

Zur Rechtsvergleichung im nationalen und internationalen Umweltrecht

Till Markus*

Abstract	650
I. Einleitung	650
II. Umweltrechtsvergleichung als Vergleichung öffentlichen Rechts	653
III. Zum <i>status quo</i> der Umweltrechtsvergleichung	657
1. Typologie bisheriger umweltrechtsvergleichender Arbeiten	658
a) Länderberichte	658
b) Kursorische und vertiefende Umweltrechtsvergleiche	660
c) Theoretische Beiträge zur Umweltrechtsvergleichung	662
2. Bewertung	663
IV. Ziele, Anwendungsfelder und Untersuchungsobjekte der Umweltrechtsvergleichung	666
1. Umweltrechtsvergleichung als Erkenntnisverfahren der Rechtswissenschaft	666
2. Ausbildung	667
3. Rechtsvergleichung zur Entwicklung des nationalen Umweltrechts	668
a) Aufzeigen oder Bestätigen von Entwicklungs- und Vereinheitlichungsbedarf	669
b) Problemverständnis, Fortbildungsoptionen, Legitimation	670
c) Analyse und Bewertung möglicher sozialer, ökonomischer und ökologischer Folgen	672
4. Rechtsvergleichung zur Entwicklung des internationalen Umweltrechts	673
a) Zur Gestaltung und Durchführung umweltvölkerrechtlicher Verträge	673
aa) Funktionen der Rechtsvergleichung in den verschiedenen Phasen der Vertragsgestaltung	674
bb) Beispiel: Die Arbeiten der International Law Commission zu den International Watercourses	678
(i) Die Arbeit der ILC als geeigneter Untersuchungsgegenstand	678
(ii) Non-Navigational Uses of International Watercourses	680
b) Zur Feststellung der Anerkennung des internationalen Gewohnheitsrechts	683
aa) Funktionen und Untersuchungsgegenstände	683
bb) Beispiel: <i>Fisheries Case</i>	686
c) Zur Feststellung der Anerkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze	689
aa) Funktionen der Rechtsvergleichung	690
bb) Beispiel: <i>River Rhine Arbitration</i>	691
V. Methodische Aspekte der Umweltrechtsvergleichung	693
1. Der funktionalistische Vergleich in der Rechtsvergleichung	694
2. Orientierungspunkte für den Vergleich im Umweltrecht	696
VI. Perspektiven	706
Summary: Comparative Law's Contribution to National and International Environmental Law	707

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung – UFZ in Leipzig sowie Privatdozent am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Bremen. Wertvolle Hinweise verdankt er *Dr. Jana Bovet, Dr. Moritz Reese, Dr. Elisabeth Veronika Henn, RAin Anne Kling, Dr. Jochen Gebauer, Prof. Dr. Peter Schütte* und *Dr. Guido Wustlich*. Etwaige Fehler oder Irrtümer liegen allein in der Verantwortung des Autors.

Abstract

Der folgende Beitrag untersucht die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Entwicklung des nationalen und internationalen Umweltrechts. Hierzu bestimmt er den Charakter der Umweltrechtsvergleichung als eine Vergleichung vornehmlich öffentlichen Rechts, analysiert ihren *status quo*, systematisiert ihre verschiedenen Ziele und Funktionen, eruiert vertiefend und anhand von Beispielen ihren möglichen Beitrag zur Entwicklung des internationalen Umweltrechts und identifiziert abschließend zentrale Elemente eines methodischen Vorgehens der Umweltrechtsvergleichung. Untersuchungsleitende These ist, dass der Bedarf nach Rechtsvergleichen für die Entwicklung des Umweltrechts in den letzten Dekaden kontinuierlich gewachsen ist und weiterhin wachsen wird. Dies folgt primär aus der globalen Entfaltung zentraler gesellschaftlicher Prozesse sowie aus der Zunahme, Beschleunigung und Vertiefung grenzüberschreitender Umweltprobleme.

I. Einleitung

Die Belastung der Umwelt durch den Menschen nimmt weltweit rasant zu.¹ Wiesen Naturwissenschaftler*Innen vor gut einem halben Jahrhundert noch etwas zaghaft auf die “Grenzen des Wachstums” hin,² warnen sie heute eindringlich vor dem Überschreiten “planetarer Grenzen” und verwenden “erdzeitalterliche” Maßstäbe, um seinen Einfluss zu verdeutlichen.³ Die zentralen Gründe hierfür sind der dynamische technologische Fortschritt, das beschleunigte Bevölkerungswachstum, die zunehmende Internationalisierung der Märkte sowie das sich global verändernde Konsumverhalten und die damit verbundene Eingriffstiefe in die Natur. Vor diesem Hinter-

¹ Diese Entwicklung vollzieht sich insbesondere seit dem Ende des zweiten Weltkriegs rasant. Siehe W. Steffen/W. Broadgate/L. Deutsch/O. Gaffney/C. Ludwig, The Trajectory of the Anthropocene: The Great Acceleration, *The Anthropocene Review* 2 (2015), 81.

² Siehe D. Meadows/D. L. Meadows/J. Randers, *The Limits to Growth*, 1972.

³ J. Rockström/W. Steffen/K. J. Noone/Å. Persson, A Safe Operating Space for Humanity, *Nature* 46 (2009), 472; W. Steffen/K. Richardson/J. Rockström/S. E. Cornell, Planetary Boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet, *Science* 347 (2015), 736. Aus rechtlicher Perspektive siehe vor allem J. Kersten, Das Anthropozän-Konzept, *Kontrakt – Kompositum – Konflikt, Rechtswissenschaft* 3 (2014), 378, G. Winter, Rechtsprobleme im Anthropozän: Vom Umweltschutz zur Selbstbegrenzung, *ZUR* 28 (2017), 267; C. Franzius, Klimaschutz im Anthropozän, *EurUP* 17 (2109), 498; zuletzt *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, *Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen – zur Legitimation von Umweltpolitik*, 2019.

grund wächst nahezu parallel der Bedarf nach effektivem Umweltrecht.⁴ Angesichts der grenzüberschreitenden, teilweise sogar globalen Struktur vieler Umweltprobleme hat auch die Suche nach wirksamen rechtlichen Lösungen möglichst weitläufig zu erfolgen. Die Dringlichkeit vieler Umweltprobleme gebietet es, das Reservoir rechtlicher Ideen und Erfahrungen voll auszuschöpfen. Die Rechtsvergleichung ist aufgrund ihrer Wissensbestände und ihrer Methoden prädestiniert, diesen Prozess zu unterstützen und mitzugestalten.⁵

Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass die akademischen Diskurse zum Umweltrecht und zur Rechtsvergleichung nach wie vor unverbunden wirken. Kaum eines der zentralen umweltrechtlichen Lehr- und Handbücher im deutsch- oder englischsprachigen Raum geht auf die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Umweltrecht ein.⁶ Gleiches gilt spiegelbildlich für die Lehr- und Handbücher zur Rechtsvergleichung.⁷

Die Folgen sind bei der Lektüre umweltrechtlicher Vergleichsstudien durchaus erkennbar.⁸ So enthalten viele rechtsvergleichende Arbeiten zwar

⁴ Die Entwicklung des Umweltrechts hat es bisher nicht geschafft, eine Trendwende hinsichtlich des Verlusts zentraler Umweltgüter, wie etwa der Biodiversität, der fruchtbaren Böden oder der Klimastabilität, einzuleiten. Der Bedarf nach "effektivem" Umweltrecht verändert zunehmend dessen Struktur. Siehe *W. Köck/T. Markus*, 30 Jahre "Robbenklage": Zur Aktualität der Eigenrechte der Natur, ZUR 29 (2018), 193; *W. Köck/T. Markus*, Der europäische "Green Deal" – Auf dem Weg zu einem EU-"Klimagesetz", ZUR 31 (2020), 257.

⁵ Zu dieser grundlegenden Funktion siehe auch *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, 15 ff. Siehe auch *K.-P. Sommermann*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 52 (1999), 1017 (1020). Einführend zu den Rechtstransfers *U. Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, 63 f.

⁶ Siehe z. B. *E. Rehbinder*, Grundzüge des Umweltrechts, 2018; *H.-J. Koch/E. Hoffmann/M. Reese*, Handbuch Umweltrecht, 2018; *W. Kahl/K. Gärditz*, Umweltrecht, 2019; *S. Schlacke*, Umweltrecht, 2019. Im Hinblick auf das Vereinigte Königreich siehe z. B. *E. Fisher/B. Lange/E. Scotford*, Environmental Law, 2013; *D. Woolley/J. Pugh-Smith/R. Langham/W. Upton*, Environmental Law, 2009; *J. Holder/M. Lee*, Environmental Protection, Law and Policy, 2007. Im Hinblick auf Neuseeland siehe z. B. *S. Reeves*, Environmental Law of New Zealand, 2015; Beiträge in *P. Salmon/D. Grinlinton*, Environmental Law in New Zealand, 2015. Eine Ausnahme im deutschsprachigen Raum bildet wohl lediglich das Buch von *M. Kloepfer*, Umweltrecht, 2016, 72.

⁷ Auch hier enthalten die zentralen Lehr- und Handbücher bis auf ganz kurze Verweise keine Bezüge zum Umweltrecht. Siehe z. B. *M. Reimann/R. Zimmermann* (Hrsg.), Oxford Handbook of Comparative Law, 2019; *U. Kischel* (Anm. 5); *M. Siems*, Comparative Law, 2014; *J. M. Smits* (Hrsg.), Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2012; *K. Zweigert/H. Kötz* (Anm. 5).

⁸ *Jorge Viñuales* formuliert wie folgt: "The approach and methodology followed by these and other (comparative environmental) studies varies significantly, a feature that gives the impression of a patchwork of very different contributions lacking overall coherence and consolidation." Siehe *J. Viñuales*, Comparative Environmental Law – Structuring a Field, in: *E. Lees/J. Viñuales* (Hrsg.), Oxford Handbook of Comparative Environmental Law, 2019, 4 (7).

allgemeine Ausführungen zur Rechtsvergleichung sowie vertiefende Analysen spezifischer Teilaspekte unterschiedlicher Rechtsordnungen, häufig werden diese beiden Stränge aber nicht systematisch miteinander verknüpft. Auch fehlt es oftmals an einer nachvollziehbaren methodischen Reflexion der eigenen Untersuchungsschritte. Besonders auffällig ist, dass die eigentlichen Vergleichsanalysen in vielen Fällen relativ kurz ausfallen. Ähnlichkeiten und Unterschiede sowie die ihnen zugrundeliegenden Ursachen werden nicht strukturiert herausgearbeitet und vielen Untersuchungen fehlt es auch an einer planmäßigen und kriterienbasierten Bewertung der untersuchten Regelungsansätze. Als Folge bleiben die Ergebnisse vieler Studien hinter ihrem eigentlichen Erkenntnispotenzial zurück.

Mitursächlich hierfür ist sicherlich die fachliche Ausdifferenzierung und zunehmende Komplexität des Umweltrechts und der Rechtsvergleichung. Weiterhin handelt es sich beim Umweltrecht (immer noch) um ein vergleichsweise junges Rechtsgebiet, das gleichzeitig hochdynamisch und in einigen Bereichen sehr technisch ist.⁹ Grundsätzlich ist es eine anspruchsvolle und arbeitsintensive Aufgabe, sich die beiden Wissensbestände zu erschließen und sie dann für die Untersuchung eines im Forschungskontext meist dynamischen Rechtsthemas in gleich zwei Rechtsordnungen im Wege eines Vergleichs fruchtbar zu machen.

In Anbetracht der drängenden Entwicklungsbedarfe des Umweltrechts, der möglichen Erkenntnisgewinne durch Rechtsvergleichung sowie ihrer praktischen Herausforderungen im Bereich des Umweltrechts gilt es, die Distanz dieser beiden rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen zu verringern. Das zentrale Bestreben dieses Beitrags ist, die Wissensbestände und Methoden der Rechtsvergleichung für die Entwicklung des Umweltrechts fruchtbar zu machen.

In einem ersten Schritt verortet der Artikel die Umweltrechtsvergleichung primär als Vergleichung öffentlichen Rechts (II.). Die Rechtsvergleichung in diesem Feld ist durch eine Reihe von Besonderheiten gekennzeichnet, die es sich bewusst zu machen gilt. In einem zweiten Schritt soll der *status quo* der Rechtsvergleichung im Umweltrecht grob reflektiert werden (III.). Hierzu erfolgt eine Typisierung bisheriger umweltrechtsvergleichender Arbeiten (1.) sowie eine überblicksartige Bewertung des Stands der Umweltrechtsvergleichung, wobei insbesondere die zentralen Herausforderungen der Vergleichung umweltrechtlicher Quellen, Normen und Normsysteme angesprochen werden (2.). Danach geht der Beitrag vertiefend auf die Ziele, Anwendungsfelder und Untersuchungsobjekte der Umweltrechtsvergleichung ein (IV.). Insbesondere werden dabei ihre Funktio-

⁹ J. Viñuales (Anm. 8), 5.

nen in der Rechtswissenschaft (1.), in der juristischen Ausbildung (2.) sowie bei der Fortbildung des nationalen (3.) und internationalen Umweltrechts (4.) herausgearbeitet. Insbesondere die Funktionen der Rechtsvergleichung bei der Gestaltung des internationalen Umweltrechts soll anhand rechtsvergleichend argumentierender Entscheidungen bzw. Arbeiten des Internationalen Gerichtshofs (IGH), des Ständigen Schiedshofs (PCA) sowie der International Law Commission (ILC) veranschaulicht werden. Die Auswahl der Fallbeispiele erfolgt dabei primär anhand des Kriteriums der „Anschaulichkeit“. Im Anschluss werden zentrale Elemente eines methodischen Vorgehens der Rechtsvergleichung im Umweltrecht aufgezeigt (V.). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse sowie der Skizze für weitere Forschungen im Feld der Umweltrechtsvergleichung (VI.).

II. Umweltrechtsvergleichung als Vergleichung öffentlichen Rechts

Im Zuge der großen landesrechtlichen Kodifikationsbemühungen im 19. Jahrhundert wurde der Hauptuntersuchungsgegenstand rechtsvergleichender Analysen das nationale Recht einzelner Staaten.¹⁰ Der wohl größte Teil rechtsvergleichender Arbeiten befasste sich dann lange Zeit mit dem nationalen Privatrecht.¹¹ In geringerem Umfang griffen Rechtsvergleiche öffentlich-rechtliche Themen auf,¹² hier besonders verfassungs-¹³ und strafrechtli-

¹⁰ So definiert eines der wichtigsten Lehrbücher den Untersuchungsgegenstand der Rechtsvergleichung, siehe *K. Zweigert/H. Kötz* (Anm. 5), 4. In der englischen Übersetzung des Buches wird dies noch präzisierter formuliert: „Comparative lawyers compare the legal systems of different nations“, siehe *K. Zweigert/H. Kötz*, *Introduction to Comparative Law*, 1998, 4. Zur Rechtsvergleichung vor dieser Zeit siehe ausführlich und nach wie vor grundlegend *W. Hug*, *The History of Comparative Law*, *Harv. L. Rev.* 45 (1932), 1027; *C. Donahue*, *Comparative Law before the Code Napoleon*, in: *M. Reimann/R. Zimmermann* (Anm. 7), 3 ff.

¹¹ Zu verifizieren ist die These der Dominanz der Privatrechtsvergleichung indes kaum, siehe hierzu *A. Graser*, *Zombie mit Potential – Anmerkungen zur Rechtsvergleichung nicht nur im öffentlichen Recht*, *Rechtswissenschaft* 9 (2018), 136 (141).

¹² Siehe hierzu beispielsweise *R. Bernhardt*, *Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, *ZaöRV* 24 (1964), 431; *H. Strebelt*, *Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht*, *ZaöRV* 24 (1964), 405; *C. Starck*, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, *JZ* 52 (1997), 1021; *R. Grote*, *Rechtskreise im öffentlichen Recht*, *AöR* 126 (2001), 10.

¹³ *S. Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, 2018; *M. Bobek*, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, 2013; *M. Tushnet*, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2014; *M. Tushnet*, *Comparative Constitutional Law*, in: *M. Rei-*

che¹⁴ Fragen und – wiederum in geringerem Umfang – auch Einzelthemen des erst vergleichsweise spät systematisierten und kodifizierten Verwaltungsrechts.¹⁵ Die Dominanz der Privatrechtsvergleichung hat sich auf jeden Fall in den letzten zwei oder drei Dekaden abgeschwächt.

Als ursächlich für die lange andauernde Schwerpunktsetzung im Bereich des Privatrechts wird u. a. vorgebracht, dass letzteres vergleichsweise einfach strukturierte und gut isolierbare Konfliktlagen zu lösen habe. Diese seien durch eine “immanente Sachgesetzlichkeit” gekennzeichnet.¹⁶ Demgegenüber befasse sich das öffentliche Recht mit der hoheitlichen Steuerung komplexerer sozialer Prozesse und werde dabei stärker durch den speziellen gesamtgesellschaftlichen und politischen Kontext der jeweiligen Rechtsgemeinschaft geprägt.¹⁷ Darüber hinaus sei das öffentliche Recht in besonderem Maße durch eine Gemengelage von geschriebenen und ungeschriebenen sowie stark ausfüllungsbedürftigen Normen geprägt.¹⁸ Hinsichtlich des Verwaltungsrechts wird immer wieder dessen relativ späte Entstehung und Kodifikation angeführt. Letzteres treffe insbesondere auf die durch das *common law* geprägten Staaten zu, die im Verwaltungsrecht lange Zeit kein kategorial unterscheidbares Rechtsgebiet erkannten.¹⁹

mann/R. Zimmermann (Hrsg.), Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, 1226; S. Choudry, The Migration of Constitutional Ideas, 2006; K.-P. Sommermann, Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I, 2004, 631. Wichtige ältere Beiträge: F. von Münch, Einführung in die Verfassungsvergleichung, ZaöRV 33 (1973), 126; J. M. Mössner, Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung, AöR 99 (1974), 193.

¹⁴ M. D. Dubber, Comparative Criminal Law, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Anm. 13), 1288. Immer noch grundlegend H.-H. Jescheck, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, 1955.

¹⁵ Siehe insbesondere Beiträge in S. Rose-Ackerman/P. L. Lindseth/B. Emerson (Hrsg.), Comparative Administrative Law, 2017; F. Bignami, Comparative Administrative Law, in: M. Bussani/U. Mattei (Hrsg.), The Cambridge Companion to Comparative Law, 2012, 145; K.-P. Sommermann (Anm. 5).

¹⁶ L.-J. Constantinesco, Rechtsvergleichung, Bd. 2: Die rechtsvergleichende Methode, 1972, 269 f.; M. Kloepfer/E. Mast, Das Umweltrecht des Auslands, 1995, 26.

¹⁷ A. Rest, Umweltrechtsvergleichung, in: O. Kimminich/H. v. Lersner/P.-C. Storm (Hrsg.) Handwörterbuch des Umweltrechts, Bd. 2, 1994, 2396; M. Kloepfer/E. Mast (Anm. 16), 26; H. Krüger, Eigenart, Methode und Funktion der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, in: B. Ziemeke (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik, FS für M. Kriele, 1997, 1393; L.-J. Constantinesco (Anm. 16), 269 f. Siehe grundlegend hierzu K.-P. Sommermann (Anm. 5); R. Grote (Anm. 12), 16 f.

¹⁸ A. Rest (Anm. 17).

¹⁹ B. Sordì, Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: Historical Reflections on the Emergence and Development of Administrative Law, in: S. Rose-Ackerman/P. L. Lindseth/B. Emerson (Anm. 15), 23; H. P. Nebl, Administrative Law, in: J. M. Smits (Anm. 7), 21. Instrukтив hierzu auch R. Grote (Anm. 12), 24 f.

Sowohl das nationale Umweltrecht der meisten Staaten als auch das internationale Umweltrecht stellen eine überwiegend öffentlich-rechtlich geprägte Rechtsmaterie dar.²⁰ Weite Teile befassen sich mit den Pflichten und Befugnissen der Staaten gegenüber ihren Bürger*Innen sowie mit der Organisation und Arbeitsweise ihrer Organe im Hinblick auf den Schutz der Umwelt.²¹ So verpflichten und ermächtigen die große Zahl umweltvölkerrechtlicher Verträge (im Falle der Europäischen Union [EU] die Rechtsakte der Union) sowie nationale Verfassungen die Staaten, umweltschützend tätig zu werden.²² Diese kommen den Verpflichtungen und Zielsetzungen vor allem dadurch nach, dass sie ihre Bürger*Innen durch eine große Bandbreite unterschiedlicher rechtlicher Instrumente hoheitlich verpflichten und dafür die organisatorischen und institutionellen Voraussetzungen schaffen.²³

Der Schwerpunkt im öffentlichen Recht mag sich vor allem daraus ergeben, dass das Umweltrecht als „Umweltschutzrecht“²⁴ neben Partikular- auch Gemeinschaftsinteressen, konkret die nachhaltige Nutzung und den Erhalt von Gemeinschaftsgütern verfolgt.²⁵ Im Allgemeinen sind Gemeinschaftsinteressen gegenüber Partikularinteressen sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Perspektive vergleichsweise unkonkret. *Elizabeth Fisher* formuliert im Hinblick auf die langfristige Erhaltung der Umwelt treffend:

“The long-term benefits of environmental protection measures are [...] often invisible to those who have lost out.”²⁶

Gleichzeitig ist der Wert der langfristigen Erhaltung auch nur schwer in ökonomischen Kategorien abbildbar (Monetarisierung/Inwertsetzung).²⁷

²⁰ *M. Kloepfer/E. Mast* (Anm. 16), 26; *R. L. Lutz*, *The Laws of Environmental Management: A Comparative Study*, Am. J. Comp. L. 24 (1976), 447.

²¹ Damit entspricht das Umweltrecht im Besonderen dem, was das öffentliche Recht als „Sonderrecht der öffentlichen Gewalt“ im Allgemeinen ausmacht. Aus rechtsvergleichender Perspektive siehe hierzu insbesondere *R. Grote* (Anm. 12), 16 ff.; *K.-P. Sommermann* (Anm. 5), 1018.

²² Siehe zu den Rechtsquellen und Instrumenten des Umweltvölkerrechts sowie des Umwelteuroparechts *A. Epiney*, *Gegenstand, Entwicklung, Quellen und Akteure des internationalen Umweltrechts*, in: A. Proelß (Hrsg.), *Internationales Umweltrecht*, 2017, 19 f.; *A. Epiney*, *Umweltrecht der Europäischen Union*, 2019, 281 ff. Zum nationalen Verfassungsrecht siehe *M. Kloepfer* (Anm. 6), 111 ff.; *H.-G. Dederer*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 248.

²³ Siehe ebenfalls *M. Kloepfer* (Anm. 6), 2016, 208 f.

²⁴ Siehe *M. Kloepfer*, *Umweltschutzrecht*, 2011. Siehe früh bereits *E. Rebbinder*, *Umweltrecht. Rechtsvergleichendes Generalreferat*, *RabelsZ* 40 (1976), 363 (365).

