

TILL MARKUS

Rechtsvergleichung
im Völkerrecht

Jus Publicum

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 304



Till Markus

Rechtsvergleichung im Völkerrecht

Mohr Siebeck

Till Markus, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Hannover; Referendariat in Hannover und Washington D.C.; Masterstudium an der Universität Rotterdam; 2008 Promotion (Bremen); 2009–19 Habilitand und Projektleiter an der Universität Bremen; 2020 Habilitation (Bremen); seit 2019 Mitarbeiter am Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung UFZ in Leipzig sowie Privatdozent an der Universität Bremen.

ISBN 978-3-16-159568-4 / eISBN 978-3-16-159569-1
DOI 10.1628/978-3-16-159569-1

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Für Janna, Ebba und Onno

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bremen als Habilitationsschrift angenommen. Das Manuskript wurde für die Veröffentlichung aktualisiert und befindet sich auf dem Stand von August 2020.

Niemand kann, niemand sollte ein Buch alleine schreiben. Ich danke allen, die mit Rat und Tat zu seiner Entstehung beigetragen haben.

Meinem langjährigen akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Gerd Winter, Lic. rer. soc., möchte ich an dieser Stelle besonders herzlich danken. Ich habe das große Glück, seit vielen Jahren von ihm lernen zu dürfen und seine umsichtige Anleitung und großzügige Unterstützung zu genießen. Er schuf Raum, gab Vertrauen und gewährte wissenschaftliche Orientierung. Auf dieser Grundlage ist die vorliegende Arbeit entstanden.

Ebenfalls herzlich danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Claudio Franzius und Herrn Prof. Dr. Helmut Philipp Aust für ihre hilfreichen und konstruktiven Anregungen sowie für ihre Mühen bei der Erstellung des Zweit- bzw. Drittgutachtens. Für inhaltliche Ideen und Kritik danke ich auch Frau Prof. Dr. Birgit Peters, LL.M., Herrn Prof. Dr. Matthias Valta, Herrn Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M. sowie Herrn Prof. Dr. Thilo Kuntz, LL.M.

Maßgeblichen Anteil am Gelingen dieses Buchs hatten auch die vielen Kolleginnen und Kollegen an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bremen sowie am Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung UFZ in Leipzig. Mein besonderer Dank gilt Frau Antje Spalink, Frau Anna Himmelskamp, Herrn Dr. Olaf Dilling, Herrn Kristian Poppinga, Frau Christina Schmitz, Herrn Kevin Lorenz und Herrn Moritz Hermsdorf.

Großen Dank schulde ich auch der Zentralen Forschungsförderung (ZF) der Universität Bremen, welche die Entstehung der vorliegenden Schrift über vier Jahre finanziell großzügig unterstützt hat.

Ebenfalls danken möchte ich an dieser Stelle einigen akademischen Kolleginnen und Kollegen sowie Freundinnen und Freunden, die mich im Laufe der Jahre auf vielfältige Weise unterstützt und ermutigt haben. Sehr dankbar bin ich Herrn Prof. Dr. Wolfgang Köck, Herrn Dr. Moritz Reese, Frau Dr. Jana Bovet und Herrn Dr. Stefan Möckel, nicht zuletzt weil sie mich so überaus freundlich am Department für Umwelt- und Planungsrecht am Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung aufgenommen haben. Darüber hinaus gilt mein

herzlicher Dank Herrn Dr. Harald Ginzky, Frau Prof. Dr. Sabine Schlacke, Herrn Prof. Dr. Alexander Proelß, Herrn Prof. Dr. Graf-Peter Calliess, Herrn Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Herrn Prof. Dr. Dierk Hebbeln, Frau Prof. Dr. Katrin Huhn, Herrn Prof. Dr. Alexander Gillespie sowie Herrn Professor Dr. Barry Barton – sie alle werden wissen weshalb.

Aus tiefstem Herzen danke ich meiner Familie. Meinen Eltern und meiner Schwester danke ich für ihre Liebe und ihre Unterstützung. Meinen Kindern danke ich, weil sie mir jeden Tag Inspiration, Freude und Wärme schenken, meiner Frau, weil sie stets mit mir lacht, mich unterstützt, mich fordert und liebt. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Bremen, im November 2020

Till Markus

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Teil I: Einführung	1
Teil II: Beziehungswandel zwischen Rechtsvergleichung und Völkerrecht	11
§ 1 <i>Die Perspektive der Rechtsvergleichung</i>	12
I. Der sich verändernde Untersuchungsgegenstand	12
II. Die notwendige Erweiterung des Untersuchungsgegenstands	17
§ 2 <i>Die Perspektive des Völkerrechts</i>	19
I. Funktionaler und struktureller Wandel	19
II. Wachsende Bedarfe nach Rechtsvergleichung	23
1. Zur Gestaltung und Durchführung völkerrechtlicher Verträge	23
2. Zur Feststellung der Anerkenntnis internationalen Gewohnheitsrechts	28
3. Zur Feststellung der Anerkenntnis allgemeiner Rechtsgrundsätze	29
§ 3 <i>Das disziplinäre Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung und Völkerrechtswissenschaft</i>	32
§ 4 <i>Zusammenfassung</i>	39
Teil III: Methodologische Grundlagen	43
§ 1 <i>Zu den Methoden des Völkerrechts</i>	45
I. Methodenlehre als Rechtsanwendungslehre	45
II. Methodendiskussion im Völkerrecht	46
1. Methodenpluralität im Ausland	47
2. Struktureller Unterschied zwischen Völker- und Landesrecht	48

3. Notwendigkeit einer Methode der Normkonkretisierung	48
III. Verortung der Rechtsvergleichung	49
§ 2 <i>Rechtsquellenlehre im Völkerrecht</i>	51
I. Rechtsquellen	51
II. Das Verhältnis der drei primären Rechtsquellen zueinander	53
1. Hierarchische Aspekte	53
2. Komplementäre Aspekte	55
3. Arbeitshypothese zur Abgrenzung zwischen Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen	55
§ 3 <i>Zu den Methoden des Vergleichs</i>	59
I. Etymologische und erkenntnistheoretische Aspekte	60
II. Vergleichendes Denken in der Normgestaltung und -anwendung	61
III. Die Konzeption des Vergleichs in der Rechtsvergleichung	64
1. Der idealtypische funktionalistische Vergleich	64
2. Kritik	65
a) Mechanisches, schematisches Vergleichen	65
b) Die Funktion von Normen	66
c) Die Neutralität der Rechtsvergleichung	66
d) Rechtstransfer	67
3. Einschätzung	69
a) Zur Kritik am funktionalistischen Ansatz	69
b) Der funktionalistische Vergleich im Völkerrecht	72
aa) Vertragsgestaltung	72
bb) Feststellung von Völkergewohnheitsrecht	74
cc) Feststellung allgemeiner Rechtsgrundsätze	75
dd) Auslegung	76
§ 4 <i>Zusammenfassung</i>	77
 Teil IV: Rechtsvergleichung und allgemeine Rechtsgrundsätze	
§ 1 <i>Allgemeine Rechtsgrundsätze im Völkerrecht</i>	86
I. Normtheoretische Vorüberlegungen	86
1. Strukturen	87
2. In- und deduktive Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze	88
3. Funktionen und Probleme der Gewinnung und Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze	90
II. Typen, Inhalte sowie Rechts- und Erkenntnisquellen	91

1. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut als Ausdruck der Rechtsgrundsätze in foro domestico	92
2. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut als Quelle von Völkerrechts- grundsätzen	94
a) Mögliche Erkenntnisquellen	95
b) Kritik	97
c) Stellungnahme	99
aa) Zur Rezeption aus Landes- und Völkerrecht	99
bb) Zu den materiellen Erkenntnisquellen	100
3. Vor- oder protorechtliche Grundsätze	102
III. Allgemeine Rechtsgrundsätze als selbständige Rechtsquelle	105
IV. Geltungsgründe allgemeiner Rechtsgrundsätze	107
V. Bedeutungszunahme und -wandel allgemeiner Rechtsgrundsätze	109
§ 2 <i>Vorüberlegungen zum Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze</i>	112
I. Die Elemente des Art. 38 Abs. 1, lit. c IGH-Statut	112
1. Die Anerkennung	112
2. Die anerkennenden Staaten („Kulturvölker“)	113
3. Nachweis im nationalen und internationalen Recht im Wege der Rechtsvergleichung	117
II. Vor- oder protorechtliche Grundsätze	120
§ 3 <i>Die Rechtsvergleichung zum Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze in foro domestico in der internationalen Rechtsprechung</i>	122
I. Wissensstand	122
II. Begründung der Fallauswahl	125
III. Frühe Verfahren vor internationalen Schiedsgerichten	126
1. Russisch-türkischer Streitfall (Ständiger Schiedshof)	127
2. Lusitania-Entscheidung (US-Germany Mixed Claims Commission)	129
IV. Verfahren vor dem StIGH	132
1. Wasserentnahme aus der Maas	132
2. Der Mavrommatis-Palistine-Concessions-Fall	134
V. Verfahren vor dem IGH	135
1. Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints made against UNESCO	136
2. Right of Passage over Indian Territory	138
3. Oil Platforms	145
VI. Verfahren vor internationalen Straftribunalen	149
1. ICTY – Prosecutor v. Erdemović	151
2. ICTY – Prosecutor v. Kunarac et al.	158

3. ICC – Situation in the Democratic Republic of Congo	164
VII. Exkurs: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Unionsrecht und Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Union	167
1. Algera	172
2. Schlussantrag GAIn Kokott (Akzo Nobel Chemicals Ltd u.a.)	175
3. Schlussantrag GA Poiares Maduro (FIAMM)	178
 § 4 <i>Die Rechtsvergleichung zum Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze im Völkerrecht in der internationalen Rechtsprechung</i>	181
I. Western Sahara (Advisory Opinion)	181
II. Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua	185
III. River Rhine Arbitration	187
IV. Exkurs: EuGH, Hoechst AG	190
 § 5 <i>Systematisierung der Ergebnisse der Fallanalysen</i>	193
I. Akzeptanz der Methode der Rechtsvergleichung	193
II. Anwendungsfelder der Rechtsvergleichung	193
III. Unterschiedliche Funktionen und Fallkonstellationen	194
IV. Analytische und praktische Schritte der Rechtsvergleichung	195
 § 6 <i>Zusammenfassung</i>	202
I. Allgemeine Rechtsgrundsätze	202
II. Typen, Inhalte, Rechts- und Erkenntnisquellen	203
III. Allgemeine Rechtsgrundsätze als selbständige Rechtsquelle	205
IV. Geltungsgründe	205
V. Bedeutungswandel und -zunahme allgemeiner Rechtsgrundsätze	205
VI. Vorüberlegungen zum Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze (Anerkennung, Kulturvölker, Vergleich)	206
VII. Bisherige Analysen der Völkerrechtsprechung	208
VIII. Entscheidungspraxis internationaler Spruchkörper	210
 § 7 <i>Grundriss einer Methode der Rechtsvergleichung zum Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze im Völkerrecht</i>	214
I. Bedeutung, Funktionen und Anwendungsbereiche	214
II. Analytische und praktische Schritte zum Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze in foro domestico	217
1. Bedarfsfeststellung	218
2. Bestimmung des nachzuweisenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes	218
3. Auswahl der Vergleichsordnungen	220

4. Nachweis des allgemeinen Rechtsgrundsatzes	222
5. Transfer in das Völkerrecht	227
6. Darstellung	231
III. Besonderheiten beim Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze im Völkerrecht	231
1. Auswahl der zu vergleichenden Verträge	232
2. Nachweis des allgemeinen Rechtsgrundsatzes	233
3. Horizontaler Transfer	234
IV. Der Nachweis vor- oder protorechtlicher Grundsätze	234
§ 8 <i>Bewertung</i>	235
I. Kritik an der Methode der Rechtsvergleichung zum Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze	235
II. Diskussion	239
III. Stellungnahme und Perspektive	245
Teil V: Rechtsvergleichung und Völkergewohnheitsrecht	249
§ 1 <i>Völkergewohnheitsrecht als Rechtsquelle</i>	251
I. Bedeutung des Völkergewohnheitsrechts	251
II. Konzeptionelle Entwicklung	253
1. Frühe Ideen	253
2. Art. 38 Nr. 2 StIGH-Statut und Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut	255
§ 2 <i>Allgemeine Übung und Anerkennung als Recht im Einzelnen</i>	257
I. Zwei konstitutive Elemente und ihr Verhältnis zueinander	259
II. Die allgemeine Übung	259
III. Anerkennung als Recht	265
IV. Kritik an der Definition des Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut und der Zwei-Elemente-Lehre	267
1. Wortlaut des Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut	267
2. Logik	268
3. Die konstitutive Bedeutung der Elemente	269
a) Das objektive Element	269
b) Das subjektive Element	270
4. Abschaffung, Revision oder Erweiterung der Zwei-Elemente- Lehre?	271
5. Stellungnahme	273

§ 3	<i>Methoden zur Bestimmung des Völkergewohnheitsrechts</i>	275
I.	Induktion, Deduktion, Extrapolation?	275
II.	Das Verhältnis der Ansätze	279
III.	Stellungnahme	280
IV.	Verortung der Rechtsvergleichung	283
1.	Rechtsvergleichung als Erkenntnisverfahren	283
2.	Anwendungsbereich und Untersuchungsgegenstand	284
§ 4	<i>Rechtsvergleichung zum Nachweis von Völkergewohnheitsrecht in der internationalen Rechtsprechung</i>	287
I.	Begründung der Fallauswahl	287
II.	S.S. „Lotus“-Fall	289
III.	Fisheries Jurisdiction Case (joint separate opinion)	291
IV.	North Sea Continental Shelf	294
V.	Arrest Warrant of 11 April 2000	295
VI.	Jurisdictional Immunities of the State	297
VII.	Prosecutor v. Erdemović	304
VIII.	Domingues	307
IX.	Philippinische Botschaft	310
X.	The Paquete Habana	313
XI.	Systematisierung der Untersuchungsergebnisse	315
§ 5	<i>Zusammenfassung der Ergebnisse</i>	320
I.	Völkergewohnheitsrecht: Bedeutung, Konzeption und Kritik	320
II.	Die Methoden des Völkergewohnheitsrechts	321
III.	Die Rechtsvergleichung als Methode des Völkergewohnheitsrechts	322
IV.	Die Anwendung der Rechtsvergleichung in der internationalen Rechtsprechung zur Feststellung völkergewohnheitsrechtlicher Normen	323
§ 6	<i>Grundriss einer Methode der Rechtsvergleichung zum Nachweis von Völkergewohnheitsrecht</i>	326
I.	Funktion, Anwendungsbereich, Erkenntnisziel	326
II.	Analytische und praktische Schritte	327
1.	Feststellung des Bedarfs einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm	327
2.	Bestimmung des völkergewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes	328
3.	Auswahl der Übung und opinio juris bestimmter Staaten	329
4.	Analyse der Rechtsordnungen	330

