Robert Christoph Stendel

Immaterieller Schadensersatz und der Wandel völkerrechtlicher Privatrechtsanalogien

Nomos

Beiträge zum
ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

Herausgegeben von

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

Band 325

Robert Christoph Stendel

Immaterieller Schadensersatz und der Wandel völkerrechtlicher Privatrechtsanalogien

Nomos

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

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

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

1. Auflage 2023

© Robert Christoph Stendel

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

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

ISBN (Print): 978-3-7560-0624-3
ISBN (ePDF): 978-3-7489-4159-0

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

Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Für Hannah-Lea

Vorwort

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

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

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

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

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

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

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

Heidelberg, April 2023 Robert Stendel

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis 11

§ 1 Einführung 29

1. Teil: Privatrechtsanalogien im geltenden Völkerrecht 51

§ 2 Das Völkerrecht und die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht 53

§ 3 Privatrechtsanalogien in der Völkerrechtsordnung 91

2. Teil: Immaterieller Schadensersatz im zwischenstaatlichen Völkerrecht: eine Privatrechtsanalogie 117

§ 4 Immaterieller Schadensersatz im Recht der Staatenverantwortlichkeit 119

§ 5 Anerkennung, Begriff und Voraussetzungen immateriellen Schadensersatzes im zwischenstaatlichen Völkerrecht 131

§ 6 Immaterieller Schadensersatz als Privatrechtsanalogie 179

3. Teil: Immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht 189

§ 7 Vorfrage: Die anwendbaren Regeln 193

§ 8 Immaterielle Schäden vor dem EGMR 217

§ 9 Immaterielle Schäden vor dem IAGMR 285

§ 10 Immaterielle Schäden vor dem AfGMRRV 315

§ 11 Immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht 339

§ 12 Immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht 401

4. Teil: Publifizierung als Entwicklungstendenz und Erklärungsansatz? 421

§ 13 Völkerrechtliche Entwicklungen als Ausdruck öffentlich-rechtlicher Gedanken 423

§ 14 Ausblick 463

English Summary 475

Annex 489

Material-, Rechtsprechungs- und Literaturverzeichnis 509

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis 19

Tabellenverzeichnis 21

Abkürzungsverzeichnis 23

§ 1 Einführung 29

A. Forschungsfrage 31

B. Untersuchungsgegenstand 38

I. Immaterieller Schadensersatz 38

II. Auswahl der zu untersuchenden Teilgebiete des Völkerrechts 41

C. Methodischer Zugang 43

D. Gang der Untersuchung 46

1. Teil: Privatrechtsanalogien im geltenden Völkerrecht 51

§ 2 Das Völkerrecht und die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht 53

A. Vorklärungen 56

B. Die innerstaatliche Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht 59

I. Herkunft und Probleme der Unterscheidung 60

II. Idealtypen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts 66

1. Möglichkeit der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht 67

2. Zweckmäßigkeit der Unterscheidung 70

C. Übertragung der Unterscheidung auf das Völkerrecht 77

I. Grundlage der Unterscheidung im geltenden Völkerrecht 77

II. Sinngehalt der Unterscheidung 85

§ 3 Privatrechtsanalogien in der Völkerrechtsordnung 91

A. Begriff der Privatrechtsanalogie 93

B. Privatrechtsanalogien in der Völkerrechtsgeschichte 97

I. Die Rolle des römischen Rechts 99

II. Privatrechtsanalogien im späten Mittelalter und der frühen Neuzeit 101

III. Privatrechtsanalogien und der Rechtspositivismus 107

C. Privatrechtsanalogie, Rechtsanalogie oder historischer Ballast? 112

2. Teil: Immaterieller Schadensersatz im zwischenstaatlichen Völkerrecht: eine Privatrechtsanalogie 117

§ 4 Immaterieller Schadensersatz im Recht der Staatenverantwortlichkeit 119

A. Grundstruktur der völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit 120

B. Immaterieller Schadensersatz im Recht der Staatenverantwortlichkeit 123

C. Individuelle Nichtvermögensschäden im zwischenstaatlichen Völkerrecht 127

§ 5 Anerkennung, Begriff und Voraussetzungen immateriellen Schadensersatzes im zwischenstaatlichen Völkerrecht 131

