

Armin von Bogdandy Ingo Venzke In wessen Namen?

Internationale Gerichte
in Zeiten globalen Regierens
suhrkamp taschenbuch
wissenschaft

Internationale Gerichte sind zu multifunktionalen Akteuren des globalen Regierens erstarkt. Das überlieferte Verständnis internationaler Gerichtsbarkeit, welches sie allein als Instrument der Streitbeilegung in den Händen der Staaten ansieht, ist dieser Entwicklung gegenüber allerdings blind. Armin von Bogdandy und Ingo Venzke legen einen neuen Ansatz vor, der den Funktionen internationaler Rechtsprechung jenseits der Streitbeilegung nachspürt, die internationale Spruchpraxis als Ausübung öffentlicher Gewalt konzipiert und ihre demokratische Rechtfertigung prüft. Dadurch erschließen sie die legitimatorische Problematik und eröffnen zugleich bislang ungesehene Möglichkeiten der Weiterentwicklung internationaler Gerichtsbarkeit.

Armin von Bogdandy ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

Ingo Venzke ist Senior Research Fellow und Lecturer an der Universität von Amsterdam.

Armin von Bogdandy
Ingo Venzke
In wessen Namen?

*Internationale Gerichte in Zeiten globalen
Regierens*

Suhrkamp

Zur Gewährleistung der Zitierbarkeit zeigen die grau hinterlegten Ziffern die jeweiligen Seitenanfänge der Printausgabe an.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

eBook Suhrkamp Verlag Berlin 2014

Der vorliegende Text folgt der 2. Auflage der Ausgabe des suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2088

© Suhrkamp Verlag Berlin 2014

© Armin von Bogdandy, Ingo Venzke 2014

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung, des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Für Inhalte von Webseiten Dritter, auf die in diesem Werk verwiesen wird, ist stets der jeweilige Anbieter oder Betreiber verantwortlich, wir übernehmen dafür keine Gewähr. Rechtswidrige Inhalte waren zum Zeitpunkt der Verlinkung nicht erkennbar.

eISBN 978-3-518-73407-0

www.suhrkamp.de

5 Inhalt

Vorwort

I. Programm

A. Problemaufriss

B. Neue Grundbegriffe für internationale Gerichte

1. Multifunktionalität
2. Ausübung öffentlicher Gewalt
3. Demokratie

C. Drei Einwände und Erwiderungen

1. *De lege lata* oder *de lege ferenda*?
2. Ein allzu pauschaler Gerichtsbegriff?
3. Eurozentrismus?

II. Grundverständnisse internationaler Gerichtsbarkeit

A. Gerichte als Instrumente der Streitbeilegung

1. Internationale Gerichte in einer staatenzentrierten Weltordnung
2. Der Internationale Gerichtshof unter dem Ancien Régime
3. Der Ständige Schiedshof und das Iran-United States Claims Tribunal

B. Gerichte als Organe der wertbasierten internationalen Gemeinschaft

1. Internationale Gerichte als Hoffnungsträger der Menschheit
 2. Die andere Seite des IGH
 3. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
 4. Internationale Strafgerichtshöfe
 5. Der Internationale Seegerichtshof
- C. **6** Gerichte als Institutionen globaler Rechtsregime
1. Internationale Gerichte für eine vernetzte Welt
 2. Das Streitbeilegungsgremium der WTO
 3. Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Rahmen des ICSID
- D. Vom Paradigma der Global Governance zum demokratieorientierten Grundverständnis

III. Das demokratieorientierte Grundverständnis

- A. Die öffentliche Gewalt internationaler Gerichte
1. Die Unvermeidlichkeit richterlicher Rechtserzeugung
 2. Die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt
- B. Spezifische Legitimationsprobleme internationaler Rechtsprechung
1. Zentralisierte Judikative bei dezentraler Legislative
 2. Potenzial und Gefahren des konstitutionalistischen Arguments
 3. Fragmentierung und demokratische Allgemeinheit
- C. Ein Demokratiebegriff für internationale Gerichte
1. Problemstellung und Ansatz
 2. Grundelemente

3. Die Rolle repräsentativer Institutionen
4. Grundlagen gerichtsgenerierter demokratischer Legitimation

IV. Wege demokratischer Legitimation

A. Die Richter

1. Das Anforderungsprofil: eine demokratieorientierte Rekonstruktion
2. Das Nominierungs- und Wahlverfahren: demokratietheoretisch betrachtet
3. Das demokratische Forum

B. 7 Das Verfahren

1. Öffentlichkeit und Transparenz
2. Intervention Dritter und *Amicus-curiae*-Eingaben
3. Die Einrichtung eines Rechtsmittels

