Fallgruppen und dem untersuchten Datenmaterial unterstreicht zuletzt eine graphische Aufstellung der Einordnung der Fälle (Abbildung 3)¹²⁹⁴:

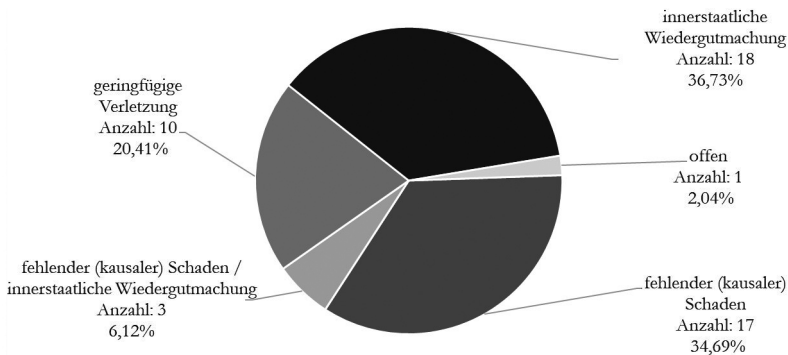


Abbildung 3: Bereinigte Verteilung der Datensätze mit einer entschädigenden Feststellung nach Fallgruppen im Jahr 2018

Insgesamt ergibt sich hieraus, dass die Fallgruppen klar abgrenzbar sind und uneindeutige Fälle ein Randphänomen darstellen. Außerdem erscheint der einzelne nicht zuzuordnende Fall in der Graphik noch deutlicher als Ausreißer.

1293 In *Gabrić v. Croatia* hatten die Behörden DM 30.500 beschlagnahmt (vgl. EGMR, *Gabrić v. Croatia*, 2009, Beschwerde-Nr. 9702/04, Rn. 7) und in *Boljević v. Croatia* ging es um EUR 180.000 (vgl. EGMR, *Boljević v. Croatia*, 2017, Beschwerde-Nr. 43492/11, Rn. 7–9).

1294 Aus den oben auf S. 239 bereits genannten Gründen wurde die Aufstellung um die Entscheidung *Alekseyev v. Russia* bereinigt. Bei Einbeziehung dieser Entscheidung entfallen auf die Fallgruppen die folgenden Anteile: innerstaatliche Wiedergutmachung: 68,37 %; fehlender (kausaler) Schaden: 18,37 %; fehlender (kausaler) Schaden/innerstaatliche Wiedergutmachung: 2,04 %; geringfügige Verletzung: 10,20 %; offen: 1,02 %.

Den Erklärungswert der herausgearbeiteten Fallgruppen bestätigt eine Analyse, die von der Subsumtion unter die Datensätze abstrahiert. Obwohl wir oben eigene Fallgruppen für bestimmte Konventionsverletzungen abgelehnt haben, besteht doch ein Zusammenhang zwischen den Fallgruppen und bestimmten Arten der Konventionsverletzung. So ist eine innerstaatliche Wiedergutmachung ebenso wie die fehlende Kausalität eines Schadens bei Verfahrensverstößen oder Freiheitsentziehungen häufig. Bei Verstößen gegen Art. 10 oder Art. 11 EMRK ist die Verletzung häufig nur geringfügig. Denn die individuellen Auswirkungen auf die Beschwerdeführer*innen wiegen in diesen Fällen in der Regel weniger schwer, weil über die Enttäuschung wegen der Konventionsverletzung hinaus oftmals kein weiterer immaterieller Schaden eintritt.¹²⁹⁵ Deshalb ist zu erwarten, dass sowohl Verfahrensverstöße als auch – im Weitesten Sinne – politische Rechte wie Art. 10 oder 11 EMRK im Falle einer entschädigenden Feststellung stärker vertreten sind als in der Gesamtverteilung der betroffenen Interessen.¹²⁹⁶

Zur Überprüfung dieser These lässt sich die Verteilung der Datensätze nach der Verletzung bestimmter Interessen untersuchen. Hierzu wurden die Datensätze den betroffenen Interessen nach dem aus Tabelle 1¹²⁹⁷ ersichtlichen Raster zugeordnet. Die Kategorisierung folgt der grundlegenden Idee, unterschiedliche Interessen hinter den Konventionsrechten abzubilden. In der Folge sind die Kategorien “politische Freiheiten” und “Zugang zu Verfahren”¹²⁹⁸ wegen ihrer einheitlichen Grundidee recht weit gezogen, während “Diskriminierung” nur einen Konventionsartikel abdeckt.

1295 Siehe hierzu oben die Ausführungen unter § 8 B. II. 2.

1296 Siehe hierzu oben die Ausführungen unter § 8 B. II. 3.

1297 Das Raster erfasst die Konventionsrechte, deren Verletzung der Gerichtshof in der untersuchten Zeitspanne festgestellt hat. Weitere Konventionsrechte blieben deshalb außer Betracht. Vgl. für eine alternative Unterteilung *Altwicker-Hámori/Altwicker/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 26.

1298 Diese Kategorie ist weit verstanden und umfasst neben dem Zugang zu Gerichts- und Verwaltungsverfahren auch die gleichberechtigte Teilhabe an dem Verfahren.

Betroffenes Interesse	erfasste Verletzungen
Verfahrenszugang	Art. 6, 7, 13, 34 EMRK und Art. 1, 2 7. ZP
Freiheitsentziehung	Art. 4 und 5 EMRK
Leben und körperliche Unversehrtheit	Art. 2, 3, 8 ¹²⁹⁹ EMRK
Privatsphäre	Art. 8, 9 (Religionsfreiheit) EMRK
politische Freiheiten	Art. 9, 10, 11 EMRK
Diskriminierung	Art. 14 EMRK
Eigentum	Art. 1 1. ZP
Freizügigkeit	Art. 2 4. ZP

Tabelle 1: Aufschlüsselung der Kategorien verletzter Interessen nach erfassten Konventionsverletzungen

Auf dieser Grundlage wurden die Datensätze jeweils einer Kategorie zugeordnet. Sofern der Gerichtshof mehr als eine Verletzung festgestellt hat und daher eine Mehrfachzuordnung denkbar war, wurde der Datensatz anhand einer Schwerpunktbetrachtung einer Kategorie zugeordnet. Grundsätzlich erhielt das jeweilige materielle Interesse den Vorrang, wenn gleichzeitig das Interesse auf Verfahrenszugang berührt war.

Wegen des oben beschriebenen Zusammenhangs zwischen der Verletzung einzelner Konventionsrechte und den drei Fallgruppen lag es nahe, dass der Gerichtshof eine entschädigende Feststellung häufiger zuspricht, wenn Fälle “Freiheitsentziehungen”, “politische Freiheiten” oder den “Verfahrenszugang” betreffen. Dagegen sollten Verletzungen des “Lebens und körperlicher Unversehrtheit” gar nicht bis sehr selten unter den Fällen einer entschädigenden Feststellung auftreten, weil diese Verletzungen regelmäßig schwer wiegen und daher ein immaterieller Schaden naheliegt.

1299 Nach der langstehenden Praxis des EGMR schützt Art. 8 EMRK auch die körperliche Unversehrtheit, vgl. EGMR, *Case of Juhnke v. Turkey*, Urteil, 13. Mai 2008, Beschwerde-Nr. 52515/99, Rn. 71.

Diese Vermutung bestätigt die Verteilung der betroffenen Interessen bei entschädigenden Feststellungen, wie sie aus Abbildung 4¹³⁰⁰ ersichtlich ist:

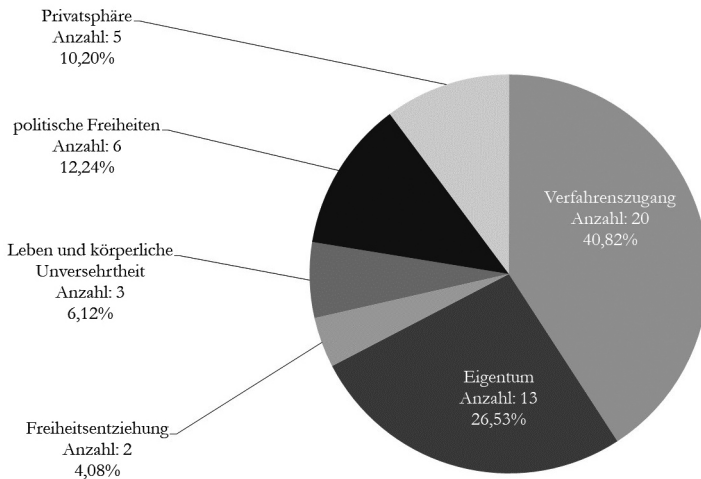


Abbildung 4: Bereinigte Verteilung der verletzten Interessen bei einer entschädigenden Feststellung im Jahr 2018

Die Datensätze zum “Verfahrenszugang” stellen im Einklang mit den formulierten Erwartungen die weit überwiegende Mehrheit. Die Häufung der Fälle zum “Eigentum” ist ebenso plausibel, weil diese selten mehr als ein geringfügiges Leiden hervorrufen dürften. Umgekehrt ist es mit den Erwartungen konsistent, dass nur eine geringe Anzahl an Datensätzen mit einer entschädigenden Feststellung “Leben und körperliche Unversehrtheit” betreffen. Bei diesen Interessen folgt ein nicht geringfügiges immaterielles Leid der Beschwerdeführer*innen fast automatisch aus der Konventionsverletzung, so dass der EGMR nachvollziehbarer Weise nur relativ selten, zusammengekommen bei drei Opfern, eine entschädigende Feststellung zuspricht. Dieser Befund untermauert die Überzeugungskraft der Fallgruppe der geringfügigen Verletzungen. Selbst die Häufung an Da-

1300 Die Entscheidung *Alekseyev v. Russia*, die politische Freiheiten betrifft, wurde aus den oben auf S. 239 dargelegten Gründen herausgerechnet. Bei Berücksichtigung der Entscheidung ergibt sich die folgende Verteilung betroffener Interessen bei einer entschädigenden Feststellung: politische Freiheiten: 56,57 %; Verfahrenszugang: 20,20 %; Eigentum: 13,13 %; Privatsphäre: 5,05 %; Leben und körperliche Unversehrtheit: 3,03 %; Freiheitsentziehung: 2,02 %.

tensätzen zu “politischen Freiheiten” verwundert nicht, weil bei diesen in der Regel weniger die Verletzung (individueller) immaterieller Interessen im Vordergrund steht.¹³⁰¹ Ein Vergleich mit der Verteilung der betroffenen Interessen im gesamten Datenmaterial (Abbildung 5)¹³⁰² belegt zudem, dass sich die Verteilung der betroffenen Interessen bei einer entschädigenden Feststellung deutlich von der Gesamtverteilung abhebt.

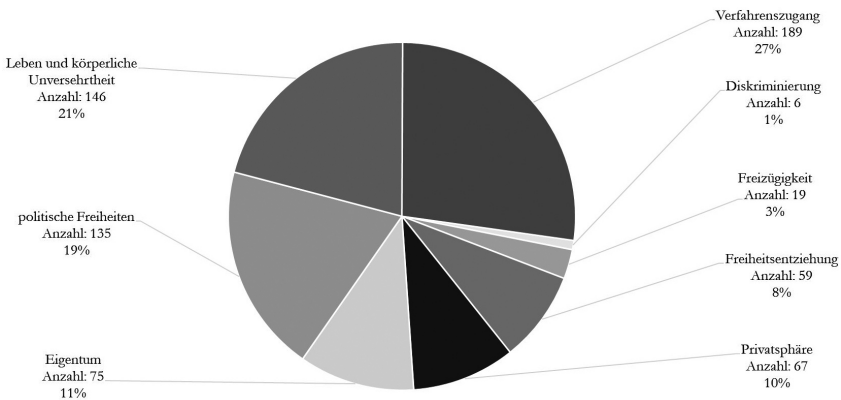


Abbildung 5: Bereinigte Verteilung der verletzten Interessen im Jahr 2018 bezogen auf den gesamten Datensatz

Zwar entfallen fast ein Drittel der Datensätze auf den “Verfahrenszugang”, dem folgen allerdings mit fast einem Viertel der Datensätze “Leben und körperliche Unversehrtheit”. Gerade dieser Befund ist ein markanter Unterschied zur Verteilung der verletzten Interessen bei einer entschädigenden Feststellung (Abbildung 4). Einerseits überwiegt das Interesse auf “Verfahrenszugang” bei den entschädigenden Feststellungen deutlicher.¹³⁰³ Andererseits ist in der Gesamtmenge der Datensätze der Anteil, der “Leben und

1301 Siehe hierzu bereits oben die Auseinandersetzung mit dem Fall *Goodwin v. UK* auf S. 255.

1302 Diese Verteilung ist um die Entscheidung *Sandu and others v. Moldova and Russia* aus den oben auf S. 239 dargelegten Gründen bereinigt. Bei Einbeziehung dieser Entscheidung ergibt sich absteigend für die einzelnen verletzten Interessen die folgende Verteilung: Eigentum: 71,49 %; Verfahrenszugang: 8,68 %; Leben und körperliche Unversehrtheit: 6,70 %; politische Freiheiten: 6,20 %; Privatsphäre: 3,08 %; Freiheitsentziehung: 2,71 %; Freizügigkeit: 0,87 %; Diskriminierung: 0,28 %.

1303 Es handelte sich hierbei um mehr als 40 % der Fälle, siehe hierzu oben das Schaubild auf S. 276.

körperliche Unversehrtheit” betrifft, bedeutend höher.¹³⁰⁴ Eine Erklärung für diese unterschiedliche Verteilung bieten die vorgeschlagenen Fallgruppen, weil diese mit den betroffenen Interessen, wie oben bereits ausgeführt, zu einem gewissen Grad korrelieren.

Für die Repräsentativität der erhobenen Daten spricht ein Abgleich mit Józons Untersuchung der Rechtsprechung zur entschädigenden Feststellung im Zeitraum zwischen 1992 bis 2009. In diesem Zeitraum betraf die Hälfte der Fälle einer entschädigenden Feststellung Art. 6 Abs. 1 EMRK, d. h. den Verfahrenszugang, während Verletzungen des Eigentumsrechts 20 %, Verletzungen des Art. 5 EMRK etwa 10 % der Fälle einer entschädigenden Feststellung ausmachten und sich die Fälle im Übrigen auf Verletzungen der Art. 8, 9 und 10 EMRK verteilten.¹³⁰⁵ Das deckt sich mit den obigen bereinigten Daten zur Verteilung der entschädigenden Feststellungen nach verletzten Interessen recht gut.¹³⁰⁶

Das gefundene Ergebnis findet auch eine Bestätigung in den Äußerungen einzelner Richter des EGMR. Die Richter *Spielmann* und *Malinverni* führen die folgenden Fallgestaltungen an, in denen der Gerichtshof eine entschädigende Feststellung genügen lässt:

“The case-law reveals that the Court has adopted this solution mainly when the victim had the possibility of obtaining satisfaction at the domestic level, when the violation found was of little significance, when the national authorities clearly expressed the will to reform the legislation or practice at the origin of the violation or when, as in this case, the victim had the possibility of requesting the reopening of the domestic proceedings or obtaining satisfaction at the domestic level.”¹³⁰⁷

Auch wenn diese Kategorien mit den oben herausgearbeiteten nicht übereinstimmen, fällt doch auf, dass sich die hier aufgezählten unterschiedlichen Situationen in zwei Grundideen aufteilen lassen: einerseits die geringe Schwere des Schadens und andererseits die Möglichkeit eines innerstaatli-

1304 Während diese Fälle bei einer entschädigenden Feststellung gerade einmal etwas mehr als 6 % der Fälle ausgemacht haben, sind es hier mehr als 22 %, siehe hierzu oben Abbildung 4 auf S. 276.

1305 Józson, *Satisfaction by Finding a Violation*, in: *Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR*, 741, 743.

1306 Siehe hierzu oben Abbildung 4 auf S. 276.

1307 EGMR, *Prežec v. Croatia*, Sondervotum der Richter Spielmann und Malinverni, 2009, Beschwerde-Nr. 48185/07, Rn. 8; zustimmend zitiert von *Ichim*, *Just Satisfaction*, 2015, S. 136.

chen Ausgleichs. Genau diese finden sich auch in den vorgeschlagenen drei Fallgruppen wieder. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass die Situation der geringfügigen Verletzung in unserer Unterteilung in zwei unterschiedlichen Spielarten auftritt. Dagegen unterteilen die beiden Richter die Fälle einer noch möglichen Wiedergutmachung in weitere Konstellationen. Diese Auffächerung ist aus einem Systematisierungsinteresse heraus unnötig, weil der tragende Gedanke für das Genügen einer entschädigenden Feststellung in allen aufgezählten Situationen die innerstaatliche Wiedergutmachung ist. Deshalb ist die vorgeschlagene Dreiteilung vorzugswürdig, obwohl mit der Unterteilung der Richter *Spielmann* und *Malinverni* in der Sache keine Differenz besteht.

Die Untersuchung konnte unter Verwendung der erfassten Datensätze die herausgearbeiteten Fallgruppen bestätigen. So waren nicht nur die Ergebnisse mit den vorher anhand der Fallgruppen herausgearbeiteten Erwartungen für Konzentrationen der entschädigenden Feststellungen bei bestimmten betroffenen Interessen konsistent,¹³⁰⁸ sondern die Datensätze ließen sich (fast) vollständig unter die Fallgruppen subsumieren.¹³⁰⁹ Alles dies belegt, dass mit den drei Fallgruppen einer entschädigenden Feststellung, d. h. innerstaatliche Wiedergutmachung, fehlender (kausaler) Schaden und geringfügige Verletzung, eine adäquate Systematisierung und Beschreibung der gegenwärtigen Praxis des Gerichtshofs möglich ist.

Zugleich widerlegt die Arbeit damit die These, der Gerichtshof entscheide ohne System zwischen finanzieller Entschädigung und entschädigender Feststellung. Die Praxis lässt sich systematisieren. Allerdings legt der betriebene Aufwand deutlich das Defizit der gerichtlichen Entschädigungspraxis frei: die fehlenden Begründungen.¹³¹⁰ Der Gerichtshof wird hier seinen eigenen Anforderungen an die Begründung einer (innerstaatlichen)

1308 Siehe hierzu oben unter § 8 B. II. 5.

1309 Siehe hierzu oben jeweils unter § 8 B. II. 1 bis § 8 B. II. 3.

1310 Vgl. zu dieser Kritik an der Entschädigungspraxis allgemein *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 235–238, der Vorschläge zu Systematisierung der Praxis des Art. 41 EMRK unterbreitet, vgl. ebd. S. 258–270.

Gerichtsentscheidung¹³¹¹ nicht gerecht. Daher sollte der Gerichtshof seine Praxis in Zukunft sorgfältiger begründen und transparenter gestalten.¹³¹²

Dieses Kapitel hat auch gezeigt, dass die Fallgruppen weniger disparat sind, als es den Anschein hat. Sie verbindet der gemeinsame Grundgedanke, dass die Verletzung geringfügig war. Die beiden ersten Fallgruppen sind insofern nur besondere Erscheinungsformen einer geringfügigen Verletzung. Wie bereits angedeutet,¹³¹³ laufen beide darauf hinaus, dass die Verletzung aus unterschiedlichen Gründen geringfügig ist, etwa weil noch ein innerstaatlicher Ausgleich möglich ist oder weil der Nachweis eines schwerwiegenden Schadens erfolglos geblieben ist. Damit tritt die Leitidee der Praxis hervor, dass manches Leid nicht schwer genug wiegt, um mit Geld aufgewogen zu werden.¹³¹⁴ Die seltenen Äußerungen des Gerichts zu den Maßstäben für eine Entschädigungsentscheidung stützen diese These, weil der Gerichtshof selbst auf die (geringfügige) Schwere der Verletzung als Leitgedanken der Unterscheidung zwischen finanzieller Entschädigung und entschädigender Feststellung abhebt.¹³¹⁵

Trotz aller Systematisierungen verbleiben Inkonsistenzen. Dies belegt nicht zuletzt die Entscheidung *Togrul v. Bulgaria* aus dem Jahr 2018, die keiner der drei Fallgruppen zugeordnet werden konnte.¹³¹⁶ Zudem bleibt es eine nur bedingt vorauszusehende Entscheidung, wann eine Verletzung ausreichend schwer ist, um eine Geldentschädigung zu rechtfertigen. Ob der EGMR diese Schwelle einheitlich anwendet, darf bezweifelt werden.¹³¹⁷ Gleichwohl ist für die weitere Untersuchung festzuhalten, dass die Leitidee

1311 Vgl. hierzu *Peukert* in: Frowein/Peukert (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Auflage, 2009, Art. 6 Rn. 182.

1312 So auch *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, 235 f.

1313 Siehe hierzu oben auf S. 241 und 248.

1314 Vgl. *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 382; ähnlich *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR, 1993, S. 105; *Traßl*, Wiedergutmachung von Menschenrechtsverletzungen, 1994, S. 70 und S. 97 f.; ebenso in neuerer Zeit *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 261 f.; *Dörr* in: *Dörr/Grote/Maruhn* (Hrsg.), EMRK/GG KK, 3. Auflage, 2022, Kapitel 33: Entschädigung und Schadensersatz Rn. 81; *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 118.

1315 Vgl. EGMR (GK), *Varanva and others v. Turkey (Merits and Just Satisfaction)*, 2009, Beschwerde-Nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90, Rn. 224.

1316 Siehe hierzu oben auf S. 272.

1317 Vgl. *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 261 f. *Oskierski* vermutet, dass der EGMR die Schwelle im Laufe der Zeit abgesenkt habe, vgl. ebd. S. 260.

der Rechtsprechung des EGMR bei der Entscheidung für oder gegen eine finanzielle Entschädigung immaterieller Schäden die Schwere der Verletzung ist¹³¹⁸ und sich in drei Fallgruppen manifestiert.

C. Dogmatische Verortung der Praxis des Gerichtshofs

Der Gerichtshof lässt also in drei Erscheinungsformen einer geringfügigen Verletzung eine entschädigende Feststellung genügen. Diese Praxis weicht eklatant vom zwischenstaatlichen Völkerrecht ab, das für immaterielle Leiden des Individuums nur die Geldentschädigung als Rechtsfolge kennt und lediglich den immateriellen Schaden eines Staates mittels einer Feststellung der Rechtsverletzung entschädigt.¹³¹⁹ Wie bereits § 7 herausgearbeitet hat, gelten die zwischenstaatlichen Regeln über die Folgen der Staatenverantwortlichkeit, wie sie in den ARSIWA niedergelegt sind, grundsätzlich im Verhältnis zwischen Staat und Individuum entsprechend. Abweichungen von den allgemeinen völkerrechtlichen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit sind zwar möglich, bedürfen aber der näheren Begründung. Eine solche Begründung ergibt sich einerseits aus Art. 41 EMRK und andererseits aus dem allgemeinen Recht der Staatenverantwortlichkeit, das hierfür eine Vorlage bietet.

Art. 41 EMRK ist nur zum Teil eine *lex specialis* zu den allgemeinen Regeln des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit. Im Übrigen bleibt das allgemeine Völkergewohnheitsrecht anwendbar.¹³²⁰ Die Voraussetzungen für das Zusprechen einer Entschädigung sind zunächst Ergebnis der Auslegung der Formulierungen “if necessary” bzw. “s’il y a lieu” und “just” bzw. “equitable”.¹³²¹ Hiernach steht dem EGMR in Abweichung vom allgemeinen Völkerrecht jedenfalls ein Auswahlermessen bei der Entschädigung zu.¹³²² Der EGMR füllt dieses Ermessen aus, indem er in Fällen geringfügiger

1318 So beispielsweise auch *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 118.

1319 Vgl. für diese Konzeption nach den ARSIWA *Crawford*, State Responsibility, 2013, S. 517. Dies entspricht dem Völkergewohnheitsrecht, siehe hierzu oben unter § 4 B.

1320 Siehe hierzu oben unter § 7 B.; vgl. auch Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 140 (Art. 55 Rn. 3).

1321 Vgl. für die Bezugnahme auf diese Formulierungen bereits die Entscheidung *Golder v. UK*: “The Court is of opinion that in the circumstances of the case it is not necessary to afford to the applicant any just satisfaction other than that resulting from the finding of a violation of his rights.” EGMR (Plenum), *Golder v. UK*, 1975, Beschwerde-Nr. 4451/70, Rn. 46 a. E.

1322 Siehe hierzu oben unter § 8 A. I.

Verletzungen eine entschädigende Feststellung ausreichen lässt. Diese Auslegung des Art. 41 EMRK ist durch die Parteien konsentiert¹³²³ und kann als nachfolgende Praxis in Anlehnung an Art. 31 Abs. 3 lit. b WVRK in die Auslegung des Art. 41 EMRK einfließen. Die erste Fallgruppe geringfügiger Verletzungen (innerstaatliche Wiedergutmachung) findet eine zusätzliche Stütze im Wortlaut des Art. 41 EMRK, der eine Entschädigung an das Fehlen vollständiger innerstaatliche Wiedergutmachung knüpft. Folglich ist es eine plausible Fortentwicklung des Art. 41 EMRK, bei fortbestehender Möglichkeit innerstaatlicher Wiedergutmachung von einem Geldersatz abzuweichen.

Mit der zuerkannten Rechtsfolge rezipiert der EGMR das allgemeine Völkerrecht,¹³²⁴ das in Art. 37 ARSIWA die Genugtuung kennt,¹³²⁵ und adaptiert dieses für das Individuum.¹³²⁶ Nach der Konzeption der ARSIWA findet eine Genugtuung nur bei immateriellen Schaden eines Staates, nicht aber eines Individuums statt.¹³²⁷ Es bedarf daher einer Anpassung, die indessen überaus plausibel ist. Der Gedanke der ARSIWA, mit Genugtuung und Schadensersatz (Art. 36 ARSIWA) die immateriellen Leiden des Individuums und des Staates unterschiedlich zu behandeln, liegt in der oft gar nicht fassbaren Natur und dem rein nominalen Charakter der Verletzung immaterieller Interessen eines Staates,¹³²⁸ die der grundsätzlichen finanziellen Fassbarkeit individuellen Leids gegenübersteht.¹³²⁹ Der Grundgedanke für die abweichende Behandlung staatlicher immateriellen Schäden trifft

1323 Hierauf deutet die breite Praxis der Konventionsstaaten hin, in den eigenen Stellungnahmen zu Beschwerden eine entschädigende Feststellung für ausreichend zu halten, vgl. beispielhaft hierfür EGMR, *M.A. v. France*, 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15, Rn. 81; EGMR, *Case of Sidiropoulos and Papakostas v. Greece*, Urteil, 25. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 33349/10, Rn. 121; EGMR, *Case of Pocasovschi and Mihaila v. the Republic of Moldova and Russia*, Urteil, 29. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 1089/09, Rn. 85; EGMR, *Case of Abdulkadyrov and Dakhayev v. Russia*, Urteil, 10. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 35061/04, Rn. 102.

1324 Siehe zum *Corfu Channel Case* als Vorbild für die Praxis des Gerichtshofs oben auf S. 230.

1325 Siehe hierzu bereits oben unter § 8 B. I.

1326 In diese Richtung lassen sich wohl die Ausführungen bei *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR, 1993, S. 105 f. und *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 136 deuten.

1327 Siehe hierzu den Nachweis oben in Fn. 1319.

1328 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 99 (Art. 36 Rn. 4).

1329 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 106 (Art. 37 Rn. 3).

auf die Fallgruppen, in denen der Gerichtshof eine entschädigende Feststellung zuspricht, ebenso zu. Es geht hier, wie oben herausgearbeitet worden ist, um die Fälle eines diffusen Leids, dass doch wenig mehr ist, als das Erdulden der Konventionsverletzung.¹³³⁰ Dies macht es plausibel, diese Fälle der Behandlung immateriellen Leids von Staaten gleichzustellen.¹³³¹

Damit ist die Konzeption der ARSIWA, welche die grundlegende Berechenbarkeit und Verschiedenheit staatlichen und individuellen Leids behaupten,¹³³² nicht in Frage gestellt. Da die ARSIWA nicht mit Individualansprüchen aus der Staatenverantwortlichkeit befasst sind,¹³³³ spielen für sie immaterielle Schäden des Individuums nur eine Rolle, soweit diese von Staaten im Wege des diplomatischen Schutzes geltend gemacht werden.¹³³⁴ Bei diesen ist das Phänomen geringfügiger Schäden des Individuums jedenfalls deutlich unwahrscheinlicher, weil der (Heimat-)Staat in solchen Konstellationen den Fall nicht wird gelten machen wollen. Dagegen bringen Individuen auch (objektiv) geringfügige Fälle vor internationale Spruchkörper und dies auch in einer größeren Zahl.¹³³⁵ Insofern ist die Konstellation, die der EGMR mit einer entschädigenden Feststellung beantwortet, spezifisch für den Individualrechtsschutz.¹³³⁶ Mit anderen Worten ist die Unterscheidung der ARSIWA für die abgedeckten Konstellationen konsequent, für die Erweiterung auf Individualansprüche bedarf sie indes der Anpassung. Vor diesem Hintergrund erscheint es eine plausible Adaption der ARSIWA, dass die nur schwer fassbaren (geringfügigen) immateriell-

1330 Siehe hierzu oben auf S. 280.

1331 Anders allerdings *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S.19 f. Nach seiner Auffassung können Individuen, weil sie keine Partei des Menschenrechtsvertrages sind, keinen Rechtsschaden erleiden, wie er im Rahmen der Genugtuung ersetzt werde. Zudem verweist er auf die ausdrückliche Praxis des IAGMR, Maßnahmen der Wiedergutmachung anzuordnen. Allerdings übersieht *Ichim*, dass es sich hier um eine Anpassung der völkergewohnheitsrechtlichen Regeln aus dem Staat-Staat-Verhältnis auf das Verhältnis zwischen Staat und Individuum handelt.

1332 Siehe den Nachweis oben in Fn. 1329.

1333 Siehe hierzu oben eingehender in § 7. Dort wird herausgearbeitet, warum gleichwohl grundsätzlich identische Regeln für die Staatenverantwortlichkeit gelten dürften.

1334 Vgl. *Crawford*, State Responsibility, 2013, S. 517.

1335 Dies belegt nicht zuletzt die große Anzahl von Fällen, die vor den EGMR gebracht werden. So waren vor dem Gerichtshof im Jahr 2022 alleine 74.650 Beschwerden anhängig, EGMR, General Statistics 2022, 2023, abrufbar unter: https://echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2022_ENG.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1336 Siehe oben zu der Frage, inwieweit die Behandlung von Staatenbeschwerden mit dieser Annahme in Einklang steht, unter § 8 A. III.

len Schäden des Individuums mit einer Form der Genugtuung beantwortet werden, während im Übrigen, dem zwischenstaatlichen Völkerrecht entsprechend, eine Geldentschädigung gewährt wird.

Insgesamt kann die Praxis des EGMR damit als eine durch Art. 41 EMRK beeinflusste Fortschreibung des völkergewohnheitsrechtlichen Instituts der Genugtuung im Sinne von Art. 37 ARSIWA gelten.¹³³⁷

Der EGMR legt einen weiten Begriff des immateriellen Schadens zugrunde, der die Enttäuschung über die Konventionsverletzung miteinschließt.¹³³⁸ Letztlich nähert dies den Schaden der Rechtsverletzung weitgehend an, was auch einen Anlass gegeben haben mag, das Entschädigungsniveau in vielen Fällen mit der entschädigenden Feststellung gering zu halten.¹³³⁹ In jedem Fall konnte gezeigt werden, dass der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur entschädigenden Feststellung entgegen anderslautender Kritik in der Literatur ein System zugrunde liegt, das wesentlich darauf hinausläuft bei geringfügigen Verletzungen keine Geldentschädigung zu gewähren. Aufgrund einer detaillierten Analyse der Rechtsprechung des EGMR im Jahr 2018 und einem Abgleich mit weiteren Urteilen sowie der Literatur hat das Kapitel eine Unterteilung in drei Fallgruppen herausgearbeitet: 1. innerstaatliche Wiedergutmachung, 2. fehlender (kausaler) Schaden und 3. geringfügige Verletzung. Diese Rechtsprechung ist Ergebnis einer Auslegung des Art. 41 EMRK. Dieser modifiziert das allgemeine Rechtsfolgenregime der Staatenverantwortlichkeit, indem es die Genugtuung aus Art. 37 ARSIWA auch auf individuelle Schäden des Individuums anwendet.¹³⁴⁰

1337 Allgemeine Meinung, vgl. Dörr in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG KK, 3. Auflage, 2022, Kapitel 33: Entschädigung und Schadensersatz Rn. 80; Karl, 'Just Satisfaction' in Art 41 ECHR and Public International Law, in: Fenyves/Karner/Kozioł/Steiner (Hrsg.), Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 2011, 345–386, 367; *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 136; *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR, 1993, S. 105 f. (allerdings noch vor Verabschiedung der ARSIWA in ihrer heutigen Fassung, aber in der Sache identisch).

1338 Siehe oben unter § 8 A. I.

1339 Vgl. *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 345 f.

1340 Siehe hierzu oben unter § 8 C.

§ 9 Immaterielle Schäden vor dem IAGMR

Auch das inter-amerikanische Menschenrechtssystem gewährt immateriellen Schadensersatz. Der IAGMR spricht diesen auf der Grundlage des Art. 63 Abs. 1 IAMRK regelmäßig zu.¹³⁴¹ Diese Praxis beleuchtet das folgende Kapitel. Dabei steht die Frage im Vordergrund, inwieweit ähnliche Entwicklungen wie unter der EMRK, bspw. die Einführung der entschädigenden Feststellung, stattgefunden haben. Grundsätzlich preist die Literatur den IAGMR für seine innovative und holistische Herangehensweise zur Wiedergutmachung festgestellter Menschenrechtsverletzungen.¹³⁴² Deshalb beschäftigt sich dieses Kapitel zusätzlich mit den Besonderheiten des inter-amerikanischen Menschenrechtssystems in Bezug auf den immateriellen Schadensersatz. Alles dies kann jedoch nicht in einem Vakuum geschehen. Um die Entwicklungen mit anderen regionalen Menschenrechtssystemen in Beziehung zu setzen, wird daher zunächst die Struktur des inter-amerikanischen Menschenrechtssystems umrissen (A.). Dieser Überblick bereitet die Grundlage für die nähere Untersuchung der Entschädigungspraxis des IAGMR in Fragen immaterieller Schäden (B.). Die dabei zum Vorschein kommenden Unterschiede zur Praxis unter der EMRK gilt es sodann anhand der Struktur des inter-amerikanischen Menschenrechtssystems zu erklären (C.).

A. Struktur des Rechtsschutzes unter der IAMRK

Die zentrale vertragliche Grundlage des inter-amerikanischen Menschenrechtsschutzes ist die IAMRK. Dieser Vertrag enthält vor allen Dingen Verbürgungen politischer und bürgerlicher Rechte (Artt. 3–25 IAMRK),¹³⁴³

1341 Vgl. jüngst IAGMR, *Case of Digna Ochoa and Family Members v. Mexico*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 25. November 2021, Series C, No. 447, Rn. 181.

1342 Antkowiak/Gonza, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 19.

1343 Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte behandelte der Pakt von San José lediglich in einem Artikel (Art. 26 IAMRK) in Gestalt einer Bemühensbestimmung. Erst durch das Protokoll von San Salvador (Zusatzprotokoll zur Amerikanischen Menschenrechtskonvention im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kultu-

Teile der vertraglichen Grundlagen der Inter-Amerikanischen Kommission für Menschenrechte (IAKMR) (Artt. 34–51)¹³⁴⁴ und die Grundlage des Inter-Amerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR) (Artt. 52–69). Institutionell steht die IAMRK der Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) nahe. Die IAMRK ist das Ergebnis der Bemühungen innerhalb der OAS, ein verbindliches Menschenrechtsdokument zu schaffen.¹³⁴⁵ Allerdings sind nicht alle Mitgliedsstaaten der OAS zugleich Vertragsparteien der IAMRK.¹³⁴⁶ Die OAS besitzt zudem ein eigenes, für alle Mitglieder verbindliches¹³⁴⁷ Menschenrechtsinstrument in Gestalt der Amerikanischen Erklärung der Rechte und Pflichten des Menschen¹³⁴⁸. Die Verflechtungen zwischen der OAS und dem System zur Durchsetzung der IAMRK werden in der Janusköpfigkeit¹³⁴⁹ der IAKMR besonders deutlich: Diese ist nicht nur ein Vertragsorgan der IAMRK (Art. 34 ff. IAMRK), sondern auch ein Vertragsorgan der OAS Charta (Art. 106 OAS Charta¹³⁵⁰). Da die Parteien beider Instrumente nicht deckungsgleich sind, ist die Kommission für weitaus mehr Staaten zuständig als der Gerichtshof. Die

rellen Rechte (Protokoll von San Salvador), 17. November 1988, OAS Treaty Series No. 69) wurden auch solche Gewährleistungen zum Bestandteil des Konventionsregimes.

1344 Die IAKMR war bereits 1959 ins Leben gerufen worden, vgl. zu ihrer Geschichte überblickshaft *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 8–11; *Cavallaro/Vargas/Sandoval/Duhaime/Bettinger-Lopez/Brewer/Guzmán/Naddeo*, *Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System*, 2019, S. 29–43.

1345 Vgl. hierzu *Novak*, RdC 392 (2018), 22.

1346 Das gilt namentlich für die Vereinigten Staaten, Kanada und Venezuela, vgl. für eine aktuelle Liste der Vertragsparteien OAS, General Information of the Treaty B-32, abrufbar unter: https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_rights_sign.htm (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1347 Ursprünglich war die Erklärung nicht rechtsverbindlich. Das hat sich nach Ansicht des IAGMR mittlerweile geändert, IAGMR, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, Gutachten, 14. Juli 1989, Series A, No. 10, Rn. 43–47.

1348 9. Konferenz der Amerikanischen Staaten, Amerikanische Erklärung der Rechte und Pflichten der Menschen, 1948, Suppl. AJIL 43 (1949), 133–139.

1349 Die Metapher ist an den Sprachgebrauch im deutschen Verwaltungsrecht angelehnt: Üblicherweise wird das Landratsamts als „janusköpfig“ bezeichnet, weil es sowohl (Selbst-)Verwaltungsbehörde des Landkreises als auch untere staatliche Verwaltungsbehörde ist, so bspw. ausdrücklich in Art. 37 Abs. 1 BayLKrO oder § 1 Abs. 3 LKrO BW; anders dagegen in Sachsen gem. § 1 Abs. 4 SächsLKrO.

1350 Charta der Vereinigung Amerikanischer Staaten (OAS Charta), 30. April 1948, UNTS 119, 48–92.

Doppelrolle der Kommission spiegelt sich in Art. 19 und Art. 20 des Statuts der IAKMR, die in Bezug auf Parteien der IAMRK andere Kompetenzen einräumen als gegenüber Nicht-Parteien.

Die Eigenarten des inter-amerikanischen Menschenrechtsschutzsystems lassen sich nur verstehen, wenn man den Einfluss der IAKMR auf die Verfahren vor dem IAGMR berücksichtigt.¹³⁵¹ Im Gegensatz zur gegenwärtigen Ausgestaltung der EMRK (Art. 34 Satz 1 EMRK) statuiert die IAMRK keinen direkten Individualrechtsschutz. Vielmehr erinnert das inter-amerikanische Menschenrechtsschutzsystem an den zweistufigen Rechtsschutz in Europa vor Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokoll zur EMRK.¹³⁵² Individuen können sich mit der Behauptung, in ihren konventionsmäßig garantierten Rechten verletzt zu sein, nur an die IAKMR (Art. 44 IAMRK), nicht aber an den Gerichtshof wenden.¹³⁵³ Dagegen kann die Kommission eine Beschwerde vor den Gerichtshof bringen (vgl. Artt. 51 Abs. 1, 61 Abs. 1 IAMRK), sofern der jeweilige Staat eine Partei der IAMRK ist,¹³⁵⁴ sich der Staat der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterworfen hat (Art. 62 IAMRK)¹³⁵⁵ und die Kommission der Auffassung ist, der jeweilige Staat habe ihre Empfehlungen nicht ausreichend befolgt.¹³⁵⁶ Auch die Konventionsstaaten können Fälle vor den Gerichtshof bringen, was bisher allerdings erst in einem Fall geschehen ist.¹³⁵⁷ Insgesamt besteht lediglich

1351 Da sich die Arbeit auf den gerichtlichen Rechtsschutz fokussiert, spielen Verfahren und Praxis der IAKMR im Übrigen eine untergeordnete Rolle. Dieser Fokus erklärt sich daraus, dass die IAKMR keine verbindlichen Entscheidungen treffen kann (*Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 9), sondern lediglich Empfehlungen gibt, vgl. Art. 19 Statut IAKMR i. V. m. Art. 50 Abs. 3 IAMRK in Bezug auf Parteien der IAMRK und Art. 20 lit. b Statut IAKMR in Bezug auf Nicht-Parteien der IAMRK.

1352 *von Arnould*, *Völkerrecht*, 2022, Rn. 770; *Burgorgue-Larsen*, *Reparations*, in: *Burgorgue-Larsen/Úbeda de Torres* (Hrsg.), *The IACtHR*, 2011, 25–52, 28 (Rn. 2.01).

1353 Arg. e Art. 61 Abs. 1 IAMRK; vgl. auch *Burgorgue-Larsen*, *Reparations*, in: *The IACtHR*, 25, 28 (Rn. 2.01).

1354 Ist dies nicht der Fall, können sich Individuen zwar an die IAMKR wenden, die am Maßstab der Amerikanischen Erklärung der Rechte und Pflichten des Menschen hierüber entscheidet (Art. 20 lit. b Statut IAKMR). Allerdings ist eine Vorlage an den IAGMR ausgeschlossen.

1355 Dies ist für den Großteil der Vertragsparteien der IAMRK der Fall, vgl. hierzu *Cavallaro/Vargas/Sandoval/Duhaime/Bettinger-Lopez/Brewer/Guzmán/Naddeo*, *Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System*, 2019, S. 1.

1356 *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 10.

1357 *Burgorgue-Larsen*, *Reparations*, in: *The IACtHR*, 25, 29 (Rn. 2.01).

ein indirekter Rechtsschutz für Individuen.¹³⁵⁸ Dieser Rechtsschutz ist zusätzlich insofern enger als derjenige unter der EMRK, als nur natürliche Personen und grundsätzlich¹³⁵⁹ keine juristischen Personen Rechte aus der IAMRK herleiten können.¹³⁶⁰ Andererseits ist der Rechtsschutz vor dem IAGMR weiter als vor dem EGMR, weil vor dem IAGMR Popularklagen zulässig sind.¹³⁶¹

Weil ein direkter Individualrechtsschutzmechanismus zum Gerichtshof fehlt, unterscheidet sich der inter-amerikanische Menschenrechtsschutz deutlich vom heutigen europäischen und afrikanischen Menschenrechtsschutz.¹³⁶² Die primäre Folge der Zweistufigkeit des Verfahrens ist, dass die Verfahrenszahlen vor dem IAGMR deutlich geringer ausfallen als die Fallzahlen des EGMR. Die Kommission leitete nach *Antkowiak* im Schnitt 14 Fälle pro Jahr an den Gerichtshof weiter.¹³⁶³ Diese Zahl ist in den Jahren seit 2019 deutlich gestiegen und bewegt sich zwischen 40 Verfahren

1358 So *Burgorgue-Larsen*, Reparations, in: The IACtHR, 25, 28 (Rn. 2.01).

1359 Ausnahmen gelten insoweit zugunsten indigener Gemeinschaften und Gewerkschaften, IAGMR, *Entitlement of legal entities to hold rights under the Inter-American Human Rights System (Interpretation and scope of Article 1(2), in relation to Articles 1(1), 8, 11(2), 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 and 62(3) of the American Convention on Human Rights, as well as of Article 8(1)(A) and (B) of the Protocol of San Salvador*, Gutachten, 26. Februar 2022, Series A, No. 22; *Cavallaro/Vargas/Sandoval/Duhaime/Bettinger-Lopez/Brewer/Guzmán/Naddeo*, Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System, 2019, S. 101.

1360 *Cavallaro/Vargas/Sandoval/Duhaime/Bettinger-Lopez/Brewer/Guzmán/Naddeo*, Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System, 2019, S. 99. Allerdings können juristische Personen (nur nicht wegen Verletzungen ihrer selbst) Beschwerden an die IAKMR richten. Zudem lässt der IAGMR es zu, dass Anteilseigner*innen juristischer Personen in Bezug auf ihre Anteile Menschenrechtsverletzungen geltend machen, vgl. hierzu näher *Antkowiak/Gonza*, The American Convention on Human Rights, 2017, S. 135 f.

1361 Vgl. *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 71 f. Dies folgt aus den unterschiedlichen Formulierungen in Art. 44 IAMRK einerseits und Art. 34 EMRK andererseits. Vgl. zu den Anforderungen an Popularklagen: *Cavallaro/Vargas/Sandoval/Duhaime/Bettinger-Lopez/Brewer/Guzmán/Naddeo*, Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System, 2019, S. 92.

1362 Allerdings kennt der afrikanische Menschenrechtsschutz neben der direkten Individualbeschwerde ebenfalls den indirekten Rechtsschutz vermittelt über eine Kommission, siehe hierzu unten unter § 10 A.

1363 So *Antkowiak/Gonza*, The American Convention on Human Rights, 2017, S. 10; vgl. auch *Stöckle*, Guarantees of Non-Repetition, 2021, S. 36, der von 15 bis 20 vorgelegten Beschwerden pro Jahr ausgeht.

(2021) und 23 Verfahren (2020).¹³⁶⁴ Gleichzeitig ist die Anzahl der Fälle, die bei der IAKMR anhängig sind, um ein Vielfaches höher, als die Zahl der Fälle, die zum Gerichtshof gelangen.¹³⁶⁵ Insoweit verursacht das Erfordernis, zuerst das Verfahren vor der Kommission zu durchlaufen (Art. 61 Abs. 2 IAMRK), einen Flaschenhalseffekt.

Zusätzlich zur Beschränkung der Zahl anhängiger Fälle vor dem Gerichtshof filtert das Vorverfahren die Art der Fälle, die zum Gerichtshof gelangen.¹³⁶⁶ Der Kommission steht ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbares Ermessen bei der Entscheidung über die Voraussetzungen einer Vorlage an den IAGMR zu.¹³⁶⁷ Angesichts begrenzter Mittel muss die Kommission entscheiden, welche Beschwerde sie priorisiert und zur Entscheidungsreife bringt. Im Einklang mit ihrer Verfahrensordnung (vgl. Artt. 29 Ziff. 2 lit. d, 45 Nr. 2 lit. c und d VerfO IAKMR) nutzt sie diese Gestaltungsmacht dazu, paradigmatische Fälle vor den Gerichtshof zu bringen.¹³⁶⁸ Zudem initiieren Nichtregierungsorganisationen eine Mehrheit der Verfahren, um die Menschenrechtslage im jeweiligen Konventionsstaat insgesamt zu verbessern.¹³⁶⁹ Daher prägen systematische und schwere Menschenrechtsverletzungen die Fälle vor dem IAGMR. Insofern unterscheidet sich die Lage vom EGMR, bei dem keine solchen Filter greifen. Dieser Umstand spielt bei der Einordnung der Praxis des IAGMR am Ende des Kapitels eine maßgebliche Rolle.

1364 IAGMR, Informe Anual 2022, 2023, abrufbar unter: <https://corteidh.or.cr/docs/informe2022/espanol.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023), S. 44.

1365 Im Jahr 2021 gingen bei der IAKMR 2.327 Individualbeschwerden ein, während sie in demselben Jahr 40 Beschwerden dem Gerichtshof vorgelegt hat, IAKMR, Annual Report 2021, 2022, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64 rev. 1, abrufbar unter: <https://www.oas.org/en/IACHR/reports/IA.asp?Year=2021> (zuletzt besucht: 15. März 2023), S. 355 und 382.

1366 Stöckle, Guarantees of Non-Repetition, 2021, S. 35.

1367 Pasqualucci, The Practice and Procedure of the IACtHR, 2013, S. 112 unter Verweis auf IAGMR, *Case of Castañeda Gutman v. México*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 6. August 2008, Series C, No. 184, Rn. 67; vgl. in diese Richtung IAGMR, *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 28. November 2007, Series C, No. 172, Rn. 40.

1368 Stöckle, Guarantees of Non-Repetition, 2021, S. 36 f.

1369 Vgl. hierzu eingehend Soley, The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence, in: von Bogdandy/Ferrer Mac-Gregor/Morales Antoniazzi/Piovesan/Soley (Hrsg.), Transformative Constitutionalism in Latin America, 2017, 337–356, 352 f.

Trotz des lediglich indirekten Zugangs zum IAGMR für Individuen scheint es aufgrund zweier Entwicklungen angemessen, letztlich von einer Form des Individualrechtsschutzes zu sprechen. Zunächst hat die IAKMR den Vorlageprozess verrechtlicht.¹³⁷⁰ Die Vorlage an den IAGMR scheidet, bei Vorliegen der Voraussetzungen im Übrigen nur aus, wenn eine Mehrheit der Kommissare sich dagegen ausspricht.¹³⁷¹ Damit sind Opfer bei Vorliegen der Vorlagevoraussetzungen weitgehend vor der willkürlichen Verweigerung einer Vorlage geschützt. Diese wird vielmehr *de facto* zu einem Automatismus.¹³⁷² Insofern verdichtet sich die Stellung der Opfer bereits vor der Vorlage an den Gerichtshof. Zudem nehmen Opfer im gerichtlichen Verfahren mittlerweile¹³⁷³ eine eigenständige Rolle als Beteiligte im Verfahren ein.¹³⁷⁴ Gerade diese Stellung im Verfahren kompensiert für das fehlende Individualbeschwerderecht.¹³⁷⁵ Angesichts ihrer Stellung im Gerichtsverfahren und der Verrechtlichung der Vorlageregeln erhält das Individuum eine Stellung, die das Rechtsschutzsystem vor dem IAGMR nahe an ein Individualrechtsschutzsystem heranrückt. Jedoch spielt neben dem Individualrechtsschutz die Durchsetzung der Menschenrechte als Gemeinwohlinteresse schon alleine wegen der Auswahl repräsentativer Fälle vor dem IAGMR eine große Rolle.¹³⁷⁶

1370 Unter anderem weil die Kommission mittlerweile klare Kriterien für die Vorlage an den Gerichtshof hat, steigt die Zahl der weitergeleiteten Fälle deutlich, vgl. *Burgorgue-Larsen, Reparations*, in: The IACtHR, 25, 36–38 (Rn. 2.15–2.17).

1371 Vgl. Art. 45 Abs. 1 IAKMR, Verfahrensordnung der IAKMR, 2013, abrufbar unter: <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1372 Vgl. *Grossman*, Inter-American Commission on Human Rights (IACommHR), in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2021, Rn. 36; ebenso das Urteil bei *von Arnault*, *Völkerrecht*, 2022, Rn. 771. Freilich setzt dies voraus, dass die Beschwerde soweit bearbeitet werden konnte. Das ist wohl das wesentliche Hemmnis für eine größere Anzahl an Weiterleitungen zum Gerichtshof.

1373 Vgl. hierzu eingehend *Burgorgue-Larsen, Reparations*, in: The IACtHR, 25, 40–46 (Rn. 2.20 – 2.31).

1374 Art. 25 Abs. 1 Verfahrensregeln des IAGMR, 2009, abrufbar unter: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_ing.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023); *Burgorgue-Larsen, Reparations*, in: The IACtHR, 25, 29 f. (Rn. 2.03); *Cavallaro/Vargas/Sandoval/Duhaime/Bettinger-Lopez/Brewer/Guzmán/Naddeo*, *Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System*, 2019, S. 96.

1375 *Burgorgue-Larsen, Reparations*, in: The IACtHR, 25, 29 (Rn. 2.03).

1376 Vgl. *Stöckle*, *Guarantees of Non-Repetition*, 2021, S. 36, der von einer objektiven Rechtsschutzfunktion spricht, ebd. S. 23–46.

B. Ersatz immaterieller Schäden unter der IAMRK

Die Rechtsprechung des IAGMR zu den Rechtsfolgen einer Menschenrechtsverletzung wird häufig als fortschrittlich, innovativ und kreativ gepriesen.¹³⁷⁷ Kennzeichnend für seine Entschädigungspraxis ist es in jedem Fall, dass er in ständiger Rechtsprechung eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsfolgen anordnet. Hierzu gehören Maßnahmen zur Wiederherstellung des vorhergehenden Zustands, zur Rehabilitation und zur Genugtuung, Garantien der Nichtwiederholung sowie materieller und immaterieller Schadensersatz.¹³⁷⁸ Insbesondere die umfassenden Anordnungen zur Wiedergutmachung über den Geldschadensersatz hinaus sind ein Markenzeichen des Gerichts.¹³⁷⁹ Dabei verpflichtet der Gerichtshof die Konventionsstaaten in manchen Fällen auch dazu, ihre Gesetze mit der Konvention in Einklang zu bringen.¹³⁸⁰ Mit diesem umfassenden Ansatz zur Wiedergutmachung geht der Gerichtshofs über die im Wesentlichen auf Geldersatz beschränkte Entschädigungspraxis des EGMR deutlich hinaus.¹³⁸¹ Dass der IAGMR diese "bunte Palette von Anordnungen"¹³⁸² zuspricht, ist Ergebnis einer längeren Entwicklung. Zu Beginn seiner Tä-

1377 So *Gonzalez-Salzberg*, Non-Pecuniary Damage under the American Convention on Human Rights: An Empirical Analysis of 30 Years of Case Law, *Harvard Human Rights Journal* 34 (2021), 81–116, 87; vgl. beispielhaft: *Burgorgue-Larsen*, The Right to Determine Reparations, in: *The IACtHR*, 217, 224 (Rn. 10.01); *Rivier*, Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: Inter-American Mechanisms, in: *The Law of International Responsibility*, 739, 757; vgl. auch *Novak*, RdC 392 (2018), 90, 98, 116, 119 in Bezug auf einzelne Formen der Wiedergutmachung.

1378 *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 19.

1379 Vgl. *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 300 f.; *Kunz*, *Richter über internationale Gerichte?*, 2020, S. 63. Hierzu gehören Anordnungen, der Opfer durch die Benennung von Schulen (vgl. bspw. IAGMR, *Case of the "Street Children" (Reparations and Costs)*, 2001, Series C, No. 77, Rn. 103), Stipendien und Straßen (vgl. bspw. IAGMR, *Case of Mack Chang v. Guatemala*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 25. November 2003, Series C, No. 101, Rn. 285 f.) zu gedenken oder durch Unterweisungen für Staatsbeamte sicherzustellen, dass in der Zukunft solche Menschenrechtsverletzungen unterbleiben (vgl. bspw. IAGMR, *Case of Goiburú et al. v. Paraguay*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 22. September 2006, Series C, No. 153, Rn. 178).

1380 St. Rspr. seit IAGMR, *Case of Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, Urteil (Reparations und Costs), 30. Mai 1999, Series C, No. 52, Rn. 222; vgl. *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 305 f.

1381 Vgl. *Novak*, RdC 392 (2018), 72 f., der allerdings auch Tendenzen des EGMR hin zu umfassenderen Maßnahmen der Wiedergutmachung konstatiert.

1382 *Kunz*, *Richter über internationale Gerichte?*, 2020, S. 64.

tigkeit legte der Gerichtshof ein restriktives Verständnis seiner Kompetenzen zur Wiedergutmachung festgestellter Rechtsverletzungen an den Tag und beschränkte sich im Wesentlichen auf das Zusprechen eines Geldersatzes.¹³⁸³ Mit der Zeit weitete sich die "Palette" möglicher Urteilsaussprüche erheblich.¹³⁸⁴

Als Triebfedern des umfassenden Ansatzes des IAGMR gelten einerseits das Ziel einer umfassenden *restitutio in integrum* und andererseits die Opferzentrierung des Rechtsfolgenregimes.¹³⁸⁵ Zugleich möchte der Gerichtshof die wenigen Fälle, die zu ihm gelangen, nutzen, um die zugrundeliegenden strukturellen Probleme für die Verwirklichung der Menschenrechte anzugehen.¹³⁸⁶ Die rechtliche Grundlage der Haftung für Verletzungen der IAMRK findet sich in Art. 63 Abs. 1 IAMRK. Dort heißt es:

"If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party."

Diese Regelung ist nach Ansicht des IAGMR Ausdruck des Völkergewohnheitsrechts.¹³⁸⁷ Auf ihrer Grundlage spricht der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung Schadensersatz für immaterielle Schäden zu.¹³⁸⁸ Begriff und Umfang der Haftung für immaterielle Schäden gilt es zunächst näher zu umreißen (I.). Daran anknüpfend rücken zwei Auffälligkeiten in der inter-amerikanischen Praxis zu immateriellen Schäden in den Fokus: der

1383 Antkowiak, Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond *Columbia Journal of Transnational Law* 46 (2008), 351–419, 365 f.

1384 Antkowiak, *Columbia Journal of Transnational Law* 46 (2008), 365–386.

1385 Zurückgehend auf Antkowiak, An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice, *Stanford Journal of International Law* 47 (2011), 279–332, insbesondere 288–292; Pasqualucci, The Practice and Procedure of the IACtHR, 2013, S. 191.

1386 Vgl. Soley, The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence, in: Transformative Constitutionalism in Latin America, 337, 346.

1387 IAGMR, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, 1993, Series C, No. 15, Rn. 43; siehe hierzu bereits oben unter § 7 B.

1388 Vgl. jüngst IAGMR, *Case of Pavez Pavez v. Chile*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 4. Februar 2022, Series C, No. 449, Rn. 197 f.; IAGMR, *Digna Ochoa and Family Members v. Mexico*, 2021, Series C, No. 447, Rn. 181.

Schadensposten des Lebensprojekts (II.) und das Urteil als Genugtuung per se (III.).

I. Begriff und Umfang des Ersatzes immaterieller Schäden

In der Rechtsprechung des IAGMR nehmen immaterielle Schäden im Rahmen des Schadensersatzes eine zentrale Rolle ein.¹³⁸⁹ Dabei verwendet der Gerichtshof mittlerweile eine standardisierte Definition ersatzfähiger Schäden, die der folgende Abschnitt auf sein Verhältnis zum allgemeinen Völkerrecht und zur Praxis des EGMR begutachtet (1.). Weil die Praxis des IAGMR zum Kreis der Ersatzberechtigten wegweisend war,¹³⁹⁰ soll auch diese vorgestellt werden (2.). Zuletzt schließen sich Ausführungen zur Höhe des immateriellen Schadensersatzes an (3.).

1. Begriff des immateriellen Schadens unter der IAMRK

Begrifflich sprach der Gerichtshof zunächst von “moral damages”, wechselte indes mit der Entscheidung zu *Cantoral Benavides*¹³⁹¹ im Jahr 2001 von “moral damages”¹³⁹² zu “non-material damage” oder “immaterial damage”. Diese Änderung soll auch eine inhaltliche Dimension haben,¹³⁹³ weil diese beiden neuen Begriffe umfassender seien.¹³⁹⁴ In der Sache fasst der Gerichtshof unter den Begriff des immateriellen Schadens “suffering and afflictions caused to the direct victims and their families”, die Schädigung von “values of great significance to the individual” und nicht finanzielle Änderungen der Lebensbedingungen der Opfer oder ihrer Familien.¹³⁹⁵

1389 Vgl. *Stöckle*, Guarantees of Non-Repetition, 2021, S. 65.

1390 Siehe zur Rezeption der inter-amerikanischen Rechtsprechung im afrikanischen Menschenrechtssystem unten unter § 10 B.

1391 IAGMR, *Case of Cantoral-Benavides v. Peru*, Urteil (Reparations und Costs), 3. Dezember 2001, Series C, No. 88, Rn. 53.

1392 Vgl. bspw. IAGMR, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, 1989, Series C, No. 7, Rn. 39; IAGMR, *Case of Castillo-Páez v. Peru*, Urteil (Reparations und Costs), 27. November 1998, Series C, No. 43, Rn. 85.

1393 Vgl. hierzu *Novak*, RdC 392 (2018), 142.

1394 Vgl. hierzu *Burgorgue-Larsen*, Reparations, in: The IAcHR, 217, 229 (Rn. 10.14).

1395 IAGMR, *Digna Ochoa and Family Members v. Mexico*, 2021, Series C, No. 447, Rn. 181; IAGMR, *Case of Manuela et al. v. El Salvador*, Urteil (Preliminary Objects, Merits, Reparations und Costs), 2. November 2021, Series C, No. 441 Rn. 308. Auf diese Elemente bezieht sich auch die Literatur bei der Definition ersatzfähiger

Der Gerichtshof hält bei bestimmten Verletzungen der IAMRK, wie etwa im Falle des Verschwindens einer Person, willkürlicher Inhaftierung oder grausamer und unmenschlicher Behandlung, solche Schäden für offensichtlich und verlangt deshalb keinen besonderen Nachweis.¹³⁹⁶

Gegenüber der oben entwickelten Terminologie im allgemeinen Völkerrecht, welche Schäden an Person und Persönlichkeit ebenso wie Rufschäden erfasst, weicht diese Definition des IAGMR in einigen Punkten ab. Mit der Erwähnung der Verwandten der Opfer, der Verletzung individuell bedeutender Werte und dem Einfluss auf die Lebensbedingungen der Opfer erscheint das inter-amerikanische System umfassender immaterielle Schäden auszugleichen.¹³⁹⁷ Hinsichtlich der fehlenden Erwähnung der Rufschädigung scheint der Schutz dagegen enger zu sein. Den Eindruck einer abweichenden Begriffsbildung im inter-amerikanischen Menschenrechtssystem relativiert allerdings ein genauerer Blick auf die praktische Anwendung der Formel.

Zunächst ist die Anerkennung immaterieller Schäden aufgrund der Schädigung besonders bedeutender Werte eine interessante Entwicklung, weil der Gerichtshof diese Ausprägung immateriellen Schadensersatzes auch auf den Verlust von Eigentum bezogen hat.¹³⁹⁸ Damit geht der Gerichtshof scheinbar über die ansonsten stark auf Person und Persönlichkeit bezogene Konzeption des immateriellen Schadens hinaus. Einen Anwendungsfall dieses Verständnisses des immateriellen Schadensersatzes illustriert die Sache *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*. Das Verfahren betraf die Rechte einer indigenen Gemeinschaft an ihrem angestammten Gebiet. Bei der Berechnung des immateriellen Schadensersatzes stellte der Gerichtshof die besondere Bedeutung ihres angestammten Landes für diese indigene Gesellschaft ein. Der Gerichtshof führte aus:

immaterieller Schäden, vgl. *Antkowiak/Gonza*, The American Convention on Human Rights, 2017, S. 296; *Pasqualucci*, The Practice and Procedure of the IACtHR, 2013, S. 235; ähnlich auch *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 230.

1396 *Antkowiak/Gonza*, The American Convention on Human Rights, 2017, S. 196; *Pasqualucci*, The Practice and Procedure of the IACtHR, 2013, S. 236.

1397 Vgl. *Novak*, RdC 392 (2018), 142; siehe zum Begriff des immateriellen Schadens im zwischenstaatlichen Völkerrecht oben unter § 5 B.

1398 IAGMR, *Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 24. August 2010, Series C, No. 214; vgl. auch eine ähnliche Wendung in IAGMR, *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Urteil (Merits und Reparation), 27. Juni 2012, Series C, No. 245, Rn. 322 f.

“This means that any denial of the enjoyment or exercise of property rights harms values that are very significant to the members of those peoples, who run the risk of losing or suffering irreparable harm to their life and identity and to the cultural heritage to be passed on to future generations.”¹³⁹⁹

Zwar knüpft der Gerichtshof an die besondere Rolle des angestammten Landes an, den Grund für die Berücksichtigung im Rahmen des immateriellen Schadensersatzes bilden indes Leiden und Schmerz der indigenen Gemeinschaft durch die Trennung von ihrem Land. Mithin ist die Anknüpfung an Immobilien nur der Auslöser eines immateriellen Schadens und nicht der eigentliche Schaden. Gleichwohl liegt in dem Verständnis der Verletzung individuell bedeutender Werte als immateriellem Schaden eine eigenständige Ausprägung des Konzepts des immateriellen Schadensersatzes, die dem europäischen Menschenrechtsschutz in dieser Form fremd ist.¹⁴⁰⁰ Insbesondere erlaubt dieser Ansatz dem IAGMR im konkreten Fall die kollektive Dimension immaterieller Schäden abzubilden, indem der Gerichtshof so an die Bedeutung des Landes für eine indigene Gemeinschaft anknüpfen kann. Angesichts der ebenfalls offenen Definition des EGMR für immaterielle Schäden¹⁴⁰¹ dürfte allerdings eine solche Erweiterung auch in der Rechtsprechung des EGMR bei entsprechendem Bedürfnis möglich sein.

Soweit der IAGMR den Einfluss auf die Lebensverhältnisse des Opfers aufführt, ist dies zunächst im Einklang mit dem Verständnis des IGH. Dieser hatte in seinem Urteil im *Diallo*-Fall eine ältere, in der Sache aber ähnliche Entscheidung des IAGMR zu den Formen immaterieller Schäden rezipiert.¹⁴⁰² Im Vergleich zur Rechtsprechung des EGMR wirkt diese Ausprägung immaterieller Schäden in der Rechtsprechung des IAGMR als eine Erweiterung. Denn in den beispielhaften Ausführungen des EGMR zu ersatzfähigen Schäden¹⁴⁰³ ist der Posten der Auswirkungen auf die Lebensverhältnisse des Opfers jedenfalls nicht *prima facie* enthalten. Allerdings erscheint es nicht fernliegend, solche Auswirkungen – auf die eine oder

1399 IAGMR, *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, 2010, Series C, No. 214, Rn. 321.

1400 Siehe zum Verständnis des immateriellen Schadens unter der EMRK oben unter § 8 A. I.

1401 Siehe hierzu oben unter § 8 A. I.

1402 IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 333 (Rn. 18).

1403 Siehe hierzu oben unter § 8 A. I.

andere Art und Weise – auch unter dem Verständnis des EGMR als ersatzfähig zu erachten, weil hierdurch ein Einschnitt in das Leben, Schmerzen, Traumata oder sonstige Leiden entstehen. Damit besteht in der Sache kein Unterschied. Vielmehr zeigt die Divergenz in den aufgeführten Beispielen, dass jeder Entscheidungskörper bei ihm aufgetretene Konstellationen beispielhaft aufführt, ohne damit eine abstrakte Begriffsdefinition anzustreben. Diese Verfahrensweise passt zur generell entwicklungsoffenen Natur des immateriellen Schadens.¹⁴⁰⁴ Zugleich ist die ausdrückliche Nennung dieses Postens und der Schädigung individuell bedeutender Werte in der Definition immaterieller Schäden ein Ausfluss des opferzentrierten Ansatzes des IAGMR, den immateriellen Schadensersatz möglichst nahe an die Lebenswirklichkeit des Opfers heranzuführen und zugleich kollektive Dimensionen miteinzubeziehen.¹⁴⁰⁵ Diese zusätzlich erwähnten Erscheinungsformen immaterieller Schäden reflektieren folglich vor allen Dingen die Fälle vor dem Gerichtshof und die Realität in den Konventionsstaaten. Eine klare Weitung des Konzepts immaterieller Schäden ist damit nicht zwingend verbunden, weil sich auch die sehr weiten Kategorien der Schädigung von Person und Persönlichkeit im zwischenstaatlichen Völkerrecht so lesen lassen, dass sie diese Schäden umfassen.¹⁴⁰⁶

Auffällig ist allerdings, dass der IAGMR Rufschäden nicht ausdrücklich als ersatzfähige immaterielle Schäden nennt. Damit weicht er vom allgemeinen Verständnis ab.¹⁴⁰⁷ Aus der unterlassenen Nennung folgt allerdings nicht, dass solche Schäden vor dem IAGMR nicht als immaterielle Schäden ersatzfähig sind. Zwar dienen insbesondere Maßnahmen der Genugtuung, die der IAGMR regelmäßig anordnet, auch der Wiederherstellung der Würde und des Ansehens der Opfer.¹⁴⁰⁸ Jedoch zählt der IAGMR die

1404 Vgl. hierzu *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 118.

1405 *Stöckle*, Guarantees of Non-Repetition, 2021, S. 66.

1406 Die nicht vermögenswerten Veränderungen in den Lebensumständen lassen sich ebenso wie die Schädigung in wichtigen Werten als eine besondere Ausprägung eines seelischen Leidens verstehen (siehe zur Konturierung der Erscheinungsformen des immateriellen Schadens oben unter § 5 B. II.). Da seelische Leiden auch die Herabsetzung oder den Verlust an Lebensfreude umfassen, liegt es nahe, hierunter auch die vom IAGMR aufgeführten Phänomene zu fassen.

1407 Siehe hierzu oben unter § 5 B. II.; vgl. auch Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 101 f. (Art. 36 Rn. 16 f.).

1408 IAGMR, *Case of the “Street Children” (Reparations and Costs)*, 2001, Series C, No. 77, Rn. 84. Mögliche Anordnungen umfassen die öffentliche Anerkennung der Verantwortlichkeit durch den Verletzterstaat, öffentliche Entschuldigungen des

Erscheinungsformen immaterieller Schäden nicht abschließend auf.¹⁴⁰⁹ Die fehlende Erwähnung der Rufschäden dürfte darauf zurückzuführen sein, dass solche Schäden bisher eine untergeordnete Rolle gespielt haben und im Übrigen mittels anderer Maßnahmen ausgeglichen wurden. Dass der Gerichtshof, wenn es hierauf entscheidungserheblich ankäme, den Ersatz eines Rufschadens verweigern würde, liegt nach seiner opferzentrierten Entschädigungspraxis fern.¹⁴¹⁰

Daher lässt sich insgesamt festhalten, dass die inter-amerikanische Aufstellung immaterieller Schäden im Ergebnis jedenfalls keine erheblichen Weiterungen oder Einschränkungen gegenüber der Praxis anderer völkerrechtlicher Entscheidungskörper oder dem allgemeinen Völkerrecht enthält. Vielmehr nennt der Gerichtshof beispielhaft immaterielle Schäden, die er ersetzt. Soweit diese von den Beispielen anderer Entscheidungskörper abweichen, reflektieren sie die Besonderheiten des inter-amerikanischen Systems und der dort anhängigen Fälle und keine Unterschiede in der Sache. Insbesondere lassen sich die Fallgruppen auch unter die allgemeine Terminologie subsumieren. Für diese Schlussfolgerung spricht, dass der IGH die inter-amerikanische Definition des immateriellen Schadensersatzes zustimmend zitierte.¹⁴¹¹

2. Schadensersatzberechtigte

Unter der IAMRK sind grundsätzlich nur natürliche Personen, nicht aber juristische Personen oder Personenmehrheiten Inhaber*innen der Konventionsrechte (Art. 1 Abs. 2 IAMRK). In der Folge sind natürliche Personen grundsätzlich die einzigen möglichen Inhaber*innen von Schadensersatzforderungen.¹⁴¹² Zu ihren Gunsten nimmt der Gerichtshof an,

Verletzterstaates, die Veröffentlichung des Urteils sowie Maßnahmen zur Erinnerung an die Opfer, vgl. zu diesen Anordnungen des Gerichtshofs den Überblick bei *Pasqualucci*, *The Practice and Procedure of the IACtHR*, 2013, S. 204–207.

1409 Der IAGMR verwendet stets die Formulierung, dass immaterielle Schäden die oben bereits wiedergegebenen Phänomene einschließen (“may include”), ohne das Konzept auf diese erkennbar zu beschränken, vgl. beispielhaft IAGMR, *Case of Ríos Avalos et al. v. Paraguay*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 19. August 2021, Series C, No. 429, Rn. 222.

1410 So lehnte der IAGMR in dem Verfahren *Ríos Avalos et al. v. Paraguay* einen Ersatz des Rufschadens lediglich unter Hinweise auf verfahrensrechtliche Gründe ab, vgl. IAGMR, *Ríos Avalos et al. v. Paraguay*, 2021, Series C, No. 429, Rn. 225, 136.

1411 IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 333 (Rn. 18).

1412 Vgl. *Stöckle*, *Guarantees of Non-Repetition*, 2021, S. 63 f. (Fn. 188).

dass immaterielle Schäden bei der Verletzung bestimmter Menschenrechte offensichtlich seien und keines besonderen Nachweises bedürfen.¹⁴¹³ Außer natürlichen Personen schützt die IAMRK nach der Rechtsprechung des IGMR nur Gewerkschaften und indigene Gemeinschaften.¹⁴¹⁴ Zugunsten letzterer ist der Gerichtshof dazu übergegangen, nicht nur ihren Mitgliedern, sondern den Gemeinschaften als Personengruppe immateriellen Schadensersatz zuzusprechen.¹⁴¹⁵

Bereits in der oben angeführten Definition immaterieller Schäden fiel die Erwähnung der Verwandten des Opfers auf. Angehörige der Opfer weitgehend zu entschädigen¹⁴¹⁶ gehört mittlerweile¹⁴¹⁷ zu den charakteristischen Ausprägungen des inter-amerikanischen Menschenrechtsschutzes. Den Dreh- und Angelpunkt für deren Anspruchsberechtigung bildet Art. 63 Abs.1 IAMRK. Nach dieser Vorschrift sind nur “injured parties” (verletzte Parteien) anspruchsberechtigt. “Injured parties” wiederum sind diejenigen, deren Verletzung in Konventionsrechten der IAGMR festgestellt hat.¹⁴¹⁸ Wie sich diese Vorschrift zur Anspruchsberechtigung Verwandter verhält, erklärt sich am besten anhand zweier Unterscheidungen: Einerseits ist relevant, ob das Opfer die Menschenrechtsverletzung überlebt hat.¹⁴¹⁹ Andererseits ist zwischen den direkten und den indirekten Opfern einer Menschenrechtsverletzung zu unterscheiden. Direkte Opfer sind diejenigen, die unmittelbar von den Auswirkungen einer Menschenrechtsverletzung betroffen sind, während indirekte Opfer nur vermittelt über die Verletzung eines anderen Menschen betroffen sind.¹⁴²⁰ Sofern das Opfer noch lebt, ist es als direktes Opfer grundsätzlich die einzige anspruchsb-

1413 IAGMR, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, 1993, Series C, No. 15, Rn. 52; *Pasqualucci*, The Practice and Procedure of the IACtHR, 2013, S. 236.

1414 Siehe die Nachweise oben in Fn. 1359.

1415 Vgl. IAGMR, *Saramaka People v. Suriname*, 2007, Series C, No. 172, Rn. 189 und 200; IAGMR, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, 2012, Series C, No. 245, Rn. 284 und 323.

1416 Vgl. *Burgorgue-Larsen*, Reparations, in: The IACtHR, 217, 227 (Rn. 10.07).

1417 Zuvor erhielten Angehörige zwar auch zum Teil Entschädigungen, ohne allerdings selbst als Opfer identifiziert zu werden, *Antkowiak/Gonza*, The American Convention on Human Rights, 2017, S. 290 (Fn. 28).

1418 Art. 2 Abs. 33 Verfahrensregeln IAGMR, 2009, abrufbar unter: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_ing.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023); vgl. auch *Antkowiak/Gonza*, The American Convention on Human Rights, 2017, S. 29; *Pasqualucci*, The Practice and Procedure of the IACtHR, 2013, S. 193.

1419 So *Pasqualucci*, The Practice and Procedure of the IACtHR, 2013, S. 193.

1420 Vgl. *Novak*, RdC 392 (2018), 55 f.

berechtigte Person und Familienangehörige können lediglich bei Versterben des Opfers Ansprüche erben.¹⁴²¹ Sofern das Opfer allerdings durch die Menschenrechtsverletzung ums Leben gekommen ist, erkennt der Gerichtshof in der Regel jedenfalls direkte Familienangehörige als Opfer an. Diese können zunächst für das Leiden des verstorbenen Opfers immateriellen Schadensersatz erhalten.¹⁴²² Zusätzlich können sie vermittelt durch die Tötung ihres Angehörigen indirekte Opfer einer eigenen Menschenrechtsverletzung sein. Je nach Fallgestaltung sind sie im Recht auf geistige und moralische Unversehrtheit (“mental, and moral integrity”, Art. 5 Abs.1 IAMRK), dem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 8 IAMRK) oder dem Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 25 IAMRK) verletzt.¹⁴²³ Hinsichtlich einer Verletzung in Art. 5 Abs.1 IAMRK vermutet der Gerichtshof widerleglich, dass Familienangehörige durch die Tötung Angehöriger Schmerz, Leid, Hilflosigkeit und Verletzbarkeit empfinden.¹⁴²⁴ Diese Vermutung gilt nur zugunsten direkter Familienangehöriger.¹⁴²⁵ Entferntere

-
- 1421 IAGMR, *Case of Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico*, Urteil (Preliminary Objection, Merits, Reparations und Costs), 26. November 2010, Series C, No. 220, Rn. 212; *Pasqualucci*, *The Practice and Procedure of the IACtHR*, 2013, S. 193. Vgl. für eine Ausnahme allerdings IAGMR, *Case of Loayza-Tamayo v. Peru*, Urteil (Reparations und Costs), 27. November 1998, Series C, No. 42, Rn. 140–143.
 - 1422 *Burgorgue-Larsen*, Reparations, in: *The IACtHR*, 217, 226 (Rn. 10.05); vgl. auch eingehend zur Aufteilung der Schadenssumme *Pasqualucci*, *The Practice and Procedure of the IACtHR*, 2013, S. 239 f.
 - 1423 *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 290; vgl. in jüngerer Zeit IAGMR, *Manuela et al. v. El Salvador*, 2021, Series C, No. 441, Rn. 262 (Verletzung von Art. 5 Abs. 1 IAMRK); IAGMR, *Digna Ochoa and Family Members v. Mexico*, 2021, Series C, No. 447, Rn. 149 (Verletzung von Artt. 8 und 25 IAMRK).
 - 1424 IAGMR, *Case of Blake v. Guatemala*, Urteil (Reparation und Costs), 22. Januar 1999, Series C, No. 48, Rn. 56 f.; IAGMR, *Case of Kawas Fernández v. Honduras*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 3. April 2009, Series C, No. 196, Rn. 128; *Burgorgue-Larsen*, Reparations, in: *The IACtHR*, 217, 229 (Rn. 10.14); *Pasqualucci*, *The Practice and Procedure of the IACtHR*, 2013, S. 194. Diese Praxis begann erst mit der Entscheidung *Castillo Pérez* (IAGMR, *Castillo-Pérez v. Peru*, 1998, Series C, No. 43, Rn. 87–90) im Jahr 1998, *Novak*, RdC 392 (2018), 56.
 - 1425 Damit sind jedenfalls Ehepartner*in, Eltern und Kinder gemeint, *Pasqualucci*, *The Practice and Procedure of the IACtHR*, 2013, S. 236. Ob sich auch Geschwister des direkten Opfers auf die Vermutung einer Verletzung in Art. 5 Abs. 1 IAMRK berufen können, hat der Gerichtshof früher verneint, vgl. IAGMR, *Case of Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brazil*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 24. November 2010, Series C, No. 219, Rn. 237. Nunmehr spricht sich der Gerichtshof für die Anwendung der Vermutung zugunsten der Geschwister des Opfers aus, sofern sich nicht aus den Umständen des konkreten

Familienmitglieder oder andere Angehörige können allerdings den Nachweis erbringen, dass sie dem Opfer ebenso nahe gestanden haben wie direkte Familienmitglieder.¹⁴²⁶ Eine Verletzung Angehöriger in den Artt. 8 und 25 IAMRK setzt dagegen den tatsächlichen Nachweis voraus, dass die Angehörigen an überlangen oder ineffektiven Verfahren im Zusammenhang mit der unmittelbaren Menschenrechtsverletzung teilgenommen haben.¹⁴²⁷ Ungeachtet der Detailfragen zeigt sich in dieser Praxis des Gerichtshofs das Ziel, möglichst umfassend das entstandene Leid auszugleichen.

3. Höhe und Art des Ersatzes immaterieller Schäden

In ständiger Rechtsprechung bestimmt der IAGMR die Höhe des immateriellen Schadensersatzes nach richterlichem Ermessen und Prinzipien der Billigkeit.¹⁴²⁸ Insofern entspricht die Praxis des Gerichtshofs derjenigen anderer internationaler Spruchkörper.¹⁴²⁹ Allerdings ist Geld nicht die einzige Form der Wiedergutmachung, die der Gerichtshof Opfern einer Menschenrechtsverletzung zum Ausgleich immaterieller Schäden zukommen lässt. Der Gerichtshof ordnet zuweilen eine Wiedergutmachung immaterieller Schäden in Natur an, d. h. durch die Gewährung von Gütern oder

Einzelfalls etwas anderes ergibt, IAGMR, *Case of Gudiel Álvarez et al. ("Diario Militar") v. Guatemala*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 20. November 2012, Series C, No. 253, Rn. 286; zustimmend IAGMR, *Case of Osorio Rivera and family members v. Peru*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 26. November 2013, Series C, No. 274, Rn. 227.

1426 IAGMR, *Fernández v. Honduras* 2009, Series C, No. 196, Rn. 129; *Pasqualucci*, *The Practice and Procedure of the IACtHR*, 2013, S. 194.

1427 *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 290. Sofern sie dies getan haben, vermutet der Gerichtshof, dass ihnen aus diesen Verletzungen ein ersatzfähiger immaterieller Schaden erwachsen ist, *Pasqualucci*, *The Practice and Procedure of the IACtHR*, 2013, S. 236 f.

1428 Vgl. aus jüngerer Zeit IAGMR, *Case of Muelle Flores v. Peru*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 9. März 2019, Series C, No. 375, Rn. 262; so bereits IAGMR, *Case of the "Street Children" (Reparations und Costs)*, 2001, Series C, No. 77, Rn. 84.

1429 Vgl. IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 334 f. (Rn. 24); EGMR, *Abu Zubaydah v. Lithuania*, 2018, Beschwerde-Nr. 46454/11, Rn. 689; AfGMRRV, *Jibu Amir alias Mussa and Saidi Ally alias Mangaya v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 014/2015, Rn. 18.

Dienstleistungen.¹⁴³⁰ Zur Entschädigung immaterieller (und materieller) Schäden indigener Gemeinschaften modifizierte der IAGMR die Schadensersatzpflicht dahingehend, dass der Betrag in einen Entwicklungsfond eingezahlt werden muss.¹⁴³¹ Der Gerichtshof spricht der Gemeinschaft in diesen Fällen eine feste Summe zu, die diese über den Entwicklungsfond frei für ihre Zwecke verwenden kann.¹⁴³² Zusätzlich gleicht der Gerichtshof immaterielle Schäden durch weitergehende Anordnungen zur Genugtuung der Opfer aus.¹⁴³³ Das Ziel des Gerichtshofs ist jeweils eine möglichst umfassende Wiedergutmachung für die Opfer. Hierin zeigt sich erneut die starke Opferzentrierung des Verfahrens vor dem IAGMR.¹⁴³⁴

Hinsichtlich der Höhe der Entschädigungssummen fallen zwei Dinge auf. Erstens reduziert der Gerichtshof den immateriellen Schadensersatz nach eigenem Bekunden, wenn der beklagte Staat die Konventionsverletzung eingestanden hat.¹⁴³⁵ Zweitens soll der Gerichtshof bei einer höheren Opferzahl geringere Schadensersatzsummen auswerfen als in Verfahren mit wenigen Opfern,¹⁴³⁶ um die Umsetzbarkeit der Schadensersatzzahlungen zu gewährleisten.¹⁴³⁷ Diese Erwägung ist von besonderem Interesse, weil sie die allgemeine Erwägung zu den unterschiedlichen Interessenlagen zwischen Individualverfahren und zwischenstaatlichen Verfahren spiegelt.¹⁴³⁸ Zwar ist das Verfahren vor dem IAGMR einer Individualbeschwerde lediglich in bestimmten Aspekten angenähert.¹⁴³⁹ Gleichwohl geht er auf die Besonderheiten hoheitlicher Haftung ein, wenn der Gerichtshof die Ersatzpflicht des Staates angesichts der potentiell hohen Anzahl an Anspruchstel-

1430 Vgl. bspw. IAGMR, *Case of Vélez Loor v. Panama*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 23. November 2010, Series C, No. 218, Rn. 310.

1431 IAGMR, *Saramaka People v. Suriname*, 2007, Series C, No. 172, Rn. 201 f.; IAGMR, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, 2015, Series C, No. 309, Rn. 295.

1432 Vgl. hierzu näher Antkowiak/Gonza, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 299 f.

1433 Vgl. bspw. IAGMR, *Case of the "Street Children" (Reparations und Costs)*, 2001, Series C, No. 77, Rn. 84; IAGMR, *Case of Vélez Loor v. Panama*, 2010, Series C, No. 218, Rn. 310.

1434 Vgl. Antkowiak, *Stanford Journal of International Law* 47 (2011), 288–292.

1435 IAGMR, *Case of El Amparo v. Venezuela*, Urteil (Reparations und Costs), Series C, No. 28, Rn. 34; vgl. auch Novak, *RdC* 392 (2018), 144.

1436 So bspw. Antkowiak/Gonza, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 298; Stöckle, *Guarantees of Non-Repetition*, 2021, S. 74.

1437 Antkowiak/Gonza, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 298.

1438 Siehe hierzu oben unter § 2 C. II.

1439 Siehe hierzu oben unter § 9 A.

ler*innen begrenzen möchte.¹⁴⁴⁰ Allerdings lässt sich keiner der beiden behaupteten Faktoren zur Verminderung der Schadensersatzsumme in der Praxis des Gerichtshofs empirisch belegen.¹⁴⁴¹ Indes lässt sich der Rechtsprechung jedenfalls entnehmen, dass der IAGMR Abweichungen vom Grundsatz der vollständigen und individuellen Entschädigung für IAMRK-konform hält, wenn es die Anzahl an Menschenrechtsverletzungen unmöglich macht, vollständigen Ausgleich zu gewähren. Das ist insbesondere bei der Bewältigung des Unrechts einer Diktatur oder nach einem bewaffneten Konflikt der Fall.¹⁴⁴² Damit ist diese Überlegung – obgleich nicht empirisch – jedenfalls in der Argumentation des Gerichtshofs nachweisbar.

II. Das Lebensprojekt als Schadenskategorie

Eine einzigartige¹⁴⁴³ Ausprägung des völkerrechtlichen Schadensersatzrechts hat das inter-amerikanische System mit der Anerkennung eines Schadens am Lebensprojekt bzw. Lebensplan (*“proyecto de vida”*)¹⁴⁴⁴ erfahren. Mit der Entscheidung in *Loayza-Tamayo v. Peru* aus dem Jahr 1998 erkannte der Gerichtshof an, dass außerhalb der Kategorie des *lucrum cessans* ein Schaden entsteht, wenn eine Person ihren Lebensplan nicht verwirklichen kann.¹⁴⁴⁵ In diesem Fall hatte Peru eine Universitätsprofessorin des Hochverrats und Terrorismus beschuldigt, inhaftiert und schließlich zu einer langjährigen Haftstrafe verurteilt. Der Gerichtshof sah im Vorgehen Perus unter anderem Verletzungen der persönlichen Freiheit, der Justiz-

1440 Siehe hierzu oben unter § 2 C. II.

1441 Gonzalez-Salzberg, *Harvard Human Rights Journal* 34 (2021), 103 f.

1442 Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2015, S. 232 unter Verweis auf IAGMR, *Case of the Afro-Descendant Communities Displaced from the Cacarica River Basin (Operation Genesis) v. Colombia*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 20. November 2013, Series C, No. 270, Rn. 470.

1443 Cavallaro/Vargas/Sandoval/Duhaime/Bettinger-Lopez/Brewer/Guzmán/Naddeo, *Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System*, 2019, S. 839.

1444 Der Gerichtshof übersetzt den spanischen Begriff zuweilen als *“life project”* (so in IAGMR, *Gutiérrez-Soler v. Colombia, Merits*, 2005, Series C, No. 132, Rn. 87–89) und teils als *“life plan”* (so in IAGMR, *Loayza-Tamayo v. Peru, Reparations*, 1998, Series C, No. 42, Rn. 144–153) ins Englische.

1445 Vgl. IAGMR, *Loayza-Tamayo v. Peru, Reparations*, 1998, Series C, No. 42, Rn. 148.

garantien und des Rechts auf menschenwürdige Behandlung.¹⁴⁴⁶ Zur vollständigen Wiedergutmachung des daraus resultierenden Schadens griff der Gerichtshof auf die Figur der Beeinträchtigung des Lebensprojekts zurück, weil dem Opfer ein über die entgangenen Einnahmen hinausgehender Schaden entstanden sei. Dieser liege in der Verhinderung ihrer Selbstverwirklichung bzw. Selbsterfüllung.¹⁴⁴⁷ In einem Sondervotum begrüßten die Richter *Cançado Trindade* und *Abreu-Burelli* dieses neue Konzept als einen Ansatz zur Neugestaltung der Wiedergutmachung, der den Menschen in das Zentrum stellt.¹⁴⁴⁸

Allerdings kennzeichnet den Schaden am Lebensprojekt seit seiner Einführung eine unklare Rechtsprechungspraxis.¹⁴⁴⁹ Diese Unklarheit ist bereits in der ersten Entscheidung zu dem Konzept angelegt. In *Loayza-Tamayo v. Peru* erkannte der Gerichtshof zwar an, dass hierin ein eigener Schaden liege. Dieser sei aber zum Teil bereits durch den materiellen und den immateriellen Schadensersatz ausgeglichen und könne im Übrigen nur unzulänglich mit den Mitteln eines Gerichts vollständig wiedergutmacht werden.¹⁴⁵⁰ Damit zeigte der Gerichtshof bereits in dieser Entscheidung einen paradoxen Umgang mit dem Konzept, in dem er die Schadenskategorie anerkannte, ohne hierfür Ersatz anzuordnen.¹⁴⁵¹

Auch die folgenden Entscheidungen brachten keine Klarheit über den Umgang mit der Beeinträchtigung des Lebensplans. Zunächst erscheint die Beeinträchtigung des Lebensplans in späteren Entscheidungen in der Regel nicht als eigenständige Schadenskategorie.¹⁴⁵² *Pasqualucci* konstatiert, dass der Gerichtshof den Versuch einer innovativen neuen Schadenskategorie, wie er ihn in *Loayza-Tamayo* propagiert hatte, nunmehr aufgegeben ha-

1446 IAGMR, *Case of Loayza-Tamayo v. Peru*, Urteil (Merits), 17. September 1997, Series C, No. 33.

1447 IAGMR, *Loayza-Tamayo v. Peru*, *Reparations*, 1998, Series C, No. 42, Rn. 147 f.

1448 IAGMR, *Loayza-Tamayo v. Peru*, *Reparations*, Sondervotum der Richter *Cançado Trindade* und *Abreu-Burelli*, 1998, Series C, No. 42, Rn. 12.

1449 *Piacentini*, *La Réparation dans la Jurisprudence de la CIDH*, 2013, S. 119; vgl. auch *Ichim*, *Just Satisfaction*, 2015, S. 113 f.

1450 IAGMR, *Loayza-Tamayo v. Peru*, *Reparations*, 1998, Series C, No. 42, Rn. 154; bestätigt in IAGMR, *Gutiérrez-Soler v. Colombia*, *Merits*, 2005, Series C, No. 132, Rn. 89.

1451 Vgl. *Piacentini*, *La Réparation dans la Jurisprudence de la CIDH*, 2013, S. 118 f.

1452 *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 294 (Fn. 55).

be.¹⁴⁵³ Gegen eine solche weitgehende Schlussfolgerung spricht jedenfalls, dass die Begrifflichkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs bis heute fortlebt.¹⁴⁵⁴ Indessen ist die dogmatische Einordnung des Lebensprojekts weiterhin lebhaft umstritten. Aber unabhängig davon, ob die fehlende Verwirklichung des Lebensprojekts Schadensersatz, Naturalrestitution oder eine autonome Kategorie ist,¹⁴⁵⁵ fällt jedenfalls in der neuen Praxis des Gerichtshofs folgendes auf: Der Gerichtshof spricht keine gesonderten Summen oder Rechtsfolgen für diesen Schadensposten aus.¹⁴⁵⁶ Vielmehr finden sich in der richterlichen Rezeption der Beeinträchtigung des Lebensprojekts zwei Stränge:¹⁴⁵⁷ Zum einen soll der Schaden am Lebensprojekt durch zusätzliche Maßnahmen ausgeglichen werden.¹⁴⁵⁸ Zum anderen fin-

1453 Pasqualucci, The Practice and Procedure of the IACtHR, 2013, S. 246; in eine ähnliche Richtung tendieren Piacentini, La Réparation dans la Jurisprudence de la CIDH, 2013, S. 122 f. und Ichim, Just Satisfaction, 2015, S. 114.

1454 Vgl. jüngst IAGMR, *Case of Julien Grisonas Family v. Argentina*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 23. September 2021, Series C, No. 437, Rn. 308 und 310; IAGMR, *Manuela et al. v. El Salvador*, 2021, Series C, No. 441, Rn. 279 und 311. Unzutreffend insoweit Donoso, Inter-American Court of Human Rights' reparation judgments. Strengths and challenges for a comprehensive approach, *Revista IIDH* 49 (2009), 29–68, 53.

1455 Vgl. Novak, RdC 392 (2018), 137, der das Lebensprojekt nicht als eigenständige Schadenskategorie, sondern ein Hilfsmittel zur vollen Erfassung und Wiedergutmachung des erlittenen Schadens begreift; für eine Einordnung als autonome Kategorie wohl Burgorgue-Larsen, Reparations, in: The IACtHR, 217, 229 und 230 f. (Rn. 10.15 und 10.18); für einen Unterfall des immateriellen Schadensersatzes Piacentini, La Réparation dans la Jurisprudence de la CIDH, 2013, S. 122 f.; Cavallaro/Vargas/Sandoval/Duhaime/Bettinger-Lopez/Brewer/Guzmán/Naddeo, Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System, 2019, S. 839.

1456 Vgl. jüngst IAGMR, *Julien Grisonas Family v. Argentina*, 2021, Series C, No. 437, Rn. 308 f. und 310 f.; IAGMR, *Manuela et al. v. El Salvador*, 2021, Series C, No. 441, Rn. 311; so bereits IAGMR, *Gutiérrez-Soler v. Colombia*, Merits, 2005, Series C, No. 132, Rn. 89.

1457 Ähnlich Stöckle, Guarantees of Non-Repetition, 2021, S. 67 f.

1458 Pasqualucci, The Practice and Procedure of the IACtHR, 2013, S. 245 f. unter Verweis auf IAGMR, *Case of Ibsen Cárdenas and Ibsen Peña v. Bolivia*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 1. September 2010, Series C, No. 217, Rn. 277. Das Gericht ordnet beispielsweise zur Wiedergutmachung eine zusätzliche Leistung, wie die Zahlung eines Stipendiums zur Verwirklichung des Lebensplans (IAGMR, *Cantoral-Benavides v. Peru*, Reparations, 2001, Series C, No. 88, Rn. 80) oder die Gewährung psychologischer und psychiatrischer Behandlungen an (IAGMR, *Gutiérrez-Soler v. Colombia*, Merits, 2005, Series C, No. 132, Rn. 101, der IAGMR erlegte Kolumbien unter Hinweis auf den Schaden am Lebensplan des Opfers auch die Verbreitung der wesentlichen Teile des Urteils des IAGMR auf, ebd. Rn. 105).

det die Beeinträchtigung des Lebensprojekts im Rahmen des Umfangs des immateriellen Schadensersatzes Berücksichtigung.¹⁴⁵⁹ Beide Aspekte treten auch zusammen auf.¹⁴⁶⁰ Dieser Befund legt nahe, dass die Beeinträchtigung des Lebensprojekts vor allem eine Figur zur vollständigen Erfassung des eingetretenen Schadens ist, ohne auf eine bestimmte Form der Wiedergutmachung festgelegt zu sein.¹⁴⁶¹ Für dieses Verständnis spricht zusätzlich, dass der Gerichtshof die Verwirklichung des Lebensplans in einer Entscheidung als ultimatives Ziel der Maßnahmen zur Wiedergutmachung angibt. Mit anderen Worten soll die Wiedergutmachung die Verwirklichung des Lebensprojekts ermöglichen.¹⁴⁶² Damit lässt sich bei allen verbleibenden Unklarheiten festhalten, dass sich diese Figur als eine Besonderheit des inter-amerikanischen Menschenrechtssystems erweist. Sie dient gerade dazu, eine vollständige Wiedergutmachung zu leisten. Dabei ist aus der Sicht des übergreifenden Themas der Arbeit, Privatrechtsanalogien im Völkerrecht, bemerkenswert, wie die Einführung des Konzepts der Beeinträchtigung des Lebensplans begleitet worden ist. Denn die Richter *Cançado Trindade* und *Abreu-Burelli* sahen hierin gerade eine Abkehr von der privatrechtsanalogen Konzeption der Folgen der Staatenverantwortlichkeit hin zu einem dem Menschenrechtsschutz entsprechenden System der Wiedergutmachung.¹⁴⁶³ Aus dieser Zielrichtung lässt sich vielleicht auch die uneinheitliche Handhabung des Konzepts erklären: Der Gerichtshof versuchte die Quadratur des Kreises mit der Einführung eines menschenzentrierten Konzepts im Rahmen eines privatrechtlich, d. h. hier vermögensrechtlich, geprägten Rechtsfolgenregimes.¹⁴⁶⁴

1459 So beispielsweise in jüngerer Zeit IAGMR, *Case of Álvarez Ramos v. Venezuela*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 30. August 2019, Series C, No. 380, Rn. 225 (in casu lehnte der Gerichtshof allerdings einen solchen Schaden mangels entsprechenden Nachweises ab); IAGMR, *Julien Grisonas Family v. Argentina*, 2021, Series C, No. 437, Rn. 308–311; ebenso zuvor in IAGMR, *Case of the "Las Dos Erres" Massacre v. Guatemala*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 24. November 2009, Series C, No. 211, Rn. 293; IAGMR, *Case of the "Street Children" (Reparations and Costs)*, 2001, Series C, No. 77, Rn. 89 f.

1460 IAGMR, *Manuela et al. v. El Salvador*, 2021, Series C, No. 441, Rn. 279 und 311.

1461 So auch *Novak*, RdC 392 (2018), 137; in eine ähnliche Richtung tendiert *Madrigal-Borloz*, *Damages and Redress*, in: Ulrich/Krabbe Boserup (Hrsg.), *Human Rights in Development Yearbook 2001*, 2001, 211–274, 235.

1462 IAGMR, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, 2015, Series C, No. 309, Rn. 272.

1463 IAGMR, *Loayza-Tamayo v. Peru*, *Reparations*, Sondervotum der Richter Cançado Trindade und Abreu-Burelli, 1998, Series C, No. 42, Rn. 7–12.

