

3. Teil: Immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht

Dem Befund im zwischenstaatlichen Völkerrecht stellt dieser Teil eine Analyse einzelner Teilbereiche des Völkerrechts gegenüber, die alle das Individuum – in unterschiedlichem Maße⁸⁵¹ – zum Träger von (Sekundär-) Rechten machen. Diese Teilbereiche sind insbesondere der regionale Menschenrechtsschutz unter der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK),⁸⁵² der Inter-Amerikanischen Menschenrechtskonvention (IAMRK)⁸⁵³ sowie der Afrikanischen Charta für Menschenrechte und Rechte der Völker (AfCMRRV) und das Investitionsschutzrecht. Kursorisch betrachtet dieser Teil auch das Völkerstrafrecht, das humanitäre Völkerrecht und das Arbeitsrecht des Personals internationaler Organisationen. Alle diese Teilbereiche untersucht der 3. Teil dieser Arbeit darauf, ob sie immaterielle Schäden auf eine andere Weise behandeln als das zwischenstaatliche Völkerrecht. Hinter der scharfen Trennung zwischen individualberechtigendem und zwischenstaatlichem Völkerrecht steht die bereits in § 2 erläuterte Erwägung, dass das Völkerrecht eine Ausdifferenzierung erfahren hat, die es rechtfertigt, gewisse Teile des Völkerrechts auch als verwaltungs- oder verfassungsrechtsähnlich und mithin als dem öffentlichen Recht ähnlich zu beschreiben.

Je nach untersuchtem Regime bestehen mannigfaltige Unterschiede zwischen dem jeweiligen Teilgebiet und dem zwischenstaatlichen Völker-

851 Der paradigmatische Fall einer vollumfänglichen Individualberechtigung ist der Rechtsschutz vor dem EGMR, siehe hierzu näher unten in § 8. Für eine allenfalls rudimentäre Zulassung individueller Ansprüche (insbesondere auf Entschädigung) steht das humanitäre Völkerrecht stellvertretend, vgl. zu den dort schwelenden Debatten um ein individuelles “right to a remedy” eingehend *Marxsen*, *Unpacking the International Law on Reparation for Victims of Armed Conflict*, *ZaöRV* 78 (2018), 521–540.

852 Europäische Kovention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), 4. November 1950, CETS Nr. 5, (dt. Übersetzung BGBl. 2010 II, 1198).

853 Inter-Amerikanische Menschenrechtskonvention (Pakt von San José) (IAMRK), 22. November 1969, UNTS 1144, 1978.

recht.⁸⁵⁴ Allerdings fokussiert sich die nachfolgende Untersuchung auf jeweils drei Aspekte: Art und Umfang der Individualberechtigung in den jeweiligen Teilbereichen, grundsätzlicher Umgang mit immateriellen Schäden sowie die Existenz zusätzlicher Voraussetzungen des (geldmäßigen) Ersatzes solcher Schäden. Dagegen sollen die unterschiedlichen Höhen immateriellen Schadensersatzes allenfalls eine untergeordnete Rolle spielen. Für das weitgehende Aussparen dieser Frage sprechen für die Zwecke dieser Arbeit jedenfalls zwei Gründe. Zum einen ist diese Frage selbst für den EGMR erst ansatzweise untersucht worden⁸⁵⁵ und zum anderen dürften sich hier viele regionale Unterschiede, alleine in der Kaufkraft, bemerkbar machen, die Vergleiche erschweren.⁸⁵⁶ Hinzu kommt noch, dass die finanzielle Bewertung immaterieller Schäden immer auf einer Setzung durch soziale Konventionen beruht.⁸⁵⁷ Sicherlich lässt sich jeweils untersuchen, ob diese Setzung folgerichtig umgesetzt worden ist, aber wegen der *per se* unterschiedlichen Setzungen, dürfte die Grundlage für eine sinnvolle Vergleichsbildung nur schwer zu ermitteln sein. Von diesen Problemen ausgenommen ist indes die Frage, ob es in den untersuchten Regimen ein zusätzliches Kriterium gibt, dessen Erfüllung Voraussetzung dafür ist, dass ein internationaler Spruchkörper immaterielle Schäden in Geld ersetzt.

Die Frage danach, ob jeder adäquat-kausal auf einer Völkerrechtsverletzung beruhende immaterielle Schaden auch in Geld ersetzt werden muss, ist zudem von besonderem Reiz: Wie zu zeigen sein wird, durchziehen zusätzliche Voraussetzungen des Ersatzes immaterieller Schäden *in Geld* den Menschenrechtsschutz und das Investitionsschutzrecht. Diese übergreifend festzustellende Entwicklung soll deshalb im Vordergrund stehen, weil eine solche Praxis eine besonders augenfällige Abkehr vom zwischenstaatlichen Völkerrecht ist.⁸⁵⁸ Im Kontext der These der Arbeit, dass privatrechtsanaloge Rechtsinstitute im Völkerrecht einen Wandel wegen der Erweiterung des

854 Diese Unterschiede können die ersatzfähigen Schadensposten, den Begriff des immateriellen Schadens oder die Höhe des Schadensersatzes betreffen.

855 Vgl. die empirischen Studien von *Altwickler-Hámori/Altwickler/Peters*, *ZaöRV* 76 (2016), 1–51 und *Fikfak*, *Non-pecuniary damages before the European Court of Human Rights: Forget the victim; it's all about the state*, *LJIL* 33 (2020), 335–369.

856 Selbst der EGMR berücksichtigt die Unterschiede zwischen den Konventionsstaaten wie deren wirtschaftliche Situation, vgl. EGMR, *Case of Basarba ood v. Bulgaria*, Urteil (Just Satisfaction), 20. Januar 2011, Beschwerde-Nr. 77660/01, Rn. 26.

857 *Altwickler-Hámori/Altwickler/Peters*, *ZaöRV* 76 (2016), 6; vgl. auch *Rogers*, Art. 10:301 Non-Pecuniary Damage, in: *Principles of European Tort Law*, 171, 173.

858 Siehe zur Praxis im zwischenstaatlichen Völkerrecht oben unter § 5 C.

völkerrechtlichen Regelungsbereichs erleben, ist ein solcher Unterschied besonders bemerkenswert, weil sich hierin eine Tendenz zur Publifizierung zeigen könnte.⁸⁵⁹ Um allerdings die Frage nach zusätzlichen Voraussetzungen für den Ausgleich immaterieller Schäden zu kontextualisieren, beschränkt sich die Untersuchung jeweils nicht hierauf, sondern führt auch in das jeweilige Rechtsschutzsystem ein und behandelt etwaige Besonderheiten im Verständnis immaterieller Schäden.

Als "klassische" Materie des Individualrechtsschutzes eröffnet der Menschenrechtsschutz die Tour d'Horizon (§ 8 bis § 10), gefolgt vom (völkerrechtlichen) Investitionsschutzrecht (§ 11). Auf diese beiden großen Gebiete folgen kurze Einblicke in das internationale Strafrecht, das humanitäre Völkerrecht und das Arbeitsrecht internationaler Organisationen. Diese Gebiete unterscheiden sich vom Investitionsschutzrecht und dem Menschenrechtsschutz, weil sie entweder Ansprüche gegen Individuen, kaum Individualansprüche oder Ansprüche gegen internationale Organisationen gewähren. Gleichwohl wird das abschließende Kapitel dieses Teils, jedenfalls kursorisch, die Behandlung immaterieller Schäden in diesen Gebieten nachzeichnen und gemeinsame Entwicklungstendenzen in allen untersuchten Teilbereichen herausarbeiten (§ 12). Soweit im weiteren Verlauf Abweichungen zwischen individualberechtigendem und zwischenstaatlichem Völkerrecht auftreten, wäre dieser Befund banal, wenn in beiden Situationen grundsätzlich unterschiedliche Regeln Anwendung finden würden. Um diesen Einwand zu entkräften, soll deshalb der folgende § 7 zeigen, dass grundsätzlich dieselben Regeln Anwendung finden.

859 Solche Tendenzen könnten deshalb als öffentlich-rechtlich verstanden werden, weil sie mit Entwicklungen in nationalen Staatshaftungsregimen übereinstimmen und/oder sich aus der – gegenüber dem Privatrecht – besonderen Situation der öffentlich-rechtlichen Haftung erklären lassen. Eine Besonderheit liegt jedenfalls darin, dass der Staat, anders als ein Privater einer sehr großen Anzahl Geschädigter gegenüberstehen kann, siehe hierzu einerseits § 2 C. II und andererseits § 13.

§ 7 Vorfrage: Die anwendbaren Regeln

Das Recht der Staatenverantwortlichkeit ist größtenteils unkodifiziert. Deshalb bilden die rechtlich nicht verbindlichen, aber in wesentlichen Teilen das Völkergewohnheitsrecht wiedergebenden ARSIWA der Völkerrechtskommission den Ausgangspunkt jeder Untersuchung der einschlägigen Regeln zur Staatenverantwortlichkeit.⁸⁶⁰ Sucht man nach den Regeln zum Inhalt der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit eines Staates gegenüber Individuen findet sich in den ARSIWA lediglich die folgende Bestimmung:

- “1. The obligations of the responsible State set out in this part may be owed to another State, to several States, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach.
2. This Part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State.”

Aus Art. 33 Abs. 1 ARSIWA folgt zunächst, dass die Pflichten aus der Staatenverantwortlichkeit gegenüber einem oder mehreren Staaten oder gegenüber der internationalen Gemeinschaft bestehen können. Individuen erwähnt die Regelung nicht. Die sich anschließende “without-prejudice”-Klausel des Art. 33 Abs. 2 ARSIWA stellt sodann klar, dass sich aus der Beschränkung der ARSIWA auf Ansprüche gegenüber einem oder mehreren Staaten (oder der internationalen Gemeinschaft) in Art. 33 Abs. 1 ARSIWA keine Rückschlüsse auf die Anspruchsberechtigung eines Individuums ziehen lassen.⁸⁶¹ Damit behalten es die ARSIWA den jeweils anwendbaren Primärregeln des Völkerrechts vor zu entscheiden, ob Individualrechte bestehen.⁸⁶² Art. 33 Abs. 2 ARSIWA ist damit vor allen Dingen eine Klarstellungsnorm, die verhindern soll, die Beschränkung der ARSIWA auf

860 Siehe zu Status und Natur der ARSIWA bereits oben unter § 4 A.

861 Art. 33 Abs. 2 ARSIWA ließe sich sogar so lesen, dass er implizit die Möglichkeit individueller Ansprüche aus der Staatenverantwortlichkeit anerkennt, vgl. *Mazzeschi*, *Diplomatic Protection*, in: Kamminga/Scheinin (Hrsg.), *Impact of Human Rights Law on General International Law*, 2009, 211–233, 218.

