

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](http://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 . . . . .	85
§ 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> . . . . .	
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> . . . . .	
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
BGBI.	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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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-

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> *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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

---

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

<sup>4</sup> 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).<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> Gleichermaßen kann die me-

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Siehe hierzu ausführlich Teil IV, § 1.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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*.

<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup> 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 Konflikthaftern 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).

<sup>10</sup> Hierzu eingehend Teil IV und Teil IV.

<sup>11</sup> 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.

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

<sup>13</sup> 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).

ken<sup>14</sup>, 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.<sup>15</sup>

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.<sup>16</sup> 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

---

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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-

<sup>17</sup> Hierzu eingehend Teil IV, § 1. II.

<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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*.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

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

<sup>20</sup> Überblick in A. Roberts et al., Conceptualizing; D. Peat, Comparative Reasoning.

<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> Das gilt gleichermaßen für die Methoden der Rechtsvergleichung.<sup>23</sup> 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]“.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.

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

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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.





## Sachregister

- Advisory Committee 92 f., 203, 242, 255
- BVerfG
- Philippinische Botschaft 310 f.
- Comparative International Law 2, 7, 37, 352, 353 f., 388 f.,
- Defragmentierung 3, 450, 456
- Dialog der Gerichte, *siehe* Gerichte, Dialog
- Effektuierung 3, 49, 347 f., 401 f., 443 f.
- Erkenntnistheorie 44
- EGMR 36, 42, 247, 288, 389 f., 393 f., 407 f.
- EuGH
- Algera 172 f.
  - Hoechst AG 190 f.
  - Schlussantrag GA in Kokott (Akzo Nobels Chemicals Ltd u.a.) 179 f.
  - Schlussantrag GA Poiares Maduro (FIAMM) 178 f.
- Europäische Kommission 355 f., 376 f.
- Better Regulation Guidelines 381 f.
  - Missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen 378 f.
  - Rechtsvergleichung als Element der Folgenabschätzung 382 f.
  - Rechtsvergleichung in der Primär- und Sekundärrechtsgestaltung 276 f.
- failed states* 36
- Folgenanalyse 25, 380 f.
- Generalanwalt / Generalanwältin 175 f., 178 f.
- Gerichte
- Dialog 396 f., 389 f., 406, 409, 445
  - Gedankenaustausch 22, 396 f.
- Gesetzgebungslehre 25
- Gewohnheitsrecht, international 2, 249 ff.
- Anerkennung 28 f., 257 f., 265 ff.
  - Bedeutung als Rechtsquelle 251 f., 320 f.
  - Frühe Ideen 253 f.
  - Logik 268 f.
  - Methoden der Bestimmung 275 f., 321 f.
    - – Extrapolation 275 f.
    - – Deduktion 275 f.
    - – Induktion 275 f.
  - Rechtsvergleichung als Methode 326 f.
    - – Analyse der Rechtsordnungen 303 f.
    - – Analytische und praktische Schritte 327 f.
    - – Anwendungsbereich 284 f., 326 f.
    - – Auswahl der Übung und *opinio juris* bestimmter Staaten 329 f.
    - – Bedarfsfeststellung 327 f.
    - – Bestimmung des Rechtsatzes 328 f.
    - – Darstellung 332 f.
    - – Erkenntnisziel 326 f.
    - – Funktion 326 f.
    - – Untersuchungsgegenstand 284 f.
    - – Vergleich der Rechtspositionen 331 f.
  - Übung 257 f., 259 f.
  - Verortung der Rechtsvergleichung 283 f., 322 f.
  - Zwei-Elemente-Lehre 257 f.
    - – Abschaffung 271 f.
    - – Erweiterung 271 f.
    - – Kritik 267 f.
    - – Revision 271 f.
- Globalisierung 5, 13, 14, 19, 100
- Governance 16
- Gute Rechtssetzung 25
- Hybride Straftribunale 21
- IAMK
- Domingues 307 f.
- ICC
- Situation in the Democratic Republic of Congo 164 f.
- ICTY
- Prosecutor v. Erdemović 151 f., 304 f.
  - Prosecutor v. Kunarac et al. 158 f.