5. Vergleich der Rechtspositionen	331
6. Darstellung	332
§ 7 <i>Gesamteinschätzung</i>	334
Teil VI: Rechtsvergleichung und völkerrechtliche Verträge . .	335
§ 1 <i>Der Vertrag als Quelle des Völkerrechts</i>	337
I. Begriffe und Vertragstypen	337
II. Funktion	338
III. Bedeutung von Verträgen als Rechtsquelle	339
IV. Geltungsgrundlagen	340
V. Das Recht der Verträge	341
§ 2 <i>Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Gestaltung völkerrechtlicher Verträge</i>	342
I. Rechtliche und praktische Herausforderungen	342
II. Mögliche Aufgaben und Untersuchungsgegenstände	343
1. Phasen der Vertragsgestaltung	344
2. Informativische Aufgaben	344
3. Effektuierung völkerrechtlicher Verträge	347
§ 3 <i>Zur Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Vertragsgestaltung</i>	350
I. Eingrenzung des Untersuchungsgangs und Begründung der Fallauswahl	350
1. Relevanz der International Law Commission	351
2. Exkurs: Relevanz der Europäischen Kommission	355
II. Rechtsvergleichung durch die International Law Commission	356
1. Themenwahl und Arbeitsprozess	357
2. Non-Navigational Uses of International Watercourses	359
a) Bestimmung des Begriffs „international watercourse“	359
b) Analyse	362
3. Expulsion of Aliens	363
a) Methodische Erwägungen des Special Rapporteur	364
b) Principle of Non-Expulsion of Nationals	365
c) Analyse	367
4. The Protection of the Atmosphere	368
a) Definitionen von atmosphere und pollution	369
b) Common concern of humankind	370
c) Analyse	372

5. Systematisierung der Untersuchungsergebnisse	373
III. Exkurs: Rechtsvergleichung durch die Europäische Kommission . . .	376
1. Rechtsvergleichung in der Primär- und Sekundärrechtsgestaltung	376
2. Beispiel aus der Sekundärrechtsgestaltung	377
a) Missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen	378
b) Analyse	379
3. Rechtsvergleichung als Element der Folgenabschätzung	380
a) Better Regulation Guidelines	381
b) Analyse	383
4. Zusammenfassung der zentralen Untersuchungsergebnisse	384
§ 4 <i>Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Vertragsanwendung</i>	386
I. Divergierende Vertragsanwendungen	386
II. Verortung im akademischen Diskurs	388
III. Aufgaben und Funktionen der Rechtsvergleichung	389
IV. Konturierte Anwendungsfelder	393
1. Margin of Appreciation	394
2. Kommunikation und Kooperation zwischen Gerichten	396
V. Methodische Erwägungen	397
§ 5 <i>Zusammenfassung der Ergebnisse</i>	400
I. Verträge als Quelle des Völkerrechts	400
II. Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Vertragsgestaltung . . .	401
III. Die Rechtsvergleichung in der Praxis der Vertragsgestaltung	403
IV. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Vertragsanwendung	406
§ 6 <i>Grundriss einer Methode der Rechtsvergleichung zum Zwecke der Gestaltung und Anwendung internationaler Verträge</i>	412
I. Anwendungsbereiche, Funktionen, Untersuchungsgegenstände	412
1. Anwendungsbereiche	412
2. Funktionen	413
3. Erkenntnisziele und Untersuchungsgegenstände	414
II. Analytische und praktische Schritte	415
1. Bestimmung des Anwendungsbereichs, des Ziels und der Vergleichsgegenstände	415
2. Auswahl der Rechtsordnungen	416
3. Rechtsvergleich	417

4. Transfer	419
5. Darstellung	420
§ 7 <i>Bewertung</i>	422
Teil VII: Zentrale Ergebnisse und Ausblick	425
§ 1 <i>Zentrale Ergebnisse</i>	426
I. Allgemeine Rechtsgrundsätze	427
1. Hintergründe	427
2. Rechtsvergleichung und allgemeine Rechtsgrundsätze	430
II. Völkergewohnheitsrecht	434
1. Hintergründe	434
2. Rechtsvergleichung und Völkergewohnheitsrecht	438
III. Vertragsgestaltung und -anwendung	442
1. Hintergründe	442
2. Rechtsvergleiche und völkerrechtliche Verträge	444
IV. Verortung der Rechtsvergleichung als Methode des Völkerrechts	449
V. Zur Methode des Vergleichs in der Rechtsvergleichung	451
§ 2 <i>Ausblick und Forschungsperspektiven</i>	455
Literaturverzeichnis	459
Sachregister	495

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung
a.a.O.	am angegeben Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfB	Archiv für Begriffsgeschichte
AG	Aktiengesellschaft
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ARER	Annual Review of Environmental Resources
Art.	Artikel
AsJIL	Asian Journal of International Law
ASIL	American Society of International Law
ASR	Asian Studies Review
AVR	Archiv des Völkerrechts
AusYIL	Australian Yearbook of International Law
AYIL	Asian Yearbook of International Law
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BJIL	Brooklyn Journal of International Law
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BYIL	British Yearbook of International Law
CHRLR	Columbia Human Rights Law Review
CJIL	Chinese Journal of International Law
CJTL	Columbia Journal of Transnational Law
CLR	Cardozo Law Review
CMLR	Common Market Law Review
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe/n
Diss. Op.	Dissenting Opinion
DJCIL	Duke Journal of Comparative & International Law
DLR	Duquesne Law Review
Doc.	Document
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBf	Deutsches Verwaltungsblatt

EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
ELR	Erasmus Law Review
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ERPL	European Review of Private Law
EU	Europäische Union
EuG	Europäischer Gerichtshof erster Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
FILJ	Fordham International Law Journal
FYIL	Finnish Yearbook of International Law
Fn.	Fußnote
GA	Generalanwalt
GELR	Georgetown Environmental Law Review
GG	Grundgesetz
GGY	Green Globe Yearbook
GJIL	Georgetown Journal of International Law
GLJ	German Law Journal
GTS	Transactions of the Grocius Society
GYIL	German Yearbook of International Law
HICLR	Hastings International and Comparative Law Review
HILJ	Harvard International Law Journal
HLR	Harvard Law Review
Hrsg.	Herausgeber
HRQ	Human Rights Quarterly
Ibid.	Ibidem
ICC	International Criminal Court
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
ICJ	International Court of Justice
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
IGH	Internationaler Gerichtshof
IJCL	International Journal of Constitutional Law
IJIL	Indian Journal of International Law
ILC	International Law Commission
ILCL	International Law and Comparative Law
ILR	Iowa Law Review
ILRRC	International Law Review of the Red Cross
IO	International Organization
IsLR	Israel Law Review
ITLOS	International Tribunal for the Law of the Sea
IUCN	International Union for Conservation of Nature
JCR	Journal of Conflict Resolution
JIDS	Journal of International Dispute Settlement
JLS	Journal of Law and Society

JR	Juristische Rundschau
JZ	JuristenZeitung
KJ	Kritische Justiz
LJIL	Leiden Journal of International Law
MJECL	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MJIL	Michigan Journal of International Law
MLR	Modern Law Review
m.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
NJHR	Nordic Journal of Human Rights
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NILR	Netherlands International Law Review
Nr.	Nummer
NRO	Nichtregierungsorganisation
NvWZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NYU	New York University
NYU JILP	New York University Journal of International Law and Politics
PCIJ	Permanent Court of International Justice
PILR	Pace International Law Review
PoS	Philosophy of Science
QLJ	Queen's Law Journal
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RECIEL	Review of European and International Environmental Law
RCEEL	Review of Central and East European Law
RdC	Recueil des Cours
RGDIP	Revue générale de droit international public
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
s.o.	Siehe oben
SJIL	Stanford Journal of International Law
SLR	Sydney Law Review
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
TILJ	Texas International Law Journal
TJLS	The Journal of Legal Studies
TLR	Tulane Law Review
TM	Theoretical Medicine
u.a.	unter anderem
UCDLR	University College Dublin Law Review
UCDaLR	University of California Davis Law Review
ULR	Utah Law Review
UN	United Nations
URLR	University of Richmond Law Review
usw.	und so weiter

verb.	Verbundene
vgl.	Vergleiche
VJTL	Vanderbilt Journal of Transnational Law
VJIL	Virginia Journal of International Law
VLR	Virginia Law Review
VN	Vereinte Nationen
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrecht- lehrer
WILJ	Wisconsin International Law Journal
WMLR	William & Mary Law Review
WTO	Welthandelsorganisation
YJIL	Yale Journal of International Law
YLJ	The Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZS	Zeitschrift für Soziologie
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaften

Teil I

Einführung

Die zunehmend grenzüberschreitende Entfaltung zentraler gesellschaftlicher Prozesse verändert die Funktionen und Strukturen des nationalen und internationalen Rechts und damit die zentralen Untersuchungsgegenstände der Rechtsvergleichung sowie der Völkerrechtswissenschaft.

Sowohl aus Sicht der Rechtsvergleichung als auch aus der Perspektive der Völkerrechtswissenschaft gebieten diese Entwicklungen jeweils eine thematische und disziplinäre Öffnung.

Die Rechtsvergleichung muss verstärkt berücksichtigen, dass das nationale Recht als ihr wichtigster Untersuchungsgegenstand in vielschichtige Regelungszusammenhänge eingebettet ist und durch diese geprägt wird. Infolgedessen eröffnet sich ihr die Möglichkeit, die zunehmend komplexen und originellen inter- und supranationalen sowie staatsfernen Ordnungsformationen zum Gegenstand eigener Analysen zu machen und hierdurch einen Beitrag zu ihrer Entwicklung zu leisten.¹ Möglich werden Vergleiche unterschiedlicher Ordnungssysteme, deren Strukturen und Relevanz sowie deren praktisches und theoretisches Potential es für die Entwicklung des Völkerrechts sowie der Völkerrechtswissenschaft zu ergründen gilt.²

Die Völkerrechtswissenschaft muss hingegen ihr disziplinäres Verhältnis zur Rechtsvergleichung grundlegend klären. Denn im Zuge der rasanten Entwicklung und Expansion des Völkerrechts sind mehr Rechtsvergleiche nötig, um das Völkerrecht inhaltlich zu bestimmen. Das gilt gleichermaßen für alle drei primären Rechtsquellen: völkerrechtliche Verträge, Völkergewohnheitsrecht sowie allgemeine Rechtsgrundsätze. Dieser Befund spiegelt sich nicht nur in der Praxis der Vertragsgestaltung und -anwendung wider, sondern auch in einer Reihe jüngerer Entscheidungen internationaler Spruchkörper, in denen umfangreiche Rechtsvergleiche zum Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze sowie völkergewohnheitsrechtlicher Normen durchgeführt wurden. Unter anderem waren diese Entscheidungen maßgeblich für eine erneute kri-

¹ Insbesondere vergrößern die wachsende Zahl sowie die zunehmende Originalität und Komplexität völkerrechtlicher Regelsysteme die Menge ihrer Erkenntnisquellen für rechtliche Lösungsansätze, deren Auffinden und komparative Analyse ihre traditionelle Aufgabe darstellt. Zur Auffindung geeigneter Regelungsansätze als eine klassische Aufgabe der Rechtsvergleichung, siehe *K. Zweigert/H. Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 15 ff.

² *M. Reimann*, TLR (2001), S. 1103; *W. Twining*, MJECL (1999), S. 217.

tische Auseinandersetzung über die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Völkerrecht.

Diese Arbeit basiert auf der Annahme, dass der Rechtsvergleichung verschiedene Funktionen im Hinblick auf die Gestaltung, Feststellung und Anwendung der einzelnen Rechtsquellen sowie die Entwicklung der Völkerrechtsordnung insgesamt zukommen.

Hinsichtlich der völkerrechtlichen Verträge unterscheiden sich die Funktionen hinsichtlich ihrer Gestaltung und Anwendung. Im Rahmen der Vertragsgestaltung können Rechtsvergleiche Staaten z.B. darüber informieren, welches Verständnis andere Staaten generell vom Völkerrecht oder hinsichtlich eines speziellen Rechtsproblems haben und welche Erwartungen, Ziele und Interessen sich daraus für die internationalen Beziehungen im Allgemeinen sowie für konkrete Verhandlungen im Besonderen ableiten.³ Darüber hinaus können Rechtsvergleiche die Wirkungen unterschiedlicher Lösungsansätze sichtbar machen. Dadurch erweitern sie das Problemverständnis, verschaffen Orientierung hinsichtlich denkbarer rechtlicher Ziele und konkreter Regelungsoptionen oder leisten einen Beitrag zum Verständnis möglicher sozialer, ökonomischer und ökologischer Folgen verschiedener Regelungsansätze.

Im Zuge der Anwendung internationaler Verträge wird die Rechtsvergleichung auf zwei Arten gebraucht: Zum einen werden Vergleiche von Rechtsordnungen verschiedener Vertragsparteien durchgeführt, um Inhalt und *Telos* vertraglicher Normen besser zu verstehen, um so eine „richtige“ Auslegung der Norm zu generieren. Zum anderen werden bereits erfolgte unterschiedliche Auslegungsvarianten vertraglicher Normen durch einzelne Gesetzgeber oder nationale und internationale Gerichte verglichen. Der Vergleich unterschiedlicher Vertragsauslegungen kann wiederum verschiedenen Zwecken dienen, z.B. der Umsetzungsevaluation, der Inspiration oder Legitimation der eigenen Auslegung oder der Vermeidung von Wertungswidersprüchen.

Neben der Nutzbarmachung bei der Vertragsgestaltung und -anwendung können Rechtsvergleiche zur Feststellung des internationalen Gewohnheitsrechts „als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung“ i.S.d. Art. 38 Abs. 1 lit. b) IGH-Statut dienen. Konkret fungiert Rechtsvergleichung in diesem Zusammenhang als Erkenntnisverfahren zum empirischen Nachweis der von einer Rechtsauffassung getragenen allgemeinen Übung und *opinio iuris*. Dabei ermöglicht sie insbesondere zwei Erkenntnisakte: den Schluss, was die Inhalte von Übung und *opinio iuris* sind, und welchen Grad der Allgemeinheit sie erreicht haben.⁴

³ In diesem Zusammenhang sprechen einige Autoren von „comparative international law“. Siehe z.B. *B.N. Mamlyuk/U. Mattei*, BJIL (2011), S. 385 (406 ff.).

⁴ Siehe hierzu ausführlich Teil V.

Anerkanntermaßen stellt die Rechtsvergleichung darüber hinaus ein Verfahren zum Nachweis der „von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze“ i.S.d. Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut sowie der Rechtsgrundsätze i.S.d. Art. 21 Abs. 1 lit. c) des IStGH-Statuts dar. Die Grundidee ist, dass aus konkreten, sich ähnelnden Regelungen verschiedener Landesrechte allgemeine Rechtsgrundsätze abstrahiert und in das Völkerrecht transferiert werden (und zwar unter Berücksichtigung dessen struktureller Besonderheiten).⁵ Ausgangspunkt der Ermittlung des Rechtssatzes ist also die vergleichende Untersuchung verschiedener nationaler Rechtsordnungen im Hinblick auf Normen, aus denen auf das Vorliegen eines allgemeinen Rechtssatzes geschlossen werden kann. Eine wachsende Anzahl von Autoren und Autorinnen hält es für möglich, diesen Nachweis auch innerhalb des Völkerrechts zu erbringen, insbesondere im Wege des Vergleichs verschiedener internationaler Verträge.⁶

Neben den Funktionen im Zusammenhang mit der Entwicklung, Feststellung und Anwendung der einzelnen Rechtsquellen kommt der Rechtsvergleichung auch Bedeutung hinsichtlich der Effektivierung und Ordnung oder Defragmentierung des Völkerrechts zu.⁷

Ihren Beitrag zur Effektivierung i.S.e. erhöhten Wirksamkeit erbringt sie vor allem als methodisch-reflektiertes Erkenntnisverfahren im Zuge der Gestaltung, Feststellung oder Anwendung der Rechtsquellen. Als systematische und nachvollziehbare Methode erhöht sie a) die Rationalität, b) die dogmatische Klarheit sowie c) die Legitimität des Völkerrechts.

