

§ 1 Einführung

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

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

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

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

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

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

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

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

zwischen Staat und Individuum⁶, d. h. Subordinationsverhältnisse, und ist zum Teil eine Subordinationsordnung.⁷ Zugleich ist das Völkerrecht immer tiefer in ihm vormals verschlossene Bereiche der *domaine réservé* vorgedrungen, insbesondere durch die Entstehung des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes.⁸ Zudem haben der Menschenrechtsschutz und das Investitionsschutzrecht weitgehende Individual(-klage-)rechte eröffnet. In der Folge entfällt eine Grundannahme für privatrechtsanaloges Denken, die gleiche Augenhöhe der Beteiligten, in manchen Bereichen des Völkerrechts. Besonders deutlich zeigt dies das Investitionsschutzrecht: Es lässt Private (Investor*innen) und den Staat im Streit um die Rechtmäßigkeit seines (oftmals) hoheitlichen Handelns einander gegenüberreten. Diese Situation ähnelt strukturell einem Verwaltungsrechtsstreit.⁹ Ebenso erinnert ein Individualbeschwerdeverfahren vor einem Menschenrechtsgesichtshof 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 Völkermordkonvention IGH, *Reservations to the Convention of Genocide*, Gutachten, 28. Mai 1951, I.C.J. Reports 1951, 15, 23 zustimmend rezipiert von IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the*

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

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

A. Forschungsfrage

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

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

- 12 *Peters*, Beyond Human Rights, 2016, S. 312 f.; vgl. bereits *Peters*, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: Bekker/Dolzer/Waibel (Hrsg.), Making Transnational Law Work in the Global Economy, 2010, 153–173, 160; ähnlich *Kunig*, Völkerrecht als öffentliches Recht, in: Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), GS Grabitz, 1995, 325–346, 330; *Waldron*, The Rule of International Law, Harvard Journal of Law & Public Policy 30 (2006), 15–30, 25.
- 13 Dass privatrechtliche Regeln auch in öffentlich-rechtlichen Regelungsbereichen gelten, ist keine Seltenheit, wie der Rückgriff des deutschen Staatshaftungsrecht auf zivilrechtliche Rechtsinstitute (bspw. das Schadensfolgenrecht der §§ 249 ff. BGB) zeigt. Das heißt jedoch nicht, dass solche Übertragungen ohne Modifikationen oder Anpassungsdruck einhergehen, die sich bspw. darin widerspiegeln, dass (europäische) Staatshaftungsregime oftmals von der privatrechtlichen Deliktshaftung im jeweiligen Land abweichen, siehe hierzu unten unter § 13 A. I.
- 14 *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, *passim*.
- 15 *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 298 f.
- 16 So bspw. *von Liszt*, Das Völkerrecht, 1906, S. 40–44.

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

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

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

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

19 So ausdrücklich *Triepele*, 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 erfahren Anpassungen, die sich – womöglich – als Publizierungen lesen lassen. Unter Publizierung versteht die Arbeit eine Beeinflussung durch öffentlich-rechtliche Gedanken. Kurzum ist die Überlegung, dass privatrechtsanaloge Rechtsinstitute durch die Anwendung in öffentlich-rechtlichen Regelungsbereichen eine öffentlich-rechtliche Prägung erhalten haben.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

45 IAGMR, *Case of Loayza-Tamayo v. Peru*, Sondervotum der Richter A.A. Cançado Trindade 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 Publizierung der privatrechtsanalogen Rechtsinstitute stattgefunden hat. Diese Vermutung hat indes zur Voraussetzung, dass sich das individualberechtigende Völkerrecht als öffentlich-rechtlich beschreiben lässt. Hierfür bedarf es einer Vorstellung des öffentlichen Rechts, die für das Völkerrecht trägt und die das individualberechtigende Völkerrecht erfüllt. Beide Anforderungen erfüllt ein weiter, in dieser Arbeit zu entwickelnder, Begriff des öffentlichen Rechts, der von einer idealtypischen Unterscheidung ausgeht: Öffentliches Recht ist hiernach solches Recht, dass die (einseitig-verbindliche) Ausübung von Herrschaft in einem Gemeinwesen regelt (also insbesondere Subordinationsverhältnisse zum Gegenstand hat). Das Privatrecht ist *idealiter* die Ordnung einander gleichberechtigt gegenüberstehender Individuen, die auf dem Konsensprinzip basiert.⁵⁰ So 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 vorzuschicken, dass dieser Fokus das Ergebnis nicht vorgibt. Im Völkerrecht können (wie auch in jeder anderen Rechtsordnung) „sachfremde“ oder ungeeignete Regeln anwendbar sein (und bleiben). Genauso müssen Unterschiede in der Behandlung des immateriellen Schadensersatzes nicht zwingend auf den Wandel des Anwendungsbereichs zurückzuführen sein. Daher kann die eingangs angeführte Beobachtung zum Strukturwandel des Völkerrechts und seinen möglichen Auswirkungen auf das privatrechtsanaloge Erbe des Völkerrechts nur einen Anlass für die Suche nach Veränderungen bieten. Erst in einem zweiten Schritt können wir uns fragen, ob festzustellende Unterschiede auf der Erweiterung des Völkerrechts um den Individualrechtsschutz beruhen.

