

§ 14 Ausblick

Diese Arbeit hat den immateriellen Schadensersatz im Völkerrecht aus dem Gesichtspunkt seiner Herkunft als Anleihe im innerstaatlichen Privatrecht, kurz als Privatrechtsanalogie,²²⁴⁹ untersucht. Dabei stand die Frage im Fokus, welchen Einfluss der Wandel der Regelungsstrukturen und -bereiche des Völkerrechts seit dem vergangenen Jahrhundert auf Privatrechtsanalogien hatte. Denn das Völkerrecht hat eine Ausdifferenzierung erlebt, in deren Folge es von einem dem Privatrecht idealtypisch entsprechenden Gleichordnungsrecht zu einer auch mit dem öffentlichen Recht vergleichbaren Rechtsordnung mit Gemeinwohlorientierung und Regelungen in Subordinationsverhältnissen avanciert ist.²²⁵⁰ Deshalb fehlt es den öffentlich-rechtlichen Teilen des Völkerrechts an der (Struktur-)Vergleichbarkeit zum innerstaatlichen Privatrecht, welche die Anwendung vieler Privatrechtsanalogien im Völkerrecht bis heute trägt.²²⁵¹ Diese Entwicklung legt einen Anpassungsdruck auf privatrechtsanaloge Rechtsinstitute in solchen Regelungsbereichen nahe. Vor diesem Hintergrund hat die Arbeit den immateriellen Schadensersatz als Beispiel herausgegriffen, um die Frage nach dem Wandel privatrechtsanaloger Rechtsinstitute zu untersuchen und den Zusammenhang des festgestellten Wandels mit der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Völkerrecht zu ergründen. Hierfür hat sie als analytisches Raster zwischen zwischenstaatlichem und individualberechtigendem Völkerrecht unterschieden, weil diese jeweils idealtypisch den Regulationssituationen des Privatrechts bzw. des öffentlichen Rechts entsprechen. Dementsprechend hat die Arbeit beide Bereiche auf ihre Behandlung immaterieller Schäden untersucht. Dabei hat sich insbesondere gezeigt, dass im zwischenstaatlichen Völkerrecht ein jeder immaterielle Schaden ersatzfähig ist, während im individualberechtigenden Völkerrecht hierfür eine Mindestschwere erreicht sein muss. Während diese im Investitionsschutzrecht in Gestalt des Erfordernisses außergewöhnlicher Umstände besonders hoch ist, ist sie im Menschenrechtsschutz relativ niedrig, mit Unterschieden zwischen den einzelnen Menschenrechtsgerichtshöfen.

2249 Siehe zum zugrunde gelegten Begriffsverständnis oben unter § 3 A.

2250 Siehe oben unter § 2 C.

2251 Siehe oben unter § 3 C.

Diese Unterschiede lassen sich jeweils mit der Funktion und Struktur des Rechtsschutzsystems erklären. Der übergreifende Befund einer solchen Schwelle lässt sich dagegen als öffentlich-rechtlich rekonstruieren, weil sie den immateriellen Schadensersatz stärker am öffentlich-rechtlichen Gedanken der Sanktion für einen Rechtsverstoß als dem privatrechtlichen Ausgleichsgedanken ausrichtet.²²⁵²

Allerdings ist die eingangs in der Arbeit gemachte Beobachtung prinzipiell folgenreicher und wirft die Frage auf, ob und wie sich andere Privatrechtsanalogien entwickelt haben. Die Frage ist also, was die Untersuchung des immateriellen Schadensersatzes an verallgemeinerbaren Ergebnissen für Privatrechtsanalogien im Völkerrecht bereithält. Insbesondere dieser Frage geht der folgende Abschnitt nach und untersucht anhand zweier Beispiele, ob sich auch für andere Privatrechtsanalogien entsprechende Entwicklungen nachweisen lassen (A.). Diese beiden Beispiele greift ein zweiter Ausblick zur zukünftigen Rolle privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht auf (B.).