C. Die Entscheidung

1. Gründe und Grenzen
2. Gerichtliche Interaktion als demokratische Kontrolle
3. Einbettung in politische Prozesse

V. In wessen Namen?

A. Gerichte als Akteure globalen Regierens

B. In wessen Namen also?

C. Ausblick

Entscheidungsverzeichnis

Literaturverzeichnis

Nachweise

Abkürzungsverzeichnis

Namenregister

Sachregister

9 Vorwort

Dieses Buch ist Teil eines Forschungsprojekts, das dem Phänomen internationaler öffentlicher Gewalt nachspürt. Es geht um die begriffliche Fassung, rechtliche Hegung und legitimationstheoretische Einbettung. Die erste Phase widmete sich der offensichtlichsten Form internationaler öffentlicher Gewalt, nämlich der internationalen Verwaltung von Gebieten. Die zweite Phase befasste sich mit der vielgestaltigen Ausübung öffentlicher Gewalt durch internationale Bürokratien. Das vorliegende Buch schließt die dritte Phase ab, welche sich mit der Ausübung öffentlicher Gewalt durch internationale Gerichte beschäftigt hat.

Wir danken Simon Hentrei, Matthias Kottmann und Frauke Sauerwein für ihre großartige Unterstützung bei der Fertigstellung des Buches. Sie haben nicht nur, mit der tatkräftigen Unterstützung von Friederike Ziemer, den wissenschaftlichen Apparat vervollständigt. Sie waren uns vielmehr stete Gesprächspartner. Viele Passagen konnten dank ihrer Kritik und ihren Anregungen deutlich gestärkt werden. Fruchtbare Kritik erhielten wir auch von Matthias Goldmann, Marc Jacob, András Jakab, Christoph Krenn, Christoph Möllers, Karin Oellers-Frahm, Mateja Steinbrück Platise, Stephan Schill, Dana Schmalz und Nele Yang. Insbesondere auf Veranstaltungen an der Universität Amsterdam, der Hebräischen Universität Jerusalem, der Universität Kopenhagen, der New York University School of Law, der École de Droit de la Sorbonne, den Universitäten

Tel Aviv und Zürich sowie der Yale Law School konnten wir einzelne Teile dieses Buches testen. Das Straus Institute for Advanced Study of Law & Justice sowie das Amsterdam Center for International Law boten den Rahmen, um das Manuskript fertig zu stellen.

Amsterdam und Heidelberg im April 2013

11 I. Programm

A. Problemaufriss

Das dominierende rechtswissenschaftliche Verständnis sieht internationale Gerichte als Instrumente der Streitbeilegung, die der Konsens der sie tragenden Staaten rechtfertigt und in deren Namen sie entscheiden.^[1] Dieses Verständnis ist heute unzulänglich. Es blendet wichtige gerichtliche Funktionen und die legitimatorische Problematik aus, so dass es eine erfolgreiche Tätigkeit der internationalen Gerichte und ihre zeitgemäße Weiterentwicklung behindert. Es bedarf eines neuen Ansatzes.^[2] Wir legen anhand von drei Grundbegriffen die Schwächen des herrschenden Verständnisses dar und unterbreiten ein neues, das internationale Gerichte als Träger öffentlicher Gewalt präsentiert. Die Begriffe lauten: *Multifunktionalität, internationale öffentliche Gewalt und Demokratie*.

Ausgangspunkt ist das Erstarken der internationalen Gerichtsbarkeit^[3] in den letzten zwei Jahrzehnten, eine der markantesten jüngeren Entwicklungen im Völkerrecht.^[4] Viele Gerichte sind heute Institutionen globalen Regierens, da sie helfen, gemeinsame Ziele in der Weltgesellschaft zu verfolgen und Kooperationsprobleme zu überwinden. Wie wenige andere Institutionen dienen sie dem Versprechen des Völkerrechts, zur internationalen Gerechtigkeit beizutragen. Dabei gehen sie über ihre traditionelle Funktion als 12 bloße Streitschlichter hinaus, da ihre Entscheidungen auch normative Erwartungen stabilisieren und sogar erzeugen. Oft kontrollieren und legitimieren sie

zudem andere Institutionen. Diese Multifunktionalität ist im Prinzip willkommen, birgt jedoch neue Probleme eines *gouvernement des juges*.^[5] Im Mantel der Rechtserkenntnis sind internationale Gerichte zu Akteuren erstarkt und üben internationale öffentliche Gewalt aus. Diese Einsicht sollten Interpretation und Fortentwicklung des Rechts berücksichtigen.