862 Vgl. Völkerrechtskommission, *ARSIWA with Commentaries*, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 91 (Art. 31 Rn. 4).

Ansprüche gegen einen oder mehrere Staaten (Art. 33 Abs. 1 ARSIWA) *e contrario* als einen Ausschluss der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber Individuen zu lesen.⁸⁶³ Daher ist Art. 33 Abs. 2 ARSIWA insbesondere im Kontext der Fragen um Sekundäransprüche des Individuums, das sog. “right to a remedy”,⁸⁶⁴ relevant.

Für die hier interessierende Frage des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen bedeutet Art. 33 Abs. 2 ARSIWA allerdings, dass die ARSIWA keine Orientierung bieten.⁸⁶⁵ Daher gilt es, die anwendbaren Regeln des Völkergewohnheitsrechts im Falle der Verantwortlichkeit eines Staates gegenüber Individuen herauszuarbeiten. Hierzu untersucht der erste Abschnitt die Entscheidungspraxis und Literatur (A.). Gerade im Menschenrechtsschutz bestehen vertragliche Bestimmungen zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit, so dass deren Verhältnis zum Völkergewohnheitsrecht der Klärung bedarf (B.). Beide Abschnitte kommen zu dem Ergebnis, dass grundsätzlich die Regeln der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit auch gegenüber Individuen zur Anwendung gelangen. Daran schließt sich die Frage an, ob hiervon Ausnahmen bestehen (C.).

A. Die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen

Art. 33 ARSIWA ließe vermuten, dass die Bezugnahme auf Teil 2 der ARSIWA, der in den Artt. 28 bis 41 den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit behandelt, bei Individualansprüchen der eingehenden Rechtfertigung,

863 Vgl. *Crawford*, The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect, *AJIL* 96 (2002), 874–890, 887; *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, S. 30; *Loup*, The Content of State Responsibility under the ECHR, in: Besson (Hrsg.), *International Responsibility*, 2017, 139–158, 140 (Fn. 3). In eine ähnliche Richtung tendiert *Braun*, Globalization-Driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law – An Inquiry into the Nature and Limits of Investor Rights, *JWIT* 15 (2014), 73–116, 101 (Fn. 104).

864 Vgl. die Untersuchung zum Stand eines allgemeinen Sekundäranspruchs des Individuums im gegenwärtigen Völkerrecht bei *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 167–193.

865 Vgl. *Wittich*, State Responsibility, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, 23–45, 43 f.

jedenfalls einer kurzen Begründung bedarf.⁸⁶⁶ Das ist allerdings nicht der Fall. Sowohl die völkerrechtliche Spruchpraxis als auch die Literatur greifen für den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen regelmäßig auf die ARSIWA zurück (I.). Daher entspricht es gesicherter völkerrechtlicher Praxis, dass die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Inhalt der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit, wie sie die ARSIWA festhält, grundsätzlich auch für den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen gelten. Da diese Praxis zum großen Teil ohne nähere Begründungen auf die ARSIWA zurückgreift, könnte sie schlicht auf einem Missverständnis über den Anwendungsbereich der ARSIWA beruhen. Allerdings sprechen gute Gründe dafür, grundsätzlich dieselben Regeln anzuwenden (II.).

I. Umgang mit den ARSIWA in Praxis und Literatur

Die völkerrechtliche Spruchpraxis greift zur Bestimmung des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit in der Regel auf die ARSIWA zurück, ohne dies näher zu begründen. Diese Praxis, die Regeln der zwischenstaatlichen Verantwortung einfach auf die Verantwortung gegenüber Individuen zu übertragen, dürfte bereits vor den ARSIWA begonnen haben.⁸⁶⁷ Jedenfalls für die Zeit nach Verabschiedung der ARSIWA lässt sich aufgrund der Aufstellungen des UN Generalsekretärs über die Spruchpraxis zu den ARSIWA nachweisen, dass Spruchkörper die ARSIWA zur Bestimmung des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen heranziehen.⁸⁶⁸

866 Vgl. für diese Annahme in Bezug auf Investitionsschiedsgerichte *Papariniskis*, *Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility*, EJIL 24 (2013), 617–647, 620.

867 Vgl. *Kamminga*, *Legal Consequences of an Internationally Wrongful Act of a State against an Individual*, in: Barkhuysen (Hrsg.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, 1999, 65–74, 69.

868 UN Generalsekretär, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2007, A/62/62*; UN Generalsekretär, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2010, A/65/76*; UN Generalsekretär, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2013, A/68/72*; UN Generalsekretär, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General*

Obwohl Entscheidungen selten auf Art. 33 Abs. 2 ARSIWA eingehen und sich folglich nicht mit dem Anwendungsbereich der ARSIWA auseinandersetzen, rezipieren viele Entscheidungen die ARSIWA.⁸⁶⁹ Trotz der unterschiedlichen Qualität der Bezugnahmen⁸⁷⁰ wenden viele Entscheidungen tatsächlich die Regeln zur zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit an, wie sie in den ARSIWA niedergelegt sind. So besteht im Investitionsschutzrecht eine langjährige Praxis, den 2. Teil der ARSIWA oder sogar die gesamten ARSIWA⁸⁷¹ ohne Weiteres anzuwenden.⁸⁷² Der EGMR nahm

al, 2016, A/71/80; UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2019, A/74/83; UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2022, A/77/74.

869 Im Zeitraum von 2001 bis 2022 haben Schiedsgerichte laut der Übersicht des UN Generalsekretärs nur in fünf Fällen auf Art. 33 ARSIWA Bezug genommen. Da diese Zahl zwischenstaatliche Schiedsverfahren auf Grundlage des SRÜ enthält, dürfte die Anzahl der Bezugnahmen durch Investitionsschiedsgerichte noch geringer sein. Im Vergleich dazu verwiesen 14 Schiedssprüche auf Art. 34 ARSIWA und sogar 40 auf Art. 36 ARSIWA. Ein ähnliches Bild zeigt sich bei den Menschenrechtsgerichtshöfen: Sie alle zitieren die Vorschriften des zweiten Teils der ARSIWA, ohne Art. 33 zu erwähnen, vgl. UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2022, A/77/74, S. 42.

870 Vgl. hierzu bereits *Crawford*, International Protection of Foreign Direct Investments, in: Hofmann/Tams (Hrsg.), International Investment Law and General International Law, 2011, 17–28, 24; vgl. auch *Crawford*, Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility, ICSID Review 25 (2010), 127–199, 136–199.

871 Vgl. in diese Richtung ICSID, *Corn Products International, Inc. v. the United Mexican States*, Entscheidung (Liability), 15. Juni 2008, Case No. ARB(AF)/04/01, Rn. 76. Die Entscheidung erörtert allerdings alleine die Frage, ob auf die Regelungen zu Gegenmaßnahmen zurückgegriffen werden kann. In eine ähnliche Richtung tendiert im Übrigen *Hobér*, State Responsibility and Attribution, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008, 549–583, 550.

872 Vgl. *Shirlow/Duggal*, The ILC Articles on State Responsibility in Investment Treaty Arbitration, ICSID Review 37 (2022), 378–542, 382 f.; *Crawford*, International Protection of Foreign Direct Investments, in: International Investment Law and General International Law, 17, 25; *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 620; vgl. auch *Witlich*, State Responsibility, in: International Investment Law, 23, 41. Beispielhaft für eine solche Verwendung der ARSIWA ist ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 151. Zwar erachten einige wenige Entscheidungen die ARSIWA als vollständig irrelevant (ICSID, *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina Republic*, Schiedsspruch, 8. Dezember 2008, Case No. ARB/04/14, Rn. 113.). Da solche Ansätze die Reichweite des *lex specialis*-Vorbehalts in Art. 55 ARSIWA überdehnen,

bereits mehrfach auf die Regelungen zu den Rechtsfolgen eines Völkerrechtsverstoßes in den ARSIWA Bezug, ohne deren Unanwendbarkeit auf Individualansprüche zu erwähnen. Dabei ging es häufig um Fragen der Naturalrestitution, d. h. Art. 35 ARSIWA.⁸⁷³ Auch der AfGMRRV rezipiert die ARSIWA.⁸⁷⁴ Bezugnahmen des IAGMR auf die ARSIWA sparten bisher den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit (also insbesondere die Artt. 34–37 ARSIWA) aus.⁸⁷⁵

Auffällig ist allerdings, dass (Investitions-) Schiedsgerichte die ARSIWA signifikant häufiger rezipieren als Menschenrechtsgerichtshöfe.⁸⁷⁶ Dieser Umstand lässt allerdings nicht darauf schließen, dass Menschenrechtsgerichtshöfe andere Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit anwenden würden. Zunächst stimmt die Rechtsprechung der Menschenrechtsgerichtshöfe auch ansonsten im Wesentlichen mit den Regeln in den ARSIWA zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit überein.⁸⁷⁷ Die geringere Zahl der Bezugnahmen erklären bestimmte Besonderheiten des Menschenrechtsschutzes: Die völkervertraglichen Grundlagen der Menschenrechtsgerichtshöfe enthalten spezielle Regeln zu den Scha-

sind sie unzutreffend (vgl. *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 635 (Fn. 102); so auch bezüglich der zu restriktiven Ansichten in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit *Wittich*, State Responsibility, in: International Investment Law, 23, 42). Sie dürften Ausreißer sein, weil solche Schiedssprüche bereits mehrere Jahre alt sind und sich in dieser Form nicht wiederholt haben.