A. Zwei weitere Beispiele für die Publizifizierung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute

Die beiden folgenden Beispiele behandeln Analogiebildungen zum privatrechtlichen Eigentum im Völkerrecht. Im 19. Jahrhundert wurde die territoriale Souveränität, also die ausschließliche Herrschaft eines Staates über sein Territorium, dem zivilrechtlichen Eigentum konzeptionell nachgebildet.²²⁵³ Jedoch werden die folgenden zwei Schlaglichter nacheinander zeigen, wie solche privatrechtsanaloge Konzeptionen mit der Zeit überformt wurden.

I. Art. 55 HLKO

Die *Okkupation* kennt das Völkerrecht als einen Titel zum Erwerb der Souveränität und als Rechtsregime in einem internationalen bewaffneten

2252 Siehe oben in § 13.

2253 *Kennedy*, QLR 65 (1996), 124. Gleichwohl besteht eine lange Tradition, Souveränität und Eigentum streng voneinander zu unterscheiden, vgl. statt aller *Crawford*, *Brownlie's Principles*, 2019, S. 192 f.

Konflikt (Artt. 42–56 HLKO und Artt. 47–78 IV. Genfer Abkommen). In beiden Fällen reichen die Wurzeln zum römischen Sachenrecht zurück.²²⁵⁴ Der folgende Abschnitt nimmt ein Rechtsinstitut im Rahmen des Besatzungsrechts näher in den Blick, weil dieses besonders klar privatrechtsanalog ausgestaltet ist: Art. 55 HLKO.²²⁵⁵ Nach dieser Regel ist die Besatzungsmacht “Verwalter[in] und Nutznießer[in] der öffentlichen Gebäude, Liegenschaften, Wälder und landwirtschaftlichen Betriebe” (Art. 55 HLKO).²²⁵⁶

Für die hier interessierende Fragestellung ist der Verweis auf den Nießbrauch bzw. dessen römisch-rechtliches Pendant, den *ususfructus*, zentral.²²⁵⁷ Als Nießbraucherin darf die Besatzungsmacht die Früchte aus dem unbeweglichen Vermögen eines Staates ziehen. Insbesondere folgt daraus, dass eine Besatzungsmacht Wälder, Erdgasvorkommen, Ölquellen²²⁵⁸ oder Kohleminen ausbeuten darf.²²⁵⁹ Noch heute bezieht sich die Literatur bei

2254 Nussbaum, *University of Pennsylvania Law Review* 100 (1952), 686. Letztlich entstammen die Rechtsinstitute zum Erwerb der Souveränität größtenteils dem römischen Recht, *Thirlway*, *RdC* 294 (2002), 372.

2255 *Arai-Takahashi*, *The Law of Occupation*, 2009, S.196; vgl. auch *Cassese*, *Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources*, in: *Playfair* (Hrsg.), *International Law and the Administration of Occupied Territories*, 1992, 419–442, 431.

2256 Die Regel hatte zuvor bereits das Schiedsgericht in *Affaire du Guano (Chile v. France)*, Schiedsspruch, 5. Juli 1901, *RIAA* XV, 125–387, 367 angewendet und basiert auf Art. VII Brüsseler Deklaration über die Gesetze und Gebräuche des Krieges, 27. August 1874, in: *Actes de la Conférence de Bruxelles*, 1874, 297–305.

2257 Vgl. zum römischen Rechtsinstitut *Kaser*, *Das Römische Privatrecht*, 1971, S. 447–454; vgl. allerdings zu den Unterschieden zwischen der besatzungsrechtlichen Regelung eines Nießbrauchs und dem privatrechtlichen Konzept des Nießbrauchs *Baumberger*, *Occupatio Bellica*, 1909, S. 127 f.

2258 Allerdings ist umstritten, ob Ölvorkommen zum beweglichen oder unbeweglichen Vermögen zählen, was für die Anwendbarkeit des Art.55 HLKO (bzw. Art. 53 HLKO) entscheidend ist. Für eine Klassifizierung als bewegliches Vermögen *Dinstein*, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2019, Rn. 666; für eine Klassifizierung als unbewegliches Vermögen *Cassese*, *Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources*, in: *International Law and the Administration of Occupied Territories*, 419, 432; vgl. auch *Sassòli*, *International Humanitarian Law*, 2019, Rn. 8.255.

