

4. Teil: Publifizierung als Entwicklungstendenz und Erklärungsansatz?

Die vorangegangenen Teile haben herausgearbeitet, dass zwischenstaatliches und individualberechtigendes Völkerrecht immateriellen Schadensersatz unterschiedlich behandeln. Insbesondere verlangt das individualberechtigende Völkerrecht im Gegensatz zum zwischenstaatlichen Völkerrecht ein zusätzliches Schwerekriterium, um solche Schäden in Geld zu ersetzen. Um diesen Befund zu erklären, stellt die Arbeit die Herkunft immateriellen Schadensersatzes aus dem innerstaatlichen Privatrecht, also seinen Charakter als Privatrechtsanalogie,²⁰⁶⁴ in den Mittelpunkt. Die Überlegung ist, dass der Wandel des Völkerrechts von einem strukturell privatrechtsähnlichen Gleichordnungsrecht hin zu einer ausdifferenzierten Rechtsordnung, die auch Subordinationsverhältnisse regelt, auf privatrechtliche Rechtsinstitute gewirkt hat.²⁰⁶⁵ An diesen Gedanken anlehnd untersucht dieser abschließende Teil der Arbeit, ob sich die festgestellte Diskrepanz zwischen zwischenstaatlichem Völkerrecht einerseits und individualberechtigendem Völkerrecht andererseits als eine Entwicklung zum öffentlichen Recht rekonstruieren lässt. Hierfür greift die Arbeit auf die in § 2 entwickelten idealtypischen Begriffe des öffentlichen Rechts und des Privatrechts zurück. Das Für und Wider einer solchen Rekonstruktion wägt § 13 ab. Anschließend soll § 14 den Blick weiten und exemplarisch zwei weitere Rechtsinstitute des Völkerrechts vorstellen, die dem Privatrecht entstammen. Auch für diese diagnostiziert die Arbeit eine Tendenz der Publifizierung. Das gibt Anlass zu der weitergehenden These, dass Privatrechtsanalogien einen Prozess der Publifizierung erlebt haben.

2064 Siehe hierzu oben in § 6.

2065 Siehe hierzu bereits oben unter § 1 A.

§ 13 Völkerrechtliche Entwicklungen als Ausdruck öffentlich-rechtlicher Gedanken

Der immaterielle Schadensersatz im individualberechtigenden Völkerrecht ist bei Unterschieden im Detail nur oberhalb einer gewissen Schwere in Geld ersatzfähig.²⁰⁶⁶ Damit weicht das individualberechtigende Völkerrecht vom zwischenstaatlichen Völkerrecht ab, das eine solche Schwelle nicht kennt.²⁰⁶⁷ Nachdem im individualberechtigenden Völkerrecht die privatrechtsanalogen Regeln der zwischenstaatlichen Staatenverantwortlichkeit nur grundsätzlich zur Anwendung gelangen und sich im Einzelfall Unterschiede ergeben können,²⁰⁶⁸ ist dieses Ergebnis schlüssig. Insofern bestehen Sonderregelungen des Völkervertragsrechts in den jeweiligen Menschenrechtsschutzsystemen²⁰⁶⁹ und des Völkergewohnheitsrechts im Investitionsschutzrecht.²⁰⁷⁰ Das erklärt aber noch nicht, warum gerade diese Entwicklung eingetreten ist. Wegen der übergreifenden Frage der Arbeit nach dem Wandel privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht untersucht dieses Kapitel, ob diese Entwicklung mit der Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zusammenhängt. Noch präziser formuliert möchte das Kapitel untersuchen, ob die Anwendung eines privatrechtsanalogen Rechtsinstituts (dem immateriellen Schadensersatz) in einem dem öffentlichen Recht ähnlichen Regelungsbereich (dem individualberechtigenden Völkerrecht)²⁰⁷¹ einen Wandel hervorgerufen hat, der sich als Publifizierung beschreiben lässt. Mit anderen Worten untersucht das Kapitel, ob die Verknüpfung des immateriellen Schadensersatzes mit einem Schwerekriterium für einen Geldersatz Ausdruck öffentlich-rechtlicher Gedanken ist. Diese These ergründet das Kapitel in einem Dreischritt. Zunächst trägt der erste Abschnitt Anhaltspunkte für einen öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Entwicklungen zusammen (A.). Anschließend geht der nächste Abschnitt den Anhaltspunkten für eine alternative Deu-

2066 Siehe oben unter § 12 B. II.

2067 Siehe oben unter § 5 C.

2068 Siehe oben in § 7.

2069 Siehe oben für den EGMR unter § 8 C., für den IAGMR unter § 9 C. und für den AfGMRRV unter § 10 B. II.

2070 Siehe oben unter § 11 D. III.

2071 Siehe oben unter § 2 C. I.

tung nach (B.). Da letztlich mehr Gründe für eine öffentlich-rechtliche Lesart der Entwicklung sprechen, befasst sich der abschließende Abschnitt mit dem Erkenntnisgewinn dieser Feststellung (C.).

A. Der öffentlich-rechtliche Charakter der festgestellten Entwicklung(en)

Nach den Schlussfolgerungen in § 2 kennzeichnet es das öffentliche Recht, dass es idealtypisch Subordinationsverhältnisse regelt, Herrschaft konstituiert und einhegt, Ausdruck austeilender Gewalt und der Gemeinwohlbindung ist. Folglich sind Rechtsinstitute öffentlich-rechtlich, wenn sie diese Merkmale aufweisen. Für eine öffentlich-rechtliche Prägung der beschriebenen Entwicklung spricht *prima facie*, dass die Arbeit einen Unterschied in der Behandlung immaterieller Schäden zwischen individualberechtigendem und zwischenstaatlichem Völkerrecht nachgewiesen hat und diese Teilgebiete des Völkerrechts wiederum dem Privatrecht bzw. dem öffentlichen Recht ähneln. Jedoch liefert dieser Zusammenhang noch keinen schlüssigen Beleg für eine öffentlich-rechtliche Entwicklungstendenz. Dieser Befund mag schlicht daraus resultieren, dass Fälle unterhalb einer gewissen Schwere (bisher) im zwischenstaatlichen Völkerrecht nicht aufgetreten sind. Da zudem auch Privatrechtsordnungen eine De-Minimis-Regel für den Ersatz immaterieller Schäden kennen,²⁰⁷² muss der festgestellte Unterschied zwischen zwischenstaatlichem und individualberechtigendem Völkerrecht nicht zwingend Ausdruck öffentlich-rechtlicher Vorstellungen sein. Daher suchen die folgenden Abschnitte nach zusätzlichen Gründen, aus denen sich die Entwicklung als öffentlich-rechtlich beschreiben lässt. Parallele Ausgestaltungen innerstaatlicher Staatshaftungsregime können Anhaltspunkte dafür liefern, dass der Ersatz immaterieller Schäden nur oberhalb einer gewissen Mindestschwere eine typisch öffentlich-rechtliche Regelung ist. Dieser Überlegung geht eine rechtsvergleichende Analyse innerstaatlicher Staatshaftungsregime nach (I.). Daran anschließend sollen die Besonderheiten im Umgang mit immateriellem Schadensersatz in den individualberechtigenden Teilbereichen des Völkerrechts daraufhin untersucht werden, ob sie ihrer Ratio nach als Ausdruck öffentlich-rechtlicher Gedanken gelten können (II.). Die Grundlage dieser Untersuchung bilden die in § 2 herausgearbeiteten Merkmale des öffentlichen Rechts. Da jeweils gute Argumente für eine solche Beschreibung sprechen, schließt sich die

2072 Siehe hierzu unten unter § 13 B.

Frage an, warum gerade der immaterielle Schadensersatz eine öffentlich-rechtliche Ausprägung erfahren hat (III.).

I. Parallelen zu innerstaatlichen Staatshaftungsregimen

Im ersten Zugriff bietet sich ein Blick auf die Behandlung hoheitlicher Haftung im innerstaatlichen Recht an. Dies kann Hinweise darauf liefern, ob sich die Haftung für rechtswidriges hoheitliches Handeln grundsätzlich von der Haftung unter Gleichgeordneten unterscheidet. Hierzu unternimmt dieser Abschnitt eine rechtsvergleichende Umschau. Die Grundlage hierfür bilden rechtsvergleichende Studien zur Staatshaftung²⁰⁷³ und dementsprechend ist das Ziel weder eine umfassende, noch eine repräsentative²⁰⁷⁴ Untersuchung der Haftungsregime der Welt. Dabei zeigt sich bei allen Unterschieden jedenfalls in manchen Rechtsordnungen eine Tendenz, den immateriellen Schaden auf ähnliche Weise wie im Völkerrecht zu behandeln.

Den idealen Ausgangspunkt der rechtsvergleichenden Umschau liefert die außervertragliche Haftung der EU. Gemäß Art. 340 Abs. 2 AEUV richtet sich die außervertragliche Haftung der Union “nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.“ Die Auslegung dieser Norm bietet daher Anhaltspunkte für europäische Rechtstraditionen.²⁰⁷⁵ Hinsichtlich der Ausgestaltung der unio-

2073 Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, *passim*; Oliphant (Hrsg.), The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, 2017, *passim*; vgl. für einen frühen rechtsvergleichenden Sammelband Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Hrsg.), Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe – Länderberichte und Rechtsvergleichung, 1967. Mit Staatshaftung soll hier nicht der deutsche Begriff gemeint sein. Vielmehr soll der Begriff die Haftung eines Hoheitsträgers für rechtswidriges hoheitliches Verhalten umschreiben.

2074 Vgl. die kritischen Anmerkungen zur Wahl repräsentativer Rechtsordnungen für die Zwecke des Völkerrechts *Butler*, The Use and Misuse of the Comparative Method in International Law, in: T.M.C. Asser Instituut (Hrsg.), International Law and The Grotian Heritage, 1985, 214–215 f.

2075 Vgl. zur Ermittlung der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Wege der “wertenden Rechtsvergleichung” *Gellermann* in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, 2018, Art. 340 AEUV Rn. 8; kritisch gegenüber dieser Methode *Jacob/Kottmann* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 73. EL 2021, Art. 340 AEUV Rn. 31.

nalen Haftung gilt, dass sie nicht nur immaterielle Schäden umfasst,²⁰⁷⁶ sondern das EuG in manchen Fällen symbolische Entschädigungen genügen ließ.²⁰⁷⁷ Diese Entschädigungen sind ein Funktionsersatz für Feststellungsurteile.²⁰⁷⁸ Daher liefert die europarechtliche Rechtslage Hinweise darauf, dass nicht jeder immaterielle Schaden mit substanziellen Geldbeträgen ersetzt werden muss. Allerdings ergibt sich hieraus nicht viel für eine Unterscheidung der hoheitlichen und der privatrechtlichen Haftung, weil Art. 340 Abs. 2 AEUV beide regelt.²⁰⁷⁹

Blickt man auf innerstaatliche Rechtsordnungen, zeigen viele einen Gleichlauf zwischen privatrechtlicher und hoheitlicher Haftung für immaterielle Schäden. Nur für einige wenige Staaten lässt sich eine unterschiedliche Behandlung nachweisen.²⁰⁸⁰ Dies erklärt sich bereits aus der Grundstruktur der Staatshaftungsrechtssysteme. Nach *Oliphant* existieren vier grundlegende Typen der rechtlichen Konstruktion des Staatshaftungsrechts: Manche wenden die deliktischen Haftungsregeln des Privatrechts an, andere ergänzen diese durch bestimmte Regeln für Hoheitsträger, wiederum andere verfügen über ein hybrides Konstrukt aus privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Haftungsregeln (wie die Bundesrepublik

2076 *Gellermann* in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, 2018, Art. 340 AEUV Rn. 26; *Jacob/Kottmann* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 73. EL 2021, Art. 340 AEUV Rn. 124; *Ruffert* in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage, 2022, Art. 340 AEUV Rn. 30.

2077 EuGH, *Frau V. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Urteil, 14. Juni 1979, Rs. 18/78, ECLI:EU:C:1979:154, Rn. 19; EuG, *Marie-Laurence Buisson v. Commission of the European Communities*, Urteil, 20. Juni 2001, Rs. T-243/99, ECLI:EU:T:2001:167, Rn. 54. Zwar ist ein Großteil dieser Praxis zu arbeitsrechtlichen Fällen der Bediensteten der Union ergangen, es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass ansonsten andere Grundsätze gelten sollten, *Augsberg* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, 2015, Art. 340 AEUV Rn. 67 unter Verweis auf *Toth*, *The Concepts of Damage and Causality*, in: Schermers/Heukels/Mead (Hrsg.), *Non-Contractual Liability of the EC*, 1988, 23–38, 30.

2078 *Augsberg* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, 2015, Art. 340 AEUV Rn. 67; *Jacob/Kottmann* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 73. EL 2021, Art. 340 AEUV Rn. 124.

2079 *Detterbeck*, Haftung der Europäischen Gemeinschaft und gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch, AöR 125 (2000), 202–256, 210; *Gellermann* in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, 2018, Art. 340 AEUV Rn. 14.

2080 Die englische Rechtsprechung unterscheidet die Haftung für *torts* grundsätzlich von der öffentlich-rechtlichen Haftung, bspw. für Menschenrechtsverletzungen, vgl. bspw. Court of Appeal (Civil Division), *Dobson v. Thames Water Utilities Ltd.*, Urteil, 29. Januar 2009, [2009] EWCA Civ 28, Rn. 28 (Waller LJ).

Deutschland) und zuletzt verfügen manche Staaten (wie Frankreich) über eigenständige Haftungsregeln für Hoheitsträger.²⁰⁸¹ Trotz dieser Regelungstypen ist es angezeigt, auch rechtsordnungsübergreifend von einem eigenständigen Gebiet der Staatshaftung zu sprechen (das mehr ist als die Anwendung des Deliktsrechts auf Hoheitsträger). Denn die Regeln der Staatshaftung weichen regelmäßig (jeweils in einem anderen Ausmaß) von den Regeln der privatrechtlichen Haftung ab.²⁰⁸² Als Extrembeispiel mögen US-amerikanische Rechtsordnung(en) dienen, die in Fragen der Staatshaftung äußerst restriktiv sind. So begrenzen manche Bundesstaaten die Höhe der Haftung auf versicherte Schadenssummen oder sehen gar eine Immunität gegenüber Schadensersatzklagen vor.²⁰⁸³ Dessen ungeachtet folgt aus der Kategorisierung *Oliphants* bereits, dass die Handhabung immaterieller Schäden wegen des Rückgriffs auf deliktische Regeln in der privatrechtlichen und der staatlichen Haftung in vielen Staaten übereinstimmt.

Dementsprechend belegen rechtsvergleichende Studien zur Staatshaftung, dass immaterielle Schäden mittlerweile durchgehend zum Umfang staatshaftungsrechtlicher Ansprüche zählen²⁰⁸⁴ und oft im gleichen Umfang wie im Zivilrecht ersatzfähig sind. So ist die Rechtslage beispielsweise in Belgien, Griechenland, Israel, Litauen, den Niederlanden, Polen, Rumänien, Slowenien, Spanien, Südafrika und Ungarn.²⁰⁸⁵ In Gestalt der “general

2081 *Oliphant*, The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, in: The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, 849, 880 f.

