

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 Konstitutionalisierungsthese¹⁰⁵. Bei allen Unterschieden in Zielrichtung, Inhalt und Folgen eint alle drei das Ziel, aus einer dezidiert öffentlich-rechtlichen Sicht den Wandel des Völkerrechts¹⁰⁶ zu erfassen. Sie wollen so Phänomene der Global Governance mit Mitteln des innerstaatlichen öffentlichen Rechts¹⁰⁷ 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 Rechtsatzbegriffen und rechtswissenschaftlichen Begriffen/Dogmatikbegriffen *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 6.

Letztere sind alleine an der “wissenschaftlichen Vernünftigkeit”¹¹⁸ der Begriffsbildung zu messen. Das heißt, dass sie eine gewisse Grundlage in der Rechtsordnung finden (1.) und sie zu ihrem Verständnis dienlich sein müssen (2.).¹¹⁹ Auf das Völkerrecht übertragen ist bspw. “armed attack” in Art. 51 Satz 1 UN Charta ein Rechtsbegriff, während Begriffe wie humanitäres Völkerrecht (zur Umschreibung des Rechts des internationalen und nicht-internationalen bewaffneten Konflikts) oder “international law of co-operation” (Kooperationsvölkerrecht)¹²⁰ rechtswissenschaftliche Begriffe zur Beschreibung der Völkerrechtsordnung sind.

Dieser Arbeit geht es lediglich um einen rechtswissenschaftlichen Begriff beider Teilrechtsgebiete, d. h. um eine rechtswissenschaftliche Beschreibung des Völkerrechts anhand der beiden Kategorien. Das klarzustellen, ist wichtig, weil es zwei potenzielle Einwände gegen unsere Vorgehensweise entkräftet. Erstens könnte man einwenden, dass nicht alle Rechtsordnungen identisch unterscheiden. Während deutschen Juristen das Deliktsrecht als paradigmatisch privatrechtlich erscheint,¹²¹ nehmen amerikanische Juristen *tort law* – jedenfalls zum Teil – als öffentliches Recht wahr.¹²² Solche Unterschiede in der Handhabung der Unterscheidung stellen nun wiederum in Frage, ob sie sich auf das universale Völkerrecht übertragen lässt. Da es hier aber um einen rechtswissenschaftlichen Begriff geht, verfängt dieser Einwand nicht. Zwar gilt es solche Unterschiede zu berücksichtigen. Sie führen unter anderem dazu, dass die Begriffsbildung auf einen Idealtypus zugespißt ist.¹²³ Da aber der Maßstab einer rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung alleine die Zweckmäßigkeit ist, ist es irrelevant, ob sie zu denselben Ergebnissen wie die jeweilige Rechtsordnung gelangt. Entscheidend ist nur, ob sie ein zweckmäßiges Instrumentarium zur Beschreibung einer Rechtsordnung bietet. Jedenfalls für die herauszuarbeitenden Ideal-

118 Schmidt, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 158.

119 Schmidt, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 158.

120 Friedmann, Changing Structure, 1964, S. 61.

121 Allerdings lässt sich dem Deliktsrecht eine gewisse Nähe zum öffentlichen Recht nachsagen, weil es Verbotsnormen statuiert und deren Verstöße sanktioniert, so Noll, Limits to the Jurisdiction of States in Private Law Matters under International Law, ZaöRV 82 (2022), 333–355, 346 unter Verweis auf von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts VIII, 1849, S. 280. Gleichwohl betont von Savigny, dass ein Unterschied zum öffentlichen Recht verbleibe, ebd.

122 Michaels/Jansen, Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, AJCL 54 (2006), 843–890, 848.

123 Siehe unten unter § 2 B. II.

typen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts ist das der Fall.¹²⁴ Zweitens könnte man darauf verweisen, dass manche Rechtsordnungen die Unterscheidung gar nicht kennen. Diesem Einwand entgeht ein rechtswissenschaftlicher Begriff schon dadurch, dass er die jeweilige Rechtsordnung so nur *beschreibt*. Beispielsweise lässt sich – bei aller traditionellen Skepsis – auch die Rechtsordnung des Vereinigten Königreichs in einen gleichordnungsrechtlichen Teil privaten Verkehrs und einen Teil staatlichen Verwaltens und Eingreifens unterteilen.¹²⁵ Die Bildung eines rechtswissenschaftlichen Begriffs ist dadurch gegenüber dem Einwand immun, Rechtsordnungen mit einer Unterscheidung zu beschreiben, die diese selbst nicht kennen.

B. Die innerstaatliche Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Nähert man sich der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht an, ist man mit einer Paradoxie konfrontiert: Trotz zahlloser Abgesänge auf Ihren Nutzen,¹²⁶ ist sie von erstaunlicher Vitalität.¹²⁷ Angesichts dieses paradoxen Befundes blickt der erste Abschnitt zunächst auf die Herkunft der Unterscheidung zurück, um eine Vorstellung ihres Inhalts zu gewinnen. Hieraus ergeben sich Probleme für die Übertragbarkeit der Unterscheidung (I.). Um diesen Problemen zu begegnen, erscheint es alleine angemessen, die Unterscheidung auf ihren idealtypischen Kern zurückzuführen. Diese Idealtypen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts beanspruchen nicht, klar alle Fälle einem der beiden Teilbereiche zuordnen zu können. Vielmehr spiegeln sie das Typische, die “Handlungsrationalität-

124 Siehe unten unter § 2 B. II. 2.

125 So *Loughlin*, *The Nature of Public Law*, in: Mac Amhlaigh/Michelon/Walker (Hrsg.), *After Public Law*, 2013, 11–24, 14.

126 *Somek*, *Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?*, in: Sacksofsky (Hrsg.), *VVDStRL 79* (2019), 2020, 7–42, 7 f.; vgl. für eine prominente Verteidigung der Unterscheidung *Bydlinski*, *Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht*, *AcP* 194 (1994), 319–351.

127 *Horwitz*, *The History of the Public/Private Distinction*, *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), 1423–1428, 1427 (zum US-amerikanischen Diskurs); vgl. in neuerer Zeit *Auer*, *Der Privatrechtsdiskurs der Moderne*, 2014, S. 1 f.

ten”¹²⁸ beider Teilgebiete. So verstanden genügen öffentliches Recht und Privatrecht den eingangs beschriebenen Anforderungen an eine rechtswissenschaftliche Begriffsbildung (II.).

I. Herkunft und Probleme der Unterscheidung

Für die Entstehung der Unterscheidung beider Rechtsgebiete kursieren unterschiedliche Datierungen.¹²⁹ Eine gewisse Einigkeit besteht aber darüber, dass in den deutschen Gebieten erst das 19. Jahrhundert deren fundamentale Unterscheidung als Grundlage des Rechts etabliert hat.¹³⁰ Jedenfalls steht die Unterscheidung im Zusammenhang mit der Herausbildung moderner Staaten auf dem europäischen Kontinent seit der frühen Neuzeit. Sie hat damit eine Zeit und einen Ort.¹³¹ In nuce bezeichneten die Begriffe um das 19. Jahrhundert den Unterschied zwischen einem spezifischen Recht der Herrschaftsausübung und einem – der staatlichen Intervention weitgehend entzogenen und (in den deutschen Gebieten) weitgehend auf römischem Recht basierenden – Recht unter Gleichen, dem Privatrecht.¹³²

Vor der Herausbildung moderner Staaten spielte die Unterscheidung selbst in Kontinentaleuropa nur eine marginale Rolle. Zwar scheint schon

128 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 264–336, 268.

129 *Somek*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 7, 17 (Fn. 42).

130 *Horwitz*, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1424; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 54. Dies entsprach in Deutschland dem Zeitgeist der “Entpolitisierung der Privatsphäre, ruhiger Wissenschaftlichkeit und Herausarbeitung dogmatischer Wahrheiten aus dem Fonds des “heute geltenden römischen Rechts” oder des damit konkurrierenden “deutschen Privatrechts””, *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 57. Wo Revolutionen im 19. Jahrhundert erfolgreich waren, entwickelte sich die Unterteilung anders als in den deutschen Gebieten, vgl. für Spanien *Velasco Caballero*, The Public-Private Law Divide in Spanish Law, in: The Public-Private Law Divide, 123, 127.

131 *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41.

132 Vgl. *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41, 57.

Ulpian mit der Formel “publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem”¹³³ sowohl die Begriffe öffentliches Recht und Privatrecht als auch eine Formel zu ihrer Abgrenzung (die Interessenlehre) zu verwenden.¹³⁴ Allerdings ist es ein anachronistischer Fehlschluss anzunehmen, schon das römische Recht habe so unterschieden.¹³⁵ Es handelte sich lediglich um “eine Möglichkeit begrifflicher Betrachtungsweise”, die im römischen Recht weder das Recht (kategorial) einteilte noch praktisch bedeutsam war.¹³⁶ Das heißt freilich nicht, dass das römische Recht Privatangelegenheiten und die Ausübung staatlicher Gewalt identischen Regeln unterwarf.¹³⁷ Aber diese Unterscheidung vollzog es nicht anhand der Dichotomie öffentliches Recht-Privatrecht. Das europäische Mittelalter maß der Unterscheidung ebenfalls keine größere Bedeutung zu. Für dessen Rechtsdenken war sie trotz der Popularität des römischen Rechts irrelevant.¹³⁸ Das änderte sich erst im 16. und 17. Jahrhundert durch die Konzentration von Herrschaftsmacht in einer territorialen Entität. In deren Folge setzte eine Beschäftigung mit dem Komplex der Herrschaftsausübung und seinen Rechtsquellen ein.¹³⁹ Erst hieraus folgte die Herausbildung des öffentlichen Rechts als Disziplin. Folglich ist die Traditionslinie, die *Ulpian*s Zitat suggeriert und die sogar *Common Law* und *Civil Law* verbinden würde,¹⁴⁰ nur eine scheinbare.

133 Dig. 1.1.1.2 (*Ulpian*) abgedruckt in Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung*, Bd. II, Digesten 1–10, 1995, S. 91.

134 Vgl. für das Projekt einer “internationalen öffentlichen Gewalt”, die auf die Interessenlehre aufbaut von *Bogdandy/Goldmann/Venzke*, *EJIL* 28 (2017), 123.

135 So aber bspw. *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 1914, S. 383.

136 *Bullinger*, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 1968, S. 16. Vgl. für eine Rekonstruktion der Unterscheidung anhand des Konzepts der “utilitatem” *Kaser*, „Ius publicum“ und „ius privatum“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 103 (1986), 1–101.

137 Vgl. *Bullinger*, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 1968, S. 14 f.

138 *Hofmann*, Die Unterscheidung von Öffentlichem und Privatem Recht, *Der Staat* 57 (2018), 5–33, 6 f.; vgl. mit Beispielen *Stolleis*, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in: *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 41, 46–48.

139 *Stolleis*, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in: *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 41, 50.

140 So *Supiot*, *The Public-Private Relation in the Context of Today's Refeudalization*, *I·CON* 11 (2013), 129–145, 129.

Im Laufe des 19. Jahrhunderts kulminierte dieser Prozess in der klaren Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht.¹⁴¹ Hintergrund dieser Trennung war das Bestreben, Recht von Politik zu scheiden. Der Politik sollte ein “neutral and apolitical system of legal doctrine and legal reasoning” abgerungen werden.¹⁴² In diese Rolle trat das Privatrecht als (angeblich) neutrales, unpolitisches Regelwerk des freien Marktes.¹⁴³ Eine Grundlage fand diese Vorstellung darin, dass die Regeln des Privatrechtsverkehrs anders als die politischen Regeln der Herrschaft im Wesentlichen auf den Grundlagen des römischen Rechts beruhten. Angesichts dieser scheinbar zeitlosen Geltung konnte das Privatrecht als ein vernunftgemäßes und an der Idee der Gerechtigkeit ausgerichtetes Rechtssystem erscheinen.¹⁴⁴ Zugleich entsprach es dem Interesse eines sich emanzipierenden Bürgertums, das Privatrecht als staatsfreie Ordnung zu etablieren.¹⁴⁵ Umgekehrt ermöglichte die Unterscheidung im konstitutionellen Staat, die staatliche “Machtsphäre gegen bürgerliche Rechtsvorstellungen abzuschirmen.”¹⁴⁶ Insofern ist die Unterscheidung Ausdruck einer spezifischen historischen Konstellation.