1464 Vgl. *Piacentini*, *La Réparation dans la Jurisprudence de la CIDH*, 2013, S. 119.

III. Das Urteil als Genugtuung per se

Bei immateriellen Schäden spricht der IAGMR nicht nur finanzielle Entschädigungen zu, sondern auch Maßnahmen nicht finanzieller Natur zur Genugtuung.¹⁴⁶⁵ Zu den Maßnahmen der Genugtuung zählt auch eine Rechtsfolge, die an die entschädigende Feststellung des EGMR¹⁴⁶⁶ erinnert: das Urteil als Genugtuung per se. Wann der IAGMR die Genugtuungsfunktion des Urteils ausreichen lässt, zeigt der Fall „*Street Children*“ v. *Guatemala* anschaulich. Der Fall betraf die Entführung, Folter und Tötung obdachloser Jugendlicher und Heranwachsender durch guatemaltekeische Sicherheitsbeamte und die unzureichenden staatlichen Maßnahmen zur Aufklärung dieser Taten.¹⁴⁶⁷ Zu der Frage, ob das hierdurch hervorgerufene Leid bereits durch das Urteil ausgeglichen sei, merkte der IAGMR an:

“This Court, as other international tribunals, has repeatedly indicated that a judgment of condemnation may be, per se, a form of compensation for nonpecuniary damage. However, owing to the grave circumstances of the instant case, the intensity of the suffering that the respective facts caused to the direct victims and their next of kin, and also the other consequences of a non-pecuniary nature that they caused the latter, the Court considers that, in fairness, it must order the payment of compensation for non-pecuniary damage.”¹⁴⁶⁸

Aus diesem Ausschnitt folgt, dass unter der IAMRK das stattgebende Urteil als solches Genugtuung bietet.¹⁴⁶⁹ Die genugtuende Wirkung des Urteils

1465 Vgl. *Burgorgue-Larsen*, Reparations, in: The IACtHR, 217, 233 (Rn. 10.23).

1466 Siehe hierzu näher (insbesondere zur Begründung der Begriffswahl) oben unter § 8 B.

1467 Vgl. zum festgestellten Sachverhalt IAGMR, *Case of the “Street Children” (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala*, Urteil (Merits), 19. November 1999, Series C, No. 63, Rn. 76–121.

1468 IAGMR, *Case of the “Street Children” (Reparations und Costs)*, 2001, Series C, No. 77, Rn. 88 (Nachweise entfernt); vgl. vorher bereits IAGMR, *Blake v. Guatemala (Reparation und Costs)*, 1999, Series C, No. 48, Rn. 55. Eine ähnliche Wendung findet sich bereits in IAGMR, *Case of Neira-Alegría et al. v. Peru*, Urteil (Reparations und Costs), 19. September 1996, Series C, No. 29, Rn. 56 unter Hinweis auf die Praxis des EGMR zur entschädigenden Feststellung.

1469 Vgl. aus jüngerer Zeit bspw. IAGMR, *Muelle Flores v. Perú*, 2019, Series C, No. 375, Rn. 267. Allerdings gewährte der IAGMR *in casu* dennoch eine finanzielle Entschädigung.

nimmt der IAGMR mittlerweile in den operativen Teil des Urteils auf.¹⁴⁷⁰ Sie ist folglich eine eigenständige Rechtsfolge, wie die entschädigende Feststellung unter der EMRK.¹⁴⁷¹ Außerdem zeigt diese Passage, dass das Urteil als alleiniger Ersatz ausreichen kann, ganz wie in der Praxis des EGMR. Zugleich nennt der IAGMR die Voraussetzung für eine solche Rechtsfolge: Die Verletzung darf nicht zu schwer wiegen.¹⁴⁷² Wann dies der Fall ist bzw. ob der Gerichtshof dieses Kriterium konsistent angewendet hat, untersucht dieser Abschnitt. Vorausgeschickt werden kann, dass der IAGMR in der Regel wegen der Schwere der Verletzungen eine finanzielle Entschädigung für erforderlich hält.¹⁴⁷³

In einigen wenigen Fällen lehnte der Gerichtshof eine finanzielle Entschädigung ab und erachtete das Urteil per se als eine ausreichende Genugtuung. Dies betraf zunächst Fälle zur konventionswidrigen Verhängung der Todesstrafe.¹⁴⁷⁴ Dabei stellte der Gerichtshof einen klaren Bezug zwischen der genugtuenden Funktion des Urteils und immateriellen Schäden her.¹⁴⁷⁵ Allerdings blieb das Urteil nicht die einzige Rechtsfolge der Konventionsverletzungen. Vielmehr ordnete der Gerichtshof zusätzlich umfassende weitergehende Maßnahmen an, wie eine vollständige Wiederaufnahme des Verfahrens¹⁴⁷⁶ oder die Neuverhandlung über das Strafmaß.¹⁴⁷⁷ Jeweils untersagte der IAGMR die erneute Verhängung der Todesstrafe. Zur Begründung dieses Umgangs mit immateriellen Schäden verwies der Gerichtshof lediglich auf Entscheidungen, in denen er zusätzlich eine finanzielle Entschädigung gewährt hatte.¹⁴⁷⁸ Damit blieben die Beweggründe für das

1470 Vgl. aus jüngerer Zeit bspw. IAGMR, *Ríos Avalos et al. v. Paraguay*, 2021, Series C, No. 429, S. 58 (Nr. 4 des operativen Teils des Urteils); siehe auch den Nachweis unten in Fn. 1492.

1471 Siehe hierzu bereits oben unter § 8 B. I.

1472 Vgl. auch *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 296; *Pasqualucci*, The Practice and Procedure of the IACtHR, 2013, S. 229, 238.

1473 Vgl. *Burgorgue-Larsen*, Reparations, in: The IACtHR, 217, 233 f. (Rn. 10.24); *Piacentini*, La Réparation dans la Jurisprudence de la CIDH, 2013, S. 262.

1474 Vgl. *Burgorgue-Larsen*, Reparations, in: The IACtHR, 217, 234 (Rn. 10.24).

1475 Vgl. IAGMR, *Case of Fermín Ramírez v. Guatemala*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 20. Juni 2005, Series C, No. 126, Rn. 130; IAGMR, *Case of Raxcacó-Reyes v. Guatemala*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 15. September 2005, Series C, No. 133, Rn. 131.

1476 Vgl. IAGMR, *Fermín Ramírez v. Guatemala*, 2005, Series C, No. 126, Rn. 130.

1477 Vgl. IAGMR, *Raxcacó-Reyes v. Guatemala*, 2005, Series C, No. 133, Rn. 133.

1478 Vgl. IAGMR, *Case of the Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 1. März 2005, Series C, No. 120, Rn. 157–161; IAGMR, *Case of Huilca-Tecse v. Peru*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 3. März 2005,

Absehen von einer finanziellen Entschädigung unklar. Dass die (geringe) Schwere der Verletzung nicht unmittelbar als Grund überzeugt, belegt ein Blick auf die Entscheidung *Raxcacó-Reyes v. Guatemala*. Obwohl der Gerichtshof ausdrücklich die post-traumatischen Belastungen wegen der Verhängung der Todesstrafe und die menschenunwürdigen Haftbedingungen feststellte, sollten das Urteil sowie die weitergehenden Maßnahmen im Urteil genügen.¹⁴⁷⁹ Es ist nur schwer einzusehen, dass diese immateriellen Schäden geringfügig gewesen sind, wie der IAGMR für das Genügen des Urteils als Genugtuung verlangt.¹⁴⁸⁰ Noch dazu hatte das Opfer für diese Schäden ausdrücklich eine finanzielle Entschädigung beantragt.¹⁴⁸¹

Dagegen ließe sich dem Gerichtshof unterstellen, dass er dem Opfer eine finanzielle Entschädigung verwehrte, weil er ein Kind entführt hatte.¹⁴⁸² Insoweit ließe sich hier eine Parallele zu der oben beim EGMR verworfenen Fallgruppe der moralischen Verurteilung des Opfers ziehen.¹⁴⁸³ Ebenso könnte der Einwand Guatemalas, angesichts seiner Haushaltslage keine finanzielle Entschädigung gewähren zu können,¹⁴⁸⁴ durchgedrungen sein. Beide Begründungsstränge laufen darauf hinaus, dass eine finanzielle Entschädigung gegenüber dem Staat und dessen Gesellschaft schwer vermittelbar gewesen wäre. Das Kriterium der Schwere der Verletzung, wie es in der Rechtsprechung des IAGMR wiederholt durchscheint,¹⁴⁸⁵ wäre jedenfalls nicht maßgeblich gewesen.

An dieser Bewertung ändert sich nicht viel, sofern man einen späteren Eigenerklärungsversuch des Gerichtshofs miteinbezieht. In der Entscheidung *Barreto Leiva v. Venezuela* behandelte der Gerichtshof die konven-

Series C, No. 121, Rn. 97–101; IAGMR, *Case of Caesar v. Trinidad and Tobago*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 11. März 2005, Series C, No. 123, Rn. 126–128.

1479 IAGMR, *Raxcacó-Reyes v. Guatemala*, 2005, Series C, No. 133, Rn. 131.

1480 Siehe die Nachweise oben in Fn. 1468 f.

1481 Vgl. IAGMR, *Raxcacó-Reyes v. Guatemala*, 2005, Series C, No. 133, Rn. 124.

1482 Der IAGMR beanstandete den Schuldspruch nicht, vgl. IAGMR, *Raxcacó-Reyes v. Guatemala*, 2005, Series C, No. 133, Rn. 43(7)-(11) und Rn. 111–113.

1483 Siehe hierzu oben unter § 8 B. II. 4. d).

1484 Vgl. IAGMR, *Raxcacó-Reyes v. Guatemala*, 2005, Series C, No. 133, Rn. 127.

1485 Vgl. bspw. aus jüngerer Zeit die Ausführungen in der Entscheidung *Vera Rojas et al. v. Chile*, in welcher der Gerichtshof zwar auf die genugtuende Wirkung einer gerichtlichen Feststellung der Rechtsverletzung hinweist, sodann aber unter Hinweis auf die Umstände des Falls und das Leiden der Opfer eine finanzielle Entschädigung gewährt, vgl. IAGMR, *Case of Vera Rojas et al. v. Chile*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 1. Oktober 2021, Series C, No. 439, Rn. 181 f.

tionswidrige Verurteilung Herrn Barreto Leivas zu einer Freiheitsstrafe wegen seiner angeblichen Beteiligung an einer schweren Form der Haushaltsuntreue.¹⁴⁸⁶ Bei der Frage der ausreichenden Genugtuung durch das Urteil wies der IAGMR darauf hin, dass in seinen früheren Entscheidungen die Todesstrafe nicht vollstreckt worden ist.¹⁴⁸⁷ Damit bot der IAGMR eine nachträgliche Erklärung seiner früheren Praxis an.¹⁴⁸⁸ Ob dieser Gesichtspunkt es rechtfertigt, in dem Fall *Barreto Leiva v. Venezuela* eine Geldentschädigung zu gewähren¹⁴⁸⁹ und sie in den Fällen einer verhängten Todesstrafe zu verwehren, erscheint zweifelhaft. Denn ein immaterieller Schaden liegt bereits im Erwarten der späteren Hinrichtung. Diese Verletzung dürfte auch deutlich schwerer wiegen als eine konventionswidrige Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe, sodass in den Fällen zur Todesstrafe erst recht eine Geldentschädigung gewährt werden müsste. Deshalb scheint ein anderer Aspekt bedeutender zu sein. In dem Fall *Barreto Leiva v. Venezuela* stand die Schuld des Opfers nicht fest.¹⁴⁹⁰ Ergo ist die Berücksichtigung der strafrechtlichen Schuld des Opfers die einzige plausible Erklärung für das Absehen von einer Geldentschädigung in den Fällen zur Todesstrafe. In eine ähnliche Richtung deutet eine Entscheidung zur Tötung des Mitglieds einer terroristischen Vereinigung, in welcher der Gerichtshof eine finanzielle Entschädigung immaterieller Schäden ablehnte.¹⁴⁹¹ Diese Entscheidungspraxis stellt die Schwere der Verletzung als Unterscheidungskriterium nachhaltig in Frage.

Allerdings sind die Rechtsprechungsfälle, die eine finanzielle Entschädigung immaterieller Schäden ablehnen, nicht auf das Umfeld der Todesstrafe oder die Tötung von Terroristen beschränkt. Unter Einbeziehung dieser weiteren Entscheidungen erscheint es plausibel, dass der IAGMR grundsätzlich ein Schwerekriterium anwendet. So erachtete der IAGMR in *“The Last Temptation of Christ” v. Chile* das Urteil als eine ausreichende Entschädigung für den immateriellen Schaden der Verletzten, ohne dies

1486 Vgl. IAGMR, *Case of Barreto Leiva v. Venezuela*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 17. November 2009, Series C, No. 206, Rn. 22.

1487 Vgl. IAGMR, *Barreto Leiva v. Venezuela*, 2009, Series C, No. 206, Rn. 140.

1488 Vgl. *Burgorgue-Larsen*, Reparations, in: The IACtHR, 217, 234 (Rn. 10.24).

1489 Vgl. IAGMR, *Barreto Leiva v. Venezuela*, 2009, Series C, No. 206, Rn. 148.

1490 Vgl. IAGMR, *Barreto Leiva v. Venezuela*, 2009, Series C, No. 206, Rn. 129.

1491 IAGMR, *Case of Cruz Sánchez et al. v. Peru*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 17. April 2015, Series C, No. 292, Rn. 483.

freilich in den operativen Teil der Entscheidung aufzunehmen.¹⁴⁹² Dabei verweist der Gerichtshof auf eine frühere Entscheidung, in der das Urteil als solches gerade keine ausreichende Entschädigung geboten hatte.¹⁴⁹³ Im Fall hatte Chile gegen Artt. 13, 1 und 2 IAMRK verstoßen, indem es die Aufführung des Films „The Last Temptation of Christ“ unterbunden hatte.¹⁴⁹⁴ Der Gerichtshof verpflichtete Chile zu innerstaatlichen Reformen, um die Aufführung des Films zu ermöglichen.¹⁴⁹⁵ Wendet man die oben herausgearbeiteten Fallgruppen der entschädigenden Feststellung im Rahmen der EMRK auf diese Entscheidung an, scheint das Absehen von einer finanziellen Entschädigung durch die Geringfügigkeit der Verletzungsfolgen motiviert zu sein. Denn für die betroffenen Individuen waren die konkreten Auswirkungen der Konventionsverletzungen eher gering. Etwas mehr Klarheit darüber, wann eine Verletzung so geringfügig ist, dass das Urteil als Genugtuung genügt, verschafft die weitere Rechtsprechung. So erachtete der IAGMR das Urteil, gepaart mit Garantien der Nichtwiederholung, auch dann als ausreichende Genugtuung, wenn Verletzungen der körperlichen Integrität (Art. 5 Abs. 1 IAMRK) und des Rechts, Informationen zu erhalten, zu empfangen und zu übermitteln (Art. 13 Abs. 1 IAMRK)¹⁴⁹⁶ in Rede standen. Mit der körperlichen Integrität sind deutlich schwerer wiegende Verletzungen betroffen, als sie unter dem EGMR in dieser Fallgruppe anzutreffen wären. Deshalb dürfte es wohl zu weitgehend sein, dass der IAGMR nur bei rein nominalen Verletzungen des Rufes das Urteil für eine ausrei-

1492 Vgl. IAGMR, *Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 5. Februar 2001, Series C, No. 73, Rn. 99. In späteren Entscheidungen wurde dies jedoch in den operativen Teil aufgenommen, vgl. IAGMR, *Raxcacó-Reyes v. Guatemala*, 2005, Series C, No. 133, Ziffer 4 des operativen Teils.

1493 Vgl. IAGMR, *Case of Suárez-Rosero v. Ecuador*, Urteil (Reparations und Costs), 20. Januar 1999, Series C, No. 44, Rn. 67 und 72.

1494 Vgl. IAGMR, *Case of “The Last Temptation of Christ” v. Chile*, 2001, Series C, No. 73, Rn. 2, 73, 90.

1495 Vgl. IAGMR, *Case of “The Last Temptation of Christ” v. Chile*, 2001, Series C, No. 73, Rn. 97 f. und Ziffer 4 des operativen Teils des Urteils.

1496 Vgl. IAGMR, *Case of Perozo et al. v. Venezuela*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 28. Januar 2009, Series C, No. 195, Rn. 362, 413, 416; IAGMR, *Case of Ríos et al. v. Venezuela*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs), 28. Januar 2009, Series C, No. 194, Rn. 334, 403–406. Die Verfahren betrafen jeweils Angriffe auf und Behinderungen von Fernsehsendern und ihrer Angestellten.

chende Genugtuung hält.¹⁴⁹⁷ Gleichwohl ist der Rechtsprechung insgesamt eine Unterscheidung anhand der Schwere der Konventionsverletzung, wie sie der Gerichtshof selbst behauptet hat,¹⁴⁹⁸ zu entnehmen. Das deckt sich grundsätzlich mit der Praxis unter der EMRK, weil die geringe Schwere der Konventionsverletzung der Kerngedanke hinter der entschädigenden Feststellung unter der EMRK ist.¹⁴⁹⁹

Der IAGMR hielt das Urteil auch in solchen Fällen für eine ausreichende Genugtuung, in denen die Opfer keinen Schadensersatz beantragt haben.¹⁵⁰⁰ Der IAGMR beschränkte sich allerdings nicht hierauf. Unter der Rubrik der Garantien der Nichtwiederholung ordnete der Gerichtshof weitergehende Maßnahmen, wie die Umwandlung einer Todes- in eine Freiheitsstrafe an.¹⁵⁰¹ Allerdings lassen sich diese Fälle nicht darauf reduzieren, dass es an einem Antrag fehlte. Der Gerichtshof kann Anordnungen nach Art. 63 Abs. 1 IAMRK auch *proprio motu* treffen.¹⁵⁰² Wenn der IAGMR hiervon gleichwohl absieht, deutet dies auf seine Einschätzung hin, dass das Opfer keiner Geldentschädigung bedürfe.¹⁵⁰³

Insgesamt zeigt sich damit eine mit dem EGMR in gewissem Umfang vergleichbare Praxis, bei weniger schwerwiegenden Verletzungen die Feststellung einer Menschenrechtsverletzung einer finanziellen Entschädigung vorzuziehen. Von dieser Möglichkeit macht der IAGMR deutlich seltener Gebrauch als der EGMR. Aus dem Raster fällt die besprochene Praxis, im Falle strafrechtlich Verurteilter oder terroristisch aktiver Opfer eine Entschädigung in Geld zu verweigern. Diese Praxis sieht sich der Kritik ausgesetzt, dass nicht einzusehen ist, warum manche Opfer einer Men-

1497 So allerdings *Moyano García*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 510 f.

1498 Siehe hierzu bereits oben die zitierte Passage aus „*Street Children*“ v. *Guatemala* auf S. 306.

1499 Siehe hierzu oben auf S. 280.

1500 Vgl. IAGMR, *Case of Boyce et al. v. Barbados*, Urteil (Preliminary Objects, Merits, Reparations und Costs), 20. November 2007, Series C, No. 169, Rn. 125 f.; IAGMR, *López Mendoza v. Venezuela*, 2011, Series C, No. 233, Rn. 235. Indes ging es in *Boyce et al. v. Barbados* tatsächlich auch um konventionswidrig verhängte Todesstrafen.

1501 Vgl. IAGMR, *Boyce et al. v. Barbados*, 2007, Series C, No. 169, Rn. 127.

1502 Hiervon macht der Gerichtshof allerdings selten Gebrauch, *Cavallaro/Vargas/Sandoval/Duhaime/Bettinger-Lopez/Brewer/Guzmán/Naddeo*, *Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System*, 2019, S. 838.

1503 So wohl in IAGMR, *López Mendoza v. Venezuela*, 2011, Series C, No. 233, Rn. 235; in diese Richtung auch die Deutung der Entscheidung bei *Pasqualucci*, *The Practice and Procedure of the IACtHR*, 2013, S. 238.

schenrechtsverletzung “leer ausgehen” sollen.¹⁵⁰⁴ Jedoch trifft der Gerichtshof – anders als der EGMR – in diesen Fällen in der Regel nicht finanzielle Anordnungen. Das relativiert den Einwand, die Opfer würden “leer ausgehen” erheblich. Hiervon abgesehen zeigt sich eine gemeinsame Grundlinie zwischen IAGMR und EGMR, nur oberhalb einer gewissen Schwere der Menschenrechtsverletzung einen immateriellen Schaden in Geld zu ersetzen.

C. Gründe für die Unterschiede zum EGMR

Die Behandlung immaterieller Schäden vor dem IAGMR weist einige Unterschiede zur Praxis des EGMR auf. Zuerst fallen das jedenfalls scheinbar umfassendere Verständnis des immateriellen Schadens¹⁵⁰⁵ sowie die großzügige Entschädigungspraxis gegenüber Angehörigen der direkten Opfer auf.¹⁵⁰⁶ Besonders auffällig ist die Schaffung eines neuartigen Konzepts im Rahmen des Schadensersatzes, das Lebensprojekt.¹⁵⁰⁷ Die genutzte Wirkung des Urteils ist vor dem IAGMR eher ein Randphänomen¹⁵⁰⁸ und nimmt eine weitaus geringere Rolle ein als im europäischen Menschenrechtsschutzsystem.¹⁵⁰⁹ Grob vereinfachend ist es sicherlich richtig, den Ansatz des IAGMR zur Wiedergutmachung immaterieller Schäden insgesamt als umfassender gegenüber der Praxis des EGMR zu bezeichnen. Im ersten Zugriff erklärt die im Vergleich zu Art. 41 EMRK weite Formulierung des Art. 63 Abs. 1 IAGMR diese Entwicklung.¹⁵¹⁰ Allerdings kann der Unterschied dieser Normen nicht vollständig erklären, warum sich beide Gerichtshöfe derart unterschiedlich entwickelt haben.

Vielmehr ist zunächst die institutionelle Struktur des Rechtsschutzes ein wesentlicher Erklärungsfaktor für die unterschiedliche Praxis. Während

1504 Vgl. in diese Richtung *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 297 f.

1505 Siehe hierzu oben unter § 9 B. I. 1.

1506 Siehe hierzu oben unter § 9 B. I. 2.

1507 Siehe hierzu oben unter § 9 B. II.

1508 Siehe hierzu oben unter § 9 B. III.

1509 Siehe hierzu oben unter § 8 B. sowie unten unter § 13 A. II. 1. a).

1510 Vgl. *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 288; *Novak*, RdC 392 (2018), 73 f.; vgl. aber für eine Auslegung des Art. 41 EMRK, die Raum für weitergehende Anordnungen des EGMR lässt *Antkowiak*, *Stanford Journal of International Law* 47 (2011), 320.

der EGMR in Individualbeschwerden unterzugehen droht,¹⁵¹¹ kommen verhältnismäßig wenige Fälle vor den IAGMR. Diese Verfahren betreffen in der Regel paradigmatische Fälle systematischer Menschenrechtsverletzungen.¹⁵¹² Weil diese Fälle eine Vielzahl an Menschen über die am Verfahren beteiligten Opfer hinaus betreffen, versucht der Gerichtshof mit seinen Entscheidungen zusätzlich zur Hilfe für die individuellen Opfer, die dahinterliegenden systematischen Menschenrechtsverletzungen abzustellen. Dabei bot die relativ geringe Anzahl an Fällen zeitlich und personell die Gelegenheit, möglichst umfassend Wiedergutmachung anzuordnen und deren Befolgung zu überwachen.¹⁵¹³ Im Gegensatz dazu erreichen den EGMR unzählige Individualbeschwerden, welche der EGMR binnen angemessener Zeit nur kaum jeweils so umfassend verbescheiden könnte wie der IAGMR.¹⁵¹⁴

Zugleich prägt die Schwere der streitgegenständlichen Menschenrechtsverletzungen die Praxis des IAGMR.¹⁵¹⁵ *Burgorgue-Larsen* beschreibt diese Lage sinnfällig mit den Worten: “exceptional crimes justify exceptional reparations”¹⁵¹⁶. Dementsprechend war eine Beschränkung auf rein finanzielle Entschädigungen ebenso wenig eine Option wie ein enges Verständnis immaterieller Schäden. Auch die Einführung des Konzepts des Lebensprojekts ist ungeachtet aller Unklarheiten über seine Rechtsfolgen ein Ausfluss dieser Realität.

Die Zusammenstellung der Fälle erklärt auch, warum die Feststellung der Konventionsverletzung im inter-amerikanischen Menschenrechtssystem eine andere Rolle spielt als vor dem EGMR. Der EGMR greift auf die entschädigende Feststellung als ein *Aliud* zur Geldentschädigung zurück, wenn die Menschenrechtsverletzungen weniger schwer wiegen.¹⁵¹⁷ Solche Fälle sind vor dem IAGMR schon aus strukturellen Gründen seltener,¹⁵¹⁸ aber auch nicht vollständig abwesend.¹⁵¹⁹ Daher ist es folgerichtig, dass das

1511 Siehe hierzu den Nachweis unten in Fn. 2137.

1512 Siehe hierzu oben unter § 9 A.

1513 *Antkowiak*, *Columbia Journal of Transnational Law* 46 (2008), 365.

1514 Vgl. auch zu Zweifeln an der Übertragbarkeit der Erfahrungen des IAGMR auf den EGMR *Ichim*, *Just Satisfaction*, 2015, S. 20 f.

1515 *Stöckle*, *Guarantees of Non-Repetition*, 2021, S. 28, 31, 33.

1516 *Burgorgue-Larsen*, *Reparations*, in: *The IACtHR*, 217, 224 (Rn. 10.01).

1517 Siehe hierzu oben auf S. 280.

1518 *Blake*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 396.

1519 Vgl. *Ragone*, *The Inter-American System of Human Rights: Essential Features*, in: von Bogdandy/Ferrer Mac-Gregor/Morales Antoniazzi/Piovesan/Soley (Hrsg.), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, 2017, 279–300, 294, nach der

Genügen einer Feststellung der Rechtsverletzung eine Ausnahme vor dem IAGMR bleibt. Angesichts der Seltenheit solche Fälle ist es jedoch bemerkenswert, dass sich der Gerichtshof gleichwohl von der Praxis des EGMR hat inspirieren lassen.¹⁵²⁰ Jedenfalls dürfte die rechtliche Grundlage dieser Praxis, wie schon beim EGMR, in der Öffnung des Art. 63 Abs. 1 IAMRK für Billigkeitgesichtspunkte (“if appropriate”) liegen.¹⁵²¹

Insgesamt deutet sich damit nach den §§ 8 und 9 eine Entwicklung an, immaterielle Schäden im Individualrechtsschutz nur oberhalb einer (für jedes Rechtsschutzsystem gesondert festzustellenden) Schwelle in Geld zu ersetzen.

sich unter den Fällen des Gerichtshofs sowohl schwerwiegende und massenhafte Menschenrechtsverletzungen finden, als auch solche Verletzungen, die in stabilen demokratischen Rechtsordnungen auftreten.

1520 Vgl. die Bezugnahmen auf Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich der entschädigenden Wirkung der Feststellung einer Menschenrechtsverletzung durch ein Urteil bspw. in IAGMR, *Case of the “Street Children” (Reparations und Costs)*, 2001, Series C, No. 77, Rn. 88 (Fn. 80); vgl. auch *Saul*, Compensation for Unlawful Death in International Law: A Focus on the Inter-American Court of Human Rights, *American University International Law Review* 19 (2004), 523–585, 555.

1521 Siehe oben unter § 8 C.

§ 10 Immaterielle Schäden vor dem AfGMRRV

Sowohl der EGMR als auch der IAGMR entschädigen, mit Nuancen im Detail, immaterielle Schäden mit der feststellenden Wirkung des Urteils.¹⁵²² Auch dem AfGMRRV ist eine solche Rechtsfolge nicht vollkommen fremd, wie im Folgenden zu zeigen sein wird. Um jedoch die Urteilsaussprüche dieses Gerichtshofs einordnen zu können, wird dessen Rechtsschutzsystem zunächst näher umrissen (A.), um sodann die Praxis zu immateriellen Schäden nachzuvollziehen (B.). Die Ergebnisse dieser Untersuchung sind sodann mit der Praxis des EGMR und des IAGMR ins Verhältnis zu setzen (C.).

A. Struktur des Rechtsschutzes im afrikanischen Menschenrechtssystem

Im Gegensatz zu den beiden bisher behandelten Gerichtshöfen, die sich jeweils im Wesentlichen auf *ein* Vertragsdokument stützen können,¹⁵²³ sind die vertraglichen Grundlagen des AfGMRRV unübersichtlicher. Die materiellen Gewährleistungen finden sich zu einem Großteil in der AfCMRRV.¹⁵²⁴ Zum Schutze der Gewährleistungen aus dieser Charta sah diese selbst zunächst nur eine Kommission (die AfKMRRV) vor.¹⁵²⁵ Letztere soll bei der folgenden Untersuchung außer Betracht bleiben, weil sie die Bestimmung einer Schadensersatzsumme regelmäßig den nationalen Behörden überlässt.¹⁵²⁶ Erst 1998 wurde sie mit dem Protokoll zur Errich-

1522 Siehe hierzu oben unter § 8 B. und § 9 B. III.

1523 Allerdings sind sowohl die EMRK als auch die IAMRK später ergänzt oder verändert worden.

1524 Allerdings kann der Gerichtshof gem. Art. 3 Protokoll AfGMRRV auch über die Verletzungen anderer Menschenrechtsverträge entscheiden, wie insbesondere dem IPBürgPR, vgl. hierzu *Murray*, *The Human Rights Jurisdiction of the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights*, in: Jalloh/Clarke/Nmehielle (Hrsg.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context*, 2019, 965–988, 972.

1525 Artt. 30–63 AfCMRRV.

1526 Vgl. *Gherari*, *Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: African Mechanisms*, in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, 2010, 775–789, 787 unter Verweis auf AfKMRRV, *Civil Liberties*

tung des AfGMRRV durch einen Gerichtshof ergänzt.¹⁵²⁷ Bestrebungen, den Gerichtshof zu reformieren und ihn mit dem Gerichtshof der Afrikanischen Union zusammenzuführen, sind bisher nicht in Kraft getreten.¹⁵²⁸

Der afrikanische Menschenrechtsschutz ist eine Mischform aus dem gegenwärtigen Rechtsschutzsystem unter der EMRK, das über Art. 34 EMRK gegen jeden Konventionsstaat die Individualbeschwerde eröffnet, und der IAMRK, bei welcher Individualbeschwerden nur vermittelt über die IAKMR vor den Gerichtshof gebracht werden können.¹⁵²⁹ Zum AfGMRRV führt eine direkte Individualbeschwerde. Gleichzeitig wird er um eine

Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project v. Nigeria, Entscheidung (Merits), 23. April-7. Mai 2001, Communication 298/98. Vgl. hierzu näher *Ssenyonjo*, *The African Commission and Court on Human and Peoples' Rights*, in: Oberleitner (Hrsg.), *International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts*, 2018, 479–509, 487 f. Allerdings ist die Kommission in neuerer Zeit auch dazu übergegangen, die Ersatzsummen selbst auszuwerfen, vgl. *AfKMRRV, Hossam Ezzat & Rania Enayet (represented by Egyptian Initiative for Personal Rights & INTERIGHTS) v. The Arab Republic of Egypt*, Entscheidung (Merits), 17. Februar 2016, Communication 355/07, Rn. 185.

1527 Protokoll zur Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker zur Errichtung des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte und Rechte der Völker (Protokoll AfGMRRV), 10. Juni 1998, OAU Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPRIPROT(III) = *African Journal of International and Comparative Law* 9 (1997), 953.

1528 Protokoll zum Statut des Afrikanischen Gerichtshofs (nicht in Kraft), 1. Juli 2008, abrufbar unter: https://au.int/sites/default/files/treaties/36396-treaty-0035_-_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023). Bisher haben nur 8 Staaten das Protokoll ratifiziert (vgl. Afrikanische Union, *List of countries which have signed, ratified/acceded to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, abrufbar unter: <https://au.int/en/treaties/1164> (zuletzt besucht: 15. März 2023)). Erforderlich für das Inkrafttreten sind 15 Ratifikationen, vgl. Art. 9 Abs. 1 Statut Afrikanischer Gerichtshof. Dieses Protokoll wurde bereits durch einen Vertrag abgeändert, der ebenfalls nicht in Kraft ist, Protokoll zur Änderung des Statuts des Afrikanischen Gerichtshofs (nicht in Kraft), 27. Juni 2014, abrufbar unter: https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e-compressed.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023). Dieses Dokument hat noch keine einzige Partei, vgl. Afrikanische Union, *List of countries which have signed, ratified/acceded to the Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*, abrufbar unter: <https://au.int/en/treaties/1164> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1529 Vgl. *Ougergouz*, *African Charter on Human and Peoples' Rights* (1981), in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, Rn. 20.

Kommission ergänzt, die selbst Verfahren initiieren kann (Art. 5 Abs. 1 lit. a Protokoll AfGMRRV), aber kein notwendiger Filter für (alle) Individualbeschwerden ist, wie lange Zeit unter der EMRK und heute noch unter der IAMRK.¹⁵³⁰

Eine der großen Herausforderungen für den AfGMRRV besteht in seiner stark eingeschränkten Zuständigkeit.¹⁵³¹ Diese resultiert aus einer doppelten Einschränkung seiner Gerichtsbarkeit. Indem nur 34 Staaten Partei zum Protokoll AfGMRRV sind¹⁵³² und nur diese vor dem Gerichtshof Beklagte sein können,¹⁵³³ steht fast die Hälfte der Vertragsstaaten der AfCMRRV außerhalb der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs.¹⁵³⁴ Zudem können nach Art. 5 Protokoll AfGMRRV grundsätzlich nur die AfKMRRV, afrikanische intergouvernementale Organisationen sowie Konventionsstaaten,¹⁵³⁵ ein Verfahren einleiten. Individuen oder Nichtregierungsorganisationen sind vor dem AfGMRRV nur ausnahmsweise partei- oder beschwerdefähig, wenn sich der beklagte Staat nach Art. 5 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 34 Abs. 6 Protokoll AfGMRRV der Gerichtsbarkeit des AfGMRRV insoweit unterworfen hat.¹⁵³⁶ Von dieser Möglichkeit haben nur zwölf der 34 Vertragsstaaten Gebrauch gemacht, wobei mittlerweile mit Ruanda, Benin,

1530 Vgl. *Ouguergouz*, The Establishment of an African Court of Human and Peoples' Rights: A Judicial Premiere for the African Union, AfYIL 11 (2003), 79–141, 108.

1531 Vgl. hierzu (sowie zu weiteren Herausforderungen) eingehend *Viljoen*, International Human Rights Law in Africa, 2012, S. 456–466.

1532 Afrikanische Union, List of Countries which have signed, ratified/acceded to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, abrufbar unter: <https://au.int/en/treaties/1164> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1533 Vgl. AfGMRRV, *Femi Falana v. The African Union*, Urteil, 26. Juni 2012, Beschwerde-Nr. 001/2011, Rn. 73; vgl. auch AfGMRRV, *Youssef Ababou v. Kingdom of Morocco*, Entscheidung (Jurisdiction), 2. September 2011, Beschwerde-Nr. 007/2011, Rn. 11 f.

1534 Die AfCMRRV verfügt über 54 Vertragsstaaten (vgl. Afrikanische Union, List of Countries which have signed, ratified/acceded to the African Charter on Human and Peoples' Rights, 2020, abrufbar unter: <https://au.int/en/treaties/1164> (zuletzt besucht: 15. März 2023)), während das Protokoll AfGMRRV nur 34 Vertragsparteien hat, siehe den Nachweis oben in Fn. 1532.

1535 Vgl. zur Auslegung dieser Kategorie der Prozessparteien näher *Viljoen*, International Human Rights Law in Africa, 2012, S. 433.

1536 Vgl. AfGMRRV, *Michelot Yogombaye v. The Republic of Senegal*, Urteil (Merits), 15. Dezember 2009, Beschwerde-Nr. 001/2019, Rn. 34; *Gherari*, Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: African Mechanisms, in: The Law of International Responsibility, 775, 782, der insofern zwei Klassen der Beschwerdeführer*innen unterscheidet.

Côte d'Ivoire und Tansania vier Staaten ihre Erklärungen zurückgenommen haben.¹⁵³⁷ Damit ist Individuen nur gegenüber weniger als einem Fünftel der Parteien der AfCMRRV der unmittelbare Rechtsschutz vor dem Gerichtshof eröffnet.

Da der Löwenanteil aller Fälle durch Individualbeschwerden zum Gerichtshof gelangt,¹⁵³⁸ bedeutet diese doppelte Beschränkung der Zuständigkeit des AfGMRRV eine erhebliche Reduzierung des Fallpotenzials. Eigentlich böte sich die AfKMRRV als Mittlerin für Individualbeschwerden an.¹⁵³⁹ Alle Vertragsstaaten der AfCMRRV unterliegen ihrer Zuständigkeit (Art. 55 ff. AfCMRRV) und, sofern die Staaten zugleich Parteien des Protokoll AfGMRRV sind, kann die Kommission gegen diese Staaten Individualbeschwerden vor den Gerichtshof bringen.¹⁵⁴⁰ Im Unterschied zu einer reinen Individualbeschwerde wird die Kommission hierdurch zur Herrin der Beschwerde.¹⁵⁴¹ Dies führt dazu, dass Verfahren gegen alle Staaten,

1537 Afrikanische Union, List of Countries which have signed, ratified/acceded to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, abrufbar unter: <https://a.u.int/en/treaties/1164> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1538 Vgl. AfGMRRV, Statistics, abrufbar unter: <https://www.african-court.org/cpmt/statistic> (zuletzt besucht: 15. März 2022).

1539 *Viljoen* bezeichnet die Kommission auch als "the main road" zum Gerichtshof, vgl. *Viljoen*, International Human Rights Law in Africa, 2012, S. 426.

1540 *Viljoen*, The African Court of Human and Peoples' Rights (ACTHPR), in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2011, Rn. 11. In Regel 118 ihrer alten Verfahrensordnung (AfKMRRV, Verfahrensregeln der AfKMRRV, 2010, abrufbar unter: <https://achpr.au.int/sites/default/files/files/2021-08/rulesofprocedure2010en.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023)) hat die AfKMRRV näher die Situationen (wie die Nichtbefolgung der Empfehlungen der AfKMRRV auf eine Individualbeschwerde) umschrieben, in denen sie einen solchen Weg einschlagen wird, vgl. hierzu eingehend *Ssenyonjo*, The African Commission and Court on Human and Peoples' Rights, in: International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts, 479, 504–506. In der neuen Verfahrensordnung ist dieser Teil entfallen. Dafür sieht die neue Verfahrensordnung vor, dass die Kommission noch vor einer Entscheidung über die Beschwerde entscheiden kann, diese an den Gerichtshof weiterzuleiten, Regel 129 AfKMRRV, Verfahrensregeln der AfKMRRV, 2020, abrufbar unter: <https://achpr.au.int/sites/default/files/files/2021-04/rulesofprocedure2020engl.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1541 Vgl. *Viljoen*, International Human Rights Law in Africa, 2012, S. 428. Die Frage, ob das Individuum in solchen Fällen noch Partei ist bzw. automatische Beteiligungsrechte vor dem Gerichtshof hat, bejaht *Viljoen*, vgl. ebd. S. 441. Diese Frage sollte indes nicht überbetont werden, weil dem Individuum auch in solchen Fällen eine gewichtige Rolle zukommen dürfte, vgl. *Viljoen*, International Human Rights Law in Africa, 2012, S. 441–444.

die Parteien des AfGMRRV Protokolls sind, auf dem Umweg über die Kommission zulässig sind.¹⁵⁴² Indes hat die AfKMRRV erst drei Verfahren vor dem Gerichtshof angestrengt.¹⁵⁴³

Im praktischen Ergebnis kann der Gerichtshof daher fast nur gegenüber den zwölf bzw. aktuell acht Staaten entscheiden, die sich auch für Individualbeschwerden seiner Gerichtsbarkeit unterworfen haben bzw. hatten. Auch wenn damit viele Menschenrechtsverletzungen nicht vor den Gerichtshof gebracht werden können, ist seine Entscheidungsbefugnis *ratione personae* mangels Erfordernisses einer Opfereigenschaft vergleichsweise weit. In Verfahren vor dem AfGMRRV müssen Individuen nicht zwingend eine eigene Rechtsverletzung geltend machen. Dies eröffnet in gewissem Umfang die Möglichkeit einer Popularklage,¹⁵⁴⁴ wie im inter-amerikanischen Menschenrechtsschutzsystem.¹⁵⁴⁵ Auch wenn zumeist unmittelbar Betroffene selbst eine Beschwerde eingelegt haben, haben in einzelnen Fällen Nichtregierungsorganisationen die Beschwerden geführt.¹⁵⁴⁶ Mit solchen Verfahren eröffnet der afrikanische Menschenrechtsschutz Perspektiven für die Verteidigung von Allgemeininteressen, was wiederum für die Frage der Entschädigung einer Menschenrechtsverletzung zu Unterschieden gegenüber dem individualbezogenen Rechtsschutz unter der EMRK

1542 Vgl. *Lauer*, Die Implementierung menschenrechtlicher Verträge in Afrika, 2018, S. 240. Im Übrigen ist die Kommission nicht auf bei ihr eingehende Individualbeschwerden beschränkt, sie kann auch aus eigenem Antrieb einen Fall vor den Gerichtshof bringen, was sie bereits einmal getan hat, vgl. *Viljoen*, International Human Rights Law in Africa, 2012, S. 428 f. Dies war der Fall AfGMRRV, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Libya*, Urteil, 3. Juni 2016, Beschwerde-Nr. 002/2013.

1543 Vgl. AfGMRRV, Statistics, abrufbar unter: <https://www.african-court.org/cpmt/statistic> (zuletzt besucht: 15. März 2023). Das sind derzeit die folgenden Fälle: AfGMRRV, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist Peoples' Libyan Arab Jamahiriya*, Beschluss, 15. März 2013, Beschwerde-Nr. 004/2011; AfGMRRV, *ACHPR v. Libya*, 2016, Beschwerde-Nr. 002/2013; AfGMRRV, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, Urteil, 26. Mai 2017, Beschwerde-Nr. 006/2012.

1544 AfGMRRV, XYZ v. *Republic of Benin* (Nr. 2), Urteil, 27. November 2020, Beschwerde-Nr. 010/2020, Rn. 48; *Viljoen*, International Human Rights Law in Africa, 2012, S. 430; *Gherari*, Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: African Mechanisms, in: *The Law of International Responsibility*, 775, 783 f.; *Lauer*, Die Implementierung menschenrechtlicher Verträge in Afrika, 2018, S. 239.

1545 Siehe hierzu oben unter § 9 A.

1546 Vgl. AfGMRRV, *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes (AFDF) and The Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v. Republic of Mali*, Urteil, 11. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 046/2016.

führen kann. Hierauf wird in Bezug auf die Genugtuungsfunktion des Urteils zurückzukommen sein.¹⁵⁴⁷

B. Ersatz immaterieller Schäden

Wie die beiden zuvor behandelten Gerichtshöfe kann auch der AfGMRRV Schadensersatz für Menschenrechtsverletzungen zusprechen. Die Grundlage für Entscheidungen des AfGMRRV über die Folgen einer Menschenrechtsverletzung bildet Art. 27 Abs. 1 Protokoll AfGMRRV. Dort heißt es:

“If the Court finds that there has been violation of a human or peoples’ rights, it shall make appropriate orders to remedy the violation, including the payment of fair compensation or reparation.”

Diese Regelung ist wie Art. 63 Abs. 1 IAmRK weiter als Art. 41 Abs. 1 EMRK, indem sie den Gerichtshof neben der Anordnung eines Geldersatzes auch zum Erlass aller weiteren angemessenen Maßnahmen ermächtigt.¹⁵⁴⁸ *Shelton* hält diese Norm für die umfangreichste Kompetenznorm zur gerichtlichen Anordnung der Rechtsfolgen einer Menschenrechtsverletzung.¹⁵⁴⁹ Bezeichnenderweise erscheint der Ersatz in Geld nur als *eine* mögliche Rechtsfolge, die der Gerichtshof anordnen kann. Dem entspricht es, dass der Gerichtshof seit dem Beginn seiner Rechtsprechung zur Wiedergutmachung weitere Maßnahmen neben dem Schadensersatz angeordnet hat.¹⁵⁵⁰ Diese Rechtsprechung setzte der Gerichtshof konsequent fort¹⁵⁵¹ und hob beispielsweise Kontenpfändungen

1547 Siehe unten unter § 10 B. II.

1548 Vgl. *Viljoen*, International Human Rights Law in Africa, 2012, S. 445; *Viljoen*, Impact in the African and Inter-American Human Rights Systems, in: Engstrom (Hrsg.), The Inter-American Human Rights System, 2019, 303–326, 310 f.

1549 Vgl. *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 237 f.

1550 Vgl. AfGMRRV, *Reverend Christopher R. Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, Entscheidung (Reparations), 13. Juni 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn 44 f.

1551 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso*, Reparations, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 95–110; AfGMRRV, *Wilfred Onyango Nganyi and 9 others v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations), 4. Juli 2019, Beschwerde-Nr. 006/2013, Rn. 86 f.

auf¹⁵⁵² oder ordnete Gesetzes-¹⁵⁵³ und Verfassungsreformen an.¹⁵⁵⁴ Grundsätzlich ersetzt der AfGMRRV nicht nur materielle wie immaterielle Schäden, sondern ordnet regelmäßig die Beendigung der Verletzung, Garantien der Nichtwiederholung der Verletzung oder Maßnahmen zur Genugtuung an.¹⁵⁵⁵ Hierbei orientiert sich der AfGMRRV deutlich an der Rechtsprechung des IAGMR.¹⁵⁵⁶

In materiell-rechtlicher Hinsicht enthält die AfCMRRV in Gestalt von Individualpflichten und kollektiven Rechten im Vergleich zu anderen Menschenrechtsverträgen sehr eigenständige Akzente.¹⁵⁵⁷ Diese Regelungen erfuhren als Ausprägungen eines "spezifisch afrikanischen Menschenrechtsverständnisses"¹⁵⁵⁸ in der Literatur größere Aufmerksamkeit. Für die Sekundäransprüche aus Menschenrechtsverletzungen spielte dies bisher keine größere Rolle, weil die entschiedenen Fälle zur Wiedergutmachung weit überwiegend die klassischen (bürgerlichen) Freiheiten zum Gegenstand hatten.¹⁵⁵⁹ Die bisher ergangenen 79 Entscheidungen zu den Rechtsfolgen festgestellter Menschenrechtsverletzungen¹⁵⁶⁰ betrafen zu einem Großteil Verletzungen des Rechts auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand

1552 Vgl. hierfür AfGMRRV, *Ajavon v. Benin*, (Nr. 1), 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. III.

1553 AfGMRRV, *AFDF and IHRDA v. Mali*, 2018, Beschwerde-Nr. 046/2016, Rn. 135.

1554 AfGMRRV, *XYZ v. Benin* (Nr. 2), 2021, Beschwerde-Nr. 010/2020, Rn. 159.

1555 Vgl. *Murray*, The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary, 2019, S. 834 f.; vgl. bspw. AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 43 und 45; vgl. aus jüngerer Zeit die Anordnung der Wiederaufnahme eines Strafverfahrens AfGMRRV, *Guzbert Henerico v. United Republic of Tanzania*, Urteil 10. Januar 2022, Beschwerde-Nr. 056/2016, Rn. 203.

1556 Siehe hierzu oben unter § 9 B.

1557 Vgl. hierzu *Ouguergouz*, African Charter on Human and Peoples' Rights (1981), in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010, Rn. 14–17.

1558 Meyer, Menschenrechte in Afrika, 2013, S. 37 und 38 f.

1559 Diese Gewährleistungen stimmen in ihrem Gehalt mit den universellen Menschenrechten überein, so AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo and others v. Burkina Faso*, Urteil, 28. März 2014, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 157, 170, 188.

1560 Vgl. AfGMRRV, Statistics, abrufbar unter: <https://www.african-court.org/cpmt/statistic> (zuletzt besucht: 15. März 2023). Die Zahl ergibt sich aus der Addition der Entscheidungen in den Kategorien "Judgment (reparations)" und "Judgment (merits and reparations)". Da unter die zweite Kategorie auch Entscheidungen fallen, in denen der Gerichtshof keine Menschenrechtsverletzungen feststellen konnte (vgl. hierfür jüngst AfGMRRV, *Almas Mohamed Muwinda and others v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 24. März 2022, Beschwerde-Nr. 030/2020, Rn. 70), ist diese Zahl deutlich höher als die eigentliche Zahl der Entscheidungen mit einem Rechtsfolgenausspruch.

(Art. 7 Abs. 1 lit. c AfCMRRV).¹⁵⁶¹ Im Übrigen kreisten die Entscheidungen unter anderem um die (obligatorische) Verhängung der Todesstrafe,¹⁵⁶²

1561 Mindestens 16 der insgesamt 79 Fälle zu den Rechtsfolgen festgestellter Menschenrechtsverletzungen betreffen ausschließlich Tansanias Verletzungen des Rechts auf einen entgeltlichen Rechtsbeistand: AfGMRRV, *Minani Evarist v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 21. September 2018, Beschwerde-Nr. 027/2015; AfGMRRV, *Anaclet Paolo v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 21. September 2018, Beschwerde-Nr. 020/2016; AfGMRRV, *Kenedy Ivan v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Merits und Reparations), 28. März 2019, Beschwerde-Nr. 025/2016; AfGMRRV, *Majid Goa v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 025/2015; AfGMRRV, *Kalebi Elisamehe v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 26. Juni 2020, Beschwerde-Nr. 028/2015; AfGMRRV, *Amir Ramadhani v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations), 25. Juni 2021, Beschwerde-Nr. 010/2015; AfGMRRV, *Christopher Jonas v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations), 25. September 2020, Beschwerde-Nr. 011/2015; AfGMRRV, *Amir Ramadhani v. Tanzania*, 2021, Beschwerde-Nr. 010/2015; AfGMRRV, *Chrizonstom Benyoma v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 30. September 2021, Beschwerde-Nr. 001/2016; AfGMRRV, *Mussa Zanzibar v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 26. Februar 2021, Beschwerde-Nr. 022/2016; AfGMRRV, *Masoud Rajabu v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 25. Juni 2021, Beschwerde-Nr. 008/2016; AfGMRRV, *Ladislau Onesmo v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 30. September 2021, Beschwerde-Nr. 047/2016; AfGMRRV, *Kijiji Isiaga v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations), 25. Juni 2021, Beschwerde-Nr. 032/2015; AfGMRRV, *Hamis Shaban alias Hamis Ustadh v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 2. Dezember 2021, Beschwerde-Nr. 026/2015; AfGMRRV, *Mhina Zuberi v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 26. Februar 2021, Beschwerde-Nr. 054/2016; AfGMRRV, *Sadick Marwa Kisase v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 2. Dezember 2021, Beschwerde-Nr. 005/2016. In sechs weiteren Fällen stellte der Gerichtshof zusätzlich weitere Menschenrechtsverletzungen Tansanias fest: AfGMRRV, *Alex Thomas v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations), 4. Juli 2019, Beschwerde-Nr. 005/2013; AfGMRRV, *Cheusi v. Tanzania*, 2020, Beschwerde-Nr. 004/2015; AfGMRRV, *Nganyi and others v. Tanzania, Reparations*, 2019, Beschwerde-Nr. 006/2013; AfGMRRV, *James Wanjara and 4 others v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 25. September 2020, Beschwerde-Nr. 033/2015; AfGMRRV, *Thobias Mang'ara Mango and Shukurani Masegenya Mango v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations), 2. Dezember 2021, Beschwerde-Nr. 005/2015; AfGMRRV, *Joseph John v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 22. September 2022, Beschwerde-Nr. 005/2018.

1562 AfGMRRV, *Armand Guehi v. Untited Republic of Tanzania, Republic of Côte d'Ivoire intervening*, Urteil, 7. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 001/2015; AfGMRRV, *Rajabu and others v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 007/2015; vgl. aus jüngerer Zeit AfGMRRV, *Guzbert Henerico v. Tanzania*, 2022, Beschwerde-Nr. 056/2016; AfGMRRV, *Amini Juma v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 30. September 2021, Beschwerde-Nr. 024/2016; AfGMRRV, *Marthine Christian Msuguri v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 1. Dezember 2022, Beschwerde-Nr. 052/2016; AfGMRRV, *Ghati Mwita v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 1. Dezember 2022, Beschwerde-Nr. 012/2019.

die Verletzung weiterer Verfahrensrechte im Strafverfahren,¹⁵⁶³ Haftbedingungen,¹⁵⁶⁴ den Gleichbehandlungsgrundsatz,¹⁵⁶⁵ die Verweigerung der Staatsangehörigkeit¹⁵⁶⁶ und Verletzungen politisch-gesellschaftlicher Partizipationsrechte.¹⁵⁶⁷ Über den Kreis der klassischen Individualrechte gingen die Verfahren hinaus, in denen sich der Gerichtshof mit demokratischen

-
- 1563 Vgl. AfGMRRV, *Mohamad Abubakari v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations), 4. Juli 2020, Beschwerde-Nr. 007/2013; AfGMRRV, *Nguza Viking (Babu Seya) and Johnson Nguza (Papi Kocha) v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations), 8. Mai 2020, Beschwerde-Nr. 006/2015; AfGMRRV, *Kouadio Kobena Foray v. Republic of Côte d'Ivoire*, Urteil, 2. Dezember 2021, Beschwerde-Nr. 034/2017; AfGMRRV, *Kennedy Owino Onyachi and Charles John Mwani-ni Njoka v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations), 30. September 2021, Beschwerde-Nr. 003/2015 (zusätzlich Recht auf Freiheit und Sicherheit verletzt); AfGMRRV, *Robert Richard v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 2. Dezember 2021, Beschwerde-Nr. 035/2016; AfGMRRV, *Mgosi Mwita Makungu v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations), 23. Juni 2022, Beschwerde-Nr. 006/2016. In dem Fall AfGMRRV, *Ajavon v. Benin (Nr. 1)*, 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017 stellte der Gerichtshof daneben Verletzungen des Eigentumsrechts (Art. 14 AfCMRRV) und der Würde des Beschwerdeführers (Art. 5 AfCMRRV) fest.
- 1564 Vgl. AfGMRRV, *Léon Mugesera v. Republic of Rwanda*, Urteil, 27. November 2020, Beschwerde-Nr. 012/2017.
- 1565 Vgl. AfGMRRV, *Harold Mbalanda Munthali v. Republic of Malawi*, Urteil, 23. Juni 2022, Beschwerde-Nr. 022/2017.
- 1566 Vgl. AfGMRRV, *Lucien Ikili Rashidi v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Merits und Reparations), 28. März 2019, Beschwerde-Nr. 009/2015; AfGMRRV, *Kennedy Gihana and others v. Republic of Rwanda*, Urteil, 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 017/2015; AfGMRRV, *Robert John Penessis v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 013/2015; AfGMRRV, *Anudo Ochieng Anudo v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations), 2. Dezember 2021, Beschwerde-Nr. 012/2015.
- 1567 Vgl. AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011 (Einschränkungen der Kandidatur zu politischen Ämtern); AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011 (unzureichende Aufklärung der Ermordung eines investigativen Journalisten und seines Teams); AfGMRRV, *Konate v. Burkina Faso*, 2016, Beschwerde-Nr. 004/2013 (Strafverfahren gegen einen Journalisten wegen seiner Berichterstattung); AfGMRRV, *Umuhoza v. Rwanda*, 2018, Beschwerde-Nr. 003/2014 (Strafverfolgung gegen eine Politikerin); AfGMRRV, *Sébastien Germain Marie Aikoue Ajavon v. Republic of Benin (Nr. 2)*, Urteil, 4. Dezember 2020, Beschwerde-Nr. 062/2019.

Wahlen,¹⁵⁶⁸ Justizreformen¹⁵⁶⁹ und dem Verfahren der Verfassungsänderung in Benin und Tunesien auseinandersetzen musste.¹⁵⁷⁰ Gerade die beiden letzten Verfahren sollen wegen ihres Gemeinwohlbezugs später näher betrachtet werden.¹⁵⁷¹ Kollektive Rechte wie das Recht auf Nutzung der eigenen natürlichen Ressourcen (Art. 22 AfCMRRV) betraf alleine das Verfahren *ACHPR v. Kenya*, das die Vertreibung der Okiek aus dem Mau-Wald zum Gegenstand hatte.¹⁵⁷² Neben nicht finanziellen Anordnungen gewährte der Gerichtshof den Okiek zum Ausgleich der erlittenen immateriellen Schäden KES 100.000.000 (ca. EUR 840.000).¹⁵⁷³ In Anlehnung an die Rechtsprechung des IAGMR¹⁵⁷⁴ zu indigenen Gemeinschaften ordnete der AfGMRRV an, dass Kenya die Schadensersatzsummen an einen Entwicklungsfond zahlen muss, der allen Okiek zu Gute kommen soll.¹⁵⁷⁵ Damit weisen zwar ein paar Verfahren entweder einen starken Gemeinwohlbezug auf oder betreffen kollektive Rechte. Indes betrifft der Großteil der Fälle gleichwohl Individualbeschwerden zu Verfahrensrechten.

Wie bei den Untersuchungen der anderen Menschenrechtsregime ist die Untersuchung dreigeteilt. Nach einführenden Erläuterungen zu Begriff und Umfang des immateriellen Schadensersatzes vor dem AfGMRRV (I.)

1568 Vgl. AfGMRRV, *Jebra Kambole v. The United Republic of Tanzania*, Urteil, 15. Juli 2020, Beschwerde-Nr. 018/2018; AfGMRRV, *Suy Bi Gohore Emile & 8 others v. Côte d'Ivoire*, Urteil, 15. Juli 2020, Beschwerde-Nr. 044/2019; AfGMRRV, *XYZ v. Republic of Benin (Nr. 1)*, Urteil, 27. November 2020, Beschwerde-Nr. 059/2019; AfGMRRV, *Ajavon v. Republic of Benin (Nr. 2)*, 2020, Beschwerde-Nr. 062/2019; AfGMRRV, *Kouassi Kouamé Patrice and Baba Sylla v. Republic of Côte d'Ivoire*, Urteil, 22. September 2022, Beschwerde-Nr. 015/2021.

1569 AfGMRRV, *Houngue Éric Noudehouenou v. Republic of Benin*, Urteil, 1. Dezember 2022, Beschwerde-Nr. 028/2020.

1570 AfGMRRV, *XYZ v. Benin (Nr. 2)*, 2021, Beschwerde-Nr. 010/2020, insbesondere Rn. 98–106; AfGMRRV, *Ibrahim Ben Mohamed Ben Ibrahim Belguith v. Republic of Tunisia*, Urteil, 22. September 2022, Beschwerde-Nr. 017/2021, insbesondere Rn. 108–120.

1571 Siehe hierzu unten unter § 10 B. II.

1572 Vgl. AfGMRRV, *AfCHPR v. Kenya*, 2017, Beschwerde-Nr. 006/2012, Rn. 6–8. Das Gericht stellte, neben anderen Verletzungen der AfCMRRV, auch Verletzungen des Rechts auf Nutzung der eigenen natürlichen Ressourcen (Art. 21 AfCMRRV) und des Rechts auf Entwicklung (Art. 22 AfCMRRV) fest, behielt aber die Entscheidung über die Wiedergutmachung einem gesonderten Urteil vor (ebd. 227).

1573 AfGMRRV, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. the Republic of Kenya*, Urteil (Reparations), 23. Juni 2022, Beschwerde-Nr. 006/2012, Rn. 93.

1574 Siehe oben unter § 9 B. I. 3. und insbesondere die Nachweise in Fn. 1431.

1575 AfGMRRV, *AfCHPR v. Kenya, Reparations*, 2022, Beschwerde-Nr. 006/2012, Rn. 154 f.

befasst sich der darauffolgende Abschnitt mit der Frage, ob auch der AfGMRRV immaterielle Schäden mit einer Feststellung entschädigt sieht (II.). Daran anschließend soll die Praxis näher analysiert werden, für Verletzungen des Rechts auf einen rechtlichen Beistand (Art. 7 Abs. 1 lit. c AfCMRRV) jedem Opfer dieselbe Entschädigung (im Folgenden Einheitsentschädigung) zu gewähren (III.).

I. Begriff und Umfang des Ersatzes immaterieller Schäden

Der AfGMRRV legt bei wechselnder Terminologie¹⁵⁷⁶ einen weiten Begriff des immateriellen Schadens zugrunde. Unter ersatzfähigen immateriellen Schäden verstand der Gerichtshof unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR und des IAGMR bereits seit seiner ersten Entscheidung “suffering and afflictions caused to the direct victim, the emotional distress of the family members and non-material changes in the living conditions of the victim, if alive, and the family” und benannte den Vermögensschaden als Gegenbegriff.¹⁵⁷⁷ Die Definition unterlag zu Beginn kleineren Schwankungen.¹⁵⁷⁸ Indem auch die emotionalen Auswirkungen der Menschenrechtsverletzung dieser Definition unterfallen, ist die Schwelle für ersatzfähige immateriellen Schäden sehr niedrig. Folgerichtig vermutet der AfGMRRV angelehnt an den IAGMR,¹⁵⁷⁹ dass aus einer Menschen-

1576 Der Gerichtshof verwendet die Begriffe “non-pecuniary damages” (AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 33), “non-material damages” (AfGMRRV, *Rashidi v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 009/2015, Rn. 119) und “moral prejudice” (vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 11; AfGMRRV, *Konate v. Burkina Faso*, 2016, Beschwerde-Nr. 004/2013, Rn. 52–59; AfGMRRV, *Robert Richard v. Tanzania*, 2021, Beschwerde-Nr. 035/2016, Rn. 50). Ein Unterschied in der Sache scheint damit nicht verbunden zu sein.

1577 AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 34; zustimmend zitiert in AfGMRRV, *Alex Thomas v. Tanzania, Reparations*, 2019, Beschwerde-Nr. 005/2013, Rn. 37; AfGMRRV, *Cheusi v. Tanzania*, 2020, Beschwerde-Nr. 004/2015, Rn. 150.

1578 Nach AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 55 betreffen immaterielle Schäden “reputation, sentiments or affection of a natural person”.

1579 Vgl. Viljoen, *Impact in the African and Inter-American Human Rights Systems*, in: *The Inter-American Human Rights System*, 303, 312; siehe hierzu oben unter § 9 B. I. 2.

rechtsverletzung ein immaterieller Schaden resultiert.¹⁵⁸⁰ Diese Vermutung erweiterte der Gerichtshof zu einem Automatismus.¹⁵⁸¹

Der Kreis möglicher Berechtigter eines immateriellen Schadensersatzes ist ebenso weit gezogen. Einen finanziellen Ausgleich für das Leiden indirekter Opfer, d. h. Familienmitgliedern des direkten Opfers, erkennt der Gerichtshof seit seiner Entscheidung in *Beneficiaries of late Norbert Zongo and others v. Burkina Faso* an.¹⁵⁸² Dabei schöpfte der AfGMRRV ersichtlich aus dem reichen Erfahrungsschatz der inter-amerikanischen Praxis.¹⁵⁸³ Unter Verweis auf *Comingersoll v. Portugal* akzeptierte der AfGMRRV zudem, dass juristische Personen (des Privatrechts) einen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz haben können.¹⁵⁸⁴

In ständiger Rechtsprechung spricht der AfGMRRV zum Ersatz immaterieller Schäden eine pauschale Summe zu.¹⁵⁸⁵ Die Höhe des Geldschadens-

1580 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 55; AfGMRRV, *Jibu Amir und Saidi Ally v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 014/2015, Rn. 18; AfGMRRV, *Majid Goa v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 025/2015, Rn. 88; AfGMRRV, *Abubakari v. Tanzania (Reparations)*, 2019, Beschwerde-Nr. 007/2013, Rn. 43. Diese Vermutung dehnte der Gerichtshof auch auf weitere nahe Angehörige des Opfers aus, vgl. AfGMRRV, *Pennesis v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 013/2015, Rn. 155; AfGMRRV, *Alex Thomas v. Tanzania, Reparations*, 2019, Beschwerde-Nr. 005/2013, Rn. 56; AfGMRRV, *Nganyi and others v. Tanzania, Reparations*, 2019, Beschwerde-Nr. 006/2013, Rn. 71; AfGMRRV, *Guzbert Henerico v. Tanzania*, 2022, Beschwerde-Nr. 056/2016, Rn. 192. In einer anderen Entscheidung erachtete der Gerichtshof einen immateriellen Schaden bei sehr nahen Angehörigen dagegen nur für sehr wahrscheinlich, vgl. AfGMRRV, *Abubakari v. Tanzania (Reparations)*, 2019, Beschwerde-Nr. 007/2013, Rn. 59.

1581 AfGMRRV, *Sébastien Germain Marie Aikoue Ajavon v. Republic of Benin* (Nr. 3), Urteil, 29. März 2021, Beschwerde-Nr. 065/2019, Rn. 168.

1582 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 46–50; vgl. für die spätere Fortführung dieser Rechtsprechung AfGMRRV, *Alex Thomas v. Tanzania, Reparations*, 2019, Beschwerde-Nr. 005/2013, Rn. 49–60; AfGMRRV, *Nganyi and others v. Tanzania, Reparations*, 2019, Beschwerde-Nr. 006/2013, Rn. 70–74.

1583 Vgl. Viljoen, *Impact in the African and Inter-American Human Rights Systems*, in: *The Inter-American Human Rights System*, 303, 312; siehe zu dieser Praxis oben unter § 9 B. I. 2.

1584 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 65.

1585 Vgl. AfGMRRV, *Nganyi and others v. Tanzania, Reparations*, 2019, Beschwerde-Nr. 006/2013, Rn. 17; vgl. jüngst AfGMRRV, *Kennedy Owino Onyachi and Charles John Mwanini Njoka v. Tanzania*, 2021, Beschwerde-Nr. 003/2015, Rn. 47.

ersatzes bemisst der Gerichtshof nach Billigkeitserwägungen.¹⁵⁸⁶ Gerade letzteres ist eine vom EGMR und dem IAGMR wohl bekannte Praxis.¹⁵⁸⁷ Dabei zeigt sich eine Tendenz des Gerichtshofs, für bestimmte Verletzungen identische Schadensersatzsummen auszuwerfen. So sprach der Gerichtshof für die Verletzung des Rechts auf einen kostenlosen rechtlichen Beistand im Strafverfahren mehrfach 300.000 TZS (~ EUR 112) zu.¹⁵⁸⁸ In diesen Verfahren begründete der Gerichtshof die ausgeworfene Schadensersatzsumme ausschließlich unter Verweis auf die Vermutung zugunsten immaterieller Schäden.¹⁵⁸⁹ Damit ist die finanzielle Entschädigung für immaterielle Schäden die Standardantwort des Gerichtshofs auf Menschenrechtsverletzungen.

II. Ausnahmen vom Grundsatz finanzieller Entschädigung immaterieller Schäden

Sowohl für den EGMR als auch für den IAGMR haben die vorangegangenen Kapitel gezeigt, dass diese Gerichtshöfe nicht jeden immateriellen Schaden in Geld ersetzen. Dabei hat sich jeweils die Schwere der Folgen der festgestellten Menschenrechtsverletzung als wesentliches Kriterium für das Ausreichen des Urteils als Genugtuung bzw. die Notwendigkeit eines finanziellen Ausgleichs für immaterielle Schäden herauskristallisiert.¹⁵⁹⁰ Der folgende Abschnitt untersucht, wie der AfGMRRV mit solchen Konstellationen

1586 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 61; AfGMRRV, *Jibu Amir und Saidi Ally v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 014/2015, Rn. 18.

1587 Siehe hierzu oben unter § 8 A. I. und § 9 B. I. 3.

1588 So bspw. in den Fällen AfGMRRV, *Minani Evaist v. Tanzania*, 2018, Beschwerde-Nr. 027/2015, Rn. 85; AfGMRRV, *Anaclet Paolo v. Tanzania*, 2018, Beschwerde-Nr. 020/2016, Rn. 107; AfGMRRV, *Kenedy Ivan v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 025/2016, Rn. 90; AfGMRRV, *Nganyai and others v. Tanzania, Reparations*, 2019, Beschwerde-Nr. 006/2013, Rn. 67; AfGMRRV, *Majid Goa v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 025/2015, Rn. 90; AfGMRRV, *Jibu Amir und Saidi Ally v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 014/2015, Rn. 95; AfGMRRV, *Elisamehe v. Tanzania*, 2020, Beschwerde-Nr. 028/2015, Rn. 108; AfGMRRV, *Sadick Marwa Kisase v. Tanzania*, 2021, Beschwerde-Nr. 005/2016, Rn. 91.

1589 Vgl. beispielhaft AfGMRRV, *Elisamehe v. Tanzania*, 2020, Beschwerde-Nr. 028/2015, Rn. 108 ("The Court considers that, as earlier found, the violation of the Applicant's right to free legal assistance is assumed to have caused moral prejudice to the Applicant. The Court, therefore, in exercising its discretion, awards to the Applicant an amount of [...] (TZS 300,000) as fair compensation.").

1590 Siehe hierzu oben auf S. 280 für den EGMR und unter § 9 B. III. für den IAGMR.

tionen umgeht. Dabei zeigt sich ein Wandel der Herangehensweise. Zuerst lehnte sich der AfGMRRV an die Praxis des EGMR zur entschädigenden Feststellung an und wechselte später zu symbolischen Entschädigungen.

Trotz der bereits dargestellten Vermutung zugunsten immaterieller Schäden bei einer Verletzung der AfCMRRV hat der Gerichtshof zu Beginn seiner Rechtsprechungstätigkeit das Urteil selbst wiederholt als eine Form der Genugtuung angesehen. Zumeist entschädigte der Gerichtshof immaterielle Schäden zusätzlich in Geld.¹⁵⁹¹ In zwei Entscheidungen finden sich solche Ausführungen jedoch *ohne* eine Geldentschädigung.¹⁵⁹² Insbesondere ließ der Gerichtshof in seiner ersten Entscheidung zur Wiedergutmachung, *Mtikila v. Tanzania*, ausdrücklich die Feststellung der Konventionsverletzungen als Genugtuung ausreichen. Zur Begründung stellte der Gerichtshof auf den fehlenden Nachweis eines immateriellen Schadens ab.¹⁵⁹³ Diese Begründung steht in erkennbarem Widerspruch zur Vermutung immaterieller Schäden, die der Gerichtshof in den folgenden Entscheidungen etabliert. Dieser Widerspruch ließe sich dadurch erklären, dass es in dem Verfahren *Mtikila v. Tanzania* letztlich um ein Verfahren im öffentlichen Interesse ging, bei dem der individuelle Schaden gering wiegt.¹⁵⁹⁴ In dem zugrundeliegenden Verfahren hatte sich der Beschwerdeführer dagegen gewendet, dass Kandidat*innen für das Präsident*innenamt nach einer Verfassungsänderung Mitglied einer politischen Partei sein müssten.¹⁵⁹⁵ Der Gerichtshof stellte daraufhin in seinem Urteil Verletzungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Artt. 2 und 3 AfCMRRV),¹⁵⁹⁶ der Vereinigungsfreiheit (Art. 10 AfCMRRV) und des Rechts auf politische Teilhabe

1591 Der Gerichtshof macht hierzu regelmäßig im Zusammenhang mit der Anordnung der Veröffentlichung des Urteils Ausführungen, vgl. hierfür beispielhaft AfGMRRV, *Rashidi v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 009/2015, Rn. 151.

1592 AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 37; AfGMRRV, *AFDF and IHRDA v. Mali*, 2018, Beschwerde-Nr. 046/2016, S. 29.

1593 Vgl. AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 37.

1594 Dies erinnert an Konstellationen, die beim EGMR zur Fallgruppe der geringfügigen Verletzungen zählen, siehe hierzu oben unter § 8 B. II. 3.

1595 Vgl. AfGMRRV, *Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R. Mtikila v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Merits), 14. Juni 2013, Beschwerde-Nr. 009/2011 und 011/2011, Rn. 67–75.

1596 Vgl. zum Verhältnis von Art. 2 zu Art. 3 AfCMRRV Murray, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary*, 2019, S. 90–92.

(Art. 13 Abs. 1 AfGMRRV) fest.¹⁵⁹⁷ Als Folge dieser Verletzungen verlangte der Beschwerdeführer immateriellen Schadensersatz, weil er Anspannung und anderes Leid durch wiederholte polizeiliche Durchsuchungen und den Verlust der Möglichkeit, am öffentlichen Leben aktiv teilzunehmen, erlitten habe.¹⁵⁹⁸ Mangels entsprechender Nachweise lehnte der AfGMRRV einen solchen Schadensersatz ab. Zusätzlich verwies er darauf, dass die Feststellung der Konventionsverletzung sowie die sonstigen Anordnungen des Gerichtshofs ausreichenden Ersatz gewähren.¹⁵⁹⁹ Im Gegensatz zu späteren Entscheidungen wendet der Gerichtshof keine Vermutung zugunsten immaterieller Schäden an.

In späteren Entscheidungen sprach der Gerichtshof unter Verweis auf seine Vermutungsregel Geldersatz für Sachverhalte zu, in denen ein immaterielles Leid ähnlich diffus war wie in *Mtikila v. Tanzania*. Diese Praxis illustrieren der Fall *Kennedy Gihana and others v. Rwanda*¹⁶⁰⁰ und die Rechtsprechungsreihe zur menschenrechtswidrigen Verweigerung eines kostenlosen Rechtsbeistands im Strafverfahren.¹⁶⁰¹ Im zuerst genannten Fall wendeten sich die Beschwerdeführer, in Südafrika lebende ruandische Staatsangehörige, gegen die willkürliche Ungültigerklärung ihrer Reisedokumente.¹⁶⁰² Der AfGMRRV vermutete zu ihren Gunsten einen immateriellen Schaden. Er ging davon aus, dass es psychisches Leid und Verzweiflung verursacht habe, nicht mehr über gültige Reisedokumente zu verfügen. Für diese Schlussfolgerung beruft sich der Gerichtshof zwar auch auf die Beziehung zum Herkunftsstaat, der eine wichtige Rolle für die eigene Identität habe.¹⁶⁰³ Gleichwohl ist dieses Leid ebenso diffus wie dasjenige im Fall *Mtikila v. Tanzania*. Ähnlich diffus ist das immaterielle Leid in den Fällen eines Verstoßes gegen das Recht auf einen kostenlosen rechtlichen Beistand im Strafverfahren. Jedenfalls der EGMR lässt in solchen Fällen in der Regel eine entschädigende Feststellung genügen.¹⁶⁰⁴ Stellvertretend

1597 Vgl. AfGMRRV, *Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre and Reverend Mtikila v. Tanzania*, 2013, Beschwerde-Nr. 009/2011 und 011/2011, Rn. 126.

1598 AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 17.

1599 Vgl. AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 37 (insbesondere auch Fn. 12).

1600 AfGMRRV, *Kennedy Gihana and others v. Rwanda*, 2019, Beschwerde-Nr. 017/2015.

1601 Siehe den Nachweis oben in Fn. 1588.

1602 Vgl. AfGMRRV, *Kennedy Gihana and others v. Rwanda*, 2019, Beschwerde-Nr. 017/2015, Rn. 3–5.

1603 Vgl. AfGMRRV, *Kennedy Gihana and others v. Rwanda*, 2019, Beschwerde-Nr. 017/2015, Rn. 143.

1604 Siehe oben unter § 8 B. II. 2.

für die Entscheidungsreihe des AfGMRRV zur Verweigerung eines kostenlosen Rechtsbeistands steht die Entscheidung im Fall *Jibu Amir und Saidi Ally v. Tanzania*. Hier wendeten sich die Beschwerdeführer gegen ihre Verurteilung wegen eines gemeinschaftlichen räuberischen Überfalls.¹⁶⁰⁵ Eine Verletzung konnte der Gerichtshof nur insoweit feststellen, als Tanzania den Beschwerdeführern keinen unentgeltlichen Rechtsbeistand zur Verfügung gestellt und sie über dieses Recht auch nicht belehrt hatte.¹⁶⁰⁶ Gleichwohl unterstellte der Gerichtshof auch für diese Verletzung einen immateriellen Schaden.¹⁶⁰⁷ Eine ähnliche Linie (zum Teil ganz ohne nähere Erläuterungen) verfolgte der Gerichtshof in weiteren Entscheidungen, in denen er die gleiche Menschenrechtsverletzung feststellte.¹⁶⁰⁸ Diese weit verstandene Vermutungsregel widerspricht der Ablehnung jeden immateriellen Schadens im Fall *Mtikila v. Tanzania*.

Dieser Widerspruch ließe sich leicht so auflösen, dass die Entscheidung in *Mtikila v. Tanzania* überholt sei und der Gerichtshof mittlerweile aufgrund der weitgefassten Vermutungsregel anders entscheiden würde. Allerdings hielt der Gerichtshof zur gleichen Zeit an der Möglichkeit fest, dass das Urteil als solches eine Entschädigung bieten könne. So nahm er in *obiter dicta* ausdrücklich auf *Mtikila v. Tanzania* Bezug.¹⁶⁰⁹ Zudem ließ der Gerichtshof das Urteil in der Entscheidung *AFDF and IHRDA v. Mali* als Genugtuung ausreichen und lehnte die Anträge ab, Mali zur Durchführung von Bildungsprogrammen und weiteren Maßnahmen zur

1605 Vgl. AfGMRRV, *Jibu Amir und Saidi Ally v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 014/2015, Rn. 3–6.

1606 Vgl. AfGMRRV, *Jibu Amir und Saidi Ally v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 014/2015, Rn. 81, 88.

1607 Vgl. AfGMRRV, *Jibu Amir und Saidi Ally v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 014/2015, Rn. 94 f.

1608 Vgl. AfGMRRV, *Kenedy Ivan v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 025/2016, Rn. 89 f.; AfGMRRV, *Anaclet Paolo v. Tanzania*, 2018, Beschwerde-Nr. 020/2016, Rn. 106 f.; AfGMRRV, *Minani Evaist v. Tanzania*, 2018, Beschwerde-Nr. 027/2015, Rn. 84 f.; AfGMRRV, *Majid Goa v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 025/2015, Rn. 88–90.

1609 Vgl. AfGMRRV, *Armand Guehi v. Tanzania, Côte d'Ivoire intervening*, 2018, Beschwerde-Nr. 001/2015, Rn. 194 (mit ausdrücklichem Bezug auf den Ausgleich immaterieller Schäden); AfGMRRV, *Alex Thomas v. Tanzania, Reparations*, 2019, Beschwerde-Nr. 005/2013, Rn. 74. Auch das Minderheitsvotum zu *Ajavon v. Benin (Nr. 1)* erachtete die geltend gemachten (und von der Mehrheit bejahten) Ansehens- und Rufverluste als durch die Feststellung der Menschenrechtsverletzungen ausgeglichen, vgl. AfGMRRV, *Sébastien Germain Ajavon v. Republic of Benin (Nr. 1)*, Sondervotum des Richters Gerard Niyungeko, 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 12.

effektiven Beseitigung der geltend gemachten Menschenrechtsverletzungen zu verpflichten.¹⁶¹⁰ Das Verfahren richtete sich gegen eine Reform des malischen Familienrechts und verfolgte damit erkennbar überindividuelle Interessen. Insofern passt die Beschränkung auf die genügende Feststellung des Urteils in diesem Fall zu dem bereits angedeuteten Muster, dass der individuelle Schaden gering wiegt. Zwar lässt sich diese Entscheidung wegen des fehlenden Antrags auf eine finanzielle Entschädigung mit der weitgehenden Vermutung zugunsten immaterieller Schäden als Folge einer Menschenrechtsverletzung (und der These der Aufgabe von *Mtikila v. Tanzania* in Bezug auf das Genügen einer Feststellung der Rechtsverletzung) vereinen. Angesichts einer mittlerweile eingetretenen Entwicklung dürfte jedoch eine Modifikation der Rechtsprechung die plausibelste Erklärung des Zusammenspiels zwischen *Mtikila v. Tanzania* und der Vermutung zugunsten immaterieller Schäden sein. Der AfGMRRV hat inzwischen eine Praxis etabliert, eine symbolische Entschädigung in Höhe von CFA Franc 1 (~ 0,001 EUR) in manchen Fällen genügen zu lassen.¹⁶¹¹ Obwohl der Gerichtshof seine Praxis zur entschädigenden Feststellung nicht ausdrücklich aufgegeben hat, scheint der symbolische Schadensersatz solche Ansprüche zu substituieren. Die Ansätze zur Gewährung einer symbolischen Entschädigung finden sich bereits in der Entscheidung zu *Beneficiaries of late Norbert Zongo and others v. Burkina Faso*, in welcher der Gerichtshof seine Vermutungsregel zugunsten immaterieller Schäden einführte. Bezüglich einer ebenfalls klagenden Nichtregierungsorganisation konstatierte der Gerichtshof, dass die Feststellung einer Rechtsverletzung bereits einen ausreichenden Ersatz darstelle. Gleichwohl sprach der Gerichtshof mit Burkina Fasos Einverständnis einen symbolischen Schadensersatz in der beantragten Höhe von 1 CFA Francs zu.¹⁶¹² Den einzigen immateriellen Schaden der klagenden Organisation sah der Gerichtshof in der Enttäuschung über die Untätigkeit der burkinischen Behörden bei der Ermittlung und Straf-

1610 Vgl. AfGMRRV, *AFDF and IHRDA v. Mali*, 2018, Beschwerde-Nr. 046/2016, Ziffer xi. des operativen Teils. Allerdings hatten die Beschwerdeführerinnen keinen immateriellen Schadensersatz beantragt, vgl. ebd. Rn. 126.

1611 AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 66 f.; AfGMRRV, *XYZ v. Benin (Nr. 2)*, 2021, Beschwerde-Nr. 010/2020, Rn. 150; AfGMRRV, *Ajavon v. Republic of Benin (Nr. 3)*, 2021, Beschwerde-Nr. 065/2019, Rn. 170.

1612 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 66 f.

verfolgung der Mörder Norbert Zongos und seiner Begleiter.¹⁶¹³ Dieser Schaden geht nicht über das Erleiden der Konventionsverletzung hinaus, so dass ein Abstellen auf die genugtuende Wirkung des Urteils selbst deutlich an die Rechtsprechung des EGMR erinnert. Da die betroffene Beschwerdeführerin eine Nichtregierungsorganisation war, handelte es sich um eine Prozessführung im öffentlichen Interesse und ihre eigenen immateriellen Schäden waren daher allenfalls diffus. Für solche Fälle einer geringfügigen Verletzung tendiert auch der EGMR dazu, eine entschädigende Feststellung genügen zu lassen.¹⁶¹⁴

Der Gerichtshof gewährte noch in weiteren Entscheidungen eine symbolische Entschädigung, wie in dem Fall *XYZ v. Benin* (Nr. 2). Der Fall hatte eine Verfassungsänderung in Benin zum Gegenstand, welche den Beschwerdeführer von der Teilnahme als unabhängiger Kandidat bei lokalen Wahlen abgehalten hatte.¹⁶¹⁵ Der Gerichtshof stellte mehrere Menschenrechtsverletzungen fest. Im Rahmen der Ausführungen zur Wiedergutmachung verweist er zwar auf die Vermutung immaterieller Schäden und die genugtuende Wirkung des Urteils. Sodann spricht er aber eine symbolische Entschädigung in Höhe von CFA Franc 1 zu.¹⁶¹⁶ Die gleiche Rechtsfolge ordnete der Gerichtshof zum Ausgleich immaterieller Schäden wegen der unterlassenen Umsetzung der Entscheidung im Fall *Ajavon v. Benin* (Nr. 1) in dem Folgeverfahren *Ajavon v. Benin* (Nr. 3) an.¹⁶¹⁷ Der Gerichtshof verwies wiederum auf die Vermutung zugunsten immaterieller Schäden, ohne dieses Mal allerdings auf die genugtuende Wirkung des Urteils zu verweisen.¹⁶¹⁸ Im Falls *XYZ v. Benin* (Nr. 2) ist der Gemeinwohlbezug eindeutig und erklärt hier, warum der Gerichtshof letztlich eine symbolische Entschädigung genügen ließ. Die Entscheidung *Ajavon v. Benin*

1613 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 65.

1614 Siehe oben auf S. 255.

1615 AfGMRRV, *XYZ v. Benin* (Nr. 2), 2021, Beschwerde-Nr. 010/2020.

1616 AfGMRRV, *XYZ v. Benin* (Nr. 2), 2021, Beschwerde-Nr. 010/2020, Rn. 146–150. Im ähnlich gelagerten Fall *Belguith v. Tunisia* beantragte der Beschwerdeführer keine finanzielle Entschädigung, AfGMRRV, *Belguith v. Tunisia*, 2022, Beschwerde-Nr. 017/2021, Rn. 129. Der Gerichtshof verpflichtete allerdings Tunesien unter anderem zur Aufhebung der streitgegenständlichen Verfassungsänderungen, ebd. Rn. 137.

1617 AfGMRRV, *Ajavon v. Republic of Benin* (Nr. 3), 2021, Beschwerde-Nr. 065/2019, Rn. 170.

1618 Vgl. AfGMRRV, *Ajavon v. Republic of Benin* (Nr. 3), 2021, Beschwerde-Nr. 065/2019, Rn. 168.

(Nr. 3) ist schwieriger einzuordnen. Da Benin aber die Pflichten zur Befolgung der Urteile des AfGMRRV (Art. 30 Protokoll AfGMRRV) und zur Verwirklichung der Rechte aus der AfCMRRV (Art. 1 AfCMRRV) verletzt hat,¹⁶¹⁹ weisen die Verletzungen einen starken Gemeinwohlbezug auf. Jedenfalls geht der eigene immaterielle Schaden des Beschwerdeführers nicht über den Verdruss über die Missachtung des ersten Urteils hinaus und ist somit diffus. Daher lässt sich folgern, dass der Gerichtshof bei einem diffusen Schadens, insbesondere wenn Gemeinwohlbelange betroffen sind, nunmehr einen symbolischen Schadensersatz zuspricht. Beschwerdeführer*innen sind damit nicht mehr lediglich auf die genugtuende Wirkung des Urteils verwiesen. Insofern scheint diese Rechtsprechungslinie eine Synthese aus dem Automatismus zwischen Menschenrechtsverletzung und immateriellem Schadensersatz einerseits und dem Bedürfnis nach dem Absehen von einer Geldentschädigung bei individuell, d. h. für die Beschwerdeführer*innen, geringfügigen Auswirkungen der Menschenrechtsverletzung zu sein.

Obleich die Praxis noch jung ist, bisher im Wesentlichen gegen Tansania gerichtet war¹⁶²⁰ und kaum Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzungen war,¹⁶²¹ ist sie im Begriff sich zu festigen. Wie der EGMR und IAGMR ist auch der AfGMRRV der Auffassung, dass nicht jeder immate-

1619 AfGMRRV, *Ajavon v. Republic of Benin* (Nr. 3), 2021, Beschwerde-Nr. 065/2019, Rn. 108 und 126.

1620 Von den (Stand: 15. März 2023) 79 Entscheidungen zur Wiedergutmachung ergingen mindestens 54 gegen Tansania, vgl. AfGMRRV, Decisions, abrufbar unter: <https://www.african-court.org/cpmt/decisions> (zuletzt besucht: 15. März 2023). Ein Grund für dieses Übergewicht der Fälle gegen Tansania mag darin liegen, dass der Sitz des Gerichtshofs in Tansania liegt und er deshalb dort besonders präsent ist, vgl. auch die Andeutung in diese Richtung bei *Murray*, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary*, 2019, S. 816.

1621 Erste Auseinandersetzungen mit der zunehmenden Praxis des AfGMRRV zu den Folgen einer Menschenrechtsverletzung finden sich bei: *Capone, APDH and IHRDA v Mali: Recent Developments in the Jurisprudence of the African Court on Human and Peoples' Rights*, *The International Journal of Human Rights* 24 (2020), 580–592; *Hanffou Nana*, *La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, 2016, S. 270–280; *Viljoen*, *Impact in the African and Inter-American Human Rights Systems*, in: *The Inter-American Human Rights System*, 303, 310–312; *Murray*, *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary*, 2019, S. 833–836 (sowie jeweils in den Kommentierungen zu den materiellen Gewährleistungen der AfCMRRV unter der Überschrift "Remedies").

rielle Schaden mit einem substanziellen Geldbetrag ersetzt werden muss. Dabei rezipierte der Gerichtshof in *Mtikila v. Tanzania*¹⁶²² zunächst ausdrücklich die Praxis des IGH im *Corfu Channel Case*¹⁶²³ sowie Entscheidungen des IAGMR¹⁶²⁴ zur genugtuenden Wirkung eines Urteils. Da der AfGMRRV eine sehr weitgehende Vermutung immaterieller Schäden anwendet,¹⁶²⁵ besteht für diese ursprüngliche Praxis allerdings kaum noch Raum. Um dieses Problem aufzulösen, greift der Gerichtshof nunmehr auf eine symbolische Entschädigung zurück. Damit hat er in Fällen mit einem stärkeren Gemeinwohlbezug der Menschenrechtsverletzung und kaum noch fassbarem Schaden eine mit der entschädigenden Feststellung (EGMR) und der Genugtuung durch das Urteil per se (IAGMR) vergleichbare Herangehensweise entwickelt. Diese Praxis dürfte sich, wie bei EGMR und IAGMR, letztlich auf die Öffnungsklausel für Billigkeitserwägungen (“appropriate orders”, Art. 27 Abs. 1 Protokoll AfGMRRV) in der Kompetenznorm zur Anordnung der Rechtsfolgen stützen lassen.¹⁶²⁶

1622 Vgl. AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 37 (Fn. 12).

1623 Vgl. IGH, *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, 1949, I.C.J. Reports 1949, 4, 35 f. Allerdings ist zu beachten, dass der IGH den Anträgen Albaniens entsprach, weil es lediglich die Feststellung der Verletzung der eigenen Souveränität anstrebte, vgl. ebd. S. 12 und 35

1624 Vgl. IAGMR, *Case of Garrido and Baigorria v. Argentina* Urteil (Reparations und Costs), 27. August 1998, Series C, No. 39, Rn. 79. Der Verweis auf diese Entscheidung ist indes nicht nachvollziehbar: Die zitierte Randnummer befasst sich mit der Feststellung einer Konventionsverletzung in einem ersichtlich anderen Kontext. An dieser Stelle geht es um die Kostenfolge eines Verfahrens, dass die Feststellung einer Konventionsverletzung erstrebt, vgl. IAGMR, *Garrido and Baigorria v. Argentina*, 1998, Series C, No. 39, Rn. 79. Noch dazu gewährte die Entscheidung insgesamt einen immateriellen Schadensersatz in Geld, vgl. IAGMR, *Garrido and Baigorria v. Argentina*, 1998, Series C, No. 39, Rn. 49–65.

1625 Im Gegensatz zu den beiden anderen Menschenrechtsgerichtshöfen geht der AfGMRRV nicht nur davon aus, dass aus manchen Verletzungen die Vermutung immaterieller Schäden folge (siehe oben unter § 8 A. I. und § 9 B. I. 1), sondern erklärt dies zur automatischen Folge einer Verletzung, vgl. bspw. AfGMRRV, *Ajavon v. Benin (Nr. 1)*, 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 89 (“The Court recalls its jurisprudence according to which there is a presumption of moral prejudice suffered by an Applicant when the Court finds that his rights have been violated, [...]”).

1626 Siehe oben zum EGMR unter § 8 C. und zum IAGMR unter § 9 C.

III. Einheitsentschädigung für die Verletzung des Art. 7 Abs. 1 lit. c AfGMRRV

Wie bereits erwähnt, spricht der AfGMRRV für die Verletzung des Rechts auf einen kostenlosen Rechtsbeistand (Art. 7 Abs. 1 lit. c AfGMRRV) in nunmehr gefestigter Rechtsprechung eine Einheitsentschädigung zu. Der Gerichtshof gewährt also jedem Opfer dieser Verletzung den gleichen Geldbetrag. Der Gerichtshof gewährt eine Summe in Höhe von TZS 300.000 (~ EUR 112).¹⁶²⁷ Sofern der Gerichtshof eine zusätzliche Menschenrechtsverletzung festgestellt hat, verdoppelte er den Entschädigungsbetrag.¹⁶²⁸ Alle diese Fälle betrafen Tansania als Beschwerdegegnerin.¹⁶²⁹ Zur Begründung stellte der Gerichtshof in seinen ersten beiden – auf den gleichen Tag datierenden – Entscheidungen dieser Reihe schlicht fest, dass die Verweigerung eines kostenlosen Rechtsbeistands immaterielle Schäden verursacht habe, für deren Ersatz eine Summe von TZS 300.000 einen angemessenen Ausgleich darstelle.¹⁶³⁰ Auf diese Entscheidungen verweisen spätere Urteile, die für die Verletzung desselben Menschenrechts eine identische Summe auswerfen.¹⁶³¹ Zum Teil verweist der Gerichtshof ausdrücklich darauf, dass er wegen der festgestellten Menschenrechtsverletzung einen immateriellen Schaden vermute.¹⁶³²

Das Vorgehen des AfGMRRV vereinheitlicht die Rechtsprechungspraxis und sorgt für Rechtssicherheit, die gerade wegen der prinzipiellen Unberechenbarkeit immaterieller Schäden sonst fehlt.¹⁶³³ Besonders bemerkenswert ist allerdings, dass bei aller Vergleichbarkeit der Fälle (Verletzung desselben Menschenrechts, ähnlicher Kontext und derselbe Verletzterstaat) diese Entschädigungen im eigentlichen Sinne ohne Ansehung der Umstände des Einzelfalls ergehen. Der Gerichtshof stellt beispielsweise nicht ein, ob dem jeweiligen Opfer besonders schwere psychische Folgen entstanden

1627 Siehe die Nachweise oben in Fn. 1588.

1628 AfGMRRV, *John v. Tanzania*, 2022, Beschwerde-Nr. 005/2018, Rn. 121–123.

1629 Siehe die Nachweise oben in Fn. 1561.

1630 AfGMRRV, *Anaclet Paolo v. Tanzania*, 2018, Beschwerde-Nr. 020/2016, Rn. 106 f.; AfGMRRV, *Minani Evaist v. Tanzania*, 2018, Beschwerde-Nr. 027/2015, Rn. 84 f.

1631 Vgl. bspw. AfGMRRV, *Majid Goa v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 025/2015, Rn. 90 (Fn. 27); AfGMRRV, *Hamis Shaban alias Hamis Ustadh v. Tanzania*, 2021, Beschwerde-Nr. 026/2015, Rn. 102; AfGMRRV, *Mhina Zuberi v. Tanzania*, 2021, Beschwerde-Nr. 054/2016, Rn. 106.

1632 Vgl. AfGMRRV, *Elisamehe v. Tanzania*, 2020, Beschwerde-Nr. 028/2015, Rn. 108.

1633 Siehe zu den Problemen der Berechnung immateriellen Schadensersatzes oben unter § 5 B. III.

sind. Damit entfernt sich die Entschädigung von der Idee der individuellen Wiedergutmachung. Der Geldbetrag mutiert zu einer Konventionalstrafe gegenüber Tansania für die systematische Missachtung menschenrechtlicher Gewährleistungen. Insoweit erinnert die Praxis des AfGMRRV deutlich an die Praxis des EGMR, im Falle systematischer Defizite bei der Gewährleistung der Garantien aus Art. 6 EMRK gegenüber gewissen Konventionsstaaten nach festen Grundsätzen Entschädigungssummen auszuwerfen.¹⁶³⁴ Nach eigenem Bekunden des EGMR dienten die zugesprochenen Entschädigungssummen nicht nur den Opfern als Wiedergutmachung, sondern auch den Konventionsstaaten als Anreiz für die Anpassung ihrer Rechtsordnung.¹⁶³⁵ Diese Einlassung des EGMR lässt erkennen, dass er mit den Entschädigungen Gemeinwohlzwecke verfolgt.¹⁶³⁶ Diese Erwägungen lassen sich auf die Entschädigungspraxis des AfGMRRV zu Tansanias Verletzungen des Rechts auf rechtlichen Beistand übertragen. Indem der Gerichtshof hier routinemäßig Entschädigungen auswirft, scheint sein Ziel nur zu einem kleinen Teil der Ausgleich individuellen Leids und zu einem größeren Teil eine Reform der tansanischen Rechtsordnung zu sein.¹⁶³⁷ Dass die immateriellen Schäden in diesen Fällen nicht besonders schwer wiegen, belegt die Praxis des EGMR bei Verletzungen des Rechts auf einen kostenlosen Rechtsbeistand, in der Regel eine entschädigende Feststellung genügen zu lassen.¹⁶³⁸ Für den erlittenen Schaden der Hilflosigkeit angesichts der Konventionsverletzung dennoch routinemäßig Geldschadenser-

1634 Vgl. bspw. EGMR, *Case of Ernestina Zullo v. Italy*, Urteil, 10. November 2004, Beschwerde-Nr. 64897/01, Rn. 26; vgl. hierzu eingehend Kissling/Kelliher, Compensation for Pecuniary and Non-Pecuniary Loss, in: Fenyves/Karner/Koziol/Steiner (Hrsg.), *Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR*, 2011, 579–723, 655–670.

1635 EGMR (GK), *Case of Scordino v. Italy (No. 1)*, Urteil, 29. März 2006, Beschwerde-Nr. 36813/97, Rn. 176. Zugleich dient die Praxis dem Schutz der Beschwerdeführer*innen, ebd.

1636 Wilcox sieht hierin ein strafendes Element, *Wilcox*, Punitive and Nominal Damages, in: Fenyves/Karner/Koziol/Steiner (Hrsg.), *Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR*, 2011, 725–740, 730.

1637 Im Gegensatz zum EGMR könnte der AfGMRRV indes auch innerstaatliche Reformen in seinen Urteilen anordnen. Allerdings hat Tansania mittlerweile seine Rechtsordnung im Hinblick auf die Gewährung unentgeltlichen Rechtsbeistands reformiert. Deshalb hat der Gerichtshof von entsprechenden Anordnungen abgesehen und diese für Entscheidungen über etwaige Defizite bei der Umsetzung dieser Reform in der Praxis vorbehalten, AfGMRRV, *Amir Ramadhani v. Tanzania*, 2021, Beschwerde-Nr. 010/2015, Rn. 44.

1638 Siehe oben auf S. 245. Im Verhältnis zu Tansanias Bruttoinlandsprodukt pro Kopf (USD 1.099,30 im Jahr 2021, Weltbank, World Bank Open Data, abrufbar unter: <https://data.worldbank.org/country/tanzania> (zuletzt besucht: 15. März 2023))

satz zu gewähren legt nahe, dass diese Praxis auch überindividuellen Zwecken dient.

C. Verhältnis zur Rechtsprechung des EGMR und des IAGMR

Die Ausgestaltung des afrikanischen Menschenrechtsschutzes ist eine Mischform zwischen den beiden anderen Menschenrechtsgerichtshöfen. Den wesentlichen materiell-rechtlichen Maßstab seiner Rechtsprechung bildet die AfCMRRV, die sich inhaltlich von den anderen Menschenrechtsverträgen insbesondere durch kollektive Rechte abhebt. Dennoch ist die bisherige Entwicklung der Rechtsprechung zu den Folgen festgestellter Menschenrechtsverletzungen deutlich an den Linien der beiden anderen Gerichtshöfe orientiert. Darum überrascht es auch nicht, dass sich die gefundenen Lösungen ähneln. Sie stellen zum Teil eine eigenständige Mischung aus andernorts entwickelter Praxis dar. In jedem Fall gleicht auch der AfGMRRV immaterielle Schäden nicht zwingend mit substanziellen Geldbeträgen aus. Vielmehr genügten anfangs das Urteil als solches und später symbolische Beträge. Dieses Instrument spielt allerdings, schon alleine wegen der geringeren Anzahl an Fällen und der Vermutung zugunsten immaterieller Schäden eine geringere Rolle als vor dem EGMR. Bei dieser Bewertung ist jedoch einzustellen, dass sich der Gerichtshof noch in einem Prozess befindet, eine eigenständige Rechtsprechung zu entwickeln. Sobald auch häufiger andere Staaten als Tansania an den Verfahren als Beschwerdegegner teilnehmen,¹⁶³⁹ dürften zuverlässigere Schlüsse auf die Handhabung immaterieller Schäden möglich sein.

