

§ 3 Privatrechtsanalogien in der Völkerrechtsordnung

Die Grundidee der Arbeit ist, dass es nicht folgenlos bleiben kann, wenn ein dem Privatrecht entstammendes Rechtsinstitut in das Völkerrecht Aufnahme findet und es sodann in Folge des völkerrechtlichen Strukturwandels auch in öffentlich-rechtlichen Regelungsbereichen zur Anwendung gelangt. Diese Überlegung setzt zweierlei voraus. Zunächst müssen die Kategorien öffentliches Recht und Privatrecht auf das Völkerrecht anwendbar sein, wofür sich das vorangegangene Kapitel³¹³ ausgesprochen hat. Zudem muss gerade die Herkunft des jeweiligen Rechtsinstituts aus dem Privatrecht für die ursprüngliche Übertragung oder jedenfalls die Fortgeltung des Instituts maßgeblich (gewesen) sein. Nur unter dieser Voraussetzung erzeugt der Wandel des Regelungsgegenstands hin zu öffentlich-rechtlich anmutenden Regulationssituationen im Völkerrecht ein Spannungsverhältnis zu privatrechtsanalogen Rechtsinstituten. War die Rezeption des Privatrechts im Völkerrecht dagegen nur Ausdruck der Überlegung, allgemeine, dem Recht immanente Grundsätze zu übertragen (im Folgenden Rechtsanalogie³¹⁴), übt eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf verwaltungs- und verfassungsähnliche Regelungsbereiche keinen Anpassungsdruck auf privatrechtsanaloge Rechtsinstitute aus. Denn in diesem Fall würde lediglich ein Rechtsinstitut Anwendung finden, dass ohnehin in jedem Teil der Rechtsordnung gelten muss. In der Tat vertraten die Befürworter eines strengen Völkerrechtspositivismus im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert eine ablehnende Haltung gegenüber Analogiebildungen zum Privatrecht. Sofern Privat- und Völkerrecht ähnliche Regeln enthalten, meinte einer ihrer exponiertesten Vertreter, *Georg Jellinek*, dass „der Vertrag zwischen Individuen in manchen Punkten denselben objectiven Charakter hat, wie der zwischen Staaten, so dass aus der Natur des Verkehrs zwischen Staaten sich Sätze ergeben müssen, welche mit denen aus der Natur des Privatrechtsverkehrs fließenden identisch

313 Siehe oben unter § 2.

314 Siehe unten zu diesem von der deutschen Methodenlehre abweichenden Sprachgebrauch unter § 3 C.

sind.³¹⁵ Die Quintessenz dieser Auffassung ist, dass die Regeln in bestimmten Situationen aus der Natur der Sache folgen und das Privatrecht zufälligerweise Kodifikationen allgemein gültiger Regelungen enthält. Nach dieser Auffassung sind Ähnlichkeiten zwischen völkerrechtlichen und privatrechtlichen Regeln keine Anleihen bei spezifisch privatrechtlichen Gedanken.

Da mit einer solchen Ansicht die Grundüberlegung der Arbeit in Frage steht, gilt es die Gründe der Privatrechtsrezeption³¹⁶ im Völkerrecht näher zu untersuchen. Ein solches Unterfangen bedingt einen Blick zurück in die Völkerrechtsgeschichte. Dieser zeigt, dass die ursprünglichen Gründe für die Privatrechtsrezeption zwar divers waren, die (partielle) strukturelle Ähnlichkeit zwischen Völkerrecht und Privatrecht als Koordinationsordnungen privatrechtliche Anleihen aber bis heute rechtfertigt. Daher ist es zutreffend, wenn wir solche Rechtsinstitute Privatrechtsanalogien nennen. Dieses Argument entfaltet das Kapitel in drei Schritten. Zunächst arbeitet es heraus, was eine Privatrechtsanalogie ist. Die Arbeit nutzt einen weiten Begriff der Privatrechtsanalogie, der nicht auf die Lückenfüllung oder bestimmte Rechtsquellen beschränkt ist, sondern auf die Herkunft rezipierter Regeln aus privatrechtlichen Rechtsinstituten (im Sinne des oben entwickelten Idealtypus)³¹⁷ verweist (A.). Im Anschluss daran zeichnet die Arbeit unterschiedliche Begründungen für die Rezeption des Privatrechts in der Geschichte des Völkerrechts nach (B.). Die Heterogenität der festgestellten Motive fordert abschließend die Frage heraus, ob der Ursprung in das Völkerrecht gelangter Rechtsinstitute in (irgend-)einem Privatrecht für deren Fortgeltung im Völkerrecht relevant ist. Anders gewendet geht es um die zu Beginn des Kapitels aufgeworfene Frage, ob es sich wirklich um *Privatrechtsanalogien* oder um Anleihen bei allgemeinen Rechtsgedanken (Rechtsanalogien) unabhängig von der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht handelt (C.).

315 Jellinek, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, 1880, S. 52. Siehe hierzu näher unten unter § 3 B. III.

316 Dass schon dieser Begriff historisch voraussetzungsvoll ist, soll unten unter § 3 B. II. näher erläutert werden.

317 Siehe oben unter § 2 B. II.

A. Begriff der Privatrechtsanalogie

Um die Verwendung des Begriffs der Privatrechtsanalogie in der Arbeit zu erklären, bietet sich zunächst eine Aufteilung in seine Bestandteile, Privatrecht und Analogie, an. Privatrecht meint in Anlehnung an die Ergebnisse des vorangegangenen Kapitels die Regeln der Gleichordnung zwischen Bürger*innen, welche die Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit und des Eigennutzes verwirklichen.³¹⁸ Der zweite Teil des Begriffs Privatrechtsanalogie, Analogie, weckt bei Jurist*innen eine bestimmte Assoziation: Die Regelung eines ähnlichen Lebenssachverhalts wird auf einen nicht geregelten, aber vergleichbaren Fall übertragen.³¹⁹ Die Quintessenz der Analogie im Recht ist die Füllung einer (Gesetzes-) Lücke.³²⁰ Deshalb werfen Analogien im Völkerrecht komplexe Fragen auf, weil sie gedanklich ein System voraussetzen.³²¹ Ob das Völkerrecht ein solches ist, bedarf jedenfalls näherer Erörterung.³²² Weil der Geltungsgrund im Analogieschluss gewonnener Regeln die Ähnlichkeit eines nicht geregelten Falls mit einem geregelten Fall ist, stehen sie zudem aus einer völkerrechtspositivistischen Perspektive in Konflikt mit dem Konsensprinzip als Grund und Grenze völkerrechtlicher Bindung.³²³ Obwohl gute Gründe für die Zulässigkeit eines Analogieschlusses sprechen,³²⁴ bedarf diese Frage hier keiner Entscheidung, weil der Arbeit ein umfassenderer Begriff der Analogie zugrunde liegt.

318 Siehe oben unter § 2 B. II.

319 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 381.

320 Vgl. Vöneky, *Analogy in International Law*, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, Rn. 2; vgl. allerdings zur lückenfeststellenden Funktion der Analogie Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 1983, S. 71–78.

321 Vgl. Bordin, *Analogy*, in: d'Aspremont/Singh (Hrsg.), *Concepts for International Law*, 2019, 25–38, 34–36.

322 Vgl. für den Systemcharakter des Völkerrechts Völkerrechtskommission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 2006, ILCYbk 2006, Bd. II, Teil 2, 177–184, Nr. 1; Crawford, *Brownlie's Principles*, 2019, S. 14; Hernández, *International Law*, 2022, S. 25–27; vgl. für die Vorstellung des Völkerrechts als Rechtsordnung des internationalen Systems Dahm/Delbrück/Wolfrum, *Völkerrecht I/1*, 1989, S. 1; vgl. auch grundlegend Bruns, *Völkerrecht als Rechtsordnung*, ZaöRV 1 (1929), 1–56.

323 Thirlway, RdC 294 (2002), 301; siehe allerdings oben unter § 1 C. zum Verständnis des Positivismus dieser Arbeit.

324 Vgl. hierfür Bleckmann, *Analogie im Völkerrecht*, AVR 17 (1977–1978), 161–180, insbesondere 169; im Ergebnis ebenso für die Zulässigkeit von Analogieschlüssen Dahm/Delbrück/Wolfrum, *Völkerrecht I/1*, 1989, S. 80–82; vgl. für eine vorsichtig

Dieser Begriff umfasst mehr als den Analogieschluss aus privatrechtlichen Vorschriften für das Völkerrecht. Vielmehr soll unter den Begriff der Privatrechtsanalogie jede Regel und jeder Begriff des Völkerrechts fallen, die bzw. der ursprünglich aus dem innerstaatlichen Privatrecht³²⁵ stammt. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Regel oder der Begriff mittlerweile Teil des Völkervertragsrechts, des Völkergewohnheitsrechts oder eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist. Der Grund für diese weite Definition liegt darin, dass ansonsten zwei wichtige Aspekte unberücksichtigt blieben.