2082 *Oliphant*, The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, in: The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, 849, 882 f.

2083 Vgl. *Green/Cardi*, The Liability of Public Authorities in the US, in: *Oliphant* (Hrsg.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, 2017, 537–557, 543.

2084 *Oliphant*, The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, in: The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, 849, 859; ebenso *Dörr*, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, 1, 22.

2085 *Schoubroeck*, Belgien, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 61–97, 87; *Efstratiou*, § 8 Griechenland, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 227–272, 251; *Gilead*, The Liability of Public Authorities in Israel, in: *Oliphant* (Hrsg.), The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, 2017, 225–250, 226 und 243; *Heemann*, § 12 Litauen, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 383–411, 397; *Keirse*, Netherlands, in: *Oliphant* (Hrsg.), Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, 2017, 295–330, 305; *Milej*, Polen, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2013, 461–503, 485; *Bormann*, § 17 Rumänien, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 543–567, 559; *Bardutzky/Zagorc*, § 21 Slowenien, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 661–700, 683; *Mir*, Spanien, in: *Dörr* (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 701–726, 714; *Neethling*, The Liability of Public Authorities in South Africa, in: *Oliphant* (Hrsg.), The

damages” ersetzt die irische Rechtsordnung für Ansprüche gegen den Staat (wie im Zivilrecht) in der Sache immaterielle Schäden.²⁰⁸⁶ Dabei sind manche Rechtsordnungen wie die dänische, österreichische oder schwedische restriktiv in der Gewährung immateriellen Schadensersatzes, ohne insofern zwischen staatshaftungsrechtlichen und zivilrechtlichen Ansprüchen zu unterscheiden.²⁰⁸⁷ Ebenso verhält es sich nach der deutschen Rechtsordnung.²⁰⁸⁸ Wegen der traditionellen Zurückhaltung der deutschen Rechtsordnung gegenüber dem Ersatz immaterieller Schäden²⁰⁸⁹ ist ein Schmerzensgeld gem. § 253 Abs. 1 BGB nur in den gesetzlich bestimmten Fällen geschuldet, wie insbesondere der “Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung” (§ 253 Abs. 2 BGB).²⁰⁹⁰ Mittlerweile umfasst auch der Aufopferungsanspruch²⁰⁹¹ den Ersatz immaterieller Schäden.²⁰⁹² Selbst in Frankreich können Betroffene

Liability of Public Authorities in Comparative Perspective, 2017, 421–462, 426; 770; *Küpper*, Ungarn, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 781–816, 803.

2086 *Quill*, § 9 Irland, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 273–310, 295.

2087 *Ulfbeck*, Dänemark, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 99–119, 113; *Kucsko-Stadlmayer*, Österreich, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 429–459, 447 f.; *Bull*, § 18 Schweden, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 569–603, 593 f., der auf die Unvereinbarkeit dieser restriktiven Ausgestaltung mit der EMRK und eines deshalb eingetretenen Wandels in der Rechtsprechung hinweist.

2088 Eine Ausnahme besteht jedoch hinsichtlich der Berechnung des Schmerzensgeldes. Grundsätzlich stellen Gerichte nach deutschem Recht hierzu auch die Vermögenslage der schädigenden Person ein. Für Hoheitsträger nimmt die Rechtsprechung diesen Aspekt jedoch aus der Betrachtung heraus. Die Vermögenslage wirkt weder zugunsten des Hoheitsträgers (etwa wegen der Zweckbindung öffentlicher Mittel) noch zu seinen Lasten (etwa wegen seiner Finanzkraft), BGHZ 18, 149, 162 f.

2089 Vgl. bereits die Ausführungen bei *Mugdan*, Materialien, Bd. II, 1899, S. 12.

2090 Vgl. für weitere Fälle eines solchen Anspruchs *Brand* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK/BGB, Stand: 1. März 2022, § 253 Rn. 2. Die prominenteste “Ausnahme” vom Grundsatz des § 253 Abs. 1 BGB bildet der Anspruch auf Schmerzensgeld aus einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG folgt, BGH, *Caroline von Monaco I*, Urteil vom 15. November 1994, Az. VI ZR 56/94, BGHZ 128, 1, 15.

2091 Vgl. zu diesem eingehend *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, § 28.

2092 Vgl. die eingehende Auseinandersetzung mit seiner früheren Rechtsprechung in BGH, Urteil vom 7. September 2017, Az. III ZR 71/17, BGHZ 215, 335, 337–344.

zunehmend im Rahmen der Staatshaftung immateriellen Schadensersatz verlangen.²⁰⁹³

Wie diese Ausführungen nahelegen, nivelliert sich, was manche für einen klassischen Unterschied zwischen Staatshaftungsrecht und zivilrechtlicher Haftung gehalten haben: Ersteres ersetze immaterielle Schäden in geringerem Umfang als Letzteres.²⁰⁹⁴ Verschwunden ist der Unterschied indes nicht in allen Rechtsordnungen. Noch heute neigt die estnische Rechtsordnung – trotz der Geltung prinzipiell identischer Regeln für die öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Haftungsausfüllung – dazu, bei weniger schwerwiegenden Verletzungen des Staates von einer Entschädigung in Geld abzusehen und dafür die Feststellung einer Rechtsverletzung genügen zu lassen.²⁰⁹⁵ In Lettland soll im Rahmen der Staatshaftung bei leichteren Verletzungen wie zum Beispiel reinen Verfahrensverstößen eine Entschuldigung der Verwaltung genügen.²⁰⁹⁶ In der Slowakei sind Ansprüche auf immateriellen Schadensersatz aus der Staatshaftung auf Fälle begrenzt, in denen die Feststellung der Rechtsverletzung keine ausreichende Form der Wiedergutmachung bietet.²⁰⁹⁷ Die Rechtslage in Tschechien ist ähnlich.²⁰⁹⁸ Nach der schweizerischen Rechtsordnung erhalten Betroffene nur bei Tod, Körperverletzung oder schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzungen eine Genugtuungssumme für immaterielle Schäden.²⁰⁹⁹ Jedoch setzt ein solcher Anspruch entgegen der zivilrechtlichen Rechtslage ein Verschulden voraus.²¹⁰⁰ Persönlichkeitsverletzungen müssen zudem eine gewisse Schwere haben und nicht anders gut gemacht worden sein. Dies erinnert sehr stark

2093 Vgl. *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 373. Die französische Rechtsordnung gewährt nunmehr für Rufschädigungen oder bei Verlust Angehöriger ein Schmerzensgeld, *Marsch*, Frankreich, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 195–226, 218.

2094 *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 35.

2095 *Schmidt*, Estland, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 157–193, 178.

2096 *Balode-Buraka*, § 11 Lettland, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 349–381, 366.

2097 *Jalčová*, Slowakei, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 643–659, 654.

2098 *Jalčová*, § 23 Tschechien, in: Staatshaftung in Europa, 727, 740; *Tichý*, Czech Republic, in: Oliphant (Hrsg.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, 2017, 81–103, 89.

2099 *Uhlmann*, § 19 Schweiz, in: Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, 605–642, 630 f.

2100 *Widmer/Winiger*, Switzerland, in: Oliphant (Hrsg.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, 2017, 507–536, 514; vgl. Art. 6 Verantwortlichkeitsgesetz (Schweiz, Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes

an die bereits untersuchte Praxis des EGMR.²¹⁰¹ Trotz der grundsätzlichen Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Regeln auf Staatshaftungsansprüche im deutschen Recht wendet auch der BGH die EGMR-Rechtsprechung zur entschädigenden Feststellung an. So erachtete der BGH in einem Fall zur menschenunwürdigen Unterbringung eines Strafgefangenen die Feststellung der Rechtsverletzung als einen ausreichenden Ersatz.²¹⁰² Diese Praxis ist aber wohl nicht genuin öffentlich-rechtlich, weil der BGH auch auf seine *Caroline-von-Monaco*-Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht verwies,²¹⁰³ um die Gewährung eines Schmerzensgeldes von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen. Damit baut der Gerichtshof diese Entscheidung auch auf einem Urteil in einem Privatrechtsverhältnis auf, was eine genuin öffentlich-rechtliche Prägung der Entscheidung in Zweifel zieht. Zugleich gibt diese Rechtsprechung Anlass für eine Kontrollüberlegung. Vielleicht spiegelt sich in den Schwellenvoraussetzungen des individualberechtigenden Völkerrechts lediglich eine im Privatrecht wie im öffentlichen Recht gleichermaßen relevante Frage nach einer Bagatellschwelle. Dieser Frage wird im Anschluss an diesen Abschnitt nachgegangen.²¹⁰⁴

Insgesamt geben die Staatshaftungsregime ein uneinheitliches Bild. Obwohl manche immaterielle Schäden an strengere Voraussetzungen knüpfen als im Deliktsrecht, behandeln viele Rechtsordnungen den immateriellen Schadensersatz in beiden Fällen identisch. Allerdings fällt auf, dass Rechtsordnungen, die den immateriellen Schadensersatz im Rahmen der Staatshaftung höheren Voraussetzungen als im Deliktsrecht unterwerfen, der Rechtsprechungsgewalt des EGMR unterliegen. Daher könnten entsprechende Regeln lediglich Ausfluss der menschenrechtlichen Praxis sein. Eine einheitliche Linie, immateriellen Schadensersatz im Staatshaftungsrecht einzuschränken, existiert daher nicht. Aus dem häufigen Gleichlauf privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftung für immaterielle Schäden sollte man jedoch nicht voreilig auf die Irrelevanz der Unterscheidung im Haftungsrecht schließen. Allgemein gilt es zu bedenken, dass der immaterielle Schaden nur eine mögliche Stellschraube zur Modifizierung der Staats-

sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz), 1958, AS 1958 1413).

2101 Siehe oben unter § 8 B. II.

2102 BGH, Urteil vom 4. November 2004, Az. III ZR 361/03, BGHZ 161, 33, 37.

2103 BGH, *Caroline von Monaco I*, BGHZ 128, 1, 12.

2104 Siehe unten unter § 13 B.

haftung gegenüber der privatrechtlichen Deliktshaftung ist. Im Ergebnis ist die Haftung für rechtswidriges hoheitliches Handeln aber in den meisten Rechtsordnungen gegenüber der deliktischen Haftung modifiziert.²¹⁰⁵ Konkret für immaterielle Schäden kommt hinzu, dass manche Rechtsordnungen immaterielle Schäden schon im Zivilrecht restriktiv handhaben. Für die weitere Untersuchung lässt sich dem Überblick in jedem Fall entnehmen, dass die Voraussetzung einer besonderen Schwere der Verletzung für den Ersatz immaterieller Schäden Staatshaftungsrechtsregimen nicht fremd ist.

II. Öffentlich-rechtlicher Charakter der beobachteten Entwicklungen

Da sich der öffentlich-rechtliche Charakter der Entwicklungen des immateriellen Schadensersatzes im individualberechtigenden Völkerrecht nach dem vorangegangenen Abschnitt nicht eindeutig aus ihrer Übereinstimmung mit innerstaatlichen Staatshaftungsrechtsregimen ergibt, untersucht dieser Abschnitt die Fortentwicklungen daraufhin, ob sie die Idee des öffentlichen Rechts verwirklichen. Nach den vorangegangenen Ausführungen zeichnet sich das öffentliche Recht durch seine Gemeinwohlbindung und die Orientierung an der Idee austeilender Gerechtigkeit aus. Dagegen verwirklicht das Privatrecht idealtypisch die Idee ausgleichender Gerechtigkeit und erlaubt die Verfolgung individueller Interessen.²¹⁰⁶ Freilich ist diese Unterscheidung nicht frei von Unschärfen. Auch öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche gleichen Schäden aus und die ausgleichende Haftung verfolgt gerade auch Gemeinwohlinteressen, indem sie andere von ebensolchen Schädigungen abhalten soll. Jedoch haben beide unterschiedliche Schwerpunkte.²¹⁰⁷

Auf das Haftungsrecht angewendet bedeuten diese Idealtypen, dass ein kompensatorischer Schadensersatz eher der Idee des Privatrechts entspricht, weil er dem individuellen Interesse auf vollen Ausgleich gerecht wird. Zielt das Haftungsrecht dagegen vorrangig auf die Herstellung einer rechtmäßigen Situation und weniger auf den Ausgleich des entstandenen

2105 *Oliphant*, The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, in: The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, 849, 883.

2106 Siehe oben in § 2.

2107 Siehe hierzu bereits oben unter § 2 B. II. 2.

Schadens, ist es eher öffentlich-rechtlich.²¹⁰⁸ Denn die Haftung dient in diesem Fall dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung gewisser Mindeststandards, d. h. dem Gemeinwohl. Ein Fokus auf die Herstellung rechtmäßiger Zustände drückt sich beispielsweise dadurch aus, dass es primär auf die Vernichtung rechtswidriger staatlicher Entscheidungen gerichtet ist. Damit geht einher, dass die Regeln für einen Schadensersatz in der Regel restriktiv sind und den Schadensersatz ins Verhältnis zum Rechtsverstoß setzen anstelle des Schadens.²¹⁰⁹

Gemein ist diesen Ausprägungen einer öffentlich-rechtlichen Haftung, Beschränkungen des Schadensersatzes im Vergleich zur deliktischen Haftung zu rechtfertigen. Diese Tendenz ist nicht nur Ausfluss eines anderen Zwecks der Haftung, sie lässt sich zusätzlich aus der besonderen Stellung des Staates als Schädiger rechtfertigen. Denn die Begrenzung der Haftung schützt einerseits öffentliche Mittel, hält Hoheitsträger handlungsfähig und ist Ausdruck der Abwägung zwischen dem Gemeinwohlinteresse an der öffentlichen Aufgabenerfüllung und dem individuellen Interesse an der Schadloshaltung.²¹¹⁰ Eine Haftungsbegrenzung schützt die Handlungsfähigkeit der öffentlichen Gewalt, indem sie nicht durch eine überbordende Haftung belastet und hierdurch von der Ausübung ihrer Tätigkeiten abgeschreckt wird.²¹¹¹ Obwohl dieser Zusammenhang zwischen der Beschränkung der Haftung und dem öffentlichen Recht für eine Erklärung des

2108 Vgl. für das englische Recht Court of Appeal (Civil Division), *D v. Commissioner of Police of the Metropolis*, 2015, [2015] EWCA Civ 646, Rn. 65–67 (Laws LJ); vgl. für die Unterscheidung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsfolgen im dänischen Recht *Ulfbeck*, Denmark, in: Oliphant (Hrsg.), *Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, 2017, 105–125, 109.

2109 Vgl. für diese Charakteristika einer öffentlich-rechtlichen Haftung *Wälde/Sabahi*, *Compensation, Damages and Valuation*, in: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 1049, 1055 f.

2110 Vgl. *Oliphant*, *The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective*, in: *The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective*, 849, 860 f. zur Rolle solcher Erwägungen im Rahmen nationaler Staatshaftungsregime.