²⁵ Zu den Eigenschaften von Gemeinschaftsgütern siehe die wegweisenden Veröffentlichungen von *E. Ostrom*, *Governing the Commons*, 1990, 14 f.; *E. Ostrom*, *Polycentric Systems for Coping with Collective Action and Global Environmental Change*, *Global Environmental Change* 20 (2010), 550.

²⁶ *E. Fisher*, *Environmental Law*, 2017, 99.

Als Folge bleibt der Schutz der Umwelt als überindividuelles Interesse in seiner „Artikulations-, Organisations- und Konfliktfähigkeit“ relativ schwach und droht im freien Spiel gesellschaftlicher Kräfte vernachlässigt zu werden.²⁸ *Rehbinder* betont vor diesem Hintergrund prägnant, dass der systematische und proaktive Schutz der Umwelt den Aufbau „ökologischer Gegenmacht“ erfordere.²⁹ Der systematische Aufbau dieser Gegenmacht zur Verfolgung des Gemeinwohlinteresses an der Erhaltung der Naturgüter kommt in der umweltrechtlichen Praxis vor allem den Staaten zu.³⁰

Das eher reaktive, primär Einzelinteressen stützende, Privatrecht scheint hierfür indes nur eingeschränkt geeignet.³¹ Zwar kann es auch im Bereich des Umweltschutzes punktuell einen Gleichlauf von individuellen und überindividuellen Interessen geben,³² eine langfristige, nicht am Einzelfall orientierte und möglichst umfassende, Abwehr von Gefahren für die Umwelt kann das Privatrecht indes nicht leisten. *Kloepfer* spricht insofern auch von den „Grenzen des Umweltprivatrechts“.³³ Diese begrenzte Problemlösungskapazität des Privatrechts hat sich auch empirisch vielfach bestätigt. So liegen die Ursprünge des Umweltrechts in vielen Staaten eher im Privatrecht, insbesondere im Sachen- und Schadensrecht.³⁴ Angesichts steigender Umweltbelastungen und -konflikte wurden diese Rechtsmechanismen praktisch in den meisten Rechtsordnungen durch öffentlich-rechtliche Instru-

²⁷ Zur „Monetarisierung“, „Inwertsetzung“ oder „ökonomischen Bewertung“ von Umweltgütern siehe grundlegend *P. Dasgupta*, Human Well-Being and the Natural Resources, 2001, 107 ff. Siehe hierzu auch *I. Ring/B. Hansjürgens/T. Elmqvist/H. Wittmer/P. Sukhdev*, Challenges in Framing the Economics of Ecosystems and Biodiversity: The TEEB Initiative, Current Opinion in Environmental Sustainability 2 (2010), 15.

²⁸ Siehe *E. Rehbinder* (Anm. 24).

²⁹ Siehe *E. Rehbinder* (Anm. 24).

³⁰ Das bedeutet indes nicht, dass sich nicht auch jenseits des Staates Ordnungsmuster bilden können, die rechtsähnliche Funktionen erfüllen und umweltschützende Steuerungsleistung erbringen. Siehe hierzu *O. Dilling/T. Markus*, The Transnationalization of Environmental Law, J. Env'tl. L. 30 (2018), 179.

³¹ So auch *D. Medicus*, Zivilrecht und Umweltschutz, JZ 41 (1986), 778 (778).

³² Auf dieser Grundannahme basieren Argumentationen, die eine Lösung von Umwelt- und Ressourcenschutzproblemen vorrangig durch Privatisierungsoptionen suchen. Eine Übersicht bietet insbesondere *D. H. Cole*, New Forms of Private Property: Property Rights in Environmental Goods, in: B. Bouckaert (Hrsg.), Property Law and Economics, 2010, 225.

³³ *M. Kloepfer* (Anm. 6), 558. Siehe auch *E. Rehbinder*, Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente, in: *E. Rehbinder/A. Schink* (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 2018, 145 (230). *E. Fisher* (Anm. 26), 126.

³⁴ Daneben war auch die Hygienegesetzgebung bedeutsam. Im Hinblick auf diese Ursprünge im englischen Recht, siehe z. B. *D. Woolley/J. Pugh-Smith/R. Langham/W. Upton* (Anm. 6), 3 ff. Hinsichtlich der historischen Bedeutung des Umweltprivatrechts in Deutschland siehe z. B. *M. Kloepfer/C. Franzius/S. Reinert*, Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts, 1994.

mente sowie auch institutionell z. B. durch die Einrichtung von Umweltbehörden ergänzt.³⁵ Das gilt sowohl für die traditionell etatistisch-interventionistisch geprägten Rechtsordnungen Kontinentaleuropas, als auch für die eher auf zivilrechtliche Steuerung setzenden Rechtsordnungen des *common law* Kreises.³⁶ Auch dort wurden in den letzten Jahrzehnten zunehmend ausdifferenzierte öffentlich-rechtliche Umweltgesetze verabschiedet.³⁷

III. Zum *status quo* der Umweltrechtsvergleichung

Die Disziplin der Rechtsvergleichung hat dem Umweltrecht bisher vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Wie oben bereits angedeutet enthält kaum eines der zentralen deutsch- oder englischsprachigen Lehr- oder Handbücher zur Rechtsvergleichung vertiefende Ausführungen zum Umweltrecht.³⁸ An einigen Stellen wird eher beiläufig auf die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Bearbeitung und Lösung komplexer Umweltprobleme hingewiesen.³⁹ Im Gegensatz hierzu enthalten umweltrechtliche Studien in vielen Fällen Bezüge zum ausländischen Recht oder sogar tiefgehende Vergleiche.⁴⁰ So beschreiben und erläutern eine ganze Reihe von Monographien, Aufsatzsammlungen oder Zeitschriftenbeiträge das Umweltrecht anderer Staaten.⁴¹ Verschiedene Einzelthemen des Umweltrechts sind aus vergleichender Perspektive sogar recht gut erschlossen, z. B. Fragen zu Klagebefugnissen von Umweltverbänden, der Umwelthaftung

³⁵ Zur institutionellen Ergänzung siehe insbesondere *W. Muno*, *Umweltpolitik*, in: H.-J. Laut (Hrsg.), *Vergleichende Regierungslehre*, 2010, 349; *D. Jabn*, *Einführung in die vergleichende Politikwissenschaft*, 2013, 152 ff.

³⁶ Siehe grundlegend zum Unterschied *R. A. Kagan*, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, 2003.

³⁷ Siehe hierzu die entsprechenden Länderberichte in *E. Lees/J. Viñuales* (Anm. 8) sowie in *M. Kloepfer/E. Mast* (Anm. 16); *R. L. Lutz* (Anm. 20).

³⁸ Siehe z. B. im deutschsprachigen Schrifttum die zentralen Werke von *U. Kischel* (Anm. 5); *K. Zweigert/H. Kötz* (Anm. 5). Im englischsprachigen Schrifttum siehe wiederum die zentralen Werke von *M. Reimann/N. Zimmermann* (Anm. 7); *E. Özücü/D. Nelken* (Hrsg.), *Comparative Law: A Handbook*, 2007; *P. da Cruz*, *Comparative Law in a Changing World*, 2007; *M. Bussani/U. Mattei* (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, 2012; *J. Husa*, *A New Introduction to Comparative Law*, 2015; *G. Samuel*, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, 2014; *J. M. Smits* (Anm. 7).

³⁹ *M. Siems* (Anm. 7), 189 f.; *P. Glenn*, *Legal Traditions of the World*, 2010, xxvi.

⁴⁰ *Jorge Viñuales* formuliert wie folgt: "[...] most of the existing work on comparative environmental law has been done by environmental lawyers, rather than by comparative experts." Siehe *J. Viñuales* (Anm. 8), 5.

⁴¹ Siehe die vielen Beispiele in dem folgenden Unterabschnitt 1.

oder der Umweltverträglichkeitsprüfung.⁴² Weiterhin gibt es ausgewählte englischsprachige *environmental law journals*, die ihren Schwerpunkt in einer vergleichenden oder übernationalen Perspektive haben.⁴³ Zuletzt erschien im Mai 2019 das *Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*.⁴⁴ In den folgenden zwei Unterabschnitten werden die in diesen Organen und Werken enthaltenen Beiträge in eine dreigliedrige Typologie eingeordnet (1.) sowie einer kursorischen Bewertung zugeführt (2.).

1. Typologie bisheriger umweltrechtsvergleichender Arbeiten

Die Erkenntnisinteressen und Strukturen umweltrechtlicher Studien mit Auslandsbezug unterscheiden sich zum Teil erheblich. *Viñuales* spricht daher von einem “unstructured and under-theorized field”.⁴⁵ Sie mögen grob in drei Kategorien eingeteilt werden: Länderberichte, kursorische und vertiefende Rechtsvergleiche sowie theoretische Arbeiten zur Umweltrechtsvergleichung.⁴⁶

a) Länderberichte

Die erste Kategorie umfasst Länderberichte, d. h. mehr oder weniger dichte Beschreibungen ausländischen Umweltrechts. Hier sind wiederum drei unterschiedliche Darstellungstypen erkennbar. Die Berichte können umfassend angelegt sein (z. B. das “Umweltrecht Australiens”⁴⁷ oder das

⁴² Siehe die verschiedenen Verweise im weiteren Verlauf. Siehe auch *E. Morgera*, *Global Environmental Law and Comparative Legal Methods*, *RECIEL* 24 (2015), 254 (263). Siehe beispielsweise auch *C. Wood*, *Environmental Impact Assessment: A Comparative Review*, 2003.

⁴³ Siehe etwa “*Comparative Environmental Law and Regulation*” sowie “*Review of European, Comparative and International Environmental Law*”. Letzteres hat im Jahr 2015 ein Sonderheft mit dem Titel “*Comparative Environmental Law*” herausgebracht (Volume 24/Issue 3). Die transnationale Perspektive betont das Journal “*Transnational Environmental Law*”. Auch das “*Journal of Environmental Law*” sowie der “*Harvard Environmental Law Review*” enthalten häufig vergleichende Beiträge.

⁴⁴ Siehe *E. Lees/J. Viñuales* (Anm. 8).

⁴⁵ *J. Viñuales* (Anm. 8), 9.

⁴⁶ Andere Einteilungen sind natürlich denkbar, siehe z. B. *G. Beaucamp*, *Umweltrechtsvergleichung – Hoffnungen, Probleme und Ausschnitte aus der Realität*, *UPR* 21 (2001), 134 (136 f.); *J. Viñuales* (Anm. 8), 17 f.

⁴⁷ Siehe beispielhaft die Kapitel 3-18 zum Umweltrecht Australiens, Brasiliens, Chinas, der Europäischen Union, Deutschlands, Indiens, Indonesiens, Japans, Mexikos, Singapurs, Südafrikas, Südkoreas, des Vereinigten Königreichs sowie der USA in *E. Lees/J. Viñuales*

“Umweltrecht indigener Völker in Süd-Afrika”⁴⁸), einzelne Rechtsthemen betreffen (z. B. Klagerechte für Umweltverbände in verschiedenen Staaten;⁴⁹ die Klimaschutzgesetzgebung ausgewählter Länder;⁵⁰ die Wirkung ökonomischer umweltrechtlicher Instrumente in Japan⁵¹) oder spezifische Einzelfragen untersuchen (z. B. die Ausgestaltung des Vorsorgeansatzes in verschiedenen Rechtsordnungen;⁵² Akteneinsichtsrechte in Frankreich⁵³). Solche Länderberichte dienen im Wesentlichen als Vorarbeiten für Rechtsvergleiche. Dort, wo Länderberichte einheitlich strukturiert und nebeneinandergestellt werden, können sie Grundlage einer Gesamtschau sowie darauf aufbauender allgemeiner Erwägungen werden.⁵⁴

(Anm. 8). Siehe auch die Länderberichte in *E. Burlison/L.-H.- Lye/N. A. Robinson* (Hrsg.), *Comparative Environmental Law and Regulation*, 2015. Siehe bereits *G. Winter*, *European Environmental Law: A Comparative Perspective*, 1996, 367 ff.; *O. Kimminich/H. v. Lersner/P.-C. Storm* (Hrsg.), *Handwörterbuch des Umweltrechts*, Bd. 2, 1994; siehe auch *M. Kloepfer/E. Mast* (Anm. 16), 36 ff.; *E. J. Hollo/K. Marttinen*, *North European Environmental Law*, 1995. Siehe auch *O. C. Ruppel/D. K. Bwiza*, *Environment under Reconstruction: Environmental Law and Policy in the Democratic Republic of Congo*, *VRÜ* 4 (2013), 473.

⁴⁸ Siehe z. B. Beiträge in *M. O. Hinz/O. C. Ruppel/C. Mapaure*, *Knowledge Lives in the Lake. Case Studies in Environmental and Customary Law from Southern Africa*, 2012.

⁴⁹ Siehe z. B. *N. de Sadeleer/G. Roller/M. Dross*, *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs*, 2005. Zum Klimaschutzrecht, siehe z. B. den Bericht der Global Legal Group, *The International Comparative Legal Guide to Environment and Climate Change Law*, 2014. Länderberichte zum Bodenschutzrecht finden sich z. B. in *W. Bückmann*, *Bodenschutzrecht*, 1992; Länderberichte zum Bodenschutz- und Abfallrecht finden sich z. B. in *M. Kramer/H.-C. Brauweiler*, *Internationales Umweltrecht – Ein Vergleich zwischen Deutschland, Polen und Tschechien*, 1999; siehe auch die Beiträge in *V. Heyen*, *Naturschutzrecht im Ostseeraum*, 1998. Ebenso die Arbeit von *B. P. Scharinger*, *Rechtsgrundlagen für die Errichtung von Nationalparks in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Italien*, 1999.

⁵⁰ *M. Nachmany/S. Frankhauser/J. Davidová/N. Kingsmill/T. Landesman/H. Roppongi/P. Schleifer/J. Setzer/A. Sharman/C. S. Singleton/J. Sundaresan/T. Townshend*, *The 2015 Global Climate Legislation Study: A Review of Climate Change Legislation in 99 Countries*, 2015; *N. K. Dubash/M. Hagemann/N. Höhne/P. Upadhyaya*, *Developments in National Climate Change Mitigation Legislation and Strategy*, *Climate Policy* 13 (2013), 649.

⁵¹ *H. Weidner/E. Rehbinder/R.-U. Sprenger*, *Darstellung und Wirkungsanalyse der ökonomischen Instrumente der Umweltpolitik in Japan*, 1997.

⁵² *E. Rehbinder*, *Das Vorsorgeprinzip im internationalen Vergleich*, 1991; siehe auch *N. de Sadeleer*, *Implementing the Precautionary Principle – Approaches from the Nordic Countries, EU and USA*, 2007; *J. Wiener/M. D. Roger*, *Comparing Precaution in the United States and Europe*, *Journal of Risk Research* 5 (2002), 317. Ein anderes Beispiel für eine spezielle Fragestellung wäre z. B. *M. Stölzel*, *Bodenerosion in der Landwirtschaft – Ihre Kontrolle im amerikanischen Recht*, 1994.

⁵³ *G. Winter*, *Akteneinsichtsrechte in Frankreich*, *UPR* 9 (1989), 81.

⁵⁴ Ein anschauliches Beispiel bietet *G. Winter*, *Towards a Legal Clinic for Fisheries Management*, in: *G. Winter* (Hrsg.), *Towards Sustainable Fisheries Law: A Comparative Analysis*, 2009, 299.

b) Kursorische und vertiefende Umweltrechtsvergleiche

Die zweite Gruppe umfasst Studien, in denen Regelungen verschiedener Rechtsordnungen nicht nur deskriptiv referiert, sondern tatsächlich nachvollziehbar verglichen werden, d. h. in denen strukturelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede sowie deren Ursachen beschrieben, analysiert und wertend zueinander in Beziehung gesetzt werden. Hier mag man wiederum zwischen Untersuchungen unterscheiden, die vor dem Hintergrund der Darstellung und Untersuchung der eigenen Rechtsordnung eher kursorisch auf Regelungen von Drittstaaten rekurrieren und solchen, die tatsächlich systematische und tiefergehende Vergleiche enthalten.⁵⁵

Kursorische Verweise auf das Recht von Drittstaaten erfolgen vor allem in den Fällen, in denen der Vergleich für die Erreichung des Erkenntnisziels der jeweiligen Arbeiten eine eher untergeordnete Rolle spielt. Das trifft tendenziell auf die Arbeiten zu, in denen Hinweise auf andere Rechtsordnungen zu Veranschaulichungszwecken oder als argumentative Stütze dienen. Häufig dienen sie dazu, Regelungsbedarfe aufzuzeigen oder zur Legitimation einer eigens favorisierten Rechtslösung. Die entsprechenden Studien heben dann hervor, dass andere Staaten bestimmte Probleme bereits als regelungsbedürftig erkannt oder sie bereits durch innovative Regelungsansätze bearbeitet haben⁵⁶ oder, dass die Uneinheitlichkeit nationaler Regelungen ein Problem darstellt, z. B. ein ökologisches, wirtschaftliches oder rechtspolitisches.⁵⁷ Nicht zuletzt dienen solche eher kursorischen Vergleiche im Rahmen von Gesetzgebungsprozessen der vorläufigen Orientierung hinsichtlich der Problemstrukturen, Handlungsbedarfe und regulativen Optionen.⁵⁸

⁵⁵ So auch *G. Beaucamp* (Anm. 46).

⁵⁶ Z. B. *B. Gebers/R. Jülich/P. Küppers/G. Roller*, Bürgerrechte im Umweltschutz, 1996, 147, 155 ff.; *B. Reiter*, Entschädigungslösungen für durch Luftverunreinigungen verursachte Distanzschäden, 1998, 222; So auch die Beiträge in *M. Bothe*, Trends in Environmental Policy and Law, 1980; siehe auch *M. Bothe/L. Gündling/R. Hofmann/C. Rumpf*, Neuere Tendenzen des Umweltrechts im internationalen Vergleich, 1990; weitere Nachweise bei *G. Beaucamp* (Anm. 46).

⁵⁷ Dies gilt z. B. für viele Rechtsvergleiche, die von der Europäischen Kommission im Rahmen ihrer Gesetzgebungsinitiativen vorbereitet werden. Siehe hierzu *T. Markus*, Die Umwelt in der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung der Europäischen Union, in: *U. Liebert/J. Wolff* (Hrsg.), Interdisziplinäre Europastudien, 2015, 209.

⁵⁸ Etwa um zu klären, ob und wie man bestimmte Rechtsstrukturen miteinander verknüpfen oder vereinheitlichen kann. Siehe z. B. *B. Volmert*, Rechtsfragen der Verknüpfung von Emissionshandelssystemen – Verbindungsmöglichkeiten der Europäischen Union mit Australien, den USA und Japan, 2016, 179 ff. Siehe aber auch eine ältere Arbeit *E. Rehbinder/E.-U. Sprenger*, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragbarkeit neuer Konzepte der US-amerikanischen Luftreinhaltepolitik in den Bereich der deutschen Umweltpolitik, 1985.

Vertiefende Rechtsvergleiche im Umweltrecht zielen vor allem auf die Erweiterung des Verständnisses von Umweltproblemen, verschiedener rechtlicher und institutioneller Problemlösungsansätze sowie deren Effektivität. Die entsprechenden Erkenntnisse dienen dann ihrerseits der Erstellung allgemeiner, meist wissenschaftlicher, Schlüsse über den Charakter und die Funktionsweisen des Umweltrechts sowie der Vorbereitung konkreter Gesetzgebungs- oder Rechtsvereinheitlichungsbemühungen.⁵⁹ Die entsprechenden Untersuchungen unterscheiden sich dabei zum Teil erheblich hinsichtlich der Erkenntnisziele sowie des Untersuchungsgangs, -umfangs und der -tiefe.⁶⁰ Auch weichen die Studien bezüglich des Grads an methodischer Reflexion und Systematik voneinander ab. In sehr ungleichem Maße werden

- das methodische Vorgehen,
- die Gründe für die Auswahl der Vergleichsordnungen,
- der Grad der Parallelität der sozialen und ökologischen Situation und Problemlagen,
- die rechtlichen und außerrechtlichen Zusammenhänge und Hintergründe der spezifischen Regelungen (einschließlich ihrer Einbettung in das jeweils relevante Verwaltungs-, Verfassungs- und Völkerrecht),
- die Gemeinsamkeiten und Unterschiede in den beschriebenen Regelungsansätzen sowie
- die Möglichkeiten und Herausforderungen ihrer Übertragbarkeit

thematisiert.⁶¹

⁵⁹ Siehe hierzu *J. Viñuales* (Anm. 8), 17 f.

⁶⁰ Siehe insbesondere die Arbeiten von *P. Sand*, *Legal Systems for Environmental Protection: Japan, Sweden, United States*, 1972; *R. E. Lutz* (Anm. 20); *E. Rehbinder/R. Steward*, *Environmental Protection Policy*, 1985; *G. Winter*, *Umweltrecht in der DDR, BRD und EG – ein Strukturvergleich*, UPR 10 (1990), 373; *G. Winter*, *Zusammenfassender Bericht*, in: *G. Winter* (Hrsg.), *Öffentlichkeit von Umweltinformationen. Europäische und Nordamerikanische Erfahrungen*, 1990, 1; *A. K. Nilsson*, *Enforcing Environmental Responsibility – A Comparative Study of Environmental Administrative Law*, 2011; *M. Leonard*, *Der ökologische Schaden*, 1996; *S. Zellner*, *Comparative Environmental Law and Natural Resource Law*, 2013; *M. E. Hall*, *Pollution Havens? A Look at Environmental Permitting in the United States and Germany*, *Wisconsin Environmental Law Journal* 7 (2000), 1; *E. Rehbinder*, *Koexistenz und Haftung im Gentechnikrecht in rechtsvergleichender Sicht*, NuR 29 (2007), 115; *E. Rehbinder*, *Ersatz ökologischer Schäden – Begriff, Anspruchsberechtigung und Umfang des Ersatzes unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Erfahrungen*, NuR 10 (1988), 105. *M. Kloepfer*, *Aspekte der internationalen Harmonisierung des Umweltrechts – Zur Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung im Chemikalienrecht*, UPR 4 (1984), 281; *M. Kloepfer/J. Knebel*, *Umweltchemikaliengesetz, Rechtsvergleichende Analyse von Schlüsselbegriffen*, 1981. Weitere Beispiele in *E. Lees/J. Viñuales* (Anm. 8). Siehe auch *G. Beaucamp* (Anm. 46).

