

## C. Methodischer Zugang

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

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

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

74 *Peters*, *ZaöRV* 67 (2007), 738.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

80 Siehe insbesondere unten unter § 11 D.

81 So klassischerweise *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, *passim* und insbesondere S. 15; vgl. auch *Simma/Paulus*, AJIL 93 (1999), 304.

82 *Haltern*, *Europarecht*, 2017, Rn. 7–15 und 23.

83 Siehe unten unter § 5 A. I. 4.

84 Siehe unten unter § 3 B. I.

85 Siehe insbesondere unten unter § 2 B. I.

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

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

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

---

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

87 Siehe oben unter § 11 B. III.

88 Siehe unten unter § 11 C.

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

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