873 Vgl. EGMR (GK), *Case of Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland* (No. 2), Urteil, 30. Juni 2009, Beschwerde-Nr. 32772/02, Rn. 86; EGMR (GK), *Case of Guiso-Gallisay v. Italy*, Urteil (Just Satisfaction), 22. Dezember 2009, Beschwerde-Nr. 58858/00, Rn. 53 f.; EGMR, *Case of Savridin Dzhurayev v. Russia*, Urteil, 25. April 2013, Beschwerde-Nr. 71386/10, Rn. 248; EGMR, *Case of Davydov v. Russia*, Urteil, 30. Oktober 2014, Beschwerde-Nr. 18967/07, Rn. 25 und EGMR, *Case of Kudeshkina v. Russia* (No. 2), Beschluss, 17. Februar 2015, Beschwerde-Nr. 28727/11, Rn. 55, welche die Rechtsprechungslinie aus *VgT v. Switzerland* fortsetzen.

874 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo & Burkinabe Human and Peoples' Rights Movement v. Burkina Faso*, Entscheidung (Reparations), 5. Juni 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 21, 24, 26, 29

875 Vgl. UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2022, A/77/74, S. 42.

876 Vgl. UN Generalsekretär, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies – Report of the Secretary-General, 2022, A/77/74, S. 42.

877 Siehe näher unten unter § 7 B.

densfolgen,⁸⁷⁸ während Investitionsschiedsgerichte zur Bestimmung der Rechtsfolgen in der Regel auf das allgemeine Völkerrecht zurückgreifen (müssen).⁸⁷⁹ Die deutlich geringere Anzahl an Bezugnahmen der Menschenrechtsgerichtshöfe ist aber nicht nur der unterschiedlichen normativen Ausgangslage, sondern auch der Zitierpolitik der Menschenrechtsgerichtshöfe geschuldet. So geht die heutige Rechtsprechung des IAGMR zu den Folgen der Staatenverantwortlichkeit auf eine Entscheidung zurück, die noch deutlich vor den ARSIWA – auch in ihrer ersten Fassung – datiert, und bis heute immer in IAGMR-Urteilen rezipiert wird.⁸⁸⁰ Da der IAGMR im Wesentlichen seine früheren Entscheidungen zitiert, sind Bezugnahmen auf die ARSIWA selten. Der AfGMRRV nahm in seiner ersten Entscheidung zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit in einem sehr weitreichenden Maße auf die ARSIWA Bezug,⁸⁸¹ um bei darauffolgenden Entscheidungen fast ausschließlich die eigene Rechtsprechung zu rezipieren.⁸⁸² Da er aber diese erste Entscheidung weiterhin rezipiert, erkennt er weiterhin die Maßgeblichkeit der Regeln der ARSIWA an.

Wenn also die Entscheidungspraxis insgesamt weitgehend davon geprägt ist, dass sie entweder auf die ARSIWA direkt rekurriert oder jedenfalls in der Sache dieselben Regeln anwendet, wären nähere Erläuterungen zu erwarten, eben weil sich die ARSIWA zu Individualansprüchen agnostisch verhalten.⁸⁸³ Dem ist indes nicht so. Im Investitionsschutzrecht

878 Art. 41 EMRK, Art. 63 Abs. 1 IAMRK und Art. 27 Protokoll AfGMRRV; siehe unten für das Verhältnis dieser Regelungen zum allgemeinen Recht der Staatenverantwortlichkeit unter § 7 B.

879 Etwas anderes gilt, sofern der einschlägige Investitionsschutzvertrag Regelungen zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit enthält, siehe hierzu unten unter § 7 B.

880 Vgl. beispielhaft aus jüngerer Zeit IAGMR, *Case of the Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 25. November 2015, Series C, No. 309, Rn. 269.

881 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso, Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 21, 24, 26, 29.

882 Vgl. AfGMRRV, *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso, Entscheidung (Reparations)*, 3. Juni 2016, Beschwerde-Nr. 004/2013, Rn. 15; sowie zuletzt AfGMRRV, *Majid Goa alias Vedastus v. United Republic of Tanzania*, Urteil (Merits und Reparations), 26. September 2019, Beschwerde-Nr. 025/2015, Rn. 83. Zum Teil verweist der Gerichtshof noch auf die Entscheidung des StIGH in dem Fall *Factories at Chorzów*, AfGMRRV, *Ingabire Victoire Umuhuza v. Republic of Rwanda*, Urteil (Reparations), 7. Dezember 2018, Beschwerde-Nr. 003/2014, Rn. 19–21; AfGMRRV, *Sébastien Germain Ajavon v. Republic of Benin (Nr. 1)*, Urteil (Reparations), 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 19 (Fn. 4).

883 Siehe oben die einführenden Erläuterungen zu § 7.

weisen Schiedsgerichte zum Teil darauf hin, dass sie die ARSIWA nur entsprechend anwenden⁸⁸⁴ oder sie lediglich auf das allgemeine Völkergewohnheitsrecht zurückgreifen, das die ARSIWA kodifizieren.⁸⁸⁵ Andere Entscheidungen gehen stillschweigend davon aus, dass die ARSIWA für Individualansprüche autoritativ sind⁸⁸⁶ oder aber sie diskutieren deren Relevanz im Zusammenhang mit Gegenmaßnahmen, nehmen allerdings im Rahmen der Schadensfolgen stillschweigend Bezug auf den 2. Teil der ARSIWA.⁸⁸⁷ Aus der neueren Schiedspraxis zählt die Entscheidung in *Burlington Resources Inc. v. Ecuador* zu den wenigen Schiedssprüchen, die

884 Vgl. ICSID, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Entscheidung (Annulment), 21. März 2007, Case No. ARB/01/7, Rn. 99.

885 Vgl. hierfür beispielhaft ICSID, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, Schiedsspruch, 24. Juli 2008, Case No. ARB/05/22, Rn. 773 f.; SCC, *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan*, Schiedsspruch, 8. Juni 2010, Case No. V (064/2008), Rn. 42; ICSID, *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica*, Schiedsspruch, 16. Mai 2012, Case No. ARB/08/1 und ARB/09/20, Rn. 306 (die allerdings etwas vorsichtiger formulieren, indem sie die ARSIWA lediglich für eine internationale Praxis halten, welche die anwendbaren Regeln des Völkergewohnheitsrechts wiedergebe); ICSID, *Monsieur Joseph Houben v. La République du Burundi*, Schiedsspruch, 12. Januar 2016, Case No. ARB/13/7, Rn. 222–224; ICSID, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, Schiedsspruch, 16. September 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 555; PCA, *Fleming DutyFree Shop Private Limited v. The Republic of Poland*, Schiedsspruch, 12. August 2016, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/4471> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 865; ebenso ICSID, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multi-pack S.R.L. v. Romania*, Schiedsspruch, 11. Dezember 2013, Case No. ARB/05/20, Rn. 916 (Fn. 172); PCA, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, Schiedsspruch, 18. Juli 2014, Case No. AA 226, Rn. 113 (Fn. 10) und ICSID, *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Schiedsspruch, 4. April 2016, Case No. ARB(AF)/11/2, Rn. 848 (Fn. 1242).

886 Vgl. hierfür ICSID, *Corn Products v. Mexico*, 2008, Case No. ARB(AF)/04/01, Rn. 76; ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. the Argentine Republic*, Schiedsspruch, 12. Mai 2005, Case No. ARB/01/8; Rn. 399 (Fn. 211); ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 151. Allerdings zeigt das Schiedsgericht in *CMS v. Argentina* ein Bewusstsein für die Schwierigkeiten einer Übertragung der auf zwischenstaatliche Ansprüche ausgelegten ARSIWA auf Individualansprüche: Es erachtet Art. 37 ARSIWA, der die Genugtuung regelt, für irrelevant und verweist auf die zwischenstaatliche Natur dieses Anspruchs. Dennoch äußert sich das Schiedsgericht nicht näher dazu, warum die ARSIWA im Übrigen das anwendbare Völkerrecht reflektieren.

887 Vgl. hierfür ICSID, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. the United Mexican States*, Schiedsspruch, 21. November 2007, Case No. ARB(AF)/04/05, Rn. 280 ff. Nur im Zusammenhang mit Gegenmaßnahmen diskutiert das Schiedsgericht Art. 33 Abs. 2 ARSIWA und erachtet die ARSIWA

eine nähere Begründung für die Anwendung des 2. Teils der ARSIWA liefern und Nachweise für die vertretene Rechtsauffassung angeben. In dem Verfahren wehrte sich die Schiedsklägerin gegen die Entscheidung der ecuadorianischen Regierung, in einem größeren (als dem zuvor vereinbarten) Umfange an den Einkünften der Schiedsklägerin aus der Ölförderung partizipieren zu wollen. Um die Entschädigung für eine völkerrechtswidrige Enteignung zu berechnen, griff das Schiedsgericht auf die ARSIWA in analoger Anwendung zurück. Obwohl diese nur zwischenstaatliche Ansprüche regeln würden, entspreche es einem allgemeinen Konsens, die ARSIWA auch auf die Haftung im Investitionsschutzrecht anzuwenden.⁸⁸⁸ Das Schiedsgericht zitierte für seine Auffassung zwei andere Schiedssprüche, die ebenfalls die ARSIWA als relevant erachteten.⁸⁸⁹ Diese behaupteten nun selbst wiederum nur einen entsprechenden Konsens⁸⁹⁰ oder aber eine entsprechende Regel des Völkergewohnheitsrechts.⁸⁹¹ Dass das Schiedsgericht überhaupt Nachweise anführt und die Anwendung der ARSIWA als Analogie kennzeichnet, ist eher die Ausnahme denn die Regel. Gleichwohl fehlt eine tiefergehende Analyse der Frage, inwiefern die ARSIWA über ihren eigenen Anwendungsbereich hinaus ein Zeugnis über das Völkergewohnheitsrecht geben oder analog auf die Verantwortlichkeit gegenüber Individuen Anwendung finden können. *Wittich* weist zu Recht darauf hin, dass der bloße Verweis auf den völkergewohnheitsrechtlichen Charakter der Regel nicht trägt. Es ist nicht die Frage, ob die Regeln in den ARSIWA Teil des Völkergewohnheitsrechts sind, sondern ob diese Regeln auch gegenüber Individuen gelten.⁸⁹² In der Folge ist selbst die Begründung des Schiedsgerichts in dem Fall *Burlington Resources Inc. v. Ecuador* allenfalls bedingt überzeugend. Die investitionsschutzrechtliche Praxis erweist sich damit – mit graduellen Unterschieden in Bezug auf Begründungen – als offen für die (unreflektierte) Verwendung der ARISWA. Diese Praxis ist angesichts des ansonsten bestehenden Vakuums normativer Vorgaben ver-

(bzw. das darin verschriftlichte Völkergewohnheitsrecht) nicht als Hindernis für die Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen, vgl. ebd. Rn. 118 f.