Erstens würde eine Beschränkung auf Analogieschlüsse nicht erfassen, dass die Rezeption innerstaatlichen Privatrechts auf unterschiedlichen Wegen stattgefunden hat. Beispielhaft verdeutlicht die mittelalterliche Rezeption privatrechtlichen Gedankenguts zu völkerrechtlichen Fragen diesen Umstand.³²⁶ Diese bis heute fortwirkende Rezeption³²⁷ basierte nicht auf einem Analogieschluss zwischen zwei Rechtsbereichen, weil die Trennung zwischen innerstaatlichem und internationalem Recht mittelalterlichem Rechtsdenken wesensfremd war.³²⁸

Zweitens erfasst ein enges Verständnis des rechtlichen Analogieschlusses nur die Übertragung einer Regel.³²⁹ Dieser Fokus überspielt, dass das Völkerrecht zum Teil “nur” Begriffe und Konzepte des Privatrechts und nicht in erster Linie dazugehörige Regeln rezipiert hat. Beispielhaft zeigt sich dies in der Rezeption des Vertrags zur Erfassung konsensualen Staatenhandelns, des Eigentums als Analogon des Herrschaftsrechts eines Staates

zustimmende Haltung, die allerdings großen Wert auf die vorherige Untersuchung der Vergleichbarkeit legt *Thirlway*, RdC 294 (2002), insbesondere 404 f.

325 Bzw. aus einem Teilbereich des Rechts, der sich als “privatrechtlich” umschreiben lässt. Nach den Ausführungen im vorangegangenen Kapitel ist die Existenz eines abgrenzbaren Privatrechts eine kontingente Erscheinung (siehe oben unter § 2 B. I.). Gleichwohl lässt sich nach dem herausgearbeiteten Idealtypus des Privatrechts ein solcher Rechtskörper in jeder Rechtsordnung identifizieren. So lässt sich beispielsweise das römische Recht – in einigen Teilen – als privatrechtlich beschreiben, obwohl es selbst so nicht unterscheidet (siehe hierzu oben unter § 2 B. I.).

326 *Lesaffer*, *Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription*, EJIL 16 (2005), 25–58, 35.

327 Bspw. die Rezeption des zivilrechtlichen Eigentums für Staatsgebiet und -grenzen *Lesaffer*, *Roman Law and the Intellectual History of International Law*, in: *Orford/Hoffmann (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 2016, 38–58, 49.

328 *Lesaffer*, *Roman Law and the Intellectual History of International Law*, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 49.

329 *Chionos*, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 27 f.; vgl. beispielhaft für ein solches Verständnis *Fastenrath*, *Lücken im Völkerrecht*, 1991, S. 134.

über ein Gebiet³³⁰ oder der individuellen Freiheit zum Verständnis der Souveränität.³³¹ Weil Analogien im Rechtssinne auf die Übertragung einer Regel fixiert sind, schlägt *Chionos* unter Berufung auf Arthur Kaufmanns weites Verständnis der Analogie für die Rezeption innerstaatlicher Begriffe durch das Völkerrecht die Bezeichnung "begriffliche Analogie" vor. Damit meint sie Analogien in einem weiten Sinne, d. h. Entsprechungen.³³² Sie weist darauf hin, dass dieses weite Verständnis der Arbeit *Lauterpachts* zugrunde liegt.³³³ Auch diese Form der Analogie soll mit dem Schlagwort der Privatrechtsanalogie im hier verwendeten Sinne gemeint sein.

Allerdings bleibt auch gegenüber einem weiten Begriff der Analogie der historische Einwand bestehen: Die Rezeption des (römischen) Privatrechts geschah zu unterschiedlichen Zeiten und während mancher konnte von einer Analogie keine Rede sein. Aus diesen Argumenten gegen einen engen Begriff der Privatrechtsanalogie folgt aber nicht, dass der Begriff der Analogie fehl am Platze ist. Zwar ließe sich an Bezeichnungen denken, die inhaltsoffener und weiter sind. In der Rechtsvergleichung ist der Begriff des "Legal Transplants"³³⁴ gebräuchlich. Dieser Begriff meint die "Verwendung fremder Rechtsbestandteile" in einer Rechtsordnung, also eine Rechtsübernahme.³³⁵ Sie kann durch Gesetzgebung, Gerichte und andere Rechtsanwender*innen stattfinden, wobei typischerweise die Gesetzgebung Ideen, Konzepte oder Rechtsinstitute einer anderen Rechtsordnung übernimmt.³³⁶ Die Metapher des "Transplants" ist allerdings unglücklich,

330 *Thirlway*, RdC 294 (2002), 370; vgl. eingehend zu dieser Entwicklung des Souveränitätsverständnisses *Kennedy*, *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion*, QLR 65 (1996), 385–420, 406–408; vgl. zur Fortwirkung der Vorstellung der Souveränität als Analogie zum Eigentumsrecht *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 92. Allerdings unterscheidet die Völkerrechtswissenschaft begrifflich strikt zwischen *imperium* (Souveränität eines Staates) und *dominium* (Grundeigentum), vgl. *Crawford*, *Brownlie's Principles*, 2019, S. 192 f.; vgl. allerdings zu den divergierenden Traditionslinien dieser Unterscheidung in der Völkerrechtswissenschaft *Bilková*, *Sovereignty, Property and the Russian Revolution*, JHIL 19 (2017), 147–177, 149–157.

331 *Koskenniemi*, *From Apology to Utopia*, 2006, S. 93.

332 *Chionos*, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 27 f. unter Berufung auf *Kaufmann*, Analogie und "Natur der Sache", 1982, 18 f.

333 *Chionos*, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 28 unter Verweis auf *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 83 f.

334 *Watson*, *Legal Transplants*, 1993, *passim*.

335 *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 2 Rn. 34.

336 *Fedtke*, *Legal Transplants*, in: *Smits* (Hrsg.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2012, 550–554, 550.

insofern sie weder die Prozesshaftigkeit der Übernahme fremder rechtlicher Ideen noch die Veränderungen rechtlicher Ideen durch und nach der “Verpflanzung” in eine andere Rechtsordnung abbildet.³³⁷ Deshalb kursieren alternative Bezeichnungen wie “Rezeption” oder “Transfer”.³³⁸

Die Arbeit verwendet gleichwohl überwiegend die Bezeichnung “Privatrechtsanalogie”. Ein Grund liegt in der Griffigkeit des Begriffs. Zudem spricht für den Terminus “Privatrechtsanalogie” die Prägung des bisherigen Diskurses. Seit *Lauterpachts* prägendem Werk zu “Private Law Sources and Analogies of International Law” ist der Begriff der Privatrechtsanalogie eingeführt.³³⁹ Mit einer entsprechenden Erklärung lassen sich seine Defizite beheben, so dass es naheliegt, den Begriff fortzuführen. Im Übrigen wecken Bezeichnungen wie “Legal Transplant” oder Transfer Assoziationen mit einer bewussten Übertragung, die für das Völkerrecht jedenfalls irreführend sind. Dies sind sie nicht zuletzt deshalb, weil die Inkorporation privatrechtlichen Gedankenguts in das Völkerrecht durch die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht deutlich prozesshafter ist als die einmalige Gesetzgebung eines innerstaatlichen Parlaments.

Die Arbeit versteht unter Privatrechtsanalogien alle solchen Anleihen bei Begriffen und Regeln des Privatrechts, die gerade auf deren Zugehörigkeit zum idealtypisch verstandenen Privatrecht (gekennzeichnet durch Gleichordnung, Eigennutz, ausgleichende Gerechtigkeit) beruhen. Der einschränkende Relativsatz ist wegen des Ansatzes der Arbeit wichtig, die Auswirkungen des völkerrechtlichen Strukturwandels (der Ausdifferenzierung

337 Sinnfällig *Frankenberg*, *Constitutions as Commodities*, in: *Frankenberg* (Hrsg.), *Order from Transfer*, 2013, 1–26, 21 (“The open-ended phase of re-contextualization is vastly simplified by the transplant thesis and bears very little resemblance to the transplanting of an organ, let alone a tomato plant. Transfers, if not rejected outright, establish a semiotic relationship between the sender and the recipient, which is usually kept in the dark.”); *Graziadei*, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2019, 443–473, 444.

338 Vgl. zu der Entwicklung der verwendeten Begrifflichkeiten *Graziadei*, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 443, 444.