Die profunden Veränderungen der Welt seit dem 19. Jahrhundert haben dazu geführt, dass eine klare Trennung beider Teilrechtsordnungen die Realität innerstaatlicher Rechtsordnungen nicht (mehr) beschreiben kann.¹⁴⁷ Das liegt an mehreren, einander überschneidenden Entwicklungen: der Ausweitung staatlicher Aufgaben, der Internationalisierung des

141 *Horwitz* behauptet für die Vereinigten Staaten eine kategoriale Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, *Horwitz*, *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), 1424; implizit wohl auch *Friedmann*, *The Uses of General Principles in the Development of International Law*, *AJIL* 57 (1963), 279–299, 281f. Ob diese Diagnose zutrifft, wird in der Forschung unterschiedlich bewertet, vgl. näher *Somek*, *Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?*, in: *VVDStRL* 79 (2019), 7, 19 (Fn. 56).

142 *Horwitz*, *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), 1425.

143 *Horwitz*, *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), 1426.

144 *Grimm*, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012, S. 13 f.

145 *Stolleis*, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in: *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 41, 57; vgl. hierzu eingehend *Grimm*, *Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, 84–103, 99–102.

146 *Hofmann*, *Der Staat* 57 (2018), 25.

147 So bereits *Friedmann*, *AJIL* 57 (1963), 281.

Rechts und der Privatisierung staatlichen Handelns.¹⁴⁸ Die Unterscheidung setzte die Vorstellung abgrenzbarer Aufgabenbereiche voraus, auf die der Staat beschränkt sein sollte.¹⁴⁹ Eine solche Vorstellung konnte aber, wenn überhaupt, nur “in a society and economy of relatively small, decentralized, nongovernmental units”¹⁵⁰ die Realität beschreiben. Wirtschaftlichen Wohlstand und soziale Wohlfahrt im Zuge der industriellen Revolution in einen Ausgleich zu bringen, bedingte allerdings, den Staat nicht mehr auf wenige Kernfunktionen zu beschränken, sondern seine Aufgaben sukzessive auszuweiten.¹⁵¹ All dies führte die Vorstellung eines vom staatlichen Aufgabenfeld abgrenzbaren Bereichs der Freiheit und Wirtschaft, kurzum des Marktes, *ad absurdum*.¹⁵² Als ein zweites Phänomen trat jedenfalls ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Internationalisierung des Rechts hinzu, welche Staat und öffentliche Gewalt in Teilen auseinander fallen ließ.¹⁵³ Hier ließe sich eine Vielzahl von Entwicklungen nennen, wie die Einbindung der Staaten in supranationale und internationale Organisationen, die Globalisierung von Wirtschaft und Verkehr oder die sonstige Zunahme von Kooperationen privater und/oder öffentlicher Art. Allen Entwicklungen gemein ist, dass öffentliche Gewalt nicht mehr alleine im Staat monopolisiert ist.¹⁵⁴ Außerdem zeigte sich im Verlaufe des ausgehenden 20. Jahrhunderts eine zunehmende Tendenz, vormals staatliche Aufgaben in unterschiedlichem Maße zu privatisieren.¹⁵⁵ Damit nährten sich weitere Zweifel an der Vorstellung typisch hoheitlicher Aufgaben. Die klassische Teilung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, wie sie das 19. Jahrhundert entfaltet hatte, verlor deshalb an Überzeugungskraft.

148 Vgl. *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 30–48.

149 Vgl. *Friedmann*, AJIL 57 (1963), 282; ähnlich *Hofmann*, Der Staat 57 (2018), 31.

150 *Horwitz*, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1428.

151 Vgl. *Friedmann*, AJIL 57 (1963), 282.

152 *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 33–39; vgl. auch zur Vermischung von Handlungsformen *Schneider*, The Public-Private Law Divide in Germany, in: Ruffert (Hrsg.), The Public-Private Law Divide, 2009, 85–98, 88; ebenso für die Vereinigten Staaten *Friedmann*, AJIL 57 (1963), 282.

153 *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 40–48; ebenso *Rosenfeld*, Rethinking the boundaries between public law and private law for the twenty first century: An introduction, I-CON II (2013), 125–128, 126.

154 Vgl. hierzu *Sand*, Globalization and the Transcendence of the Public/Private Divide, in: Mac Amhlaigh/Michelon/Walker (Hrsg.), After Public Law, 2013, 201–217, 203.

155 *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 79–83; vgl. für einen historischen Überblick der Privatisierung in Deutschland ebd. S. 61–83.

Mit der Ausweitung staatlicher Aufgaben trat immer klarer zu Tage, dass die Prämisse eines unpolitischen Privatrechts, die mit der kategorialen Unterscheidung im 19. Jahrhundert mitschwang,¹⁵⁶ unhaltbar ist. Insbesondere ist diese Vorstellung unvereinbar mit der Erkenntnis, dass das Privatrecht Ausdruck gesetzgeberischer Entscheidungen ist, die innerhalb eines (verfassungsrechtlichen) Rahmens so oder auch anders gefällt werden können.¹⁵⁷ Jedenfalls in einem demokratisch verfassten Staat ist Recht „Instrument von Politik, wird politisch – majoritär – legitimiert und kann nicht länger allein aus seiner Distanz zur Politik heraus konstruiert werden.“¹⁵⁸ Damit ist selbst das Grundprinzip des Privatrechts, die Privatautonomie,¹⁵⁹ lediglich eine von der öffentlichen Gewalt eingeräumte Verfügungsmacht und das Privatrecht westlicher Staaten „nur die besondere, der kapitalistischen Wirtschaftsordnung entsprechende Rechtsform der ökonomischen Produktion und der Verteilung der Produkte“¹⁶⁰. Deshalb ist die Vorstellung eines unpolitischen Privatrechts, das einem politischen Recht gegenübersteht, lediglich eine Ideologie.¹⁶¹ Diese als ideologisch entlarvte Vorstellung eines unpolitischen Privatrechts spiegelt sich im Übrigen in der völkerrechtlichen Privatrechtsrezeption wider.¹⁶²

Bereits dieser kurze Abriss liefert die wesentlichen Gründe dafür, warum nicht allen Rechtsordnungen die Dichotomie kennen: Sie hängt maßgeblich mit der Entstehung einer bestimmten Art des Staats- und Rechtswesen zusammen, wie es nicht überall und schon gar nicht überall identisch entstanden ist.¹⁶³ Zwar kennen viele innerstaatliche Rechtsordnungen die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, insbesondere die Rechtsordnungen des *Civil Law*. Jedoch ziehen sie die Grenzen zwischen den Teilrechtsgebieten jeweils anders.¹⁶⁴ Dass die Unterscheidung in der Bundesrepublik Deutschland eine Relevanz hat, demonstriert die Unterteilung der Fachsäulen, universitären Veranstaltungen, anwendbaren Normen

156 Siehe hierzu oben unter § 2 B. I.

157 Vgl. *Becker*, Öffentliches und Privates Recht, NVwZ 38 (2019), 1385–1392, 1388.

158 *Ley*, Drittwirkung als Erstwirkung?, ARSP 108 (2022), 412–443, 418.

159 Vgl. zur Privatautonomie als „Grundprinzip der Rechtsordnung“ *Flume*, BGB AT, Bd. 2, 1992, S. 2.

160 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 114.

161 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. III–114; zustimmend von *Bogdandy/Goldmann/Venzke*, EJIL 28 (2017), 124.

162 Siehe unten unter § 3 C.

163 Vgl. *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 4.

164 *Szladits*, The Civil Law System, in: David (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, 1974, 20.

und Rechtswege.¹⁶⁵ Vielleicht war sie auch in den Vereinigten Staaten relevant.¹⁶⁶ Andere Staaten kennen eine solche Trennung traditionell nicht, wie das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland.¹⁶⁷ Allerdings mehren sich die Anzeichen dafür, dass auch der britischen Rechtsordnung eine Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zugrunde liegt.¹⁶⁸

Die zeitliche Gebundenheit der Unterscheidung belegt der Umstand, dass die oben beschriebenen Veränderungen auch an den Rechtsordnungen anderer Staaten Spuren hinterlassen haben. So konvergieren öffentliches Recht und Privatrecht mittlerweile selbst in Rechtsordnungen, die traditionell sehr scharf getrennt haben,¹⁶⁹ wie die französische Rechtsordnung.¹⁷⁰ Gleiches gilt in Italien.¹⁷¹ Diese Entwicklung belegt erneut, dass die Unterscheidung spezifische Rahmenbedingungen hat.

Mit der zeitlichen und geografischen Verortung der Unterscheidung klingen bereits Probleme für ihre Übertragung auf das Völkerrecht an: Die Unterscheidung ist Ausfluss bestimmter historischer Entwicklungen. Noch dazu unterscheiden sich die Rechtsordnungen in ihrem Verständnis der beiden Teilrechtsgebiete.¹⁷² In der Folge ist der Inhalt der Unterscheidung variabel und ist jeweils "Ausdruck sehr verschiedener, begrenzter Sachan-

165 Becker, NVwZ 38 (2019), 1385.

166 Vgl. hierzu Somek, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 7, 19 (Fn. 56).

167 Vgl. den *locus classicus* hierzu Dicey, *The Law of the Constitution* (Oxford Edition of Dicey), 2013, S. 235–249.

168 Vgl. für eine kritische Auseinandersetzung in historischer Perspektive van den Berg, Rethinking the Public-Private Law Divide in the Age of Governmentality and Network Governance, *European Journal of Comparative Law and Governance* 5 (2018), 119–143, 130–132; kritisch zu einer grundlegenden Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht im englischen Recht Oliver, What, if any, Public-Private Divides Exist in English Law?, in: Ruffert (Hrsg.), *The Public-Private Law Divide*, 2009, 1–16, 16.

169 Vgl. hierzu Casini, "Down the Rabbit-Hole": The Projection of the Public/Private Distinction beyond the State, *I-CON* 12 (2014), 402–428, 423, der auch darauf hinweist, dass zugleich die Unterscheidung zwischen national und international zunehmend verwischt; vgl. auch Sand, Globalization and the Transcendence of the Public/Private Divide, in: *After Public Law*, 201, 203 f.

170 Picard, *The Public-Private Divide in French Law*, in: Ruffert (Hrsg.), *The Public-Private Law Divide*, 2009, 17–83, 76 f.

171 Caranta, *The Fall from Fundamentalism in Italian Administrative Law*, in: Ruffert (Hrsg.), *The Public-Private Law Divide*, 2009, 99–121, 106 f. und 117 f.

172 Vgl. für die Rechtsordnungen des *Civil Law Szladits*, *The Civil Law System*, in: David (Hrsg.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1974, 20.

liegen¹⁷³. Die Unterscheidung ist weder kategorial noch notwendig oder ewig.¹⁷⁴ Hinzu kommt, dass sich die Unterscheidung nach *Kelsens* unwiderlegter Einsicht nicht befriedigend vollziehen lässt.¹⁷⁵ Zu allem Überfluss kennzeichnen sie “Überschneidungen und Überlappungen”, die sich in wechselseitiger Rezeption zwischen den Teilrechtsordnungen widerspiegeln.¹⁷⁶ So rezipiert beispielsweise das deutsche Verwaltungsrecht mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag die archetypische Handlungsform des Privatrechts.¹⁷⁷

II. Idealtypen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts

Angesichts der oben skizzierten Kontingenz, Diversität und Inhaltsleere der Unterscheidung ist alleine ein pragmatisches Vorgehen zielführend zur Bestimmung beider Begriffe und ihres Unterschieds.¹⁷⁸ Eine Aufgabe der Unterscheidung sollte man aus diesen Erfahrungen nicht (vorschnell) folgern.¹⁷⁹ Vielmehr laden sie angesichts der Schwierigkeiten einer klassischen Begriffsdefinition¹⁸⁰ ein, sich auf die Herausarbeitung eines Idealtypus zu beschränken.¹⁸¹ Weil “Parlamentsrecht [...] kein Kaufrecht” (*Krüper*) ist, behält die Unterscheidung nämlich in idealtypischen Konstellationen ihre Unterscheidungskraft.¹⁸² Auch der Kontingenzeinwand zwingt nicht zur

173 *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 75.