- IGH
- Arrest Warrant of 11 April 2000 295 f.
  - Fisheries Jurisdiction Case (joint separate opinion) 291 f.
  - Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints made against UNCESO 136 f.
  - Jurisdictional Immunities of the State 297 f.
  - Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua 185 f.
  - North Sea Continental Shelf 294 f.
  - Oil Platforms 145 f.
  - Right of Passage over Indian Territory 138 f.
  - S.S. „Lotus“-Fall 289 f.
  - Western Sahara (Advisory Opinion) 181 f.
- ILC 351 f.
- Arbeitsprozess 357 f.
  - Expulsion of Aliens 363 f.
  - Non-Navigational Uses of International Watercourses 359 f.
  - The Protection of the Atmosphere 368 f.
  - Themenauswahl 357 f.
- Interlegalität 16, 17
- Internationale Straftribunale 149 f.
- Kalter Krieg 35
- Konzeptioneller Dialog 4, 246, 423, 451
- Lehre, dualistische 34
- Lösungsansätze 2, 25 f., 166, 175, 346 f., 423
- margin of appreciation* 36, 394 f., 407 f., 414, 444 f.
- Methoden
- Erkenntniskraft 8
  - Grundlagen 43 f.
  - Leistungsfähigkeit 8
  - Methodendiskussion im Völkerrecht 46 f.
  - Normkonkretisierung 48 f.
  - praxistauglich 7, 69, 125, 281, 322, 386, 415, 457
  - Vergleichs, des 59 f.
  - Verortung der Rechtsvergleichung 49 f.
  - Völkerrechts, des 6, 45 f.
- Methodenlehre 45 f.
- Methodenpluralität 47 f.
- Neutralität der Rechtsvergleichung 66 f.
- Öffentliche Gewalt im internationalen Raum 4, 107, 229, 433,  
Ordnung des Völkerrechts 26  
Ordnungsformationen 1, 16 f., 26, 39, 347, 426
- Problemverständnis 2, 25, 72, 363 f., 413 f., 422 f., 443 f.
- Rationalität 3, 85, 243 f., 332 f., 412, 422, 436 f.
- Recht
- kanonisches 34 f.
  - Natur~ 3
  - positives 3
  - römisches 33 f., 253 f.
- Rechtsfolgen, *siehe* Folgenanalyse
- Rechtsgrundätze, allgemeine
- Anerkenntnis 29 f.
  - Bedeutungswandel 109 f., 205 f.
  - Bedeutungszunahme 109 f., 205 f.
  - Begriffe 123
  - Elemente 112 f.
  - - Anerkenntnis 112 f.
  - - Kulturvölker 113 f.
  - Erkenntnisquellen 91 f., 203 f.
  - Funktionen 90 f.
  - Geltungsgründe 107 f., 205
  - in- und deduktive Bildung 88 f.
  - *in foro domestico* 92 f.
  - Inhalte 90 f., 203 f.
  - Methode der Rechtsvergleichung 234 f.
  - - Auswahl der Vergleichsordnungen 220 f., 232 f.
  - - Bedarfsfeststellung 218
  - - Bestimmung des nachzuweisende Rechtsgrundsatzes 218 f.
  - - Nachweis des Rechtsgrundsatzes 222 f., 233 f.
  - - Transfer 227, 234
  - Nachweis 112 f., 117 f.
  - normtheoretische Überlegungen 86 f., 206 f.
  - Rechtsquelle 91 f., 109 f., 203 f.
  - Rezeption aus Landes- und Völkerrecht 99 f., 206 f.
  - Strukturen 87 f.
  - Typen 91 f., 203 f.
  - Unionsrecht 167 f.
  - vor- und protorechtliche Grundsätze 102 f., 120 f., 234 f.