A. Immaterieller Schadensersatz in der völkerrechtlichen Spruchpraxis 132

I. Praxis vor 1945 133

1. Divergierende Auffassungen zur Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden 133

2. Fallgruppen immateriellen Schadensersatzes in der frühen Schiedspraxis 137

3. Divergenzen in der Schiedspraxis 140

4. Erklärungen und fortdauernde Relevanz 143

a) Gründe für die Divergenz der Schiedspraxis 143

b) Zur Relevanz der frühen Schiedspraxis für das heutige Völkerrecht 149

II. Praxis nach 1945 151
1. Diallo 151
2. Seerechtliche Fälle 154
3. Weitere Praxis und Zusammenführung 157

B. Begriff des immateriellen Schadens 160

I. Begriffsvielfalt 161
II. Konturierung des Begriffs des immateriellen Schadens 163
III. Immaterieller Schadensersatz und Strafschadensersatz 169

C. Voraussetzungen für den Ersatz immaterieller Schäden 173

§ 6 Immaterieller Schadensersatz als Privatrechtsanalogie 179

A. Genese 179

B. Begriff 181

C. Ratio 183

3. Teil: Immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht 189

§ 7 Vorfrage: Die anwendbaren Regeln 193

A. Die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen 194

I. Umgang mit den ARSIWA in Praxis und Literatur 195
II. Argumente für die Anwendung der Regeln der ARSIWA 203
1. Rechtsgedanke der Staatenverantwortlichkeit, Entstehungsgeschichte der ARSIWA und Staatenpraxis 204
2. Irrelevanz der Diskussionen um Investor*innenrechte 207

B. Verhältnis zu Sonderregimen 209

C. Ausnahmen 213

§ 8 Immaterielle Schäden vor dem EGMR 217

A. Entschädigung für immaterielle Schäden unter der EMRK 218

I. Begriff und Umfang des Ersatzes immaterieller Schäden 219

II. Entschädigungsberechtigte 223

III. Zwischenstaatliche Verfahren und immaterieller Schadensersatz 227

B. Die Feststellung der Konventionsverletzung als Entschädigung 229

I. Der Begriff der entschädigenden Feststellung 232

II. Die Fallgruppen einer entschädigenden Feststellung 237

1. Innerstaatliche Wiedergutmachung 240

2. Fehlender (kausaler) Schaden 245

3. Geringfügige Verletzung 252

4. Abzulehnende Fallgruppen 260

a) Antrag auf eine entschädigende Feststellung 261

b) Die "Natur" der Konventionsverletzung 262

c) Bevorstehende Konventionsverletzungen 263

d) Moralische Verurteilung der Beschwerdeführer*innen 264

e) Beschwerden gegen innerstaatliche Gesetze oder allgemeine Praktiken 267

f) Sondervoten 269

5. Überprüfung der Fallgruppenbildung 271

C. Dogmatische Verortung der Praxis des Gerichtshofs 281

§ 9 Immaterielle Schäden vor dem IAGMR 285

A. Struktur des Rechtsschutzes unter der IAMRK 285

B. Ersatz immaterieller Schäden unter der IAMRK 291

I. Begriff und Umfang des Ersatzes immaterieller Schäden 293

1. Begriff des immateriellen Schadens unter der IAMRK 293

2. Schadensersatzberechtigte 297

3. Höhe und Art des Ersatzes immaterieller Schäden 300

II. Das Lebensprojekt als Schadenskategorie 302

III. Das Urteil als Genugtuung per se 306
C. Gründe für die Unterschiede zum EGMR 312

§ 10 Immaterielle Schäden vor dem AfGMRRV 315
A. Struktur des Rechtsschutzes im afrikanischen Menschenrechtsschutzsystem 315
B. Ersatz immaterieller Schäden 320
I. Begriff und Umfang des Ersatzes immaterieller Schäden 325
II. Ausnahmen vom Grundsatz finanzieller Entschädigung immaterieller Schäden 327
III. Einheitsentschädigung für die Verletzung des Art. 7 Abs. 1 lit. c AfCMRRV 335
C. Verhältnis zur Rechtsprechung des EGMR und des IAGMR 337