Gegenüber natur-, vernunft- oder ausschließlich interessengeleiteten Ansätzen und Argumentationen, stellt die Rechtsvergleichung ein vergleichsweise rationales, auf positiv-rechtliche Normen verweisendes Verfahren zur Entwicklung des Völkerrechts dar.⁸ In einem bewussten, systematischen und intersubjektiv nachvollziehbaren Verfahren werden Problemlagen sowie positive und z.T. lang erprobte Normen, Normensysteme und Institutionen analysiert und so insbesondere für die Zielfindung und die Wahl sachgerechter Mittel bei der Vertragsgestaltung erschlossen.⁹ Gleichermaßen kann die me-

⁵ Dabei finden Anpassungen der inhaltlichen Aussagen und Wertungen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes an die Strukturen des Völkerrechts statt. Siehe *A. Verdross/B. Simma*, *Universelles Völkerrecht*, S. 385.

⁶ Siehe hierzu ausführlich Teil IV, § 1.

⁷ Die Effektivität völkerrechtlicher Verträge hängt von unzähligen Bedingungen ab. Neben Wirkmechanismen wie Zwang, Reziprozität oder Reputation sind viele andere Faktoren relevant. Siehe hierzu *A. v. Aaken*, *Rechtswissenschaften* (2013), S. 227; *K. Raustiala/A.-M. Slaughter*, *International Law*, S. 538 ff.; *T. Markus*, *ZaöRV* (2016), S. 715–752.

⁸ Womit man sie als Teil des aufklärerischen Programms einer allgemeinen Gesetzgebungslehre begreifen kann. Siehe hierzu den Beitrag von *K. Meßerschmidt*, *ZJS* (2008), S. 111 (118); *U. Karpen*, *Gesetzgebungslehre*.

⁹ Diesen Überlegungen liegt das Verständnis zugrunde, dass die intersubjektive Nachvollziehbarkeit der Methode den Kern wissenschaftlichen Arbeitens darstellt. Anne Peters

thodisch angeleitete Rechtsvergleichung auch als rationales Verfahren für den Nachweis der Geltung völkergewohnheitsrechtlicher Normen sowie allgemeiner Rechtsgrundsätze fungieren.¹⁰ Insoweit trägt sie zur Einschränkung der erheblichen Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume der Rechtsanwender bei. Insbesondere hinsichtlich der sich rasant ausweitenden internationalen Gerichtsbarkeit stellt sie daher ein Mittel zur Einhegung öffentlicher Gewalt im internationalen Raum dar.¹¹

Durch das systematische und methodisch-angeleitete Ins-Verhältnis-Setzen unterschiedlicher Rechtsordnungen stärkt die Rechtsvergleichung die dogmatische Klarheit des Völkerrechts. So vermögen Rechtsvergleiche die Strukturen und Konzepte der den Völkerrechtsquellen zugrundeliegenden Normen und Institutionen offenzulegen. Die inhaltliche Rückbindung des Völkerrechts an bereits bekannte Ideen, Konzepte und sprachliche Konstruktionen erhöht seine Verständlichkeit und damit auch seine Überzeugungskraft sowohl auf Seiten der Rechtsanwender als auch auf Seiten der Rechtsadressaten.¹²

Neben der rationalisierenden und klärenden Funktion kommt der Rechtsvergleichung eine legitimitätsstiftende Funktion zu. Dort wo es gelingt, parallele positiv-rechtliche Wertungen unterschiedlicher Rechtsordnungen zur Grundlage der völkerrechtlichen Beurteilung und Bearbeitung gemeinsamer Konflikte und Aufgaben zu nutzen, wird grundsätzlich ein überzeugender und akzeptabler Maßstab für das staatliche Handeln im internationalen Raum geschaffen.¹³ Die Rechtsvergleichung kann als Verfahren dienen, unterschiedliche Rechtsordnungen in eine Art konzeptionellen Dialog zu bringen und dabei Gleiches im Ungleichem sichtbar zu machen. Ein solches Verfahren betont das Einigende und Verbindende gegenüber dem Konflikthaften und dient somit der Konfliktbereinigung.

Nicht zuletzt können Vergleiche existierender Regelungen im nationalen und internationalen Recht ordnend oder de-fragmentierend auf das Völkerrecht wir-

weist mit Recht daraufhin, dass die Rechtswissenschaft ihre Ergebnisse nicht in erster Linie durch empirische Beobachtungen, sondern durch Argumentationen erziele. Der argumentative Standard sei insoweit aber anerkanntermaßen hoch. Daher gehe es auch in der Rechtswissenschaft letztlich um die Produktion allgemein intersubjektiv nachvollziehbarer Ergebnisse. Siehe A. Peters, *ZaöRV* (2007), S. 721 (734).

¹⁰ Hierzu eingehend Teil IV und Teil IV.

¹¹ Zur Begrifflichkeit und Notwendigkeit der Einhegung öffentlicher Gewalt im internationalen Raum, siehe A. v. Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen, S. 29 f., 136 ff.

¹² So ähnlich M. Botbe, *ZaöRV* (1976), S. 280 (291–292).

¹³ Am Beispiel der allgemeinen Rechtsgrundsätze formuliert C. Ford das treffend: „[E]ven the most jealously independent of national sovereigns might find it difficult to deny the legal authority of a rule accepted as fundamental by his own domestic legal system“, siehe C.A. Ford, *DJCL* (1994), S. 35 (80).

ken¹⁴, d.h. sie tragen zur Vermeidung oder Abmilderung von Normkollisionen und Wertungswidersprüchen bei. Insofern profitieren insbesondere Vertragsgestaltung und -anwendung zunehmend von Vergleichen unterschiedlicher Regeln und Regelsysteme sowie deren divergierenden Auslegungen durch unterschiedliche nationale und internationale Organe und Gerichte.¹⁵

Aus all den bis hier angestellten Überlegungen ergeben sich die wissenschaftlichen Ziele dieser Arbeit: Erstens soll die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Völkerrecht geklärt werden, insbesondere im Hinblick auf die Gestaltung und Anwendung völkerrechtlicher Verträge sowie hinsichtlich der Feststellung der Inhalte und Geltung völkergewohnheitsrechtlicher Normen und allgemeiner Rechtsgrundsätze. Die Arbeit konzentriert sich somit auf die drei formalen Quellen des Völkerrechts und wählt einen klassisch-dogmatischen Zuschnitt. Sie beschränkt sich dabei auch weitgehend auf die Vergleiche positivrechtlicher Ordnungen und blendet informelle subnationale und transnationale Ordnungen aus. Die hier vorgenommenen themen-, ebenen- und ordnungsübergreifenden Vergleiche können aber erste methodologische Erkenntnisse für entsprechende zukünftige Untersuchungen liefern. Zweitens soll ein Beitrag zur Theorie und Aufgabendiskussion der Rechtsvergleichung geleistet werden. Denn diese befasst sich seit einiger Zeit vermehrt mit der Suche nach ihren Funktionen und Zielen im Rahmen der Globalisierung des Rechts.¹⁶ Aus den Zielen sowie den ihnen zugrundeliegenden Annahmen ergibt sich das folgende Untersuchungsprogramm.

In Teil II sollen die hier skizzierten Annahmen vertiefend erläutert und begründet werden. Vor dem Hintergrund der Darstellung des sich wandelnden Untersuchungsgegenstands der Rechtsvergleichung wird sich daher zuerst für eine Erweiterung ihres Untersuchungsprogramms ausgesprochen. Im Anschluss werden die durch den strukturellen Wandel des Völkerrechts gewachsenen Bedarfe nach und Möglichkeiten für Rechtsvergleichung aufgezeigt. In einem weiteren Schritt werden die derzeit wichtigen und perspektivisch möglichen Aufgaben, Funktionen und Untersuchungsgegenstände der Rechtsvergleichung als Methode des Völkerrechts vorgestellt. Abschließend wird dann

¹⁴ Im Hinblick auf völkerrechtliche Verträge und Vertragsregime wird Rechtsvergleichung damit zu einer Technik oder Methode der Koordinierung. Zum letzteren siehe *N. Matz*, Koordinierung, S. 1–24. Zu den Bedarfen und möglichen Wegen der Ordnung des heutigen pluralen Nebeneinanders verschiedener Rechtsformationen siehe z.B. *G. Winter*, GAIA (2011), S. 248; *M. Delmas-Marty*, Ordering Pluralism; *A. Fischer-Lescano/G. Teubner*, Regimekollisionen.

¹⁵ Insbesondere im Hinblick auf den Vergleich abweichender Vertragsauslegungen wird der Begriff des „comparative international law“ gebraucht. Siehe insofern *A. Roberts*, ICLQ (2001), S. 57; *A. Roberts et al.*, Conceptualizing; siehe auch *E. Bjorge*, International Court; *D. Peat*, Comparative Reasoning.

¹⁶ Zur Beziehung zwischen Globalisierung und Recht siehe *F. Mégret*, Globalization; *W. Twining*, Globalisation and Legal Theory.

das sich wandelnde Verhältnis von Rechtsvergleichung und Völkerrechtswissenschaft nachvollzogen.

Teil III klärt überblicksartig zentrale methodologische und dogmatische Fragen, die für das Verständnis der Bedeutung der Rechtsvergleichung im Völkerrecht nötig sind. Hierzu erfolgt eine erste Verortung der Rechtsvergleichung in der Diskussion um die Methoden des Völkerrechts. Im Anschluss werden die Rechtsquellenlehre des Völkerrechts und das Verhältnis der Rechtsquellen zueinander dargestellt. In einem dritten Schritt werden die erkenntnistheoretischen und methodologischen Grundlagen des Vergleichs als Erkenntnisverfahren im Recht und in der Rechtsvergleichung erörtert.

Der weitere Aufbau der Arbeit orientiert sich an der Darstellung der formalen Rechtsquellen des Völkerrechts, so wie sie in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut genannt werden, d.h.

- die internationalen Übereinkünfte allgemeiner oder besonderer Natur, in denen von den im Streit befindlichen Staaten ausdrücklich anerkannte Regeln festgelegt sind,
- das internationale Gewohnheitsrecht als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung und
- die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze.

Die in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut niedergeschriebene Reihenfolge wird in der Arbeit allerdings umgekehrt. Dafür gibt es verschiedene Gründe. So ist die Bedeutung der Rechtsvergleichung für den Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze im Völkerrecht spätestens seit den Verhandlungen zum Statut des Ständigen Internationalen Gerichtshofs in der rechtswissenschaftlichen Literatur und Rechtsprechung bekannt und in weiten Teilen anerkannt.¹⁷ Dementsprechend gibt es hier vergleichsweise viel Rechtsprechung und Literatur zu berücksichtigen. Ein weiterer Grund ist die große Zahl der ungeklärten dogmatischen Fragen, die in der Untersuchung ebenfalls berücksichtigt werden müssen. Alain Pellet hat das so formuliert:

The formulation of Art. 38 in general, and that of para. 1 in particular, has been criticized. However, it has worked well in practice, even if uncertainties remain – more for custom than for conventions, and more for general principles than for custom.¹⁸

Nicht zuletzt gab es gerade in den letzten Jahren verschiedene Entscheidungen internationaler Spruchkörper, in denen die Rechtsvergleichung für den Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze sowie völkergewohnheitsrechtlicher Normen genutzt wurde.

Vor diesem Hintergrund befasst sich Teil IV mit der Bedeutung der Rechtsvergleichung zur Feststellung des Vorliegens allgemeiner Rechtsgrundsätze. Zuerst werden hierzu die Funktionen, Elemente und dogmatischen Struktu-

¹⁷ Hierzu eingehend Teil IV, § 1. II.

¹⁸ A. Pellet in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams, Art. 38 Rn. 177.

ren der allgemeinen Rechtsgrundsätze nachvollzogen. Im Anschluss soll insbesondere die Rechtsprechung internationaler Gerichte analysiert werden, die unter Verwendung rechtsvergleichender Analysen die Anerkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze prüft. Aufbauend auf der Rekonstruktion der untersuchten Entscheidungen wird am Ende des Kapitels ein Grundriss einer praxistauglichen Methode der Rechtsvergleichung zum Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze entworfen.

Teil V nimmt den möglichen Beitrag der Rechtsvergleichung zur Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts in den Blick. Es wird untersucht, inwieweit die Rechtsvergleichung zur Feststellung der Elemente des Völkergewohnheitsrechts (Staatenpraxis und *opinio juris*) maßgeblich werden kann. Zur Verfolgung dieses Ziels sollen ebenfalls beispielhaft rechtsvergleichende Arbeiten internationaler Gerichte und Spruchkörper zur Feststellung von Völkergewohnheitsrecht untersucht und dargestellt werden. Auch dieses Kapitel endet mit einem Vorschlag für einen Grundriss einer praxistauglichen Methode der Rechtsvergleichung zum Nachweis von Völkergewohnheitsrecht.

In Teil VI soll der mögliche Beitrag der Rechtsvergleichung zur Entwicklung des Völkervertragsrechts als heutzutage wichtigste Völkerrechtsquelle untersucht werden.¹⁹ Anhand von Beispielen wird eruiert, welche Aufgaben und Funktionen die Rechtsvergleichung bei der Gestaltung völkerrechtlicher Verträge erfüllen kann. Neben Vergleichen nationaler Rechtsordnungen werden auch die zunehmend relevanten Vergleiche völkerrechtlicher Verträge und Regime berücksichtigt. Zwar liegt der Schwerpunkt der Arbeit insgesamt auf der Feststellung und Gestaltung des Völkerrechts. In den letzten Jahren hat jedoch vor allem die (divergierende) Vertragsauslegung durch Vertragsstaaten oder internationale Gerichte die Rechtsvergleichung in den Blick der Völkerrechtswissenschaft gerückt. Hier liegt der Schwerpunkt der aktuellen Diskussionen um das *comparative international law*.²⁰ Daher soll auch hier eine überblicksartige Analyse der Verbindung zwischen Rechtsvergleichung und Vertragsanwendung erfolgen. Das Kapitel schließt mit dem Grundriss einer praxistauglichen Methode der Rechtsvergleichung zur Gestaltung und Anwendung internationaler Verträge.

Die jeweils für die abschließenden Teile der drei Kapitel gewählte Überschrift „Grundriss einer praxistauglichen Methode“ ist bewusst gewählt. Sie verweist auf a) den verfolgten vorläufigen und suchenden Charakter der hier skizzierten Methode, b) ihren theoretischen Anspruch und ihre empirischen Wurzeln sowie c) ihren intendierten Verwendungszweck.²¹

¹⁹ Bruno Simma bezeichnet völkerrechtliche Verträge als das „workhorse of international law“, siehe B. Simma, RdC (1994-VI), S. 221 (322–323).

²⁰ Überblick in A. Roberts et al., Conceptualizing; D. Peat, Comparative Reasoning.

²¹ Einen anderen theoretischen Anspruch verfolgen z.B. die jüngeren Arbeiten von T. Coendet, Argumentation sowie von G. Samuel, Introduction.