339 Jedenfalls als “municipal law analogies” (*Crawford*, *State Responsibility*, 2013, S. 332) findet auch heute noch ein weiter Begriff der Analogie in Fragen der Relevanz innerstaatlichen Rechts für das Völkerrecht Anwendung.

in privatrechtsähnliche und dem öffentlichen Recht ähnliche Teilbereiche) auf privatrechtsanaloge Rechtsinstitute zu untersuchen. Denn hierfür kommt es gerade darauf an, ob die Existenz ähnlicher Regeln in Privatrechtsordnungen und Völkerrecht der Natur der Sache geschuldet ist, wie Rechtspositivisten behauptet haben,³⁴⁰ oder auf der Herkunft der Regeln im Privatrecht fußt. Nach dem hiesigen Verständnis können Privatrechtsanalogien, die als solche keine eigenständige Rechtsquelle gem. Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut sind,³⁴¹ sowohl im Völkergewohnheitsrecht, im Völkervertragsrecht als auch in Gestalt eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auftreten. Obwohl allgemeine Rechtsgrundsätze ein klassisches Einfallstor für privatrechtsanaloges Denken sind,³⁴² können sie ebenso völkervertraglich oder völkergewohnheitsrechtlich verankert sein.³⁴³

B. Privatrechtsanalogien in der Völkerrechtsgeschichte

Das Völkerrecht ist reich an Rechtsfiguren und -instituten, die wir aus dem innerstaatlichen (Privat-) Recht kennen. Der Vertrag als Rechtsinstitut zur „privatautonom“en Rechtssetzung im Völkerrecht ist eine Anleihe beim Privatrecht.³⁴⁴ Die Regeln zu seiner Auslegung (Art. 31 f. WVRK) erinnern an innerstaatliche Regeln zur Vertragsauslegung.³⁴⁵ Das völkerrechtliche Nachbarrecht prägen zivilrechtliche Vorstellungen des Verhältnisses unter benachbarten Grundstückseigentümer*innen.³⁴⁶ Das Rechtsinstitut des *uti possidetis* entstammt dem römischen Zivilprozess.³⁴⁷ Die *Okkupation* als ein Titel zum Erwerb der Souveränität und als Regime im Rahmen der

340 Siehe unten unter § 3 C.

341 Crawford, *State Responsibility*, 2013, S. 332.

342 So klassisch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 69 f.; Hertogen, *EJIL* 29 (2019), 1131. Viele der allgemeinen Rechtsgrundsätze entstammen Privatrechtsordnungen, Herdegen, *Völkerrecht*, 2021, § 17 Rn. 2; Hobe, *Völkerrecht*, 2020, S. 173; Stein/von Buttlar/Kotzur, *Völkerrecht*, 2017, Rn. 162.

343 Hertogen, *EJIL* 29 (2019), 1131.

344 Kunig, *Völkerrecht als öffentliches Recht*, in: GS Grabitz, 325, 330.

345 Vgl. von Arnould, *Völkerrecht*, 2022, Rn. 230.

346 Vgl. Kunig, *Völkerrecht als öffentliches Recht*, in: GS Grabitz, 325, 328–330.

347 Ratner, *Drawing a Better Line: Uti Possidetis and the Borders of New States*, *AJIL* 90 (1996), 590–624, 592 f.; Tuori, *The Reception of Ancient Legal Thought*, in: Fassbender/Peters (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 2012, 1012–1033, 1029 f. Allerdings reicht das in Folge der Unabhängigkeit lateinamerikanischer Staaten im 19. Jahrhundert entstandene völkerrechtliche Rechtsinstitut, das die endgültige Festlegung von Staatsgrenzen bewirkte, weit über

Besatzung in einem internationalen bewaffneten Konflikt (Artt. 42–56 HLKO³⁴⁸ und Artt. 47–78 IV. Genfer Abkommen³⁴⁹) kann seine Wurzeln auf das römische Sachenrecht zurückführen.³⁵⁰ Die Ausfüllung der völkerrechtlichen Haftung erinnert frappierend an innerstaatliche Zivilrechtsregeln.³⁵¹ Das Institut des *Estoppel* findet sich über das *Common Law* hinaus auch im Völkerrecht.³⁵²

Diese beispielhafte Reihung zeigt, dass Anleihen bei innerstaatlichen Privatrechtsordnungen für das Völkerrecht wirkmächtig waren und sind. Ein historisch uninformierter Blick auf das heutige Völkerrecht verleitet dazu, solcher Anleihen im geltenden Völkerrecht mit der teilweisen Strukturgleichheit zwischen Völkerrecht und Privatrecht als Koordinationsordnungen zu erklären.³⁵³ Wenn der souveräne Staat nach der jedenfalls³⁵⁴ seit *Vattel* in der völkerrechtlichen Literatur existierenden Vorstellung eine

die prozessuale Regel des *uti possidetis* im einstweiligen Rechtsschutz nach römischem Recht hinaus, *Ratner*, AJIL 90 (1996), 593.

348 Haager Landkriegsordnung (HLKO), Annex zum IV. Haager Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (IV. Haager Abkommen), 18. Oktober 1907, RGBl. 1910, 107.

349 Genfer Abkommen zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten (IV. Genfer Abkommen), 12. August 1949, UNTS 75, 287–417 (dt. Übersetzung BGBl. 1954 II, 917, ber. 1956 II, 1586).

350 *Nussbaum*, The Significance of Roman Law in the History of International Law, University of Pennsylvania Law Review 100 (1952), 679–687, 686. Letztlich entstammen die Rechtsinstitute zum Erwerb der Souveränität größtenteils dem römischen Recht, *Thirlway*, RdC 294 (2002), 372. Siehe zu privatrechtlichen Anleihen im Besatzungsrecht unten unter § 14 A. I.

351 Vgl. *von Arnould*, Völkerrecht, 2022, Rn. 269; *Barker*, The Different Forms of Reparation: Compensation, in: The Law of International Responsibility, 599, 600; *Herdegen*, Völkerrecht, 2021, § 17 Rn. 2; *Nollkaemper*, Indiana Journal of Global Legal Studies 16 (2009), 543.

352 *Cottier/Müller*, Estoppel, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2021, Rn. 1; vgl. für eine Konturierung der Voraussetzungen und des Anwendungsbereichs des Rechtsinstituts *Kulick*, Estoppel im Völkerrecht – Antworten auf drei dogmatische Fragen, AVR 52 (2014), 522–544.

353 Ein *locus classicus* dieser Vorstellung ist jedenfalls seit der *Lauterpacht'schen* Rezeption (*Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 81) *Holland*, International Law, 1898, S. 152.

354 Diese Vorstellung reicht zu den Arbeiten *Hobbes'* zurück, welche *Grotius'* aufgreift, *Lesaffer*, EJIL 16 (2005), 37. Allerdings finden sich auch in der Völkerrechtslehre vor *Grotius* entsprechende Ansätze, *Lesaffer*, The Classical Law of Nations (1500–1800), in: Orakhelashvili (Hrsg.), Research Handbook on the Theory and History of International Law, 2011, 408–440, 422.

juristische Person ist,³⁵⁵ ist das Verhältnis der Staaten zueinander mit dem Verhältnis unter Privatpersonen vergleichbar.³⁵⁶ Was liegt da näher, als auf das reichhaltige Repertoire des Zivilrechts zurückzugreifen: Betrifft doch beispielsweise der Inhalt der Staatenverantwortlichkeit scheinbar dasselbe Sachproblem wie die Haftungsausfüllung eines (deliktischen) Schadenersatzanspruchs.³⁵⁷

Ob diese Erwägungen allerdings in der Vergangenheit für Anleihen bei privatrechtlichen Vorstellungen relevant waren, sollen die beiden folgenden Abschnitte näher beleuchten. Dabei unterscheidet die Arbeit – grob – zwischen spätem Mittelalter und früher Neuzeit (II.) einerseits sowie dem Rechtspositivismus des 19. und 20. Jahrhunderts (III.) andererseits. Vorab widmen wir uns der besonderen Rolle des römischen Rechts, die sich durch die Privatrechtsrezeption des Völkerrechts zieht (I.).

I. Die Rolle des römischen Rechts

In der obigen³⁵⁸ Aufführung einiger Beispiele der völkerrechtlichen Privatrechtsrezeption traten römisches Recht und Privatrecht als Synonyme auf. Beim Einsickern privatrechtlicher Vorstellungen hatte das römische Recht augenscheinlich eine große Bedeutung. Historisch ist sogar die umgekehrte Formulierung richtig: Erst im 19. Jahrhundert wurde aus einer Rezeption des römischen Rechts im Völkerrecht eine Rezeption des Privatrechts.³⁵⁹ Jedoch bedarf es zunächst der Präzisierung, was die Bezeichnung römisches Recht an dieser Stelle umfasst. Das römische Recht kannte auch Regeln zur Kriegsführung und zur Gesandtschaft,³⁶⁰ die aus gegenwärtiger Sicht

355 Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, 2006, S. 22.

356 Creutz, *State Responsibility in the International Legal Order*, 2020, S. 69 f.

357 Vgl. bereits Yntema, *The Treaties with Germany and Compensation for War Damage. IV. The Measure of Damages in International Law*, *Columbia Law Review* 24 (1924), 134–153, 141.

358 Siehe oben unter § 3 B.

359 Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 18. Lauterpacht setzt sich mit der Kritik an solchen Anleihen auseinander und stellt insoweit fest, dass das Objekt der Kritik seit dem 19. Jahrhundert nicht mehr das römische Recht im Besonderen, sondern das Privatrecht im Allgemeinen sei.