888 ICSID, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Entscheidung über Wiederaufnahme und Schiedsspruch, 7. Februar 2017, Case No. ARB/08/5, Rn. 177.

889 Dies sind ICSID, *Micula et al. v. Romania*, 2013, Case No. ARB/05/20, Rn. 916 (Fn. 172) und ICSID, *Vestey Group Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Schiedsspruch, 15. April 2016, Case No. ARB/06/4, Rn. 326.

890 So ICSID, *Vestey Group v. Venezuela*, 2016, Case No. ARB/06/4, Rn. 326.

891 So ICSID, *Micula et al. v. Romania*, 2013, Case No. ARB/05/20, Rn. 916 (Fn. 172).

892 Vgl. *Wittich*, State Responsibility, in: *International Investment Law*, 23, 39 (Fn. 67).

ständig. Plastisch hat *Crawford* die Praxis mit dem Verhalten eines Ertrinkenden verglichen, der nach dem rettenden Ast greift.⁸⁹³

Ob sich der EGMR bei seinen Bezugnahmen auf die ARSIWA deren beschränkten Anwendungsbereichs bewusst ist, ist aus den Entscheidungen nicht deutlich zu entnehmen. Ausdrücklich verweist der EGMR nur rechtfertigend für bereits gefundene Ergebnis auf die ARSIWA. Der Gerichtshof verwendet dabei Formulierungen wie “This reflects the principles of international law [...]”⁸⁹⁴. Diese Formulierung lässt sich so lesen, dass der Gerichtshof sich der Unanwendbarkeit der ARSIWA auf Individualansprüche bewusst ist und nur die Übereinstimmung der Rechtsprechung mit dem allgemeinen Völkerrecht aufzeigt. Allerdings führt der EGMR nicht weiter aus, warum die ARSIWA auch für Individualansprüche autoritativ sind. Bei seinen Bezugnahmen auf die ARSIWA erwähnte der AfGMRRV mit keinem Wort, dass diese keine Anwendung auf die Ansprüche eines Individuums finden.⁸⁹⁵

In der Literatur sind die Auseinandersetzungen mit dem konkreten Inhalt völkerrechtlicher Individualansprüche selten. Gleichwohl sieht sie die ARSIWA ebenfalls als das maßgebliche Dokument an. Ein frühes und prominentes Beispiel hierfür ist *Theo van Bovens* Bericht zum individuellen Recht auf Wiedergutmachung. Er erkennt zwar die Ausrichtung der Arbeiten der Völkerrechtskommission auf zwischenstaatliche Ansprüche an, verwendet sie aber gleichwohl als Ausgangspunkt für seine Untersuchung.⁸⁹⁶ Deshalb verwundert es nicht, dass die aus den Arbeiten *van Bovens* hervorgegangenen *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy* zum Inhalt eines Individualanspruchs⁸⁹⁷ im Wesentlichen die ARSIWA rezipieren.⁸⁹⁸

893 *Crawford*, ICSID Review 25 (2010), 128.

894 EGMR, *Kudeshkina v. Russia* (No. 2), 2015, Beschwerde-Nr. 28727/11, Rn. 55.

895 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso*, *Reparations*, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 21, 24, 26, 29.

896 Vgl. *van Boven*, Study concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms Final Report, 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/8, Rn. 47 ff.

897 UN Generalversammlung, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, 2006, A/RES/60/147, Rn. 15, 19–23.

898 Vgl. hierzu *Shelton*, *Remedies in International Human Rights Law*, 2015, S. 75 f., die auch näher erläutert, inwieweit die *Basic Principles and Guidelines* von den ARSIWA abweichen.

Dies entspricht letztlich der überwiegenden Herangehensweise in der Literatur. Eine Mehrheit setzt sich mit der Frage der Anwendbarkeit überhaupt nicht auseinander, benutzt die ARSIWA aber als maßgeblichen normativen Anhaltspunkt.⁸⁹⁹ Nur wenige setzen sich damit auseinander, welche Regeln auf individuelle Sekundäransprüche aus der Staatenverantwortlichkeit anwendbar sind.⁹⁰⁰ Ein wesentlicher Grund hierfür dürfte darin liegen, dass die Literatur zumeist mit der davorliegenden Frage beschäftigt ist, ob das Individuum überhaupt einen solchen Anspruch hat.⁹⁰¹ Die Folgefrage des Inhalts eines solchen Anspruchs tritt deshalb zurück.

Insgesamt greifen Entscheidungspraxis und Literatur bei Individualansprüchen umfangreich auf die Regeln zur zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit zurück, ohne dies näher zu erläutern. Dies belegt die große Popularität der ARSIWA vor Investitionsschiedsgerichten, obwohl deren 2. Teil Individualansprüche gerade nicht erfasst. Diese Situation wird zu einem Großteil aber weder reflektiert noch (befriedigend) erklärt. Vor menschenrechtlichen Gerichtshöfen sind solche Bezugnahmen dagegen seltener. Trotz eigenständiger Ansätze zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit

899 Vgl. *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 635 (Fn.103) für die Beobachtung, dass selbst Monographien zu den Schadensfolgen im Investitionsschutzrecht diese Frage nicht einmal anschneiden. Beispielhaft verweist er auf *Sabahi*, Compensation and Restitution, 2011. Das gleiche gilt für *Marboe*, Compensation and Damages in International Investment Law, 2017, die sich zwar oft mit den ARSIWA auseinandersetzt, deren (Un-)Anwendbarkeit allerdings nicht diskutiert.

900 Auseinandersetzungen zu dieser Frage finden sich beispielsweise bei *Buyse*, ZaöRV 68 (2008), 134 f.; *Crawford*, International Protection of Foreign Direct Investments, in: International Investment Law and General International Law, 17, 25; *Dominicé*, La Prétention de la Personne Privée dans le Systeme de la Responsabilité Internationale des États, in: Giardina/Lattanzi (Hrsg.), Festschrift Anrangio-Ruiz, 2004, 729–745, 735; *Douglas*, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, BYIL 74 (2004), 151–289, insbesondere 185–189; *Douglas*, Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID, in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.), The Law of International Responsibility, 2010, 815–842, 829–832; *Kammaing*, Legal Consequences of an Internationally Wrongful Act of a State against an Individual, in: The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order, 65–74; *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 635–639; *Paparinskis*, Analogies and Other Regimes, in: The Foundations of International Investment Law, 73, 102–104 (in Bezug auf die hier interessierende Fragestellung im Wesentlichen dem früheren Beitrag aus 2013 entsprechend); *Peters*, Beyond Human Rights, 2016, S. 174; *Ripinsky/Williams*, Damages in International Investment Law, 2008, S. 28–33; *Wittich*, State Responsibility, in: International Investment Law, 23, 39–45.

901 Insbesondere im humanitären Völkerrecht ist diese Diskussion dominant, vgl. hierzu beispielhaft *Marxsen*, ZaöRV 78 (2018), 529–535.

zeigt sich jedoch auch dort eine Parallelität zu den ARSIWA. Daraus lässt sich insgesamt auf einen – im Wesentlichen – stummen Konsens schließen, dass der Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen grundsätzlich mit der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Staaten übereinstimmt.

II. Argumente für die Anwendung der Regeln der ARSIWA

Da der Rückgriff auf dieselben Regeln wie für die zwischenstaatliche Verantwortlichkeit Praxis und Literatur durchzieht, ohne dass dies näher begründet würde, soll dieser Abschnitt nach Gründen für die Tragfähigkeit dieser Vorgehensweise suchen. Die Praxis erscheint auch gerade deshalb begründungsbedürftig, weil eine ihrer Ursachen ein Missverständnis über Anwendungsbereich und Autorität der ARSIWA sein könnte. Viele greifen kommentarlos auf die ARSIWA zurück. Da diese in Teil 2 (insbesondere 2. Kapitel) neutral formuliert sind, also nicht den verletzten Staat als Anspruchsinhaber nennen, ist die Anwendung ihrer Regeln auf nichtstaatliche Akteure verlockend.⁹⁰² Aber nicht nur wegen ihres beschränkten Anwendungsbereichs,⁹⁰³ sondern auch weil die ARSIWA entgegen ihrem Anschein⁹⁰⁴ keine Rechtsquelle sind,⁹⁰⁵ bedarf die im vorangegangenen Abschnitt beschriebene Praxis einer Grundlage in den Rechtsquellen des Völkerrechts. Für eine solche Verankerung sprechen der Rechtsgedanke der Staatenverantwortlichkeit, die Entstehungsgeschichte der ARSIWA und die Staatenpraxis (1.). Dagegen ergibt sich die Geltung der gleichen Regeln im Investitionsschutzrecht nicht alleine aus einer Idiosynkrasie des Investitionsschutzrechts. Zwar sollen Investor*innen nach einer vereinzelt gebliebenen Ansicht keine eigenständige Rechtsposition besitzen, sondern

902 Vgl. *Braun Weiss*, Invoking State Responsibility in the Twenty-First Century, AJIL 96 (2002), 798–816, 815; vgl. auch *Crawford/Olleson*, Application of ARSIWA, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), International Investment Law, 2015, 411–441, 417.

903 Siehe oben zu Beginn des § 7.

904 Vgl. zu der Einschätzung, dass dieser Anschein zur fehlerhaften Rezeption der ARSIWA in der Praxis führen könne bereits *Caron*, The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority, AJIL 96 (2002), 857–873, insbesondere 861.