2111 An dieser Bewertung ändert sich nichts, wenn man – wie nunmehr das BVerfG für das deutsche Recht – die Haftung für staatliches Unrecht als Ausfluss der Grundrechte begreift (BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), *Kunduz*, NVwZ 2021, 398,400 (Rn. 24); BVerfG, NVwZ 2022, 1722, 1724 f. (Rn. 84–87)). Auch in diesem Fall bedarf es der Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen und dem grundrechtlichen Interesse an der Schadloshaltung. Hierin liegt auch ein wesentlicher Unterschied zur privatrechtlichen Haftung, die sich als Ausgestaltung staatlicher Schutzpflichten darstellt, bei der die jeweils gleichrangigen Freiheitsrechte der schädigenden und der geschädigten Person einzustellen sind. Siehe hierzu bereits oben unter § 2 B. II. 2.

Phänomens einer Mindestschwere der Verletzung für den Ersatz immaterieller Schäden äußerst relevant ist, sollte dies nicht verschleiern, dass ein öffentlich-rechtliches Verständnis auch zu einer umfangreicheren Haftung als im Deliktsrecht führen kann. So kann die Besonderheit der hoheitlichen Tätigkeit eine Umkehr der Beweislast zugunsten der geschädigten Person erfordern.²¹¹² Genauso mag ein öffentlich-rechtliches Verständnis für eine verschuldensunabhängige Haftung des Staates sprechen.²¹¹³ Die grundlegende Idee der Arbeit ist lediglich, dass sich das öffentliche Recht vom Privatrecht wegen der Eigenart des jeweiligen Regelungsbereichs unterscheidet.²¹¹⁴

Anhand der an anderer Stelle herausgearbeiteten Charakteristika des öffentlichen Rechts²¹¹⁵ sollen die folgenden Abschnitte öffentlich-rechtliche Ausprägungen in der Haftung für immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht identifizieren. Angesichts der Unterschiede in den jeweiligen Teilbereichen und ihren unterschiedlichen Funktionen empfiehlt sich insofern eine Abschtichung in die menschenrechtliche (1.) und die investitionsschutzrechtliche Praxis (2.).

1. Menschenrechtsschutz

Dass ein Spannungsfeld zwischen den privatrechtlich fundierten Regeln der Wiedergutmachung und dem Menschenrechtsschutz bestehe, betonte *Cañado Trindade* mehrfach. Wiederholt mahnte er an, dass das Völkerrecht hinsichtlich der Rechtsfolgen einer Menschenrechtsverletzung seine privatrechtsanaloge Konzeption überwinden und die Würde des Einzelnen in den Mittelpunkt stellen müsse.²¹¹⁶ Deshalb müssten die Rechtsfolgen einer Menschenrechtsverletzung zuvörderst opferzentriert sein.²¹¹⁷

2112 Vgl. bspw. *Dörr*, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, 1, 26 mit Hinweisen zur Rechtslage in mehreren europäischen Staaten.

2113 Vgl. hierzu *Dörr*, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, 1, 16 mit Hinweisen zur Rechtslage in mehreren europäischen Staaten.

2114 Siehe oben unter § 2 B. II. 2.

2115 Siehe oben unter § 2 B. II. 2.

2116 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cañado Trindade, 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 367 f. (Rn. 52–55); vgl. bereits IAGMR, *Loayza-Tamayo v. Peru, Reparations*, Sondervotum der Richter Cañado Trindade und Abreu-Burelli, 1998, Series C, No. 42, Rn. 12.

2117 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cañado Trindade, 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 368 (Rn. 54 f.).

Eine solche Opferzentrierung ist allerdings nicht deckungsgleich mit einer öffentlich-rechtlichen Entwicklung des Rechtsfolgenregimes, weil die Fokussierung auf die Opfer sowohl dem individuellen Ausgleich als auch Gemeinwohlinteressen bei systematischen Menschenrechtsverletzungen dient. So sind die von *Cançado Trindade* angeführten öffentlichen Zeremonien oder Entschuldigungen als Folgen einer Menschenrechtsverletzung²¹¹⁸ wegen ihres kollektiven Charakters eher von öffentlich-rechtlichen Gedanken getragen. Dagegen ist die Forderung, immateriellen Schadensersatz opferzentriert und nicht vermögensorientiert zu denken, wie es die Bezeichnungen (immateriell, nicht finanziell etc.) nahelegen,²¹¹⁹ eher von der Ausgleichslogik des Privatrechts geprägt. Der Unterschied zur orthodoxen Konzeption der Wiedergutmachung ist nur, dass *Cançado Trindade* den Fokus auf das Vermögen überwinden wollte.

Gleichwohl ist *Cançado Trindades* Diagnose eines Spannungsverhältnisses zwischen privatrechtsanalogen Wiedergutmachungsregeln und dem Menschenrechtsschutz im Ausgangspunkt zustimmungswürdig und liegt auch dieser Arbeit zugrunde.²¹²⁰ Die Arbeit blickt auf den Menschenrechtsschutz allerdings mit der analytischen Brille der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Mit diesem Blick rückt ein anderer Aspekt als der von *Cançado Trindade* geltend gemachte in den Fokus. Aus einer öffentlich-rechtlichen Perspektive ist die überindividuelle Funktion der Menschenrechte besonders relevant, soweit sie auch Auswirkungen auf die Rechtsfolgen einer Menschenrechtsverletzung hat. Der Menschenrechtsschutz soll nicht nur den Einzelnen von Schäden reinhalten, wie es der privatrechtlichen Ausgleichslogik entsprechen würde.²¹²¹ Vielmehr sollen die Rechtsfolgen zusätzlich für alle Menschen die Achtung der Menschenrechte stärken.²¹²² Insofern zeigt sich hier eine öffentlich-rechtliche

2118 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade, 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 374 (Rn. 69) unter Verweis auf die Praxis des IAGMR, siehe hierzu oben unter § 9 B.

2119 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade, 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 376–378 (Rn. 74–80).

2120 Siehe oben unter § 2 C.

2121 Allerdings dient die menschenrechtliche Haftung auch dem Ausgleich entstandener Schäden, weil solche Ansprüche Ausfluss des Zuweisungsgehalts der Grund- bzw. Menschenrechte sind, vgl. für Art. 41 EMRK BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), *Kunduz*, NVwZ 2021, 398, 401 (Rn. 27).

2122 *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 60; vgl. auch *Reisman*, Compensation for Human Rights Violations, in: State Responsibility and the Individual, 63, 65.

Dimension des menschenrechtlichen Schadensfolgenrechts, indem es der Durchsetzung überindividueller Interessen dient.²¹²³

Für den Menschenrechtsschutz haben die vorangegangenen Kapitel insbesondere eine Tendenz festgestellt, für gewisse Menschenrechtsverletzungen keinen (substanziellen) Geldersatz zu gewähren. Inwiefern sich dieser und weitere Unterschiede zum zwischenstaatlichen Völkerrecht im Menschenrechtsschutz als öffentlich-rechtlich begreifen lassen, gilt es nun zu untersuchen. Wegen der erheblichen Unterschiede im Umfang dieser Praxis zwischen den drei regionalen Menschenrechtsgerichtshöfen²¹²⁴ sollen diese im Folgenden separat auf öffentlich-rechtliche Tendenzen untersucht werden (a) bis c)). Die Untersuchungen zum IAGMR und dem AfGMRRV beziehen zusätzlich die besonderen Ausprägungen dieser Menschenrechtsregime im Rahmen des immateriellen Schadensersatzes ein: das Lebensprojekt als eigene Schadenskategorie und die Verwendung eines Einheitsschadensersatzes.

a) Die entschädigende Feststellung des EGMR

Art. 41 EMRK ist ein spezieller Fall der Staatshaftung.²¹²⁵ Gleichwohl soll diese Vorschrift nach Auffassung der Literatur grundsätzlich den gleichen Zwecken dienen und ähnlichen Regeln unterliegen wie der privatrechtliche deliktische Schadensersatz.²¹²⁶ Eine andere Auffassung durchzieht dagegen die englische Rechtsprechung auf der Grundlage des *Human Rights Act*. Englische Gerichte haben wiederholt betont, dass sich der Zweck der menschenrechtlichen Haftung von der privatrechtlichen Haftung unterscheidet. Während erstere vornehmlich der Gewährleistung menschenrechtlicher Mindeststandards und der Wahrung der Konventionsordnung diene, ist

2123 Vgl. zu einem solchen Verständnis des öffentlichen Rechts *Becker*, NVwZ 38 (2019), 1386. Auch der Schadensersatz im Zivilrecht dient zugleich überindividuellen Interessen (der Schadensersatz sorgt zugleich dafür, dass solche Schäden in Zukunft nicht geschehen). Indes ist der Unterschied zum öffentlichen Recht, dass solche Zwecke nachrangig sind, vgl. *Larenz*, Schuldrecht AT, 1987, S. 423 f.

2124 Siehe oben unter § 12 B. II.

2125 *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 32 f.

2126 *Altwicker-Hámori/Altwicker/Peters*, ZaöRV 76 (2016), 10; ähnlich hinsichtlich der Zulässigkeit der Inspiration im Deliktsrecht *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 32 f.

letztere alleine auf den vollen Ausgleich in Geld gerichtet.²¹²⁷ Diese Rechtsprechung beruht einerseits auf der Praxis des EGMR zu Art. 41 EMRK und andererseits auf einer allgemeinen Entwicklung im englischen Recht, die Haftung für *torts* von der gerichtlichen Kontrolle hoheitlichen Handelns zu unterscheiden.²¹²⁸ Ob diese Unterscheidung in der Form trägt, wie sie englische Gerichte entwickelt haben, bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung.²¹²⁹ Sie zeigt jedenfalls, dass ein dezidiert öffentlich-rechtliches Verständnis der Entschädigungspraxis nach der EMRK möglich ist.

Für die entschädigende Feststellung ist zunächst zu beachten, dass ein solches Konstrukt (europäischen) Privatrechtsordnungen weitgehend unbekannt ist.²¹³⁰ Natürlich kennen viele Rechtsordnungen Feststellungsurteile,²¹³¹ diese haben aber in der Regel keine genугtuende Funktion.²¹³² Dies legt bereits nahe, hierin eine gegenüber privatrechtlichen Vorbildern eigenständige Ausprägung im Schadensrecht zu sehen. Über diese rechtsvergleichende Einsicht hinaus ist auch die Funktion der entschädigenden Feststellung im Rechtsschutzsystem unter der EMRK eine öffentlich-rechtliche. Sie ist eine Erscheinungsform eines verfassungsgerichtlichen Verständnisses des EGMR, wie die folgenden Ausführungen belegen.

Die Rolle des EGMR ist Gegenstand langjähriger Diskussionen, die sich im Wesentlichen zwischen dem Paradigma des individuellen Rechtsschutz-

2127 Vgl. bspw. Court of Appeal (Civil Division), *Dobson v. Thames Water Utilities Ltd.*, 2009, [2009] EWCA Civ 28, Rn. 65 (Waller LJ); Court of Appeal (Civil Division), *D v. Commissioner of Police of the Metropolis*, 2015, [2015] EWCA Civ 646, Rn. 65 (Laws LJ).

2128 *Varuhas, Damages and Human Rights*, 2016, S. 168 f.; vgl. bspw. House of Lords, *R. (on the application of Greenfield) v. Secretary of State for the Home Department*, Urteil, 2005, [2005] 1 W.L.R. 673, Rn. 18 f. (Lord Bingham).

2129 Vgl. für eine kritische Analyse dieser Rechtsprechung *Varuhas, Damages and Human Rights*, 2016, S. 235–323 und *passim*.

2130 Vgl. *Józson, Satisfaction by Finding a Violation*, in: *Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR*, 741, 766–769.

2131 Vgl. für die deutsche Rechtsordnung bspw. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO sowie die Regelungen zur Feststellungsklage in § 256 Abs. 1 ZPO und § 43 Abs. 1 VwGO.

2132 Eine solche Funktion kommt in der deutschen Rechtsordnung der Fortsetzungsfeststellungsklage (analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO) in einem gewissen Umfang zu. Wenn ein Rehabilitationsinteresse ein besonderes Feststellungsinteresse begründet (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Februar 1967, Az. I C 49.64, BVerwGE 26, 161, 168), muss dem feststellenden Urteil eine genугtuende und rehabilitierende Wirkung zukommen, vgl. zur Kompensationsfunktion der Fortsetzungsfeststellungsklage *Lindner, Die Kompensationsfunktion der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO*, NVwZ 33 (2014), 180–185, 184.

zes einerseits und der Verfassungsgerichtsbarkeit andererseits bewegen.²¹³³ Kern der Debatte ist dabei, ob der EGMR allen Beschwerdeführer*innen zu ihrem Recht verhelfen oder für die systematische Wahrung und Fortbildung der Konventionsrechte sorgen soll.²¹³⁴ Letzteres entspricht unter Zugrundelegung eines weiten, den Staat transzendierenden,²¹³⁵ Begriffs der Verfassung einer verfassungsgerichtlichen Funktion.²¹³⁶ Bei einer verfassungsgerichtlichen Konzeption seiner Funktion dient der Gerichtshof vorrangig einem Gemeinwohlinteresse, wenn er die Aufrechterhaltung der Menschenrechte in den Konventionsstaaten anstrebt. Damit entspricht diese Rolle der Idee des öffentlichen Rechts. Einen wesentlichen Anlass der Debatte um die Rolle des Gerichtshofs bildet die enorme Anzahl anhängiger Beschwerden vor dem EGMR, die zu teils erheblichen Bearbeitungszeiten für die Verfahren geführt hat.²¹³⁷ Diese Debatte ist sehr breit gefächert und kann hier nicht vertieft werden. Interessant ist sie nur insofern, als sie den Hintergrund bildet, um die Entschädigungspraxis als eine Orientierung hin zu einem verfassungsgerichtlichen Selbstverständnis zu lesen.

Im Zuge der Ausführungen zum Ersatz immaterieller Schäden verwendet der Gerichtshof häufig die Formulierung, dass es nicht die Aufgabe des Gerichts sei, wie ein “domestic tort mechanism court” zu funktionieren. Vielmehr möchte er nach Maßgabe der Billigkeit dem Umstand Rechnung tragen, dass ein Konventionsverstoß immaterielle Schäden hervorgerufen hat.²¹³⁸ Es geht also nicht vorrangig um einen vollständigen Ausgleich jedes individuellen Schadens, was dem privatrechtlichen Paradigma des

2133 Vgl. für einen Überblick der Positionen *Greer/Wildhaber*, Revisiting the Debate about ‘Constitutionalising’ the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review* 12 (2012), 655–687, 663–683.

2134 Vgl. die pointierte Zusammenfassung der beiden Pole bei *Wildhaber*, *BaltYbkIL* 3 (2003), 2.

2135 Vgl. zur Loslösung des Verfassungsbegriffs vom Staat (in Bezug auf die Konstitutionalisierungsthese) *Kadelbach/Kleinlein*, *AVR* 44 (2006), 241 f.

2136 Vgl. für ein solches Verständnis des EGMR beispielhaft *Walter*, *ZaöRV* 59 (1999), 962–966. Im deutschsprachigen Diskurs variieren die Begrifflichkeiten, mit denen die Verfassungsähnlichkeit der EMRK beschrieben wird, vgl. *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2021, § 2 Rn. 3.