Generell wurden und werden die Leistungsfähigkeit und Erkenntniskraft juristischer Methoden angezweifelt.²² Das gilt gleichermaßen für die Methoden der Rechtsvergleichung.²³ Trotz einiger berechtigter Einwände erscheinen entsprechende Kritiken und die darin formulierten Anforderungen z.T. derart grundlegend, dass kaum einer, der sie ernsthaft und umfassend berücksichtigt, ihnen genügen könnte. Derartige Kritiken münden letztlich in der Annahme der Unvergleichbarkeit unterschiedlicher tatsächlicher und normativer Phänomene sowie einer generellen Nichtübertragbarkeit existierender Regelungsansätze. Basedow merkt treffend an, dass die „Anforderungen an die Methoden so zum Totengräber eben dieser Methoden [werden]“.²⁴ Vor diesem Hintergrund erheben die hier vorgeschlagenen Grundrisse zwar nicht den Anspruch, die einzige „richtige juristische Lösung“ rechtlicher Probleme zu ermöglichen oder den einzigen „richtigen Weg“ zu weisen.²⁵ Sie sind aber als analytische und praktische Verfahren zu verstehen, die aus der z.T. eindrucksvollen und reichen rechtsvergleichenden Praxis internationaler Organisationen und Gerichte herausdestilliert und dann systematisch rekonstruiert wurden und die im besten Fall die Herleitung überzeugender, d.h. intersubjektiv nachvollziehbarer Argumentationen und konsensfähiger juristischer Entscheidungen befördern können.²⁶ Trotz aller epistemischer und methodologischer Unschärfen betont die Verfertigung einer solchen Methode die Überzeugungskraft gelungener juristischer Argumentation. Ein solcher Ansatz grenzt sich von Theoriesträngen ab, die das Völkerrecht als prinzipiell unterterminiert und zirkulär begreifen.²⁷

²² Übersicht bei T.M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 9 Rn. 83. Zur grundlegenden Kritik an den Methoden der Wissenschaft, siehe P.K. Feyerabend, *Methodenzwang*. Siehe aktuell hierzu insbesondere P. Hoyningen-Huene, *Systematicity*, S. 152–155, 165 ff.

²³ Siehe insbesondere P. Legrand, *CLR* (2005), S. 631; ders., *MJECL* (1997), S. 111; ders., *ICLQ* (1996), S. 52. Einen guten Überblick bietet M. Siems, *Comparative Law*, S. 95 ff. Einen guten Überblick an der Kritik des funktionalistischen Ansatzes bieten R. Michaels, *Functional Method*; U. Kischel, *Rechtsvergleichung*, § 3, Rn. 6 ff.

²⁴ J. Basedow, *JZ* (2016), S. 269; siehe auch G.-P. Callies, *Rechtsvergleichung*, S. 167 (179). Möllers formuliert gegenüber der grundlegenden Kritik treffend: „Dem wird m.E. zu Recht entgegengehalten, dass das Vergleichen von Sachverhalten und Rechtsregeln zum täglichen Brot des Juristen gehört.“ Siehe T.M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre*, § 9, Rn. 83.

²⁵ Siehe insbesondere K.R. Popper, *Logik* 2005, S. 11 f., 19 f. und 26 f.; H. Albert, *Traktat*, S. 36 f.

²⁶ Zur Bedeutung der Argumentation in der Rechtswissenschaft, siehe z.B. A. Peters, *ZaöRV* (2007), S. 721 (734). Erkenntnistheoretisch mögen sie daher als „pragmatisch“ gewählte Orientierungspunkte verstanden werden. Zu den „pragmatischen Aspekten der Erklärung“, siehe C.G. Hempel, *Aspekte*, S. 143 f.

²⁷ Zu nennen sind insoweit z.B. die Vertreter einer rigorosen Variante der *Critical Legal Studies*, siehe z.B. D. Kennedy, *Cardozo Law Review* (2001), S. 1147 ff.

Am Ende der Arbeit werden die zentralen Erkenntnisse hinsichtlich der Bedeutung der Rechtsvergleichung als Teil des Methodenkanons des Völkerrechts sowie hinsichtlich ihrer Ziele und Aufgaben als Disziplin der Rechtswissenschaft zusammengefasst. Die Arbeit schließt mit einem Ausblick auf die Forschungsperspektiven in diesem sich dynamisch entwickelnden Themenfeld.

Teil II

Beziehungswandel zwischen Rechtsvergleichung und Völkerrecht

Der Wandel des nationalen und internationalen Rechts verändert zum einen den Untersuchungsgegenstand der Rechtsvergleichung und erzeugt andererseits Bedarfe nach rechtsvergleichenden Arbeiten zur Entwicklung des Völkerrechts. Diese Veränderungen legen nahe, das Untersuchungsprogramm der Rechtsvergleichung zu erweitern und insbesondere das Völkerrecht einzubeziehen. Gleichzeitig wird erkennbar, dass sowohl das wissenschaftliche Verständnis als auch die praktische Entwicklung des Völkerrechts von einer systematischen Auseinandersetzung mit der Rechtsvergleichung erheblich profitieren können. Die Öffnung beider Teildisziplinen ermöglicht sowohl die Erweiterung des Untersuchungsfelds der Rechtsvergleichung als auch die Integration der Rechtsvergleichung in den Methodenkanon des Völkerrechts. In diesem Kapitel soll der Wandel der Beziehung zwischen Rechtsvergleichung und Völkerrecht zum einen aus der Perspektive der Rechtsvergleichung, zum anderen vom Standpunkt des Völkerrechts aus nachvollzogen werden. Die Herausarbeitung kontrastierender Perspektiven dient dabei vor allem illustrativen Zwecken. Im Anschluss wird das bisherige Verhältnis der jeweiligen wissenschaftlichen Disziplinen überblicksartig rekonstruiert. Am Ende des Kapitels erfolgen zusammenfassende Erwägungen hinsichtlich des erweiterten Untersuchungsprogramms der Rechtsvergleichung sowie des Bedarfs ihrer Verortung in den Methoden des Völkerrechts.

§ 1 Die Perspektive der Rechtsvergleichung

Im folgenden Unterabschnitt soll der Beziehungswandel zwischen Rechtsvergleichung und Völkerrecht aus der Perspektive der Rechtsvergleichung dargestellt werden. Hierzu wird die Veränderung des nationalen Rechts als traditionellem Untersuchungsgegenstand der Rechtsvergleichung nachvollzogen sowie im Anschluss der daraus resultierende Bedarf nach ihrer disziplinären Öffnung.

I. Der sich verändernde Untersuchungsgegenstand

Bevor sich der Begriff und die Disziplin der Rechtsvergleichung zu Beginn des 19. Jahrhunderts zu konturieren begannen, befassten sich Rechtsvergleiche mit der komparativen Analyse einer Vielzahl unterschiedlichster Regelsysteme. Verglichen wurden u.a. die Rechte von Städten bzw. Stadtstaaten, römisches mit kanonischem Recht, Stammesrecht mit feudalem Recht, religiöses mit Naturrecht, usw.¹ Im Zuge der Aufklärung sowie der großen landesrechtlichen Kodifikationsbemühungen verloren diese Ordnungen an Bedeutung und der Hauptuntersuchungsgegenstand rechtsvergleichender Analysen wurde das nationale Recht einzelner Staaten.² Der wohl größte Teil der entsprechenden Analysen befasste sich dann lange Zeit mit dem nationalen Privatrecht.³ In geringerem Umfang griffen rechtsvergleichende Arbeiten aber auch öffentlich- und strafrechtliche Themen auf.⁴ Die Dominanz der Privatrechtsvergleichung hat sich in den letzten Dekaden aber zusehends abge-

¹ M. Reimann, TLR (2001), S. 1103 f.; mit Verweis auf W. Hug, HLR (1932), S. 1027; siehe auch Beiträge in A. Riles (Hrsg.), Rethinking.

² So definiert eines der wichtigsten Lehrbücher den Untersuchungsgegenstand der Rechtsvergleichung. K. Zweigert/H. Kötz, Rechtsvergleichung, S. 4. In der englischen Übersetzung des Buchs wird dies noch prononcierter formuliert: „Comparative Lawyers compare the legal systems of different nations“. Siehe *dies.*, Comparative Law, S. 4.

³ Die These der „Dominanz der der Privatrechtsvergleichung“ ist praktisch allerdings kaum zu verifizieren, siehe A. Graser, Rechtswissenschaft (2018), S. 136 f., 141.

⁴ Siehe hierzu grundlegend z.B. R. Bernhardt, ZaöRV (1964), S. 431 ff.; H. Strebel, ZaöRV (1964), S. 405 ff.; C. Starck, JZ (1997), S. 1021 ff.; R. Grote, AöR (2001), S. 10. Zum Strafrecht siehe z.B. M.D. Dubber, Criminal Law.

schwächt und zahlreiche Studien zum vergleichenden Verwaltungs-⁵ und Verfassungsrecht sind erschienen.⁶ Insbesondere die Vergleiche national gewährter Grundrechte mit international verbürgten Menschenrechten berührten dabei auch die völkerrechtliche Sphäre.⁷

Aber auch das nationale Recht unterliegt seit einiger Zeit einem grundlegenden Wandel: Wirtschaftliche, kommunikative, politische, religiöse, kulturelle und andere zivilgesellschaftliche Prozesse sowie die durch sie verursachten Effekte entfalten sich zunehmend grenzüberschreitend. Es ist insofern gebräuchlich, von Globalisierung zu sprechen.⁸ Die Wirkungen dieser Entwicklungen auf das nationale Recht einerseits und damit auf die Rechtsvergleichung als rechtswissenschaftliche Disziplin andererseits sind vielfältig.

Ein wesentlicher Effekt ist, dass nationales Recht vermehrt mit ausländischem Recht in Kontakt tritt und sich zu ihm in Beziehung setzen oder es integrieren muss. Zu dieser Kontaktaufnahme kommt es vor allem bei Rechtsfällen mit Auslandsbezug, also Sachverhalten, „mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat“.⁹ Das beinhaltet sowohl grenzüberschreitende Sachlagen und Rechtsbeziehungen als auch zunehmend Umstände, in denen Bevölkerungsgruppen innerhalb der Grenzen einzelner Staaten Teile ihres Soziallebens nach dem Recht anderer Staaten bzw. Regionen beurteilt wissen wollen.¹⁰ Das Ins-Verhältnis-Setzen, also die Beantwortung der materiellen Entscheidungen vorgelagerter Frage, nach welchem nationalen Recht solche Sachverhalte entschieden werden sollen, erfolgt im Rahmen des jeweiligen nationalen Kollisionsrechts (des internationalen Privat-, Straf- und Verwaltungsrechts).¹¹ Im Zuge der Kontaktintensivierung kam es darüber hinaus in der jüngeren Geschichte regelmäßig zu sogenannten Rechtstransfers zwischen verschiede-

⁵ Siehe insbesondere Beiträge in *S. Rose-Ackerman/P.L. Lindseth/B. Emerson*, Administrative Law; *F. Bignami*, Administrative law; *K.-P. Sommermann*, DÖV (1999).

⁶ *S. Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, 2018; *M. Bobek*, Comparative Reasoning; *M. Tushnet*, Advanced Introduction; *S. Choudry*, Migration; *K.-P. Sommermann*, Grundrechtsvergleichen. Wichtige ältere Beiträge: *F. Münch*, ZaöRV (1973); *J.M. Mössner*, AöR (1974).

⁷ Siehe hierzu grundlegend bereits *P. Häberle*, JZ (1989).

⁸ *W. Twining* warnt davor, dass die Verwendung des Begriffs „generalisations that are exaggerated, false, meaningless, superficial, or ethnocentric“ fördern könnte, siehe *W. Twining*, Jurisprudence, S. xviii; siehe auch *F. Mégret*, Globalization.

⁹ Siehe Wortlaut des § 3 EGBGB.

¹⁰ Zu den Entwicklungen in verschiedenen Staaten, siehe *J. Basedow*, Das internationale Privatrecht; hinsichtlich Immigrantengemeinschaften und deren Wunsch nach Anwendung „heimischen“ Rechts spricht *Menski* von einem Prozess der „reverse colonisation“ sowie von „ethnic implants“, siehe u.a. *W. Menski*, Comparative Law, S. 58 ff.; siehe auch z.B. das Handb. on Ethnic Minority Issues, das Judicial Studies Board für die britische Richterschaft erstellt wurde (die aktuellste Version ist erhältlich unter <http://www.casas.org.uk/papers/pdfpapers/ETbenchbook1999.pdf>).

¹¹ Siehe zur Abgrenzung des Internationalen Privat-, Straf- und Verwaltungsrecht zum Völkerrecht *W.G. Vitzthum*, Völkerrecht, S. 17–20.

nen nationalen Rechtsordnungen (sogenannte *legal transplants* oder auch *Rezeptionen* oder *Rechtsimporte*).¹² Die Übertragung und Einpassung von Regeln und Regelsystemen aus einer nationalen Rechtsordnung in eine andere war dabei in rechtspraktischer, rechtssystematischer und rechtspolitischer Hinsicht nicht immer unproblematisch.¹³ Ihre Übertragung in einen neuen sozialen und rechtlichen Kontext führt in aller Regel zu einer Bedeutungsver-schiebung oder z.T. sogar zu einer Ablehnung der übertragenen Rechtsätze in der bzw. durch die rezipierende Rechtsordnung.¹⁴

Als eine weitere Auswirkung der Globalisierung ist das nationale Recht territorial-hoheitlich begrenzter Staaten aufgrund seines eingeschränkten räumlichen Anwendungsbereichs nur noch teilweise geeignet, wichtige gesellschaftliche Prozesse und ihre Auswirkungen zu steuern. Dies bedingt seit längerem einen gesteigerten Bedarf an grenzüberschreitend wirksamer Rechtssetzung, wodurch es wiederum seit Jahrzehnten zu einer kontinuierlichen Verlagerung von Rechtsetzungsprozessen auf die inter- oder im Falle der Europäischen Union auf die supranationale Ebene kommt.¹⁵ Rechtsgestaltung findet heute in einem nie gekannten Maße „jenseits des Nationalstaats“ im Rahmen zwischenstaatlicher Vertragsschlüsse sowie durch inter- bzw. supranationale Organisationen und Gerichte statt.¹⁶

Darüber hinaus scheint der Prozess der Globalisierung die enge Verbindung zwischen Staat und Recht zunehmend zu lösen.¹⁷ Insofern gilt es aber zu be-

¹² Zwei klassische Texte hierzu sind a) von A. Watson, *Legal Transplants* und b) von E. Hirsch, *Rezeption*; einen aktuellen Überblick bieten M. Graziadei, *Comparative Law*; M. Siems, *Comparative Law*, S. 191 ff.; in der deutschsprachigen Literatur siehe I. von Münch, NJW (1994), S. 3145; siehe historisch auch die Texte in V. Duss u.a., *Rechtstransfer*; für Rezeptionen in der deutschen Rechtsordnung siehe A. Janssen/R. Schulze, ERPL (2011), S. 225.

¹³ Siehe insbesondere D. Berkowitz/K. Pistor/J.-F. Richard, AJCL (2003), S. 163; D.M. Trubek, WILJ (2007), S. 235.