174 Anders allerdings *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1963, S. 224.

175 Vgl. bereits *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 109.

176 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 264, 265.

177 § 62 Satz 2 VwVfG verweist weitgehend auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

178 Vgl. *Somek*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 7, 22–24.

179 Im Übrigen mag – folgt man *Bydlinski* – eine zu starke Betonung der Schwierigkeiten bei der Abgrenzung beider Teilbereiche verdecken, dass sich für die Mehrzahl der Fälle klar bestimmen lässt, welchem Teilrechtsgebiet Normen zugehören, *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 338 f.

180 *Somek*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 7, 12 (insbesondere Fn. 12) mit einer Gegenüberstellung von Beispielen und Gegenbeispielen.

181 So für die deutsche Rechtsordnung *Becker*, NVwZ 38 (2019), 1386.

182 *Krüper*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 43, 58; vgl. für eine ähnliche Richtung *Van Harten*, The Public-

Aufgabe der Unterscheidung. Denn Kontingenz ist kein Zufall. Vielmehr bedeutet sie, dass “die Identifizierung eines öffentlichen Rechts an Bedingungen geknüpft war, die nicht immer und überall bestanden und also auch wieder entfallen können”¹⁸³. Deshalb folgt aus der Kontingenzerfahrung nicht die Überflüssigkeit der Unterscheidung, sondern alleine die Notwendigkeit, nach ausreichenden Gründen für die Fortführung der Unterscheidung zu suchen. Wie die folgenden beiden Abschnitte zeigen, lassen sich solche Gründe finden,¹⁸⁴ weil die bereits dargestellten Voraussetzungen zur Bildung rechtswissenschaftlicher Begriffe¹⁸⁵ erfüllt sind: Innerstaatliche Rechtsordnungen lassen sich in idealtypische Gebiete des öffentlichen Rechts und des Privatrecht unterteilen (1.) und die Unterteilung leistet einen Beitrag zum Verständnis der Rechtsordnungen (2.).¹⁸⁶

1. Möglichkeit der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Der Kern des öffentlichen Rechts ist die Regelung einer bestimmten Form organisierter Herrschaft.¹⁸⁷ Aus dieser Einsicht folgt eine Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, die *G. Jellinek* bereits 1914 formuliert hat. Nach ihm ist das Privatrecht das Recht der “grundsätzlich Nebengeordnete[n]”.¹⁸⁸ Das öffentliche Recht regelt hingegen die “Verhältnisse zwischen verschiedenen Herrschaftssubjekten oder die Organisation und Funktion der Herrschaftssubjekte und deren Beziehungen zu den der Herrschaft Unterworfenen”¹⁸⁹. Etwas moderner formuliert ist Privatrecht

Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State, ICLQ 56 (2007), 371–394, 373.

183 *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 5.

184 Ebenso jedenfalls für Rechtsordnungen, in denen eine solche Unterscheidung historisch besteht *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 57–72.

185 Siehe hierzu oben unter § 2 A.

186 *Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 158; in der Sache sind *Kennedys* Anforderungen ähnlich, wobei er die Unterscheidbarkeit verlangt und diese Unterscheidung einen Unterschied markieren muss, *Kennedy*, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1349.

187 *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 62 f.; *Hofmann*, Der Staat 57 (2018), 32.

188 Ebenso *Becker*, NVwZ 38 (2019), 1387.

189 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1914, S. 384; ebenso *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 81; in der Sache ähnlich nennt dies *Krüper* den

als "Rahmenordnung" das Mittel, um Freiheit zu gestalten.¹⁹⁰ Dagegen eröffnet und begrenzt das öffentliche Recht die Fähigkeit "staatliche oder für wichtig erachtete individuelle Interessen gegenüber Dritten durchzusetzen"¹⁹¹. Kennzeichnend ist, dass das öffentliche Recht die Durchsetzung dieser Interessen *gegen* den Willen der Betroffenen zulässt. Des Konsenses, des Strukturmerkmals des Privatrechts, bedarf es grundsätzlich nicht. Dabei bleibt die Gleichordnung im öffentlichen Recht die Ausnahme,¹⁹² weil das öffentliche Recht das Recht einer bestimmten Form der einseitigen Herrschaftsausübung (der öffentlichen Gewalt) ist.¹⁹³ So verstanden ist das öffentliche Recht damit mit der Subordinationslehre¹⁹⁴ angemessen umschrieben. Öffentlich-rechtlich sind hiernach beispielsweise das Recht der Gefahrenabwehr oder das Steuerrecht, während das Privatrecht idealtypisch Vertrag, Delikt und Eigentum regelt.

Da auch Private mächtig sein können (und daher eine vergleichbare Gewalt ausüben können), ist die zugrundeliegende Unterscheidung zwischen öffentlicher und privater Gewalt fragil. Zu denken ist an die "sich selbst verstärkende Marktmacht" eines Digitalunternehmens wie Meta.¹⁹⁵ Dennoch bleibt die öffentliche Gewalt von dieser Macht unterscheidbar, weil die öffentliche Gewalt im innerstaatlichen Recht an den Staat anknüpft und alleine dieser das Recht zur gewaltsamen Durchsetzung besitzt (Gewaltmonopol).¹⁹⁶ Die Frage ist alleine, ob diese Art der Unterscheidung noch zweckmäßig ist.¹⁹⁷ Für die hier interessierende Identifizierung der

Unterschied zwischen "Organisation staatlicher Macht" und "Entfaltung privater Willkür", *Krüper*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 43, 58. Schon *Grotius* unterschied zwischen Subordinations- (*ius eminens*) und Gleichordnungsrecht, *Grotius*, *De Iure Belli Ac Pacis*, 1919, S. 22 f. (Lib. I Cap. I. §§ VI und III), vgl. *Hofmann*, *Der Staat* 57 (2018), 10.

190 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, 7–40, 16; vgl. auch *Becker*, NVwZ 38 (2019), 1387.

191 *Becker*, NVwZ 38 (2019), 1386.

192 *Becker*, NVwZ 38 (2019), 1387.

193 Siehe Nachweise in Fn. 187.

194 Vgl. statt aller *Maurer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2020, § 3 Rn. 12.

195 *Seckelmann*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, DVBl. 134 (2019), 1107–1114, 1108.

196 *Grimm*, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012, S. 63 f. Präziser formuliert besitzt der Staat alleine das "Monopol legitimer Gewaltanwendung" (ebd.).

197 Siehe hierzu unten unter § 2 B. II. 2.

Idealtypen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts genügt ein solches Verständnis indes.

Die Subordinationslehre ist allerdings in demokratischen Staaten nicht leicht hinzunehmen. Wenn Demokratie “ein Verhältnis unter Gleichen [ist], die sich organisieren, um ihre Angelegenheiten gemeinsam zu regeln, verliert die Dichotomie zwischen Privatrecht als horizontalem Recht unter Gleichen und öffentlichem Recht als vertikalem Recht unter Verschiedenen an Plausibilität.”¹⁹⁸ So naheliegend dieser Einwand im Falle eines demokratischen Rechtsstaats auch ist, greift er gegen die vorgeschlagene Begriffsbildung wegen des Zwecks dieser Arbeit nicht durch. Die Arbeit zielt auf einen international brauchbaren Begriff des öffentlichen Rechts und des Privatrechts. Da nicht alle Staaten Demokratien sind, muss die Begriffsbildung für unterschiedliche Herrschaftssysteme offen sein. Hierfür kann alleine das einseitig verbindliche Handeln durch einen Herrschaftsverband einen tauglichen Anknüpfungspunkt bilden.¹⁹⁹ Dass dieses Handeln durch die Beteiligung des Einzelnen legitimiert wird, kann für die jeweilige Rechtsordnung zu ausdifferenzierteren Antworten führen.²⁰⁰ Dabei mag dahinstehen, ob sich die Subordinationslehre demokratisch reformulieren lässt, im Sinne der einseitigen Verbindlichkeit demokratisch legitimierter Entscheidungen.²⁰¹ Für diese Arbeit genügt angesichts der Vielgestaltigkeit der Herrschaftsformen die relativ einfache Vorstellung der Subordination unter ein Gemeinwesen. Dass die Subordinationslehre in modernen Staaten im Übrigen nicht die Gesamtheit staatlichen Handelns beschreibt,²⁰² fällt

198 Ley, ARSP 108 (2022), 417; vgl. für Kritik an er Subordinationslehre aus zusätzlichen Gesichtspunkten Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 7, 19.

199 Dabei mögen die Rechtsordnungen das Verhältnis von Privatrecht und öffentlichem Recht (Gleichordnung und Unterordnung) je nach politischem System ganz unterschiedlich bestimmen. Darin bewahrheitet sich die Ansicht Radbruchs: “Der Charakter einer Rechtsordnung drückt sich durch nichts so deutlich aus wie durch das Verhältnis, in das sie öffentliches und privates Recht zueinander stellt, und durch die Weise, wie sie die Rechtsverhältnisse zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht aufteilt” (Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, S. 228).

200 Hierfür Ley, ARSP 108 (2022), 417 f.

201 Vgl. für eine demokratisch gewendete Version der Subordinationslehre, die als Verbindlichkeitslehre auf das einseitige Setzen von Verbindlichkeiten durch demokratische Legitimation abstellt Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 2021, § 11 Rn. 16.

202 Vgl. Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 7, 19. Zu denken ist an Staatshandeln durch Vertrag.

dagegen für die idealtypische Betrachtung, um die es hier geht, nicht ins Gewicht.

Für die weiteren Ausführungen gehen wir deshalb von folgendem idealtypischen Unterschied zwischen beiden Rechtsgebieten aus: Das Privatrecht ist eine Rechtsordnung zwischen formal gleichberechtigten Akteuren. Dagegen ist das öffentliche Recht das Recht der Ausübung staatlicher Herrschaft, d. h. der Rechtsbeziehung zwischen formal Ungleichen. So verstanden beruht die Unterscheidung auf unterschiedlichen Regelungsgegenständen.²⁰³ Auf diesem Abstraktionsniveau können wir die Unterscheidung auf viele Rechtsordnungen anwenden, wobei sich das Verhältnis beider je nach Gesellschafts- und Staatsform unterscheiden wird.²⁰⁴ Ein solches Verständnis der Unterscheidung begegnet auch einer Kritik aus der Sicht des englischen *Common Law*, dem eine solche Unterscheidung fremd sein soll. Denn auch dieses lässt sich mit diesem Minimalbegriff beschreiben.²⁰⁵ Angesichts der Ausweitung der Regierungs- und Verwaltungstätigkeiten im Vereinigten Königreich dürfte ohnehin viel dafürsprechen, dass auch diese Rechtsordnung eine solche Zweiteilung kennt.²⁰⁶

2. Zweckmäßigkeit der Unterscheidung

Die Untersuchung der Zweckmäßigkeit der Unterscheidung²⁰⁷ knüpft an die zweite Anforderung an eine rechtswissenschaftliche Begriffsbildung an.

203 Zustimmung *Rosenfeld*, I-CON II (2013), 126.

204 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1963, S. 225–228; siehe auch oben in Fn. 199.

205 So schon *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1963, S. 224 (Fn. 1). Der Arbeit geht es um die Entwicklung eines rechtswissenschaftlichen Begriffes: Es kommt nicht darauf an, ob das *Common Law* die Unterscheidung selbst kennt, sondern ob es sich so beschreiben lässt.

206 *Loughlin*, The Nature of Public Law, in: *After Public Law*, II, 14; vgl. zur Haftung exemplarisch die Ausführungen von Lord Nicholls of Birkenhead “My Lords, this case arises at the interface of public and private law obligations: the liability of a public authority in tort for failure to exercise a statutory power. When may a public authority be liable in damages for an unreasonable failure to act, in breach of its public law obligations?”; House of Lords, *Stovin Plaintiff v. Wise Respondent, Norfolk County Council (Third Party) Appellants*, Urteil, 24. Juli 1996, [1996] A.C. 923, 928H. Nach Auffassung *Varuhas*’ ist die Anerkennung der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht seit den späten 1970er Jahren im Englischen Recht weit verbreitet, *Varuhas*, *Damages and Human Rights*, 2016, S. 167.