360 Vgl. hierzu Tuori, *The Reception of Ancient Legal Thought*, in: *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 1012, 1023–1026; vgl. auch Ziegler, *Die römischen Grundlagen des europäischen Völkerrechts*, *Ius commune* IV (1972), 1–27, 9–12

völkerrechtlich sind.³⁶¹ Nicht diese, sondern das römische Privatrecht, also Vertrags-, Eigentums- und Familienrecht, umschreibt der Begriff jedoch an dieser Stelle.³⁶² Noch präziser gefasst ist die Gestalt des römischen Privatrechts gemeint, die es durch das kanonische Recht erhalten hat.³⁶³

Das römische Recht beeinflusste das Völkerrecht auf jedenfalls drei Wegen: zunächst unmittelbar, sodann mittelbar durch seinen Einfluss auf die innerstaatlichen Privatrechtsordnungen und später als Verkörperung vernünftigen, universellen Rechts.³⁶⁴ Diesen Einfluss erklärt die besondere Rolle des römischen Rechts in Europas Rechtsgeschichte: Das römische Recht ist nicht nur die Rechtsordnung eines lange vergangenen Reiches. Vielmehr bildete das römische Recht zusammen mit dem kanonischen Recht insbesondere in Gestalt des *ius commune* „[v]om Ausgang des Mittelalters bis hin zur Französischen Revolution“ für „alle Länder West- und Zentraleuropas ein gemeinsames common law“³⁶⁵. Freilich war das *ius commune* ein reines Gelehrtenrecht. Als Leitbild übte es gleichwohl einen großen Einfluss auf die Rechtspraxis in den europäischen Rechtsordnungen aus.³⁶⁶ Entgegen der gerne vertretenen These, dass das römische Recht auf das *Common Law* weniger Einfluss ausgeübt habe, wirkte das *ius commune* auch auf das englische Recht als Leitbild. Daher ist das *Common Law* ebenso – mit Eigenarten – ein Teil der gemeineuropäischen Rechtstradi-

361 Es bestand lange Zeit Streit darum, ob es ein römisches Völkerrecht gab, vgl. hierzu Lesaffer, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 39 f. (der sich für ein solches Verständnis ausspricht).

362 Nussbaum, University of Pennsylvania Law Review 100 (1952), 678. Nach den obigen Ausführungen zur Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im römischen Recht ist zu präzisieren, dass damit Rechtsgebiete gemeint sind, die aus heutiger Sicht dem Privatrecht angehören.

363 Lesaffer, EJIL 16 (2005), 37; so bereits Verdross, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 121; zustimmend Chionos, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 34 f.; vgl. auch Lesaffer, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 46.

364 Lesaffer, EJIL 16 (2005), 31–33 auf der Grundlage von Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies, 1927, *passim*; in den ersten beiden Kategorien zustimmend rezipiert durch Chionos, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 34 f.

365 Zimmermann, Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit, JZ 47 (1992), 8–20, 10. Zimmermann hebt zudem hervor, dass die Rechtswissenschaft damals eine europäische Disziplin war.

366 Lesaffer, EJIL 16 (2005), 35; vgl. eingehend Coing, Europäisches Privatrecht I 1985, S. 38 und 39 f.

tion, die das *ius commune* vereint.³⁶⁷ Diese besondere Rolle durchzieht die im Folgenden nachzuvollziehende Rezeption römischen Privatrechts seit dem Mittelalter. Insofern lässt sich zunächst festhalten, „daß das moderne Völkerrecht eingebettet ist in die maßgeblich vom römischen Recht bestimmte europäische Rechtsgeschichte“³⁶⁸.

II. Privatrechtsanalogien im späten Mittelalter und der frühen Neuzeit³⁶⁹

In seiner Dissertation legte *Lauterpacht* dar, dass die Rezeption privatrechtlichen Gedankenguts eine wichtige Rolle in der Herausbildung des gegenwärtigen Völkerrechts gespielt hat.³⁷⁰ Allerdings, so hebt er hervor, war die Anwendung privatrechtlichen Gedankenguts im Völkerrecht für die „Gründerväter des Völkerrechts“³⁷¹ keine Frage der Übertragung eines Rechtsinstituts zwischen zwei grundlegend verschiedenen Rechtssystemen. Sie fragten sich vielmehr, inwieweit die Autorität des römischen Rechts wegen seiner „comprehensiveness and its universally recognised conformity with right and justice“³⁷² auch im Völkerrecht gelten könne. Damit klingt bereits an, dass andere Erwägungen als die Strukturgleichheit zwischen Völkerrecht und Privatrecht die Rezeption des Privatrechts zu völkerrechtlichen Fragestellungen motiviert haben. Einige dieser Erwägungen sollen im Folgenden vorgestellt werden.³⁷³

367 Zimmermann, JZ 47 (1992), 15 f.

368 Ziegler, *Ius commune* IV (1972), 27.

369 Dem Kapitel liegt *Lesaffers* Periodisierung zugrunde, d. h. das späte Mittelalter umfasst die Zeit vom 11. bis zum 15. Jahrhundert und die frühe Neuzeit den Zeitraum vom 16. bis zum 18. Jahrhundert, *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 45 und 51.

370 *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 32; vgl. *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, *passim*. Allerdings räumt *Lauterpacht* ein, dass manche Autoren Anleihen zum Privatrecht strikt abgelehnt haben, *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 16.

371 Er spricht von „Founders of International Law“ und scheint damit insbesondere – aber nicht ausschließlich – Hugo Grotius zu meinen, *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 8.

372 *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 9.

373 Eingehend zur Rezeption römischen Rechts im Völkerrecht *Lesaffer*, EJIL 16 (2005), 25–58; *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38–58.

Bereits im späten Mittelalter finden wir vertiefte Auseinandersetzungen mit völkerrechtlichen Fragen, ohne dass diese notwendigerweise als völkerrechtlich bezeichnet worden wären.³⁷⁴ Dabei nahm das römische Recht als Rechtsquelle eine hervorgehobene Stellung ein.³⁷⁵ Beispielhaft für diese Rezeption stehen Rechtsinstitute wie die “*clausula rebus sic stantibus*”, “*qui tacet consentire videtur*” oder “*venire contra factum proprium non valet*”.³⁷⁶ Die Bezugnahmen auf römisches Recht endeten indes nicht mit dem Mittelalter. Im Zusammenhang mit der Herausbildung souveräner Staaten bestand ein Bedürfnis der Regulierung, für das die Völkerrechtswissenschaft (bspw. in Person *Gentilis* oder *Grotius*) bereitwillig auf das römisch-rechtlich geprägte Recht zwischen Privatreuten zurückgriff.³⁷⁷

Seit der frühen Neuzeit wurde das römische Recht jedoch nicht mehr direkt zu völkerrechtlichen Fragen rezipiert. Vielmehr galt es nunmehr als vorbildhaft und Ausdruck der Vernunft.³⁷⁸ Aus dieser Vernünftigkeit folgte ein Anspruch auf Universalität.³⁷⁹ Neben der unterschiedliche Herrschafts-

374 Den Grund hierfür bildet die damals kaum vorhandene Systematisierung des Rechtsstoffes. Diese nennt *Wijffels* aus heutiger Sicht eine der hervorstechendsten Eigenschaften der spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Rechtswissenschaft, *Wijffels*, *Early-Modern Scholarship on International Law*, in: Orakhelashvili (Hrsg.), *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, 2011, 23–60, 32. *Wijffels* nimmt hier auf den damals weit verbreiteten *mos italicus* Bezug, vgl. hierzu überblickshaft *Schlosser*, *Neuere Europäische Rechtsgeschichte*, 2017, 4. Kap Rn. 19–21. Erst mit dem Aufkommen des *usus modernus* kam eine stärkere Systematisierung der Rechtsstoffe auf, *Wijffels*, *Early-Modern Scholarship on International Law*, in: *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, 23, 40.

375 *Lesaffer*, *Roman Law and the Intellectual History of International Law*, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 45–51; vgl. bereits *Lesaffer*, *The Classical Law of Nations (1500–1800)*, in: *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, 408, 418 f.

376 *Verdross*, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, 1973, S. 121.

377 *Chionos*, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 30–32; vgl. für beispielhafte Auseinandersetzungen mit privatrechtlichen Anleihen bei *Gentili* und *Grotius* *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 10–12 und 12–15.

378 *Hofmann*, *Der Staat* 57 (2018), 11: “Wichtig für die weitere Karriere des rezipierten römischen Rechts einschließlich der Distinktion Ulpian, nun nicht mehr als Kaiserrecht, sondern als “geschriebene Vernunft” (*ratio scripta*), ist die Hochachtung, die Grotius den Lehrern des *Corpus Iuris Justiniani* zollt, weil sie oft Zeugnis für das Naturrecht und das Völkerrecht ablegten und häufig die besten Gründe dafür böten, was von Natur aus Recht sei (Prol. Nr. 53).“

379 *Lesaffer*, *Roman Law and the Intellectual History of International Law*, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 53. Gerade diese Funktion antiker Vorbilder ist aufgrund der politischen und religiösen Spaltungen Europas

gebiete umspannenden, gemeineuropäischen Tradition des römischen Rechts³⁸⁰ erklären sich die vernunft- und naturrechtlichen Aufladungen des römischen Rechts (auch) aus der Begriffsgeschichte des römischen *ius gentium*. Es bezeichnete zunächst jedenfalls das (Privat-)Recht zwischen Peregrinen³⁸¹ und zwischen römischen Bürgern und Peregrinen.³⁸² Damit war es eine Art (thematisch unvollständiges) universelles Privatrecht.³⁸³ Zusätzlich bezeichnete *ius gentium* das Recht der Beziehungen zwischen Völkern.³⁸⁴ Bereits zu römischer Zeit entstand zudem eine Verbindung zwischen *ius gentium* und Naturrechtsvorstellungen.³⁸⁵ Diese Verbindung befeuerte sodann die Idee, das *ius gentium* sei das gemeinsame Recht aller Menschen.³⁸⁶ Alle diese Traditionslinien trugen dazu bei, dass das (römisch-rechtlich beeinflusste) Privatrecht lange Zeit als die zuverlässigste Quelle zur Ermittlung derjenigen Regeln galt, die auch international richtig und gerecht sind.³⁸⁷ Zudem erklärt die Verbindungslinie zu Naturrechtsvorstellungen die Rezeption des römischen Rechts unter dem seit der Mitte des 17. Jahrhunderts stärker werdenden Naturrechtsdenken.³⁸⁸

von besonderer Relevanz für Humanisten, *Wijffels*, Early-Modern Scholarship on International Law, in: *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, 23, 37.