¹⁴ So wird einerseits argumentiert, dass der Transfers von Rechtsätzen im Grunde gar nicht möglich sei, da diese ihren Sinngehalt und ihre Funktion lediglich in ihrem ursprünglichen sozialen Kontext entfalten können. P. Legrand, MJECL (1997), S. 111 (116–118). Andere halten Transfers zwar grundsätzlich für möglich, deuten diese aber als Irritationen der Empfängerrechtsordnungen oder betonen die Dekontextualisierung der transferierten Normen. Beides kann zu einer Bedeutungsver-schiebung oder sogar Ablehnung der übertragenen Rechtsätze führen. G. Teubner, MLR (1998), S. 11; G. Frankenberg, IJCL (2010), S. 563; ähnlich J. Ellis, EJIL (2011), S. 949 (966 f.).

¹⁵ P. Jessup, *Transnational Law*; siehe auch M. Lachs, AJIL (1992), S. 673; A. Boyle/C. Chinkin, *Making*, S. 19–24; für den Bereich des Umweltrechts siehe T. Markus, *Biodiversität* sowie siehe auch H.-J. Koch/C. Mielke, ZuR (2009), S. 403.

¹⁶ Graf von Vitzthum spricht von Expansion des Völkerrechts, siehe W.G. Vitzthum, *Völkerrecht*, S. 11–14; siehe zur Begrifflichkeit M. Zürn, *Regieren*. Siehe beispielhaft und anschaulich zur Transformation des bundesrechtlich geprägten Gewährleistungsparadigma durch das Unionsrecht bei C. Franzius, *Gewährleistung*.

¹⁷ W. Twining, MJECL (1999), S. 217 (220–226); ders., *Globalisation and Legal Theory*, S. 4–10; K. Röhl/S. Magen, ZIRSoz (1996), S. 1 (39); R. Michaels, *RabelsZ* (2005), S. 525.

denken, dass das staatsfixierte Rechtsverständnis i.S.e. Primats staatlicher Rechtssetzung im Wesentlichen ein europäisches Konstrukt darstellt, das sich im Zuge der dortigen Konsolidierung moderner Staaten und ihrer zunehmenden Positivierungs- und Kodifikationsaktivitäten seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert entwickelt hat.¹⁸ Zu allen Zeiten waren gesellschaftliche Akteure wichtige Normerzeuger und selbst innerhalb der modernen Gesetzgebungsstaaten westeuropäischer Prägung schufen Bürger und Bürgerinnen sowie Wirtschaftsakteure immer auch staatsferne Normen.¹⁹ Genossenschaften, Vereine und Verbände vereinbarten z.B. allgemeine Geschäftsbedingungen, Satzungen, Kollektivverträge sowie technische Normen und Standards.²⁰ Dieser Prozess staatsferner Normproduktion und Regulierung setzt sich im Zuge der Intensivierung grenzüberschreitender sozialer Beziehungen und in Ermangelung umfassender staatlicher Regulierung im transnationalen Raum lediglich fort. In Abwesenheit staatlicher Regulierung tritt er allerdings vergleichsweise gut sichtbar hervor. Neu sind insofern also vor allem die Voraussetzungen, unter denen staatsfernes Recht entsteht sowie der Umfang, in dem dies geschieht.²¹ Im Ergebnis tritt neben die nationale, inter- bzw. supranationale in zunehmendem Maße eine grenzüberschreitende private oder teil-private (hybride) sowie eine grenzüberschreitend subnationalstaatliche Verwaltungsregulierung.²²

Man mag die zukünftige Entwicklung der globalen Rechtsordnungen schwerpunktmäßig bestimmt sehen durch eine eher stark oder schwach integrierte Staatengemeinschaft²³, durch ein komplexes Zusammenspiel verschie-

¹⁸ Insbesondere die Rechtsgeschichte, die Rechtssoziologie, die Rechtsanthropologie sowie die Rechtsethnologie weisen seit langem darauf hin, siehe *R. v. Caenegem*, *European Law*; zur Staatenentwicklung und Wirkung auf das Recht in Europa, siehe *E.-W. Böckenförde*, *Recht, Staat, Freiheit*, S. 92 ff.; *H. Berman*, *Recht und Revolution*, S. 493 ff.; Zur relativen Bedeutung des Staates bezüglich der Erzeugung des Rechts aus Sicht der Rechtssoziologie siehe auch *N. Luhmann*, *Rechtssoziologie*, S. 138 ff.; zur Perspektive der Rechtsanthropologie siehe *F. v. Benda-Beckmann*, *ZfRSoz* (1991), S. 97; *F. Pirie*, *Anthropology*, S. 26 ff.

¹⁹ Aus Sicht der Rechtssoziologie wies bereits Eugen Ehrlich im Jahre 1913 darauf hin, dass „[d]er Schwerpunkt der Rechtsentwicklung [...] auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz oder Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst [liege]“, siehe *E. Ehrlich*, *Grundlegung*, Einleitung.

²⁰ *K. Röhl/H. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 553 ff.

²¹ Siehe *G. Winter*, *APuZ* (2009), S. 9 (10); *M. Zürn*, *APuZ* (2010), S. 14; *F. Hanschmann*, *Theorie*.

²² Grundlegend, *C. Franzius*, *Recht und Politik*; ders. (Hrsg.) *Auf dem Weg zu einem transnationalen Klimaschutzrecht*, *ZUR-Sonderheft 12* (2018); siehe auch die verschiedenen Beiträge in *G.-P. Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht*; *G. Winter*, *APuZ* (2009), S. 9 (10); *O. Dilling/M. Herberg/G. Winter* (Hrsg.), *Transnational*; *A. Paulus*, *Zusammenspiel*, S. 7 (7–11); *O. Dilling/T. Markus*, *ZUR* (2016), S. 4 (16).

²³ Siehe Überblicke bei *M. Sanson*, *International Law*; siehe auch *A. Paulus*, *Die internationale Gemeinschaft*; *M. Panyandeh*, *Internationales Gemeinschaftsrecht*. Für eine eher

dener staatlicher und staatsferner Ordnungsformationen im Mehrebenensystem i.S.e. einer plural-globalen *Governance*²⁴ oder eher durch staatsferne Akteure²⁵ – die Pluralisierung der Rechtsordnungen und Rechtsquellen scheint unumkehrbar.²⁶

Entscheidend ist hier, dass die vermehrte Kontaktaufnahme zwischen den nationalen Rechtsordnungen, die zunehmende Verlagerung von Rechtssetzungsprozessen auf die inter- und supranationale Ebene sowie die wachsende Ergänzung staatlichen Rechts durch staatsferne Regulierung die Bedeutung, die Zusammensetzung sowie die Struktur nationalen Rechts und damit des Hauptuntersuchungsgegenstands der Rechtsvergleichung verändern: Neben das nach innen einheitlich und hierarchisch strukturierte sowie nach außen völkerrechtlich gebundene nationale Recht treten zunehmend andere Ordnungs- und Rechtsformationen und stehen mit ihm in einem interdependenten Verhältnis.²⁷ Zur näheren Beschreibung dieses Beziehungsgefüges wird vielerorts auf den Begriff der *Interlegalität* von Santos verwiesen.²⁸ Damit ist im Wesentlichen gemeint, dass „parallele Normensysteme unterschiedlicher Herkunft sich wechselseitig anregen, gegenseitig verbinden, ineinander greifen und durchdringen, ohne zu einheitlichen Sonderordnungen zu verschmelzen, die ihre Teile absorbieren, sondern in ihrem Nebeneinander als heterarchische Gebilde dauerhaft bestehen [...]“²⁹

starke Integration siehe z.B. *N. MacCormick*, Questioning Sovereignty; beispielhaft für eine eher schwache Integration siehe z.B. *H. Bull*, The Anarchical Society; *H. Kissinger*, World Order.

²⁴ *K. Ladeur*, Governance; *G. de Búrca/R.O. Keohane/C. Sabel*, NYU JILP (2013), S. 386; *M. Ruffert*, Globalisierung, S. 164 ff.; *A. v. Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann*, Developing; *G. Winter*, Introduction; *ders.*, ZaöRV (2012), S. 103.

²⁵ „Es kann daher durchaus sein, daß die gegenwärtige Prominenz des Rechtssystems und die Angewiesenheit der Gesellschaft selbst und der meisten ihrer Funktionssysteme auf ein Funktionieren des Rechtscodes nichts weiter ist als eine europäische Anomalie, die sich in der Evolution einer Weltgesellschaft abschwächen wird.“ Dies ist der letzte Satz in Niklas Luhmanns grundlegendem Werk zur Rechtstheorie bzw. Rechtssoziologie, siehe *N. Luhmann*, Gesellschaft, S. 586; Siehe auch grundlegend die Überlegungen in den Beiträgen in *G. Teubner*, Global Law; siehe *ders.*, JR (1996), S. 255; siehe auch *G.-P. Callies/H. Hoffmann*, GLJ (2009), S. 115 (119).

²⁶ *A. Paulus*, Zusammenspiel; *W. Twining*, Globalisation and Legal Theory, S. 224 ff.; *P.S. Berman*, Global Legal Pluralism; *B. Tamanaha*, SLR (2008), S. 375; *N. Krisch*, Beyond Constitutionalism; *A. Fischer-Lescano/L. Viellechner*, APuZ (2010), S. 20; Kategorisierung bei *K. Röhl/S. Machura*, JZ (2013), S. 1117; *C. Franzius*, Rechtswissenschaft (2016), S. 62.

²⁷ *K. Röhl/H. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 205 ff., 308 ff., 525 ff.

²⁸ Aus rechtssoziologischer Warte z.B. *M. Herberg*, Global Legal Pluralism; im Hinblick auf das transnationale Recht siehe *A. Fischer-Lescano/G. Teubner*, Fragmentierung des Weltrechts; *A. Fischer-Lescano/L. Viellechner*, APuZ (2010), S. 25; *K. Günther/S. Randeria*, Recht, S. 31 ff.; aus rechtsvergleichender Perspektive vor allem *W. Twining*, MJECL (1999), S. 217 (228, 242); *ders.*, Globalisation and Legal Theory, S. 194 ff.; *W. Menski*, Comparative Law, S. 8, 26, 29, 53, 81.

²⁹ Zitiert nach *M. Amstutz*, Zwischenwelten; siehe das Zitat im Original bei *B. de Sousa Santos*, JLS (1987), S. 279 (297 f.); *ders.*, Common Sense, S. 472 ff.

II. Die notwendige Erweiterung des Untersuchungsgegenstands

Für die Rechtsvergleichung als rechtswissenschaftliche Disziplin ergeben sich aus diesen Entwicklungen unterschiedliche Konsequenzen. Insbesondere evolvieren sie vielerorts den Wunsch, ihr Untersuchungsprogramm zu erweitern.³⁰

Insofern wird zunehmend gefordert, die Vergleichung nationaler Rechtsordnungen müsse heutzutage „interlegalitäts- und pluralitätsbewusst“ erfolgen³¹, d.h. rechtsvergleichende Studien müssten zunehmend berücksichtigen, dass nationale Rechtsordnungen in vielschichtige oder plurale Regelungszusammenhänge eingebettet sind und durch diese geprägt werden. Internationales und transnationales Recht müsse bei der Vergleichung nationaler Rechtsordnungen dort berücksichtigt werden, wo es hinsichtlich ihres Inhalts, ihrer Struktur und ihrer Entwicklung beeinflusst.

Twining fasst dies für die Rechtsvergleichung folgendermaßen zusammen:

So far as the legal landscape is concerned, we may [...] agree that no one can understand their local law by focusing solely on municipal domestic law of a single jurisdiction or nation state; the range of significant actors and processes has been extended; and that the phenomenon of legal pluralism is central to understanding law in today's world.³²

Es gilt hier noch anzumerken, dass Pluralitätsbewusstsein auch für die Rechtsvergleichung im Grunde kein gänzlich neues Phänomen darstellt. Wie oben bereits erwähnt, wurden vor Beginn des 19. Jahrhunderts unterschiedlichste Regelsysteme miteinander verglichen (u.a. die Rechte von Städten bzw. Stadtstaaten, römisches mit kanonischem Recht, Stammesrecht mit feudalem Recht, religiöses mit Naturrecht, usw.).³³ Es scheint insofern nicht unwahrscheinlich, dass die durch die Rechtssetzungsdominanz und Kodifikationsarbeit moderner Nationalstaaten bedingte Verengung des Forschungsgegenstands der Rechtsvergleichung auf den Vergleich nationalstaatlichen Rechts lediglich eine vorübergehende Erscheinung bleiben wird.³⁴

Hinsichtlich der Erweiterung des Untersuchungsprogramms der Rechtsvergleichung wird darüber hinaus gefordert, internationale und staatsferne rechtliche Ordnungsformationen zum Gegenstand rechtsvergleichender Ana-

³⁰ Siehe hierzu *J. Basedow*, JZ (2016), S. 269; *G.-P. Callies*, Rechtsvergleichung; *W. Twining*, MJECCL (1999), S. 217; *M. Siems*, Comparative Law, S. 222 (248, 258–259); *H.M. Watt*, Globalization; *D. Gerber*, TLR (2001), S. 949; *D. Kennedy*, ULR (1997), S. 545; *K. Knop*, NYU JILP (1999–2000), S. 501.

³¹ Eine „global, plurality-conscious perspective“, siehe *W. Menski*, Comparative Law, S. 82 ff.

³² *W. Twining*, MJECCL (1999), S. 217 (217); *M. Reimann* formuliert insofern ebenfalls prägnant: „national systems are no longer alone in the legal universe“, siehe *M. Reimann*, TLR (2001), S. 1103 (1103).

³³ *M. Reimann*, TLR (2001), S. 1103; mit Verweis auf *W. Hug*, HLR (1932), S. 1027; siehe auch Beiträge in *A. Riles* (Hrsg.), Rethinking.

³⁴ *R. Schlesinger*, AJCL (1995), S. 477.

lysen zu machen und sie so in die Disziplin der Rechtsvergleichung zu integrieren.³⁵ Reimann argumentiert insofern stellvertretend für eine ganze Reihe von Autoren:

From [an] academic point of view there are two major reasons why comparative legal scholarship can no longer afford to ignore the transnational sphere.

The first reason is simply that it must direct its efforts not at the world of bygone days but at the legal universe we actually live in today. If this universe consists of an extensive network of legal systems on several levels, with multiple horizontal as well as vertical connections, comparative legal scholarship must make this reality the object of its study. Only then it can help to understand our current conditions. The second reason is that the need for knowledge about transnational legal systems is particularly great. [...] [T]he transnational systems have yet to be explored. Our discipline has produced almost no comparative knowledge about, or understanding of, their genesis, institutions, actors, sources and processes. Nor has comparative law explored the relationship among supranational systems or between them and national laws. Here, we are at the beginning and need all the knowledge we can get.³⁶

Reimann zufolge müsse es also der Rechtsvergleichung auch darum gehen, ihre Perspektive um die horizontalen und vertikalen Beziehungen zwischen Rechtssystemen zu erweitern, um insbesondere auch die internationalen und staatsfernen Regelsysteme des grenzüberschreitenden Raums zu ergründen.³⁷

³⁵ *M. Reimann*, TLR (2001), S. 1103 (1112–1113, 1115 ff.) Es ist anzumerken, dass Reimann mit dem Begriff des *transnational law* sowohl das Völkerrecht als auch das staatsferne Recht des grenzüberschreitenden Raums beschreibt, siehe S. 1106–1108.

³⁶ *M. Reimann*, TLR (2001), S. 1103 (1112).