207 Skeptisch *Krüper*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: *VVDStRL* 79 (2019), 43, 58.

Die Unterscheidung muss zum Verständnis beitragen²⁰⁸ bzw. anknüpfend an die pointierte Formulierung *Kennedys* muss die begriffliche Unterscheidung einen Unterschied in der Sache bedeuten.²⁰⁹ Da die Arbeit keine Rechtsbegriffe des öffentlichen Rechts und des Privatrechts herausarbeitet, sind die Anforderungen an den Unterschied gelockert. Es muss kein Unterschied in den Rechtsfolgen sein. Vielmehr genügt es, wenn die Anwendung der Unterscheidung einen Erkenntniswert generiert.

Der Gewinn einer solchen Einteilung ist zunächst ihre Systematisierungsleistung: Sie kann Verbindungslinien offenlegen und rationalisieren.²¹⁰ Diese Wirkungen kann die Unterscheidung aber nur entfalten, wenn die unterschiedenen Teilbereiche unterschiedliche Grundgedanken verfolgen. Diese Voraussetzung erfüllen öffentliches Recht und Privatrecht. Das Begriffspaar beinhaltet sogar ein ganzes Bündel gegensätzlicher Grundgedanken, die je nach Betrachtungsgegenstand einen Erklärungswert entfalten können. Die Unterscheidung markiert den Unterschied zwischen Staat und Gesellschaft.²¹¹ In Anlehnung an *Ulpian* unterscheiden sich die Logiken beider Gebiete. Dort steht das vom Eigennutz gesteuerte Privatrecht und hier das immer auf das Gemeinwohl als (letztes) Ziel rückführbare öffentliche Recht.²¹² Noch etwas präziser formuliert besteht der Unterschied darin, dass im Privatrecht erlaubt ist, alleine zum Eigennutz zu handeln, während das öffentliche Recht die Verfolgung eines Gemeininteresses verlangt.²¹³ Das öffentliche Recht erfüllt insoweit zwei ineinandergreifende Funktionen. Es konstituiert die Ausübung öffentlicher Gewalt und begrenzt diese.²¹⁴ Aus einer wieder anderen Sicht spiegelt die Unterscheidung den Unterschied zwischen austeilender Gerechtigkeit (in Subordinationsverhältnissen) und ausgleichender Gerechtigkeit (unter Gleichen).²¹⁵

208 *Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 158.

209 *Kennedy*, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1349.

210 *Grimm*, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 57–72.

211 *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 340–345.

212 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 264, 268 f. Natürlich kann auch eigennütziges Handeln dem Gemeinwohl dienen und *vice versa*.

213 *von Bogdandy/Goldmann/Venzke*, EJIL 28 (2017), 123.

214 *von Bogdandy/Goldmann/Venzke*, EJIL 28 (2017), 123 unter Verweis auf *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2006, S. 16–18.

215 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1963, S. 225 f.; zustimmend: *Peters*, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: Making Transnational Law Work in the Global Economy, 153, 170; vgl. für

Das bedeutet, dass das Privatrecht die Idee verwirklicht, unter Gleichen Unrecht vollständig auszugleichen.²¹⁶ Geschädigte einer unerlaubten Handlung sollen wieder so stehen, wie sie vorher standen. Dagegen geht es dem öffentlichen Recht um die Verteilung einer Begünstigung oder Belastung, was einerseits die Überordnung einer Entscheidungsinstanz voraussetzt und andererseits die Vorstellung der Gleichheit in der Anwendung einer – wie auch immer ausgestalteten – Verteilungsregel bedeutet.²¹⁷ So regelt es die Zuteilung einer Subvention oder bei welchem Verhalten die Polizei einschreiten soll. Damit lassen sich in Gestalt von Gemeinwohl versus Eigennutz sowie austeilende versus ausgleichende Gerechtigkeit jedenfalls zwei Gegensätze identifizieren, welche die Unterscheidung tragen. Die Unterscheidung markiert deshalb Unterschiede, deren Erfassung einen Erkenntniswert generiert.

Diese abstrakten Unterschiede gewinnen an Gestalt, wenn wir sie auf das Haftungsrecht anwenden, das für die Untersuchung des immateriellen Schadensersatzes einen wichtigen Referenzpunkt bildet. In einem ersten Schritt können wir die Haftung für öffentliches, hoheitliches Verhalten im oben herausgearbeiteten Sinne (in Subordinationsverhältnissen) und für privates Verhalten (in Gleichordnungsverhältnissen) trennen. Dies ermöglicht wiederum, unterschiedliche Regelungsideen zu identifizieren, welche die Ausgestaltung der Haftung erklären können. Hierzu lässt sich die Unterscheidung zwischen austeilender und ausgleichender²¹⁸ Gerechtigkeit fruchtbar machen.²¹⁹ Es entspricht einem privatrechtlichen, d. h. ausgleichenden, Haftungssystem, den Schaden möglichst ganz auszugleichen.²²⁰

das Privatrecht: *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 1995, insbesondere S. 73–76; *Rödl*, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, 2015, S. 53–65; vgl. für eine historische Aufarbeitung der Rezeption (und Modifikation) der Unterscheidung seit Aristoteles *Hofmann*, *Der Staat* 57 (2018), 27 f.

216 *Rödl*, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, 2015, S. 56.

217 *Rödl*, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, 2015, S. 54 f.

218 Vgl. für eine (weitgehende) normative Rekonstruktion des deutschen Deliktsrechts auf Grundlage der Idee ausgleichender Gerechtigkeit *Rödl*, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, 2015, S. 71–177.

219 Vgl. für eine Rekonstruktion des deutschen Staatshaftungsrechts als Ausdruck austeilender Gewalt, zur Restitution “der mit den Grundrechten an die Bürger ausgeteilten Freiheit”, *Grzeszick*, *Verantwortlichkeit*, in: *Kube/Mellinghoff/Morgen-thaler/Palm/Puhl/Seiler* (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts – Studienausgabe*, 2015, 103–114, 110 (Rn. 17).

220 Vgl. für den Zusammenhang zwischen der ausgleichenden Funktion des Schadensersatzes und ausgleichender Gewalt in Bezug auf die deutsche Rechtsordnung *La-renz*, *Lehrbuch des Schuldrechts – Bd. 1: Allgemeiner Teil*, 1967, S. 149.

Sofern es dagegen Zwecke der Sanktion verfolgt, wie der Strafschadensersatz des U.S. amerikanischen *tort law*, entspricht es der Logik des öffentlichen Rechts.²²¹ Ein öffentlich-rechtlicher Zweck ist nach dem hier vorgeschlagenen Begriffsverständnis neben der Sanktion die Generalprävention, d. h. die Wahrung der Rechtsordnung durch einen Schadensersatz, weil der Schadensersatz damit Gemeinwohlinteressen fördert. Zwar dient auch jeder privatrechtliche Schadensersatz generalpräventiven Zwecken, ein Unterschied besteht jedoch dahingehend, dass diese im Deliktsrecht gegenüber dem Ausgleich des individuellen Schadens nachrangig sind.²²² Dagegen zielt eine idealtypisch öffentlich-rechtliche Haftung weniger auf den Ausgleich als auf die Rechtmäßigkeit hoheitlichen Handelns.²²³ Zwar erschweren die Nebenzwecke der Haftung eine eindeutige Identifizierung privat- und öffentlich-rechtlicher Gedanken in einem Rechtsinstitut, verunmöglichen sie jedoch nicht vollkommen, weil die Schwerpunkte jeweils andere sind. Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftung zeigen sich zusätzlich im folgenden Aspekt: Als Ausfluss der Privatautonomie²²⁴ grenzt privatrechtliche Haftung individuelle Freiheitsräume gegeneinander ab, während das Staatshaftungsrecht die Überschreitung von Kompetenzen sanktioniert.²²⁵ Als Folge dieses Unterschieds kommt im öffentlichen Recht der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme eine eigenständige Bedeutung gegenüber dem Schadensausgleich zu.²²⁶ Dies zeigt sich exemplarisch in dem Vorrang des Primärrechtsschutzes gegenüber der Haftung, wie ihn viele nationale Rechtsordnungen

221 Vgl. für eine Anwendung auf das U.S. *tort law* im Vergleich zum deutschen Deliktsrecht *Michaels/Jansen*, AJCL 54 (2006), 848.

222 In der deutschen Rechtsordnung ist der Schadensausgleich das primäre Ziel des Deliktsrechts, so statt aller *Wagner* in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo/BGB, 8. Auflage, 2020, Vor § 823, Rn. 43; die Generalprävention ist lediglich das "erwünschte Nebenprodukt", *Larenz*, Schuldrecht AT, 1987, S. 423 f.

223 Vgl. bspw. für diese Sichtweise im neuseeländischen Recht Supreme Court of New Zealand, *Taunoa v. Attorney General*, Urteil, 31. August 2007, [2008] 1 NZLR 429, Rn. 259 (Blanchard J).

224 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 7, 16.

225 Vgl. *Breuer*, Die Funktion der Staatshaftung nach Unionsrecht und EMRK im Vergleich, in: Iliopoulos-Strangas/Biernat/Potacs (Hrsg.), Verantwortung, Haftung und Kontrolle des Verfassungsstaates und der EU im Wandel der Zeit, 2014, 203–228, 205.

226 Vgl. *Nollkaemper*, Indiana Journal of Global Legal Studies 16 (2009), 543.

im Staatshaftungsrecht praktizieren.²²⁷ In diesem Rechtsinstitut liegt eine Eigenart des öffentlichen Rechts, weil es auf die Vermeidung des Rechtsverstoßes drängt.²²⁸ Besonders deutlich haben englische Gerichte eine solche Unterscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Haftung auf die Folgen eines Verstoßes gegen den *Human Rights Act*²²⁹ übertragen. Während erstere dem Ausgleich diene, diene der Menschenrechtsschutz der Gewährleistung eines Mindeststandards menschenrechtlichen Schutzes.²³⁰ Dementsprechend sei der Geldersatz für diese Haftung nicht die Regel, anders als bei der deliktischen Haftung.²³¹

Die identifizierten Regelungsideen geben allerdings keine konkrete Ausgestaltung der Haftung vor. So sind die Rechtsfolgen des Amtshaftungsanspruchs in der Bundesrepublik weitgehend an die privatrechtliche Haftung angeglichen.²³² Auch andere Rechtsordnungen wenden grundsätzlich die gleichen Regeln an.²³³ Diese Beobachtungen sprechen nicht gegen den hier verfolgten Ansatz, weil dieser nur die verschiedenen Eigenrationalitäten und Grundgedanken der Haftung für öffentlich-rechtliches und privatrechtliches Handeln aufzeigen soll. Diese können, müssen aber nicht zu anderen Regeln führen. Dass auch im deutschen Haftungsrecht unterschiedliche Grundgedanken für die deliktische und die hoheitliche Haftung greifen, belegt ein Blick auf deren heutige verfassungsrechtliche Fundierung. Das Bundesverfassungsgericht sieht das Staatshaftungsrecht

227 Vgl. *van Aaken*, Primary and Secondary Remedies, in: Schill (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, 721–754, 726. Im deutschen Recht prägt dieses in § 839 Abs. 3 BGB einfachgesetzlich verankerte Prinzip das gesamte Staatshaftungsrecht, vgl. hierzu *Papier/Shirvani* in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKo/BGB*, 8. Auflage, 2020, § 839 BGB Rn. 5.

228 *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht, in: *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 7, 22.

229 Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland, *Human Rights Act*, 1998, 1998 Chapter 42.

230 Court of Appeal (Civil Division), *D v. Commissioner of Police of the Metropolis, V v. Commissioner of Police of the Metropolis, Koraou v. Chief Constable of Greater Manchester Police*, Urteil, 30. Juni 2015, [2015] EWCA Civ 646, Rn. 65 f. (Laws LJ).

231 Vgl. House of Lords, *R. (on the application of Greenfield) v. Secretary of State for the Home Department*, Urteil, 16. Februar 2005, [2005] W.L.R. 673, Rn. 9 (Lord Bingham).

232 Dies resultiert aus der – modifizierten – Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB, vgl. eingehend: *Dörr* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), *BeckOGK/BGB*, Stand: 1. April 2023, § 839 BGB Rn. 518–528.