Allerdings gibt es einen Umstand, der Anlass zu der Vermutung gibt, dass sich die Praxis des Gerichtshofs weiter entlang der Linien des EGMR und des IAGMR entfaltet: seine bisherige Zitierpolitik. Insgesamt orientiert sich die Rechtsprechung des AfGMRRV zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit deutlich an der Rechtsprechung anderer Spruchkörper. So verweist der Gerichtshof seit seiner ersten Entscheidung auf das Urteil des StIGH im Fall *Factory at Chorzów*.¹⁶⁴⁰ In seinen ersten drei Entscheidungen zur

ist die Summe, die der AfGMRRV hierfür zuspricht (umgerechnet EUR 112), kein rein symbolischer Betrag.

1639 Siehe oben zu den Einschränkungen für Individualbeschwerden unter § 10 A.

1640 Vgl. AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 27–29, 35; vgl. auch AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v.*

Wiedergutmachung nahm der AfGMRRV weitgehend auf Entscheidungen anderer internationaler oder regionaler Spruchkörper Bezug. Spätere Entscheidungen rezipieren (fast) nur noch die eigene Rechtsprechung.¹⁶⁴¹ Darin liegt allerdings keine Abkehr von der restlichen internationalen Praxis, sondern deren Fortführung. Denn für wesentliche Aspekte haben die ersten Leitentscheidungen eine Grundlage bereitet, auf denen die späteren Entscheidungen aufbauen.¹⁶⁴² Diese feste Verwurzelung in der bestehenden menschenrechtlichen Spruchpraxis gibt Grund zu der Vermutung, dass die Entwicklung in einem ähnlichen Rahmen verlaufen könnte. Für die hier besonders interessierende Frage einer entschädigenden Feststellung oder der genugtuenden Wirkung des Urteils hat der Gerichtshof zwar mit symbolischen Entschädigungen einen eigenen Weg eingeschlagen.¹⁶⁴³ Dieser erfüllt jedoch eine vergleichbare Funktion.

Burkina Faso, Reparations, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 21, 24, 26, 29, wo zusätzlich auch die ARSIWA zitiert werden. Siehe im Übrigen zur Relevanz der ARSIWA im Bereich der Individualrechte oben in § 7.

- 1641 Siehe näher zu dieser Beobachtung bereits oben unter § 7 A. I. So verweist der Gerichtshof in späteren Urteilen beispielsweise noch vereinzelt auf den *Chorzów Factory Case* für den Grundsatz der Totalreparation, vgl. AfGMRRV, *Umuhoza v. Rwanda*, 2018, Beschwerde-Nr. 003/2014, Rn. 20; AfGMRRV, *Abubakari v. Tanzania (Reparations)*, 2019, Beschwerde-Nr. 007/2013, Rn. 20 (Fn. 5). Auch die Verweise auf andere Gerichtshöfe sind auf Einzelfragen beschränkt, vgl. AfGMRRV, *Armand Guehi v. Tanzania, Côte d'Ivoire intervening*, 2018, Beschwerde-Nr. 001/2015, Rn. 164 (Fn. 48) (zur Frage der Freilassung des Beschwerdeführers aus der Haft) und Rn. 191 (Fn. 59) (zum Anwendungsbereich der Garantien der Nichtwiederholung); AfGMRRV, *Rashidi v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 009/2015, Rn. 146 (Fn. 34) (ebenfalls zum Anwendungsbereich der Garantien der Nichtwiederholung); AfGMRRV, *Ajavon v. Benin (Nr. 1)*, 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 59 (Fn. 15) (zum Schadensersatz für verlorene Gewinnchancen); AfGMRRV, *Rajabu and others v. Tanzania*, 2019, Beschwerde-Nr. 007/2015, Rn. 149 (zu Leid und Schmerz durch ein Todesurteil). In manchen Urteilen verweist der Gerichtshof ausschließlich auf seine eigene Praxis, vgl. AfGMRRV, *Minani Evaist v. Tanzania*, 2018, Beschwerde-Nr. 027/2015.
- 1642 Dies zeigt sich darin, dass der AfGMRRV diese ersten Entscheidungen weiterhin zitiert, vgl. aus jüngerer Zeit bspw. AfGMRRV, *Guzbert Henerico v. Tanzania*, 2022, Beschwerde-Nr. 056/2016, Rn. 209.
- 1643 Anträge auf eine symbolische Entschädigung hatte der EGMR mit einer entschädigenden Feststellung verbeschieden, EGMR (Plenum), *Marckx v. Belgium*, 1979, Beschwerde-Nr. 6833/74, Rn. 68.

§ 11 Immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht¹⁶⁴⁴

Das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht ist primär mit dem Schutz wirtschaftlicher Interessen befasst. Daher wirkt es auf den ersten Blick fernliegend, dass Investor*innen in diesem Rechtsgebiet Nichtvermögensschäden liquidieren können. Noch dazu sind Schiedskläger*innen in Investitionsschutzverfahren häufig juristische Personen, die weder Leid noch Schmerz empfinden können. Sie können damit einen Großteil möglicher immaterieller Schäden gar nicht erleiden.¹⁶⁴⁵

Dieser Intuition zum Trotz beschäftigt die investitionsschutzrechtliche Literatur seit der Entscheidung im Fall *Desert Line v. Yemen*¹⁶⁴⁶ aus dem Jahr 2008 eine intensive Debatte um den Ersatz immaterieller Schäden.¹⁶⁴⁷

1644 Gedanken aus diesem Kapitel sind bereits in *Stendel*, Moral Damages as an “Exceptional” Remedy in International Investment Law – Re-Connecting Practice with General International Law, *ZaöRV* 81 (2021), 937–968 veröffentlicht.

1645 Vgl. *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: Werner/Ali (Hrsg.), *A Liber Amicorum*: Thomas Wälde, 2009, 253–264, 258. Siehe zum Begriff des immateriellen Schadens im Völkerrecht oben unter § 5 B. II. Dem entspricht es, dass juristische Personen in vielen Zivilrechtsordnungen keinen immateriellen Schadensersatz verlangen können, vgl. beispielhaft *Chamber of National and International Arbitration Milan*, *Final Award in Case No. 1795*, Schiedsspruch, 1. Dezember 1996, *Yearbook Commercial Arbitration* XXIV (1999), 196, 205 (Rn. 32). Dies gilt grundsätzlich auch für die deutsche Rechtsordnung, weil diese in § 253 Abs. 2 BGB mit der Verletzung bestimmter Rechtsgüter (“Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung”) als Grundvoraussetzung für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes Bedingungen aufstellt, die eine juristische Person schlechterdings nicht erfüllen kann.

1646 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17.

1647 Vgl. *Abdel Raouf*, The First Inter-Arab Investment Dispute Before ICSID, in: *Abdel Raouf/Leboulanger/Ziadé* (Hrsg.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, 2015, 227–237; *Allepuz*, Moral Damages in International Investment Arbitration, *Spain Arbitration Review* 17 (2013), 5–15; *Alrashid*, Moral Damages – A critique of *Desert Line*, *GAR* 3 (2008), 39–40; *Blake*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 371–407; *Cabrera*, Moral Damages in Investment Arbitration, in: *Laird/Weiler* (Hrsg.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 2010, 197–212; *Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?, in: *Liard/Weiler* (Hrsg.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 2010, 233–255; *Cazala*, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l’Investissement, in: *Mélanges offerts à Charles Leben*, 269–283; *Coriell/*

Bevor das Kapitel auf diese Debatte näher eingeht, erläutert ein erster Abschnitt, ob und inwieweit immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht eine Rolle spielen können (A.). Der anschließende Abschnitt analysiert die Schiedspraxis zu immateriellen Schäden unter besonderer Behandlung eines prägenden Schiedsspruchs zu Nichtvermögensschäden, *Desert Line v. Yemen* (B.). Wie zu zeigen sein wird, hat die Schiedspraxis den Ersatz immaterieller Schäden einem gegenüber dem allgemeinen Völkerrecht zusätzlichen Kriterium unterworfen, außergewöhnliche Umstände (“exceptional circumstances”), ohne dies überzeugend zu erklären. Bevor das Kapitel mit der Frage schließt, wie das Investitionsschutzrecht *de lege lata* immaterielle Schäden behandelt (D.), unternimmt das Kapitel einen soziologischen

Marchili, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: Laird/Weiler (Hrsg.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 2010, 213–231; *Dumberry*, Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes, *Journal of International Arbitration* 27 (2010), 247–276; *Dumberry*, Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 1–38; *Dumberry/Cusson*, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 33–75; *Dumberry*, International Investment Law, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), 2015, 1130–1141; *Dumberry*, Moral Damages, in: *Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, 142–167; *Ehle/Dawidowicz*, Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation, in: *Huerta-Goldman/Romanetti/Stirnemann* (Hrsg.), *WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration*, 2013, 293–326; *Gaillard*, “Desert Line v. Yemen”: Moral Damages, *NYLJ* 240 (2008), 3; *Jagusch/Sebastian*, *Arbitration International* 29 (2013), 45–62; *Laird*, Moral Damages and the Punitive Question in ICSID Arbitration, *ICSID Review* 26 (2011), 171–183; *Lawry-White*, Are Moral Damages an Exceptional Case?, *International Arbitration Law Review* 15 (2012), 236–246; *Markert/Freiburg*, *JWIT* 14 (2013), 1–43; *Michou*, Compensation of the Moral Injury in Investor-State Arbitration / L’Indemnisation du Prejudice Moral dans l’Arbitrage entre Investisseurs et Etats, *International Business Law Journal* 2011, 41–68; *Moyano García*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 485–521; *Parish/Nelson/Rosenberg*, *Berkeley Journal of International Law* 29 (2011), 225–245; *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde*, 253–264; *Schwenzer/Hachem*, Moral Damages in International Investment Arbitration, in: *International Arbitration and International Commercial Law*, 411–430; *Uchkunova/Temnikov*, The Availability of Moral Damages to Investors and to Host States in ICSID Arbitration, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 380–402; *Vasudev*, Damages for Non-Material Harm in Investment Treaty Arbitration, *ASA Bulletin* 37 (2019), 97–110; *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: *Rovine* (Hrsg.), *The Fordham Papers* 2012, 2012, 67–99.

Exkurs, der die Entwicklung im Investitionsschutzrecht zu immateriellen Schäden anhand der beteiligten Akteure einordnet (C.).

A. Zur Möglichkeit immateriellen Schadensersatzes im
Investitionsschutzrecht

Das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht hat sich in den letzten Jahrzehnten als ein eigenständiges Rechtsgebiet im Völkerrecht herauskristallisiert.¹⁶⁴⁸ Sein markantestes Merkmal ist es, dass Individuen ein eigenes Klagerecht erhalten, um Streitigkeiten um ihre Investition gegen einen fremden Gaststaat vor Schiedsgerichten direkt geltend zu machen.¹⁶⁴⁹ Die Grundlage solcher Schiedsverfahren findet sich in nationalen Investitionsschutzgesetzen, Investitionsverträgen¹⁶⁵⁰ oder in völkerrechtlichen Verträgen, zumeist sog. bilateralen Investitionsschutzverträgen (Bilateral Investment Treaty, BIT).¹⁶⁵¹ Letztere räumen Investor*innen des jeweils anderen Vertragsstaats ein Klagerecht gegen den Vertragsstaat ein, in dem sie investieren, wenn sie sich in ihren Rechten verletzt sehen.¹⁶⁵² Die meisten solcher Schiedsverfahren werden auf der Grundlage der ICSID-Kon-

1648 Vgl. *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2022, S. 25 f.

1649 Vgl. zur Besonderheit dieses Merkmals *Van Harten*, Investment Treaty Arbitration, 2007, S. 8-11.

1650 Im Folgenden meint Investitionsvertrag immer einen Vertrag zwischen Investor*in und Gaststaat bzw. einer seiner Untergliederungen, während Investitionsschutzvertrag oder Investitionsschutzabkommen einen bilateralen *völkerrechtlichen* Vertrag bezeichnen, der Investor*innen der jeweils anderen Vertragspartei eine bestimmte Behandlung durch den Gaststaat zusichert. Synonym zum Ausdruck Investitionsschutzvertrag verwendet die Arbeit die Abkürzung BIT.

1651 Die häufigste Grundlage für Investitionsschutzklagen ist heutzutage ein BIT, vgl. UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Development in 2017, 2018, abrufbar unter: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1188/investor-state-dispute-settlement-review-of-developments-in-2017> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1652 Vgl. hierzu *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2022, S. 364 f. Ein solches Klagerecht erkannte ein Investitionsschiedsgericht zum ersten Mal in dem Fall ICSID, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, Schiedsspruch, 27. Juni 1990, Case No. ARB/87/3, Rn. 18 an.

vention¹⁶⁵³ durchgeführt.¹⁶⁵⁴ Allerdings finden Schiedsverfahren auch vor anderen Institutionen und unter Anwendung unterschiedlicher Schiedsregeln statt. Insofern zeichnet sich das Investitionsschutzrecht durch eine große Diversität möglicher Foren aus. Eine Gemeinsamkeit bleibt es indes, dass die Zustimmung der beklagten Gaststaaten zu dem Schiedsverfahren zumeist aus einem völkerrechtlichen Vertrag, einem BIT, resultiert und die Verfahren oftmals die Verletzung der Garantien des BIT zum Gegenstand haben. Bei allen Unterschieden im Detail garantieren solche BITs in der Regel einen Schutz vor direkten und indirekten Enteignungen ohne Entschädigung, gewährleisten Inländergleichbehandlung, verankern den Meistbegünstigungsgrundsatz und versprechen eine billige und gerechte Behandlung (“fair and equitable treatment”) sowie vollen Schutz und Sicherheit (“full protection und security”).¹⁶⁵⁵ Insgesamt schützen diese Gewährleistungen primär den wirtschaftlichen Wert der Investition.¹⁶⁵⁶

In diesem Gefüge erscheint immaterieller Schadensersatz im Investitionsschutz hinsichtlich zweier Aspekte erklärungsbedürftig: der Kompetenz eines Schiedsgerichts, über solche Ansprüche zu entscheiden (I.), und der Fähigkeit juristischer Personen, den häufigsten Schiedskläger*innen im Investitionsschutzrecht,¹⁶⁵⁷ Inhaber*innen eines Anspruchs auf immateriellen Schadensersatz zu sein (II.).

1653 Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (ICSID-Konvention), 18. März 1965, UNTS 847, 231 (dt. Übersetzung: BGBl. 1969 II, 371).

1654 Von mehr als 1.000 im Jahr 2019 bekannten Investitionsschutzverfahren betreute ICSID 820 als Schiedsinstitution, vgl. *Behn/Langford/Fauchald/Lie/Usynin/St. John/Letourneau-Tremblay/Berge/Kirkebo*, PluriCourts Investment Treaty Arbitration Database (PITAD): Version 1.0, Pluricourts Centre of Excellence, University of Oslo, abrufbar unter: <https://pitad.org/index#welcome> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1655 Vgl. hierzu *Brown*, The Evolution of the Regime of International Investment Agreements, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, 153–185, 182 f. (Rn. 72).

1656 Vgl. *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 493; vgl. zu den daraus resultierenden Folgen für die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zur Gewährung immateriellen Schadensersatzes *Cazala*, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l’Investissement, in: *Mélanges offerts à Charles Leben*, 269, 276.

1657 Nach einer Studie der OECD, die (zum Zeitpunkt 2011) die 50 neuesten Schiedssprüche auf der Grundlage der ICSID-Konvention sowie alle verfügbaren UNCITRAL Schiedssprüche im Investitionsschutzrecht auswertete (insgesamt 95 Schiedssprüche), waren nur 22 % aller Schiedskläger*innen natürliche Personen oder sehr kleine Unternehmen (zwischen beiden differenziert die Studie nicht),

I. Die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts und immaterieller Schadensersatz

Eine erste Hürde für den immateriellen Schadensersatz im Investitionsschutzrecht ist die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Da die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vom Konsens der Parteien abhängt, stellt sich die Frage, ob dieser Konsens die Anordnung eines immateriellen Schadensersatzes deckt. Dabei ist zwischen der Zuständigkeit *ratione materiae* und der Zuständigkeit *ratione personae* zu differenzieren. Sofern das Schiedsgericht auf der Grundlage der ICSID-Konvention tätig werden soll, müssen zusätzlich die Voraussetzungen des Art. 25 ICSID-Konvention vorliegen.¹⁶⁵⁸

Die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts ergibt sich aus dem Konsens beider Parteien, der auf unterschiedlichen Wegen entstehen kann.¹⁶⁵⁹ Für den hier alleine interessierenden Fall des völkerrechtlichen Investitionsschutzes ist der wichtigste Fall der vom Staat in einem BIT im Voraus erklärte Antrag, sich bindenden schiedsgerichtlichen Entscheidungen über Streitigkeiten um Investitionen zu unterwerfen.¹⁶⁶⁰ Solche Schiedsklauseln sind zum Teil nicht auf Streitigkeiten über die Anwendung der Schutzgarantien des Investitionsschutzvertrages beschränkt, sondern erstrecken sich beispielsweise auch auf Streitigkeiten aus Investitionsverträgen mit dem Gaststaat.¹⁶⁶¹ In jedem Fall müssen Ansprüche auf Verletzungen der Ge-

vgl. *Gaukroder/Gordon*, Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community, OECD Working Paper Series (2012/03), S. 17.

1658 Vgl. hierzu *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2022, S. 351–353.

1659 Vgl. hierzu *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2022, S. 360–369; *Waibel*, Jurisdiction and Admissibility, in: *Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch* (Hrsg.), International Investment Law, 2015, 1212–1287, 1222.

1660 Vgl. bspw. Art. 10 des letzten deutschen Modellinvestitionsschutzvertrages: „(1) Disputes concerning investments between a Contracting State and an investor of the other Contracting State should as far as possible be settled amicably between the parties to the dispute. [...] (2) If the dispute cannot be settled within six months [...], it shall, at the request of the investor of the other Contracting State, be submitted to arbitration. The two Contracting States hereby declare that they unreservedly and bindingly consent to the dispute being submitted to one of the following dispute settlement mechanisms of the investor's choosing: [...]“, Bundeswirtschaftsministerium, Deutscher Muster Investitionsschutzvertrag, 2008, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1661 Vgl. *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2022, S. 395 f.

währleistungen des jeweiligen Investitionsschutzabkommens oder weiterer in Bezug genommener Garantien beruhen, um innerhalb der Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu liegen. Denkbar ist beispielsweise, einen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz auf Verletzungen der Garantie des vollen Schutzes und der Sicherheit zu stützen. An dieser Möglichkeit ließe sich nur zweifeln, wenn man die Formulierung der jeweils einschlägigen Gewährleistung in den Fokus stellt. Diese machen entweder nur die Investition oder zusätzlich auch den Investor zum Adressaten des Schutzes. Misst man diesem Unterschied Bedeutung bei, liegt es nahe, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Anordnung immateriellen Schadensersatzes wegen ihres starken Personenbezugs auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen ein BIT Investor*innen als Personen schützt.¹⁶⁶² Da BITs häufig nur den Schutz der Investition anordnen,¹⁶⁶³ wären investitionsschutzrechtliche Schiedsgerichte im Regelfall nicht für die Anordnung immateriellen Schadensersatzes zuständig. Diese Konsequenz zieht die Schiedspraxis allerdings weitgehend nicht.¹⁶⁶⁴ So stützte das Schiedsgericht in *Desert Line v. Yemen* die Gewährung immateriellen Schadensersatzes auf die Verletzung

1662 Vgl. hierzu *Cazala*, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l'Investissement, in: *Mélanges offerts à Charles Leben*, 269, 276; *Schwenzer/Hachem*, Moral Damages in International Investment Arbitration, in: *International Arbitration and International Commercial Law*, 411, 419 f.; vgl. auch die Andeutungen bei *Jagusch/Sebastian*, *Arbitration International* 29 (2013), 55 f., die allerdings die Unterscheidung für praktisch schwer durchhaltbar erachten. So auch allgemein für Verletzungen investitionsschutzrechtlicher Standards, die nur Investor*innen betreffen *Newcombe/Paradell*, *Law and Practice of Investment Treaties*, 2009, S. 263.

1663 Vgl. *Newcombe/Paradell*, *Law and Practice of Investment Treaties*, 2009, S. 262; *Hindelang*, *Restitution and Compensation*, in: Hofmann/Tams (Hrsg.), *International Investment Law and General International Law*, 2011, 161–210, 187. Der Grund hierfür mag darin liegen, dass BITs mehr auf die Errichtung stabiler Investitionsbedingungen als den Schutz der Person der Investor*innen gerichtet sind, vgl. hierzu *Hindelang*, *Restitution and Compensation*, in: *International Investment Law and General International Law*, 161, 187.

1664 Soweit Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit verneint haben, geschah dies aus anderen Gründen, siehe hierzu weiter unten im selben Abschnitt. Eine Ausnahme bildet nach Medienberichten die unveröffentlichte Entscheidung in dem Fall ICSID, *Güneş Tekstil Konfeksiyon Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi and others v. Republic of Uzbekistan*, Schiedsspruch, 4. Oktober 2019, Case No. ARB/13/19, vgl. *Sanderson*, *Uzbekistan Liable for Seizure of Shopping Mall*, GAR (2019), abrufbar unter: <https://globalarbitrationreview.com/article/uzbekistan-liable-seizure-of-shopping-mall> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

der Garantie billiger und gerechter Behandlung,¹⁶⁶⁵ obwohl diese Garantie im einschlägigen BIT nur die Investition schützte.¹⁶⁶⁶

Bisher haben Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit schlicht darauf gestützt, dass diese nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.¹⁶⁶⁷ Dieser Ansatz ist auch überzeugend. Er steht in der Tradition des StIGH, nach dessen Entscheidung in der Sache *Factory at Chorzów* eine Streitbeilegungsklausel über die Auslegung und Anwendung eines Vertrages auch Streitigkeiten über die Schadensfolgen einer Verletzung jenes Abkommens erfasse.¹⁶⁶⁸ Der StIGH begründete diese Schlussfolgerung damit, dass jeder Völkerrechtsverstoß eine Pflicht zum Schadensausgleich verursache.¹⁶⁶⁹ Diese Erwägung lässt sich auf das Investitionsschutzrecht übertragen: Mangels abweichender Regelungen¹⁶⁷⁰ besteht kein Grund, warum Investitionsschiedsgerichte nicht auch für die Entscheidung über immateriellen Schadensersatz zuständig sein sollten.

Soweit manche Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes explizit verneint haben, hatten die jeweiligen Kläger*innen Rechtsverletzungen außerhalb des BIT gerügt, wie bei-

1665 Vgl. ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 191–193.

1666 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 191 (“Art. 3 of the BIT has the following wording: “The two Contracting Parties undertake to ensure **fair and equitable treatment to the investments** of investors of the other Contracting Party.” [...]”) (Hervorhebungen durch den Verfasser).

1667 Vgl. ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289 (“There are indeed no reasons to exclude them.”); ICSID, *Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey*, Schiedsspruch, 17. September 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169 (unter Verweis auf den *Desert-Line*-Schiedsspruch); ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Entscheidung (Jurisdiction und Liability), 14. Januar 2010, Case No. ARB/06/18, Rn. 476 (ebenfalls unter Verweis auf den *Desert-Line*-Schiedsspruch); ebenso ICSID, *OI Europe Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Schiedsspruch, 10. März 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 906; vgl. auch Blake, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 374; *Dumberry/Cusson*, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 35; *Allepuz*, *Spain Arbitration Review* 17 (2013), 7 f. Siehe zu Ausschlüssen immateriellen Schadensersatzes in der neueren Abkommenspraxis die Nachweise oben in Fn. 949.

1668 Vgl. StIGH, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, *Jurisdiction*, Urteil, 26. Juli 1927, Series A, No. 9, 4, 21.

1669 Vgl. StIGH, *Factory at Chorzów*, 1927, Series A, No. 9, 4, 21.

1670 Vgl. *Sabahi*, *Moral Damages in International Investment Law*, in: A Liber Amicorum: Thomas Wälde, 253, 257 sowie die Nachweise in Fn. 949.

spielsweise der Menschenrechte,¹⁶⁷¹ der ukrainischen Verfassung¹⁶⁷² oder des Bangui Abkommens.¹⁶⁷³ Diese Fälle zeigen, dass der klägerische Vortrag und das anwendbare Recht für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts entscheidend sind.¹⁶⁷⁴ Sofern sich daher die Schiedskläger*innen auf eine Verletzung des BIT stützen und die völkerrechtlichen Regeln zur Wiedergutmachung zum anwendbaren Recht zählen,¹⁶⁷⁵ sind Investitionsschiedsgerichte auch für Anträge auf immateriellen Schadensersatz zuständig.¹⁶⁷⁶

Im Rahmen des ICSID-Regimes ergibt sich eine zusätzliche Zuständigkeitshürde aus Art. 25 ICSID-Konvention. Nach dieser Vorschrift muss der Streit unmittelbar aus einer Investition resultieren.¹⁶⁷⁷ Ob das hierin enthaltene Unmittelbarkeitskriterium erfüllt ist, dürfte bei immateriellen

1671 *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Schiedsspruch (Jurisdiction und Liability), 27. Oktober 1989, ILR 95, 183, 203.

1672 ICSID, *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, Schiedsspruch, 16. September 2003, Case No. ARB/00/9, Rn. 17.6.

1673 Vgl. ICSID, *AHS Niger and Menzies Middle East and Africa S.A. v. Republic of Niger*, Schiedsspruch, 15. Juli 2013, Case No. ARB/11/11, Rn. 152. Allerdings begehrte die Schiedsklage wohl tatsächlich keinen immateriellen Schadensersatz. Denn der Anspruch sollte aus der Verletzung immaterieller Schutzgüter resultieren, woraus in der Regel allein ein materieller Schaden folgt.

1674 Vgl. *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 29 f.; in die gleiche Richtung tendiert *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: A Liber Amicorum: Thomas Wälde, 253, 258; *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 78.

1675 Die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gehören – jedenfalls bei Schiedsgerichten auf der Grundlage der ICSID-Konvention – nach Art. 42 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. ICSID-Konvention zum anwendbaren Recht, vgl. *Kriebaum* in: Schill (Hrsg.), *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention*, 3. Auflage, 2022, Art. 42 Rn. 244 f. Zur Einordnung des Instituts des immateriellen Schadensersatzes als Teil des Völkergewohnheitsrechts, siehe oben § 5 A.

1676 Vgl. *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 493-496; zustimmend *Jagusch/Sebastian*, Arbitration International 29 (2013), 56.

1677 Diese Frage werfen beispielsweise *Uchkunova* und *Temnikov* auf, vgl. *Uchkunova/Temnikov*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 381; ebenso *Laird*, ICSID Review 26 (2011), 181. In dem Verfahren *Zhinvali v. Georgia* brachte die Schiedsbeklagte gerade dieses Argument vor, vgl. ICSID, *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, Schiedsspruch, 24. Januar 2003, Case No. ARB/00/1, ICSID Reports 10 (2006), 3, 65 (Rn. 283). Auf diese Argumentation kam es jedoch nicht an, weil es schon an einer Investition im Sinne von Art. 25 ICSID-Konvention fehlte, vgl. ICSID, *Zhinvali v. Georgia*, 2003, Case No. ARB/00/1, ICSID Reports 10 (2006), 3, Rn. 432. Auch Bolivien führte dieses Argument in ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 598 an. Allerdings wies

Schäden eine Frage des Einzelfalls sein. Sind Investor*innen natürliche Personen und richtet sich der Angriff gegen diese, ist der erforderliche Zusammenhang mit verhältnismäßig geringem Aufwand begründbar, jedenfalls soweit ein Bezug zur Investition besteht.¹⁶⁷⁸ Zu denken wäre an Fälle, in denen Investor*innen eingeschüchtert, eingesperrt, geschlagen oder gefoltert werden, um beispielsweise die schnellere Fertigstellung eines Investitionsprojekts zu erreichen. Darüber hinaus spricht die bisherige Praxis zur Unmittelbarkeit nach Art. 25 ICSID-Konvention dagegen, aus diesem Grund Nichtvermögensschäden von der Zuständigkeit eines Investitionsschiedsgerichts auszuschließen. Art. 25 ICSID-Konvention wird extensiv ausgelegt¹⁶⁷⁹ und das Fehlen der Unmittelbarkeit bisher nur in Bezug auf Nebengeschäfte zu einer Investition diskutiert.¹⁶⁸⁰ Im Übrigen dürften die Voraussetzungen des Art. 25 ICSID-Konvention bei einem engen Bezug zu wirtschaftlichen Interessen leicht erfüllbar sein.¹⁶⁸¹

Ratione materiae ergibt sich damit in der Zusammenschau, dass immaterielle Schäden von der Zuständigkeit eines Investitionsschiedsgerichts gedeckt sind, soweit diese einen gewissen Bezug zur Investition aufweisen.¹⁶⁸²

Die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zur Anordnung immateriellen Schadensersatzes ist *ratione personae* nur problematisch, wenn – wie in

das Schiedsgericht diesen Einwand als verspätet zurück, ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 600.

1678 Vgl. *Schwenzer/Hachem*, Moral Damages in International Investment Arbitration, in: *International Arbitration and International Commercial Law*, 411, 421; vgl. auch *Coriell/Marchili*, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 213, 226, die dies als eine Frage der Kausalität zwischen immateriellem Schaden und den Schutzgarantien des BIT beschreiben.

1679 *Williams*, Jurisdiction and Admissibility, in: *Muchlinski/Ortino/Schreuer* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, 868–931, 876; vgl. zu weiteren Aspekten dieses Tatbestandsmerkmals *Schill/Schreuer/Sinclair* in: *Schill* (Hrsg.), *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention*, 3. Auflage, 2022, Art. 25 Rn. 113–161.

1680 *Williams*, Jurisdiction and Admissibility, in: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 868, 882.

1681 Vgl. *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, S. 311; zustimmend *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 30.

1682 So auch *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 198, der einen solchen Bezug im Fall *Desert Line v. Yemen* (hinsichtlich des Leids der Leitungspersonen und Angestellten) ablehnt. Vgl. auch *Marboe*, Compensation and Damages in International Investment Law, 2017, S. 318 (Rn. 5.347), die allerdings eine solche Einschränkung nicht explizit vornimmt.

*Desert Line v. Yemen*¹⁶⁸³ – eine juristische Person immateriellen Schadensersatz für das Leid ihrer Angestellten oder Leitungspersonen verlangt. Denn Angestellte und Leitungspersonen einer investierenden Gesellschaft sind regelmäßig keine Investor*innen und das Schiedsgericht kann über ihre Ansprüche in der Folge nicht entscheiden.¹⁶⁸⁴ Über diesen Umstand sind Schiedsgerichte, die für diesen Schaden Ersatz gewährt haben, zumeist ohne nähere Erläuterung hinweggegangen.¹⁶⁸⁵ Das Schiedsgericht in *von Pezold et al. v. Zimbabwe* war sich der Problematik bewusst, bejahte jedoch mit der pragmatischen Erwägung seine Zuständigkeit, dass das Leid der Angestellten ansonsten ohne Folgen bliebe.¹⁶⁸⁶ Aus Zuständigkeitsgesichtspunkten muss das Leid der Angestellten zugleich eine Verletzung der juristischen Person bedeuten, weil nur diese als Investorin ein Klagerecht besitzt. Wie sich dieses Ergebnis dogmatisch erreichen lässt, ist bisher ungeklärt.¹⁶⁸⁷ In jedem Fall betrifft dieses Problem nur einen Teilaspekt des immateriellen Schadensersatzes. Im Übrigen bestehen keine Zweifel an der Zuständigkeit eines Investitionsschiedsgerichts, über Anträge auf immateriellen Schadensersatz zu entscheiden.¹⁶⁸⁸

1683 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 290.

1684 Vgl. *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 197; *Schwenzer/Hachem*, Moral Damages in International Investment Arbitration, in: International Arbitration and International Commercial Law, 411, 422 f.; vgl. auch *Dumberry*, Journal of International Arbitration 27 (2010), 267, der darauf abstellt, dass es bzgl. der Angestellten an einer Investition fehle.

1685 Vgl. ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289 f.; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Republic of Zimbabwe*, Schiedsspruch, 28. Juli 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 915.

1686 ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 915; zustimmend *Dumberry*, Moral Damages, in: Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, 142, 152. In diese Richtung tendierte bereits *Dumberry*, Journal of International Arbitration 27 (2010), 267, auf den das Schiedsgericht in *von Pezold et al. v. Zimbabwe* ausdrücklich Bezug nahm.

1687 Siehe hierzu unten unter § 11 B. II. 3.

1688 So wohl auch ICSID, *Victor Pey Casado and Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile*, Entscheidung (Annulment), 8. Januar 2020, Case No. ARB/98/2, Rn. 716.

II. Juristische Personen und immaterieller Schadensersatz

Ob juristische Personen immaterielle Schäden erleiden können, ist nur für Schmerzen und Leiden als Erscheinungsformen immaterieller Schäden¹⁶⁸⁹ problematisch. Dagegen sind Ruf- und Ansehensverluste ebenso bei juristischen Personen denkbar.¹⁶⁹⁰ In der Folge besteht an der grundsätzlichen Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden zugunsten eines Unternehmens kein Zweifel. Da Ansehensverluste juristischer Personen in der Regel zu einem bezifferbaren Schaden führen werden und daher materielle Schäden sind, bleibt (abgesehen von Leid und Schmerz) nur ein Restanwendungsbereich immaterieller Schäden eines Unternehmens.¹⁶⁹¹ Das sind Fälle, in denen über den berechenbaren Rufverlust (der sich beispielsweise in gesunkenen Verkaufszahlen niederschlägt) hinaus, das Ansehen der juristischen Person geschädigt ist.

In diesem Rahmen ist der immaterielle Schadensersatz allerdings eine mögliche Rechtsfolge der Verletzung einer Gewährleistung aus einem BIT. Jedoch trennt die Schiedspraxis nicht so scharf zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen des immateriellen Schadens.¹⁶⁹² Deshalb erhielten auch juristische Personen immateriellen Schadensersatz für Leid und Schmerz.¹⁶⁹³ Den Anknüpfungspunkt dieses Schadensersatzes bildete jeweils das Leid der Angestellten und Organe der juristischen Person.¹⁶⁹⁴ Ob diese Praxis eine dogmatische Grundlage hat, ist bis heute Gegenstand einer Kontroverse und soll unten näher analysiert werden.¹⁶⁹⁵ An dieser Stelle genügt zunächst der grundsätzliche Befund, dass die Zuerkennung immateriellen Schadensersatzes zugunsten juristischer Personen im Rahmen der völkergewohnheitsrechtlich geschuldeten Wiedergutmachung nur hinsichtlich des Leids und Schmerzes angestellter Personen einer Schiedsklägerin problematisch ist.

1689 Siehe hierzu oben unter § 5 B. II.

1690 *Marboe*, Compensation and Damages in International Investment Law, 2017, S. 319.

1691 Vgl. hierzu eingehend *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: A Liber Amicorum: Thomas Wälde, 253, 256.

1692 Vgl. ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 290.

1693 Vgl. ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289 f.; vgl. auch ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 911–916.

1694 Vgl. insbesondere die Argumentation bei ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 290.

1695 Siehe hierzu unten unter § 11 B. II. 3.

Folglich sind Investitionsschiedsgerichte für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes zuständig und solche Schäden können grundsätzlich auch bei juristischen Personen eintreten.

B. Die Behandlung immaterieller Schäden in der Schiedspraxis

Trotz der Vielzahl an Fragen, die immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht aufwerfen, existiert zu ihnen mittlerweile eine erhebliche Praxis. Aus dieser sticht eine Entwicklung hervor, deren Herausbildung im Folgenden nachvollzogen werden soll: das Erfordernis außergewöhnlicher Umstände (“exceptional circumstances”) als Voraussetzung für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes. Dieses Kriterium ist dem allgemeinen Völkerrecht unbekannt.¹⁶⁹⁶ Die Entstehung eines solchen Kriteriums beginnt mit dem Schiedsspruch in *Desert Line v. Yemen* im Jahr 2008, weshalb die folgende Darstellung grundsätzlich zwischen der Behandlung immaterieller Schäden vor (I.), in (II.) und nach (III.) diesem Schiedsspruch trennt.

Gegenstand der folgenden Untersuchung soll allerdings ausschließlich das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht sein. Damit sollen jene Fälle gemeint sein, in denen die Schiedsklage auf die Verletzung eines völkerrechtlichen Vertrages gestützt ist und sich dementsprechend auch die Sekundärrechte nach völkerrechtlichen Regeln richten.¹⁶⁹⁷ Zwar behandelt das Investitionsschutzrecht auch Fälle, in denen alleine die Anwendung nationalen Rechts in Frage steht. Obwohl die ICSID-Konvention in diesen eine Rolle spielen kann, liegen ihnen doch rechtlich vollkommen andere Maßstäbe zugrunde. Sie sind deshalb für die vorliegende Untersuchung irrelevant. Damit scheiden einige Schiedssprüche, welche die Literatur re-

1696 Siehe oben unter § 5 C.

1697 Damit soll nicht gesagt sein, dass in diesen Fällen innerstaatliches Recht keine Relevanz hat. Das Zusammenspiel zwischen Völkerrecht und nationalem Recht (sei es für die Bestimmung einer geschützten Investition oder der *lex arbitri*) ist deutlich nuancierter als das Verhältnis zweier voneinander getrennter Rechtskörper, vgl. hierzu eingehend *Douglas*, BYIL 74 (2004), 194-226. Gleichwohl lässt sich eine solche Trennung für die hier interessierende Frage durchhalten.

gelmäßig zu Fragen des immateriellen Schadensersatzes rezipiert, aus der Betrachtung aus.¹⁶⁹⁸

Allerdings verschwimmt die Grenzlinie zwischen Völkerrecht und nationalem Recht in der Praxis: So berufen sich Parteien bspw. auf innerstaatliches Recht, wenden aber auf dieses völkerrechtliche Maßstäbe an.¹⁶⁹⁹ Andere Schiedsgerichte beziehen in ihre Analyse des immateriellen Schadensersatzes sowohl Schiedssprüche, die auf der Anwendung innerstaatlichen Rechts beruhen, als auch solche, die Völkerrecht anwenden, ein.¹⁷⁰⁰ Trotzdem soll in der folgenden Analyse strikt zwischen Völkerrecht und nationalem Recht getrennt werden, weil nur so Rückschlüsse auf den Inhalt der völkerrechtlichen Regeln im Investitionsschutzrecht möglich sind.

Auf der Grundlage dieser Eingrenzung ergibt sich ein Korpus aus 39 Verfahren.¹⁷⁰¹ Dieser Korpus umfasst mehrheitlich solche Fälle, in denen

1698 Vgl. bspw. *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co v. Lybien and others*, Schiedsspruch, 22. März 2013, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/2185> (zuletzt besucht: 15. März 2023), S. 369. Dieser Schiedsspruch erging auf der Grundlage libyschen Rechts und des “Unified Agreement for the Investment of Arab Capital into the Arab States”, vgl. ebd. S. 68 f. Der Schiedsspruch ist mittlerweile aufgehoben worden, vgl. Cairo Court of Appeal, *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Libya and others*, Urteil, 3. Juni 2020, Judgment No. 39 of Judicial Year 130, englische Übersetzung abrufbar unter <https://www.transnational-dispute-management.com> (zuletzt besucht: 15. März 2023). Vgl. aus jüngerer Zeit PCA, *Gente Oil Ecuador Pte. Ltd. v. Republic of Ecuador*, Schiedsspruch, 24. Mai 2022, Case No. 2018–12, der ecuadorianischem Recht unterlag (ebd. Rn. 413 f.) und in dem das Schiedsgericht einen immateriellen Schadensersatz für Ansehensverluste gewährt hat (ebd. Rn. 1401).

1699 Vgl. hierfür ICSID, *Renée Rose Levy de Levi v. the Republic of Peru*, Schiedsspruch, 26. Februar 2014, Case No. ARB/10/17, Rn. 281 f. oder ICSID, *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania*, Schiedsspruch, 2. März 2015, Case No. ARB/10/13, Rn. 460.

1700 Vgl. hierfür ICSID, *M. Meerapfel Söhne AG v. Central African Republic*, Schiedsspruch, 12. Mai 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 426; ICSID, *Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafeh-Abou Lahoud v. Democratic Republic of the Congo*, Schiedsspruch, 7. Februar 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 621. Zum Teil zeigen Schiedsgerichte den geringen Wert solcher Schiedssprüche für die völkerrechtliche Bewertung ausdrücklich auf, vgl. ICSID, *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*, Schiedsspruch, 28. Juli 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 40.

1701 Siehe die Aufstellung unten in Annex III auf S. 506. Zu einer ähnlichen Zahl gelangt *Dumberry*. Nach ihm haben sich bisher mehr als 30 Schiedsgerichte mit immateriellen Schäden auseinandergesetzt, *Dumberry, Moral Damages*, in: *Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, 142, 143.

sich das Schiedsgericht mit immateriellem Schadensersatz in der Begründetheit auseinandergesetzt hat. Zu einem kleinen Teil besteht der Korpus allerdings auch aus Fällen, in denen das Schiedsgericht selbst keine Ausführungen zu immateriellen Schäden gemacht hat, aber die Parteien hierzu vorgetragen haben.¹⁷⁰² Diese Entscheidungen sind von Interesse, weil sie über die Rechtsauffassung der beteiligten Staaten Auskunft geben. Dieser Korpus ist jedoch unvollständig, weil er unveröffentlichte Entscheidungen ausklammern muss.¹⁷⁰³ Gleichwohl spricht einiges dafür, dass er repräsentativ ist, weil – soweit ersichtlich – niemand eine abweichende, aber unveröffentlichte Schiedspraxis behauptet.

I. Nichtvermögensschäden im Investitionsschutzrecht vor *Desert Line v. Yemen*

Vor dem Schiedsspruch in *Desert Line v. Yemen* aus dem Jahr 2008 finden sich nur vereinzelte Stellungnahmen investitionsschutzrechtlicher Schiedsgerichte zu immateriellen Schäden. Diese sind auch nur zu einem kleinen Teil für die vorliegende Untersuchung relevant, weil die Schiedsgerichte entweder unzuständig waren¹⁷⁰⁴ oder kein Völkerrecht angewendet haben.¹⁷⁰⁵ Zu den wenigen Schiedsverfahren, die immaterielle Schäden auf

1702 Dies umfasst die folgenden Fälle: ICSID, *Helnan International Hotels A/S v. the Arab Republic of Egypt*, Schiedsspruch, 3. Juli 2008, Case No. 05/19; ICSID, *Convial Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. Republic of Peru*, Schiedsspruch, 21. Mai 2013, Case No. No. ARB/10/2; ICSID, *Levy de Levi v. Peru*, 2014, Case No. ARB/10/17; ICSID, *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, Schiedsspruch, 3. November 2015, Case No. ARB/11/33; ICSID, *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. the Slovak Republic*, Schriftsatz der Schiedsklägerinnen, 31. März 2015, Case No. ARB/14/14; ICSID, *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting W.L.L. and Mr Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan*, Schiedsspruch, 14. Dezember 2017, Case No. ARB/13/38; UNCITRAL, *David Aven et al. v. Republic of Costa Rica*, Schiedsspruch, 18. September 2018, Case No. UNCT/15/3.

1703 Zu diesen Fällen gehören nach Medienberichten ICSID, *Adem Dogan v. Turkmenistan*, Schiedsspruch, 12. August 2014, Case No. ARB/09/9; PCA, *Trinh Vinh Binh and Binh Chau Joint Stock Company v. Vietnam (2)*, Schiedsspruch, 11. April 2019, Case No. 2015–23.

1704 Vgl. ICSID, *Zhinvali v. Georgia*, 2003, Case No. ARB/00/1, ICSID Reports 10 (2006), 3, Rn. 432; ICSID, *Generation Ukraine v. Ukraine*, 2003, Case No. ARB/00/9, Rn. 17.6.

1705 So bspw. in ICSID, *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Republic of Senegal*, Schiedsspruch, 25. Februar 1988, Case No. ARB/82/1, Rn. 10.01 f.

der Grundlage des Völkerrechts thematisiert haben, zählen *LAFICO v. Burundi*¹⁷⁰⁶ aus dem Jahr 1991 und *Tecmed v. Mexico*¹⁷⁰⁷ aus dem Jahr 2003. Im ersten Verfahren ging es um die Folgen des Abbruchs der diplomatischen Beziehungen zwischen Burundi und Libyen. Insbesondere behandelte die Entscheidung die Ausweisung aller libyschen Staatsangehörigen aus Burundi, die für eine libysch-burundische Investitionsgesellschaft tätig waren. Das zweite Verfahren betraf die Ansprüche einer Gesellschaft wegen der verweigerten Verlängerung einer Genehmigung zum Betreiben einer Deponie für gefährliche Industrieabfälle.

Trotz des zeitlichen Abstands und der unterschiedlichen Ausgangslagen ist beiden Entscheidungen gemeinsam, dass sie die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden ohne Weiteres bejahen, wobei beide Fälle nur Ansehens- bzw. Rufverlust thematisieren.¹⁷⁰⁸ Keiner der beiden Schiedssprüche stellte zusätzliche oder erhöhte Anforderungen an die Gewährung immateriellen Schadensersatzes.

Interessant an der Entscheidung in *LAFICO v. Burundi* ist allerdings, dass die Schiedsklägerin für den Ruf- und Ansehensverlust ihrer Leitungspersonen immateriellen Schadensersatz erhalten hat.¹⁷⁰⁹ Allerdings bleibt im Schiedsspruch unklar, ob dieser Ersatz den beiden Personen unmittelbar oder der Schiedsklägerin zufließen sollte.¹⁷¹⁰ Da die beiden Betroffenen selbst keine Parteien waren, kann nur die klagende Gesellschaft Schadens-

(senegalesisches Recht); SCC, *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova*, Schiedsspruch, 22. September 2005, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/168> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 5.2. (moldauisches Recht); ICSID, *Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, Schiedsspruch, 15. August 1980, Case No. ARB/77/2, ICSID Reports 1, 330 (Entscheidung nach Billigkeitserwägungen, vgl. ebd. 361 und Wong, *The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration*, in: *The Fordham Papers* 2012, 67, 76); vgl. auch das Sondervotum im Fall ICSID, *Zhinvali v. Georgia*, Sondervotum des Schiedsrichters Jacovides, 2003, Case No. ARB/00/1, ICSID Reports 10 (2006), 106, Rn. 31 (georgisches Recht).

1706 *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v. The Republic of Burundi*, Schiedsspruch, 4. März 1991, ILR 96 (1994), 279.

1707 ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. the United Mexican States*, Schiedsspruch, 29. März 2003, Case No. ARB (AF)/00/2.

1708 *LAFICO v. Burundi*, 1991, ILR 96 (1994), 279, 329; ICSID, *Tecmed v. Mexico*, 2003, Case No. ARB (AF)/00/2, Rn. 198.

1709 *LAFICO v. Burundi*, 1991, ILR 96 (1994), 279, 329 f.

1710 Bemerkenswerterweise heißt es im Schiedsspruch: "The Tribunal awards under this head the sum of US \$ 10,000, and the total amount of damages **awarded to Mr Guellai** is therefore US \$ 80,200." *LAFICO v. Burundi*, 1991, ILR 96 (1994), 279, 330 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

ersatz erhalten haben. In diesem Fall zeigt sich *LAFICO v. Burundi* – jedenfalls augenscheinlich – als ein Vorgänger der Praxis in *Desert Line v. Yemen*, einer juristischen Person immateriellen Schadensersatz für das Leid ihrer Angestellten zuzusprechen.¹⁷¹¹ Diese Parallele überzeugt allerdings nur bedingt, weil die Schiedsklägerin in *LAFICO v. Burundi* ein staatliches Unternehmen war. Aus diesem Grunde dürfte es sich hier eher um eine Form des diplomatischen Schutzes handeln, die dem klassischen Völkerrecht entspricht.¹⁷¹²

Die spärliche Schiedspraxis vor *Desert Line v. Yemen* lässt jedenfalls auf die grundsätzliche Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden im Investitionsschutzrecht schließen. Die geringe Fallzahl bis 2008 korrespondiert mit der allgemeinen Entwicklung der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, deren Fallzahlen erst Ende der 1990er Jahre rasant gestiegen sind.¹⁷¹³

II. Desert Line v. Yemen

Einen neuralgischen Punkt in der Entwicklung des immateriellen Schadensersatzes im Investitionsschutzrecht markiert der Schiedsspruch *Desert Line v. Yemen* im Jahr 2008. Der Schiedsspruch löste eine rege und bis heute andauernde Diskussion um Nichtvermögensschäden im Investitionsschutzrecht aus¹⁷¹⁴ und legte den Grundstein für spätere Auseinandersetzungen in anderen Schiedsverfahren. In der Folge zählt *Desert Line v. Yemen* neben dem hierauf aufbauenden Schiedsspruch in der Sache *Lemire v. Ukraine*¹⁷¹⁵ zu den prägenden Entscheidungen zum immateriellen Schadensersatz im Investitionsschutzrecht. Er weist gegenüber der früheren Schiedspraxis einige Besonderheiten auf: die Gewährung immateriellen Schadensersatzes wegen des Leids der Angestellten einer juristischen Person (3.) und Anzeichen für eine zusätzliche Voraussetzung des immateriellen Schadensersatzes (2). Um diese Besonderheiten behandeln zu können, sollen zunächst wesentliche Aspekte des Schiedsspruchs vorgestellt werden (1).

1711 Siehe hierzu unten unter § 11 B. II. 3.

1712 Vgl. zu den Folgen der Stellung der Schiedsklägerin als staatliches Unternehmen auch *Dumberry*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 18 f.

1713 Vgl. zu dieser Entwicklung *Van Harten*, *Investment Treaty Arbitration*, 2007, S. 30 f.

1714 Siehe hierzu die Nachweise oben in Fn. 1647.

1715 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18.

1. Der Schiedsspruch

Das Verfahren zwischen einer Gesellschaft nach dem Recht des Sultanats Oman (Schiedsklägerin) und dem Jemen (Schiedsbeklagter) resultierte aus Straßenbauprojekten in der jemenitischen Wüste. Die Schiedsklägerin führte diese seit 1997 im Auftrag des Jemens aus. Bis Ende 2003 waren die Straßenbauarbeiten im Wesentlichen durchgeführt. Allerdings kam der Jemen seinen Zahlungsverpflichtungen aus dem Vertrag zu dieser Zeit nicht mehr nach. Deshalb drohte die Klägerin wiederholt mit Baustopps. In der Folge belagerten jemenitische Stammesgruppen und später auch das jemenitische Militär die Baustelle. Schließlich einigte sich die Schiedsklägerin mit der jemenitischen Regierung, ein Schiedsverfahren durchzuführen, dass die noch zu zahlenden Beträge festlegen sollte. Dieses Schiedsgericht kam 2004 binnen sechs Wochen zu dem Ergebnis, dass der Jemen noch einen Betrag von YR 7.109.773.520 (ca. USD 38 Mio.) zu zahlen habe.¹⁷¹⁶ Im Nachgang wurde die Baustelle der Schiedsklägerin wieder vom Militär attackiert. Drei Angestellte der Schiedsklägerin, darunter der Sohn des Geschäftsführers der Schiedsklägerin, wurden inhaftiert und drei Tage später wieder entlassen. Nachdem der Jemen vor seinen Gerichten auch die Aufhebung des Schiedsspruchs begehrte hatte, kam es im Laufe des Jahres 2004 zu weiteren Attacken auf die Baustelle der Schiedsklägerin. Diese erklärte sich daraufhin Ende 2004 bereit, einem Vergleich zuzustimmen, der ihr allerdings nur YR 3.524.326.966 (ca. USD 19 Mio.) zusprach. Zudem sicherte der Vergleich zu, dass die Schiedsklägerin ihre Arbeitsgerätschaften aus dem Jemen abziehen könne. Der Jemen zahlte darauf die Vergleichssumme. Zur Herausgabe der Arbeitsgeräte kam es erst mit erheblicher Verzögerung.

Vor diesem Hintergrund erhob die Schiedsklägerin auf Grundlage des Investitionsschutzvertrages zwischen dem Jemen und dem Oman¹⁷¹⁷ eine Schiedsklage. Mit dieser begehrte sie die Zahlung des restlichen Werklohns, die Aufhebung des Vergleichs und – neben weiteren Schadensposten – den Ersatz immaterieller Schäden.¹⁷¹⁸ Letztere bezifferte sie mit OR 40.000.000 (ca. USD 104 Mio.).¹⁷¹⁹ Das Schiedsgericht sah in dem Verhalten Jemens

1716 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 31.

1717 Bilateraler Investitionsschutzvertrag zwischen dem Oman und dem Jemen (Oman-Jemen BIT), 20. September 1998, abrufbar unter: <https://arbitration.org/bit/oman-yemen> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1718 Vgl. für die letzten Anträge der Schiedsklägerin ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 81.

1719 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 284.

eine Verletzung der Garantie billiger und gerechter Behandlung des Oman-Jemen BIT. Dagegen ließ es dahinstehen, ob Jemen seine Pflicht zur Gewährleistung des vollen Schutzes und der Sicherheit verletzt hatte.¹⁷²⁰ Im Rahmen des materiellen Schadensersatzes sprach das Schiedsgericht die Restsumme aus dem ursprünglichen Schiedsspruch zu.¹⁷²¹ Es gewährte zudem unter Abweisung der übrigen Anträge immateriellen Schadensersatz in Höhe von USD 1.000.000.¹⁷²² Zur Begründung dieser Entscheidung machte es die folgenden Ausführungen, die aufgrund ihrer Bedeutung für die folgende Entwicklung im Ganzen wiedergegeben sind:

“289. The Respondent has not questioned the possibility for the Claimant to obtain moral damages in the context of the ICSID procedure. Even if investment treaties primarily aim at protecting property and economic values, they do not exclude, as such, that a party may, in exceptional circumstances, ask for compensation for moral damages. It is generally accepted in most legal systems that moral damages may also be recovered besides pure economic damages. There are indeed no reasons to exclude them.

The Arbitral Tribunal knows that it is difficult, if not impossible, to substantiate a prejudice of the kind ascertained in the present award. Still, as it was held in the *Lusitania* cases, non-material damages may be “very real, and the mere fact that they are difficult to measure or estimate by monetary standards makes them none the less real and affords no reason why the injured person should not be compensated,” *Lusitania Case*, US V. GERMANY, NOVEMBER 1923, VII RIAA 32, at p. 42, QUOTED WITH APPROVAL IN JAMES CRAWFORD, ILC ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY at p. 223 et seq.

It is also generally recognized that a legal person (as opposed to a natural one) may be awarded moral damages, including loss of reputation, in specific circumstances only.

290. The Arbitral Tribunal finds that the violation of the BIT by the Respondent, in particular the physical duress exerted on the executives of the Claimant, was malicious and is therefore constitutive of a fault-based liability. Therefore, the Respondent shall be liable to reparation for the injury suffered by the Claimant, whether it be bodily, moral or material

1720 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 213–215.

1721 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 253.

1722 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 291.

in nature. The Arbitral Tribunal agrees with the Claimant that its prejudice was substantial since it affected the physical health of the Claimant's executives and the Claimant's credit and reputation."¹⁷²³

An dieser Passage fällt zunächst auf, dass sich das Schiedsgericht ausdrücklich auf nationale (Privat-) Rechtsordnungen stützt,¹⁷²⁴ um die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden zu begründen. Angesichts der privatrechtlichen Wurzeln des Rechtsinstituts im Völkerrecht¹⁷²⁵ ist dieser Verweis zwar nicht fernliegend. Bemerkenswert bleibt indes, dass es nicht schlicht auf die völkergewohnheitsrechtliche Regel¹⁷²⁶ und die ARSIWA verwiesen hat. Zusätzlich werfen Wendungen wie "fault-based liability" oder "malicious" die Frage auf, ob der Ersatz immaterieller Schäden besondere Voraussetzungen (wie ein Verschulden) fordert. Außerdem scheint das Schiedsgericht einer juristischen Person auch für das Leid ihrer Angestellten Geldersatz zu gewähren. Beide Aspekte sollen die folgenden Abschnitte näher beleuchten.

2. Zusätzliche Voraussetzungen für immateriellen Schadensersatz?

Die Rezeption dieses Schiedsspruchs bestimmt die Frage, ob er eine zusätzliche Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden eingeführt hat. Die Diskussionen kreisen dabei darum, wie die Bezugnahmen auf "exceptional circumstances", "malicious" und "constitutive of a fault-based liability"¹⁷²⁷ zu lesen sind. Mit anderen Worten geht es im Wesentlichen darum, ob nur unter außergewöhnlichen Umständen und/oder bei (qualifiziertem) Schädigungsvorsatz immaterieller Schadensersatz geschuldet ist. Grundsätzlich erscheinen drei Deutungen möglich.

Eine erste Deutung¹⁷²⁸ legt besonderen Wert auf die Passagen in der Entscheidung, die auf ein subjektives Kriterium abstellen. Wie sich das Verschuldenserfordernis zu den ebenfalls erwähnten außergewöhnlichen Umständen verhält, wird unterschiedlich gesehen. Während das (erhöhte) Verschuldenserfordernis nach einer Auffassung außergewöhnliche

1723 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289 f.

1724 Dies ergibt sich aus dem Hinweis auf "most legal systems", ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289.

1725 Siehe hierzu oben in § 6.

1726 Siehe hierzu oben unter § 5 A. II. 3.

1727 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289 f.

1728 Vgl. *Alrashid*, GAR 3 (2008), 40.

Umstände konkretisieren soll,¹⁷²⁹ lesen andere das Kriterium der außergewöhnlichen Umstände als Voraussetzung für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, neben der die subjektiven Voraussetzungen gesondert stehen.¹⁷³⁰ In jedem Fall statuiert *Desert Line v. Yemen* in dieser Lesart ein qualifiziertes Verschuldenserfordernis für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes.

Ein zweiter Ansatz liest *Desert Line v. Yemen* dagegen so, dass der Schiedsspruch außergewöhnliche Umstände als eine zusätzliche Voraussetzung für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes eingeführt habe.¹⁷³¹ Ein dritter und letzter Ansatz sieht die Verweise auf außergewöhnliche Umstände ebenso wie auf “malicious” oder “fault-based liability” lediglich als Aussagen zum konkreten Fall und nicht als zusätzliche Voraussetzungen für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes an.¹⁷³² Dieser Ansatz ist ein Versuch, den Schiedsspruch mit dem zwischenstaatlichen Völkerrecht in Einklang zu bringen, weil diesem ein Verschuldenserfordernis ebenso fremd ist wie ein zusätzliches Kriterium für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes.¹⁷³³ In eine ähnliche Richtung zielt der Vorschlag, die angeführten Umstände als relevante Gesichtspunkte zur Bemessung immateriellen Schadensersatzes zu begreifen.¹⁷³⁴

1729 In diese Richtung wohl *Sabahi*, *Moral Damages in International Investment Law*, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde*, 253 (259); *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 20 f., 30 f.; vgl. auch *De Brabandere*, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, 2014, S. 196 f.

1730 *Ripinsky/Williams*, *Damages in International Investment Law*, 2008, 311 f., die es allerdings ablehnen, eine subjektive Voraussetzung an den Ersatz immaterieller Schäden zu knüpfen. Aus ihrer Sicht dürften die Intentionen des schädigenden Staates alleine im Rahmen der Schadensberechnung Berücksichtigung finden.

1731 Vgl. *Moyano García*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 498 f.

1732 Vgl. *Coriell/Marchili*, *Unexceptional Circumstances: Moral Damages*, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 213, 230; *Sabahi*, *Moral Damages in International Investment Law*, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde*, 253, 260 f.; so auch *Gharavi* in seinem Diskussionsbeitrag: *Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, *Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?*, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 233, 239.

1733 Siehe hierzu oben unter § 5 C.

1734 Vgl. *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 32; in diese Richtung tendieren auch *Michou*, *International Business Law Journal* 2011, 63; *Ripinsky/Williams*, *Damages in International Investment Law*, 2008, 312; *Wong*, *The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration*, in: *The Fordham Papers* 2012, 67, 95; vgl. auch *Blake*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 394, nach dem

Sprachlich deuten die Formulierungen “fault-based” oder außergewöhnliche Umstände allerdings eher auf eine zusätzliche Voraussetzung hin. Es dürfte auch nicht gangbar sein, außergewöhnliche Umstände alleine darauf zu beziehen, dass hier eine juristische Person Nichtvermögensschäden geltend macht. Das Schiedsgericht verwendet nämlich zweimal die Formulierung “exceptional” bzw. “specific circumstances”, jedoch nur einmal im Zusammenhang mit juristischen Personen.¹⁷³⁵

Folglich ist der Schiedsspruch in dieser Hinsicht mehrdeutig geblieben.¹⁷³⁶ Er etablierte nicht eindeutig eine zusätzliche Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden. Gleichwohl enthielt er in diese Richtung Andeutungen. Ein solche Lesart sollte sich erst mit der nachfolgenden Schiedspraxis durchsetzen, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.¹⁷³⁷

3. Nichtvermögensschäden der Angestellten der Schiedsklägerin

Der Schiedsspruch hat zusätzlich die Frage aufgeworfen, warum eine juristische Person auch für das Leid seines Personals immateriellen Schadensersatz geltend machen kann. Der Schiedsspruch selbst liefert keine Erklärung. Allerdings ist es zwingende Folge der Zuerkennung einer Schadensersatzsumme für das Leid der Angestellten, dass mit ihrer Verletzung zugleich auch die Schiedsklägerin verletzt worden ist, weil ansonsten keine Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestanden hätte.¹⁷³⁸ Das Völkerrecht erkennt die Unterscheidung zwischen einer juristischen Person und ihrer Anteilseigner*innen an,¹⁷³⁹ für das Verhältnis der juristischen Person zu ihren Angestellten wird nichts anderes gelten. In der Folge können sie jeweils nur einen eigenen Schaden geltend machen. Somit ist es materiell-rechtlich zwingend, dass das Leid der Angestellten zugleich die juristische Person verletzt.

das Kriterium der außergewöhnlichen Umstände auf den tatsächlichen Umstand zurückzuführen sei, dass in der Regel Individuen solche Schäden geltend machen.

1735 Siehe oben das Zitat aus dem Schiedsspruch auf S. 356.

1736 Vgl. *Dumberry*, International Investment Law, in: 1130, 1135; so auch *Blake*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 394.

1737 Siehe hierzu unten unter § 11 B. III. 1.

1738 Siehe zu Zuständigkeitsproblemen *ratione personae* oben auf S. 347; vgl. auch *Dumberry*, Journal of International Arbitration 27 (2010), 267.

1739 Vgl. IGH, *Barcelona Traction (Second Phase)*, 1970, I.C.J. Reports 1970, 3, Rn. 41 f., 44.

Diese dogmatisch zwingende Folge könnte im entschiedenen Fall ein moralisches Bedürfnis überlagert haben: Die Rechtsverstöße des Jemens (Belagerung, Artilleriebeschuss, Inhaftierung) waren außergewöhnlich schwerwiegend und richteten sich insbesondere gegen die beteiligten Menschen, die Angst, Verzweiflung und Leid erfahren mussten. Der Allein inhaber der Schiedsklägerin soll nach der Beschreibung seines Prozessvertreters in Folge der Maßnahmen des Jemens ein „gebrochener Mann“ gewesen sein.¹⁷⁴⁰ Daher mag das Schiedsgericht ein Bedürfnis verspürt haben, das persönliche Leid der Beteiligten im Rechtsfolgenausspruch abzubilden. Bei allem Verständnis entbindet dies nicht von einer dogmatischen Begründung. Hierzu hat die Literatur im Wesentlichen vier Angebote gemacht.¹⁷⁴¹ Eine erste Gruppe sieht im Leid der Angestellten einen eigenen Schaden der juristischen Person, eine zweite Gruppe sieht in diesem Schadensposten der Sache nach einen Haftungsschaden, während eine dritte Gruppe eine Analogie zum diplomatischen Schutz zieht. Zuletzt soll dieser Schadensposten ein Strafschadensersatz sein.

Nach dem ersten Ansatz ist das Leid der Angestellten ein eigener Schaden der juristischen Person, weil die juristische Person „durch“ ihre Angestellten leide¹⁷⁴² oder die Investition durch die Verschlechterung der Leistung der Mitarbeitenden leide.¹⁷⁴³ Die erste Variante findet ihr Vorbild im französischen Zivilrecht und insbesondere der Rechtsprechung des Cour de Cassation.¹⁷⁴⁴ Hierbei dürfte es sich allerdings um eine Idiosynkra-

1740 Vgl. die Schilderung seines Prozessvertreters *Gharavi, Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 233, 240.

1741 Zum Teil wird die Ersatzfähigkeit solcher Schäden bei einer juristischen Person abgelehnt, vgl. hierfür *Uchkunova/Temnikov*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 383 f.; *Vasudev*, *ASA Bulletin* 37 (2019), 109.

1742 Vgl. *Burda*, *Desert Line Projects LLC contre République du Yemen*, *La Revue Libanaise de l'Arbitrage* 48 (2008), 24–32, 31.

1743 Vgl. *Coriell/Marchili*, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 213, 228; *Michou*, *International Business Law Journal* 2011, 62; *Moyano García*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 498; *Ripinsky/Williams*, *Damages in International Investment Law*, 2008, S. 311; *Schwenzer/Hachem*, *Moral Damages in International Investment Arbitration*, in: *International Arbitration and International Commercial Law*, 411, 422 f.; *Vasudev*, *ASA Bulletin* 37 (2019), 109.

1744 Vgl. *Burda*, *La Revue Libanaise de l'Arbitrage* 48 (2008), 31.

sie des französischen Rechts handeln,¹⁷⁴⁵ die deshalb nur schwerlich Eingang in das Völkerrecht im Wege eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut finden dürfte.¹⁷⁴⁶ Dagegen macht die zweite Variante aus dem Leiden einen reinen Vermögensschaden.¹⁷⁴⁷ Dies ist jedoch mit dem Ausgangspunkt des Schiedsgerichts unvereinbar, dass es immateriellen Schadensersatz zusprechen wollte.¹⁷⁴⁸

Ein zweiter Ansatz konzipiert das Leid der Angestellten als einen "Haf-tungsschaden". Nach diesem Konzept des deutschen Privatrechts können Geschädigte auch Ersatz dafür verlangen, was sie selbst aufgrund des schädigenden Ereignisses an Dritte an Schadensersatz leisten mussten.¹⁷⁴⁹ So gewendet kann ein Unternehmen den Ersatz für die Verletzung seiner Mitarbeiter verlangen, wenn es selbst diesen Schadensersatz schuldet.¹⁷⁵⁰ Damit ist der Schaden für die juristische Person notwendigerweise ein

1745 Vgl. zu den rechtstheoretischen und dogmatischen Unsicherheiten um dieses Konzept im französischen Recht *Broche*, Faut-il en finir avec le dommage moral des personnes morales?, *Revue Lamy Droit civil* 104 (2013), 19 ff.

1746 Allerdings findet sich in der belgischen Rechtsordnung eine ähnliche Entwicklung, vgl. *Cousy/Droshout*, Belgium – Non-pecuniary loss under Belgian law, in: *Rogers* (Hrsg.), 2001, 28–46, 49 (Rn. 71).

1747 So ausdrücklich *Schwenzer/Hachem*, Moral Damages in International Investment Arbitration, in: *International Arbitration and International Commercial Law*, 411, 422 f.; vgl. auch *Cazala*, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l'Investissement, in: *Mélanges offerts à Charles Leben*, 269, 271; ebenso *Vasudev*, *ASA Bulletin* 37 (2019), 109.

1748 Vgl. ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 289 f. Das zeigt sich besonders deutlich in der Zinsentscheidung, in der es scharf zwischen Vermögensschäden und Nichtvermögensschäden unterscheidet, ebd. Rn. 296 f.

1749 Vgl. zu diesem Konzept nach deutschem Recht eingehend *Höpfner* in: *Herres-thal* (Hrsg.), *Staudinger*, Neubearbeitung 2021, § 249 BGB Rn. 207. Allerdings ist der Anspruch des Geschädigten nach deutschem Zivilrecht zunächst auf die Freistellung von der Verbindlichkeit gerichtet und wandelt sich nur in einen Geldzahlungsanspruch (§ 251 Abs. 1 BGB), sofern die geschädigte Person die Verbindlichkeit erfüllt hat.

1750 Vgl. hierfür (wenn auch ohne Nennung des Begriffs) die Ausführungen von *Nelson* in *Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 233, 247. In einer Spielart vertritt auch *Wong* diesen Ansatz, der eine Abtretung der Individualansprüche annimmt, vgl. *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: *The Fordham Papers* 2012, 67, 98.

reiner Vermögensschaden,¹⁷⁵¹ so dass ihm der gleiche Einwand wie der zweiten Alternative des ersten Ansatzes begegnet.

Dagegen schlägt ein dritter Ansatz eine Analogie zum diplomatischen Schutz als „unternehmerischer Schutz“¹⁷⁵² vor. Nach klassischem Verständnis kann ein Staat im Wege des diplomatischen Schutzes Schadensersatz für (immaterielle) Schäden seiner Staatsangehörigen verlangen.¹⁷⁵³ Dies basiert auf der sog. *Vattel'schen* Fiktion, nach der die Verletzung seiner Staatsangehörigen auch den jeweiligen Staat in eigenen Rechten verletzt.¹⁷⁵⁴ Übertragen auf ein Unternehmen würden Angestellte von ihrem Unternehmen mediatisiert.¹⁷⁵⁵ Um Zweifel an der Zuständigkeit eines Investitionsschiedsgerichts über solche Ansprüche auszuräumen, begrenzen *Markert* und *Freiburg* den „unternehmerischen Schutz“ auf investitionsrelevantes Personal (in der Regel die Unternehmensleitung).¹⁷⁵⁶ Da der diplomatische Schutz die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs voraussetzt,¹⁷⁵⁷ verlangen *Markert* und *Freiburg*, dass die Anspruchsverfolgung durch die Mitarbeitenden selbst *prima facie* eine unzumutbare Belastung sein müsse.¹⁷⁵⁸ Damit wollen sie verhindern, dass der Vorrang des innerstaatlichen Rechtswegs umgangen wird. Ungeachtet dieser Einschränkung setzt eine Analogie¹⁷⁵⁹ zum diplomatischen Schutz voraus, dass im Völkerrecht überhaupt eine Lücke besteht. Daran fehlt es jedoch. Auch wenn die geschädigten Angestellten selbst in der Regel nicht Investor*innen sind und daher

1751 Dies erkennt *Nelson* auch an, vgl. *Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 233, 247.

1752 Vgl. die Begriffe „corporate protection“ und „corporate espousal“, die *Sabahi* in die Diskussion eingeführt hat, vgl. *Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 233, 241.

1753 Siehe hierzu oben unter § 4 C.

1754 *Vattel*, *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, 1758, Vol. II, Kap. 6, S. 309.

1755 *Sabahi*, Moral Damages in International Investment Law, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde*, 253, 259 und *Sabahi*, Compensation and Restitution, 2011, S. 140; zustimmend *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 35.

1756 *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 36 f.; zustimmend *Champagne*, McGill Journal of Dispute Resolution 1 (2015), 29.

1757 Vgl. hierzu Art. 14 DADP.

1758 *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 36 f.; zustimmend *Champagne*, McGill Journal of Dispute Resolution 1 (2015), 29 f.

1759 Ob in diesem Umfang Analogiebildungen im Völkerrecht möglich sind, mag dahingestellt bleiben, siehe zu dem Problem völkerrechtlicher Analogiebildung oben unter § 3 A.

selbst keinen Zugang zu Investitionsschiedsgerichten haben,¹⁷⁶⁰ kann ihr Heimatstaat¹⁷⁶¹ Ansprüche im Wege des diplomatischen Schutzes geltend machen. Der diplomatische Schutz schließt gerade die Lücke, die aus der fehlenden Rechtsfähigkeit des Individuums im klassischen Völkerrecht resultierte.¹⁷⁶² Daher bedarf es des unternehmerischen Schutzes nicht.¹⁷⁶³ Obwohl mittlerweile ein Schiedsgericht auf den "unternehmerischen Schutz" verwiesen hat,¹⁷⁶⁴ dürfte deshalb eine Analogiebildung ausscheiden.

Ein letzter Erklärungsansatz meint, dass der Schiedsspruch in *Desert Line v. Yemen* einen strafenden Charakter habe.¹⁷⁶⁵ Soll der Schiedsspruch bestrafen und keine Schäden ausgleichen, sei die Frage des eigentlich Geschädigten nicht mehr entscheidend.¹⁷⁶⁶ Allerdings kennt das Völkerrecht nach der weitüberwiegenden Auffassung keinen Strafschadensersatz.¹⁷⁶⁷ Deshalb hat ein Verweis auf dieses Institut an dieser Stelle keinen Erklärungswert.

Die bisher besprochenen vier Erklärungsansätze weisen allesamt Unzulänglichkeiten auf. Die Entscheidung lässt sich auch nicht etwa als ein Versehen des Schiedsgerichts erklären. Bei einem anderen Schadensposten stellt es in einem *obiter dictum* auf den Unterschied zwischen Schiedsklägerin und ihrem Gesellschafter ab.¹⁷⁶⁸ Es war sich also der Unterscheidung wohl bewusst. Damit bleibt zuletzt die Überlegung, ob es sich hier um eine allgemeine völkerrechtliche Regel handeln könnte. Hierfür spricht, dass der

1760 Vgl. Markert/Freiburg, JWIT 14 (2013), 35.

1761 Dieser Heimatstaat kann ein anderer sein als der Heimatstaat der Schiedsklägerin in der Investitionsschutzstreitigkeit.

1762 Vgl. Völkerrechtskommission, DADP with Commentaries, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 26–55, Art. 1 Rn. 4.

1763 Je nach Fallgestaltung können zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeiten vor regionalen Menschenrechtsgerichtshöfen bestehen.

1764 ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 914–917.

1765 In diese Richtung tendiert auch das Schiedsgericht in ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545, wenn es – mit Verweis auf *Desert Line* – von "punitive or moral damages" spricht. Siehe unten zum Sanktionscharakter dieser Schiedspraxis unter § 13 A. II. 2.

1766 So Jagusch/Sebastian, Arbitration International 29 (2013), 58.

1767 Siehe hierzu unten die Nachweise in Fn. 1775.

1768 ICSID, *Desert Line v. Yemen*, 2008, Case No. ARB/05/17, Rn. 275 („[...] without entering into the debate whether the allegedly injured party was not the Claimant but rather its Chairman personally [...]“).

EGMR ähnlich verfährt.¹⁷⁶⁹ Diese Praxis steht allerdings auf ebenso tönernen Füßen¹⁷⁷⁰ wie die investitionsschutzrechtliche Praxis. Gleichwohl ist die Konvergenz beider Teilrechtsgebiete ohne gegenseitige Bezugnahmen bemerkenswert und lässt vermuten, dass hier eine allgemeine völkerrechtliche Rechtsentwicklung stattfindet, eine juristische Person bei Individualrechtsbehelfen auch für das Leid ihrer Mitarbeitenden zu entschädigen. Angesichts der spärlichen Praxis ist es für verlässliche Aussagen allerdings noch zu früh.

III. Außergewöhnliche Umstände als Voraussetzung immateriellen Schadensersatzes

Auf den *Desert-Line*-Schiedsspruch folgten einige Schiedssprüche, die sich mit immateriellen Schäden auseinandersetzten. In dieser Schiedspraxis kristallisierte sich eine zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung für den Geldersatz immaterieller Schäden heraus: außergewöhnliche Umstände (1.). Mit der Zeit schuf die Praxis Klarheit darüber, wann Umstände in diesem Sinne außergewöhnlich sind (2.). Im Übrigen ist keine Schiedspraxis erkennbar, die gegen ein solches Tatbestandsmerkmal spricht (3). Allerdings fehlt eine einheitliche Praxis zur Behandlung immaterieller Schäden, wenn keine außergewöhnlichen Umstände vorliegen (4.).

1. Verfestigung einer Lesart des Schiedsspruchs im Fall *Desert Line v. Yemen*

Bereits kurz nach dem *Desert-Line*-Schiedsspruch setzte sich die Deutung durch, dass außergewöhnliche Umstände aufgrund dieser Entscheidung eine Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden sind. Dieses Verständnis des *Desert-Line*-Schiedsspruch zeigte zunächst der Schiedsspruch in der Sache *Siag and Vecchi v. Egypt*.¹⁷⁷¹ In dem Verfahren ging es um die Enteignung eines zu errichtenden Hotelkomplexes. Das Schiedsgericht lehnte einen immateriellen Schadensersatz ab, weil dieser nur in "extreme

1769 Siehe hierzu oben unter § 8 A. II. Hierauf verweisen *Jagusch/Sebastian*, *Arbitration International* 29 (2013), 57 ausdrücklich.

1770 Siehe hierzu oben unter § 8 A. II.

1771 ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545.

cases of egregious behaviour¹⁷⁷² gewährt werden könne. Zum Beleg dieser Behauptung verwies es auf *Desert Line v. Yemen*.¹⁷⁷³ Die eigentliche Erklärung für die erhöhten Anforderungen an einen immateriellen Schadensersatz im Fall *Siag and Vecchi v. Egypt* dürfte allerdings sein, dass das Schiedsgericht immateriellen Schadensersatz und Strafschadensersatz vermengt.¹⁷⁷⁴ Da aber das Völkerrecht keinen Strafschadensersatz kennt,¹⁷⁷⁵ sind die Gründe für eine zusätzliche Voraussetzung des immateriellen Schadensersatzes in *Siag and Vecchi v. Egypt* wenig anschlussfähig.

Trotzdem setzte sich die so eingeführte Lesart des *Desert-Line*-Schiedsspruchs fort. So schließen sich die Schiedsgerichte in *Europe Cement v. Turkey*¹⁷⁷⁶ und *Cementownia v. Turkey*¹⁷⁷⁷ im Jahr 2009 der Ansicht an, dass immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen zu ersetzen seien. Die Verfahren behandelten mögliche Ansprüche des beklagten Staates wegen mutwilliger Rechtsverfolgung der Schiedsklägerinnen. Der Hintergrund dieses Begehrens war jeweils, dass die behaupteten Anteilskäufe der Schiedsklägerin nicht nachgewiesen bzw. die vorgelegten Nachweise vermutlich gefälscht waren.¹⁷⁷⁸ In beiden Fällen erhielt die Beklagte kein Geld als Ersatz für ihren immateriellen Schaden.¹⁷⁷⁹ Zur Begründung nahmen beide Schiedssprüche auf *Desert Line v. Yemen* Bezug und machten diesen Schiedsspruch zur autoritativen Quelle für den Ersatz immaterieller Schäden.¹⁷⁸⁰

1772 Vgl. ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545.

1773 Ob das Schiedsgericht tatsächlich dasselbe Kriterium wie im *Desert-Line*-Fall angewendet hat, erscheint zweifelhaft. Denn beide Sachverhalte waren vergleichbar (Inhaftierung und körperliche Gewalt gegen Angestellte, ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 41, 48) und hätten bei Anwendung derselben Voraussetzung gleich entschieden werden müssen, Wong, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 86.

1774 Vgl. ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545; so auch Moyano García, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 499

1775 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 99 (Art. 36 Rn. 4). Siehe hierzu auch oben unter § 5 B. III.

1776 ICSID, *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, Schiedsspruch, 13. August 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 181.

1777 ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169.

1778 Vgl. ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 152–170; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 156, 159.

1779 ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 177–181; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 167–171.

1780 Allerdings betrafen beide Fälle Ansprüche eines Staates auf immateriellen Schadensersatz. Solche Ansprüche werfen unter anderem schwierige prozessuale Pro-

Durchgesetzt hat sich das Tatbestandsmerkmal der außergewöhnlichen Umstände mit der Entscheidung im Fall *Lemire v. Ukraine* im Jahr 2011.¹⁷⁸¹ In dem Verfahren wehrte sich der Schiedskläger, Inhaber eines Radiosenders in der Ukraine, gegen die Verweigerung neuer Radiolizenzen und wiederholte unangekündigte behördliche Kontrollen. In der Nachfolge dieses Falls haben die meisten Schiedsgerichte, die Gewährung immateriellen Schadensersatzes unter die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände gestellt.¹⁷⁸² Diese Schiedssprüche unterfallen nach der Intensität ihrer Begründungen in drei Kategorien: erstens Schiedssprüche, die sich alleine auf den übereinstimmenden Parteivortrag stützen,¹⁷⁸³ zweitens Schiedssprüche, die sich ohne nähere Auseinandersetzungen in der Sache auf jeweils einen maßgeblichen vorangegangenen Schiedsspruch (*Lemire v. Ukraine*)¹⁷⁸⁴ oder

bleme auf, vgl. hierzu eingehend *Uchkunova/Temnikov*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 394–402 (die sich für die grundsätzliche Zulässigkeit solcher Widerklagen aussprechen).

- 1781 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 326. In diesem Verfahren hatte das Schiedsgericht bereits im Rahmen seiner Entscheidung zu *Jurisdiction and Admissibility* befunden, dass immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen ersatzfähig seien, vgl. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, *Jurisdiction*, 2010, Case No. ARB/06/18, Rn. 476 unter Verweis auf *Desert Line v. Yemen*.
- 1782 Vgl. in chronologischer Reihenfolge: ICSID, *Señor Tza Yap Shum v. the Republic of Peru*, Schiedsspruch, 7. Juni 2011, Case No. ARB/07/6, Rn. 281; ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 584–592; SCC, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Traiding Ltd. v. The Republic of Kazakhstan*, Schiedsspruch, 19. Dezember 2013, SCC Arbitration V (116/2010), Rn. 1781 f.; ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 621; ICSID, *OI Europe v. Venezuela*, 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 906–908; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15 Rn. 908 f.; ICSID, *Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 908 f.; ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 618; *Oxus Gold PLC v. The Republic of Uzbekistan*, Schiedsspruch, 17. Dezember 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 895; ICSID, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infrastructure & Logistique v. the Republic of Guinea*, Schiedsspruch, 16. August 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 453, 457; ICSID, *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, Schiedsspruch, 18. April 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 289. Die übrige Schiedspraxis wird hierzu unten unter § 11 B. III. 3 in Bezug gesetzt.
- 1783 SCC, *Anatolie Stati et al. v. Kazakhstan*, 2013, SCC Arbitration V (116/2010), Rn. 1781; ähnlich *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 900, wobei sich das Schiedsgericht auch mit der bisherigen Schiedspraxis auseinandersetzt (vgl. ebd. Rn. 895–896).
- 1784 ICSID, *Tza Yap Shum v. Peru*, 2011, Case No. ARB/07/6, Rn. 281; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 909, das sich aller-

*Arif v. Moldova*¹⁷⁸⁵) stützen, und drittens Schiedssprüche, die sich mit dieser Voraussetzung näher auseinandersetzen.¹⁷⁸⁶ Aus der dritten Gruppe sticht der Schiedsspruch zu *Arif v. Moldova* hervor, weil er als einziger eine inhaltliche Begründung für die Schiedspraxis liefert. Der Fall betraf Maßnahmen Moldaus, die es den Unternehmen des Schiedsklägers erschwerten, ihre Lizenzen zum Betreiben mehrerer Duty-Free-Shops zu nutzen. Das Schiedsgericht möchte im Regelfall keinen immateriellen Schadensersatz gewähren, weil dies Geschäftsbeziehungen ohne Grund erschweren würde und nicht zu rechtfertigende Vermögensvorteile auf Seiten der Geschädigten hervorrufe.¹⁷⁸⁷ Damit argumentierte es in Anlehnung an eine klassische Position im privaten Vertragsrecht.¹⁷⁸⁸ Allerdings scheint das Schiedsgericht das Konzept des immateriellen Schadens mit der Frage einer erhöhten Schwelle für deren Kompensation zu verwechseln. Wenn es von "frustration" und "affront"¹⁷⁸⁹ spricht, deren Ausgleich die Risikoverteilung in einem Vertrag aushebeln würde, dürften dies Fälle sein, in denen es schon an einem Schaden fehlt.¹⁷⁹⁰ Sie rechtfertigen es jedenfalls nicht, erhöhte Voraussetzungen an die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden zu stellen. Soweit das Schiedsgericht im Übrigen darauf verweist, dass die Anforderung außergewöhnlicher Umstände mit der sonstigen (d. h. zwischenstaatlichen) Praxis übereinstimme, trifft diese Behauptung nicht zu.¹⁷⁹¹ Die übrigen Begründungen für eine zusätzliche Voraussetzung des Ersatzes

dings auch auf *Desert Line v. Yemen* stützt, ebd. Rn. 910; ICSID, *Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 909; ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 618.

1785 ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 621 f.

1786 ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 584–592, insbesondere Rn. 592; ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 453 f. und ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 290–293, die diese Voraussetzung jeweils aus der Spruchpraxis herleiten.

1787 ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 592.

1788 Vgl. zur fehlenden Ersatzfähigkeit der Frustration des Gläubigers über den nicht erfüllenden Schuldner im deutschen Privatrecht Höpfner in: Herresthal (Hrsg.), Neubearbeitung 2021, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen, § 253 Rn. 6.

1789 ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 592.

1790 Vgl. für eine Kritik an dieser Begründung mit einer anderen Stoßrichtung Moyano García, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 497, nach dessen Auffassung das Schiedsgericht hier materiellen und immateriellen Schaden gleichsetze und damit eine vollständige Schadenskompensation verhindere.

1791 Siehe oben unter § 5 C.

immaterieller Schäden verweisen auf die Analyse der Schiedspraxis.¹⁷⁹² Ihnen fehlt daher ebenso eine tiefergehende Begründung, weil auch die in Bezug genommenen Entscheidungen allesamt (mit Ausnahme von *Arif v. Moldova*) keine inhaltlichen Begründungen enthalten.

Damit hat sich bisher zwar keine überzeugende Begründung für die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände aus der Schiedspraxis ergeben. Gleichwohl dürfte es als gesichert gelten, dass immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen ersatzfähig sind.¹⁷⁹³ Zugleich scheinen sich Anhaltspunkte in *Desert Line v. Yemen*, die auf eine verschuldensabhängige Haftung für Nichtvermögensschäden gedeutet hatten,¹⁷⁹⁴ in der weiteren Praxis nicht durchgesetzt zu haben, weil hierauf kein Bezug mehr genommen wird.¹⁷⁹⁵ Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Ausziselierung des Tatbestandsmerkmals der außergewöhnlichen Umstände im Fall *Lemire v. Ukraine*¹⁷⁹⁶ letztlich doch ein Verschulden voraussetze.¹⁷⁹⁷ Diese Behauptung lässt sich allerdings nur auf der Grundlage einer genaueren Vorstellung vom Begriff der außergewöhnlichen Umstände beurteilen. Daher soll der folgende Abschnitt den Begriff umreißen.

2. Die Definition außergewöhnlicher Umstände

Da *Desert Line v. Yemen* jedenfalls nicht eindeutig eine zusätzliche Voraussetzung für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes einführt, enthält der Schiedsspruch selbst keine Definition außergewöhnlicher Umstände. Deshalb blieb bis zur Entscheidung *Lemire v. Ukraine* im Jahr 2011 unklar, wann solche Umstände vorliegen.¹⁷⁹⁸ Die vorhergehenden Schiedssprüche hatten nur pauschal auf eine zusätzliche Voraussetzung verwie-

1792 Vgl. bspw. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, *Jurisdiction*, 2010, Case No. ARB/06/18, Rn. 476. Siehe auch die Nachweise in Fn. 1786.

1793 So nunmehr auch *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 2022, S. 426. In der Voraufgabe fehlte diese Einschränkung des Ersatzes immaterieller Schäden, vgl. *Dolzer/Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 2012, S. 295.

1794 Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 1729.

1795 Vgl. *Blake*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 398.

1796 Siehe hierzu unten unter § 11 B. III. 2.

1797 So *Champagne*, *McGill Journal of Dispute Resolution* 1 (2015), 35.

1798 So auch ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 326.

sen.¹⁷⁹⁹ Erst *Lemire v. Ukraine* unternahm den Versuch, außergewöhnliche Umstände zu definieren.

Das Schiedsgericht hatte die Frage zu beantworten, ob aus der festgestellten Verletzung der Garantie billiger und gerechter Behandlung¹⁸⁰⁰ des Ukraine-US BIT¹⁸⁰¹ auch ein Anspruch auf immateriellen Schadensersatz folge. Um hierfür den Begriff der außergewöhnlichen Umstände zu bestimmen, analysierte es die Entscheidungen zu *Desert Line v. Yemen*, *Lusitania* und *Siag and Vecchi v. Egypt*.¹⁸⁰² Aus diesen drei Entscheidungen zieht das Schiedsgericht in *Lemire v. Ukraine* folgende Schlussfolgerung:

“333. The conclusion which can be drawn from the above case law is that, as a general rule, moral damages are not available to a party injured by the wrongful acts of a State, but that moral damages can be awarded in exceptional cases, provided that

- the State’s actions imply physical threat, illegal detention or other analogous situations in which the ill-treatment contravenes the norms according to which civilized nations are expected to act;
- the State’s actions cause a deterioration of health, stress, anxiety, other mental suffering such as humiliation, shame and degradation, or loss of reputation, credit and social position; and
- both cause and effect are grave or substantial.”¹⁸⁰³

Zunächst fällt auf, dass diese Definition in ihrem zweiten Spiegelstrich mit Variationen im Detail umreißt, was sowohl im zwischenstaatlichen Völker-

1799 ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169, wobei das Schiedsgericht zusätzlich Bedenken hinsichtlich der prozessualen Zulässigkeit hatte (ebd. Rn. 170); vgl. auch ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 181, das als ein Beispiel für außergewöhnliche Umstände körperlichen Zwang nennt, ohne sonst nähere Angaben zu weiteren Voraussetzungen zu machen.

1800 Vgl. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 30 f. Diese Feststellung traf das Schiedsgericht bereits in seiner ersten Entscheidung zu *Jurisdiction and Liability*, ICSID, *Lemire v. Ukraine*, *Jurisdiction*, 2010, Case No. ARB/06/18, Rn. 419-421.

1801 Art. II Abs. 3 Vertrag zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Ukraine betreffend die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen (Ukraine-US BIT), 4. März 1994, abrufbar unter: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/210531.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1802 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 327-332.

1803 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 333.

recht als auch im Menschenrechtsschutz als immaterieller Schaden gilt.¹⁸⁰⁴ Damit gibt dieser Absatz eine Definition immaterieller Schäden, die in der übrigen Schiedspraxis fehlte.¹⁸⁰⁵ Jedoch stellen die Spiegelstriche eins und drei gegenüber dem zwischenstaatlichen Völkerrecht zusätzliche Voraussetzungen auf und umreißen damit, was außergewöhnliche Umstände sind.

Wesentlich für außergewöhnliche Umstände sind nach dieser Definition die Schwere der Verletzungshandlung und der dadurch verursachten Folgen. Bei der Ermittlung dieser Definition schien das Schiedsgericht offenbar davon geleitet, dass in den Fällen *Desert Line v. Yemen* und *Lusitania* jeweils schwerwiegende Verletzungen Verfahrensgegenstand waren. An dieser Argumentation überrascht allerdings, dass allenfalls *Desert Line v. Yemen* und zu einem gewissen Grad *Siag v. Egypt* Hinweise auf eine zusätzliche Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden bieten.¹⁸⁰⁶ In *Lusitania* ist ein solches Kriterium nicht angelegt.¹⁸⁰⁷ Zwar ist die Versenkung eines mit Zivilisten besetzten Schiffes durch die kaiserliche Marine¹⁸⁰⁸ sicherlich außergewöhnlich. Dies rechtfertigt indes nicht den Schluss, dass solche Umstände eine *notwendige* Voraussetzung für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes seien.¹⁸⁰⁹

Deshalb verwundert es nicht, wenn das einzige Schiedsgericht (*Arif v. Moldova*), das sich mit dem Definitionsversuch kritisch auseinandergesetzt hat, hierin lediglich “a summary of the issues in these cases”¹⁸¹⁰ erblickt hat. Diese Einsicht führte allerdings in *Arif v. Moldova* nicht dazu, das Tatbestandsmerkmal der außergewöhnlichen Umstände zu verwerfen. Vielmehr spricht sich auch dieses Schiedsgericht für eine zusätzliche Voraussetzung der außergewöhnlichen Umstände aus, die es wenig überzeugend aus *Lusitania* herleitet.¹⁸¹¹ Was außergewöhnliche Umstände sind, füllt das

1804 Siehe hierzu oben unter § 5 B. II., § 8 A. I., § 9 B. I. und § 10 B. I.

1805 *von Barga*, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 83 f. *von Barga* ist allerdings letztlich der Auffassung, die gesamte *Lemire*-Formel definiere immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht, vgl. ebd. S. 85.

1806 Siehe hierzu oben unter § 11 B. III. 1.

1807 Vielmehr geht *Lusitania* vom Grundsatz der Totalreparation aus, vgl. Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 36; vgl. auch *Dumberry*, *Journal of International Arbitration* 27 (2010), 269.

1808 Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 33.

1809 Vgl. *Dumberry/Cusson*, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 62; siehe auch oben unter § 5 C.

1810 ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 590.

1811 Vgl. ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 591.

Schiedsgericht nur sehr vage aus und verlangt, dass die Verletzung des Investitionsschutzvertrages schwerwiegende Leiden oder Schmerzen hervorrufen müsse.¹⁸¹² Dieses Kriterium dürfte sich nur geringfügig von der Definition aus *Lemire v. Ukraine* unterscheiden. Unterschiede bestehen lediglich hinsichtlich zweier Aspekte: Der Kreis möglicher Verletzungen, die als Grundlage eines immateriellen Schadensersatzes in Betracht kommen,¹⁸¹³ ist in der *Lemire*-Formel enger gezogen. Zudem unterscheidet sich die Formulierung des Schwereerfordernisses. Während die Verletzung nach *Lemire* alternativ "grave or substantial"¹⁸¹⁴ sein muss, müssen nach *Arif* beide Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein.¹⁸¹⁵ Indes dürften diese Unterschiede nur selten ergebnisrelevant sein. Dessen ungeachtet liegt auch dem Ansatz in *Arif* ein Fehlschluss zugrunde: Aus den tatsächlichen Umständen in *Lusitania* folgt ohne eine Äußerung des Schiedsgerichts hierzu nicht, dass *nur* unter solchen Umständen immaterieller Schadensersatz gewährt werden kann.¹⁸¹⁶

Trotz der eher schwachen Begründung hat die Definition aus *Lemire v. Ukraine* große Zustimmung erfahren. Fast alle Schiedsgerichte, die nähere Ausführungen zu immateriellen Schäden gemacht haben, sind *Lemire v. Ukraine* ausdrücklich gefolgt.¹⁸¹⁷ Zum Teil setzen sich die Fälle näher mit

1812 ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 603 ("The dividing line between what is normal and what is exceptional in commercial life (**a mere breach, versus a breach causing grave and substantial pain and suffering**) can only be determined by a precise appreciation of the facts.") (Hervorhebungen durch den Verfasser); zustimmend *De Brabandere*, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, 2014, S. 199.

1813 Vgl. *Moyano García*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 500; noch weitergehend *Dumberry*, *Moral Damages*, in: *Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, 142, 156.

1814 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 333.

1815 *von Barga*, *Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte*, 2020, S. 118.

1816 Siehe hierzu den Nachweis oben in Fn. 1809.

1817 Vgl. ICSID, *Tza Yap Shum v. Peru*, 2011, Case No. ARB/07/6, Rn. 281; ICSID, *OI Europe v. Venezuela*, 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 906-910; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 909; ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 618; ICSID, *Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 896-900; ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 292; vgl. für eine Aufstellung der Fälle, die diesen Maßstäben folgen *Dumberry*, *Moral Damages*, in: *Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, 142, 154 (Fn. 71).

vorangegangener Schiedspraxis auseinander¹⁸¹⁸ oder sie folgen dieser ohne nähere Begründung.¹⁸¹⁹ In zwei Verfahren wendete das Schiedsgericht die *Lemire*-Formel wohl vor allen Dingen deshalb an, weil die Parteien diesen Maßstab zugrunde legen.¹⁸²⁰

Der Auffassung aus *Arif v. Moldova* ist dagegen bisher erst ein weiteres Schiedsgericht gefolgt – allerdings ohne nähere Begründung.¹⁸²¹ Damit tendiert die Praxis insgesamt dazu, die Definition aus *Lemire v. Ukraine* für autoritativ zu erachten. Auch die Parteien in Schiedsverfahren tragen oftmals die Definition aus *Lemire v. Ukraine* als geltendes Recht zum immateriellen Schadensersatz vor.¹⁸²² Deshalb dürfte sich – ungeachtet der offenen Frage nach dem Unterschied zwischen beiden Ansätzen – letztlich der Vorschlag des Schiedsgerichts in der Entscheidung *Lemire v. Ukraine* durchgesetzt haben.

Um auf die bereits aufgeworfene Frage nach einem Verschuldenserfordernis für die Haftung auf immateriellen Schadensersatz zurückzukom-

1818 ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 290-292.

1819 ICSID, *Tza Yap Shum v. Peru*, 2011, Case No. ARB/07/6, Rn. 281; ICSID, *OI Europe v. Venezuela*, 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 906-910, wobei das Schiedsgericht hier die Formulierung aus *Lemire v. Ukraine* leicht verändert und den 3. Teil der Definition in den zweiten Teil integriert: „[...] and that such situation has caused serious damage to its physical health, grave mental suffering or a substantial loss of reputation.“, ebd. Rn. 910; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 909; ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 618, das allerdings auch auf *Arif v. Moldova* Bezug nimmt.

1820 ICSID, *Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 900 und ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 897, 909. Die übereinstimmende Rechtsauffassung beider Parteien führt jedoch nicht zwingend zu deren Anwendung, wie *Arif v. Moldova* zeigt. In dem Verfahren hatten beide Parteien die Definition für außergewöhnliche Umstände aus *Lemire v. Ukraine* vorgetragen. Das Schiedsgericht ist dem gleichwohl nicht gefolgt, vgl. ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 587, 590 f.

1821 Vgl. ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 622. Auf *Desert Line v. Yemen* (ebenso wie auch *Benvenuti & Bonfant v. Congo*) verweist das Schiedsgericht nur für die generelle Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden im Investitionsschutzrecht, vgl. ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 621.

1822 Vgl. für einen solchen Vortrag des Schiedsklägers ICSID, *Levy de Levi v. Peru*, 2014, Case No. ARB/10/17, Rn. 282; vgl. auch ICSID, *Convial and CCI v. Peru*, 2013, Case No. No. ARB/10/2, Rn. 357; ICSID, *Hamadi Al Tamimi v. Oman*, 2015, Case No. ARB/11/33, Rn. 254, in dem sich der Schiedsbeklagte auf *Lemire v. Ukraine* stützte, während der Schiedskläger lediglich auf *Desert Line v. Yemen* und *Diallo* abstellte, in der Sache wohl aber auch von dem Erfordernis außergewöhnlicher Umstände ausging (vgl. ebd. Rn. 251-253).

men,¹⁸²³ fällt zunächst auf, dass die Definition aus *Lemire* kein subjektives Element nennt. Indes scheint es kaum möglich, ohne Vorsatz gegen Normen, an die zivilisierte Staaten sich halten, auf eine der *Lemire*-Formel genügenden Weise zu verstoßen.¹⁸²⁴ In der Folge dürfte ein solches Kriterium in den Voraussetzungen nach *Lemire* aufgegangen sein.