⁶¹ Zu den speziellen Herausforderungen der Rechtsvergleichung im Umweltrecht siehe z. B. *S. Zellner* (Anm. 60), 3 ff.; im deutschen Schrifttum vor allem *G. Beaucamp* (Anm. 46); *A. Rest* (Anm. 17), 2390 ff.; *M. Kloepfer/E. Mast* (Anm. 16), 30 f.

c) Theoretische Beiträge zur Umweltrechtsvergleichung

Eine weitere Kategorie von Untersuchungen befasst sich theoretisch-reflektierend mit der Umweltrechtsvergleichung. Hierunter fallen z. B. solche Beiträge, die ihre Ziele, Funktionen, Besonderheiten (insbesondere in Abgrenzung zu rechtsvergleichenden Studien in anderen Themenbereichen) und den Nutzen thematisieren oder existierende Vergleichsstudien typisieren.⁶² Andere Untersuchungen erörtern vergleichend die ökologischen oder sozialen Einflussfaktoren auf das Umweltrecht⁶³ und entwickeln darauf aufbauend Taxonomien umweltrechtlicher Probleme und Lösungsansätze.⁶⁴ Nur wenige Arbeiten befassen sich ausdrücklich und tiefergehend mit methodologischen Fragen.⁶⁵ Jüngere Studien versuchen vor allem, die Bedeutung und die Erkenntnispotenziale der Umweltrechtsvergleichung für verschiedene aktuelle theoretische Diskurse oder zur Entwicklung bestimmter Rechtsfelder zu erschließen (z. B. “Comparative Environmental Law and Global Law”, “Comparative Environmental Law and Orientalism”, “The Comparative Law of Climate Change”, “Environmental Justice in a Comparative Perspective”, “Comparative Environmental Law and Sustainability”, “Environmental Courts in a Comparative Perspective”, “Environmental Regulatory Federalism”).⁶⁶

⁶² Grundlegend *E. Rehbinder* (Anm. 24); *A. D. Tarlock/P. Tarek*, An Overview of Comparative Environmental Law, *Den. J. Int'l L. & Pol'y* 13 (1983), 85; *G. Beaucamp* (Anm. 46); *P. W. Schroth*, Comparative Environmental Law: A Progress Report, *HELR* 1 (1976), 603; *J. Darpö/A. Nilsson*, On the Comparison of Environmental Law, *Journal of Court Innovation* 3 (2010), 315; *N. A. Robinson*, Comparative Environmental Law: Evaluating How Legal Systems Address “Sustainable Development”, *Envtl. Pol'y & L.* 27 (1997), 338; *J. C. Dernbach*, Reflections on Comparative Environmental Law, *Environmental Law, and Sustainability, Widener Law Symposium Journal* 3 (1998), 279; *A. Rest* (Anm. 17), 2391 ff.; *J. Viñuales* (Anm. 8); *E. Lees*, Value in Comparative Environmental Law – 3D Cartography and analytical Description, in: *E. Lees/J. Viñuales* (Anm. 8), 36.

⁶³ *A. D. Tarlock/P. Tarek* (Anm. 62); siehe z. B. *K. J. Markowitz*, The Importance of the Judiciary in Environmental Compliance and Enforcement, *Pace Environmental Law Review* 29 (2012), 538.

⁶⁴ *A. D. Tarlock/P. Tarek* (Anm. 62); *R. L. Lutz* (Anm. 20).

⁶⁵ Indes z. B. *N. A. Robinson* (Anm. 62), 338 ff.

⁶⁶ *E. Morgera* (Anm. 42); siehe auch *J. Husa*, Comparative Law and Global Law – Allies or Adversaries?, *The Journal of Comparative Law* 12 (2017), 461; *S. Vermeylen*, Comparative Environmental Law and Orientalism: Reading Beyond the “Text” of Traditional Knowledge Protection, *RECIEL* 24 (2015), 304; *M. Mebling*, The Comparative Law of Climate Change: A Research Agenda, *RECIEL* 24 (2015), 341; United Nations Environmental Programme, *Environmental Justice – Comparative Experiences in Legal Empowerment*, 2014; *G. Pring/C. Pring*, *Greening Justice: Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*, 2009; *R. D. Kelemen*, Regulatory Federalism: EU Environmental Regulation in Comparative Perspective, *Journal of Public Policy* 20 (2000), 133; *C. J. M. Kimber*, A Comparison of Envi-

2. Bewertung

Die unterschiedlichen Erkenntnisinteressen und Strukturen umweltrechtlicher Studien mit Auslandsbezug machen es schwierig, allgemeine Aussagen über den Stand der Umweltrechtsvergleichung zu treffen.⁶⁷ Eine solche Bewertung bedürfte einer tiefgehenden und systematischen Auswertung einer repräsentativen Zahl rechtsvergleichender Arbeiten.⁶⁸ Dies kann und soll an dieser Stelle nicht geleistet werden. Nutzbringend erscheint es dennoch, zentrale, in der Literatur wiederkehrende, Eindrücke und Kritikpunkte zu strukturieren und knapp zusammenzufassen.

Konkret wird kritisiert, dass viele Arbeiten zur Umweltrechtsvergleichung das methodische Vorgehen nicht nachvollziehbar erkennen lassen. Insoweit würden insbesondere die methodischen Erkenntnisse der Rechtsvergleichung nicht hinreichend genutzt.⁶⁹ Als Folge enthalten viele Untersuchungen repetitiv wirkende Ausführungen allgemeiner Erläuterungen zur Rechtsvergleichung und weitgehend unverbundene Darstellungen der Vergleichsordnungen; die eigentlichen Vergleiche kämen dann zu kurz.⁷⁰ Konkret fehle es den Studien z. B. an der Begründung der Länderauswahl, an einer systematischen und kriterienbasierten Analyse der Parallelität der Sachprobleme⁷¹ (und damit eines wesentlichen Elements der Begründung ihrer Vergleichbarkeit) oder an strukturierten Überlegungen zu den Möglichkeiten eines Rechtstransfers.⁷² Andererseits bleiben viele Arbeiten zum

ronmental Federalism in the United States and the European Union, Md. L. Rev. 54 (1995), 1658.

⁶⁷ Im Jahre 1999 schrieb *Michael Kloepfer* noch allgemein: "Die Umweltrechtsvergleichung ist in Deutschland im Wesentlichen nicht aus den Startlöchern interessanter Einzeluntersuchungen herausgekommen." *M. Kloepfer*, Millenniumsgedanken zum Umweltrecht, Zeitschrift für angewandte Umweltforschung 9 (1999), 458 (460).

⁶⁸ Dem Autor sind nur wenige Arbeiten bekannt, die einen solchen klar nachvollziehbaren systematisch-induktiven Ansatz verfolgen. Prototypisch vor allem *J. Viñuales* (Anm. 8); *G. Beaucamp* (Anm. 46).

⁶⁹ Siehe die unterschiedlichen Kritiken im Einzelnen in *G. Beaucamp* (Anm. 46); *E. Morgera* (Anm. 42); *J. Viñuales* (Anm. 8).

⁷⁰ Dies ist ein generelles Problem der funktionalen Rechtsvergleichung. Siehe hierzu *U. Kischel* (Anm. 5), 97 f. Für das Umweltrecht stellt das insbesondere *G. Beaucamp* fest, siehe *G. Beaucamp* (Anm. 46), 137. Siehe auch *E. Fisher/B. Lange/E. Scotford/C. Carlame*, Maturity and Methodology: Starting a Debate about Environmental Law Scholarship, J. Env'tl. L. 21 (2009), 242.

⁷¹ Siehe z. B. *G. Beaucamp* (Anm. 46), 137.

⁷² Kritik wurde u. a. auch hinsichtlich einer vereinfachenden Grundannahme vieler Rechtsvergleiche vorgebracht: z. B. hinsichtlich der möglichen Übertragbarkeit von Regelungsmodellen aus vermeintlich "weiterentwickelten" Rechtsordnungen in andere Staaten, insbesondere in Entwicklungsländer ("post-colonial bias"). Siehe zu dieser Kritik z. B. *W.*

ZaöRV 80 (2020)

Umweltrecht aus der Perspektive der Rechtsvergleichung eher theoretisch und wagten ihrerseits nur selten den Schritt hin zu konkreten Vergleichen.⁷³ Gleichmaßen wird vorgebracht, dass viele Umweltrechtsvergleiche außerrechtliche Hintergründe vernachlässigen würden.⁷⁴ Anstelle einer Empiriegeläufigen und gegebenenfalls Erkenntnisse anderer Disziplinen verarbeitenden Untersuchung, stehen dann häufig mehr oder weniger informative Darstellungen von Gesetzgebungsverfahren.

Mitursächlich hierfür ist sicherlich die intra- und interdisziplinäre Distanz der beiden rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen zueinander sowie der Rechtswissenschaften zu den Sozial- und Naturwissenschaften.⁷⁵ Einerseits hat sich das Umweltrecht in den letzten Dekaden mit seinen eigenen Zielen, Strukturen, Prinzipien und Instrumenten zu einem hochkomplexen und weitgehend durch Spezialisten bearbeiteten Rechtsgebiet entwickelt.⁷⁶ Andererseits hat auch die Rechtsvergleichung spezielle Ziele, Sprachregelungen, Theorien, Forschungsansätze, Methoden sowie einen umfangreichen Wissensbestand generiert.⁷⁷ Beide Wissensräume müssen im Zuge von Vergleichen zumindest in Grundzügen erschlossen werden.

Die Berücksichtigung der außerrechtlichen Tatbestände bedarf ihrerseits einer großen Offenheit gegenüber sozialwissenschaftlichen und technischnaturwissenschaftlichen Disziplinen.⁷⁸ Das gilt insbesondere hinsichtlich der, dem eigentlichen Vergleich der Rechtsstrukturen vorangestellten Gegenüberstellung der Sach- und Problemlagen. Diese bestimmt nicht unwesentlich darüber, ob und inwieweit ein Rechtsvergleich überhaupt sinnvoll ist.

Herausfordernd ist im Fall des Umweltrechts sicherlich auch die zum Teil extreme Komplexität der natürlichen, sozialen und rechtlichen Hintergründe bestimmter Problemlagen (z. B. Klimawandel oder Biodiversitäts-

Twining, *Social Science and Diffusion of Law*, *Journal of Law and Society* 32 (2005), 203 (203 ff.).

⁷³ *Jorge Viñuales* formuliert hinsichtlich der verschiedenen methodischen Ansätze der Rechtsvergleichung wie folgt: "such methodologies have rarely – if at all – been used by comparative lawyers to understand matters relating to environmental protection." Siehe *J. Viñuales* (Anm. 8), 16.

⁷⁴ M. w. N. siehe *J. Viñuales* (Anm. 8).

⁷⁵ So auch *E. Fisher/B. Lange/E. Scotford/C. Carlarne* (Anm. 70); *J. Darpö/A. Nilsson* (Anm. 62), 315; *E. Morgera* (Anm. 42), 255.

⁷⁶ Grundlegend *M. Kloepfer* (Anm. 6), 3 ff.

⁷⁷ Anschaulich zuletzt *A. Graser* (Anm. 11).

⁷⁸ Gute Überblicke bieten *M. Reimann*, *Comparative Law and Neighbouring Disciplines*, in: *M. Bussani/U. Mattei* (Anm. 38), 13 ff.; *U. Kischel* (Anm. 5), 9 ff.; Grundlegend zum Verhältnis der Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung die Beiträge in *U. Drobnig/M. Rehbinder*, *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, 1977.

verlust⁷⁹). Zum einen erschwert diese Komplexität allgemeine und konsensfähige Problemdefinitionen,⁸⁰ zum anderen macht sie in den meisten Fällen eine erhebliche Eingrenzung der jeweiligen Thematik nötig.⁸¹ Lehrpläne oder Lehr- und Handbücher der einzelnen Disziplinen und Fachrichtungen bereiten die vergleichenden Rechtswissenschaftler*Innen nur eingeschränkt auf diese Aufgaben vor.

Gleichzeitig betonen verschiedene Autoren, dass es trotz der unterschiedlichen ökologischen, wirtschaftlichen und politischen Grundvoraussetzungen in den verschiedenen Staaten eine “prinzipiell[e] Ähnlichkeit vieler Umweltprobleme einschließlich ihrer Ursachen” gebe.⁸² So begünstige der starke technisch-naturwissenschaftliche Bezug die funktionale Rechtsvergleichung im Umweltrecht gegenüber anderen öffentlich-rechtlichen Materien.⁸³ Dies werde auch dadurch bestätigt, dass viele umweltrechtliche Prinzipien und Regelungsansätze in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen und internationalen Verträgen in ähnlicher Form enthalten seien.⁸⁴ *Robinson* vertritt vor diesem Hintergrund sogar die Auffassung, dass nicht zuletzt aufgrund dieser Ähnlichkeiten die für die Rechtsvergleichung traditionell bedeutsame Orientierung an den “Rechtstraditionen” (auch “Rechtsfamilien” oder “Rechtskreise”) für die Umweltrechtsvergleichung eine vergleichsweise geringe Relevanz habe.⁸⁵

⁷⁹ Zur Komplexität dieser zwei zentralen Probleme des Umweltrechts siehe *R. J. Lazarus*, *Super Wicked Problems and Climate Change: Restraining the Present to Liberate the Future*, *Cornell Law Rev.* 94 (2009), 1153; *T. Markus*, *Erhaltung und nachhaltige Nutzung der Biodiversität*, in: *A. Proelß* (Anm. 22), 323.

⁸⁰ Am Beispiel des Klimawandels siehe *M. Hulme*, *Why We Disagree about Climate Change. Understanding Controversy, Inaction and Opportunity*, 2011, 335.

⁸¹ Die Komplexität verschwindet auch nicht notwendigerweise, wo es zu völkerrechtlichen Regelungen oder gar einer Rechtsvereinheitlichung kommt. Siehe hierzu *E. Fisher* (Anm. 26), 79.

⁸² *M. Kloepfer/E. Mast* (Anm. 16), 5, auch 279. *J. C. Dernbach* (Anm. 62), 281; *A. Rest* (Anm. 17), 2398; *N. A. Robinson* (Anm. 62), 341 ff.; *D. Tarlock/P. Tarek* (Anm. 62).

⁸³ *A. Rest* (Anm. 17), 2398; so auch *M. Kloepfer/E. Mast* (Anm. 16), 27.

⁸⁴ Zur Sichtbarwerdung dieses gemeinsamen umweltrechtlichen Kerns in verschiedenen Rechtsordnungen siehe z. B. *T. Yang/R. Percival*, *The Emergence of Global Environmental Law*, *Ecology L. Q.* 34 (2009), 615.

⁸⁵ *N. A. Robinson* (Anm. 62), 340 ff. Grundlegend zur Bedeutung der Rechtskreislehre für die Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht *R. Grote* (Anm. 12), 10 ff.

IV. Ziele, Anwendungsfelder und Untersuchungsobjekte der Umweltrechtsvergleichung

Die Ziele, Anwendungsfelder und Untersuchungsobjekte der Rechtsvergleichung im Umweltrecht sind vielfältig. Unterschiedliche Systematisierungen sind vorstellbar.⁸⁶ Die hier vorgenommene Einteilung versucht, den Erkenntnispotenzialen gerecht zu werden, die die Umweltrechtsvergleichung für die Rechtswissenschaft, die Ausbildung sowie die Rechtssetzung und Rechtsanwendung bereithält. Dabei gilt es einerseits, die ohnehin starke und auch weiter zunehmende internationale Prägung des nationalen Umweltrechts zu berücksichtigen und andererseits, ihre zunehmend große Bedeutung für die Entwicklung des internationalen Umweltrechts hervorzuheben. In den folgenden Unterabschnitten werden die vielfältigen Funktionen der Umweltrechtsvergleichung erläutert. Zuerst wird ihre grundlegende Bedeutung als Erkenntnisverfahren der Rechtswissenschaft vorgestellt (1.). Darauf folgt die Vedeutlichung ihres didaktischen Werts (2.). Im Anschluss wendet sich der Beitrag ihren Funktionen im Hinblick auf die Entwicklung sowohl des nationalen (3.) als auch des internationalen Umweltrechts zu (4.).

1. Umweltrechtsvergleichung als Erkenntnisverfahren der Rechtswissenschaft

Grundlegend mag die Umweltrechtsvergleichung der Gewinnung wissenschaftlicher Erkenntnisse dienen. Es geht diesbezüglich um einen Zuwachs an Erkenntnis über das Umweltrecht, weitgehend unabhängig von ihrem konkreten Nutzen. Insoweit ist sie Zweck in sich und nicht nur Mittel zum Zweck.⁸⁷

An dieser Stelle soll betont werden, dass der Vergleich eines der elementarsten Verfahren der Wissenschaft überhaupt ist. Der Physiker und Philosoph *Ernst Mach* bezeichnete ihn einmal als “das mächtigste innere Lebens-element der Wissenschaft”.⁸⁸ Der Vergleich kann grundlegend als Verfahren verstanden werden, in dem empirische Erkenntnisse über die Welt innerlich verarbeitet werden. Dabei geht es im Wesentlichen darum, verschiedene

⁸⁶ A. Rest (Anm. 17); M. Kloepfer/E. Mast (Anm. 16), 27 f.

⁸⁷ Zur Zweck-Mittel-Relation in der Forschung siehe J. Mittelstraß, *Leonardo-Welt: Über Wissenschaft, Forschung und Verantwortung*, 1992, 105 ff.

⁸⁸ E. Mach, *Über das Prinzip der Vergleichung in der Physik*, in: E. Mach (Hrsg.), *Populärwissenschaftliche Vorlesungen*, 1903, 269.

Phänomene (z. B. Gegenstände, Normen, Beziehungen, Qualitäten) in einem synthetisch-kognitiven Akt "nebeneinanderzustellen" (*comparare*) und durch das Identifizieren von Ähnlichkeiten und Unterschieden zueinander in Beziehung zu setzen.⁸⁹ Vergleiche werden so zur Grundlage rationaler Verallgemeinerungen, Ordnungen oder Wertungen. Auch Normgestaltung und Normanwendung basieren immer auf Vergleichen.⁹⁰

Als Erkenntnisverfahren ermöglicht die Umweltrechtsvergleichung damit ein erweitertes Verständnis der Besonderheiten der jeweils verglichenen Rechtsordnungen und vergrößert das Wissen über verschiedene Rechtslösungen sowie die Möglichkeiten ihrer Betrachtung, Prüfung und Bewertung. Darüber hinaus können auch Wirkungszusammenhänge zwischen Gesellschaft und Umweltrecht sowie Umweltrecht und Gesellschaft sichtbar werden, aus denen sich wiederum Erkenntnisse über Eigenschaften, Entwicklungstendenzen und Effektivität des Rechts gewinnen lassen.⁹¹

2. Ausbildung

Vorrangiges Ziel rechtswissenschaftlicher Lehrveranstaltungen im Allgemeinen ist die Vermittlung konkreter Rechtsthemen sowie juristischer und wissenschaftlicher Arbeitstechniken.⁹² Dies geschieht in der universitären Praxis zuvorderst durch Fallanalysen und die Erläuterung der einschlägigen Gesetzesmaterie. Insbesondere im Umweltrecht sind dabei die internationalen, europäischen und transnationalen Dimensionen des Rechts zu berücksichtigen.

Juristische Lehrveranstaltungen, einschließlich umweltrechtlicher Seminare oder Vorlesungen, profitieren in aller Regel davon, dass die jeweils zu vermittelnde Rechtsmaterie im Kontext ihrer gesellschaftlichen Bedingungen vorgestellt wird. Zentral ist dabei die vertiefte Erläuterung der gesellschaftlichen und juristischen Probleme, die es rechtlich zu lösen gilt. Anschaulich herausgearbeitet werden müssen dann die verschiedenen Funktionen rechtlicher Normen und Normsysteme.⁹³ Hierzu sind in unterschiedli-

⁸⁹ Siehe G. Schenk/A. Krause, Vergleich, in: J. Ritter/K. Gründer/G. Gabriel (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 2011, 677.

⁹⁰ Zum vergleichenden Denken im Recht siehe z. B. R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 2011, 217 f.

⁹¹ Siehe D. Martiny, *Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtssoziologie*, ZfRSoz 1 (1980), 65.

⁹² Siehe z. B. J. M. Eickelberg, *Didaktik für Juristen: Wissensvermittlung, Präsentationstechnik und Rhetorik*, 2017.

⁹³ Dabei sollte zwischen tatsächlichen, behaupteten und angenommenen Funktionen unterschieden werden. Siehe hierzu z. B. U. Kischel (Anm. 5), 95 ff.

chem Maße ihre natürlichen, historischen, sozialen, ethischen, politischen und ökonomischen Hintergründe zu verdeutlichen. Nicht zuletzt bietet es sich an, das Problemlösungspotenzial der einzelnen Regelungen zu thematisieren (“Sind die Regelungen wirksam?”; “Reichen sie aus, um das soziale oder juristische Problem zu lösen?”).⁹⁴ Rechtsvergleichende Darstellungen eignen sich für eine Annäherung an all diese Fragen besonders gut.⁹⁵ Insbesondere zeigen sie, dass es für parallele Sach- und Konfliktlagen alternative Deutungs-, Umgangs- und Regelungsmöglichkeiten gibt. Diese Kontrastierung generiert im besten Fall ein tiefergehendes Verständnis für die möglichen Funktionen und Potenziale des Rechts als Mittel zur Gestaltung und Steuerung sozialer Prozesse, seine historische, kulturelle und soziale Bedingtheit und gegebenenfalls seine Entwicklungs Offenheit und -bedürftigkeit.⁹⁶

3. Rechtsvergleichung zur Entwicklung des nationalen Umweltrechts

Rechtsvergleichung ist in vielerlei Hinsicht bedeutsam für die gesetzgeberische, richterliche und administrative Fortbildung nationalen Umweltrechts. Sie kann Anlass für Rechtsentwicklung sein oder den Bedarf nach Weiterentwicklung bestätigen (a). Darüber hinaus dient sie als Inspirationsquelle für deren konzeptionelle und strukturelle Ausgestaltung (b). Gleichzeitig kann sie als Untersuchungsverfahren hinsichtlich der möglichen Wirkungen konkreter Rechtsinstrumente dienen (c). Es gilt dabei zu erkennen, dass das nationale Umweltrecht heutzutage stark durch das internationale Umweltrecht und in der Europäischen Union ganz erheblich durch das Unionsrecht geprägt ist.⁹⁷ In vielen Ländern Asiens oder Afrikas sowie im grenzüberschreitenden Raum spielen traditionelle bzw. zunehmend nicht-staatliche oder hybride Ordnungsmuster eine bedeutende Rolle bei der

⁹⁴ Siehe hierzu z. B. E. Fisher (Anm. 26), 95 ff. Aus Sicht des Umweltvölkerrechts siehe D. Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law*, 2010, 252 ff.

⁹⁵ N. V. Demleitner, *Comparative Law in Legal Education*, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Anm. 7), 320; U. Mattei/T. Ruskola/A. Gidi, *Schlesinger’s Comparative Law*, 2009, 629 ff.

⁹⁶ Siehe hierzu z. B. C. Valcke, *Global Law Teaching*, *J. Legal Educ.* 54 (2004), 160 ff.

⁹⁷ Mathias Reimann formuliert prägnant “national systems are no longer alone in the legal universe.” Siehe M. Reimann, *Beyond National Systems. A Comparative Law for the International Age*, *Tul. L. Rev.* 75 (2001), 1103.