233 Namentlich in Belgien, den Niederlanden, Italien, Irland oder dem Vereinigten Königreich ist das der Fall, *Dörr*, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: *Dörr* (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, 2014, 1–30, 4.

als Ausfluss der Grundrechte und der Rechtsstaatlichkeit.²³⁴ Die staatlichen Ersatzleistungen sind damit die Folge der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte und verlängern diese, jedenfalls teilweise.²³⁵ Das private Deliktsrecht ist dagegen gesetzgeberische Ausgestaltung grundrechtlicher Schutzpflichten.²³⁶ Folglich unterliegt die Haftung unter Gleichen selbst in einem umfassend konstitutionalisierten Rechtssystem anderen Prämissen als die Haftung in Subordinationsverhältnissen.

Die Anwendung identischer Rechtsfolgen auf die private und die hoheitliche Haftung spricht auch deshalb nicht gegen die Unterscheidung, weil der Umfang eines Schadensersatzanspruchs nur eine unter vielen möglichen Stellschrauben ist. So kann ein öffentlich-rechtliches Verständnis einen konzeptionellen Wandel der Regeln zur Haftungsausfüllung nahelegen. Die zivilrechtliche Haftung ist traditionell auf das Vermögen ausgerichtet, wie die Begriffsbildung für Leid, Schmerzen und Rufverlusten als Nichtvermögensschaden verdeutlicht. Eine dezidiert öffentlich-rechtliche Haftung könnte, gerade mit Blick auf Menschen- und Grundrechte, stärker auf die tatsächliche Verbesserung der Lage betroffener Individuen zielen.²³⁷

-
- 234 Vgl. BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), *Kunduz*, Beschluss vom 18. November 2020, Az. 2 BvR 477/17, NVwZ 2021, 398,400 (Rn. 24); BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2022, Az. 2 BvR 737/20, NVwZ 2022, 1722, 1724 f. (Rn. 84–87). Der *Kunduz*-Beschluss war ein “kopernikanischer Wendepunkt” der Rechtsprechung des BVerfG, *Grzeszick*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 18.11.2020, 2 BvR 477/17, JZ 76 (2021), 146–149, 147; vgl. bereits *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 334–338 und *passim*; ähnlich *Röder*, Die Haftungsfunktion der Grundrechte, 2002, S. 199–318; kritisch *Breuer* in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK, Lfg. 216, August 2022, Art. 34, Rn. 193–198; *Sauer*, Der Kunduz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts und das Staatshaftungsrecht: Konstitutionalisierungspotenzial mit Unschärfen, DÖV 74 (2021), 483–489, 486–488; vgl. auch *von Danwitz* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), von Mangoldt/Klein/Starck, 7. Auflage, 2018, Art. 34 Rn. 39.
- 235 Vgl. BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), *Kunduz*, NVwZ 2021, 398, 400 (Rn. 25); *Grzeszick*, Verantwortlichkeit, in: Leitgedanken des Rechts – Studienausgabe, 103, 106 f. (Rn. 10–12).
- 236 Vgl. bereits BVerfG, *Sachverständigenhaftung*, Urteil vom 11. Oktober 1973, Az. 1 BvR 84/74, BVerfGE 49, 304, 319; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1998, S. 82; *Wagner* in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo/BGB, 8. Auflage, 2020, Vor § 823 Rn. 79; *von Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht I, 1996, Rn. 556–560 in rechtsvergleichender Perspektive; vgl. zum Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und Privatrecht *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, *passim*.
- 237 Hierfür dezidiert auf internationaler Ebene IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade (Compensation), 19. Juni 2012, I.C.J. Reports 2012, 347, 47 (Rn. 53).

Ganz allgemein kommen bei der Haftung für hoheitliches Handeln in einem anderen Maße Gemeinwohlüberlegungen (bspw. das Interesse an der Erfüllung staatlicher Aufgaben) zum Tragen als bei der Haftung für privates Handeln. Das zeigt sich auch darin, dass die Staatshaftung in Europa nach einer rechtsvergleichenden Studie in der Regel in der einen oder anderen Form begrenzter als die Haftung Privater ist, um die Erfüllung der Staatsaufgaben nicht durch zu große Haftungsrisiken zu gefährden.²³⁸ Diese Erwägungen belegen das Potenzial der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht: Sie kann Eigenarten der jeweiligen Regime aufzeigen und bietet einen Maßstab, um die Eignung der jeweiligen Regeln für das Anwendungsfeld zu prüfen.

Der Begriffsbildung mag man entgegenhalten, dass Sie komplexe und umstrittene Begriffe benutzt, um einen simplen Sachverhalt zu umschreiben. Hinter öffentlichem Recht und Privatrecht verbirgt sich nicht mehr als der Unterschied zwischen konsensuellem Handeln unter Gleichen und dem einseitig verbindlichen Tätigwerden einer übergeordneten Instanz (Staat). Das ließe sich in den Unterschied zwischen Vertrag und einseitigem Staatshandeln übersetzen.²³⁹ Allerdings sprechen Tradition und Geschichte gegen eine solche Wortwahl. Wie ich im anschließenden Kapitel zeigen werde, ist es gerade die Zugehörigkeit eines Rechtsinstituts zum Privatrecht, welche die Rezeption bestimmter Rechtsinstitute im Völkerrecht begünstigt oder rechtfertigt.²⁴⁰ Außerdem entspricht es jedenfalls wegen der prägenden Dissertation *Lauterpachts* dem völkerrechtlichen Sprachgebrauch, solche Anleihen als Privatrechtsanalogien zu bezeichnen.²⁴¹ Insofern stützt sich der Begriff auf eine Tradition. Natürlich ist Tradition kein ausreichender Grund, um an einer Unterscheidung festzuhalten. Ihren Wert offenbart sie aber darin, dass mit den Begriffen Assoziationen mitschwingen, die

238 Dörr, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, 1, 7.

239 So der Vorschlag von *Jakab*, *European Constitutional Language*, 2016, S. 397 und 399, der die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht auch als rechtswissenschaftliches Konzept für wertlos erachtet.

240 Siehe unten unter § 3.

241 *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927; vgl. bspw. die Verwendung des Begriffs in 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), bspw. in Rn. 80 oder 141.

über die Zuordnung zu typischen Handlungsformen hinausgehen. Es sind diese Assoziationen, welche die Fragen rechtlicher Einhegung öffentlicher Gewalt und der hierzu erforderlichen Mittel aufwerfen. Das ist kein logisch zwingender Zusammenhang. Aber auf der Grundlage einer gewachsenen Unterscheidung in einigen Rechtsordnungen scheint es sinnvoller, diese Assoziationen zu nutzen, als *tabula rasa* zu machen. Es bleibt deshalb festzuhalten, dass die Unterscheidung Sinn ergibt, soweit sie unterschiedliche Grundlogiken zwischen Teilrechtsgebieten (hier Eigennutz, dort Gemeinnutz; hier ausgleichende Gerechtigkeit, dort austeilende Gerechtigkeit) herauszustellen vermag.²⁴² So lassen sich öffentliches Recht und Privatrecht als rechtswissenschaftliche Begriffe gegen den Kontingenzeinwand verteidigen. Gegen die Erfahrungen von Diversität und Identitätsverlust stellt die Arbeit ein idealtypisches Verständnis der beiden Begriffe, das letztlich auf unterschiedliche Regelungsgegenstände abhebt. Die typische Konstellation öffentlich-rechtlichen Handelns ist das einseitig verbindliche Handeln eines Staates gegen ihr einzelnes Glied, das Individuum, während sich das Privatrecht durch die Interaktion Freier und Gleicher definiert.

C. Übertragung der Unterscheidung auf das Völkerrecht

Diese Unterscheidung lässt sich auch auf das Völkerrecht übertragen, weil sie eine Grundlage in der geltenden Völkerrechtsordnung findet (I.) und zu deren Verständnis dienlich ist (II.).²⁴³

I. Grundlage der Unterscheidung im geltenden Völkerrecht

Zunächst legen einzelne Normen des Völkerrechts nahe, dass das Völkerrecht zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht unterscheidet. So trennt es mit dem Begriffspaar *acta iure imperii/acta iure gestionis* im Immunitätsrecht in der Sache öffentlich-rechtliches und privatrechtliches Handeln des Staates.²⁴⁴ Ein Staat darf seine Hoheitsgewalt grundsätzlich nicht über Ho-

242 So auch *Peters*, *Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law*, in: *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 153, 170 f.

243 Vgl. *Schmidt*, *Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht*, 1985, S. 158.

244 Vgl. *Van Harten*, *ICLQ* 56 (2007), 373 f.

heitsakte anderer Staaten erstrecken, wohl aber über private Handlungen mit Auslandsbezug.²⁴⁵ Ebenso setzen die Zurechnungsregeln im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit (Art. 5 ARSIWA)²⁴⁶ und die Definition der Folter in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 UN-Antifolterkonvention²⁴⁷ die Unterscheidbarkeit öffentlicher Gewalt und privaten Handelns voraus.²⁴⁸ Damit implizieren die Regeln in der Sache ebenso eine Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln. Diese Punkte betreffen zwar andere Aspekte als den hier angestrebten Strukturvergleich zwischen Teilen des Völkerrechts mit Privatrecht und öffentlichem Recht. Sie begegnen zudem berechtigter Kritik, weil die Abgrenzung zwischen hoheitlich und privat schwierig ist und zu völkerrechtlichen Haftungslücken bei "privaten" Schädigungshandlungen führen kann.²⁴⁹ Die genannten Beispiele belegen gleichwohl, dass das Völkerrecht die Idee einer gesonderten Regeln unterliegenden hoheitlichen Gewalt kennt.

Zudem passen die oben gebildeten Idealtypen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts als Beschreibungen auf Teilbereiche des Völkerrechts, wie wir im Folgenden sehen werden. Die hier vorgeschlagene Trennung zwischen dem zwischenstaatlichen, grundsätzlich privatrechtsähnlichen, und einem individualberechtigenden, grundsätzlich dem öffentlichen Recht ähnlichen, Teil des Völkerrechts ist dabei nur eine mögliche Aufgliederung. Sie schließt es nicht aus, dass auch das zwischenstaatliche Völkerrecht Gemeinwohlinteressen verfolgen kann und insoweit die Idee des öffentlichen Rechts verwirklicht.²⁵⁰

Es hat Tradition, das klassische Völkerrecht wegen seiner koordinationsrechtlichen Grundstruktur mit dem innerstaatlichen Zivilrecht zu

245 *Koskeniemi*, *From Apology to Utopia*, 2006, S. 152; ebenso *Charlesworth*, *Worlds Apart*, in: Thornton (Hrsg.), *Public and Private*, 1995, 243–260, 243.

246 Vgl. hierzu *Mills*, *State Responsibility and Privatisation: Accommodating Private Conduct in a Public Framework*, *EJIL Talk!*, 4. August 2021, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/state-responsibility-and-privatisation-accommodating-private-conduct-in-a-public-framework/> (zuletzt besucht: 15. März 2023).

247 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (UN-Antifolterkonvention), 10. Dezember 1984, UNGA/RES/39/46 (dt. Übersetzung BGBl. 1990 II, 246).

248 Vgl. hinsichtlich der Staatenverantwortlichkeit *Van Harten*, *ICLQ* 56 (2007), 373.

249 *Chinkin*, *A Critique of the Public/Private Dimension*, *EJIL* 10 (1999), 387–395, insbesondere 390 f. Die zusätzlich auf die feministische Kritik an der Unterscheidung zwischen öffentlich und privat verweist, weil diese die Unterdrückung der Frauen unterstützt und zugleich verbirgt, ebd. 389.