2259 Nach überwiegender Auffassung erfasst das Fruchtziehungsrecht auch die Ausbeutung nicht-regenerativer Ressourcen, *Dinstein*, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2019, Rn. 661; *Sassòli*, *International Humanitarian Law*, 2019, Rn.8.255. Allerdings kann das römische Recht hierfür schon deshalb keine Grundlage bieten, weil die römische Antike vom Nachwachsen aller Ressourcen ausging, *Scobbie*, *Natural Resources and Belligerent Occupation*, in: *Akram/*

der Auslegung dieser Bestimmung auf die römisch-rechtlichen Wurzeln der Vorschrift.²²⁶⁰ Bemerkenswerterweise limitiert Art. 55 HLKO dieses Fruchtziehungsrecht nicht durch eine einschränkende Zweckbestimmung der aus den Früchten erzielten Erlöse.²²⁶¹ Daraus zogen und ziehen manche die Schlussfolgerung, dass diese Erlöse der Besatzungsmacht uneingeschränkt zugutekommen würden.²²⁶² Die einzigen Beschränkungen folgen aus dem römisch-rechtlichen Konzept des Nießbrauchs, dass die Besatzungsmacht nicht über das gewöhnliche Maß hinaus Früchte ziehen dürfe und den Gegenstand des Nießbrauchs zu erhalten habe.²²⁶³ Dieser Wortlautauslegung des Art. 55 HLKO hat sich insbesondere *Antonio Cassese* entgegengestellt und auf die mittlerweile eingetretenen Veränderungen der Völkerrechtsordnung verwiesen. Insbesondere müsste neben einer systematischen Auslegung im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen der HLKO und der Genfer Abkommen das mittlerweile anerkannte Recht der dauerhaften Souveränität über natürliche Ressourcen als Ausfluss der Souveränität und des Selbstbestimmungsrechts der Völker in die Auslegung einbezogen werden. Daher dürfe eine Besatzungsmacht die gezogenen Früchte lediglich für die Kosten der Besatzung aufwenden.²²⁶⁴

Mittlerweile scheint es einem weitgehenden Konsens zu entsprechen, dass die Erträge aus den Früchten nur für die Kosten der Besatzung und die Bedürfnisse der Bevölkerung in den besetzten Gebieten verwendet werden

Dumper/Lynk/Scobbie (Hrsg.), *International Law and the Israeli-Palestinian Conflict*, 2011, 229–252, 234.

2260 Vgl. bspw. *Dinstein*, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2019, Rn. 656; *Sassòli*, *International Humanitarian Law*, 2019, Rn. 8.255; *Arai-Takahashi*, *The Law of Occupation*, 2009, S. 197 f.

2261 *Cassese*, *Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources*, in: *International Law and the Administration of Occupied Territories*, 419, 428.

2262 So noch jüngst *Dinstein*, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2019, Rn. 660; *Arai-Takahashi*, *The Law of Occupation*, 2009, S. 198; vgl. bereits *von Glahn*, *The Occupation of Enemy Territory*, 1957, S. 177. Allerdings führt *Feilchenfeld* folgende Staatenpraxis aus dem Deutsch-Französischen Krieg von 1870–71 an: Frankreich protestierte gegen die Verkäufe der Hölzer aus besetzten Gebieten nach Berlin und das Deutsche Reich widersprach dem nicht, *Feilchenfeld*, *The International Economic Law of Belligerent Occupation*, 1942, Rn. 225. Diese Episode deutet darauf hin, dass die völkerrechtliche Praxis dieser Zeit jedenfalls zum Teil von weitergehenden Beschränkungen ausging.

2263 *von Glahn*, *The Occupation of Enemy Territory*, 1957, S. 176 f.