- Rechtsfortbildung 36
- Rechtsquellen im Völkerrecht 51 f., 91 f., 109 f., 203 f., 205 f., 251 f., 339 f., 401 f.
  - Abgrenzung 55 f.
  - Verhältnis der ~ zueinander 53 f.
- Rechtsquellenlehre im Völkerrecht 6, 51 f.
- Rechtsschöpfung 36, 113, 206, 429
- Rechtsschöpfungskompetenz 90, 93 f., 203, 428
- Rechtstransfer 13 f., 67 f., 227, 234, 243, 419 f., 448
- Rechtsvergleichung
  - Akzeptanz 193
  - analytische und praktische Schritte 195 f.
  - Anwendungsfelder 93 f., 284 f., 289 f., 393 f.
  - Bedarfe 23 f.
  - Erkenntnisverfahren 283 f.
  - Folgenanalyse, Instrument der 25
  - Funktionen 3, 194 f., 389 f.
    - – defragmentierend 4
    - – effektuierend 347 f.
    - – informatorisch 344 f.
    - – klärend 4
    - – legitimitätsstiftend 4
    - – rationalisierend 4
    - – ordnend 4, 26
    - – Umsetzungskontrolle 27 f.
  - interlegalitäts- und pluralitätsbewusst 17
  - Rechtsgrundsätze, allgemeine 85 f.
  - Theorie der 5
  - Untersuchungsgegenstand 5
    - – Erweiterung 17 f.
    - – Wandel 12 f.
  - Untersuchungsprogramm 17
- Regime 7, 119 f., 189 f., 210 f., 230 f., 413 f., 421
- Schiedsgerichte
  - Lusitania-Entscheidung (US-Germany Mixed Claims Commission) 129 f.
  - Russisch-türkischer Streitfall 127
- Ständiger Schiedshof
  - River Rhine Arbitration 187 f.
- Standards, grenzüberschreitend 21
- StIGH
  - Der Mavrommatis-Palistine Concession-Fall 134 f.
  - Wasserentnahme aus der Maas 132 f.
- Transfer, *siehe* Rechtstransfer
- Unionsrecht, Exkurs 167 f., 172 f., 178 f., 190 f., 355 f., 376 f.
- U.S. Supreme Court
  - The Paquete Habana 313 f.
- Verfassungsordnung 25, 169, 346
- Vergleich
  - Etymologie 60 f.
  - Erkenntnistheorie 60 f.
  - funktionalistischer 64 f.
    - – im Völkerrecht 72 f.
    - – idealtypisch 64
    - – Kritik 64 f.
  - horizontal 37
  - Konzeption in der Rechtsvergleichung 64 f.
  - Normanwendung 61 f.
  - Normgestaltung 61 f.
- Verhältnis
  - disziplinäres 32 f.
  - Rechtsvergleichung und Völkerrecht 11 f.
- Verträge, internationale 2, 337 f.
  - Anwendung 2, 406 f.
  - Aufgaben der Rechtsvergleichung 343 f., 397 f.
  - Auslegung 2
  - Bedeutung als Rechtsquelle 339 f., 401 f.
  - Bedeutung der Rechtsvergleichung 343 f., 401 f., 406 f.
  - Begriffe und Typen 337 f.
  - Divergierende Anwendung 386 f.
  - Durchführung 23 f., 406 f.
  - Entwicklung 35
  - Geltungsgrundlagen 340 f.
  - Gestaltung 2, 7, 23 f., 35, 72 f.
  - Funktionen 338 f.
  - Inhaltsbestimmung 27
  - Methode der Rechtsvergleichung 413 f.
    - – Analytische Schritte 415 f.
    - – Anwendungsbereiche 214 f., 326 f., 412 f.
    - – Erkenntnisziele 414 f.
    - – Funktionen 413 f.
    - – Praktische Schritte 414 f.
    - – Untersuchungsgegenstände 414 f.
  - Phasen der Vertragsgestaltung 344
  - Praxis der Vertragsgestaltung 356 f., 403 f.
  - Recht der Verträge 341
  - Umsetzungskontrolle 27
- Völkerrecht
  - Analogien 48, 193, 228, 433

- Diversifikation 20
- Expansion 19, 23, 35
- Fragmentierung 20, 40, 343, 372, 450
- funktionaler und struktureller Wandel 19 f.
- Hierarchisierung 20, 53, 150, 229, 433
- Hybridisierung 21
- Konstitutionalisierung 20
- Lücken 48, 90, 108, 111, 123, 151, 166, 206 f.
- relative Normativität 20
- Strukturprinzipien 20
- Völker- und Landesrecht 48 f.
- Verdichtung 20, 23
- Völkerrechtsverständnisse 24, 38
- Völkerrechtswissenschaft 1, 6, 7, 19, 32 f., 43 f., 426 f.
- Völkergewohnheitsrecht, *siehe* Gewohnheitsrecht
- Wissenschaftstheorie 45, 46, 59, 77, 79, 275
- Welthandelsrecht 36
- Wertungswidersprüche 2, 5, 343, 388 f., 406, 411, 421, 451