§ 11 Immaterielle Schäden im Investitionsschutzrecht 339
A. Zur Möglichkeit immateriellen Schadensersatzes im Investitionsschutzrecht 341
I. Die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts und immaterieller Schadensersatz 343
II. Juristische Personen und immaterieller Schadensersatz 349
B. Die Behandlung immaterieller Schäden in der Schiedspraxis 350
I. Nichtvermögensschäden im Investitionsschutzrecht vor Desert Line v. Yemen 352
II. Desert Line v. Yemen 354
1. Der Schiedsspruch 355
2. Zusätzliche Voraussetzungen für immateriellen Schadensersatz? 357
3. Nichtvermögensschäden der Angestellten der Schiedsklägerin 359
III. Außergewöhnliche Umstände als Voraussetzung immateriellen Schadensersatzes 364
1. Verfestigung einer Lesart des Schiedsspruchs im Fall Desert Line v. Yemen 364
2. Die Definition außergewöhnlicher Umstände 368

3. Die übrige Schiedspraxis 373
4. Rechtsfolgen immaterieller Schäden unter gewöhnlichen Umständen 378

C. Exkurs: ein „soziologischer" Erklärungsversuch für die Schiedspraxis 382

D. Der Ersatz immaterieller Schäden im Investitionsschutzrecht 387

I. Die Lückenhaftigkeit des Völkerrechts 388
II. Anwendung einer bestehenden völkerrechtlichen Regel 389
III. Füllung durch eine neue Regel des Völkergewohnheitsrechts 391
1. Staatenpraxis und opinio iuris 391
2. Außergewöhnliche Umstände als systemkonforme Regel im Völkerrecht 395

§ 12 Immaterielle Schäden im individualberechtigenden Völkerrecht 401

A. Überblick über die Entwicklungen in weiteren Teilbereichen des Völkerrechts 401

I. Immaterieller Schadensersatz im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten 402
II. Immaterieller Schadensersatz im Völkerstrafrecht und dem Arbeitsrecht internationaler Organisationen 406

B. Übergreifende Entwicklungstendenzen 410

I. Begriff des immateriellen Schadens 411
II. Schwellenkriterium für den Geldersatz immaterieller Schäden 413
III. Rechtsfolgen 416

4. Teil: Publifizierung als Entwicklungstendenz und Erklärungsansatz? 421

§ 13 Völkerrechtliche Entwicklungen als Ausdruck öffentlich-rechtlicher Gedanken 423

A. Der öffentlich-rechtliche Charakter der festgestellten Entwicklung(en) 424

I. Parallelen zu innerstaatlichen Staatshaftungsregimen 425

II. Öffentlich-rechtlicher Charakter der beobachteten Entwicklungen 431
1. Menschenrechtsschutz 433
a) Die entschädigende Feststellung des EGMR 435
b) Die Praxis des IAGMR 442
c) Die Praxis des AfGMRRV 445
2. Investitionsschutzrecht 448
III. Öffentliches Recht und Totalreparation 453
B. Alternative Erklärungsmuster 456
C. Der Nutzen der Charakterisierung 459

§ 14 Ausblick 463
A. Zwei weitere Beispiele für die Publifizierung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute 464
I. Art. 55 HLKO 464
II. Wechsel der Hoheitsgewalt über ein Territorium 469
B. Die Aussichten privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht 470

English Summary 475

Annex 489

Annex I: Ausgewertete Entscheidungen des EGMR 489
Annex II: Entscheidungen des EGMR zur entschädigenden Feststellung im Jahr 2018 504
Annex III: Entscheidungen/Schriftsätze aus Investitionsschiedsverfahren zu immateriellem Schadensersatz 506