3. Die übrige Schiedspraxis

Mittlerweile verlangen einige Schiedssprüche außergewöhnliche Umstände als Voraussetzung eines immateriellen Schadensersatzes. Gleichwohl bleibt eine erhebliche Anzahl an Schiedssprüchen, die sich zwar zu Nichtvermögensschäden äußern, aber eine solche Voraussetzung nicht anwenden. Dies betrifft immerhin 15 Schiedssprüche,¹⁸²⁵ d. h. mehr als ein Drittel aller bekannten investitionsschutzrechtlichen Fälle zu Nichtvermögensschäden.

1823 Siehe oben unter § 11 B. III. 1.

1824 So auch *von Barga*, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 108 f.; a. A. unter Hinweis auf die lediglich kompensatorische Funktion immateriellen Schadensersatzes *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 96

1825 Dies sind in chronologischer Reihenfolge: *LAFICO v. Burundi*, 1991, ILR 96 (1994), 279 (329 f.); ICSID, *Tecmed v. Mexico*, 2003, Case No. ARB (AF)/00/2, Rn. 198; ICSID, *Victor Pey Casado and Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile*, Schiedsspruch, 8. Mai 2008, Case No. ARB/98/2, Rn. 704; ICSID, *Biwater Gauff v. Tanzania*, Schiedsspruch, 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 808; ICSID, *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, Schiedsspruch, 22. April 2009, Case No. ARB/05/6, Rn. 140; ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 423-435; ICSID, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others v. Ukraine*, Schiedsspruch, 1. März 2012, Case No. ARB/08/8, Rn. 428; ICSID, *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Schiedsspruch, 6. Juli 2012, Case No. ARB/09/16; ICSID, *Rompotrol v. Romania*, Schiedsspruch, 2013, Case No. ARB/06/3, Rn. 289, 293; PCA, *ST-AD GmbH v. The Republic of Bulgaria*, Schiedsspruch (Jurisdiction), 18. Juli 2013, Case No. 2011-06 (ST-BG), Rn. 430; *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, Schiedsspruch, 15. Dezember 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/1527> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 653; *Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic*, Schiedsspruch, 24. Oktober 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 317 f.; ICSID, *Hassan Awdi et al. v. Romania*, 2015, Case No. ARB/10/13, Rn. 516, 22; ICSID, *Lundin Tunisia B.V. v. Tunesian Republic*, Schiedsspruch, 22. Dezember 2015, Case No. ARB/12/30, Rn. 374 f.; ICSID, *Victor Pey Casado and Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile (Resubmission)*, Schiedsspruch, 3. September 2016, Case No. ARB/98/2, Rn. 243.

Eine Analyse dieser Schiedspraxis zeigt allerdings, dass diese Praxis einem solchen Kriterium nicht widerspricht.

Zunächst hat – von zwei Ausnahmen abgesehen – keiner dieser Schiedssprüche immateriellen Schadensersatz gewährt.¹⁸²⁶ Folglich ergibt sich aus den übrigen 13 Schiedssprüchen nichts dafür, dass immaterielle Schäden auch ohne außergewöhnliche Umstände zugesprochen werden könnten. Etwas Anderes folgt auch nicht aus den beiden anderen Schiedssprüchen, die immateriellen Schadensersatz gewährt haben: *LAFICO v. Burundi* unterscheidet sich von den übrigen Schiedssprüchen dadurch, dass hier eine staatliche Entität als Klägerin auftrat und der Disput letztlich zwischenstaatlich war.¹⁸²⁷ In einem solchen Streit ist nach allgemeinem Völkerrecht (folgerichtig) kein zusätzliches Tatbestandsmerkmal für immateriellen Schadensersatz zu fordern.¹⁸²⁸ Der zweite Schiedsspruch, der scheinbar einen immateriellen Schadensersatz gewährt hat, ohne hierfür außergewöhnliche Umstände zu verlangen, ist *Swisslion v. Macedonia*. Die schweizerische Investorin wehrte sich dagegen, dass ihr die Mehrheitsbeteiligung an einer Keksfabrik ohne Entschädigung entzogen worden war. Sie machte unter anderem Rufschaden geltend. Das Schiedsgericht ersetzte entgegen der klägerischen Anträge¹⁸²⁹ nur die Reputationsverluste, die es als materiellen Schaden bewertete.¹⁸³⁰ Letztlich diskutierte es damit nur einen materiellen Schadensersatz, den es – missverständlich – als “reputational damages”¹⁸³¹ bezeichnete.¹⁸³² Damit lässt sich dem Schiedsspruch nicht entnehmen, dass immaterielle Schäden ohne den Nachweis außergewöhnlicher Umstände ersetzt würden.

Damit sind diese beiden Schiedssprüche grundsätzlich mit der Einführung eines zusätzlichen Tatbestandsmerkmals zum Ersatz immaterieller Schäden vereinbar. Zu demselben Ergebnis führt ein näherer Blick auf die übrigen Schiedssprüche. Diese lassen sich im Wesentlichen in drei Ka-

1826 Dies sind *LAFICO v. Burundi*, 1991, ILR 96 (1994), 279, 329 f. und ICSID, *Swisslion v. Macedonia*, 2012, Case No. ARB/09/16, Rn. 350. Streng genommen spricht das Schiedsgericht in diesem Fall nur einen materiellen Schaden zu, den es als Reputationsverlust bezeichnet.

1827 Siehe hierzu bereits oben unter § 11 B. I.

1828 Siehe oben unter § 5 C.

1829 Vgl. ICSID, *Swisslion v. Macedonia*, 2012, Case No. ARB/09/16, Rn. 73.

1830 Vgl. ICSID, *Swisslion v. Macedonia*, 2012, Case No. ARB/09/16, Rn. 350.

1831 Vgl. ICSID, *Swisslion v. Macedonia*, 2012, Case No. ARB/09/16, Rn. 350.

1832 Vgl. ebenfalls zur Vermengung materieller und immaterieller Schäden in diesem Schiedsspruch *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 508 f.

tegorien aufteilen. Die Entscheidungen lehnen einen immateriellen Schadensersatz mangels Nachweisen,¹⁸³³ aus prozessualen Gründen¹⁸³⁴ oder in Anwendung eines mit dem Erfordernis außergewöhnlicher Umstände vergleichbaren Kriteriums ab.¹⁸³⁵ Die ersten beiden Kategorien widersprechen der Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände schon deshalb nicht, weil die Schiedsgerichte keinen Anlass hatten, sich mit den Tatbestandsvoraussetzungen immaterieller Schäden zu befassen.

In der letzten Gruppe ist die Vereinbarkeit mit der Schiedspraxis seit *Lemire v. Ukraine* weniger offensichtlich. Allerdings wenden diese vier

1833 Dies ist die größte Gruppe aus insgesamt sechs Entscheidungen: ICSID, *Tecmed v. Mexico*, 2003, Case No. ARB (AF)/00/2, Rn. 198; ICSID, *Pey Casado v. Chile*, 2008, Case No. ARB/98/2, Rn. 704; ICSID, *Rompotrol v. Romania*, *Schiedsspruch*, 2013, Case No. ARB/06/3, Rn. 289, 293; ICSID, *Hassan Awdi et al. v. Romania*, 2015, Case No. ARB/10/13, Rn. 516, 22; ICSID, *Lundin v. Tunesia*, 2015, Case No. ARB/12/30, Rn. 375 (in diesem Schiedsspruch stellte das Schiedsgericht zusätzlich fest, dass es an einem missbräuchlichen oder vorwerfbar Verhalten der Schiedsklägerin fehle (Rn. 379), so dass dieser Fall zusätzlich auf eine außergewöhnlichen Umständen vergleichbare Voraussetzung für den Ersatz immaterieller Schäden hinweist); ICSID, *Pey Casado v. Chile (Resubmission)*, 2016, Case No. ARB/98/2, Rn. 243.

1834 Dies betrifft zwei Fälle: ICSID, *Biwater Gauff v. Tanzania*, *Schiedsspruch*, 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 808 (das Schiedsgericht äußerte sich zu immateriellen Schäden im Rahmen eines *obiter dictums*, weil die Schiedsklägerin keinen immateriellen Schadensersatz beantragt hatte) und ICSID, *Funnekotter and others v. Zimbabwe*, 2009, Case No. ARB/05/6, Rn. 140 (Das Schiedsgericht lehnte einen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz aus prozessualen Gründen (Verspätung) ab; allerdings sprach es einen Geldersatz für die "disturbances" durch die Enteignung zu, ICSID, *Funnekotter and others v. Zimbabwe*, 2009, Case No. ARB/05/6, Rn. 138–140. Obwohl *Sabahi* hierin einen immateriellen Schadensersatz erblickt, vgl. *Sabahi*, Compensation and Restitution, 2011, 143, dürfte es sich um einen Pauschalbetrag für die entstandenen materiellen Schäden handeln, vgl. Wong, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 84).

1835 Dies betrifft vier Entscheidungen: ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 423–435; ICSID, *Inmaris et al. v. Ukraine*, 2012, Case No. ARB/08/8, Rn. 428; PCA, *ST-AD v. Bulgaria*, 2013, Case No. 2011–06 (ST-BG), Rn. 430; *Al-Warraq v. Indonesia*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/1527> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 653. In zwei weiteren Entscheidungen haben die beklagten Staaten einen vergleichbaren Maßstab vorgetragen, das Schiedsgericht musste sich hierzu mangels Verletzung des BIT jedoch nicht äußern, vgl. UNCITRAL, *David Aven et al. v. Costa Rica*, 2018, Case No. UNCT/15/3, Rn. 686; ICSID, *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting W.L.L. and Mr Fouad Alghanim v. Jordan*, 2017, Case No. ARB/13/38, Rn. 269.

Schiedssprüche¹⁸³⁶ in der Sache ein vergleichbares Tatbestandsmerkmal an, so dass sich ebenfalls kein Widerspruch ergibt. Die Vergleichbarkeit der aufgestellten Voraussetzungen mit außergewöhnlichen Umständen nach der *Lemire*-Formel illustrieren die Ausführungen des Schiedsgerichts in *Inmaris et al. v. Ukraine*. In dem Verfahren machten die deutschen Investor*innen Ansprüche wegen Reisebeschränkungen für ein staatliches Segelschulschiff geltend, das sie (mit-)nutzen durften. Das Schiedsgericht lehnte den klägerischen Antrag auf immateriellen Schadensersatz mit dem Hinweis ab, dass die Verletzungshandlungen der Ukraine weder “malicious” noch “driven by motives beyond the perceived need to change key components of the economic relationship between Claimants and [X]”¹⁸³⁷ sei und der erlittene immaterielle Schaden jedenfalls nicht “sufficiently serious” gewesen sei, um immateriellen Schadensersatz zu rechtfertigen.¹⁸³⁸ Hiermit wendete das Schiedsgericht eine – vielleicht etwas subjektiver ausgerichtete – Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände an.

Der einzige scheinbare Ausreißer ist die Entscheidung in *Belokon v. Kyrgyzstan*. Das Schiedsgericht war der Auffassung, dass der geltend gemachte Rufschaden durch die Schlussfolgerungen des Schiedsgerichts ausgeglichen sei.¹⁸³⁹ Da das Schiedsgericht diesen Schaden nicht in Geld ersetzt hat, widerspricht diese Schlussfolgerung nicht der übrigen Praxis, nur unter außergewöhnlichen Umständen immaterielle Schäden in Geld zu ersetzen. Folglich ist auch die übrige Schiedspraxis mit der Herausbildung einer Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände vereinbar.

1836 Siehe die Nachweise in Fn. 1835.

1837 ICSID, *Inmaris et al. v. Ukraine*, 2012, Case No. ARB/08/8, Rn. 428; zustimmend zitiert in *Al-Warraq v. Indonesia*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/1527> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 653. Das Schiedsgericht im Fall *Meerapfel Söhne AG v. CAR* rezipierte die Ausführungen im *Desert-Line*-Schiedsspruch zum böswilligen Verhalten Jemens (ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 423-435). Das Schiedsgericht im Fall *ST-AD v. Bulgaria* hielt die geltend gemachten Verletzungen für ungeeignet, immaterielle Schadensersatzansprüche zu generieren (PCA, *ST-AD v. Bulgaria*, 2013, Case No. 2011-06 (ST-BG), Rn. 430). Im Kontext der Passage lässt diese Wendung darauf schließen, dass das Schiedsgericht die Verletzungen als nicht schwerwiegend genug erachtet hat.

1838 ICSID, *Inmaris et al. v. Ukraine*, 2012, Case No. ARB/08/8, Rn. 428.

1839 *Belokon v. Kyrgyzstan*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 318.

Auch wenn die Praxis vor *Desert Line v. Yemen* keine zusätzlichen Voraussetzungen für den Ersatz immaterieller Schäden statuierte,¹⁸⁴⁰ hat sich seit diesem Schiedsspruch ein beachtlicher Teil der Praxis für ein solches Kriterium ausgesprochen.¹⁸⁴¹ Schiedspraxis, die sich dem ausdrücklich entgegenstellt oder hiermit unvereinbar ist, ist nicht ersichtlich. Obwohl es innerhalb der Schiedspraxis an einer tragenden Begründung für diese Entwicklung fehlt, die über Verweise auf frühere Schiedssprüche hinausgeht, dürfte es damit ständiger Schiedspraxis entsprechen, immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen in Geld zu ersetzen.

In der Folge verlieren die Literaturstimmen, welche die Erwähnung außergewöhnlicher Umstände in *Desert Line v. Yemen* lediglich für eine Bezugnahme auf den konkreten Fall,¹⁸⁴² Maßstäbe zur Bemessung der Höhe eines Nichtvermögensschadens,¹⁸⁴³ eine unglückliche Umschreibung der Kausalitätsanforderungen,¹⁸⁴⁴ ein Abgrenzungsmerkmal zu materiellen

1840 Siehe hierzu oben unter § 11 B. I.

1841 ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545; ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 181; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169; ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 326-333; ICSID, *Tza Yap Shum v. Peru*, 2011, Case No. ARB/07/6, Rn. 281; ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 584, 591 f.; SCC, *Anatolie Stati et al. v. Kazakhstan*, 2013, SCC Arbitration V (116/2010), Rn. 1781; ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 621; ICSID, *OI Europe v. Venezuela*, 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 906-910; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 897, 909; ICSID, *Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 897, 909; ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 618; ICSID, *Border Timbers et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/25, Rn. 900; ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 453, 457; ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 289-292.

1842 Vgl. Gaillard, NYLJ 240 (2008), 3 ff.; Sabahi, Moral Damages in International Investment Law, in: A Liber Amicorum: Thomas Wälde, 253, 260; in diese Richtung auch noch Dumberry, Journal of International Arbitration 27 (2010), 269, der in den Äußerungen des Schiedsgerichts Bezugnahmen auf die Seltenheit immateriellen Schadensersatzes in Investitionsschiedsverfahren erblickt.

1843 So Ripinsky/Williams, Damages in International Investment Law, 2008, S. 311 f. Zustimmung zitiert von Coriell/Marchili, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: Investment Treaty Arbitration and International Law, 213, 230.

1844 Ehle/Dawidowicz, Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation, in: WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration, 293, 305.

Schäden¹⁸⁴⁵ oder einen impliziten Bezug auf die Zuständigkeitsvoraussetzungen erblickt haben,¹⁸⁴⁶ ihre Plausibilität. Sie sind durch die Praxis überholt und bieten keine plausible Erklärung (mehr) für die Schiedspraxis. Spätestens seit *Lemire v. Ukraine* ist konsentiert, dass außergewöhnliche Umstände die Voraussetzung für den Ersatz eines immateriellen Schadens im Investitionsschutzrecht sind.

4. Rechtsfolgen immaterieller Schäden unter gewöhnlichen Umständen

Wenn der Geldersatz immaterieller Schäden außergewöhnliche Umstände erfordert, ist die Frage, welche Rechtsfolgen für immaterielle Schäden unterhalb dieser Schwelle greifen. Der EGMR lässt in Fällen geringfügiger Verletzung eine Feststellung als Ersatz ausreichen.¹⁸⁴⁷ Daran angelehnt ließe sich überlegen, immaterielle Schäden grundsätzlich mit einer genugtuenenden Feststellung des Schiedsgerichts zu entschädigen¹⁸⁴⁸ und nur unter außergewöhnlichen Umständen einen Geldersatz zu gewähren. Allerdings existieren zur Behandlung immaterieller Schäden abseits außergewöhnliche Umstände noch keine einheitlichen Maßstäbe in der Schiedspraxis.

Nur ein kleiner Teil der Schiedspraxis äußert sich zu alternativen Schadensfolgen für immaterielle Schäden.¹⁸⁴⁹ Unter diesen lassen sich drei

1845 Vgl. *Cazala*, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l'Investissement, in: *Mélanges offerts à Charles Leben*, 269, 278.

1846 Vgl. hierfür *Ripinsky/Williams*, *Damages in International Investment Law*, 2008, S. 311, nach denen ein Schiedsgericht nur unter außergewöhnlichen Umständen, nämlich wenn die Streitigkeit aus einer Investition stamme, zuständig sei.

1847 Siehe hierzu oben unter § 8 B.

1848 Vgl. *Schreuer*, *Alternative Remedies in Investment Arbitration*, *The Journal of Damages in International Arbitration* 3 (2016), 1–30, 27. Manche Stimmen erachten die bloße Feststellung der Rechtsverletzung sogar grundsätzlich für die sinnvollste Schadensfolge bei immateriellen Schäden, vgl. *De Brabandere*, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, 2014, S. 200; *Weber*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 19 (2020), 449.

1849 Dies sind (allenfalls) zehn Schiedssprüche: ICSID, *Pey Casado v. Chile*, 2008, Case No. ARB/98/2, Rn. 704 (annulliert hinsichtlich des Schadensausspruchs); ICSID, *Biwater Gauff v. Tanzania*, *Schiedsspruch*, 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 807 f.; ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 180; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 170; ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 344; ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 434; *Belokon v. Kyrgyzstan*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 318; ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 457;

unterschiedliche Ansätze ausmachen. Ein Schiedsspruch kompensiert immaterielle Schäden mit dem materiellen Schadensersatz (erster Ansatz).¹⁸⁵⁰ Ein zweiter Ansatz spricht sich dafür aus, dass ein ausreichender Ersatz bereits in der Feststellung der Rechtsverletzung liege.¹⁸⁵¹ Die übrige Schiedspraxis verfolgt eine Mischung aus beiden Ansätzen (dritter Ansatz).¹⁸⁵² Insgesamt dürfte jedoch keiner dieser Ansätze sich soweit gefestigt haben, dass von einer über Einzelfälle hinausgehenden Schiedspraxis gesprochen werden könnte.

Der erste Ansatz ist vereinzelt geblieben. Die Praxis zum zweiten Ansatz, auf die Feststellung der Rechtsverletzung als ausreichenden Ersatz abzustellen, ist ebenso spärlich. Die erste Äußerung eines Schiedsgerichts in diese Richtung ist ein *obiter dictum*¹⁸⁵³ im Fall *Victor Pey Casado v. Chile*.¹⁸⁵⁴ Der Fall behandelte die Folgen der Enteignung eines Zeitungsinhabers unter

ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 296; unklar: ICSID, *Pey Casado v. Chile (Resubmission)*, 2016, Case No. ARB/98/2, Rn. 244.

1850 ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 457. Dagegen ist die Entscheidung des Schiedsgerichts im Fall *Funnekotter and others v. Zimbabwe* (ICSID, *Funnekotter and others v. Zimbabwe*, 2009, Case No. ARB/05/6, Rn. 140) kein Beleg dafür, dass der materielle Schadensersatz auch immaterielle Schäden kompensieren kann (so aber *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 23). Vielmehr ordnete das Schiedsgericht die geltend gemachten Posten als materielle Schäden ein, die es mit einer Pauschalsumme für "disturbances" ausglich (*Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 84; siehe hierzu auch bereits in Fn. 1834).

1851 ICSID, *Pey Casado v. Chile*, 2008, Case No. ARB/98/2, Rn. 704 (annuliert hinsichtlich des Schadensauspruchs); ICSID, *Biwater Gauff v. Tanzania*, Schiedsspruch, 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 807 f.; ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 180; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 170; *Belokon v. Kyrgyzstan*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 318. Unklar ist es, ob das Schiedsgericht im wiederaufgegriffenen Verfahren ICSID, *Pey Casado v. Chile (Resubmission)*, 2016, Case No. ARB/98/2, Rn. 244 ebenfalls einen ausreichenden Ersatz in der Feststellung der Rechtsverletzung erblickt hat.

1852 Dies sind ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 344; ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 434; ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 296.

1853 Vgl. *Dumberry*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 20 f.; zustimmend *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 22.

1854 Vgl. ICSID, *Pey Casado v. Chile*, 2008, Case No. ARB/98/2, Rn. 704. Dieser Schiedsspruch wurde bzgl. des Schadensauspruchs annulliert, vgl. ICSID, *Victor Pey Casado and Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile (Annulment)*, Entscheidung (Annulment), 18. Dezember 2012, Case No. ARB/98/2, Rn. 359.

der Pinochet-Diktatur. Das *obiter dictum* erachtete die Feststellung der Verletzung des BIT als einen ausreichenden Ersatz für erlittene immaterielle Schäden.¹⁸⁵⁵ Allerdings nimmt der Schiedsspruch keinen Bezug auf die Entscheidung zu *Desert Line v. Yemen*.¹⁸⁵⁶ Daher ergibt sich aus diesem Schiedsspruch nichts für die Frage, welche Rechtsfolgen für immaterielle Schäden unterhalb der Schwelle außergewöhnlicher Umstände greifen.¹⁸⁵⁷ Anders ist dies bei den Schiedssprüchen in den Fällen *Europe Cement v. Turkey* und *Cementownia v. Turkey*, weil sie jeweils einen ausreichenden Ersatz in den Feststellungen des Schiedsgerichts sahen¹⁸⁵⁸ und die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände anerkannt haben.¹⁸⁵⁹ Allerdings bestrafen beide den Anspruch des klagenden Gaststaates¹⁸⁶⁰ auf immateriellen Schadensersatz. Da die Feststellungen eines Spruchkörpers ohnehin die übliche Form der Wiedergutmachung für immaterielle Schäden eines Staates sind,¹⁸⁶¹ ergibt sich aus diesen Schiedssprüchen nichts für die Wiedergutmachung immaterieller Schäden des Individuums. Gleiches gilt für den Schiedsspruch in *LAFICO v. Burundi*, indem die Schiedsklägerin als ausreichenden Ersatz für ihren eigenen immateriellen Schaden die Feststellung der Rechtsverletzung erhielt.¹⁸⁶² Da LAFICO ein Staatsunternehmen ist,

1855 Offen erscheint es, ob mit der Wendung “le prononcé de la présente sentence” auch auf den Ausspruch zum materiellen Schadensersatz Bezug genommen wird, vgl. in diese Richtung *Dumberry*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 20.

1856 Hierauf weist *Wong* zu Recht hin, vgl. *Wong*, *The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration*, in: *The Fordham Papers* 2012, 67, 80.

1857 Da der Anspruch auf immateriellen Schadensersatz zudem bereits an ausreichenden Nachweisen gescheitert ist, konnte die Feststellung der Rechtsverletzung diesen nicht nachgewiesenen Schaden ohnehin nicht ersetzen. Allerdings mutmaßt *Latty*, dass die Ausführungen des Schiedsgerichts hier unabhängig von der Frage ausreichender Nachweise eines immateriellen Schadens seien, *Latty*, *Arbitrage transnational et droit international générale*, AFDI 54 (2008), 467–512, 502.

1858 ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 181; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 171. Beide sahen zudem in der Kostenentscheidung einen zusätzlichen Ausgleich für den erlittenen immateriellen Schaden.

1859 ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 181; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169.

1860 Vgl. zu den Problemen einer Widerklage im Investitionsschutzrecht eingehend *Uchkunova/Temnikov*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 387–402, die sich auch für einen Geldersatz immaterieller Schäden zugunsten klagender Staaten aussprechen, ebd. 402.

1861 Siehe oben unter § 4 B.

1862 *LAFICO v. Burundi*, 1991, ILR 96 (1994), 279, 329 (Rn. 77).

ging es um die Genugtuung zugunsten des Staates.¹⁸⁶³ Damit bleibt nur eine einzige klare Stellungnahme dafür, dass die Feststellung einer Rechtsverletzung ausreichenden Ersatz für Investor*innen biete. Dieser Schiedsspruch knüpft diese Rechtsfolge allerdings nichts an das Fehlen außergewöhnlicher Umstände.¹⁸⁶⁴ Dagegen lässt sich die "schweigende Mehrheit" der Schiedssprüche, die einen immateriellen Schadensersatz abgelehnt hat, nicht so lesen, dass sie implizit mit der Feststellung der Rechtsverletzung(en) einen Ersatz gewähren wollte. Denn Genugtuung im Sinne von Art. 37 ARSIWA setzt über die bloße Feststellung der Rechtsverletzung hinaus die ausdrückliche Anerkennung voraus, dass diese Feststellung der Genugtuung dient.¹⁸⁶⁵

Für den Mittelweg des dritten Ansatzes hat sich, bei Unklarheiten im Detail, zuerst¹⁸⁶⁶ *Lemire v. Ukraine* ausgesprochen. Nach diesem Schiedsspruch gleichen die Feststellung einer Rechtsverletzung in Kombination mit (erheblichem) materiellem Schadensersatz auch immaterielle Schäden aus.¹⁸⁶⁷ *Dumberry* hält diese Ausführungen für ein *obiter dictum*, weil es an einem immateriellen Schaden fehle.¹⁸⁶⁸ *Dumberry* erkennt indes, dass nach den Ausführungen des Schiedsgerichts zwar ein immaterieller Schaden entstanden ist, dieser nur nicht schwerwiegend genug ist, um in Geld

1863 Vgl. *Dumberry*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 18 f.

1864 Vgl. *Belokon v. Kyrgyzstan*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 318. Auch in *Biwater & Gauff v. Tanzania* bleibt offen, ob sich das Schiedsgericht zu Nichtvermögensschäden geäußert hat. Das Schiedsgericht hält eine entschädigende Feststellung nur allgemein für angemessen, vgl. ICSID, *Biwater Gauff v. Tanzania*, Schiedsspruch, 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 807 f.

1865 Vgl. *Garcia Amador*, Sixth Report on International Responsibility, 1961, A/CN.4/134 and Add.1, S. 15 f. (Rn. 60); vgl. auch Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 106 (Art. 37 Rn. 6); ebenso *Marboe*, Compensation and Damages in International Investment Law, 2017, S. 319 (Fn. 791); *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 507.

1866 Liest man *Pey Casado v. Chile* mit *Dumberry* so, dass hier auch der materielle Schadensersatz einen ausreichenden Ersatz für immaterielle Schäden bietet, wäre dieser Schiedsspruch der zeitlich erste, siehe zur Zweifelhaftheit dieser Deutung bereits oben Fn. 1855.

1867 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 344 und 339. Im hierzu veröffentlichten Sondervotum eines Schiedsrichters wird diese Argumentation auf die großzügige Bemessung des materiellen Schadensersatzes durch die Mehrheit zurückgeführt, vgl. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, Abweichendes Votum des Schiedsrichters Dr. Jürgen Voss, 1. März 2011, Case No. ARB/06/18, Fn. 180.

1868 *Dumberry*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 23.

aufgewogen zu werden.¹⁸⁶⁹ Dem Ansatz im Fall *Lemire v. Ukraine* sind zwei Schiedsgerichte gefolgt, ohne aber explizit auf *Lemire v. Ukraine* zu verweisen.¹⁸⁷⁰ Auch wenn damit die Unterstützung deutlich stärker ist als für den ersten Ansatz, ist die Praxis ebenfalls recht dürftig.

Letztlich besteht damit für alle drei eingeschlagenen Wege nur eine recht dünne Grundlage. In der Folge ist keine gefestigte Praxis hinsichtlich alternativer Schadensfolgen für immaterielle Schäden abseits außergewöhnlicher Umstände feststellbar.¹⁸⁷¹ Allerdings sprechen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Anwendung einer entschädigenden Feststellung. Insbesondere ist die Kritik in der Literatur gegenüber alternativen Schadensfolgen zugunsten von Investor*innen zu weitgehend. *Dumberry* hält solchen Entwicklungen die Regeln der ARSIWA entgegen, nach denen für immaterielle Schäden eines Individuums Geldschadensersatz und für immaterielle Schäden eines Staates Genugtuung zu gewähren ist.¹⁸⁷² Diese strikte Orientierung an den ARSIWA ist für die Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen allerdings, wie herausgearbeitet, nicht zwingend.¹⁸⁷³ Im Übrigen hat auch die Schiedspraxis grundsätzlich, d. h. unabhängig von der Frage immaterieller Schäden, anerkannt, dass die Genugtuung eine zulässige Form der Wiedergutmachung sein kann.¹⁸⁷⁴ Gleichwohl fehlt eine ausreichende Praxis dazu, wie weniger schwerwiegende immaterielle Schäden im Investitionsschutz ausgeglichen werden.

C. Exkurs: ein „soziologischer“ Erklärungsversuch für die Schiedspraxis

Innerhalb kurzer Zeit entwickelte sich eine unwidersprochene Schiedspraxis, immaterielle Schäden nur unter der Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände in Geld zu ersetzen. Dieser Schiedspraxis steht eine fast ge-

1869 Vgl. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 339.

1870 Vgl. ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 434; ICSID, *Gavazzi and Gavazzi v. Romania*, 2017, Case No. ARB/12/25, Rn. 296.

1871 So aber *Schreuer*, *The Journal of Damages in International Arbitration* 3 (2016), 26 f.

1872 Vgl. hierfür *Dumberry*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 23 f. und 25-29; zustimmend *Wong*, *The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration*, in: *The Fordham Papers* 2012, 67, 80.

1873 Siehe hierzu bereits oben in § 7.

1874 ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 555, 560.

schlossene Literatur gegenüber, die eine solche Voraussetzung ablehnt.¹⁸⁷⁵ Bevor der nächste Abschnitt die Schiedspraxis rechtsdogmatisch einordnet und sich mit der Argumentation der Literatur auseinandersetzt, geht dieser Abschnitt der Frage nach, wie diese erstaunliche Situation entstehen konnte. Um die Herausbildung der Schiedspraxis ungeachtet der Kritik im Schrifttum nachzuvollziehen, blickt der Abschnitt auf die involvierten Akteure und ihre Interessen.¹⁸⁷⁶ Bei der oben herausgearbeitete Schiedspraxis treten gewisse Akteure immer wieder an neuralgischen Punkten auf, was zu der Vermutung Anlass gibt, dass ihre persönliche Beteiligung die Entwicklung maßgeblich beeinflusst hat. Andere Studien haben bereits belegt, welch große Rolle wiederkehrende Akteure im Investitionsschutzrecht spielen.¹⁸⁷⁷

Den Anstoß zur beschriebenen Entwicklung gab der Schiedsspruch im Fall *Desert Line v. Yemen*. Dabei ist bemerkenswert, dass gewisse Akteure aus diesem ersten Schiedsspruch immer wieder auftreten. Namentlich Hamid G. Gharavi, seines Zeichens Parteivertreter der Schiedsklägerin in *Desert Line v. Yemen*, tritt danach in fünf weiteren der hier behandelten Fälle auf.¹⁸⁷⁸ In vier der fünf Fälle äußern sich die angerufenen Schiedsgerichte näher zu immateriellen Schäden.¹⁸⁷⁹ Zu diesen zählen wiederum die beiden Schiedssprüche *Lemire v. Ukraine* und *Arif v. Moldova*, welche die

1875 Dumberry/Cusson, Journal of Damages in International Arbitration 1 (2014), 54; zustimmend Cazala, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l'Investissement, in: Mélanges offerts à Charles Leben, 269, 270.

1876 Der Sache nach handelt es sich hierbei um eine soziologische Herangehensweise, vgl. zu rechtssoziologischen Ansätzen im Investitionsschutzrecht Hirsch, Sociology of International Investment Law, in: The Foundations of International Investment Law, 143–167; vgl. für eine soziologische Betrachtung des Schrifttums im internationalen Investitionsschutzrecht Schill, W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law, EJIL 22 (2011), 875–908.

1877 Vgl. Langford/Behn/Lie, The Revolving Door in International Investment Arbitration, JIEL 20 (2017), 301–332; vgl. bereits Puig, Social Capital in the Arbitration Market, EJIL 25 (2014), 387–424.

1878 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18; ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23; ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4 *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023); ICSID, *Eurogas and Belmont Resources v. Slovakia*, Schriftsatz der Schiedsklägerinnen, 2015, Case No. ARB/14/14.

1879 Lediglich in *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. the Slovak Republic* fehlen Ausführungen zu Nichtvermögensschäden, weil sich das Schiedsgericht für unzuständig erklärt hat, vgl. ICSID, *Eurogas and Belmont Resources v. Slovakia*, Schiedsspruch, 18. August 2017, Case No. ARB/14/14, Rn. 476.

nachfolgenden Debatten nachhaltig bestimmt haben.¹⁸⁸⁰ Neben Gharavi tritt noch eine weitere Person mehrfach in Erscheinung: Jan Paulsson. Er ist nicht nur Schiedsrichter in *Desert Line v. Yemen*, sondern auch in *Lemire v. Ukraine*.¹⁸⁸¹ Das ist in sich schon bemerkenswert, weil der prägende Deutungsvorschlag der Entscheidung zu *Desert Line v. Yemen* aus dem Schiedsspruch zu *Lemire v. Ukraine* stammt. Zudem tritt Paulsson noch in vier weiteren Verfahren als Parteivertreter auf, wobei zwei dieser Schiedssprüche nur kurze Zeit nach *Desert Line v. Yemen* diesen Schiedsspruch in Richtung eines Tatbestandsmerkmals der außergewöhnlichen Umstände auslegen.¹⁸⁸² Zusätzliche Verbindungslinien zwischen *Desert Line v. Yemen* und weiteren Schiedssprüchen, die immateriellen Schadensersatz von außergewöhnlichen Umständen abhängig gemacht haben, treten hervor, wenn man Pierre Tercier in den Blick nimmt, den Vorsitzenden des Schiedsgerichts in *Desert Line v. Yemen*. Tercier tritt als Schiedsrichter noch in drei weiteren Schiedsverfahren auf, in denen die Schiedsgerichte außergewöhnliche Umstände für den Ersatz immaterieller Schäden verlangen.¹⁸⁸³ Stellt man zusätzlich ein, dass der Fallkorpus der Entscheidungen, die außergewöhnliche Umstände als Tatbestandsmerkmal anwenden, nur aus 15 Fällen besteht,¹⁸⁸⁴ wird die Relevanz dieser Häufungen klar. Inse-

1880 Siehe hierzu die Ausführungen oben unter § 11 B. III. 1.

1881 In dem analysierten Fallkorpus tritt Jan Paulsson auch noch in zwei weiteren Schiedssprüchen auf. Das sind ICSID, *Generation Ukraine v. Ukraine*, 2003, Case No. ARB/00/9 und *Belokon v. Kyrgyzstan*, 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2023). In keinem dieser beiden Entscheidungen spielen außergewöhnliche Umstände eine Rolle. Der erste Fall wurde 2003 entschieden und damit noch deutlich vor *Desert Line v. Yemen*. Der andere Fall datiert mit 2014 nach *Desert Line v. Yemen* und *Lemire v. Ukraine*. Das mag gegen die These sprechen, dass Jan Paulsson die treibende Kraft hinter dem Erfordernis außergewöhnlicher Umstände war.

1882 Vgl. ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2, Rn. 181; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169. In den beiden übrigen Verfahren (ICSID, *Helnan International Hotels v. Egypt*, 2008, Case No. 05/19, Rn. 170; ICSID, *Biwater Gauff v. Tanzania*, *Schiedsspruch*, 2008, Case No. ARB/05/22 fehlen solche Ausführungen, weil es entweder schon an einer Verletzung des BIT oder einem Schaden fehlte.

1883 Vgl. ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2, Rn. 169; *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 900; ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 454, 456.

1884 Dies sind die in den Fußnoten 1771, 1779, 1781, 1782 nachgewiesenen Schiedssprüche.

samt weisen damit sieben¹⁸⁸⁵ dieser 15 Fälle personelle Verbindungen zu *Desert Line v. Yemen* auf. Das gibt Anlass für die Vermutung, dass sich die Entwicklung auf diese Akteure zurückführen lässt.¹⁸⁸⁶ Hinzu kommt, dass Schiedsgerichte dazu neigen, früheren Entscheidungen zu folgen.¹⁸⁸⁷ Diese Neigung kann auch erklären, warum die Schiedspraxis die Kritik im Schrifttum ignoriert.

Angesichts der beschriebenen Umstände ließe sich folgender Zusammenhang mutmaßen, der die schnelle Entwicklung der Schiedspraxis erklären würde: In der Entscheidung *Desert Line v. Yemen* nehmen die Schiedsrichter zunächst ein unabweisbares Bedürfnis war, immateriellen Schadensersatz zu gewähren.¹⁸⁸⁸ Dieser Schiedsspruch löst – vielleicht überraschend für die Beteiligten –¹⁸⁸⁹ einen Dammbbruch aus, weil nunmehr viele Schiedskläger*innen immateriellen Schadensersatz einklagen.¹⁸⁹⁰ Danach gilt es, die Geister, die man heraufbeschworen hat, wieder einzufangen. In der Tat scheinen die Schiedsrichter aus *Desert Line v. Yemen* nunmehr zur Eindämmung des Rechtsinstituts gewillt zu sein, während der Parteivertreter der *Desert Line LLC* diesen Schaden in mehreren

1885 Das sind im Einzelnen ICSID, *Europe Cement v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/07/2; ICSID, *Cementownia v. Turkey*, 2009, Case No. ARB(AF)/06/2; ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18; ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23; ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4; *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 900; ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29.

1886 Allerdings treten die angeführten Personen ohnehin überproportional häufig in Schiedsverfahren auf (vgl. *Langford/Behn/Lie*, JIEL 20 (2017), 310–313, 315 f.). Deren wiederholtes Auftreten erklärt daher nicht zwingend die Durchsetzung des Tatbestandsmerkmals außergewöhnlicher Umstände, sondern kann mit diesem lediglich koinzidieren.

1887 Vgl. hierzu *Hirsch*, *Sociology of International Investment Law*, in: *The Foundations of International Investment Law*, 143, 158–165.

1888 Hierfür spricht (deren Richtigkeit unterstellt) die Beschreibung *Gharavis*, dass der Inhaber der *Desert Line LLC* nach den Streitgegenständlichen Ereignissen „ein gebrochener Mann“ gewesen sei, *Cabrera/Coriell/Wilbraham/Gharavi/Sabahi/Kantor/Nelson*, *Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration?*, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 233, 240.

1889 Vgl. für eine solche Haltung *Abdel Raouf*, *The First Inter-Arab Investment Dispute Before ICSID*, in: *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri*, 227, 235.

1890 Nur fünf der Entscheidungen zu immateriellen Schäden datieren vor *Desert Line v. Yemen*. Jedoch mag diese Entwicklung auch mit dem allgemein steigenden Fallaufkommen ab den 2000er Jahren zusammenhängen, siehe den Nachweis in Fn. 1713.

Verfahren einzuklagen versucht. Weil Schiedsrichter wie Paulsson hohes Ansehen¹⁸⁹¹ und Einfluss¹⁸⁹² genießen und oft benannt werden,¹⁸⁹³ setzt sich deren Sichtweise letztlich durch.¹⁸⁹⁴

Diese Personen mögen einen erheblichen Einfluss auf diese Entwicklung genommen haben und es erscheint auch nicht unplausibel, dass das Motiv für die eingetretene Entwicklung Schadensbegrenzung war. Da diese Arbeit eine dogmatische Einordnung der Schiedspraxis anstrebt, sind die Motive und Prozesse hinter der Entwicklung zunächst irrelevant. Sie offenzulegen ist aber dennoch nicht nutzlos.¹⁸⁹⁵ Insbesondere führen sie zu der Frage, ob es überhaupt zulässig ist, systematisierend vorzugehen, wenn wenig für ein durchdachtes Vorgehen spricht. Allerdings ist es auch und gerade die Aufgabe der Dogmatik, einen Rechtskörper, der ganz zufällig und mit den unterschiedlichsten Motiven entstanden ist, in ein wissenschaftliches System einzuordnen.¹⁸⁹⁶ Dabei darf die Entstehung nicht außer Acht gelassen werden und es gilt mit der gebotenen Umsicht zu vermeiden, in den Rechtsstoff ein System hineinzulesen. Wie der folgende Abschnitt allerdings zeigen wird, fügt sich diese Schiedspraxis in das gegenwärtige Völkerrecht schlüssig und ohne Wertungswidersprüche ein.

1891 Beispielsweise ist er Verfasser des sehr einflussreichen Aufsatzes *Paulsson*, Arbitration without Privity, ICSID Review 10 (1995), 232–257, vgl. zu dessen Einfluss *Schill*, EJIL 22 (2011), 876.

1892 Vgl. hierzu die Studie von *Langford/Behn/Lie*, JIEL 20 (2017), 320.

1893 Jan Paulsson ist 33-mal als Schiedsrichter benannt worden, damit gehört er zu den 20 am häufigsten ernannten Schiedsrichtern, vgl. UNCTAD, Investment Policy Hub: Investment Dispute Settlement Navigator, abrufbar unter: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

1894 Die Bedeutung von Persönlichkeiten wie Jan Paulsson und Pierre Tercier für das Investitionsschutzrecht arbeiten *Langford, Behn und Lie* (*Langford/Behn/Lie*, JIEL 20 (2017), insbesondere 310) anhand einer Netzwerkanalyse heraus.

1895 Siehe hierzu oben unter § 1 C.

1896 Vgl. für die deutsche Rechtswissenschaft *Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, S. 45 f. Diese Vorstellung von Dogmatik setzt voraus, Recht als System zu verstehen. Diese Voraussetzung erfüllt auch das Völkerrecht, vgl. Völkerrechtskommission, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 177–184, Nr. 1.

D. Der Ersatz immaterieller Schäden im Investitionsschutzrecht

Obwohl Investitionsschiedsgerichte dazu neigen frühere Schiedssprüche als oder jedenfalls fast wie eine Rechtsquelle zu nutzen,¹⁸⁹⁷ ist die Schiedspraxis aus einer positivistischen Perspektive niemals selbst Rechtsquelle.¹⁸⁹⁸ Daraus folgt, dass der völkerrechtliche Ersatz immaterieller Schäden im Investitionsschutzrecht nicht deshalb von außergewöhnlichen Umständen abhängen kann, weil die Schiedspraxis dieses Kriterium etabliert hat. Allein als materielle Rechtsquelle kann die Schiedspraxis Zeugnis ablegen, dass eine formale Rechtsquelle dieses Inhaltes existiert.¹⁸⁹⁹ Damit bedarf es einer Verankerung der schiedsrichterlich herausgebildeten Regel in den traditionellen Rechtsquellen des Völkerrechts. Dies sind jedenfalls die in Art. 38 Abs. 1 lit. a bis c IGH-Statut aufgeführten Rechtsquellen, d. h. Verträge, Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze.¹⁹⁰⁰ Da vertragliche Regelungen ersichtlich fehlen, kann die Schiedspraxis allenfalls Ausdruck einer gewohnheitsrechtlichen Regel oder eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes sein.

Der stärkste Einwand der Literatur gegen die Schiedspraxis ist, sie sei völkerrechtswidrig, weil sie nicht mit der zwischenstaatlichen Entscheidungspraxis übereinstimme.¹⁹⁰¹ Träfe der Einwand zu, erübrigte sich jede weitere Auseinandersetzung mit der Schiedspraxis. Daher gilt es in einem ersten Schritt herauszufinden, ob dieses Argument trägt. Hierbei zeigt sich, dass die Regeln für völkerrechtliche Individualansprüche lückenhaft sind und daher nicht mit den zwischenstaatlichen Regeln übereinstimmen müssen (I.). Damit ist zwar der Einwand im Schrifttum entkräftet, die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände ist dadurch aber noch nicht in den Rechtsquellen des Völkerrechts verankert. Da sich die Schiedspraxis nicht als Anwendung bestehender völkerrechtlicher Regel verstehen lässt (II.),

1897 Vgl. hierzu *Schill*, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009, S. 355, der eine Entwicklungstendenz hin zu einem System aus Präzedenzfällen diagnostiziert. *Grisel* kommt zu dem Ergebnis, das die Schiedspraxis eine materielle Rechtsquelle sei, wobei er "materiell" so versteht, dass sie die Prozesse seien, durch die das Recht zum Leben erwache, vgl. *Grisel*, *Sources of Foreign Investment Law*, in: *The Foundations of International Investment Law*, 213, 215.

1898 Vgl. Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut.

1899 Internationale Entscheidungen sind Rechtskenntnisquellen gem. Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut.

1900 Vgl. für einen Überblick möglicher weiterer Rechtsquellen *Thirlway*, *Sources*, 2014, S. 19-25.

1901 Siehe hierzu unten unter § 11 D. I.

bleibt nur die Entstehung einer neuen Regel des Völkergewohnheitsrechts (III.).

I. Die Lückenhaftigkeit des Völkerrechts

Den Tenor der Stellungnahmen in der Literatur zur Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände bildet die Annahme, dass die oben skizzierte Entwicklung im Investitionsschutzrecht dem allgemeinen Völkerrecht widerspreche.¹⁹⁰² Sie verweisen regelmäßig auf den Grundsatz der Totalreparation.¹⁹⁰³ Weil hiernach jeder Schaden zu ersetzen ist, bestehe kein Raum für eine zusätzliche Voraussetzung zum Ersatz immaterieller Schäden.¹⁹⁰⁴ Letztlich basiert die Haltung der Literatur auf der zutreffenden¹⁹⁰⁵ Analyse, dass immaterielle Schäden im zwischenstaatlichen Völkerrecht ohne zusätzliche Voraussetzungen ersatzfähig sind. Allerdings übergehen viele die Frage,¹⁹⁰⁶ ob diese Regeln im Investitionsschutzrecht überhaupt Anwendung finden. Wie bereits erläutert, regeln die ARSIWA keine Individualansprüche aus der Staatenverantwortlichkeit. Vielmehr behandeln sie lediglich immaterielle Schäden eines Individuums, die der Heimatstaat im Wege des diplomatischen Schutzes als eigene Ansprüche geltend macht. Obwohl viel für die grundsätzliche Übertragung der Regeln der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit spricht, steht dies unter dem Vorbehalt abweichender Regeln im Verhältnis zwischen Individuum und Staat.¹⁹⁰⁷ Damit stellt sich die Ausgangslage ganz anders dar, als sie das investitions-

1902 Vgl. insbesondere *Dumberry*, Moral Damages, in: Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, 142, 157; ebenso bereits *Dumberry/Cusson*, Journal of Damages in International Arbitration 1 (2014), 54; ebenso *Blake*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 378; vgl. jüngst *Vasudev*, ASA Bulletin 37 (2019), 107 f.

1903 Vgl. StIGH, *Factory at Chorzów (Merits)*, 1928, Series A, No. 17, 4, 47.

1904 Vgl. für diese Argumentation stellvertretend *Dumberry/Cusson*, Journal of Damages in International Arbitration 1 (2014), 54–56; ebenso *Blake*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 394 f.; vgl. auch *Ehle/Dawidowicz*, Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation, in: WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration, 293, 307; *Laird*, ICSID Review 26 (2011), 183; *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 501 f.

1905 Siehe hierzu oben unter § 5 C.

1906 Vgl. aber die vorsichtige Formulierung bei *Jagusch/Sebastian*, Arbitration International 29 (2013), 61, dass die Praxis seit *Lemire v. Ukraine* der Praxis der “diplomatic protection precedents” und des Menschenrechtsschutzes widerspreche.

1907 Siehe hierzu oben in § 7.

schutzrechtliche Schrifttum behauptet. Klar ist nur, dass das Völkerrecht im zwischenstaatlichen Verhältnis keine außergewöhnlichen Umstände für den Ersatz immaterieller Schäden fordert. Ob dies auch im Verhältnis zwischen Individuum und Staat gilt, ist dagegen gerade die Frage.

Die Richtigkeit der Prämisse der Literatur folgt auch nicht etwa daraus, dass die Völkerrechtskommission die Regeln der ARSIWA mit menschenrechtlicher Rechtsprechung belegt.¹⁹⁰⁸ Diese nimmt die Völkerrechtskommission lediglich als Beleg für die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden im Allgemeinen, weil diese Gerichte grundsätzlich auch auf Prinzipien des allgemeinen Völkerrechts zurückgegriffen haben. Eine detaillierte Analyse, ob diese Praxis deckungsgleich mit dem allgemeinen Völkerrecht ist, nimmt die Völkerrechtskommission indes nicht vor.¹⁹⁰⁹ Folglich erweist sich das Völkerrecht in dieser Frage als lückenhaft und es gilt, diese zu füllen.

II. Anwendung einer bestehenden völkerrechtlichen Regel

Die wenigen Stellungnahmen in der Literatur, die sich der Schiedspraxis anschließen,¹⁹¹⁰ nehmen an, dass die Schiedspraxis bestehende völkerrechtliche Regeln anwende.¹⁹¹¹ Die Behauptung ist also, dass auch das zwischenstaatliche Völkerrecht immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen ersetze.¹⁹¹² Letztlich könnte diese Ansicht auch die Bezugnah-

1908 Vgl. bspw. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 102 (Art. 36 Rn. 19).

1909 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 102 (Art. 36 Rn. 19).

1910 Vgl. *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 199 f.; vgl. auch *Wong*, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: The Fordham Papers 2012, 67, 89, der sich allerdings nicht zum Verhältnis zum sonstigen Völkerrecht äußert.

1911 Eine aktuelle Monographie sieht in der Schiedspraxis lediglich eine Form der Rechtsfortbildung, welche die völkerrechtliche Schadensersatzregeln konturiert, *von Barga*, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 58 f. Während diese Haltung für die Berechnung immateriellen Schadensersatzes eine gewisse Plausibilität für sich hat, geht eine Negierung des Grundsatzes der Totalreparation (ein Punkt, den *von Barga* konzediert, ebd. 104 f.), deutlich über die Ausziselierung eines Tatbestandsmerkmals hinaus. Es erscheint deshalb plausibler, hierin die Entwicklung einer neuen völkergewohnheitsrechtlichen Regel zu sehen.

1912 Vgl. *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 199 f.; vgl. auch ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 591.

men auf die *Lusitania*-Entscheidung in *Lemire* erklären.¹⁹¹³ Jedoch kann sich diese Auffassung allenfalls auf die jeweiligen Sachverhalte der Fälle stützen, in denen ein solcher Ersatz zugesprochen worden ist. Dem liegt jedoch ein Fehlschluss zugrunde, weil aus den Umständen des Falls nicht auf die Notwendigkeit solcher Umstände geschlossen werden kann.¹⁹¹⁴ Im Übrigen zeigt eine detaillierte Analyse der zwischenstaatlichen Praxis, dass dieser nicht immer außergewöhnliche Umstände zugrunde lagen. Ein zusätzliches Kriterium für den Ersatz immaterieller Schäden lässt sich der zwischenstaatlichen Praxis daher nicht entnehmen.¹⁹¹⁵

Vielversprechender erscheint dagegen der Vorschlag, das Tatbestandsmerkmal außergewöhnlicher Umstände als eine Ausprägung des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots¹⁹¹⁶ zu verstehen.¹⁹¹⁷ Dieser Ansatz kann Andeutungen in der Schiedspraxis für sich in Anspruch nehmen, dass Schiedsgerichte offenbar eine Über- bzw. Doppelkompensation der Investor*innen verhindern wollten.¹⁹¹⁸ Gleichwohl überzeugt dieser Ansatz nicht. Es ist nämlich nicht ersichtlich, wie das Erfordernis außergewöhnlicher Umstände verhindern soll, dass Investor*innen mehr erhalten, als ihnen zusteht. Entweder ist der Schaden schon kompensiert, etwa weil der materielle Schadensersatz schon Ansehensverluste erfasst,¹⁹¹⁹ oder aber er ist es noch nicht. Ist er es nicht, dann stellt sich keine Frage mehr der

1913 Vgl. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 329 f.

1914 So auch *Dumberry/Cusson*, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 62.

1915 Siehe oben unter § 5 C.

1916 Vgl. zu dessen völkerrechtlicher Geltung *Cheng*, *General Principles of Law*, 1953, S. 326 unter Verweis auf *Delagoa Bay Railway Arbitration*, Schiedsspruch, 29. März 1890, abgedruckt in: H. La Fontaine (Hrsg.), *Pasicrisie International 1794–1900*, 397–410, 406; implizit ebenfalls in StIGH, *Factory at Chorzów (Merits)*, 1928, Series A, No. 17, 4, 49.

1917 *Lawry-White*, *International Arbitration Law Review* 15 (2012), 241 (welche den Verweis auf subjektive Kriterien mit Kausalitätserwägungen in Beziehung setzt: Bei vorsätzlichem Verhalten beruhe ein immaterieller Schaden eher adäquat-kausal auf der Verletzungshandlung, vgl. ebd. 245) und *Uchkunova/Temnikov*, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 386 f.

1918 Vgl. beispielsweise ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 592; ICSID, *Meerapfel Söhne AG v. CAR*, 2011, Case No. ARB/07/10, Rn. 434.

1919 Vgl. hierzu die Hinweise bei *Sabahi*, *Moral Damages in International Investment Law*, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde*, 253, 256 f.

Überkompensation, sondern der Totalreparation. Es geht nur darum, ob Investor*innen erhalten, was ihnen zusteht.¹⁹²⁰

Letztlich ist die Voraussetzung der außergewöhnlichen Umstände daher kein Anwendungsfall bestehender völkerrechtlicher Regeln.

III. Füllung durch eine neue Regel des Völkergewohnheitsrechts

Da die skizzierte Spruchpraxis nicht auf einer bestehenden Regel des Völkerrechts beruht, findet die Schiedspraxis nur dann in den Rechtsquellen des Völkerrechts eine Grundlage, wenn eine neue Regel entstanden ist. Dieser Abschnitt schlägt vor, dass sich das Erfordernis außergewöhnlicher Umstände zu einer Regel des Völkergewohnheitsrechts verfestigt hat. Hierfür spricht die Staatenpraxis, die auf eine entsprechende Rechtsüberzeugung schließen lässt (1.). Diese Regel erweist sich auch entgegen anderslautender Stimmen in der Literatur als systemkonform im Völkerrecht (2.).

1. Staatenpraxis und *opinio iuris*

Die Entstehung einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel setzt nach orthodoxer Auffassung eine gefestigte Praxis voraus, die von einer Überzeugung getragen ist, hierzu verpflichtet zu sein.¹⁹²¹ Dabei kann auch eine kürzere Zeitspanne genügen, wenn die Praxis “both extensive and virtually uniform”¹⁹²² ist. Bei aller gebotenen Vorsicht spricht viel für die Entstehung einer solchen Regel, nach der immaterielle Schäden jedenfalls im völkerrechtlichen Investitionsschutzrecht nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände erstattungsfähig sind. Eine solche Regel kann sich sowohl auf die Staatenpraxis als auch auf Sinn und Zweck des Investitionsschutzrechts stützen.

1920 Vgl. zu diesem grundsätzlichen Argument gegen ein Erfordernis außergewöhnlicher Umstände *Dumberry/Cusson*, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 54 f.

1921 Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut; vgl. auch IGH, *North Sea Continental Shelf (Germany v. Denmark / Germany v. Netherlands)*, Urteil, 20. Februar 1969, I.C.J. Reports 1969, 3, 44 (Rn. 77); IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Urteil, 3. Februar 2012, I.C.J. Reports 2012, 99, 122 (Rn. 55).

1922 IGH, *North Sea Continental Sea Shelf*, 1969, I.C.J. Reports 1969, 3, 43 (Rn. 74).

Die Praxis der Staaten zu immateriellem Schadensersatz im Investitionsschutzrecht ist angesichts der kurzen Zeitspanne, seit der immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht eine Rolle spielen,¹⁹²³ beeindruckend. So haben einige Staaten in Schiedsverfahren selbst ein Tatbestandsmerkmal außergewöhnlicher Umstände¹⁹²⁴ oder eine ähnlich hohe Schwelle¹⁹²⁵ vorgetragen. Diese Staaten reichen von der Ukraine, Peru und Moldau über Bulgarien, Kasachstan, Kongo und Jordanien bis zu Rumänien, dem Oman, Costa Rica, Usbekistan, Guinea und Bolivien. Diese dreizehn Staaten decken Europa, Asien, Afrika und Südamerika ab. Diese Praxis ist unwidersprochen geblieben.¹⁹²⁶ Für die Verankerung dieser Regel im Völkergewohnheitsrecht spricht auch, dass selbst Investor*innen eine entsprechende Regel in Schiedsverfahren vorgetragen haben.¹⁹²⁷ Dieses Verhalten

1923 Siehe hierzu näher oben unter § 11 B.

1924 Vgl. hierfür ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 319; ICSID, *Tza Yap Shum v. Peru*, 2011, Case No. ARB/07/6, Rn. 277; ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 587–588; ICSID, *Convial and CCI v. Peru*, 2013, Case No. No. ARB/10/2, Rn. 357; PCA, *ST-AD v. Bulgaria*, 2013, Case No. 2011–06 (ST-BG), Rn. 250 (allerdings zu immateriellem Schadensersatz für den beklagten Staat); SCC, *Anatolie Stati et al. v. Kazakhstan*, 2013, SCC Arbitration V (116/2010), Rn. 1781; mittelbar auch in ICSID, *Lahoud and Lahoud v. Congo*, 2014, Case No. ARB/10/4, Rn. 620; ICSID, *Hassan Awdi et al. v. Romania*, 2015, Case No. ARB/10/13, Rn. 501; ICSID, *OI Europe v. Venezuela*, 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 902; ICSID, *Hamadi Al Tamimi v. Oman*, 2015, Case No. ARB/11/33, Rn. 254–256; *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 900; ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 609; ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 417.

1925 Vgl. UNCITRAL, *David Aven et al. v. Costa Rica*, 2018, Case No. UNCT/15/3, Rn. 686 (unter Verweis auf *Desert Line v. Yemen* und die dort festgestellte böswillige Verletzung des BIT unter Anwendung körperlichen Zwangs); ICSID, *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting W.L.L. and Mr Fouad Alghanim v. Jordan*, 2017, Case No. ARB/13/38, Rn. 269 („[moral damages] will only be granted in the most egregious of cases.“).

1926 Es ist nicht ersichtlich, dass sich – beispielsweise traditionell kapitalexportierende Staaten – für eine großzügigere Erstattung immaterieller Schäden einsetzen würden.

1927 Vgl. hierfür ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 587; SCC, *Anatolie Stati et al. v. Kazakhstan*, 2013, SCC Arbitration V (116/2010), Rn. 1781; ICSID, *Levy de Levi v. Peru*, 2014, Case No. ARB/10/17, Rn. 277; ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 897; wohl auch ICSID, *Getma International et al. v. Guinea*, 2016, Case No. ARB/11/29, Rn. 400 (allerdings unter Hinweis auf die abweichende Literaturauffassung); vgl. allerdings für eine ablehnende Haltung gegenüber der *Lemire*-Formel ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 605.

ist zwar nach herkömmlichen Auffassungen¹⁹²⁸ zur Bildung des Völkergewohnheitsrechts unbeachtlich. Indes indiziert es die Existenz einer solchen Regel, wenn ihr selbst diejenigen folgen, die sie benachteiligt.

Grundsätzlich belegt auch die Schiedspraxis als Rechtserkenntnisquelle (Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut) die Entstehung einer entsprechenden Regel, weil ihre Anwendung notwendigerweise impliziert, dass sie ein Teil des Völkerrechts ist.¹⁹²⁹ Problematisch ist jedoch, welcher Wert dieser Praxis als Beleg einer entsprechenden Regel zukommt, soweit manche Schiedsgerichte die Anwendung der Regel nur auf den (übereinstimmenden) Parteivortrag gestützt haben.¹⁹³⁰ Da die Parteien gem. Art. 42 Abs. 1 ICSID-Konvention einzelne Regeln im Einvernehmen bestimmen und sogar eigene Regeln für den Rechtsstreit kreieren können,¹⁹³¹ könnte die Verknüpfung immateriellen Schadensersatzes mit außergewöhnlichen Umständen Ausdruck einer privatautonom gesetzten Regel zwischen den Parteien sein und nicht des Völkergewohnheitsrechts.¹⁹³² Allerdings greifen diese Bedenken nicht durch. Ein entsprechender Konsens der Parteien über die anwend-

1928 Vgl. statt aller Völkerrechtskommission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries, 2018, ILCYbk 2018, Bd. II, Teil 2, 90–113, 96 (Conclusion 4 Abs. 1 und 3).

1929 Gegen meine Schlussfolgerung lässt sich nicht einwenden, dass diese Praxis eine genuin investitionsschutzrechtliche (Investitionsschutzrecht verstanden als ein Amalgam unterschiedlicher Rechtsordnungen) und keine völkerrechtliche Regel reflektiere. Denn ein genauerer Blick zeigt, dass nur Entscheidungen auf der Grundlage des Völkerrechts immateriellen Schadensersatz an außergewöhnliche Umstände binden. Entscheidungen auf der Grundlage anderen Sachrechts tun dies gerade nicht, vgl. bspw. ICSID, *Benvenuti & Bonfant v. Congo*, 1980, Case No. ARB/77/2, ICSID Reports 1, 330 (Rn. 4.96); ICSID, *SOABI v. Senegal*, 1988, Case No. ARB/82/1, Rn. 10.02; SCC, *Bogdanov et al. v. Moldova*, 2005, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/168> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 5.2; CCJA, *Société Benin Control S.A. v. State of Bénin*, Schiedsspruch, 13. Mai 2014, 004/2013AR13 du 7 mai 2013, Rn. 129–131; ICSID, *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, Schiedsspruch, 27. September 2017, Case No. ARB/13/13, Rn. 1200–1203.

1930 Vgl. *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 900.

1931 Vgl. *Kriebaum* in: Schill (Hrsg.), Schreuer's Commentary on the ICSID Convention, 3. Auflage, 2022, Art. 42 Rn. 71–74.

1932 Es ist umstritten, ob der Grundsatz *iura novit arbiter* in Investitionsschiedsverfahren gilt, vgl. für die Geltung dieser Maxime im Investitionsschutzrecht (innerhalb sowie außerhalb von ICSID-Schiedsverfahren) *De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014, S. 103–107; vgl. zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit *Abdel Wahab*, *Iura Novit Arbiter*, in: Abdel Raouf/Leboulanger/Ziadé (Hrsg.), Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri, 2015, 3–25.

baren Standards fehlt in den beiden prägenden Schiedssprüchen *Lemire v. Ukraine* und *Desert Line v. Yemen*. Damit geht es zu weit, die Schiedspraxis lediglich als Ausdruck übereinstimmenden Parteivortrags abzutun. Manche Schiedssprüche verlangen sogar entgegen der Rechtsauffassung der Schiedskläger*innen außergewöhnliche Umstände für den Ersatz immaterieller Schäden.¹⁹³³ Somit stützt die Schiedspraxis als Rechtserkenntnisquelle den Befund, dass eine entsprechende Regel entsteht.

Die Staatenpraxis ist von einer *opinio iuris* getragen. Staaten tragen die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände in einem spezifisch juristischen Kontext (Schiedsverfahren) vor. Damit geben sie zu erkennen, dass sie sich insoweit gebunden fühlen. Grundsätzlich erachtet auch die Völkerrechtskommission Parteivortrag als mögliche Quelle zur Ermittlung des Völkergewohnheitsrechts.¹⁹³⁴ Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass Parteivortrag in Schiedsverfahren in der Regel prozesstaktisch motiviert sei.¹⁹³⁵ Ob dieser Einwand durchgreifen würde, wenn Staaten je nach eigenem Vorteil unterschiedliche Regeln vortragen, mag dahinstehen. Ein solches Verhalten ist hinsichtlich immaterieller Schäden jedenfalls nicht ersichtlich. Selbst in den seltenen Fällen, in denen Staaten selbst einen immateriellen Schadensersatz geltend gemacht haben, haben sie sich an die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände gebunden gefühlt.¹⁹³⁶ Obwohl in Bezug auf eigene Ansprüche des beklagten Staates mangels ausreichender Praxis wohl noch keine entsprechende Regel entstanden sein dürfte, zeigt dieses Verhalten, dass Staaten die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände nicht aus Prozesstaktik, sondern aus einem Gefühl der Gebundenheit heraus befolgen. Insgesamt sprechen deshalb gute Gründe dafür, dass sich eine entsprechende völkergewohnheitsrechtliche Regel herauskristallisiert hat.

In Ergänzung zur soeben durchgeführten induktiven Ermittlung des Völkergewohnheitsrechts lässt sich eine Voraussetzung außergewöhnlicher

1933 Vgl. ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 605, 618.

1934 Vgl. Wood, Second Report on Identification of Customary International Law, 2014, UN Dok Nr. A/CN.4/672, Rn. 75; zustimmend *Hernández*, International Law, 2022, S. 42.

1935 Vgl. Treves, Customary International Law, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2006, Rn. 34.

1936 Vgl. PCA, *ST-AD v. Bulgaria*, 2013, Case No. 2011-06 (ST-BG), Rn. 250. Hier hatte die Investorin keinen immateriellen Schadensersatz verlangt, so dass Bulgarien nicht darauf bedacht sein musste, seine Rechtsauffassung gegenüber entsprechenden Ansprüchen der Investorin durchzuhalten.

Umstände auch aus den Grundprinzipien des Investitionsschutzrechts deduzieren.¹⁹³⁷ Investitionsschutzrechtliche Verträge sind in grober Verallgemeinerung darauf ausgerichtet, wirtschaftliche Aktivitäten abzusichern. Insoweit sie bei der Verletzung ihrer Garantien Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche gewähren, geht es in erster Linie um den Schutz ökonomischer Interessen, den Schutz des Vermögens. Damit ist zugleich gesagt, dass der Ersatz immaterieller Schäden eher die Ausnahme, denn die Regel ist. Wenn damit also der primäre Schutzzweck gerade nicht auf immateriellen Interessen liegt, sondern auf materiellen, ist es folgerichtig, dass erstere nur bei hinzutreten außergewöhnlicher Umstände entschädigt werden.¹⁹³⁸ Diese Überlegung entkräftet übrigens auch ein Argument gegen die Voraussetzung, dass namentlich *Dumberry* in die Diskussion gebracht hat. Er führt an, dass es an einem einleuchtenden Grund für die unterschiedliche Behandlung materieller und immaterieller Schäden fehle.¹⁹³⁹ Allerdings ergibt sich schon aus der Zweckrichtung des Investitionsschutzrechts eine solche Unterscheidung.

2. Außergewöhnliche Umstände als systemkonforme Regel im Völkerrecht

In der Literatur ist die Schiedspraxis mannigfaltiger Kritik ausgesetzt. Diese reicht vom Vorwurf der Vermengung immateriellen Schadensersatzes mit dem Konzept des Strafschadensersatzes,¹⁹⁴⁰ einer Fehlinterpretation

1937 Vgl. für eine solche Kombination induktiver und deduktiver Ansätze zur Ermittlung des Völkergewohnheitsrechts Völkerrechtskommission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries, 2018, ILCYbk 2018, Bd. II, Teil 2, 90–113, 94 (Conclusion 2 Rn. 5).

1938 Vgl. für eine ähnliche Argumentation – allerdings in Bezug auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichts *ratione materiae* – *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, S. 311; vgl. für einen ähnlichen Gedanken *Dumberry*, Journal of International Arbitration 27 (2010), 269, der sich allerdings gegen zusätzliche Voraussetzungen für immateriellen Schadensersatz im Investitionsschutzrecht ausspricht und lediglich auf die tatsächliche Seltenheit solcher Klagebegehren abhebt.

1939 Vgl. *Dumberry/Cusson*, Journal of Damages in International Arbitration 1 (2014), 55 f.; ebenso nochmals *Dumberry*, Moral Damages, in: Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, 142, 157.

1940 Vgl. *Laird*, ICSID Review 26 (2011), 183; ähnlich *Champagne*, McGill Journal of Dispute Resolution 1 (2015), 37 f.; vgl. auch *Jagusch/Sebastian*, Arbitration International 29 (2013), 60 f.; *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 496 f. In eine ähnliche Richtung tendiert die Stellungnahme *Lattys* (*Latty*,

früheren Fallrechts,¹⁹⁴¹ eines unzulässigen Einflusses menschenrechtlicher Praxis¹⁹⁴² bis hin zur Unerfahrenheit der Schiedsrichter*innen im Umgang mit immateriellen Schäden.¹⁹⁴³ Manche vermuten einen Zusammenhang zur Legitimationskrise des Investitionsschutzrechts, weil die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände die Gefahr hoher Schadensersatzzahlungen zugunsten der Investor*innen eindämmen kann.¹⁹⁴⁴ Obwohl die Grundprämisse aller dieser Ansätze, nämlich die Völkerrechtswidrigkeit der Schiedspraxis, nach den bisherigen Ausführungen nicht überzeugen kann,¹⁹⁴⁵ geben sie Anlass zu einer Kontrollüberlegung. Allen diesen Argumenten liegt in unterschiedlichem Maße die Leitidee zugrunde, dass die Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände im Investitionsschutzrecht systemwidrig sei. Angesichts der bereits herausgearbeiteten tatsächlichen Entstehungsbedingungen der Praxis¹⁹⁴⁶ geht dieser Abschnitt diesem Vorwurf nach.

Gleichwohl zeigen zwei Aspekte, dass sich hier – zufällig – eine schlüssige Lösung herausgebildet hat. Dies sind einerseits die Konvergenzen mit anderen individualberechtigenden Regimen im Völkerrecht und an-

AFDI 54 (2008), 501), der allerdings alleine auf die subjektiven Kriterien, die in *Desert Line v. Yemen* anklingen, eingeht. Ansatzweise auch *Cabrera*, Moral Damages in Investment Arbitration, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 197, 212.

1941 *Dumberry/Cusson*, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 56–63.

1942 Dieses Argument tritt in zwei Varianten auf: Das Schiedsgericht soll durch menschenrechtliche Fälle, die in der Regel schwere Verletzungen betreffen, dazu verleitet worden sein, für immaterielle Schäden eine solche Voraussetzung festzulegen, vgl. hierfür die Andeutungen bei *Coriell/Marchili*, *Unexceptional Circumstances: Moral Damages*, in: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, 213, 229; explizit *Sabahi*, *Moral Damages in International Investment Law*, in: *A Liber Amicorum: Thomas Wälde*, 253, 260 f.; wohl zustimmend *Dumberry/Cusson*, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 63 (allerdings attestieren *Dumberry* und *Cusson* der Schiedspraxis primär ein fehlerhaftes Verständnis der Entscheidungen des 19. und frühen 20. Jahrhunderts, vgl. ebd. 56–62). In einer anderen Spielart wird betont, dass es sich hier um eine falsche Deutung der menschenrechtlichen Schiedspraxis handle, weil die menschenrechtliche Praxis gerade kein erhöhtes Kriterium an die Gewährung immateriellen Schadensersatzes knüpfe, vgl. hierfür *Blake*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 395 f.

1943 *Blake*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 379; zustimmend *Dumberry/Cusson*, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 56.

1944 Vgl. *Blake*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 380 f.

1945 Siehe hierzu oben unter § 11 D. I.

1946 Siehe oben unter § 11 C.

dererseits die innere Rechtfertigung durch die Zielrichtung des Investitionsschutzrechts. Letzterer Punkt wurde bereits oben angesprochen. Kurz gesagt ist der Ersatz immaterieller Schäden im vermögensrechtlich orientierten Investitionsschutzrecht die Ausnahme, weshalb sich der beschränkte Ersatz immaterieller Schäden als Ausdruck des Schutzzwecks des Rechtsgebiets rechtfertigen lässt.¹⁹⁴⁷

Wie bereits die vorangegangenen Kapitel gezeigt haben, kennt auch der Menschenrechtsschutz eine Schwelle, unterhalb derer immaterielle Schäden nicht (oder jedenfalls nicht substanziell) in Geld ersetzt werden.¹⁹⁴⁸ Daher erscheint die investitionsschutzrechtliche Praxis als deren Fortsetzung. Allerdings ist es eine hochumstrittene Frage, in welchem Verhältnis das Investitionsschutzrecht zum Menschenrechtsschutz steht.¹⁹⁴⁹ So ist der Schutz ausländischer Investor*innen nach *Dederer* "besonderer Menschenrechtsschutz."¹⁹⁵⁰ *Peters* sieht dagegen erhebliche Unterschiede zwischen Menschenrechts- und Investitionsschutz. Insbesondere sei der Menschenrechtsschutz ein Zweck in sich selbst, während der Investitionsschutz nur Mittel zur Förderung der Wirtschaft des jeweiligen Gaststaates ist.¹⁹⁵¹ Mit diesen Zwecksetzungen verbunden ist die unterschiedliche Reichweite der Regime. Während menschenrechtliche Verpflichtungen *erga-omnes(-partes)*-Wirkung entfalten, gelten investitionsschutzrechtliche Verpflichtungen nur im Verhältnis Gaststaat-Investor*in.¹⁹⁵²

Diese Unterschiede geben allen Grund zur Skepsis gegenüber einer weitgehenden Gleichsetzung des Investitionsschutzes mit dem Menschenrechtsschutz. Dessen ungeachtet bleiben ausreichende Gemeinsamkei-

1947 Siehe hierzu oben unter § 11 D. III. 1. a. E.

1948 Siehe hierzu jeweils oben unter § 8 B., § 9 B. III. und § 10 B. II.

1949 Vgl. für die Relevanz der Menschenrechte im Investitionsschutzrecht *Simma*, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?, ICLQ 60 (2011), 573–596; vgl. zur Debatte auch *Blake*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 388–393, der sich ebenfalls für eine Anlehnung an die menschenrechtliche Praxis ausspricht. Vgl. eingehend zum Verhältnis zwischen Menschenrechten und Investitionsschutzrecht *De Brabandere*, Human Rights and International Investment Law, in: Krajewski/Hoffmann (Hrsg.), Research Handbook on Foreign Direct Investment, 2019, 619–645.

1950 *Dederer*, Reform der Schiedsgerichtsbarkeit aus völkerrechtlicher Sicht, in: Berichte DGIR 51, 285, 297.

1951 *Peters*, Beyond Human Rights, 2016, S. 320 f.

1952 *Hirsch*, Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths, in: Dupuy/Petersmann/Francioni (Hrsg.), Human Rights in International Investment Law and Arbitration, 2009, 97–114, 109.

ten,¹⁹⁵³ um unter Beachtung der Eigenheiten beider Regime Parallelen zu ziehen. Obwohl sie unterschiedliche Ziele verfolgen,¹⁹⁵⁴ sind sie im Falle immateriellen Schadensersatzes mit einer vergleichbaren Problemlage konfrontiert. Beide haben es mit einer potentiell unbegrenzten Anzahl an Anspruchsteller*innen zu tun.¹⁹⁵⁵ Wie diese Ansprüche zu begrenzen sind, ist deshalb ein gemeinsames Problem. Zudem regeln beide Rechtsgebiete ein asymmetrisches Verhältnis, dasjenige zwischen Staat und Individuum.¹⁹⁵⁶ Ebenso balancieren beide das individuelle Schutzinteresse mit der staatlichen Souveränität aus.¹⁹⁵⁷ Da sich die Höhe der Fallzahlen ebenso wie die streitgegenständlichen Verletzungen und Ziele der Rechtsregime unterscheiden, mögen die konkreten Lösungen divergieren. Daher erscheint es plausibel, dass die Schwelle zum Ersatz immaterieller Schäden im Investitionsschutzrecht höher ist als im Menschenrechtsschutz. Aber die Grundsituation des Individualrechtsschutzes eint Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht. Daher belegt das Aufkommen einer in Grundzügen vergleichbaren Praxis im Menschenrechtsschutz, dass die Entwicklung des Investitionsschutzrechts nur eine besondere Erscheinungsform einer allgemeineren Regel der Staatenverantwortlichkeit gegenüber dem Individuum ist.

Im internationalen Investitionsschutzrecht sind immaterielle Schäden trotz zum Teil geäußerter Bedenken ersatzfähig. Insbesondere kann auch eine

1953 Vgl. auch zu Gemeinsamkeiten der Regime *Steininger*, What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration, LJIL 31 (2018), 33–58, 34 f.

1954 Der Schutz wirtschaftlicher Interessen auf der einen Seite und der Schutz der menschlichen Würde auf der anderen Seite; vgl. *Peters*, Beyond Human Rights, 2016, S. 320; vgl. für eine alternative Unterscheidung der Zwecke in Bezug auf die Haftung *Coriell/Marchili*, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: Investment Treaty Arbitration and International Law, 213, 217.

1955 So auch *Steininger*, LJIL 31 (2018), 35. Wobei die Fallzahlen vor dem IAGMR und dem AFGMRRV wegen der jeweiligen Ausgestaltungen der Rechtsschutzsysteme deutlich geringer sind als vor dem EGMR oder im Investitionsschutzrecht, siehe hierzu jeweils oben unter § 9 A. und § 10 A.

1956 *Hirsch*, Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths, in: Human Rights in International Investment Law and Arbitration, 97, 98 f. und 107; so auch *Dederer*, Reform der Schiedsgerichtsbarkeit aus völkerrechtlicher Sicht, in: Berichte DGIR 51, 285, 300 (Fn. 134); *Peters*, Beyond Human Rights, 2016, S. 318.

1957 *Dederer*, Reform der Schiedsgerichtsbarkeit aus völkerrechtlicher Sicht, in: Berichte DGIR 51, 285, 304.

juristische Person immateriellen Schadensersatz für das Leid ihrer Angestellten verlangen, ohne dass hierfür eine tragfähige dogmatische Begründung existiert. Zusätzlich hat sich in der Schiedspraxis, ausgehend von der Entscheidung im Fall *Desert Line v. Yemen*, eine Regel herausgebildet, nach der immaterielle Schäden nur unter außergewöhnlichen Umständen in Geld ersetzt werden. Außergewöhnliche Umstände setzen dabei nach der überwiegenden Schiedspraxis bestimmte schwerwiegende Rechtsverletzungen voraus, die Folgen wie Leid, Schmerz oder Ansehensverluste von einer gewissen Schwere hervorrufen. Allerdings lehnt das investitionsschutzrechtliche Schrifttum diese Regel mehrheitlich ab und verlangt die voraussetzungslose Gewährung immateriellen Schadensersatzes. Diese Haltung überzeugt indes nicht. Sie verkennet, dass das allgemeine Völkerrecht nur für den Ersatz immaterieller Schäden im zwischenstaatlichen Verkehr Regeln bereithält und eine Übertragung dieser Regeln auf das Verhältnis Staat-Individuum keine Selbstverständlichkeit ist. Zudem besteht für den Ersatz immaterieller Schäden im Verhältnis zwischen Staat und Individuum eine neue Regel des Völkergewohnheitsrechts, dass diese nur unter außergewöhnlichen Umständen ersetzt werden. Damit findet die Schiedspraxis ungeachtet ihrer Entstehungsbedingungen eine Grundlage im geltenden Völkerrecht.

§ 12 Immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht

Die vorangegangenen Kapitel (§ 7 bis § 11) haben von den Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen über die Behandlung immaterieller Schäden in den drei großen regionalen Menschenrechtsschutzsystemen hin zum immateriellen Schadensersatz im Investitionsschutzrecht einen weiten Bogen gespannt. Dieses Kapitel zieht Bilanz und arbeitet Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der Behandlung immaterieller Schäden heraus (B). Zuvor runden drei Schlaglichter auf weitere Teilbereiche des Völkerrechts, in denen immaterielle Schäden eine untergeordnete Rolle gespielt haben, die bisherigen Untersuchungen ab (A.).

A. Überblick über die Entwicklungen in weiteren Teilbereichen des Völkerrechts

Die bisher untersuchten Rechtsgebiete machen den Großteil der völkerrechtlichen Praxis zu individuellen Ansprüchen auf immateriellen Schadensersatz aus. Allerdings werden auch im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten (I.) sowie im Völkerstrafrecht und im Arbeitsrecht internationaler Organisationen (II.) immaterielle Schäden zuweilen ersetzt. Nachdem sich im Laufe der bisherigen Kapitel bereits herauskristallisiert hat, dass bei Individualansprüchen auf Entschädigung nur ab einer bestimmten Schwere der Verletzung oder des Leids immaterieller Schadensersatz in Geld anfällt, steht dieser Aspekt neben einer kurzen Einordnung der jeweiligen Praxis im Vordergrund.

I. Immaterieller Schadensersatz im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten¹⁹⁵⁸

Für internationale bewaffnete Konflikte sehen Art. 3 Satz 1 IV. Haager Abkommen und der wortgleiche Art. 91 Satz 1 I. ZP¹⁹⁵⁹ vor, dass Parteien eines internationalen bewaffneten Konflikts bei Verstößen gegen die HLKO, die Genfer Konventionen oder das I. ZP Schadensersatz leisten müssen. Diese Anspruchsgrundlage umfasst auch immateriellen Schadensersatz.¹⁹⁶⁰ Sie bilden neben menschenrechtlichen Normen einen Ansatzpunkt für Untersuchungen zu einem individuellen Recht auf Entschädigung nach bewaffneten Konflikten. Hierfür prädestiniert beide Normen, dass sie die Anspruchsinhaber*innen nicht nennen und damit Individuen nicht *a priori* ausschließen. Für Art. 3 Satz 1 IV. Haager Abkommen war im Kontext eines staatenzentrierten Völkerrechts klar, dass er nur Staaten berechnete.¹⁹⁶¹ Ob mittlerweile aus Verletzungen des Rechts des internationalen bewaffneten Konflikts Individualansprüche resultieren, ist eine hoch umstrittene Frage.¹⁹⁶² Zwar sehen die „UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy“ vor, dass Individuen bei schwerwiegenden Verletzungen des Rechts des bewaffneten Konflikts Individualansprüche (auch auf immate-

1958 Obwohl auch das Völkerstrafrecht Ansprüche im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten behandelt, soll es unten unter § 12 A. II. gesondert behandelt werden, weil es im Gegensatz zu den hier untersuchten Ansprüchen Schadensersatz *gegenüber Individuen* gewährt.

1959 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (I. ZP), 8. Juni 1977, UNTS 1125, 3 (dt. Übersetzung BGBl. 1990 II, 1551).

1960 So bereits *Strupp*, Das völkerrechtliche Delikt, 1920, S. 215 f.

1961 *Furuya*, The Right to Reparation for Victims of Armed Conflict, in: Peters/Marxsen (Hrsg.), *Reparation for Victims of Armed Conflict*, 2020, 16–91, 22; *Shelton*, *Remedies in International Human Rights Law*, 2015, S. 81 f.

1962 *Correa*, Operationalising the Right of Victims of War to Reparation, in: Peters/Marxsen (Hrsg.), *Reparation for Victims of Armed Conflict*, 2020, 92–178, 94; befürwortend *Peters*, Rights to Reparation as a Consequence of Direct Rights under International Humanitarian Law, *ZaöRV* 78 (2018), 545–549; dagegen BVerfG, *Alteigentümer*, Beschluss vom 26. Oktober 2004, Az. 2 BvR 955/00 und 2 BvR 1038/01, BVerfGE 112, 1, 32; BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), *Distomo*, Beschluss vom 15. Februar 2006, Az. 2 BvR 1476/03, BVerfGK 7, 303, 308; BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), *Kunduz*, NVwZ 2021, 398, 399 f. (Rn. 19); vgl. auch *Brenner*, Amtshaftung und Auslandseinsätze der Bundeswehr, in: *Durner/Peine/Shirvani* (Hrsg.), *FS Papier*, 2013, 467–479, 468 f.; *Starski/Beinlich*, Der Amtshaftungsanspruch und Auslandseinsätze der Bundeswehr, *JöR n. F.* 66 (2018), 299–336, 302.

riellen Schadensersatz) zustehen.¹⁹⁶³ Aber es fehlt im Gegensatz zu den oben besprochenen Rechtsgebieten (§ 8 bis § 11) an einem Rechtsschutzmechanismus, der die Geltendmachung solcher Ansprüche ermöglichen würde. Zusätzlich besteht in der Staatenpraxis eine Tradition, Kriegsschädigungen im Wege von Pauschalbeträgen¹⁹⁶⁴ und *ex-gratia*-Zahlungen abzugelten.¹⁹⁶⁵ Daher verwundert es nicht, dass die Praxis zu immateriellem Schadensersatz in diesem Bereich dünn gesät ist. Ausnahmen bilden die Praxis der United Nations Compensation Commission (UNCC) und der EECC. Da letztere der Logik der pauschalen zwischenstaatlichen Entschädigung nach bewaffneten Konflikten verhaftet geblieben ist,¹⁹⁶⁶ soll nur die UNCC näher betrachtet werden.

Die UNCC war für die Entscheidung über Ansprüche aus dem 1. Irakkrieg zuständig. Der Sicherheitsrat stellte die Verpflichtung des Irak fest, die unmittelbaren Verluste und Schäden anderer Staaten, ihrer Staatsangehörigen und Unternehmen aus der völkerrechtswidrigen Invasion und Besetzung Kuwaits auszugleichen.¹⁹⁶⁷ Zur Umsetzung dieser Entschädigungspflichten errichtete der UN Sicherheitsrat die UNCC auf der Grundlage des VII. Kapitels der UN Charta.¹⁹⁶⁸ Formell war die UNCC ein Unterorgan des UN Sicherheitsrats im Sinne des Art. 29 UN Charta.¹⁹⁶⁹ Sie war nach ihrem Selbstverständnis kein Streitbeilegungsorgan, sondern ein politisches Organ, das Tatsachen feststellte und Entschädigungen in einem

1963 UN Generalversammlung, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy, 2006, A/RES/60/147, Rn. 11 und 20.

1964 Vgl. *Furuya*, The Right to Reparation for Victims of Armed Conflict, in: Reparation for Victims of Armed Conflict, 16, 23, 27.

1965 Vgl. *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 178–183.

1966 *Correa*, Operationalising the Right of Victims of War to Reparation, in: Reparation for Victims of Armed Conflict, 92, 126; vgl. auch EECC, *Final Award – Ethiopia's Damages Claims*, 2009, RIAA XXVI, 631, Rn. 209 (im Zusammenhang mit Ansprüchen aus der rechtswidrigen Behandlung Kriegsgefangener).

1967 UN Sicherheitsrat, Resolution 687 vom 3. April 1991, 1991, S/RES/687 (1991), Rn. 16. Bemerkenswerterweise nannte der Sicherheitsrat ausdrücklich Umweltschäden, vgl. hierzu den Sammelband Payne/Sand (Hrsg.), *Gulf War Reparations and UN Compensation Commission*, Oxford 2011, *passim*.

1968 UN Sicherheitsrat, Resolution 687, 1991, S/RES/687 (1991), Rn. 18; UN Sicherheitsrat, Resolution 692 vom 20. Mai 1991, 1991, S/RES/692 (1991), Rn. 3; kritisch zur Kompetenz des Sicherheitsrats, eine solche Kommission einzurichten *Graefrath*, *Iraqi Reparations and the Security Council*, ZaöRV 55 (1995), 1–68, 33 f.

1969 *Eichhorst*, Rechtsprobleme der UNCC, 2002, S. 45; vgl. auch UN Generalsekretär, Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 19 of Security Council Resolution 687 (1991), 1991, S/22669, 2. Mai 1991, Rn. 4.

administrativen Verfahren zusprach.¹⁹⁷⁰ Gleichwohl musste die UNCC zu Fragen der Haftungsausfüllung und den Grenzen der Haftung des Irak nach der einschlägigen Sicherheitsratsresolution rechtliche Entscheidungen treffen.¹⁹⁷¹ Dabei hatte sie, jedenfalls subsidiär, neben der sie konstituierenden Sicherheitsratsresolution, anderen einschlägigen Sicherheitsratsresolutionen und den Entscheidungen des Governing Council, im Bedarfsfall die Regeln des Völkerrechts anzuwenden, Art. 31 Verfahrensregeln UNCC¹⁹⁷².

Weil bereits der UN Sicherheitsrat die Haftung des Irak dem Grunde nach festgestellt hatte, musste sich die UNCC zu den Anspruchsgrundlagen nicht mehr äußern und tat dies auch nicht weiter. Daher blieb offen, ob die Ansprüche vor der UNCC dem humanitären Völkerrecht oder dem *ius contra bellum* entstammten.¹⁹⁷³ In der Sache dürfte die UNCC für Verstöße gegen das Gewaltverbot, gegen Menschenrechte und gegen das humanitäre Völkerrecht Entschädigungen zugeteilt haben.¹⁹⁷⁴ Soweit es erforderlich war, die weiten Formulierungen des Sicherheitsrats näher zu konturieren, kam der Governing Council der UNCC zum Zuge.¹⁹⁷⁵ Seine Besetzung entsprach jeweils der Besetzung des Sicherheitsrats, ohne jedoch den ständigen Mitgliedern des Sicherheitsrats ein Vetorecht zu gewähren.¹⁹⁷⁶ Im Rahmen seiner „quasi-legislative function“¹⁹⁷⁷ legte der Governing Council mittels allgemeiner Entscheidungen unter anderem den Umfang der Haftung und der ersatzfähigen Schäden näher fest. Für deren Anwendung auf die Einzelfälle waren sodann unter Vorbehalt der Zustimmung des Governing Councils Kommissare zuständig, Art. 40 Abs. 1 Verfahrensregeln UNCC.

1970 UN Generalsekretär, Report of the Secretary-General, 1991, S/22669, 2. Mai 1991, Rn. 20; vgl. auch *Wühler*, The United Nations Compensation Commission: A New Contribution to the Process of International Claims Resolution, JIEL 2 (1999), 249–272, 261.

1971 *Heiskanen*, The United Nations Compensation Commission, RdC 296 (2003), 259–393, 289.

1972 UNCC, Provisional Rules for Claims Procedure, 1992, S/AC.26/1992/10.

1973 Vgl. hierzu eingehend *Heiskanen/Leroux*, Applicable Law, in: Feighery/Gibson/Rajah (Hrsg.), War Reparations and UN Compensation Commission, 2015, 51–80.

1974 Hierzu eingehend *Eichhorst*, Rechtsprobleme der UNCC, 2002, S. 125–139.

1975 UN Generalsekretär, Report of the Secretary-General, 1991, S/22669, 2. Mai 1991, Rn. 10.

1976 UN Generalsekretär, Report of the Secretary-General, 1991, S/22669, 2. Mai 1991, Rn. 5. Deshalb ist der Governing Council auch vom Sicherheitsrat unterscheidbar, *Gattini*, The UN Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations, EJIL 13 (2002), 161–181, 166.

1977 So *Heiskanen*, RdC 296 (2003), 331.

Das Gremium nimmt eine Zwitterstellung zwischen Individualrechtsschutz und diplomatischem Schutz ein. Individuen mussten ihre Ansprüche grundsätzlich über ihre Regierungen erheben, Art. 5 Abs. 1 Verfahrensregeln UNCC. Allerdings war, anders als im diplomatischen Schutz, klar, dass die Staaten Ansprüche ihrer Staatsangehörigen (und nicht ihre eigenen Ansprüche) geltend machen und Schadensersatzsummen umgehend weitergeben würden.¹⁹⁷⁸ Unternehmen hatten nach Art. 5 Abs. 3 Verfahrensregeln UNCC unter Umständen ein direktes Klagerecht vor der UNCC. Hiervon wurde jedoch nur sehr selten Gebrauch gemacht.¹⁹⁷⁹ Der Hintergrund der Beschränkung des Individualklagerechts war lediglich, dass es als nicht handhabbar galt, allen betroffenen Individuen ein solches Recht einzuräumen.¹⁹⁸⁰ Damit entspricht der Mechanismus vor der UNCC nicht der vollständigen Mediatisierung des Individuums, wie sie im diplomatischen Schutz herrscht.¹⁹⁸¹ Hinzu kommt, dass die Situation vor der UNCC dem Individualrechtsschutz ähnelt: massenhafte Ansprüche, die mit begrenzten Ressourcen erfüllt werden müssen.¹⁹⁸²

Bereits an anderer Stelle hat die Arbeit hervorgehoben, dass nationale Vorverständnisse im Zusammenhang mit immateriellem Schadensersatz eine zentrale Rolle spielen.¹⁹⁸³ Daher verwundert es nicht, dass in den Diskussionen der UNCC über ersatzfähige Schäden sehr unterschiedliche Grundhaltungen bestanden.¹⁹⁸⁴ Der Governing Council legte dennoch ab-

1978 Vgl. UNCC Governing Council, Distribution of Payments and Transparency, Decision No. 18, 1994, S/AC.26/Dec.18 (1994); Wühler, UNCC, in: Randelzhofer/Tomuschat (Hrsg.), State Responsibility and the Individual, 1999, 213–229, 216; ebenso Correa, Operationalising the Right of Victims of War to Reparation, in: Reparation for Victims of Armed Conflict, 92, 118 f.; Furuya, The Right to Reparation for Victims of Armed Conflict, in: Reparation for Victims of Armed Conflict, 16, 42 f.

1979 Vgl. Wühler, UNCC, in: State Responsibility and the Individual, 213, 218 (Fn. 16).

1980 Wühler, UNCC, in: State Responsibility and the Individual, 213, 218.

1981 Vgl. auch Furuya, The Right to Reparation for Victims of Armed Conflict, in: Reparation for Victims of Armed Conflict, 16, 42 f.

1982 Vgl. Correa, Operationalising the Right of Victims of War to Reparation, in: Reparation for Victims of Armed Conflict, 92, 118–121, der auf das relativ hohe Entschädigungsniveau der UNCC hinweist. Dieses hatte der Sicherheitsrat ermöglicht, indem er die UNCC auf einen Anteil der Ölexporteinnahmen des Irak zur Befriedigung der festgestellten Ansprüche zurückgreifen ließ. Vgl. für die zeitgenössische Skepsis zum Genügen der irakischen Haftungsmasse für alle Ansprüche Crook, The United Nations Compensation Commission – A New Structure to Enforce State Responsibility, AJIL 87 (1993), 144–157.

1983 Siehe hierzu bereits oben unter § 5 B. III.

1984 Crook, AJIL 87 (1993), 153.

strakte Leitlinien für die Entschädigung von “mental pain and anguish”¹⁹⁸⁵ und damit in der Sache immaterieller Schäden fest.¹⁹⁸⁶ Insofern steht die Praxis der UNCC im grundsätzlichen Einklang mit der Vorgehensweise im zwischenstaatlichen Völkerrecht.¹⁹⁸⁷ Allerdings differenzierte die UNCC, wie im Investitionsschutz, bei Nichtvermögensschäden nach der Schwere der Verletzung und sprach erst ab einer gewissen Schwere einen Geldbetrag zu.¹⁹⁸⁸ Ein Auslöser dieser gegenüber dem zwischenstaatlichen Völkerrecht restriktiven Praxis dürfte das Bestreben gewesen sein, die Ansprüche gegen den Irak zu begrenzen. Denn die Herausforderung der UNCC bestand darin, dass die Ansprüche Betroffener die Leistungsfähigkeit des Irak übersteigen konnten und daher eine Verteilung der begrenzten Haftungsmasse notwendig schien.¹⁹⁸⁹ Somit erweisen sich die potentiell enormen Ansprüche individueller Opfer von Völkerrechtsverletzungen als Anlass, den immateriellen Schadensersatzes auf bestimmte schwerwiegende Verletzungen zu begrenzen. Insofern besteht eine Parallele zur bereits untersuchten Praxis des individualberechtigenden Völkerrechts.

II. Immaterieller Schadensersatz im Völkerstrafrecht und dem Arbeitsrecht internationaler Organisationen

Auch außerhalb der Staatenverantwortlichkeit kennt das Völkerrecht individuelle Berechtigungen zu immateriellem Schadensersatz. Da diese Entwicklungen allerdings außerhalb des Fokus dieser Arbeit liegen,¹⁹⁹⁰ soll sie dieser Abschnitt lediglich kurz umreißen.

So kann der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) den Opfern festgestellter Verbrechen auf der Grundlage des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 IStGHSt¹⁹⁹¹

1985 UNCC Governing Council, Personal Injury and Mental Pain and Anguish, Decision No. 3, 1991, S/AC.26/1991/5.

1986 Siehe zum Begriff des immateriellen Schadens oben unter § 5 B. II.

1987 Vgl. auch *Eichhorst*, Rechtsprobleme der UNCC, 2002, S. 152.

1988 Vgl. hierzu *McCarthy*, Reparations and Victim Support in the International Criminal Court, 2012, S. 113.

1989 Vgl. *Caron*, The UNCC: Understanding an Institution and the Three Phases of Its Work, in: Feighery/Gibson/Rajah (Hrsg.), War Reparations and the UNCC, 2015, XXIII-XXXVII, XXVII; vgl. hierzu auch *Eichhorst*, Rechtsprobleme der UNCC, 2002, S. 42–44.

1990 Siehe oben unter § 1 B. II.

1991 Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGHSt), 17. Juli 1998, UNTS 2187, 3 (dt. Übersetzung BGBl. 2000 II, 1393).

immateriellen Schadensersatz zusprechen.¹⁹⁹² Sein Verständnis immaterieller Schäden lehnte der IStGH zuletzt an das Verständnis des IAGMR an.¹⁹⁹³ Damit ist der Begriff bei Nuancen im Detail weitestgehend deckungsgleich mit dem Verständnis immaterieller Schäden im allgemeinen Völkerrecht.¹⁹⁹⁴ Zudem hat sich der IStGH an den Grundsätzen zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen, wie den „UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy“ und der menschenrechtlichen Rechtsprechungspraxis orientiert.¹⁹⁹⁵ Vergleichbar mit der Praxis des IAGMR nimmt auch der IStGH im Rahmen seiner Anordnungen zur Wiedergutmachung das Gemeinwohl in den Blick und ordnet beispielsweise symbolische Formen der Wiedergutmachung an.¹⁹⁹⁶ Insgesamt hat sich der IStGH sehr stark von der Praxis des IAGMR inspirieren lassen.¹⁹⁹⁷ Jedoch ist ein wesentlicher Unterschied zu den bisher diskutierten Rechtsregimen, dass nach Art. 75 IStGHSt kein Staat, sondern Verurteilte als natürliche Personen haften.¹⁹⁹⁸ Gleichwohl werden die fälligen Zahlungen an die Opfer oft nicht von den Verurteilten stammen, denen hierfür in der Regel die Mittel fehlen werden. Deshalb können die Opfer Zahlungen aus einem Treuhandfond erhalten, in den auch die Mitgliedsstaaten des Gerichtshofs eingezahlt haben, Art. 75 Abs. 2 Satz 2, 79 IStGHSt.¹⁹⁹⁹ Da der Anspruch

1992 Vgl. IStGH (Berufungskammer), *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Entscheidung zur Wiedergutmachung, 3. März 2015, ICC-01/04–01/06–3129-AnxA, Rn. 40; IStGH, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Entscheidung zur Wiedergutmachung, 17. August 2017, ICC-01/12–01/15–236, Rn. 129–133.

1993 IStGH, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Entscheidung zur Wiedergutmachung, 8. März 2021, ICC-01/04–02/06, Rn. 70. Die Entscheidung verweist unter anderem auf IAGMR, *Case of the “Street Children” (Reparations und Costs)*, 2001, Series C, No. 77, Rn. 84.

1994 Siehe hierzu oben unter § 5 B. II. und unter § 9 B. I. 1.

1995 Vgl. *Moffett/Sandoval*, *Tilting at Windmills: Reparations and the International Criminal Court*, LJIL 34 (2021), 749–769, 751.