2264 *Cassese*, *Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources*, in: *International Law and the Administration of Occupied Territories*, 419, 426 und 428–430.

dürfen.²²⁶⁵ Zwar spricht auch eine systematische Auslegung anhand der übrigen Bestimmungen des humanitären Völkerrechts für eine Einschränkung der Verwendungsmöglichkeiten entsprechender Erlöse.²²⁶⁶ Für die Frage nach einer Publizierung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht ist allerdings von besonderem Interesse, dass sich hier auch der Einfluss neuerer Entwicklungen im Völkerrecht bemerkbar macht.²²⁶⁷ Mittlerweile ist der Grundsatz der dauerhaften Souveränität über natürliche Ressourcen ein Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts.²²⁶⁸ Zwar hielt der IGH diesen Grundsatz zur Beurteilung der Plünderungen ugandi-

-
- 2265 So *Benvenuti*, *The International Law of Occupation*, 2012, S. 82. In neuerer Zeit hierfür *Dörmann/Vité*, *Occupation*, in: Fleck (Hrsg.), *Handbook of International Humanitarian Law*, 2021, 293–337, 322 (zu Rn. 9.33); *Vité*, *Occupation*, in: Saul/Akande (Hrsg.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, 2020, 299–318, 337; vgl. bereits Institut de Droit international, *Bruges Declaration on the Use of Force*, 2003, abrufbar unter: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2003_bru_en.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023), S. 4. Der gleichen Auffassung folgte der UN Sicherheitsrat hinsichtlich der Einnahmen aus den Öl- und Gaseinnahmen des besetzten Iraks, UN Sicherheitsrat, *Resolution 1483* vom 22. Mai 2003, 2003, S/RES/1483 (2003), Rn. 20, vgl. hierzu auch *Dörmann/Vité*, *Occupation*, in: *Handbook of International Law*, 293, 323 (zu Rn. 9.33).
- 2266 So *Cassese*, *Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources*, in: *International Law and the Administration of Occupied Territories*, 419, 428 f.
- 2267 *Cassese* weist zusätzlich auf einen Wandel der tatsächlichen Verhältnisse hin, weil bei Entstehung der Regeln der HLKO und ihrer Vorgänger staatliche Ressourcen eine geringere Rolle gespielt hätten, *Cassese*, *Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources*, in: *International Law and the Administration of Occupied Territories*, 419, 429. Die historische Grundlage dieser Behauptung bleibt allerdings unbelegt und an ihr bestehen auch Zweifel: Gerade Staatsforste und deren Nutzung für die eigenen Zwecke der Besatzungsmacht haben in Kriegen des 19. Jahrhunderts und noch im I. Weltkrieg eine erhebliche Rolle gespielt, vgl. hierzu *Feilchenfeld*, *The International Economic Law of Belligerent Occupation*, 1942, S. 56; aus zeitgenössischer Sicht *Baumberger*, *Occupatio Bellica*, 1909, S. 126 und 129 f. (insbesondere zur Nutzung der Wälder in besetzten Gebieten). Daher dürfte auch zur damaligen Zeit die Bedeutung des unbeweglichen Vermögens eines Staates den Staaten und der Völkerrechtswissenschaft bewusst gewesen sein.
- 2268 IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Urteil, 19. Dezember 2005, I.C.J. Reports 2005, 168, 251 (Rn. 244). Ein solcher Grundsatz folgt auch aus Art. 1 Abs. 2 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBürgPR), 19. Dezember 1966, UNTS 999, 171 (dt. Übersetzung: BGBl. 1973 II, 1533) und Art. 1 Abs. 2 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR), 19. Dezember 1966, UNTS 993, 3 (dt. Übersetzung BGBl. 1973 II, 1569).

scher Soldaten in besetztem Gebiet für unergiebig.²²⁶⁹ Gleichwohl spricht eine Auslegung des Art. 55 HLKO im Lichte dieses Grundsatzes (vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c WVRK) für eine Begrenzung der möglichen Verwendungsmöglichkeiten der Erträge aus diesen Ressourcen.²²⁷⁰ Wenn nämlich dieser Grundsatz (auch) ein Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts der Völker ist,²²⁷¹ muss der Gebrauch dieser Ressourcen dem Wohl des Inhabers, dem Volk zugutekommen.²²⁷²