2137 Vgl. zu dieser “Backlog”-Krise und möglichen Lösungsansätzen aus der Literatur exemplarisch *Wildhaber*, *Der “Backlog”* (Rückstand in der Fallbehandlung) des EGMR, in: *Hestermeyer/König/Matz-Lück/Röben/Seibert-Fohr/Stoll/Vöneyk* (Hrsg.), *Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum* (Bd. 2), 1825–1832.

2138 EGMR (GK), *Varanva and others v. Turkey (Merits and Just Satisfaction)*, 2009, Beschwerde-Nr. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90, Rn. 224.

individuellen Ausgleichs entspräche.²¹³⁹ Vielmehr möchte der Gerichtshof insgesamt die Einhaltung und Fortentwicklung der Menschenrechte sicherstellen.²¹⁴⁰ Damit positioniert sich der Gerichtshof innerhalb der Debatten um seine Funktion als ein Verfassungsgericht. Zu diesen allgemeinen Ausführungen passt auch die entschädigende Feststellung. Indem der Gerichtshof bei geringen immateriellen Schäden keinen (noch so geringen) Geldbetrag zuspricht oder eben den Antrag auf Entschädigung vollständig ablehnt,²¹⁴¹ rückt die privatrechtliche Idee des Schadensausgleichs in den Hintergrund. Der Gerichtshof verschiebt den Schwerpunkt vielmehr auf die Rechtmäßigkeitskontrolle.²¹⁴² Ein solcher Fokus auf der Konventionskonformität staatlichen Handelns gegenüber dem (Geld-) Schadensersatz ist ein Kennzeichen öffentlichen Rechts, weil er der Legalitätskontrolle und dem Gemeinwohlinteresse an der Wahrung der Menschenrechte gegenüber der individuellen Wiedergutmachung Vorrang einräumt.²¹⁴³ Dagegen entspräche es der Idee des Privatrechts im Einklang mit dem Paradigma des individuellen Rechtsschutzes, vollen Ausgleich für jeden Schaden zu gewähren.²¹⁴⁴ Zu der Deutung der entschädigenden Feststellung als öffentlich-rechtlich passt auch, dass sich die Fallgruppen einer entschädigenden Feststellung auf den gemeinsamen Gedanken einer geringfügigen Verletzungen zurückführen lassen.²¹⁴⁵ Denn bei geringfügigen Verletzungen fehlt es an einem "öffentlichem" Interesse²¹⁴⁶ an einer Geldentschädigung. So gewendet lässt sich auch die Gewährung individueller Wiedergutmachung in Fällen nicht geringfügiger Verletzungen aus einem öffentlich-rechtlichen

2139 Vgl. *Wildhaber*, BaltYbkIL 3 (2003), 5.

2140 *Varuhas*, *Damages and Human Rights*, 2016, S. 257. So haben auch englische Gerichte die Haftung für Verstöße gegen die EMRK auf der Grundlage des HRA konzipiert, vgl. bspw. Court of Appeal (Civil Division), *Dobson v. Thames Water Utilities Ltd.*, 2009, [2009] EWCA Civ 28, Rn. 42 (Waller LJ).

2141 Die entschädigende Feststellung ist keine vollständige Ablehnung des Entschädigungsantrags, siehe hierzu oben unter § 8 B. I.

2142 Siehe oben zur dogmatisch möglichen und notwendigen Unterscheidung zwischen der Feststellung der Konventionsverletzung und der entschädigenden Feststellung unter § 8 B. I.

2143 Vgl. allgemein für ein solches Verständnis öffentlich-rechtlicher Rechtsfolgen *Nollkaemper*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 547.

2144 Allerdings kennt auch das Deliktsrecht Bagatellschwellen. Das spricht allerdings nicht gegen die Deutung der Entwicklungen im Menschenrechtsschutz als öffentlich-rechtlich, siehe hierzu unten unter § 13 B.

2145 Siehe hierzu oben auf S. 280.

2146 Womit hier nichts anderes als ein überindividuelles Interesse an der Wahrung der Konventionsordnung gemeint sein soll.

Gedanken rekonstruieren. Es entspricht hier einem Interesse an der Wahrung der Konventionsordnung, dass die Geldzahlung die jeweiligen Hoheitsträger zu konventionskonformem Verhalten anhalten soll.²¹⁴⁷ In den übrigen Fällen genügt dagegen zur Wahrung der Konventionsordnung die Feststellung der Konventionsverletzung, wobei der Idee des individuellen Rechtsschutzes noch durch eine Form der Genugtuung²¹⁴⁸ Genüge getan wird.

Den Zusammenhang zwischen Gemeinwohlinteressen und entschädigender Feststellung belegt auch der Umstand, dass der EGMR bei Beschwerden gegen Gesetze und im Zusammenhang mit politischen Freiheiten häufiger zur entschädigenden Feststellung greift.²¹⁴⁹ Diese Beschwerden haben jeweils einen starken Gemeinwohlbezug und die individuelle Dimension der Konventionsverletzung tritt in den Hintergrund. Dass der EGMR hier die bloße Feststellung genügen lässt, zeigt deshalb ebenfalls die öffentlich-rechtliche Note der entschädigenden Feststellung. Insgesamt erweist sich damit die (teilweise) Abkehr vom privatrechtsanalogen Verständnis eines ausgleichenden Schadensersatzes²¹⁵⁰ hin zu einem größeren Fokus auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens als öffentlich-rechtliche Lesart des Art. 41 EMRK.²¹⁵¹

Dass die entschädigende Feststellung Ausfluss einer grundsätzlichen Orientierung hin zu einem (tendenziell) verfassungsgerichtlichen Selbstverständnis ist, bestätigt auch der Umfang, in dem der Gerichtshof hiervon Gebrauch macht. Die Häufigkeit, mit welcher der Gerichtshof eine entschädigende Feststellung im Verhältnis zu anderen Entscheidungsmöglichkeiten wählt, zeigen die Datensätze aus dem Jahr 2018 (Abbildung 6)²¹⁵²:

2147 Vgl. für eine solche Lesart nach neuseeländischem Recht Supreme Court of New Zealand, *Taunoa v. Attorney General*, 2007, [2008] 1 NZLR 429, Rn. 259 (Blanchard J).

2148 Siehe zur dogmatischen Einordnung der entschädigenden Feststellung oben unter § 8 C.

2149 Siehe hierzu oben unter § 8 B. II. 3, § 8 B. II. 4. e) und § 8 B. II. 5.

2150 So auch *Fikfak*, LJIL 33 (2020), 340; ähnlich *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741, 764.

2151 Vgl. spezifisch zur Praxis des EGMR *Wildhaber*, BaltYbkIL 3 (2003), 5, der allerdings die Vokabel "constitutional" und nicht "öffentlich-rechtlich" verwendet.

2152 Die Daten sind um die Datensätze aus dem Verfahren *Sandu and others v. Moldova and Russia* aus den oben auf S. 239 dargelegten Gründen bereinigt. Bei Einbeziehung der Entscheidung *Sandu and others v. Moldova and Russia* ergibt sich die folgende Verteilung von Entscheidungsarten im Jahr 2018: Ersatz in Geld: 94,81 %; Feststellung: 4,55 %; Absehen von einem Ausspruch: 0,37 %; Ablehnung: 0,86 %.

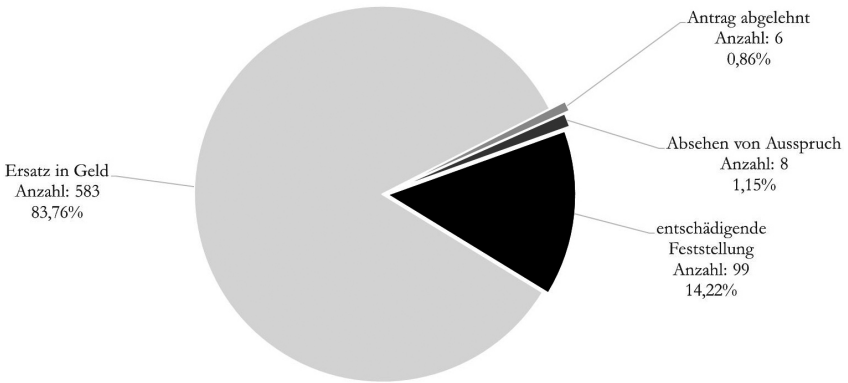


Abbildung 6: Bereinigte Gesamtverteilung der Entscheidungsarten im Jahr 2018

Mit einem Anteil von fast 15 % ist die entschädigende Feststellung eine nicht unbedeutende Rechtsfolge, obwohl sie klar im Schatten der Entschädigung in Geld steht. Allerdings gibt diese Übersicht nur eine Momentaufnahme für ein Jahr. In früheren Jahren scheinen entschädigende Feststellungen deutlich häufiger gewesen zu sein.²¹⁵³ Eine Erklärung für den Rückgang des Anteils entschädigender Feststellungen könnte die Erheblichkeitsschwelle in Art. 35 Abs. 3 lit. b EMRK geben. Denn in deren Anwendung scheiden womöglich Fälle, bei denen aufgrund der Geringfügigkeit der Verletzung eine entschädigende Feststellung zum Tragen kommen könnte, bereits im Rahmen der Zulässigkeit aus.²¹⁵⁴ Zu einer Verzerrung könnte auch der Ausschluss von Entscheidungen der Dreier-Ausschüsse aus der Untersuchung²¹⁵⁵ geführt haben, weil unter diesen die Fälle einer entschädigenden Feststellung stark vertreten sein dürften. Gleichwohl ist das Phänomen nicht unbedeutend, wenn der EGMR in fast 15 % der hier untersuchten Datensätze eine entschädigende Feststellung zuspricht. Damit ist der beschriebene Wandel des Fokus des EGMR hin zu einer stärkeren

2153 Vgl. *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 287, 290 f.; *Sharpe* in: Pettiti/Decaux/Imbert (Hrsg.), CEDH, 2. Auflage, 1999, Art. 50, S. 814, nach dem der Gerichtshof in den 108 von ihm untersuchten Fällen 42-mal die Feststellung einer Konventionsverletzung ausreichen ließ; vgl. auch die Behauptungen bei *Józson*, Satisfaction by Finding a Violation, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 741 f.

2154 Siehe hierzu bereits die Ausführungen in Fn. 1175.

2155 Siehe zum Ausschluss dieser Entscheidungen von der Untersuchung die Erklärung oben in Fn. 1102.

Rechtmäßigkeitskontrolle nicht ganz zu vernachlässigen, auch wenn die finanzielle Entschädigung nach wie vor bedeutend bleibt.

Die Neigung zu einem öffentlich-rechtlichen Selbstverständnis zeigt sich auch in der Geldentschädigungspraxis des EGMR. Wie *Fikfaks* quantitative Analyse aus dem Jahr 2020 nahelegt, sind die bestimmenden Größen für die Höhe eines immateriellen Schadensersatzes nur zu einem geringen Anteil die Umstände des Opfers und zu einem weitaus größeren Teil das Verhalten und die Umstände des beklagten Staates.²¹⁵⁶ Auch anekdotisch lässt sich dieser Befund untermauern, weil der EGMR zuweilen Beschwerdeführer*innen identische Beträge ungeachtet ihrer individuellen Umstände zuspricht.²¹⁵⁷ Zudem gewährt der Gerichtshof gerade im Fall häufiger und systematischer Konventionsverstöße besonders häufig Geldersatz, um die Staaten zu konventionskonformem Verhalten anzuhalten.²¹⁵⁸ Angesichts der verhältnismäßig geringen Entschädigungsbeträge in den einzelnen Fällen lässt sich allerdings bezweifeln, ob diese Wirkung tatsächlich eintritt.²¹⁵⁹ Nach *Fikfaks* Analyse erhalten Staaten bei einer Mehrzahl von Verletzungen einen Rabatt, sodass die Lenkungswirkung der Entschädigungszahlungen weiter abnimmt.²¹⁶⁰ Ungeachtet der tatsächlichen Wirkung der Entschädigungszahlungen gibt der Gerichtshof zu erkennen, dass er seinen Entschädigungsaussprüchen eine verhaltenssteuernde, aber keine strafende Funktion beimisst: “they [die Kriterien zur Ermittlung der Entschädigungssumme] must be such as to create a serious and effective means of dissuasion with regard to the repetition of unlawful conduct of the same type, without however assuming a punitive function.”²¹⁶¹ Damit rücken die Sanktion bereits geschehener und die Vermeidung zukünftiger Verstöße gegenüber dem Ausgleich des Schadens in den Vordergrund. Daher erscheint ein öffentlich-rechtliches Verständnis der angeordneten Rechtsfolgen naheliegend.²¹⁶² Natürlich dienen die Entschädigungen *auch*

2156 Vgl. *Fikfak*, LJIL 33 (2020), 360 f.

2157 Vgl. *Fikfak*, LJIL 33 (2020), 354.

2158 *Varuhas*, *Damages and Human Rights*, 2016, S. 258.

2159 Vgl. hierzu *Fikfak*, EJIL 29 (2019), 1091, 1107 f.

2160 Vgl. hierzu *Fikfak*, EJIL 29 (2019), 1091, 1110–1113. Allerdings zeigt sich in den Gründen für diesen “Rabatt” ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Dimension. *Fikfak* belegt anhand von Interviews, dass die Besorgnis um die Leistungsfähigkeit des Staates angesichts massenhafter Verfahren zu einer Absenkung der Entschädigungsbeiträge gegenüber der Ukraine geführt hat.

2161 EGMR (GK), *Guiso-Gallisay v. Italy*, 2009, Beschwerde-Nr. 58858/00, Rn. 85.

2162 Vgl. die Andeutungen in diese Richtung bei *Fikfak*, LJIL 33 (2020), 343, 360.

dem individuellen Ausgleich. Diesen Zweck überlagern jedoch öffentlich-rechtliche Gedanken.

Vor dem Hintergrund der Konstitutionalisierungsdebatten um den EGMR sind die intensive Anwendung der entschädigenden Feststellung und die übrige Entschädigungspraxis Belege eines öffentlich-rechtlichen (hier verfassungsrechtlichen) Verständnisses der Entschädigungsregeln. Insbesondere zeigt sich eine teilweise Abkehr vom Paradigma des vollen individuellen Ausgleichs und eine Wendung zu einer an überindividuellen Interessen ausgerichteten Entschädigungspraxis.

b) Die Praxis des IAGMR

Die Praxis des IAGMR zu immateriellen Schäden entspricht ebenfalls öffentlich-rechtlichen Vorstellungen. Natürlich schützt der IAGMR auch Individualrechte, wie nicht zuletzt das Dogma der Opferzentrierung belegt. Die Durchsetzung der Menschenrechte als Gemeinwohlinteresse nimmt vor dem IAGMR aber schon alleine wegen der Prävalenz repräsentativer Fälle systematischer und schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen einen größeren Raum ein.²¹⁶³ Aus dieser Sonderlage erklären sich einige Besonderheiten des inter-amerikanischen Menschenrechtsschutzes wie die Ergänzung um weitreichende nicht finanzielle Anordnungen oder die Begrenzung der Schadenshöhen bei einer großen Anzahl an Opfern.