“Umweltgovernance”.⁹⁸ Die Umweltrechtsvergleichung hat daher eine globale und “pluralitätsbewusste” Perspektive einzunehmen.⁹⁹

a) Aufzeigen oder Bestätigen von Entwicklungs- und Vereinheitlichungsbedarf

Der Blick in andere Rechtsordnungen kann dazu führen, dass ein Rechtsfortbildungsbedarf erkannt oder bestätigt wird, wobei die zwei Varianten in der Praxis kaum unterscheidbar sein dürften. Ausgangspunkt im ersten Fall wäre, dass ein Problembewusstsein bei Gesetzgebern und Rechtsanwendern eines bestimmten Staates gar nicht oder kaum ausgeprägt ist. Durch Rechtsvergleichung wird dann z. B. erkannt, dass andere Rechtsordnungen bestimmte, für die Umwelt nachteilige Handlungen (anders) regeln. Idealtypisch stellt sich die Frage, ob es im Rahmen der eigenen Rechtsordnung ähnlich gelagerte Konflikte gibt, die ebenfalls der Regelung bedürfen. Der Blick in die fremde Rechtsordnung erzeugt und rahmt hier das Problembewusstsein. Im zweiten Fall ist eben dieses Problembewusstsein bereits klarer ausgeprägt. Dieses wird durch den vergleichenden Blick lediglich bestätigt und gegebenenfalls bestärkt.

Die für notwendig erachtete Rechtsfortbildung kann auch die Rechtsvereinheitlichung beinhalten. Vereinheitlichungsbestrebungen im Bereich des Umweltrechts zwischen Staaten scheinen im Wesentlichen durch zweierlei Motive bedingt. Zum einen dienen sie der zunehmenden inter- und supranationalen Zusammenarbeit bei der Bewältigung grenzüberschreitend wirksamer Umweltprobleme.¹⁰⁰ Zum anderen sind sie Folge wirtschaftlicher Integration nationaler Märkte.¹⁰¹ Grad und Art der Vereinheitlichung des Umweltrechts können sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Auf der einen Seite stehen vertraglich verbindlich festgeschriebene, vollständige Rechtsangleichungen (*loi uniforme, Totalangleichung*) sowie graduelle Angleichungen (verschiedene Autoren unterscheiden z. B. in *minimale, weitgehende, umfassende* oder auch *Vollharmonisierung*). Daneben gibt es aber gerade im

⁹⁸ Siehe auch O. C. Ruppel/D. K. Bwiza (Anm. 48); O. C. Ruppel/E. D. Kam Yogo, *Environmental Law and Policy in Cameroon – Towards Making Africa the Tree of Life*, 2018; O. C. Ruppel/K. Ruppel-Schlichting, *Environmental Law and Policy in Namibia – Towards Making Africa the Tree of Life*, 2016.

⁹⁹ W. Menski, *Comparative Law in a Global Context. The Legal System of Asia and Africa*, 2006, 82 f.

¹⁰⁰ M. Kloepfer (Anm. 6), 811 f.

¹⁰¹ Hier ist sicherlich die Harmonisierung des Umweltrechts der EU paradigmatisch. Siehe insofern K. Meßerschmidt, *Europäisches Umweltrecht*, 2011, 71 ff.

Bereich des Umweltrechts auch die unverbindlichen politischen Leitbilder, Modellgesetze, Standards oder *Codes of Conduct*, die Rechtsangleichungsbemühungen längerfristig anleiten oder vorbereiten (können).

b) Problemverständnis, Fortbildungsoptionen, Legitimation

Insbesondere auf der ministeriellen Ebene dient die Rechtsvergleichung als Erkenntnisverfahren zur Vorbereitung von Gesetzgebung. Sie erweitert ihr Verständnis hinsichtlich spezifischer Umweltprobleme und sucht nach problemadäquaten Regelungsoptionen.¹⁰² Im letzteren Fall geht es vor allem um die Suche nach durchdachten und bereits erprobten Regelungsansätzen und -konzepten. Außerjuristische Bedingungen und regulatorische Details sind tendenziell von geringer Bedeutung. Im besten Fall reduzieren die Rechtsvergleiche den Arbeitsumfang durch die Übernahme von Konzepten, Textabschnitten oder Begründungen hinsichtlich des Regelungsbedarfs. Nicht zuletzt ist es denkbar, dass bestimmte mit der Regelung verbundene Rechtsfragen, wie etwa die Vereinbarkeit einer gesetzgeberischen Maßnahme mit völker- oder unionsrechtlichen Vorgaben, bereits durch andere Staaten hinreichend geprüft wurden.

Die Untersuchung drittstaatlicher Umweltrechtsgesetze vollzieht sich dabei insbesondere im Rahmen gesetzgebungsbegleitender Sachverständigenarbeit in Form von Fachgutachten, Workshops und Expertenrunden mit Beamt*Innen aus dem In- und Ausland.¹⁰³ In besonderen Fällen wird der Blick in drittstaatliche Rechtsordnungen sogar gesetzlich eingefordert. So schrieb z. B. § 4 Abs. 2 des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle (StandAG) in der Fassung vom 23.7.2013 ausdrücklich vor, dass eine zur Vorbereitung des Standortauswahlverfahrens gebildete Expertenkommission "internationale Erfahrungen und daraus folgende Empfehlungen für ein Lagerkonzept analysieren" sollte.¹⁰⁴

Weiterhin kann das Aufzeigen bestehender Umweltgesetzgebung anderer Staaten für den inländischen Gesetzgeber hinsichtlich seiner eigenen Ge-

¹⁰² Auf Nachfrage des Verfassers bei Mitarbeiter*Innen verschiedener mit dem Umweltrecht befasster Bundesministerien wurde bestätigt, dass zur Vorbereitung der Gesetzgebung häufig systematische Analysen ausländischen Umweltrechts vorgenommen werden.

¹⁰³ Insofern verweist etwa auch der Forschungsrahmen und Ressortforschungsplan (UFOPLAN 2018) des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit an mehreren Stellen auf den Bedarf nach rechtsvergleichenden Studien, siehe z. B. Ressortforschungsplan Nr. 1 Projekt E 2.3. Erhältlich unter: <<https://www.bmu.de>>.

¹⁰⁴ Standortauswahlgesetz vom 23.7.2013 (BGBl. I S. 2553).

setzungsvorschläge legitimierend wirken. Das gilt zum einen gegenüber inländischen Normadressaten, zum anderen gegenüber Drittstaaten oder der Staatengemeinschaft. Nach innen unterstreicht die Darlegung der Existenz ausländischer Umweltgesetzgebung den Bedarf nach rechtlicher Steuerung eines Umweltproblems. Gegenüber Drittstaaten, deren Bürger*Innen eventuell durch die nationale Umweltgesetzgebung betroffen sind (z. B. durch Handelsbeschränkungen), reduziert sich der Verdacht willkürlicher Diskriminierung, z. B. aus ökonomisch-protektionistischen Motiven.¹⁰⁵

Auch im Zuge der Rechtsanwendung spielt Rechtsvergleichung eine zunehmend bedeutsame Rolle. Zum einen sind Richter*Innen, Anwalt*Innen und auch Verwaltungsjurist*Innen bei der Bearbeitung grenzüberschreitender Sachverhalte, wie z. B. grenzüberschreitender Umweltschäden, dazu gezwungen, ausländische Rechtsordnungen zu berücksichtigen oder sogar im Rahmen des internationalen Privat- oder Verwaltungsrechts anzuwenden. Für eine widerspruchsfreie und rechtlich sinnvolle Lösung eines solchen Konflikts kommt es regelmäßig auf eine verständnisreiche und vergleichende Analyse der konkret beteiligten Rechtsordnungen an.¹⁰⁶ Gleichzeitig kann es immer wieder dazu kommen, dass Rechtsanwender*Innen erkennen, dass ähnlich gelagerte Fallkonstellationen im Ausland nach ausländischem Umweltrecht bereits beurteilt wurden.¹⁰⁷ In den Fällen, in denen die Rechtsanwender Parallelen in der Sach-, Konflikt- und Rechtslage der ausländischen Fälle nachvollziehbar darstellen, können sie ausgewählte Argumente oder Wertungen für die ihnen im Inland zu entscheidenden Konflikte heranziehen.¹⁰⁸ Nicht zuletzt orientieren sich Gerichte bei der An-

¹⁰⁵ Siehe nach wie vor grundlegend *M. Hilf*, Freiheit des Welthandels contra Umweltschutz, NVwZ 19 (2000), 481.

¹⁰⁶ *E. Gaines*, International Principles for Transnational Environmental Liability: Can Developments in Municipal Law Help Break the Impasse?, Harv. Int'l L. J. 30 (1989), 311; *K. Fach Gómez*, Law Applicable to Cross-Border Environmental Damage: From the European Autonomous Systems to Rome II, in: P. Sarcevic/P. Volken/A. Bonomi (Hrsg.), Swiss Yearbook of Private International Law, 2004, 291.

¹⁰⁷ Hier können die aktuellen, sogenannten Klimaklagen als Beispiel dienen. Im Zuge des Versuchs, gerichtlich parlamentarische Gesetzgeber zu einer ambitionierten klimaschützenden Gesetzgebung zu bewegen, Kompensation für klimawandelbedingte Schäden zu erstreiten oder die Genehmigung von klimabelastenden Infrastrukturprojekten zu verhindern, werden weltweit Entscheidungen und Argumentationsfiguren jeweils ausländischer Gerichte von Klägern und Klägerinnen sowie von den Gerichten herangezogen. Siehe hierzu eingehend *J. Setzer/L. C. Vanhala*, Climate Change Litigation: A Review of Research on Courts and Litigants in Climate Governance, Wiley Interdisciplinary Review Climate Change 10 (2019), 1; *M. Nachmany/S. Fankhauser/J. Setzer/A. Averbchenkova*, Global Trends in Climate Change Legislation and Litigation, 2017.

¹⁰⁸ Auch außerhalb des Umweltrechts zitieren Gerichte seit langer Zeit ausländische Gerichte bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts. Dies gilt beispielsweise für den Bereich des Verfassungsrechts, siehe z. B. *S. Martini* (Anm. 13). Zur Rechtsvergleichung als "fünfte Aus-

wendung völkervertraglicher Normen an der Rechtsprechung ausländischer Gerichte, die dieselben Normen auslegen und anwenden.¹⁰⁹ Im Rahmen der Anwendung völkerrechtlicher Verträge vermeiden sie dadurch einerseits Wertungswidersprüche zwischen den Gerichten und verhindern andererseits ein “Auseinanderdriften der Anwendungspraxis”.¹¹⁰

c) Analyse und Bewertung möglicher sozialer, ökonomischer und ökologischer Folgen

Umweltgesetze können – neben positiven ökologischen – auch erhebliche ökonomische und soziale Folgen haben. Im Zuge der Vorbereitung von Umweltgesetzen haben die zuständigen Stellen die potenziellen Haupt- und Nebenwirkungen ihrer Gesetzesentwürfe regelmäßig zu untersuchen.¹¹¹ Ein wichtiges Element solcher Folgenanalysen ist die Untersuchung und Bewertung der Wirkungen unterschiedlicher Regelungsoptionen. Auch insoweit kann der vergleichende Blick in die Rechtsordnungen verschiedener Staaten hilfreich sein.¹¹² Neben der Kostenanalyse sind in diesem Zusammenhang vor allem die Erfahrungen hinsichtlich der Effekte der verschiedenen Regelungsansätze auf die jeweilige Gesellschaft und Umwelt von Interesse. Im besten Fall können Erkenntnisse hinsichtlich der Problemlösungspotenziale unterschiedlicher Regelungsansätze vermittelt und für die Gesetzgebung fruchtbar gemacht werden. Die Ergebnisse der Untersuchungen werden dann Teil einer Gesamtbewertung; Die verschiedenen Regelungsoptionen werden darin anhand unterschiedlicher Maßstäbe bewertet, wie z. B. ihre Geeignetheit zur Lösung eines spezifischen Problems (Problemlösungska-

legungsmethode” bereits P. Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als “fünfter” Auslegungsmethode, JZ 44 (1989), 913 916 f.

¹⁰⁹ Die abweichenden Auslegungen internationaler Übereinkommen durch verschiedene nationale oder internationale Gerichte werden derzeit in der Literatur unter den Titeln *Comparative International Law* sowie *International Law in Domestic Courts* thematisiert. Siehe hierzu u. a. A. Nollkaemper/A. Reinisch/R. Janik/F. Simlinger, *International Law in Domestic Courts*, 2018; siehe auch Beiträge in H. P. Aust/G. Nolte (Hrsg.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts*, 2016.

¹¹⁰ J. Basedow, Hundert Jahre Rechtsvergleichung – Von wissenschaftlicher Erkenntnisquelle zur obligatorischen Methode der Rechtsanwendung, JZ 71 (2016), 269 (272).

¹¹¹ Siehe z. B. die Formulierung der Europäischen Kommission: “An impact assessment is required for Commission initiatives that are likely to have significant economic, environmental or social impacts.” Siehe European Commission, *Better Regulation Guidelines* (SWD(2017) 350), 15. Für Deutschland siehe z. B. § 42 Abs. 1 i. V. m. § 43 Abs. 1 Nr. 5 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO).

¹¹² So auch N. A. Robinson (Anm. 62), 338.

pazität), dem Kosten-Nutzen-Verhältnis, der Kohärenz mit geltendem Recht sowie ihre Verhältnismäßigkeit.¹¹³

4. Rechtsvergleichung zur Entwicklung des internationalen Umweltrechts

Der folgende Abschnitt skizziert die möglichen Funktionen der Rechtsvergleichung bei der Entwicklung des Umweltvölkerrechts. Dies erfolgt konkret anhand ihrer möglichen Beiträge zur Entwicklung der drei "primären Quellen" des Völkerrechts, d. h. den internationalen Übereinkommen, dem Gewohnheitsrecht sowie den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. a-c IGH Statut. Die möglichen Funktionen sollen dabei auch anhand von Beispielen aus der internationalen Vertragsgestaltungs- und Rechtsprechungspraxis verdeutlicht werden.

a) Zur Gestaltung und Durchführung umweltvölkerrechtlicher Verträge

Rechtsvergleichende Analysen können konzeptioneller Ausgangspunkt umweltvölkerrechtlicher Vertragsgestaltung sein. Dabei kann die Vertragsgestaltung auch die Schaffung internationaler Organisationen und Spruchkörper beinhalten, deren rechtliche Konstruktion ebenfalls stark auf rechtsvergleichende Arbeiten zurückgehen kann.¹¹⁴ Auch bei der Anwendung umweltvölkerrechtlicher Verträge spielt die Rechtsvergleichung eine zunehmend bedeutsame Rolle. Zu Veranschaulichungszwecken sollen in den folgenden zwei Unterabschnitten die Funktionen der Rechtsvergleichung anhand der unterschiedlichen Phasen der Vertragsgestaltung aufgezeigt (aa) und ein Beispiel rechtsvergleichender Arbeit im Zuge der Gestaltung eines internationalen Vertrags vorgestellt werden (bb).

¹¹³ European Commission (Anm. 111), 28.

¹¹⁴ Siehe grundlegend bereits G. Ress, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen, ZaöRV 36 (1976), 227.

aa) Funktionen der Rechtsvergleichung in den verschiedenen Phasen der Vertragsgestaltung

Die Rechtsvergleichung kann ihre Funktionen in allen Phasen der Vertragseentwicklung entfalten und dabei auch phasenübergreifend wirken.¹¹⁵ In einer ersten Phase verhandeln Staaten darüber, ob und wenn, in welchem Rahmen und Umfang es zu formalen Vertragsverhandlungen kommen soll (*phase 1, pre-negotiation*). Hier orientieren sich Staaten hinsichtlich der Sachmaterie, des Problemzuschnitts des potenziell zu verhandelnden Abkommens, der Regelungsoptionen sowie der eigenen nationalen Rechtspositionen und Ziele.¹¹⁶

Zu diesem Zeitpunkt dient der vergleichende Blick in unterschiedliche nationale Rechtsordnungen oder in unterschiedliche internationale Verträge der Vertragsgestaltung vor allem in zweierlei Hinsicht: Einerseits kann ein tieferes Verständnis für die sachliche und rechtliche Problemlage aufgebaut werden. Andererseits können verschiedene Regelungsansätze und -techniken systematisch erfasst werden. Rechtsvergleichung ermöglicht so die Erweiterung der Wissensgrundlagen, auf denen die potenziellen Vertragsparteien ihre Verhandlungen aufbauen. Insbesondere begünstigt sie in dieser Phase die Entwicklung eines gemeinsamen faktischen und normativen Problemverständnisses, den Zuschnitt des zu verhandelnden Problemumfangs (*framing of the issue*) sowie die Entwicklung einer gemeinsamen Terminologie. Auf dieser Grundlage bestimmen Staaten ihre Positionen hinsichtlich der für die möglichen Verhandlungen bedeutsamen Festlegung des Verhandlungsforums sowie des Verhandlungsmandats (*phase 2, forum choice*).¹¹⁷

Eine schwerpunktmäßig andere Bedeutung kommt der Rechtsvergleichung sicherlich in der tatsächlichen Verhandlungsphase zu (*phase 3, negotiations*). Auch hier kann die Rechtsvergleichung im Wesentlichen zur Generierung von zwei unterschiedlichen Informationsgewinnen beitragen: Erstens macht die Rechtsvergleichung auch für diese Phase die verschiedenen Rechtsvorstellungen und Regelungstechniken, -methoden, -ansätze sowie Erfahrungen der beteiligten Staaten hinsichtlich der konkret infrage stehenden Rechtsfragen sichtbar. Dies ermöglicht die Auswahl geeigneter Instrumente auf einer breiteren Wissensgrundlage. Ein wichtiger Aspekt in

¹¹⁵ Das folgende Modell orientiert sich grob an der von *Bodansky* vorgeschlagenen Phaseinteilung der Vertragsgestaltung im internationalen Umweltrecht (*“stages in the treaty-making process”*). Siehe auch *D. Bodansky* (Anm. 94), 166 f.

¹¹⁶ *D. Bodansky* (Anm. 94), 167.

¹¹⁷ Zum sogenannten *forum choice* siehe z. B. *H. Ginzky*, Wofür Expertise? Das Verhältnis von Recht zu außerrechtlichen Aspekten in der internationalen Rechtssetzung, in: *O. Dilling/T. Markus* (Hrsg.), *Ex Rerum Natura Ius?*, 2014. Siehe auch *A. Boyle/C. Chinkin*, *The Making of International Law*, 2007, 103 ff., 144 ff.; *D. Bodansky* (Anm. 94), 136 ff.

diesem Zusammenhang ist, dass in den verglichenen Rechtsordnungen Wissen und Erfahrungen hinsichtlich der Effektivität und Folgen der unterschiedlichen rechtlichen Lösungen vorhanden sind. Diese Informationen können in der Folge für die Vertragsgestaltung fruchtbar gemacht werden. Rechtsvergleichung dient insoweit auch wie in der nationalen Rechtssetzung als ein Instrument der Folgenabschätzung und damit wiederum als ein Element der *good governance*. Zweitens wird das Verständnis für die Verhandlungsposition der jeweils anderen Verhandlungspartner erweitert. Das gilt sowohl hinsichtlich des Regelungsverständnisses der anderen Parteien im Hinblick auf die konkret in Frage stehende Rechtsmaterie als auch im Hinblick auf ihr allgemeines Verständnis des Völkerrechts¹¹⁸ sowie auf die dogmatische Beziehung zwischen Völkerrecht und nationalem Recht.¹¹⁹ Alle diese Aspekte können die Verhandlungspositionen der Staaten erheblich beeinflussen.¹²⁰

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass die Gestaltung internationaler Verträge durch Staaten regelmäßig auf landesrechtlich geprägtem Rechtsdenken und geltendem Recht aufbaut und hierdurch wesentlich mitbestimmt und begrenzt wird. So sind bestehende innerstaatliche Regelungen häufig konzeptioneller Ausgangspunkt einzelner Parteien in den Vertragsverhandlungen. Darüber hinaus ist bestehendes Landesrecht immer auch Ausdruck einer politischen Willenseinigung, die im Rahmen einer innerstaatlichen Verfassungsordnung zustande kam. Landesrecht bestimmt daher auch maßgeblich den Rahmen, innerhalb dessen ein Staat international regulierend tätig werden will und kann.¹²¹

An dieser Stelle gilt es hervorzuheben, dass gerade die Rechtsvergleichung zum Zwecke der Gestaltung internationaler umweltrechtlicher Verträge nicht nur von einem Vergleich landesrechtlicher Regelungsansätze

¹¹⁸ 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. Zum Beispiel des muslimischen Verständnisses des Völkerrechts siehe insbesondere S. Mahmoudi, *Islamic Approach to International Law*, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL*, <<http://www.mpepil.com>>; T. Roeder, *Traditional Islamic Approaches to Public International Law – Historic Concepts, Modern Implications*, *ZaöRV* 72 (2012), 521.

¹¹⁹ Siehe hierzu den rechtsvergleichenden Überblick bei P. Kunig, *Völkerrecht und staatliches Recht*, in: W. Graf von Vitzthum/A. Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 2017, 82.

¹²⁰ Siehe hierzu A. Roberts, *Is International Law International?*, 2017, 277 ff.; B. N. Mamlyuk/U. Mattei, *Comparative International Law*, *Brook J. Int'l L.* 36 (2011), 385 (406 ff.).

¹²¹ Siehe hierzu schon K. Zemanek, *Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der Interantionalen Organisationen leisten?*, *ZaöRV* 24 (1964), 453; siehe auch G. Ress (Anm. 114), 234.

profitiert. Es kann zunehmend beobachtet werden, dass sie auf Vergleiche bereits existierender internationaler Verträge und Regime zurückgreift. Verglichen werden unter anderem vertraglich festgelegte Regelungen, vertraglich festgeschriebene Strukturen internationaler Organisationen sowie deren sekundärrechtliche Lösungsansätze für vergleichbare Problemlagen.¹²² Insofern vergrößert die wachsende Komplexität und Originalität der Ordnungsformationen im internationalen Recht die Menge an unterschiedlichen regulativen Lösungsansätzen. Gegenüber den Vergleichen nationaler Lösungsansätze haben solche Vergleiche sogar den Vorteil, dass es sich bereits um völkerrechtliche Regelungen handelt und Erfahrungen hinsichtlich der besonderen Herausforderungen der Verwirklichung des konkreten Lösungsansatzes 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 erneuten Vereinbarung einer gleichartigen Regelung geschlossen werden kann. Entsprechende Präzedenzfälle und Erfahrungen können Verhandlungsprozesse positiv beeinflussen.¹²³

Bedeutung scheint der Vergleich 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 können Staaten dahingehend informieren, sodass mögliche Normkollisionen oder Zielkonflikte vermieden werden, sei es durch Nichtaufnahme oder Anpassung bestimmter Normen oder die Inklusion von Kollisionsvorschriften.¹²⁴ Vor diesem Hintergrund könnte man die Rechtsvergleichung auch als Methode zur De-Fragmentierung des Umweltvölkerrechts verstehen.

Gleichzeitig wird erkennbar, dass die Rechtsvergleichung einen wichtigen Beitrag zur Durchführung völkerrechtlicher Verträge leisten kann (*phase 4, implementation*). Insofern mag man zwischen der Inhaltsbestimmung einer-

¹²² Siehe zum internationalen Umweltrecht z. B. *L. Thoms*, A Comparative Analysis of International Regimes on Ozone and Climate Change with Implications for Regime Design, *Colum. J. Transnat'l L.* (2003), 795; *G. Rose/L. Kurukulasuriya*, Comparative Analysis of Compliance Mechanisms, in *Envisioning the Next Steps for MEA Compliance Enforcement*, 2006; *N. Khuchua*, Environmental Protection by the Black Sea Commission, 2018; *P. P. Silva-Sánchez*, Human Rights Litigation and the Environment, 2020, i. E. Zum Ressourcenschutzrecht siehe z. B. *I. Unterweger*, International Law on Tuna Fisheries Management, 2015.