1996 IStGH (Berufungskammer), *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Order for Reparations, Appeals Chamber*, 2015, ICC-01/04–01/06–3129-AnxA, Rn. 34; vgl. hierzu auch *Neumann*, *The ICC’s Reparations Order in re Al Mahdi – Three Remarks on Its Relevance for the General Discussion on Reparations*, ZaöRV 78 (2018), 615–620, 619 f.

1997 *Gonzalez-Salzberg*, *Harvard Human Rights Journal* 34 (2021), 83 f.

1998 Vgl. die grundsätzlichen Ausführungen in IStGH (Berufungskammer), *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Order for Reparations, Appeals Chamber*, 2015, ICC-01/04–01/06–3129-AnxA, Rn. 20.

1999 *Peters*, Conclusion, in: *Peters/Marxsen* (Hrsg.), *Reparation for Victims of Armed Conflict*, 2020, 265–284, 270; ebenso *Feiler*, *Reparationen am IStGH*, 2021, S. 161; vgl. bspw. die Ausführungen des Gerichtshofs im Fall IStGH, *Prosecutor v. Ger-*

gegen die Verurteilten gerichtet ist, ist der Anspruch auf den Teil des Schadens begrenzt, für den die Verurteilten verantwortlich sind.²⁰⁰⁰ Deshalb ist ein vollständiger Ausgleich der Schäden der Opfer auf diesem Wege nicht möglich.²⁰⁰¹ Wie der AfGMRRV²⁰⁰² hat auch der IstGH in bestimmten Fällen symbolische Entschädigungen für immaterielle Schäden zugesprochen. Anstelle des beantragten Dollars (USD 1) sprach eine Strafkammer im *Katanga*-Fall den Opfern jeweils einen symbolischen Betrag in Höhe von USD 250 zu.²⁰⁰³ Obwohl dieser Betrag nicht alle Schäden ausgleichen kann, sollte dieser Betrag den Opfern eine Form der Anerkennung für das erlittene Leid bieten.²⁰⁰⁴ An dieser Praxis ist für die hier verfolgte Fragestellung interessant, dass sich ebenfalls eine Tendenz zeigt, individuelle Schäden mit geringen oder symbolischen Geldbeträgen zu entschädigen. Jedoch ist die prozessuale und materiell-rechtliche Situation in einem Strafverfahren eine gänzlich andere als im Fall der Staatenverantwortlichkeit.²⁰⁰⁵ Daher lassen sich allenfalls unter Vorbehalt Parallelen zur Staatenverantwortlichkeit ziehen.

Die Verwaltungstribunale internationaler Organisationen gewähren ebenfalls immateriellen Schadensersatz.²⁰⁰⁶ Solche Tribunale, wie das ILO Administrative Tribunal (ILOAT) oder das zweigliedrige Rechtsschutzsys-

main Katanga, Entscheidung zur Wiedergutmachung, 24. März 2017, ICC-01/04–01/07, Rn. 326–329.

2000 Vgl. IstGH, *Prosecutor v. Germain Katanga*, 2017, ICC-01/04–01/07, Rn. 264. Das hatte *in casu* zur Folge, dass der Angeklagte vom festgestellten Schaden in Höhe von USD 3.752.620 lediglich für einen Betrag in Höhe von USD 1.000.000 haftet; vgl. allerdings zur schwankenden Praxis des IstGH in dieser Frage *Moffett/Sandoval*, LJIL 34 (2021), 753.

2001 Vgl. *Moffett/Sandoval*, LJIL 34 (2021), 752–761, welche die Begrenzungen eines Strafverfahrens als direkte Faktoren für den Umfang der Wiedergutmachung identifizieren.

2002 Siehe hierzu oben unter § 10 B. II.

2003 IstGH, *Prosecutor v. Germain Katanga*, 2017, ICC-01/04–01/07, Rn. 300; kritisch hierzu *Moffett/Sandoval*, LJIL 34 (2021), 759.

2004 IstGH, *Prosecutor v. Germain Katanga*, 2017, ICC-01/04–01/07, Rn. 298–300.

2005 Deshalb mag man die Entschädigungsansprüche vor dem IstGH als *sui generis* beschreiben, so Breuer in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK, Lfg. 216, August 2022, Art. 34 Rn. 21; Feiler, Reparationen am IstGH, 2021, S. 74–77.

2006 Vgl. bspw. ILOAT, *Sita Ram v. World Health Organization*, Urteil, 13. November 1978, Urteil Nr. 367, UN Juridical Yearbook 1978, Part II, 160 f.; UNAT, *Applicant v. The Secretary of the United Nations*, Urteil, 8. Oktober 2008, Urteil Nr. 1411, Rn. XX.

tem der UN (UN Dispute Tribunal und UN Appeals Tribunal;²⁰⁰⁷ früher UN Administrative Tribunal²⁰⁰⁸), entscheiden Streitigkeiten zwischen internationalen Organisationen und ihren Angestellten.²⁰⁰⁹ Diese Verfahren sind im Wesentlichen ein Funktionsäquivalent arbeitsgerichtlicher Verfahren, zu denen die Angestellten internationaler Organisationen aus Gründen der Immunität internationaler Organisationen keinen²⁰¹⁰ Zugang haben.²⁰¹¹ Sie sind zwar auch völkerrechtliche Streitbeilegungsgremien,²⁰¹² ihr primärer Entscheidungsmaßstab ist allerdings ein Rechtskorpus namens “international administrative law”.²⁰¹³ Damit sind im Wesentlichen die Grundsätze gemeint, die Spruchkörper auf der Grundlage innerstaatlichen Verwaltungs-, Vertrags- und Verfahrensrechts zur Entscheidung über solche Arbeitsrechtsstreitigkeiten entwickelt haben.²⁰¹⁴ Das Völkerrecht nimmt dabei allenfalls eine untergeordnete Rolle ein.²⁰¹⁵ Inwieweit dieses Rechtsregime

2007 Errichtet durch UN Generalversammlung, Resolution 63/253: Administration of justice at the United Nations, 2008, GA/RES/63/253.

2008 Vgl. zu weiteren solcher Gremien Riddell, Administrative Boards, Commissions and Tribunals in International Organizations, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia for Public International Law, 2010, Rn. 6 f.

2009 Riddell, Administrative Boards, Commissions and Tribunals in International Organizations, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia for Public International Law, 2010, Rn. 11–13.

2010 Vgl. zur Menschenrechtskonformität dieser Rechtslage EGMR, *Case of Waite and Kennedy v. Germany*, Urteil, 18. Februar 1999, Beschwerde-Nr. 26083/94, Rn. 63–74.

2011 Vgl. Riddell, Administrative Boards, Commissions and Tribunals in International Organizations, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia for Public International Law, 2010, Rn. 1.

2012 In Bezug auf das ILOAT stellte der IGH ausdrücklich fest, dass dieses ein “international tribunal” sei, IGH, *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against the U.N.E.S.C.O.*, Gutachten, 23. Oktober 1956, I.C.J. Reports 1956, 77, 97.

2013 Amerasinghe, International Administrative Tribunals, in: Romano/Alter/Shany (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Adjudication, 2013, 316–334, 316; vgl. zu den Problemen dieses Begriffs Ago, What is ‘International Administrative Law’? The Adequacy of this Term in Various Judgments of International Administrative Tribunals, AIIB Yearbook of International Law 3 (2021), 88–102.

2014 Riddell, Administrative Boards, Commissions and Tribunals in International Organizations, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia for Public International Law, 2010, Rn. 26.

2015 Vgl. Amerasinghe, International Administrative Tribunals, in: The Oxford Handbook of International Adjudication, 316, 323 f.; vgl. weiterführend zu den Rechtsquellen des “international administrative law” Amerasinghe, The Law of the International Civil Service, Bd. 1, 1994, S. 103–198.

hinsichtlich der Rechtsfolgen auf die Regeln des allgemeinen (oder des individualberechtigenden) Völkerrechts zurückgreift, ist daher zweifelhaft. Jedenfalls zeigt sich in dieser Entscheidungspraxis eine ähnliche Tendenz wie im übrigen individualberechtigenden Völkerrecht. So verlangt das ILOAT eine Mindestschwelle für immaterielle Schäden, unterhalb derer es keinen immateriellen Schadensersatz gewährt.²⁰¹⁶

Den beiden kurz vorgestellten Rechtsregimen lässt sich nicht nur entnehmen, dass sie ebenfalls immaterielle Schäden ersetzen, sondern auch, dass sie mit symbolischem Schadensersatz einerseits und einer Mindestschwelle für die Entschädigung andererseits ähnliche Entwicklungen wie andere Bereiche des individualberechtigenden Völkerrechts genommen haben. Indes erscheint es wegen der Unterschiede in der prozessualen Situation und des anwendbaren Rechts überzeugender, diese Entwicklungen separat zu halten. Etwaige Parallelen mögen zwar von ähnlichen Erwägungen getragen sein. Dennoch sollen die folgenden Ausführungen diese Entwicklungen aufgrund der dargelegten Unterschiede ausklammern.

B. Übergreifende Entwicklungstendenzen

Wie bereits die jeweiligen Kapitel angedeutet haben, zeichnet sich in den Menschenrechtsschutzsystemen und im Investitionsschutzrecht (sowie jedenfalls in der Praxis der UNCC) eine Tendenz ab, immaterielle Schäden erst ab einer gewissen Mindestschwelle mit substanziellen Geldbeträgen zu ersetzen. Wo diese Entwicklungen zusammenlaufen und wie sie sich unterscheiden, arbeitet dieser Teil heraus. Drei Aspekte stehen hierbei im Vordergrund: der Begriff des immateriellen Schadens (I.), die Herausbildung eines Schwellenkriteriums (II.) und die Rechtsfolgen immaterieller Schäden unterhalb dieser Schwelle (III.).

2016 Vgl. bspw. ILOAT, *Sheila Ruby Schimmel v. United Nations Industrial Development Organization (UNIDO)* Urteil, 1. Februar 1995, Urteil Nr. 1380, Erwägung Nr. 11; aus neuerer Zeit ILOAT, *L.R. (No. 2) v. WIPO*, Urteil, 3. Juli 2019, Urteil Nr. 4157, Erwägung Nr. 7; vgl. für die UN Praxis in neuerer Zeit UNAT, *Timothy v. Secretary General of the United Nations*, Urteil, 29. Juni 2018, Urteil Nr. 2018-UNAT-847, Rn. 65–69. Diese Praxis ist allerdings insofern wohl großzügiger als bspw. im Investitionsschutzrecht, als sie lediglich Nachweise eines besonderen psychischen Leids oder ähnlicher Auswirkungen verlangt und nicht jede Unregelmäßigkeit in Verfahrensabläufen als Grundlage immateriellen Schadensersatzes ausreichen lässt.

I. Begriff des immateriellen Schadens

Das Verständnis immaterieller Schäden stimmt in einem Begriffskern weitgehend überein. Für das zwischenstaatliche Völkerrecht lässt sich ein Begriffsverständnis nachweisen, dass Schädigungen der Person und Persönlichkeit (wie insbesondere Leid, Schmerz etc.) einerseits und Rufschäden andererseits erfasst.²⁰¹⁷ Für den EGMR erfassen immaterielle Schäden neben “evident trauma, whether physical or psychological, pain and suffering, distress, anxiety, frustration, feelings of injustice or humiliation, prolonged uncertainty, disruption to life, or real loss of opportunity”²⁰¹⁸ auch Rufschäden.²⁰¹⁹ Mit leicht abweichender Formulierung und im Detail umfassender²⁰²⁰ sind immaterielle Schäden nach der Rechtsprechung des IAGMR “suffering and afflictions caused to the direct victims and their families” ebenso wie die Schädigung von “values of great significance to the individual” und nicht finanzielle Änderungen in den Lebensbedingungen des Opfers oder seiner Familie.²⁰²¹ Beim IAGMR tritt der Schadensposten des Lebensprojekts hinzu, der eine eigenständige Ausprägung des inter-amerikanischen Rechtsschutzsystems ist. Allerdings ist der Gebrauch dieser Rechtsfigur schwankend und bis heute von Unklarheiten durchzogen.²⁰²² Der AfGMRRV versteht immaterielle Schäden weit als “suffering and afflictions caused to the direct victim, the emotional distress of the family members and non-material changes in the living conditions of the victim, if alive, and the family”²⁰²³. Obwohl das inter-amerikanische und das afrikanische Verständnis immaterieller Schäden tendenziell etwas umfassender ist, zeigt sich in allen drei Menschenrechtssystemen in Übereinstimmung mit dem zwischenstaatlichen Verständnis immaterieller Schäden, dass diese Rufschäden und weit verstandene Schädigungen der Person

2017 Siehe oben unter § 5 B. II.

2018 EGMR (GK), *Varanva and others v. Turkey (Merits and Just Satisfaction)*, 2009, Beschwerde-Nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90, Rn. 224.

2019 Siehe oben unter § 8 A. I.

2020 Siehe oben unter § 9 B. I. 1.

2021 IAGMR, *Digna Ochoa and Family Members v. Mexico*, 2021, Series C, No. 447, Rn. 181; IAGMR, *Manuela et al. v. El Salvador*, 2021, Series C, No. 441, Rn. 308.

2022 Siehe oben unter § 9 B. II.

2023 AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 34; zustimmend zitiert in AfGMRRV, *Alex Thomas v. Tanzania, Reparations*, 2019, Beschwerde-Nr. 005/2013, Rn. 37; AfGMRRV, *Cheusi v. Tanzania*, 2020, Beschwerde-Nr. 004/2015, Rn. 150.

oder Persönlichkeit als immateriellen Schaden auffassen. Hinzu kommt bei allen drei Menschenrechtssystemen eine Tendenz, das Konzept des immateriellen Schadens fast mit der Rechtsverletzung gleichzusetzen. So erkennt der EGMR das Gefühl der Ungerechtigkeit ob der Verletzung an oder der AfGMRRV hält "emotional distress" für einen ersatzfähigen Schadensposten. Zusätzlich kennen alle drei Menschenrechtsgerichtshöfe eine Vermutung zugunsten immaterieller Schäden bei (bestimmten) Menschenrechtsverletzungen.²⁰²⁴ Die Praxis des AfGMRRV ist in dieser Hinsicht allerdings die umfassendste, indem sie den immateriellen Schadensersatz als die automatische Folge einer Menschenrechtsverletzung ansieht.²⁰²⁵

Dagegen definiert die investitionsschutzrechtliche Praxis immaterielle Schäden gar nicht, sondern setzt deren Bedeutung voraus.²⁰²⁶ Jedoch findet sich in einem Teil der *Lemire*-Formel im Kern eine Definition immaterieller Schäden. Dort zählt das Schiedsgericht "deterioration of health, stress, anxiety, other mental suffering such as humiliation, shame and degradation, or loss of reputation, credit and social position"²⁰²⁷ auf. Diese Aufzählung ist mit dem Verständnis immaterieller Schäden im zwischenstaatlichen Völkerrecht kongruent. Dagegen ist sie vielleicht etwas restriktiver in der Aufzählung möglicher Schäden als die entsprechenden Aufzählungen der Menschenrechtsgerichtshöfe. Zwar schlägt *von Barga*n einen eigenständigen Begriff des immateriellen Schadens für das Investitionsschutzrecht vor, der im Wesentlichen die *Lemire*-Formel umfasst.²⁰²⁸ Jedoch scheint es überzeugender insoweit den Schaden von den Voraussetzungen seines Geldersatzes zu trennen. Dass es einen solchen Unterschied gibt, zeigt sich nicht zuletzt darin, dass die investitionsschutzrechtliche Praxis die *Lemire*-Formel insgesamt als zusätzliche Voraussetzungen eines immateriellen Schadensersatzes und nicht als Definition des immateriellen Schadens versteht.²⁰²⁹

Damit zeigt sich ein grundlegend ähnliches Verständnis des immateriellen Schadensersatzes in allen untersuchten Teilbereichen des individualberechtigenden Völkerrechts. Lediglich der Menschenrechtsschutz versteht immaterielle Schäden umfassender, indem er sie weitgehend vermutet und

2024 Siehe oben unter § 8 A. I, § 9 B. I. 2. und § 10 B. I.

2025 Siehe oben unter § 10 B. I.

2026 *von Barga*n, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 83 f.

2027 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 333.

2028 *von Barga*n, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 85.

2029 Siehe oben unter § 11 B. III.

eine größere Bandbreite ihrer Erscheinungsformen aufzählt. Ein naheliegender Grund für diese Unterschiede dürfte darin liegen, dass immaterielle Schäden die typische Konsequenz einer Menschenrechtsverletzung sind.²⁰³⁰ Insbesondere bei schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen, über die IAGMR, AfGMRRV oder auch der EGMR (zum Teil) zu entscheiden haben, liegen immaterielle Schäden schlicht auf der Hand. Daher sind Vermutungsregeln zugunsten solcher Schäden eine naheliegende Konsequenz der Eigenarten des Menschenrechtsschutzes. Diese Gedanken lassen sich auf die Verletzung investitionsschutzrechtlicher Garantien nicht übertragen, was die Zurückhaltung bei der Gewährung immateriellen Schadensersatzes erklärt. Es ist weder naheliegend noch offenkundig, dass solche Schäden die Folge einer entschädigungslosen Enteignung oder der Verletzung einer anderen investitionsschutzrechtlichen Gewährleistung sind. Verstöße gegen investitionsschutzrechtliche Garantien indizieren mithin wegen ihrer Eigenart keinen immateriellen Schaden und daher kann es im Investitionsschutzrecht keine Vermutung solcher Schäden geben. Angesichts der unterschiedlichen Schutzrichtungen der Rechtsregime ist es ebenso verständlich, dass sie immaterielle Schäden unterschiedlich weit auffassen.²⁰³¹

Dennoch liegt allen Teilbereichen ein gemeinsames Konzept immaterieller Schäden zugrunde, das gewisse Schäden der Person und Persönlichkeit (Leiden, Schmerzen, Frustration, Angst u. ä.) sowie Rufschäden erfasst. Lediglich hinsichtlich des Lebensprojekts hat der IAGMR einen – in seinen konkreten Rechtsfolgen unklar gebliebenen – Akzent gesetzt, der das inter-amerikanische Menschenrechtssystem von den übrigen Teilbereichen absetzt.

II. Schwellenkriterium für den Geldersatz immaterieller Schäden

Die regionalen Menschenrechtsschutzsysteme und das Investitionsschutzrecht weisen auch hinsichtlich eines Schwellenkriteriums für den Ersatz immaterieller Schäden eine gemeinsame Entwicklungstendenz auf. Besonders klar und strikt ist die Entwicklung im Investitionsschutzrecht, das mit der *Lemire*-Formel wohl die höchsten Anforderungen an den Ersatz immaterieller Schäden stellt. Im Investitionsschutzrecht müssen zusätzlich

2030 Altwicker-Hámori/Altwicker/Peters, ZaöRV 76 (2016), 6.

2031 Siehe hierzu oben unter § 11 D. III. 2.

zu den Voraussetzungen eines immateriellen Schadens die Verletzung oder ihre Folgen schwer wiegen sowie eine näher umrissene Rechtsverletzung eingetreten sein (rechtswidrige Inhaftierung oder eine andere Misshandlung, die gegen die Regeln unter zivilisierten Staaten verstößt).²⁰³² Auch für den EGMR ließ sich nachweisen, dass er über Geldentschädigungen für immaterielle Schäden nach der Schwere der Verletzung und des Schadens entscheidet.²⁰³³ Jedoch ist die Messlatte hier eher die Geringfügigkeit der Verletzung als deren Schwere; der Maßstab ist also umgekehrt und daher großzügiger als im Investitionsschutzrecht. Auch der IAGMR sieht bei geringfügigen Folgen der Menschenrechtsverletzung für die Opfer von einer Geldentschädigung ab.²⁰³⁴ Im Gegensatz zum EGMR nehmen solche Fälle allerdings einen sehr viel geringeren Raum ein, was insbesondere Ausfluss der beschränkten Zugangsmöglichkeiten zum IAGMR und dem starken Übergewicht der Fälle schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen in dessen Fallkorpus ist.²⁰³⁵ Für den AfGMRRV zeigt die Arbeit in Fällen einer für das Individuum weniger schwerwiegenden Verletzung eine Tendenz zur Gewährung einer symbolischen Entschädigung.²⁰³⁶ Diese Praxis entspricht letztlich der europäischen und der inter-amerikanischen Herangehensweise. Sie ist allerdings auf die Besonderheiten der afrikanischen Menschenrechtsprechung angepasst. Der AfGMRRV folgert eigentlich aus der Verletzung – quasi als Automatismus – einen immateriellen Schaden.²⁰³⁷ Gleichzeitig erkennt der Gerichtshof in manchen Fällen ein Bedürfnis an, keinen Geldersatz zu gewähren. Da diese Ansätze einander widersprechen, ist der symbolische Schadensersatz ein Kompromiss, um beiden Anliegen Rechnung zu tragen. Daher ist der symbolische Schadensersatz ein Funktionsäquivalent für die entschädigende Feststellung des EGMR und das Urteil als Genugtuung per se des IAGMR. Allerdings folgt

2032 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 333. Siehe hierzu näher oben unter § 11 B. III. 2.

2033 Die drei identifizierten Fallgruppen in der Rechtsprechung des EGMR (innerstaatliche Wiedergutmachung, fehlender (kausaler) Schaden und geringfügige Verletzung) lassen sich auf diesen gemeinsamen Grundgedanken zurückführen, siehe oben auf S. 280.

2034 Nicht in dieses Schema passen Entscheidungen zum Absehen von einer finanziellen Entschädigung bei manchen (konventionswidrig) zum Tode verurteilten Opfern, siehe oben unter § 9 B. III.

2035 Siehe oben unter § 9 C.

2036 Siehe oben unter § 10 B. II.

2037 Siehe oben unter § 10 B. I.

aus der weitreichenden Vermutung zugunsten immaterieller Schäden, dass der Anwendungsbereich einer symbolischen Entschädigung schmal bleibt.

Zweifel an einem übergreifenden Schwellenkriterium für den Ersatz immaterieller Schäden weckt die Entscheidung des AfGMRRV im Fall *Ajavon v. Benin* (Nr. 1).²⁰³⁸ Im Fall hatte Benin den Beschwerdeführer, einen Politiker und Geschäftsmann, wegen des Handels mit Betäubungsmitteln strafrechtlich verurteilt. Zugleich beschlagnahmte Benin Container der Firmen des Beschwerdeführers. Das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer verletzte diesen in seinen prozessualen Menschenrechtsgarantien aus der AfCMRRV²⁰³⁹ und schädigte die Unternehmensbeteiligungen des Beschwerdeführers erheblich. Den verminderten Wert seiner Beteiligungen machte er – zum Teil erfolgreich – vor dem AfGMRRV geltend.²⁰⁴⁰ Dieser Sachverhalt erinnert nicht nur an Investitionsschutzfälle, sondern der AfGMRRV bezog sich zur Frage der Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns und zur Höhe des immateriellen Schadensersatzes auch noch auf eine investitionsschutzrechtliche Entscheidung.²⁰⁴¹ Die rezipierte Entscheidung behandelte unter anderem Ansprüche auf immateriellen Schadensersatz, allerdings auf der Grundlage innerstaatlichen Rechts.²⁰⁴² Aufsehererregend an der Entscheidung des AfGMRRV ist die Höhe des immateriellen Schadensersatzes. Der Beschwerdeführer erhielt für seinen eigenen Schaden CFA Francs 3.000.000.000 (ca. EUR 4.576.980).²⁰⁴³ Gegen diese Summe wendet ein Minderheitsvotum ein, dass der Ansehensverlust des Beschwerdeführers bereits durch die Feststellung der Menschenrechtsverletzungen ausgeglichen sei.²⁰⁴⁴ Erhöhte Voraussetzungen für einen immateriellen Schadensersatz erwähnt der AfGMRRV nicht. Insofern belegt die Entscheidung für einen investitionsschutzrechtsähnlichen Fall eine uneingeschränkte Bereitschaft, immateriellen Schadensersatz zuzusprechen. Zudem vermutet der AfGMRRV im Fall *Ajavon v. Benin* immaterielle Schä-

2038 Herr Ajavon hat zudem zwei weitere Verfahren vor dem AfGMRRV eingeleitet: AfGMRRV, *Ajavon v. Republic of Benin* (Nr. 2), 2020, Beschwerde-Nr. 062/2019; AfGMRRV, *Ajavon v. Republic of Benin* (Nr. 3), 2021, Beschwerde-Nr. 065/2019.

2039 Vgl. AfGMRRV, *Ajavon v. Benin* (Nr. 1), 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 2.

2040 Vgl. AfGMRRV, *Ajavon v. Benin* (Nr. 1), 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 24–42.

2041 Vgl. AfGMRRV, *Ajavon v. Benin* (Nr. 1), 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 57 und 93. An diesen Stellen verweist der Gerichtshof auf CCJA, *Benin Control v. Bénin*, 2014, 004/2013AR13 du 7 mai 2013.

2042 Vgl. CCJA, *Benin Control v. Bénin*, 2014, 004/2013AR13 du 7 mai 2013, Rn. 15.

2043 Vgl. AfGMRRV, *Ajavon v. Benin* (Nr. 1), 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 95.

2044 Vgl. AfGMRRV, *Ajavon v. Benin* (Nr. 1), Sondervotum des Richters Gerard Niyungeko, 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 12 f.

den,²⁰⁴⁵ während im Investitionsschutzrecht mittlerweile unter Geltung der *Lemire*-Formel wohl eher eine Vermutung gegen immaterielle Schäden gelten dürfte.²⁰⁴⁶

So sehr diese Entscheidung der vorgeschlagenen Deutung der Praxis eines übergreifenden Schwellenkriteriums für den Ersatz immaterieller Schäden auch zu widersprechen scheint, gilt es die Unterschiede zwischen den einzelnen Regimen zu bedenken: Insbesondere verfolgen Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht unterschiedliche Zwecke.²⁰⁴⁷ Diese Zwecke der Regime erklären auch, warum der AfGMRRV in seiner Entscheidung zum Fall *Ajavon v. Benin (Nr. 1)* seiner Linie treu bleibt. Obwohl die Entscheidung einem investitionsschutzrechtlichen Fall ähnelt, bleibt es ein menschenrechtliches Verfahren und ist dessen Zwecken verpflichtet.

Deshalb eint die Spruchkörper im Investitions- und im Menschenrechtsschutz bei allen Unterschieden die Annahme, dass nicht jeder immaterielle Schaden mit substanziellen Geldbeträgen ersetzt werden muss. Diese Tendenz bestätigt die Praxis weiterer menschenrechtlicher Gremien²⁰⁴⁸ und der UNCC.²⁰⁴⁹ Jedoch ist die Schwelle für den geldmäßigen Ersatz immaterieller Schäden unterschiedlich hoch, was sich aus den unterschiedlichen Zwecken der Regime erklärt.

III. Rechtsfolgen

In den herausgearbeiteten Konstellationen eines geringfügigen immateriellen Schadens hat sich keine übergreifende Praxis zu den Rechtsfolgen gebildet. Während der EGMR in gefestigter Rechtsprechung eine entschädigende Feststellung anstelle einer finanziellen Entschädigung gewährt,²⁰⁵⁰

2045 Vgl. AfGMRRV, *Ajavon v. Benin (Nr. 1)*, 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 89.

2046 Siehe hierzu oben unter § 11 B. III.

2047 Siehe hierzu bereits oben unter § 11 D. III. 2. sowie bereits unter § 12 B. I.

2048 Anti-Rassendiskriminierungsausschuss, *L.A. et al. v. Slovak Republic*, Gutachten, 15. September 2014, CERD/C/85/D/49/2011, Rn. 7.4. Hiernach ist es mit Art. 6 Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Anti-Rassendiskriminierungskonvention), 7. März 1966, UNTS 660, 195 (dt. Übersetzung BGBl. II 1969, 962) vereinbar, wenn ein nationales Recht zum Ausgleich von Diskriminierungen nur eine Entschuldigung und keinen Geldersatz vorsieht, solange die Verletzung nicht besonders gravierend ist.

2049 Siehe oben unter § 12 A. I.

2050 Siehe oben unter § 8 B. I.

ist der AfGMRRV dem nur in einer Entscheidung gefolgt.²⁰⁵¹ Danach ist der Gerichtshof dazu übergegangen, in einzelnen Fällen eine symbolische Entschädigung in Höhe von CFA Francs 1 zu gewähren.²⁰⁵² Dagegen sah der IAGMR mit einer leicht vom EGMR abweichenden Formulierung (und ergänzt durch nicht finanzielle Anordnungen) in der Feststellung der Menschenrechtsverletzung einen ausreichenden Ersatz.²⁰⁵³ Dabei zeigen sich zwar Unterschiede, diese sollten jedoch nicht überbetont werden. Denn zwischen einem symbolischen Betrag (CFA Francs 1) und der reinen Feststellung besteht kein nennenswerter Unterschied in der Sache. Daher ist die Praxis insoweit vergleichbar und für den AfGMRRV eine denkbare Konsequenz seiner Auffassung, aus einer Menschenrechtsverletzung folge automatisch ein immaterieller Schaden. Bei einem solchen Automatismus muss auch die geringfügigste Auswirkung für ein Opfer noch zu einer Geldentschädigung führen.²⁰⁵⁴ Da dieser Unterschied in der Praxis daher der Systemkohärenz geschuldet ist und in der Sache keine weiteren Folgen zeitigt, ist die Entwicklung im Menschenrechtsschutz im Wesentlichen einheitlich. Wie bereits angesprochen, sprechen die drei Menschenrechtsgesichtshöfe eine solche Feststellung bzw. einen symbolischen Schadensersatz unterschiedlich häufig zu. Diese Unterschiede sind eine Folge der unterschiedlichen Struktur der Menschenrechtsregime. Wegen des beschränkten Zugangsrechts zum IAGMR gelangen Fälle geringfügiger Verletzungen in der Regel nicht vor diesen Gerichtshof.²⁰⁵⁵ Gleiches gilt für den AfGMRRV bezüglich der Staaten, gegen die kein Individualbeschwerderecht besteht. Im Übrigen sind die Fallzahlen bisher geringer als vor dem EGMR. Hinzu kommt noch die äußerst niedrige Schwelle für die Gewährung immateriellen Schadensersatzes, die nur wenig Raum für symbolische Entschädigungen lässt.²⁰⁵⁶ Ungeachtet der Häufigkeit solcher Fälle verbindet die Regime eine ähnliche Herangehensweise an die Rechtsfolgen geringfügiger immaterieller Schäden.

Anders verhält es sich dagegen im Investitionsschutzrecht. Zwar ist in diesem die Entwicklung und Konturierung der Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände eindeutig. Hinsichtlich der Rechtsfolgen immaterieller

2051 Vgl. AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 37.

2052 Siehe oben unter § 10 B. II.

2053 Siehe oben unter § 9 B. III.

2054 Siehe oben unter § 10 B. II.

2055 Siehe oben unter § 9 C.

2056 Siehe oben unter § 10 C.

ler Schäden unterhalb dieser Schwelle besteht hingegen keine hinreichend gefestigte Praxis. Zum Teil genügt eine Feststellung der Rechtsverletzung und/oder ein Ausgleich durch den materiellen Schadensersatz.²⁰⁵⁷ Daher besteht keine gebietsübergreifend einheitliche Entwicklungstendenz zur Behandlung immaterieller Schäden unterhalb einer gewissen Schwere.

Allerdings lassen sich bei den einzelnen Spruchkörpern zusätzlich zum Hauptaugenmerk dieser Arbeit weitere Entwicklungen in der Entschädigungspraxis ablesen, die für die übergreifende Frage nach der Publizifizierung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht von Interesse sind. So hat der AfGMRRV bei der Verletzung des Rechts auf einen kostenlosen rechtlichen Beistand (die einen Großteil seiner Rechtsprechungspraxis ausmacht), zu der Praxis einer Einheitsentschädigung gegriffen.²⁰⁵⁸ Obwohl die Gewährung vergleichbarer Beträge für vergleichbare Fälle ein Postulat der Gerechtigkeit ist, geht diese Praxis über dieses Desiderat jeder Schadensersatzpraxis hinaus. Denn sie geschieht ohne Ansehung der Person und der Umstände des Einzelfalls. Daher lässt sich hierin eine Tendenz sehen, die Einhaltung menschenrechtlicher Gewährleistungen durch eine Art Zwangsgeld je Verstoß zu erreichen.²⁰⁵⁹

Zusammenfassend zeigt sich ein im Großen und Ganzen identisches Verständnis immaterieller Schäden in den untersuchten Teilbereichen. Diese gewähren jeweils nur bei Überschreiten einer Mindestschwere des immateriellen Schadens einen substanziellen Geldersatz. Zwar sind diese Schwellen unterschiedlich hoch und die Rechtsfolgen bei Unterschreiten der Schwelle divergieren ebenso. Dennoch ist diese Beobachtung bemerkenswert, weil im zwischenstaatlichen Völkerrecht kein zusätzliches Kriterium für den Ersatz immaterieller Schäden existiert. Insbesondere ersetzt die zwischenstaatliche Praxis selbst geringfügige Schäden in Geld, die jedenfalls nach den investitionsschutzrechtlichen Anforderungen nicht ersatzfähig wären.²⁰⁶⁰ Dieser Befund befremdet auf den ersten Blick: Es ist erklärungsbedürftig, warum der immaterielle Schaden des (mediatisierten) Individuums im zwischenstaatlichen Völkerrecht vollständig ersatzfähig ist,

2057 Siehe oben unter § 11 B. III. 4.

2058 Siehe oben unter § 10 B. III.

2059 Siehe oben unter § 10 B. III.

2060 Siehe oben unter § 5 C.

das Individuum aber mit Erlangen eines eigenen Beschwerderechts nur noch in geringerem Umfang Ersatz erhält.²⁰⁶¹ Der anschließende 4. Teil unterbreitet einen Vorschlag, wie sich diese Entwicklung erklären lässt. Dafür greift der 4. Teil auf die im 1. Teil erarbeitete idealtypische Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht²⁰⁶² und ihre Relevanz für Privatrechtsanalogien im Völkerrecht²⁰⁶³ zurück.

2061 Vgl. *Zwach*, Die Leistungsurteile des EGMR, 1996, S. 204.

2062 Siehe oben unter § 2 C.

2063 Siehe oben unter § 3 C.

4. Teil: Publizierung als Entwicklungstendenz und Erklärungsansatz?

Die vorangegangenen Teile haben herausgearbeitet, dass zwischenstaatliches und individualberechtigendes Völkerrecht immateriellen Schadensersatz unterschiedlich behandeln. Insbesondere verlangt das individualberechtigende Völkerrecht im Gegensatz zum zwischenstaatlichen Völkerrecht ein zusätzliches Schwerekriterium, um solche Schäden in Geld zu ersetzen. Um diesen Befund zu erklären, stellt die Arbeit die Herkunft immateriellen Schadensersatzes aus dem innerstaatlichen Privatrecht, also seinen Charakter als Privatrechtsanalogie,²⁰⁶⁴ in den Mittelpunkt. Die Überlegung ist, dass der Wandel des Völkerrechts von einem strukturell privatrechtsähnlichen Gleichordnungsrecht hin zu einer ausdifferenzierteren Rechtsordnung, die auch Subordinationsverhältnisse regelt, auf privatrechtliche Rechtsinstitute gewirkt hat.²⁰⁶⁵ An diesen Gedanken anlehnd untersucht dieser abschließende Teil der Arbeit, ob sich die festgestellte Diskrepanz zwischen zwischenstaatlichem Völkerrecht einerseits und individualberechtigendem Völkerrecht andererseits als eine Entwicklung zum öffentlichen Recht rekonstruieren lässt. Hierfür greift die Arbeit auf die in § 2 entwickelten idealtypischen Begriffe des öffentlichen Rechts und des Privatrechts zurück. Das Für und Wider einer solchen Rekonstruktion wägt § 13 ab. Anschließend soll § 14 den Blick weiten und exemplarisch zwei weitere Rechtsinstitute des Völkerrechts vorstellen, die dem Privatrecht entstammen. Auch für diese diagnostiziert die Arbeit eine Tendenz der Publizierung. Das gibt Anlass zu der weitergehenden These, dass Privatrechtsanalogien einen Prozess der Publizierung erlebt haben.

2064 Siehe hierzu oben in § 6.

2065 Siehe hierzu bereits oben unter § 1 A.

§ 13 Völkerrechtliche Entwicklungen als Ausdruck öffentlich-rechtlicher Gedanken

Der immaterielle Schadensersatz im individualberechtigenden Völkerrecht ist bei Unterschieden im Detail nur oberhalb einer gewissen Schwere in Geld ersatzfähig.²⁰⁶⁶ Damit weicht das individualberechtigende Völkerrecht vom zwischenstaatlichen Völkerrecht ab, das eine solche Schwelle nicht kennt.²⁰⁶⁷ Nachdem im individualberechtigenden Völkerrecht die privatrechtsanalogen Regeln der zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit nur grundsätzlich zur Anwendung gelangen und sich im Einzelfall Unterschiede ergeben können,²⁰⁶⁸ ist dieses Ergebnis schlüssig. Insofern bestehen Sonderregelungen des Völkervertragsrechts in den jeweiligen Menschenrechtsschutzsystemen²⁰⁶⁹ und des Völkergewohnheitsrechts im Investitionsschutzrecht.²⁰⁷⁰ Das erklärt aber noch nicht, warum gerade diese Entwicklung eingetreten ist. Wegen der übergreifenden Frage der Arbeit nach dem Wandel privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht untersucht dieses Kapitel, ob diese Entwicklung mit der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zusammenhängt. Noch präziser formuliert möchte das Kapitel untersuchen, ob die Anwendung eines privatrechtsanalogen Rechtsinstituts (dem immateriellen Schadensersatz) in einem dem öffentlichen Recht ähnlichen Regelungsbereich (dem individualberechtigenden Völkerrecht)²⁰⁷¹ einen Wandel hervorgerufen hat, der sich als Publizifizierung beschreiben lässt. Mit anderen Worten untersucht das Kapitel, ob die Verknüpfung des immateriellen Schadensersatzes mit einem Schwerekriterium für einen Geldersatz Ausdruck öffentlich-rechtlicher Gedanken ist. Diese These ergründet das Kapitel in einem Dreischritt. Zunächst trägt der erste Abschnitt Anhaltspunkte für einen öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Entwicklungen zusammen (A.). Anschließend geht der nächste Abschnitt den Anhaltspunkten für eine alternative Deu-

2066 Siehe oben unter § 12 B. II.

2067 Siehe oben unter § 5 C.

2068 Siehe oben in § 7.

2069 Siehe oben für den EGMR unter § 8 C., für den IAGMR unter § 9 C. und für den AfGMRRV unter § 10 B. II.

2070 Siehe oben unter § 11 D. III.

2071 Siehe oben unter § 2 C. I.

tung nach (B.). Da letztlich mehr Gründe für eine öffentlich-rechtliche Lesart der Entwicklung sprechen, befasst sich der abschließende Abschnitt mit dem Erkenntnisgewinn dieser Feststellung (C.).

A. Der öffentlich-rechtliche Charakter der festgestellten Entwicklung(en)

Nach den Schlussfolgerungen in § 2 kennzeichnet es das öffentliche Recht, dass es idealtypisch Subordinationsverhältnisse regelt, Herrschaft konstituiert und einhegt, Ausdruck austeilender Gewalt und der Gemeinwohlbindung ist. Folglich sind Rechtsinstitute öffentlich-rechtlich, wenn sie diese Merkmale aufweisen. Für eine öffentlich-rechtliche Prägung der beschriebenen Entwicklung spricht *prima facie*, dass die Arbeit einen Unterschied in der Behandlung immaterieller Schäden zwischen individualberechtigendem und zwischenstaatlichem Völkerrecht nachgewiesen hat und diese Teilgebiete des Völkerrechts wiederum dem Privatrecht bzw. dem öffentlichen Recht ähneln. Jedoch liefert dieser Zusammenhang noch keinen schlüssigen Beleg für eine öffentlich-rechtliche Entwicklungstendenz. Dieser Befund mag schlicht daraus resultieren, dass Fälle unterhalb einer gewissen Schwere (bisher) im zwischenstaatlichen Völkerrecht nicht aufgetreten sind. Da zudem auch Privatrechtsordnungen eine De-Minimis-Regel für den Ersatz immaterieller Schäden kennen,²⁰⁷² muss der festgestellte Unterschied zwischen zwischenstaatlichem und individualberechtigendem Völkerrecht nicht zwingend Ausdruck öffentlich-rechtlicher Vorstellungen sein. Daher suchen die folgenden Abschnitte nach zusätzlichen Gründen, aus denen sich die Entwicklung als öffentlich-rechtlich beschreiben lässt. Parallele Ausgestaltungen innerstaatlicher Staatshaftungsregime können Anhaltspunkte dafür liefern, dass der Ersatz immaterieller Schäden nur oberhalb einer gewissen Mindestschwere eine typisch öffentlich-rechtliche Regelung ist. Dieser Überlegung geht eine rechtsvergleichende Analyse innerstaatlicher Staatshaftungsregime nach (I.). Daran anschließend sollen die Besonderheiten im Umgang mit immateriellem Schadensersatz in den individualberechtigenden Teilbereichen des Völkerrechts daraufhin untersucht werden, ob sie ihrer Ratio nach als Ausdruck öffentlich-rechtlicher Gedanken gelten können (II.). Die Grundlage dieser Untersuchung bilden die in § 2 herausgearbeiteten Merkmale des öffentlichen Rechts. Da jeweils gute Argumente für eine solche Beschreibung sprechen, schließt sich die

2072 Siehe hierzu unten unter § 13 B.

Frage an, warum gerade der immaterielle Schadensersatz eine öffentlich-rechtliche Ausprägung erfahren hat (III.).

I. Parallelen zu innerstaatlichen Staatshaftungsregimen

Im ersten Zugriff bietet sich ein Blick auf die Behandlung hoheitlicher Haftung im innerstaatlichen Recht an. Dies kann Hinweise darauf liefern, ob sich die Haftung für rechtswidriges hoheitliches Handeln grundsätzlich von der Haftung unter Gleichgeordneten unterscheidet. Hierzu unternimmt dieser Abschnitt eine rechtsvergleichende Umschau. Die Grundlage hierfür bilden rechtsvergleichende Studien zur Staatshaftung²⁰⁷³ und dementsprechend ist das Ziel weder eine umfassende, noch eine repräsentative²⁰⁷⁴ Untersuchung der Haftungsregime der Welt. Dabei zeigt sich bei allen Unterschieden jedenfalls in manchen Rechtsordnungen eine Tendenz, den immateriellen Schaden auf ähnliche Weise wie im Völkerrecht zu behandeln.

Den idealen Ausgangspunkt der rechtsvergleichenden Umschau liefert die außervertragliche Haftung der EU. Gemäß Art. 340 Abs. 2 AEUV richtet sich die außervertragliche Haftung der Union “nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.“ Die Auslegung dieser Norm bietet daher Anhaltspunkte für europäische Rechtstraditionen.²⁰⁷⁵ Hinsichtlich der Ausgestaltung der unio-

2073 Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, *passim*; Oliphant (Hrsg.), The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, 2017, *passim*; vgl. für einen frühen rechtsvergleichenden Sammelband Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Hrsg.), Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe – Länderberichte und Rechtsvergleichung, 1967. Mit Staatshaftung soll hier nicht der deutsche Begriff gemeint sein. Vielmehr soll der Begriff die Haftung eines Hoheitsträgers für rechtswidriges hoheitliches Verhalten umschreiben.

2074 Vgl. die kritischen Anmerkungen zur Wahl repräsentativer Rechtsordnungen für die Zwecke des Völkerrechts Butler, The Use and Misuse of the Comparative Method in International Law, in: T.M.C. Asser Instituut (Hrsg.), International Law and The Grotian Heritage, 1985, 214–215 f.

2075 Vgl. zur Ermittlung der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Wege der “wertenden Rechtsvergleichung” Gellermann in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, 2018, Art. 340 AEUV Rn. 8; kritisch gegenüber dieser Methode Jacob/Kottmann in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 73. EL 2021, Art. 340 AEUV Rn. 31.

nen Haftung gilt, dass sie nicht nur immaterielle Schäden umfasst,²⁰⁷⁶ sondern das EuG in manchen Fällen symbolische Entschädigungen genügen ließ.²⁰⁷⁷ Diese Entschädigungen sind ein Funktionsersatz für Feststellungsurteile.²⁰⁷⁸ Daher liefert die europarechtliche Rechtslage Hinweise darauf, dass nicht jeder immaterielle Schaden mit substanziellen Geldbeträgen ersetzt werden muss. Allerdings ergibt sich hieraus nicht viel für eine Unterscheidung der hoheitlichen und der privatrechtlichen Haftung, weil Art. 340 Abs. 2 AEUV beide regelt.²⁰⁷⁹

Blickt man auf innerstaatliche Rechtsordnungen, zeigen viele einen Gleichlauf zwischen privatrechtlicher und hoheitlicher Haftung für immaterielle Schäden. Nur für einige wenige Staaten lässt sich eine unterschiedliche Behandlung nachweisen.²⁰⁸⁰ Dies erklärt sich bereits aus der Grundstruktur der Staatshaftungsrechtssysteme. Nach *Oliphant* existieren vier grundlegende Typen der rechtlichen Konstruktion des Staatshaftungsrechts: Manche wenden die deliktischen Haftungsregeln des Privatrechts an, andere ergänzen diese durch bestimmte Regeln für Hoheitsträger, wiederum andere verfügen über ein hybrides Konstrukt aus privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Haftungsregeln (wie die Bundesrepublik

2076 Gellermann in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, 2018, Art. 340 AEUV Rn. 26; Jacob/Kottmann in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 73. EL 2021, Art. 340 AEUV Rn. 124; Ruffert in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage, 2022, Art. 340 AEUV Rn. 30.

2077 EuGH, *Frau V. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Urteil, 14. Juni 1979, Rs. 18/78, ECLI:EU:C:1979:154, Rn. 19; EuG, *Marie-Laurence Buisson v. Commission of the European Communities*, Urteil, 20. Juni 2001, Rs. T-243/99, ECLI:EU:T:2001:167, Rn. 54. Zwar ist ein Großteil dieser Praxis zu arbeitsrechtlichen Fällen der Bediensteten der Union ergangen, es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass ansonsten andere Grundsätze gelten sollten, *Augsberg* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, 2015, Art. 340 AEUV Rn. 67 unter Verweis auf *Toth*, *The Concepts of Damage and Causality*, in: Schermers/Heukels/Mead (Hrsg.), *Non-Contractual Liability of the EC*, 1988, 23–38, 30.

2078 *Augsberg* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, 2015, Art. 340 AEUV Rn. 67; Jacob/Kottmann in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 73. EL 2021, Art. 340 AEUV Rn. 124.

2079 *Detterbeck*, Haftung der Europäischen Gemeinschaft und gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch, AÖR 125 (2000), 202–256, 210; Gellermann in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, 2018, Art. 340 AEUV Rn. 14.

2080 Die englische Rechtsprechung unterscheidet die Haftung für *torts* grundsätzlich von der öffentlich-rechtlichen Haftung, bspw. für Menschenrechtsverletzungen, vgl. bspw. Court of Appeal (Civil Division), *Dobson v. Thames Water Utilities Ltd.*, Urteil, 29. Januar 2009, [2009] EWCA Civ 28, Rn. 28 (Waller LJ).

Deutschland) und zuletzt verfügen manche Staaten (wie Frankreich) über eigenständige Haftungsregeln für Hoheitsträger.²⁰⁸¹ Trotz dieser Regelungstypen ist es angezeigt, auch rechtsordnungsübergreifend von einem eigenständigen Gebiet der Staatshaftung zu sprechen (das mehr ist als die Anwendung des Deliktsrechts auf Hoheitsträger). Denn die Regeln der Staatshaftung weichen regelmäßig (jeweils in einem anderen Ausmaß) von den Regeln der privatrechtlichen Haftung ab.²⁰⁸² Als Extrembeispiel mögen US-amerikanische Rechtsordnung(en) dienen, die in Fragen der Staatshaftung äußerst restriktiv sind. So begrenzen manche Bundestaaten die Höhe der Haftung auf versicherte Schadenssummen oder sehen gar eine Immunität gegenüber Schadensersatzklagen vor.²⁰⁸³ Dessen ungeachtet folgt aus der Kategorisierung *Oliphants* bereits, dass die Handhabung immaterieller Schäden wegen des Rückgriffs auf deliktische Regeln in der privatrechtlichen und der staatlichen Haftung in vielen Staaten übereinstimmt.

Dementsprechend belegen rechtsvergleichende Studien zur Staatshaftung, dass immaterielle Schäden mittlerweile durchgehend zum Umfang staatshaftungsrechtlicher Ansprüche zählen²⁰⁸⁴ und oft im gleichen Umfang wie im Zivilrecht ersatzfähig sind. So ist die Rechtslage beispielsweise in Belgien, Griechenland, Israel, Litauen, den Niederlanden, Polen, Rumänien, Slowenien, Spanien, Südafrika und Ungarn.²⁰⁸⁵ In Gestalt der “general

2081 *Oliphant*, The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, in: The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, 849, 880 f.

2082 *Oliphant*, The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, in: The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, 849, 882 f.

2083 Vgl. *Green/Cardi*, The Liability of Public Authorities in the US, in: *Oliphant* (Hrsg.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, 2017, 537–557, 543.

2084 *Oliphant*, The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, in: The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, 849, 859; ebenso *Dörr*, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, 1, 22.

2085 *Schoubroeck*, Belgien, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 61–97, 87; *Efstathiou*, § 8 Griechenland, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 227–272, 251; *Gilead*, The Liability of Public Authorities in Israel, in: *Oliphant* (Hrsg.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, 2017, 225–250, 226 und 243; *Heemann*, § 12 Litauen, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 383–411, 397; *Keirse*, Netherlands, in: *Oliphant* (Hrsg.), Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, 2017, 295–330, 305; *Milej*, Polen, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2013, 461–503, 485; *Bormann*, § 17 Rumänien, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 543–567, 559; *Bardutzky/Zagorc*, § 21 Slowenien, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 661–700, 683; *Mir*, Spanien, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 701–726, 714; *Neethling*, The Liability of Public Authorities in South Africa, in: *Oliphant* (Hrsg.), The

damages” ersetzt die irische Rechtsordnung für Ansprüche gegen den Staat (wie im Zivilrecht) in der Sache immaterielle Schäden.²⁰⁸⁶ Dabei sind manche Rechtsordnungen wie die dänische, österreichische oder schwedische restriktiv in der Gewährung immateriellen Schadensersatzes, ohne insofern zwischen staatshaftungsrechtlichen und zivilrechtlichen Ansprüchen zu unterscheiden.²⁰⁸⁷ Ebenso verhält es sich nach der deutschen Rechtsordnung.²⁰⁸⁸ Wegen der traditionellen Zurückhaltung der deutschen Rechtsordnung gegenüber dem Ersatz immaterieller Schäden²⁰⁸⁹ ist ein Schmerzensgeld gem. § 253 Abs. 1 BGB nur in den gesetzlich bestimmten Fällen geschuldet, wie insbesondere der “Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung” (§ 253 Abs. 2 BGB).²⁰⁹⁰ Mittlerweile umfasst auch der Aufopferungsanspruch²⁰⁹¹ den Ersatz immaterieller Schäden.²⁰⁹² Selbst in Frankreich können Betroffene

Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, 2017, 421–462, 426; 770; Küpper, Ungarn, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 781–816, 803.

2086 Quill, § 9 Irland, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 273–310, 295.

2087 Ulfbeck, Dänemark, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 99–119, 113; Kucsko-Stadlmayer, Österreich, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 429–459, 447 f.; Bull, § 18 Schweden, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 569–603, 593 f., der auf die Unvereinbarkeit dieser restriktiven Ausgestaltung mit der EMRK und eines deshalb eingetretenen Wandels in der Rechtsprechung hinweist.

2088 Eine Ausnahme besteht jedoch hinsichtlich der Berechnung des Schmerzensgeldes. Grundsätzlich stellen Gerichte nach deutschem Recht hierzu auch die Vermögenslage der schädigenden Person ein. Für Hoheitsträger nimmt die Rechtsprechung diesen Aspekt jedoch aus der Betrachtung heraus. Die Vermögenslage wirkt weder zugunsten des Hoheitsträgers (etwa wegen der Zweckbindung öffentlicher Mittel) noch zu seinen Lasten (etwa wegen seiner Finanzkraft), BGHZ 18, 149, 162 f.

2089 Vgl. bereits die Ausführungen bei Mugdan, Materialien, Bd. II, 1899, S. 12.

2090 Vgl. für weitere Fälle eines solchen Anspruchs Brand in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK/BGB, Stand: 1. März 2022, § 253 Rn. 2. Die prominenteste “Ausnahme” vom Grundsatz des § 253 Abs. 1 BGB bildet der Anspruch auf Schmerzensgeld aus einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG folgt, BGH, *Caroline von Monaco I*, Urteil vom 15. November 1994, Az. VI ZR 56/94, BGHZ 128, 1, 15.

2091 Vgl. zu diesem eingehend Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, § 28.

2092 Vgl. die eingehende Auseinandersetzung mit seiner früheren Rechtsprechung in BGH, Urteil vom 7. September 2017, Az. III ZR 71/17, BGHZ 215, 335, 337–344.

nunmehr im Rahmen der Staatshaftung immateriellen Schadensersatz verlangen.²⁰⁹³

Wie diese Ausführungen nahelegen, nivelliert sich, was manche für einen klassischen Unterschied zwischen Staatshaftungsrecht und zivilrechtlicher Haftung gehalten haben: Ersteres ersetze immaterielle Schäden in geringerem Umfang als Letzteres.²⁰⁹⁴ Verschwunden ist der Unterschied indes nicht in allen Rechtsordnungen. Noch heute neigt die estnische Rechtsordnung – trotz der Geltung prinzipiell identischer Regeln für die öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Haftungsausfüllung – dazu, bei weniger schwerwiegenden Verletzungen des Staates von einer Entschädigung in Geld abzusehen und dafür die Feststellung einer Rechtsverletzung genügen zu lassen.²⁰⁹⁵ In Lettland soll im Rahmen der Staatshaftung bei leichteren Verletzungen wie zum Beispiel reinen Verfahrensverstößen eine Entschuldigung der Verwaltung genügen.²⁰⁹⁶ In der Slowakei sind Ansprüche auf immateriellen Schadensersatz aus der Staatshaftung auf Fälle begrenzt, in denen die Feststellung der Rechtsverletzung keine ausreichende Form der Wiedergutmachung bietet.²⁰⁹⁷ Die Rechtslage in Tschechien ist ähnlich.²⁰⁹⁸ Nach der schweizerischen Rechtsordnung erhalten Betroffene nur bei Tod, Körperverletzung oder schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzungen eine Genugtuungssumme für immaterielle Schäden.²⁰⁹⁹ Jedoch setzt ein solcher Anspruch entgegen der zivilrechtlichen Rechtslage ein Verschulden voraus.²¹⁰⁰ Persönlichkeitsverletzungen müssen zudem eine gewisse Schwere haben und nicht anders gut gemacht worden sein. Dies erinnert sehr stark

2093 Vgl. *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 373. Die französische Rechtsordnung gewährt nunmehr für Rufschädigungen oder bei Verlust Angehöriger ein Schmerzensgeld, *Marsch*, Frankreich, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 195–226, 218.

2094 *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 35.

2095 *Schmidt*, Estland, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 157–193, 178.

2096 *Balode-Buraka*, § II Lettland, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 349–381, 366.

2097 *Jalčová*, Slowakei, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 643–659, 654.

2098 *Jalčová*, § 23 Tschechien, in: Staatshaftung in Europa, 727, 740; *Tichý*, Czech Republic, in: Oliphant (Hrsg.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, 2017, 81–103, 89.

2099 *Uhlmann*, § 19 Schweiz, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 605–642, 630 f.

2100 *Widmer/Winiger*, Switzerland, in: Oliphant (Hrsg.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, 2017, 507–536, 514; vgl. Art. 6 Verantwortlichkeitsgesetz (Schweiz, Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes

an die bereits untersuchte Praxis des EGMR.²¹⁰¹ Trotz der grundsätzlichen Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Regeln auf Staatshaftungsansprüche im deutschen Recht wendet auch der BGH die EGMR-Rechtsprechung zur entschädigenden Feststellung an. So erachtete der BGH in einem Fall zur menschenunwürdigen Unterbringung eines Strafgefangenen die Feststellung der Rechtsverletzung als einen ausreichenden Ersatz.²¹⁰² Diese Praxis ist aber wohl nicht genuin öffentlich-rechtlich, weil der BGH auch auf seine *Caroline-von-Monaco*-Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht verwies,²¹⁰³ um die Gewährung eines Schmerzensgeldes von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen. Damit baut der Gerichtshof diese Entscheidung auch auf einem Urteil in einem Privatrechtsverhältnis auf, was eine genuin öffentlich-rechtliche Prägung der Entscheidung in Zweifel zieht. Zugleich gibt diese Rechtsprechung Anlass für eine Kontrollüberlegung. Vielleicht spiegelt sich in den Schwellenvoraussetzungen des individualberechtigenden Völkerrechts lediglich eine im Privatrecht wie im öffentlichen Recht gleichermaßen relevante Frage nach einer Bagatellschwelle. Dieser Frage wird im Anschluss an diesen Abschnitt nachgegangen.²¹⁰⁴

Insgesamt geben die Staatshaftungsregime ein uneinheitliches Bild. Obwohl manche immaterielle Schäden an strengere Voraussetzungen knüpfen als im Deliktsrecht, behandeln viele Rechtsordnungen den immateriellen Schadensersatz in beiden Fällen identisch. Allerdings fällt auf, dass Rechtsordnungen, die den immateriellen Schadensersatz im Rahmen der Staatshaftung höheren Voraussetzungen als im Deliktsrecht unterwerfen, der Rechtsprechungsgewalt des EGMR unterliegen. Daher könnten entsprechende Regeln lediglich Ausfluss der menschenrechtlichen Praxis sein. Eine einheitliche Linie, immateriellen Schadensersatz im Staatshaftungsrecht einzuschränken, existiert daher nicht. Aus dem häufigen Gleichlauf privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftung für immaterielle Schäden sollte man jedoch nicht voreilig auf die Irrelevanz der Unterscheidung im Haftungsrecht schließen. Allgemein gilt es zu bedenken, dass der immaterielle Schaden nur eine mögliche Stellschraube zur Modifizierung der Staats-

sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz), 1958, AS 1958 1413).

2101 Siehe oben unter § 8 B. II.

2102 BGH, Urteil vom 4. November 2004, Az. III ZR 361/03, BGHZ 161, 33, 37.

2103 BGH, *Caroline von Monaco I*, BGHZ 128, 1, 12.

2104 Siehe unten unter § 13 B.

haftung gegenüber der privatrechtlichen Deliktshaftung ist. Im Ergebnis ist die Haftung für rechtswidriges hoheitliches Handeln aber in den meisten Rechtsordnungen gegenüber der deliktischen Haftung modifiziert.²¹⁰⁵ Konkret für immaterielle Schäden kommt hinzu, dass manche Rechtsordnungen immaterielle Schäden schon im Zivilrecht restriktiv handhaben. Für die weitere Untersuchung lässt sich dem Überblick in jedem Fall entnehmen, dass die Voraussetzung einer besonderen Schwere der Verletzung für den Ersatz immaterieller Schäden Staatshaftungsrechtsregimen nicht fremd ist.

II. Öffentlich-rechtlicher Charakter der beobachteten Entwicklungen

Da sich der öffentlich-rechtliche Charakter der Entwicklungen des immateriellen Schadensersatzes im individualberechtigenden Völkerrecht nach dem vorangegangenen Abschnitt nicht eindeutig aus ihrer Übereinstimmung mit innerstaatlichen Staatshaftungsrechtsregimen ergibt, untersucht dieser Abschnitt die Fortentwicklungen daraufhin, ob sie die Idee des öffentlichen Rechts verwirklichen. Nach den vorangegangenen Ausführungen zeichnet sich das öffentliche Recht durch seine Gemeinwohlbindung und die Orientierung an der Idee austeilender Gerechtigkeit aus. Dagegen verwirklicht das Privatrecht idealtypisch die Idee ausgleichender Gerechtigkeit und erlaubt die Verfolgung individueller Interessen.²¹⁰⁶ Freilich ist diese Unterscheidung nicht frei von Unschärfen. Auch öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche gleichen Schäden aus und die ausgleichende Haftung verfolgt gerade auch Gemeinwohlinteressen, indem sie andere von ebensolchen Schädigungen abhalten soll. Jedoch haben beide unterschiedliche Schwerpunkte.²¹⁰⁷

Auf das Haftungsrecht angewendet bedeuten diese Idealtypen, dass ein kompensatorischer Schadensersatz eher der Idee des Privatrechts entspricht, weil er dem individuellen Interesse auf vollen Ausgleich gerecht wird. Zielt das Haftungsrecht dagegen vorrangig auf die Herstellung einer rechtmäßigen Situation und weniger auf den Ausgleich des entstandenen

2105 *Oliphant*, The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, in: The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, 849, 883.

2106 Siehe oben in § 2.

2107 Siehe hierzu bereits oben unter § 2 B. II. 2.

Schadens, ist es eher öffentlich-rechtlich.²¹⁰⁸ Denn die Haftung dient in diesem Fall dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung gewisser Mindeststandards, d. h. dem Gemeinwohl. Ein Fokus auf die Herstellung rechtmäßiger Zustände drückt sich beispielsweise dadurch aus, dass es primär auf die Vernichtung rechtswidriger staatlicher Entscheidungen gerichtet ist. Damit geht einher, dass die Regeln für einen Schadensersatz in der Regel restriktiv sind und den Schadensersatz ins Verhältnis zum Rechtsverstoß setzen anstelle des Schadens.²¹⁰⁹

Gemein ist diesen Ausprägungen einer öffentlich-rechtlichen Haftung, Beschränkungen des Schadensersatzes im Vergleich zur deliktischen Haftung zu rechtfertigen. Diese Tendenz ist nicht nur Ausfluss eines anderen Zwecks der Haftung, sie lässt sich zusätzlich aus der besonderen Stellung des Staates als Schädiger rechtfertigen. Denn die Begrenzung der Haftung schützt einerseits öffentliche Mittel, hält Hoheitsträger handlungsfähig und ist Ausdruck der Abwägung zwischen dem Gemeinwohlinteresse an der öffentlichen Aufgabenerfüllung und dem individuellen Interesse an der Schadloshaltung.²¹¹⁰ Eine Haftungsbegrenzung schützt die Handlungsfähigkeit der öffentlichen Gewalt, indem sie nicht durch eine überbordende Haftung belastet und hierdurch von der Ausübung ihrer Tätigkeiten abgeschreckt wird.²¹¹¹ Obwohl dieser Zusammenhang zwischen der Beschränkung der Haftung und dem öffentlichen Recht für eine Erklärung des

2108 Vgl. für das englische Recht Court of Appeal (Civil Division), *D v. Commissioner of Police of the Metropolis*, 2015, [2015] EWCA Civ 646, Rn. 65–67 (Laws LJ); vgl. für die Unterscheidung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsfolgen im dänischen Recht *Ulfbeck*, Denmark, in: Oliphant (Hrsg.), *Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, 2017, 105–125, 109.

2109 Vgl. für diese Charakteristika einer öffentlich-rechtlichen Haftung *Wälde/Sabahi*, Compensation, Damages and Valuation, in: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 1049, 1055 f.

2110 Vgl. *Oliphant*, *The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective*, in: *The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective*, 849, 860 f. zur Rolle solcher Erwägungen im Rahmen nationaler Staatshaftungsregime.

2111 An dieser Bewertung ändert sich nichts, wenn man – wie nunmehr das BVerfG für das deutsche Recht – die Haftung für staatliches Unrecht als Ausfluss der Grundrechte begreift (BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), *Kunduz*, NVwZ 2021, 398, 400 (Rn. 24); BVerfG, NVwZ 2022, 1722, 1724 f. (Rn. 84–87)). Auch in diesem Fall bedarf es der Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen und dem grundrechtlichen Interesse an der Schadloshaltung. Hierin liegt auch ein wesentlicher Unterschied zur privatrechtlichen Haftung, die sich als Ausgestaltung staatlicher Schutzpflichten darstellt, bei der die jeweils gleichrangigen Freiheitsrechte der schädigenden und der geschädigten Person einzustellen sind. Siehe hierzu bereits oben unter § 2 B. II. 2.

Phänomens einer Mindestschwere der Verletzung für den Ersatz immaterieller Schäden äußerst relevant ist, sollte dies nicht verschleiern, dass ein öffentlich-rechtliches Verständnis auch zu einer umfangreicheren Haftung als im Deliktsrecht führen kann. So kann die Besonderheit der hoheitlichen Tätigkeit eine Umkehr der Beweislast zugunsten der geschädigten Person erfordern.²¹¹² Genauso mag ein öffentlich-rechtliches Verständnis für eine verschuldensunabhängige Haftung des Staates sprechen.²¹¹³ Die grundlegende Idee der Arbeit ist lediglich, dass sich das öffentliche Recht vom Privatrecht wegen der Eigenart des jeweiligen Regelungsbereichs unterscheidet.²¹¹⁴

Anhand der an anderer Stelle herausgearbeiteten Charakteristika des öffentlichen Rechts²¹¹⁵ sollen die folgenden Abschnitte öffentlich-rechtliche Ausprägungen in der Haftung für immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht identifizieren. Angesichts der Unterschiede in den jeweiligen Teilbereichen und ihren unterschiedlichen Funktionen empfiehlt sich insofern eine Abschtichung in die menschenrechtliche (1.) und die investitionsschutzrechtliche Praxis (2.).

1. Menschenrechtsschutz

Dass ein Spannungsfeld zwischen den privatrechtlich fundierten Regeln der Wiedergutmachung und dem Menschenrechtsschutz bestehe, betonte *Cançado Trindade* mehrfach. Wiederholt mahnte er an, dass das Völkerrecht hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Menschenrechtsverletzung seine privatrechtsanaloge Konzeption überwinden und die Würde des Einzelnen in den Mittelpunkt stellen müsse.²¹¹⁶ Deshalb müssten die Rechtsfolgen einer Menschenrechtsverletzung zuvörderst opferzentriert sein.²¹¹⁷

2112 Vgl. bspw. *Dörr*, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, 1, 26 mit Hinweisen zur Rechtslage in mehreren europäischen Staaten.

2113 Vgl. hierzu *Dörr*, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, 1, 16 mit Hinweisen zur Rechtslage in mehreren europäischen Staaten.

2114 Siehe oben unter § 2 B. II. 2.

2115 Siehe oben unter § 2 B. II. 2.

2116 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade, 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 367 f. (Rn. 52–55); vgl. bereits IAGMR, *Loayza-Tamayo v. Peru, Reparations*, Sondervotum der Richter Cançado Trindade und Abreu-Burelli, 1998, Series C, No. 42, Rn. 12.

2117 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade, 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 368 (Rn. 54 f.).

Eine solche Opferzentrierung ist allerdings nicht deckungsgleich mit einer öffentlich-rechtlichen Entwicklung des Rechtsfolgenregimes, weil die Fokussierung auf die Opfer sowohl dem individuellen Ausgleich als auch Gemeinwohlinteressen bei systematischen Menschenrechtsverletzungen dient. So sind die von *Cançado Trindade* angeführten öffentlichen Zeremonien oder Entschuldigungen als Folgen einer Menschenrechtsverletzung²¹¹⁸ wegen ihres kollektiven Charakters eher von öffentlich-rechtlichen Gedanken getragen. Dagegen ist die Forderung, immateriellen Schadensersatz opferzentriert und nicht vermögensorientiert zu denken, wie es die Bezeichnungen (immateriell, nicht finanziell etc.) nahelegen,²¹¹⁹ eher von der Ausgleichslogik des Privatrechts geprägt. Der Unterschied zur orthodoxen Konzeption der Wiedergutmachung ist nur, dass *Cançado Trindade* den Fokus auf das Vermögen überwinden wollte.

Gleichwohl ist *Cançado Trindades* Diagnose eines Spannungsverhältnisses zwischen privatrechtsanalogen Wiedergutmachungsregeln und dem Menschenrechtsschutz im Ausgangspunkt zustimmungswürdig und liegt auch dieser Arbeit zugrunde.²¹²⁰ Die Arbeit blickt auf den Menschenrechtsschutz allerdings mit der analytischen Brille der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Mit diesem Blick rückt ein anderer Aspekt als der von *Cançado Trindade* geltend gemachte in den Fokus. Aus einer öffentlich-rechtlichen Perspektive ist die überindividuelle Funktion der Menschenrechte besonders relevant, soweit sie auch Auswirkungen auf die Rechtsfolgen einer Menschenrechtsverletzung hat. Der Menschenrechtsschutz soll nicht nur den Einzelnen von Schäden reinhalten, wie es der privatrechtlichen Ausgleichslogik entsprechen würde.²¹²¹ Vielmehr sollen die Rechtsfolgen zusätzlich für alle Menschen die Achtung der Menschenrechte stärken.²¹²² Insofern zeigt sich hier eine öffentlich-rechtliche

2118 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade, 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 374 (Rn. 69) unter Verweis auf die Praxis des IAGMR, siehe hierzu oben unter § 9 B.

2119 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade, 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 376–378 (Rn. 74–80).

2120 Siehe oben unter § 2 C.

2121 Allerdings dient die menschenrechtliche Haftung auch dem Ausgleich entstandener Schäden, weil solche Ansprüche Ausfluss des Zuweisungsgehalts der Grund- bzw. Menschenrechte sind, vgl. für Art. 41 EMRK BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), *Kunduz*, NVwZ 2021, 398, 401 (Rn. 27).

2122 *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 60; vgl. auch *Reisman*, Compensation for Human Rights Violations, in: State Responsibility and the Individual, 63, 65.

Dimension des menschenrechtlichen Schadensfolgenrechts, indem es der Durchsetzung überindividueller Interessen dient.²¹²³

Für den Menschenrechtsschutz haben die vorangegangenen Kapitel insbesondere eine Tendenz festgestellt, für gewisse Menschenrechtsverletzungen keinen (substanziellen) Geldersatz zu gewähren. Inwiefern sich dieser und weitere Unterschiede zum zwischenstaatlichen Völkerrecht im Menschenrechtsschutz als öffentlich-rechtlich begreifen lassen, gilt es nun zu untersuchen. Wegen der erheblichen Unterschiede im Umfang dieser Praxis zwischen den drei regionalen Menschenrechtsgerichtshöfen²¹²⁴ sollen diese im Folgenden separat auf öffentlich-rechtliche Tendenzen untersucht werden (a) bis c)). Die Untersuchungen zum IAGMR und dem AfGMRRV beziehen zusätzlich die besonderen Ausprägungen dieser Menschenrechtsregime im Rahmen des immateriellen Schadensersatzes ein: das Lebensprojekt als eigene Schadenskategorie und die Verwendung eines Einheitsschadensersatzes.

a) Die entschädigende Feststellung des EGMR

Art. 41 EMRK ist ein spezieller Fall der Staatshaftung.²¹²⁵ Gleichwohl soll diese Vorschrift nach Auffassung der Literatur grundsätzlich den gleichen Zwecken dienen und ähnlichen Regeln unterliegen wie der privatrechtliche deliktische Schadensersatz.²¹²⁶ Eine andere Auffassung durchzieht dagegen die englische Rechtsprechung auf der Grundlage des *Human Rights Act*. Englische Gerichte haben wiederholt betont, dass sich der Zweck der menschenrechtlichen Haftung von der privatrechtlichen Haftung unterscheide. Während erstere vornehmlich der Gewährleistung menschenrechtlicher Mindeststandards und der Wahrung der Konventionsordnung diene, ist

2123 Vgl. zu einem solchen Verständnis des öffentlichen Rechts *Becker*, NVwZ 38 (2019), 1386. Auch der Schadensersatz im Zivilrecht dient zugleich überindividuellen Interessen (der Schadensersatz sorgt zugleich dafür, dass solche Schäden in Zukunft nicht geschehen). Indes ist der Unterschied zum öffentlichen Recht, dass solche Zwecke nachrangig sind, vgl. *Larenz*, Schuldrecht AT, 1987, S. 423 f.

2124 Siehe oben unter § 12 B. II.

2125 *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 32 f.

2126 *Altwicker-Hámori/Altwicker/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 10; ähnlich hinsichtlich der Zulässigkeit der Inspiration im Deliktsrecht *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 32 f.

letztere alleine auf den vollen Ausgleich in Geld gerichtet.²¹²⁷ Diese Rechtsprechung beruht einerseits auf der Praxis des EGMR zu Art. 41 EMRK und andererseits auf einer allgemeinen Entwicklung im englischen Recht, die Haftung für *torts* von der gerichtlichen Kontrolle hoheitlichen Handelns zu unterscheiden.²¹²⁸ Ob diese Unterscheidung in der Form trägt, wie sie englische Gerichte entwickelt haben, bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung.²¹²⁹ Sie zeigt jedenfalls, dass ein dezidiert öffentlich-rechtliches Verständnis der Entschädigungspraxis nach der EMRK möglich ist.

Für die entschädigende Feststellung ist zunächst zu beachten, dass ein solches Konstrukt (europäischen) Privatrechtsordnungen weitgehend unbekannt ist.²¹³⁰ Natürlich kennen viele Rechtsordnungen Feststellungsurteile,²¹³¹ diese haben aber in der Regel keine genugtuende Funktion.²¹³² Dies legt bereits nahe, hierin eine gegenüber privatrechtlichen Vorbildern eigenständige Ausprägung im Schadensrecht zu sehen. Über diese rechtsvergleichende Einsicht hinaus ist auch die Funktion der entschädigenden Feststellung im Rechtsschutzsystem unter der EMRK eine öffentlich-rechtliche. Sie ist eine Erscheinungsform eines verfassungsgerichtlichen Verständnisses des EGMR, wie die folgenden Ausführungen belegen.

Die Rolle des EGMR ist Gegenstand langjähriger Diskussionen, die sich im Wesentlichen zwischen dem Paradigma des individuellen Rechtsschut-

2127 Vgl. bspw. Court of Appeal (Civil Division), *Dobson v. Thames Water Utilities Ltd.*, 2009, [2009] EWCA Civ 28, Rn. 65 (Waller LJ); Court of Appeal (Civil Division), *D v. Commissioner of Police of the Metropolis*, 2015, [2015] EWCA Civ 646, Rn. 65 (Laws LJ).

2128 *Varuhas*, Damages and Human Rights, 2016, S. 168 f.; vgl. bspw. House of Lords, *R. (on the application of Greenfield) v. Secretary of State for the Home Department*, Urteil, 2005, [2005] 1 W.L.R. 673, Rn. 18 f. (Lord Bingham).

2129 Vgl. für eine kritische Analyse dieser Rechtsprechung *Varuhas*, Damages and Human Rights, 2016, S. 235–323 und *passim*.

2130 Vgl. Józson, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 766–769.

2131 Vgl. für die deutsche Rechtsordnung bspw. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO sowie die Regelungen zur Feststellungsklage in § 256 Abs. 1 ZPO und § 43 Abs. 1 VwGO.

2132 Eine solche Funktion kommt in der deutschen Rechtsordnung der Fortsetzungsfeststellungsklage (analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO) in einem gewissen Umfang zu. Wenn ein Rehabilitationsinteresse ein besonderes Feststellungsinteresse begründet (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Februar 1967, Az. I C 49.64, BVerwGE 26, 161, 168), muss dem feststellenden Urteil eine genugtuende und rehabilitierende Wirkung zukommen, vgl. zur Kompensationsfunktion der Fortsetzungsfeststellungsklage *Lindner*, Die Kompensationsfunktion der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO, NVwZ 33 (2014), 180–185, 184.

zes einerseits und der Verfassungsgerichtsbarkeit andererseits bewegen.²¹³³ Kern der Debatte ist dabei, ob der EGMR allen Beschwerdeführer*innen zu ihrem Recht verhelfen oder für die systematische Wahrung und Fortbildung der Konventionsrechte sorgen soll.²¹³⁴ Letzteres entspricht unter Zugrundelegung eines weiten, den Staat transzendierenden,²¹³⁵ Begriffs der Verfassung einer verfassungsgerichtlichen Funktion.²¹³⁶ Bei einer verfassungsgerichtlichen Konzeption seiner Funktion dient der Gerichtshof vorrangig einem Gemeinwohlinteresse, wenn er die Aufrechterhaltung der Menschenrechte in den Konventionsstaaten anstrebt. Damit entspricht diese Rolle der Idee des öffentlichen Rechts. Einen wesentlichen Anlass der Debatte um die Rolle des Gerichtshofs bildet die enorme Anzahl anhängiger Beschwerden vor dem EGMR, die zu teils erheblichen Bearbeitungszeiten für die Verfahren geführt hat.²¹³⁷ Diese Debatte ist sehr breit gefächert und kann hier nicht vertieft werden. Interessant ist sie nur insofern, als sie den Hintergrund bildet, um die Entschädigungspraxis als eine Orientierung hin zu einem verfassungsgerichtlichen Selbstverständnis zu lesen.

Im Zuge der Ausführungen zum Ersatz immaterieller Schäden verwendet der Gerichtshof häufig die Formulierung, dass es nicht die Aufgabe des Gerichts sei, wie ein “domestic tort mechanism court” zu funktionieren. Vielmehr möchte er nach Maßgabe der Billigkeit dem Umstand Rechnung tragen, dass ein Konventionsverstoß immaterielle Schäden hervorgerufen hat.²¹³⁸ Es geht also nicht vorrangig um einen vollständigen Ausgleich jedes individuellen Schadens, was dem privatrechtlichen Paradigma des

2133 Vgl. für einen Überblick der Positionen *Greer/Wildhaber*, Revisiting the Debate about ‘Constitutionalising’ the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review* 12 (2012), 655–687, 663–683.

2134 Vgl. die pointierte Zusammenfassung der beiden Pole bei *Wildhaber*, *BaltYbkIL* 3 (2003), 2.

2135 Vgl. zur Loslösung des Verfassungsbegriffs vom Staat (in Bezug auf die Konstitutionalisierungsthese) *Kadelbach/Kleinlein*, *AVR* 44 (2006), 241 f.

2136 Vgl. für ein solches Verständnis des EGMR beispielhaft *Walter*, *ZaöRV* 59 (1999), 962–966. Im deutschsprachigen Diskurs variieren die Begrifflichkeiten, mit denen die Verfassungsähnlichkeit der EMRK beschrieben wird, vgl. *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2021, § 2 Rn. 3.

2137 Vgl. zu dieser “Backlog”-Krise und möglichen Lösungsansätzen aus der Literatur exemplarisch *Wildhaber*, Der “Backlog” (Rückstand in der Fallbehandlung) des EGMR, in: *Hestermeyer/König/Matz-Lück/Röben/Seibert-Fohr/Stoll/Vöneky* (Hrsg.), *Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum* (Bd. 2), 1825–1832.

2138 EGMR (GK), *Varanva and others v. Turkey (Merits and Just Satisfaction)*, 2009, Beschwerde-Nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90, Rn. 224.

individuellen Ausgleichs entspräche.²¹³⁹ Vielmehr möchte der Gerichtshof insgesamt die Einhaltung und Fortentwicklung der Menschenrechte sicherstellen.²¹⁴⁰ Damit positioniert sich der Gerichtshof innerhalb der Debatten um seine Funktion als ein Verfassungsgericht. Zu diesen allgemeinen Ausführungen passt auch die entschädigende Feststellung. Indem der Gerichtshof bei geringen immateriellen Schäden keinen (noch so geringen) Geldbetrag zuspricht oder eben den Antrag auf Entschädigung vollständig ablehnt,²¹⁴¹ rückt die privatrechtliche Idee des Schadensausgleichs in den Hintergrund. Der Gerichtshof verschiebt den Schwerpunkt vielmehr auf die Rechtmäßigkeitskontrolle.²¹⁴² Ein solcher Fokus auf der Konventionskonformität staatlichen Handelns gegenüber dem (Geld-) Schadensersatz ist ein Kennzeichen öffentlichen Rechts, weil er der Legalitätskontrolle und dem Gemeinwohlinteresse an der Wahrung der Menschenrechte gegenüber der individuellen Wiedergutmachung Vorrang einräumt.²¹⁴³ Dagegen entspräche es der Idee des Privatrechts im Einklang mit dem Paradigma des individuellen Rechtsschutzes, vollen Ausgleich für jeden Schaden zu gewähren.²¹⁴⁴ Zu der Deutung der entschädigenden Feststellung als öffentlich-rechtlich passt auch, dass sich die Fallgruppen einer entschädigenden Feststellung auf den gemeinsamen Gedanken einer geringfügigen Verletzungen zurückführen lassen.²¹⁴⁵ Denn bei geringfügigen Verletzungen fehlt es an einem "öffentlichem" Interesse²¹⁴⁶ an einer Geldentschädigung. So gewendet lässt sich auch die Gewährung individueller Wiedergutmachung in Fällen nicht geringfügiger Verletzungen aus einem öffentlich-rechtlichen

2139 Vgl. *Wildhaber*, BaltYbkIL 3 (2003), 5.

2140 *Varuhas*, *Damages and Human Rights*, 2016, S. 257. So haben auch englische Gerichte die Haftung für Verstöße gegen die EMRK auf der Grundlage des HRA konzipiert, vgl. bspw. Court of Appeal (Civil Division), *Dobson v. Thames Water Utilities Ltd.*, 2009, [2009] EWCA Civ 28, Rn. 42 (Waller LJ).

2141 Die entschädigende Feststellung ist keine vollständige Ablehnung des Entschädigungsantrags, siehe hierzu oben unter § 8 B. I.

2142 Siehe oben zur dogmatisch möglichen und notwendigen Unterscheidung zwischen der Feststellung der Konventionsverletzung und der entschädigenden Feststellung unter § 8 B. I.

2143 Vgl. allgemein für ein solches Verständnis öffentlich-rechtlicher Rechtsfolgen *Nollkaemper*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 547.

2144 Allerdings kennt auch das Deliktsrecht Bagatellschwellen. Das spricht allerdings nicht gegen die Deutung der Entwicklungen im Menschenrechtsschutz als öffentlich-rechtlich, siehe hierzu unten unter § 13 B.

2145 Siehe hierzu oben auf S. 280.

2146 Womit hier nichts anderes als ein überindividuelles Interesse an der Wahrung der Konventionsordnung gemeint sein soll.

Gedanken rekonstruieren. Es entspricht hier einem Interesse an der Wahrung der Konventionsordnung, dass die Geldzahlung die jeweiligen Hoheitsträger zu konventionskonformem Verhalten anhalten soll.²¹⁴⁷ In den übrigen Fällen genügt dagegen zur Wahrung der Konventionsordnung die Feststellung der Konventionsverletzung, wobei der Idee des individuellen Rechtsschutzes noch durch eine Form der Genugtuung²¹⁴⁸ Genüge getan wird.

Den Zusammenhang zwischen Gemeinwohlinteressen und entschädigender Feststellung belegt auch der Umstand, dass der EGMR bei Beschwerden gegen Gesetze und im Zusammenhang mit politischen Freiheiten häufiger zur entschädigenden Feststellung greift.²¹⁴⁹ Diese Beschwerden haben jeweils einen starken Gemeinwohlbezug und die individuelle Dimension der Konventionsverletzung tritt in den Hintergrund. Dass der EGMR hier die bloße Feststellung genügen lässt, zeigt deshalb ebenfalls die öffentlich-rechtliche Note der entschädigenden Feststellung. Insgesamt erweist sich damit die (teilweise) Abkehr vom privatrechtsanalogen Verständnis eines ausgleichenden Schadensersatzes²¹⁵⁰ hin zu einem größeren Fokus auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens als öffentlich-rechtliche Lesart des Art. 41 EMRK.²¹⁵¹

Dass die entschädigende Feststellung Ausfluss einer grundsätzlichen Orientierung hin zu einem (tendenziell) verfassungsgerichtlichen Selbstverständnis ist, bestätigt auch der Umfang, in dem der Gerichtshof hiervon Gebrauch macht. Die Häufigkeit, mit welcher der Gerichtshof eine entschädigende Feststellung im Verhältnis zu anderen Entscheidungsmöglichkeiten wählt, zeigen die Datensätze aus dem Jahr 2018 (Abbildung 6)²¹⁵²:

2147 Vgl. für eine solche Lesart nach neuseeländischem Recht Supreme Court of New Zealand, *Taunoa v. Attorney General*, 2007, [2008] 1 NZLR 429, Rn. 259 (Blanchard J).

2148 Siehe zur dogmatischen Einordnung der entschädigenden Feststellung oben unter § 8 C.

2149 Siehe hierzu oben unter § 8 B. II. 3, § 8 B. II. 4. e) und § 8 B. II. 5.

2150 So auch *Fikfak*, LJIL 33 (2020), 340; ähnlich *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 764.

2151 Vgl. spezifisch zur Praxis des EGMR *Wildhaber*, BaltYbkIL 3 (2003), 5, der allerdings die Vokabel "constitutional" und nicht "öffentlich-rechtlich" verwendet.

2152 Die Daten sind um die Datensätze aus dem Verfahren *Sandu and others v. Moldova and Russia* aus den oben auf S. 239 dargelegten Gründen bereinigt. Bei Einbeziehung der Entscheidung *Sandu and others v. Moldova and Russia* ergibt sich die folgende Verteilung von Entscheidungsarten im Jahr 2018: Ersatz in Geld: 94,81 %; Feststellung: 4,55 %; Absehen von einem Ausspruch: 0,37 %; Ablehnung: 0,86 %.

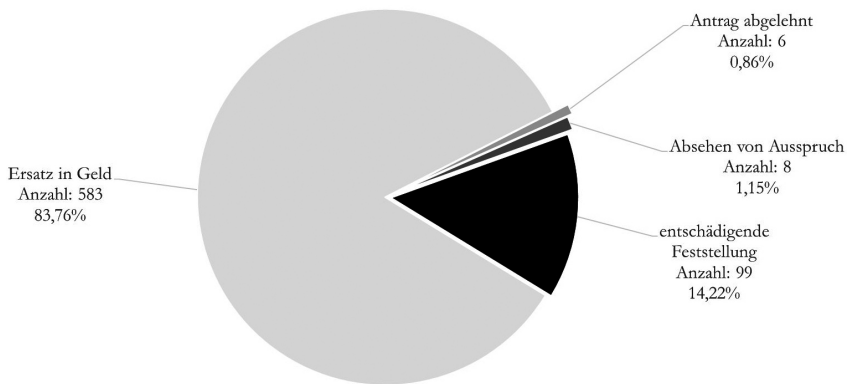


Abbildung 6: Bereinigte Gesamtverteilung der Entscheidungsarten im Jahr 2018

Mit einem Anteil von fast 15 % ist die entschädigende Feststellung eine nicht unbedeutende Rechtsfolge, obwohl sie klar im Schatten der Entschädigung in Geld steht. Allerdings gibt diese Übersicht nur eine Momentaufnahme für ein Jahr. In früheren Jahren scheinen entschädigende Feststellungen deutlich häufiger gewesen zu sein.²¹⁵³ Eine Erklärung für den Rückgang des Anteils entschädigender Feststellungen könnte die Erheblichkeitsschwelle in Art. 35 Abs. 3 lit. b EMRK geben. Denn in deren Anwendung scheiden womöglich Fälle, bei denen aufgrund der Geringfügigkeit der Verletzung eine entschädigende Feststellung zum Tragen kommen könnte, bereits im Rahmen der Zulässigkeit aus.²¹⁵⁴ Zu einer Verzerrung könnte auch der Ausschluss von Entscheidungen der Dreier-Ausschüsse aus der Untersuchung²¹⁵⁵ geführt haben, weil unter diesen die Fälle einer entschädigenden Feststellung stark vertreten sein dürften. Gleichwohl ist das Phänomen nicht unbedeutend, wenn der EGMR in fast 15 % der hier untersuchten Datensätze eine entschädigende Feststellung zuspricht. Damit ist der beschriebene Wandel des Fokus des EGMR hin zu einer stärkeren

2153 Vgl. *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 287, 290 f.; *Sharpe* in: Pettiti/Decaux/Imbert (Hrsg.), CEDH, 2. Auflage, 1999, Art. 50, S. 814, nach dem der Gerichtshof in den 108 von ihm untersuchten Fällen 42-mal die Feststellung einer Konventionsverletzung ausreichen ließ; vgl. auch die Behauptungen bei *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741 f.

2154 Siehe hierzu bereits die Ausführungen in Fn. 1175.

2155 Siehe zum Ausschluss dieser Entscheidungen von der Untersuchung die Erklärung oben in Fn. 1102.

Rechtmäßigkeitskontrolle nicht ganz zu vernachlässigen, auch wenn die finanzielle Entschädigung nach wie vor bedeutend bleibt.

Die Neigung zu einem öffentlich-rechtlichen Selbstverständnis zeigt sich auch in der Geldentschädigungspraxis des EGMR. Wie *Fikfaks* quantitative Analyse aus dem Jahr 2020 nahelegt, sind die bestimmenden Größen für die Höhe eines immateriellen Schadensersatzes nur zu einem geringen Anteil die Umstände des Opfers und zu einem weitaus größeren Teil das Verhalten und die Umstände des beklagten Staates.²¹⁵⁶ Auch anekdotisch lässt sich dieser Befund untermauern, weil der EGMR zuweilen Beschwerdeführer*innen identische Beträge ungeachtet ihrer individuellen Umstände zuspricht.²¹⁵⁷ Zudem gewährt der Gerichtshof gerade im Fall häufiger und systematischer Konventionsverstöße besonders häufig Geldersatz, um die Staaten zu konventionskonformem Verhalten anzuhalten.²¹⁵⁸ Angesichts der verhältnismäßig geringen Entschädigungsbeträge in den einzelnen Fällen lässt sich allerdings bezweifeln, ob diese Wirkung tatsächlich eintritt.²¹⁵⁹ Nach *Fikfaks* Analyse erhalten Staaten bei einer Mehrzahl von Verletzungen einen Rabatt, sodass die Lenkungswirkung der Entschädigungszahlungen weiter abnimmt.²¹⁶⁰ Ungeachtet der tatsächlichen Wirkung der Entschädigungszahlungen gibt der Gerichtshof zu erkennen, dass er seinen Entschädigungsaussprüchen eine verhaltenssteuernde, aber keine strafende Funktion beimisst: “they [die Kriterien zur Ermittlung der Entschädigungssumme] must be such as to create a serious and effective means of dissuasion with regard to the repetition of unlawful conduct of the same type, without however assuming a punitive function.”²¹⁶¹ Damit rücken die Sanktion bereits geschehener und die Vermeidung zukünftiger Verstöße gegenüber dem Ausgleich des Schadens in den Vordergrund. Daher erscheint ein öffentlich-rechtliches Verständnis der angeordneten Rechtsfolgen naheliegend.²¹⁶² Natürlich dienen die Entschädigungen *auch*

2156 Vgl. *Fikfak*, LJIL 33 (2020), 360 f.

2157 Vgl. *Fikfak*, LJIL 33 (2020), 354.

2158 *Varuhas*, *Damages and Human Rights*, 2016, S. 258.

2159 Vgl. hierzu *Fikfak*, EJIL 29 (2019), 1091, 1107 f.

2160 Vgl. hierzu *Fikfak*, EJIL 29 (2019), 1091, 1110–1113. Allerdings zeigt sich in den Gründen für diesen “Rabatt” ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Dimension. *Fikfak* belegt anhand von Interviews, dass die Besorgnis um die Leistungsfähigkeit des Staates angesichts massenhafter Verfahren zu einer Absenkung der Entschädigungsbeiträge gegenüber der Ukraine geführt hat.

2161 EGMR (GK), *Guiso-Gallissay v. Italy*, 2009, Beschwerde-Nr. 58858/00, Rn. 85.

2162 Vgl. die Andeutungen in diese Richtung bei *Fikfak*, LJIL 33 (2020), 343, 360.

dem individuellen Ausgleich. Diesen Zweck überlagern jedoch öffentlich-rechtliche Gedanken.

Vor dem Hintergrund der Konstitutionalisierungsdebatten um den EGMR sind die intensive Anwendung der entschädigenden Feststellung und die übrige Entschädigungspraxis Belege eines öffentlich-rechtlichen (hier verfassungsrechtlichen) Verständnisses der Entschädigungsregeln. Insbesondere zeigt sich eine teilweise Abkehr vom Paradigma des vollen individuellen Ausgleichs und eine Wendung zu einer an überindividuellen Interessen ausgerichteten Entschädigungspraxis.

b) Die Praxis des IAGMR

Die Praxis des IAGMR zu immateriellen Schäden entspricht ebenfalls öffentlich-rechtlichen Vorstellungen. Natürlich schützt der IAGMR auch Individualrechte, wie nicht zuletzt das Dogma der Opferzentrierung belegt. Die Durchsetzung der Menschenrechte als Gemeinwohlinteresse nimmt vor dem IAGMR aber schon alleine wegen der Prävalenz repräsentativer Fälle systematischer und schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen einen größeren Raum ein.²¹⁶³ Aus dieser Sonderlage erklären sich einige Besonderheiten des inter-amerikanischen Menschenrechtsschutzes wie die Ergänzung um weitreichende nicht finanzielle Anordnungen oder die Begrenzung der Schadenshöhen bei einer großen Anzahl an Opfern.

Die Ausführungen zur öffentlich-rechtlichen Natur der ähnlichen Praxis des EGMR lassen sich auf die (spärliche) Praxis des IAGMR, das Urteil als eine ausreichende Genugtuung anzusehen, übertragen. Der IAGMR verwies nicht nur auf den EGMR in diesem Zusammenhang,²¹⁶⁴ sondern er stellt auch auf die geringe Schwere der Verletzungsfolgen als Voraussetzung dieser Praxis ab.²¹⁶⁵ Die Gesamtsituation des IAGMR unterscheidet sich allerdings vom EGMR. Die Anzahl anhängiger Verfahren ist deutlich geringer und die Frage einer Balance zwischen individuellem Rechtsschutz für jedes Opfer und verfassungsgerichtlichen Funktionen zur Wahrung der Konventionsordnung stellt sich für den IAGMR auf eine

2163 Vgl. *Stöckle*, Guarantees of Non-Repetition, 2021, S. 36, der von einer objektiven Rechtsschutzfunktion spricht, ebd. S. 23–46.

2164 Vgl. bspw. IAGMR, *Case of the "Street Children" (Reparations and Costs)*, 2001, Series C, No. 77, Rn. 88 (Fn. 80).

2165 Siehe oben unter § 9 B. III.

vollkommen andere Weise. Gleichwohl lässt sich der Verzicht auf eine (geringe) Entschädigung (oder die vollständige Ablehnung des Entschädigungsantrags) zugunsten der Feststellung der Konventionswidrigkeit als eine öffentlich-rechtliche Umdeutung der Rechtsfolgen lesen, weil sie die Idee des Ausgleichs gegenüber der Legalitätskontrolle und der Wahrung der Konventionsordnung zurückdrängt. Mit anderen Worten liegt im Verzicht auf eine Geldentschädigung die Wertung, dass ein Gemeinwohlinteresse an einer Geldzahlung zur Wahrung der Konventionsordnung nur ab einer gewissen Schwere besteht. So verstanden wird auch eine gewährte Entschädigung zu einem öffentlich-rechtlichen Instrument, dessen individuelle Ausgleichsfunktion zurücktritt. Zusätzlich ließe sich angesichts der Grenzen staatlicher Leistungsfähigkeit der Verzicht auf die Entschädigung in Geld auch als ein Entgegenkommen gegenüber den Besonderheiten des Staates als Schuldner (wegen seiner Insolvenzunfähigkeit,²¹⁶⁶ der Zweckbindung seiner Mittel und seinen (menschenrechtlich fundierten) Pflichten, für seine Bevölkerung zu sorgen)²¹⁶⁷ deuten.

Eine Gruppe der Fälle, in denen der Gerichtshof keine Geldentschädigung für immaterielle Schäden gewährt hat, ist jedoch *prima facie* nur bedingt als öffentlich-rechtliche Entwicklung rekonstruierbar: Fälle der konventionswidrigen Verhängung der Todesstrafe. Diese Fälle fallen aus dem Raster, weil sie schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen betreffen.²¹⁶⁸ In den Fällen zur Todesstrafe lehnte der IAGMR zwar eine Geldentschädigung für die Opfer ab. Jedoch ordnete er andere Maßnahmen wie die Wiederaufnahme des Verfahrens an, um auf die Menschenrechtsverletzung zu reagieren.²¹⁶⁹ D. h. dem Interesse an der Beseitigung der Menschenrechtsverletzung kommt der IAGMR nach. Angesichts der Schwere des immateriellen Leids, auf die Vollstreckung einer Todesstrafe warten zu müssen, wirkt der Verzicht auf finanzielle Entschädigungen wie ein moralisches Unwerturteil gegenüber den Opfern.²¹⁷⁰ Zwar ließe sich diese Rechtsprechungspraxis als Ausdruck austeilender Gerechtigkeit, vielleicht sogar als Ausdruck einer Gemeinwohlorientierung, rekonstruieren: Angesichts der Knappheit der Güter (staatliche Mittel) liegt hierin die Entscheidung,

2166 Vgl. zur völkerrechtlichen Rechtslage *Waibel*, Sovereign Defaults, 2011, S. 14 f. und *passim*; vgl. zur deutschen Rechtslage § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

2167 Vgl. *Weller*, Die Grenze der Vertragstreue von (Krisen-) Staaten, 2013, S. 61 f.; siehe auch unten unter § 13 A. III.

2168 Siehe oben unter § 9 B. III.

2169 Vgl. bspw. IAGMR, *Fermín Ramírez v. Guatemala*, 2005, Series C, No. 126, Rn. 130.

2170 Siehe hierzu bereits oben unter § 9 B. III.

dass es in diesen Fällen eines solchen Ersatzes zur Wahrung der Konventionsordnung nicht bedürfe. Dabei bleibt jedoch ein fader Beigeschmack, weil Menschenrechte unabhängig von der Person (und den Taten) eines Opfers gelten.²¹⁷¹

Eine klare öffentlich-rechtliche Note haben die umfangreichen nicht finanziellen Anordnungen des Gerichtshofs, weil diese teils kollektive Dimensionen haben und das zugrundeliegende strukturelle Problem abstellen sollen.²¹⁷² Diese Anordnungen stehen allerdings nicht im Vordergrund dieser Arbeit, weshalb es bei diesem Hinweis sein Bewenden haben soll. Nähere Aufmerksamkeit an dieser Stelle verdient indes die inter-amerikanische Besonderheit, das Lebensprojekt als eigenständigen Schadensposten anzuerkennen.²¹⁷³ Angesichts der vielen Unklarheiten um die Rechtsfigur ist deren Einordnung anhand der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht nicht ganz leicht. Allerdings ist der Kern dieser Rechtsfigur wohl eher ein idealtypisch privatrechtlicher, weil sie auf einen möglichst vollständigen Ausgleich des erlittenen Schadens abzielt. Die Figur ist dabei vielleicht eine der markantesten Ausprägungen des opferzentrierten Ansatzes, der das privatrechtsanaloge Erbe des Völkerrechts überwinden sollte.²¹⁷⁴ Insofern zeigt sich hier, dass die Abkehr von einer privatrechtsanalogen Konzeption des Schadensersatzes hin zu einem opferzentrierten Verständnis nicht mit einer Publizifizierung gleichbedeutend ist.²¹⁷⁵

Öffentlich-rechtliche Tendenzen in der Praxis zum immateriellen Schadensersatz finden sich auch in den zugesprochenen Schadensersatzsummen. Die Literatur diagnostiziert eine Tendenz des Gerichtshofs, bei einer höheren Opferzahl geringere Schadensersatzsummen als in Verfahren mit wenigen Opfern auszuwerfen.²¹⁷⁶ Der Gerichtshof soll hierdurch die Umsetzbarkeit der verhängten Schadensersatzzahlungen für den verurteilten Konventionsstaat gewährleisten.²¹⁷⁷ Diese Erwägung ist von besonderem Interesse, weil sie die allgemeinen Erwägungen zur Interessenlage bei der Haftung des Staates gegenüber Individuen spiegelt. Im Gegensatz zu

2171 Vgl. *Antkowiak/Gonza*, The American Convention on Human Rights, 2017, S. 297.

2172 Siehe oben für Beispiele unter § 9 B.

2173 Siehe oben unter § 9 B. II.

2174 Vgl. IAGMR, *Loayza-Tamayo v. Peru*, *Reparations*, 1998, Series C, No. 42, Rn. 6–12.

2175 Siehe hierzu oben unter § 13 A. II. 1.

2176 So bspw. *Antkowiak/Gonza*, The American Convention on Human Rights, 2017, S. 298; *Stöckle*, *Guarantees of Non-Repetition*, 2021, S. 74.