³⁷ *M. Reimann*, TLR (2001), S. 1103 (1117); *ders.*, AJCL (2002), S. 671 (679 f.); siehe auch *R. Dibaji*, SJIL (2008), S. 253 (256–259).

§ 2 Die Perspektive des Völkerrechts

Der folgende Abschnitt verdeutlicht den Beziehungswandel zwischen Rechtsvergleichung und Völkerrecht aus der Perspektive des Völkerrechts. Genauso wie die Globalisierung das nationale Recht grundlegend verändert und damit die Erweiterung des Untersuchungsgegenstands der Rechtsvergleichung erforderlich macht, erzeugt sie auch einen strukturellen Wandel des Völkerrechts. Sie stellt damit – quasi spiegelbildlich – auch den Grund für die intensivierte Integration der Rechtsvergleichung in die Völkerrechtswissenschaft dar. Dies soll im folgenden Abschnitt veranschaulicht werden. Hierzu wird in einem ersten Schritt der strukturelle Wandel des Völkerrechts dargestellt. In einem zweiten Schritt werden die erhöhten Bedarfe nach systematischen und methodisch reflektierten Rechtsvergleichen zur inhaltlichen Bestimmung und Entwicklung des Völkerrechts bzw. seiner Rechtsquellen aufgezeigt.

I. Funktionaler und struktureller Wandel

Der strukturelle Wandel des Völkerrechts kann zusammenfassend wie folgt beschrieben werden: Zum einen hat die Zunahme grenzüberschreitender Prozesse eine Expansion der völkerrechtlichen Sachmaterien, seiner Rechtsquellen, Spruchkörper¹, der Menge seiner Rechtssubjekte und der es beeinflussenden Akteure bewirkt (Staaten, internationale Organisationen bzw. grenzüberschreitend agierende Nichtregierungsorganisationen und Unternehmen).² Zum anderen durchläuft das Völkerrecht auch funktional seit einigen Dekaden einen grundlegenden Wandel. Diente es früher vor allem einer punktuellen, zwischenstaatlichen Abgrenzung und Koordination von Hoheitsbefugnissen, ist es heute zunehmend verdichtet und diversifiziert, auf Kooperation angelegt sowie auf die Lösung komplexer grenzüberschreitender Problemlagen ausgerichtet.³

¹ C. Romano, NYU JILP (1999), S. 709; R. Mackenzie et al., The Manual; siehe auch C. Tomuschat, International Courts; vertiefend A. v. Bogdandy/I. Venzke, ZaöRV (2010), S. 1.

² W.G. Vitzthum, Völkerrecht, S. 11 ff.

³ Der klassische Text hierzu ist von W. Friedman, Changing, S. 60–62; siehe auch S. Hobe, DLR (2002), S. 655; P. Sands, NYU JILP (2000–2001), S. 527.

Im Zuge der Verdichtung wurden zwei gegenläufige Trends beobachtet. Einerseits wird konstatiert, dass Diversifikation und Expansion eine Zunahme der dem Völkerrecht grundsätzlich innewohnenden „Fragmentierung“ bzw. „relativen Normativität“⁴ befördern, ebenso wie die „Konkurrenz der Rechtsordnungen“.⁵ Es wurde und wird insofern gefragt und diskutiert, ob und inwieweit die Gefahren von Normenkollisionen und damit die Bedarfe nach Ordnung und Koordination eher zu- als abnehmen werden.⁶

Andererseits wird auch die Entstehung neuer sowie die Verfestigung alter Ordnungsmuster beobachtet, die das Völkerrecht zunehmend strukturieren.⁷ Solche Entwicklungen wurden verschiedentlich unter dem Begriff der „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“ zusammengefasst. Diese umfasst u.a. eine Normen-Hierarchisierung sowie die Herausbildung allgemeiner Strukturprinzipien.⁸ Aus einer „Gesellschaft“ wird so eine „Gemeinschaft“ von Staaten.⁹ Deren Beziehungen ordnen sich partiell verfassungsrechtsähnlich und sind dabei grundlegenden Werten verpflichtet. Als bedeutsam erachtet werden insoweit z.B. die Entstehung von *jus cogens*¹⁰, Verpflichtungen *erga omnes*¹¹, die Bindung der Politik an das Recht i.S.e. *rule of law*, die universelle Geltung der Menschenrechte, das Schädigungsverbot, aber auch die zunehmende Präsenz und Wirksamkeit von Prinzipien wie etwa Demokratie, Gewaltenteilung, Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit usw.¹²

⁴ Paulus weist mit Recht darauf hin, dass auch das klassische Völkerrecht durch seinen ursprünglichen Bilateralismus notwendigerweise fragmentiert war: „Rechte und Pflichten verschiedener Staaten sind nicht deckungsgleich, ebensowenig wie die Rechtsdurchsetzungsmechanismen.“, siehe A. Paulus, *Zusammenspiel*, S. 7 (38); D. Shelton, *International Law*, S. 137 (145, 148–149).

⁵ T. Giegerich, *VVDStRL* (2010), S. 57; A. Peters, *VVDStRL* (2010), S. 7.

⁶ Zur Fragmentierungsdiskussion siehe u.a. *Study Group*, *Fragmentation*; siehe auch A. Zimmermann, *Durchsetzung*; B. Simma/D. Pulkowski, *EJIL* (2006), S. 483 (494–506); früh bereits I. Brownlie, *Rise of Peoples*, S. 1 (15); zu den Ordnungsbedarfen im Völkervertragsrecht siehe u.a. N. Matz, *Koordinierung*, S. 1–24. Zur Rolle der Rechtsvergleichung siehe im Wettbewerb von Rechtsordnungen, siehe T. Giegerich, *VVDStRL* (2010), S. 57; G.-P. Callies, *Rechtsvergleichung*.

⁷ Diese werden auch im sogenannten *Global Administrative Law* sowie in staatsfernen transnationalen Ordnungsformationen ausgemacht. Siehe hierzu B. Kingsbury/N. Krisch/R.B. Stewart/J. Wiener, *Law & Contemporary Problems* (2005), S. 1 ff.; G. Teubner, *Verfassungsfragmente*, S. 72 ff.

⁸ A. Peters, *IJIL* (2006), S. 579 ff.; A. Peters, *Global Constitutionalism*, S. 1484 ff.; A. v. Bogdandy, *AJIL* (2006), S. 25 ff.; J. Klabbers, *Setting the Scene*, S. 1 ff.; B. Fassbender, *The Meaning*, S. 847 ff.; J. Habermas, *Constellations* (2008), S. 444 ff.

⁹ H. Mosler, *RdC* (1974); C. Tomuschat, *RdC* 1992; B. Simma, *RdC* 1994, S. 217 f.

¹⁰ A. Bianchi, *EJIL* (2008), S. 491 ff.

¹¹ J.A. Frowein, *Obligations*.

¹² P.G. Carozza, *AJIL* (2003), S. 97 ff.; A. Stone Sweet/J. Mathews, *ColJTlR* (2008), S. 160 ff.; E. de Wet, *NILR* (2000), S. 181 ff.; A. v. Bogdandy/I. Venzke, *In wessen Namen*, S. 215 f.; J. Bäumler, *Das Schädigungsverbot*; L.J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism*, S. 133 ff.

Nicht zuletzt steht auch das Völkerrecht zunehmend in einem interlegalen Verhältnis zu den anderen Rechtssphären und -ebenen.¹³ Traditionell speist und orientiert sich das Völkerrecht begrifflich und konzeptuell aus bzw. an dem Landesrecht.¹⁴ Darüber hinaus bewirkt es u.a. direkt oder indirekt die Angleichung nationaler Rechtsordnungen, in dem es sie unmittelbar bestimmt¹⁵, gemeinsames Recht erzeugt oder die Schaffung regionaler Wirtschafts- und Rechtsräume begünstigt und prägt.¹⁶ Weitergehend kommt es zu einer Integration oder „Hybridisierung“ nationalstaatlichen oder staatsfernen Rechts. So wenden einerseits sogenannte „hybride Straftribunale“ heutzutage sowohl internationales als auch nationales Strafrecht an.¹⁷ Darüber hinaus integrieren andererseits internationale Organisationen wie etwa die WTO, der IMF oder die Weltbank zunehmend private Standards in ihre Verwaltungs- oder Entscheidungspraxis.¹⁸ Außerdem leisten privat-öffentlich gemischte Organisationen Beiträge zur Entwicklung des Völkerrechts, indem sie grenzüberschreitend Standards setzen, internationale Vertragsgestaltung befördern oder internationale Spruchkörper beraten.¹⁹ Auch im Bereich der Um- und

¹³ Speziell zum Rechtspluralismus im Völkerrecht siehe *A. Paulus*, *Emergence*, S. 216 (S. 231 f.); *W. Burke-White*, *MJIL* (2003–2004), S. 963; *P.S. Berman*, *YJIL* (2007), S. 301; siehe auch Beiträge in *J. Klabbers/T. Piiparinen* (Hrsg.), *Normative*.

¹⁴ Siehe bereits *H. Triepel*, *Völkerrecht*, S. 211 ff.; *P. Guggenheim*, *Landesrechtliche Begriffe*; *D. Peat*, *Comparative Reasoning*, S. 3 f.

¹⁵ Das wichtigste bindende völkerrechtliche Mittel der Rechtsangleichung ist der zwischenstaatliche Vertrag. In ihm werden Angleichungen konkret vereinbart oder Verpflichtungen zur Aufnahme von Integrationsverhandlungen festgelegt. Siehe *K.H. Ebert*, *Rechtsvergleichung*, S. 192 ff.; *J. Kropholler*, *Einheitsrecht*, S. 254 ff.; siehe auch *C. v. Bar*, *Privatrecht*, § 2 III.

¹⁶ Während der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) z.B. gemeinsames neues übernationales Recht der EU-Mitgliedstaaten schaffen, begünstigt z.B. das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (*The General Agreements on Tariffs and Trade = GATT*) in Art. XXIV :4 bis 12 durch Ausnahmen vom Grundsatz der Meistbegünstigung zugunsten von Zollunionen und Freihandelsabkommen die regionale Wirtschaftsintegration und damit die Schaffung regionaler Zoll- und Handelsabkommen, vgl. *M. Herdegen*, *Wirtschaftsrecht*, S. 149; siehe insbesondere *M. Trebilcock et al.*, *Regulation*, S. 83 ff.

¹⁷ Hybride Strafgerichte existieren u.a. für bestimmte Konflikte in Kambodscha, Libanon, Sierra Leone, dem Irak und Senegal. Die Gerichte urteilen auf der Grundlage von nationalem und Völkerstrafrecht unter Beteiligung von nationalen und internationalen Richtern. Rechtsgrundlage sind Verträge zwischen den jeweiligen Staaten und den Vereinten Nationen (jeweils online erhältlich). Im Falle Libanons ist der Vertrag abgestützt durch eine verbindliche Resolution des Sicherheitsrats unter Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen. Siehe *S. William*, *Hybrid*; *A. Paulus* in: *Simma* u.a. (Hrsg.), Art. 29 Rn. 95–98; siehe auch *C. Tomuschat*, *International Courts*, Rn. 11, 17 ff.

¹⁸ *F. Caffaggi*, *New Foundations*; siehe auch *O. Dilling/T. Markus*, *ZUR* (2016), S. 4.

¹⁹ Siehe zur International Organization for Standardisation *J. Morrison/N. Roth-Arriaza*, *Private*; siehe zur World Conservation Union (IUCN) *L. Christoffersen*, *GGY*(1997), S. 59. Der Internationale Seegerichtshof akzeptierte im Rahmen seines Gutachtens zum Tief-

Durchsetzung sowie der Justizialisierung völkerrechtlicher Abkommen gewinnen grenzüberschreitende subnationale Verwaltungskooperationen²⁰ sowie private Akteure²¹ und Schiedsgerichte²² zunehmend an Bedeutung. Nicht zuletzt ist wiederum die nationale und internationale Umsetzungs- und Rechtsprechungspraxis bedeutsam für die Inhaltsbestimmung und Weiterentwicklung der in Art. 38 Abs. 1 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (IGH-Statut) genannten „klassischen Völkerrechtsquellen“, also für die Gestaltung und Durchführung „internationaler Übereinkünfte“, die Identifikation „internationalen Gewohnheitsrechts als Ausdruck einer als Recht anerkannten Übung“ sowie die „Erschließung der von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze“.²³ Diesbezüglich kommt es vermehrt zu einem vergleichenden und abgleichenden Gedankenaustausch nationaler, internationaler und privater Gerichte bzw. Spruchkörper.²⁴

seebodenbergbau den IUCN als Internationale Organisation und ermöglichte ihm die Vorlage von Informationen, siehe ITLOS Order 2010/3, 18 May 2010; Seabed Activities Advisory Opinion, Rn. 7 und 11.

²⁰ Zu den grenzüberschreitenden Kooperationen von Städten siehe *H.P. Aust*, Recht der globalen Stadt. Ders. auch zum Beitrag der Städtnetzwerke bei der Verwirklichung von Klimaschutzzielen in *H.P. Aust*, *ZöaRV* (2013), S. 673; siehe hierzu auch *L. Helfst*, Klimaschutzregulierung; zu transnationalen Verwaltungskooperationen im Bereich des Umweltrechtsvollzugs, siehe z.B. die Arbeit des International Consortium of Combating Wildlife Crime, abrufbar unter: <http://www.cites.org/eng/prog/iccwc.php>; siehe auch *J. Werner*, EU-Netzwerk.

²¹ Beispielhaft soll hier auf einige ausgewählte Quellen im Bereich des Umweltrechts verwiesen werden. Zur Rolle der Implementierung des Internationalen Übereinkommens von 1973 zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch Schiffe sowie das dazugehörige Protokoll von 1978 den Verschmutzungen, die sich aus dem Schiffsbetrieb ergeben (BGBl. 1982 II, 2; Neufassung vom 18.9.1998, BGBl. 1998 II, 2546; siehe auch zur Neufassung der amtlichen Übersetzung vom 12.3.1996, BGBl. 1996 II, 399) sowie des Übereinkommens über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen vom 3.3.1973 (939 UNTS 243; BGBl. 1975 II, 773) bei *D. Bodansky*, *Environmental Law*, S. 201–211; siehe auch *C. Bruch/J. Pendergrass*, *GELR* (2003), S. 855; siehe auch *P. Sands/J. Peel*, *Principles*, S. 86–92, 155 ff. Bei der Finanzierung von Umweltschutzmaßnahmen gewinnen sogenannte *public-private-partnerships* an Bedeutung. So wird z.B. das *Great Apes Survival Project* durch 23 Arealstaaten, in denen diese Arten vorkommen (engl *range countries*), sowie durch verschiedene Geberländer und Nichtregierungsorganisationen finanziert und im Rahmen von vier internationalen Schutzabkommen unterstützt, siehe *C. Redgwell*, *Heritage Convention*; zur privaten Zertifizierung der Nachhaltigkeitsqualität von Biomasseimporten siehe *A. Schmeichel*, *Towards*.

²² Grundlegend *C. McLachlan et al.*, *International*; m.w.N. *M. Herdegen*, *Wirtschaftsrecht*, S. 120 ff.; siehe z.B. auch *M. Krajewski*, *ZUR* (2014), S. 396.

²³ Siehe hierzu ausführlich die Teile IV, V, VI.