250 Zu denken wäre an das völkerrechtliche Umweltschutz- und Klimaschutzrecht.

vergleichen.²⁵¹ Klassische Beispiele der privatrechtlichen Konzeption des Völkerrechts sind das völkerrechtliche Nachbar-, Vertrags- und Diplomatentrecht.²⁵² Auch das Recht der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit zählt hierzu. Denn als Haftungsrecht, das die Konsequenzen einer völkerrechtswidrigen Handlung festlegt, dient es dem Schutz "individueller" (staatlicher) Rechte unter Gleichen und nicht der Kontrolle staatlichen Handelns ungeachtet der Verletzung der Rechte eines anderen Staates.²⁵³ Das privatrechtsanaloge Erbe der Staatenverantwortlichkeit zeigt sich besonders deutlich in dessen Anfängen, wenn *Heffter* es beispielsweise als Recht der unerlaubten Handlung bezeichnet.²⁵⁴ Ebenso entspricht die Ausgestaltung der Haftung in Gestalt des Grundsatzes der Totalreparation grundsätzlich einer Gleichordnungssituation,²⁵⁵ was sich ebenso in der Übereinstimmung der ARSIWA mit den Deliktsregeln europäischer Privatrechtsordnungen zeigt.²⁵⁶

Gegen eine privatrechtliche Konzeption (einiger Bereiche) des Völkerrechts ließe sich einwenden, dass der Vergleich zwischen Staaten und Individuen hinke. Während das Individuum im Privatrecht sein Eigeninteresse verwirklichen darf, sind Staaten dem Gemeinwohl der von ihnen repräsentierten Bevölkerungen verpflichtet. Sie haben darum keine eigenen Interessen um ihrer selbst willen.²⁵⁷ Jedoch bevölkern Staaten mit

251 *Holland*, International Law, 1898, S. 152; *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 81; *Kunig*, Völkerrecht als öffentliches Recht, in: GS Grabitz, 325, 325; *Simma*, RdC 250 (1994), 230 f.; vgl. auch aus neuerer Zeit von *Bogdandy/Goldmann/Venzke*, EJIL 28 (2017), 118.

252 *Kunig*, Völkerrecht als öffentliches Recht, in: GS Grabitz, 325, 329 f.

253 *Peters*, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: Making Transnational Law Work in the Global Economy, 153, 158. Allerdings haben die Regeln der Staatenverantwortlichkeit mittlerweile bspw. durch die Anerkennung eines Interesses nicht verletzter Staaten an der Geltendmachung eines Völkerrechtsverstößes eine Form der Publizierung erfahren, hierzu eingehend *Nollkaemper*, Indiana Journal of Global Legal Studies 16 (2009), 545–549.

254 *Heffter*, Völkerrecht, 1888, S. 185. Hierin liegt laut *Sabahi* der Anfang einer allgemeinen Dogmatik der Wiedergutmachung für Völkerrechtsverstöße, *Sabahi*, Compensation and Restitution, 2011, S. 44.

255 *Van Harten*, Investment Treaty Arbitration, 2007, S. 104 f.; ähnlich für die EMRK *Bydlinski*, Methodologische Ansätze zum Schadensersatzrecht der EMRK, in: Fenyves/Karner/Kozioł/Steiner (Hrsg.), Tort Law in the Jurisprudence of the ECtHR, 2011, 129–236, 208.

256 *Nollkaemper/Jacobs*, Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework, MJIL 34 (2013), 359–438401.

257 So bspw. *Waldron*, Harvard Journal of Law & Public Policy 30 (2006), 20–26.

unterschiedlichen inneren Organisationsformen das Völkerrecht. Trotzdem sind sie im Völkerrecht gleiche und unitarische Personen, wie Individuen im Privatrechtsverkehr.²⁵⁸ Daher behält die Gleichsetzung eines Teils des Völkerrechts mit dem innerstaatlichen Privatrecht seine Überzeugungskraft.

Die vollkommene Gleichsetzung des Völkerrechts mit dem innerstaatlichen Privatrecht war nur nachvollziehbar, soweit man das Völkerrecht ausschließlich als eine Rechtsordnung unter Gleichen begreifen wollte.²⁵⁹ Aus der Erweiterung des völkerrechtlichen Regelungsbereichs, der Verdichtung des Regelungsnetzes, der Entstehung zwingender Normen sowie der "Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte"²⁶⁰ folgte die Völkerrechtswissenschaft, dass das Völkerrecht mehr als eine Koexistenz- oder Kooperationsordnung ist.²⁶¹ Immer mehr Stimmen empfinden deshalb einen Strukturvergleich mit privatrechtlichen Vorstellungen alleine als unzureichend.²⁶² Daneben steht eine Entwicklung, dass Phänomene wie die privatrechtlich organisierte "Internet Corporation for Assigned Names and Numbers" (ICANN) einen Einfluss ausüben, der sich in den Dichotomien öffentlich/privat und national/international ebenso wenig fassen lässt²⁶³ wie mit der überkommenen Rechtsquellenlehre des Völkerrechts.²⁶⁴ Im

258 *Peters*, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 153, 167.

259 Die staatenzentrierte Konzeption des Völkerrechts war nie unumstritten. Selbst während der Blütezeit des Völkerrechtspositivismus räumten manche Literaturstimmen dem Individuum eine eigene Rechtsstellung ein, vgl. *Peters*, *Beyond Human Rights*, 2016, S. 16–18.

260 *Mosler*, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, *ZaöRV* 22 (1962), 1–48.

261 *Frowein*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: *Berichte DGVR* 39, 427, 425; *Dederer*, Paradigmenwechsel im Völkerrecht? Zur Abkehr vom strikten Positivismus im modernen Völkerrechtsdenken, *Jahrbuch Politisches Denken* 25 (2015), 123–154, 138, der im Völkerrecht die "rechtlich verbindliche Grundordnung einer politischen Gemeinschaft, der internationalen Gemeinschaft" erblickt; vgl. auch *Simma*, *RdC* 250 (1994), 217–384. Vgl. zu dem dahinter stehenden gemeinschaftsrechtlichen Verständnis des Völkerrechts eingehend *Rauber*, *Strukturwandel als Prinzipienwandel*, 2018, S. 114–123. Vgl. zum Begriff der Kooperationsordnung *Friedmann*, *Changing Structure*, 1964, S. 61–64.

262 Vgl. im Kontext allgemeiner Rechtsgrundsätze *Doehring*, *Völkerrecht*, 2004, Rn. 409, nach dem "das Völkerrecht immer stärker Merkmale einer Subordinationsordnung unter für alle Staaten geltende Rechtsregeln aufweist."

263 *Casini*, *I-CON* 12 (2014), 405.

264 *Goldmann*, *Global Constitutionalism* 5 (2016), 60 f.

Angesicht dieser Entwicklungen bieten GAL, IPA und Konstitutionalisierungsthese mit Unterschieden im Detail öffentlich-rechtliche Lesarten des Völkerrechts an. Allerdings wollen sie das privatrechtliche Paradigma nicht vollständig verdrängen, sondern dem koordinationsrechtlichen Teil des Völkerrechts eine weitere Schicht hinzufügen, die öffentlich-rechtlichen Ideen unterliegen soll.²⁶⁵ Da IPA und GAL im Gegensatz zu dieser Arbeit bestimmte Tätigkeiten als Ausübung öffentlicher Gewalt oder verwaltend identifizieren möchten, führen deren Überlegungen zur Bestimmung öffentlicher Gewalt²⁶⁶ bzw. Verwaltung²⁶⁷ hier nicht weiter. Dagegen entspricht der Ansatz der Konstitutionalisierungsthese, Teile des Völkerrechts als Verfassungsrecht zu beschreiben,²⁶⁸ dem grundsätzlichen Vorgehen der Arbeit, ist aber wegen seiner Begrenzung auf das Verfassungsrecht zu eng. Deshalb erweitert die Arbeit den Strukturabgleich der Konstitutionalisierungsthese um die Frage, ob Teile des Völkerrechts den oben gebildeten Idealtypen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts entsprechen.²⁶⁹

Bei einem solchen Abgleich fallen manche Teile des Völkerrechts wegen ihrer Ähnlichkeiten zum innerstaatlichen öffentlichen Recht auf.²⁷⁰ Die Ausbreitung des Völkerrechts in solche öffentlich-rechtlich anmutenden

265 von Bogdandy/Goldmann/Venzke, EJIL 28 (2017), 119; vgl. auch Peters, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: Making Transnational Law Work in the Global Economy, 153, 167.

266 Für den IPA-Ansatz definieren von Bogdandy, Goldmann und Venzke die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt als “the adoption of an act that affects the freedom of others in pursuance of a common interest.” von Bogdandy/Goldmann/Venzke, EJIL 28 (2017), 117; vgl. kritisch zur Orientierung an Freiheit zur Identifizierung öffentlicher Gewalt Grimm, Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 60 f. Eine ausführlichere Begründung der Definition internationaler öffentlicher Gewalt auf der Grundlage einer abgewandelten Form der Habermas’schen Diskurstheorie bietet Goldmann, vgl. Goldmann, Global Constitutionalism 5 (2016), 82 f. sowie Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt, 2015, S. 359–383.

267 Dem GAL-Ansatz fehlt eine Definition des Begriffs der Verwaltung, Kleinlein, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012, S. 91. Vgl. für eine Aufzählung der fünf Typen globalen Verwaltens Kingsbury/Krisch/Stewart, Law and Contemporary Problems 68 (2005), 20–23.

268 Vgl. Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: Berichte DGVR 39, 427.

269 Vgl. für eine skeptische Sicht auf die Tragkraft dieses Ansatzes zur Erfassung hybrider Phänomene zwischen privat und öffentlich auf internationaler Ebene Casini, I-CON 12 (2014), 408.

270 So auch die Beobachtung bei Bjorge, Victoria University of Wellington Law Review 49 (2018), 536; ebenso Rauber, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 252 f.; vgl. auch Hertogen, EJIL 29 (2019), 1138 f.

Regelungsbereiche zeigt sich besonders sinnfällig dort, wo es dem Einzelnen Beschwerderechte einräumt.²⁷¹ Dies bedarf indes näherer Erklärung. Auf den ersten Blick liegt hierin nämlich keine Publifizierung, sondern eine Privatisierung.²⁷² Diese liegt in der Abkehr vom klassischen Konstrukt, indem der Staat das Individuum mediatisierte und deshalb auch dessen Verletzung durch das Institut des diplomatischen Schutzes geltend machen konnte.²⁷³ Diese Beobachtung meint jedoch eine andere Unterscheidung zwischen privat und öffentlich als die hier interessierende. Denn die Individualisierung des Rechtsschutzes, die *Randelzhofer* und *Tomuschat* als Privatisierung charakterisieren, führt in einen Zustand, der starke Parallelen zum innerstaatlichen Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt aufweist. Sie reproduziert ein Subordinationsverhältnis auf völkerrechtlicher Ebene, das idealtypisch für das öffentliche Recht steht. Paradigmatisch ist hier der Menschenrechtsschutz, der an innerstaatliche Verfassungsbeschwerden erinnert.²⁷⁴ Ebenso deutlich scheinen Parallelen zum innerstaatlichen öffentlichen Recht im völkerrechtlichen Investitionsschutzrecht auf.²⁷⁵ Staaten unterwerfen sich hier der Gerichtsbarkeit von Schiedsgerichten gegenüber einer vorher unbekanntem Anzahl von Individuen für zukünftige Sachverhalte, welche die Ausübung hoheitlicher Gewalt, wie Enteignungen, gesetzliche Reformen oder Verwaltungsakte, betreffen können.²⁷⁶ Dieser

271 Ebenso *Rauber*, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 253.

272 Vgl. für diese Wortwahl *Randelzhofer/Tomuschat*, Foreword, in: *Randelzhofer/Tomuschat* (Hrsg.), *State Responsibility and the Individual*, 1999, vii–ix, viii.

273 Siehe zur Geltendmachung individueller Schäden durch den Staat im Wege des diplomatischen Schutzes unten unter § 4 C.

274 Vgl. für ein verfassungsrechtliches Verständnis der EMRK *Grabenwarter*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: *Ipsen* (Hrsg.), *VVDStRL 60*, 2001, 290–349, insbesondere 344 f.; *Walter*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß, *ZaöRV* 59 (1999), 961–983, 962–965.