Den Nießbrauch der Besatzungsmacht am unbeweglichen Staatsvermögen als ein im Wesentlichen unbegrenztes Verwendungsrecht der Früchte zu verstehen, korrespondiert mit der Idee des Privatrechts. Die Besatzungsmacht kann die Sache ganz zu ihrem eigenen Nutzen gebrauchen und muss nur äußere Grenzen bei der Ausübung des Rechts zum Schutz des Eigentümers (des verdrängten Souveräns) gegen sich gelten lassen. Dagegen entspricht die neuere Auffassung einem öffentlich-rechtlichen Verständnis, nach dem die Besatzungsmacht die Erträge aus den Ressourcen zum gemeinen Wohl nutzen muss. Insoweit lässt sich der Wandel in der Auslegung des Art. 55 HLKO auch als eine Publifizierung einer Privatrechtsanalogie lesen. In jedem Fall zeigt sich, wie eine Anleihe bei einem privatrechtlichen Konzept über die Zeit an ihren Regelungsgegenstand angepasst wurde und nunmehr der Besonderheit des Staates als dem Wohl seines Volkes verpflichtetes juristisches Konstrukt²²⁷³ Rechnung trägt.

2269 IGH, *Armed Activities*, 2005, I.C.J. Reports 2005, 168, 252 (Rn. 244).

2270 An der Anwendbarkeit der Regel im Rahmen des humanitären Völkerrechts zweifelnd *Dinstein*, *The International Law of Belligerent Occupation*, 2019, Rn. 669; für die Anwendbarkeit *Schrijver*, *Natural Resources, Permanent Sovereignty over*, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, Rn. 21f. *Schrijver* weist darauf hin, dass für die Anwendbarkeit auch die menschenrechtliche Verankerung der Souveränität über natürliche Ressourcen in Art. 1 Abs. 2 IPBürgPR bzw. IPWSKR spricht, weil diese auch während eines Konflikts weitergelten.

2271 *Schrijver*, *Natural Resources, Permanent Sovereignty over*, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, Rn. 1.

2272 *Cassese*, *Powers and Duties of an Occupant in Relation to Land and Natural Resources*, in: *International Law and the Administration of Occupied Territories*, 419, 429.

2273 *Tomuschat*, RdC 281 (2001), 162.

II. Wechsel der Hoheitsgewalt über ein Territorium

Ursprünglich prägten privatrechtliche Anleihen die völkerrechtlichen Regeln zum Wechsel der Hoheitsgewalt über ein Staatsgebiet.²²⁷⁴ Hierfür bietet der eben schon besprochene Rückgriff auf das Konzept des Nießbrauchs während eines temporären Wechsels der Hoheitsgewalt im Rahmen der Besatzung ein gutes Beispiel. Aber so wie dieses Konzept einen Wandel erlebt hat, sind auch im Übrigen die privatrechtlichen Wurzeln in den heutigen Regeln zum dauerhaften Wechsel der Hoheitsgewalt nur noch rudimentär erkennbar. Insbesondere haben die “neuen” Strukturprinzipien des Völkerrechts (namentlich Gewaltverbot und Selbstbestimmungsrecht der Völker) deutliche Spuren hinterlassen.²²⁷⁵ Im klassischen Völkerrecht war die Gebietsabtretung durch einen Verfügungsvertrag ohne weiteres möglich. Man denke an die Abtretung Helgolands durch das Vereinigte Königreich an das Deutsche Reich im Tausch gegen die Insel Sansibar.²²⁷⁶ Mittlerweile werden zunehmend zusätzliche Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines solchen Vertrages gestellt. Jedenfalls besteht eine Rechtsentwicklungstendenz, die Gültigkeit einer Gebietsabtretung von einer demokratischen Willensäußerung abhängig zu machen, die sich auf ein beachtliches Maß²²⁷⁷ an

2274 Vgl. hierzu *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 91, 96–99.

2275 UN Generalsekretär, *Survey of International Law – Working Paper Prepared by the Secretary-General in the Light of the Decision of the Commission to Review its Programme of Work*, 1971, A/CN.4/245, ILCYrbk 1971, Bd. 2, Teil 2, S. 2, Rn. 42; vgl. auch *Hertogen*, *EJIL* 29 (2019), 1133 (Fn. 44); vgl. auch *ILA Study Group*, *The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law – Report Johannesburg Conference 2016*, 2016, abrufbar unter: https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-johannesburg-2016-15 (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 119 f.