Material-, Rechtsprechungs- und Literaturverzeichnis 509

Abbildungsverzeichnis

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

Tabellenverzeichnis

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

Abkürzungsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

§ 1 Einführung

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

In der Gestalt des völkerrechtlichen Vertrages, den Grundsätzen der völkerrechtlichen Vertragsauslegung (Artt. 31 f. WVRK[3]) oder dem Grundsatz der *restitutio in integrum* begegnen uns im Völkerrecht viele Institute, die so oder ähnlich auch innerstaatliche Privatrechtsordnungen kennen. Große Aufmerksamkeit widmen wir diesen Anleihen aus dem Privatrecht meist nicht. Vielmehr wirken sie ganz selbstverständlich. Dieser Eindruck speist sich zum Teil aus einer Intuition: Weil das zwischenstaatliche Völkerrecht ein Recht der Gleichberechtigten ist, sollten dieselben Regeln wie zwischen freien und gleichen Individuen gelten. Das Völkerrecht ist somit nichts anderes als ein "private law writ large", wie *Holland* 1898 formulierte.[4]

So plausibel *Hollands* Parallelisierung zwischen Privatrecht und Völkerrecht einmal war, so unbestreitbar ist der Wandel des Völkerrechts seit dem 19. Jahrhundert. Konnte das klassische Völkerrecht noch als reines Koordinationsrecht[5] unter Staaten verstanden werden, hat es diesen Rahmen mittlerweile hinter sich gelassen. Nunmehr regelt es auch das Verhältnis

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

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

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

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

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

zwischen Staat und Individuum[6], d. h. Subordinationsverhältnisse, und ist zum Teil eine Subordinationsordnung.[7] Zugleich ist das Völkerrecht immer tiefer in ihm vormals verschlossene Bereiche der *domaine réservé* vorgedrungen, insbesondere durch die Entstehung des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes.[8] Zudem haben der Menschenrechtsschutz und das Investitionsschutzrecht weitgehende Individual(-klage-)rechte eröffnet. In der Folge entfällt eine Grundannahme für privatrechtsanaloges Denken, die gleiche Augenhöhe der Beteiligten, in manchen Bereichen des Völkerrechts. Besonders deutlich zeigt dies das Investitionsschutzrecht: Es lässt Private (Investor*innen) und den Staat im Streit um die Rechtmäßigkeit seines (oftmals) hoheitlichen Handelns einander gegenübertreten. Diese Situation ähnelt strukturell einem Verwaltungsrechtsstreit.[9] Ebenso erinnert ein Individualbeschwerdeverfahren vor einem Menschenrechtsgerichtshof an eine Verfassungsbeschwerde vor einem (Verfassungs-) Gericht. Allgemeiner gesprochen existieren mittlerweile unzählige Bereiche des Völkerrechts, bezüglich derer die Erklärungskraft eines privatrechtsanalogen Verständnisses des Völkerrechts begrenzt ist. Paradigmatisch für diese Entwicklung stehen auch die sog. *law making treaties* oder *traités-lois* (wie internationale Menschenrechtsschutzverträge).[10] Sie sind keine Austauschverträge nach privatrechtlichem Vorbild.[11] Ebenso ist es irreführend, Men-

6 Soweit nicht anders gekennzeichnet, meint die Arbeit mit Individuen auch andere nichtstaatliche Akteure wie Unternehmen oder Nichtregierungsorganisationen, die als juristische Personen nach einer innerstaatlichen Rechtsordnung verfasst sind.

7 *Herdegen*, Völkerrecht, 2021, § 17 Rn. 5; vgl. auch *Doehring*, Völkerrecht, 2004, Rn. 409, der diese Beobachtung allerdings primär auf die Herausbildung zwingenden Völkerrechts bezieht.

8 *Tomuschat*, International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, RdC 281 (2001), 13–438, 63 und 70.

9 Vgl. grundlegend zu dieser Beobachtung und den daraus zu ziehenden Konsequenzen *Van Harten*, Investment Treaty Arbitration, 2007, *passim* und S. 63–70, 126; vgl. zudem *Schill*, Introduction, in: Schill (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, 2010, 3–37, 16 f.; vgl. auch *International Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States*, Sondervotum des Schiedsrichters Thomas Wälde, 26. Januar 2006, abrufbar unter https://www.italaw.com/cases/571 (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 13, der allerdings allgemein zur gerichtlichen Kontrolle von Regierungshandeln sei es im internationalen, regionalen oder nationalen Rahmen Parallelen zieht.