²⁴ Siehe die Beiträge in O.K. Fauchald/A. Nollkaemper (Hrsg.), *Practice*; *E. Bjorge*, *International Court*; *A. Roberts*, *ICLQ* (2001), S. 57; *E. Voeten*, *TJLS* (2010), S. 547; *K. Dzehtsiarou*, *UCDLR* (2010), S. 109; *C. McLachlan*, *ICLQ* (2005), S. 279; *M. Ambrus*, *ELR* (2009), S. 353; siehe auch *F. Kirchhof*, *EuR* (2014), S. 267; siehe bereits bei *K. Knop*, *NYU JILP* (1999–2000), S. 501; *A.-M. Slaughter*, *World Order*, S. 65 ff.; *D. Peat*, *Comparative Reasoning*.

II. Wachsende Bedarfe nach Rechtsvergleichung

Der aufgezeigte funktionale und strukturelle Wandel des Völkerrechts erzeugt einen gesteigerten Bedarf nach rechtsvergleichenden Analysen zur Entwicklung des Völkerrechts. Der erhöhte Bedarf ergibt sich dabei zuallererst aus der Expansion und normativen Verdichtung des Völkerrechts, also aus dem gestiegenen Bedarf nach Erweiterung, Entwicklung und Verwirklichung der klassischen Rechtsquellen i.S.d. Art. 38 IGH-Statut. In diesem Zusammenhang hat die Rechtsvergleichung sowohl das nationale Recht einzelner Staaten als auch zunehmend völkerrechtliche Vertragswerke²⁵ und Regime²⁶ sowie durchaus auch staatsferne Regularien zum Gegenstand.²⁷ Ihre Funktion ist in allen Fällen informatorischer Natur, wobei sich die Verwendungszwecke hinsichtlich der gesammelten Informationen wiederum unterscheiden. Der folgende Abschnitt skizziert die möglichen Aufgaben und Funktionen der Rechtsvergleichung am Beispiel der einzelnen Rechtsquellen des Völkerrechts. Dabei wird sowohl auf das nationale als auch auf das internationale Recht als mögliche Erkenntnisquellen Bezug genommen.

1. Zur Gestaltung und Durchführung völkerrechtlicher Verträge

Rechtsvergleichende Analysen sind regelmäßig konzeptioneller Ausgangspunkt völkerrechtlicher Vertragsgestaltung. Das betrifft sowohl Verträge, die zum Zwecke der Vereinheitlichung unterschiedlicher nationaler Rechtsordnungen abgeschlossen werden, als auch Verträge, die der normativen Ordnung zwischenstaatlicher Beziehungen und Konflikte dienen. Insbesondere im letzteren Fall kann die Vertragsgestaltung auch die Schaffung internationaler Organisationen und Spruchkörper beinhalten, deren rechtliche Konstruktion ebenfalls stark auf rechtsvergleichende Arbeiten zurückgehen kann.²⁸ Hinsichtlich des Beitrags der Rechtsvergleichung in diesem Zusammenhang mag man verschiedene Funktionen unterscheiden.

²⁵ *M. Siems*, Comparative Law, S. 220–221; früh bereits *G. Ress*, ZaöRV (1976), S. 227 (249); *A.F. Schnitzer*, ZfRV (1976), S. 13. Zu konkreten Anwendungsfeldern und weiteren Verweisen siehe unten.

²⁶ Zum Regimebegriff mit weiteren Nachweisen im Völkerrecht siehe *M. Ruffert/C. Walter*, Institutionalisiertes Völkerrecht, S. 5.

²⁷ *M. Reimann*, Comparative Law, S. 13 (20–21); *W. Twining*, MJECL (1999), S. 217. Twining hält „cross-sectoral comparisons“ zwischen allen Regelungsebenen im Prinzip für möglich; siehe auch *H.M. Watt*, Globalization, S. 578 (606–607); *P. Zumbansen*, Transnational comparisons.

²⁸ Die Struktur des EuGHs wurde in den frühen 1950er Jahren stark an den Strukturen des französischen Conseil d'État orientiert, siehe hierzu z.B. *D. Tamm*, History. Siehe grundlegend bereits *G. Ress*, ZaöRV (1976), S. 227–279.

Ganz grundlegend kann die Rechtsvergleichung die vertragsgestaltenden Staaten darüber informieren, welches Verständnis andere Staaten generell vom Völkerrecht haben und welche Erwartungen, Ziele und Interessen sich für die internationalen Beziehungen im Allgemeinen sowie für konkrete Verhandlungen im Besonderen daraus ableiten.²⁹ Z.B. waren derartige Vergleiche zur Zeit des Kalten Krieges im Hinblick auf die Rechtsauffassungen der damaligen Ostblockstaaten besonders wichtig.³⁰ Die Bedeutung entsprechender Studien dürfte seit 1989 aber eher zugenommen haben und angesichts der sich wandelnden internationalen Beziehungen perspektivisch auch weiter zunehmen.³¹ Die älteren Studien zum Völkerrechtsverständnis der ehemaligen Ostblockstaaten sowie die jüngeren Studien zum „muslimischen“, „afrikanischen“, „südamerikanischen“ oder „asiatischen“ Völkerrechtsverständnis zeigen, dass keineswegs davon auszugehen ist, dass dieses europäisch und anglo-amerikanisch geprägtem Völkerrechtsdenken immer vollumfänglich entspricht.³²

Weitergehend kann die Rechtsvergleichung im Rahmen der internationalen Vertragsgestaltung über die unterschiedlichen Rechtsvorstellungen, Regelungstraditionen, -techniken, -methoden und -ansätze anderer beteiligter Staaten hinsichtlich der konkret infrage stehenden Rechtsprobleme informieren und so das Verständnis für die unterschiedlichen Verhandlungspositionen und -optionen erweitern. Die Rechtsvergleichung kann so die vertragliche Einigung auf eine sachgemessene internationale Rechtslösung befördern.³³ Ent-

²⁹ I. Seidl-Hohenveldern, Rechtsvergleichung, S. 253 (257); siehe insofern die biographischen Aspekte des berühmten Rechtsvergleichers John Hazard, der jahrelang maßgeblich an der Ausgestaltung der internationalen Beziehungen zwischen den USA und der damaligen UdSSR mitwirkte, in *B.N. Mamlyuk/U. Mattei*, BJIL (2011), S. 385 (406 ff.); siehe auch *F. Feldbrugge*, RCEEL (2009), S. 99; *W. Butler*, International Law, S. 25 (26).

³⁰ S.o. (Fn. 23).

³¹ Siehe überblicksartig zum Bedeutungszuwachs verschiedener Staaten für die Entwicklung des Völkerrechts *M. Herdegen*, Völkerrecht, S. 26–30.

³² Zum Beispiel des muslimischen Verständnisses des Völkerrechts siehe insbesondere *Mahmoudi*, Islamic Approaches; *T. Roeder*, ZaöRV (2012), S. 521; *J. DeLisle*, ASIL (2000), S. 267; *B. Saul*, ASR (2013), S. 196; *B.D. Chimni*, AYIL, (2008), S. 249; *T. Ruskola*, UCDA LR (2011), S. 879; *H. Ruiz Fabri*, AsJIL (2010), S. 83; *K.R. Bashir*, Islamic International Law. Eine hinduistische Perspektive auf das Völkerrecht lieferte schon *K.R.R. Sastry*, RdC (1966), S. 503; siehe auch *G. Kaminski*, Chinesische Positionen; *B.N. Mamlyuk/U. Mattei*, BJIL (2011), S. 385 (393); mit vielen weiteren Verweisen auf ältere Literatur zu divergierenden nationalen Völkerrechtsverständnissen, siehe *L. Green*, TLR 52 (1967–1968), S. 52 (54–55). Siehe zur deutschen Perspektive auf das Völkerrecht insbesondere *T. Giegerich/A. Zimmermann*, GYIL (2007), S. 15; *M. Koskeniemi*, Redescriptions. Yearbook of Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory 2011, S. 45 ff.

³³ Siehe Beispiele bei *G. Ress*, ZaöRV (1976), S. 227; beispielhaft sei hier auf die von den Vereinten Nationen im Rahmen der ersten VN-Seerechtskonferenz in Auftrag gegebenen rechtsvergleichenden Studie zur Eruiierung der Staatenpraxis hinsichtlich der Ausweitung hoheitsrechtlicher Ansprüche auf sogenannte „archipelagische Seegebiete“ genannt werden: siehe *J. Evensen*, Legal Aspects; für den besonderen Fall der EU siehe *R. v. Gestel/H.-W. Micklitz*, Comparative Law.

scheidend ist, dass die Gestaltung moderner internationaler Verträge durch Staaten regelmäßig auf landesrechtlich geprägtem Rechtsdenken und geltendem Recht aufbaut und hierdurch wesentlich mitbestimmt wird. Zum einen ist bestehendes innerstaatliches Recht mit seinen Regulierungstraditionen und -praktiken, Rechtsfiguren und Normierungsansätzen häufig der konkrete konzeptionelle Ausgangspunkt einzelner Parteien in internationalen Vertragsverhandlungen. Zum anderen sind gesellschaftliche Prozesse, die zunehmend Anlass für völkervertragsrechtliche Abstimmungsprozesse sind, innerhalb staatlicher Hoheitsbereiche in aller Regel bereits durch Landesrecht z.T. weitreichend geordnet. Bestehendes nationales Recht ist insoweit Ausdruck einer im Rahmen der innerstaatlichen Verfassungsordnung zustande gekommenen politischen Willenseinigung. Insofern definiert es maßgeblich den konzeptionellen und regulativen Rahmen, innerhalb dessen ein Staat international regulierend tätig werden will und kann.³⁴

Eine weitere wichtige informatorische Funktion im Zusammenhang mit der Vertragsgestaltung ist, dass in den verglichenen Rechtsordnungen Erfahrungen hinsichtlich der rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen der unterschiedlichen rechtlichen Lösungsansätze vorhanden sind. Diese Erfahrungen können dann für die Vertragsgestaltung fruchtbar gemacht werden. Rechtsvergleiche können z.B. das Problemverständnis erweitern sowie einen Beitrag zur Analyse möglicher sozialer, ökonomischer und ökologischer Folgen leisten. Rechtsvergleichung dient insoweit auch als Instrument der Rechtssetzungsfolgenabschätzung und damit wiederum als ein Element guter Rechtssetzung i.S.d. Gesetzgebungslehre.³⁵

Die Rechtsvergleichung zum Zwecke der Vertragsgestaltung kann dabei nicht nur von einem Vergleich landesrechtlicher Regelungsansätze profitieren. Es kann zunehmend beobachtet werden, dass sie auf Vergleiche bereits existierender internationaler Verträge und Regime zurückgreift. Verglichen werden u.a. die vertraglich festgeschriebene Gestaltung internationaler Organisationen sowie deren sekundärrechtlichen Lösungsansätze für vergleichbare Problemlagen (z.B. im Bereich Umweltschutz³⁶, Ressourcenschutz³⁷, Menschen-

³⁴ K. Zemanek, ZaöRV (1964), S. 454; siehe auch G. Ress, ZaöRV (1976), S. 227 (234). Analog für die Gestaltung von Sekundärrecht innerhalb der EU, siehe R. v. Gestel/H.-W. Micklitz, Comparative Law.

³⁵ Siehe hierzu vertiefend Teil VI, § 3, III.

³⁶ Siehe z.B. L. Thoms, CJTL (2003), S. 795; G. Rose/L. Kurukulasuriya, Comparative Analysis; siehe auch U. Beyerlin/P.-T. Stoll/R. Wolfrum, Conclusions; A. Tanzi/C. Pitea, Non-Compliance; siehe auch die Beiträge in G. Ulfstein/T. Marauhn/A. Zimmermann (Hrsg.), Making Treaties Work, S. 115 ff.; R. Mitchell, ARER (2003), S. 429; N. Khuchua, Environmental protection.

³⁷ B.E. Heim, VJTL (1990–1991), S. 819; I. Unterweger, International Law; M. Lack, Catching; J. Ziemer, Interesse; M.W. Lodge et al., Practices; J. v. Dyke, UNEP.

rechte³⁸). Auch hier mag man zwischen verschiedenen informatorischen Zielen unterscheiden. Mögliche Erkenntnisziele vergleichender Arbeiten können zum einen das Auffinden konkreter problemadäquater Lösungsansätze für ähnlich gelagerte Sach- und Rechtsprobleme sein. Insofern ist zu betonen, dass die wachsende Komplexität und Originalität der Ordnungsformationen im internationalen Recht die Menge an unterschiedlichen regulativen Lösungsansätzen vergrößert, deren Auffinden und komparative Analyse traditionell eine zentrale Aufgabe der Rechtsvergleichung darstellt.³⁹ Zum anderen kann das Erkenntnisziel das bessere Verständnis der Funktionsweise bestimmter internationaler Rechtsinstrumente oder Organisationsstrukturen sein. Gegenüber den Vergleichen nationaler Regelungsansätze haben die Vergleiche solcher Ordnungen den Vorteil, dass es sich bereits um völkerrechtliche Regelungen handelt und Erfahrungen hinsichtlich der besonderen internationalen Herausforderungen der Verwirklichung des konkreten Regelungsansatzes bestehen (ein „Transfer“ vom Landesrecht in das Völkerrecht entfällt). Weitergehend haben die Staaten die entsprechenden Regelungen bereits einmal (wenn auch in einem anderen Fall) international bestätigt, woraus eine gewisse Bereitschaft zur weiteren Bestätigung einer gleichartigen Regelung geschlossen werden kann. Entsprechende Präzedenzfälle und Erfahrungen können Verhandlungsprozesse positiv beeinflussen.

Bedeutung scheint die Vergleichung bestehender völkerrechtlicher Vertragswerke und Regime perspektivisch auch für die Koordinierung völkerrechtlicher Verträge und damit für die Ordnung des Völkerrechts zu gewinnen. Vergleiche nationaler und internationaler Regelungen im Zuge der Vertragsverhandlungen für bestimmte, sich zum Teil überlagernde Sachbereiche und Konfliktfelder kann Staaten dahingehend informieren, dass denkbare Normkollisionen oder Zielkonflikte vermieden werden, sei es durch Nichtaufnahme bzw. Anpassung bestimmter Normen oder die Inklusion von Kollisionsvorschriften.⁴⁰ Im Rahmen der Anwendung und Interpretation einzelner Verträge beginnen internationale Organisationen und Gerichte, sich verglei-

³⁸ B.H. Weston/R.A. Lukes/K.M. Hnatt, VJTL (1987), S. 585; A.G. Mower, Human Rights; C. Welch, HRQ (1993), S. 549; M. Ölz, CHRLR (1996–1997), S. 307; siehe aber auch die Beiträge zur Frage der Compliance in G. Ulfstein/T. Marauhn/A. Zimmermann (Hrsg.), Making Treaties Work, S. 15 ff.

³⁹ Zur Auffindung möglicher Regelungsansätze als einer klassischen Aufgabe der Rechtsvergleichung, siehe K. Zweigert/H. Kötz, Rechtsvergleichung, S. 15 ff. Insofern gilt es zu erörtern, welche Erkenntnispotentiale und -grenzen solche Vergleiche haben, wie sich vergleichende Analysen zwischen den unterschiedlichen Ebenen und Formationen vollziehen können und welche methodischen Erwägungen insofern eine Rolle spielen. Siehe hierzu in den folgenden Kapiteln.