Die Ausführungen zur öffentlich-rechtlichen Natur der ähnlichen Praxis des EGMR lassen sich auf die (spärliche) Praxis des IAGMR, das Urteil als eine ausreichende Genugtuung anzusehen, übertragen. Der IAGMR verwies nicht nur auf den EGMR in diesem Zusammenhang,²¹⁶⁴ sondern er stellt auch auf die geringe Schwere der Verletzungsfolgen als Voraussetzung dieser Praxis ab.²¹⁶⁵ Die Gesamtsituation des IAGMR unterscheidet sich allerdings vom EGMR. Die Anzahl anhängiger Verfahren ist deutlich geringer und die Frage einer Balance zwischen individuellem Rechtsschutz für jedes Opfer und verfassungsgerichtlichen Funktionen zur Wahrung der Konventionsordnung stellt sich für den IAGMR auf eine

2163 Vgl. *Stöckle*, Guarantees of Non-Repetition, 2021, S. 36, der von einer objektiven Rechtsschutzfunktion spricht, ebd. S. 23–46.

2164 Vgl. bspw. IAGMR, *Case of the "Street Children" (Reparations and Costs)*, 2001, Series C, No. 77, Rn. 88 (Fn. 80).

2165 Siehe oben unter § 9 B. III.

vollkommen andere Weise. Gleichwohl lässt sich der Verzicht auf eine (geringe) Entschädigung (oder die vollständige Ablehnung des Entschädigungsantrags) zugunsten der Feststellung der Konventionswidrigkeit als eine öffentlich-rechtliche Umdeutung der Rechtsfolgen lesen, weil sie die Idee des Ausgleichs gegenüber der Legalitätskontrolle und der Wahrung der Konventionsordnung zurückdrängt. Mit anderen Worten liegt im Verzicht auf eine Geldentschädigung die Wertung, dass ein Gemeinwohleresse an einer Geldzahlung zur Wahrung der Konventionsordnung nur ab einer gewissen Schwere besteht. So verstanden wird auch eine gewährte Entschädigung zu einem öffentlich-rechtlichen Instrument, dessen individuelle Ausgleichsfunktion zurücktritt. Zusätzlich ließe sich angesichts der Grenzen staatlicher Leistungsfähigkeit der Verzicht auf die Entschädigung in Geld auch als ein Entgegenkommen gegenüber den Besonderheiten des Staates als Schuldner (wegen seiner Insolvenzunfähigkeit,²¹⁶⁶ der Zweckbindung seiner Mittel und seinen (menschenrechtlich fundierten) Pflichten, für seine Bevölkerung zu sorgen)²¹⁶⁷ deuten.

Eine Gruppe der Fälle, in denen der Gerichtshof keine Geldentschädigung für immaterielle Schäden gewährt hat, ist jedoch *prima facie* nur bedingt als öffentlich-rechtliche Entwicklung rekonstruierbar: Fälle der konventionswidrigen Verhängung der Todesstrafe. Diese Fälle fallen aus dem Raster, weil sie schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen betreffen.²¹⁶⁸ In den Fällen zur Todesstrafe lehnte der IAGMR zwar eine Geldentschädigung für die Opfer ab. Jedoch ordnete er andere Maßnahmen wie die Wiederaufnahme des Verfahrens an, um auf die Menschenrechtsverletzung zu reagieren.²¹⁶⁹ D. h. dem Interesse an der Beseitigung der Menschenrechtsverletzung kommt der IAGMR nach. Angesichts der Schwere des immateriellen Leids, auf die Vollstreckung einer Todesstrafe warten zu müssen, wirkt der Verzicht auf finanzielle Entschädigungen wie ein moralisches Unwerturteil gegenüber den Opfern.²¹⁷⁰ Zwar ließe sich diese Rechtsprechungspraxis als Ausdruck austeilender Gerechtigkeit, vielleicht sogar als Ausdruck einer Gemeinwohlorientierung, rekonstruieren: Angesichts der Knappheit der Güter (staatliche Mittel) liegt hierin die Entscheidung,

2166 Vgl. zur völkerrechtlichen Rechtslage *Waibel*, *Sovereign Defaults*, 2011, S. 14 f. und *passim*; vgl. zur deutschen Rechtslage § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

2167 Vgl. *Weller*, *Die Grenze der Vertragstreue von (Krisen-) Staaten*, 2013, S. 61 f.; siehe auch unten unter § 13 A. III.

2168 Siehe oben unter § 9 B. III.

2169 Vgl. bspw. IAGMR, *Fernín Ramírez v. Guatemala*, 2005, Series C, No. 126, Rn. 130.

2170 Siehe hierzu bereits oben unter § 9 B. III.

dass es in diesen Fällen eines solchen Ersatzes zur Wahrung der Konventionsordnung nicht bedürfe. Dabei bleibt jedoch ein fader Beigeschmack, weil Menschenrechte unabhängig von der Person (und den Taten) eines Opfers gelten.²¹⁷¹

Eine klare öffentlich-rechtliche Note haben die umfangreichen nicht finanziellen Anordnungen des Gerichtshofs, weil diese teils kollektive Dimensionen haben und das zugrundeliegende strukturelle Problem abstellen sollen.²¹⁷² Diese Anordnungen stehen allerdings nicht im Vordergrund dieser Arbeit, weshalb es bei diesem Hinweis sein Bewenden haben soll. Nähere Aufmerksamkeit an dieser Stelle verdient indes die inter-amerikanische Besonderheit, das Lebensprojekt als eigenständigen Schadensposten anzuerkennen.²¹⁷³ Angesichts der vielen Unklarheiten um die Rechtsfigur ist deren Einordnung anhand der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht nicht ganz leicht. Allerdings ist der Kern dieser Rechtsfigur wohl eher ein idealtypisch privatrechtlicher, weil sie auf einen möglichst vollständigen Ausgleich des erlittenen Schadens abzielt. Die Figur ist dabei vielleicht eine der markantesten Ausprägungen des opferzentrierten Ansatzes, der das privatrechtsanaloge Erbe des Völkerrechts überwinden sollte.²¹⁷⁴ Insofern zeigt sich hier, dass die Abkehr von einer privatrechtsanalogen Konzeption des Schadensersatzes hin zu einem opferzentrierten Verständnis nicht mit einer Publizierung gleichbedeutend ist.²¹⁷⁵

Öffentlich-rechtliche Tendenzen in der Praxis zum immateriellen Schadensersatz finden sich auch in den zugesprochenen Schadensersatzsummen. Die Literatur diagnostiziert eine Tendenz des Gerichtshofs, bei einer höheren Opferzahl geringere Schadensersatzsummen als in Verfahren mit wenigen Opfern auszuwerfen.²¹⁷⁶ Der Gerichtshof soll hierdurch die Umsetzbarkeit der verhängten Schadensersatzzahlungen für den verurteilten Konventionsstaat gewährleisten.²¹⁷⁷ Diese Erwägung ist von besonderem Interesse, weil sie die allgemeinen Erwägungen zur Interessenlage bei der Haftung des Staates gegenüber Individuen spiegelt. Im Gegensatz zu

2171 Vgl. *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 297.

2172 Siehe oben für Beispiele unter § 9 B.

2173 Siehe oben unter § 9 B. II.

2174 Vgl. IAGMR, *Loayza-Tamayo v. Peru, Reparations*, 1998, Series C, No. 42, Rn. 6–12.

2175 Siehe hierzu oben unter § 13 A. II. 1.

2176 So bspw. *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 298; *Stöckle*, *Guarantees of Non-Repitition*, 2021, S. 74.

2177 *Antkowiak/Gonza*, *The American Convention on Human Rights*, 2017, S. 298.

privatrechtsanalogen zwischenstaatlichen Verfahren ist der Staat bei Individualbeschwerdeverfahren einer potentiell unüberschaubaren Anzahl von Verfahren ausgesetzt.²¹⁷⁸ Zwar ist das Verfahren vor dem IAGMR einer Individualbeschwerde lediglich in bestimmten Aspekten angenähert.²¹⁷⁹ Gleichwohl zeigt der IAGMR ein Bewusstsein für die Besonderheiten des Staates als Schuldner und die Eigenart der hoheitlichen Haftung für Menschenrechtsverletzungen. Zusätzlich hält der IAGMR Abweichungen vom Grundsatz der vollständigen und individuellen Entschädigung für menschenrechtskonform, wenn es die Anzahl an Menschenrechtsverletzungen unmöglich macht, vollständigen Ausgleich zu gewähren. Solche Situationen treten insbesondere bei der Bewältigung des Unrechts einer Diktatur oder nach einem bewaffneten Konflikt ein.²¹⁸⁰ Damit leitet das Wissen um die Besonderheit des Staates als Schuldner einer großen Vielzahl von Ansprüchen die Argumentation des Gerichtshofs, obwohl sich dessen Anwendung nicht empirisch nachweisen lässt.²¹⁸¹

Der IAGMR hat sich in seiner Praxis zum immateriellen Schadensersatz zwar deutlich an einigen Stellen vom zwischenstaatlichen Völkerrecht gelöst; allerdings haben diese Abweichungen nur zum Teil den Charakter einer öffentlich-rechtlichen Entwicklung. Soweit sie mit dem EGMR übereinstimmen, finden sich jedoch Anhaltspunkte für eine einheitliche öffentlich-rechtliche Entwicklung.

c) Die Praxis des AfGMRRV

Der AfGMRRV sah nur ganz vereinzelt von einer (substanziellen) Entschädigung für immaterielle Schäden ab. In neueren Entscheidungen ist er dazu übergegangen, eine symbolische Entschädigung in Höhe von CFA Franc 1 zu gewähren.²¹⁸² An diesen Fällen fiel auf, dass die Menschenrechtsverletzungen stets auch eine kollektive Dimension hatten, weil sie etwa Wahlen, Verfahren von Nichtregierungsorganisationen oder die Durchsetzung der

2178 Siehe hierzu bereits oben unter § 2 C. II.

2179 Siehe hierzu oben unter § 9 A.

2180 *Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 232 unter Verweis auf IAGMR, *Operation Genesis v. Colombia*, 2013, Series C, No. 270, Rn. 470.

2181 *Gonzalez-Salzberg*, Harvard Human Rights Journal 34 (2021), 103 f.

2182 Siehe oben unter § 10 B. II.

Urteile des AfGMRRV betrafen.²¹⁸³ Mit anderen Worten sah der Gerichtshof von einer (substanziellen) Entschädigung ab, wenn die Auswirkungen der Menschenrechtsverletzung auf die Allgemeinheit zwar schwerwiegend waren, aber nicht für die Beschwerdeführer*innen persönlich. Diese waren also vor allem Vertreter*innen eines Gemeinwohlinteresses. So verstanden lässt sich der Verzicht auf eine (substanzielle) Geldentschädigung als eine öffentlich-rechtliche Entwicklung lesen, weil der Gerichtshof hier der Legalitätskontrolle Vorrang vor einem vollständigen Ausgleich einräumt, also das Gemeinwohlinteresse über die individuelle Schadloshaltung stellt. Insofern lassen sich die Überlegungen zum EGMR und dem IAGMR übertragen. Insbesondere hatte der AfGMRRV in seiner ersten Entscheidung, in der er die Feststellung der Menschenrechtsverletzung noch als Genugtuung genügen ließ, auf die Praxis des IAGMR verwiesen.²¹⁸⁴ Daher steht diese Entwicklung im Zusammenhang mit der Praxis der beiden anderen großen Menschenrechtsgerichtshöfe.

Der Gerichtshof erlegt Verletzterstaaten bspw. Gesetzesreformen als Folge festgestellter Menschenrechtsverletzungen auf.²¹⁸⁵ Diese Anordnungen nimmt der Gerichtshof mittlerweile auch in den operativen Teil der Entscheidungen zur Wiedergutmachung auf.²¹⁸⁶ Damit haben die nicht finanziellen Anordnungen des AfGMRRV – ebenso wie die vergleichbare Praxis des IAGMR – eine über den individuellen Fall hinausgehende Wirkung, die auf die umfassende Umsetzung der Menschenrechtsgarantien zielt. Damit nimmt der Gerichtshof insoweit auch dem öffentlichen Recht zuzurechnende Funktionen wahr.

An anderer Stelle wurde bereits ausgeführt, dass der AfGMRRV für die Verletzung des Rechts auf einen rechtlichen Beistand aus Art. 7 Abs. 1 lit. c AfCMRRV immer die gleiche Entschädigungssumme auswirft.²¹⁸⁷ Da diese Fälle einen erheblichen Teil der Entscheidungen

2183 Vgl. AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011; AfGMRRV, *AFDF and IHRDA v. Mali*, 2018, Beschwerde-Nr. 046/2016; siehe auch insbesondere oben auf S. 332 f.

2184 Vgl. AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 37 (Fn. 12). Der AfGMRRV verwies zusätzlich auf die Entscheidung des IGH im *Corfu-Channel-Fall*, d. h. auf das zwischenstaatliche Völkerrecht. Welche Folgen hieraus für die Charakterisierung der Praxis zu ziehen sind, soll unten unter § 13 B. näher erläutert werden.

2185 Vgl. bspw. AfGMRRV, *AFDF and IHRDA v. Mali*, 2018, Beschwerde-Nr. 046/2016,

2186 *Capone*, *The International Journal of Human Rights* 24 (2020), 585 f.

2187 Siehe oben unter § 10 B. III.

des AfGMRRV ausmachen, ist diese Entschädigungsform ein prägender Bestandteil der Gerichtspraxis. Auch diese lässt sich als eine öffentlich-rechtliche Nuancierung der Entschädigung immaterieller Schäden lesen. Immaterielle Schäden in Geld zu ersetzen entspricht grundsätzlich der Logik des individuellen Ausgleichs.²¹⁸⁸ Daher ist der immaterielle Schadensersatz eher privatrechtlich. Das Paradigma des individuellen Ausgleichs würde allerdings verlangen, dass jeder Fall nach seinen konkreten Umständen (Ausmaß des Leids etc.) behandelt wird. Dies tut der Gerichtshof aber gerade nicht. Angesichts der Vielzahl dieser Fälle mag das Vorgehen auch der Arbeitserleichterung und Rationalisierung geschuldet sein; indes scheint eine andere Erklärung plausibler. Den Verfahren liegt ein strukturelles Problem zugrunde: Tansania verweigerte Beschuldigten in Strafverfahren systematisch einen (kostenlosen) Rechtsbeistand. Dass der AfGMRRV in dieser Situation dieselbe Summe ungeachtet des konkreten Leids der Opfer zuspricht, lässt sich als eine Botschaft an Tansania lesen. Die Geldsummen sollen Tansania zur Befolgung seiner menschenrechtlichen Verpflichtungen anhalten, d. h. konkret zur Gewährleistung eines kostenlosen Rechtsbeistands für Beschuldigte in Strafverfahren. Die Entschädigungssumme wird somit zu einem Zwangsgeld, das Tansania zur Rechtstreue bewegen soll. Folglich ist das übergreifende Gemeinwohlinteresse an der Verwirklichung der Menschenrechte der AfCMRRV das Motiv dieser Entschädigungspraxis. Diese lässt sich daher als Ausdruck öffentlich-rechtlicher Gedanken rekonstruieren.