2276 Vertrag zwischen Deutschland und England über die Kolonien und Helgoland (Helgoland-Sansibar-Vertrag), 1. Juli 1890, *Nouveau Recueil Général de Traités*, Deuxième Series 16, 894–905; vgl. für weitere Beispiele *Epping*, § 7, in: *Ipsen/Heintschel von Heinegg* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 2018, 76–232, 104 f. (Rn. 47).

2277 Vgl. *Peters*, *Das Völkerrecht der Gebietsreferenden*, *Osteuropa* 64 (2014), 101–133, 114, die vom Entstehen einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel ausgeht, nach der jede Veränderung des Staatsgebiets einer demokratischen Legitimation bedarf; vgl. eingehend *Peters*, *Das Gebietsreferendum im Völkerrecht*, 1995, *passim*; vgl. auch für eine völkerrechtliche Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen der Bevölkerung *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht I/1*, 1989, S. 376; zustimmend *Epping*, § 7, in: *Völkerrecht*, 76, 105 f. (Rn. 49). Eine solche Regel lehnt *Crawford* mangels ausreichender Praxis ab, vgl. *Crawford*, *Brownlie’s Principles*, 2019, S. 229; ebenfalls zweifelnd *Dörr*, *Cession*, in: *Peters/Wolfrum* (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2019, Rn. 17. In jüngster Zeit spricht die

Staatenpraxis stützen kann. Auch wenn sich eine solche Regel noch nicht klar herauskristallisiert haben sollte, zeigen sich hier Risse in der privatrechtsanalogen Konzeption des Völkerrechts.

Den Staat wie einen Eigentümer über sein Gebiet verfügen zu lassen steht im Konflikt mit mittlerweile akzeptierten Grundpfeilern des völkerrechtlichen Systems, wie insbesondere dem Selbstbestimmungsrecht der Völker. In der Verknüpfung einer Zession mit einer Volksabstimmung oder einer anderen Willensäußerung der betroffenen Bevölkerung zeigt sich dagegen ein Einfluss der Gemeinwohlorientierung des Völkerrechts, die sich als Publizierung lesen lässt. Damit zeigt auch dieses Beispiel, dass privatrechtsanaloge Rechtsinstitute im Völkerrecht einen Wandel erleben, in dessen Verlauf öffentlich-rechtliche Gedanken sie ergänzen oder verändern.

B. Die Aussichten privatrechtsanaloger Rechtsinstitute im Völkerrecht

Die beiden soeben angeführten Beispiele stammen aus einem anderen Teil des Völkerrechts und zeigen, dass auch außerhalb der Unterscheidung zwischenstaatlich/individualberechtigend öffentlich-rechtliche Entwicklungen privatrechtsanaloger Rechtsinstitute feststellbar sind. Allerdings sollte das nicht zu der pauschalen Verallgemeinerung verleiten, alle Privatrechtsanalogien würden in einem dem öffentlichen Recht ähnlichen Regelungsbe- reich publiziert. Hier rät ein genauerer Blick zu einer differenzierten Sicht: Denn auch heute greifen Menschenrechtsgerichtshöfe in einer als idealtypisch öffentlich-rechtlichen Regelungssituation auf (privat-) rechtsvergleichende Argumente zurück, bedienen sich also der Privatrechtsanalogie. Ein Beispiel hierfür bilden die Auseinandersetzungen zur Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns in einer Entscheidung des AfGMRRV.²²⁷⁸ Das ist auch nicht vollkommen fernliegend. So greifen innerstaatliche Haftungsregime für hoheitliches Handeln in vielen Fragen auf das zivilrechtliche Lösungsarsenal zurück, weil es in diesen Fragen adäquate, wenn nicht sogar überlegene, Regeln anbietet. Wie oben ausgeführt greift bspw. das deutsche Staatshaftungsrecht insbesondere im Rahmen der Amtshaftung weitgehend