905 Sie sind lediglich eine Rechtserkenntnisquelle im Sinne von 38 Abs.1 lit. d IGH-Statut, vgl. allgemein zur Einstufung der Arbeiten der Völkerrechtskommission *Crawford*, Brownlie's Principles, 2019, S. 41 (der allerdings nur von einer Analogie zu Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut spricht).

lediglich Prozessstandschafter*innen ihres Heimatstaats sein. Die Debatten um die Rechtsstellung der Investor*innen sind für die einschlägigen Regeln des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit allerdings irrelevant (2.).

1. Rechtsgedanke der Staatenverantwortlichkeit, Entstehungsgeschichte der ARSIWA und Staatenpraxis

Die Grundlage der Staatenverantwortlichkeit bildet nach der Leitentscheidung des StIGH in der Sache *Factory at Chorzów* ein allgemeines Rechtsprinzip: „[...] the Court observes that it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation.“⁹⁰⁶ Auf dieser Grundlage entwickelte der StIGH die Schadensfolgen und postulierte insbesondere, dass die Wiedergutmachung alle Folgen des Völkerrechtsverstößes ausmerzen müsse.⁹⁰⁷ Diese Entscheidung ist bis heute immer noch – gebietsübergreifend – der Ansatzpunkt vieler Auseinandersetzungen mit dem Inhalt der Staatenverantwortlichkeit.⁹⁰⁸ Wenn die Staatenverantwortlichkeit daher Ausfluss eines allgemeinen Rechtsprinzips ist, sind die Regeln der Staatenverantwortlichkeit nicht *per se* auf das zwischenstaatliche Völkerrecht beschränkt, sondern können durchaus auf die Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen Anwendung finden.⁹⁰⁹

Die Entstehungsgeschichte der ARSIWA weist zudem darauf hin, dass die ARSIWA auch für den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen Orientierung bieten. Die Kommentierungen der Völkerrechtskommission zu den ARSIWA zitieren Entscheidungen in Individualverfahren als maßgebliche Belege der Regeln zum Inhalt der

906 StIGH, *Factory at Chorzów (Merits)*, 1928, Series A, No. 17, 4, 29. Hierbei handelt es sich vielleicht neben Treu und Glauben um eines der wenigen “allgemeinen” Prinzipien des Rechts, siehe hierzu oben unter § 3 C.

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

908 Vgl. beispielsweise Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 91 (Art. 31 Rn. 1); IAGMR, *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Urteil (Reparations und Costs), 21. Juli 1989, Series C, No. 7, Rn. 25; ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 149.

909 Vgl. Wittich, State Responsibility, in: International Investment Law, 23, 44; vgl. auch *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 637; ähnlich *Buyse*, ZaöRV 68 (2008), 135 und *Dominicé*, La Prétention de la Personne Privée dans le Systeme de la Responsabilité Internationale des États, in: Festschrift Anrangio-Ruiz, 729, 735.

Staatenverantwortlichkeit.⁹¹⁰ So verweist die Völkerrechtskommission auf das Urteil des IAGMR in *Velásquez Rodríguez v. Honduras*,⁹¹¹ um den rein kompensatorischen Charakter des Geldschadensersatzes nach Art. 36 ARSIWA zu belegen.⁹¹² Die Rechtsprechung investitionsschutzrechtlicher Schiedsgerichte zum Schadensersatz wertet die Völkerrechtskommission als Ausdruck und Beleg des Prinzips der Totalkompensation.⁹¹³ Ähnliches äußert die Völkerrechtskommission zur menschenrechtlichen Spruchpraxis.⁹¹⁴ Die Bezugnahmen auf Investitionsschutzrechtsstreitigkeiten und menschenrechtliche Entscheidungen lassen sich eigentlich nur so deuten, dass sich zwischenstaatliches und individualberechtigendes Völkerrecht in soweit decken.⁹¹⁵

Dieser Schlussfolgerung steht der bereits mehrfach angeführte Art. 33 Abs. 2 ARSIWA wegen seiner Entstehungsgeschichte nicht entgegen. Dieser Artikel ist das Resultat der Entscheidung der Völkerrechtskommission, den Gegenstand ihrer Arbeiten zu beschränken.⁹¹⁶ Damit wollte sie den Stoff beherrschbar machen und Grundsatzdiskussionen zur Individualberechtigung entgehen.⁹¹⁷ Der Wunsch eines zügigen Abschlusses des Projekts blieb bis zur Verabschiedung der Artikel der maßgebliche Grund für die Einschränkung des Anwendungsbereichs der ARSIWA.⁹¹⁸ Weil der Ausschluss der Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit daher pragmatische

910 Vgl. für diese Beobachtung *Ripinsky/Williams*, *Damages in International Investment Law*, 2008, S. 30.

911 IAGMR, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, 1989, Series C, No. 7.

912 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 99 (Art. 36 Rn. 4, Fn. 516).

913 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 100 (Art. 36 Rn. 6).

914 Vgl. Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 102 (Art. 36 Rn. 19).

915 Vgl. *Wittich*, *State Responsibility*, in: *International Investment Law*, 23, 44; vgl. auch *Paparinskis*, *EJIL* 24 (2013), 637 f., nach dem die ARSIWA deshalb als Ausdruck allgemeiner völkerrechtlicher Regeln gelten können.

916 Eine wichtige Wegmarke hin zu dieser Entwicklung dürften die Beratungen im *Sub Committee on State Responsibility* im Jahr 1963 sein, in der sich bereits ein Konsens zum Ausschluss des Individuums aus dem Projekt der Staatenverantwortlichkeit manifestierte, vgl. Völkerrechtskommission, *Sub-Committee on State Responsibility – Summary record of the second meeting*, 1963, ILCYrbk 1963, Bd. II, 227–259, 229.

917 Vgl. *Ripinsky/Williams*, *Damages in International Investment Law*, 2008, S. 29.

918 Vgl. *Crawford*, *AJIL* 96 (2002), 888. Auch wenn sich *Crawford* nur auf die Geltendmachung der Staatenverantwortlichkeit bezieht, dürfte für den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit selbiges gelten. Vgl. kritisch zur Beschränkung des Umfangs der ARSIWA *Braun Weiss*, *AJIL* 96 (2002), 816

Gründe hatte, verhindert er nicht, dieselben Regeln wie für die zwischenstaatliche Verantwortlichkeit anzuwenden.

Zudem widersprechen die Staaten der weitverbreiteten Praxis, die ARSIWA auf Individualansprüche anzuwenden, nicht oder berufen sich selbst auf diese.⁹¹⁹ Aus dieser stillschweigenden Hinnahme lässt sich auf das Einverständnis der Staaten (und schließlich auch eine entsprechende Rechtsauffassung) schließen, was – sofern das Völkergewohnheitsrecht nicht ohnehin schon eine solche Regel beinhaltet hat – auf die Entstehung einer neuen Regel zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen hindeutet.⁹²⁰

Zwar wirft eine Übertragung der zwischenstaatlichen Regeln auf Individualansprüche weitere Fragen auf, weil sich die Interessenlage im gleichgeordneten zwischenstaatlichen Verhältnis vom Verhältnis zwischen Staat und Individuum unterscheidet. Dies ändert aber nichts an der Einsicht, dass die Anwendung derselben Regeln grundsätzlich naheliegt.⁹²¹ Man kann dies, wie zum Teil vorgeschlagen,⁹²² als eine analoge Anwendung kennzeichnen und die Grenze für diese Analogie dort ziehen, wo die Interessenlage im zu regelnden Fall (der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen) eine andere ist als im geregelten Fall der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit. Aber eigentlich bedarf es solcher Erwägungen nicht, weil die ARSIWA keine Rechtsnormen sind. Es kann folglich nur darum gehen, ob identische Regeln Teil des Völkergewohnheitsrechts sind. Da sich die unwidersprochen gebliebene Praxis deutlich hierfür ausspricht und sowohl die Genese der ARSIWA als auch der Rechtsgedanke der Staatenverantwortlichkeit dieses Ergebnis stützen, sind die Regeln des Völkergewohnheitsrechts zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber dem Individuum grundsätzlich mit den zwischenstaatlichen Regeln identisch.

919 Vgl. beispielhaft die vom Schiedsgericht wiedergegebenen Argumente Boliviens in ICSID, *Quiborax et al. v. Bolivia*, 2015, Case No. ARB/06/2, Rn. 322.

920 Vgl. *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 639; *Paparinskis*, Analogies and Other Regimes, in: *The Foundations of International Investment Law*, 73, 104; vorsichtig zustimmend *Wittich*, *State Responsibility*, in: *International Investment Law*, 23, 45. Vgl. für eine ähnliche Schlussfolgerung – allerdings ohne Einordnung in die völkerrechtliche Rechtsquellenlehre – *Kamminga*, *Legal Consequences of an Internationally Wrongful Act of a State against an Individual*, in: *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, 65, 69.

921 Vgl. *Crawford/Olleson*, *Application of ARSIWA*, in: *International Investment Law*, 411, 418.

922 Vgl. beispielsweise *Buyse*, ZaöRV 68 (2008), 135; *Markert/Freiburg*, JWIT 14 (2013), 4 (Fn. 14); *Paparinskis*, EJIL 24 (2013), 638 f.

2. Irrelevanz der Diskussionen um Investor*innenrechte

Bisher unterlag den Ausführungen die Annahme, dass die untersuchten Fälle des Individualrechtsschutzes wegen Art. 33 Abs. 2 ARSIWA außerhalb des Anwendungsbereichs der ARSIWA sind. Nun existiert im Investitionsschutzrecht allerdings weiterhin die Auffassung, dass Investor*innen bei Schiedsklagen, die auf die Verletzung eines BIT gestützt sind, tatsächlich keine eigenen Rechte, sondern lediglich abgeleitete Rechte der Heimatstaaten geltend machen.⁹²³ Auf der Grundlage einer solchen Auffassung wären die ARSIWA unmittelbar relevant.⁹²⁴ Wie zu zeigen sein wird, bietet dies allerdings keine plausible Erklärung für die oben rezipierte Schiedspraxis zu den ARSIWA, weil zum einen die grundlegende Ablehnung von Investor*innenrechten nicht plausibel ist und weil zum anderen die Frage einer eigenen Rechtsstellung der Investor*innen für die anwendbaren Regeln nur scheinbar relevant ist.