2177 *Antkowiak/Gonza*, The American Convention on Human Rights, 2017, S. 298.

privatrechtsanalogen zwischenstaatlichen Verfahren ist der Staat bei Individualbeschwerdeverfahren einer potentiell unüberschaubaren Anzahl von Verfahren ausgesetzt.²¹⁷⁸ Zwar ist das Verfahren vor dem IAGMR einer Individualbeschwerde lediglich in bestimmten Aspekten angenähert.²¹⁷⁹ Gleichwohl zeigt der IAGMR ein Bewusstsein für die Besonderheiten des Staates als Schuldner und die Eigenart der hoheitlichen Haftung für Menschenrechtsverletzungen. Zusätzlich hält der IAGMR Abweichungen vom Grundsatz der vollständigen und individuellen Entschädigung für menschenrechtskonform, wenn es die Anzahl an Menschenrechtsverletzungen unmöglich macht, vollständigen Ausgleich zu gewähren. Solche Situationen treten insbesondere bei der Bewältigung des Unrechts einer Diktatur oder nach einem bewaffneten Konflikt ein.²¹⁸⁰ Damit leitet das Wissen um die Besonderheit des Staates als Schuldner einer großen Vielzahl von Ansprüchen die Argumentation des Gerichtshofs, obwohl sich dessen Anwendung nicht empirisch nachweisen lässt.²¹⁸¹

Der IAGMR hat sich in seiner Praxis zum immateriellen Schadensersatz zwar deutlich an einigen Stellen vom zwischenstaatlichen Völkerrecht gelöst; allerdings haben diese Abweichungen nur zum Teil den Charakter einer öffentlich-rechtlichen Entwicklung. Soweit sie mit dem EGMR übereinstimmen, finden sich jedoch Anhaltspunkte für eine einheitliche öffentlich-rechtliche Entwicklung.

c) Die Praxis des AfGMRRV

Der AfGMRRV sah nur ganz vereinzelt von einer (substanziellen) Entschädigung für immaterielle Schäden ab. In neueren Entscheidungen ist er dazu übergegangen, eine symbolische Entschädigung in Höhe von CFA Franc 1 zu gewähren.²¹⁸² An diesen Fällen fiel auf, dass die Menschenrechtsverletzungen stets auch eine kollektive Dimension hatten, weil sie etwa Wahlen, Verfahren von Nichtregierungsorganisationen oder die Durchsetzung der

2178 Siehe hierzu bereits oben unter § 2 C. II.

2179 Siehe hierzu oben unter § 9 A.

2180 *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 232 unter Verweis auf IAGMR, *Operation Genesis v. Colombia*, 2013, Series C, No. 270, Rn. 470.

2181 *Gonzalez-Salzberg*, Harvard Human Rights Journal 34 (2021), 103 f.

2182 Siehe oben unter § 10 B. II.

Urteile des AfGMRRV betrafen.²¹⁸³ Mit anderen Worten sah der Gerichtshof von einer (substanziellen) Entschädigung ab, wenn die Auswirkungen der Menschenrechtsverletzung auf die Allgemeinheit zwar schwerwiegend waren, aber nicht für die Beschwerdeführer*innen persönlich. Diese waren also vor allem Vertreter*innen eines Gemeinwohlinteresses. So verstanden lässt sich der Verzicht auf eine (substanzielle) Geldentschädigung als eine öffentlich-rechtliche Entwicklung lesen, weil der Gerichtshof hier der Legalitätskontrolle Vorrang vor einem vollständigen Ausgleich einräumt, also das Gemeinwohlinteresse über die individuelle Schadloshaltung stellt. Insofern lassen sich die Überlegungen zum EGMR und dem IAGMR übertragen. Insbesondere hatte der AfGMRRV in seiner ersten Entscheidung, in der er die Feststellung der Menschenrechtsverletzung noch als Genugtuung genügen ließ, auf die Praxis des IAGMR verwiesen.²¹⁸⁴ Daher steht diese Entwicklung im Zusammenhang mit der Praxis der beiden anderen großen Menschenrechtsgerichtshöfe.

Der Gerichtshof erlegt Verletzterstaaten bspw. Gesetzesreformen als Folge festgestellter Menschenrechtsverletzungen auf.²¹⁸⁵ Diese Anordnungen nimmt der Gerichtshof mittlerweile auch in den operativen Teil der Entscheidungen zur Wiedergutmachung auf.²¹⁸⁶ Damit haben die nicht finanziellen Anordnungen des AfGMRRV – ebenso wie die vergleichbare Praxis des IAGMR – eine über den individuellen Fall hinausgehende Wirkung, die auf die umfassende Umsetzung der Menschenrechtsgarantien zielt. Damit nimmt der Gerichtshof insoweit auch dem öffentlichen Recht zuzurechnende Funktionen wahr.

An anderer Stelle wurde bereits ausgeführt, dass der AfGMRRV für die Verletzung des Rechts auf einen rechtlichen Beistand aus Art. 7 Abs. 1 lit. c AfCMRRV immer die gleiche Entschädigungssumme auswirft.²¹⁸⁷ Da diese Fälle einen erheblichen Teil der Entscheidungen

2183 Vgl. AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011; AfGMRRV, *AFDF and IHRDA v. Mali*, 2018, Beschwerde-Nr. 046/2016; siehe auch insbesondere oben auf S. 332 f.

2184 Vgl. AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 37 (Fn. 12). Der AfGMRRV verwies zusätzlich auf die Entscheidung des IGH im *Corfu-Channel-Fall*, d. h. auf das zwischenstaatliche Völkerrecht. Welche Folgen hieraus für die Charakterisierung der Praxis zu ziehen sind, soll unten unter § 13 B. näher erläutert werden.

2185 Vgl. bspw. AfGMRRV, *AFDF and IHRDA v. Mali*, 2018, Beschwerde-Nr. 046/2016,

2186 *Capone*, *The International Journal of Human Rights* 24 (2020), 585 f.

2187 Siehe oben unter § 10 B. III.

des AfGMRRV ausmachen, ist diese Entschädigungsform ein prägender Bestandteil der Gerichtspraxis. Auch diese lässt sich als eine öffentlich-rechtliche Nuancierung der Entschädigung immaterieller Schäden lesen. Immaterielle Schäden in Geld zu ersetzen entspricht grundsätzlich der Logik des individuellen Ausgleichs.²¹⁸⁸ Daher ist der immaterielle Schadensersatz eher privatrechtlich. Das Paradigma des individuellen Ausgleichs würde allerdings verlangen, dass jeder Fall nach seinen konkreten Umständen (Ausmaß des Leids etc.) behandelt wird. Dies tut der Gerichtshof aber gerade nicht. Angesichts der Vielzahl dieser Fälle mag das Vorgehen auch der Arbeitserleichterung und Rationalisierung geschuldet sein; indes scheint eine andere Erklärung plausibler. Den Verfahren liegt ein strukturelles Problem zugrunde: Tansania verweigerte Beschuldigten in Strafverfahren systematisch einen (kostenlosen) Rechtsbeistand. Dass der AfGMRRV in dieser Situation dieselbe Summe ungeachtet des konkreten Leids der Opfer zuspricht, lässt sich als eine Botschaft an Tansania lesen. Die Geldsummen sollen Tansania zur Befolgung seiner menschenrechtlichen Verpflichtungen anhalten, d. h. konkret zur Gewährleistung eines kostenlosen Rechtsbeistands für Beschuldigte in Strafverfahren. Die Entschädigungssumme wird somit zu einem Zwangsgeld, das Tansania zur Rechtstreue bewegen soll. Folglich ist das übergreifende Gemeinwohlinteresse an der Verwirklichung der Menschenrechte der AfCMRRV das Motiv dieser Entschädigungspraxis. Diese lässt sich daher als Ausdruck öffentlich-rechtlicher Gedanken rekonstruieren.

Der Menschenrechtsschutz verfolgt nicht nur allgemein über den Einzelnen hinausgehende Gemeinwohlinteressen, sondern es zeigt solche öffentlich-rechtlichen Tendenzen konkret in der Praxis zum Ersatz immaterieller Schäden. Insbesondere lässt sich das Absehen von einer (substanziellen) Geldentschädigung in Fällen einer individuell geringfügigen Verletzung der Menschenrechte als eine öffentlich-rechtliche Variation der Schadensfolgen lesen. Im Zuge dieser Variation rückt die Rechtmäßigkeitskontrolle in den Fokus, sofern an einer Geldentschädigung kein öffentliches, d. h. übergeordnetes, Interesse an der Verteidigung der Konventionsordnung besteht. Wegen der Bezugnahmen des IAGMR und des AfGMRRV auf die

2188 Allerdings kann auch die Geldentschädigungspraxis des EGMR öffentlich-rechtlich rekonstruiert werden, siehe oben unter § 13 A. II. 1. a).

europäische bzw. inter-amerikanische Praxis liegt hierin eine gemeinsame Entwicklung im Menschenrechtsschutz, die von den jeweiligen Vertragsnormen (Artt. 41 EMRK, 63 Abs. 1 IAMRK, 27 Abs. 1 Protokoll AfGMRRV) zu den Rechtsfolgen einer Menschenrechtsverletzung unabhängig ist.

2. Investitionsschutzrecht

Im Gegensatz zum Menschenrechtsschutz erfordert die Einordnung des Investitionsschutzrechts als öffentlich-rechtlich einen größeren Argumentationsaufwand. Das Investitionsschutzrecht greift auf Konfliktlösungsmittel der (Handels-) Schiedsgerichtsbarkeit für verwaltungsrechtsähnliche Streitigkeiten im Rahmen eines (im Wesentlichen) völkerrechtlichen Rechtsrahmens zurück. Damit mischen sich schon auf den ersten Blick verschiedene Einflüsse im Investitionsschutzrecht. Daher verwundert es nicht, dass die Natur dieses Rechtsgebiets lebhaft umstritten ist.²¹⁸⁹ Für die Arbeit ist alleine entscheidend, dass das Investitionsschutzrecht *auch* Charakteristika der Regulationssituation des öffentlichen Rechts aufweist: die Regelung eines Über-Unterordnungsverhältnisses und den Streit um die Reichweite hoheitlicher Befugnisse.²¹⁹⁰ Aber es ähnelt nicht nur strukturell dem öffentlichen Recht, sondern es verfolgt auch Ziele, die den Grundideen des öffentlichen Rechts (austeilende Gerechtigkeit; Gemeinwohlbindung; Begründung und Begrenzung staatlicher Macht) entsprechen. Das Investitionsschutzrecht diszipliniert nicht nur die Ausübung staatlicher Gewalt und setzt ihr rechtsstaatliche Grenzen,²¹⁹¹ sondern es verfolgt auch über den Schutz der Investitionen hinausgehende Zwecke. Wie sich aus den Formulierungen der Präambeln einiger BITs ergibt, dienen diese der Herstellung guter Investitionsbedingungen zur Förderung der Gesamtwirtschaft der Vertragsstaaten.²¹⁹² Auch der Schutz der Investor*innen dient lediglich

2189 Vgl. hierzu *Roberts*, AJIL 45 (2013), 45–94; siehe auch oben auf S. 83.

2190 Vgl. *Schill*, Introduction, in: International Investment Law and Comparative Public Law, 3, 15 und 17; siehe auch oben unter § 2 C. I.

2191 Vgl. *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2022, S. 32; vgl. auch *Schill*, VJIL 52 (2011–2012), 59.

2192 Vgl. bspw. die Präambel des Deutschen Muster BIT: “recognizing that the encouragement and contractual protection of such investments are apt to stimulate private business initiative and to increase the prosperity of both nations”, Bundeswirtschaftsministerium, Deutscher Muster Investitionsschutzvertrag, 2008, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ital025.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

diesem Zweck.²¹⁹³ Ihr Ziel und Zweck (“object and purpose”) im Sinne von Art. 31 Abs. 1 WVRK²¹⁹⁴ ist also gemeinwohlorientiert. Nach einem solchen Verständnis entspricht das Telos des Investitionsschutzrechts öffentlich-rechtlichen Ideen und ähnelt nicht nur der Regulationssituation des innerstaatlichen Verwaltungsrechts.

Diese allgemeinen Erwägungen zur öffentlich-rechtlichen Charakteristik des Investitionsschutzrechts können wir auf die Praxis zum immateriellen Schadensersatz übertragen. Die Voraussetzung “außergewöhnlicher Umstände” lässt sich als Ausfluss öffentlich-rechtlicher Gedanken rekonstruieren, weil sie den immateriellen Schadensersatz zu einem Instrument der austeilenden Gewalt macht und zugleich Gemeinwohlinteressen in den Vordergrund rückt. Beide Aspekte ergeben sich aus der Formulierung der *Lemire*-Formel.²¹⁹⁵ Das Schiedsgericht knüpft den Ersatz immaterieller Schäden letztlich an einen Verstoß gegen die Normen, die zivilisierte Staaten zu achten haben.²¹⁹⁶ Darin schwingt nicht nur ein moralischer Unterton mit. Vielmehr bewirkt die Verknüpfung immateriellen Schadensersatzes mit dieser Voraussetzung, dass der immaterielle Schadensersatz zu einer Sanktion für besonders missbilligenswertes staatliches Verhalten wird.²¹⁹⁷

2193 Vgl. für eine solche Auslegung des Ziels und Zwecks eines BIT *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Teilschiedsspruch, 17. Mai 2006, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/961> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 300; vgl. auch für die Verfolgung ordnungspolitischer Interessen durch das Investitionsschutzrecht *Schill*, VJIL 52 (2011–2012), 59 und 72 f.; vgl. zu den unterschiedlichen Auffassungen zum Sinn und Zweck investitionsschutzrechtlicher Verbürgungen (Schutz von Investition und Investor*in oder Förderung des Gemeinwohls durch ausländische Investitionen) *Roberts*, AJIL 45 (2013), 51.

2194 Vgl. ICSID, *Siemens A.G. v. the Argentine Republic*, Entscheidung (Jurisdiction), 3. August 2004, Case No. ARB/02/8, Rn. 81; vgl. weiterführend zur Rolle teleologischer Auslegung im Investitionsschutzrecht *Reinisch*, Interpretation, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, 372–410, 396–401.

2195 Allerdings bezieht sich die Entscheidung an dieser Stelle im Gegensatz zu anderen Passagen nicht ausdrücklich auf das öffentliche Recht einzelner Staaten oder öffentlich-rechtliche Gedanken, vgl. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, *Jurisdiction*, 2010, Case No. ARB/06/18, Rn. 505 f.; vgl. für eine eingehende Analyse rechtsvergleichender Argumente in der Investitionsschiedspraxis *Peat*, *Comparative Reasoning*, 2019, S. 119–127.

2196 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 333.

2197 Ebenso *von Barga*, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 116; ebenfalls für eine Verquickung kompensatorischer und sanktionierender Elemente *Champagne*, McGill Journal of Dispute Resolution 1 (2015), 38; vgl. auch ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15,

Der immaterielle Schadensersatz dient in diesem Falle nicht mehr nur dem Ausgleich eines entstandenen Leids, weil es hierzu einer solchen Qualifikation der Verletzungshandlung nicht bedürfte. Vielmehr wird der immaterielle Schadensersatz wegen dieser Voraussetzung zu einem Signal an den Verletzterstaat, gewisse Mindeststandards zu wahren. Umgekehrt führt diese Verknüpfung in Fällen der Nichtgewährung eines immateriellen Schadensersatzes dazu, dass trotz eines immateriellen Schadens kein Geldersatz anfällt. Dahinter scheint die Wertung zu stehen, dass hier kein (Sanktions-)Bedürfnis für einen Ersatz besteht.²¹⁹⁸ Folglich wird der immaterielle Schadensersatz zur Sanktion, also zum Ausfluss austeilender Gewalt. Ein öffentlich-rechtlicher Bezug der *Lemire*-Formel wird umso klarer, wenn man sie mit dem oben angeführten Zweck investitionsschutzrechtlicher Verträge (die Förderung der Gesamtwirtschaft der Vertragsstaaten) in Beziehung setzt: Nur bei schwerwiegenden Verletzungen bedarf es des immateriellen Schadensersatzes, um den jeweiligen Staat zur Aufrechterhaltung rechtsstaatlicher Investitionsbedingungen zu bewegen. Hiermit verfolgt der immaterielle Schadensersatz durch seine Ausgestaltung in der *Lemire*-Formel einen Gemeinwohlzweck. Insgesamt stellt sich die Verquickung des immateriellen Schadensersatzes mit der Formulierung der *Lemire*-Formel als Ausdruck öffentlich-rechtlicher Gedanken dar, weil sie Ausdruck austeilender Gerechtigkeit und gemeinwohlorientiert ist.²¹⁹⁹

Allerdings sollte der sanktionierende Charakter des immateriellen Schadensersatzes nach der *Lemire*-Formel nicht zu der Schlussfolgerung verleiten, die Schiedsgerichte würden einen Strafschadensersatz gewähren. Zwar ist ein Vorwurf in der Literatur, die Schiedspraxis habe ungerechtfertigter

Rn. 916 im Kontext der Gewährung immateriellen Schadensersatzes für das Leid der Angestellten einer Schiedsklägerin; vgl. allgemein zu dieser Funktion des immateriellen Schadensersatzes im Investitionsschutzrecht *Dumberry*, Journal of International Arbitration 27 (2010), 275; zustimmend *Blake*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 381.

2198 So ausdrücklich ICSID, *OI Europe v. Venezuela*, 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 915 f.; in eine ähnliche Richtung tendierend *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 900.

2199 Vgl. die ähnlichen Erwägungen zur Funktion eines immateriellen Schadensersatzes bei *Blake*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 381. Allerdings lehnt *Blake* erhöhte oder zusätzliche Voraussetzungen zum Ersatz immaterieller Schäden ab.

Weise immateriellen Schadensersatz und Strafschadensersatz vermengt.²²⁰⁰ Wichtig ist aber, dass der immaterielle Schaden nach der *Lemire*-Formel nur *zusätzlich* eine solche sanktionierende Funktion erhält. Ein immaterieller Schaden muss weiterhin bestehen. Deshalb ist die zutreffende Charakterisierung, dass der Ausgleichsgedanke um sanktionierende Elemente ergänzt wird. In der Folge ist der Ersatz kein (reiner) Strafschadensersatz trotz der Überschneidungsmengen zwischen Strafschadensersatz und immateriellem Schadensersatz.²²⁰¹

Die Bindung des Geldersatzes an die Schwere der Verletzung lässt sich noch auf einem weiteren Weg als spezifisch öffentlich-rechtlich lesen. Wie bereits mehrfach angeführt, ist der Staat ein besonderer Deliktsschuldner, weil sein Handeln dem Gemeinwohl dienen soll und seine Haftungsmasse gleichzeitig Gemeinwohlbindungen unterliegt.²²⁰² Indem die Haftung des Staates für hoheitliches Handeln begrenzt wird, trägt die Regel diesen Besonderheiten Rechnung. Dieser allgemeine Gedanke lässt sich in diversen innerstaatlichen Staatshaftungsregimen nachweisen²²⁰³ und erlaubt ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Rekonstruktion der Schiedspraxis.

Gegen die vorgeschlagene Rekonstruktion spricht allerdings, dass die einzige²²⁰⁴ inhaltliche Begründung der Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände auf ein klassisches privatrechtliches Argument zurückgreift. Im

2200 Vgl. *Laird*, ICSID Review 26 (2011), 183; ähnlich *Champagne*, McGill Journal of Dispute Resolution 1 (2015), 37 f.; vgl. auch *Jagusich/Sebastian*, Arbitration International 29 (2013), 60 f.; *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 496 f. In eine ähnliche Richtung tendiert *Lattys* Stellungnahme (*Latty*, AFDI 54 (2008), 501), der allerdings alleine die subjektiven Kriterien, die in *Desert Line v. Yemen* angeführt werden, thematisiert. Ansatzweise ebenso *Cabrera*, Moral Damages in Investment Arbitration, in: Investment Treaty Arbitration and International Law, 197, 212. Die Formulierungen in der Schiedspraxis bieten hierfür tatsächlich gewisse Anhaltspunkte, vgl. ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545.

2201 Siehe oben unter § 5 B. III.

2202 Freilich entspricht es auch dem Gemeinwohl, für rechtswidriges Verhalten Ersatz zu leisten. Insoweit wirkt sich aus, dass das Gemeinwohl ein ausfüllungsbedürftiger und offener Begriff ist. Allerdings ist die Besonderheit, dass der Staat (anders als private Deliktsschuldner*innen) im Rahmen seiner Schutzpflichten die Menschenrechte aller Bürger*innen gewährleisten muss. Folglich stehen sich bei der staatlichen Haftung konfligierende Positionen gegenüber, die eines Ausgleichs bedürfen, vgl. *Oliphant*, The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, in: The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, 849, 860 f.

2203 Siehe oben unter § 13 A. I.

2204 Siehe oben unter § 11 B. III. 1.

Fall *Arif v. Moldova* hatte das Schiedsgericht moniert, dass es das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien und die Verteilung der Risiken zwischen diesen erheblich verschieben würde, für jedes “sentiment of frustration and affront with the victim”²²⁰⁵ einen zusätzlichen Schadensbetrag zu gewähren. In diesen Ausführungen klingt ein klassisches Argument nationaler Privatrechtsordnungen gegen die Anerkennung immateriellen Schadensersatzes für die vertragliche Nicht- oder Schlechtleistung an.²²⁰⁶ Allerdings hat sich, wie oben herausgearbeitet, der Maßstab aus der Entscheidung *Arif v. Moldova* gerade nicht durchgesetzt.²²⁰⁷ Daher sind diese Erwägungen für die Ratio der Voraussetzung “außergewöhnlicher Umstände” nicht repräsentativ. Hinzu kommt, dass ein wesentlicher Schlüssel zum Verständnis der Praxis in der konkreten Formulierung der *Lemire*-Formel liegt, die sich gegenüber dem Vorschlag des Schiedsgerichts im *Arif*-Fall durchgesetzt hat. Damit greifen solche Bedenken gegen eine öffentlich-rechtliche Rekonstruktion der *Lemire*-Formel nicht durch.

Dass die Praxis zum immateriellen Schadensersatz von überindividuellen Gedanken getragen ist, zeigt sich auch in der an anderer Stelle näher diskutierten Erscheinung, im Investitionsschutzrecht Investor*innen für die immateriellen Schäden ihrer Angestellten zu entschädigen. Diese dogmatisch nur schwer begründbare Praxis²²⁰⁸ offenbart ein öffentlich-rechtliches Verständnis des Schadensersatzes als Sanktion, d. h. Ausdruck austeilender Gewalt. Wie das Schiedsgericht im *von-Pezold*-Fall ausführte, diene der immaterielle Schadensersatz für das Leiden der Angestellten auch der Verurteilung des Verhaltens des beklagten Staates (“condemning the actions of the offending State”).²²⁰⁹ Folglich greift das Schiedsgericht auf spezial- und generalpräventive Gedanken zurück, um diese waghalsige Konstruktion zu rechtfertigen. Unabhängig von der Überzeugungskraft dieser Erwägung belegt sie, dass den immateriellen Schadensersatz in geringerem Maße die privatrechtliche Idee des Ausgleichs und in stärkerem Maße übergreifende Interessen an der Wahrung rechtsstaatlicher Mindeststandards durch die jeweiligen Vertragsstaaten prägen.

2205 ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 592.

2206 Vgl. *Rogers*, Art. 10:301 Non-Pecuniary Damage, in: *Principles of European Tort Law*, 171, 173 f.

2207 Siehe hierzu oben unter § 11 B. III. 2.

2208 Siehe oben unter § 11 B. II. 3.

2209 ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 916.

Bei allen Unterschieden zwischen den drei großen regionalen Menschenrechtsschutzsystemen und dem Investitionsschutzrecht lassen sich in der Handhabung immateriellen Schadensersatzes Anhaltspunkte für die Verwirklichung öffentlich-rechtlicher Gedanken finden. Dies gilt insbesondere für die festgestellte Mindestschwere der Verletzung als Voraussetzung des immateriellen Schadensersatzes in allen Teilgebieten. Trotz der jeweils unterschiedlichen Höhen der Schwelle²²¹⁰ lässt sich diese als öffentlich-rechtlich rekonstruieren. Denn in ihr steckt erstens die Wertung, dass erst ab einer gewissen Schwere der Ausgleich in Geld für die Verteidigung und Aufrechterhaltung der jeweiligen Regeln notwendig ist. Zweitens lässt sich die Begrenzung der finanziellen Haftung des Staates als ein Entgegenkommen gegenüber den Besonderheiten des Staates als Schuldner verstehen. Drittens hat der Rückgriff auf eine Feststellung bzw. einen symbolischen Schadensersatz eine öffentlich-rechtliche Dimension, weil darin eine Wendung hin zu einer Rechtmäßigkeitskontrolle, anstatt eines Regimes zum Schadensausgleich liegt. Letzterem würde es entsprechen, entweder noch so geringe Schäden auszugleichen oder in diesen Fällen den Entschädigungsantrag des Opfers vollständig abzulehnen. Jedoch ist eine Tendenz zu alternativen Schadensfolgen für das Investitionsschutzrecht nicht eindeutig nachweisbar.²²¹¹ Insgesamt sprechen jedoch anhand der in § 2 entwickelten Charakteristika des öffentlichen Rechts gute Gründe dafür, in der beobachteten Entwicklung Anhaltspunkte für die Publizierung der Privatrechtsanalogie immaterieller Schadensersatz zu sehen.

III. Öffentliches Recht und Totalreparation

Wenn die Arbeit damit den teilweisen Verzicht auf eine vollständige Schadloshaltung in Geld als Ausdruck des öffentlichen Rechts "adelt", muss sie sich fragen lassen, ob nicht gerade der Staat vollumfänglich haften müs-

2210 Siehe oben unter § 12 B. II.

2211 Siehe oben unter § 11 B. III. 4.

se.²²¹² Immerhin ist die Staatshaftung Ausfluss der Rechtsstaatlichkeit²²¹³ und der Grundrechte.²²¹⁴ In *Bydlinskis* Worten ließe sich daher entgegenhalten: „Ein Staat hat als Schadenersatzpflichtiger ja gewiss keinen hoheitlichen Vorrang.“²²¹⁵ Zudem soll die Verletzung durch den Staat einen noch größeren (immateriellen) Schaden hervorrufen können als die Schädigung durch eine andere Privatperson: eben weil der Staat Garant der Rechtsordnung ist, soll ein Rechtsverstoß durch den Staat besonders frustrierend sein.²²¹⁶

Dieser Einwände ungeachtet ist die Haftung des Staates in vielen Staaten auf die eine oder andere Art und Weise begrenzter als die deliktische Haftung.²²¹⁷ Das lässt sich richtigerweise als Ergebnis einer Abwägung konfligierender Positionen erklären. Denn der Staat ist, wie bereits mehrfach betont, auch insofern ein besonderer Deliktsschuldner, als er für sein hoheitliches Handeln einerseits besondere Befugnisse (nämlich einseitig verbindlich zu handeln) zum gemeinen Wohl gebraucht und seine Haftungsmasse andererseits auch dem Gemeinwohl (und der Erfüllung menschenrechtlicher Pflichten) dient.²²¹⁸ Angewendet auf die Menschenrechte bedeutet das Folgendes (wobei für das Investitionsschutzrecht mit anderer Gewichtung vergleichbare Argumente in Anschlag gebracht werden können): So wichtig der Ersatz bei schweren (Menschen-) Rechtsverletzungen auch ist, die Entschädigungspflicht für Völkerrechtsverletzungen ist keine Norm des zwingenden Völkerrechts.²²¹⁹ Folglich sind Abweichungen

2212 Allerdings kennt auch die privatrechtliche Haftung Bagatellgrenzen. Daher mag die menschenrechtliche Geringfügigkeitsschwelle im Vergleich zum Deliktsrecht nicht immer eine Einschränkung der Geldentschädigung bedeuten. Gleichwohl unterscheiden sich die tragenden Erwägungen. Gerade das Investitionsschutzrecht setzt allerdings eine deutlich höhere Schwelle als Bagatellen, siehe hierzu näher unten unter § 13 B.

2213 *Papier/Shirvani* in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Lieferung 91 2020, Art. 34 Rn. 12; vgl. für Europa *Dörr*, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, I.

2214 BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), *Kunduz*, NVwZ 2021, 398, 400 (Rn. 24); BVerfG, NVwZ 2022, 1722, 1724 f. (Rn. 84–87); *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, *passim*; siehe auch die Nachweise oben in Fn. 234 f.

2215 *Bydlinski*, Methodologische Ansätze zum Schadenersatzrecht der EMRK, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 129, 208.

2216 Vgl. *Oskierski*, Schadenersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 70.

2217 Siehe oben unter § 13 A. I.

2218 Siehe hierzu oben unter § 2 C. II.

2219 Vgl. IGH, *Jurisdictional Immunities of the State*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 99, 141 (Rn. 94).

vom Grundsatz des vollen Ausgleichs möglich und gerade bei massenhaften und systematischen Menschenrechtsverletzungen auch aus Sicht der Menschenrechte zulässig.²²²⁰ Das macht eine Kontrollüberlegung plausibel: Wenn es ein menschenrechtliches Recht auf Wiedergutmachung gibt, dann ist es wie jedes Menschenrecht auch einschränkbar. Folglich kann ein Menschenrecht auf Wiedergutmachung zum Erreichen legitimer Ziele eingeschränkt werden, wozu bei massenhaften Menschenrechtsverletzungen auch die finanziellen Grenzen des Staates sowie konfligierende Rechte Dritter (Gewährleistung der Menschenrechte Dritter und die Erfüllung anderer wichtiger Staatsaufgaben) zählen können.²²²¹ So verstanden ist eine Abkehr vom Grundsatz der Totalreparation mit einer öffentlich-rechtlichen Lesart der Rechtsfolgen eines Völkerrechtsverstoßes kompatibel.

Diese allgemeinen Erwägungen erklären aber noch nicht, warum die Entscheidungspraxis gerade im Rahmen des immateriellen Schadensersatzes und nicht beim materiellen Schadensersatz Abstriche macht.²²²² Eine Erklärung hierfür könnte in der Eigenart immaterieller Schäden liegen, in Geldsummen nur schwer fassbar zu sein. Ihre Übersetzung in einen Geldbetrag ist daher hochgradig irrational und willkürlich.²²²³ Richtigerweise erklärt sich die Höhe alleine aus Konventionen.²²²⁴ Zwar liefert die Schwierigkeit der Berechnung kein grundsätzliches Argument gegen das Ausbleiben einer Entschädigung.²²²⁵ Jedoch mögen die Schwierigkeiten bei der Monetarisierung den Anlass bieten, gerade bei diesem Schadensposten die Notwendigkeit eines Geldersatzes gegenüber anderen Interessen zurückstehen zu lassen.

2220 Siehe für die inter-amerikanische Praxis oben unter § 9 B. I. 3.

2221 Vgl. *Peters*, Conclusion, in: *Reparation for Victims of Armed Conflict*, 265, 272. Ähnliche Erwägungen gelten *mutatis mutandis* für innerstaatliche Rechtsordnungen. Wenn aus den Grundrechten auch eine Haftung folgt, wie das BVerfG seit Kurzem für die deutsche Rechtsordnung annimmt (siehe die Nachweise oben in Fn. 234), ist deren Ausgestaltung Ergebnis einer Abwägung konfligierender Grundrechte und Interessen, BVerfG, NVwZ 2022, 1722, 1725 (Rn. 90).

2222 Siehe zur alternativen Erwägung, dass das Völkerrecht hier lediglich auf das Problem der Identifizierung ersatzfähiger Schäden eine mit Privatrechtsordnungen vergleichbare Lösung gefunden hat unten unter § 13 B.

2223 Vgl. *Rogers*, Comparative Report, in: *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, 245, 247 f., der solche Einwände allerdings relativiert.

2224 Siehe die Nachweise oben in Fn. 765.

2225 Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 40; so auch *Rogers*, Comparative Report, in: *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, 245, 248.

Insgesamt steht die vorgeschlagene Lesart der Entwicklungen im individualberechtigenden Völkerrecht damit nicht im Konflikt zu öffentlich-rechtlich fundierten Begründungen völkerrechtlicher Wiedergutmachungspflichten.

B. Alternative Erklärungsmuster

Die vorangegangenen Abschnitte haben eine öffentlich-rechtliche Lesart der festgestellten Ausdifferenzierung des Völkerrechts in der Behandlung immaterieller Schäden vorgeschlagen. Diese Ausführungen kontrastieren die beiden folgenden Absätze mit zwei anderen möglichen Lesarten der Entwicklungen. Einerseits ließe sich überlegen, ob das Völkerrecht nicht lediglich eine Bagatellschwelle inkorporiert hat, wie sie viele nationale Deliktsrechtsregime für den Ersatz immaterieller Schäden kennen.²²²⁶ In diesem Fall würde sich in der völkerrechtlichen Praxis lediglich ein allgemeiner Rechtsgedanke verwirklichen, der weder privat- noch öffentlich-rechtlich ist. Andererseits ließe sich eine Parallele zum zwischenstaatlichen Völkerrecht ziehen, das in Gestalt der Genugtuung (Art. 37 ARSIWA) ein vergleichbares Instrument für immaterielle Schäden eines Staates kennt. Insofern ließe sich von einer Anknüpfung an eine völkerrechtliche Entwicklung sprechen.

Wie viele andere Deliktsrechtsregime ersetzt auch das deutsche Haftungsrecht geringfügige immaterielle Schäden nicht.²²²⁷ Auch für Staatshaftungsrechtsregime stellte *Bleckmann* auf der Grundlage rechtsvergleichender Studien eine solche Schwelle fest.²²²⁸ Letztlich stellt sich jeweils die Frage, wo die Grenze zwischen ersatzfähigen immateriellen Schäden und hinzunehmenden Unannehmlichkeiten liegt. Gerade die schwer fassbare Natur immaterieller Schäden macht diese Grenzziehung notwendig

2226 *Somers*, The ECHR as an Instrument of Tort Law, 2018, S.142. *Somers* mutmaßt außerdem, dass eine De-Minimis-Regel jedem innerstaatlichen Deliktsrecht (jedemfalls für den Ersatz immaterieller Schäden) inhärent sei, ebd. S. 143.

2227 BGH, Urteil vom 11. November 1997, Az. VI ZR 376/96, BGHZ 137, 142, 146 f.; *Grüneberg* in: *Grüneberg* (Hrsg.), BGB, 82. Auflage, 2023, § 253 Rn. 14. Vgl. für europäische Rechtsordnungen *Rogers*, Art. 10:301 Non-Pecuniary Damage, in: *Principles of European Tort Law*, 171, 175; siehe auch den Nachweis oben in Fn. 2226.

2228 *Bleckmann*, Art und Umfang der Wiedergutmachung, in: *Mosler* (Hrsg.), Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe, 1967, 780–788, 785.

und eine Bagatellschwelle bietet hierfür einen Lösungsansatz.²²²⁹ Alle diese Erwägungen legen nahe, dass eine Bagatellschwelle für den Ersatz immaterieller Schäden ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist, der dem Recht immanent ist.²²³⁰ Dieser – so ließe sich erwägen – sei nicht im zwischenstaatlichen Völkerrecht aufgekommen, weil hierfür kein Bedürfnis bestand. Durch die Mediatisierung des Einzelnen kamen solche Fälle in der Regel nicht vor völkerrechtliche Streitbeilegungsgremien.

Allerdings übersieht eine solche Argumentation die unterschiedlichen Motivationen für eine solche Schwelle. Für die Erwägungen einer entsprechenden Schwelle in innerstaatlichen Rechtsordnungen mögen stellvertretend die Ziele des deutschen Gesetzgebers stehen, der eine entsprechende Regel gesetzlich verankert wollte: Der Gesetzgeber wollte die Justiz entlasten, eine Konzentration auf schwere Verletzungen bewirken und eine Abwälzung solcher Schäden auf die Versicherten verhindern.²²³¹ Diese Zwecke weisen zwar alle einen Gemeinwohlbezug (Funktionsfähigkeit der Justiz) auf bzw. sind Ausdruck austeilender Gewalt. Indes zeigt sich in dieser Charakterisierung nur, dass auch das Privatrecht öffentlich-rechtliche Zwecke verfolgt. Allerdings lassen sich die öffentlich-rechtlichen Zwecke, welche die obigen Abschnitte für die jeweiligen Teilbereiche des Völkerrechts identifiziert haben, von den Zwecken einer privatrechtlichen Regel unterscheiden. Obige Abschnitte hatten einen Zusammenhang zwischen dem übergeordneten Interesse an der Wahrung der Konventionsordnung bzw. rechtsstaatlicher Investitionsbedingungen (zur Förderung der Gesamtwirtschaft der Vertragsstaaten) als Rechtfertigung für die jeweiligen Schwellen identifiziert und zugleich für das Absehen von einem Geldschadensersatz auf die Besonderheiten der Staatshaftung verwiesen. Diese Zwecke unterscheiden sich von den Zwecken für eine Bagatellschwelle im Deliktsrecht insofern, als sie Besonderheiten der staatlichen Haftung einbeziehen. Dagegen sind die Gemeinwohldimensionen der privatrechtlichen Bagatellschwelle unabhängig von den involvierten Personen. Deshalb erscheint es plausibel trotz vergleichbarer Regelungen im Deliktsrecht von einer öffentlich-rechtlichen Entwicklung zu sprechen. Für das Investitionsschutzrecht

2229 Vgl. für eine Verknüpfung der Bagatellgrenze mit dem Begriff des Nichtvermögensschadens für das deutsche Zivilrecht *Oetker* in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo/BGB*, 9. Auflage, 2022, § 253 BGB Rn. 30.

2230 Siehe zu einer solchen Kategorie oben unter § 3 C.

2231 Deutscher Bundestag, BT-Drs. 14/7752 vom 7. Dezember 2001, S. 16; *Brand* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), *BeckOGK/BGB*, Stand: 1. März 2022, § 253 Rn. 105.

überzeugt eine Gleichsetzung mit deliktischen De-Minimis-Regeln im Übrigen schon wegen der hohen Anforderungen der *Lemire*-Formel²²³² nicht.

Neben der angesprochenen Parallele zu De-Minimis-Regeln drängt sich jedenfalls bei der menschenrechtlichen Praxis ein Zusammenhang mit dem Rechtsinstitut der Genugtuung (Art. 37 ARSIWA) auf. Es entspricht gefestigter völkerrechtlicher Praxis in zwischenstaatlichen Verfahren, eine Feststellung der Rechtsverletzung als eine ausreichende Form der Genugtuung für immaterielle Schäden des Staates anzusehen.²²³³ Der AfGMRRV verwies sogar auf die Leitentscheidung des IGH zu dieser Rechtsfolge, den *Corfu-Channel*-Fall.²²³⁴ Wie oben bereits herausgearbeitet lässt sich die eingeschlagene Abweichung vom zwischenstaatlichen Völkerrecht gerade mit dem Rückgriff auf dort grundsätzlich bekannte Figuren dogmatisch plausibilisieren.²²³⁵ In der Folge ließe sich die Entwicklung im individualberechtigenden Völkerrecht lediglich als eine Form der Ausdifferenzierung der Rechtsfolgen der Staatenverantwortlichkeit zugunsten des Individuums lesen, die auf das Repertoire des zwischenstaatlichen Völkerrechts zurückgreift. Allerdings würde diese Schlussfolgerung lediglich für den EGMR und den IAGMR gelten, weil das Investitionsschutzrecht die Feststellung der Rechtsverletzung nur vereinzelt als eigenständige Rechtsfolge verwendet und der AfGMRRV zu einer symbolischen Entschädigung übergegangen ist. Zusätzlich zu dieser Einschränkung sprechen gute Gründe dafür, dass diese Rezeption des zwischenstaatlichen Völkerrechts der These einer Publizierung nicht entgegensteht. Denn die Praxis zur Feststellung als ausreichende Genugtuung erklärt sich auch im zwischenstaatlichen Völkerrecht aus der Logik des öffentlichen Rechts. Dies belegt bereits die Begründung des IGH im *Corfu-Channel*-Fall: “But to ensure respect for international law, of which it is the organ, the Court must declare that the action of the British Navy constituted a violation of Albanian sovereignty.” Die Feststellung soll Albanien Genugtuung leisten, sie dient aber zugleich der Aufrechterhaltung der völkerrechtlichen Ordnung und damit einem Gemeinwohlinteresse.²²³⁶ Abstrakt gesprochen liegt in dieser Rechtsfolge

2232 Siehe oben unter § 11 B. III. 2.

2233 Siehe oben unter § 4 B.

2234 AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 37 (Fn.12) unter Verweis auf IGH, *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, 1949, I.C.J. Reports 1949, 4, 35.

2235 Siehe oben in Bezug auf die EMRK unter § 8 C.

2236 In der Staatenverantwortlichkeit liegt selbst eine Sanktion für den Völkerrechtsbruch, wie *Pellet* ausführt, *Pellet*, *The Definition of Responsibility in Internatio-*

ein Rückzug auf eine Legalitätskontrolle, die bereits an anderer Stelle als typisch öffentlich-rechtlich identifiziert wurde.²²³⁷ Daher spricht der (teilweise) Rückgriff auf Vorbilder des zwischenstaatlichen Völkerrechts nicht gegen die vorgeschlagene öffentlich-rechtliche Lesart der Entwicklung des immateriellen Schadensersatzes im individualberechtigenden Völkerrecht.²²³⁸

Folglich widersprechen weder die Nähe zu einer De-Minimis-Regel noch die teilweise Anleihe beim zwischenstaatlichen Völkerrecht der oben vorgeschlagenen öffentlich-rechtlichen Lesart der Entwicklungen zum immateriellen Schadensersatz.

C. Der Nutzen der Charakterisierung

Nach den Ausführungen der vorangegangenen Abschnitte tragen die Mindestschwelle für den Ersatz immaterieller Schäden sowie weitere Besonderheiten im Umgang mit immateriellen Schäden öffentlich-rechtliche Züge. Diese Feststellung drängt die Frage auf, was mit dieser Erkenntnis gewonnen ist. Denn unübersehbar sind die erheblichen Unterschiede zwischen den jeweiligen Regimen: Im Investitionsschutzrecht ist die Schwelle deutlich höher als im Menschenrechtsschutz. Dafür kennt letzterer in Gestalt der entschädigenden Feststellung oder einer symbolischen Entschädigung alternative Schadensfolgen, die sich im Investitionsschutzrecht bisher nicht durchgesetzt haben. Angesichts dieser Unterschiede ließe sich demnach ebenso behaupten, die unterschiedlichen Spruchkörper würden ihrer jeweiligen Funktion entsprechend die Sekundärregeln der Staatenverantwortlichkeit anpassen.²²³⁹ Ein solcher Ansatz könnte die Unterschiede zwischen

nal Law, in: Crawford/Pellet/Olleson/Parlett (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, 2010, 3–15, 13 (*Pellet* nennt dies allerdings eine strafrechtliche Funktion). Insofern hat die Staatenverantwortlichkeit durch den Wegfall des Schadens als Voraussetzung der Verantwortlichkeit eine öffentlich-rechtliche Dimension erhalten, weil sie damit im Interesse der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung die Überprüfung jedes rechtswidrigen Verhaltens erlaubt, vgl. *Nollkaemper*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 555 f.

2237 Vgl. *Nollkaemper*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 540.

2238 Dieser Schlussfolgerung steht nicht entgegen, dass hier das zwischenstaatliche Völkerrecht in Rede steht, das nach § 2 privatrechtsähnlich ist. Denn diese Charakterisierung sollte nicht ausschließen, dass auch das zwischenstaatliche Völkerrecht Gemeinwohlinteressen verfolgt. Siehe oben unter § 2 C. I.

2239 Vgl. *Brown*, *A Common Law of International Adjudication*, 2007, S. 234.

den einzelnen Systemen gut erklären.²²⁴⁰ Allerdings verschleiert diese Betrachtung, die übergreifenden Gemeinsamkeiten. Hier entfaltet die Analyse anhand der Dichotomie Privatrecht-öffentliches Recht ein Potenzial, Strukturen zu erkennen. Daher liegt der Nutzen vor allen Dingen darin, über die Grenzen völkerrechtlicher Rechtsregime hinaus gemeinsame Entwicklungslinien auszumachen und der vor allen Dingen in den 1990er und 2000er Jahren befürchteten Fragmentierung des Völkerrechts in einem Teil entgegenzusteuern.²²⁴¹

Gerade im Falle der hier beobachteten Entwicklungen hat das Aufdecken solcher Verbindungslinien einen besonderen Nutzen. Denn das Investitionsschutzrecht nimmt gerade keinen Bezug auf andere Regime, obwohl ein Einfluss des Menschenrechtsschutzes oft unterstellt wird.²²⁴² Daher kann das Aufzeigen der Verbindungslinien dafür sorgen, die Entwicklungen zusammenzuführen. Das kann und sollte nicht zu einer vollständigen Angleichung führen. Denn letzten Endes erklären die Unterschiede der Systeme, warum die gemeinsame Voraussetzung der Mindestschwere der Verletzung ganz unterschiedlich ausgeprägt ist.²²⁴³ Allerdings bietet der Vorschlag dieser Arbeit einen Ansatzpunkt, um bspw. für eine einheitlichere Handhabung der Rechtsfolgen unterhalb der Schwelle zu argumentieren. Insbesondere das Investitionsschutzrecht könnte sich auf dieser Grundlage von dem insoweit vergleichbaren Gebrauch einer entschädigenden Feststellung oder eines symbolischen Ersatzes inspirieren lassen. Damit bietet die Analyse aus der Perspektive der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht auch einen Orientierungspunkt für die nähere Ausgestaltung der Regeln der Staatenverantwortlichkeit gegenüber dem Individuum, soweit diese vom zwischenstaatlichen Recht abweichen.

Zugleich kann diese Perspektive zu einer Feinsteuerung im Recht der Staatenverantwortlichkeit beitragen. Die Staatenverantwortlichkeit ist als

2240 Siehe hierzu bereits oben unter § 11 D. III. 2. sowie unter § 12 B. I.

2241 Vgl. hierzu Völkerrechtskommission, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 177–184, *passim*.

2242 Vgl. bspw. *Coriell/Marchili*, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: Investment Treaty Arbitration and International Law, 213, 229; *von Barga*, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 128; kritisch *Blake*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 395, der allerdings im Gegensatz zu dieser Arbeit davon ausgeht, im Menschenrechtsschutz sei jeder immaterielle Schaden ersatzfähig.

2243 Siehe oben unter § 11 D. III. 2.

einheitliches Regime für alle Verstöße gegen völkerrechtliche Regeln konzipiert.²²⁴⁴ Für die Aufrechterhaltung dieser Einheit sprach aus Sicht *Crawfords*, dass die privatrechtsähnlichen und die dem öffentlichen Recht ähnlichen Elemente des Völkerrechts untrennbar seien und daher in einem gemeinsamen Regime erfasst werden müssten.²²⁴⁵ Allerdings bestehen an der Einheitlichkeit des Regimes gewichtige Zweifel. So argumentieren *Nollkaemper* und *Jacobs* im Zusammenhang mit Fragen der “shared responsibility”²²⁴⁶ für eine Abkehr von der unitarischen Konzeption der Staatenverantwortlichkeit, weil die Einheit nicht zusammenpassende Normen verquicke und zu Lasten der Feinjustierung gehe.²²⁴⁷ Dabei mag dahinstehen, ob diese Gründe eine konzeptionelle Trennung unterschiedlicher Bereiche der Staatenverantwortlichkeit zur Folge haben müssen. Dagegen spricht schon, dass auch der Ausgleich eines Schadens (also die privatrechtsähnliche Dimension) öffentlichen Zwecken an der Aufrechterhaltung einer Rechtsordnung dient, die Grenzen also unscharf sind. In jedem Fall legen die Gründe nahe, ein Verständnis zu entwickeln, dass die Staatenverantwortlichkeit je nach dem konkreten Teilbereich unterschiedliche Zwecke vorrangig verfolgt und daher weiter ausdifferenziert werden kann und muss. Insofern ist die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht eine mögliche dogmatische Rekonstruktion, welche auch die Unterschiede in der Behandlung immaterieller Schäden erklären kann. Sie verhindert die rigorose Ablehnung einer Entwicklung wegen ihrer Abweichung vom zwischenstaatlichen Völkerrecht wie in der investitionsschutzrechtlichen Literatur.²²⁴⁸ Zusätzlich bietet diese Perspektive einen Orientierungspunkt für zukünftige Entwicklungen. So spräche aus der Sicht der hier vorgeschlagenen Rekonstruktion viel dafür, dass das Investitionsschutzrecht in Anlehnung an den regionalen Menschenrechtsschutz unterhalb der Schwelle außergewöhnlicher Umstände eine entschädigende Feststellung zusprechen sollte.

2244 *Crawford*, *State Responsibility*, 2013, S. 52; vgl. hierzu auch *Nollkaemper/Jacobs*, *MJIL* 34 (2013), 399 f.

2245 *Crawford*, *AJIL* 96 (2002), 878.

2246 Vgl. hierzu *Nollkaemper/d’Aspremont/Ahlborn/Boutin/Neddeski/Plakokefalos/Jacobs*, *Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law*, *EJIL* 31 (2020), 15–72.

2247 Vgl. hierfür *Nollkaemper/Jacobs*, *MJIL* 34 (2013), 404–408.

2248 Siehe hierzu oben unter § 11 D. I.

Dieses Kapitel hat sich dafür ausgesprochen, die Entwicklungen zum immateriellen Schadensersatz im individualberechtigenden Völkerrecht als eine öffentlich-rechtliche Entwicklung zu begreifen. Insbesondere die Anerkennung einer Mindestschwere als Voraussetzung immateriellen Schadensersatzes in Geld bedeutet nämlich eine Veränderung des Zwecks des immateriellen Schadensersatzes: eine teilweise Abkehr vom Ausgleichsgedanken des Schadensersatzes (ohne diesen vollständig aufzugeben) und eine Hinwendung zur Sanktion für das Verhalten des Verletzterstaates. Insofern wird der immaterielle Schadensersatz auch zu einem Mittel der austeilenden Gewalt und verfolgt zugleich einen überindividuellen Zweck in Gestalt der Aufrechterhaltung der jeweiligen völkerrechtlichen Normen. Folglich zeigen sich hier Charakteristika des öffentlichen Rechts (Gemeinwohlbindung bzw. -orientierung einerseits und austeilende Gewalt andererseits). Obwohl eine Einschränkung immateriellen Schadensersatzes in innerstaatlichen Staatshaftungsregimen nur vereinzelt nachweisbar ist, ist die Entwicklung im individualberechtigenden Völkerrecht mit innerstaatlichen Staatshaftungsregimen kompatibel. Denn auch diese zeichnen sich im Vergleich zur deliktischen Haftung durch eine grundsätzliche Tendenz zur Begrenzung staatlicher Haftung aus, um die Funktions- und Leistungsfähigkeit des Staates zu erhalten. Auch aus diesem Charakteristikum öffentlich-rechtlicher Haftung lässt sich die Verknüpfung des Ersatzes immaterieller Schäden mit einer (Mindest-) Schwere der Verletzung rechtfertigen. Dagegen lässt sich die Erklärung dieser Schwelle als öffentlich-rechtlich weder mit einem Verweis auf ein allgemeines Rechtsinstitut (Bagatellschwelle) oder eine bloße Rezeption des zwischenstaatlichen Völkerrechts widerlegen.

Die Rekonstruktion der Entwicklungen im Investitionsschutzrecht und im Menschenrechtsschutz als öffentliche-rechtliche Fortentwicklung einer Privatrechtsanalogie hat auch über die bloße Beschreibung hinaus einen Nutzen, weil sie das Erkennen gemeinsamer Leitgedanken (trotz verbleibender Unterschiede) ermöglicht und zugleich einen Orientierungspunkt für zukünftige Entwicklungen der Rechtsfolgen der Staatenverantwortlichkeit bietet.

§ 14 Ausblick

Diese Arbeit hat den immateriellen Schadensersatz im Völkerrecht aus dem Gesichtspunkt seiner Herkunft als Anleihe im innerstaatlichen Privatrecht, kurz als Privatrechtsanalogie,²²⁴⁹ untersucht. Dabei stand die Frage im Fokus, welchen Einfluss der Wandel der Regelungsstrukturen und -bereiche des Völkerrechts seit dem vergangenen Jahrhundert auf Privatrechtsanalogien hatte. Denn das Völkerrecht hat eine Ausdifferenzierung erlebt, in deren Folge es von einem dem Privatrecht idealtypisch entsprechenden Gleichordnungsrecht zu einer auch mit dem öffentlichen Recht vergleichbaren Rechtsordnung mit Gemeinwohlorientierung und Regelungen in Subordinationsverhältnissen avanciert ist.²²⁵⁰ Deshalb fehlt es den öffentlich-rechtlichen Teilen des Völkerrechts an der (Struktur-)Vergleichbarkeit zum innerstaatlichen Privatrecht, welche die Anwendung vieler Privatrechtsanalogien im Völkerrecht bis heute trägt.²²⁵¹ Diese Entwicklung legt einen Anpassungsdruck auf privatrechtsanaloge Rechtsinstitute in solchen Regelungsbereichen nahe. Vor diesem Hintergrund hat die Arbeit den immateriellen Schadensersatz als Beispiel herausgegriffen, um die Frage nach dem Wandel privatrechtsanaloger Rechtsinstitute zu untersuchen und den Zusammenhang des festgestellten Wandels mit der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Völkerrecht zu ergründen. Hierfür hat sie als analytisches Raster zwischen zwischenstaatlichem und individualberechtigendem Völkerrecht unterschieden, weil diese jeweils idealtypisch den Regulationssituationen des Privatrechts bzw. des öffentlichen Rechts entsprechen. Dementsprechend hat die Arbeit beide Bereiche auf ihre Behandlung immaterieller Schäden untersucht. Dabei hat sich insbesondere gezeigt, dass im zwischenstaatlichen Völkerrecht ein jeder immaterieller Schaden ersatzfähig ist, während im individualberechtigenden Völkerrecht hierfür eine Mindestschwere erreicht sein muss. Während diese im Investitionsschutzrecht in Gestalt des Erfordernisses außergewöhnlicher Umstände besonders hoch ist, ist sie im Menschenrechtsschutz relativ niedrig, mit Unterschieden zwischen den einzelnen Menschenrechtsgerichtshöfen.

2249 Siehe zum zugrunde gelegten Begriffsverständnis oben unter § 3 A.

2250 Siehe oben unter § 2 C.

2251 Siehe oben unter § 3 C.

Diese Unterschiede lassen sich jeweils mit der Funktion und Struktur des Rechtsschutzsystems erklären. Der übergreifende Befund einer solchen Schwelle lässt sich dagegen als öffentlich-rechtlich rekonstruieren, weil sie den immateriellen Schadensersatz stärker am öffentlich-rechtlichen Gedanken der Sanktion für einen Rechtsverstoß als dem privatrechtlichen Ausgleichsgedanken ausrichtet.²²⁵²

Allerdings ist die eingangs in der Arbeit gemachte Beobachtung prinzipiell folgenreicher und wirft die Frage auf, ob und wie sich andere Privatrechtsanalogien entwickelt haben. Die Frage ist also, was die Untersuchung des immateriellen Schadensersatzes an verallgemeinerbaren Ergebnissen für Privatrechtsanalogien im Völkerrecht bereithält. Insbesondere dieser Frage geht der folgende Abschnitt nach und untersucht anhand zweier Beispiele, ob sich auch für andere Privatrechtsanalogien entsprechende Entwicklungen nachweisen lassen (A.). Diese beiden Beispiele greift ein zweiter Ausblick zur zukünftigen Rolle privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht auf (B.).

A. Zwei weitere Beispiele für die Publizierung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute

Die beiden folgenden Beispiele behandeln Analogiebildungen zum privatrechtlichen Eigentum im Völkerrecht. Im 19. Jahrhundert wurde die territoriale Souveränität, also die ausschließliche Herrschaft eines Staates über sein Territorium, dem zivilrechtlichen Eigentum konzeptionell nachgebildet.²²⁵³ Jedoch werden die folgenden zwei Schlaglichter nacheinander zeigen, wie solche privatrechtsanalogen Konzeptionen mit der Zeit überformt wurden.

I. Art. 55 HLKO

Die *Okkupation* kennt das Völkerrecht als einen Titel zum Erwerb der Souveränität und als Rechtsregime in einem internationalen bewaffneten

²²⁵² Siehe oben in § 13.

²²⁵³ *Kennedy*, QLR 65 (1996), 124. Gleichwohl besteht eine lange Tradition, Souveränität und Eigentum streng voneinander zu unterscheiden, vgl. statt aller *Crawford*, *Brownlie's Principles*, 2019, S. 192 f.

Konflikt (Artt. 42–56 HLKO und Artt. 47–78 IV. Genfer Abkommen). In beiden Fällen reichen die Wurzeln zum römischen Sachenrecht zurück.²²⁵⁴ Der folgende Abschnitt nimmt ein Rechtsinstitut im Rahmen des Besatzungsrechts näher in den Blick, weil dieses besonders klar privatrechtsanalog ausgestaltet ist: Art. 55 HLKO.²²⁵⁵ Nach dieser Regel ist die Besatzungsmacht “Verwalter[in] und Nutznießer[in] der öffentlichen Gebäude, Liegenschaften, Wälder und landwirtschaftlichen Betriebe” (Art. 55 HLKO).²²⁵⁶

Für die hier interessierende Fragestellung ist der Verweis auf den Nießbrauch bzw. dessen römisch-rechtliches Pendant, den *ususfructus*, zentral.²²⁵⁷ Als Nießbraucherin darf die Besatzungsmacht die Früchte aus dem unbeweglichen Vermögen eines Staates ziehen. Insbesondere folgt daraus, dass eine Besatzungsmacht Wälder, Erdgasvorkommen, Ölquellen²²⁵⁸ oder Kohleminen ausbeuten darf.²²⁵⁹ Noch heute bezieht sich die Literatur bei

2254 Nussbaum, University of Pennsylvania Law Review 100 (1952), 686. Letztlich entstammen die Rechtsinstitute zum Erwerb der Souveränität größtenteils dem römischen Recht, Thirlway, RdC 294 (2002), 372.

2255 Arai-Takahashi, The Law of Occupation, 2009, S. 196; vgl. auch Cassese, Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources, in: Playfair (Hrsg.), International Law and the Administration of Occupied Territories, 1992, 419–442, 431.

2256 Die Regel hatte zuvor bereits das Schiedsgericht in *Affaire du Guano (Chile v. France)*, Schiedsspruch, 5. Juli 1901, RIAA XV, 125–387, 367 angewendet und basiert auf Art. VII Brüsseler Deklaration über die Gesetze und Gebräuche des Krieges, 27. August 1874, in: Actes de la Conférence de Bruxelles, 1874, 297–305.

2257 Vgl. zum römischen Rechtsinstitut Kaser, Das Römische Privatrecht, 1971, S. 447–454; vgl. allerdings zu den Unterschieden zwischen der besatzungsrechtlichen Regelung eines Nießbrauchs und dem privatrechtlichen Konzept des Nießbrauchs Baumberger, Occupatio Bellica, 1909, S. 127 f.

2258 Allerdings ist umstritten, ob Ölvorkommen zum beweglichen oder unbeweglichen Vermögen zählen, was für die Anwendbarkeit des Art. 55 HLKO (bzw. Art. 53 HLKO) entscheidend ist. Für eine Klassifizierung als bewegliches Vermögen Dinstein, The International Law of Belligerent Occupation, 2019, Rn. 666; für eine Klassifizierung als unbewegliches Vermögen Cassese, Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources, in: International Law and the Administration of Occupied Territories, 419, 432; vgl. auch Sassòli, International Humanitarian Law, 2019, Rn. 8.255.

2259 Nach überwiegender Auffassung erfasst das Fruchtziehungsrecht auch die Ausbeutung nicht-regenerativer Ressourcen, Dinstein, The International Law of Belligerent Occupation, 2019, Rn. 661; Sassòli, International Humanitarian Law, 2019, Rn. 8.255. Allerdings kann das römische Recht hierfür schon deshalb keine Grundlage bieten, weil die römische Antike vom Nachwachsen aller Ressourcen ausging, Scobbie, Natural Resources and Belligerent Occupation, in: Akram/

der Auslegung dieser Bestimmung auf die römisch-rechtlichen Wurzeln der Vorschrift.²²⁶⁰ Bemerkenswerterweise limitiert Art. 55 HLKO dieses Fruchtziehungsrecht nicht durch eine einschränkende Zweckbestimmung der aus den Früchten erzielten Erlöse.²²⁶¹ Daraus zogen und ziehen manche die Schlussfolgerung, dass diese Erlöse der Besatzungsmacht uneingeschränkt zugutekommen würden.²²⁶² Die einzigen Beschränkungen folgen aus dem römisch-rechtlichen Konzept des Nießbrauchs, dass die Besatzungsmacht nicht über das gewöhnliche Maß hinaus Früchte ziehen dürfe und den Gegenstand des Nießbrauchs zu erhalten habe.²²⁶³ Dieser Wortlautauslegung des Art. 55 HLKO hat sich insbesondere *Antonio Cassese* entgegengestellt und auf die mittlerweile eingetretenen Veränderungen der Völkerrechtsordnung verwiesen. Insbesondere müsste neben einer systematischen Auslegung im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen der HLKO und der Genfer Abkommen das mittlerweile anerkannte Recht der dauerhaften Souveränität über natürliche Ressourcen als Ausfluss der Souveränität und des Selbstbestimmungsrechts der Völker in die Auslegung einbezogen werden. Daher dürfe eine Besatzungsmacht die gezogenen Früchte lediglich für die Kosten der Besatzung aufwenden.²²⁶⁴

Mittlerweile scheint es einem weitgehenden Konsens zu entsprechen, dass die Erträge aus den Früchten nur für die Kosten der Besatzung und die Bedürfnisse der Bevölkerung in den besetzten Gebieten verwendet werden

Dumper/Lynk/Scobbie (Hrsg.), *International Law and the Israeli-Palestinian Conflict*, 2011, 229–252, 234.

2260 Vgl. bspw. *Dinstein*, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2019, Rn. 656; *Sassòli*, *International Humanitarian Law*, 2019, Rn. 8.255; *Arai-Takahashi*, *The Law of Occupation*, 2009, S. 197 f.

2261 *Cassese*, *Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources*, in: *International Law and the Administration of Occupied Territories*, 419, 428.

2262 So noch jüngst *Dinstein*, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2019, Rn. 660; *Arai-Takahashi*, *The Law of Occupation*, 2009, S. 198; vgl. bereits *von Glahn*, *The Occupation of Enemy Territory*, 1957, S. 177. Allerdings führt *Feilchenfeld* folgende Staatenpraxis aus dem Deutsch-Französischen Krieg von 1870–71 an: Frankreich protestierte gegen die Verkäufe der Hölzer aus besetzten Gebieten nach Berlin und das Deutsche Reich widersprach dem nicht, *Feilchenfeld*, *The International Economic Law of Belligerent Occupation*, 1942, Rn. 225. Diese Episode deutet darauf hin, dass die völkerrechtliche Praxis dieser Zeit jedenfalls zum Teil von weitergehenden Beschränkungen ausging.

2263 *von Glahn*, *The Occupation of Enemy Territory*, 1957, S. 176 f.

2264 *Cassese*, *Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources*, in: *International Law and the Administration of Occupied Territories*, 419, 426 und 428–430.

dürfen.²²⁶⁵ Zwar spricht auch eine systematische Auslegung anhand der übrigen Bestimmungen des humanitären Völkerrechts für eine Einschränkung der Verwendungsmöglichkeiten entsprechender Erlöse.²²⁶⁶ Für die Frage nach einer Publizizierung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht ist allerdings von besonderem Interesse, dass sich hier auch der Einfluss neuerer Entwicklungen im Völkerrecht bemerkbar macht.²²⁶⁷ Mittlerweile ist der Grundsatz der dauerhaften Souveränität über natürliche Ressourcen ein Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts.²²⁶⁸ Zwar hielt der IGH diesen Grundsatz zur Beurteilung der Plünderungen ugandi-

2265 So *Benvenuti*, *The International Law of Occupation*, 2012, S. 82. In neuerer Zeit hierfür *Dörmann/Vité*, *Occupation*, in: Fleck (Hrsg.), *Handbook of International Humanitarian Law*, 2021, 293–337, 322 (zu Rn. 9.33); *Vité*, *Occupation*, in: Saul/Akande (Hrsg.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, 2020, 299–318, 337; vgl. bereits Institut de Droit international, *Bruges Declaration on the Use of Force*, 2003, abrufbar unter: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2003_bru_en.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023), S. 4. Der gleichen Auffassung folgte der UN Sicherheitsrat hinsichtlich der Einnahmen aus den Öl- und Gaseinnahmen des besetzten Iraks, UN Sicherheitsrat, Resolution 1483 vom 22. Mai 2003, 2003, S/RES/1483 (2003), Rn. 20, vgl. hierzu auch *Dörmann/Vité*, *Occupation*, in: *Handbook of International Law*, 293, 323 (zu Rn. 9.33).

2266 So *Cassese*, *Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources*, in: *International Law and the Administration of Occupied Territories*, 419, 428 f.

2267 *Cassese* weist zusätzlich auf einen Wandel der tatsächlichen Verhältnisse hin, weil bei Entstehung der Regeln der HLKO und ihrer Vorgänger staatliche Ressourcen eine geringere Rolle gespielt hätten, *Cassese*, *Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources*, in: *International Law and the Administration of Occupied Territories*, 419, 429. Die historische Grundlage dieser Behauptung bleibt allerdings unbelegt und an ihr bestehen auch Zweifel: Gerade Staatsforste und deren Nutzung für die eigenen Zwecke der Besatzungsmacht haben in Kriegen des 19. Jahrhunderts und noch im 1. Weltkrieg eine erhebliche Rolle gespielt, vgl. hierzu *Feilchenfeld*, *The International Economic Law of Belligerent Occupation*, 1942, S. 56; aus zeitgenössischer Sicht *Baumberger*, *Occupatio Bellica*, 1909, S. 126 und 129 f. (insbesondere zur Nutzung der Wälder in besetzten Gebieten). Daher dürfte auch zur damaligen Zeit die Bedeutung des unbeweglichen Vermögens eines Staates den Staaten und der Völkerrechtswissenschaft bewusst gewesen sein.

2268 IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Urteil, 19. Dezember 2005, I.C.J. Reports 2005, 168, 251 (Rn. 244). Ein solcher Grundsatz folgt auch aus Art. 1 Abs. 2 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBürgPR), 19. Dezember 1966, UNTS 999, 171 (dt. Übersetzung: BGBl. 1973 II, 1533) und Art. 1 Abs. 2 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR), 19. Dezember 1966, UNTS 993, 3 (dt. Übersetzung BGBl. 1973 II, 1569).

scher Soldaten in besetztem Gebiet für unergiebig.²²⁶⁹ Gleichwohl spricht eine Auslegung des Art. 55 HLKO im Lichte dieses Grundsatzes (vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c WVRK) für eine Begrenzung der möglichen Verwendungsmöglichkeiten der Erträge aus diesen Ressourcen.²²⁷⁰ Wenn nämlich dieser Grundsatz (auch) ein Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts der Völker ist,²²⁷¹ muss der Gebrauch dieser Ressourcen dem Wohl des Inhabers, dem Volk zugutekommen.²²⁷²

Den Nießbrauch der Besatzungsmacht am unbeweglichen Staatsvermögen als ein im Wesentlichen unbegrenztes Verwendungsrecht der Früchte zu verstehen, korrespondiert mit der Idee des Privatrechts. Die Besatzungsmacht kann die Sache ganz zu ihrem eigenen Nutzen gebrauchen und muss nur äußere Grenzen bei der Ausübung des Rechts zum Schutz des Eigentümers (des verdrängten Souveräns) gegen sich gelten lassen. Dagegen entspricht die neuere Auffassung einem öffentlich-rechtlichen Verständnis, nach dem die Besatzungsmacht die Erträge aus den Ressourcen zum gemeinen Wohl nutzen muss. Insoweit lässt sich der Wandel in der Auslegung des Art. 55 HLKO auch als eine Publifizierung einer Privatrechtsanalogie lesen. In jedem Fall zeigt sich, wie eine Anleihe bei einem privatrechtlichen Konzept über die Zeit an ihren Regulationsgegenstand angepasst wurde und nunmehr der Besonderheit des Staates als dem Wohl seines Volkes verpflichtetes juristisches Konstrukt²²⁷³ Rechnung trägt.

2269 IGH, *Armed Activities*, 2005, I.C.J. Reports 2005, 168, 252 (Rn. 244).

2270 An der Anwendbarkeit der Regel im Rahmen des humanitären Völkerrechts zweifelnd *Dinstein*, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2019, Rn. 669; für die Anwendbarkeit *Schrijver*, *Natural Resources, Permanent Sovereignty over*, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, Rn. 21 f. *Schrijver* weist darauf hin, dass für die Anwendbarkeit auch die menschenrechtliche Verankerung der Souveränität über natürliche Ressourcen in Art. 1 Abs. 2 IPBürgPR bzw. IPWSKR spricht, weil diese auch während eines Konflikts weitergelten.

2271 *Schrijver*, *Natural Resources, Permanent Sovereignty over*, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, Rn. 1.

2272 *Cassese*, *Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources*, in: *International Law and the Administration of Occupied Territories*, 419, 429.

2273 *Tomuschat*, RdC 281 (2001), 162.

II. Wechsel der Hoheitsgewalt über ein Territorium

Ursprünglich prägten privatrechtliche Anleihen die völkerrechtlichen Regeln zum Wechsel der Hoheitsgewalt über ein Staatsgebiet.²²⁷⁴ Hierfür bietet der eben schon besprochene Rückgriff auf das Konzept des Nießbrauchs während eines temporären Wechsels der Hoheitsgewalt im Rahmen der Besatzung ein gutes Beispiel. Aber so wie dieses Konzept einen Wandel erlebt hat, sind auch im Übrigen die privatrechtlichen Wurzeln in den heutigen Regeln zum dauerhaften Wechsel der Hoheitsgewalt nur noch rudimentär erkennbar. Insbesondere haben die "neuen" Strukturprinzipien des Völkerrechts (namentlich Gewaltverbot und Selbstbestimmungsrecht der Völker) deutliche Spuren hinterlassen.²²⁷⁵ Im klassischen Völkerrecht war die Gebietsabtretung durch einen Verfügungsvertrag ohne weiteres möglich. Man denke an die Abtretung Helgolands durch das Vereinigte Königreich an das Deutsche Reich im Tausch gegen die Insel Sansibar.²²⁷⁶ Mittlerweile werden zunehmend zusätzliche Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines solchen Vertrages gestellt. Jedenfalls besteht eine Rechtsentwicklungstendenz, die Gültigkeit einer Gebietsabtretung von einer demokratischen Willensäußerung abhängig zu machen, die sich auf ein beachtliches Maß²²⁷⁷ an

2274 Vgl. hierzu *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 91, 96–99.

2275 UN Generalsekretär, Survey of International Law – Working Paper Prepared by the Secretary-General in the Light of the Decision of the Commission to Review its Programme of Work, 1971, A/CN.4/245, ILCYrbk 1971, Bd. 2, Teil 2, S. 2, Rn. 42; vgl. auch *Hertogen*, EJIL 29 (2019), 1133 (Fn. 44); vgl. auch ILA Study Group, The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law – Report Johannesburg Conference 2016, 2016, abrufbar unter: https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-johannesburg-2016-15 (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 119 f.

2276 Vertrag zwischen Deutschland und England über die Kolonien und Helgoland (Helgoland-Sansibar-Vertrag), 1. Juli 1890, Nouveau Recueil Général de Traités, Deuxième Series 16, 894–905; vgl. für weitere Beispiele *Epping*, § 7, in: Ipsen/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Völkerrecht, 2018, 76–232, 104 f. (Rn. 47).

2277 Vgl. *Peters*, Das Völkerrecht der Gebietsreferenden, Osteuropa 64 (2014), 101–133, 114, die vom Entstehen einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel ausgeht, nach der jede Veränderung des Staatsgebiets einer demokratischen Legitimation bedarf; vgl. eingehend *Peters*, Das Gebietsreferendum im Völkerrecht, 1995, *passim*; vgl. auch für eine völkerrechtliche Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen der Bevölkerung *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht I/1, 1989, S. 376; zustimmend *Epping*, § 7, in: Völkerrecht, 76, 105 f. (Rn. 49). Eine solche Regel lehnt *Crawford* mangels ausreichender Praxis ab, vgl. *Crawford*, Brownlie's Principles, 2019, S. 229; ebenfalls zweifelnd *Dörr*, Cession, in: *Peters/Wolfrum* (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2019, Rn. 17. In jüngster Zeit spricht die

Staatenpraxis stützen kann. Auch wenn sich eine solche Regel noch nicht klar herauskristallisiert haben sollte, zeigen sich hier Risse in der privatrechtsanalogen Konzeption des Völkerrechts.

Den Staat wie einen Eigentümer über sein Gebiet verfügen zu lassen steht im Konflikt mit mittlerweile akzeptierten Grundpfeilern des völkerrechtlichen Systems, wie insbesondere dem Selbstbestimmungsrecht der Völker. In der Verknüpfung einer Zession mit einer Volksabstimmung oder einer anderen Willensäußerung der betroffenen Bevölkerung zeigt sich dagegen ein Einfluss der Gemeinwohlorientierung des Völkerrechts, die sich als Publifizierung lesen lässt. Damit zeigt auch dieses Beispiel, dass privatrechtsanaloge Rechtsinstitute im Völkerrecht einen Wandel erleben, in dessen Verlauf öffentlich-rechtliche Gedanken sie ergänzen oder verändern.

B. Die Aussichten privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht

Die beiden soeben angeführten Beispiele stammen aus einem anderen Teil des Völkerrechts und zeigen, dass auch außerhalb der Unterscheidung zwischenstaatlich/individualberechtigend öffentlich-rechtliche Entwicklungen privatrechtsanaloger Rechtsinstitute feststellbar sind. Allerdings sollte das nicht zu der pauschalen Verallgemeinerung verleiten, alle Privatrechtsanalogien würden in einem dem öffentlichen Recht ähnlichen Regelungsbe- reich publifiziert. Hier rät ein genauerer Blick zu einer differenzierten Sicht: Denn auch heute greifen Menschenrechtsgerichtshöfe in einer als idealtypisch öffentlich-rechtlichen Regelungssituation auf (privat-) rechtsvergleichende Argumente zurück, bedienen sich also der Privatrechtsanalogie. Ein Beispiel hierfür bilden die Auseinandersetzungen zur Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns in einer Entscheidung des AfGMRRV.²²⁷⁸ Das ist auch nicht vollkommen fernliegend. So greifen innerstaatliche Haftungsregime für hoheitliches Handeln in vielen Fragen auf das zivilrechtliche Lösungsarsenal zurück, weil es in diesen Fragen adäquate, wenn nicht sogar überlegene, Regeln anbietet. Wie oben ausgeführt greift bspw. das deutsche Staatshaftungsrecht insbesondere im Rahmen der Amtshaftung weitgehend

Praxis der Russischen Föderation, Gebietsreferenden in okkupierten ukrainischen Gebieten abzuhalten, bevor es diese annektiert, für eine solche Regel. Freilich sind die Gebietsreferenden und die darauffolgenden Annexionen aus anderen Gründen völkerrechtswidrig.

2278 Vgl. AfGMRRV, *Ajavon v. Benin* (Nr. 1), 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 56.

auf die zivilrechtlichen Haftungsregeln zurück.²²⁷⁹ Insoweit zeigt auch im Völkerrecht die von *Hoffmann-Riem* für das deutsche Recht entwickelte Idee der “gegenseitigen Auffangordnungen” seine Erklärungskraft. Nach diesem Verständnis bieten öffentliches Recht und Privatrecht unterschiedliche Regelungsmuster und Lösungsansätze, auf welche die jeweils andere Teilrechtsordnung zurückgreifen kann.²²⁸⁰ Hieraus wird plausibel, warum das Völkerrecht in allen seinen Bereichen zum Teil noch heute auf privatrechtliche Vorstellungen zurückgreift.

Aber neben dem Fortbestehen der Privatrechtsrezeption in öffentlich-rechtlichen Regelungsbereichen gilt es bei Überlegungen zur Verallgemeinerung auch die weiteren Erkenntnisse dieser Arbeit im Zusammenhang mit Privatrechtsanalogien im Völkerrecht zu bedenken. Keinesfalls lässt sich die Privatrechtsrezeption des Völkerrechts auf einzelne, bewusste Analogiebildungen reduzieren. Vielmehr geschah die Privatrechtsrezeption zu sehr unterschiedlichen Zeiten und mit unterschiedlichen Erwägungen. Insbesondere fanden viele Institute zu Zeiten Eingang in das Völkerrecht, in denen weder zwischen innerstaatlich und international, noch zwischen privat- und öffentlich-rechtlich (strikt) getrennt wurde.²²⁸¹ Zugleich belegt die Verwendung innerstaatlichen Privatrechts im Kontext immaterieller Schäden,²²⁸² dass der Zugang zu Privatrechtsanalogien ein instrumenteller war, welcher die verschleierte Anwendung der eigenen Heimatrechtsordnung bedeuten konnte. Diese zwei Ergebnisse bedeuten für die übergreifende These zunächst, dass auch die Privatrechtsrezeption nicht alleine auf der strukturellen Ähnlichkeit mit dem Privatrecht beruhte. Soweit die “Analogie” eben nicht hierauf beruhte, stellt die Publizifizierung des Anwendungsbereichs die Regelung weniger stark in Frage, als es den Anschein hat. Es wird also bei der Verallgemeinerung darauf ankommen, ob die konkrete Rezeption bis heute von der Erwägung einer strukturellen Ähnlichkeit mit dem Privatrecht getragen ist.²²⁸³ Daher ist die Publizifizierung einer Privatrechtsanalogie eine mögliche, aber keine zwingende Entwicklung. Da sie

2279 Siehe oben unter § 13 A. I.

2280 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 264, 268–271.

2281 Siehe oben unter § 3 B.

2282 Siehe oben unter § 5 A. I. I.

2283 Obwohl dies bei der ursprünglichen Rezeption oftmals nicht der Fall war, ist die fortwährende Anwendung der Rechtsinstitute häufig von der Vorstellung eines vergleichbaren Regelungsgegenstands getragen, siehe oben unter § 3 C.

sich jedoch sowohl in Fragen der Gebietshoheit, des Besatzungsrechts und des Schadensrechts nachweisen lässt, ist die Entwicklung jedenfalls keine Ausnahmeerscheinung.

Obwohl diese Fragen nicht im Fokus der Arbeit standen, hat die Analyse des immateriellen Schadensersatzes ebenso wie die allgemeinen Ausführungen zur Privatrechtsrezeption im Völkerrecht zweierlei zu Tage gefördert: Erstens zeigt sich oftmals eine Ungewissheit über den eigentlichen Begriffsinhalt der Rechtsinstitute, weil unklar ist, welche Privatrechtsordnung das Völkerrecht rezipiert hat, oder weil die Rechtsanwender*innen (unbewusst) das ihnen bekannte Rechtsinstitut in die völkerrechtlichen Regeln hineinlesen. Daher verbergen sich hinter einem einheitlichen Begriff oftmals stark divergierende Vorstellungen.²²⁸⁴ Zweitens zeigt gerade die divergierende Praxis zu immateriellen Schäden,²²⁸⁵ dass die Inspiration bei privatrechtlichen Rechtsinstituten weniger Überlegungen zu gemeinsamen Rechtstraditionen, als vielmehr die (offene oder verdeckte) Rezeption einiger weniger Privatrechtsordnungen zugrunde lag. Diesen Umstand verdeckte allerdings der scheinbare Konsens in der Verwendung gemeinsamer Begriffe, weil die dahinterliegenden unterschiedlichen Vorverständnisse implizit blieben. Begriffe wie immaterieller Schadensersatz sind anschlussfähig genug, um vertraut zu wirken. Hier zeigt sich eine Ausprägung des Phänomens, das *Peters* als "epistemischen Nationalismus" bezeichnet hat. Trotz des universalen Anspruchs des Völkerrechts zeigen sich in dessen Diskursen nationale Prägungen, Segmentierungen und Vorverständnisse.²²⁸⁶ Als Ausweg schlägt *Peters* vor, gegenseitig voneinander zu lernen.²²⁸⁷

Aus dieser Perspektive ist die reine Erkenntnis, dass unterschiedliche nationale Vorprägungen am Werk waren, erst die Grundlage, um diese Vorverständnisse zu überwinden. Zugleich lässt sich die Herausbildung eigenständiger völkerrechtlicher Ausprägungen ursprünglich privatrechtsanaloger Rechtsinstitute vor diesem Hintergrund als eine Überwindung des epistemischen Nationalismus lesen. Denn die Herausbildung eigenständiger Voraussetzungen macht die unterschiedlichen Vorverständnisse und daraus resultierenden Unklarheiten über den konkreten Inhalt privatrechtsanaloger Rechtsinstitute sichtbar und löst sie auf. Das lässt mit fortschreitender Praxis darauf hoffen, dass die ursprünglichen Probleme der

2284 Siehe oben unter § 5 B. III.

2285 Siehe oben unter § 5 A. I. 1.

2286 *Peters*, ZaöRV 67 (2007), insbesondere 767–771.

2287 *Peters*, ZaöRV 67 (2007), 772.

Privatrechtsrezeption geringer werden, weil sich ein eigenständiger Inhalt in den jeweiligen Teilrechtsordnungen herausgebildet hat. Auf diesem Weg lässt sich auch einem Legitimitätseinwand gegen Privatrechtsanalogien (jedenfalls teilweise) begegnen. Bei der Entstehung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute übten in der Regel einige wenige Rechtsordnungen einen maßgeblichen Einfluss aus, wie das französische Recht im Falle des immateriellen Schadensersatzes.²²⁸⁸ Durch die nachfolgende Entwicklung und Konturierung in den einzelnen Teilbereichen können nunmehr auch andere Einflüsse wirken und damit die Legitimitätseinwände gegen den Einfluss einzelner (westlicher) Rechtsordnungen etwas entkräften. Insofern lässt sich die nachgezeichnete Entwicklung in der Tat als eine Überwindung des epistemischen Nationalismus lesen, der aus der fortgesetzten Verwendung diffuser Konzepte aus dem Privatrecht herrührte.

2288 Siehe hierzu oben unter § 5 A. I. 1.

English Summary

Borrowing from domestic private law is a ubiquitous phenomenon in public international law. The rules on treaties, state responsibility, or the acquisition of territory remind us that international law has heavily drawn on the rich experience of (often Roman) private law. Given that international law was largely understood as a system of coordination between sovereign and equal States, taking inspiration from a field of law coordinating the relationship between equals does not come as a surprise. Yet, regardless of how much international law once might have resembled private law, it has undergone profound changes since the 19th century. It expanded its scope considerably, expansively limiting what had been thought to fall into the States' *domaine réservé*. Similarly, international law has recognized more actors as holders of rights and duties. While States used to be the main subjects of international law for a long time, also the individual has become a subject of international law. As a consequence, international law also regulates legal relations between States and individuals. It governs States' exercise of public powers, e.g. when imposing human rights obligations. Insofar, international law today resembles domestic public law. This insight forms the starting point of the thesis: If the borrowing from private law depended on international law largely regulating the relationships between States, the shift towards public law begs the question whether this change had any effect on international legal concepts and rules that were once incorporated into the body of international law from private law. The monograph tries to shed some light on this question by analysing one example for international law's borrowing from private law. For this purpose, the monograph chose non-material damages²²⁸⁹ because they can be traced to private law concepts and surface across various sub-fields of international law.

Individual chapters examine how courts and tribunals have dealt with non-material damages under general international law, human rights law, and international investment law. Taken together, they identify remarkable differences in how non-material damages are awarded in cases between

2289 The summary uses non-material, non-pecuniary, and immaterial interchangeably without implying a difference in substance.

States and those between a State and an individual. The most striking difference is a threshold requirement for awarding non-material damages. While individual claims for moral damages are successful only if the injury or its consequences are sufficiently serious, no such requirement exists for inter-State claims. The monograph proposes to explain this difference by using the conceptual distinction between public law and private law. This distinction is well known to many jurisdictions, yet, the monograph argues that it also provides a useful lens to describe international law. In a nutshell, inter-State international law shares some similarities with private law as it governs the relationship between free and equal persons. Conversely, international law resembles public law where it allows the individual to bring claims against a State. Applying this distinction to both areas of international law also reveals different rationales underlying the respective parts. As the monograph argues, these rationales also explain why non-material damages are dealt with differently in the respective areas of international law. Basically, limiting claims for moral damages in the way observed resonates well with the idea of public law.

The monograph unfolds this argument in four steps. Firstly, Part 1 sets out the conceptual framework by defining private and public law and explaining their usefulness to understand public international law. On this basis, Parts 2 and 3 present doctrinal studies on how different sub-fields of international law deal with non-material damages. In Part 2, the focus is on inter-State international law, which Part 1 identified as fundamentally similar to private law. In contrast, Part 3 is devoted to sub-fields allowing for individual claims such as human rights law and international investment law which resemble domestic public law. Part 4 connects the doctrinal analysis of Parts 2 and 3 with the conceptual framework of Part 1: It argues that the different treatment of non-pecuniary damages in inter-State and individual claims reflects the distinction between private and public law. As the major part of the monograph is based on an example, non-material damages, Part 4 also reflects on what insights may be drawn from the analysis of non-material damages for private law analogies in general.

1. Part 1 defines the concepts of private law, public law, and private law analogies for the purposes of this study.

a) § 2 argues that the distinction between private law and public law can be transferred to international law to describe (parts of) its structure. It does so in two steps. Firstly, the chapter identifies ideal types underlying the domestic distinction between public and private law. Thereby, the thesis' understanding of the distinction escapes most of the debates about

the usefulness and feasibility of distinguishing private from public law domestically and internationally. The move to identify ideal types rests on a widely shared intuition in the debate about public and private law: While many scholars doubt the feasibility of neatly distinguishing both areas, most would agree that tax law differs fundamentally from sales law. As the chapter argues, this intuition is based on certain fundamental differences between public and private law: Ideal-typically, both regulate different situations. While private law coordinates the relationship between equal and free persons, public law regulates the exercise of public power vis-à-vis individuals. Public law is, thus, concerned with a relationship of subordination. What is more, the basic ideas of both fields are different. Private law is based on the freedom of the individual and thus allows everyone to pursue her or his own interest (within certain boundaries, of course). Public law, on the other hand, serves the common interest. In addition, both areas also serve different ideas of justice. While private law is deeply rooted in the idea of compensatory justice, public law is an exercise in distributive justice. The way this chapter espouses the distinction between public and private law does not offer a useful delimitation of the sub-areas of law for all conceivable cases. The second step is to use these ideal types to describe and explain the developments under international law. That way, the distinction offers an analytical framework to understand parts of international law. When granting rights to individuals vis-à-vis States (especially under human rights law and international investment law), it exhibits the characteristics of public law, understood as an ideal type. In contrast, inter-State international law remains similar to private law, at least in parts. On this basis, the chapter also distinguishes private-law-like and public-law-like areas in the law of state responsibility. When responsibility is invoked in an inter-State framework, the situation is (partially) analogous to private law. Conversely, individual claims for state responsibility have some similarity to public law. This analytical framework allows us to explain possible differences in the handling of responsibility in these two areas.

b) Building on the framework introduced in § 2, § 3 disentangles the relationship between international law's borrowing of private law concepts and the distinction between public law and private law introduced in § 2. Their relationship is crucial for the monograph's overarching idea: The structural shift of international law towards a more public-law-like framework affected its private law heritage. This intuition, however, assumes that public international law incorporated private law concepts precisely

because international law resembled private law in important ways. Yet, a myriad of reasons explains why international law borrowed from private law. Still, the chapter concludes that the concepts' respective origin in private law plays a role for their current application in international law. The chapter unfolds this argument in three steps. Firstly, it defines the term 'private law analogy' broadly as all those rules and concepts originating in some domestic private law. Subsequently, the chapter traces how the use of private law for international issues has been justified across time. As this analysis reveals, the reception of Roman-law-based private law in international law was not a uniform project, but a process fuelled by different motivations over time. To some extent, most of them rest upon the idea that relations between sovereigns and between private individuals are similar insofar as formally equals deal with each other. Yet, the chapter also shows that it is essentially anachronistic to describe international law's borrowings from Roman law as a private law analogy. Distinguishing international law from domestic law as well as distinguishing public and private law are modern concepts which were not fully developed until the 19th century. Thus, it would have been alien to medieval or early modern lawyers to understand the use of Roman law for international issues as a transfer of domestic private law to international law. Rather, they relied on divine revelation, natural law ideas, reason, or the "nature" of the issue. Of course, this heterogeneity of justifications for the reception of private law begs the question whether private law analogies are properly so called or whether they should be rather understood as e.g. borrowings from general concepts of law. Yet, the chapter refutes such a position. While it acknowledges the anachronism involved in using the term private law analogy, it shifts the perspective to the reasons for the continued relevance of private law thinking in public international law. As the chapter emphasises, the idea that private law and international law deal with structurally similar situations continues to be an important reason for applying rules and concepts with private law origins in international law. Thus, the transfer of private law concepts to international law is properly framed as an analogy to private law.

2. Applying these conceptual distinctions, Part 2 analyses inter-state international law (i.e. the private-law-like part of international law) for its treatment of non-material damages. In a three-step process, Part 2 explains why compensating non-material damages in inter-state international law essentially rests upon a private law analogy.

a) To set the scene, § 4 introduces the customary international law rules on reparation for internationally wrongful acts. The chapter highlights three features of this framework. Monetary compensation is one of the major legal consequences for a violation of international law. However, the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) and customary international law distinguish between non-material harm to the individual and to the State. Only the former is subject to monetary compensation while satisfaction is reserved for the latter. Although the law of state responsibility is primarily inter-State in nature, it covers non-material harm of individuals as well. The individual's home State can seize the individual's claim by way of diplomatic protection and elevate it to the inter-State level.

b) § 5 proceeds by analysing whether, to what extent, and under which conditions inter-State international law compensates non-material harm. As a basis for further investigation, the chapter reaches four main conclusions. Firstly, compensating an individual's non-material harm is a rule of customary international law in inter-State claims. In this respect, the conception of the ARSIWA reflects international law as it stands. Secondly, the chapter's analysis of arbitral practice has revealed that the historical support for compensating non-material damages is more fragile than the conventional account would suggest. In some cases, arbitral awards at the end of the 19th and beginning of the 20th century explicitly rejected compensation for non-material damage, relying on private law analogies. This insight shows how the International Law Commission (ILC) has relied on selective references to old arbitration practice to construct historical authority in support of the rules it suggested in the ARSIWA. Thirdly, the concept of non-pecuniary damages, as applied by judicial and arbitral practice, is vague and blurry. The chapter argues that the best ways to clarify its meaning are forming sub-categories and distinguishing it from other concepts, such as punitive and legal damages. Combining categories proposed by *Sabahi* and *Wittich* and based on judicial and arbitral practice, non-material damages include damage to person and personality (consisting of suffering and pain as a result of personal injury, anguish, and mental suffering) as well as damage to reputation. In contrast, non-material damages must be distinguished from legal damages, i.e. the damage of enduring the violation of a right, because this concept is redundant under the current regime of state responsibility. Equally, non-pecuniary damages must be distinguished from punitive damages, at least in inter-State claims. Different from punitive damages, non-pecuniary damages are meant to compensate

a harm while punitive damages can be awarded regardless or in excess of the real harm. Fourthly and most importantly, inter-State international law does not impose any other requirement for compensating non-material harm than establishing such harm occurred.

Besides, the chapter highlights that national preconceptions or (veiled) references to specific domestic (private) law regimes are common in international practice and scholarship dealing with non-material damages. These national biases in applying non-material damages become obvious when arguments based on private law analogies are used to justify opposing results, i.e. the admissibility of as well as the wholesale rejection of non-material damages in international law.

c) Building on the insights of §§ 4 and 5, § 6 argues that non-material damages in inter-State international law are properly called a private law analogy. The chapter bases its argument on the origin, terminology, and rationale of non-material damages. The chapter traces the concept's private law origins in arbitral awards. Most prominently, the US-German Mixed Claims Commission referenced domestic private law rules and decisions when recognizing the availability of non-material damages in its *Lusitania* decision. In addition to these references to domestic private law, international law's terminology testifies to the concept's private law heritage. For example, tribunals and the literature often use the term 'moral damages' when referring to non-material damages. Yet 'moral damages' is not a concept of English law, but a translation of the French private law concept 'dommage moral'. Granting non-material damages for every moral harm, as international law does for inter-State claims, corresponds to the idea of private law: by compensating every moral harm with money, the concept is in line with the idea of compensatory justice.

3. After the analysis of inter-State practice in Part 2, Part 3 is dedicated to the practice in areas which grant rights to individuals. To set the scene, § 7 explores which rules apply to individual claims for reparation under international law. On that basis, individual chapters analyse the practice of the European Court of Human Rights (ECtHR; § 8), the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR; § 9), the African Court on Human and Peoples' Rights (AfCtHPR; § 10), and international investment tribunals (§ 11). § 12 concludes this Part by bringing together the insights from the various sub-fields studied in the previous chapters.

a) § 7 starts off with the observation that the ARSIWA do not claim to reflect the customary rules on reparation for individual claims (Art. 33 para. 2 ARSIWA). Rather, the ARSIWA only cover inter-State

claims for reparation. Yet, the chapter argues that individual claims are, in principle but not necessarily, governed by the same rules as inter-State claims. This conclusion is supported by (State) practice and doctrine. It also follows from first principles. Classic inter-State international law dealt with individual claims via diplomatic protection. As long as there is no relevant difference, it seems difficult to accept that individuals are treated differently when they are allowed to bring claims for themselves. In turn, however, the particularities of individual claims for reparation against States may justify deviating from inter-State rules of reparation. These differences concern e.g. the number of possible claims (which will be higher for individual claims) and the nature of the claimant, i.e. the State opposed to an individual person. A prominent example in this respect is satisfaction pursuant to Art. 37 ARSIWA, which is generally thought to apply to inter-State claims only.

b) The following chapters examine how the three major regional human rights systems as well as international investment law approach non-material damages. In each chapter, the focus is on differences to inter-State claims. As the chapters highlight, one such difference concerns additional requirements for awarding non-pecuniary damages. Different from inter-State law, regional human rights courts and investment tribunals award monetary compensation for non-pecuniary harm only if the violation or its consequences are sufficiently severe. To begin with, § 8 presents the ECtHR's practice on non-material damages. As the chapter explains, the ECtHR employs a very broad concept of non-material damage, which *inter alia* includes the victim's frustration about the violation of Convention rights. Ultimately, this practice means that damage and violation almost converge. In turn, this might already explain to some extent why the Court has often found a finding of a violation to be a sufficient form of satisfaction for moral harm. The chapter characterizes this practice as compensatory declaration ('entschädigende Feststellung'). With regard to this practice of compensatory declarations, the Court faces a lot of criticism in the literature mainly because the Court does not explain in any detail when a compensatory declaration suffices. Thus, many commentators argue that the Court's practice is unprincipled and arbitrary. In contrast, this chapter demonstrates that there is indeed a logic behind the ECtHR's remedial practice. Generally speaking, the ECtHR will not award monetary compensation and instead award a compensatory declaration for minor violations. Based on a detailed analysis of the ECtHR's case law in one year combined with a review of additional judgments and relevant literature,

the chapter identifies three instances when a compensatory declaration will usually suffice: 1. availability of domestic reparation, 2. a lack of proven harm or a lack of causation between violation and harm, and 3. the insignificance of the violation. Although this remedial practice deviates from the general international law rules of reparation, it is backed by Art. 41 ECHR because this treaty rule leaves it to the Court's discretion whether to award reparation. Essentially, the Court has modified the inter-State remedy of satisfaction under Art. 37 ARSIWA to accommodate individual claims for damages.

c) § 9 analyses the inter-American practice of remedying non-material damages. The chapter notices some differences in the treatment of non-material damages in comparison to the ECtHR. Firstly, the IACtHR's concept of non-material damages appears to be more comprehensive. Secondly, the IACtHR is more generous in compensating the relatives of direct victims than the ECtHR. Thirdly, the Court introduced a novel concept to the law of state responsibility by acknowledging the 'life project' of a victim as a distinct category of damage. Yet, despite all the praise for this innovation in the literature, the concept is fraught with ambiguity. Fourthly, the IACtHR has only rarely found that the judgment per se is a sufficient form of compensation for non-material harm. Thus, abstaining from awarding monetary damages occupies a much smaller role in the inter-American system than before the ECtHR. Overall, it is certainly correct to describe the IACtHR's approach to reparation of non-material damages as more comprehensive than the ECtHR's. Yet, the chapter argues that these differences are a consequence of the courts' different institutional structures: While the ECtHR is almost drowned by individual complaints, relatively few cases come before the IACtHR because every complaint first has to be handled by the Inter-American Commission on Human Rights in turn creating a bottleneck effect. It is not only the case numbers which differ, but also the types of cases. While many cases are brought to the Commission by NGOs, the Commission also has to prioritize which of its many cases should be handled first. As a result of both factors, cases before the IACtHR more often than not concern systemic human rights violations. In turn, the Court has attempted to approach the issue of reparation in a way that takes account of the large number of people affected by the underlying issue without losing sight of the victims participating in the proceedings. Given the mechanisms influencing the cases before the court, grave human rights violations have been at the heart of the IACtHR's practice. This also explains why the Court has only rarely found the judgment itself to con-

stitute sufficient satisfaction. Of course, the situation is quite different for the ECtHR where there is no comparable filter for cases and where, thus, thousands of cases arrive every year. Interestingly, the chapter observes that the IACtHR has still resorted to a form of compensatory declaration, albeit less often than the ECtHR. In any case, such a practice finds a sound legal basis in Art. 63 para. 1 IACHR. In particular, the provision allows the IACtHR to make equitable consideration ('if appropriate') when awarding reparation.

d) § 10 examines the practice of the AfCtHPR on non-material damages. Roughly speaking, the AfCtHPR is part of a hybrid system combining the features of the two other regional human rights treaty systems: against some States, affected persons can seize the Court directly as is the case under the ECHR. Yet against other States, individuals have to approach the African Commission on Human and Peoples' Rights first which resembles the procedural architecture of the IACHR. Regarding substantive protections, the African Charter on Human and Peoples' Rights is the main instrument. Notably, it differs from the other human rights treaties in terms of content, in particular with regard to collective rights. Nevertheless, this feature only had a limited influence on the AfCtHPR's remedial practice so far. Rather, the chapter finds that the court has closely followed the decisions of the other two regional human rights courts. In line with this broader development, the AfCtHPR also recognises non-material harm as a distinct category of damages. It also introduced a presumption in favour of non-material damages. This presumption is more generous than the one employed by the IACtHR because the AfCtHPR held that non-material damages are the automatic consequence of a human rights violation. Despite this stance, the Court does not award substantial amounts of money as compensation for non-material damages in every case. Rather, the Court at times found the judgment to form a sufficient form of compensation or awarded only a symbolic amount of compensation. Such decisions play only a minor role before the AfCtHPR, as the Court employs these remedies only for insignificant moral harm, in line with European and Inter-American case law. Besides, the chapter observes that the Court has developed a practice to award the same amount of compensation for certain violations (notably the right to free legal assistance), regardless of the particularities of the individual case.

e) § 11 analyses the remedial practice under international investment law. Perhaps surprisingly at first sight, the chapter finds that non-material damages are available under international investment law despite some

concerns. In particular, tribunals have also granted non-material damages to corporations for the suffering of their employees, without any sound doctrinal basis. While these and other issues of non-material damages remain largely unsolved, the main focus of the chapter is on another development: Based on the 2009 award in *Desert Line v. Yemen*, arbitral tribunals have subjected an award of non-material damages to an exceptional-circumstances-standard. Circumstances are held to be exceptional if the violation underlying the case is serious and causes suffering, pain, or loss of reputation of a certain severity. This development is in and of itself remarkable given its short time frame and the uniformity of practice. What makes it even more remarkable is that the majority of commentators oppose the standard and instead argue that non-material damages should be awarded in every instance, as is the case in inter-State international law. The chapter argues that the small circle of actors involved in the most influential decisions accounts for the quick crystallization of an almost uniform practice despite the constant criticism in the literature. Thereby, the chapter contributes to a better understanding of the role of individual actors in the development of investment law.