Praxis der Russischen Föderation, Gebietsreferenden in okkupierten ukrainischen Gebieten abzuhalten, bevor es diese annektiert, für eine solche Regel. Freilich sind die Gebietsreferenden und die darauffolgenden Annexionen aus anderen Gründen völkerrechtswidrig.

2278 Vgl. AfGMRRV, *Ajalon v. Benin* (Nr. 1), 2019, Beschwerde-Nr. 013/2017, Rn. 56.

auf die zivilrechtlichen Haftungsregeln zurück.²²⁷⁹ Insoweit zeigt auch im Völkerrecht die von *Hoffmann-Riem* für das deutsche Recht entwickelte Idee der “gegenseitigen Auffangordnungen” seine Erklärungskraft. Nach diesem Verständnis bieten öffentliches Recht und Privatrecht unterschiedliche Regelungsmuster und Lösungsansätze, auf welche die jeweils andere Teilrechtsordnung zurückgreifen kann.²²⁸⁰ Hieraus wird plausibel, warum das Völkerrecht in allen seinen Bereichen zum Teil noch heute auf privatrechtliche Vorstellungen zurückgreift.

Aber neben dem Fortbestehen der Privatrechtsrezeption in öffentlich-rechtlichen Regelungsbereichen gilt es bei Überlegungen zur Verallgemeinerung auch die weiteren Erkenntnisse dieser Arbeit im Zusammenhang mit Privatrechtsanalogien im Völkerrecht zu bedenken. Keinesfalls lässt sich die Privatrechtsrezeption des Völkerrechts auf einzelne, bewusste Analogiebildungen reduzieren. Vielmehr geschah die Privatrechtsrezeption zu sehr unterschiedlichen Zeiten und mit unterschiedlichen Erwägungen. Insbesondere fanden viele Institute zu Zeiten Eingang in das Völkerrecht, in denen weder zwischen innerstaatlich und international, noch zwischen privat- und öffentlich-rechtlich (strikt) getrennt wurde.²²⁸¹ Zugleich belegt die Verwendung innerstaatlichen Privatrechts im Kontext immaterieller Schäden,²²⁸² dass der Zugang zu Privatrechtsanalogien ein instrumenteller war, welcher die verschleierte Anwendung der eigenen Heimatrechtsordnung bedeuten konnte. Diese zwei Ergebnisse bedeuten für die übergreifende These zunächst, dass auch die Privatrechtsrezeption nicht alleine auf der strukturellen Ähnlichkeit mit dem Privatrecht beruhte. Soweit die “Analogie” eben nicht hierauf beruhte, stellt die Publifizierung des Anwendungsbereichs die Regelung weniger stark in Frage, als es den Anschein hat. Es wird also bei der Verallgemeinerung darauf ankommen, ob die konkrete Rezeption bis heute von der Erwägung einer strukturellen Ähnlichkeit mit dem Privatrecht getragen ist.²²⁸³ Daher ist die Publifizierung einer Privatrechtsanalogie eine mögliche, aber keine zwingende Entwicklung. Da sie

2279 Siehe oben unter § 13 A. I.

2280 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 264, 268–271.

2281 Siehe oben unter § 3 B.

2282 Siehe oben unter § 5 A. I. 1.

2283 Obwohl dies bei der ursprünglichen Rezeption oftmals nicht der Fall war, ist die fortwährende Anwendung der Rechtsinstitute häufig von der Vorstellung eines vergleichbaren Regelungsgegenstands getragen, siehe oben unter § 3 C.

sich jedoch sowohl in Fragen der Gebietshoheit, des Besatzungsrechts und des Schadensrechts nachweisen lässt, ist die Entwicklung jedenfalls keine Ausnahmeerscheinung.