¹²³ Siehe Beispiele bei *G. Ress* (Anm. 114).

¹²⁴ Zur Koordinierung umweltvölkerrechtlicher Verträge siehe *N. Matz*, Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge, 2005, 1 ff.

seits und der Umsetzungskontrolle 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.¹²⁵ Diese Unterschiede können sich unter anderem aus den verschiedenen Regulierungs-, Verwaltungs- und Grundrechtstraditionen der Vertragsparteien, dem Mangel an vereinheitlichend wirkender Umsetzungsanleitung oder -kontrolle durch eine internationale Verwaltung oder Rechtsprechung sowie aus den zum Teil gegenläufigen Interessen der Vertragsparteien ergeben.¹²⁶

Im Hinblick auf die Inhaltsbestimmung können vergleichende Analysen einen Beitrag zum Verständnis leisten, was die Normen der Verträge konkret bedeuten. 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.¹²⁷

Außerdem können dieselben Akteure vergleichend untersuchen, wie die vertraglichen Normen in der vertragsstaatlichen Umsetzungspraxis inhaltlich bestimmt werden, insbesondere wie nationale Gerichte einzelne Normen interpretieren.¹²⁸ Die Ergebnisse entsprechender Untersuchungen zur Inhaltsbestimmung können ihrerseits als 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*).¹²⁹ Außerdem können Einschätzungen hinsichtlich der Steuerungswirkung der Verträge getroffen werden

¹²⁵ Siehe u. a. J. Basedow (Anm. 110), 269; A. Roberts/P. B. Stephan/P.-H. Verdier/M. Versteeg, *Conceptualizing Comparative International Law*, 2018; H. P. Aust/A. Rodiles/P. Staubach, *Unity or Uniformity? Domestic Courts and Treaty Interpretation*, LJIL 27 (2014), 75; siehe auch Beiträge in H. P. Aust/G. Nolte (Anm. 109).

¹²⁶ Siehe hierzu z. B. A. Roberts/P. B. Stephan/P.-H. Verdier/M. Versteeg (Anm. 125), 4 f.

¹²⁷ K. Hailbronner, *Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung*, ZaöRV 36 (1976), 190 (223 f.); M. Bothe, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte*, ZaöRV 36 (1976), 280 (281 f.); Rolf Herber hält diese Funktion mit guten Gründen für abwegig, siehe R. Herber, *Seehandelsrecht*, 2016, 31 f.

¹²⁸ J. Basedow (Anm. 110).

¹²⁹ K. Raustiala/A.-M. Slaughter, *International Law, International Relations and Compliance*, in: W. Carlsnaes/T. Risse/B. A. Simmons (Hrsg.), *Handbook of International Relations*, 2002, 538 (539).

(*effectiveness control*).¹³⁰ Das Wissen um die Regelkonformität oder Nonkonformität sowie die Steuerungswirkung ermöglicht wiederum die Weiterentwicklung der Abkommen zur 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.¹³¹

bb) Beispiel: Die Arbeiten der International Law Commission zu den International Watercourses

An dieser Stelle soll exemplarisch auf eine umweltrechtsvergleichende Arbeit der ILC eingegangen werden: *The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*. Hierzu wird in einem ersten Schritt die Geeignetheit der Arbeiten der ILC als Untersuchungsgegenstand knapp dargelegt (i). Als zweiter Schritt werden einzelne Schritte der ILC bei ihrer Arbeit an der Entwicklung von *draft articles* für ein Abkommen zum “*Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*” nachvollzogen, die rechtsvergleichende Arbeiten und ihre Funktionen für die internationale Vertragsgestaltung erkennen lassen (ii).

(i) Die Arbeit der ILC als geeigneter Untersuchungsgegenstand

Aufgrund ihrer Aufgabe, Struktur und Arbeitsweise sind die rechtsvergleichenden Arbeiten der ILC zur Vorbereitung internationaler Vertragsgestaltung von hohem Erkenntniswert. Entsprechend des Art. 13 Abs. 1 lit. a der Charta der Vereinten Nationen (VN) lautet ihr Mandat:

“The International Law Commission shall have for its object the promotion of the progressive development of international law and its codification.”¹³²

Bis zur Jahrtausendwende nahmen die Entwicklungs- und Kodifizierungsbemühungen der ILC fast ausschließlich die Form kommentierter

¹³⁰ Zu den möglichen Verständnissen von “effectiveness” im Umweltvölkerrecht am Beispiel des Klimaschutzrechts, siehe z. B. D. Bodansky/J. Brunée/L. Rajamani, *International Climate Change Law*, 2017, 357 f.

¹³¹ Siehe z. B. A. Chayes/A. Handler Chayes, *The New Sovereignty*, 1998, 10 ff.

¹³² Siehe auch Art. 1 Abs. 1 ILC-Statut. Art. 15 ILC-Statut enthält eine Legaldefinition der Begriffe *fortschreitende Entwicklung* und *Kodifikation des Völkerrechts*. Siehe hierzu A. Boyle/C. Chinkin (Anm. 117), 174.

Vertragsentwürfe an;¹³³ die sogenannten *drafts* oder *draft articles*.¹³⁴ IGH-Richterin *Rosalyn Higgins* zufolge waren beide Begriffe synonym mit *draft treaties*.¹³⁵ Viele Vertragsentwürfe und Empfehlungen der ILC wurden so Grundlage wichtiger internationaler Vertragsverhandlungen und späterer Vertragsschlüsse.¹³⁶ Das ILC-Mitglied *Mathias Forteau* spricht insoweit auch von einer “Quasi-Legislativfunktion”.¹³⁷ In der Praxis verwirklicht sie diese vor allem dadurch, dass sie unterschiedliche staatliche Übungen und Rechtsauffassungen im Hinblick auf völkerrechtliche Tatbestände identifiziert und dann in Form von Vertragsentwürfen synthetisiert.¹³⁸ Grundlage ihrer Vertragsentwürfe ist somit zu großen Anteilen der Vergleich voneinander abweichender nationaler Regelungsansätze hinsichtlich völkerrechtlicher Tatbestände.¹³⁹ *Mathias Forteau* schlussfolgert daher:

“The ILC can, in this regard, be seen as a fruitful laboratory for assessing how comparative international law has operated in practice over the last 70 years.”¹⁴⁰

Im Hinblick auf die Bedeutung der ILC für die Rechtsvergleichung ist an dieser Stelle auch hervorzuheben, dass ihre Arbeit entscheidend dadurch geprägt wird, dass sie sich aus 34 Mitgliedern unterschiedlicher Herkunft zusammensetzt. Dem ILC-Statut zufolge repräsentieren ihre Mitglieder die wichtigsten Regionen und Rechtssysteme der Welt.¹⁴¹ Es muss hier betont werden, dass die Erkenntnisziele der rechtsvergleichenden Arbeiten der ILC wesentlich durch ihr Mandat gelenkt und beschränkt werden. Sowohl die Kodifizierung als auch die fortschreitende Entwicklung des Völkerrechts können vor allem dann verwirklicht werden, wenn sich die ILC stark

¹³³ Seit 2000 hat die ILC zunehmend auch Empfehlungen in anderer Form gegeben. Siehe *R. Higgins/P. Webb/D. Akande*, *Oppenheim’s International Law: United Nations*, 940 f.

¹³⁴ Art. 20 ILC Statut.

¹³⁵ Siehe hierzu insgesamt *R. Higgins/P. Webb/D. Akande* (Anm. 133), 939 (Rn. 25.33).

¹³⁶ Siehe Beiträge in *M. R. Anderson/A. E. Boyle/A. V. Lowe/C. Wickremasinghe*, *The International Law Commission and the Future of International Law*, 1998.

¹³⁷ *M. Forteau*, *Comparative International Law Within, Not Against, International Law: Lessons from the International Law Commission*, in: A. Roberts/P. B. Stephan/P.-H. Verdier/M. Versteeg (Hrsg.), *Comparative International Law*, 2018, 161 (165).

¹³⁸ Siehe Art. 16 und Art. 18-24 ILC-Statut. Siehe hierzu *R. Higgins/P. Webb/D. Akande* (Anm. 133), 934 (Rn. 25.21); *A. Boyle/C. Chinkin* (Anm. 117), 180 ff.

¹³⁹ *M. Forteau* (Anm. 137), 164.

¹⁴⁰ *M. Forteau* (Anm. 137), 164.

¹⁴¹ Art. 8 des ILC-Statuts spricht von den “[...] main forms of civilization and of the principal legal systems of the world [...]”. Um die Repräsentativität zu gewährleisten, werden die 34 Sitze fünf regionalen Gruppen zugeordnet, siehe Art. 9 Abs. 1 ILC-Statut. Siehe hierzu *M. Forteau* (Anm. 137), 166. Siehe auch *M. Koskenniemi*, *Anniversary Article – FYBIL 20 Years ON: The Case for Comparative International Law*, in: J. Klabbers (Hrsg.), *FYBIL 20 (2009)*, 1 (7).

an der Staatenpraxis orientiert. Im Vordergrund der Rechtsvergleiche steht daher nicht in allen Fällen die Suche nach der effektivsten, effizientesten oder rechtlich kohärentesten Lösung des in Frage stehenden Problems, sondern die Analyse des Staatenkonsenses, der sich in der Staatenpraxis zeigt. Dabei ist die Arbeit der ILC weitgehend auf die Phase der Vertragsvorbereitung, also auf die *pre-negotiation phase*, beschränkt.

(ii) Non-Navigational Uses of International Watercourses

Im Dezember 1970 beschloss die VN-Generalversammlung, dass sich die ILC zum Zwecke der fortschreitenden Entwicklung und Kodifizierung des Völkerrechts mit dem Thema *The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses* befassen solle.¹⁴² Im darauffolgenden Jahr nahm die ILC das Thema in ihr langfristiges Arbeitsprogramm auf. Zu Beginn des Projekts musste sie den sachlichen Umfang ihrer Arbeit klären. Wesentlich war insoweit die nähere Bestimmung der Begriffe *international watercourses*.¹⁴³ Aus rechtsvergleichender Perspektive ist vor allem der erste, im Jahr 1976 von *Special Rapporteur Richard D. Kearney* verfasste *Report* interessant.¹⁴⁴ Darin versucht er u. a. durch umfangreiche rechtsvergleichende Analysen die Frage zu klären, was im Rahmen des zu entwickelnden Vertragsentwurfs sinnvollerweise unter *international watercourse* zu verstehen sei.

Kearneys Bemühungen zur Klärung dieser Frage nahmen ihren Ausgangspunkt in den konzeptionellen Vorschlägen der VN-Mitgliedstaaten. Seiner Auffassung zufolge unterschieden sich diese Vorschläge zur inhaltlichen Bestimmung des Begriffs *international watercourse* vor allem graduell, nämlich hinsichtlich des Umfangs, mit dem sie Grenzgewässer erfassten. Die drei zentralen vorgeschlagenen Konzepte waren *river*, *river basin* und *drainage basin*. Erfasste z. B. *river* lediglich das oberflächliche Grenzgewässer,¹⁴⁵ betonte das Konzept *drainage basin* die Einheit des gesamten Wasserkörpers unter Einschluss von Zuflüssen und Grundwasser.¹⁴⁶

¹⁴² Zur Entstehungsgeschichte siehe auch S. C. *McCaffrey*, *The Law of International Watercourses*, 2019, 359 ff.

¹⁴³ Die inhaltliche Arbeit dauerte bis 1994. Im Mai 1997 verabschiedete die VN-Generalversammlung die finale Fassung des Abkommens und öffnete sie zur Unterzeichnung. Das Abkommen trat im August 2014 in Kraft.

¹⁴⁴ *R. D. Kearney*, Report on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses, in: *International Law Commission* (Hrsg.), *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, 184.

¹⁴⁵ *R. D. Kearney* (Anm. 144), Rn. 21.

¹⁴⁶ *R. D. Kearney* (Anm. 144), Rn. 11.

Special Rapporteur Kearney umschreibt und konkretisiert dann sehr anschaulich das zentrale Problem, das internationale Regeln zu den *Non-Navigational Uses of International Watercourses* zu lösen haben.¹⁴⁷

“There is a real difference when the authority of the State ends at a point on land and when it ends at a point in the water. The difference is not in the concept of authority but in its applicability to physical phenomena.”¹⁴⁸

Er führt dann weiter aus, dass die hydrologische Einheit von Grenzflüssen, grenzüberschreitenden Flüssen und Seen sowie von Flüssen, die durch zwei oder mehrere Staaten fließen, dazu führt, dass Verschmutzungs- oder Entnahmeregelungen immer auch grenzüberschreitende Wirkungen entfalten.¹⁴⁹

Im nächsten Schritt wendet er sich verschiedenen internationalen Verträgen jüngerer Datums zu und bezeichnet sie dabei ausdrücklich als “*guideline of substantial significance*”.¹⁵⁰ Alle diese Verträge befassen sich mit der Regulierung von *multi state river basins*:

- The Canadian-United States Columbia River Treaty Act of 1963 regarding navigation and economic co-operation between the States of the Niger Basin
- The 1963 Convention relating to the general development of the Senegal River Basin
- The Convention and Statutes relating to the Development of the Chad Basin of 1964
- Treaty on the River Plate Basin of 1969
- European Water Charter of May 1967

Kearney stellt die entsprechenden Artikel der Verträge und ihrer Protokolle detailliert vor, die sich jeweils mit dem Anwendungsbereich der Abkommen befassen und anhand derer deutlich wird, inwieweit das jeweilige Übereinkommen die von ihm regulierten Wasserkörper umfasst. Vor dem Hintergrund eines Vergleichs dieser Vertragsvorschriften schlussfolgert *Kearney*, dass die Vorschriften der Verträge den umfassenden Regelungsbedarf erkennen ließen, der sich “unvermeidbar” (*inevitable*) aus den natürlichen Eigenschaften von Süßwasserressourcen sowie der Bewirtschaftung grenzüberschreitender Flusseinzugsgebiete ergebe.¹⁵¹ *Kearney* argumentiert, dass sich das mögliche Verständnis der Begriffe *transboundary watercourse*

¹⁴⁷ R. D. Kearney (Anm. 144), Rn. 23.

¹⁴⁸ R. D. Kearney (Anm. 144), Rn. 23.

¹⁴⁹ *Kearney* hält lediglich einen graduellen Unterschied zwischen grenzüberschreitenden Flüssen und Grenzgewässern für möglich, R. D. Kearney (Anm. 144), Rn. 25-26.

¹⁵⁰ R. D. Kearney (Anm. 144), Rn. 31.

¹⁵¹ R. D. Kearney (Anm. 144), Rn. 41.

im Kontext der Bemühungen der ILC am Konzept *river basin* orientieren solle. Nur dieses Konzept sei so umfassend, dass es das Problem der hydrologischen Einheit von Süßwasserressourcen erfasse. Im Anschluss vergleicht er den Zuschnitt der Begriffe in den verschiedenen Verträgen und nutzt sie zur Entwicklung seiner eigenen Konzeption von *international watercourses*.¹⁵²

Das Beispiel der Entwicklung des Vertragsentwurfs zum Thema *Non-Navigational Uses of International Watercourses* veranschaulicht verschiedene Funktionen der Rechtsvergleichung in der internationalen Vertragsgestaltung. Zuerst wird erkennbar, dass die Arbeiten des *Special Rapporteur* zur Bestimmung der für den Problemzuschnitt des Vertragsentwurfs zentralen Begriffe *international watercourse* ihren Ausgangspunkt in den Auffassungen der Mitgliedstaaten nehmen. Dadurch prägen die unterschiedlichen Stellungnahmen das Verständnis des Problems, das rechtlich bearbeitet werden soll. Der Problemzuschnitt prägt seinerseits die Inhalte, die Reichweite und die Struktur des Vertragsentwurfs: Im vorliegenden Fall macht es einen großen Unterschied, ob sich der Entwurf mit durchgrenzten Wasserkörpern, einschließlich Zuflüssen und Grundwasser befasst (*multi-state/international river basin*) oder nur mit grenzüberschreitenden Oberflächengewässern (z. B. *river*).

Vor dem Hintergrund des Problemzuschnitts analysiert *Kearney* mögliche Erscheinungsformen und Problemlagen, die sich im Hinblick auf Wasserkörper mit Grenzbezug ergeben können. Hierin wird ein funktionalistisches Verständnis von Recht erkennbar, das Grundlage vieler Rechtsvergleiche ist. Erst nachdem er sein weites Problemverständnis erläutert hat, untersucht er systematisch-vergleichend solche internationalen Verträge, die sich umfassend mit den rechtlichen Fragen von Wasserkörpern mit Grenzbezug befassen (*multi state river basins*). Bezugspunkt des Vergleichs ist hier, wie im Fall eines idealtypischen funktionalen Vergleichs, der Zweck der Vertragsvorschriften zur Lösung von Konflikten um *multi state river basins*. Der Vergleich der Vertragsvorschriften dient ihm dabei auf zweierlei Arten. Zum einen nutzt er die Darstellung der Vertragsvorschriften, um das von ihm herausgearbeitete und für richtig befundene Problemverständnis noch einmal argumentativ zu stützen (umfassender Regelungsbedarf). Zum anderen verwendet er den Vergleich der vertraglichen Vorschriften rechtstechnisch, um den Begriff *international watercourses* sprachlich und inhaltlich zu entwickeln. Insoweit spricht er ausdrücklich davon, dass die moderne

¹⁵² Siehe *R. D. Kearney* (Anm. 144), Rn. 44.

internationale Vertragspraxis dazu dienen kann, regulative Lösungen zu finden.¹⁵³

b) Zur Feststellung der Anerkennung des internationalen Gewohnheitsrechts

Neben ihrem möglichen Beitrag zur Vertragsgestaltung und -durchführung kann die Rechtsvergleichung ebenso einen wichtigen Beitrag zur Feststellung der Anerkennung internationalen Gewohnheitsrechts leisten. Das IGH-Statut nennt in Art. 38 Abs. 1 lit. b als zweite Rechtsquelle des Völkerrechts “das internationale Gewohnheitsrecht als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung”. Trotz erheblicher Uneinigkeit in Literatur und Rechtsprechung hinsichtlich seiner Inhalte, Erkenntnisquellen, Entstehungsvoraussetzungen sowie den Methoden ihres Nachweises,¹⁵⁴ erfasst Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut nach der herrschenden Meinung die beiden zentralen Elemente des Völkergewohnheitsrechts:¹⁵⁵ die *allgemeine Übung* als objektive und die *Anerkennung als Recht* als subjektive Komponente (*opinio iuris*).¹⁵⁶

aa) Funktionen und Untersuchungsgegenstände

Die Rechtsvergleichung dient dem empirischen Nachweis der beiden konstitutiven Elemente des Gewohnheitsrechts und ermöglicht insbesondere Schlussfolgerungen hinsichtlich ihrer Inhalte sowie hinsichtlich ihres Grads an Allgemeinheit.¹⁵⁷

¹⁵³ “It seems appropriate to turn to the modern State practice that is available in order to find a solution.” Siehe *R. D. Kearney* (Anm. 144), Rn. 44.

¹⁵⁴ Zu den Methoden aktuell und umfassend der Bericht des Special Rapporteurs der International Law Commission, *Michael Wood*, siehe *M. Wood*, Fourth Report on Identification of Customary International Law, 2016. Siehe auch *S. Talmon*, Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction, and Assertion, *EJIL* 26 (2015), 417 ff.

¹⁵⁵ *Alain Pellet* hat das einmal 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.”, *A. Pellet*, in: *A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm/C. Tams* (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice*, 2. Aufl. 2012, Art. 38 Rn. 177.

¹⁵⁶ Vom objektiven Element sprechen z. B. *A. Verdross/B. Simma*, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 2010, 349. *Vaughan Lowe* spricht von einem “psychological element”, siehe *V. Lowe*, *International Law*, 2007, 38.

¹⁵⁷ So bereits *M. Bothe* (Anm. 127); *K. Hailbronner* (Anm. 127).

Wird der Bedarf nach einer bestimmten gewohnheitsrechtlichen Norm festgestellt,¹⁵⁸ gilt es herauszufinden, ob insoweit Staatenpraxis und *opinio iuris* tatsächlich vorhanden sind.¹⁵⁹ Grundsätzlich gilt: Ist der in der Staatenpraxis und *opinio iuris* enthaltene Rechtssatz nicht kongruent mit der in Frage stehenden Norm, sind sie nicht zu deren Nachweis geeignet.¹⁶⁰

Die Prüfung des Vorliegens einer allgemeinen Übung und der *opinio iuris* erfordert in einem ersten Schritt die Auswahl der Staaten, deren allgemeine Übung und Rechtsauffassung untersucht werden sollen. Grundsätzlich beansprucht das Völkergewohnheitsrecht universelle Geltung.¹⁶¹ Zur Bejahung der universellen Geltung bedarf es nach IGH-Rechtsprechung aber nicht des Nachweises einer von einer Rechtsauffassung getragenen Übung aller Staaten. Das Kriterium der "Allgemeinheit" verlangt lediglich ein eingeschränktes Maß an Verbreitung; der IGH spricht in diesem Zusammenhang von "*extensive*".¹⁶² Eine solche Formulierung lässt erkennen, dass weder eine universelle Staatenpraxis gefordert wird, noch dass eine abstrakte, allgemeingültige Definition der Beteiligungsrate bestimmt werden soll. Bedeutsam ist dem IGH zufolge, dass vor allem solche Staaten an den entsprechenden Handlungen bzw. am Unterlassen beteiligt sind, deren Interessen von der in Frage stehenden Norm besonders betroffen sind und die auch die Möglichkeit und die Gelegenheit der Anwendung der entsprechenden Regel haben.¹⁶³

Der empirische Nachweis der völkergewohnheitsrechtlichen Norm erfordert in einem weiteren Schritt die genaue Prüfung und Bewertung der Rechtsposition der einzelnen Staaten hinsichtlich der relevanten völker-

¹⁵⁸ Die Suche nach einer entsprechenden Norm beginnt nicht mit einer umfassenden und ziellosen Betrachtung der Staatenpraxis, sondern mit dem Interesse an der Existenz einer als für die Entscheidung eines konkreten Falls relevant identifizierten Norm. Siehe insbesondere V. Lowe (Anm. 156), 47 ff.; auch S. Talmon (Anm. 154), 432.

¹⁵⁹ Der Dogmatik der Zwei-Elemente-Lehre zufolge geht es beim Nachweis der Entstehungsvoraussetzungen einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm im Grundsatz um deren empirischen Beleg. Siehe grundlegend bereits G. Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law*, Harv. L. Rev. 60 (1947), 539 (563 f.).

¹⁶⁰ Grundlegend hierzu zuletzt S. Talmon (Anm. 154), 421. Zu den damit verbundenen logischen Problemen siehe insbesondere V. Lowe (Anm. 156), 49 f.

¹⁶¹ Mit Ausnahme des regionalen Völkergewohnheitsrechts. Siehe hierzu O. Dörr, *Völkergewohnheitsrecht*, in: K. Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 2018, 550 f. (§ 19 Rn. 30).