Der Menschenrechtsschutz verfolgt nicht nur allgemein über den Einzelnen hinausgehende Gemeinwohlinteressen, sondern es zeigt solche öffentlich-rechtlichen Tendenzen konkret in der Praxis zum Ersatz immaterieller Schäden. Insbesondere lässt sich das Absehen von einer (substanziellen) Geldentschädigung in Fällen einer individuell geringfügigen Verletzung der Menschenrechte als eine öffentlich-rechtliche Variation der Schadensfolgen lesen. Im Zuge dieser Variation rückt die Rechtmäßigkeitskontrolle in den Fokus, sofern an einer Geldentschädigung kein öffentliches, d. h. übergeordnetes, Interesse an der Verteidigung der Konventionsordnung besteht. Wegen der Bezugnahmen des IAGMR und des AfGMRRV auf die

2188 Allerdings kann auch die Geldentschädigungspraxis des EGMR öffentlich-rechtlich rekonstruiert werden, siehe oben unter § 13 A. II. 1. a).

europäische bzw. inter-amerikanische Praxis liegt hierin eine gemeinsame Entwicklung im Menschenrechtsschutz, die von den jeweiligen Vertragsnormen (Artt. 41 EMRK, 63 Abs. 1 IAMRK, 27 Abs. 1 Protokoll AfGMRRV) zu den Rechtsfolgen einer Menschenrechtsverletzung unabhängig ist.

2. Investitionsschutzrecht

Im Gegensatz zum Menschenrechtsschutz erfordert die Einordnung des Investitionsschutzrechts als öffentlich-rechtlich einen größeren Argumentationsaufwand. Das Investitionsschutzrecht greift auf Konfliktlösungsmittel der (Handels-) Schiedsgerichtsbarkeit für verwaltungsrechtsähnliche Streitigkeiten im Rahmen eines (im Wesentlichen) völkerrechtlichen Rechtsrahmens zurück. Damit mischen sich schon auf den ersten Blick verschiedene Einflüsse im Investitionsschutzrecht. Daher verwundert es nicht, dass die Natur dieses Rechtsgebiets lebhaft umstritten ist.²¹⁸⁹ Für die Arbeit ist alleine entscheidend, dass das Investitionsschutzrecht *auch* Charakteristika der Regelungssituation des öffentlichen Rechts aufweist: die Regelung eines Über-Unterordnungsverhältnisses und den Streit um die Reichweite hoheitlicher Befugnisse.²¹⁹⁰ Aber es ähnelt nicht nur strukturell dem öffentlichen Recht, sondern es verfolgt auch Ziele, die den Grundideen des öffentlichen Rechts (austeilende Gerechtigkeit; Gemeinwohlbindung; Begründung und Begrenzung staatlicher Macht) entsprechen. Das Investitionsschutzrecht diszipliniert nicht nur die Ausübung staatlicher Gewalt und setzt ihr rechtsstaatliche Grenzen,²¹⁹¹ sondern es verfolgt auch über den Schutz der Investitionen hinausgehende Zwecke. Wie sich aus den Formulierungen der Präambeln einiger BITs ergibt, dienen diese der Herstellung guter Investitionsbedingungen zur Förderung der Gesamtwirtschaft der Vertragsstaaten.²¹⁹² Auch der Schutz der Investor*innen dient lediglich

2189 Vgl. hierzu *Roberts*, AJIL 45 (2013), 45–94; siehe auch oben auf S. 83.

2190 Vgl. *Schill*, Introduction, in: International Investment Law and Comparative Public Law, 3, 15 und 17; siehe auch oben unter § 2 C. I.

2191 Vgl. *Dolzer/Kriebaum/Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2022, S. 32; vgl. auch *Schill*, VJIL 52 (2011–2012), 59.

2192 Vgl. bspw. die Präambel des Deutschen Muster BIT: “recognizing that the encouragement and contractual protection of such investments are apt to stimulate private business initiative and to increase the prosperity of both nations”, Bundeswirtschaftsministerium, Deutscher Muster Investitionsschutzvertrag, 2008, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ital1025.pdf> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

diesem Zweck.²¹⁹³ Ihr Ziel und Zweck (“object and purpose”) im Sinne von Art. 31 Abs. 1 WVRK²¹⁹⁴ ist also gemeinwohlorientiert. Nach einem solchen Verständnis entspricht das *Telos* des Investitionsschutzrechts öffentlich-rechtlichen Ideen und ähnelt nicht nur der Regelungssituation des innerstaatlichen Verwaltungsrechts.

Diese allgemeinen Erwägungen zur öffentlich-rechtlichen Charakteristik des Investitionsschutzrechts können wir auf die Praxis zum immateriellen Schadensersatz übertragen. Die Voraussetzung “außergewöhnlicher Umstände” lässt sich als Ausfluss öffentlich-rechtlicher Gedanken rekonstruieren, weil sie den immateriellen Schadensersatz zu einem Instrument der austeilenden Gewalt macht und zugleich Gemeinwohlintressen in den Vordergrund rückt. Beide Aspekte ergeben sich aus der Formulierung der *Lemire*-Formel.²¹⁹⁵ Das Schiedsgericht knüpft den Ersatz immaterieller Schäden letztlich an einen Verstoß gegen die Normen, die zivilisierte Staaten zu achten haben.²¹⁹⁶ Darin schwingt nicht nur ein moralischer Unterton mit. Vielmehr bewirkt die Verknüpfung immateriellen Schadensersatzes mit dieser Voraussetzung, dass der immaterielle Schadensersatz zu einer Sanktion für besonders missbilligenswertes staatliches Verhalten wird.²¹⁹⁷

2193 Vgl. für eine solche Auslegung des Ziels und Zwecks eines BIT *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Teilschiedsspruch, 17. Mai 2006, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/961> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 300; vgl. auch für die Verfolgung ordnungspolitischer Interessen durch das Investitionsschutzrecht *Schill*, *VJIL* 52 (2011–2012), 59 und 72 f.; vgl. zu den unterschiedlichen Auffassungen zum Sinn und Zweck investitionsschutzrechtlicher Verbürgungen (Schutz von Investition und Investor*in oder Förderung des Gemeinwohls durch ausländische Investitionen) *Roberts*, *AJIL* 45 (2013), 51.

2194 Vgl. ICSID, *Siemens A.G. v. the Argentine Republic*, Entscheidung (Jurisdiction), 3. August 2004, Case No. ARB/02/8, Rn. 81; vgl. weiterführend zur Rolle teleologischer Auslegung im Investitionsschutzrecht *Reinisch*, Interpretation, in: Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, 372–410, 396–401.

2195 Allerdings bezieht sich die Entscheidung an dieser Stelle im Gegensatz zu anderen Passagen nicht ausdrücklich auf das öffentliche Recht einzelner Staaten oder öffentlich-rechtliche Gedanken, vgl. ICSID, *Lemire v. Ukraine*, *Jurisdiction*, 2010, Case No. ARB/06/18, Rn. 505 f.; vgl. für eine eingehende Analyse rechtsvergleichender Argumente in der Investitionsschiedspraxis *Peat*, *Comparative Reasoning*, 2019, S. 119–127.

2196 ICSID, *Lemire v. Ukraine*, 2011, Case No. ARB/06/18, Rn. 333.

2197 Ebenso von *Bargen*, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 116; ebenfalls für eine Verquickung kompensatorischer und sanktionierender Elemente *Champagne*, *McGill Journal of Dispute Resolution* 1 (2015), 38; vgl. auch ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15,

Der immaterielle Schadensersatz dient in diesem Falle nicht mehr nur dem Ausgleich eines entstandenen Leids, weil es hierzu einer solchen Qualifikation der Verletzungshandlung nicht bedürfte. Vielmehr wird der immaterielle Schadensersatz wegen dieser Voraussetzung zu einem Signal an den Verletzterstaat, gewisse Mindeststandards zu wahren. Umgekehrt führt diese Verknüpfung in Fällen der Nichtgewährung eines immateriellen Schadensersatzes dazu, dass trotz eines immateriellen Schadens kein Geldersatz anfällt. Dahinter scheint die Wertung zu stehen, dass hier kein (Sanktions-)Bedürfnis für einen Ersatz besteht.²¹⁹⁸ Folglich wird der immaterielle Schadensersatz zur Sanktion, also zum Ausfluss austeilender Gewalt. Ein öffentlich-rechtlicher Bezug der *Lemire*-Formel wird umso klarer, wenn man sie mit dem oben angeführten Zweck investitionsschutzrechtlicher Verträge (die Förderung der Gesamtwirtschaft der Vertragsstaaten) in Beziehung setzt: Nur bei schwerwiegenden Verletzungen bedarf es des immateriellen Schadensersatzes, um den jeweiligen Staat zur Aufrechterhaltung rechtsstaatlicher Investitionsbedingungen zu bewegen. Hiermit verfolgt der immaterielle Schadensersatz durch seine Ausgestaltung in der *Lemire*-Formel einen Gemeinwohlzweck. Insgesamt stellt sich die Verquickung des immateriellen Schadensersatzes mit der Formulierung der *Lemire*-Formel als Ausdruck öffentlich-rechtlicher Gedanken dar, weil sie Ausdruck austeilender Gerechtigkeit und gemeinwohlorientiert ist.²¹⁹⁹

Allerdings sollte der sanktionierende Charakter des immateriellen Schadensersatzes nach der *Lemire*-Formel nicht zu der Schlussfolgerung verleiten, die Schiedsgerichte würden einen Strafschadensersatz gewähren. Zwar ist ein Vorwurf in der Literatur, die Schiedspraxis habe ungerechtfertigter

Rn. 916 im Kontext der Gewährung immateriellen Schadensersatzes für das Leid der Angestellten einer Schiedsklägerin; vgl. allgemein zu dieser Funktion des immateriellen Schadensersatzes im Investitionsschutzrecht *Dumberry*, *Journal of International Arbitration* 27 (2010), 275; zustimmend *Blake*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 381.

2198 So ausdrücklich ICSID, *OI Europe v. Venezuela*, 2015, Case No. ARB/11/25, Rn. 915 f.; in eine ähnliche Richtung tendierend *Oxus Gold v. Uzbekistan*, 2015, abrufbar unter: <https://www.italaw.com/cases/781> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 900.

2199 Vgl. die ähnlichen Erwägungen zur Funktion eines immateriellen Schadensersatzes bei *Blake*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 381. Allerdings lehnt *Blake* erhöhte oder zusätzliche Voraussetzungen zum Ersatz immaterieller Schäden ab.

Weise immateriellen Schadensersatz und Strafschadensersatz vermengt.²²⁰⁰ Wichtig ist aber, dass der immaterielle Schaden nach der *Lemire*-Formel nur *zusätzlich* eine solche sanktionierende Funktion erhält. Ein immaterieller Schaden muss weiterhin bestehen. Deshalb ist die zutreffende Charakterisierung, dass der Ausgleichsgedanke um sanktionierende Elemente ergänzt wird. In der Folge ist der Ersatz kein (reiner) Strafschadensersatz trotz der Überschneidungsmengen zwischen Strafschadensersatz und immateriellem Schadensersatz.²²⁰¹

Die Bindung des Geldersatzes an die Schwere der Verletzung lässt sich noch auf einem weiteren Weg als spezifisch öffentlich-rechtlich lesen. Wie bereits mehrfach angeführt, ist der Staat ein besonderer Deliktsschuldner, weil sein Handeln dem Gemeinwohl dienen soll und seine Haftungsmasse gleichzeitig Gemeinwohlbindungen unterliegt.²²⁰² Indem die Haftung des Staates für hoheitliches Handeln begrenzt wird, trägt die Regel diesen Besonderheiten Rechnung. Dieser allgemeine Gedanke lässt sich in diversen innerstaatlichen Staatshaftungsregimen nachweisen²²⁰³ und erlaubt ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Rekonstruktion der Schiedspraxis.

Gegen die vorgeschlagene Rekonstruktion spricht allerdings, dass die einzige²²⁰⁴ inhaltliche Begründung der Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände auf ein klassisches privatrechtliches Argument zurückgreift. Im

2200 Vgl. *Laird*, ICSID Review 26 (2011), 183; ähnlich *Champagne*, McGill Journal of Dispute Resolution 1 (2015), 37 f.; vgl. auch *Jagusch/Sebastian*, Arbitration International 29 (2013), 60 f.; *Moyano García*, Journal of International Dispute Settlement 6 (2015), 496 f. In eine ähnliche Richtung tendiert *Lattys* Stellungnahme (*Latty*, AFDI 54 (2008), 501), der allerdings alleine die subjektiven Kriterien, die in *Desert Line v. Yemen* angeführt werden, thematisiert. Ansatzweise ebenso *Cabrera*, Moral Damages in Investment Arbitration, in: Investment Treaty Arbitration and International Law, 197, 212. Die Formulierungen in der Schiedspraxis bieten hierfür tatsächlich gewisse Anhaltspunkte, vgl. ICSID, *Siag and Vecchi v. Egypt*, 2009, Case No. ARB/05/15, Rn. 545.

2201 Siehe oben unter § 5 B. III.

2202 Freilich entspricht es auch dem Gemeinwohl, für rechtswidriges Verhalten Ersatz zu leisten. Insoweit wirkt sich aus, dass das Gemeinwohl ein ausfüllungsbedürftiger und offener Begriff ist. Allerdings ist die Besonderheit, dass der Staat (anders als private Deliktsschuldner*innen) im Rahmen seiner Schutzpflichten die Menschenrechte aller Bürger*innen gewährleisten muss. Folglich stehen sich bei der staatlichen Haftung konfligierende Positionen gegenüber, die eines Ausgleichs bedürfen, vgl. *Oliphant*, The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, in: The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective, 849, 860 f.

2203 Siehe oben unter § 13 A. I.

2204 Siehe oben unter § 11 B. III. 1.

Fall *Arif v. Moldova* hatte das Schiedsgericht moniert, dass es das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien und die Verteilung der Risiken zwischen diesen erheblich verschieben würde, für jedes “sentiment of frustration and affront with the victim”²²⁰⁵ einen zusätzlichen Schadensbetrag zu gewähren. In diesen Ausführungen klingt ein klassisches Argument nationaler Privatrechtsordnungen gegen die Anerkennung immateriellen Schadensersatzes für die vertragliche Nicht- oder Schlechtleistung an.²²⁰⁶ Allerdings hat sich, wie oben herausgearbeitet, der Maßstab aus der Entscheidung *Arif v. Moldova* gerade nicht durchgesetzt.²²⁰⁷ Daher sind diese Erwägungen für die Ratio der Voraussetzung “außergewöhnlicher Umstände” nicht repräsentativ. Hinzu kommt, dass ein wesentlicher Schlüssel zum Verständnis der Praxis in der konkreten Formulierung der *Lemire*-Formel liegt, die sich gegenüber dem Vorschlag des Schiedsgerichts im *Arif*-Fall durchgesetzt hat. Damit greifen solche Bedenken gegen eine öffentlich-rechtliche Rekonstruktion der *Lemire*-Formel nicht durch.