10 Vgl. zu diesem Konzept eingehend *Brölmann*, Law-Making Treaties: Form and Function in International Law, NJIL 74 (2005), 383–404, 383–387.

11 Vgl. in Bezug auf die Völkermordkonvenion IGH, *Reservations to the Convention of Genocide*, Gutachten, 28. Mai 1951, I.C.J. Reports 1951, 15, 23 zustimmend rezipiert von IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the*

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

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

A. Forschungsfrage

In seiner Londoner Dissertation aus dem Jahr 1927[14] trat *Hersch Lauterpacht* den Nachweis an, dass zahlreiche Anleihen zum innerstaatlichen Privatrecht das Völkerrecht durchziehen. Sie füllen das Völkerrecht aus, wo es durch Vertrag und Gewohnheitsrecht noch keine Regelung erfahren hat.[15] Was aus heutiger Sicht wenig revolutionär wirkt, erklärt sich vor dem Hintergrund der positivistischen Grundhaltung insbesondere der deutschen Völkerrechtswissenschaft der damaligen Zeit. Diese wollte als Völkerrecht nur anerkennen, was vom Willen der damals alleinigen[16]

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

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

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

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

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

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

Subjekte des Völkerrechts, den Staaten, gedeckt war.[17] Deshalb lehnten die Vertreter dieser Ausprägung des Völkerrechtspositivismus Privatrechtsanalogien grundsätzlich ab.[18] In letzter Konsequenz dieser Auffassung durchziehen Regelungslücken das Völkerrecht, die im Falle einer Streitbeilegung das Risiko des *non liquet* bergen.[19] *Lauterpacht* trat dem entgegen und wollte Privatrechtsanalogien benutzen, um das Völkerrecht als ein geschlossenes, prinzipiell lückenloses Rechtssystem zu etablieren.[20] Dieses Verständnis der Völkerrechtsordnung ist mittlerweile gesicherter Bestand der Völkerrechtswissenschaft.[21] Ebenso darf es als gesichert gelten, dass Analogien aus dem Privatrecht in das Völkerrecht eingewirkt haben und mittels der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut[22] immer noch können.[23]

Dieser Befund ist wenig verwunderlich angesichts der Strukturähnlichkeit zwischen Privatrecht und klassischem Völkerrecht: Im "klassischen" Koordinationsvölkerrecht[24] waren Staaten dem Individuum nachgebildet[25] und standen einander (idealtypisch) als Gleiche gleichberechtigt gegenüber.[26] Ebenso ist das Privatrecht paradigmatisch ein Recht der Gleichgeordneten.[27] Wegen dieser strukturellen Parallelen ergibt es – bis zu einem