380 Siehe hierzu oben unter § 3 B. I.

381 Vgl. zum Begriff *Kaser*, Das Römische Privatrecht, 1971, S. 281.

382 *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 1987, S. 58, die allerdings darauf hinweisen, dass das *ius gentium* in diesem Sinne wohl keine geschlossene Rechtsordnung war.

383 So *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 44.

384 *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 1987, S. 57; *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 44.

385 *Koskenniemi*, To the Uttermost Parts of the Earth, 2021, S. 73 f.; vgl. auch *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht, 1987, S. 60.

386 *Kaser*, Das Römische Privatrecht, 1971, S. 201 f.; *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 44.

387 *Bordin*, Analogy, in: *Concepts for International Law*, 25, 27 unter Verweis auf *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies in International Law, in: *Lauterpacht* (Hrsg.), *Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Bd. 2, 1975, 173–212, 206; so zu *Grotius'* Privatrechtsrezeption *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 14 f.

388 *Wijffels*, Early-Modern Scholarship on International Law, in: *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, 23, 51.

Obwohl die Rezeption des (römischen) Privatrechts damit vom Mittelalter bis in die Neuzeit gängig ist, fragt sich, ob sich die so entwickelten Regeln und Begriffe zutreffend als Privatrechtsanalogien charakterisieren lassen. Eine solche Bezeichnung dürfte den jeweiligen Zeitgenossen jedenfalls fremd gewesen sein. Für das Mittelalter weist *Lesaffer* darauf hin, dass das Völkerrecht mittelalterlichen Juristen nicht als eigenständiges Rechtsgebiet galt, sondern Teil eines Ganzen, unteilbaren Rechts.³⁸⁹ Das Recht war Ausdruck einer absoluten Wahrheit, die aus der göttlichen Offenbarung folgte.³⁹⁰ Daher konnten Rechtsregeln innerhalb der Grenzen der Logik übertragen werden, so dass Anleihen beim römischen Privatrecht zur Lösung in der Sache völkerrechtlicher Fragen beitrugen.³⁹¹ Erst im 16. und 17. Jahrhundert bildete sich das Völkerrecht als eine eigenständige und abgrenzbare Disziplin heraus.³⁹² In Folge dieser Entwicklung wurden (innerstaatliches) Privatrecht und Völkerrecht unterscheidbar.³⁹³ Das bedeute-

389 *Lesaffer*, The Classical Law of Nations (1500–1800), in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 408, 411; vgl. zur weitgehend fehlenden Systematisierung auch *Wijffels*, Early-Modern Scholarship on International Law, in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 23, 32. Daneben verband die diversen Gebiete Kontinentaleuropas bis zum 16. Jahrhundert die übergeordnete Autorität des Papstes (und bis zum Spätmittelalter des Kaisers des Heiligen Römischen Reiches) zu einer Einheit, *Lesaffer*, The Classical Law of Nations (1500–1800), in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 408, 410 f.

390 *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 49.

391 *Wijffels*, Early-Modern Scholarship on International Law, in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 23, 32 f.

392 *Steiger*, Ius bändigt Mars, in: Garber/Held (Hrsg.), Der Frieden. Rekonstruktion einer europäischen Vision, 2001, 59–85, 64; vgl. auch *Verdross*, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 120.

393 *Lesaffer*, The Classical Law of Nations (1500–1800), in: Research Handbook on the Theory and History of International Law, 408, 415 f.; vgl. beispielhaft für eine scharfe Trennung innerstaatlichen und zwischenstaatlichen Rechts am Ende des 19. Jahrhunderts *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 8–10. An dieser Stelle ist weniger die Frage gemeint, ob das Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht dualistisch oder monistisch aufzufassen ist (vgl. hierzu *Hernández*, International Law, 2022, S. 86–90). Sondern gemeint ist die noch grundlegendere Frage, ob beide (Teil-) Rechtsordnungen überhaupt voneinander unterschieden worden sind. Natürlich tritt dieser Vorgang besonders klar hervor, wenn man innerstaatliches Recht und Völkerrecht als zwei voneinander vollständig getrennte Rechtskreise auffasst, wie dies *Triepel* bekannterweise tat (*Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 111). Aber auch für einen monistischen Ansatz gilt, dass er das innerstaatliche Recht als abgrenzbaren Bereich anerkennt, die Frage ist lediglich, in welchem

te auch, dass die Übertragung zivilrechtlicher Ideen begründungsbedürftig wurde.³⁹⁴ Deshalb kann von einer Analogiebildung zwischen Völkerrecht und Privatrecht frühestens seit dieser Zeit die Rede sein. Zwar entstanden seit der Neuzeit die Voraussetzungen, um überhaupt von Analogiebildungen zugunsten des Völkerrechts zu sprechen. Indes propagierten auch die vernunft- und naturrechtlichen Ansätze in ihrer Rezeption des römischen Privatrechts im eigentlichen Sinne keine Privatrechtsanalogien. Denn für sie konnte es nicht auf eine Trennung zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht ankommen, weil alles Recht letztlich aus derselben Quelle floss³⁹⁵ und das römische Recht lediglich als Verkörperung der Vernunft galt.³⁹⁶

Obwohl eine Bezeichnung als *Privatrechtsanalogie* daher nicht überzeugt, zeigt sich jedoch eine gewisse Form von Analogiebildung zwischen dem Verhältnis unter Individuen und demjenigen unter Herrschern, welche der Rezeption des Privatrechts als Idee unterliegt. Da die völkerrechtlichen Beziehungen in patrimonialen Herrschaftsstrukturen³⁹⁷ die Privatgeschäfte des Herrschers waren, waren deren Beziehungen untereinander „wie“ diejenigen zwischen Privatleuten. Daher lag es nahe, dass zwischen ihnen die Regeln des römischen Rechts galten.³⁹⁸ Diesen historischen Umstand hob schon *Triepel* im Jahr 1899 hervor.³⁹⁹ In der Folge liegt der Privatrechts-

Verhältnis der Hierarchie dieses zum Völkerrecht steht (*Thirlway*, RdC 294 (2002), 277).

394 *Lesaffer*, *The Classical Law of Nations (1500–1800)*, in: *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, 408, 416.

395 *Fassbender*, *Heinrich Triepel und die Anfänge der dualistischen Sicht von „Völkerrecht und Landesrecht“* im späten 19. Jahrhundert, in: *Gschwend/Hettich/Müller-Chen/Schindler/Wildhaber* (Hrsg.), *Recht im digitalen Zeitalter*, 2015, 449–469, 462; zustimmend: *Chionos*, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 29.

396 *Lesaffer*, *The Classical Law of Nations (1500–1800)*, in: *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, 408, 425.

397 Diese Formulierung verwenden sowohl *Lauterpacht* (*Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. vi) als auch *Lesaffer* (bspw. *Lesaffer*, *EJIL* 16 (2005), S. 34). Damit dürfte die *Weber'sche* Begrifflichkeit gemeint sein (so *Chionos*, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 31 (Fn. 91)). Diese kennzeichnet ein „rein persönlicher Verwaltungs- (und: Militär-)Stab“ (*Weber*, *MWG – I/23: Wirtschaft und Gesellschaft*, 2013, S. 476 (A133)) und die prinzipielle Gleichsetzung der Herrschaftsrechte des Herrschers mit persönlichen Eigentumsrechten (ebd.).

398 Vgl. beispielhaft die Gleichsetzung des *ius civile* mit dem *ius gentium* bei *Gentili* (*Gentili*, *Hispanicae Advocacionis*, 1661, Buch I, Kap. 21, S. 99) die *Lauterpacht* zitiert, *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 11; vgl. jüngst *Chionos*, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 30–32.

399 *Triepel*, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, S. 221.

rezeption eine Analogie zugrunde. Allerdings ist diese keine dezidierte Privatrechtsanalogie, da sich die Kategorien öffentlich und privat (bzw. öffentliches Recht und Privatrecht) erst im Laufe der Neuzeit entwickeln.⁴⁰⁰ Auf eine ähnliche Weise lag auch dem Vernunft- und Naturrechtsdenken eine Analogiebildung zugrunde: Auch sie setzte voraus, dass Staaten untereinander wie Individuen zueinander stünden.⁴⁰¹ Ähnliches lässt sich über die privatrechtlichen Anleihen früher positivistischer Völkerrechtswissenschaftler sagen. Wenn der "positivistische"⁴⁰² Völkerrechtswissenschaftler *Bynkershoek* Anleihen beim römischen Recht für das Völkerrecht unter Hinweis auf die Natur der Sache zulässt,⁴⁰³ liegt dem die Überlegung zugrunde, dass beide vergleichbare Sachverhalte regeln.

