

§ 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 viele 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 zum meist englischsprachigen Diskurs wechselt, siehe hierzu näher unten unter § 5 B. I.

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

527 Siehe hierzu näher unten unter § II 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. II.

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 (*Jähncke*, 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 anschließende 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. *Lais*, *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

Ogleich 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.

wrongs⁵⁷¹ 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 § II 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" (*Jähnicke*, *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 Haftungsanerkennnis 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. 1 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 staerken 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 Völkerrechtsverstößes, 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/arb-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 *Lais*, *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 § II 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 essentiellen 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, 11 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 WKURÜ 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 ziseliert 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 unstrittig, 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 immateriel-

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 Viciuña, 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 § II 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 *Crawford*: “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 konzediert 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 *Laïß*, 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*, II. 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 Völkerrechtsverstoßes (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 hervorgeufen 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*, *FinYbKlL* 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*, 11. 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 Schadensersatzes 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 Obleich 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 besteht. 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 abhänge.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 Besetzung 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.