Die Vorstellung, Investor*innen seien nur Prozessstandschafter*innen, welche die Rechte ihres Heimatstaates aus dem jeweils einschlägigen BIT geltend machen,⁹²⁵ steht in der Tradition des diplomatischen Schutzes. Hiernach verletzte ein Gaststaat durch eine Verletzung der Staatsangehörigen eines anderen Staates eben diesen Staat selbst und konnte diese eigene Rechtsverletzung sodann selbst geltend machen (*Vattel'sche* Fiktion).⁹²⁶ Das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht in Anlehnung an den diplomatischen Schutz zu rekonstruieren, betont die Genealogie des Inves-

923 Vgl. zu dieser Debatte eingehend *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 282–338 (mit einer grundsätzlichen Entscheidung für eigene Investor*innenrechte) und *Gourgourinis*, *Investors' Rights qua Human Rights?*, in: Fitzmaurice/Merkouris (Hrsg.), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights*, 2013, 147–182 (gegen eigene Investor*innenrechte).

924 Vgl. *Paparinskis*, *Analogies and Other Regimes*, in: *The Foundations of International Investment Law*, 73, 102 f. Allerdings hält *Paparinskis* selbst diese Erklärung angesichts der von ihm begutachteten Schiedspraxis für eher unwahrscheinlich (ebd. 103), ebenso *Paparinskis*, *EJIL* 24 (2013), 636.

925 Hierfür beispielhaft *ICSID, Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Schiedsspruch, 26. Juni 2003, Case No. ARB(AF)/98/3, Rn. 233 (“There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states.”); vgl. auch BVerfG, *Staatsnotstand*, Beschluss vom 8. Mai 2007, Az. 2 BvM 1/03 u. a., BVerfGE 118, 124, 140.

926 Vgl. *Vattel*, *Le Droit de Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, 1758, Vol. II, Kap. 6, S. 309.

tionsschutzrechts im völkerrechtlichen Fremdenrecht.⁹²⁷ Allerdings spricht die (neuere) Schiedspraxis eher für denn gegen ein subjektives internationales Recht der Investor*innen. Namentlich die Schiedssprüche, die sich mit Art. 33 Abs. 2 ARSIWA auseinandersetzen, unterstellen damit eine Individualberechtigung.⁹²⁸ Zudem sprechen gewichtige Gründe gegen die Stellung der Investor*innen als bloße Prozessstandschafter*innen: Da sie einen Anspruch alleine geltend machen können, ist die Konstruktion einer Prozessstandschaft künstlich. Sie wäre eine reine Fiktion ohne jeden Zweck. Dagegen war die *Vattel'sche* Fiktion in einem rein zwischenstaatlichen Völkerrecht, in dem der (Heimat-) Staat den Einzelnen umfassend mediatisierte, ein sinnvolles Konstrukt, um unerwünschte Verhaltensweisen auf die Ebene des Völkerrechts heben und dort adressieren zu können. Soweit völkerrechtliche Verträge Individuen eine eigene Rechtsstellung einräumen,⁹²⁹ gibt es für eine solche Konstruktion keinen plausiblen Grund mehr. Da die Einräumung eines solchen Individualrechts immer eine Frage der Auslegung des relevanten völkerrechtlichen Vertrages ist,⁹³⁰ kann der Vertragstext im Einzelfall ein individuelles internationales Recht der geschützten Investor*innen ausschließen.⁹³¹ Indes dürfte dies eine Seltenheit sein.⁹³²

927 Vgl. hierzu *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 305 f.

928 Vgl. hierfür ICSID, *MTD v. Chile*, 2007, Case No. ARB/01/7, Rn. 99; ICSID, *Micula et al. v. Romania*, 2013, Case No. ARB/05/20, Rn. 916 (Fn. 172); PCA, *Hulley Enterprises v. Russia*, 2014, Case No. AA 226, Rn. 113 (Fn. 10); ICSID, *Crystallex International v. Venezuela*, 2016, Case No. ARB(AF)/11/2, Rn. 848 (Fn. 1242); ICSID, *Burlington Resources v. Ecuador*, 2017, Case No. ARB/08/5, Rn. 177.

929 Vgl. hierfür IGH, *LaGrand*, 2001, I.C.J. Reports 2001, 466, 494 (Rn. 77); vgl. bereits StIGH, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Gutachten, 3. März 1928, Series B, No. 15, 4, 17 f.

930 Der StIGH stellte im *Jurisdiction of the Courts of Danzig* Gutachten noch maßgeblich auf den Willen der Parteien ab, vgl. StIGH, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928, Series B, No. 15, 4, 17. Ob dieser Wille heute (und insbesondere für das Investitionsschutzrecht) noch von Relevanz ist, bezweifelt *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 316.

931 Vgl. *Volterra*, *International Law Commission Articles on State Responsibility and Investor-State Arbitration: Do Investors Have Rights?*, ICSID Review 25 (2010), 218–223, 221, der eine solche Vorgehensweise in den Raum stellt.

932 Denn die typischen Schutzgarantien eines Investitionsschutzvertrags (wie Schutz vor entschädigungsloser Enteignung und Garantie billiger und gerechter Behandlung) lassen bereits auf die Einräumung individueller Rechte schließen (soweit nicht ausnahmsweise etwas anderes geregelt ist), vgl. hierzu *Braun*, *JWIT* 15 (2014), 89–99; vgl. allerdings hierzu *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 316 f., die sich für die Auslegung des jeweiligen Vertrages im Einzelfall und gegen eine rechtliche Vermutung individueller Rechte ausspricht. Ebenfalls für individuelle Rechte

Im Übrigen spricht viel dafür, dass die Kontroverse um Investor*innenrechte für die anwendbaren Regeln tatsächlich nicht entscheidend ist. So ist nicht ersichtlich, dass Schiedsgerichte die in den ARSIWA niedergelegten Regeln angewendet haben, weil sie eine Individualberechtigung der Investor*innen abgelehnt hätten.⁹³³ Deshalb spricht letztlich alles dafür, dass die Erklärung der kommentarlosen Anwendung der ARSIWA in der Schiedspraxis nicht mit dieser grundlegenden Kontroverse zusammenhängt, sondern allenfalls mit einer Unkenntnis des Problems.

Insgesamt erscheint es angesichts der Entstehung und Regelung der ARSIWA sowie den dahinterliegenden Prinzipien plausibel, grundsätzlich auch für Individualansprüche die ARSIWA als normativen Ausgangspunkt für die Ermittlung der einschlägigen Regeln des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit zu verwenden. Dabei spielen die Kontroversen im Investitionsschutzrecht um die Rechtsstellung der Investor*innen keine Rolle.

B. Verhältnis zu Sonderregimen

Nachdem die Regeln der ARSIWA grundsätzlich auch für die Verantwortlichkeit gegenüber Individuen maßgeblich sind, rückt Art. 55 ARSIWA in den Fokus des Interesses. Hiernach treten die allgemeinen Regeln aus den ARSIWA zurück, wenn und soweit speziellere Vorschriften die Staatenverantwortlichkeit regeln. Wie zu zeigen sein wird, ist dies für die hier maßgeblich interessierenden Gebiete des Menschenrechtsschutzes und des Investitionsschutzrechts nicht bzw. nur teilweise der Fall.

Im Menschenrechtsschutz enthalten Art. 41 EMRK, Art. 63 Abs. 1 I AMRK und Art. 27 Protokoll AfGMRRV spezielle Regeln zum Schadensausgleich nach Konventionsverletzungen. Inwieweit sie aber das Völkergewohnheitsrecht, das in den ARSIWA niedergelegt ist, verdrängen, ist eine Frage der Auslegung der jeweiligen Norm. Deutlich ist jedenfalls, dass Art. 41 EMRK eine *lex specialis* gegenüber Art. 32 ARSIWA ist, indem er

Dederer, Reform der Schiedsgerichtsbarkeit aus völkerrechtlicher Sicht, in: Peters/Hobe/Kieninger (Hrsg.), Berichte DGIR 51, 2023, 285–349, 298.

933 Siehe hierzu oben auf S. 198 f.

das innerstaatliche Recht des Konventionsstaates für relevant erklärt.⁹³⁴ Indem Art. 41 EMRK zudem mit seinem Wortlaut “if necessary” bzw. “s’il y a lieu” Billigkeitserwägungen mehr Raum einräumt als das allgemeine Völkerrecht,⁹³⁵ modifiziert es als *lex specialis* den Grundsatz der Totalreparation.⁹³⁶ Obwohl der EGMR Art. 41 EMRK wiederholt vorbehaltlos als eine *lex specialis* gegenüber dem allgemeinen völkergewohnheitsrechtlichen Schadensrecht bezeichnete,⁹³⁷ griff er dennoch auf das Völkergewohnheitsrecht zurück.⁹³⁸ Da Art. 41 EMRK (bzw. sein Vorgänger) außerdem nach den *Travaux Préparatoires* an Entschädigungspflichten im allgemeinen Völkerrecht anknüpft⁹³⁹ und die zwischenstaatlichen Haftungsregeln auf den Menschenrechtsschutz übertragen sollte,⁹⁴⁰ entspricht die Regelung grundsätzlich dem allgemeinen Völkerrecht.⁹⁴¹ Art. 41 EMRK ist daher lediglich zum Teil eine *lex specialis*; modifiziert das anwendbare Völkerge-

934 So bereits Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 94 (Art. 32 Rn. 2).

935 Vgl. Polakiewicz, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR, 1993, S. 102 f.

936 Vgl. *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S. 21.

937 Vgl. bspw. EGMR (GK), *Case of Cyprus v. Turkey*, Urteil (Just Satisfaction), 12. Mai 2014, Beschwerde-Nr. 25781/94, Rn. 42.