B. Untersuchungsgegenstand

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

I. Immaterieller Schadensersatz

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

53 Siehe hierzu unten unter § 2 C. II.

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

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

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

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

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

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

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

59 Siehe hierzu unter § 2 C. I.

60 Siehe hierzu eingehend unter § 6 A.

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

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

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

61 Siehe hierzu unten unter § 7 C.

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

63 Siehe hierzu eingehend unten unter § 5 B.

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

II. Auswahl der zu untersuchenden Teilgebiete des Völkerrechts

Der 2. und der 3. Teil widmen sich getrennt voneinander dem zwischenstaatlichen und dem individualberechtigenden Völkerrecht. Dieser Schritt beruht auf der – in Kapitel § 2 näher dazulegenden – 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 Regulationsstruktur 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 EGMR⁶⁹ treffen der IAGMR und der AfGMRRV in weitreichendem Umfang nicht finanzielle Anordnungen. Das sind namentlich die Aufhebung innerstaatlicher Urteile, die Anweisung zu Gesetzesreformen, die Freilassung Gefangener, Garantien der Nichtwiederholung der Verletzung und ähnliche Anordnungen.⁷⁰ Solche Anordnungen gehen zum Teil sehr deutlich über traditionelle (privatrechtsanaloge) Konzeptionen des Schadensersatzes hinaus, weil sie systemische Probleme in den jeweiligen Konventionsstaaten beheben wollen. Hierdurch erhalten die Rechtsfolgen eine öffentlich-rechtliche Dimension, weil sie über die Opfer hinaus das zugrundeliegende Problem und somit Gemeinwohlbelange adressieren.⁷¹ Diese Arbeit wird solche Anordnungen allerdings nur streifen. Das liegt wesentlich an dem Fokus der Arbeit auf immateriellen Schäden und deren Ersatz. Denn nicht finanzielle Anordnungen betreffen allenfalls zum Teil die Wiedergutmachung immaterieller Schäden.⁷² Sie liegen somit im Wesentlichen außerhalb des Untersuchungsgegenstands.

68 Bis 2021 hatte der EGMR über 857.3228 Beschwerden entschieden (EGMR, Overview 1959–2021, 2022, abrufbar unter: https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592021_ENG.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023), S. 5). Dagegen hat der IAGMR bis einschließlich 2022 erst in 357 streitigen Fällen entschieden (vgl. die Aufstellung auf IAGMR, Informe Anual 2022, 2023, abrufbar unter: <https://corteid.h.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" (Villagrán-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 allgemeine Aussagen zur Entwicklung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute ermöglichen. Für diesen Ansatz spricht, dass er zunächst eine fundierte Datenlage schafft, die sodann die Grundlage einer theoretischen Beschreibung bietet.⁷⁴

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

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

74 *Peters*, *ZaöRV* 67 (2007), 738.

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

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

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

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

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

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

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

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

80 Siehe insbesondere unten unter § II 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 Publizierung liest. Daran anschließend stellt sich die Frage der Verallgemeinerbarkeit dieses Ergebnisses. Zum Beleg der These einer Publizierung untersucht § 13 die Argumente, die für eine öffentlich-rechtliche Lesart der festgestellten Entwicklungen sprechen. Dem gehen rechtsvergleichende Ausführungen zur Behandlung immaterieller Schäden im innerstaatlichen Staatshaftungsrecht voraus. Darauf aufbauend arbeitet § 13 heraus, dass sich die Entwicklung einer Mindestschwere der Verletzung für den Ersatz immaterieller Schäden als eine Publizierung lesen lässt

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