Dass die Praxis zum immateriellen Schadensersatz von überindividuellen Gedanken getragen ist, zeigt sich auch in der an anderer Stelle näher diskutierten Erscheinung, im Investitionsschutzrecht Investor*innen für die immateriellen Schäden ihrer Angestellten zu entschädigen. Diese dogmatisch nur schwer begründbare Praxis²²⁰⁸ offenbart ein öffentlich-rechtliches Verständnis des Schadensersatzes als Sanktion, d. h. Ausdruck austeilender Gewalt. Wie das Schiedsgericht im *von-Pezold*-Fall ausführte, diene der immaterielle Schadensersatz für das Leiden der Angestellten auch der Verurteilung des Verhaltens des beklagten Staates (“condemning the actions of the offending State”).²²⁰⁹ Folglich greift das Schiedsgericht auf spezial- und generalpräventive Gedanken zurück, um diese waghalsige Konstruktion zu rechtfertigen. Unabhängig von der Überzeugungskraft dieser Erwägung belegt sie, dass den immateriellen Schadensersatz in geringerem Maße die privatrechtliche Idee des Ausgleichs und in stärkerem Maße übergreifende Interessen an der Wahrung rechtsstaatlicher Mindeststandards durch die jeweiligen Vertragsstaaten prägen.

2205 ICSID, *Arif v. Moldova*, 2013, Case No. ARB/11/23, Rn. 592.

2206 Vgl. *Rogers*, Art. 10:301 Non-Pecuniary Damage, in: *Principles of European Tort Law*, 171, 173 f.

2207 Siehe hierzu oben unter § 11 B. III. 2.

2208 Siehe oben unter § 11 B. II. 3.

2209 ICSID, *Rüdiger von Pezold et al. v. Zimbabwe*, 2015, Case No. ARB/10/15, Rn. 916.

Bei allen Unterschieden zwischen den drei großen regionalen Menschenrechtsschutzsystemen und dem Investitionsschutzrecht lassen sich in der Handhabung immateriellen Schadensersatzes Anhaltspunkte für die Verwirklichung öffentlich-rechtlicher Gedanken finden. Dies gilt insbesondere für die festgestellte Mindestschwere der Verletzung als Voraussetzung des immateriellen Schadensersatzes in allen Teilgebieten. Trotz der jeweils unterschiedlichen Höhen der Schwelle²²¹⁰ lässt sich diese als öffentlich-rechtlich rekonstruieren. Denn in ihr steckt erstens die Wertung, dass erst ab einer gewissen Schwere der Ausgleich in Geld für die Verteidigung und Aufrechterhaltung der jeweiligen Regeln notwendig ist. Zweitens lässt sich die Begrenzung der finanziellen Haftung des Staates als ein Entgegenkommen gegenüber den Besonderheiten des Staates als Schuldner verstehen. Drittens hat der Rückgriff auf eine Feststellung bzw. einen symbolischen Schadensersatz eine öffentlich-rechtliche Dimension, weil darin eine Wendung hin zu einer Rechtmäßigkeitskontrolle, anstatt eines Regimes zum Schadensausgleich liegt. Letzterem würde es entsprechen, entweder noch so geringe Schäden auszugleichen oder in diesen Fällen den Entschädigungsantrag des Opfers vollständig abzulehnen. Jedoch ist eine Tendenz zu alternativen Schadensfolgen für das Investitionsschutzrecht nicht eindeutig nachweisbar.²²¹¹ Insgesamt sprechen jedoch anhand der in § 2 entwickelten Charakteristika des öffentlichen Rechts gute Gründe dafür, in der beobachteten Entwicklung Anhaltspunkte für die Publizierung der Privatrechtsanalogie immaterieller Schadensersatz zu sehen.

III. Öffentliches Recht und Totalreparation

Wenn die Arbeit damit den teilweisen Verzicht auf eine vollständige Schadenshaltung in Geld als Ausdruck des öffentlichen Rechts "adelt", muss sie sich fragen lassen, ob nicht gerade der Staat vollumfänglich haften müs-

2210 Siehe oben unter § 12 B. II.

2211 Siehe oben unter § 11 B. III. 4.

se.²²¹² Immerhin ist die Staatshaftung Ausfluss der Rechtsstaatlichkeit²²¹³ und der Grundrechte.²²¹⁴ In *Bydlinskis* Worten ließe sich daher entgegenhalten: “Ein Staat hat als Schadenersatzpflichtiger ja gewiss keinen hoheitlichen Vorrang.“²²¹⁵ Zudem soll die Verletzung durch den Staat einen noch größeren (immateriellen) Schaden hervorrufen können als die Schädigung durch eine andere Privatperson: eben weil der Staat Garant der Rechtsordnung ist, soll ein Rechtsverstoß durch den Staat besonders frustrierend sein.²²¹⁶

Dieser Einwände ungeachtet ist die Haftung des Staates in vielen Staaten auf die eine oder andere Art und Weise begrenzter als die deliktische Haftung.²²¹⁷ Das lässt sich richtigerweise als Ergebnis einer Abwägung konfligierender Positionen erklären. Denn der Staat ist, wie bereits mehrfach betont, auch insofern ein besonderer Deliktsschuldner, als er für sein hoheitliches Handeln einerseits besondere Befugnisse (nämlich einseitig verbindlich zu handeln) zum gemeinen Wohl gebraucht und seine Haftungsmasse andererseits auch dem Gemeinwohl (und der Erfüllung menschenrechtlicher Pflichten) dient.²²¹⁸ Angewendet auf die Menschenrechte bedeutet das Folgendes (wobei für das Investitionsschutzrecht mit anderer Gewichtung vergleichbare Argumente in Anschlag gebracht werden können): So wichtig der Ersatz bei schweren (Menschen-) Rechtsverletzungen auch ist, die Entschädigungspflicht für Völkerrechtsverletzungen ist keine Norm des zwingenden Völkerrechts.²²¹⁹ Folglich sind Abweichungen

2212 Allerdings kennt auch die privatrechtliche Haftung Bagatellgrenzen. Daher mag die menschenrechtliche Geringfügigkeitsschwelle im Vergleich zum Deliktsrecht nicht immer eine Einschränkung der Geldentschädigung bedeuten. Gleichwohl unterscheiden sich die tragenden Erwägungen. Gerade das Investitionsschutzrecht setzt allerdings eine deutlich höhere Schwelle als Bagatellen, siehe hierzu näher unten unter § 13 B.

2213 *Papier/Shirvani* in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Lieferung 91 2020, Art. 34 Rn. 12; vgl. für Europa *Dörr*, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, I.

2214 BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), *Kunduz*, NVwZ 2021, 398, 400 (Rn. 24); BVerfG, NVwZ 2022, 1722, 1724 f. (Rn. 84–87); *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, *passim*; siehe auch die Nachweise oben in Fn. 234 f.

2215 *Bydlinski*, Methodologische Ansätze zum Schadenersatzrecht der EMRK, in: Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 129, 208.

2216 Vgl. *Oskierski*, Schadenersatz im Europäischen Recht, 2011, S. 70.

2217 Siehe oben unter § 13 A. I.

2218 Siehe hierzu oben unter § 2 C. II.

2219 Vgl. IGH, *Jurisdictional Immunities of the State*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 99, 141 (Rn. 94).

vom Grundsatz des vollen Ausgleichs möglich und gerade bei massenhaften und systematischen Menschenrechtsverletzungen auch aus Sicht der Menschenrechte zulässig.²²²⁰ Das macht eine Kontrollüberlegung plausibel: Wenn es ein menschenrechtliches Recht auf Wiedergutmachung gibt, dann ist es wie jedes Menschenrecht auch einschränkbar. Folglich kann ein Menschenrecht auf Wiedergutmachung zum Erreichen legitimer Ziele eingeschränkt werden, wozu bei massenhaften Menschenrechtsverletzungen auch die finanziellen Grenzen des Staates sowie konfligierende Rechte Dritter (Gewährleistung der Menschenrechte Dritter und die Erfüllung anderer wichtiger Staatsaufgaben) zählen können.²²²¹ So verstanden ist eine Abkehr vom Grundsatz der Totalreparation mit einer öffentlich-rechtlichen Lesart der Rechtsfolgen eines Völkerrechtsverstößes kompatibel.

Diese allgemeinen Erwägungen erklären aber noch nicht, warum die Entscheidungspraxis gerade im Rahmen des immateriellen Schadensersatzes und nicht beim materiellen Schadensersatz Abstriche macht.²²²² Eine Erklärung hierfür könnte in der Eigenart immaterieller Schäden liegen, in Geldsummen nur schwer fassbar zu sein. Ihre Übersetzung in einen Geldbetrag ist daher hochgradig irrational und willkürlich.²²²³ Richtigerweise erklärt sich die Höhe alleine aus Konventionen.²²²⁴ Zwar liefert die Schwierigkeit der Berechnung kein grundsätzliches Argument gegen das Ausbleiben einer Entschädigung.²²²⁵ Jedoch mögen die Schwierigkeiten bei der Monetarisierung den Anlass bieten, gerade bei diesem Schadensposten die Notwendigkeit eines Geldersatzes gegenüber anderen Interessen zurückstehen zu lassen.

2220 Siehe für die inter-amerikanische Praxis oben unter § 9 B. I. 3.

2221 Vgl. *Peters*, Conclusion, in: *Reparation for Victims of Armed Conflict*, 265, 272. Ähnliche Erwägungen gelten *mutatis mutandis* für innerstaatliche Rechtsordnungen. Wenn aus den Grundrechten auch eine Haftung folgt, wie das BVerfG seit Kurzem für die deutsche Rechtsordnung annimmt (siehe die Nachweise oben in Fn. 234), ist deren Ausgestaltung Ergebnis einer Abwägung konfligierender Grundrechte und Interessen, BVerfG, NVwZ 2022, 1722, 1725 (Rn. 90).

2222 Siehe zur alternativen Erwägung, dass das Völkerrecht hier lediglich auf das Problem der Identifizierung ersatzfähiger Schäden eine mit Privatrechtsordnungen vergleichbare Lösung gefunden hat unten unter § 13 B.

2223 Vgl. *Rogers*, Comparative Report, in: *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, 245, 247 f., der solche Einwände allerdings relativiert.

2224 Siehe die Nachweise oben in Fn. 765.

2225 Deutsch-Amerikanische Gemischte Schiedskommission, *Lusitania*, 1923, RIAA VII, 32, 40; so auch *Rogers*, Comparative Report, in: *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, 245, 248.

Insgesamt steht die vorgeschlagene Lesart der Entwicklungen im individualberechtigenden Völkerrecht damit nicht im Konflikt zu öffentlich-rechtlich fundierten Begründungen völkerrechtlicher Wiedergutmachungspflichten.

B. Alternative Erklärungsmuster

Die vorangegangenen Abschnitte haben eine öffentlich-rechtliche Lesart der festgestellten Ausdifferenzierung des Völkerrechts in der Behandlung immaterieller Schäden vorgeschlagen. Diese Ausführungen kontrastieren die beiden folgenden Absätze mit zwei anderen möglichen Lesarten der Entwicklungen. Einerseits ließe sich überlegen, ob das Völkerrecht nicht lediglich eine Bagatellschwelle inkorporiert hat, wie sie viele nationale Deliktsrechtsregime für den Ersatz immaterieller Schäden kennen.²²²⁶ In diesem Fall würde sich in der völkerrechtlichen Praxis lediglich ein allgemeiner Rechtsgedanke verwirklichen, der weder privat- noch öffentlich-rechtlich ist. Andererseits ließe sich eine Parallele zum zwischenstaatlichen Völkerrecht ziehen, das in Gestalt der Genugtuung (Art. 37 ARSIWA) ein vergleichbares Instrument für immaterielle Schäden eines Staates kennt. Insofern ließe sich von einer Anknüpfung an eine völkerrechtliche Entwicklung sprechen.

Wie viele andere Deliktsrechtsregime ersetzt auch das deutsche Haftungsrecht geringfügige immaterielle Schäden nicht.²²²⁷ Auch für Staatshaftungsrechtsregime stellte *Bleckmann* auf der Grundlage rechtsvergleichender Studien eine solche Schwelle fest.²²²⁸ Letztlich stellt sich jeweils die Frage, wo die Grenze zwischen ersatzfähigen immateriellen Schäden und hinzunehmenden Unannehmlichkeiten liegt. Gerade die schwer fassbare Natur immaterieller Schäden macht diese Grenzziehung notwendig

2226 *Somers*, The ECHR as an Instrument of Tort Law, 2018, S. 142. *Somers* mutmaßt außerdem, dass eine De-Minimis-Regel jedem innerstaatlichen Deliktsrecht (jedenfalls für den Ersatz immaterieller Schäden) inhärent sei, ebd. S. 143.

2227 BGH, Urteil vom 11. November 1997, Az. VI ZR 376/96, BGHZ 137, 142, 146 f.; *Grüneberg* in: *Grüneberg* (Hrsg.), BGB, 82. Auflage, 2023, § 253 Rn. 14. Vgl. für europäische Rechtsordnungen *Rogers*, Art. 10:301 Non-Pecuniary Damage, in: *Principles of European Tort Law*, 171, 175; siehe auch den Nachweis oben in Fn. 2226.

2228 *Bleckmann*, Art und Umfang der Wiedergutmachung, in: *Mosler* (Hrsg.), Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe, 1967, 780–788, 785.

und eine Bagatellschwelle bietet hierfür einen Lösungsansatz.²²²⁹ Alle diese Erwägungen legen nahe, dass eine Bagatellschwelle für den Ersatz immaterieller Schäden ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist, der dem Recht immanent ist.²²³⁰ Dieser – so ließe sich erwägen – sei nicht im zwischenstaatlichen Völkerrecht aufgekommen, weil hierfür kein Bedürfnis bestand. Durch die Mediatisierung des Einzelnen kamen solche Fälle in der Regel nicht vor völkerrechtliche Streitbeilegungsgremien.

Allerdings übersieht eine solche Argumentation die unterschiedlichen Motivationen für eine solche Schwelle. Für die Erwägungen einer entsprechenden Schwelle in innerstaatlichen Rechtsordnungen mögen stellvertretend die Ziele des deutschen Gesetzgebers stehen, der eine entsprechende Regel gesetzlich verankert wollte: Der Gesetzgeber wollte die Justiz entlasten, eine Konzentration auf schwere Verletzungen bewirken und eine Abwälzung solcher Schäden auf die Versicherten verhindern.²²³¹ Diese Zwecke weisen zwar alle einen Gemeinwohlbezug (Funktionsfähigkeit der Justiz) auf bzw. sind Ausdruck austeilender Gewalt. Indes zeigt sich in dieser Charakterisierung nur, dass auch das Privatrecht öffentlich-rechtliche Zwecke verfolgt. Allerdings lassen sich die öffentlich-rechtlichen Zwecke, welche die obigen Abschnitte für die jeweiligen Teilbereiche des Völkerrechts identifiziert haben, von den Zwecken einer privatrechtlichen Regel unterscheiden. Obige Abschnitte hatten einen Zusammenhang zwischen dem übergeordneten Interesse an der Wahrung der Konventionsordnung bzw. rechtsstaatlicher Investitionsbedingungen (zur Förderung der Gesamtwirtschaft der Vertragsstaaten) als Rechtfertigung für die jeweiligen Schwellen identifiziert und zugleich für das Absehen von einem Geldschadensersatz auf die Besonderheiten der Staatshaftung verwiesen. Diese Zwecke unterscheiden sich von den Zwecken für eine Bagatellschwelle im Deliktsrecht insofern, als sie Besonderheiten der staatlichen Haftung einbeziehen. Dagegen sind die Gemeinwohldimensionen der privatrechtlichen Bagatellschwelle unabhängig von den involvierten Personen. Deshalb erscheint es plausibel trotz vergleichbarer Regelungen im Deliktsrecht von einer öffentlich-rechtlichen Entwicklung zu sprechen. Für das Investitionsschutzrecht

2229 Vgl. für eine Verknüpfung der Bagatellgrenze mit dem Begriff des Nichtvermögensschadens für das deutsche Zivilrecht *Oetker* in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo/BGB, 9. Auflage, 2022, § 253 BGB Rn. 30.