275 Siehe für eine kurze Erläuterung seines Regelungsgegenstands unten unter § 11 A.

276 Eine Besonderheit sind Investitionsschutzstreitigkeiten, die aus sog. *Umbrella-Klauseln* resultieren. Solche Klauseln in BITs verpflichten Gaststaaten, mit Unterschieden im Detail, ihre vertraglichen Pflichten gegenüber Investor*innen einzuhalten. Damit eröffnen sie die Möglichkeit, dass vertragliche Streitigkeiten zwischen Staat und Investor*in Gegenstand von Investitionsschutzverfahren werden. Diese Situation entspricht weniger einem Subordinationsverhältnis. Nach *Van Harten* sind auch solche Streitigkeiten hoheitlich, weil sie aus einer weitgehenden und abstrakt-generellen Unterwerfung des Staates resultieren, die selbst ein hoheitlicher Akt ist (vgl. *Van Harten*, *ICLQ* 56 (2007), 391 f.). Indessen kann diese Konstellation für die idealtypische Einordnung hier dahinstehen. Denn dieser Einwand ändert nichts daran, dass der Regelungsgegenstand des Investitionsschutzrechts im Übrigen idealtypisch an das innerstaatliche Verwaltungsrecht erinnert.

Vorgang erinnert deutlich an den Rechtsschutz gegen einseitig-verbindliches Handeln im innerstaatlichen Verwaltungsrecht.²⁷⁷ In jedem Fall findet sich hierin eine Konstellation der Über-Unterordnung, die nach obigem Begriffsverständnis der Logik des öffentlichen Rechts entspricht. Da Individuen in diesen Teilbereichen auch Schadensersatz verlangen können,²⁷⁸ sind diese Gebiete für die Analyse immateriellen Schadensersatzes besonders interessant. Das Recht der Staatenverantwortlichkeit wird in diesem Kontext funktional zu Staatshaftungsrecht.²⁷⁹ Mit dem institutionalisierten Völkerrecht existieren außerdem weitere Bereiche, in denen das Völkerrecht strukturell mit dem innerstaatlichen öffentlichen Recht vergleichbar ist.²⁸⁰ Dessen ungeachtet bestehen, wie bereits beschrieben, Regeln des Völkerrechts im zwischenstaatlichen Verkehr fort, welche dem Idealtypus des Privatrechts entsprechen.

Ein Sonderdiskurs zur öffentlich-rechtlichen Natur des Rechtsgebiets existiert im Investitionsschutzrecht. Eine starke Ansicht in der Wissenschaft begreift das Investitionsschutzrecht als ein öffentlich-rechtliches Rechtsregime.²⁸¹ Demgegenüber betonen privatrechtliche Lesarten den handelsrechtlichen Streitschlichtungsmechanismus, den Konsens als Basis des Schiedsverfahrens und die bilaterale Struktur des Verhältnisses zwischen Staat und Investor*in.²⁸² Wieder andere weisen auf die Spannun-

277 Vgl. *Van Harten*, ICLQ 56 (2007), 378 f.

278 Siehe hierzu jeweils näher unten in § 8 bis § 11.

279 Vgl. für Art. 41 EMRK *Dannemann*, Schadensersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 32–36, der aber keine relevanten Unterschiede hinsichtlich der Haftungsfolgen zwischen Delikts- und Staatshaftungsrecht sieht; vgl. für das Investitionsschutzrecht *Van Harten*, Investment Treaty Arbitration, 2007, S. 108, der das Individualklagerecht als den entscheidenden Punkt in der Wesensveränderung der Staatenverantwortlichkeit vom privatrechtlichen Paradigma zwischenstaatlicher Haftung zum öffentlich-rechtlichen Paradigma der Staatshaftung ausmacht.

280 *Rauber*, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 253.

281 Vgl. bspw. *Schill*, Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach, VJIL 52 (2011–2012), 57–102; *Kalderimis*, Investment Treaty Arbitration as Global Administrative Law: What This Might Mean in Practice, in: Brown/Miles (Hrsg.), Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, 2011, 145–159; vgl. auch *Thunderbird Gaming v. Mexico, Separate Opinion Thomas Wälde*, 2006, abrufbar unter <https://www.italaw.com/cases/571> (zuletzt besucht: 15. März 2023), Rn. 27.

282 Vgl. zu diesen *Roberts*, AJIL 45 (2013), 59, 61, 63. *Roberts* beobachtet, dass nur *Public-Law*-Ansätze explizit als solche gekennzeichnet werden, während Parallelisierungen mit der Handelschiedsgerichtsbarkeit und dem Privatrecht implizit bleiben, *Roberts*, AJIL 45 (2013), 63.

gen zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Aspekten des Investitionsschutzrechts hin oder betonen dessen Zwitterstellung.²⁸³ Eine völkerrechtliche Sicht hebt dagegen die völkerrechtliche Rechtsnatur des Rechtsgebiets heraus²⁸⁴ und lehnt auch eine Charakterisierung als *sui generis* ab.²⁸⁵ Die unterschiedlichen Analogiebildungen kranken daran, wie *Roberts* herausarbeitet, ausgewählte Aspekte des Investitionsschutzrechts hervorzuheben und andere nicht erklären zu können.²⁸⁶ Jedoch spielt der investitionsschutzrechtliche Diskurs für diese Arbeit keine Rolle, weil die Arbeit das Investitionsschutzrecht nicht abstrakt klassifizieren möchte. Vielmehr stellt sie in einem Teil des Investitionsschutzrechts starke Ähnlichkeiten zum innerstaatlichen öffentlichen Recht fest. Damit leugnet sie weder die völkerrechtliche Rechtsnatur des Investitionsschutzrechts,²⁸⁷ noch über-tüncht sie die Beziehungen zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Sie sagt lediglich, dass das Investitionsschutzrecht in Fragen der Haftung für Verstöße gegen investitionsschutzrechtliche Verpflichtungen strukturell an öffentliches Recht erinnert.²⁸⁸ Daran sind keine Rechtsfolgen geknüpft.²⁸⁹ Vielmehr dient diese Kategorisierung der Beschreibung des Völkerrechts.

Aus ähnlichen Erwägungen können weitere Einwände *gegen* den hier vorgeschlagenen Vergleich mit innerstaatlichen Rechtsordnungen nicht überzeugen. So ließe sich in Anlehnung an *Pellets* Kritik gegen Analogiebildungen zum innerstaatlichen Recht anführen, dass die Staaten-

283 Vgl. *Mills*, *The Public-Private Dualities of International Investment Law and Arbitration*, in: Brown/Miles (Hrsg.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 2011, 97–116, 99; *Šturma*, *Relations between International Investment Law and Domestic Public Law*, in: Hofmann/Tams (Hrsg.), *International Investment Law and Its Others*, 2012, 203–211, 205 f.

284 Prominent *De Brabandere*, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, 2014; vgl. für eine weitere völkerrechtliche Kritik an öffentlich-rechtlichen Lesarten des Investitionsschutzrechts *Alvarez*, ‘Beware: Boundary Crossings’ – A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law, *JWIT* 17 (2016), 171–228, 215–227.

285 So *Paparinskis*, *Analogies and Other Regimes*, in: Douglas/Pauwelyn/Viñuales (Hrsg.), *The Foundations of International Investment Law*, 2014, 73–107, 74.

286 *Roberts*, *AJIL* 45 (2013), 64.

287 So zutreffend *De Brabandere*, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, 2014, S. 7–11.

288 Das räumt im Übrigen auch *De Brabandere* mit Einschränkungen ein, vgl. *De Brabandere*, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, 2014, S. 4 f.

289 Vgl. für die unterschiedlichen Zwecke, die eine öffentlich-rechtliche Lesart des Investitionsschutzrechts verfolgen kann *Schill*, *Introduction*, in: *International Investment Law and Comparative Public Law*, 3, 26 f.

verantwortlichkeit weder öffentlich noch privat sei, sondern einfach international.²⁹⁰ Daran ist richtig, dass eine Gleichsetzung zwischen Völkerrecht und öffentlichem Recht bzw. Privatrecht vermieden werden sollte. Mit *Pellets* Einwand geht deshalb die Nuancierung einher, dass der Menschenrechtsschutz oder der Investitionsschutz kein öffentliches Recht "sind", sondern diesem strukturähnlich sind. Gleichwohl spricht dieser Einwand nicht gegen jede Parallele, wo diese angebracht ist. Die Veränderungen der Struktur des Völkerrechts lassen jedenfalls Teile des Völkerrechts mit öffentlichem Recht und Privatrecht vergleichbar erscheinen, so dass Parallelen sinnvoll sind.²⁹¹

Zusammenfassend lassen sich mit dem zwischenstaatlichen Völkerrecht einerseits und dem individualberechtigenden wie dem institutionalisierten Völkerrecht andererseits Bereiche ausmachen, die sich als idealtypisch privat- bzw. öffentlich-rechtlich beschreiben lassen.

II. Sinngehalt der Unterscheidung

Wenn demnach eine Grundlage in der Völkerrechtsordnung für das Unterscheiden öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Teile besteht, müssen wir uns zweitens fragen, ob es sinnvoll ist, so zu unterscheiden. Mit anderen Worten muss es einen Mehrwert generieren, Völkerrecht mit der Brille der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zu betrachten. Bei der Untersuchung der Phänomene der Global Governance soll die Analyse aus der Sicht des öffentlichen Rechts ein "analytisches und kritisches Potenzial" entfalten, "Fälle von internationaler öffentlicher Gewalt [zu] identifizier[en] und damit implizit das Programm der Formung und Bindung dieser öffentlichen Gewalt durch Öffentliches Recht [zu]

290 *Peters*, *Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law*, in: *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 153, 168; vgl. für das Original *Pellet*, *Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!*, *EJIL* 10 (1999), 425–434, 433.

291 So auch *Peters*, *Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law*, in: *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 153, 170. Alleine aus Gründen der Lesbarkeit wird die Arbeit die Teilbereiche des Völkerrechts, die dem öffentlichen Recht ähneln, manchmal schlicht mit dem Attribut öffentlich-rechtlich versehen.

aktualisier[en].²⁹² Der hier eingeschlagene Weg möchte allerdings keine öffentlich-rechtlichen Bindungen begründen. Vielmehr soll die Arbeit Strukturunterschiede zwischen Teilen des Völkerrechts herausarbeiten, um auf dieser Grundlage die Entwicklung eines Rechtsinstituts, das originär dem innerstaatlichen Privatrecht entstammt, einordnen zu können. Das Ziel ist daher deskriptiv und nicht normativ. Für dieses Anliegen liegt der Mehrwert der Unterscheidung darin, gegebenenfalls feststellbare Unterschiede unter Rückgriff auf die unterschiedlichen Regelungsideen und Handlungslogiken des Privatrechts und des öffentlichen Rechts (Eigennutz versus Gemeinwohlbindung; ausgleichende versus austeilende Gerechtigkeit)²⁹³ erklären zu können. Insofern bietet der Einsatz des Begriffspaars eine Hilfe zum Verständnis und der Erfassung der Ausdifferenzierung des Völkerrechts.²⁹⁴ Der Unterscheidung kommt damit ein Systematisierungs- und Erklärungswert zu. Zugleich entfaltet die Unterscheidung ein (gewisses) kritisches Potenzial. Denn es bietet einen analytischen Rahmen, um Problemlagen aufzudecken. Beispielhaft sei das Spannungsverhältnis zwischen dem Recht der Staatenverantwortlichkeit, deren Rechtsfolgen vom Denken in Vermögensnachteilen geprägt sind, und dem primär auf die Würde und Person des Menschen abzielenden Menschenrechtsschutz genannt.²⁹⁵ Dieses Spannungsverhältnis als einen Unterschied zwischen privat- und öffentlich-rechtlichen Logiken zu reformulieren, eröffnet eine neue Perspektive auf die Frage und damit andere Lösungshorizonte. Insgesamt bietet die Anwendung des Unterschieds auf das Völkerrecht einen Mehrwert, der die Beibehaltung der Terminologie rechtfertigt.

Wendet man die Kategorien öffentliches Recht und Privatrecht auf die Staatenverantwortlichkeit an, liegt eine Trennung zwischen individualberechtigendem und zwischenstaatlichem Völkerrecht nahe.²⁹⁶ So zu unterscheiden ergibt allerdings nur Sinn, wenn die anspruchstellende Person (Staat oder Individuum) im Völkerrecht einen Unterschied macht. Aus

292 So Bast in: Aussprache und Schlussworte: Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: Sacksofsky (Hrsg.), *VVDStRL* 79 (2019), 2020, 101–125, 116.

293 Siehe oben unter § 2 B. II. 2.

294 In diesem Sinne auch Peters, *Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law*, in: *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 153, 170 f.