¹⁶² *North Sea Continental Shelf Case (Federal Republic of Germany v. Denmark)*, ICJ Reports 1969, Rn. 43.

¹⁶³ Der IGH hebt in seinem Urteil im Fall *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark)* die Staaten hervor, "[...] whose interests are specially affected, [...]", siehe *North Sea Continental Shelf Case* (Anm. 162), Rn. 74. Siehe hierzu vertiefend H. Thirlway, *The Sources of International Law*, 2019, 53 ff., 59 ff., 65.

rechtlichen Frage,¹⁶⁴ so wie sie sich in den für den Nachweis der Übung und der *opinio iuris* geeigneten Handlungsformen bzw. im Unterlassen zeigt.¹⁶⁵ Dies erfordert eine hinreichend tiefe Analyse des durch die nationalen Rechtsordnungen bearbeiteten Rechtsproblems sowie des Regelungsgehalts der nationalen Rechtspositionen. In der internationalen Rechtsprechungspraxis werden hierzu vor allem nationale Gesetze, Entscheidungen nationaler Gerichte und internationale Verträge geprüft. Sekundär werden auch Verwaltungspraxis und internationale Resolutionen untersucht.¹⁶⁶ In den Fällen, in denen die staatliche Übung in einem Unterlassen besteht, werden entweder Verbotsregelungen in eben diesen Erkenntnisquellen untersucht oder das Unterlassen hinsichtlich einer bestimmten Handlung herausgearbeitet. In der Prüfung der einzelnen Rechtsordnungen liegt allerdings noch kein Rechtsvergleich im eigentlichen Sinne, da es an der Vergleichung fehlt.

Der eigentliche Vergleich von Rechtspositionen erfolgt erst im nächsten Schritt. Hier wird geprüft, ob die von einer Anerkennung als Recht getragene Übung der Staaten tatsächlich allgemein ist, ob also die Handlungen oder das Unterlassen hinreichend verbreitet, gleichförmig und dauerhaft sind bzw. ist.¹⁶⁷ Alle drei Teilaspekte setzen voraus, dass die unterschiedlichen Rechtspositionen, so wie sie sich in den verschiedenen Formen auf nationaler und internationaler Ebene darstellen, vor dem Hintergrund einer vergleichenden Analyse zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Insoweit geht es im Wesentlichen um die Bejahung oder Verneinung der Gleichförmigkeit der Übung und der Anerkennung als Recht der verglichenen Staaten im Hinblick auf den in Frage stehenden Rechtssatz. Dabei muss Gleichförmigkeit hinsichtlich des gesamten Rechtssatzes vorliegen, also im Hinblick auf Tatbestand und Rechtsfolge. Abweichend vom idealtypischen, funktionalistischen Rechtsvergleich, bei dem vor allem die unterschiedlichen Rechtsfolgen in Bezug auf ein klar definiertes Rechtsproblem verglichen werden, erfordert der Vergleich zum Zwecke der Feststellung der Allgemeinheit der Übung stärker den Vergleich der vom Rechtssatz erfassten

¹⁶⁴ Zunehmend wird jedoch anerkannt, dass auch das Verhalten internationaler Organisationen in einem bestimmten Umfang zur Bildung von Völkergewohnheitsrecht beitragen kann. Siehe hierzu ILC-Draft-Conclusion, 4, Commentary (4).

¹⁶⁵ Insbesondere die ILC-Draft-Conclusions 6.2 und 10.2 nennen die verschiedenen, sich zum Teil überschneidende Handlungsformen, aus denen Übung und *opinio iuris* hergeleitet werden können.

¹⁶⁶ Siehe hierzu *T. Markus*, Rechtsvergleichung im Völkerrecht, 2020, i. E.

¹⁶⁷ Hinsichtlich des Nachweises der einzelnen Aspekte wird in der Literatur auf deren mangelnde Eindeutigkeit hingewiesen. Siehe insbesondere *V. Lowe* (Anm. 156), 49; *H. Thirlway* (Anm. 163), 65 ff.; *S. Talmon* (Anm. 154), 432 f.

Tatbestände. Staatenpraxis und *opinio iuris* unterschiedlicher Staaten können dabei *realiter* immer nur annähernd kongruent sein.¹⁶⁸

bb) Beispiel: *Fisheries Case*

Die hier skizzierten Funktionen der Rechtsvergleichung zur Feststellung des Völkergewohnheitsrechts sollen anhand eines Beispielfalls aus der Rechtsprechung des IGH veranschaulicht werden. Die im Folgenden dargestellten Ausführungen von fünf Richtern in einem Sondervotum befassen sich thematisch mit dem (damaligen) völkergewohnheitsrechtlichen Status der Ausschließlichen Wirtschaftszone im Seevölkerrecht (AWZ).¹⁶⁹ Die Etablierung der Ausschließlichen Wirtschaftszone war ein wesentlicher Entwicklungsschritt des internationalen Seevölkerrechts, insbesondere des internationalen Ressourcen- und Meeresumweltrechts, z. B. im Hinblick auf die Regelung der Nutzung und Erhaltung von Fischereiresourcen.¹⁷⁰

Am 14.4.1972 reichte das Vereinigte Königreich bzw. am 5.6.1972 bzw. die Bundesrepublik Deutschland Klage beim IGH ein. Die Klage richtete sich gegen die von Island für den 1.9.1972 angekündigte einseitige Erweiterung ihrer ausschließlichen Fischereizone von zwölf Seemeilen auf dann 50 Seemeilen seewärts der Basislinie. Die Kläger trugen vor, dass es Küstenstaaten völkergewohnheitsrechtlich untersagt sei, ihre exklusiven Fischereizonen über eine Distanz von zwölf Seemeilen hinaus auszuweiten.¹⁷¹ Im Ergebnis verneinte das Gericht das Recht Islands zum einseitigen Ausschluss der Fischereiflotten der Kläger und betonte die Pflicht der Parteien, Verhandlungen zur friedlichen Lösung des Konflikts aufzunehmen und durchzuführen.

In einem Sondervotum prüften und verneinten fünf Richter die für die Geltung der von den Klägern behaupteten Regel nötige Allgemeinheit der staatlichen Übung. Ihnen zufolge seien zwar exklusive küstenstaatliche Fischereirechte innerhalb einer Zwölf-Seemeilenzone gewohnheitsrechtlich

¹⁶⁸ Wiederum beschreibt *Vaughan Lowe* dies treffend: “Simple, clear rules are inferred from the untidy mass of state practice; and the rule is then reapplied to new, perhaps equally untidy, situations.” *V. Lowe* (Anm. 156), 50. Insoweit schwächt der IGH die Anforderung ab und nutzt Begriffe wie “*virtually uniform*”, siehe *North Sea Continental Shelf Case* (Anm. 162), Rn. 74. Siehe auch *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, ICJ Reports 1986, Rn. 186.

¹⁶⁹ Zur Entstehung der AWZ siehe insbesondere *D. Rothwell/T. Stephens*, *The International Law of the Sea*, 2016, 85 ff.

¹⁷⁰ Siehe hierzu m. w. N. *N. Matz-Lück*, *Meeresschutz*, in: A. Proelß (Anm. 22), 409 f.; 438 f.).

¹⁷¹ *Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, ICJ Reports 1974, Rn. 11 f.

anerkannt, das gelte aber nicht für das von den Klägern behauptete Verbot eines wie auch immer gearteten weitergehenden Anspruchs.¹⁷² Insoweit sei die Staatenpraxis uneinheitlich und zum Teil sogar widersprüchlich.

Zum Nachweis der von ihnen behaupteten Geltung der fraglichen völkergewohnheitsrechtlichen Norm hatten die Kläger auf die Übung von insgesamt 24 Staaten hingewiesen.¹⁷³ Die Richter entgegneten in ihrem Sondervotum, dass aus ihrer Sicht zwischen 30 und 35 Küstenstaaten unterschiedlich ausgestaltete Ansprüche hinsichtlich der Fischereiressourcen jenseits der zwölf Seemeilengrenze geltend machten.¹⁷⁴ Darüber hinaus hätten zwischen 20 und 25 weitere Staaten in verschiedenen Resolutionen entsprechende Rechtsauffassungen erkennen lassen. Allein vor diesem Hintergrund könne die von den Klageführerinnen behauptete, von einer Anerkennung als Recht getragene allgemeine Übung nicht bestätigt werden.¹⁷⁵

Im Anschluss wiesen die fünf Richter in ihrem Sondervotum auch noch konkret und ausführlich auf vertragliche oder gesetzgeberische Aktivitäten derjenigen Staaten hin, die von den Klägern zum Nachweis der von ihnen behaupteten Verbotsregel genannt wurden. Bei genauer Prüfung sei nämlich auch deren Übung uneinheitlich oder widersprüchlich und damit nicht hinreichend allgemein im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut.¹⁷⁶

“[...] Certain States, whose conduct is invoked as showing the existence of the 12-mile maximum rule, have not hesitated to protect their own fishing interests beyond that limit, when they felt that it was required for the benefit of their nationals by the existence of important fisheries in waters adjacent to their coasts. Various methods have been utilized to achieve that result, but the variety of methods should not obscure the essential fact. It could be observed for instance, that the United States and the USSR have lately carried out this form of protection not unilaterally but through bilateral agreements *inter se* and with other States. [...]”¹⁷⁷

Beispielhaft stellte das Sondervotum dann auch die Gesetzgebung Frankreichs hinsichtlich der Fischereizone vor den Küsten Französisch-Guayanas dar.

¹⁷² *Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland)*, Joint Separate Opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda, ICJ Reports 1974, Rn. 6-7.

¹⁷³ *Fisheries Jurisdiction Case* (Anm. 172), Rn. 15.

¹⁷⁴ *Fisheries Jurisdiction Case* (Anm. 172), Rn. 10-15.

¹⁷⁵ *Fisheries Jurisdiction Case* (Anm. 172), Rn. 10-15.

¹⁷⁶ *Fisheries Jurisdiction Case* (Anm. 172), Rn. 16 ff.

¹⁷⁷ *Fisheries Jurisdiction Case* (Anm. 172), Rn. 17.

“[...] The practice of France offers another interesting example with respect to the question of uniformity of custom. France extended its fishing limits, in 1972, to 80 miles in the French Guiana. Law No. 72-620 of 5 July 1972 established this zone of 80 miles ‘with a view to ensure the conservation of biological resource’. However, Article 2 laid down: ‘In that part of the zone defined in Article 1 which extends beyond territorial waters, measures shall be taken as needed, in accordance with conditions laid down by decree, for the purpose of limiting the fishing of the various species of marine animal. [...]’¹⁷⁸

In einem letzten Schritt verweisen die Richter auf die große Gruppe der archipelagischen Staaten sowie solche Staaten, die über große Buchten verfügen. Auch sie würden Hoheitsansprüche über die zwölf Seemeilenzonen hinaus einfordern.

“[...] Likewise, archipelago States which have claimed or established fishery limits according to the geographical characteristics of their territories could hardly be counted as States accepting the existence of a maximum 12-mile obligatory limit. The same observation could be made in regard to States which have fixed an exclusive fishing zone far beyond the 12-mile limit off their coasts by establishing ‘fisheries closing lines’ in certain bays.”¹⁷⁹

Die fünf Richter legten in ihrem Sondervotum also dar, dass eine ganze Reihe von Staaten Vorrechte hinsichtlich der Fischereiresourcen jenseits der Zwölf-Seemeilenzone geltend machen. Dies geschehe durch verschiedene rechtliche Instrumente.

Indem sie die Rechtsinstrumente untersuchen und abgleichen, mit denen die verschiedenen Staaten ihre jeweiligen nationalen Nutzungsansprüche regeln, führen die Richter einen funktionalistischen Rechtsvergleich durch. Dabei erläutern sie ihre vergleichenden Analysen aber nicht detailliert, sondern gehen vor allem ausführlich auf die widersprüchliche Staatenpraxis derjenigen Staaten ein, die die Kläger zum Nachweis der allgemeinen Übung angeführt hatten. Hierzu erörtern sie konkret und vertiefend die Vertrags- und Gesetzgebungspraxis der Vereinigten Staaten von Amerika (USA), der Sowjetunion (UdSSR) sowie Frankreichs und weisen darüber hinaus auch noch allgemein auf die nationale Gesetzgebungspraxis archipelagischer Staaten und Küstenstaaten mit großen Buchten hin. Im Ergebnis weist das Sondervotum durch Rechtsvergleich die Uneinheitlichkeit der Staatenpraxis nach, um so die von den Klägern behauptete Allgemeinheit der Praxis zu verneinen.

¹⁷⁸ *Fisheries Jurisdiction Case* (Anm. 172), Rn. 18.

¹⁷⁹ *Fisheries Jurisdiction Case* (Anm. 172), Rn. 19.

c) Zur Feststellung der Anerkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze

Neben ihrem möglichen Beitrag zur Feststellung völkergewohnheitsrechtlicher Normen kann die Rechtsvergleichung auch einen wichtigen Beitrag zur Feststellung des Anerkenntnisses allgemeiner Rechtsgrundsätze im Völkerrecht leisten. Das IGH-Statut nennt in Art. 38 Abs. 1 lit. c als dritte Rechtsquelle des Völkerrechts “die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze”. Auch hinsichtlich der allgemeinen Rechtsgrundsätze sind Begriff, Rechtsnatur, Inhalte und Entstehungsvoraussetzungen seit langem umstritten.¹⁸⁰

Weitgehend unumstritten ist jedoch, dass die in Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut genannten Rechtsgrundsätze aus Rechtssätzen hergeleitet werden können, die übereinstimmend in nationalen Rechtsordnungen auffindbar sind und auf die Ebene des Völkerrechts transponiert werden können. Eine wachsende Anzahl von Autoren hält es für möglich, diesen Nachweis auch auf der Ebene des Völkerrechts zu erbringen, insbesondere im Wege des Vergleichs verschiedener internationaler Verträge.¹⁸¹

Im folgenden Unterabschnitt sollen die Funktionen der Rechtsvergleichung zum Nachweis der Geltung allgemeiner Rechtsgrundsätze im Umweltrecht vorgestellt werden. Im Anschluss sollen die Funktionen anhand eines Beispielfalls aus der internationalen Rechtsprechung verdeutlicht werden, in dem ein allgemeiner Rechtssatz aus dem Völkerrecht gewonnen wird. Es wird im Folgenden davon ausgegangen, dass die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze für den sich zunehmend verdichtenden Gegenstandsbereich des internationalen Umweltrechts nicht abnimmt,¹⁸² son-

¹⁸⁰ “No other source of international law raises so many doctrinal controversies.” Siehe V. Degan, *Sources of International Law*, 1997, 14.

¹⁸¹ Eine differenzierte Begründung kann hier aus Platzgründen nicht erfolgen. Siehe hierzu u. a. G. Gaja, *General Principles of Law*, in: R. Wolfrum (Anm. 118); siehe auch R. Wolfrum, *General International Law*, in: R. Wolfrum (Anm. 118). Siehe auch *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Dissenting Opinion of Judge C. Trindade, ICJ Reports 2010, 139 ff.; siehe auch W. Weiß, *Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts*, AVR 39 (2001), 394 (399 ff.); D. Mauermann, *Rechtsgrundsätze im Völkerrecht am Beispiel des Vorsorgeprinzips*, 2008, 124 ff.; A. Mitchell, *Legal Principles in WTO Disputes*, 2008, 32 ff.; H. Mosler, *General Principles of Law*, in: R. Bernhardt (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1995, 511; M. C. Bassiouni, *A Functional Approach to “General Principles of International Law”*, Mich. J. Int’l L. 11 (1990), 768 (772 f.); A. Boyle/C. Chinkin (Anm. 117), 286.

¹⁸² Siehe in diese Richtung argumentierend z. B. T. Stein/C. v. Buttlar/M. Kotzur, *Völkerrecht*, 2017, 52; W. Heintschel v. Heinegg, *Die völkerrechtlichen Verträge als Hauptrechtsquelle des Völkerrechts*, in: K. Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 2018, 454 (490 f.). Für das internationale Umweltrecht so auch A. Epiney, *Gegenstand, ...* (Anm. 22), 25.

dern gleichbleibend ist oder sogar zunimmt.¹⁸³ Darüber hinaus wird der Auffassung gefolgt, dass allgemeine Rechtsgrundsätze auch auf der zwischenstaatlichen Ebene entstehen können.

aa) Funktionen der Rechtsvergleichung

Wie oben bereits erwähnt, ist in Literatur und Rechtsprechung die Ansicht weit verbreitet, dass der Vergleich nationaler Rechtsordnungen den Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut ermöglicht. Die Rechtsvergleichung ist als Methode zur Auffindung der innerstaatlichen Rechtssätze ebenfalls seit langem anerkannt.¹⁸⁴ Die Grundidee ist, dass aus konkreten, sich ähnlichen Regelungen verschiedener Landesrechte allgemeine Rechtsgrundsätze abstrahiert und in das Völkerrecht transferiert werden (und zwar unter Berücksichtigung dessen struktureller Besonderheiten).¹⁸⁵ 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.¹⁸⁶ Folgt man der Auffassung, dass allgemeine Rechtsgrundsätze auch aus dem Völkerrecht hergeleitet werden können, kann sich dieser Prozess auch auf der

¹⁸³ Im Hinblick auf das internationale Umweltrecht verdeutlichen dies insbesondere verschiedene jüngere Entscheidungen unterschiedlicher internationaler Spruchkörper: *Pulp Mills on the River Uruguay* (Anm. 181), Rn. 101 f., 170 f., 203 f.; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, ICJ Reports 1997, 78; *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, 24.5.2005, Reports of International Arbitral Awards Vol. XXVII (2007), 35 ff.; *Advisory Opinion, Responsibility and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, ITLOS Case No. 17 (1.2.2011), Rn. 125 ff. In der Literatur wird die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze für die Entwicklung des internationalen Umweltrechts vehement vertreten durch *M. C. Bassiouni* (Anm. 181), 769. Siehe aber auch *D. Mauermann* (Anm. 181); *G. Winter*, International Principles of Marine Environmental Protection, in: M. Salomon/T. Markus (Hrsg.), Handbook on Marine Environment Protection, 2017, 585; siehe aber auch Beiträge in *M.-C. Cordonier Segger/C. G. Weeramantry* (Hrsg.), Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals, 2016.

¹⁸⁴ So im Ergebnis *W. Graf von Vitzthum/A. Proelß*, Völkerrecht, 2016, 54; *M. Herdegen*, Völkerrecht, 2019, 143; *G. Ress*, Rechtsgrundsätze, allgemeine, in: I. Seidl-Hohenveldern (Hrsg.), Lexikon des Rechts, Völkerrecht, 2001, 322 (325 f.); *A. Bleckmann*, Völkerrecht, 2001, 78; *J. Crawford*, Brownlie's Principles of Public International Law, 2019, 35; *H. Thirlway* (Anm. 163), 98 f.; *A. Boyle/C. Chinkin* (Anm. 117), 193 f.

¹⁸⁵ Dabei finden Anpassungen der inhaltlichen Aussagen und Wertungen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes an die Strukturen des Völkerrechts statt. Siehe *A. Verdross/B. Simma* (Anm. 156), 385. Siehe auch die Ausführungen von *Richter McNair* in *International Status of South West Africa*, Separate Opinion of *Judge McNair*, ICJ Reports 1950, 148.

¹⁸⁶ Für das Umweltrecht siehe insbesondere die Arbeit von *D. Mauermann* (Anm. 181).

Grundlage völkerrechtlicher Quellen, insbesondere von Verträgen, vollziehen. Diese werden im Wege des Vergleichs auf Rechtssätze hin untersucht, auf deren Grundlage wiederum ein allgemeiner Rechtssatz gebildet werden kann. Das folgende Beispiel kann dieses Vorgehen verdeutlichen.

bb) Beispiel: *River Rhine Arbitration*¹⁸⁷

Die Darstellung von Ausschnitten der Entscheidung des Ständigen Schiedshofs aus dem Jahr 2005 verdeutlicht, dass der Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsätze innerhalb des Völkerrechts im Wege des Vergleichs internationaler umweltrechtlicher Verträge in der Praxis bereits vollzogen wird. Entscheidend ist dabei nicht so sehr die Frage, ob der auf diese Weise nachgewiesene allgemeine Rechtsgrundsatz der zweiten oder dritten Primärrechtsquelle im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. b oder c IGH-Statut zuzuordnen ist,¹⁸⁸ sondern dass der Argumentation des Schiedshofs ein funktionaler Vergleich zugrunde liegt, der einem ebensolchen Vergleich nationalen Rechts strukturell weitgehend entspricht.

In diesem Fall ging es um strittige Fragen zwischen Belgien und den Niederlanden hinsichtlich der Wiedereröffnung einer vormals stillgelegten Eisenbahnlinie (der *“Iron Rhine”* oder der *“Ijzeren Rijn”*). Letztere verlief über das Gebiet der Niederlande und verband den Hafen von Antwerpen mit dem in Deutschland gelegenen Rheintal. Vertragliche Vereinbarungen hinsichtlich des Transits der Eisenbahnlinie bestanden bereits seit der Trennung der beiden Länder in den späten 1830er Jahren (*“Treaty of Separation 1839”*). Im Zeitraum zwischen dem Zweiten Weltkrieg und den 1990er Jahren wurde die Linie allerdings kaum noch genutzt. Veranlasst durch das Unionsrecht wiesen die Niederlande dann in den 1990er Jahren entlang der Gleisstrecke verschiedene Naturschutzgebiete (Fauna-Flora-Habitate [FFH]-Gebiete) aus. Ebenfalls in den 1990er Jahren begannen Verhandlungen zwischen den Parteien über die *“Reaktivierung”* der Eisenbahnlinie. In den Verhandlungen kam es u. a. zu Unstimmigkeiten hinsichtlich etwaiger Auflagen, die an den Eisenbahnverkehr zu stellen seien sowie hinsichtlich der Kosten, die eine langfristige und umfangreiche Nutzung der Eisenbahnlinie ermöglichen würden. Die Parteien hatten vereinbart, dass der Schiedshof

¹⁸⁷ *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands* (Anm. 183), 35 ff.

¹⁸⁸ Die Zuordnung zu einer der beiden Quellen wird in der internationalen Rechtsprechungspraxis häufig vernachlässigt. Siehe z. B. die Entscheidung des IGH im *Nuclear Tests Case*. Da formuliert er hinsichtlich der Rechtsnatur des Rechtsgrundsatzes des guten Glaubens wie folgt: *“One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith.”* Siehe *Nuclear Tests (Australia v. France)*, ICJ Reports 1974, 253, Rn. 46.

den Streit nach dem einschlägigen internationalen Recht sowie nach etwaig relevantem EU-Recht entscheiden solle. Hinsichtlich der Frage, wie die einschlägigen, vergleichsweise alten Verträge zu interpretieren seien, stellte das Tribunal klar, dass es aktuelle Rechtsentwicklungen, insbesondere solche zwischen den Parteien, berücksichtigen würde.¹⁸⁹ Der Schiedshof erklärt unter Verweis auf die Interpretationsnorm des Art. 31 Abs. 3 lit. c des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVK) das Unionsrecht, das allgemeine Völkerrecht sowie das Umweltvölkerrecht als für die Interpretation der Verträge bedeutsam.¹⁹⁰

Weitergehend erklärt der Schiedshof, dass sowohl das Unions- als auch das Völkerrecht verlangen, dass Umweltmaßnahmen in angemessenem Umfang in die Entwicklung und Umsetzung wirtschaftlicher Vorhaben integriert werden. Diese Verpflichtungen spiegeln sich in dem Prinzip Nr. 4 der Rio-Deklaration wider.