2230 Siehe zu einer solchen Kategorie oben unter § 3 C.

2231 Deutscher Bundestag, BT-Drs. 14/7752 vom 7. Dezember 2001, S. 16; *Brand* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK/BGB, Stand: 1. März 2022, § 253 Rn. 105.

überzeugt eine Gleichsetzung mit deliktischen De-Minimis-Regeln im Übrigen schon wegen der hohen Anforderungen der *Lemire*-Formel²²³² nicht.

Neben der angesprochenen Parallele zu De-Minimis-Regeln drängt sich jedenfalls bei der menschenrechtlichen Praxis ein Zusammenhang mit dem Rechtsinstitut der Genugtuung (Art. 37 ARSIWA) auf. Es entspricht gefestigter völkerrechtlicher Praxis in zwischenstaatlichen Verfahren, eine Feststellung der Rechtsverletzung als eine ausreichende Form der Genugtuung für immaterielle Schäden des Staates anzusehen.²²³³ Der AfGMRRV verwies sogar auf die Leitentscheidung des IGH zu dieser Rechtsfolge, den *Corfu-Channel*-Fall.²²³⁴ Wie oben bereits herausgearbeitet lässt sich die eingeschlagene Abweichung vom zwischenstaatlichen Völkerrecht gerade mit dem Rückgriff auf dort grundsätzlich bekannte Figuren dogmatisch plausibilisieren.²²³⁵ In der Folge ließe sich die Entwicklung im individualberechtigenden Völkerrecht lediglich als eine Form der Ausdifferenzierung der Rechtsfolgen der Staatenverantwortlichkeit zugunsten des Individuums lesen, die auf das Repertoire des zwischenstaatlichen Völkerrechts zurückgreift. Allerdings würde diese Schlussfolgerung lediglich für den EGMR und den IAGMR gelten, weil das Investitionsschutzrecht die Feststellung der Rechtsverletzung nur vereinzelt als eigenständige Rechtsfolge verwendet und der AfGMRRV zu einer symbolischen Entschädigung übergegangen ist. Zusätzlich zu dieser Einschränkung sprechen gute Gründe dafür, dass diese Rezeption des zwischenstaatlichen Völkerrechts der These einer Publifizierung nicht entgegensteht. Denn die Praxis zur Feststellung als ausreichende Genugtuung erklärt sich auch im zwischenstaatlichen Völkerrecht aus der Logik des öffentlichen Rechts. Dies belegt bereits die Begründung des IGH im *Corfu-Channel*-Fall: “But to ensure respect for international law, of which it is the organ, the Court must declare that the action of the British Navy constituted a violation of Albanian sovereignty.” Die Feststellung soll Albanien Genugtuung leisten, sie dient aber zugleich der Aufrechterhaltung der völkerrechtlichen Ordnung und damit einem Gemeinwohlinteresse.²²³⁶ Abstrakt gesprochen liegt in dieser Rechtsfolge

2232 Siehe oben unter § 11 B. III. 2.

2233 Siehe oben unter § 4 B.

2234 AfGMRRV, *Mtikila v. Tanzania, Reparations*, 2014, Beschwerde-Nr. 011/2011, Rn. 37 (Fn. 12) unter Verweis auf IGH, *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, 1949, I.C.J. Reports 1949, 4, 35.

2235 Siehe oben in Bezug auf die EMRK unter § 8 C.

2236 In der Staatenverantwortlichkeit liegt selbst eine Sanktion für den Völkerrechtsbruch, wie *Pellet* ausführt, *Pellet*, *The Definition of Responsibility in Internatio-*

ein Rückzug auf eine Legalitätskontrolle, die bereits an anderer Stelle als typisch öffentlich-rechtlich identifiziert wurde.²²³⁷ Daher spricht der (teilweise) Rückgriff auf Vorbilder des zwischenstaatlichen Völkerrechts nicht gegen die vorgeschlagene öffentlich-rechtliche Lesart der Entwicklung des immateriellen Schadensersatzes im individualberechtigenden Völkerrecht.²²³⁸

Folglich widersprechen weder die Nähe zu einer De-Minimis-Regel noch die teilweise Anleihe beim zwischenstaatlichen Völkerrecht der oben vorgeschlagenen öffentlich-rechtlichen Lesart der Entwicklungen zum immateriellen Schadensersatz.

C. Der Nutzen der Charakterisierung

Nach den Ausführungen der vorangegangenen Abschnitte tragen die Mindestschwelle für den Ersatz immaterieller Schäden sowie weitere Besonderheiten im Umgang mit immateriellen Schäden öffentlich-rechtliche Züge. Diese Feststellung drängt die Frage auf, was mit dieser Erkenntnis gewonnen ist. Denn unübersehbar sind die erheblichen Unterschiede zwischen den jeweiligen Regimen: Im Investitionsschutzrecht ist die Schwelle deutlich höher als im Menschenrechtsschutz. Dafür kennt letzterer in Gestalt der entschädigenden Feststellung oder einer symbolischen Entschädigung alternative Schadensfolgen, die sich im Investitionsschutzrecht bisher nicht durchgesetzt haben. Angesichts dieser Unterschiede ließe sich demnach ebenso behaupten, die unterschiedlichen Spruchkörper würden ihrer jeweiligen Funktion entsprechend die Sekundärregeln der Staatenverantwortlichkeit anpassen.²²³⁹ Ein solcher Ansatz könnte die Unterschiede zwischen

nal Law, in: Crawford/Pellet/Olleson/Parlett (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, 2010, 3–15, 13 (Pellet nennt dies allerdings eine strafrechtliche Funktion). Insofern hat die Staatenverantwortlichkeit durch den Wegfall des Schadens als Voraussetzung der Verantwortlichkeit eine öffentlich-rechtliche Dimension erhalten, weil sie damit im Interesse der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung die Überprüfung jedes rechtswidrigen Verhaltens erlaubt, vgl. Nollkaemper, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 555 f.

2237 Vgl. Nollkaemper, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 540.

2238 Dieser Schlussfolgerung steht nicht entgegen, dass hier das zwischenstaatliche Völkerrecht in Rede steht, das nach § 2 privatrechtsähnlich ist. Denn diese Charakterisierung sollte nicht ausschließen, dass auch das zwischenstaatliche Völkerrecht Gemeinwohlinteressen verfolgt. Siehe oben unter § 2 C. I.

2239 Vgl. Brown, *A Common Law of International Adjudication*, 2007, S. 234.

den einzelnen Systemen gut erklären.²²⁴⁰ Allerdings verschleiert diese Betrachtung, die übergreifenden Gemeinsamkeiten. Hier entfaltet die Analyse anhand der Dichotomie Privatrecht-öffentliches Recht ein Potenzial, Strukturen zu erkennen. Daher liegt der Nutzen vor allen Dingen darin, über die Grenzen völkerrechtlicher Rechtsregime hinaus gemeinsame Entwicklungslinien auszumachen und der vor allen Dingen in den 1990er und 2000er Jahren befürchteten Fragmentierung des Völkerrechts in einem Teil entgegenzusteuern.²²⁴¹

Gerade im Falle der hier beobachteten Entwicklungen hat das Aufdecken solcher Verbindungslinien einen besonderen Nutzen. Denn das Investitionsschutzrecht nimmt gerade keinen Bezug auf andere Regime, obwohl ein Einfluss des Menschenrechtsschutzes oft unterstellt wird.²²⁴² Daher kann das Aufzeigen der Verbindungslinien dafür sorgen, die Entwicklungen zusammenzuführen. Das kann und sollte nicht zu einer vollständigen Angleichung führen. Denn letzten Endes erklären die Unterschiede der Systeme, warum die gemeinsame Voraussetzung der Mindestschwere der Verletzung ganz unterschiedlich ausgeprägt ist.²²⁴³ Allerdings bietet der Vorschlag dieser Arbeit einen Ansatzpunkt, um bspw. für eine einheitlichere Handhabung der Rechtsfolgen unterhalb der Schwelle zu argumentieren. Insbesondere das Investitionsschutzrecht könnte sich auf dieser Grundlage von dem insoweit vergleichbaren Gebrauch einer entschädigenden Feststellung oder eines symbolischen Ersatzes inspirieren lassen. Damit bietet die Analyse aus der Perspektive der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht auch einen Orientierungspunkt für die nähere Ausgestaltung der Regeln der Staatenverantwortlichkeit gegenüber dem Individuum, soweit diese vom zwischenstaatlichen Recht abweichen.

Zugleich kann diese Perspektive zu einer Feinsteuerung im Recht der Staatenverantwortlichkeit beitragen. Die Staatenverantwortlichkeit ist als

2240 Siehe hierzu bereits oben unter § 11 D. III. 2. sowie unter § 12 B. I.

2241 Vgl. hierzu Völkerrechtskommission, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 177–184, *passim*.

2242 Vgl. bspw. *Coriell/Marchili*, Unexceptional Circumstances: Moral Damages, in: Investment Treaty Arbitration and International Law, 213, 229; *von Barga*, Rechtsfortbildung durch Investitionsschiedsgerichte, 2020, S. 128; kritisch *Blake*, Journal of International Dispute Settlement 3 (2012), 395, der allerdings im Gegensatz zu dieser Arbeit davon ausgeht, im Menschenrechtsschutz sei jeder immaterielle Schaden ersatzfähig.

2243 Siehe oben unter § 11 D. III. 2.

einheitliches Regime für alle Verstöße gegen völkerrechtliche Regeln konzipiert.²²⁴⁴ Für die Aufrechterhaltung dieser Einheit sprach aus Sicht *Crawfords*, dass die privatrechtsähnlichen und die dem öffentlichen Recht ähnlichen Elemente des Völkerrechts untrennbar seien und daher in einem gemeinsamen Regime erfasst werden müssten.²²⁴⁵ Allerdings bestehen an der Einheitlichkeit des Regimes gewichtige Zweifel. So argumentieren *Nollkaemper* und *Jacobs* im Zusammenhang mit Fragen der “shared responsibility”²²⁴⁶ für eine Abkehr von der unitarischen Konzeption der Staatenverantwortlichkeit, weil die Einheit nicht zusammenpassende Normen verquicke und zu Lasten der Feinjustierung gehe.²²⁴⁷ Dabei mag dahinstehen, ob diese Gründe eine konzeptionelle Trennung unterschiedlicher Bereiche der Staatenverantwortlichkeit zur Folge haben müssen. Dagegen spricht schon, dass auch der Ausgleich eines Schadens (also die privatrechtsähnliche Dimension) öffentlichen Zwecken an der Aufrechterhaltung einer Rechtsordnung dient, die Grenzen also unscharf sind. In jedem Fall legen die Gründe nahe, ein Verständnis zu entwickeln, dass die Staatenverantwortlichkeit je nach dem konkreten Teilbereich unterschiedliche Zwecke vorrangig verfolgt und daher weiter ausdifferenziert werden kann und muss. Insofern ist die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht eine mögliche dogmatische Rekonstruktion, welche auch die Unterschiede in der Behandlung immaterieller Schäden erklären kann. Sie verhindert die rigorose Ablehnung einer Entwicklung wegen ihrer Abweichung vom zwischenstaatlichen Völkerrecht wie in der investitionsschutzrechtlichen Literatur.²²⁴⁸ Zusätzlich bietet diese Perspektive einen Orientierungspunkt für zukünftige Entwicklungen. So spräche aus der Sicht der hier vorgeschlagenen Rekonstruktion viel dafür, dass das Investitionsschutzrecht in Anlehnung an den regionalen Menschenrechtsschutz unterhalb der Schwelle außergewöhnlicher Umstände eine entschädigende Feststellung zusprechen sollte.

2244 *Crawford*, *State Responsibility*, 2013, S. 52; vgl. hierzu auch *Nollkaemper/Jacobs*, *MJIL* 34 (2013), 399 f.

2245 *Crawford*, *AJIL* 96 (2002), 878.

2246 Vgl. hierzu *Nollkaemper/d’Aspremont/Ahlborn/Boutin/Nedeski/Plakokefalos/Jacobs*, *Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law*, *EJIL* 31 (2020), 15–72.

2247 Vgl. hierfür *Nollkaemper/Jacobs*, *MJIL* 34 (2013), 404–408.

2248 Siehe hierzu oben unter § 11 D. I.

Dieses Kapitel hat sich dafür ausgesprochen, die Entwicklungen zum immateriellen Schadensersatz im individualberechtigenden Völkerrecht als eine öffentlich-rechtliche Entwicklung zu begreifen. Insbesondere die Anerkennung einer Mindestschwere als Voraussetzung immateriellen Schadensersatzes in Geld bedeutet nämlich eine Veränderung des Zwecks des immateriellen Schadensersatzes: eine teilweise Abkehr vom Ausgleichsgedanken des Schadensersatzes (ohne diesen vollständig aufzugeben) und eine Hinwendung zur Sanktion für das Verhalten des Verletzterstaates. Insofern wird der immaterielle Schadensersatz auch zu einem Mittel der austeilenden Gewalt und verfolgt zugleich einen überindividuellen Zweck in Gestalt der Aufrechterhaltung der jeweiligen völkerrechtlichen Normen. Folglich zeigen sich hier Charakteristika des öffentlichen Rechts (Gemeinwohlbindung bzw. -orientierung einerseits und austeilende Gewalt andererseits). Obwohl eine Einschränkung immateriellen Schadensersatzes in innerstaatlichen Staatshaftungsregimen nur vereinzelt nachweisbar ist, ist die Entwicklung im individualberechtigenden Völkerrecht mit innerstaatlichen Staatshaftungsregimen kompatibel. Denn auch diese zeichnen sich im Vergleich zur deliktischen Haftung durch eine grundsätzliche Tendenz zur Begrenzung staatlicher Haftung aus, um die Funktions- und Leistungsfähigkeit des Staates zu erhalten. Auch aus diesem Charakteristikum öffentlich-rechtlicher Haftung lässt sich die Verknüpfung des Ersatzes immaterieller Schäden mit einer (Mindest-) Schwere der Verletzung rechtfertigen. Dagegen lässt sich die Erklärung dieser Schwelle als öffentlich-rechtlich weder mit einem Verweis auf ein allgemeines Rechtsinstitut (Bagatellschwelle) oder eine bloße Rezeption des zwischenstaatlichen Völkerrechts widerlegen.

Die Rekonstruktion der Entwicklungen im Investitionsschutzrecht und im Menschenrechtsschutz als öffentliche-rechtliche Fortentwicklung einer Privatrechtsanalogie hat auch über die bloße Beschreibung hinaus einen Nutzen, weil sie das Erkennen gemeinsamer Leitgedanken (trotz verbleibender Unterschiede) ermöglicht und zugleich einen Orientierungspunkt für zukünftige Entwicklungen der Rechtsfolgen der Staatenverantwortlichkeit bietet.