The chapter complements the sociological perspective on the practice with a doctrinal analysis. It argues that arbitral practice reflects a newly emerged rule of customary international law for compensating non-material damages in the relationship between state and individual. In line with the finding of § 7, the rules of reparation for individual claims do not have to be identical with the rules of inter-State claims. § 11 argues that there are reasons to distinguish both regimes as far as non-material damages are concerned. Different from inter-State claims, individual claims for non-monetary damages are much more common, as the high case numbers of the ECtHR attest to. Combined with limited public funds, the high numbers of cases create a need to limit respective claims. This need is particular to individual claims and thus explains why non-material damages are handed differently. Awarding non-material damages only under exceptional circumstances is also in line with the object and purpose of a regime which mainly focuses on the economy. In addition, State practice and *opinio iuris* support such a rule. Thus, non-material damages are awarded under exceptional circumstances only.

f) § 12 brings together the results of the previous chapters (§§ 7 to 11) and highlights where the different subfields converge. Before, the chapter rounds off the studies of the previous chapters by briefly surveying the treatment of non-material damages in the law of armed conflict, interna-

tional criminal law, and the law of international civil servants. While the findings in these areas support the overall findings in human rights law and international investment law, the chapter also stresses the fundamental differences between international criminal law and the law of international civil service on the one hand and human rights law or international investment law on the other hand. Therefore, the remainder of the chapter focuses mainly on the latter.

All in all, § 12 concludes that the three major regional human rights systems as well as international investment law apply by and large a similar concept of non-material damages. In addition, all sub-fields award non-material damages only if the harm crosses a threshold of severity. While the threshold varies from field to field, the observation of a minimum level of severity for compensating immaterial damages is remarkable because it is at odds with inter-State practice. Here, courts and tribunals have also awarded money damages to remedy minor moral harms.

4. The fourth and final chapter aims at making sense of the finding of § 12 by combining the prior strands of the argument. As this part suggests, the differences between inter-State and individual claims may be conceptualised on the basis of the distinction between private and public law. From that perspective, the developments in human rights law and international investment law are symptoms of a shift towards a more public-law-like regime. To conclude, the part tries to draw some more general conclusions on the development of private law analogies in public international law.

a) In a nutshell, § 13 argues that the different handling of non-material damages in individual claims in comparison to inter-State claims can be read as a shift towards public-law. For this argument, the chapter relies on the framework set out in §§ 2 and 3, i.e. it applies the ideal-typical distinction between a law of coordination serving individual interests and compensatory justice (private law) and a law of subordination serving the general interest and distributive justice (public law). In particular, the chapter argues that introducing a minimum threshold of severity for compensating non-material harm is a turn to public law. By compensating moral harm only if the severity of the harm so requires, damages change their function. They are less about compensating harm and more about sanctioning unlawful behaviour. Thereby, moral damages rather serve the general interest in upholding a legal regime than the individual interest of full compensation. This observation also translates into a shift towards an exercise of distributive power. All in all, by subjecting non-pecuniary damages to a threshold requirement of sufficient severity, the law of indi-

vidual claims exhibits characteristics of public law. To support this finding, the chapter analyses how domestic state liability regimes deal with non-material damages. In general, there is a tendency to subject claims for State liability to more restrictions than claims for tort. Yet, only few domestic systems on State liability subject non-material damages to the same requirement as international human rights law and investment law. Although the restrictions vary considerably, the rationales are always similar: liability is limited in order to ensure the proper functioning of government by limiting its financial exposure to damages claims. This reasoning also applies to the minimum threshold of severity required by human rights tribunals and arbitral tribunals.

The chapter defends its characterisation of the developments in human rights law and international law investment law as a shift towards public law against a possible critique from a private law perspective. It distinguishes these developments from *de-minimis*-rules also known to tort law on the basis of their function. As the chapter argues, their purpose is different because they are largely intended to relieve courts from an undue burden of minor cases while the threshold requirement found in international law changes the notion of non-pecuniary damages to an instrument to protect the respective legal order.

As the chapter stresses, characterising the developments observed for non-pecuniary damages has a value beyond mere description. Understanding the difference in handling non-pecuniary damages as a private law analogy's shift towards public law allows us to see similar developments in different subfields of international law and it also offers a framework to assess future developments.

b) § 14 broadens the picture by asking what general lessons we can learn from the study of non-pecuniary damages for private law analogies. To this end, the chapter first analyses two further examples of private law analogies, the rules on the use of immovable state property in occupied territory and the rules on the change of territorial sovereignty. In each case, the study finds that the private law concepts underlying the respective rules of international law have been complemented by an additional layer of public law. While these findings support the overall conclusion of the monograph, the chapter cautions against a general assumption of a shift towards public law for each and every private law analogy. Rather, it argues for a case-by-case assessment.

In addition, the chapter identifies two further insights from the previous studies which equally apply to all private law analogies in international law.

Firstly, the monograph has repeatedly shown that the content of private law analogies is often clouded in uncertainty. This is because lawyers, consciously or unconsciously, use their own national understanding when applying concepts derived from municipal private law. As many municipal legal systems use similar concepts, it is easy to see why lawyers would sub-consciously apply the concepts they are familiar with. Secondly and closely related to the first point, not all legal traditions had a fair share in influencing international law. Rather, there is a strong bias towards European legal traditions. In some decisions, arbitrators openly or covertly just incorporated their own private law. All of these insights are first steps only to identify national pre-understandings and the 'epistemic nationalism' (Anne Peters) deeply entrenched in private law analogies. They also provide a fertile ground to eventually overcome these biases. In that sense, the evolution of private law analogies in public international law traced in this monograph might mark the beginning of a common understanding beyond national pre-understandings and biases.

Annex

Annex I: Ausgewertete Entscheidungen des EGMR

EGMR, *Case of Sidiropoulos and Papakostas v. Greece*, Urteil vom 25. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 33349/10.

EGMR, *Case of Hasan Köse v. Turkey*, Urteil vom 18. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 15014/11.

EGMR, *Case of Mursaliyev and others v. Azerbaijan*, Urteil vom 13. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 66650/13 und 10 andere.

EGMR, *Case of Casa di Cura Valle Fiorita S.R.L. v. Italy*, Urteil vom 13. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 67944/13.

EGMR, *Case of M.A. and others v. Lithuania*, Urteil vom 11. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 59793/17.

EGMR, *Case of Brisc v. Romania*, Urteil vom 11. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 26238/10.

EGMR, *Case of Kryževičius v. Lithuania*, Urteil vom 11. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 67816/14.

EGMR, *Case of Rodionov v. Russia*, Urteil vom 11. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 9106/09.

EGMR, *Case of Slomka v. Poland*, Urteil vom 6. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 68924/12.

EGMR, *Case of Popov and others v. Russia*, Urteil vom 27. November 2018, Beschwerde-Nr. 44560/11.

EGMR, *Case of Alekseyev and others v. Russia*, Urteil vom 27. November 2018, Beschwerde-Nr. 14988/09 und 50 andere.

EGMR, *Case of Urat v. Turkey*, Urteil vom 27. November 2018, Beschwerde-Nr. 13952/11.

EGMR, *Case of Ognevenko v. Russia*, Urteil vom 20. November 2018, Beschwerde-Nr. 44873/09.

EGMR, *Case of Toranzo Gomez v. Spain*, Urteil vom 20. November 2018, Beschwerde-Nr. 26922/14.

EGMR, *Case of Günana and others v. Turkey*, Urteil vom 20. November 2018, Beschwerde-Nr. 70934/10, 39367/12 und 66687/12.

EGMR, *Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2)*, Urteil vom 20. November 2018, Beschwerde-Nr. 14305/17.

EGMR (GK), *Case of Navalnyy v. Russia*, Urteil vom 15. November 2018, Beschwerde-Nr. 29580/12 und 4 andere.

EGMR, *Case of Zhang v. Ukraine*, Urteil vom 13. November 2018, Beschwerde-Nr. 6970/15.

EGMR (GK), *Case of Beuze v. Belgium*, Urteil vom 9. November 2018, Beschwerde-Nr. 71409/10.

EGMR, *Case of Wcisło and Cabaj v. Poland*, Urteil vom 8. November 2018, Beschwerde-Nr. 79950/13.

EGMR, *Case of Narodni List d.d. v. Croatia*, Urteil vom 8. November 2018, Beschwerde-Nr. 2782/12.

EGMR, *Case of Burlya and others v. Ukraine*, Urteil vom 6. November 2018, Beschwerde-Nr. 3289/10.

EGMR, *Case of Milićević v. Montenegro*, Urteil vom 6. November 2018, Beschwerde-Nr. 27821/16.

EGMR, *Case of Vincent del Campo v. Spain*, Urteil vom 6. November 2018, Beschwerde-Nr. 25527/13.

EGMR, *Case of Kaboğlu and Oran v. Turkey*, Urteil vom 30. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 1759/08, 50766/10 und 50782/10.

EGMR, *Case of Kurşun v. Turkey*, Urteil vom 30. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 22677/10.

EGMR, *Case of Provenzano v. Italy*, Urteil vom 25. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 55080/13.

EGMR, *Case of Petrov and X v. Russia*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 23608/16.

EGMR, *Case of Bradshaw and others v. Malta*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 37121/15.

EGMR, *Case of Musa Tarhan v. Turkey*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 12055/17.

EGMR, *Case of Arrozpide Sarasola and others v. Spain*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 65101/16, 73789/16 und 73902/16.

EGMR, *Case of Visy v. Slovakia*, Urteil vom 16. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 70288/13.

EGMR, *Case of Adigüzel and others v. Turkey*, Urteil vom 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 65126/09.

EGMR, *Case of S.V. v. Italy*, Urteil vom 11. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 55216/08.

EGMR, *Case of Osmanyan and Amiraghyan v. Armenia*, Urteil vom 11. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 71306/11.

EGMR, *Case of Gyrlyan v. Russia*, Urteil vom 9. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 35943/15.

EGMR, *Case of Frančiša Štefančič v. Slovenia*, Urteil vom 9. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 58349/09.

EGMR, *Case of Mutu and Pechstein v. Switzerland*, Urteil vom 2. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 67474/10.

EGMR, *Case of Kožemiakina v. Lithuania*, Urteil vom 2. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 231/15.

EGMR (GK), *Case of Denisov v. Ukraine*, Urteil vom 25. September 2018, Beschwerde-Nr. 76639/11.

EGMR, *Case of Solska and Rybicka v. Poland*, Urteil vom 20. September 2018, Beschwerde-Nr. 30491/17 und 31083/17.

EGMR, *Case of Aliyev v. Azerbaijan*, Urteil vom 20. September 2018, Beschwerde-Nr. 68762/14 und 71200/14.

EGMR, *Case of Mushegh Saghatelian v. Armenia*, Urteil vom 20. September 2018, Beschwerde-Nr. 23086/08.

EGMR, *Case of Kasat v. Turkey*, Urteil vom 11. September 2018, Beschwerde-Nr. 61541/09.

EGMR, *Case of Dimitar Yordanov v. Bulgaria*, Urteil vom 6. September 2018, Beschwerde-Nr. 3401/09.

EGMR, *Case of Jansen v. Norway*, Urteil vom 6. September 2018, Beschwerde-Nr. 2822/16.

EGMR, *Case of Mottola and others v. Italy*, Urteil vom 6. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 29932/07.

EGMR, *Case of Staibano and others v. Italy*, Urteil vom 6. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 29907/07.

EGMR, *Case of Cristian Cătălin Ungureanu v. Romania*, Urteil vom 4. September 2018, Beschwerde-Nr. 6221/14.

EGMR, *Case of Yirdim and others v. Turkey*, Urteil vom 4. September 2018, Beschwerde-Nr. 72781/12.

EGMR, *Case of Vizgirda v. Slovenia*, Urteil vom 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 59868/08.

EGMR, *Case of Ibragim and others v. Russia*, Urteil vom 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 1413/08.

EGMR, *Case of Savva Terentyev v. Russia*, Urteil vom 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 10692/0.

EGMR, *Case of Somorjai v. Hungary*, Urteil vom 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 60934/13.

EGMR, *Case of Izzet Çelik v. Turkey*, Urteil vom 23. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 15185/05.

EGMR, *Case of Hovhannisyan v. Armenia*, Urteil vom 19. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 18419/13.

- EGMR, *Case of S.M. v. Croatia*, Urteil vom 19. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 60561/14.
- EGMR, *Case of Aleksandar Sabev v. Bulgaria*, Urteil vom 19. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 43503/08.
- EGMR, *Case of Mazepa and others v. Russia*, Urteil vom 17. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 15086/07.
- EGMR, *Case of Mariya Alekhina and others v. Russia*, Urteil vom 17. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 38004/12.
- EGMR, *Case of Sandu and others v. the Republic of Moldova and Russia*, Urteil vom 17. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 21034/05 und 7 andere.
- EGMR, *Case of Vasilevskiy and Bogdanov v. Russia*, Urteil vom 10. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 52241/14 und 74222/14.
- EGMR, *Case of Volokitin and others v. Russia*, Urteil vom 3. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 4087/10 und 13 andere.
- EGMR, *Case of Tchokhonelidze v. Georgia*, Urteil vom 28. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 31536/07.
- EGMR, *Case of Gîrleanu v. Romania*, Urteil vom 26. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 50376/09.
- EGMR, *Case of Semanche v. France*, Urteil vom 21. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 36083/16.
- EGMR, *Case of Kula v. Turkey*, Urteil vom 19. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 20233/06.
- EGMR, *Case of Euromak Metal Doo v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Urteil vom 14. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 68039/14.
- EGMR, *Case of Alpeyeva and Dzhalagoniya v. Russia*, Urteil vom 12. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 7549/09.
- EGMR, *Case of Abu Zubaydah v. Lithuania*, Urteil vom 31. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 46454/11.
- EGMR, *Case of Al Nashiri v. Romania*, Urteil vom 31. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 33234/12.
- EGMR, *Case of Pocasovschi and Mihaila v. the Republic of Moldova and Russia*, Urteil vom 29. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 1089/09.
- EGMR, *Case of Gülbahar Özer and Yusuf Özer v. Turkey*, Urteil vom 29. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 64406/09.
- EGMR, *Case of Laurent v. France*, Urteil vom 24. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 28798/13.
- EGMR, *Case of Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 846/16 und 1075/16.
- EGMR, *Case of Ljatif v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Urteil vom 17. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 19017/16.
- EGMR, *Case of Stomakhin v. Russia*, Urteil vom 9. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 52273/07.

- EGMR, *Case of Čakarević v. Croatia*, Urteil vom 26. April 2018, Beschwerde-Nr. 48921/13.
- EGMR, *Case of Hoti v. Croatia*, Urteil vom 26. April 2018, Beschwerde-Nr. 63311/14.
- EGMR, *Case of Lozovyie v. Russia*, Urteil vom 24. April 2018, Beschwerde-Nr. 4587/09.
- EGMR, *Case of Benedik v. Slovenia*, Urteil vom 24. April 2018, Beschwerde-Nr. 62357/14.
- EGMR, *Case of Ottan v. France*, Urteil vom 19. April 2018, Beschwerde-Nr. 41841/12.
- EGMR, *Case of Werra Naturstein GmbH & Co. KG v. Germany*, Urteil vom 19. April 2018, Beschwerde-Nr. 32377/12.
- EGMR, *Case of Lazoriva v. Ukraine*, Urteil vom 17. April 2018, Beschwerde-Nr. 6878/14.
- EGMR, *Case of Chim and Przywieczerski v. Poland*, Urteil vom 12. April 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07.
- EGMR, *Case of Bektashi Community and others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Urteil vom 12. April 2018, Beschwerde-Nr. 48044/10, 75722/12 und 25176/13.
- EGMR, *Case of Tsvetkova v. Russia*, Urteil vom 10. April 2018, Beschwerde-Nr. 54381/08 und 5 andere.
- EGMR, *Case of Christian Baptist Church in Wrocław v. Poland*, Urteil vom 5. April 2018, Beschwerde-Nr. 32045/10.
- EGMR, *Case of Boyan Gospodinov v. Bulgaria*, Urteil vom 5. April 2018, Beschwerde-Nr. 28417/07.
- EGMR, *Case of Karen Poghosyan v. Armenia*, Urteil vom 29. März 2018, Beschwerde-Nr. 62356/09.
- EGMR, *Case of Aleksandr Aleksandrov v. Russia*, Urteil vom 27. März 2018, Beschwerde-Nr. 14431/06.
- EGMR, *Case of Berkovich and others v. Russia*, Urteil vom 27. März 2018, Beschwerde-Nr. 5871/07 und 9 andere.
- EGMR, *Case of Şahin Alpay v. Turkey*, Urteil vom 20. März 2018, Beschwerde-Nr. 16538/17.
- EGMR, *Case of Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, Urteil vom 20. März 2018, Beschwerde-Nr. 13237/17.
- EGMR, *Case of Falzon v. Malta*, Urteil vom 20. März 2018, Beschwerde-Nr. 45791/13.
- EGMR, *Case of Ebedin Abi v. Turkey*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 10839/09.
- EGMR, *Case of Stern Taulats and Roura Capallera v. Spain*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 51168/15 und 51186/15.
- EGMR, *Case of Mirovni Inštitut v. Slovenia*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 32303/13.

- EGMR, *Case of Kanaginis v. Greece*, Urteil vom 8. März 2018, Beschwerde-Nr. 27662/09.
- EGMR, *Case of Chumak v. Ukraine*, Urteil vom 6. März 2018, Beschwerde-Nr. 44529/09.
- EGMR, *Case of Selami and others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Urteil vom 1. März 2018, Beschwerde-Nr. 78241/13.
- EGMR, *Case of Mockutė v. Lithuania*, Urteil vom 27. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 66490/09.
- EGMR, *Case of Sinkova v. Ukraine*, Urteil vom 27. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 39496/11.
- EGMR, *Case of Agit Demir v. Turkey*, Urteil vom 27. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 36475/10.
- EGMR, *Case of Alpha Doryforiki Tileorasi Anonymi Etairia v. Greece*, Urteil vom 22. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 72562/10.
- EGMR, *Case of Ghedir v. France*, Urteil vom 15. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 20579/12.
- EGMR, *Case of Butkevich v. Russia*, Urteil vom 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 5865/07.
- EGMR, *Case of Ivashchenko v. Russia*, Urteil vom 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 61064/10.
- EGMR, *Case of Aydoğan and DARA Radyo Televizyon Yayincilik Anonim Şirketi v. Turkey*, Urteil vom 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 12261/06.
- EGMR, *Case of Portu Juanenea and Sarasola Yarzabal v. Spain*, Urteil vom 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 1653/13.
- EGMR, *Case of Ben Faiza v. France*, Urteil vom 8. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 31446/12.
- EGMR, *Case of Akimenkov v. Russia*, Urteil vom 6. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 2613/13 und 50041/14.
- EGMR, *Case of Hadzhieva v. Bulgaria*, Urteil vom 1. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 45285/12.
- EGMR, *Case of V.C. v. Italy*, Urteil vom 1. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 54227/14.
- EGMR, *Case of M.A. v. France*, Urteil vom 1. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15.
- EGMR, *Case of Enver Şahin v. Turkey*, Urteil vom 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 23065/12.
- EGMR, *Case of Barabanov v. Russia*, Urteil vom 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 4966/13 und 5550/15.
- EGMR, *Case of Etute v. Luxembourg*, Urteil vom 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 18233/16.

- EGMR, *Case of Edina Tóth v. Hungary*, Urteil vom 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 51323/14.
- EGMR, *Case of J.R. and others v. Greece*, Urteil vom 25. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 22696/16.
- EGMR, *Case of Asani v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Urteil vom 1. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 27962/10.
- EGMR, *Case of Mitzinger v. Germany*, Urteil vom 25. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 29762/10.
- EGMR, *Case of Kuchta v. Poland*, Urteil vom 23. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 58683/08.
- EGMR, *Case of Čeferin v. Slovenia*, Urteil vom 16. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 40975/08.
- EGMR, *Case of Hunguest Zrt v. Hungary*, Urteil vom 16. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 66209/10.
- EGMR, *Case of Sharxhi and others v. Albania*, Urteil vom 11. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 10613/16.
- EGMR, *Case of Cipolletta v. Italy*, Urteil vom 11. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 38259/09.
- EGMR, *Case of López Ribalda and others v. Spain*, Urteil vom 9. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 1874/13.
- EGMR, *Case of Kadusic v. Switzerland*, Urteil vom 9. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 43977/13.
- EGMR, *Case of GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus v. Switzerland*, Urteil vom 9. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 18597/13.
- EGMR, *Case of Stăanculeanu v. Romania*, Urteil vom 9. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 26990/15.
- EGMR, *Case of Resin v. Russia*, Urteil vom 18. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 9348/14.
- EGMR, *Case of Litschauer v. the Republic of Moldova*, Urteil vom 13. November 2018, Beschwerde-Nr. 25092/15.
- EGMR, *Case of Krivolapov v. Ukraine*, Urteil vom 2. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 5406/07.
- EGMR, *Case of Fedchenko v. Russia (No. 3)*, Urteil vom 2. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 7972/09.
- EGMR, *Case of Fedchenko v. Russia (No. 4)*, Urteil vom 2. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 17221/13.
- EGMR, *Case of Jishkariani v. Georgia*, Urteil vom 20. September 2018, Beschwerde-Nr. 18925/09.
- EGMR, *Case of Gulyan v. Armenia*, Urteil vom 20. September 2018, Beschwerde-Nr. 11244/12.

EGMR, *Case of B. Tagliaferro & Sons Limited and Coleiro Brothers Limited v. Malta*, Urteil vom 11. September 2018, Beschwerde-Nr. 75225/13.

EGMR, *Case of Trimavia S.R.L. and others v. the Republic of Moldova*, Urteil vom 4. September 2018, Beschwerde-Nr. 54115/09, 55707/09 und 55770/09.

EGMR, *Case of Balogh and others v. Slovakia*, Urteil vom 31. August 2018, Beschwerde-Nr. 35142/15.

EGMR, *Case of Engelhardt v. Slovakia*, Urteil vom 31. August 2018, Beschwerde-Nr. 12085/16.

EGMR, *Case of Seychell v. Malta*, Urteil vom 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 43328/14.

EGMR, *Case of Dimitar Mitev v. Bulgaria*, Urteil vom 8. März 2018, Beschwerde-Nr. 34779/09.

EGMR, *Case of Makraduli v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Urteil vom 19. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 64659/11 und 24133/13.

EGMR, *Case of Abdulkadyrov and Dakhtayev v. Russia*, Urteil vom 10. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 35061/04.

EGMR, *Case of Kumitskiy and others v. Russia*, Urteil vom 10. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 66215/12 und 4 andere.

EGMR, *Case of Ščensnovičius v. Lithuania*, Urteil vom 10. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 62663/13.

EGMR, *Case of Voynov v. Russia*, Urteil vom 3. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 39747/10.

EGMR, *Case of KIPS DOO and Drekalović v. Montenegro*, Urteil vom 26. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 28766/06.

EGMR, *Case of D.R. v. Lithuania*, Urteil vom 26. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 691/15.

EGMR, *Case of T.K. v. Lithuania*, Urteil vom 12. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 14000/12.

EGMR, *Case of Beinarovič and others v. Lithuania*, Urteil vom 12. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 70520/10, 21920/10 und 41876/11.

EGMR, *Case of Rashad Hasanov and others v. Azerbaijan*, Urteil vom 7. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 48653/13 und 3 andere.

EGMR, *Case of Unifaun Theatre Productions Limited and others v. Malta*, Urteil vom 15. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 37326/13.

EGMR, *Case of Dimitras v. Greece*, Urteil vom 19. April 2018, Beschwerde-Nr. 11946/11.

EGMR, *Case of Karachentsev v. Russia*, Urteil vom 17. April 2018, Beschwerde-Nr. 23229/11.

EGMR, *Case of Bistieva and others v. Poland*, Urteil vom 10. April 2018, Beschwerde-Nr. 75157/14.

EGMR, *Case of Vladimirova v. Russia*, Urteil vom 10. April 2018, Beschwerde-Nr. 21863/05.

EGMR, *Case of Igranov and others v. Russia*, Urteil vom 20. März 2018, Beschwerde-Nr. 42399/13 und 8 andere.

EGMR, *Case of Teymurazyan v. Armenia*, Urteil vom 15. März 2018, Beschwerde-Nr. 17521/09.

EGMR, *Case of Galea and others v. Malta*, Urteil vom 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 68980/13.

EGMR, *Case of Ramkovski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Urteil vom 8. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 33566/11.

EGMR, *Case of Boyets v. Ukraine*, Urteil vom 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 20963/08.

EGMR, *Case of Cassar v. Malta*, Urteil vom 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 50570/13.

EGMR, *Case of Seven v. Turkey*, Urteil vom 23. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 60392/08.

EGMR, *Case of Tumeliai v. Lithuania*, Urteil vom 9. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 25545/14.

EGMR, *Case of Lakatošová and Lakatoš v. Slovakia*, Urteil vom 11. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 655/16.

EGMR, *Case of Dimović and others v. Serbia*, Urteil vom 11. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 7203/12.

EGMR, *Case of Haziye v. Azerbaijan*, Urteil vom 6. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 19842/15.

EGMR, *Case of Avagyan v. Armenia*, Urteil vom 22. November 2018, Beschwerde-Nr. 1837/10.

EGMR, *Case of Samesov v. Russia*, Urteil vom 20. November 2018, Beschwerde-Nr. 57269/14.

EGMR, *Case of Arzhiyeva and Tsadayev v. Russia*, Urteil vom 13. November 2018, Beschwerde-Nr. 66590/10 und 3773/11.

EGMR, *Case of Malliakou and others v. Greece*, Urteil vom 8. November 2018, Beschwerde-Nr. 78005/11.

EGMR, *Case of Frezadou v. Greece*, Urteil vom 8. November 2018, Beschwerde-Nr. 2683/12.

EGMR, *Case of Hakim Aka v. Turkey*, Urteil vom 6. November 2018, Beschwerde-Nr. 62077/08.

EGMR, *Case of Otegi Mondragon and others v. Spain*, Urteil vom 6. November 2018, Beschwerde-Nr. 4184/15 und 4 andere.

EGMR, *Case of O.R. and L.R. v. the Republic of Moldova*, Urteil vom 30. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 24129/11.

EGMR, *Case of Mehmet Duman v. Turkey*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 38740/09.

- EGMR, *Case of Golubyatnikov and Zhuchkov v. Russia*, Urteil vom 9. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 49869/06 und 44822/06.
- EGMR, *Case of Fedchenko v. Russia (No. 5)*, Urteil vom 2. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 17229/13.
- EGMR, *Case of A.B.V. v. Russia*, Urteil vom 2. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 56987/15.
- EGMR, *Case of Gaspari v. Armenia*, Urteil vom 20. September 2018, Beschwerde-Nr. 44769/08.
- EGMR, *Case of Dadayan v. Armenia*, Urteil vom 6. September 2018, Beschwerde-Nr. 14078/12.
- EGMR, *Case of Kopankovi v. Bulgaria*, Urteil vom 6. September 2018, Beschwerde-Nr. 48929/12.
- EGMR, *Case of Ömer Güner v. Turkey*, Urteil vom 4. September 2018, Beschwerde-Nr. 28338/07.
- EGMR, *Case of Cabral v. the Netherlands*, Urteil vom 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 37617/10.
- EGMR, *Case of Bartaia v. Georgia*, Urteil vom 26. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 10978/06.
- EGMR, *Case of Dridi v. Germany*, Urteil vom 26. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 35778/11.
- EGMR, *Case of Vyshnyakov v. Ukraine*, Urteil vom 25. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 25612/12.
- EGMR, *Case of Mangîr and others v. the Republic of Moldova and Russia*, Urteil vom 17. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 50157/06.
- EGMR, *Case of Sergey Ryabov v. Russia*, Urteil vom 17. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 2674/07.
- EGMR, *Case of Fefilov v. Russia*, Urteil vom 17. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 6587/07.
- EGMR, *Case of Abdilla v. Malta*, Urteil vom 17. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 36199/15.
- EGMR, *Case of İshak Sağlam v. Turkey*, Urteil vom 10. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 22963/08.
- EGMR, *Case of Bakir and others v. Turkey*, Urteil vom 10. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 46713/10.
- EGMR, *Case of İmret v. Turkey (No. 2)*, Urteil vom 10. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 57316/10.
- EGMR, *Case of Boyadzhieva and Gloria International Limited EOOD v. Bulgaria*, Urteil vom 5. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 41299/09.
- EGMR, *Case of Paraskevopoulos v. Greece*, Urteil vom 28. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 64184/11.
- EGMR, *Case of Mirković and others v. Serbia*, Urteil vom 26. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 27471/15 und 12 andere.
- EGMR, *Case of Fortalnov v. Russia*, Urteil vom 26. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 7077/06 und 12 andere.

- EGMR, *Case of S.Z. v. Greece*, Urteil vom 21. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 66702/13.
- EGMR, *Case of M.T.B. v. Turkey*, Urteil vom 12. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 47081/06.
- EGMR, *Case of M.R. and D.R. v. Ukraine*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 63551/13.
- EGMR, *Case of Gafà v. Malta*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 54335/14.
- EGMR, *Case of United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 27585/13.
- EGMR, *Case of Zabelos and others v. Greece*, Urteil vom 17. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 1167/15.
- EGMR, *Case of Muca v. Albania*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 57456/11.
- EGMR, *Case of Goriunov v. the Republic of Moldova*, Urteil vom 29. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 14466/12.
- EGMR, *Case of Dornean v. the Republic of Moldova*, Urteil vom 29. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 27810/07.
- EGMR, *Case of Gaspar v. Russia*, Urteil vom 12. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 23038/15.
- EGMR, *Case of Agarkova v. Russia*, Urteil vom 15. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 29951/09.
- EGMR, *Case of Girişen v. Turkey*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 53567/07.
- EGMR, *Case of Mikhaylova v. Ukraine*, Urteil vom 6. März 2018, Beschwerde-Nr. 10644/08.
- EGMR, *Case of Guja v. the Republic of Moldova (No. 2)*, Urteil vom 27. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 1085/10.
- EGMR, *Case of Pankov v. Russia*, Urteil vom 15. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 52550/08.
- EGMR, *Case of Fatih Çakir and Merve Nisa Çakier v. Turkey*, Urteil vom 5. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 54558/11.
- EGMR, *Case of Amerkhanov v. Turkey*, Urteil vom 5. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 16026/12.
- EGMR, *Case of Stepan Zimin v. Russia*, Urteil vom 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 63686/13 und 60894/14.
- EGMR, *Case of Polikhovich v. Russia*, Urteil vom 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 62630/13 und 5562/15.
- EGMR, *Case of Makarenko v. Ukraine*, Urteil vom 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 622/11.
- EGMR, *Case of Fatih Taş v. Turkey (No. 3)*, Urteil vom 24. April 2018, Beschwerde-Nr. 45281/08.
- EGMR, *Case of Fatih Taş v. Turkey (No. 4)*, Urteil vom 24. April 2018, Beschwerde-Nr. 51511/08.
- EGMR, *Case of Guliyev and Sheina v. Russia*, Urteil vom 17. April 2018, Beschwerde-Nr. 29790/14.

- EGMR, *Case of Voykin and others v. Ukraine*, Urteil vom 27. März 2018, Beschwerde-Nr. 47889/08.
- EGMR, *Case of Ulay v. Turkey*, Urteil vom 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 8626/06.
- EGMR, *Case of Pihoni v. Albania*, Urteil vom 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 74389/13.
- EGMR, *Case of Oller Kamińska v. Poland*, Urteil vom 18. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 28481/12.
- EGMR, *Case of Mammadli v. Azerbaijan*, Urteil vom 19. April 2018, Beschwerde-Nr. 47145/14.
- EGMR, *Case of Ghincea v. Romania*, Urteil vom 9. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 36676/06.
- EGMR, *Case of Revtyuk v. Russia*, Urteil vom 9. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 31796/10.
- EGMR, *Case of Mihdi Perinçek v. Turkey*, Urteil vom 29. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 54915/09.
- EGMR, *Case of Vujović and Lipa D.O.O. v. Montenegro*, Urteil vom 20. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 18912/15.
- EGMR, *Case of Andrey Smirnov v. Russia*, Urteil vom 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 43149/10.
- EGMR, *Case of Korniychuk v. Ukraine*, Urteil vom 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 10042/11.
- EGMR, *Case of Zezev v. Russia*, Urteil vom 12. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 47781/10.
- EGMR, *Case of Khani Kabbara v. Cyprus*, Urteil vom 5. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 24459/12.
- EGMR, *Case of Batyrkhairov v. Turkey*, Urteil vom 5. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 69929/12.
- EGMR, *Case of Artur Ivanov v. Russia*, Urteil vom 5. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 62798/09.
- EGMR, *Case of Sergey Ivanov v. Russia*, Urteil vom 15. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 14416/06.
- EGMR, *Case of Muruzheva v. Russia*, Urteil vom 15. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 62526/15.
- EGMR, *Case of Hajibeyli and Aliyev v. Azerbaijan*, Urteil vom 19. April 2018, Beschwerde-Nr. 6477/08 und 10414/08.
- EGMR, *Case of Elita Magomadova v. Russia*, Urteil vom 10. April 2018, Beschwerde-Nr. 77546/14.
- EGMR, *Case of Canşad and others v. Turkey*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 7851/05.
- EGMR, *Case of X v. Russia*, Urteil vom 20. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 3150/15.

EGMR, *Case of Cuenca Zarzoso v. Spain*, Urteil vom 16. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 23383/12.

EGMR, *Case of Kiril Ivanov v. Bulgaria*, Urteil vom 11. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 17599/07.

EGMR, *Case of Arzumanyan v. Armenia*, Urteil vom 11. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 25935/08.

EGMR, *Case of the United Macedonian Organisation Ilinden and others v. Bulgaria* (No. 3), Urteil vom 11. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 29496/16.

EGMR, *Case of Yordan Ivanov and others v. Bulgaria*, Urteil vom 11. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 70502/13.

EGMR, *Case of Chorbov v. Bulgaria*, Urteil vom 25. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 39942/13.

EGMR, *Case of A.T. v. Estonia*, Urteil vom 13. November 2018, Beschwerde-Nr. 23183/15.

EGMR, *Case of Rostomashvili v. Georgia*, Urteil vom 8. November 2018, Beschwerde-Nr. 13185/07.

EGMR, *Case of Arutyunov v. Russia*, Urteil vom 18. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 5552/06.

EGMR, *Case of Witkowski v. Poland*, Urteil vom 13. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 21497/14.

EGMR, *Case of Nihat Soylu v. Turkey*, Urteil vom 11. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 48532/11.

EGMR, *Case of B.I. v. Turkey*, Urteil vom 11. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 18308/10.

EGMR, *Case of Kilici v. Turkey*, Urteil vom 27. November 2018, Beschwerde-Nr. 32738/11.

EGMR, *Case of Nurmiyeva v. Russia*, Urteil vom 27. November 2018, Beschwerde-Nr. 57273/13.

EGMR, *Case of Konstantinopoulos and others v. Greece* (No. 2), Urteil vom 22. November 2018, Beschwerde-Nr. 29543/15 und 30984/15.

EGMR, *Case of Jurasz v. Poland*, Urteil vom 22. November 2018, Beschwerde-Nr. 48327/09.

EGMR, *Case of Asma v. Turkey*, Urteil vom 20. November 2018, Beschwerde-Nr. 47933/09.

EGMR, *Case of Togrul v. Bulgaria*, Urteil vom 15. November 2018, Beschwerde-Nr. 20611/10.

EGMR, *Case of Erkan Birol Kaya v. Turkey*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 38331/06.

EGMR, *Case of Bilinmiş v. Turkey*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 28009/10.

EGMR, *Case of Elvan Alkan and others v. Turkey*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 43185/11.

EGMR, *Case of Sagan v. Ukraine*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 60010/08.

EGMR, *Case of Barkanov v. Russia*, Urteil vom 16. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 45825/11.

EGMR, *Case of Parol v. Poland*, Urteil vom 11. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 65379/13.

EGMR, *Case of Murat Akin v. Turkey*, Urteil vom 9. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 40865/05.

EGMR, *Case of A.K. v. Turkey*, Urteil vom 9. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 27607/11.

EGMR, *Case of Leotsakos v. Greece*, Urteil vom 4. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 30958/13.

EGMR, *Case of Bivolaru v. Romania (No. 2)*, Urteil vom 2. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 66580/12.

EGMR, *Case of Tsakoyevy v. Russia*, Urteil vom 2. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 16397/07.

EGMR, *Case of Kolobychko v. the Republic of Moldova, Russia and Ukraine*, Urteil vom 18. September 2018, Beschwerde-Nr. 36724/10.

EGMR, *Case of Alikhanovy v. Russia*, Urteil vom 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 17054/06.

EGMR, *Case of Shulmin and others v. Russia*, Urteil vom 17. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 15918/13 und 7 andere.

EGMR, *Case of Stomatii v. the Republic of Moldova, Russia and Ukraine*, Urteil vom 18. September 2018, Beschwerde-Nr. 69528/10.

EGMR, *Case of Lachiri v. Belgium*, Urteil vom 18. September 2018, Beschwerde-Nr. 3413/09.

EGMR, *Case of Fatih Taş (No. 5)*, Urteil vom 4. September 2018, Beschwerde-Nr. 6810/09.

EGMR, *Case of Khodyukevich v. Russia*, Urteil vom 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 74282/11.

EGMR, *Case of Vlase v. Romania*, Urteil vom 24. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 80784/13.

EGMR, *Case of Ronald Vermeulen v. Belgium*, Urteil vom 17. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 5475/06.

EGMR, *Case of Topal v. the Republic of Moldova*, Urteil vom 3. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 12257/06.

EGMR, *Case of Vathakos v. Greece*, Urteil vom 28. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 20235/11.

EGMR, *Case of Krassas v. Greece*, Urteil vom 28. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 45957/11.

EGMR, *Case of Pereira Crez and others v. Portugal*, Urteil vom 26. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 56396/12 und 3 andere.

EGMR, *Case of Hülya Ebru Demirel v. Turkey*, Urteil vom 19. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 30733/08.

EGMR, *Case of Kartvelishvili v. Georgia*, Urteil vom 7. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 17716/08.

EGMR, *Case of Fernandes Pedroso v. Portugal*, Urteil vom 12. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 59133/11.

EGMR, *Case of Toubache v. France*, Urteil vom 7. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 19510/15.

EGMR, *Case of Sultan v. the Republic of Moldova*, Urteil vom 5. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 17047/07.

EGMR, *Case of OOO KD-Konsalting v. Russia*, Urteil vom 29. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 54184/11.

EGMR, *Case of Lutskevich v. Russia*, Urteil vom 15. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 6312/13 und 60902/14.

EGMR, *Case of Rubtsov v. Balayan v. Russia*, Urteil vom 10. April 2018, Beschwerde-Nr. 33707/14 und 3762/15.

EGMR, *Case of Piralis and others v. Greece*, Urteil vom 17. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 5574/16.

EGMR, *Case of Vatandaş v. Turkey*, Urteil vom 15. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 37869/08.

EGMR, *Case of Andersen v. Greece*, Urteil vom 26. April 2018, Beschwerde-Nr. 42660/11.

EGMR, *Case of Ovidu Cristian Stoica v. Romania*, Urteil vom 24. April 2018, Beschwerde-Nr. 55116/12.

EGMR, *Case of A.S. v. France*, Urteil vom 19. April 2018, Beschwerde-Nr. 46240/15.

EGMR, *Case of Cihangir Yildiz v. Turkey*, Urteil vom 17. April 2018, Beschwerde-Nr. 39407/03.

EGMR, *Case of Uche v. Switzerland*, Urteil vom 17. April 2018, Beschwerde-Nr. 12211/09.

EGMR, *Case of Ergüdoğan v. Turkey*, Urteil vom 17. April 2018, Beschwerde-Nr. 48979/10.

EGMR, *Case of Eryiğit v. Turkey*, Urteil vom 10. April 2018, Beschwerde-Nr. 18356/11.

EGMR, *Case of Ibrahim Keskin v. Turkey*, Urteil vom 27. März 2018, Beschwerde-Nr. 10491/12.

EGMR, *Case of Özgün Öztunç v. Turkey*, Urteil vom 27. März 2018, Beschwerde-Nr. 5839/09.

EGMR, *Case of Şehmus Ekinci v. Turkey*, Urteil vom 27. März 2018, Beschwerde-Nr. 15930/11.

- EGMR, *Case of Tkachenko v. Russia*, Urteil vom 20. März 2018, Beschwerde-Nr. 28046/05.
- EGMR, *Case of A.E.A. v. Greece*, Urteil vom 15. März 2018, Beschwerde-Nr. 39034/12.
- EGMR, *Case of Kuznetsov and others v. Russia*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 56354/09.
- EGMR, *Case of C.M. v. Belgium*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 67957/12.
- EGMR, *Case of Pouliou v. Greece*, Urteil vom 8. März 2018, Beschwerde-Nr. 39726/10.
- EGMR, *Case of Mehmet Günay and Güllü Günay v. Turkey*, Urteil vom 20. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 52797/08.
- EGMR, *Case of Seferi Yılmaz v. Turkey*, Urteil vom 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 61949/08, 38776/09 und 44565/09.

Annex II: Entscheidungen des EGMR zur entschädigenden Feststellung im Jahr 2018

- EGMR, *Case of Alekseyev and others v. Russia*, Urteil vom 27. November 2018, Beschwerde-Nr. 14988/09 und 50 andere.
- EGMR (GK), *Case of Beuze v. Belgium*, Urteil vom 9. November 2018, Beschwerde-Nr. 71409/10.
- EGMR, *Case of Provenzano v. Italy*, Urteil vom 25. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 55080/13.
- EGMR, *Case of Musa Tarhan v. Turkey*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 12055/17.
- EGMR, *Case of S.V. v. Italy*, Urteil vom 11. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 55216/08.
- EGMR, *Case of Savva Terentyev v. Russia*, Urteil vom 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 10692/09.
- EGMR, *Case of Volokitin and others v. Russia*, Urteil vom 3. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 74087/10 und 13 andere.
- EGMR, *Case of Laurent v. France*, Urteil vom 24. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 28798/13.
- EGMR, *Case of Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 846/16 und 1075/16.
- EGMR, *Case of Benedik v. Slovenia*, Urteil vom 24. April 2018, Beschwerde-Nr. 62357/14.
- EGMR, *Case of Ottan v. France*, Urteil vom 19. April 2018, Beschwerde-Nr. 41841/12.

EGMR, *Case of Lazoriva v. Ukraine*, Urteil vom 17. April 2018, Beschwerde-Nr. 6878/14.

EGMR, *Case of Chim and Przywieczerski v. Poland*, Urteil vom 12. April 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07.

EGMR, *Case of Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 51168/15 und 51186/15.

EGMR, *Case of Ben Faiza v. France*, Urteil vom 8. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 31446/12.

EGMR, *Case of M.A. v. France*, Urteil vom 1. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15.

EGMR, *Case of Etute v. Luxembourg*, Urteil vom 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 18233/16.

EGMR, *Case of Kumitskiy and others v. Russia*, Urteil vom 10. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 66215/12 und 4 andere.

EGMR, *Case of Seven v. Turkey*, Urteil vom 23. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 60392/08.

EGMR, *Case of Otegi Mondragon and others v. Spain*, Urteil vom 6. November 2018, Beschwerde-Nr. 4184/15 und 4 andere.

EGMR, *Case of Mehmet Duman v. Turkey*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 38740/09.

EGMR, *Case of Ömer Güner v. Turkey*, Urteil vom 4. September 2018, Beschwerde-Nr. 28338/07.

EGMR, *Case of Cabral v. the Netherlands*, Urteil vom 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 37617/10.

EGMR, *Case of Dridi v. Germany*, Urteil vom 26. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 35778/11.

EGMR, *Case of Gafà v. Malta*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 54335/14.

EGMR, *Case of United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 27585/13.

EGMR, *Case of Muca v. Albania*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 57456/11.

EGMR, *Case of Girişen v. Turkey*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 53567/07.

EGMR, *Case of Ulay v. Turkey*, Urteil vom 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 8626/06.

EGMR, *Case of Canşad and others v. Turkey*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 7851/05.

EGMR, *Case of Asma v. Turkey*, Urteil vom 20. November 2018, Beschwerde-Nr. 47933/09.

EGMR, *Case of Togrul v. Bulgaria*, Urteil vom 15. November 2018, Beschwerde-Nr. 20611/10.

EGMR, *Case of Pereira Cruz and others v. Portugal*, Urteil vom 26. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 56396/12 und 3 andere.

EGMR, *Case of OOO KD-Konsalting v. Russia*, Urteil vom 29. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 54184/11.

EGMR, *Case of Ovidiu Cristian Stoica v. Romania*, Urteil vom 24. April 2018, Beschwerde-Nr. 55116/12.

EGMR, *Case of A.S. v. France*, Urteil vom 19. April 2018, Beschwerde-Nr. 46240/15.

EGMR, *Case of Ergüdoğan v. Turkey*, Urteil vom 17. April 2018, Beschwerde-Nr. 48979/10.

Annex III: Entscheidungen/Schriftsätze aus Investitionsschiedsverfahren zu immateriellem Schadensersatz

Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v. The Republic of Burundi, Schiedsspruch vom 4. März 1991, International Law Reports 96 (1994), 279.

ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Schiedsspruch vom 29. März 2003, Case No. ARB (AF)/00/2.

ICSID, *Desert Line LLC v. Yemen*, Schiedsspruch vom 6. Februar 2008, Case No. ARB/05/17.

ICSID, *Biwater Gauff v. Tanzania*, Sondervotum des Schiedsrichters Gary Born vom 18. Juli 2008, Case No. ARB/05/22.

ICSID, *Victor Pey Casado et Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile*, Schiedsspruch vom 8. Mai 2008, Case No. ARB/98/2.

ICSID, *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, Schiedsspruch vom 3. Juli 2008, Case No. 05/19.

SCC, *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, Schiedsspruch vom 26. März 2008, Case No. 080/2005.

ICSID, *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, Schiedsspruch vom 22. April 2009, Case No. ARB/05/6.

ICSID, *Waguih Elie Goerge Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Schiedsspruch vom 1. Juni 2009, Case No. ARB/05/15.

ICSID, *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, Schiedsspruch vom 13. August 2009, Case No. ARB(AF)/07/2.

ICSID, *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey*, Schiedsspruch vom 17. September 2009, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2.

ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Schiedsspruch vom 28. März 2011, Case No. ARB/06/18.

ICSID, *M. Meerapfel Söhne AG v. Central African Republic*, Schiedsspruch vom 12. Mai 2011, Case No. ARB/07/10.

ICSID, *Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, Schiedsspruch vom 7. Juni 2011, Case No. ARB/07/6.

ICSID, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others v. Ukraine*, Schiedsspruch vom 1. März 2012, Case No. ARB/08/8.

ICSID, *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Schiedsspruch vom 6. Juli 2012, Case No. ARB/09/16.

ICSID, *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Schiedsspruch vom 8. April 2013, Case No. ARB/11/23.

ICSID, *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Schiedsspruch vom 6. Mai 2013, Case No. ARB/06/3.

ICSID, *Convial Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. Republic of Peru*, Schiedsspruch vom 21. Mai 2013, Case No. No. ARB/10/2.

PCA, *ST-AD GmbH v. The Republic of Bulgaria*, Schiedsspruch (Jurisdiction) vom 18. Juli 2013, Case No. 2011–06 (ST-BG).

SCC, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Trading Ltd. v. The Republic of Kazakhstan*, Schiedsspruch vom 19. Dezember 2013, SCC Arbitration V (116/2010).

ICSID, *Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafeh-Abou Lahoud v. Democratic Republic of the Congo*, Schiedsspruch vom 7. Februar 2014, Case No. ARB/10/4.

ICSID, *Renée Rose Levy de Levi v. The Republic of Peru*, Schiedsspruch vom 26. Februar 2014, Case No. ARB/10/17.

Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic, Schiedsspruch vom 24. Oktober 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800>.

ICSID, *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania*, Schiedsspruch vom 2. März 2015, Case No. ARB/10/13.

ICSID, *OI Europe Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Schiedsspruch vom 10. März 2015, Case No. ARB/11/25.

ICSID, *EuroGas and Belmont Resources v. Slovakia*, Schriftsatz der Schiedsklägerinnen vom 31. März 2015, Case No. ARB/14/14.

ICSID, *Rüdiger von Pezold et. Al. v. Republic of Zimbabwe*, Schiedsspruch vom 28. Juli 2015, Case No. ARB/10/15.

ICSID, *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*, Schiedsspruch vom 28. Juli 2015, Case No. ARB/10/25.

ICSID, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, Schiedsspruch vom 16. September 2015, Case No. ARB/06/2.

ICSID, *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, Schiedsspruch vom 3. November 2015, Case No. ARB/11/33.

Oxus Gold PLC v. The Republic of Uzbekistan, Schiedsspruch vom 17. Dezember 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781>.

ICSID, *Lundin Tunisia B.V. v. Tunesian Republic*, Schiedsspruch vom 22. Dezember 2015, Case No. ARB/12/30.

ICSID, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infrastructure & Logistique v. The Republic of Guinea*, Schiedsspruch vom 16. August 2016, Case No. ARB/11/29.

ICSID, *Victor Pey Casado et Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile (Resubmission)*, Schiedsspruch vom 3. September 2016, Case No. ARB/98/2.

ICSID, *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, Schiedsspruch vom 18. April 2017, Case No. ARB/12/25.

ICSID, *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. The Slovak Republic*, Schiedsspruch vom 18. August 2017, Case No. ARB/14/14.

ICSID, *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting W.L.L. and Mr Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan*, Schiedsspruch vom 14. Dezember 2017, Case No. ARB/13/38.

UNCITRAL, *David Aven et al. v. Republic of Costa Rica*, Schiedsspruch vom 18. September 2018, Case No. UNCT/15/3.

Material-, Rechtsprechungs- und Literaturverzeichnis

Materialverzeichnis

9. Konferenz der Amerikanischen Staaten, Amerikanische Erklärung der Rechte und Pflichten der Menschen, 1948, Suppl. AJIL 43 (1949), 133–139.
- Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle vom 18. Oktober 1907, RGBl. 1910, 5.
- Abkommen zwischen der Republik Österreich und Bosnien und Herzegowina zur Förderung und zum Schutz von Investitionen vom 2. Oktober 2000, BGBl. III Nr. 229/2002.
- Abkommen zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten vom 10. August 1922, RGBl. II 1923, 113–115.
- Abkommen, betreffend die Beschränkung der Anwendung von Gewalt bei der Eintreibung von Vertragsschulden vom 18. Oktober 1907, RGBl. 1910, 59–81.
- AfGMRRV, Decisions, abrufbar unter: <https://www.african-court.org/cpmt/decisions> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- AfGMRRV, Statistics, abrufbar unter: <https://www.african-court.org/cpmt/statistic> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- AfKMRRV, Verfahrensregeln der AfKMRRV, 2010, abrufbar unter: <https://achpr.au.int/sites/default/files/files/2021-08/rulesofprocedure2010en.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- AfKMRRV, Verfahrensregeln der AfKMRRV, 2020, abrufbar unter: <https://achpr.au.int/index.php/en/rules-procedure> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker vom 27. Juni 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5 = ILM 21 (1982), 58.
- Afrikanische Union, List of Countries which have signed, ratified/acceded to the African Charter on Human and Peoples' Rights, abrufbar unter: <https://au.int/en/treaties/1164> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Afrikanische Union, List of Countries which have signed, ratified/acceded to the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, abrufbar unter: <https://au.int/en/treaties/1164> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Afrikanische Union, List of countries which have signed, ratified/acceded to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, abrufbar unter: <https://au.int/en/treaties/1164> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Afrikanische Union, List of countries which have signed, ratified/acceded to the Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, abrufbar unter: <https://au.int/en/treaties/1164> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

- Arangio-Ruiz, Gaetano*, Second Report on State Responsibility, 1989, A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1.
- Belgisch-Luxemburgische Wirtschaftsunion, Model Agreement of the Belgium-Luxembourg Economic Union on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2019, abrufbar unter: <https://www.lachambre.be/flwb/pdf/54/1806/54K1806007.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Bilateraler Investitionsschutzvertrag zwischen dem Oman und dem Jemen vom 20. September 1998, abrufbar unter: <https://arbitration.org/bit/oman-yemen> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Brüsseler Deklaration über die Gesetze und Gebräuche des Krieges vom 27. August 1874, in: *Actes de la Conférence de Bruxelles*, F. Hayez, Brüssel 1874, 297–305.
- Bundeswirtschaftsministerium, Deutscher Muster Investitionsschutzvertrag, 2008, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Charta der Vereinigung Amerikanischer Staaten, 30. April 1948, UNTS 119, 48–92.
- Deutscher Bundestag, BT-Drs. 14/7752 vom 7. Dezember 2001.
- EECC, Verfahrensregeln, 2001, abrufbar unter: <https://pcacases.com/web/sendAttach/774> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- EGMR, Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 005, abrufbar unter: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyenum=005> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- EGMR, General Statistics 2022, 2023, abrufbar unter: https://echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2022_ENG.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- EGMR, Overview 1959–2021, 2022, abrufbar unter: https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592021_ENG.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- EGMR, Practice Direction: Just Satisfaction Claims, 2007, abrufbar unter: <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/rules&c=> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- EGMR, Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2020, abrufbar unter: <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/rules&c=> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Erklärung der Regierung der Demokratischen Volksrepublik Algerien zur Erledigung von Ansprüchen zwischen dem Iran und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 19. Januar 1981, ILM 20 (1981), 230–233.
- Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, CETS Nr. 5, (dt. Übersetzung BGBl. 2010 II, 1198).
- Garcia Amador, F.V.*, Sixth Report on International Responsibility, 1961, A/CN.4/134 and Add.1.
- Generalakte zur friedlichen Beilegung völkerrechtlicher Streitigkeiten vom 26. September 1928, LNTS 93, 343.
- Genfer Abkommen zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten vom 12. August 1949, UNTS 75, 287–417 (dt. Übersetzung BGBl. 1954 II, 917, ber. 1956 II, 1586).
- IAGMR, Informe Anual 2022, 2023, abrufbar unter: <https://corteidh.or.cr/docs/informe2022/espanol.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

- IAGMR, Verfahrensregeln des IAGMR, 2009, abrufbar unter: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_ing.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- IAKMR, Annual Report 2021, 2022, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64 rev. 1, abrufbar unter: <https://www.oas.org/en/IACHR/reports/IA.asp?Year=2021> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- IAKMR, Verfahrensordnung der IAKMR, 2013, abrufbar unter: <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/rulesiachr.asp> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- IGH, Cases, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/en/cases> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- ILA Study Group, The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law – Report Johannesburg Conference 2016, 2016, abrufbar unter: https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-johannesburg-2016-15 (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- India, Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, 2016, abrufbar unter: https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Institut de Droit international, Bruges Declaration on the Use of Force, 2003, abrufbar unter: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2003_bru_en.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Inter-Amerikanische Menschenrechtskonvention (Pakt von San José) vom 22. November 1969, UNTS 1144, 1978.
- Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, UNTS 999, 171 (dt. Übersetzung: BGBl. 1973 II, 1533).
- Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966, UNTS 993, 3 (dt. Übersetzung BGBl. 1973 II, 1569).
- Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. März 1966, UNTS 660, 195 (dt. Übersetzung BGBl. II 1969, 962).
- IV. Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 18. Oktober 1907, RGrBl. 1910, 107.
- Kiesselbach, Wilhelm, Brief an den Deutschen Botschafter in Washington D.C. v. 12. März 1923, 1923, Staatsarchiv Hamburg, 622–1 Kiesselbach, 1879–1950, Nr. 157 A 1 Bd. 4 Amerikanisches Tagebuch (1922–1928).
- Kiesselbach, Wilhelm, Brief von Wilhelm Kiesselbach an Botschafter Dr. Otto Wiedfeldt, 21. Februar 1924, 1924, Staatsarchiv Hamburg, 132–8 Deutsch-Amerikanische Schadenkommission (Handakten des dt. Kommissars), Nr. C 12/3 Mit Signaturen versehene Handakten W. Kiesselbach: "Gutachten des Deutschen Kommissars".
- Nordatlantisches Freihandelsabkommen zwischen der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika, der Regierung Kanadas und der Regierung der Vereinigten Mexikanischen Staaten vom 17. Dezember 1992, ILM 32 (1993), 605–799.
- OAS, General Information of the Treaty B-32, abrufbar unter: https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_rights_sign.htm (zuletzt besucht: 15. März 2023).

- Protokoll zum Statut des Afrikanischen Gerichtshofs (nicht in Kraft) vom 1. Juli 2008, abrufbar unter: https://au.int/sites/default/files/treaties/36396-treaty-0035_-_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Protokoll zur Änderung des Statuts des Afrikanischen Gerichtshofs (nicht in Kraft) vom 27. Juni 2014, abrufbar unter: https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e-compressed.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Protokoll zur Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker zur Errichtung des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte und Rechte der Völker vom 10. Juni 1998, OAU Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPRIPROT(III) = African Journal of International and Comparative Law 9 (1997), 953.
- Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998, UNTS 2187, 3 (dt. Übersetzung BGBl. 2000 II, 1393).
- Schweiz, Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz), 1958, AS 1958 1413.
- Seerechtsübereinkommen der UN vom 10. Dezember 1982, UNTS 1833, 3 (dt. Übersetzung BGBl. II, 1798).
- Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 18. April 1946, UNTS 33, 993 (dt. Übersetzung BGBl. 1973 II, 505).
- Statut des Ständigen Internationalen Gerichtshofs gemäß Art. 14 der Völkerbundsatzung vom 16. Dezember 1920, LNTS 1921, 380–413.
- Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, UNGA/RES/39/46 (dt. Übersetzung BGBl. 1990 II, 246).
- Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18. März 1965, UNTS 847, 231 (dt. Übersetzung: BGBl. 1969 II, 371).
- UN Generalsekretär, Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 19 of Security Council Resolution 687 (1991), 1991, S/22669, 2. Mai 1991.
- UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2007, A/62/62.
- UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2010, A/65/76.
- UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2013, A/68/72.
- UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2016, A/71/80.

- UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2019, A/74/83.
- UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2022, A/77/74.
- UN Generalsekretär, Survey of International Law – Working Paper Prepared by the Secretary-General in the Light of the Decision of the Commission to Review its Programme of Work, 1971, A/CN.4/245, ILCYrbk 1971, Bd. 2, Teil 2, S. 2.
- UN Generalversammlung, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, 2006, A/RES/60/147.
- UN Generalversammlung, Resolution 63/253: Administration of justice at the United Nations, 2008, GA/RES/63/253.
- UN Sicherheitsrat, Resolution 687 vom 3. April 1991, 1991, S/RES/687 (1991).
- UN Sicherheitsrat, Resolution 692 vom 20. Mai 1991, 1991, S/RES/692 (1991).
- UN Sicherheitsrat, Resolution 1483 vom 22. Mai 2003, 2003, S/RES/1483 (2003).
- UNCC, Provisional Rules for Claims Procedure, 1992, S/AC.26/1992/10.
- UNCC Governing Council, Distribution of Payments and Transparency, Decision No. 18, 1994, S/AC.26/Dec.18 (1994).
- UNCC Governing Council, Personal Injury and Mental Pain and Anguish, Decision No. 3, 1991, S/AC.26/1991/5.
- UNCITRAL, Arbitration Rules, 1976, General Assembly Resolution 31/98, abrufbar unter: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2015, abrufbar unter: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ipfsd> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- UNCTAD, Investment Policy Hub: Investment Dispute Settlement Navigator, abrufbar unter: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Development in 2017, 2018, abrufbar unter: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1188/investor-state-dispute-settlement-review-of-developments-in-2017> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- van Boven, Theo, Study concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms Final Report, 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/8.
- Vázquez-Bermúdez, Marcelo, First Report on General Principles of Law, 2019, A/CN.4/732.
- Vázquez-Bermúdez, Marcelo, Second Report on General Principles of Law, 2021, A/CN.4/741.

- Vereinbarung zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika, den Vereinigten Mexikanischen Staaten und Kanada vom 1. Juli 2020, abrufbar unter: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland, Human Rights Act, 1998, 1998 Chapter 42.
- Vertrag über die Ächtung des Krieges vom 27. August 1928, RGBl. II 1929, 97.
- Vertrag zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Ukraine betreffend die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen vom 4. März 1994, abrufbar unter: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/210531.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Vertrag zwischen der Slowakischen Republik und der Islamischen Republik des Iran zur Förderung und des gegenseitigen Schutzes von Investitionen vom 19. Januar 2016, abrufbar unter: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3601/download> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Vertrag zwischen Deutschland und England über die Kolonien und Helgoland vom 1. Juli 1890, Nouveau Recueil Général de Traités, Deuxième Series 16, 894–905.
- Völkerbund, Conference for the Codification of International Law: Bases of Discussion – Bd. III: Responsibility of States for Damage Caused in Their Territory to the Persons or Property of Foreigners, Services des Publications Société des Nations 1929.
- Völkerrechtskommission, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 177–184.
- Völkerrechtskommission, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 26–55.
- Völkerrechtskommission, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143.
- Völkerrechtskommission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries, 2018, ILCYbk 2018, Bd. II, Teil 2, 90–113.
- Völkerrechtskommission, Sub-Committee on State Responsibility – Summary record of the second meeting, 1963, ILCYrbk 1963, Bd. II, 227–259.
- Völkerrechtskommission, Summary Records of the First Part of the Fifty-Third Session, 2001, ILCYbk 2001, Bd. I.
- Weltbank, World Bank Open Data: Tanzania, abrufbar unter: <https://data.worldbank.org/country/tanzania> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, UNTS 1155, 331 (dt. Übersetzung BGBl. 1985 II, 926).
- Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963, UNTS 596, 261 (dt. Übersetzung BGBl. 1969 II, 1585).
- Wood, Michael, Second Report on Identification of Customary International Law, 2014, UN Dok Nr. A/CN.4/672.

Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977, UNTS 1125, 3 (dt. Übersetzung BGBl. 1990 II, 1551).

Zusatzprotokoll zur Amerikanischen Menschenrechtskonvention im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (Protokoll von San Salvador) vom 17. November 1988, OAS Treaty Series No. 69.

Rechtsprechungsverzeichnis

Affaire Cédroni (Italy v. Guatemala), Schiedsspruch vom 18. März 1898, La Fontaine, Pasicrisie Internationale, 606–610.

Affaire Chevreau (France v. United Kingdom), Schiedsspruch vom 9. Juni 1931, RIAA II, 1113–1143.

Affaire du Guano (Chile v. France), Schiedsspruch vom 5. Juli 1901, RIAA XV, 125–387.

AfKMRRV, *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project v. Nigeria*, Entscheidung (Merits) vom 23. April–7. Mai 2001, Communication 298/98.

AfKMRRV, *Hossam Ezzat & Rania Enayet (represented by Egyptian Initiative for Personal Rights & INTERIGHTS) v. The Arab Republic of Egypt*, Entscheidung (Merits) vom 17. Februar 2016, Communication 355/07.

AfGMRRV, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Libya*, Urteil vom 3. Juni 2016, Beschwerde-Nr. 002/2013.

AfGMRRV, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, Urteil vom 26. Mai 2017, Beschwerde-Nr. 006/2012.

AfGMRRV, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. the Republic of Kenya*, Urteil (Reparations) vom 23. Juni 2022, Beschwerde-Nr. 006/2012.

AfGMRRV, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist Peoples' Libyan Arab Jamahiriya*, Beschluss (Merits of the Application) vom 15. März 2013, Beschwerde-Nr. 004/2011.

AfGMRRV, *Alex Thomas v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations) vom 4. Juli 2019, Beschwerde-Nr. 005/2013.

AfGMRRV, *Ally Rajabu and others v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 007/2015.

AfGMRRV, *Almas Mohamed Muwinda and others v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 24. März 2022, Beschwerde-Nr. 030/2020.

AfGMRRV, *Amini Juma v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 30. September 2021, Beschwerde-Nr. 024/2016.

AfGMRRV, *Amir Ramadhani v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations) vom 25. Juni 2021, Beschwerde-Nr. 010/2015.

AfGMRRV, *Anaclet Paolo v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 21. September 2018, Beschwerde-Nr. 020/2016.

AfGMRRV, *Andrew Ambrose Cheusi v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 26. Juni 2020, Beschwerde-Nr. 004/2015.

- AfGMRRV, *Anudo Ochieng Anudo v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations) vom 2. Dezember 2021, Beschwerde-Nr. 012/2015.
- AfGMRRV, *Armand Guehi v. Untited Republic of Tanzania, Republic of Côte d'Ivoire intervening*, Urteil vom 7. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 001/2015.
- AfGMRRV, *Association pour le Progrès et la Défense des Droits des Femmes Maliennes (AFDF) and The Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) v. Republic of Mali*, Urteil vom 11. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 046/2016.
- AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo and others v. Burkina Faso*, Urteil vom 28. März 2014, Beschwerde-Nr. 013/2011.
- AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo & Burkinabe Human and Peoples' Rights Movement v. Burkina Faso*, Entscheidung (Reparations) vom 5. Juni 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011.
- AfGMRRV, *Christopher Jonas v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations) vom 25. September 2020, Beschwerde-Nr. 011/2015.
- AfGMRRV, *Chrystom Benyoma v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 30. September 2021, Beschwerde-Nr. 001/2016.
- AfGMRRV, *Femi Falana v. The African Union*, Urteil vom 26. Juni 2012, Beschwerde-Nr. 001/2011.
- AfGMRRV, *Ghati Mwita v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 1. Dezember 2022, Beschwerde-Nr. 012/2019.
- AfGMRRV, *Guzbert Henerico v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 10. Januar 2022, Beschwerde-Nr. 056/2016.
- AfGMRRV, *Hamis Shaban alias Hamis Ustadh v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 2. Dezember 2021, Beschwerde-Nr. 026/2015.
- AfGMRRV, *Harold Mbalanda Munthali v. Republic of Malawi*, Urteil vom 23. Juni 2022, Beschwerde-Nr. 022/2017.
- AfGMRRV, *Houngue Éric Noudehouenou v. Republic of Benin*, Urteil vom 1. Dezember 2022, Beschwerde-Nr. 028/2020.
- AfGMRRV, *Ibrahim Ben Mohamed Ben Ibrahim Belguith v. Republic of Tunisia*, Urteil vom 22. September 2022, Beschwerde-Nr. 017/2021.
- AfGMRRV, *Ingabire Victoire Umuhoza v. Republic of Rwanda*, Urteil (Reparations) vom 7. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 003/2014.
- AfGMRRV, *James Wanjara and 4 others v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 25. September 2020, Beschwerde-Nr. 033/2015.
- AfGMRRV, *Jebra Kambole v. The United Republic of Tanzania*, Urteil vom 15. Juli 2020, Beschwerde-Nr. 018/2018.
- AfGMRRV, *Jibu Amir alias Mussa and Saidi Ally alias Mangaya v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 014/2015.
- AfGMRRV, *Joseph John v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 22. September 2022, Beschwerde-Nr. 005/2018.
- AfGMRRV, *Kalebi Elisamehe v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 26. Juni 2020, Beschwerde-Nr. 028/2015.

- AfGMRRV, *Kenedy Ivan v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Merits und Reparations) vom 28. März 2019, Beschwerde-Nr. 025/2016.
- AfGMRRV, *Kennedy Gihana and others v. Republic of Rwanda*, Urteil vom 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 017/2015.
- AfGMRRV, *Kennedy Owino Onyachi and Charles John Mwanini Njoka v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations) vom 30. September 2021, Beschwerde-Nr. 003/2015.
- AfGMRRV, *Kijiji Isiaga v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations) vom 25. Juni 2021, Beschwerde-Nr. 032/2015.
- AfGMRRV, *Kouadio Kobena Fory v. Republic of Côte d'Ivoire*, Urteil vom 2. Dezember 2021, Beschwerde-Nr. 034/2017.
- AfGMRRV, *Kouassi Kouamé Patrice and Baba Sylla v. Republic of Côte d'Ivoire*, Urteil vom 22. September 2022, Beschwerde-Nr. 015/2021.
- AfGMRRV, *Ladislaus Onesmo v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 30. September 2021, Beschwerde-Nr. 047/2016.
- AfGMRRV, *Léon Mugesera v. Republic of Rwanda*, Urteil vom 27. November 2020, Beschwerde-Nr. 012/2017.
- AfGMRRV, *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*, Entscheidung (Reparations) vom 3. Juni 2016, Beschwerde-Nr. 004/2013.
- AfGMRRV, *Lucien Ikili Rashidi v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Merits und Reparations) vom 28. März 2019, Beschwerde-Nr. 009/2015.
- AfGMRRV, *Majid Goa alias Vedastus v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Merits und Reparations) vom 26. September 2019, Beschwerde-Nr. 025/2015.
- AfGMRRV, *Marthine Christian Msuguri v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 1. Dezember 2022, Beschwerde-Nr. 052/2016.
- AfGMRRV, *Masoud Rajabu v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 25. Juni 2021, Beschwerde-Nr. 008/2016.
- AfGMRRV, *Mgosi Mwita Makungu v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations) vom 23. Juni 2022, Beschwerde-Nr. 006/2016.
- AfGMRRV, *Mhina Zuberi v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 26. Februar 2021, Beschwerde-Nr. 054/2016.
- AfGMRRV, *Michelot Yogogombaye v. The Republic of Senegal*, Urteil (Merits) vom 15. Dezember 2009, Beschwerde-Nr. 001/2019.
- AfGMRRV, *Minani Evarist v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 21. September 2018, Beschwerde-Nr. 027/2015.
- AfGMRRV, *Mohamad Abubakari v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations) vom 4. Juli 2020, Beschwerde-Nr. 007/2013.
- AfGMRRV, *Mussa Zanzibar v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 26. Februar 2021, Beschwerde-Nr. 022/2016.
- AfGMRRV, *Nguza Viking (Babu Seya) and Johnson Nguza (Papi Kocha) v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations) vom 8. Mai 2020, Beschwerde-Nr. 006/2015.
- AfGMRRV, *Reverend Christopher R. Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, Entscheidung (Reparations) vom 13. Juni 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011.

- AfGMRRV, *Robert John Penessis v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 013/2015.
- AfGMRRV, *Robert Richard v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 2. Dezember 2021, Beschwerde-Nr. 035/2016.
- AfGMRRV, *Sadick Marwa Kisase v. United Republic of Tanzania*, Urteil vom 2. Dezember 2021, Beschwerde-Nr. 005/2016.
- AfGMRRV, *Sébastien Germain Ajavon v. Republic of Benin (Nr. 1)*, Urteil (Reparations) vom 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017.
- AfGMRRV, *Sébastien Germain Ajavon v. Republic of Benin (Nr. 1)*, Sondervotum des Richters Gerard Niyungeko vom 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017.
- AfGMRRV, *Sébastien Germain Marie Aïkoué Ajavon v. Republic of Benin (Nr. 2)*, Urteil vom 4. Dezember 2020, Beschwerde-Nr. 062/2019.
- AfGMRRV, *Sébastien Germain Marie Aïkoué Ajavon v. Republic of Benin (Nr. 3)*, Urteil vom 29. März 2021, Beschwerde-Nr. 065/2019.
- AfGMRRV, *Suy Bi Gohore Emile & 8 others v. Côte d'Ivoire*, Urteil vom 15. Juli 2020, Beschwerde-Nr. 044/2019.
- AfGMRRV, *Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R. Mtikila v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Merits) vom 14. Juni 2013, Beschwerde-Nr. 009/2011 und 011/2011.
- AfGMRRV, *Thobias Mang'ara Mango and Shukurani Masegenya Mango v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations) vom 2. Dezember 2021, Beschwerde-Nr. 005/2015.
- AfGMRRV, *Wilfred Onyango Nganyi and 9 others v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Reparations) vom 4. Juli 2019, Beschwerde-Nr. 006/2013.
- AfGMRRV, *XYZ v. Republic of Benin (Nr. 1)*, Urteil vom 27. November 2020, Beschwerde-Nr. 059/2019.
- AfGMRRV, *XYZ v. Republic of Benin (Nr. 2)*, Urteil vom 27. November 2020, Beschwerde-Nr. 010/2020.
- AfGMRRV, *Youssef Ababou v. Kingdom of Morocco*, Entscheidung (Jurisdiction) vom 2. September 2011, Beschwerde-Nr. 007/2011.
- Amerikanisch-Mexikanische Gemischte Schiedskommission, *Laura M.B. Janes et al. (USA) v. United Mexican States*, Schiedsspruch vom 16. November 1925, RIAA IV, 82–98.
- Amerikanisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Gage Case*, Schiedsspruch undatiert RIAA IX, 226–229.
- Anti-Rassendiskriminierungsausschuss, *L.A. et al. v. Slovak Republic*, Gutachten vom 15. September 2014, CERD/C/85/D/49/2011.
- Antoine Fabiani Case (France v. Venezuela)*, Schiedsspruch vom 13. Dezember 1896, in: John Bassett Moore (Hrsg.), *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Bd. 5, 1898, 4878–4915.
- Arbitration of Claims of American Citizens against Panama on Account of Injuries Sustained during the Riot at Panama City on July 4, 1912 (USA v. Panama)*, Schiedsspruch vom 20. Oktober 1916, *Foreign Relations* 1916, 918–922.

Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, Schiedsspruch (Jurisdiction und Liability) vom 27. Oktober 1989, ILR 95, 183.

BGH, Beschluss vom 4. Juni 1992, Az. IX ZR 149/91, BGHZ 118, 312.

BGH, Urteil vom 11. November 1997, Az. VI ZR 376/96, BGHZ 137, 142.

BGH, Urteil vom 4. November 2004, Az. III ZR 361/03, BGHZ 161, 33.

BGH, Urteil vom 7. September 2017, Az. III ZR 71/17, BGHZ 215, 335.

BGH, *Caroline von Monaco I*, Urteil vom 15. November 1994, Az. VI ZR 56/94, BGHZ 128, 1.

BGH, Beschluss vom 6. Juli 1955, Az. GSZ 1/55, BGHZ 18, 149.

Britisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Davy Case (on merits)*, Schiedsspruch undatiert RIAA X, 467–469.

BVerfG, *Alteigentümer*, Beschluss vom 26. Oktober 2004, Az. 2 BvR 955/00 und 2 BvR 1038/01, BVerfGE 112, 1.

BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 1994, Az. 1 BvR 1279/94, BVerfGE 91, 335.

BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2022, Az. 2 BvR 737/20, NVwZ 2022, 1722.

BVerfG, *Rudolf Heß*, Beschluss vom 16. Dezember 1980, Az. 2 BvR 419/80, BVerfGE 55, 349.

BVerfG, *Sachverständigenhaftung*, Urteil vom 11. Oktober 1973, Az. 1 BvR 84/74, BVerfGE 49, 304.

BVerfG, *Staatsnotstand*, Beschluss vom 8. Mai 2007, Az. 2 BvM 1/03 u.a., BVerfGE 118, 124.

BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), *Distomo*, Beschluss vom 15. Februar 2006, Az. 2 BvR 1476/03, BVerfGE 117, 303.

BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), *Kunduz*, Beschluss vom 18. November 2020, Az. 2 BvR 477/17, NVwZ 2021, 398.

BVerwG, Urteil vom 9. Februar 1967, Az. I C 49.64, BVerwGE 26, 161.

Cairo Court of Appeal, *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Libya and others*, Urteil vom 3. Juni 2020, Judgment No. 39 of Judicial Year 130, englische Übersetzung abrufbar unter <https://www.transnational-dispute-management.com> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair, Schiedsspruch vom 30. April 1990, RIAA XX, 215–284.

Chamber of National and International Arbitration Milan, *Final Award in Case No. 1795*, Schiedsspruch vom 1. Dezember 1996, Yearbook Commercial Arbitration XXIV (1999), 196.

CCJA, *Société Benin Control S.A. v. State of Bénin*, Schiedsspruch vom 13. Mai 2014, 004/2013AR13 du 7 mai 2013.

Court of Appeal (Civil Division), *D v. Commissioner of Police of the Metropolis, V v. Commissioner of Police of the Metropolis, Koraou v. Chief Constable of Greater Manchester Police*, Urteil vom 30. Juni 2015, [2015] EWCA Civ 646.

- Court of Appeal (Civil Division), *Dobson v. Thames Water Utilities Ltd.*, Urteil vom 29. Januar 2009, [2009] EWCA Civ 28.
- Delagoa Bay Railway Arbitration*, Schiedsspruch vom 29. März 1890, abgedruckt in: H. La Fontaine (Hrsg.), *Pasicrisie International 1794–1900*, 397–410.
- Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Administrative Decision No. 2*, Entscheidung vom 1. November 1923, RIAA VII, 23–32.
- Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Opinion in the Lusitania Cases*, Entscheidung vom 1. November 1923, RIAA VII, 32–44.
- Dispute concerning responsibility for the deaths of Letelier and Moffitt (United States v. Chile)*, Sondervotum des Kommissars Professor Francisco Orrego Vicuña vom 11. Januar 1992, RIAA XXV, 1–19.
- EECC, *Final Award – Ethiopia's Damages Claims*, Schiedsspruch vom 17. August 2009, RIAA XXVI, 631–770.
- EGMR, *Case of A.A. v. the United Kingdom*, Urteil vom 20. September 2011, Beschwerde-Nr. 8000/08.
- EGMR, *Case of A.S. v. France*, Urteil vom 19. April 2018, Beschwerde-Nr. 46240/15.
- EGMR, *Case of Abdulkadyrov and Dakhayev v. Russia*, Urteil vom 10. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 35061/04.
- EGMR, *Case of Abu Zubaydah v. Lithuania*, Urteil vom 31. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 46454/11.
- EGMR, *Case of Ahmed v. Austria*, Urteil vom 17. Dezember 1996, Beschwerde-Nr. 25964/94.
- EGMR, *Case of Alekseyev and others v. Russia*, Urteil vom 27. November 2018, Beschwerde-Nr. 14988/09 und 50 andere.
- EGMR, *Case of Aprozpide Sarasola and others v. Spain*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 65101/16, 73789/16 und 73902/16.
- EGMR, *Case of Asanai v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Urteil vom 1. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 27962/10.
- EGMR, *Case of Asma v. Turkey*, Urteil vom 20. November 2018, Beschwerde-Nr. 47933/09.
- EGMR, *Case of Basarba ood v. Bulgaria*, Urteil (Just Satisfaction) vom 20. Januar 2011, Beschwerde-Nr. 77660/01.
- EGMR, *Case of Ben Faiza v. France*, Urteil vom 8. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 31446/12.
- EGMR, *Case of Benedik v. Slovenia*, Urteil vom 24. April 2018, Beschwerde-Nr. 62357/14.
- EGMR, *Case of Boljević v. Croatia*, Urteil vom 31. Februar 2017, Beschwerde-Nr. 43492/11.
- EGMR, *Case of Bönisch v. Austria*, Urteil (Article 50) vom 2. Juni 1986, Beschwerde-Nr. 8658/79.
- EGMR, *Case of Cabral v. the Netherlands*, Urteil vom 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 37617/10.

- EGMR, *Case of Campos Dâmaso v. Portugal*, Urteil vom 24. April 2008, Beschwerde-Nr. 17107/05.
- EGMR, *Case of Canşad and others v. Turkey*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 7851/05.
- EGMR, *Case of Chalkley v. the United Kingdom*, Urteil vom 12. Juni 2003, Beschwerde-Nr. 63831/00.
- EGMR, *Case of Chim and Przywieczerski v. Poland*, Urteil vom 12. April 2018, Beschwerde-Nr. 36661/07 und 38433/07.
- EGMR, *Case of Chorniy v. Ukraine*, Urteil vom 16. Mai 2013, Beschwerde-Nr. 35227/06.
- EGMR, *Case of Daoudi v. France*, Urteil vom 3. Dezember 2009, Beschwerde-Nr. 19576/08.
- EGMR, *Case of Davydov v. Russia*, Urteil vom 30. Oktober 2014, Beschwerde-Nr. 18967/07.
- EGMR, *Case of Deweer v. Belgium*, Urteil vom 27. Februar 1980, Beschwerde-Nr. 6903/75.
- EGMR, *Case of Dridi v. Germany*, Urteil vom 26. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 35778/11.
- EGMR, *Case of Dudgeon v. the United Kingdom*, Urteil (Article 50) vom 24. Februar 1983, Beschwerde-Nr. 7525/76.
- EGMR, *Case of Engel and others v. the Netherlands*, Sondervotum der Richter Ganshof van der Meersch und Evrigenis vom 23. November 1976, Beschwerde-Nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 und 5370/72.
- EGMR, *Case of Erdoğan and others v. Turkey*, Urteil vom 25. April 2006, Beschwerde-Nr. 19807/92.
- EGMR, *Case of Ergündoğan v. Turkey*, Urteil vom 17. April 2018, Beschwerde-Nr. 48979/10.
- EGMR, *Case of Ernestina Zullo v. Italy*, Urteil vom 10. November 2004, Beschwerde-Nr. 64897/01.
- EGMR, *Case of Etute v. Luxembourg*, Urteil vom 30. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 18233/16.
- EGMR, *Case of Forminster Enterprises Limited v. the Czech Republic*, Urteil (Just Satisfaction) vom 10. März 2011, Beschwerde-Nr. 38238/04.
- EGMR, *Case of Gabrić v. Croatia*, Urteil vom 5. Februar 2009, Beschwerde-Nr. 9702/04.
- EGMR, *Case of Gafà v. Malta*, Sondervotum des Richters de Gaetano vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 54335/14.
- EGMR, *Case of Gafà v. Malta*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 54335/14.
- EGMR, *Case of Girişen v. Turkey*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 53567/07.
- EGMR, *Case of Gürbüç v. Turkey*, Urteil vom 10. November 2005, Beschwerde-Nr. 26050/04.
- EGMR, *Case of Hilal v. the United Kingdom*, Urteil vom 6. März 2001, Beschwerde-Nr. 45276/99.

- EGMR, *Case of Jafarli and others v. Azerbaijan*, Urteil vom 29. Juli 2010, Beschwerde-Nr. 36079/06.
- EGMR, *Case of Jasiński v. Poland*, Urteil vom 20. Dezember 2005, Beschwerde-Nr. 30865/96.
- EGMR, *Case of Kanayev v. Russia*, Urteil vom 27. Juli 2006, Beschwerde-Nr. 43726/02.
- EGMR, *Case of Kawka v. Poland*, Urteil vom 9. Januar 2001, Beschwerde-Nr. 25874/94.
- EGMR, *Case of Kudeshkina v. Russia (No. 2)*, Beschluss vom 17. Februar 2015, Beschwerde-Nr. 28727/11.
- EGMR, *Case of Kumitskiy and others v. Russia*, Urteil vom 10. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 66215/12 und 4 andere.
- EGMR, *Case of Kurt v. Turkey*, Urteil vom 25. Mai 1998, Beschwerde-Nr. 15/1997/799/1002.
- EGMR, *Case of Laurent v. France*, Urteil vom 24. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 28798/13.
- EGMR, *Case of Lazoriva v. Ukraine*, Urteil vom 17. April 2018, Beschwerde-Nr. 6878/14.
- EGMR, *Case of M.A. v. France*, Urteil vom 1. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 9373/15.
- EGMR, *Case of Marcello Viola v. Italy (No. 2)*, Urteil vom 13. Juni 2019, Beschwerde-Nr. 77633/16.
- EGMR, *Case of Marckx v. Belgium*, Sondervotum der Richter Balladore Pallieri, Pedersen, Ganshof van der Meersch, Evrigenis, Pinheiro Frainha und Garcia de Enterria zur Anwendung von Artikel 50 vom 13. Juni 1979, Beschwerde-Nr. 6833/74.
- EGMR, *Case of Mehmet Ali Ayhan and others v. Turkey*, Urteil vom 4. Juni 2019, Beschwerde-Nr. 4536/06 und 53282/07.
- EGMR, *Case of Mehmet Duman v. Turkey*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 38740/09.
- EGMR, *Case of Migoń v. Poland*, Urteil vom 25. Juni 2002, Beschwerde-Nr. 24244/94.
- EGMR, *Case of Mokrani v. France*, Urteil vom 15. Juli 2003, Beschwerde-Nr. 52206/99.
- EGMR, *Case of Muca v. Albania*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 57456/11.
- EGMR, *Case of Musa Tarhan v. Turkey*, Urteil vom 23. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 12055/17.
- EGMR, *Case of Narinen v. Finland*, Urteil vom 1. Juni 2004, Beschwerde-Nr. 45027/98.
- EGMR, *Case of Negrea and others v. Romania*, Urteil vom 24. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 53183/07.
- EGMR, *Case of Niedbala v. Poland*, Urteil vom 4. Juli 2000, Beschwerde-Nr. 27915/95.
- EGMR, *Case of Ömer Güner v. Turkey*, Urteil vom 4. September 2018, Beschwerde-Nr. 28338/07.
- EGMR, *Case of OOO KD-Konsalting v. Russia*, Urteil vom 29. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 54184/11.
- EGMR, *Case of Otegi Mondragon and others v. Spain*, Urteil vom 6. November 2018, Beschwerde-Nr. 4184/15 und 4 andere.
- EGMR, *Case of Ottan v. France*, Urteil vom 19. April 2018, Beschwerde-Nr. 41841/12.
- EGMR, *Case of Ovidiu Cristian Stoica v. Romania*, Urteil vom 24. April 2018, Beschwerde-Nr. 55116/12.

- EGMR, *Case of Peck v. the United Kingdom*, Urteil vom 28. Januar 2003, Beschwerde-Nr. 44647/98.
- EGMR, *Case of Pereira Cruz and others v. Portugal*, Urteil vom 26. Juni 2018, Beschwerde-Nr. 56396/12 und 3 andere.
- EGMR, *Case of Petkov and others v. Bulgaria*, Urteil vom 11. Juni 2009, Beschwerde-Nr. 77568/01, 178/02 und 505/02.
- EGMR, *Case of Pocasovschi and Mihaila v. the Republic of Moldova and Russia*, Urteil vom 29. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 1089/09.
- EGMR, *Case of Prežec v. Croatia*, Sondervotum der Richter Spielmann und Malinverni vom 15. Oktober 2009, Beschwerde-Nr. 48185/07.
- EGMR, *Case of Prežec v. Croatia*, Urteil vom 15. Oktober 2009, Beschwerde-Nr. 48185/07.
- EGMR, *Case of Provenzano v. Italy*, Urteil vom 25. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 55080/13.
- EGMR, *Case of Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands*, Urteil vom 31. Januar 2006, Beschwerde-Nr. 50435/99.
- EGMR, *Case of S.V. v. Italy*, Urteil vom 11. Oktober 2018, Beschwerde-Nr. 55216/08.
- EGMR, *Case of Sandu and others v. the Republic of Moldova and Russia*, Urteil vom 17. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 21034/05 und 7 andere.
- EGMR, *Case of Savriddin Dzhurayev v. Russia*, Urteil vom 25. April 2013, Beschwerde-Nr. 71386/10.
- EGMR, *Case of Savva Terentyev v. Russia*, Urteil vom 28. August 2018, Beschwerde-Nr. 10692/09.
- EGMR, *Case of Seven v. Turkey*, Urteil vom 23. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 60392/08.
- EGMR, *Case of Sidiropoulos and Papakostas v. Greece*, Urteil vom 25. Januar 2018, Beschwerde-Nr. 33349/10.
- EGMR, *Case of Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain*, Urteil vom 13. März 2018, Beschwerde-Nr. 51168/15 und 51186/15.
- EGMR, *Case of Stork v. Germany*, Urteil vom 13. Juli 2006, Beschwerde-Nr. 38033/02.
- EGMR, *Case of Togrul v. Bulgaria*, Urteil vom 15. November 2018, Beschwerde-Nr. 20611/10.
- EGMR, *Case of Ulay v. Turkey*, Urteil vom 13. Februar 2018, Beschwerde-Nr. 8626/06.
- EGMR, *Case of United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 27585/13.
- EGMR, *Case of Volokitin and others v. Russia*, Urteil vom 3. Juli 2018, Beschwerde-Nr. 74087/10 und 13 andere.
- EGMR, *Case of Waite and Kennedy v. Germany*, Urteil vom 18. Februar 1999, Beschwerde-Nr. 26083/94.
- EGMR, *Case of Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*, Urteil vom 22. Mai 2018, Beschwerde-Nr. 846/16 und 1075/16.
- EGMR, *Case W.B. v. Poland*, Urteil vom 10. Januar 2006, Beschwerde-Nr. 34090/96.

- EGMR (GK), *Case of Andrejeva v. Latvia*, Urteil vom 18. Februar 2009, Beschwerde-Nr. 55707/00.
- EGMR (GK), *Case of Apicella v. Italy*, Urteil vom 29. März 2006, Beschwerde-Nr. 64890/01.
- EGMR (GK), *Case of Beuze v. Belgium*, Urteil vom 9. November 2018, Beschwerde-Nr. 71409/10.
- EGMR (GK), *Case of Caballero v. the United Kingdom*, Urteil vom 8. Februar 2000, Beschwerde-Nr. 32819/96.
- EGMR (GK), *Case of Çakici v. Turkey*, Urteil vom 8. Juli 1999, Beschwerde-Nr. 23657/94.
- EGMR (GK), *Case of Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy*, Urteil vom 7. Juni 2012, Beschwerde-Nr. 38433/09.
- EGMR (GK), *Case of Chahal v. the United Kingdom*, Urteil vom 15. November 1996, Beschwerde-Nr. 22414/93.
- EGMR (GK), *Case of Cocchiarella v. Italy*, Urteil vom 29. März 2006, Beschwerde-Nr. 64886/01.
- EGMR (GK), *Case of Comingersoll S.A. v. Portugal*, Urteil vom 6. April 2000, Beschwerde-Nr. 35382/97.
- EGMR (GK), *Case of Cyprus v. Turkey*, Urteil (Just Satisfaction) vom 12. Mai 2014, Beschwerde-Nr. 25781/94.
- EGMR (GK), *Case of Georgia v. Russia (I)*, Urteil (Just Satisfaction) vom 31. Januar 2019, Beschwerde-Nr. 13255/07.
- EGMR (GK), *Case of Goodwin v. the United Kingdom*, Urteil vom 27. März 1996, Beschwerde-Nr. 17488/90.
- EGMR (GK), *Case of Guiso-Gallissay v. Italy*, Urteil (Just Satisfaction) vom 22. Dezember 2009, Beschwerde-Nr. 58858/00.
- EGMR (GK), *Case of Ibrahim and others v. the United Kingdom*, Urteil vom 13. September 2016, Beschwerde-Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 und 40351/09.
- EGMR, *Case of Juhnke v. Turkey*, Urteil vom 13. Mai 2008, Beschwerde-Nr. 52515/99.
- EGMR (GK), *Case of Kingsley v. the United Kingdom*, Urteil vom 28. Mai 2002, Beschwerde-Nr. 35605/97.
- EGMR (GK), *Case of McCann and others v. the United Kingdom*, Urteil vom 27. September 1995, Beschwerde-Nr. 18984/9.
- EGMR (GK), *Case of Murray v. the Netherlands*, Urteil vom 26. April 2016, Beschwerde-Nr. 10511/10.
- EGMR (GK), *Case of Nagmetov v. Russia*, Urteil vom 30. März 2017, Beschwerde-Nr. 35589/08.
- EGMR (GK), *Case of Öcalan v. Turkey*, Urteil vom 12. Mai 2005, Beschwerde-Nr. 46221/99.
- EGMR (GK), *Case of Sabeh El Leil v. France*, Urteil vom 29. Juni 2011, Beschwerde-Nr. 34869/05.
- EGMR (GK), *Case of Scordino v. Italy (No. 1)*, Urteil vom 29. März 2006, Beschwerde-Nr. 36813/97.

- EGMR (GK), *Case of Varnava and others v. Turkey*, Urteil (Merits und Just Satisfaction) vom 18. September 2009, Beschwerde-Nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90.
- EGMR (GK), *Case of Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (No. 2)*, Urteil vom 30. Juni 2009, Beschwerde-Nr. 32772/02.
- EGMR (GK), *Case of Vinter and others v. the United Kingdom*, Urteil vom 9. Juli 2013, Beschwerde-Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10.
- EGMR (Plenum), *Case of De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium (Article 50)*, Urteil vom 10. März 1972, Beschwerde-Nr. 2832/66, 2835/66 und 2899/66.
- EGMR (Plenum), *Case of Engel and others v. the Netherlands*, Urteil (Article 50) vom 23. November 1976, Beschwerde-Nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 und 5370/72.
- EGMR (Plenum), *Case of Golder v. United Kingdom*, vom 21. Februar 1975, Beschwerde-Nr. 4451/70.
- EGMR (Plenum), *Case of Hauschildt v. Denmark*, Urteil vom 25. Mai 1989, Beschwerde-Nr. 10486/83.
- EGMR (Plenum), *Case of Marckx v. Belgium*, Urteil vom 13. Juni 1979, Beschwerde-Nr. 6833/74.
- EGMR (Plenum), *Case of Soering v. the United Kingdom*, Urteil vom 7. Juli 1989, Beschwerde-Nr. 14038/88.
- EGMR (Plenum), *Groppera Radio AG and others v. Switzerland*, Urteil vom 28. März 1990, Beschwerde-Nr. 10890/84.
- EuG, *Marie-Laurence Buisson v. Commission of the European Communities*, Urteil vom 20. Juni 2001, Rs. T-243/99, ECLI:EU:T:2001:167.
- EuGH, *Alex Walz v. Clickair*, Urteil vom 6. Mai 2010, Rechtssache C-63/09.
- EuGH, *Frau V. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Urteil vom 14. Juni 1979, Rs. 18/78, ECLI:EU:C:1979:154.
- Französisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Heirs of Jean Maninat Case*, Schiedsspruch vom 31. Juli 1905, RIAA X, 55–83.
- Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, Schiedsspruch vom 15. Dezember 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/1527> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- House of Lords, *R. (on the application of Greenfield) v. Secretary of State for the Home Department*, Urteil vom 16. Februar 2005, [2005] 1 W.L.R. 673.
- House of Lords, *Stovin Plaintiff v. Wise Respondent, Norfolk County Council (Third Party) Appellants*, Urteil vom 24. Juli 1996, [1996] A.C. 923.
- ILOAT, *L.R. (No. 2) v. WIPO*, Urteil vom 3. Juli 2019, Urteil Nr. 4157.
- ILOAT, *Sheila Ruby Schimmel v. United Nations Industrial Development Organization (UNIDO)* Urteil vom 1. Februar 1995, Urteil Nr. 1380.
- ILOAT, *Sita Ram v. World Health Organization*, Urteil vom 13. November 1978, Urteil Nr. 367, UN Juridical Yearbook 1978, Part II, 160.
- IAGMR, *Case of Aloeboetoe et al. v. Suriname*, Urteil (Reparations und Costs) vom 10. September 1993, Series C, No. 15.

- IAGMR, *Case of Álvarez Ramos v. Venezuela*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 30. August 2019, Series C, No. 380.
- IAGMR, *Case of Barreto Leiva v. Venezuela*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 17. November 2009, Series C, No. 206.
- IAGMR, *Case of Blake v. Guatemala*, Urteil (Reparation und Costs) vom 22. Januar 1999, Series C, No. 48.
- IAGMR, *Case of Boyce et al. v. Barbados*, Urteil (Preliminary Objects, Merits, Reparations und Costs) vom 20. November 2007, Series C, No. 169.
- IAGMR, *Case of Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico*, Urteil (Preliminary Objection, Merits, Reparations und Costs) vom 26. November 2010, Series C, No. 220.
- IAGMR, *Case of Caesar v. Trinidad and Tobago*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 11. März 2005, Series C, No. 123.
- IAGMR, *Case of Cantoral-Benavides v. Peru*, Urteil (Reparations und Costs) vom 3. Dezember 2001, Series C, No. 88.
- IAGMR, *Case of Castañeda Gutman v. México*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 6. August 2008, Series C, No. 184.
- IAGMR, *Case of Castillo-Páez v. Peru*, Urteil (Reparations und Costs) vom 27. November 1998, Series C, No. 43.
- IAGMR, *Case of Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, Urteil (Reparations und Costs) vom 30. Mai 1999, Series C, No. 52.
- IAGMR, *Case of Cruz Sánchez et al. v. Peru*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 17. April 2015, Series C, No. 292.
- IAGMR, *Case of Digna Ochoa and Family Members v. Mexico*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 25. November 2021, Series C, No. 447.
- IAGMR, *Case of El Amparo v. Venezuela*, Urteil (Reparations und Costs) vom Series C, No. 28.
- IAGMR, *Case of Fermín Ramírez v. Guatemala*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 20. Juni 2005, Series C, No. 126.
- IAGMR, *Case of Garrido and Baigorria v. Argentina* Urteil (Reparations und Costs) vom 27. August 1998, Series C, No. 39.
- IAGMR, *Case of Goiburú et al. v. Paraguay*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 22. September 2006, Series C, No. 153.
- IAGMR, *Case of Gomes Lund et al. ("Guerrilha do Araguaia") v. Brazil*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 24. November 2010, Series C, No. 219.
- IAGMR, *Case of Gudiel Álvarez et al. ("Diario Militar") v. Guatemala*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 20. November 2012, Series C, No. 253.
- IAGMR, *Case of Gutiérrez-Soler v. Colombia*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 12. September 2005, Series C, No. 132.
- IAGMR, *Case of Huilca-Tecse v. Peru*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 3. März 2005, Series C, No. 121.
- IAGMR, *Case of Ibsen Cárdenas and Ibsen Peña v. Bolivia*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 1. September 2010, Series C, No. 217.