Obwohl diese Fragen nicht im Fokus der Arbeit standen, hat die Analyse des immateriellen Schadensersatzes ebenso wie die allgemeinen Ausführungen zur Privatrechtsrezeption im Völkerrecht zweierlei zu Tage gefördert: Erstens zeigt sich oftmals eine Ungewissheit über den eigentlichen Begriffsinhalt der Rechtsinstitute, weil unklar ist, welche Privatrechtsordnung das Völkerrecht rezipiert hat, oder weil die Rechtsanwender*innen (unbewusst) das ihnen bekannte Rechtsinstitut in die völkerrechtlichen Regeln hineinlesen. Daher verbergen sich hinter einem einheitlichen Begriff oftmals stark divergierende Vorstellungen.²²⁸⁴ Zweitens zeigt gerade die divergierende Praxis zu immateriellen Schäden,²²⁸⁵ dass die Inspiration bei privatrechtlichen Rechtsinstituten weniger Überlegungen zu gemeinsamen Rechtstraditionen, als vielmehr die (offene oder verdeckte) Rezeption einiger weniger Privatrechtsordnungen zugrunde lag. Diesen Umstand verdeckte allerdings der scheinbare Konsens in der Verwendung gemeinsamer Begriffe, weil die dahinterliegenden unterschiedlichen Vorverständnisse implizit blieben. Begriffe wie immaterieller Schadensersatz sind anschlussfähig genug, um vertraut zu wirken. Hier zeigt sich eine Ausprägung des Phänomens, das *Peters* als "epistemischen Nationalismus" bezeichnet hat. Trotz des universalen Anspruchs des Völkerrechts zeigen sich in dessen Diskursen nationale Prägungen, Segmentierungen und Vorverständnisse.²²⁸⁶ Als Ausweg schlägt *Peters* vor, gegenseitig voneinander zu lernen.²²⁸⁷

Aus dieser Perspektive ist die reine Erkenntnis, dass unterschiedliche nationale Vorprägungen am Werk waren, erst die Grundlage, um diese Vorverständnisse zu überwinden. Zugleich lässt sich die Herausbildung eigenständiger völkerrechtlicher Ausprägungen ursprünglich privatrechtsanaloger Rechtsinstitute vor diesem Hintergrund als eine Überwindung des epistemischen Nationalismus lesen. Denn die Herausbildung eigenständiger Voraussetzungen macht die unterschiedlichen Vorverständnisse und daraus resultierenden Unklarheiten über den konkreten Inhalt privatrechtsanaloger Rechtsinstitute sichtbar und löst sie auf. Das lässt mit fortschreitender Praxis darauf hoffen, dass die ursprünglichen Probleme der

2284 Siehe oben unter § 5 B. III.

2285 Siehe oben unter § 5 A. I. 1.

2286 *Peters*, ZaöRV 67 (2007), insbesondere 767–771.

2287 *Peters*, ZaöRV 67 (2007), 772.

Privatrechtsrezeption geringer werden, weil sich ein eigenständiger Inhalt in den jeweiligen Teilrechtsordnungen herausgebildet hat. Auf diesem Weg lässt sich auch einem Legitimitätseinwand gegen Privatrechtsanalogien (jedenfalls teilweise) begegnen. Bei der Entstehung privatrechtsanaloger Rechtsinstitute übten in der Regel einige wenige Rechtsordnungen einen maßgeblichen Einfluss aus, wie das französische Recht im Falle des immateriellen Schadensersatzes.²²⁸⁸ Durch die nachfolgende Entwicklung und Konturierung in den einzelnen Teilbereichen können nunmehr auch andere Einflüsse wirken und damit die Legitimitätseinwände gegen den Einfluss einzelner (westlicher) Rechtsordnungen etwas entkräften. Insofern lässt sich die nachgezeichnete Entwicklung in der Tat als eine Überwindung des epistemischen Nationalismus lesen, der aus der fortgesetzten Verwendung diffuser Konzepte aus dem Privatrecht herrührte.

2288 Siehe hierzu oben unter § 5 A. I. 1.