“Since the Stockholm Conference on the Environment in 1972 there has been a marked development of international law relating to the protection of the environment. Today, both international and EC law require the integration of appropriate environmental measures in the design and implementation of economic development activities. Principle 4 of the Rio Declaration on Environment and Development, adopted in 1992 [...], which reflects this trend, provides that ‘environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it’. Importantly, these emerging principles now integrate environmental protection into the development process. Environmental law and the law on development stand not as alternatives but as mutually reinforcing, integral concepts, which require that where development may cause significant harm to the environment there is a duty to prevent, or at least mitigate, such harm [...]. This duty, in the opinion of the Tribunal, has now become a principle of general international law. [...]”¹⁹¹

Das Tribunal argumentiert, dass der grundlegende Konflikt zwischen Entwicklung und Durchführung ökonomischer Aktivitäten und der notwendigen Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen in den Regelungen verschiedener völkerrechtlicher Regime sowie im Unionsrecht dahingehend gelöst wird, dass Umweltmaßnahmen in angemessenem Umfang bei diesen

¹⁸⁹ *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands* (Anm. 183), Rn. 57.

¹⁹⁰ *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands* (Anm. 183), Rn. 58. Siehe zur Funktion des Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK auch *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, ICJ Reports 2008, 177 ff. Rn. 104-114.

¹⁹¹ *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands* (Anm. 183), Rn. 59.

Aktivitäten zu berücksichtigen seien (“Today, both international and EC law [...]”). Der diesen Regelungen zugrundeliegende allgemeine Rechtsgrundsatz werde in Prinzip Nr. 4 der Rio-Deklaration erkennbar (“[...] reflects this trend [...]”). Im Grunde wird in dieser Argumentation ein Vergleich verschiedener Regelungen unterschiedlicher internationaler Regime anhand eines *tertium comparationis* erkennbar, auf dessen Grundlage ein allgemeiner Rechtsgrundsatz bestimmt wird (auch wenn hier ausdrücklich auf ein bekanntes, in einer internationalen Resolution verwandtes Rechtsprinzip verwiesen wird). Die Regime, die als Grundlage der Bildung des Rechtssatzes herangezogen werden, sind indes nicht ausdrücklich genannt. In einem weiteren Schritt wird dann im Wege der Deduktion aus diesem allgemeinen Rechtsprinzip ein anderes, verbindliches Rechtsprinzip abgeleitet, nämlich die Pflicht, erhebliche grenzüberschreitende Schäden zu vermeiden oder abzumildern.¹⁹²

V. Methodische Aspekte der Umweltrechtsvergleichung

Viel ist über die Grenzen der Erkenntniskraft und den praktische Nutzen von Methoden im Allgemeinen sowie juristischen Methoden (einschließlich der Methoden der Rechtsvergleichung) im Besonderen nachgedacht und geschrieben worden.¹⁹³ Das betrifft auch den gedanklichen Prozess des Vergleichs als basalem Erkenntnisverfahren.¹⁹⁴ Es ist an dieser Stelle unnötig, diese Diskurse nachzuvollziehen. Hier soll ein Weg verfolgt werden, der sich pragmatisch zwischen epistemologischer Fundamentalkritik¹⁹⁵ und naivem Glauben an “allgemeingültige Schemata” und “Kochrezepte” bewegt.¹⁹⁶ Folglich soll es hier darum gehen, pragmatisch gewählte Unterscheidungen, Kriterien und Orientierungspunkte aufzuzeigen, die der Erar-

¹⁹² Der Schiedshof lässt die Qualifikation des Rechtssatzes als allgemeinen Rechtssatz des Völkergewohnheitsrechts oder allgemeinen Rechtsgrundsatz i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. b oder c IGH-Statut offen. Die Anwendung der Prinzipien erfolgt dann an anderer Stelle im Schiedsspruch, siehe *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands* (Anm. 183), 35 ff., Rn. 222 und 223.

¹⁹³ Übersicht bei *T. M. J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2019, § 9, Rn. 83.

¹⁹⁴ Das gilt für praktisch alle Einzelwissenschaften. Überblick in *G. Schenk/A. Krause* (Anm. 89).

¹⁹⁵ Anschauliche Erläuterungen der “postmodernen” Kritik an der Rechtsvergleichung z. B. in *U. Kischel* (Anm. 5), 103 f.; *M. Siems* (Anm. 7), 97 f.; *D. Richers*, Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung, *ZaöRV* 67 (2007), 509.

¹⁹⁶ So formuliert *Uwe Kischel* seine Kritik an derartig universellen Ansprüchen, siehe *U. Kischel* (Anm. 5), 92.

beitung intersubjektiv-nachvollziehbarer rechtsvergleichender Studien im Bereich des Umweltrechts dienen können.¹⁹⁷ Vor diesem Hintergrund gilt es, einige zentrale analytische und praktische Schritte aus der reichen Praxis und Theorie der Rechtsvergleichung zu rekonstruieren und für die Umweltrechtsvergleichung nutzbar zu machen.

In einem ersten Schritt sollen hierzu übersichtsartig die analytischen Schritte eines idealtypischen funktionalistischen Rechtsvergleichs als derzeit wichtigste Methode der Rechtsvergleichung sowie die Kritik daran vorgestellt werden (1.). Dieser Abschnitt dient lediglich dem Einstieg und der Orientierung, insbesondere für die Umweltrechtler*Innen, die sich bisher noch nicht vertiefend mit der Rechtsvergleichung auseinandergesetzt haben. Für eine weiterführende Auseinandersetzung wird auf die einschlägige Literatur verwiesen. Darauf aufbauend werden zentrale Arbeitsschritte des Vergleichsvorgangs dargelegt. Der Aufbau der Darstellung orientiert sich dabei an unterschiedlichen Erkenntniszielen der Rechtsvergleichung im Umweltrecht. Diese bestimmen wesentlich die Struktur und das methodische Vorgehen der umweltrechtsvergleichenden Untersuchungen (2.).

1. Der funktionalistische Vergleich in der Rechtsvergleichung

Uwe Kischel beschreibt die Bedeutung der funktionalen Rechtsvergleichung in seinem Grundlagenwerk treffenderweise als die “klassische Form der Rechtsvergleichung”.¹⁹⁸ Mit Recht hebt er hervor:

“Bewußt oder unbewußt (folgen ihr) die weitaus meisten rechtsvergleichenden Untersuchungen, anhand ihrer Grundsätze wird vielfach die Qualität einer rechtsvergleichenden Studie beurteilt.”¹⁹⁹

Ausgangspunkt der funktionalen Rechtsvergleichung ist die Annahme, dass das Recht die Funktion habe, soziale Probleme zu lösen. Stark vereinfacht und schematisch-reduziert beinhaltet der idealtypische funktionalistische Vergleich vier oder fünf Operationen.²⁰⁰ In ihnen werden die obigen

¹⁹⁷ *Karl-Peter Sommermann* betont zu Recht, dass das “Gewicht einer vergleichenden Argumentation” letztlich an seiner “Plausibilität” zu messen sei. Zur Plausibilität “im Sinne rationaler Argumentation” bedürfe es “bestimmter qualitativer Kriterien.” *K.-P. Sommermann* (Anm. 13), 632.

¹⁹⁸ *U. Kischel* (Anm. 5), 93.

¹⁹⁹ *U. Kischel* (Anm. 5), 93.

²⁰⁰ Dieses Grundmodell ist grob angelehnt an die Ausführungen zum funktionalistischen Ansatz in *K. Zweigert/H. Kötz* (Anm. 5), 33 ff. Siehe hierzu auch *M. Siems* (Anm. 7), 13 ff.; *P. da Cruz* (Anm. 38), 240 f.

analytischen Schritte durchaus erkennbar, auch wenn sie nicht in der gleichen Reihenfolge dargestellt sind.

- Identifizierung eines Sach- oder Rechtsproblems, dessen rechtliche Lösung in verschiedenen Rechtsordnungen untersucht und verglichen werden soll (Wahl des *tertium comparationis*).
- Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen (*comparata*).
- Hinreichend tiefe Untersuchung derjenigen sozialen und rechtlichen Normen und Normsysteme, die der Lösung des ausgewählten Sach- oder Rechtsproblems dienen.
- Vergleich, d. h. Gegenüberstellung der jeweiligen normativen Lösungsansätze sowie systematisch und kriterienbasierte Herausarbeitung und gegebenenfalls Erklärung von Ähnlichkeiten und Unterschieden.
- Bewertung anhand unterschiedlicher Maßstäbe.

Jeder dieser Schritte, die ihnen zugrundeliegenden Annahmen sowie der funktionalistische Ansatz als solcher wurden verschiedentlich kritisiert.²⁰¹ Diese Kritik kann und soll hier nicht wiederholt werden. Entscheidend sind an dieser Stelle zweierlei Dinge. Einerseits betonen die Vertreter des funktionalistischen Ansatzes selber immer wieder die Abhängigkeit der einzelnen Schritte voneinander, erkennen die Notwendigkeit von Anpassungen und Abweichungen im Einzelfall und relativieren den möglichen Erkenntnisgewinn eines schematischen Abarbeitens der aufgezeigten Arbeitsschritte.²⁰² Zum anderen gilt es zu bedenken, dass Methoden zum Zwecke der Komplexitätsreduktion, das Beziehungsgefüge der Wirklichkeit zwangsläufig vereinfachen. Graser betont insoweit treffend, dass die „funktionale Methode nicht die Lösung des Komplexitätsproblems ist, sondern allenfalls eine Form, damit umzugehen“.²⁰³ Der funktionale Ansatz nimmt neben dem Recht, seine Beziehung mit der sozialen Umwelt in den Blick, dies allerdings unter der Voraussetzung einer (eventuell zu) starken Vereinfachung.²⁰⁴ Nicht zuletzt aufgrund der Kritik und der Auseinandersetzung mit ihr wurden immer wieder auch differenziertere und erweiterte Schemata für den funktionalen Vergleich sowie alternative Vergleichsansätze vorgeschla-

²⁰¹ Einen guten Überblick bietet zuletzt R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Anm. 7), 345.

²⁰² Exemplarisch K. Zweigert/H. Kötz (Anm. 5), 32.

²⁰³ A. Graser (Anm. 11), 147.

²⁰⁴ Die Vereinfachung liegt vor allem darin, dass von vergleichbaren Problemlagen und deren funktionalen Beziehungen zu Normsystemen ausgegangen wird. Darüber hinaus wird das soziale Problem weitgehend „vorrechtlich“, also unabhängig vom Recht konstruiert. Siehe hierzu prägnant A. Graser (Anm. 11), 145 f.

gen.²⁰⁵ Die folgende schematische Darstellung nimmt ihren Ausgangspunkt im funktionalen Vergleich und versucht, die Kritik sowie die Ergänzungs- und Alternativvorschläge – wo möglich – zu berücksichtigen.

2. Orientierungspunkte für den Vergleich im Umweltrecht

In den folgenden Unterabschnitten soll der Versuch unternommen werden, ein paar Grundelemente der Umweltrechtsvergleichung zu skizzieren.²⁰⁶ Dabei ist zu betonen, dass die skizzierten Schritte gedanklich-analytisch nicht immer klar zu trennen sind, chronologisch nicht zwingend in der angegebenen Reihenfolge ablaufen und dass sie bei Bedarf vertieft oder angepasst werden müssen. In der folgenden Darstellung wird deswegen auch nicht von “Schritten”, sondern von “Elementen” der Rechtsvergleichung gesprochen.

Element 1: Vergegenwärtigung und Bestimmung des Erkenntnisziels

Anlass von Rechtsvergleichung ist in aller Regel ein mehr oder weniger bestimmtes Rechtsproblem. Ob ein solches vorliegt, ob sich also ein Bedarf nach einer normativen Lösung zeigt und welche Lösung einschlägig sein könnte (oder sein sollte!), wird wesentlich durch das normative Vorverständnis der jeweils beobachtenden Jurist*Innen bestimmt.²⁰⁷

Der Bedarf nach normativen Problemlösungen stellt sich bei unterschiedlichen Anlässen und in verschiedenen Zusammenhängen, z. B. in der Wissenschaft, im Rahmen des Lehrbetriebs, bei der Entwicklung nationaler Gesetze oder internationaler Verträge sowie in der Rechtsprechung im Hinblick auf die Notwendigkeit des Nachweises allgemeiner Rechtsgrundsätze oder (völker)gewohnheitsrechtlicher Normen (z. B. in internationalen Ge-

²⁰⁵ Überblick bei *U. Kischel* (Anm. 5), 108 ff.; *M. Siems* (Anm. 7), 95 ff. Siehe im Hinblick auf die Umweltrechtsvergleichung *J. Viñuales* (Anm. 8), 8 f., 17 f.

²⁰⁶ Trotz der Kritik entscheiden sich doch viele Autoren, durch abstrakte Schemata ein Orientierungsangebot zu unterbreiten, meist allerdings für andere Rechtsfelder. Siehe z. B. *G. Dannemann*, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences*, in: *M. Reimann/R. Zimmermann* (Anm. 7), 2019, 390 f.; *U. Kischel* (Anm. 5), 203 f.; *G. Samuel* (Anm. 38), 65 f.; *E. Örücü*, *Methodology of Comparative Law*, in: *J. M. Smits* (Anm. 7), 567 ff.; *M. Siems* (Anm. 7), 13 ff.; *P. da Cruz* (Anm. 38), 240 f. Für das Umweltrecht lediglich skizzenhaft *G. Beaucamp* (Anm. 46), 135 f.

²⁰⁷ Grundlegend *J. Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalisierungsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 1970, 112 ff.; aktuell hierzu *H.-J. Strauch*, *Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens – Prozesse richterlicher Kognition*, 2017, 529 ff.

richtsverfahren).²⁰⁸ Anlass und Zusammenhang bestimmen das jeweilige Ziel der Rechtsvergleichung und dieses wiederum die konkreten methodischen Anforderungen. Eine Reihe zentraler Ziele der Umweltrechtsverglei-
chung wurden oben aufgezeigt.

Element 2: Nähere Bestimmung des zu untersuchenden Sach- oder Rechtsproblems

Ein weiteres Element einer Umweltrechtsvergleichung ist die Eingrenzung und Präzisierung des zu untersuchenden Rechtsproblems. Dabei geht es in allererster Linie darum, den konfliktträchtigen Lebenssachverhalt, also das Sach- oder Rechtsproblem, deren rechtliche Behandlung in den zu vergleichenden Rechtsordnungen verglichen werden soll, einzugrenzen sowie möglichst klar und hinreichend zu beschreiben (Um welches Problem der Lebenswirklichkeit geht es?).²⁰⁹ Insoweit sind zwei Zugänge denkbar. Zum einen kann man das Problem als außerrechtliches soziales Problem konstruieren. Die Frage wäre dann z. B.: Wie lösen Rechtsordnung A und B die Verschmutzung des Grundwassers mit Nitrat? Zum anderen wäre es denkbar, dass Problem aus dem Recht heraus zu konzipieren.²¹⁰ Eine mögliche Frage wäre dann z. B.: Wie und an wen verteilen Rechtsordnungen A, B und C die Legislativkompetenzen im Umweltrecht?²¹¹

Im Bereich des Umweltrechts gilt es, insbesondere zwei Dinge zu berücksichtigen, die zwar auch in anderen Rechtsfeldern von Bedeutung sind, hier aber wohl besondere Aufmerksamkeit einfordern. Zum einen sind Probleme in diesem Bereich häufig sehr komplex. Daraus folgt, dass es in einigen Fällen bereits problematisch sein kann, überhaupt eine konsensfähige Problemdefinition festzulegen.²¹² Auch die Verteilung der Regelungs- und Verwaltungskompetenzen ist in diesem Rechtsfeld häufig besonders vielschichtig.²¹³ In jedem Fall erfordert die hohe Komplexität eine erhebliche Eingrenzung des Problems, die ihrerseits strittige Wertungen enthalten

²⁰⁸ Siehe hierzu grundlegend *J. Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, 164 f. Für das Völkergewohnheitsrecht siehe insbesondere *V. Lowe* (Anm. 156), 47 ff. So ähnlich auch *S. Talmon* (Anm. 154), 432.

²⁰⁹ Siehe hierzu insbesondere *K. H. Ebert*, Rechtsvergleichung, 1971, 25 f.; siehe auch *K. Zweigert/H. Kötz* (Anm. 5), 33.

²¹⁰ *Jorge Viñuales* spricht hier von einem "conceptual approach". *J. Viñuales* (Anm. 8), 11 f. Im Grunde liegt diesem Ansatz aber auch eine funktionalistische Annahme zugrunde, nämlich dass verschiedene Rechtsordnungen ein Problem teilen, auf das sie unterschiedlich reagieren, z. B., dass Rechtsordnungen mit dem Problem der Kompetenzerteilung umgehen müssen.

²¹¹ Siehe *M. Reese*, Distribution of Powers, in: *E. Lees/J. Viñuales* (Anm. 8), 678.

²¹² Am Beispiel des Klimawandels siehe *M. Hulme* (Anm. 80), 335.

²¹³ *N. A. Robinson* (Anm. 62).

kann.²¹⁴ Zum anderen stellt sich im Zuge der Durchführung der vergleichenden Untersuchung regelmäßig ein vertieftes Problemverständnis ein. Dies kann dazu führen, dass sich die Eingrenzung des Rechtsproblems im Laufe der Arbeit verändert. Der Prozess der Rechtsvergleichung muss insoweit anpassungsoffen bleiben.

Element 3: Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen

Im Laufe einer Rechtsvergleichung erfolgt denklogisch zu einem gewissen Zeitpunkt die Wahl der Vergleichsordnungen. Die Wahl wird wesentlich durch zwei Kriterien bestimmt: den Grad der Parallelität der Problemlagen in den unterschiedlichen Rechtsordnungen und den Zweck der Rechtsvergleichung.

Bereits zu diesem Zeitpunkt wird das oben angesprochene Problem der Gleichheitsunterstellung in der funktionalen Rechtsvergleichung sichtbar. Es gilt, sich bewusst zu machen, dass das identifizierte und eingegrenzte Rechtsproblem sowie die funktionale Beziehung zu den es bearbeitenden Normen nicht in identischer Form in anderen Rechtsordnungen vorliegen, sondern dass es sich insoweit nur um eine graduelle Ähnlichkeit oder Parallelität handeln kann. Dies schließt die strukturelle Ähnlichkeit der Umwelt- und Ressourcenprobleme mit ein.²¹⁵ Es ist in erster Linie zu vermeiden, dass völlig Ungleiches verglichen wird. Im Zuge der Rechtsvergleichung gilt es hierzu, die Problemwirklichkeit des jeweiligen Kontextes möglichst umfassend zu berücksichtigen, also "kontextsensitiv" vorzugehen.²¹⁶ Das bedeutet vor allem, dass im Zuge einer Rechtsvergleichung eben nicht nur unterschiedliche Regelungen verglichen werden, die zur Lösung eines vermeintlich gleichen Rechtsproblems dienen, sondern dass auch geprüft wird, inwieweit sich auch die ihnen zugrundeliegenden Probleme tatsächlich ähneln. Nur wenn auch insoweit eine gewisse strukturelle Parallelität vorliegt, lohnt der Vergleich. So kann z. B. die Untersuchung des deutschen und isländischen "Rechts der Energiewende" unter Umständen nur begrenzt sinnvoll sein, da in Island traditionell umfänglich erneuerbare Energien verwendet werden (z. B. Geothermie). Gleichsam würde auch der Vergleich der Konstruktion von "Eigenrechten der Natur" zwischen Deutschland und verschiedenen Staaten Südamerikas nur insoweit Sinn machen, als diese

²¹⁴ Siehe *T. Markus*, Changing the Base: Legal Implications of Scientific Criteria and Methodological Standards on What Constitutes Good Marine Environmental Status, *Transnational Environmental Law* 1 (2013), 145.

²¹⁵ *N. A. Robinson* (Anm. 62).

²¹⁶ Den Hinweis auf die treffende Begrifflichkeit der "Kontext-Sensitivität" verdanke ich *Dr. Moritz Reese* vom Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung – UFZ.

nicht primär auf die verfassungsmäßig gewährten Rechte indigener Völker gestützt würden.²¹⁷

Auch der Verwendungszweck der im Rahmen der Rechtsvergleichung gesammelten Informationen bestimmt die Auswahl der Vergleichsordnungen. Dient sie z. B. als Erkenntnisverfahren im Rahmen der Fortentwicklung der nationalen Rechtsordnung, kann es sinnvoll sein, Vergleichsordnungen zu wählen, die große Erfahrung mit der Regelung des in Frage stehenden Sach- oder Rechtsproblems haben, deren rechtliche Lösungen sich weithin als effektiv erwiesen haben oder deren Regelungstradition sich entweder möglichst ähnelt oder möglichst umfänglich von der eigenen unterscheidet, damit sie als Kontrastmittel zu den eigenen Denkgewohnheiten dienen kann. Dient sie der Gestaltung eines völkerrechtlichen Vertrags zum Zwecke der Vereinheitlichung oder der koordinierten Lösung eines grenzüberschreitenden Umweltproblems, müssen insbesondere auch die Rechtsordnungen der potenziellen Vertragsstaaten berücksichtigt werden. Bei der Feststellung von Völkergewohnheitsrecht sowie bei der Identifizierung allgemeiner Rechtsgrundsätze gilt es hingegen, möglichst global vergleichend vorzugehen und dabei repräsentativ die verschiedenen existierenden Rechts- und Kulturkreise, unterschiedliche geografische Regionen, gegebenenfalls in der Staatengemeinschaft existierende politische Interessengruppen sowie die von dem in Frage stehenden Rechtsproblem betroffenen Staaten abzubilden.

Element 4: Untersuchung und Beschreibung der Vergleichsordnungen

Ein weiteres Element ist die vertiefende Untersuchung der außerrechtlichen Hintergründe sowie der Inhalte und Strukturen der Vergleichsordnungen.