⁴⁰ Im Grunde wird Rechtsvergleichung damit zu einer Technik oder Methode der Koordinierung völkerrechtlicher Verträge. Zum letzteren siehe N. Matz, Koordinierung, S. 1–24.

chend an existierenden Auslegungen anderer Verträge zu orientieren, wodurch deren einheitliche Umsetzung befördert wird.⁴¹

Gleichzeitig wird erkennbar, dass die Rechtsvergleichung einen wichtigen Beitrag zur Durchführung völkerrechtlicher Verträge leisten kann. Hier mag man wiederum zwischen der Inhaltsbestimmung einerseits und Umsetzungs- kontrolle andererseits unterscheiden. Ausgangspunkt beider Funktionen ist, dass es vor dem Hintergrund der dezentralen Durchführung internationaler Verträge zu erheblichen Unterschieden zwischen den Interpretationen der Vertragsparteien sowie einem „Auseinanderdriften der Anwendungspraxis“ kommen kann.⁴² Diese Unterschiede können sich u.a. aus den verschiedenen Regulierungs-, Verwaltungs- und Grundrechtstraditionen der Vertragsparteien, dem Mangel an vereinheitlichend wirkender Umsetzungsanleitung bzw. -kontrolle durch eine internationale Verwaltung oder Rechtsprechung sowie aus den z.T. gegenläufigen Interessen der Vertragsparteien ergeben.⁴³ Im Hinblick auf die Inhaltsbestimmung gilt, dass vergleichende Analysen einen Beitrag zum Verständnis leisten können, was die Normen der Verträge konkret bedeuten (i.S.d. Art. 31 und 32 WVK).⁴⁴ So können zuständige internationale und nationale Verwaltungen oder Gerichte rechtsvergleichend eruieren, wie der Inhalt der vertraglichen Norm aus Sicht der vertragsschließenden Parteien vor dem Hintergrund ihrer eigenen nationalen Rechtsverständnisse gemeint gewesen sein könnte.⁴⁵ Außerdem können dieselben Akteure vergleichend untersuchen, wie die vertraglichen Normen in der vertragstaatlichen Umsetzungspraxis inhaltlich bestimmt werden, d.h. wie z.B. nationale Gerichte einzelne Normen interpretieren.⁴⁶ Die Ergebnisse entsprechender Untersuchun-

⁴¹ Siehe unten Teil VI, § 2; siehe auch *A. Roberts et al.*, *Conceptualizing*, S. 3 (4).

⁴² Siehe u.a. *J. Basedow*, *JZ* (2016), S. 269 (269); *A. Roberts et al.*, *Conceptualizing*; *H.P. Aust/A. Rodiles/P.Staubach*, *LJIL* (2014), S. 75; siehe auch Beiträge in *H.P. Aust/G. Nolte* (Hrsg.), *Interpretation*. Siehe bereits *K. Knop*, *NYU JILP* (2000), S. 501.

⁴³ Letztlich gibt es wohl unzählige intendierte oder unintendierte Gründe für eine unterschiedliche Interpretation und Anwendungspraxis. Dazu mögen auch kulturelle, linguistische, epistemologische sowie tagespolitische Gründe zählen. Beispielhaft sei hier auf unterschiedliche Autoren verwiesen, die jeweils unterschiedliche Gründe nennen und verschiedentlich gewichten. Siehe z.B. *A. Chayes/A. Handler Chayes*, *Sovereignty*, S. 10–13; für den Bereich der EU siehe *S. Magiera*, *Durchsetzung*. Siehe auch das Zitat von *Anthea Roberts et al.*: „On issues from treaty interpretations to the content of customary international law, different states and international bodies may set forth different interpretations of the same rules, sometimes strategically, other times unaware of the differences.“ Siehe *A. Roberts et al.*, *Conceptualizing*, S. 3 (4).

⁴⁴ Zur Dogmatik sowie zur praktischen Verwendung rechtsvergleichender Analysen zur Inhaltsbestimmung völkerrechtlicher Verträge durch internationale Gerichte und Tribunale siehe z.B. *D. Peat*, *Comparative Reasoning*.

⁴⁵ *K. Hailbronner*, *ZaöRV* (1976), S. 190 (223–224); *M. Bothe*, *ZaöRV* (1976), S. 280 (281–282); *Rolf Herber* hält diese Funktion für abwegig, siehe *R. Herber*, *Seehandelsrecht*, S. 31–32.

⁴⁶ *J. Basedow*, *JZ* (2016), S. 269.

gen zur Inhaltsbestimmung können ihrerseits als analytische Grundlage einer Durchführungskontrolle dienen und damit zur Erhöhung der Rechtswirksamkeit sowie zur Verwirklichung der Vertragsziele internationaler Abkommen beitragen. Sie ermöglichen Rückschlüsse hinsichtlich der Frage, ob das Verhalten der (Organe der) Vertragsstaaten mit den Zielen, Prinzipien und Regeln der Verträge übereinstimmt (*compliance control*).⁴⁷ Außerdem können Einschätzungen hinsichtlich der Steuerungswirkung der Verträge getroffen werden (*effectiveness control*).⁴⁸ Das Wissen um die Regelkonformität bzw. Nonkonformität sowie die Steuerungswirkung ermöglicht wiederum die Weiterentwicklung der Abkommen zur Beförderung bzw. Verwirklichung der Vertragsziele. Dies kann u.a. durch anleitende, unverbindliche Resolutionen und Richtlinien sowie durch verbindliche Entscheidungen, Vertragsanpassungen oder – im Falle von Rahmenabkommen – durch Protokolle geschehen. Durch die Beförderung inhaltlicher Klarheit, die Erhöhung der Durchfüh­rungs­transparenz sowie einheitlicher und effektiver Umsetzung wird für viele Vertragsparteien wiederum ein wesentlicher Anreiz zur Befolgung der Vertragsregeln gesetzt.⁴⁹

2. Zur Feststellung der Anerkenntnis internationalen Gewohnheitsrechts

Neben ihres möglichen Beitrags zur Vertragsgestaltung und durchführung kann die Rechtsvergleichung nationaler Rechtsordnungen auch einen wichtigen Beitrag zur Feststellung der Anerkenntnis internationalen Gewohnheitsrechts „als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung“ i.S.d. Art. 38 Abs. 1 lit. b) IGH-Statut leisten. Konkret stellt sie ein Erkenntnisverfahren zur näheren Bestimmung seiner Inhalte dar. Sie dient als Verfahren zum empirischen Nachweis der von einer Rechtsauffassung getragenen allgemeinen Übung. Dabei ermöglicht sie insbesondere zwei Erkenntnisakte: die Schlussfolgerungen, was die Inhalte von Übung und *opinio juris* sind, und welchen Grad der Allgemeinheit sie erreicht haben.⁵⁰

Untersuchungsgegenstand der Rechtsvergleichung ist in erster Linie das Verhalten von Staaten. Verglichen werden rechtliche Positionen, so wie sie sich in der von einer Rechtsauffassung getragenen allgemeinen Übung, in ihrer

⁴⁷ K. Raustiala/A.-M. Slaughter, *International Law*, S. 538 (539).

⁴⁸ *Ibid.*, S. 539.

⁴⁹ Chayes/Chayes bestimmen die „ambiguity“ völkerrechtlicher Verträge als eine zentrale „source of non-compliance“. Leistet Rechtsvergleichung einen Beitrag zur Klärung unklarer Rechtsbegriffe, leistet sie einen Beitrag zur Befolgung bzw. Verwirklichung der Vertragsziele. Siehe A. Chayes/A. Handler Chayes, *Sovereignty*, S. 10–13. Siehe insofern auch T.M. Franck, *Fairness*, S. 30 ff.

⁵⁰ Siehe hierzu ausführlich Teil V.

jeweiligen Erscheinungsform, darstellen.⁵¹ Entscheidend ist, dass sich die von einer Rechtsauffassung getragene allgemeine Übung in rechtsförmigem Tun und Unterlassen sowohl auf internationaler als auch auf nationaler Ebene ausdrücken kann. Es kommt insofern darauf an, dass die Übung und *opinio juris* einen Bezug zu den zwischenstaatlichen Beziehungen aufweisen.⁵² Im Hinblick auf die Rechtsvergleichung wird erkennbar, dass sich die Vergleiche der Rechtspositionen unterschiedlicher Staaten entsprechend der verschiedenen Ausdrucksformen staatlicher Übung und *opinio juris* ebenenübergreifend vollziehen können (z.B. in nationalen Gesetzen, Gerichtsentscheidungen sowie in der internationalen Vertragspraxis).⁵³

Viele Autoren und Autorinnen vertraten und vertreten die Auffassung, dass die Bedeutung des Gewohnheitsrechts vor dem Hintergrund der zunehmenden vertraglichen Regelung internationaler Beziehungen abnimmt.⁵⁴ Die völkerrechtliche Praxis bestätigt diesen Befund allerdings nicht eindeutig. Zum einen bestimmt das Gewohnheitsrecht nach wie vor wesentlich viele traditionelle Themen des Völkerrechts, z.B. die Ordnung diplomatischer Beziehungen oder die rechtliche Bewertung der Gewaltanwendung und Konfliktlösung.⁵⁵ Außerdem deutet die jüngere Spruchpraxis internationaler Gerichte daraufhin, dass das Völkergewohnheitsrecht heutzutage dort relevant bleibt und bleiben wird, wo die Beziehungen zwischen Völkerrechtssubjekten nur in geringem Umfang vertraglich geregelt sind.⁵⁶ Das gilt sowohl für die traditionellen Themen als auch für die sich entwickelnden Felder des internationalen Strafrechts, des internationalen Umweltrechts, der Menschenrechte sowie des humanitären Völkerrechts.⁵⁷ Hier erfüllt das Völkergewohnheitsrecht auch weiterhin eine das Vertragsrecht ergänzende Funktion.⁵⁸

3. Zur Feststellung der Anerkenntnis allgemeiner Rechtsgrundsätze

Das seit langem anerkannte Anwendungsfeld der Rechtsvergleichung im Völkerrecht ist der Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze i.S.d. „von den Kul-

⁵¹ Siehe hierzu ausführlich Teil V. So auch bereits *M. Bothe*, ZaöRV (1976), S. 280 (281–282); *K. Hailbronner*, ZaöRV (1976), S. 190 (201–202).

⁵² *A. Bleckmann*, Völkerrecht S. 76; *W. Heintschel v. Heinegg* in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, § 17 Rn. 6, 18; *S. Hobe*, Völkerrecht, S. 210.

⁵³ Siehe hierzu ausführlich Teil V.

⁵⁴ Siehe bereits *C. De Visscher*, Theory, S. 161–162; *W. Friedman*, Changing, S. 121–123.

⁵⁵ Eine aktuelle und umfangreiche Auflistung in diesem Zusammenhang relevanter Urteile internationaler Spruchkörper findet sich bei *B.D. Lepard*, Customary, S. 4 f.

⁵⁶ Siehe hierzu Kapitel 4.

⁵⁷ Siehe z.B. *B. Schlütter*, Developments; *N. Arajärvi*, Changing Nature; siehe auch *B.D. Lepard*, Customary, S. 4 f.

⁵⁸ *W. Heintschel v. Heinegg* in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, S. 472.

turvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze“ i.S.d. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut.⁵⁹ Allerdings sind die Bedeutung, der Begriff, die Rechtsnatur sowie die Inhalte und Entstehungsvoraussetzungen der allgemeinen Rechtsgrundsätze ebenfalls seit langem stark umstritten.⁶⁰ Hierauf wird vertiefend in Kapitel 3 eingegangen. An dieser Stelle soll aber bereits darauf hingewiesen werden, dass nach verbreiteter Auffassung in der Völkerrechtsliteratur zwischen Rechtsgrundsätzen zu unterscheiden ist, die ihren Ursprung im innerstaatlichen Recht haben und solchen, die auf der zwischenstaatlichen Ebene entstehen.⁶¹ Daneben existieren im Völkerrecht auch noch unverbindliche vor- oder proto-rechtliche Grundsätze, denen, trotz ihres nicht-rechtlichen Status, politik-, verwaltungs- und justizlenkende Wirkung zugesprochen wird.⁶²

In der rechtswissenschaftlichen Literatur sowie in der Praxis internationaler Gerichte ist die Auffassung weit verbreitet, dass der Vergleich nationaler Rechtsordnungen den Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze i.S.d. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut ermöglicht.⁶³ Die Grundidee ist, dass aus konkreten, sich ähnlichen Regelungen verschiedener Landesrechte allgemeine Rechtsgrundsätze abstrahiert und in das Völkerrecht transferiert werden (und zwar unter Berücksichtigung von dessen struktureller Besonderheiten).⁶⁴ Ausgangspunkt der Ermittlung des Rechtssatzes ist also die vergleichende Untersuchung verschiedener nationaler Rechtsordnungen im Hinblick auf Normen, aus denen auf das Vorliegen eines allgemeinen Rechtssatzes geschlossen werden kann. Eine wachsende Anzahl von Autoren hält es für möglich, diesen Nachweis auch innerhalb des Völkerrechts zu erbringen, insbesondere im Wege des Vergleichs verschiedener internationaler Verträge.⁶⁵

⁵⁹ Siehe auch Art. 21 Abs. 1 lit. c) des IStGH-Statuts.

⁶⁰ „No other source of international law raises so many doctrinal controversies“. Siehe *V. Degan*, Sources, S. 14.

⁶¹ Siehe bereits im Jahre 1929 *D. Anzilotti*, Völkerrecht, S. 85 ff.; *J. Crawford*, Brownlie's Principles, S. 35–37; *A. Cassese*, International Law, S. 188 ff.; *G. Ress*, Rechtsgrundsätze; *A. v. Arnould*, Völkerrecht, S. 112; *T. Stein/C. v. Buttlar*, Völkerrecht, S. 51; *W. Heintschel v. Heinegg* in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, S. 488.

⁶² Siehe *G. Winter*, International Principles, S. 585 (586 f.); siehe auch *A. v. Bogdandy*, GLJ (2008), S. 1909; *M. Koskeniemi*, General Principles.

⁶³ So im Ergebnis auch *G. Ress*, Rechtsgrundsätze S. 322 (325–326); *W.G. Vitzthum*, Völkerrecht, S. 65; *M. Herdegen*, Völkerrecht, S. 168; *J. Crawford*, Brownlie's Principles, S. 35; *A. Bleckmann*, Völkerrecht, S. 78; *ders.*, Grundprobleme, S. 137 f.; *S. Jacoby*, Rechtsgrundsätze, S. 201 ff., siehe auch *H. Thirlway*, Sources, S. 98 f.; *A. Boyle/C. Chinkin*, Making, S. 193 f.; *I. Seidl-Hohenveldern*, Rechtsvergleichung; *H. Mosler*, Rechtsvergleichung, S. 381 (404); *M. Bothe*, ZaöRV (1976), S. 280; *M. Virally*, Source; *K. Zemanek*, ZaöRV (1964), S. 454; *K.H. Ebert*, Rechtsvergleichung, S. 182 ff.; *H.C. Gutteridge*, Comparative Law, S. 65 ff.; *R. Schlesinger*, AJIL (1957), S. 734; *E. Rabel*, RabelsZ (1927), S. 5.

⁶⁴ Dabei finden Anpassungen der inhaltlichen Aussagen und Wertungen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes an die Strukturen des Völkerrechts statt. Siehe *A. Verdross/B. Simma*, Universelles Völkerrecht, S. 385.

⁶⁵ Siehe hierzu ausführlich Teil IV.