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

48 Siehe hierzu unten unter § 12 A.

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

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

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

51 Siehe unten unter § 2 C. I.

52 Siehe unten die weiteren Beispiele unter § 14 A.

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

B. Untersuchungsgegenstand

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

I. Immaterieller Schadensersatz

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

53 Siehe hierzu unten unter § 2 C. II.

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

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

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

---

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

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

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

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

59 Siehe hierzu unter § 2 C. I.

60 Siehe hierzu eingehend unter § 6 A.

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

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

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

61 Siehe hierzu unten unter § 7 C.

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

63 Siehe hierzu eingehend unten unter § 5 B.

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

II. Auswahl der zu untersuchenden Teilgebiete des Völkerrechts

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

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

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

65 Siehe unten unter § 12 A.

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

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

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

Aus dem Untersuchungsgegenstand (immaterieller Schadensersatz) ergeben sich Einschränkungen zum Umfang der zu untersuchenden Praxis. Anders als der EGMR[69] treffen der IAGMR und der AfGMRRV in weitreichendem Umfang nicht finanzielle Anordnungen. Das sind namentlich die Aufhebung innerstaatlicher Urteile, die Anweisung zu Gesetzesreformen, die Freilassung Gefangener, Garantien der Nichtwiederholung der Verletzung und ähnliche Anordnungen.[70] Solche Anordnungen gehen zum Teil sehr deutlich über traditionelle (privatrechtsanaloge) Konzeptionen des Schadensersatzes hinaus, weil sie systemische Probleme in den jeweiligen Konventionsstaaten beheben wollen. Hierdurch erhalten die Rechtsfolgen eine öffentlich-rechtliche Dimension, weil sie über die Opfer hinaus das zugrundeliegende Problem und somit Gemeinwohlbelange adressieren.[71] Diese Arbeit wird solche Anordnungen allerdings nur streifen. Das liegt wesentlich an dem Fokus der Arbeit auf immateriellen Schäden und deren Ersatz. Denn nicht finanzielle Anordnungen betreffen allenfalls zum Teil die Wiedergutmachung immaterieller Schäden.[72] Sie liegen somit im Wesentlichen außerhalb des Untersuchungsgegenstands.

---

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

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

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

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

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

C. Methodischer Zugang

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

Die Feststellung und Beschreibung eines Wandels privatrechtsanaloger Rechtsinstitute bedingt zudem eine rechtsinterne Perspektive[75] und die Verwendung der Methoden der positivistischen Rechtsdogmatik. Dogmatik ist darauf gerichtet, "vermittels eines innersystemisch erarbeiteten Gefüges juristischer Begriffe, Grundsätze und Entscheidungsregeln, erstens, eine überblickbare Erkenntnis des geltenden Völkerrechts" zu vermitteln und diese zweitens zusammenzufassen, zu ordnen und zu strukturieren.[76] Dieses Ziel verfolgt die Arbeit auf der Grundlage eines aufgeklärten Völkerrechtspositivismus ("enlightened positivism").[77] Dieser von *Simma* und *Paulus* geprägte Ansatz geht von einer grundsätzlichen Trennung zwischen Recht, Politik und Moral sowie einer Unterscheidung zwischen *lex lata* und *lex ferenda* aus. Bei der Ermittlung des Inhalts des positiven Völkerrechts berücksichtigt er allerdings über einen reinen Staatswillenpositivismus[78] hinaus eine größere Vielfalt an Materialien. So bezieht dieses moderne Verständnis des Rechtspositivismus innerstaatliches Recht, innerstaatliche

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

74 *Peters*, ZaöRV 67 (2007), 738.

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

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

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

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

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

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

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

79 *Simma/Paulus*, AJIL 93 (1999), insbesondere 306–308.
80 Siehe insbesondere unten unter § 11 D.
81 So klassischerweise *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, *passim* und insbesondere S. 15; vgl. auch *Simma/Paulus*, AJIL 93 (1999), 304.
82 *Haltern*, Europarecht, 2017, Rn. 7–15 und 23.
83 Siehe unten unter § 5 A. I. 4.
84 Siehe unten unter § 3 B. I.
85 Siehe insbesondere unten unter § 2 B. I.

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

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

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

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

87 Siehe oben unter § 11 B. III.

88 Siehe unten unter § 11 C.

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

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

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

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

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

D. Gang der Untersuchung

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

91 *Pound*, Law in Books and Law in Action, American Law Review 44 (1910), 12–36.
92 Siehe unten unter § 13 A. I.
93 *Peters*, ZaöRV 67 (2007), 749; vgl. für eine Öffnung der (Verfassungsrechts-) Dogmatik ebenfalls *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 23–26.

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

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

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

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

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

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

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

1. Teil: Privatrechtsanalogien im geltenden Völkerrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Trotzdem bietet die Völkerrechtswissenschaft etwa seit dem letzten Viertel des 20. Jahrhunderts dezidiert öffentlich-rechtliche Lesarten des Völkerrechts an. Das sind insbesondere der "Global Administrative Law"-Ansatz (GAL)[103], der "international public authority"- Ansatz (IPA)[104] und die Konstitutionalisierungsthese[105]. Bei allen Unterschieden in Zielrichtung, Inhalt und Folgen eint alle drei das Ziel, aus einer dezidiert öffentlich-rechtlichen Sicht den Wandel des Völkerrechts[106] zu erfassen. Sie wollen so Phänomene der Global Governance mit Mitteln des innerstaatlichen öffentlichen Rechts[107] beschreiben und einhegen.[108] Solche Ansätze unter-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

A. Vorklärungen

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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