295 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Richters Cançado Trindade, 2012, *I.C.J. Reports* 2012, 347, 367 f. (Rn. 52–54)

296 Siehe oben unter § 2 C. I.

dem folgendem Grund erscheint das fragwürdig: Über das Vehikel des diplomatischen Schutzes können Staaten Verletzungen (jedenfalls) ihrer Staatsangehörigen, inklusive Menschenrechtsverletzungen,²⁹⁷ selbst geltend machen.²⁹⁸ Folglich scheint die anspruchstellende Person irrelevant zu sein. Das ist aber zu kurz gedacht. Zunächst unterscheidet das Völkerrecht Ansprüche des Staates im Wege des diplomatischen Schutzes und individuelle Ansprüche fein säuberlich.²⁹⁹ Selbst heute noch besteht keine Pflicht zur Auskehrung eines im Wege des diplomatischen Schutzes erlangten Geldbetrages an das eigentlich geschädigte Individuum.³⁰⁰ Dass der IGH in *Diallo* nach Ansicht mancher Richter einen höheren Schadensersatzbetrag als in vergleichbaren menschenrechtlichen Individualbeschwerdefällen zugesprochen hat,³⁰¹ deutet ebenfalls auf einen Unterschied zwischen der Verantwortlichkeit gegenüber Individuen und derjenigen zwischen Staaten hin.³⁰² Den Hintergrund dieser Unterschiede bilden die unterschiedlichen Interessenlagen bei individuellen und zwischenstaatlichen

297 IGH, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Urteil (Jurisdiction), 24. Mai 2007, I.C.J. Reports 2007, 582, 599 (Rn. 39). Siehe zu diesem Fall und insbesondere zur Behandlung immaterieller Schäden in diesem Fall näher unten unter § 5 A. II. 1.

298 Siehe hierzu näher unten unter § 4 C.

299 “The damage suffered by an individual is never therefore identical in kind with that which will be suffered by a State; it can only afford a convenient scale for the calculation of the reparation due to the State.”, StIGH, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Merits, Urteil, 13. September 1928, Series A, No. 17, 4, 28. Richtigerweise bezog sich das Gericht hier aber auf den Unterschied zwischen Individualansprüchen nach nationalem Recht und völkerrechtlichen Ansprüchen zwischen Staaten. Gleichwohl legt die Passage nahe, dass beide Ansprüche auf völkerrechtlicher Ebene nicht gleichbehandelt werden müssen.

300 Dies zeigt sich in der vorsichtigen Formulierung, dass solche Entschädigungen nur dazu bestimmt seien, den eigentlich Geschädigten zugutezukommen (IGH, *Diallo (Compensation)*, 2012, I.C.J. Reports 2012, 324, 344 (Rn. 57); bestätigt in IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Urteil (Reparations), 9. Februar 2022, General List No. 116, Rn. 102), ohne eine Pflicht zur Weitergabe zu statuieren; vgl. allerdings für die Begründung einer Auskehrungspflicht auf der Grundlage des Zuweisungsgehalts des Primärrechts Breuer, *Das Rechtsfolgenregime des diplomatischen Schutzes unter dem Einfluss der Menschenrechte*, AVR 55 (2017), 324–348, 343 f.

301 IGH, *Diallo (Compensation)*, Sondervotum des Ad-Hoc-Richters Mampuya, 2012, I.C.J. Reports 2012, 403, 408 f. (Rn. 13–15); IGH, *Diallo (Compensation)*, Erklärung des Richters Greenwood, 2012, I.C.J. Reports 2012, 391, 394 f. (Rn. 9–11).

302 Im Übrigen finden die ARSIWA auf den Inhalt der Staatenverantwortlichkeit gegenüber Individuen keine unmittelbare Anwendung (Art. 33 Abs. 2 ARSIWA). Obwohl die ARSIWA dennoch in der Regel auch auf die Verantwortlichkeit gegenüber

Ansprüchen.³⁰³ Die unterschiedliche Interessenlage resultiert bereits aus dem unterschiedlichen zahlenmäßigen Umfang möglicher Verfahren. Zwischenstaatliche Verfahren sind deutlich seltener als Verfahren im Investitionsschutzrecht oder im Menschenrechtsschutz.³⁰⁴ Insbesondere zeichnet den Individualrechtsschutz gegenüber zwischenstaatlichen Verfahren aus, dass sie die Gerichtsbarkeit eines Spruchkörpers auf eine vorher nicht bekannte Anzahl zukünftiger Fälle erstrecken. Wenn zwischenstaatliche Verfahren die Ansprüche vieler Menschen zur Grundlage hatten, wie bei der Eritrea-Ethopia Claims Commission (EECC) oder der Deutsch-Amerikanischen Gemischten Schiedskommission,³⁰⁵ betraf dies jeweils historisch abgeschlossene Sachverhalte. Dieser Unterschied schlägt auch auf die Verantwortlichkeit durch, weil nur bei isolierten und vereinzelt Ansprüche ein vollkommener Ausgleich (unter Gleichen) tatsächlich möglich ist. Schon im Rahmen der Entscheidungen über abgeschlossene massenhafte Rechtsverletzungen lässt sich eine Tendenz zur Begrenzung des immateriellen Schadensersatzes beobachten.³⁰⁶ Unterwirft sich ein Staat unter die Gerichtsbarkeit eines internationalen Spruchkörpers für individuelle Beschwerden, kann eine vollkommen unüberschaubare Zahl möglicher Verfahren auf den Staat zu kommen. In solchen Fällen liegt erst recht eine Begrenzung des Ersatzes angesichts begrenzter staatlicher Ressourcen nahe.³⁰⁷

Individuen angewendet werden, ist die Anwendung der gleichen Regel keine Notwendigkeit, siehe hierzu im Einzelnen unten unter § 7.

- 303 Vgl. bereits zur Reichweite der staatlichen Gestaltungsspielräume in Verfahrensfragen IAGMR, *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru*, Urteil (Preliminary Objections), 24. September 1999, Series C, No. 54, Rn. 48.
- 304 Den 186 bisher vor dem IGH anhängig gemachten Verfahren (siehe unter IGH, Cases, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/en/cases> (zuletzt besucht: 15. März 2023)), stehen alleine 45.500 Verfahren gegenüber, die im Jahr 2022 beim EGMR einem Spruchkörper zugewiesen worden sind (EGMR, General Statistics 2022, 2023, abrufbar unter: https://echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2022_ENG.pdf (zuletzt besucht: 15. März 2023)).
- 305 Diese war mit 20.433 Ansprüchen befasst, *Jähncke*, Washington und Berlin, 2003, S. 16.
- 306 EECC, *Final Award – Ethiopia’s Damages Claims*, Schiedsspruch, 17. August 2009, RIAA XXVI, 631–770, Rn. 61.
- 307 Vgl. *Reisman*, Compensation for Human Rights Violations, in: Randelzhofer/Tomuschat (Hrsg.), *State Responsibility and the Individual*, 1999, 63–108, 66 f.; vgl. auch EECC, *Final Award – Ethiopia’s Damages Claims*, 2009, RIAA XXVI, 631, Rn. 61. Äthiopien hatte immateriellen Schadensersatz zugunsten Hunderttausender Äthiopier (vgl. ebd. Rn. 55) erfolglos geltend gemacht. Ebenso entschied

Dieser Unterschied in der Zahl der möglichen Anspruchsteller*innen hat einen direkten Bezug zur Dichotomie öffentliches Recht-Privatrecht. Denn eine große Zahl möglicher Anspruchsteller*innen erfordert in der Regel Haftungsbeschränkungen.³⁰⁸ Solche Haftungsbeschränkungen lassen sich wiederum aus der Gemeinwohlbindung des Staates, ein Kennzeichen öffentlichen Rechts, rekonstruieren: Sie schützen einerseits öffentliche Mittel, halten Hoheitsträger handlungsfähig und sind Ausdruck der Abwägung zwischen dem Gemeinwohlinteresse an der öffentlichen Aufgabenerfüllung und dem individuellen Interesse an der Schadloshaltung.³⁰⁹ Die Handlungsfähigkeit der öffentlichen Gewalt gewährleisten Haftungsbeschränkungen auf zwei Wegen: Einerseits können sie die Haftung verringern und dadurch gewährleisten, dass öffentliche Mittel für die Erfüllung anderer staatlicher Aufgaben bleiben. Andererseits verhindern Haftungsbeschränkungen, dass hohe Schadensersatzsummen Amtsträger*innen von der Ausübung ihrer Tätigkeiten abschrecken.³¹⁰ Die dahinterstehende Abwägung ungleichartiger Interessen, d. h. zwischen dem Gemeinwohlinteresse an der öffentlichen Aufgabenerfüllung und dem individuellen Interesse am Schadensausgleich, unterscheidet auch die zwischenstaatliche Verantwortlichkeit *idealiter* von der Verantwortung gegenüber Individuen. In der zwischenstaatlichen Verantwortlichkeit stehen einander, wie im Privatrecht,³¹¹ zwei gleichartige (Gemeinwohl-) Interessen gegenüber: Das Interesse des verletzten Staates am Schadensausgleich und das Interesse des anderen Staates an seiner Handlungsfreiheit bzw. der Begrenzung seiner Haftung. Folglich spiegeln sich in der Unterscheidung zwischenstaatlicher und individueller Ansprüche aus der Staatenverantwortlichkeit die unterschiedlichen Interessenlagen, die der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht innewohnen. Indem letztere Unterscheidung diese Interessenlage aufzeigen kann, generiert sie auch für das Recht der Staatenverantwortlichkeit einen Erkenntniswert.

der IGH unter Verweis auf den Schiedsspruch der EECC, IGH, *Armed Activities (Reparations)*, 2022, General List No. 116, Rn. 164.

308 Die Staatshaftung ist in der Regel eingeschränkter als die Deliktshaftung, vgl. Dörr, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, 1, 7.

309 Vgl. *Oliphant*, *The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective*, in: *Oliphant (Hrsg.), The Liability of Public Authorities in a Comparative Perspective*, 2017, 849–887, 860 f. zur Rolle solcher Erwägungen im Rahmen nationaler Staatshaftungsregime.

310 Vgl. Dörr, § 1 Vergleichende Bestandsaufnahme, in: Staatshaftung in Europa, 1, 7.

311 Im Privatrecht sind die gleichartigen Interessen, die einander gegenüberstehen, jeweils Eigeninteressen.

Um auf *Kennedys* Anforderungen an eine sinnvolle Unterscheidung zurückzukommen, dass sie möglich sein muss und in der Sache einen Unterschied bedeuten muss,³¹² haben wir in diesem Kapitel gesehen, dass ein idealtypischer Unterschied zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht anhand des Regelungsgegenstands (Subordination versus Gleichordnung) besteht und deren Unterscheidung gegensätzliche Grundideen (Gemeinnutz versus Eigennutz sowie austeilende versus ausgleichende Gerechtigkeit) aufdeckt. Diese rechtswissenschaftliche Unterscheidung will nicht für alle denkbaren Fälle eine brauchbare Abgrenzung der Teilrechtsgebiete bieten, sondern nur herausarbeiten, was über Rechtsordnungen hinweg als idealtypischer Kern beider Rechtsgebiete gelten kann.

So verstanden bietet die Unterscheidung auch ein analytisches Mittel, um Teile des Völkerrechts zu verstehen. Denn dieses zeigt jedenfalls im Rahmen seiner individualberechtigenden Teile (insbesondere Menschenrechtsschutz und Investitionsschutzrecht) Parallelen zum innerstaatlichen öffentlichen Recht. Dagegen bleibt das zwischenstaatliche Völkerrecht jedenfalls in Teilen privatrechtsähnlich. Auf dieser Grundlage lässt sich auch das Recht der Staatenverantwortlichkeit, in dessen Rahmen der Ersatz immaterieller Schäden verhandelt wird, in einen privatrechtsanalogen Teil zwischenstaatlicher Verantwortlichkeit und einen dem öffentlichen Recht ähnlichen Teil der Staatenverantwortlichkeit gegenüber dem Individuum teilen. Insofern kann die Unterscheidung angesichts der unterschiedlichen Grundlogiken der Teilbereiche Erklärungen für festzustellende Unterschiede zwischen beiden Formen der Staatenverantwortlichkeit bieten.

312 *Kennedy*, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), 1349.