938 Siehe für die Rezeption der ARSIWA oben auf S. 196 f.

939 Vgl. die Ausführungen der Expertenkommission zu einer früheren Version des heutigen Art. 41 EMRK bei *Council of Europe*, Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights, Bd. III, 1979 (“This provision is in accordance with the actual international law relating to the violation of an obligation by a State. In this respect, jurisprudence of a European Court will never, therefore, introduce any new element or one contrary to existing international law.”), wobei es damals maßgeblich um die Frage weitergehender Kompetenzen, wie der Aufhebung innerstaatlicher Urteile oder Gesetze, ging, vgl. hierzu näher *Schabas*, ECHR Commentary, 2015, S. 830–833; ebenso *Steiner*, Just Satisfaction under Art 41 ECHR, in: Fenyves/Karner/Koziol/Steiner (Hrsg.), Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 2011, 3–26, 7 f.

940 Vgl. *Ichim*, Just Satisfaction, 2015, S 10 f.

941 Nach *Breuers* Auffassung erstreckt die EMRK die zwischenstaatlich geschuldeten Rechtsfolgen eines Völkerrechtsverstößes auf den Einzelnen. Wegen dieser “Verdopplung der Aktivlegitimation” sei der Gleichlauf individueller und zwischenstaatlicher Ansprüche “wenig verwunderlich, *Breuer* in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK, Lfg. 216, August 2022, Art. 34 Rn. 29. In dieser Allgemeinheit ist der Aussage entgegenzuhalten, dass zwischenstaatliche und individuelle Ansprüche strukturell unterschiedlich sind. Daher muss diese Erstreckung der Regeln unter dem Vorbehalt der Vergleichbarkeit stehen.

wohnheitsrecht, verdrängt es aber nicht.⁹⁴² Für die IAMRK dürfte in der Sache Ähnliches gelten. Der Gerichtshof bestätigt in ständiger Rechtsprechung die völkergewohnheitsrechtliche Verankerung des Art. 63 IAMRK.⁹⁴³ Obwohl sich durchaus eigenständige Ausprägungen des Inhalts der Staatenverantwortlichkeit herausgebildet haben, sind diese im Grundsatz doch mit dem allgemeinen Völkerrecht kongruent.⁹⁴⁴ Auch der IAGMR gewährt beispielsweise die Naturalrestitution und den Schadensersatz.⁹⁴⁵ Dies spricht letztlich für teilweise Spezialregelungen gegenüber dem Völkergewohnheitsrecht und nicht für eine umfassende *lex specialis*. Angesichts der umfangreichen Bezugnahmen des AfGMRRV auf die ARSIWA und weitere völkerrechtliche Spruchpraxis, die der Gerichtshof weiterhin rezipiert,⁹⁴⁶ ist Art. 27 Protokoll AfGMRRV ebenso wenig ein umfassendes Sonderregime.

Im Investitionsschutzrecht gelten im Grundsatz die allgemeinen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit und die ARSIWA bilden ebenfalls den Ausgangspunkt aller Untersuchungen.⁹⁴⁷ Etwas anderes gilt nur dann, wenn die einschlägigen Investitionsschutzverträge eigene Regelungen zum Inhalt der Verantwortlichkeit enthalten. Dass der einschlägige Investitions-

-
- 942 Vgl. hierfür *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des EGMR, 1993, S. 97; so auch Völkerrechtskommission, ARSIWA with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143, 140 (Art. 55 Rn. 3); vgl. auch *Loup*, The Content of State Responsibility under the ECHR, in: International Responsibility, 139, 157. Lediglich hinsichtlich der Möglichkeit, innerstaatliches Recht gegen die Möglichkeit der Naturalrestitution einzuwenden (Art. 32 ARSIWA) erkennt *Loup* eine Abweichung in der Konventionspraxis gegenüber dem allgemeinen Völkerrecht, vgl. ebd. S. 152.
- 943 Vgl. grundlegend IAGMR, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, 1989, Series C, No. 7, Rn. 25 und später IAGMR, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, Urteil (Reparations und Costs), 10. September 1993, Series C, No. 15, Rn. 43; vgl. auch IAGMR, *Case of López Mendoza v. Venezuela*, Urteil (Merits, Reparations und Costs), 1. September 2011, Series C, No. 233, Rn. 207; vgl. auch *Novak*, RdC 392 (2018), 39.
- 944 Vgl. hierzu *Rivier*, Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: Inter-American Mechanisms, in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.), The Law of International Responsibility, 2010, 739–760, 742, 748.
- 945 Siehe unten unter § 9 B.
- 946 Vgl. AfGMRRV, *Beneficiaries of late Norbert Zongo et al. v. Burkina Faso*, Reparations, 2015, Beschwerde-Nr. 013/2011, Rn. 21, 24, 26, 29; vgl. für die Rezeption AfGMRRV, *Ally Rajabu and others v. United Republic of Tanzania*, Urteil, 28. November 2019, Beschwerde-Nr. 007/2015, Rn. 133 (Fn. 37).
- 947 Siehe allerdings zu *Douglas'* abweichender Auffassung zum Investitionsschutzrecht als Subsystem der Staatenverantwortlichkeit auf S. 215 f.

schutzvertrag das anwendbare Schadensfolgenrecht selbst festlegt⁹⁴⁸ oder Schadensposten ausdrücklich ausschließt,⁹⁴⁹ ist eine Seltenheit.⁹⁵⁰ Daher ist regelmäßig das allgemeine Schadensfolgenrecht maßgeblich. Allerdings dürften in beiden Ausnahmefällen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit partiell bzw. subsidär zur Anwendung gelangen, weil hinsichtlich der übrigen Schadensfolgen (im Fall des Ausschlusses einzelner Schadensposten) oder hinsichtlich der Lücken innerhalb der vertraglichen *lex specialis* nur dann vollständige Regeln entstehen.

Insgesamt weisen Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht damit zwar spezielle Sonderregelungen auf, die insoweit Vorrang genießen (vgl. Art. 55 ARSIWA). Subsidär bleibt aber das allgemeine Recht zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit anwendbar, das nach den vorhergehenden Ausführungen grundsätzlich dieselben Regeln für zwischenstaatliche und individuelle Ansprüche enthält.

948 Vgl. aber Art. 17 Abkommen zwischen der Republik Österreich und Bosnien und Herzegowina zur Förderung und zum Schutz von Investitionen (Investitionsschutzvertrag Österreich-Bosnien und Herzegowina), 2. Oktober 2000, BGBl. III Nr. 229/2002.

949 Vgl. solche Regeln zum immateriellen Schadensersatz in Art. 21 Abs. 3 Vertrag zwischen der Slowakischen Republik und der Islamischen Republik des Iran zur Förderung und des gegenseitigen Schutzes von Investitionen (19. Januar 2016, abrufbar unter: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3601/download> (zuletzt besucht: 15. März 2023)), Art. 14.10 (iii) Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty 2016 (abrufbar unter: https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023)) und Q. Abs. 4 Model Agreement of the Belgium-Luxembourg Economic Union on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments 2019 (abrufbar unter: <https://www.lachambre.be/flwb/pdf/54/1806/54K1806007.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023)). Dieses Vorgehen steht in Einklang mit Vorschlägen der UNCTAD, vgl. UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2015, abrufbar unter: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ipfsd> (zuletzt besucht: 15. März 2023), S. 109.

950 Vgl. hierzu *Sabahi*, Compensation and Restitution, 2011, S. 138, der lediglich auf Art. 1135 Abs. 3 Nordatlantisches Freihandelsabkommen zwischen der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika, der Regierung Kanadas und der Regierung der Vereinigten Mexikanischen Staaten (NAFTA) (17. Dezember 1992, ILM 32 (1993), 605–799; heute Art. 14.D.13 Abs. 6 Vereinbarung zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika, den Vereinigten Mexikanischen Staaten und Kanada vom 1. Juli 2020, abrufbar unter: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (zuletzt besucht: 15. März 2023)) verweist, der einen Strafschadensersatz ausschließt.

C. Ausnahmen

Aus den beiden vorangegangenen Abschnitten ergibt sich, dass nach Völkergewohnheitsrecht (unbeschadet vertraglicher Sonderbestimmungen) grundsätzlich die Regeln der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit auch für individuelle Ansprüche greifen. Das ist angesichts des Wegfalls der Mediatisierung des Individuums im diplomatischen Schutz naheliegend. Wenn es im Grunde schon im diplomatischen Schutz um Individualansprüche ging, sollten grundsätzlich dieselben Regeln gelten, wenn die *Vattel'sche* Fiktion entfällt.⁹⁵¹ Gleichwohl fragt sich mit Blick auf die These eines Wandels privatrechtsanaloger Rechtsinstitute in den öffentlich-rechtlich anmutenden Teilen des Völkerrechts, ob von der Anwendung derselben Regeln Ausnahmen bestehen. Hierfür bietet die Literatur jedenfalls Anhaltspunkte, ohne diese in der Regel näher zu umreißen.

Diejenigen Literaturstimmen, die sich mit den einschlägigen Regeln für Individualansprüche auseinandersetzen, gehen zwar davon aus, dass die hierauf anwendbaren Regeln mit dem Inhalt der zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit im Grundsatz identisch sind.⁹⁵² Zum Teil wird jedoch deren Modifikation aufgrund der spezifischen Umstände des Individualersatzes für möglich oder erforderlich gehalten. Solche Abweichungen stehen allerdings unter einem Rechtfertigungsvorbehalt.⁹⁵³ Es bleibt jedoch in der Regel unerwähnt, um welche Modifikationen oder zusätzliche Umstände es sich handeln könnte.⁹⁵⁴ Auf einen Unterschied, der Anpassungen notwendig macht, weist *Peters* hin: die Anzahl möglicher Anspruchstel-

951 Vgl. *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 173 f.; vgl. auch *Dannemann*, *Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 1994, S. 20.