Vom Mittelalter bis in die frühe Neuzeit wird das (römische) Privatrecht mit wechselnden Grundlagen rezipiert. Diese Rezeption war durch die besondere Rolle des römischen Rechts in Europa bedingt und geprägt. Gleichzeitig ist die Vergleichbarkeit des Verhältnisses zwischen Individuen und demjenigen zwischen Fürsten bzw. Staaten ein wiederkehrendes Motiv. Allerdings liegt hierin keine Privatrechtsanalogie im Sinne einer Analogie zwischen Privat- und Völkerrecht aufgrund ihrer strukturellen Parallelität als Recht Gleichgeordneter und der Relevanz der gleichen Grundideen. Vielmehr erklären je nach Epoche unterschiedliche Gründe die Rezeption. Im Mittelalter waren beide Teilrechtsgebiete gar nicht geschieden. In vernunft- oder naturrechtlichen Konstruktionen war das (römische) Privatrecht dagegen ein Beleg für das, was von Natur aus universelles Recht sei.

400 Siehe oben unter § 2 B. I. und *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 50 in Bezug auf das späte Mittelalter.

401 Vgl. *Lesaffer*, Roman Law and the Intellectual History of International Law, in: The Oxford Handbook of the Theory of International Law, 38, 56.

402 So bspw. *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S.15; vgl. für eine Nuancierung dieser Einordnung *Akashi*, *Bynkershoek*, in: Fassbender/Peters (Hrsg.), The Oxford Handbook of the History of International Law, 2012, 1110–1113, 1112 f.

403 *Phillimore*, Commentaries upon International Law, 1879, S. 32 u. a. unter Verweis auf *Bynkershoek*, De Foro Legatorum Tam in Causa Civili, quam Criminali Liber Singularis, in: (Hrsg.), Opera Minora, 1744, 427–571, Kap. VI, 456; zustimmend *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 15 f.

III. Privatrechtsanalogien und der Rechtspositivismus

Mit dem Erstarken rechtspositivistischer Vorstellungen im Verlauf des 19. Jahrhunderts lagen in konzeptioneller Hinsicht alle Voraussetzungen vor, um Analogien zu privatrechtlichen Vorstellungen zu ziehen. Es kam eine scharfe konzeptionelle Trennung zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht sowie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht auf.⁴⁰⁴ Zudem entstand eine "extrem koordinationsrechtliche Konzeption"⁴⁰⁵ des Völkerrechts, die auf die Freiheit der Staaten und deren Beschränkung alleine aufgrund ihrer Zustimmung abhob.⁴⁰⁶ In deren Folge lag eine Rezeption des (römischen) Privatrechts besonders nahe.⁴⁰⁷ Im Angesicht dieses Befundes lassen sich allerdings zwei einander widersprechende Bewegungen in Bezug auf Privatrechtsanalogien ausmachen.

Augenfällig ist zunächst die grundsätzliche und ausdrückliche Ablehnung privatrechtsanalogen Denkens in der positivistischen Völkerrechtswissenschaft.⁴⁰⁸ Zur Begründung dieser Haltung führten Völkerrechtspositivisten im Wesentlichen zwei Argumente zu Felde:⁴⁰⁹ Zum einen waren Privatrechtsanalogien nicht vom Willen der Staaten gedeckt. Rechtspositivisten wollten als Völkerrecht aber nur anerkennen, was vom Willen der Subjekte des Völkerrechts, den Staaten, gedeckt war.⁴¹⁰ Deshalb mussten ihnen Privatrechtsanalogien suspekt sein. In der Konsequenz ihrer Auffassung war das Völkerrecht von Regelungslücken durchzogen, so dass ein (Schieds-)Gericht in einem völkerrechtlichen Streitfall

404 Kennedy, QLR 65 (1996), 403.

405 Baldus, Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen, 1998, S. 92.

406 Vgl. Hernández, International Law, 2022, S. 10 f.; vgl. eingehend Grewe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 1984, S. 591–601.

407 Baldus, Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen, 1998, S. 92; zustimmend Chionos, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 37.

408 So bereits Oppenheim, System des Völkerrechts, 1866, S. 7; Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 212–225; vgl. auch Hofer, Der Schadensersatz im Landkrieg, 1913, S. 18 f.; vgl. spezifisch für den Umfang der Staatenverantwortlichkeit Schoen, Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen, ZV X (Ergänzungsheft 2) (1917), 1–143, 124.

409 Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 43–51; zustimmend Chionos, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 37–39.

410 Vgl. bspw. von Liszt, Das Völkerrecht, 1906, S. 11–13; von Ullmann, Völkerrecht, 1908, S. 19 f. Diese Ansicht war wesentlich von hegelianischem Gedankengut beeinflusst, vgl. hierzu Chionos, Übertragung innerstaatlicher Begriffe, 2020, S. 36 f.

gegebenenfalls zum Ergebnis eines *non liquet* gelangen konnte.⁴¹¹ Zum anderen sollte die Andersartigkeit der Beziehung unter Staaten gegenüber derjenigen zwischen Individuen einer Gleichsetzung ihres Verhältnisses entgegenstehen.⁴¹² Denn Individuen sind vollständig Gesetzen unterworfen, d. h. beherrscht.⁴¹³ Namentlich das Privatrecht gibt einen überindividuellen Rechtsrahmen vor.⁴¹⁴ Staaten unterlägen hingegen keinen anderen als den selbst eingegangenen Bindungen. Damit fehle es bereits an einer vergleichbaren Interessenlage, um völkerrechtliche Regelungslücken mit Analogien zum Privatrecht zu füllen.⁴¹⁵ Aber selbst der überzeugteste Völkerrechtspositivist konnte nicht leugnen, dass das Völkerrecht Anleihen beim römischen Recht enthielt. Diese galten indes als historisch überkommen und waren alleine noch zum Verständnis der “älteren Völkerrechtslehrer” von Bedeutung.⁴¹⁶ Die ausdrückliche Ablehnung der Übertragung römisch-rechtlichen Denkens im Völkerrecht könnte nach einer Überlegung *Baldus*’ damit zusammenhängen, dass das römische Recht “historisch vorbelastet war”⁴¹⁷. Da sich viele kontinentaleuropäische Staaten gerade erst “durch Kodifikationen von der Herrschaft des (transnational geltenden) *ius commune*” gelöst hatten, musste es ihnen widerstreben, diese Befreiung auf zwischenstaatlicher Ebene wieder zu hintertreiben.⁴¹⁸

411 So die fundamentale Kritik *Lauterpachts*, der gerade deshalb für die Zulässigkeit der Privatrechtsanalogien im Völkerrecht argumentiert, *Lesaffer*, EJIL 16 (2005), 28; unter Verweis auf *Lauterpacht*, *Function of Law*, 1933, insbesondere S. 64–69. Die Möglichkeit “rechtsleere[n] Raums” gesteht *Triepele* ausdrücklich ein, *Triepele*, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, S. 224.

412 Vgl. *Triepele*, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, S. 220 f.; rezipiert bspw. bei *Hofer*, *Der Schadensersatz im Landkrieg*, 1913, S. 19.

413 So bspw. *von Holtzendorff*, *Völkerrecht*, Bd. 1, 1885, S. 126: “Und schwerlich dürfte gegenwärtig behauptet werden, daß die Völkerrechtswissenschaft bei der Entscheidung internationaler Streitigkeiten das Verhältniß zweier (unabhängiger) Staaten nach Analogie der Privatrechtsbeziehungen zweier (von der Gesetzgebung ständig beherrschter) Individuen zu befolgen habe.” angeführt als Beispiel bei *Chionos*, *Übertragung innerstaatlicher Begriffe*, 2020, S. 39.

414 *Baldus*, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 1998, S. 94.

415 Sofern man mit Privatrecht die Vorstellung einer “primitiven” Koordinationsordnung verbindet, wäre dies freilich anders. Indes weist *Baldus* darauf hin, dass es ein solches jedenfalls nicht auf einem “annähernd leistungsfähigen Niveau” (*Baldus*, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 1998, S. 95) gegeben habe und das römische Recht hierfür erst recht nicht als Vorbild dienen könne, *Baldus*, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 1998, S. 94 f.

416 *Oppenheim*, *System des Völkerrechts*, 1866, S. 80.

417 *Baldus*, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 1998, S. 93.

418 *Baldus*, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen*, 1998, S. 93.

In scheinbarem Widerspruch zu den Bekundungen der Völkerrechtspositivisten des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts konstatiert *David Kennedy*, dass mit der Herausbildung der Souveränität als feststehendem Konzept (der äußeren Ungebundenheit und Gleichordnung gegenüber anderen Souveränen) zugleich eine Zuspitzung der “analogy between international public law and the private law of contract and property”⁴¹⁹ einherging. Er sieht zum Ende des 19. Jahrhunderts einen zunehmenden Gebrauch der Privatrechtsanalogie zur Erklärung der internationalen Ordnung.⁴²⁰ Zudem eröffnete die Herausbildung scharfer Unterscheidungen zwischen innerstaatlich und international sowie privat und öffentlich⁴²¹ gerade erst den Rahmen, um solche Analogien klar ziehen zu können.

