

## § 1 Einführung

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

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

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

- 
- 1 Siehe unten zum Begriff des immateriellen Schadens im Völkerrecht unter § 5 B.
  - 2 Anleihen bei irgendeiner Privatrechtsordnung sollen im Folgenden aus Gründen der Einfachheit als Privatrechtsanalogien bezeichnet werden, womit nicht die rechtstechnische Analogie, sondern die Anlehnung an privatrechtliche Rechtsinstitute des innerstaatlichen Rechts gemeint ist, siehe unten zum Begriff der Privatrechtsanalogie unter § 3 A.
  - 3 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVRK), 23. Mai 1969, UNTS 1155, 331 (dt. Übersetzung BGBl. 1985 II, 926).
  - 4 *Holland*, *International Law*, 1898, S. 152.
  - 5 Vgl. zu dem Begriff *Friedmann*, *Changing Structure*, 1964, S. 60.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

### A. Forschungsfrage

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 
- 28 Für öffentlich-rechtlich inspirierte allgemeine Rechtsgrundsätze *Bjorge*, Public Law Sources and Analogies of Public International Law, Victoria University of Wellington Law Review 49 (2018), 533–560; *Doehring*, Völkerrecht, 2004, Rn. 409; *Herdegen*, Völkerrecht, 2021, § 17 Rn. 5; ebenso grundsätzlich in Bezug auf internationale Organisationen *Sarooshi*, The Role of Domestic Public Law Analogies in the Law of International Organizations, International Organizations Law Review 5 (2008), 237–239; vgl. hierzu eingehend *Rauber*, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 251–254.
- 29 Siehe unten unter § 7 ausführlich zu den auf individuelle Sekundärrechte aus der Staatenverantwortlichkeit anwendbaren Regeln.
- 30 Für die Regeln der Staatenverantwortlichkeit erinnert Art. 55 ARSIWA (Völkerrechtskommission, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, 2001, ILCYbk 2001, Bd. II, Teil 2, 31–143) an den Vorrang speziellerer Regeln.
- 31 Vgl. in diese Richtung bereits *Thunderbird Gaming v. Mexico, Separate Opinion Thomas Wälde*, 2006, abrufbar unter <https://www.italaw.com/cases/571> (zuletzt

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

48 Siehe hierzu unten unter § 12 A.



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

---

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

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

51 Siehe unten unter § 2 C. I.

52 Siehe unten die weiteren Beispiele unter § 14 A.