952 Vgl. *Buyse*, *ZaöRV* 68 (2008), 135; *De Brabandere*, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, 2014, S. 178 (Fn. 12); *Dominicé*, *La Prétention de la Personne Privée dans le Systeme de la Responsabilité Internationale des États*, in: *Festschrift Anrangio-Ruiz*, 729, 735; *Kamminga*, *Legal Consequences of an Internationally Wrongful Act of a State against an Individual*, in: *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, 65, 74; *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 174; *Wittich*, *State Responsibility*, in: *International Investment Law*, 23, 43–45; so wohl auch schon *Dörr*, „Privatisierung“ des Völkerrechts, *JZ* 60 (2005), 905–916, 909.

953 *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 174.

954 Vgl. jedoch *Dörr*, *Völkerrechtliche Deliktsansprüche Privater*, in: *Breuer/Epiney/Haratsch/Schmahl/Weiß* (Hrsg.), *Der Staat im Recht*, 2013, 765–782, 780 f., der eine völkerrechtliche Schutznormlehre vorschlägt, die einen qualifizierten Rechtsverstoß als Voraussetzung der individuellen Berechtigung verlangt; teilweise zustimmend *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 415.

ler*innen.⁹⁵⁵ Im zwischenstaatlichen Völkerrecht filtert der Staat die Ansprüche, indem er über deren Geltendmachung entscheidet.⁹⁵⁶ In der Folge ist eine Vielzahl an Anspruchsteller*innen eher unwahrscheinlich.⁹⁵⁷ Dagegen können einem verantwortlichen Staat bei Individualansprüchen hunderte oder tausende individuelle Kläger*innen gegenüberstehen. Diese Situation erinnert strukturell an das innerstaatliche Verfassungs- und Verwaltungsrecht (bzw. die Haftung für hoheitliches Fehlverhalten).⁹⁵⁸ Sie ist zudem ein Spezifikum der Individualberechtigung, das Anlass geben kann, die Regeln zur Staatenverantwortlichkeit zu überdenken.⁹⁵⁹ So ging beispielsweise *Zwach* davon aus, dass die Grundlage der Haftung für Verletzungen der EMRK grundsätzlich zwar im allgemeinen Völkergewohnheitsrecht liege, dieses aber für das Verhältnis Staat-Individuum angepasst werden müsse und nicht ohne Weiteres übertragbar sei.⁹⁶⁰ Im Zuge der Debatten um “crippling compensation” hat die Modifikation der zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit im individualberechtigenden Völkerrecht (insbesondere im Investitionsschutzrecht) eine aktuelle Relevanz erhalten. Die Debatte behandelt das Problem, ob der Grundsatz der Totalreparation entgegen der ARSIWA modifiziert werden muss, wenn der Schadensersatz den Schuldnerstaat erdrücken würde.⁹⁶¹ Trotz somit not-

955 Vgl. *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 175.

956 Vgl. zu dieser Wahlmöglichkeit und im Entstehen begriffenen Einschränkungen in Form eines individuellen Anspruchs auf “ermessensfehlerfreie Entscheidung” Völkerrechtskommission, DADP with Commentaries, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 26–55, Art. 2 Rn. 3 und Art. 19. Vgl. zu einem Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung auf Ausübung diplomatischen Schutzes nach deutschem Recht BVerfG, *Rudolf Heß*, Beschluss vom 16. Dezember 1980, Az. 2 BvR 419/80, BVerfGE 55, 349, 364 f.

957 Allerdings ist eine Vielzahl von Anspruchsteller*innenn auch im diplomatischen Schutz denkbar. So verhandelte die Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission hunderte Ansprüche, obwohl das Verfahren zwischenstaatlich war, vgl. Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 23, 26.

958 Vgl. *Van Harten*, *Investment Treaty Arbitration*, 2007, S. 58–71 insbesondere S. 70 f.; siehe hierzu näher oben unter § 2 C. I.

959 Vgl. hierzu *Dörr*, *Völkerrechtliche Deliktsansprüche Privater*, in: *Der Staat im Recht*, 765, 780 f.

960 Vgl. *Zwach*, *Die Leistungsurteile des EGMR*, 1996, S. 83, 90.

961 Vgl. hierzu *Paparinskis*, *Crippling Compensation in the International Law Commission and Investor-State Arbitration*, ICSID Review 37 (2022), 289–312, 307 f. Solche Fragen stellen sich aber zuweilen auch in zwischenstaatlichen Verfahren, vgl. zu diesem Problem im *Armed-Activities-Fall Paparinskis*, *Crippling Compensation in the Law of State Responsibility*, EJIL Talk!, 17. Mai 2021, abrufbar unter: <https://www>

wendiger Modifikationen der zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit für Individualansprüche bleibt jedoch die Grundannahme, dass der Inhalt der Staatenverantwortlichkeit in beiden Situationen übereinstimmt.

Einen scheinbar anderen Standpunkt vertritt *Douglas* für das Investitionsschutzrecht. Er behauptet einen *sui-generis*-Charakter des investitionsschutzrechtlichen Schadensrechts und spricht von einem "sub-system" der Staatenverantwortlichkeit.⁹⁶² Beispielsweise würden im Investitionsschutzrecht weder der Vorrang der Naturalrestitution (Art. 35 ARSIWA) noch die Genugtuung (Art. 37 ARSIWA) Anwendung finden.⁹⁶³ Im Übrigen geht auch er grundsätzlich von denselben Regeln aus.⁹⁶⁴ So wendet er nichts gegen die Gewährung einer Wiedergutmachung (Art. 34 ARSIWA) ein.⁹⁶⁵ Seine Auffassung arbeitet somit lediglich einige Modifikationen gegenüber der zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit heraus. Im Unterschied zur sonstigen Literatur betont er jedoch die Abweichungen von der zwischenstaatlichen Haftung stärker. Der Grund hierfür mag darin liegen, dass er deutlich stärker in Detailfragen vertieft ist. Bis auf die Betonung der Sonderregeln des Investitionsschutzrechts sind die Ansätze jedoch kompatibel und unterscheiden sich lediglich graduell. Gemeinsam ist diesen Auffassungen, dass einige, aber nicht alle der Regeln aus den ARSIWA auch gegenüber Individuen Anwendung finden. Daher sind die ARSIWA ein "useful starting point"⁹⁶⁶ zur Bestimmung der Sekundäransprüche eines Individuums aus der Staatenverantwortlichkeit, obwohl eine gewisse Vorsicht bei deren "analoger" Anwendung angebracht ist.⁹⁶⁷

w.ejiltalk.org/cripling-compensation-in-the-law-of-state-responsibility/ (zuletzt besucht: 15. März 2023).

962 Vgl. *Douglas*, BYIL 74 (2004), 185–189; *Douglas*, Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID, in: The Law of International Responsibility, 815, 819; in eine ähnliche Richtung tendierend *Braun*, JWIT 15 (2014), 115 f.

963 Vgl. *Douglas*, Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID, in: The Law of International Responsibility, 815, 829 f.

964 Auch *Douglas* betont, dass sein Begriff des "sub-systems" keine Autonomie impliziere und er nicht die Unanwendbarkeit aller Bestimmungen aus dem zwischenstaatlichen Völkerrecht zur Folge habe, vgl. *Douglas*, BYIL 74 (2004), 185 (insbesondere Fn. 171).

965 Vgl. *Douglas*, Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID, in: The Law of International Responsibility, 815, 831.

966 *Peters*, Beyond Human Rights, 2016, S. 173.

967 Vgl. *Douglas*, BYIL 74 (2004), 189; in diese Richtung tendiert auch *Crawford*, International Protection of Foreign Direct Investments, in: International Investment Law

Die Regelungen der Art. 28 ff. ARSIWA bilden somit auch für die völkerrechtliche Verantwortung gegenüber Individuen den normativen Ausgangspunkt. Diese Haltung ergibt sich aus der (Staaten-) Praxis und trifft auf Zustimmung in der Literatur. Für sie spricht nicht zuletzt die Erwägung, dass das klassische zwischenstaatliche Völkerrecht über den diplomatischen Schutz der Sache nach Individualansprüche behandelte. Wenn nun das Individuum selbst klagen kann, ist es grundsätzlich schlüssig, die gleichen Regeln anzuwenden.⁹⁶⁸ Ohne einen relevanten Unterschied wäre es auch nicht einzusehen, warum ein Staat gegenüber Individuen grundsätzlich anders verantwortlich sein sollte als gegenüber anderen Staaten.⁹⁶⁹

Allerdings heißt dies nicht, dass sich aufgrund der Besonderheiten der individuellen Geltendmachung der Staatenverantwortung keine Unterschiede gegenüber der zwischenstaatlichen Staatenverantwortung ergeben können. Ein prominentes Beispiel ist insoweit die Genugtuung nach Art. 37 ARSIWA, die lediglich bei zwischenstaatlichen Ansprüchen zur Anwendung gelangen soll.⁹⁷⁰ Welche Unterschiede dies im Übrigen genau sind, lässt sich nicht abstrakt festlegen, sondern ist eine Frage des jeweiligen Teilrechtsbereichs und der jeweiligen Regel. Deshalb bedarf es für die hier interessierende Frage des Ersatzes immaterieller Schäden der näheren Analyse des individualberechtigenden Völkerrechts. Hierzu bleibt das zwischenstaatliche Völkerrecht eine Orientierungslinie. Zugleich bietet das hier herausgearbeitete Ergebnis bereits eine Erklärung für festzustellende Unterschiede zwischen der zwischenstaatlichen Staatenverantwortung und der Staatenverantwortung gegenüber Individuen: Identische Regeln liegen nahe, sind aber keinesfalls zwingend.

and General International Law, 17, 25; zustimmend *Wittich*, State Responsibility, in: International Investment Law, 23, 44 f.

968 Vgl. für diese Argumentation ICSID, *MTD v. Chile*, 2007, Case No. ARB/01/7, Rn. 99.

969 Vgl. *Dominicé*, La Prévention de la Personne Privée dans le Systeme de la Responsabilité Internationale des États, in: Festschrift Anrangio-Ruiz, 729, 735 und siehe auch oben unter § 7 A. II. 1.

970 Vgl. *Dominicé*, La Prévention de la Personne Privée dans le Systeme de la Responsabilité Internationale des États, in: Festschrift Anrangio-Ruiz, 729, 735; *Douglas*, Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID, in: The Law of International Responsibility, 815, 829; siehe hierzu auch oben Fn. 886.