- IAGMR, *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru*, Urteil (Preliminary Objections) vom 24. September 1999, Series C, No. 54.
- IAGMR, *Case of Julien Grisonas Family v. Argentina*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 23. September 2021, Series C, No. 437.
- IAGMR, *Case of Kawas Fernández v. Honduras*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 3. April 2009, Series C, No. 196.
- IAGMR, *Case of Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Urteil (Merits und Reparation) vom 27. Juni 2012, Series C, No. 245.
- IAGMR, *Case of Loayza-Tamayo v. Peru*, Urteil (Merits) vom 17. September 1997, Series C, No. 33.
- IAGMR, *Case of Loayza-Tamayo v. Peru*, Urteil (Reparations und Costs) vom 27. November 1998, Series C, No. 42.
- IAGMR, *Case of Loayza-Tamayo v. Peru*, Sondervotum der Richter A.A. Cançado Trindade and A. Abreu-Burelli (Reparations) vom 27. November 1998, Series C, No. 42.
- IAGMR, *Case of López Mendoza v. Venezuela*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 1. September 2011, Series C, No. 233.
- IAGMR, *Case of Mack Chang v. Guatemala*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 25. November 2003, Series C, No. 101.
- IAGMR, *Case of Manuela et al. v. El Salvador*, Urteil (Preliminary Objects, Merits, Reparations und Costs) vom 2. November 2021, Series C, No. 441.
- IAGMR, *Case of Muelle Flores v. Peru*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 9. März 2019, Series C, No. 375.
- IAGMR, *Case of Neira-Alegría et al. v. Peru*, Urteil (Reparations und Costs) vom 19. September 1996, Series C, No. 29.
- IAGMR, *Case of Osorio Rivera and family members v. Peru*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 26. November 2013, Series C, No. 274.
- IAGMR, *Case of Pavez Pavez v. Chile*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 4. Februar 2022, Series C, No. 449.
- IAGMR, *Case of Perozo et al. v. Venezuela*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 28. Januar 2009, Series C, No. 195.
- IAGMR, *Case of Raxcacó-Reyes v. Guatemala*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 15. September 2005, Series C, No. 133.
- IAGMR, *Case of Ríos Avalos et al. v. Paraguay*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 19. August 2021, Series C, No. 429.
- IAGMR, *Case of Ríos et al. v. Venezuela*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 28. Januar 2009, Series C, No. 194.
- IAGMR, *Case of Suárez-Rosero v. Ecuador*, Urteil (Reparations und Costs) vom 20. Januar 1999, Series C, No. 44.
- IAGMR, *Case of the Afro-Descendant Communities Displaced from the Cacarica River Basin (Operation Genesis) v. Colombia*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 20. November 2013, Series C, No. 270.

- IAGMR, *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 25. November 2015, Series C, No. 309.
- IAGMR, *Case of "The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 5. Februar 2001, Series C, No. 73.
- IAGMR, *Case of the "Street Children" (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala*, Urteil (Reparations und Costs) vom 26. Mai 2001, Series C, No. 77.
- IAGMR, *Case of the "Street Children" (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala*, Urteil (Merits) vom 19. November 1999, Series C, No. 63.
- IAGMR, *Case of the "Las Dos Erres" Massacre v. Guatemala*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 24. November 2009, Series C, No. 211.
- IAGMR, *Case of the Saramaka People v. Suriname*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 28. November 2007, Series C, No. 172.
- IAGMR, *Case of the Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 1. März 2005, Series C, No. 120.
- IAGMR, *Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Urteil (Merits, Reparations und Costs) vom 24. August 2010, Series C, No. 214.
- IAGMR, *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Urteil (Reparations und Costs) vom 21. Juli 1989, Series C, No. 7.
- IAGMR, *Case of Vélez Loor v. Panama*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 23. November 2010, Series C, No. 218.
- IAGMR, *Case of Vera Rojas et al. v. Chile*, Urteil (Preliminary Objections, Merits, Reparations und Costs) vom 1. Oktober 2021, Series C, No. 439.
- IAGMR, *Entitlement of legal entities to hold rights under the Inter-American Human Rights System (Interpretation and scope of Article 1(2), in relation to Articles 1(1), 8, 11(2), 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 and 62(3) of the American Convention on Human Rights, as well as of Article 8(1)(A) and (B) of the Protocol of San Salvador)*, Gutachten vom 26. Februar 2022, Series A, No. 22.
- IAGMR, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, Gutachten vom 14. Juli 1989, Series A, No. 10.
- ICSID, *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, Schiedsspruch vom 3. November 2015, Case No. ARB/11/33.
- ICSID, *Adem Dogan v. Turkmenistan*, Schiedsspruch vom 12. August 2014, Case No. ARB/09/9.
- ICSID, *AHS Niger and Menzies Middle East and Africa S.A. v. Republic of Niger*, Schiedsspruch vom 15. Juli 2013, Case No. ARB/11/11.
- ICSID, *Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafteh-Abou Lahoud v. Democratic Republic of the Congo*, Schiedsspruch vom 7. Februar 2014, Case No. ARB/10/4.
- ICSID, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. the United Mexican States*, Schiedsspruch vom 21. November 2007, Case No. ARB(AF)/04/05.
- ICSID, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, Schiedsspruch vom 27. Juni 1990, Case No. ARB/87/3.

- ICSID, *Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, Schiedsspruch vom 15. August 1980, Case No. ARB/77/2, ICSID Reports 1, 330.
- ICSID, *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe*, Schiedsspruch vom 22. April 2009, Case No. ARB/05/6.
- ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, Schiedsspruch vom 24. Juli 2008, Case No. ARB/05/22.
- ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, Sondervotum des Schiedsrichters Gary Born vom 18. Juli 2008, Case No. ARB/05/22.
- ICSID, *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*, Schiedsspruch vom 28. Juli 2015, Case No. ARB/10/25.
- ICSID, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Entscheidung über Wiederaufnahme und Schiedsspruch vom 7. Februar 2017, Case No. ARB/08/5.
- ICSID, *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, Schiedsspruch vom 27. September 2017, Case No. ARB/13/13.
- ICSID, *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey*, Schiedsspruch vom 17. September 2009, Case No. ARB(AF)/06/2.
- ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. the Argentine Republic*, Schiedsspruch vom 12. Mai 2005, Case No. ARB/01/8.
- ICSID, *Convial Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. Republic of Peru*, Schiedsspruch vom 21. Mai 2013, Case No. No. ARB/10/2.
- ICSID, *Corn Products International, Inc. v. the United Mexican States*, Entscheidung (Liability) vom 15. Juni 2008, Case No. ARB(AF)/04/01.
- ICSID, *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Schiedsspruch vom 4. April 2016, Case No. ARB(AF)/11/2.
- ICSID, *Desert Line Projects LLC v. Yemen*, Schiedsspruch vom 6. Februar 2008, Case No. ARB/05/17.
- ICSID, *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. the Slovak Republic*, Schiedsspruch vom 18. August 2017, Case No. ARB/14/14.
- ICSID, *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. the Slovak Republic*, Schriftsatz der Schiedsklägerinnen vom 31. März 2015, Case No. ARB/14/14.
- ICSID, *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, Schiedsspruch vom 13. August 2009, Case No. ARB(AF)/07/2.
- ICSID, *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting W.L.L. and Mr Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan*, Schiedsspruch vom 14. Dezember 2017, Case No. ARB/13/38.
- ICSID, *Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, Schiedsspruch vom 8. April 2013, Case No. ARB/11/23.
- ICSID, *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, Schiedsspruch vom 16. September 2003, Case No. ARB/00/9.

- ICSID, *Getma International, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT Infrastructure & Logistique v. the Republic of Guinea*, Schiedsspruch vom 16. August 2016, Case No. ARB/11/29.
- ICSID, *Güneş Tekstil Konfeksiyon Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi and others v. Republic of Uzbekistan*, Schiedsspruch vom 4. Oktober 2019, Case No. ARB/13/19.
- ICSID, *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania*, Schiedsspruch vom 2. März 2015, Case No. ARB/10/13.
- ICSID, *Helnan International Hotels A/S v. the Arab Republic of Egypt*, Schiedsspruch vom 3. Juli 2008, Case No. 05/19.
- ICSID, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others v. Ukraine*, Schiedsspruch vom 1. März 2012, Case No. ARB/08/8.
- ICSID, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, Schiedsspruch vom 11. Dezember 2013, Case No. ARB/05/20.
- ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Entscheidung (Jurisdiction und Liability) vom 14. Januar 2010, Case No. ARB/06/18.
- ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Schiedsspruch vom 28. März 2011, Case No. ARB/06/18.
- ICSID, *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, Abweichendes Votum des Schiedsrichters Dr. Jürgen Voss vom 1. März 2011, Case No. ARB/06/18.
- ICSID, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Schiedsspruch vom 26. Juni 2003, Case No. ARB(AF)/98/3.
- ICSID, *Lundin Tunisia B.V. v. Tunesian Republic*, Schiedsspruch vom 22. Dezember 2015, Case No. ARB/12/30.
- ICSID, *M. Meerapfel Söhne AG v. Central African Republic*, Schiedsspruch vom 12. Mai 2011, Case No. ARB/07/10.
- ICSID, *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, Schiedsspruch vom 18. April 2017, Case No. ARB/12/25.
- ICSID, *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica*, Schiedsspruch vom 16. Mai 2012, Case No. ARB/08/1 und ARB/09/20.
- ICSID, *Monsieur Joseph Houben v. La République du Burundi*, Schiedsspruch vom 12. Januar 2016, Case No. ARB/13/7.
- ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Entscheidung (Annulment) vom 21. März 2007, Case No. ARB/01/7.
- ICSID, *OI Europe Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Schiedsspruch vom 10. März 2015, Case No. ARB/11/25.
- ICSID, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, Schiedsspruch vom 16. September 2015, Case No. ARB/06/2.
- ICSID, *Renée Rose Levy de Levi v. the Republic of Peru*, Schiedsspruch vom 26. Februar 2014, Case No. ARB/10/17.
- ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Republic of Zimbabwe*, Schiedsspruch vom 28. Juli 2015, Case No. ARB/10/15.

- ICSID, *Señor Tza Yap Shum v. the Republic of Peru*, Schiedsspruch vom 7. Juni 2011, Case No. ARB/07/6.
- ICSID, *Siemens A.G. v. the Argentine Republic*, Entscheidung (Jurisdiction) vom 3. August 2004, Case No. ARB/02/8.
- ICSID, *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Republic of Senegal*, Schiedsspruch vom 25. Februar 1988, Case No. ARB/82/1.
- ICSID, *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Schiedsspruch vom 6. Juli 2012, Case No. ARB/09/16.
- ICSID, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. the United Mexican States*, Schiedsspruch vom 29. März 2003, Case No. ARB (AF)/00/2.
- ICSID, *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Schiedsspruch vom 6. Mai 2013, Case No. ARB/06/3.
- ICSID, *Vestey Group Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Schiedsspruch vom 15. April 2016, Case No. ARB/06/4.
- ICSID, *Victor Pey Casado and Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile*, Schiedsspruch vom 8. Mai 2008, Case No. ARB/98/2.
- ICSID, *Victor Pey Casado and Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile (Annulment)*, Entscheidung (Annulment) vom 18. Dezember 2012, Case No. ARB/98/2.
- ICSID, *Victor Pey Casado and Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile (Resubmission)*, Schiedsspruch vom 3. September 2016, Case No. ARB/98/2.
- ICSID, *Victor Pey Casado and Fondation "Presidente Allende" v. Republic of Chile*, Entscheidung (Annulment) vom 8. Januar 2020, Case No. ARB/98/2.
- ICSID, *Waguih Elie Goerge Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Schiedsspruch vom 1. Juni 2009, Case No. ARB/05/15.
- ICSID, *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina Republic*, Schiedsspruch vom 8. Dezember 2008, Case No. ARB/04/14.
- ICSID, *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, Schiedsspruch vom 24. Januar 2003, Case No. ARB/00/1, ICSID Reports 10 (2006), 3.
- ICSID, *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, Sondervotum des Schiedsrichters Jacovides vom 24. Januar 2003, Case No. ARB/00/1, ICSID Reports 10 (2006), 106.
- IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Urteil (Jurisdiction) vom 24. Mai 2007, I.C.J. Reports 2007, 582.
- IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Sondervotum des Ad-Hoc-Richters Mampuya (Merits) vom 30. November 2010, I.C.J. Reports 2010, 831.
- IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Urteil (Merits) vom 30. November 2010, I.C.J. Reports 2010, 639.
- IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Urteil (Compensation) vom 19. Juni 2012, I.C.J. Reports 2012, 324.
- IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Sondervotum des Ad-Hoc-Richters Mahiou (Compensation) vom 19. Juni 2012, I.C.J. Reports 2012, 396.

- IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade (Compensation) vom 19. Juni 2012, I.C.J. Reports 2012, 347.
- IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Sondervotum des Ad-Hoc-Richters Mampuya (Compensation) vom 19. Juni 2012, I.C.J. Reports 2012, 403.
- IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Erklärung des Richters Greenwood (Compensation) vom 19. Juni 2012, I.C.J. Reports 2012, 391.
- IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* Urteil vom 26. Februar 2007, I.C.J. Reports 2007, 43.
- IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Urteil (Preliminary Objections) vom 22. Juli 2022, I.C.J. Reports 2022.
- IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Urteil vom 19. Dezember 2005, I.C.J. Reports 2005, 168.
- IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Urteil (Reparations) vom 9. Februar 2022, General List No. 116.
- IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Sondervotum des Richters Yusuf vom 9. Februar 2022, General List No. 116.
- IGH, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)*, Urteil (Second Phase) vom 5. Februar 1970, I.C.J. Reports 1970, 3.
- IGH, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Urteil vom 14. Februar 2002, I.C.J. Reports 2002, 3.
- IGH, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Urteil (Compensation) vom 2. Februar 2018, I.C.J. Reports 2018, 15.
- IGH, *Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. People's Republic of Albania)*, Urteil (Compensation) vom 15. Dezember 1949, I.C.J. Reports 1949, 244.
- IGH, *Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. People's Republic of Albania)*, Urteil (Merits) vom 9. April 1949, I.C.J. Reports 1949, 4.
- IGH, *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against the U.N.E.S.C.O.*, Gutachten vom 23. Oktober 1956, I.C.J. Reports 1956, 77.
- IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Urteil vom 3. Februar 2012, I.C.J. Reports 2012, 99.
- IGH, *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Urteil vom 27. Juni 2001, I.C.J. Reports 2001, 466.
- IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Gutachten vom 9. Juli 2004, I.C.J. Reports 2004, 136.
- IGH, *North Sea Continental Shelf (Germany v. Denmark / Germany v. Netherlands)*, Urteil vom 20. Februar 1969, I.C.J. Reports 1969, 3.

- IGH, *Reservations to the Convention of Genocide*, Gutachten vom 28. Mai 1951, I.C.J. Reports 1951, 15.
- International Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States*, Sondervotum des Schiedsrichters Thomas Wälde vom 26. Januar 2006, abrufbar unter <https://www.italaw.com/cases/571> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- ISGH, *The M/V Norstar Case (Panama v. Italy)*, Urteil vom 10. April 2019, Case No. 25.
- ISGH, *The M/V Saiga Case, St. Vincent and the Grenadines v. Guinea*, Urteil vom 1. Juli 1999, Case No. 2.
- ISGH, *The M/V Virginia G Case (Panama/Guinea-Bissau)*, Urteil vom 14. April 2014, Case No. 19.
- IStGH, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Entscheidung zur Wiedergutmachung vom 17. August 2017, ICC-01/12–01/15–236.
- IStGH, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Entscheidung zur Wiedergutmachung vom 8. März 2021, ICC-01/04–02/06.
- IStGH, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Entscheidung zur Wiedergutmachung vom 24. März 2017, ICC-01/04–01/07.
- IStGH (Berufungskammer), *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Entscheidung zur Wiedergutmachung vom 3. März 2015, ICC-01/04–01/06–3129-AnxA.
- Italienisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Di Caro Case*, Schiedsspruch, undatiert, RIAA X, 597–598.
- Italienisch-Venezolanische Gemischte Schiedskommission, *Miliani Case (of a general nature)*, Schiedsspruch, undatiert, RIAA X, 584.
- IUSCT, *Grimm v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Schiedsspruch vom 18. Februar 1983, ILR 71, 650–653.
- Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v. The Republic of Burundi*, Schiedsspruch vom 4. März 1991, ILR 96 (1994), 279.
- Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co v. Lybien and others*, Schiedsspruch vom 22. März 2013, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/2185> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Oxus Gold PLC v. The Republic of Uzbekistan*, Schiedsspruch vom 17. Dezember 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- PCA, *Affaire du Carthage (France v. Italy)*, Schiedsspruch vom 6. Mai 1913, RIAA XI, 449–461.
- PCA, *Affaire du Manouba (France v. Italy)*, Schiedsspruch vom 6. Mai 1913, RIAA XI, 463–479.
- PCA, *Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia)*, Schiedsspruch (Merits) vom 14. August 2015, Case No. 2014–02.
- PCA, *Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia)*, Schiedsspruch (Compensation) vom 10. Juli 2017, PCA Case No. 2014–02.
- PCA, *Duzgit Integrity Arbitration*, Schiedsspruch (Reparation) vom 18. Dezember 2019, Case No. 2014–07.

- PCA, *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. The Republic of Poland*, Schiedsspruch vom 12. August 2016, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/4471> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- PCA, *Gente Oil Ecuador Pte. Ltd. v. Republic of Ecuador*, Schiedsspruch vom 24. Mai 2022, Case No. 2018–12.
- PCA, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, Schiedsspruch vom 18. Juli 2014, Case No. AA 226.
- PCA, *In the Matter of an Arbitration under the Arbitration Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia signed on 4 November 2009*, Teilschiedsspruch vom 30. Juni 2016, Case No. 2012–04.
- PCA, *ST-AD GmbH v. The Republic of Bulgaria*, Schiedsspruch (Jurisdiction) vom 18. Juli 2013, Case No. 2011–06 (ST-BG).
- PCA, *Trinh Vinh Binh and Binh Chau Joint Stock Company v. Vietnam (2)*, Schiedsspruch vom 11. April 2019, Case No. 2015–23.
- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, Teilschiedsspruch vom 17. Mai 2006, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/961> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- SCC, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Traiding Ltd. v. The Republic of Kazakhstan*, Schiedsspruch vom 19. Dezember 2013, SCC Arbitration V (116/2010).
- SCC, *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova*, Schiedsspruch vom 22. September 2005, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/168> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- SCC, *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan*, Schiedsspruch vom 8. Juni 2010, Case No. V (064/2008).
- StIGH, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Jurisdiction, Urteil vom 26. Juli 1927, Series A, No. 9, 4.
- StIGH, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Merits, Urteil vom 13. September 1928, Series A, No. 17, 4.
- StIGH, *Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey)*, Urteil vom 7. September 1927, Series A, No. 10, 4.
- StIGH, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Gutachten vom 3. März 1928, Series B, No. 15, 4.
- StIGH, *The Mavrommatis Palestine Concessions Case (Greece v. the United Kingdom)*, Urteil vom 30. August 1924, Series A, No. 2, 6.
- Supreme Court of Louisiana, *Bourg v. Brownell-Drews Lumber Co.*, Urteil vom 9. Januar 1908, 45 So. 972.
- Supreme Court of New Zealand, *Taunoa v. Attorney General*, Urteil vom 31. August 2007, [2008] 1 NZLR 429.
- U.S. Supreme Court, *Cooper Industries Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, Urteil vom 14. Mai 2001, 121 S. Ct. 1678.
- UNAT, *Applicant v. The Secretary of the United Nations*, Urteil vom 8. Oktober 2008, Urteil Nr. 1411.

- UNAT, *Timothy v. Secretary General of the United Nations*, Urteil vom 29. Juni 2018, Urteil Nr. 2018-UNAT-847.
- UN General Sekretär, *Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair*, Entscheidung vom 6. Juli 1986, RIAA XIX, 199–221.
- UNCITRAL, *David Aven et al. v. Republic of Costa Rica*, Schiedsspruch vom 18. September 2018, Case No. UNCT/15/3.
- Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic*, Schiedsspruch vom 24. Oktober 2014, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/3800> (zuletzt besucht: 15. März 2024).

Literaturverzeichnis

- Abdel Raouf, Mohamed*, The First Inter-Arab Investment Dispute Before ICSID: A Commentary on the *Desert Line Projects LLC versus Republic of Yemen*, in: Mohamed Abdel Raouf/Philippe Leboulanger/Nassib G. Ziadé (Hrsg.), Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri – From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration, Wolters Kluwer, Alphen an den Rijn 2015, 227–237.
- Abdel Wahab, Mohamed S.*, *Iura Novit Arbiter* in Commercial Arbitration: The Known Unknown, in: Mohamed Abdel Raouf/Philippe Leboulanger/Nassib G. Ziadé (Hrsg.), Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri – From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration, Wolters Kluwer, Alphen an den Rijn 2015, 3–25.
- Ago, Shinishi*, What is ‘International Administrative Law’? The Adequacy of this Term in Various Judgments of International Administrative Tribunals, *AIIB Yearbook of International Law* 3 (2021), 88–102.
- Akashi, Kinji*, Cornelius van Bynkershoek, in: Bardo Fassbender/Anne Peters (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, 1110–1113.
- Allepuz, Marc*, Moral Damages in International Investment Arbitration, *Spain Arbitration Review* 17 (2013), 5–15.
- Alrashid, Meriam*, Moral Damages – A critique of Desert Line, *GAR* 3 (2008), 39–40.
- Altwickler-Hámori, Szilvia/Altwickler, Tilmann/Peters, Anne*, Measuring Violations of Human Rights – An Empirical Analysis of Awards in Respect of Non-Pecuniary Damage under the European Convention on Human Rights, *ZaöRV* 76 (2016), 1–51.
- Alvarez, José E.*, ‘Beware: Boundary Crossings’ – A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law, *JWIT* 17 (2016), 171–228.
- Amerasinghe, Chittharanjan F.*, International Administrative Tribunals, in: Cesare PR Romano/Karen Alter/Yuval Shany (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford 2013, 316–334.
- Amerasinghe, Chittharanjan F.*, *The Law of the International Civil Service*, Bd. I, Clarendon Press, Oxford 1994.
- Amerasinghe, Chittharanjan F.*, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Clarendon Press, Oxford 1967.

- Anacker, Claudia, Part Two of the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility, *GYIL* 37 (1994), 206–253.
- Antkowiak, Thomas M., An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice, *Stanford Journal of International Law* 47 (2011), 279–332.
- Antkowiak, Thomas M., Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond *Columbia Journal of Transnational Law* 46 (2008), 351–419.
- Antkowiak, Thomas M./Gonza, Alejandra, *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*, Oxford University Press, Oxford 2017.
- Anzilotti, Dionisio, La Responsabilité Internationale des États à Raison des Dommages Soufferts par des Étrangers, *R.G.D.I.P* XIII (1906), 5–29.
- Anzilotti, Dionisio, La Responsabilité Internationale des États à Raison des Dommages Soufferts par des Étrangers (Zweiter Teil), *R.G.D.I.P* XIII (1906), 285–309.
- Anzilotti, Dionisio, *Lehrbuch des Völkerrechts – Bd. I: Einführung – Allgemeine Lehre*, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1929.
- Arai-Takahashi, Yutaka, *The Law of Occupation*, Martinus Nijhoff, Leiden und Boston 2009.
- Auer, Marietta, *Der Privatrechtsdiskurs der Moderne*, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Augsberg, Ino, Art. 340 AEUV, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015.
- Aussprache und Schlussworte: Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: Ute Sacksofsky (Hrsg.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 79 (2019), De Gruyter, Berlin 2020, 101–125.
- Baldus, Christian, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft zur Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens*, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern und Wien 1998.
- Balode-Buraka, Esmeralda, § 11 Lettland, in: Oliver Dörr (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 349–381.
- Bardutzky, Samo/Zagorc, Saša, § 21 Slowenien, in: Oliver Dörr (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 661–700.
- Barker, John, The Different Forms of Reparation: Compensation, in: James Crawford, Alain Pellet/Simon Olleson (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, 599–611.
- Baumberger, Otto, *Occupatio Bellica (im Landkriege)*, Universitäts-Buchdruckerei von U. Hochreuther, Freiburg im Breisgau 1909.
- Becker, Florian, Öffentliches und Privates Recht, *NVwZ* 38 (2019), 1385–1392.
- Behn, Daniel/Langford, Malcolm/Fauchald, Ole Kristian/Lie, Runar/Usynin, Maxim/St. John, Taylor/Letourneau-Tremblay, Laura/Berge, Tarald/Kirkebø, Tori Loven, *Pluri-Courts Investment Treaty Arbitration Database (PITAD): Version 1.0*, Pluricourts Centre of Excellence, University of Oslo, 31. Januar 2019, abrufbar unter: <https://pita.d.org/index#welcome> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

- Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung*, Bd. II, Digesten 1–10, C.F. Müller, Heidelberg 1995.
- Benedek, Wolfgang, Drago-Porter Convention (1907), in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Benvenisti, Eyal, *The International Law of Occupation*, 2. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Bílková, Veronika, Sovereignty, Property and the Russian Revolution, *JHIL* 19 (2017), 147–177.
- Bjorge, Eirik, Public Law Sources and Analogies of Public International Law, *Victoria University of Wellington Law Review* 49 (2018), 533–560.
- Blake, Conway, Moral Damages in Investment Arbitration: A Role for Human Rights?, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 371–407.
- Bleckmann, Albert, Analogie im Völkerrecht, *AVR* 17 (1977–1978), 161–180.
- Bleckmann, Albert, Art und Umfang der Wiedergutmachtung, in: Hermann Mosler (Hrsg.), *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe*, Carl Heymann, Köln und Berlin 1967, 780–788.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991.
- Bollecker-Stern, Brigitte, *Le Préjudice dans la Théorie de la Responsabilité Internationale*, Editions A. Pedone 1973.
- Bordin, Fernando Lusa, Analogy, in: Jean d'Aspremont/Sahib Singh (Hrsg.), *Concepts for International Law – Contributions to Disciplinary Thought*, Edward Elgar, Cheltenham und Northampton, MA, 2019, 25–38.
- Bormann, Axel, § 17 Rumänien, in: Oliver Dörr (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 543–567.
- Brand, Oliver, § 253, in: Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann (Hrsg.), *Beck'scher Online-Großkommentar BGB*, Stand: 1. März 2022, C.H. Beck, München 2022.
- Braun, Tillmann Rudolf, Globalization-Driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law – An Inquiry into the Nature and Limits of Investor Rights, *JWIT* 15 (2014), 73–116.
- Braun Weiss, Edith, Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century, *AJIL* 96 (2002), 798–816.
- Brenner, Michael, Amtshaftung und Auslandseinsätze der Bundeswehr, in: Wolfgang Durner/Franz-Joseph Peine/Foroud Shirvani (Hrsg.), *Freiheit und Sicherheit in Deutschland und Europa – Festschrift für Hans-Jürgen Papier*, Duncker & Humblot, Berlin 2013, 467–479.
- Breuer, Marten, Art. 34, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Lfg. 216, August 2022, C.F. Müller, Heidelberg 2022.

- Breuer, Marten*, Das Rechtsfolgenregime des diplomatischen Schutzes unter dem Einfluss der Menschenrechte, AVR 55 (2017), 324–348.
- Breuer, Marten*, Die Funktion der Staatshaftung nach Unionsrecht und EMRK im Vergleich, in: Julia Iliopoulos-Strangas/Stanislaw Biernat/Michael Potacs (Hrsg.), Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der Europäischen Union im Wandel der Zeit, Nomos, Baden-Baden 2014, 203–228.
- Broche, Christophe*, Faut-il en finir avec le dommage moral des personnes morales?, Revue Lamy Droit civil 104 (2013), 19 ff.
- Brölmann, Catherine*, Law-Making Treaties: Form and Function in International Law, NJIL 74 (2005), 383–404.
- Brown, Chester*, A Common Law of International Adjudication, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Brown, Chester*, The Evolution of the Regime of International Investment Agreements: History, Economics and Politics, in: Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden 2015, 153–185.
- Bruns, Viktor*, Völkerrecht als Rechtsordnung, ZaöRV 1 (1929), 1–56.
- Bull, Thomas*, § 18 Schweden, in: Oliver Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 569–603.
- Bullinger, Martin*, Öffentliches Recht und Privatrecht, W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln und Mainz 1968.
- Bumke, Christian*, Rechtsdogmatik, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- Burda, Julien*, Desert Line Projects LLC contre République du Yémen, La Revue Libanaise de l'Arbitrage 48 (2008), 24–32.
- Burgogue-Larsen, Laurence*, The Indirect Contentious Jurisdiction of the Court, in: Laurence Burgogue-Larsen/Amaya Úbeda de Torres (Hrsg.), The Inter-American Court of Human Rights, Oxford University Press, Oxford 2011, 25–52.
- Burgogue-Larsen, Laurence*, The Right to Determine Reparations, in: Laurence Burgogue-Larsen/Amaya Úbeda de Torres (Hrsg.), The Inter-American Court of Human Rights, Oxford University Press, Oxford 2011, 217–241.
- Butler, W.E.*, The Use and Misuse of the Comparative Method in International Law, in: T.M.C. Asser Instituut (Hrsg.), International Law and The Grotian Heritage, T.M.C. Asser Instituut 1985, 214–215.
- Buyse, Antoine*, Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law, ZaöRV 68 (2008), 129–153.
- Bydlinski, Franz*, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194 (1994), 319–351.
- Bydlinski, Franz*, Methodologische Ansätze zum Schadensersatzrecht der EMRK, in: Attila Fenyves/Ernst Karner/Helmut Koziol/Elisabeth Steiner (Hrsg.), Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, De Gruyter, Berlin und Boston 2011, 129–236.

- Bynkershoek, Cornelius*, De Foro Legatorum Tam in Causa Civili, quam Criminali Liber Singularis, in: *Cornelius Bynkershoek, Opera Minora*, Johan van Kerckhem, Leiden 1744, 427–571.
- Cabrera, Jennifer A.*, Moral Damages in Investment Arbitration and Public International Law, in: Ian A. Laird/Todd J. Weiler (Hrsg.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Juris, Huntington, New York, 2010, 197–212.
- Cabrera, Jennifer A./Coriell, Wade M./Wilbraham, Alex/Gharavi, Hamid/Sabahi, Borzu/Kantor, Mark/Nelson, Timothy G.*, Should Moral Damages Be Compensable in Investment Arbitration? PANEL DISCUSSION, in: Ian A. Liard/Todd J. Weiler (Hrsg.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Juris, Huntington, New York, 2010, 233–255.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1983.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht, De Gruyter, Berlin und New York 1998.
- Capone, Francesca*, *APDH and IHRDA v Mali*: Recent Developments in the Jurisprudence of the African Court on Human and Peoples' Rights, *The International Journal of Human Rights* 24 (2020), 580–592.
- Caranta, Roberto*, The Fall from Fundamentalism in Italian Administrative Law, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), *The Public-Private Law Divide – Potential for Transformation?*, British Institute of International and Comparative Law, London 2009, 99–121.
- Caron, David D.*, The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority, *AJIL* 96 (2002), 857–873.
- Caron, David D.*, The United Nations Compensation Commission: Understanding an Institution and the Three Phases of Its Work, in: Timothy J. Feighery/Christopher S. Gibson/Trevor M. Rajah (Hrsg.), *War Reparations and the UN Compensation Commission*, Oxford University Press, Oxford 2015, XXIII–XXXVII.
- Casini, Lorenzo*, “Down the Rabbit-Hole”: The Projection of the Public/Private Distinction beyond the State, *I-CON* 12 (2014), 402–428.
- Cassese, Antonio*, Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources, in: Emma Playfair (Hrsg.), *International Law and the Administration of Occupied Territories – Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip*, Clarendon Press, Oxford 1992, 419–442.
- Cavallaro, James L./Vargas, Claret/Sandoval, Clara/Duhaime, Bernard/Bettinger-Lopez, Caroline/Brewer, Stephanie Erin/Guzmán, Diana/Naddeo, Cecilia*, *Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System*, Oxford University Press, Oxford 2019.
- Cazala, Julien*, La Réparation du Préjudice Moral dans le Contentieux International de l'Investissement, in: *Mélanges offerts à Charles Leben: Droit International et Culture Juridique*, Pedone, Paris 2015, 269–283.
- Champagne, Antoine*, Moral Damages left in Limbo, *McGill Journal of Dispute Resolution* 1 (2015), 16–42.

- Charlesworth, Hilary*, *Worlds Apart: Public/Private Distinctions in International Law*, in: Margaret Thornton (Hrsg.), *Public and Private – Feminist Legal Debates*, Oxford University Press, Oxford 1995, 243–260.
- Cheng, Bin*, *General Principles of Law*, Stevens & Sons, London 1953.
- Chinkin, Christine*, A Critique of the Public/Private Dimension, *EJIL* 10 (1999), 387–395.
- Chionos, Tatjana*, *Zur Übertragung innerstaatlicher Begriffe und Rechtsgrundsätze in das Völkerrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2020.
- Coing, Helmut*, *Europäisches Privatrecht – Bd. I: Älteres Gemeines Recht (1500–1800)*, C.H. Beck, München 1985.
- Coriell, Wade M./Marchili, Silvia M.*, Unexceptional Circumstances: Moral Damages in International Investment Law, in: Ian A. Laird/Todd J. Weiler (Hrsg.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Juris, Huntington, New York, 2010, 213–231.
- Correa, Christián*, Operationalising the Right of Victims of War to Reparation, in: Anne Peters/Christian Marxsen (Hrsg.), *Reparation for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2020, 92–178.
- Cottier, Thomas/Müller, Jörg Paul*, Estoppel, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2021.
- Council of Europe*, *Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights*, Bd. III, Martinus Nijhoff, Den Haag 1979.
- Cousy, Herman/Droshout, Dimitri*, Belgium – Non-pecuniary loss under Belgian law, in: W. V. Horton Rogers (Hrsg.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer, Wien und New York 2001, 28–46.
- Crawford, James*, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Crawford, James*, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2019.
- Crawford, James*, Chance, Order, Change, *RdC* 365 (2013), 19–389.
- Crawford, James*, Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement: An Inaugural Lecture, *Journal of International Dispute Settlement* 1 (2010), 3–24.
- Crawford, James*, The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect, *AJIL* 96 (2002), 874–890.
- Crawford, James*, International Protection of Foreign Direct Investments: Between Clinical Isolation and Systematic Integration, in: Rainer Hofmann/Christian J. Tams (Hrsg.), *International Investment Law and General International Law – From Clinical Isolation to Systemic Integration*, Nomos, Baden-Baden 2011, 17–28.
- Crawford, James*, Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility, *ICSID Review* 25 (2010), 127–199.
- Crawford, James*, *State Responsibility – The General Part*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.

- Crawford, James/Olleson, Simon*, The Application of the Rules of State Responsibility, in: Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden 2015, 411–441.
- Creutz, Katja*, State Responsibility in the International Legal Order, Cambridge University Press, Cambridge 2020.
- Crook, John R.*, The United Nations Compensation Commission – A New Structure to Enforce State Responsibility, AJIL 87 (1993), 144–157.
- d'Aspremont, Jean*, Epistemic Forces in International Law – Foundational Doctrines and Techniques of International Legal Argumentation, Edward Elgar, Cheltenham und Northampton, MA, 2015.
- d'Aspremont, Jean*, The General Claims Commission (Mexico and the United States) and the Invention of International Responsibility, in: Ignacio de la Rasilla/Jorge E. Viñuales (Hrsg.), Experiments in International Adjudication, Cambridge University Press, Cambridge 2019, 150–168.
- d'Aspremont, Jean*, The International Law of Recognition: A Reply to Emmanuelle Tourme-Jouannet, EJIL 24 (2013), 691–699.
- Dahm, Georg/Delbrück, Jost/Wolfrum, Rüdiger*, Völkerrecht – Bd. I/1, Walter de Gruyter, Berlin und New York 1989.
- Dannemann, Gerhard*, Haftung für die Verletzung von Verfahrensgarantien nach Art. 41 EMRK: zur Herausbildung europäischer Haftungsmaßstäbe, RabelsZ 63 (1999), 452–470.
- Dannemann, Gerhard*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, Carl Heymann, Köln, Berlin, Bonn und München 1994.
- De Brabandere, Eric*, Human Rights and International Investment Law, in: Markus Krajewski/Rhea Tamara Hoffmann (Hrsg.), Research Handbook on Foreign Direct Investment, Edward Elgar, Cheltenham und Northampton, MA, 2019, 619–645.
- De Brabandere, Eric*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, Cambridge University Press, Cambridge 2014.
- Dederer, Hans-Georg*, Paradigmenwechsel im Völkerrecht? Zur Abkehr vom strikten Positivismus im modernen Völkerrechtsdenken, Jahrbuch Politisches Denken 25 (2015), 123–154.
- Dederer, Hans-Georg*, Reform der Schiedsgerichtsbarkeit aus völkerrechtlicher Sicht, in: Anne Peters/Stephan Hobe/Eva-Maria Kieninger (Hrsg.), Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht 51, C.F. Müller, Heidelberg 2023, 285–349.
- Detterbeck, Steffen*, Haftung der Europäischen Gemeinschaft und gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch, AöR 125 (2000), 202–256.
- Dicey, Albert Venn*, The Law of the Constitution (Oxford Edition of Dicey), Oxford University Press, Oxford 2013.
- Dinstein, Yoram*, The International Law of Belligerent Occupation, 2. Auflage, Cambridge University Press, Cambridge 2019.
- Doehring, Karl*, Völkerrecht, 2. Auflage, C.F. Müller 2004.

- Dörr, Oliver*, § 1 Staatshaftung in Europa: Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Oliver Dörr (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 1–30.
- Dörr, Oliver*, § 839 BGB, in: Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann (Hrsg.), *Beck'scher Online-Großkommentar BGB*, Stand: 1. April 2023, C.H. Beck, München 2023.
- Dörr, Oliver*, Cession, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2019.
- Dörr, Oliver*, Kapitel 33: Entschädigung und Schadensersatz, in: Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2022.
- Dörr, Oliver*, "Privatisierung" des Völkerrechts, *JZ* 60 (2005), 905–916.
- Dörr, Oliver* (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, De Gruyter, Berlin und Boston 2014.
- Dörr, Oliver*, Völkerrechtliche Deliktsansprüche Privater - auf der Grundlage und in den Grenzen einer völkerrechtlichen Schutznormlehre, in: Marten Breuer/Astrid Epiney/Andreas Haratsch/Stefanie Schmahl/Norman Weiß (Hrsg.), *Der Staat im Recht – Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin 2013, 765–782.
- Dörr, Oliver/Lenz, Christofer*, *Europäischer Verwaltungsrechtsschutz*, 2. Auflage, Nomos, Baden- Baden 2019.
- Dörr, Oliver/Randelzhofer, Albrecht*, Art. 2 Abs. 4, in: Bruno Simma/Daniel-Erasmus Khan/Georg Nolte/Andreas Paulus/Nikolai Wessendorf (Hrsg.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Bd. I, 3. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Dolzer, Rudolf*, Mixed Claims Commissions, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Dolzer, Rudolf/Kriebaum, Ursula/Schreuer, Christoph*, *Principles of International Investment Law*, 3. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2022.
- Dolzer, Rudolf/Schreuer, Christoph*, *Principles of International Investment Law*, 2. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Dominicé, Christian*, La Prévention de la Personne Privée dans le Systeme de la Responsabilité Internationale des États, in: Andrea Giardina/Flavia Lattanzi (Hrsg.), *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Neapel 2004, 729–745.
- Donoso, Gina*, Inter-American Court of Human Rights' Reparation Judgments. Strengths and Challenges for a Comprehensive Approach, *Revista IIDH* 49 (2009), 29–68.
- Dörmann, Knut/Vité, Sylvain*, Occupation, in: Dieter Fleck (Hrsg.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 4. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2021, 293–337.
- Douglas, Zachary*, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, *BYIL* 74 (2004), 151–289.

- Douglas, Zachary*, Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID, in: James Crawford/Alain Pellet/Simon Olleson (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, 815–842.
- Dugard, John*, Diplomatic Protection, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2021.
- Dumberry, Patrick*, Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes, *Journal of International Arbitration* 27 (2010), 247–276.
- Dumberry, Patrick*, Moral Damages, in: Christina L. Beharry (Hrsg.), *Contemporary and Emerging Issues in the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Brill Nijhoff, Leiden und Boston 2018, 142–167.
- Dumberry, Patrick*, Moral Damages, in: Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law – A Handbook*, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden 2015, 1130–1141.
- Dumberry, Patrick*, Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 1–38.
- Dumberry, Patrick/Cusson, Sébastien*, Wrong Direction: ‘Exceptional Circumstances’ and Moral Damages in International Investment Arbitration, *Journal of Damages in International Arbitration* 1 (2014), 33–75.
- Eagleton, Clyde*, Measure of Damages in International Law, *AJIL* 39 (1929), 52–75.
- Efstathiou, Pavlos-Michael*, § 8 Griechenland, in: Oliver Dörr (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 227–272.
- Ehle, Bernd/Dawidowicz, Martin*, Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation, in: Jorge A. Huerta-Goldman/Antoine Romanetti/Franz X. Stirnimann (Hrsg.), *WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2013, 293–326.
- Eichhorst, Markus*, *Rechtsprobleme der United Nations Compensation Commission*, Duncker & Humblot, Berlin 2002.
- Emberland, Marius*, Compensating Companies for Non-Pecuniary Damage – *Comingersoll S. A. v Portugal* and the Ambivalent Expansion of the ECHR Scope, *BYIL* 74 (2004), 409–432.
- Emberland, Marius*, The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights, *ZaöRV* 63 (2003), 945–969.
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Bd. I: Einleitung, Allgemeiner Teil*, Elwert’sche Verlagsbuchhandlung (G. Braun), Marburg 1931.
- Epiney, Astrid*, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Staaten für rechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit Aktionen Privater*, Nomos, Baden-Baden 1992.
- Epping, Volker*, § 7 Der Staat als die “Normalperson” des Völkerrechts, in: Knut Ipsen/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Völkerrecht*, C.H. Beck, München 2018, 76–232.

- Fassbender, Bardo*, Heinrich Triepel und die Anfänge der dualistischen Sicht von "Völkerrecht und Landesrecht" im späten 19. Jahrhundert, in: Lukas Gschwend/Peter Hettich/Markus Müller-Chen/Benjamin Schindler/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), *Recht im digitalen Zeitalter – Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen*, Dike, Zürich 2015, 449–469.
- Fastenrath, Ulrich*, *Lücken im Völkerrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 1991.
- Fedtke, Jörg*, Legal Transplants, in: Jan M. Smits (Hrsg.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham und Northampton, MA, 2012, 550–554.
- Feilchenfeld, Ernst H.*, *The International Economic Law of Belligerent Occupation*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D.C. 1942.
- Feiler, Mareike*, *Reparationen am Internationalen Strafgerichtshof*, Duncker & Humblot, Berlin 2021.
- Feldman, Tamar*, Indirect Victims, Direct Injury: Recognising Relatives as Victims under the European Human Rights System, *European Human Rights Law Review* 14 (2009), 50–69.
- Fikfak, Veronika*, Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights, *EJIL* 29 (2019), 1091–1125.
- Fikfak, Veronika*, Non-pecuniary damages before the European Court of Human Rights: Forget the victim; it's all about the state, *LJIL* 33 (2020), 335–369.
- Flume, Werner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Band II: Das Rechtsgeschäft*, 4. Auflage, Springer, Berlin und Heidelberg 1992.
- Frankenberg, Günter*, Constitutions as Commodities: Notes on a Theory of Transfer, in: Günther Frankenberg (Hrsg.), *Order From Transfer – Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Edward Elgar, Cheltenham und Northampton, MA, 2013, 1–26.
- Friedmann, Wolfgang*, *The Changing Structure of International Law*, Stevens & Sons, London 1964.
- Friedmann, Wolfgang*, The Uses of General Principles in the Development of International Law, *AJIL* 57 (1963), 279–299.
- Frowein, Jochen A.*, Art. 3 des 1. ZP, in: Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, 3. Auflage, Engel, Straßburg 2009.
- Frowein, Jochen A.*, Entschädigung für Verletzungen von Grundrechten, in: Jürgen Jekewitz/Karl Heinz Klein/Jörg Detlef Kühne/Hans Petersmann/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung – Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin 1989, 317–326.
- Frowein, Jochen A.*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht (Hrsg.), *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Beziehungen*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 39, C.F. Müller, Heidelberg 2000, 427–447.
- Furuya, Shuichi*, The Right to Reparation for Victims of Armed Conflict – The Intertwined Development of Substantive and Procedural Aspects, in: Anne Peters/Christian Marxsen (Hrsg.), *Reparation for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2020, 16–91.

- Futhazar, Guillaume/Peters, Anne, Good Faith, in: Jorge E. Viñuales (Hrsg.), The UN Friendly Relations Declaration at 50 – An Assessment of the Fundamental Principles of International Law, Cambridge University Press, Cambridge 2020, 189–228.
- Gaillard, Emmanuel, “Desert Line v. Yemen”: Moral Damages, NYLJ 240 (2008), 3.
- Garner, Brian A., Black’s Law Dictionary, Thomson Reuters, St. Paul 2019.
- Garin, Aurore, La Perte de Chance, un Préjudice Indemnisable: Contribution à une Problématique de l’Indemnisation du Dommage par la Cour Européenne des Droits de l’Homme, in: Jean-François Flaus/Elisabeth Lambert Abdelgawad (Hrsg.), La Pratique d’Indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l’Homme, Bruylant, Brüssel 2011, 155–184.
- Gattini, Andrea, The UN Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations, EJIL 13 (2002), 161–181.
- Gaukroder, David/Gordon, Kathryn, Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community, OECD Working Paper Series (2012/03).
- Gellermann, Martin, Art. 340 AEUV, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2018.
- Gentili, Alberico, Hispanicae Advocationis Libri Dvo, Johannes van Ravensteyn, Amsterdam 1661(Reprint: Oxford University Press, New York 1921).
- Gherari, Habib, Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: African Mechanisms, in: James Crawford/Alain Pellet/Simon Olleson (Hrsg.), The Law of International Responsibility, Oxford University Press, Oxford 2010, 775–789.
- Gilead, Israel, The Liability of Public Authorities in Israel, in: Ken Oliphant (Hrsg.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, Cambridge, Antwerpen und Portland 2017, 225–250.
- Ginsburg, Tom, Authoritarian International Law?, AJIL 114 (2020), 221–260.
- Goldmann, Matthias, A Matter of Perspective: Global Governance and the Distinction between Public and Private Authority (and not Law), Global Constitutionalism 5 (2016), 48–84.
- Goldmann, Matthias, Internationale öffentliche Gewalt – Handlungsformen internationaler Institutionen im Zeitalter der Globalisierung, Springer, Heidelberg, New York, Dordrecht und London 2015.
- Gonzalez-Salzburg, Damian A., Non-Pecuniary Damage under the American Convention on Human Rights: An Empirical Analysis of 30 Years of Case Law, Harvard Human Rights Journal 34 (2021), 81–116.
- Gourgourinis, Anastasios, Investors’ Rights qua Human Rights? Revisiting the ‘Direct’/‘Derivative’ Rights Debate, in: Malgosia Fitzmaurice/Panos Merkouris (Hrsg.), The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights – Legal and Practical Implications Brill Nijhoff, Leiden und Boston 2013, 147–182.
- Grabenwarter, Christoph, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: Jörn Ipsen (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 60 (2001), De Gruyter, Berlin 2001, 290–349.
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2021.

- Graefrath, Bernhard, Iraqi Reparations and the Security Council, *ZaöRV* 55 (1995), 1–68.
- Gray, Christine D., *Judicial Remedies in International Law*, Clarendon Press, Oxford 1987.
- Graziadei, Michele, Comparative Law, Transplants, and Receptions, in: Matthias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford 2019, 443–473.
- Green, Michael D./Cardi, Jonathan, The Liability of Public Authorities in the United States, in: Ken Oliphant (Hrsg.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, Antwerpen und Portland 2017, 537–557.
- Greer, Steven/Wildhaber, Luzius, Revisiting the Debate about ‘Constitutionalising’ the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review* 12 (2012), 655–687.
- Grewe, Wilhelm, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Nomos, Baden-Baden 1984.
- Grimm, Dieter, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Grimm, Dieter, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: Dieter Grimm (Hrsg.), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1987, 84–103.
- Grisel, Florian, The Sources of Foreign Investment Law, in: Zachary Douglas/Joost Pauwelyn/Jorge E. Viñuales (Hrsg.), *The Foundations of International Investment Law – Bringing Theory Into Practice*, Oxford University Press, Oxford 2014, 213–233.
- Grossman, Claudio M., Inter-American Commission on Human Rights (IACommHR), in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2021.
- Grotius, Hugo, *De Iure Belli Ac Pacis*, A.W. Sijthoff, Leiden 1919.
- Grüneberg, Christian, § 253, in: Christian Grüneberg (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 82. Auflage, C.H. Beck, München 2023.
- Grzeszick, Bernd, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 18.11.2020, 2 BvR 477/17, *JZ* 76 (2021), 146–149.
- Grzeszick, Bernd, Rechte des Einzelnen im Völkerrecht – Chancen und Gefahren völkerrechtlicher Entwicklungstrends am Beispiel der Individualrechte im allgemeinen Völkerrecht, *AVR* 43 (2001), 312–344.
- Grzeszick, Bernd, Rechte und Ansprüche – Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, Mohr Siebeck, Tübingen 2002.
- Grzeszick, Bernd, Verantwortlichkeit, in: Hanno Kube/Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenthaler/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts zu Staat und Verfassung – Studienausgabe*, C.F. Müller, Heidelberg 2015, 103–114.
- Guilfoyle, Douglas, Art. 91, in: Alexander Proelß (Hrsg.), *United Nations Convention on the Law of the Sea*, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden 2017, 693–701.
- Hackworth, Green H., Responsibility of States for Damages Caused in Their Territory to the Person or Property of Foreigners, *AJIL* 24 (1930), 500–516.

- Haltern, Ulrich, *Europarecht: Dogmatik im Kontext – Bd. I: Entwicklung – Institutionen – Prozesse*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017.
- Hanffou Nana, Sarah, *La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, Connaissances et Savoirs*, Saint-Denis 2016.
- Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla/Warbrick, Colin/Klilkelly, Ursula/Cumper, Peter/Arai, Yutaka/Lardy, Heather, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 3. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Heemann, Frank, § 12 Litauen, in: Oliver Dörr (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 383–411.
- Heffter, August W., *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 8. Auflage, Verlag von H.W. Müller, Berlin 1888.
- Heiskanen, Veijo, *The United Nations Compensation Commission*, RdC 296 (2003), 259–393.
- Heiskanen, Veijo/Leroux, Nicolas, *Applicable Law: Jus ad Bellum, Jus in Bello, and the Legacy of the UN Compensation Commission*, in: Timothy J. Feighery/Christopher S. Gibson/Trevor M. Rajah (Hrsg.), *War Reparations and UN Compensation Commission – Designing Compensation after Conflict*, Oxford University Press, Oxford 2015, 51–80.
- Herdegen, Matthias, *Völkerrecht*, 20. Auflage, C.H. Beck, München 2021.
- Hernández, Gleider, *International Law*, 2. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2022.
- Hertogen, An, *The Persuasiveness of Domestic Law Analogies in International Law*, EJIL 29 (2019), 1127–1148.
- Hindelang, Steffen, *Restitution and Compensation – Reconstructing the Relationship in Investment Treaty Law*, in: Rainer Hofmann/Christian J. Tams (Hrsg.), *International Investment Law and General International Law – From Clinical Isolation to Systemic Integration*, Nomos, Baden-Baden 2011, 161–210.
- Hirsch, Moshe, *Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths*, in: Pierre-Marie Dupuy/Ernst-Ulrich Petersmann/Francesco Francioni (Hrsg.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2009, 97–114.
- Hirsch, Moshe, *The Sociology of International Investment Law*, in: Zachary Douglas/Joost Pauwelyn/Jorge E. Viñuales (Hrsg.), *The Foundations of International Investment Law – Bringing Theory Into Practice*, Oxford University Press, Oxford 2014, 143–167.
- Hobe, Stephan, *Einführung in das Völkerrecht*, 11. Auflage, Narr Francke Attempto Verlag 2020.
- Hobér, Kaj, *State Responsibility and Attribution*, in: Peter Muchlinski/Federico Ortino/Christoph Schreuer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, 549–583.
- Höpfner, Clemens, § 249 BGB, in: Carsten Herresthal (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen, §§ 249–254 BGB*, Neubearbeitung, Otto Schmidt – De Gruyter, Berlin 2021.

- Höpfner, Clemens, § 253 BGB, in: Carsten Herresthal (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen, §§ 249–254 BGB, Neubearbeitung, Otto Schmidt – De Gruyter, Berlin 2021.
- Hofer, Cuno, Der Schadensersatz im Landkrieg, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1913.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Aufangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Aufangordnungen, Nomos, Baden-Baden 1996, 264–336.
- Hofmann, Hasso, Die Unterscheidung von Öffentlichem und Privatem Recht, Der Staat 57 (2018), 5–33.
- Holland, Thomas Eskine, Studies in International Law, Clarendon Press, Oxford 1898.
- Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter, Römisches Recht, 4. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris und Tokyo 1987.
- Horwitz, Morton J., The History of the Public/Private Distinction, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1423–1428.
- Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 12. Auflage, C.H. Beck, München 2021.
- Ichim, Octavian, Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- Jacob, Marc/Kottmann, Matthias, Art. 340 AEUV, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 73. EL, C.H. Beck, München 2021.
- Jagusch, Stephen/Sebastian, Thomas, Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?, Arbitration International 29 (2013), 45–62.
- Jähncke, Burkhard, Washington und Berlin zwischen den Kriegen, Nomos, Baden-Baden 2003.
- Jakab, András, European Constitutional Language, Cambridge University Press, Cambridge 2016.
- Jalčová, Hana, § 20 Slowakei, in: Oliver Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 643–659.
- Jalčová, Hana, § 23 Tschechien, in: Oliver Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 727–747.
- Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, O. Häring, Berlin 1914.
- Jellinek, Georg, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Alfred Hölder, Wien 1880.
- Jennings, Robert/Watts, Arthur, Oppenheim's International Law – Bd. I: Peace, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Jørgensen, Nina H.B., A Reappraisal of Punitive Damages in International Law, BYIL 68 (1997), 247–266.
- Józson, Mónika, Satisfaction by Finding a Violation, in: Attila Fenyves/Ernst Karner/Helmut Koziol/Elisabeth Steiner (Hrsg.), Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, De Gruyter, Berlin und Boston 2011, 741–770.
- Kadelbach, Stefan/Kleinlein, Thomas, Überstaatliches Verfassungsrecht – Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht, AVR 44 (2006), 235–266.

- Kalderimis, Daniel*, Investment Treaty Arbitration as Global Administrative Law: What This Might Mean in Practice, in: Chester Brown/Katie Miles (Hrsg.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, 145–159.
- Kämmerer, Jörn Axel*, *Privatisierung – Typologie, Determinanten, Rechtspraxis, Folgen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- Kamminga, Menno T.*, Legal Consequences of an Internationally Wrongful Act of a State against an Individual, in: Tom Barkhuysen (Hrsg.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, Martinus Nijhoff, Den Haag 1999, 65–74.
- Karl, Wolfram*, ‘Just Satisfaction’ in Art 41 ECHR and Public International Law – Issues of Interpretation and review of International Materials, in: Attila Fenyves/Ernst Karner/Helmut Koziol/Elisabeth Steiner (Hrsg.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, De Gruyter, Berlin und Boston 2011, 345–386.
- Kaser, Max*, *Das Römische Privatrecht*, 2. Auflage, C.H. Beck, München 1971.
- Kaser, Max*, ‘Ius publicum’ und ‘ius privatum’, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 103 (1986), 1–101.
- Kaufmann, Arthur*, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2. Auflage, R.v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg 1982.
- Keirse, Anne*, Liability of Public Authorities in the Netherlands, in: Ken Oliphant (Hrsg.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, Antwerpen und Portland 2017, 295–330.
- Kellner, Markus/Durant, Isabelle C.*, Causation, in: Attila Fenyves/Ernst Karner/Helmut Koziol/Elisabeth Steiner (Hrsg.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, De Gruyter, Berlin und Boston 2011, 449–500.
- Kelsen, Hans*, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Leipzig und Wien 1934.
- Kennedy, David*, *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion*, QLR 65 (1996), 385–420.
- Kennedy, Duncan*, The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction, *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), 1349–1357.
- Kerameus, Konstantinos D.*, Greece, in: W. V. Horton Rogers (Hrsg.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer, Wien und New York 2001, 129–134.
- Kiesselbach, Wilhelm*, Der Abschluß der 10-jährigen Tätigkeit der Deutsch-Amerikanischen Schadens-Kommission und die in dieser Arbeit gemachten Erfahrungen, *ZaöRV* 3 (1933), 568–574.
- Kiesselbach, Wilhelm*, *Probleme und Entscheidungen der Deutsch-Amerikanischen Schadens-Commission*, J. Bensheimer, Mannheim, Berlin und Leipzig 1927.
- Kingsbury, Benedict/Krisch, Nico/Stewart, Richard B.*, The Emergence of Global Administrative Law, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), 15–61.

- Kingsbury, Benedict/Schill, Stephan W.*, Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law, in: Albert Jan van den Berg (Hrsg.), 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, Kluwer Law, Alphen aan den Rijn 2009, 5–68.
- Kischel, Uwe*, Rechtsvergleichung, C.H. Beck, München 2015.
- Kissling, Christa/Kelliher, Denis*, Compensation for Pecuniary and Non-Pecuniary Loss, in: Attila Fenyves/Ernst Karner/Helmut Koziol/Elisabeth Steiner (Hrsg.), Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, De Gruyter, Berlin und Boston 2011, 579–723.
- Kleinlein, Thomas*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, Springer, Heidelberg, Dordrecht, London und New York 2012.
- Kneisel, Sebastian*, Schiedsgerichtsbarkeit in Internationalen Verwaltungsunionen (1874–1914), Nomos, Baden-Baden 2009.
- Kolb, Robert*, The International Law of State Responsibility, Edgar Elgar, Cheltenham und Northampton, MA, 2017.
- Koskenniemi, Martti*, From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Koskenniemi, Martti*, Hersch Lauterpacht (1897–1960), in: Jack Beatson/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Jurists Uprooted – German-Speaking Emigré Lawyers in Twentieth Century Britain, Oxford University Press, Oxford 2004, 601–661.
- Koskenniemi, Martti*, The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and Fall of International Law 1870–1960, Cambridge University Press, Cambridge 2002.
- Koskenniemi, Martti*, To the Uttermost Parts of the Earth – Legal Imagination and International Power, 1300–1870, Cambridge University Press, Cambridge 2021.
- Kotzur, Markus*, Good Faith (Bona fide), in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Koziol, Helmut/Karner, Ernst*, Austria, in: W. V. Horton Rogers (Hrsg.), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, Springer, Wien und New York 2001, 1–27.
- Kriebaum, Ursula*, Art. 42, in: Stephan W. Schill (Hrsg.), Schreuer's Commentary on the ICSID Convention, 3. Auflage, Cambridge University Press, Cambridge 2022.
- Krieger, Heike*, Populist Governments and International Law, EJIL 30 (2019), 971–996.
- Krüper, Julian*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: Ute Sacksofsky (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 79 (2019), De Gruyter, Berlin 2020, 43–100.
- Kucsko-Stadlmayer, Gabriele*, § 14 Österreich, in: Oliver Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 429–459.
- Kulick, Andreas*, Estoppel im Völkerrecht – Antworten auf drei dogmatische Fragen, AVR 52 (2014), 522–544.

- Kunig, Philip, Völkerrecht als öffentliches Recht – Ein Glasperlenspiel, in: Albert Randelzhofer/Rupert Scholz/Dieter Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, C.H. Beck, München 1995, 325–346.
- Kunz, Raffaella, Richter über internationale Gerichte?, Springer, Berlin 2020.
- Küpper, Herbert, § 25 Ungarn, in: Oliver Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 781–816.
- Laird, John R., Moral Damages and the Punitive Question in ICSID Arbitration, ICSID Review 26 (2011), 171–183.
- Laiß, Rudolf, Die Rechtsfolgen völkerrechtlicher Delikte, Stilke, Berlin 1932.
- Langford, Malcolm/Behn, Daniel/Lie, Runar Hilleren, The Revolving Door in International Investment Arbitration, JIEL 20 (2017), 301–332.
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts – Bd. 1: Allgemeiner Teil, 8. Auflage, C.H. Beck, München 1967.
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts – Bd. 1: Allgemeiner Teil, 14. Auflage, C.H. Beck, München 1987.
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Springer, Berlin und Heidelberg 1991.
- Latty, Franck, Arbitrage transnational et droit international générale, AFDI 54 (2008), 467–512.
- Lauer, Sabrina, Die Implementierung menschenrechtlicher Verträge in Afrika, Nomos, Baden-Baden 2018.
- Lauterpacht, Hersch, Private Law Sources and Analogies of International Law, Longmans, Green & Co., London, New York, Toronto, Bombay, Calcutta und Madras 1927.
- Lauterpacht, Hersch, Private Law Sources and Analogies of International Law, in: Elihu Lauterpacht (Hrsg.), International Law – Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht – Bd. 2: The Law of Peace Part I: General International Law, Cambridge University Press, Cambridge 1975, 173–212.
- Lauterpacht, Hersch, The Function of Law in the International Community, Clarendon Press, Oxford 1933.
- Lawry-White, Merryl, Are Moral Damages an Exceptional Case?, International Arbitration Law Review 15 (2012), 236–246.
- Lesaffer, Randall, Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription, EJIL 16 (2005), 25–58.
- Lesaffer, Randall, The Classical Law of Nations (1500–1800), in: Alexander Orakhelashvili (Hrsg.), Research Handbook on the Theory and History of International Law, Edward Elgar, Cheltenham und Northampton, MA, 2011, 408–440.
- Lesaffer, Randall, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: Anne Orford/Florian Hoffmann (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Theory of International Law, Oxford University Press, Oxford 2016, 38–58.
- Ley, Isabelle, Drittwirkung als Erstwirkung?, ARSP 108 (2022), 412–443.
- Lindner, Josef Franz, Die Kompensationsfunktion der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO, NVwZ 33 (2014), 180–185.

- Loughlin, Martin, The Nature of Public Law, in: Cormac Mac Amhlaigh/Claudio Michelon/Neil Walker (Hrsg.), *After Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2013, 11–24.
- Loup, Matthieu, The Content of State Responsibility under the European Convention on Human Rights – Some Reflections on the Court’s Approach to General International Law on State Responsibility, in: Samantha Besson (Hrsg.), *International Responsibility – Essays in Law, History and Philosophy*, Schulthess, Genf und Zürich, 2017, 139–158.
- Lunney, Mark /Nolan, Donal /Oliphant, Ken, *Tort Law: Text and Materials*, 6. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2017.
- Madrigal-Borloz, Victor, Damage and Redress in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (1979–2001), in: George Ulrich/Louise Krabbe Boserup (Hrsg.), *Human Rights in Development Yearbook 2001 – Reparations: Redressing Past Wrongs*, Kluwer, Den Haag, London und New York, 2001, 211–274.
- Malawer, Stuart S., Moral Damages in Wrongful Death Cases in Foreign Law – A Research Note, *International Lawyer* 10 (1976), 545–550.
- Marboe, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2017.
- Marboe, Irmgard, Damages in Investor-State Arbitration: Current Issues and Challenges, *International Investment Law and Arbitration* 2 (2018), 1–86.
- Markert, Lars/Freiburg, Elisa, Moral Damages in International Investment Disputes – On the Search for a Legal Basis and Guiding Principles, *JWIT* 14 (2013), 1–43.
- Marsch, Nikolaus, § 7 Frankreich, in: Oliver Dörr (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 195–226.
- Marxsen, Christian, Unpacking the International Law on Reparation for Victims of Armed Conflict, *ZaöRV* 78 (2018), 521–540.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20. Auflage, C.H. Beck, München 2020.
- Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Hrsg.), *Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe – Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Carl Heymann, Köln und Berlin 1967.
- Mazzeschi, Ricardo Pisillo, Impact on the Law of Diplomatic Protection, in: Menno T. Kamminga/Martin Scheinin (Hrsg.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, 211–233.
- McBride, Jeremy, Redress for Human Rights Violations, in: Geoffrey Hand/Jeremy McBride (Hrsg.), *Droit sans frontières – Essays in Honour of L. Neville Brown*, Holdsworth Club, Birmingham 1991, 161–174.
- Mégret, Frédéric, Mixed Claim Commissions and the Once Centrality of the Protection of Aliens, in: Ignacio de la Rasilla/Jorge E. Viñuales (Hrsg.), *Experiments in International Adjudication*, Cambridge University Press, Cambridge 2019, 127–149.
- Meyer-Ladewig, Jens/Brunozzi, Kathrin, Art. 41, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), *EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2017.

- Meyer-Ladewig, Jens/Kulick, Andreas, Art. 34, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2017.
- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin, Zusatzprotokoll zur EMRK Art. 3, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2017.
- Meyer-Ladewig, Jens/Peters, Birgit, Art. 35, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), EMRK – Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2017.
- Meyer, Christine, Menschenrechte in Afrika, Nomos, Baden-Baden 2013.
- Michaels, Ralf/Jansen, Nils, Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, *AJCL* 54 (2006), 843–890.
- Michou, Isabelle, Compensation of the Moral Injury in Investor-State Arbitration/L'Indemnisation du Préjudice Moral dans l'Arbitrage entre Investisseurs et Etats, *International Business Law Journal* 2011, 41–68.
- Milej, Tomasz, § 15 Polen, in: Oliver Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, De Gruyter, Berlin und Boston 2013, 461–503.
- Mills, Alex, The Public-Private Dualities of International Investment Law and Arbitration, in: Chester Brown/Katie Miles (Hrsg.), Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge 2011, 97–116.
- Mills, Alex, State Responsibility and Privatisation: Accommodating Private Conduct in a Public Framework, *EJIL Talk!*, 4. August 2021, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/state-responsibility-and-privatisation-accommodating-private-conduct-in-a-public-framework/> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Mir, Oriol, § 22 Spanien, in: Oliver Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 701–726.
- Moffett, Luke/Sandoval, Clara, Tilting at Windmills: Reparations and the International Criminal Court, *LJIL* 34 (2021), 749–769.
- Mosler, Hermann, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, *ZaöRV* 22 (1962), 1–48.
- Mowbray, Alastair R., The European Court of Human Rights' Approach to Just Satisfaction, *Public Law* (1997), 647–659.
- Moyano García, Juan Pablo, Moral Damages in Investment Arbitration – Diverging Trends, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 485–521.
- Mugdan, Benno, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – Bd. II: Das Recht der Schuldverhältnisse, v. Decker, Berlin 1899.
- Murray, Rachel, The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary, Oxford University Press, Oxford 2019.
- Murray, Rachel, The Human Rights Jurisdiction of the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights, in: Charles C. Jalloh/Kamari M. Clarke/Vincent O. Nmeihle (Hrsg.), The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context – Development and Challenges, Cambridge University Press, Cambridge 2019, 965–988.

- Neethling, Johann, The Liability of Public Authorities in South Africa, in: Ken Oliphant (Hrsg.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, Antwerpen und Portland 2017, 421–462.
- Neumann, Thore, The ICC's Reparations Order in re Al Mahdi – Three Remarks on Its Relevance for the General Discussion on Reparations, *ZaöRV* 78 (2018), 615–620.
- Newcombe, Andrew/Paradell, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties*, Wolters Kluwer, Austin, Boston, Chicago und New York 2009.
- Nissel, Alan, The Duality of State Responsibility, *Columbia Human Rights Law Review* 44 (2013), 793–858.
- Noll, Max, Limits to the Jurisdiction of States in Private Law Matters under International Law, *ZaöRV* 82 (2022), 333–355.
- Nollkaemper, André, Constitutionalization and the Unity of the Law of International Responsibility, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 535–563.
- Nollkaemper, André, Responsibility, in: Jean d'Aspremont/Sahib Singh (Hrsg.), *Concepts for International Law – Contributions to Disciplinary Thought*, Edward Elgar, Cheltenham und Northampton, MA, 2019, 760–772.
- Nollkaemper, André/d'Aspremont, Jean/Ahlborn, Christiane/Boutin, Berenice/Nedeski, Nataša/Plakokefalos, Ilias/Jacobs, Dov, Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law, *EJIL* 31 (2020), 15–72.
- Nollkaemper, André/Jacobs, Dov, Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework, *MJIL* 34 (2013), 359–438.
- Novak, Fabián, The System of Reparations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, *RdC* 392 (2018), 9–203.
- Nussbaum, Arthur, *Deutsches Internationales Privatrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1932.
- Nussbaum, Arthur, The Significance of Roman Law in the History of International Law, *University of Pennsylvania Law Review* 100 (1952), 679–687.
- O'Boyle, Michael, Proof: European Court of Human Rights (ECtHR), in: Hélène Ruiz Fabri (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford 2018.
- Oetker, Hartmut, § 253 BGB, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Auflage, C.H. Beck, München 2022.
- Oliphant, Ken, The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, in: Ken Oliphant (Hrsg.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, Antwerpen und Portland 2017, 849–887.
- Oliphant, Ken (Hrsg.), *The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, Antwerpen und Portland 2017.
- Oliphant, Ken/Luwichowska, Katarzyna, Damages, in: Attila Fenyves/Ernst Karner/Helmut Koziol/Elisabeth Steiner (Hrsg.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, De Gruyter, Berlin und Boston 2011, 397–447.

- Oliver, Dawn, What, if any, Public-Private Divides Exist in English Law?, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), *The Public-Private Law Divide – Potential for Transformation?*, British Institute of International and Comparative Law, London 2009, 1–16.
- Oppenheim, Heinrich Bernhard, *System des Völkerrechts*, 2. Auflage, Verlag von A. Kröner, Stuttgart und Leipzig 1866.
- Oppenheim, Lassa, *International Law – A Treatise*, Bd. I: Peace, 3. Auflage, Longmans, Green and Co., London, New York, Bombay, Calcutta und Madras 1920.
- Oskierski, Jan Thomas, *Schadensersatz im Europäischen Recht. Eine vergleichende Untersuchung des Acquis Communautaire und der EMRK*, Nomos, Baden-Baden 2011.
- Ossenbühl, Fritz, *Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht*, DVBl. 105 (1990), 963–973.
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias, *Staatshaftungsrecht*, 6. Auflage, C.H. Beck, München 2013.
- Ouguerougou, Fatsah, *African Charter on Human and Peoples' Rights* (1981), in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Ouguerougou, Fatsah, *The Establishment of an African Court of Human and Peoples' Rights: A Judicial Premiere for the African Union*, AfYIL 11 (2003), 79–141.
- Paparinskis, Martins, *Analogies and Other Regimes of International Law*, in: Zachary Douglas/Joost Pauwelyn/Jorge E. Viñuales (Hrsg.), *The Foundations of International Investment Law – Bringing Theory Into Practice*, Oxford University Press, Oxford 2014, 73–107.
- Paparinskis, Martins, *Crippling Compensation in the International Law Commission and Investor-State Arbitration*, ICSID Review 37 (2022), 289–312.
- Paparinskis, Martins, *Crippling Compensation in the Law of State Responsibility*, EJIL Talk!, 17. Mai 2021, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/crippling-compensation-in-the-law-of-state-responsibility/> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Paparinskis, Martins, *Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility*, EJIL 24 (2013), 617–647.
- Papier, Hans-Jürgen/Shirvani, Foroud, § 839 BGB, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, C.H. Beck, München 2020.
- Papier, Hans-Jürgen/Shirvani, Foroud, Art. 34, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Lieferung 91, C.H. Beck, München 2020.
- Parish, Matthew T./Nelson, Annalise K./Rosenberg, Charles B., *Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration*, Berkeley Journal of International Law 29 (2011), 225–245.
- Pasqualucci, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- Paulsson, Jan, *Arbitration without Privity*, ICSID Review 10 (1995), 232–257.

- Payne, Cymie R./Sand, Peter H. (Hrsg.), *Gulf War Reparations and UN Compensation Commission*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Peat, Daniel, *Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge 2019.
- Pellet, Alain, Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!, *EJIL* 10 (1999), 425–434.
- Pellet, Alain, The Definition of Responsibility in International Law, in: James Crawford/Alain Pellet/Simon Olleson/Kate Parlett (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, 3–15.
- Pellonpää, Matti, Individual Reparation Claims under the European Convention of Human Rights, in: Albert Randelzhofer/Christian Tomuschat (Hrsg.), *State Responsibility and the Individual – Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Den Haag, London und Boston 1999, 109–129.
- Personnaz, Jean, *La Réparation du Préjudice en Droit International Public*, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1939.
- Peters, Anne, *Beyond Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge 2016.
- Peters, Anne, Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, *LJIL* (2006), 579–610.
- Peters, Anne, Conclusion, in: Anne Peters/Christian Marxsen (Hrsg.), *Reparation for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2020, 265–284.
- Peters, Anne, Constitutionalization, in: Jean d'Aspremont/Sahib Singh (Hrsg.), *Concepts for International Law – Contributions to Disciplinary Thought*, Edward Elgar, Cheltenham und Northampton, MA, 2019, 141–153.
- Peters, Anne, Das Gebietsreferendum im Völkerrecht, *Nomos*, Baden-Baden 1995.
- Peters, Anne, Das Völkerrecht der Gebietsreferenden, *Osteuropa* 64 (2014), 101–133.
- Peters, Anne, Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft: Wider den epistemischen Nationalismus, *ZaöRV* 67 (2007), 721–776.
- Peters, Anne, Rights to Reparation as a Consequence of Direct Rights under International Humanitarian Law, *ZaöRV* 78 (2018), 545–549.
- Peters, Anne, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: Pieter H.F. Bekker/Rudolf Dolzer/Michael Waibel (Hrsg.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy – Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, 153–173.
- Peters, Anne/Petrig, Anna, *Völkerrecht: Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Schulthess und C.F. Müller, Zürich und Heidelberg 2020.
- Peukert, Wolfgang, Art. 6, in: Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, 3. Auflage, Engel, Straßburg 2009.
- Peukert, Wolfgang, Art. 34, in: Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, 3. Auflage, Engel, Straßburg 2009.
- Peukert, Wolfgang, Art. 41, in: Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, 3. Auflage, Engel, Straßburg 2009.
- Phillimore, Robert, *Commentaries upon International Law*, 3. Auflage, Butterworths, London 1879.

- Piacentini, Isabela, *La Réparation dans la Jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme*, ANRT, Paris 2013.
- Picard, Etienne, *The Public-Private Divide in French Law Through the History and Destiny of French Administrative Law*, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), *The Public-Private Law Divide – Potential for Transformation?*, British Institute of International and Comparative Law, London 2009, 17–83.
- Polakiewicz, Jörg, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Barcelona und Budapest 1993.
- Posner, Eric A., *Liberal Internationalism and the Populist Backlash*, *Arizona State Law Journal* 49 (2017), 795–820.
- Pound, Roscoe, *Law in Books and Law in Action*, *American Law Review* 44 (1910), 12–36.
- Prieto Muñoz, José Gustavo, *Mixed Claims Commissions in Latin America during the 19th and 20th Centuries: The Development of International Law in between Caudillos and Revolutions*, in: Raphael Schäfer/Anne Peters (Hrsg.), *Politics and the Histories of International Law – The Quest for Knowledge and Justice*, Brill Nijhoff, Leiden und Boston 2021, 250–269.
- Puig, Sergio, *Social Capital in the Arbitration Market*, *EJIL* 25 (2014), 387–424.
- Quill, Eoin, § 9 Irland, in: Oliver Dörr (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 273–310.
- Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Koehler, Stuttgart 1963.
- Ragone, Sabrina, *The Inter-American System of Human Rights: Essential Features*, in: Armin von Bogdandy/Eduardo Ferrer Mac-Gregor/Mariela Morales Antoniazzi/Flávia Piovesan/Ximena Soley (Hrsg.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford 2017, 279–300.
- Ralston, Jackson H., *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford University Press, Stanford 1929.
- Randelzhofer, Albert/Tomuschat, Christian, *Foreword*, in: Albert Randelzhofer/Christian Tomuschat (Hrsg.), *State Responsibility and the Individual – Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Den Haag, London und Boston 1999, vii–ix.
- Ratner, Steven R., *Drawing a Better Line: Uti Possidetis and the Borders of New States*, *AJIL* 90 (1996), 590–624.
- Rauber, Jochen, *Strukturwandel als Prinzipienwandel*, Springer, Berlin 2018.
- Reimer, Ekkehart, § 40, in: Herbert Posser/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar VwGO*, Stand: 1. Januar 2023, C.H. Beck, München 2023.
- Reinisch, August, *The Interpretation of International Investment Agreements*, in: Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law – A Handbook*, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden 2015, 372–410.

- Reisman, W. Michael, Compensation for Human Rights Violations: The Practice of the Past Decade in the Americas, in: Albert Randelzhofer/Christian Tomuschat (Hrsg.), State Responsibility and the Individual – Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights, Martinus Nijhoff, Den Haag, London und Boston 1999, 63–108.
- Reitzer, Ladislav, La Réparation comme Conséquence de l'Acte Illicite en Droit International, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1938.
- Richter, Dagmar, Kap. 25: Das Recht auf freie Wahlen, in: Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2022.
- Riddell, Anna, Administrative Boards, Commissions and Tribunals in International Organizations, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia for Public International Law, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Ripinsky, Sergey/Williams, Kevin, Damages in International Investment Law, British Institute of International and Comparative Law, London 2008.
- Rivier, Raphaële, Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: Inter-American Mechanisms, in: James Crawford/Alain Pellet/Simon Olleson (Hrsg.), The Law of International Responsibility, Oxford University Press, Oxford 2010, 739–760.
- Roberts, Anthea, Clash of Paradigms – Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, AJIL 45 (2013), 45–94.
- Röder, Daniel, Die Haftungsfunktion der Grundrechte – Eine Untersuchung zum anspruchsbewehrten *status negativus compensationis*, Duncker & Humblot, Berlin 2002.
- Rödl, Florian, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, Nomos, Baden-Baden 2015.
- Rogers, W. V. Horton, Art. 10:301 Non-Pecuniary Damage, in: European Group on Tort Law (Hrsg.), Principles of European Tort Law – Text and Commentary, Springer 2005, 171–178.
- Rogers, W. V. Horton, Comparative Report of a Project Carried Out By the European Centre for Tort and Insurance Law, in: W. V. Horton Rogers (Hrsg.), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, Springer, Wien und New York 2001, 245–296.
- Rosenfeld, Michel, Rethinking the boundaries between public law and private law for the twenty first century: An introduction, I-CON II (2013), 125–128.
- Roth, Wolfgang, Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität der Verletzung von Verfahrensrechten bei der Entscheidung über die Entschädigung nach Art. 41 EMRK, NVwZ 25 (2006), 753–759.
- Ruffert, Matthias, Art. 340 AEUV, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage, C.H. Beck, München 2022.
- Ruffert, Matthias, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie, 12. Auflage, C.H. Beck, München 2022.
- Sabahi, Borzu, Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration, Oxford University Press, Oxford 2011.

- Sabahi, Borzu*, Moral Damages in International Investment Law: Some Preliminary Thoughts in the Aftermath of *Desert Line v Yemen*, in: Jacques Werner/Arif Hyder Ali (Hrsg.), *A Liber Amicorum: Thomas Wälde: Law Beyond Conventional Thought*, CMP Publishing, London 2009, 253–264.
- Sand, Inger-Johanne*, Globalization and the Transcendence of the Public/Private Divide, in: Cormac Mac Amhlaigh/Claudio Michelon/Neil Walker (Hrsg.), *After Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2013, 201–217.
- Sanderson, Cosmo*, Uzbekistan Liable for Seizure of Shopping Mall, GAR (2019), abrufbar unter: <https://globalarbitrationreview.com/article/uzbekistan-liable-seizure-of-shopping-mall> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Sarooshi, Dan*, The Role of Domestic Public Law Analogies in the Law of International Organizations, *International Organizations Law Review* 5 (2008), 237–239.
- Sassòli, Marco*, *International Humanitarian Law*, Edgar Elgar, Cheltenham und Northampton, MA, 2019.
- Sauer, Heiko*, Der Kunduz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts und das Staatshaftungsrecht: Konstitutionalisierungspotenzial mit Unschärfen, *DÖV* 74 (2021), 483–489.
- Saul, Ben*, Compensation for Unlawful Death in International Law: A Focus on the Inter-American Court of Human Rights, *American University International Law Review* 19 (2004), 523–585.
- Schabas, William A.*, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Schachter, Oscar*, *International Law in Theory and Practice*, RdC 178 (1982), 9–396.
- Schäfer, Patrick*, Art. 34, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2022.
- Schäfer, Patrick*, Art. 35, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2022.
- Schill, Stephan W.*, Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach, *VJIL* 52 (2011–2012), 57–102.
- Schill, Stephan W.*, *International Investment Law and Comparative Public Law – An Introduction*, in: Stephan W. Schill (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2010, 3–37.
- Schill, Stephan W.*, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Schill, Stephan W.*, W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law, *EJIL* 22 (2011), 875–908.
- Schill, Stephan W./Schreuer, Shristoph/Sinclair, Anthony*, Art. 25, in: Stephan W. Schill (Hrsg.), *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention*, 3. Auflage, Cambridge University Press, Cambridge 2022.
- Schlosser, Hans*, *Neuere Europäische Rechtsgeschichte*, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2017.

- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg und New York 2006.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen – Einleitende Problemskizze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Nomos, Baden-Baden 1996, 7–40.
- Schmidt, Carmen*, § 6 Estland, in: Oliver Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 157–193.
- Schmidt, Detlef*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, Nomos, Baden-Baden 1985.
- Schneider, Jens-Peter*, The Public-Private Law Divide in Germany, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), The Public-Private Law Divide – Potential for Transformation?, British Institute of International and Comparative Law, London 2009, 85–98.
- Schoen, Paul*, Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen, ZV X (Ergänzungsheft 2) (1917), 1–143.
- Schoubroeck, Van*, § 3 Belgien, in: Oliver Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 61–97.
- Schreuer, Christoph*, Alternative Remedies in Investment Arbitration, The Journal of Damages in International Arbitration 3 (2016), 1–30.
- Schrijver, Nico J.*, Natural Resources, Permanent Sovereignty over, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Schröder, Meinhard*, Siebenter Abschnitt: Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen, in: Wolfgang Graf Vitzthum/Alexander Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, De Gruyter, Berlin und Boston 2019, 691–753.
- Schwenzer, Ingeborg H./Hachem, Pascal*, Moral Damages in International Investment Arbitration, in: Stefan Kröll/Loukas A. Mistelis/María del Pilar Perales Viscasillas (Hrsg.), International Arbitration and International Commercial Law, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2011, 411–430.
- Scobbie, Iain*, Natural Resources and Belligerent Occupation: Perspectives from International Humanitarian and Human Rights Law, in: Susan M. Akram/Michael Dumper/Michael Lynk/Iain Scobbie (Hrsg.), International Law and the Israeli-Palestinian Conflict, Routledge, London und New York 2011, 229–252.
- Seckelmann, Margrit*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, DVBl. 134 (2019), 1107–1114.
- Sharpe, Jonathan L.*, Art. 50, in: Louis-Edmond Pettiti/Emmanuel Decaux/Pierre-Henri Imbert (Hrsg.), La Convention Européenne des Droits de l'Homme, 2. Auflage, Economica, Paris 1999.
- Shelton, Dinah*, Remedies in International Human Rights Law, 3. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Shirlow, Esmé/Duggal, Kabir*, The ILC Articles on State Responsibility in Investment Treaty Arbitration, ICSID Review 37 (2022), 378–542.
- Simma, Bruno*, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?, ICLQ 60 (2011), 573–596.

- Simma, Bruno*, From Bilateralism to Community Interest in International Law, RdC 250 (1994), 217–384.
- Simma, Bruno/Paulus, Andreas*, The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View, AJIL 93 (1999), 302–316.
- Sohn, Louis B./Baxter, R.R.*, Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens, AJIL 55 (1961), 545–584.
- Soley, Ximena*, The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence, in: Armin von Bogdandy/Eduardo Ferrer Mac-Gregor/Mariela Morales Antoniazzi/Flávia Piovesan/Ximena Soley (Hrsg.), Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune, Oxford University Press, Oxford 2017, 337–356.
- Somek, Alexander*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: Ute Sacksofsky (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 79 (2019), De Gruyter, Berlin 2020, 7–42.
- Somers, Stefan*, The European Convention on Human Rights as an Instrument of Tort Law, Intersentia, Cambridge, Antwerpen und Chicago 2018.
- Ssenyonjo, Manisuli*, The African Commission and Court on Human and Peoples' Rights, in: Gerd Oberleitner (Hrsg.), International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts, Springer, Singapur 2018, 479–509.
- Starski, Paulina/Beinlich, Leander*, Der Amtshaftungsanspruch und Auslandseinsätze der Bundeswehr, JöR n.F. 66 (2018), 299–336.
- Steiger, Heinhard*, Ius bündigt Mars. Das klassische Völkerrecht und seine Wissenschaft als frühneuzeitliche Kulturerscheinung, in: Klaus Garber/Jutta Held (Hrsg.), Der Frieden. Rekonstruktion einer europäischen Vision, Wilhelm Fink Verlag, München 2001, 59–85.
- Stein, Torsten/von Buttlar, Christian/Kotzur, Markus*, Völkerrecht, 14. Auflage, Franz Vahlen, München 2017.
- Steiner, Elisabeth*, Just Satisfaction under Art 41 ECHR: A Compromise in 1950 – Problematic Now, in: Attila Fenyves/Ernst Karner/Helmut Koziol/Elisabeth Steiner (Hrsg.), Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, De Gruyter, Berlin und Boston 2011, 3–26.
- Steininger, Silvia*, What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration, LJIL 31 (2018), 33–58.
- Stelkens, Ulrich*, Verwaltungsprivatrecht – Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen, Duncker & Humblot, Berlin 2005.
- Stendel, Robert Christoph*, Moral Damages as an "Exceptional" Remedy in International Investment Law – Re-Connecting Practice with General International Law, ZaöRV 81 (2021), 937–968.
- Stern, Brigitte*, The Elements of An Internationally Wrongful Act, in: James Crawford/Alain Pellet/Simon Olleson/Kate Parlett (Hrsg.), The Law of International Responsibility, Oxford University Press, Oxford 2010, 193–218.
- Stöckle, Philipp*, Guarantees of Non-Repetition, Duncker & Humblot, Berlin 2021.

- Stolleis, Michael*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Nomos, Baden-Baden 1996, 41–61.
- Strupp, Karl*, Das völkerrechtliche Delikt, Kohlhammer, Berlin, Stuttgart und Leipzig 1920.
- Šturma, Pavel*, Relations between International Investment Law and Domestic Public Law: No Love at First Sight, in: Rainer Hofmann/Christian J. Tams (Hrsg.), International Investment Law and Its Others, Nomos, Baden-Baden 2012, 203–211.
- Stuyt, A.M.* (Hrsg.), Survey of International Arbitrations, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston und London 1990.
- Supiot, Alain*, The Public-Private Relation in the Context of Today's Refeudalization, I-CON 11 (2013), 129–145.
- Szladits, Charles*, The Civil Law System, in: René David (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1974.
- Tams, Christian/Paddeu, Federica*, The ILC Articles at 20: Introduction to the Symposium, EJILTalk!, 2. August 2021, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/the-ilc-articles-at-20-introduction-to-the-symposium/> (zuletzt besucht: 15. März 2023).
- Tanaka, Yoshifumi*, The International Law of the Sea, 3. Auflage, Cambridge University Press, Cambridge 2019.
- Thirlway, Hugh*, Concepts, Principles, Rules and Analogies: International and Municipal Legal Reasoning, RdC 294 (2002), 263–405.
- Thirlway, Hugh*, The Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Thornberry, Patrick*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Oxford University Press, Oxford 2016.
- Tichý, Luboš*, The Liability of Public Authorities in the Czech Republic, in: Ken Oliphant (Hrsg.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, Cambridge, Antwerpen und Portland 2017, 81–103.
- Tomuschat, Christian*, International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, RdC 281 (2001), 13–438.
- Tomuschat, Christian*, Just Satisfaction under Article 50 of the European Convention on Human Rights, in: Paul Mahoney/Franz Matscher/Herbert Petzold/Luzius Wildhaber (Hrsg.), Protecting Human Rights: The European Perspective – Studies in memory of Rolv Ryssdal, Carl Heymann, Köln, Berlin, Bonn und München 2000, 1409–1430.
- Toth, A.G.*, The Concepts of Damage and Causality as Elements of Non-Contractual Liability, in: Henry G. Schermers/Ton Heukels/Philip Mead (Hrsg.), Non-Contractual Liability of the European Communities, Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston und London 1988, 23–38.

- Touzé, *Sebastien*, Les Limites de l'Indemnisation devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme: le Constat de Violation comme Satisfaction Équitable Suffisante, in: Jean-François Flauss/Elisabeth Lambert Abdelgawad (Hrsg.), *La Pratique d'Indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Brüssel 2011, 127–153.
- Traßl, *Michael*, Die Wiedergutmachung von Menschenrechtsverletzungen im Völkerrecht, Duncker & Humblot, Berlin 1994.
- Treves, *Tullio*, Customary International Law, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Triepel, *Heinrich*, Völkerrecht und Landesrecht, C.L. Hirschfeld, Leipzig 1899.
- Tuori, *Kaius*, The Reception of Ancient Legal Thought in Early Modern International Law, in: Bardo Fassbender/Anne Peters (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, 1012–1033.
- Uchkunova, *Inna/Temnikov, Oleg*, The Availability of Moral Damages to Investors and to Host States in ICSID Arbitration, *Journal of International Dispute Settlement* 6 (2015), 380–402.
- Uhlmann, *Felix*, § 19 Schweiz, in: Oliver Dörr (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 605–642.
- Ulfbeck, *Vibe*, § 4 Dänemark, in: Oliver Dörr (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, De Gruyter, Berlin und Boston 2014, 99–119.
- Ulfbeck, *Vibe*, Liability of Public Authorities in Denmark, in: Ken Oliphant (Hrsg.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, Cambridge, Antwerpen und Portland 2017, 105–125.
- van Aaken, *Anne*, Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability – A Functional and Comparative View, in: Stephan W. Schill (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2010, 721–754.
- van den Berg, *Lukas*, Rethinking the Public-Private Law Divide in the Age of Governmentality and Network Governance, *European Journal of Comparative Law and Governance* 5 (2018), 119–143.
- Van Harten, *Gus*, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Van Harten, *Gus*, The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State, *ICLQ* 56 (2007), 371–394.
- Van Harten, *Gus/Loughlin, Martin*, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, *EJIL* 17 (2006), 121–150.
- Varuhas, *Jason NE*, *Damages and Human Rights*, Hart, Oxford 2016.
- Vasudev, *Subhiksh*, Damages for Non-Material Harm in Investment Treaty Arbitration, *ASA Bulletin* 37 (2019), 97–110.
- Vattel, *Emer de*, *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, Abraham Droz, London [Neuchâtel] 1758.

- Velasco Caballero, Francisco, The Public-Private Law Divide in Spanish Law, in: Matthias Ruffert (Hrsg.), The Public-Private Law Divide – Potential for Transformation?, British Institute of International and Comparative Law, London 2009, 123–141.
- Verdross, Alfred, Die Quellen des universellen Völkerrechts, Verlag Rombach, Freiburg 1973.
- Verdross, Alfred/Simma, Bruno, Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis, 3. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1984.
- Viljoen, Frans, The African Court of Human and Peoples' Rights (ACtHPR), in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Viljoen, Frans, Impact in the African and Inter-American Human Rights Systems: A Perspective on the Possibilities and Challenges of Cross-Regional Comparison, in: Par Engstrom (Hrsg.), The Inter-American Human Rights System – Impact beyond Compliance, Palgrave Macmillan, Cham 2019, 303–326.
- Viljoen, Frans, International Human Rights Law in Africa, 2. Auflage, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Villiger, Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2020.
- Vité, Sylvain Occupation, in: Ben Saul/Dapo Akande (Hrsg.), The Oxford Guide to International Humanitarian Law, Oxford University Press, Oxford 2020, 299–318.
- Volterra, Robert, International Law Commission Articles on State Responsibility and Investor-State Arbitration: Do Investors Have Rights?, ICSID Review 25 (2010), 218–223.
- von Arnould, Andreas, Völkerrecht, 5. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2022.
- von Bar, Christian, Gemeineuropäisches Deliktsrecht – Erster Band: Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen, C.H. Beck, München 1996.
- von Barga, Leonard, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, Nomos, Baden-Baden 2020.
- von Bogdandy, Armin/Dann, Philipp/Goldmann, Matthias, Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance, Der Staat 49 (2010), 23–50.
- von Bogdandy, Armin/Goldmann, Matthias/Venzke, Ingo, From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority, EJIL 28 (2017), 115–145.
- von Danwitz, Thomas, Art. 34, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2018.
- von Glahn, Gerhard, The Occupation of Enemy Territory, University of Minnesota Press, Minneapolis 1957.
- von Hein, Jan, Damages, in: Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio (Hrsg.), Encyclopedia of Private International Law, Edward Elgar, Cheltenham und Northampton, MA, 2017.

- von Holtzendorff, Franz, Handbuch des Völkerrechts, Carl Habel (C.G. Luderitz'sche Verlagsbuchhandlung), Berlin 1885.
- von Liszt, Franz, Das Völkerrecht, O. Häring, Berlin 1906.
- von Savigny, Friedrich Carl, System des heutigen Römischen Rechts, Achter Band, Veit und Comp., Berlin 1849.
- von Ullmann, Emanuel, Völkerrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1908.
- Vöneky, Silja, Analogy in International Law, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Wagner, Gerhard, § 844 BGB, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, C.H. Beck, München 2020.
- Wagner, Gerhard, Vor § 823, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, C.H. Beck, München 2020.
- Waibel, Michael, Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility, in: Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden 2015, 1212–1287.
- Waibel, Michael, Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals, Cambridge University Press, Cambridge 2011.
- Wälde, Thomas/Sabahi, Borzu, Compensation, Damages and Valuation, in: Peter Muchlinski/Federico Ortino/Christoph Schreuer (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, Oxford 2008, 1049–1124.
- Waldhoff, Christian, Kritik und Lob der Dogmatik – Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, 17–37.
- Waldron, Jeremy The Rule of International Law, Harvard Journal of Law & Public Policy 30 (2006), 15–30.
- Walter, Christian, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß, ZaöRV 59 (1999), 961–983.
- Wank, Rolf, Die juristische Begriffsbildung, C.H. Beck, München 1985.
- Watson, Alan, Legal Transplants, 2. Auflage, The University of Georgia Press, Athens und London 1993.
- Weber, Max, Max Weber-Gesamtausgabe – Bd. I/23: Wirtschaft und Gesellschaft. Soziologie. Unvollendet. 1919–1920, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Weber, Simon, Demystifying Moral Damages in International Investment Arbitration, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 19 (2020), 417–450.
- Weiler, Joseph H.H., The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy, ZaöRV 64 (2004), 547–562.
- Weinrib, Ernest J., The Idea of Private Law, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1995.

- Weller, Marc-Philippe, Die Grenze der Vertragstreue von (Krisen-) Staaten, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Wenzel, Nicola, Art. 41, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2022.
- Whiteman, Marjorie B., Damages in International Law, Government Printing Office, Washington D.C. 1937.
- Whomersley, Chris, The Principle of Exclusive Flag State Jurisdiction – Is It Fit for Purpose in the Twenty-First Century?, APOC 5 (2021), 330–347.
- Widmer, Pierre/Winiger, Bénédict, The Liability of Public Authorities in Switzerland, in: Ken Oliphant (Hrsg.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, Intersentia, Cambridge, Antwerpen und Portland 2017, 507–536.
- Wijffels, Alain, Early-Modern Scholarship on International Law, in: Alexander Orakhelashvili (Hrsg.), Research Handbook on the Theory and History of International Law, Edward Elgar, Cheltenham und Northampton, MA, 2011, 23–60.
- Wilcox, Vanessa, Punitive and Nominal Damages, in: Attila Fenyves/Ernst Karner/Helmut Koziol/Elisabeth Steiner (Hrsg.), Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, De Gruyter, Berlin und Boston 2011, 725–740.
- Wildhaber, Luzius, Article 41 of the European Convention on Human Rights – Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights, BaltYbkIL 3 (2003), 1–18.
- Wildhaber, Luzius, Der “Backlog” (Rückstand in der Fallbehandlung) des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: Holger P. Hestermeyer/Doris König/Nele Matz-Lück/Volker Röben/Anja Seibert-Fohr/Peter-Tobias Stoll/Silja Vöneky (Hrsg.), Coexistence, Cooperation and Solidarity – Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum, Brill Nijhoff, Leiden und Boston 2012, 1825–1832.
- Williams, David Ar, Jurisdiction and Admissibility, in: Peter Muchlinski/Federico Ortino/Christoph Schreuer (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, Oxford 2008, 868–931.
- Wissink, Mark H./van Boom, Willem H., The Netherlands, in: W. V. Horton Rogers (Hrsg.), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, Springer, Wien und New York 2001, 155–172.
- Wittich, Stephan, Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages and the Law of State Responsibility, Austrian Review of International and European Law 3 (1998), 101–158.
- Wittich, Stephan, Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law, FinYbkIL 15 (2004), 321–368.
- Wittich, Stephan, Punitive Damages, in: James Crawford/Alain Pellet/Simon Olleson/Kate Parlett (Hrsg.), The Law of International Responsibility, Oxford University Press, Oxford 2010, 667–675.
- Wittich, Stephan, State Responsibility, in: Marc Bungenberg/Jörn Griebel/Stephan Hobe/August Reinisch (Hrsg.), International Investment Law – A Handbook, C.H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden 2015, 23–45.

- Wolf, Joachim, Gibt es im Völkerrecht einen einheitlichen Schadensbegriff?, *ZaöRV* 49 (1989), 403–444.
- Wong, Jarrod, The Misapprehension of Moral Damages in Investor-State Arbitration, in: Arthur W. Rovine (Hrsg.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation – The Fordham Papers 2012*, Brill Nijhoff, Leiden und Boston 2012, 67–99.
- Wühler, Norbert, The United Nations Compensation Commission, in: Albert Randelzhofer/Christian Tomuschat (Hrsg.), *State Responsibility and the Individual – Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Den Haag, London und Boston 1999, 213–229.
- Wühler, Norbert, The United Nations Compensation Commission: A New Contribution to the Process of International Claims Resolution, *JIEL* 2 (1999), 249–272.
- Yates III, George T., State Responsibility for Nonwealth Injuries to Aliens in the Postwar Era, in: Richard B. Lillich (Hrsg.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, University Press of Virginia, Charlottesville 1983, 213–279.
- Yntema, Hessel E., The Treaties with Germany and Compensation for War Damage. IV. The Measure of Damages in International Law, *Columbia Law Review* 24 (1924), 134–153.
- Ziegler, Karl-Heinz, Die römischen Grundlagen des europäischen Völkerrechts, *Ius commune* IV (1972), 1–27.
- Zimmermann, Reinhard, Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, *JZ* 47 (1992), 8–20.
- Zwach, Ulrich, *Die Leistungsurteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte*, Boorberg, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar und Dresden 1996.