Zur Vollständigkeit des Bildes gehört es angesichts dieses scheinbaren Widerspruchs, dass Rezeptionen des (römischen) Privatrechts auch das 19. Jahrhundert durchziehen.⁴²² Wie die Vernunft- und Naturrechtler früherer Jahrhunderte sah *Philimore* im römischen Recht die Verkörperung eines universell gültigen “unbiased judgment of the calmest reason, tempered by equity, and rendered perfect, humanly speaking, by the most careful and patient industry that has ever been practically applied to the affairs of civilized man.”⁴²³ In ähnlicher Gestalt trat auch das römische Privatrecht bei anderen Rechtspositivisten in Erscheinung. Wie *Lauterpacht* bereits 1927 herausgearbeitet hat, wenden rechtspositivistische Autoren das römische Recht oder privatrechtliche Grundsätze an, weil es der Vernunft, der Moral oder der Natur der Sache entspreche.⁴²⁴ Beispielhaft hierfür mag *Strupps* Anmerkung sein, dass “zur Feststellung seines [des Schadensersatzes] Umfanges gewiß nicht vom römischen oder dem Privatrechte irgend eines beteiligten Staates ausgegangen werden” könne, sondern solchen allgemeinen Rechtsgedanken, die im bürgerlichen Recht lediglich niederge-

419 *Kennedy*, QLR 65 (1996), 403.

420 *Kennedy*, QLR 65 (1996), 409.

421 *Kennedy*, QLR 65 (1996), 414.

422 *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 26 f., 35 f. und *passim*; zustimmend *Lesaffer*, *Roman Law and the Intellectual History of International Law*, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 58.

423 *Phillimore*, *Commentaries upon International Law*, 1879, S. 34.

424 *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 37; zustimmend *Lesaffer*, *Roman Law and the Intellectual History of International Law*, in: *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 38, 58.

schrieben sind.⁴²⁵ Nach *Hofer* ist der Schadensersatz im Völkerrecht keine Übertragung aus dem Zivilrecht, sondern eine “allen Völkern gemeinsame Rechtsanschauung”⁴²⁶. Eine ähnliche Haltung findet sich bei *Triepel*, nach dem die Regeln des Vertrages aus der Natur der Sache folgen würden. Deshalb seien Übereinstimmungen zwischen dem Völkerrecht und dem Privatrecht “keine Uebertragung civilrechtlicher Normen auf den Rechtsverkehr der Völker, sondern es ist Setzung von Recht, das mit dem Civilrecht übereinstimmt, weil es undenkbar wäre, dass es nicht übereinstimme.”⁴²⁷ Zu einem ähnlichen Ergebnis führt *Anzilotti*s Ansatz. Er lehnt Privatrechtsanalogien grundsätzlich ab, macht aber eine Ausnahme für Fragen des Schadensersatzes. Die Zulässigkeit solcher Analogien begründet er auf eine spezifisch positivistische Art: Wenn Staaten vereinbaren, dass ein Spruchkörper über solche Fragen zu entscheiden habe, ohne die anwendbaren Regeln zu bestimmen, gestatten sie damit den Rückgriff auf allgemeine Grundsätze, destilliert aus den innerstaatlichen Regeln in vergleichbaren Situationen.⁴²⁸

Es bleibt damit ein Bild, in dem das privatrechtliche Erbe des Völkerrechts nicht geleugnet, ja weiterhin Privatrecht rezipiert wird. Alleine darf dies nicht mittels eines Analogieschlusses zum Privatrecht geschehen. Für diese Herangehensweise mögen pragmatische Gründe bestanden haben. Das 19. und das 20. Jahrhundert sahen insbesondere zu fremdenrechtlichen Fragestellungen einen Anstieg an völkerrechtlichen Schiedsverfahren. Die hiermit betrauten Entscheidungsgremien hatten über Fragen zu urteilen, für die oftmals (präzise) völkerrechtliche Regelungen fehlten.⁴²⁹ Aber angesichts der Notwendigkeit, zu entscheiden, lag es nahe, sich vom innerstaat-

425 *Strupp*, Das völkerrechtliche Delikt, 1920, S. 211; vgl. beispielhaft auch *Schoen*, ZV X (Ergänzungsheft 2) (1917), 128, der die Anwendung der im Privatrecht weit verbreiteten Verzinsung des Schadensersatzes ablehnt, weil dieser “keinswegs eine notwendige logische Konsequenz des (auch im Völkerrecht geltenden) Grundsatzes [sei], dass der Schaden in vollem Umfange auszugleichen ist”.

426 *Hofer*, Der Schadensersatz im Landkrieg, 1913, S. 51.

427 *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 223.

428 *Anzilotti*, Lehrbuch des Völkerrechts I, 1929, S. 413.

429 Vgl. *Gray*, Judicial Remedies, 1987, S. 5 f. Um die Jahrhundertwende entsprach es der mehrheitlichen Auffassung zeitgenössischer Autoren, dass außerhalb einer allgemeinen Wiedergutmachungspflicht keine abstrakten Regeln für deren Ausfüllung bestanden, vgl. bspw. *Anzilotti*, La Responsabilité Internationale des États à Raison des Dommages Soufferts par des Étrangers (Zweiter Teil), R.G.D.I.P. XIII (1906), 285–309, 308; *Schoen*, ZV X (Ergänzungsheft 2) (1917), 123; *Oppenheim*, International Law, Bd. I, 1920, S. 250; *Strupp*, Das völkerrechtliche Delikt, 1920, S. 209.

lichen Recht inspirieren zu lassen, weil dieses für vergleichbare Probleme Regelungen bereithielt. Dementsprechend griffen viele Entscheidungsgremien, zum Teil offen und zum Teil verdeckt, auf das Privatrecht zurück.⁴³⁰ Dabei blieb freilich – oftmals mangels entsprechender Begründungen – offen, ob dieser Rückgriff auf der Vorstellung struktureller Vergleichbarkeit zwischen Privatrecht und Völkerrecht oder dem Glauben an den naturrechtlichen Charakter privatrechtlicher Regeln beruhte. Vielleicht spielte auch die Einsicht eine Rolle, dass die Bemessung des Schadens eines Individuums im Fremdenrecht der Schadensbemessung im Zivilrecht ähnelt.⁴³¹ Die Schiedsrichter bevorzugten vielleicht einfach unterbewusst die Lösung der eigenen Rechtsordnung.⁴³² In jedem Fall schwingt selbst in der Privatrechtsrezeption der Völkerrechtspositivisten ein Vergleich der Situation zwischen Staaten und der Situation zwischen Individuen mit. Dies belegen beispielhaft sowohl die bereits angeführten Argumente *Anzilotti* als auch *Jellinek*s für die Rezeption privatrechtlicher Gedanken.⁴³³

Aus den beiden vorangegangenen Abschnitten (II. und III.) folgt zunächst, dass die Rezeption römisch-rechtlich fundierten Privatrechts im Völkerrecht kein einheitliches Projekt war, sondern eine Entwicklung, der über die Zeit unterschiedliche Motivationen zugrunde lagen. Dabei hat die strukturelle Ähnlichkeit der geregelten Situation (Gleichordnung unter Staaten/Fürsten und unter Individuen) auch eine Rolle gespielt. Darüber hinaus haben die Begründungen divergiert, was nicht bedeutet, dass solche älteren Ablagerungen nicht weiterhin im Völkerrecht vorhanden sind. Dieser Umstand lässt sich mit der Metapher der “Geologie” des Völkerrechts (*Weiler*) gut beschreiben.⁴³⁴ Zwar beschreibt *Weiler* hiermit Entwicklungen der völkerrechtlichen Struktur aus einer Makroperspektive.⁴³⁵ Der eigentli-

430 Siehe in Bezug auf immateriellen Schadensersatz unten unter § 5 A. I.

431 *Gray*, *Judicial Remedies*, 1987, S. 6.

432 Siehe unten zur Tendenz des “Heimwärtsstrebens” unter § 5 A. I. 1.

433 Vgl. beispielhaft *Anzilotti*, *Lehrbuch des Völkerrechts I*, 1929, S. 413; *Jellinek*, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, 1880, S. 52 mit dem bereits oben auf S. 91 wiedergegebenen Zitat.

434 *Weiler*, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, *ZaöRV* 64 (2004), 547–562.

435 Er benutzt die Metapher um die großen Entwicklungslinien ganzer Gebiete (bspw. Streitbeilegung) aufzuzeigen, vgl. *Weiler*, *ZaöRV* 64 (2004), 550 f.

che Nutzen der Metapher, in Schichten bzw. Ablagerungen zu denken,⁴³⁶ lässt sich aber auch hier einbringen. Die Metapher veranschaulicht die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen: Entwicklungen aus früheren Epochen wirken bis heute fort, obwohl ihre jeweiligen theologischen, philosophischen oder theoretischen Grundlagen lange überholt sind. Sie gelten fort, weil sie sich in einer früheren "Schicht" abgesetzt haben, auf denen das heutige Recht aufbaut.⁴³⁷

C. Privatrechtsanalogie, Rechtsanalogie oder historischer Ballast?

Nachdem der vorangegangene Abschnitt die Hintergründe der Anleihen bei privatrechtlichen Rechtsinstituten thematisiert hat, stellt sich im Anschluss an Kapitel § 2 die Frage, inwieweit wir hier Anleihen bei idealtypisch privatrechtlichen Rechtsinstituten sehen. Zur Beantwortung dieser Frage unterscheidet der folgende Abschnitt zwischen den Gründen der *ursprünglichen* Rezeption und den Gründen für die *Fortwirkung* privatrechtlicher Rechtsinstitute. Zwar fand historisch eine Analogiebildung zwischen dem Verhältnis Individuum-Individuum und dem zwischenstaatlichen Verhältnis statt. Eine Rezeption des Privatrechts, gerade weil es ein Gleichordnungsrecht ist, das die Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit verwirklicht,⁴³⁸ lag hierin nicht. Zum Teil fehlte schon die Vorstellung eines vom innerstaatlichen Recht unterscheidbaren Völkerrechts. Aber selbst nachdem Völkerrecht und innerstaatliches Privatrecht als unterschiedliche Kategorien in der europäischen Rechtswissenschaft verankert waren, zeigte sich unter Rechtspositivisten die Tendenz, Rezeptionen privatrechtlicher Gedanken nicht als Privatrechtsanalogien zu verstehen, sondern diese auf Vernunft oder allgemeine Rechtsgedanken zu stützen.⁴³⁹