Auch hier gilt es wieder zu bedenken, dass sich die sachlichen Hintergründe und Rechtsprobleme in den Vergleichsordnungen graduell immer unterscheiden. Insoweit ist die Beschreibung der außerrechtlichen Lebenswirklichkeit für die Vergleichung ebenso bedeutsam, wie der eigentliche Vergleich der Rechtsmaterien. Nur wenn die außerrechtliche Situation ausreichend klar erfasst wird, kann der Zusammenhang zwischen Problem und Regelung offengelegt werden (insbesondere die mögliche[en] Funktion[en])

²¹⁷ A. Gutmann, Pachamama als Rechtssubjekt? Rechte der Natur und indigenes Denken in Ecuador, ZUR 30 (2019), 611; A. Fischer-Lescano, Natur als Rechtsperson – Konstellationen der Stellvertretung im Recht, ZUR 29 (2018), 205; U. Ramsauer, Vom Umweltrecht zu Eigenrechten der Natur, in: S. Schlacke/G. Beaucamp/M. Schubert (Hrsg.), Infrastruktur-Recht, FS für W. Erbguth, 2019, 467.

der Regelung).²¹⁸ Nur dann kann ein Rechtsvergleich “kontextsensitiv” sein.²¹⁹ Im Umweltrecht werden in diesem Zusammenhang z. B. die institutionellen und administrativen Rahmenbedingungen relevant. Viele umweltrechtliche Regelungsansätze und Instrumente funktionieren nur auf der Grundlage umfangreicher wissenschaftlicher Informationen oder unter der Voraussetzung einer effektiven Verwaltung und Justiz.²²⁰

Es gilt insoweit anzuerkennen, dass der Blick in die Hintergründe der fremden Rechtsordnung immer auch durch die eigenen Vorverständnisse, d. h. die eigenen dogmatischen, sozio-kulturellen und sprachlichen Prägungen, Erkenntnisinteressen und politische Wertungen bestimmt oder “getrübt” ist.²²¹ Zur Steigerung der Objektivität der Untersuchung bietet es sich an, auf die Beschreibungen und Erkenntnisse sozialwissenschaftlicher Disziplinen zurückzugreifen. Weitergehend mag es für die Beschreibung der verschiedenen Rechtsordnungen nützlich sein, sich insbesondere aus der sprachlichen und dogmatischen Innenperspektive der eigenen Rechtsordnung zu lösen und insoweit eine neutrale Perspektive einzunehmen.²²²

Hinsichtlich der Untersuchung der Rechtsmaterie in den Vergleichsordnungen ist entscheidend, dass die der Lösung des Sach- und Rechtsproblems dienenden Regeln und Rechtsinstitute in hinreichender Tiefe untersucht werden. Das schließt in aller Regel eine genauere Untersuchung der Rechtsanwendungspraxis mit ein. Außerdem sind neben staatlichem Recht auch soziale Normen und informelle Rechtslösungen zu berücksichtigen.²²³ Bei der Identifikation der, im Hinblick auf die Lösung des in Frage stehenden Problems relevanten Rechtsnormen und Rechtsinstitute fungiert das *tertium comparationis* praktisch als Auswahlkriterium.²²⁴

²¹⁸ Zur Kritik an der Annahme einer oder mehrerer klar identifizierbarer Funktionen siehe z. B. U. Kischel (Anm. 5), 95 f.

²¹⁹ Siehe Anm. 216.

²²⁰ M. Faure, Effektivität des Umweltrechts im Zeichen des Klimawandels, ZUR 31 (2020), 141; T. Markus, Die Problemwirksamkeit des internationalen Klimaschutzrechts – Ein Beitrag zur Diskussion um die Effektivierung völkerrechtlicher Verträge, ZaöRV 76 (2016), 715.

²²¹ Aus erkenntnistheoretischer Sicht grundlegend zu der von Vorverständnissen geprägten und begrenzten Fähigkeit zur Beobachtung und Wahrnehmung N. R. Hanson, Patterns of Discovery: An Inquiry into the Conceptual Foundations of Science, 1958.

²²² K. H. Ebert (Anm. 209), 29; K. Zweigert/H. Kötz (Anm. 5), 33, 43 f.

²²³ Hierauf weist auch der Ansatz der “legal formants” hin, der die Vielfalt der Erkenntnisquellen hervorhebt, in denen sich Recht manifestiert und die im Rahmen der Rechtsvergleichung zu berücksichtigen sind. Siehe R. Sacco, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, Am. J. Comp. L. 39 (1991), 1.

²²⁴ Kurt Hanns Ebert spricht von “Auswahlinstrument”, siehe K. H. Ebert (Anm. 209), 28.

Element 5: Rechtsvergleichende Analyse

Wie oben dargelegt, geht es bei einem Rechtsvergleich grundsätzlich darum, Normen und Normsysteme aus unterschiedlichen Rechtsordnungen, die sich funktional auf ein äquivalentes Problem beziehen, durch das Identifizieren von Ähnlichkeiten und Unterschieden zueinander in Beziehung zu setzen. Insoweit könnten Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen z. B. zu den folgenden Punkten systematisch herausgearbeitet werden. Ähnlichkeiten und Unterschiede bestehen im Hinblick auf:

- die sozialen, ökonomischen, kulturellen, historischen und ökologischen Hintergründe,
- die rechtlichen Hintergründe (einschließlich ihrer Einbettung in das jeweils relevante Verwaltungs-, Verfassungs- und Völkerrecht sowie relevante soziale Normengefüge),
- den Rechtsquellentypus sowie den Charakter, die Struktur und die Inhalte des Umweltrechts,
- den institutionellen Rahmen sowie
- die Rechtsanwendungs- und Vollzugspraxis.

Deutlich werden sollten dabei nach Möglichkeit auch die Gründe für das Bestehen der Unterschiede. Zur Klärung der entsprechenden Wirkungszusammenhänge mag es auch hier wiederum sinnvoll sein, auf die Erkenntnisse sozial- und naturwissenschaftlicher Disziplinen zurückzugreifen. Im Umweltrecht ist die Wirkung des jeweils untersuchten Rechts auf das konkrete Umweltproblem von besonderem Interesse. Zum besseren Verständnis dieses Wirkungszusammenhangs mag auch auf naturwissenschaftliche Erkenntnisse zurückgegriffen werden.

Element 6: Bewertung (einschließlich hinsichtlich etwaiger “legal transfers”)

In vielen Fällen geht es darum, die verglichenen Rechtslösungen zu bewerten. Dies hat systematisch und anhand von nachvollziehbaren Kriterien zu erfolgen. Die Bewertungskriterien hängen dabei stark vom jeweiligen Zweck der Rechtsvergleichung ab. Man mag insoweit außerrechtliche und rechtliche Maßstäbe unterscheiden. Außerrechtliche Bewertungskriterien könnten unter anderem sein:

- die Problemlösungskapazität der verglichenen Rechtslösungen (z. B. auf der Grundlage empirischer Erkenntnisse über die Rechtsanwendungspraxis oder theoretischer Überlegungen hinsichtlich ihrer Steuerungskraft),

- die Durchsetzbarkeit (insbesondere die Eingriffs-, Kosten-, und Personalintensivität der Kontrolle und Durchsetzung bestimmter umweltrechtlicher Regelungen),²²⁵
- der ethische Wert einer Regelung vor dem Hintergrund unterschiedlicher Weltbilder oder (Umwelt-)Gerechtigkeitsvorstellungen u. a. über Verteilungsfragen, Machtbeziehungen oder den “Eigenwert der Natur”,²²⁶
- Kosten oder Effizienz einer rechtlichen Lösung²²⁷ und
- Effekte auf spezielle Gruppen (z. B. im Sinne eines *gender mainstreaming*).²²⁸

Rechtspolitische oder rechtsimmanente Bewertungskriterien hinsichtlich der verglichenen Regelungen sind unter anderem ihr(e)

- Vereinbarkeit mit bestehenden politischen Umweltzielen (z. B. einer gesetzlich vorgeschriebenen Nachhaltigkeitsprüfung),²²⁹
- rechtlicher Status (z. B. Verfassungsrecht, einfache Gesetze, Verwaltungsvorschriften, Satzungen, informelle Regelungen),
- formalen Qualitäten (z. B. sprachliche Klarheit, Systematik, Umfang),
- Schutzstandard (z. B. Vorsorgeansatz, Ökosystemansatz, klare, evtl. quantifizier- und einklagbare Belastungsgrenzen, Monitoring- und Informationspflichten),
- Einordnung in die jeweilige Kompetenzordnung hinsichtlich Gesetzgebung und Implementierung,
- institutionelle Einbettung (z. B. Welche Institutionen sind konkret wie mit der Implementierung befasst? Welche Informationszugangs- und Klagerechte bestehen für Umweltverbände?),
- Vereinbarkeit und systematische Beziehung mit oder zu geltendem Völker-, Europa-, Verfassungs-, Verwaltungs- und anderem relevantem nationalem Recht,

²²⁵ Zu diesem Kriterium siehe z. B. *D. Bodansky* (Anm. 95), 178 f.

²²⁶ Beispielhaft kann hier die reichhaltige Literatur zu den ethischen Grundlagen der Klimaproblematik genannt werden. Diese bietet einen außerjuristischen-normativen Rahmen, anhand derer das Klimaschutzrecht bewertet werden kann. Siehe insbesondere *B. Gesang*, *Klimaethik*, 2011; *H. Shue*, *Climate Justice – Vulnerability and Protection*, 2016.

²²⁷ Einführend *M. Faure/R. A. Partain*, *Environmental Law and Economics – Theory and Practice*, 2019; *M. A. Livermore/R. L. Revesz*, *Environmental Law and Economics*, in: F. Parisi (Hrsg.) *The Oxford Handbook on Law and Economics: Private and Commercial Law*, 2017, 509. Instruktiv auch *J. Ziekow*, *Stand und Perspektiven der Gesetzesfolgenabschätzung in Deutschland*, in: M. J. Montoro Chirer/K.-P. Sommermann (Hrsg.), *Gute Rechtsetzung – La Buena Legislación – Speyer Forschungsberichte* 281, 2015, 31.

²²⁸ *S. Baer/S. Lewalter*, *Zielgruppendifferenzierte Gesetzesfolgenabschätzung – Ein Aspekt des Gender Mainstreaming und ein Beitrag zu “better governance”*, *DÖV* 60 (2007), 195.

²²⁹ *G. Krings*, *Die Nachhaltigkeitsprüfung in der Gesetzesfolgenabschätzung*, *ZG* 24 (2009), 237.

- im Fall der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht, der Nachweis ihrer Anerkennung im nationalen oder internationalen Recht,
- im Fall des Völkergewohnheitsrechts, der Nachweis der Allgemeinheit einer staatlichen Übung und *opinio iuris*.

Teil einer Bewertung kann auch eine Einschätzung hinsichtlich der Möglichkeit eines Rechtstransfers sein (*“legal transplants”*).²³⁰ Es geht dabei vor allem um die Frage der Möglichkeiten und Wirkungen der Integration von Normen oder Normsystemen aus einer *“gebenden”* in eine *“empfangende”* Rechtsordnung (es wird insoweit auch von *“Rezeption”*, *“Import”*, *“borrowing”* gesprochen).²³¹ Im Falle der Umweltrechtsvergleichung geht es häufig um die Frage, ob und in welcher gegebenenfalls modifizierten Form bestimmte – innovative – Rechtsinstrumente oder Regelungsansätze, die ein Land unter den dortigen Bedingungen erfolgreich implementiert hat, in einem anderen Land unter abweichenden Bedingungen eingeführt werden können. Prominente Beispiele für *“legal transplants”* in der Geschichte des Umweltrechts sind unter anderem die Umweltverträglichkeitsprüfung, der Emissionshandel (und andere Quotenhandelssysteme) oder die Umweltkennzeichnung.²³²

Grundsätzlich sind solche Transplantationen sowohl *“horizontal”* zwischen nationalen Rechtsordnungen und zwischen internationalen Regimen denkbar, als auch *“vertikal”* oder *“diagonal”* zwischen verschiedenen Rechtsebenen bzw. zwischen nicht-staatlichen und staatlichen Ordnungen.²³³ Inwieweit Rechtstransfers überhaupt möglich sind, wird in der Literatur sehr unterschiedlich bewertet.²³⁴ Dabei divergieren die Anschauungen über Wirkungen, Bedingungen und Chancen von Rechtstransfers erheblich und basieren auf unterschiedlichen Theorien. Gemeinsamer Brennpunkt dieser verschiedenen Ansätze ist dabei die Frage, wie eine rezipierende Rechtsordnung auf die Bemühung der Integration fremder Normen reagiert und unter welchen Bedingungen deren *“Einpflanzung”* nutzbringend sein kann. Die zunehmend breite Diskussion soll hier nicht wiederholt wer-

²³⁰ Der klassische Text hierzu ist das Buch von A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1974.

²³¹ Einen guten Überblick bieten insbesondere M. Graziadei, *Comparative Law Transplants and Receptions*, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Anm. 7), 442; J. W. Carins, *Watson, Walton and the History of Legal Transplants*, Ga. J. Int'l & Comp. L. 41 (2013), 638.

²³² Siehe z. B. L. K. Caldwell, *Environmental Impact Assessment (EIA): Origins, Evolution, and Future Directions*, *Impact Assessment*, 1988, 75 ff.; H. S. Gorman/B. D. Solomon, *The Origins and Practice of Emissions Trading*, *Journal of Policy History* 14 (2002), 293; V. Jha, *Green Consumerism, Eco-Labeling and Trade*, 1993.

²³³ Siehe M. Siems (Anm. 7), 231 ff.; M. Reimann (Anm. 97), 1112.

²³⁴ Besonders kritisch P. Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants*, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 4 (1997), 111.

den.²³⁵ Geht man grundsätzlich von der Möglichkeit eines Transfers aus, gilt es insbesondere zwei Dinge zu bedenken. Zum einen verschiebt sich der Bezugspunkt der Vergleichung (“Inversion der Funktionalen Methode”).²³⁶ Konkret verändert sich der Betrachtungsgegenstand. Beobachtet werden nun nicht mehr die verschiedenen Reaktionen unterschiedlicher Rechtsordnungen auf ein (vermeintlich) gleiches soziales Problem, sondern die unterschiedlichen Wirkungen der gleichen Rechtsnormen in unterschiedlichen Gesellschaften oder sozialen Kontexten.²³⁷ Zum anderen werden die Möglichkeiten und Wirkungen der Integration durch eine Vielzahl von Faktoren bestimmt.²³⁸ Auch hier mag man wieder rechtliche von außerrechtlichen Einflussfaktoren unterscheiden. Rechtliche Aspekte, die den Verlauf eines Transfers beeinflussen sind u. a. die Vereinbarkeit eines bestimmten Regelungsansatzes mit den bereits geltenden Regelungen in den empfangenden Rechtsordnungen, insbesondere der Grad der Vereinbarkeit mit

- den Regelungstraditionen (z. B. Selbstregulierung vs. *command & control*; Markt- vs. zentrale Verwaltungswirtschaft;²³⁹ liberal vs. sozialstaatlich; *top-down vs. bottom-up*, pro-aktiv etatistisch-interventionistisch vs. reaktiv-*adversarial*),²⁴⁰
- der rechtskulturellen Praxis (z. B. formale vs. informelle Streitschlichtung; Normkonformismus vs. Korruption; autokratische vs. rechtsstaatlich gebundene Verwaltung),²⁴¹
- geltendem höherrangigem Recht (z. B. Verfassungsrecht, *ius cogens*, Menschenrechten),

²³⁵ M. w. N. M. Graziadei (Anm. 231); M. Siems (Anm. 7), 191 f.; siehe auch U. Kischel (Anm. 5), 63 ff.

²³⁶ A. Graser (Anm. 11), 150 f.

²³⁷ Alexander Graser bemerkt zu Recht, dass hierin ein “genuin rechtssoziologisches Erkenntnisprogramm” liegt. Siehe A. Graser (Anm. 11), 152 f.

²³⁸ Vor dem Hintergrund seiner langjährigen praktischen Erfahrungen als Rechtberater Georgiens merkt Gerd Winter insoweit treffend an, dass sich die Kontroverse um die Bedingungen und Möglichkeiten von Rechtstransfers dann entschärfen, “wenn man die tieferen Ausgangsbedingungen des jeweiligen Falls einbezieht.” Siehe G. Winter/K. Kalichava, Rechtstransfer und Eigendynamik in Transformationsländern: Das Beispiel der Verwaltungsrechtsentwicklung in Georgien, ZaöRV 79 (2019), 273 (314).

²³⁹ Das spielt insbesondere bei den Transfers in die Transformationsstaaten Osteuropas eine Rolle. Siehe hierzu Siehe G. Winter/K. Kalichava (Anm. 238), 320 f. Siehe auch; R. Knieper, Möglichkeiten und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht. Juristische Zusammenarbeit aus der Sicht eines Beraters, RabelsZ 72 (2008), 88; L. Chanturia, Recht und Transformation. Rechtliche Zusammenarbeit aus der Sicht eines rezipierenden Landes, RabelsZ 72 (2008), 114.

²⁴⁰ Ein anschauliches Beispiel hierzu sind die unterschiedlichen Regelungstraditionen in Japan, der EU und in Neuseeland im Bereich des Seefischereirechts, siehe T. Markus, Marine Capture Fisheries Law, in: E. Lees/J. Viñuales (Anm. 8), 489.

²⁴¹ Siehe hierzu beispielhaft G. Winter/K. Kalichava (Anm. 238). Grundlegend zum Konzept der Rechtstraditionen H. P. Glenn (Anm. 39).

- der bestehenden Staatsorganisation und der Kompetenzordnung,²⁴²
- allgemeinen Rechtsgrundsätzen (z. B. Gesetzesbindung der Verwaltung, rechtliches Gehör, Unparteilichkeit der Behörden, Begründungspflicht,²⁴³ Vorsorge),²⁴⁴
- dem Verwaltungsverfahrens- und Prozessrecht²⁴⁵ (z. B. Informations-, Beteiligungs- und Klagerechte von Umweltverbänden).

Integrationsfördernd wirken kann dabei u. a., dass die Geber- und Empfängerrechtsordnung bereits einander angenähert sind (z. B. in der EU) oder dass es sich eher um technische als prinzipielle Normenkomplexe handelt.²⁴⁶

Außerrechtliche Faktoren, die einen Transfer beeinflussen können, sind unter anderem

- der politische Wille zur Rezeption (Wille zur Autonomie, Autarkie und Souveränität vs. Wille zur Annäherung und Rechtsharmonisierung),
- die Beziehung zwischen Geber- und Nehmerstaaten (Unterwerfung vs. Gleichberechtigung),
- die politischen Verhältnisse und Machtverteilung im Nehmerland im Hinblick auf Umweltpolitik,
- die Struktur und Durchführung von Transferprozessen.²⁴⁷

Element 7: Synthese

Wie oben dargelegt, verfolgen rechtsvergleichende Untersuchungen eine Reihe unterschiedlicher Ziele. Einige dieser Ziele erfordern eine Syntheseleistung, insbesondere die Zusammenführung der Erkenntnisse aus den Vergleichen in abstrakten Normen oder Normsystemen, z. B. in einem Artikel- oder Gesetzesvorschlag, einem Vertragsentwurf, einem Modellgesetz, *Codes of Conduct*, einem allgemeinen Rechtsgrundsatz oder einer völkerrechtlich-gewohnheitsrechtlichen Norm. Die Schaffung abstrakt-genereller Normen erfolgt generell im Wege der Induktion, Deduktion oder Extrapolation.²⁴⁸

²⁴² Siehe hierzu aus rechtsvergleichender Perspektive *M. Reese* (Anm. 211); *B. Preston*, *Regulatory Organization*, in: E. Lees/J. Viñuales (Anm. 8), 719.

²⁴³ Siehe z. B. *J. Sauer*, *Die Begründung im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Verwaltungsverfahrensrecht*, *VerwArch* 100 (2009), 364.

²⁴⁴ Zur Rechtsvergleichung hinsichtlich des Vorsorgeprinzips siehe die Beiträge in *N. de Sadeleer* (Anm. 52).

²⁴⁵ Siehe Ausführungen hierzu bei *G. Beaucamp* (Anm. 46), 137 f.

²⁴⁶ *G. Winter/K. Kalichava* (Anm. 238), 314.

²⁴⁷ *G. Winter/K. Kalichava* (Anm. 238), 315 f.

²⁴⁸ Im Falle der Deduktion wird eine abstrakte Norm aus einer oder mehreren noch allgemeineren, häufig höherrangigen Norm(en) abgeleitet. Im Rahmen der Induktion erfolgt der Schluss aus verschiedenen Rechtsnormen und Rechtssätzen hin zu einem sie inhaltlich umfassenden Rechtssatz. Bei der Extrapolation geht es im Grunde um eine Übertragung aufgrund

Dabei geht es nicht in erster Linie um mathematische Genauigkeit, sondern um das Kreieren überzeugender rechtlicher Lösungen für konkrete Probleme in sprachlich abstrakter Form.

VI. Perspektiven

Die hier angestellten Analysen zu den Funktionen, Zielen und Methoden der Umweltrechtsvergleichung betonen die zunehmende Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Entwicklung effektiven Umweltrechts. Die Suche nach geeigneten rechtlichen Lösungsansätzen für die drängenden Probleme unserer Zeit darf dabei nicht auf die Erkenntnis- und Verständigungskraft der Rechtsvergleichung verzichten. Im Idealfall werden die hier gemachten Überlegungen den Einstieg in die Umweltrechtsvergleichung erleichtern und somit die Distanz der beiden Sub-Disziplinen zueinander verringern.

Angesichts der Reichweite des Themas ist die Untersuchungstiefe dieses Beitrags sicherlich begrenzt. Perspektivisch wird es unter anderem darum gehen müssen, die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Ausgestaltung der steuerungspolitisch zunehmend relevanten, informellen, grenzüberschreitenden Rechtsstrukturen im Umweltrecht herauszuarbeiten.²⁴⁹ Auch den Möglichkeiten, Voraussetzungen und Wirkungen von Rechtstransfers und der Normdiffusion durch Rechtsvergleichung im Umweltrecht gilt es nachzugehen. Weitergehend bleiben auch methodische Ansätze und theoretische Fragen ein lohnendes Forschungsfeld.²⁵⁰ Für all diese Themen will dieser Beitrag einen fruchtbaren analytischen Rahmen bieten.

strukturell vergleichbarer Konflikt- und Problemlagen. Siehe hierzu z. B. *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, 421; *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2016, 264 ff.

²⁴⁹ Die Rechtsvergleichung erkennt zunehmend auch die Bedeutung nicht-staatlicher Normsysteme an, also alle Normquellen jenseits der formalen Rechtsquellen, siehe z. B. *M. Siems* (Anm. 7), 220 f.1; *W. Twining*, Globalization and Comparative Law, Maastricht J. Eur. & Comp. L. 6 (1999), 217. Zum Rechtstransfer, zur Normdiffusion sowie zur Bedeutung empirischer Wirkungsanalysen siehe z. B. *E. Dobbin/B. Simmons/G. Garrett*, The Global Diffusion of Public Policies, *Annual Review of Sociology* 33 (2007), 449; *H. Spamann*, Empirical Comparative Law, *Annual Review of Law and Social Science* 11 (2015), 131.

²⁵⁰ Nochmals der Verweis auf *J. Viñuales* (Anm. 8), 7.

Summary

Comparative Law's Contribution to National and International Environmental Law

This article investigates the scope, functions, and methods of comparative environmental law, emphasising its analytical and practical value for the development of national and international environmental law. It assesses comparative environmental law's current status, systematises its aims and objectives, explores in depth and by means of examples its contribution to the development of international environmental treaties, customs, and general principles, and identifies central methodological steps for different types of comparative environmental law studies. In view of the severity of many environmental issues, the search for effective legal instruments should be as broad as possible, and the global reservoir of ideas and experiences must be comprehensible and accessible. Demand for comparative environmental studies continues to grow as its contribution towards this effort becomes ever more apparent.

ZaöRV 80 (2020)