Gerade weil die Arbeit *Privatrechtsanalogien* im Völkerrecht untersucht, müssen wir uns daher fragen, inwieweit das Völkerrecht nur allgemeine Rechtsgrundsätze, die lediglich im Privatrecht verschriftlicht worden sind, oder genuin privatrechtliche Vorstellungen rezipiert hat.⁴⁴⁰ Dieses Problem

436 Weiler, ZaöRV 64 (2004), 551.

437 Vgl. Verdross, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 120.

438 Siehe zu diesem Verständnis des Idealtypus des Privatrechts oben unter § 2 B. II.

439 Siehe oben unter § 3 B. III.

440 Vgl. zu dieser Unterscheidung für die Anwendung des deutschen Privatrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, § 3 Rn. 43–45.

lässt sich in die Schlagworte *Privatrechtsanalogie* versus “*Rechtsanalogie*” fassen. Rechtsanalogie soll hier nicht im Sinne des deutschen Sprachgebrauchs als eine Analogie mit “einer Mehrzahl einzelner Rechtsvorschriften”⁴⁴¹, d. h. als Gesamtanalogie,⁴⁴² verstanden werden. Vielmehr meint das Wort im Kontrast zur Privatrechtsanalogie, dass die Analogie nicht auf einem dem Privatrecht als solchem entstammenden Rechtsgedanken beruht, sondern einem, der allem Recht gemein ist. Ein gutes Beispiel für diese Kategorie bieten allgemeine Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut, die der Idee des Rechts inhärent sind,⁴⁴³ wie *bona fide* (Treu und Glauben).⁴⁴⁴ Da über Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut auch viele *prima facie* privatrechtliche Regeln den Status einer völkerrechtlichen Rechtsquelle erhalten haben,⁴⁴⁵ bietet sich folgende Differenzierung an: Es mag im Privatrecht geregelte Rechtsprinzipien geben, die allgemeingültig sind. Aber darüber hinaus ist die Vorstellung, es gäbe dem Recht immanente allgemeine Vorstellungen letztlich eine Regression in die Vorstellung eines unpolitischen (Privat-) Rechts. Diese Vorstellung ist, wie bereits herausgearbeitet,⁴⁴⁶ eine Chimäre. Vielleicht von wenigen grundlegenden Vorstellungen wie Treu und Glauben abgesehen sind Regeln Entscheidungen, die in einem gewissen historisch, politisch und gesellschaftlich abgesteckten Rahmen so oder auch anders getroffen werden können. Von daher führt der Verweis auf allgemein rechtliche Vorstellungen in die Irre. Diese Erwägungen zur Kategorie einer *Rechtsanalogie* erklären allerdings noch nicht, ob es heute überzeugt, von Privatrechtsanalogien zu sprechen. Gemeint ist, ob die heutige Rechtfertigung dieser Rechtsinstitute ist, dass sie einen gleichordnungsrechtlichen Charakter haben und daher auch Teil des Koordinationsvölkerrechts sind. Alternativ ließe sich mit Verweis auf die Geschichte der Privatrechtsrezeption des Völkerrechts von historischem Ballast sprechen, den es mit sich trägt. Mit *Weilers* Worten handelt es sich

441 *Enneccerus/Nipperdey*, BGB – Allgemeiner Teil, Bd. I, 1931, S. 154.

442 So *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 383, der sich gegen den Begriff “Rechtsanalogie” wendet.

443 Vgl. zu fünf unterschiedlichen Typen allgemeiner Rechtsgrundsätze *Schachter*, International Law in Theory and Practice, RdC 178 (1982), 9–396, 75.

444 So auch für das Verwaltungsrecht *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, § 3 Rn. 45.

445 von *Arnauld*, Völkerrecht, 2022, Rn. 269; *Doehring*, Völkerrecht, 2004, Rn. 410; vgl. bereits *Lauterpacht*, Private Law Sources and Analogies, 1927, S. 69 f.

446 Siehe oben zur Fragwürdigkeit der Vorstellung eines “unpolitischen Privatrechts” auf S. 64.

um alte Erdschichten. Diese Metapher ist zwar nicht vollständig falsch, aber sie verkennt, dass Analogien zu innerstaatlichen Vorstellungen als Erklärungsmuster für (Teile) des Völkerrechts bis heute fortwirken.⁴⁴⁷

Dieser Umstand lässt sich einerseits mit Blick auf Völkerrechtslehrbücher belegen, die den genossenschaftlichen Charakter des Völkerrechts⁴⁴⁸ oder die (teilweise) strukturelle Vergleichbarkeit des Völkerrechts mit dem Privatrecht hervorheben.⁴⁴⁹ Andererseits sind die Debatten um allgemeine Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut bezeichnend. Diese Norm wird allgemein als das Einfallstor für Privatrechtsanalogien gesehen.⁴⁵⁰ Als Grund für die Zulässigkeit solcher Analogien dient noch heute die Überlegung der strukturellen Ähnlichkeit.⁴⁵¹ Tatsächlich fungiert der Wandel des Völkerrechts als Argument dafür, dass nunmehr Analogien aus anderen Teilrechtsordnungen, wie dem Verwaltungsrecht, möglich sein müssten.⁴⁵² Alles dies zeigt, dass ungeachtet früherer Motive, nunmehr die Vorstellung solchen Privatrechtsanalogien unterliegt, mit Gleichordnungsverhältnissen jeweils vergleichbare Sachverhalte zum Gegenstand zu haben. Diese Vorstellung der Vergleichbarkeit der geregelten Verhältnisse lässt sich mit unterschiedlichen Nuancen durchgängig in der

447 So bspw. *Peters*, Transnational Law Comprises Constitutional, Administrative, Criminal, and Quasi-Private Law, in: *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, 153, 167; *Kunig*, Völkerrecht als öffentliches Recht, in: *GS Grabitz*, 325, 328; vgl. in Bezug auf Teilaspekte der Staatenverantwortlichkeit *Nollkaemper*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16 (2009), 542; vgl. zugunsten einer einzelfallbezogenen Zulässigkeit der Analogie zwischen Völkerrecht und Privatrecht *Hertogen*, *EJIL* 29 (2019), 1136.

448 *von Arnault*, Völkerrecht, 2022, Rn. 39; ähnlich *Peters/Petrig*, Völkerrecht AT, 2020, Kap. 1 Rn. 20.

449 Vgl. auch *von Arnault*, Völkerrecht, 2022, Rn. 37 und noch *Crawford*, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 2012, S. 16 ("The standard international legal relation remains that bilateral right and duty between two states (and this is often true even though the formal basis of the relationship is found in a multilateral treaty). It corresponds to a simple civil obligation (whether in contract or tort (delict) or property) in domestic legal systems."; in der Neuauflage fehlt der Hinweis auf die Vergleichbarkeit mit innerstaatlichen Rechtsinstituten, vgl. *Crawford*, *Brownlie's Principles*, 2019, S. 15).

450 Vgl. *Herdegen*, Völkerrecht, 2021, § 17 Rn. 2; *Hobe*, Völkerrecht, 2020, S. 173.

451 *Rauber*, Strukturwandel als Prinzipienwandel, 2018, S. 252.

452 Vgl. *Bordin*, *Analogy*, in: *Concepts for International Law*, 25, 28. Der Berichterstatter der Völkerrechtskommission zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen geht davon aus, dass sowohl aus dem öffentlichen Recht als auch aus dem Privatrecht allgemeine Rechtsgrundsätze entstehen können, *Vázquez-Bermúdez*, *Second Report on General Principles of Law*, 2021, A/CN.4/741, Rn. 71.

völkerrechtlichen Privatrechtsrezeption nachweisen. Letztlich griffen auch Positivisten auf privatrechtliche Rechtsinstitute zurück, wenn und weil die geregelten Probleme vergleichbar waren.⁴⁵³ Damit ist die bleibende Rechtfertigung privatrechtsanalogen Denkens im Völkerrecht, dass das Verhältnis zwischen Privatpersonen dem Verhältnis zwischen Staaten gleicht. Daher ist die Bezeichnung als Privatrechtsanalogie zutreffend und eine nachhaltige Rechtfertigung solcher Institute. Diesen Gedanken formulierte bereits *Lauterpacht*: “the constant recourse to private law is more than a lingering echo of the patrimonial conception of State or an expression of an imperfect development of international law. Thus the analogy to private law with regard to the nature, acquisition, and loss of territorial sovereignty is the outcome of both the legal similarity of relations and of the practice of States.”⁴⁵⁴

453 Siehe die Nachweise oben in Fn. 433.

454 *Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies*, 1927, S. 299.