Demgegenüber gehen viele Darstellungen des Völkerrechts weiterhin davon aus, dass internationale Gerichte nur als Institutionen der Streitbeilegung zu begreifen sind.^[6] Entsprechend werden sie gemeinsam mit »guten Diensten« oder der politischen Schlichtung abgehandelt.^[7] Unbestritten ist dieses Verständnis im positiven Recht angelegt. Art. 33 Abs. 1 SVN reiht schiedsgerichtliche und gerichtliche Entscheidungen in Mechanismen der »friedliche[n] Regelung von Streitfällen« (Kapitel VI SVN) ein, neben Verhandlung oder Vermittlung. Dies mag 1945, als Art. 33 SVN formuliert wurde, ja sogar noch 1990 plausibel gewesen sein. Die Akteurseigenschaft vieler Gerichte lässt es heute jedoch angeraten erscheinen, sie systematisch an einem ganz anderen Ort anzusiedeln, nämlich im Recht der internationalen Institutionen.^[8]

Die herrschende legitimationstheoretische Analyse ist ähnlich defizitär wie die funktionale. Die traditionelle Sichtweise rechtfertigt internationale Gerichte aus dem Staatswillen, nämlich dem Konsens der streitenden Staaten.^[9] Diese Legitimationskonstruktion¹³ beruht auf der genossenschaftlichen, privatrechtlich inspirierten Grundlegung des Völkerrechts.^[10] Soweit sich internationale Richter zu ihren legitimatorischen Grundlagen äußern, haben sie sich dem oft angeschlossen. So schreibt der Appellate Body der Welthandelsorganisation (World Trade Organization, WTO)

ebenso programmatisch wie legitimationserheischend:
»The WTO Agreement is a treaty – the international equivalent of a contract. It is self-evident that in an exercise of their sovereignty, and in pursuit of their own respective national interests, the Members of the WTO have made a bargain.«^[11] Wir bestreiten nicht, dass der Konsens der Staaten eine weiterhin wichtige Legitimationsressource bildet. Er allein vermag viele Entscheidungen der letzten Jahrzehnte jedoch nicht mehr zu tragen.

Wir sind nicht die Ersten, welche auf die Defizite des herrschenden Verständnisses reagieren. Seit Langem sieht sich das staatenorientierte Grundverständnis von einem gemeinschaftsorientierten Ansatz herausgefordert, der internationale Gerichte als Organe der internationalen Gemeinschaft begreift und aufwertet.^[12] In neuerer Zeit tritt zudem ein regimeorientiertes Grundverständnis auf den Plan, das internationale Gerichte im Lichte ihres Beitrags zur Global Governance deutet.^[13] Diesen beiden Verständnissen sind wichtige Einsichten und Entwicklungen zu verdanken. Allerdings erweist sich ihr Zugang letztlich ebenfalls als unzureichend, wie eine Analyse anhand unserer Grundbegriffe ergeben wird.

Die Frage nach den Legitimationsressourcen internationaler **14** Gerichte ist nicht rein akademisch, sondern reagiert auf öffentliche Diskurse. Besondere Aufmerksamkeit genießt die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Nicht wenige Autoren begreifen es als ebenso expansiv wie einseitig, wenn etwa staatliche Maßnahmen in wirtschaftlichen Krisensituationen oder zum Schutz der Umwelt beschnitten werden.^[14] Dies betrifft nicht nur ferne Länder: Deutschland sollte die Bürgerschaftswahl der Stadt

Hamburg 1,4 Milliarden Euro kosten. Diese Summe verlangte der klagende schwedische Energiekonzern Vattenfall als Schadensersatz dafür, dass die neue Regierung ein Wahlversprechen umsetzte und die ökologischen Auflagen an ein geplantes Kraftwerk entgegen vorausgegangenen Zusagen verschärfte.^[15] Die hanseatische Demokratie hat nunmehr einen Preis. Akzeptanzprobleme haben auch Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), wenn sie etwa die Sicherungsverwahrung gefährlicher Straftäter verbieten^[16] oder ihnen das Wahlrecht zusprechen.^[17] Der Gerichtshof der Europäischen Union lässt die Nichtbefolgung von WTO-Berichten ausdrücklich zu.^[18] Einen deutschen Staatsbürger hat amerikanischer Ungehorsam gegenüber dem Internationalen Gerichtshof (IGH) das Leben gekostet.^[19] Das Bemühen des An **15** klägers des Internationalen Strafgerichtshofs, sein kostspieliges Gericht endlich mit einer Verurteilung zu legitimieren, haben dieses Gericht in eine Legitimationskrise geführt.^[20]

Die kritische wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der internationalen Gerichtsbarkeit ist drängender denn je.^[21] Wir sehen eine entsprechende Rekonstruktion der Tätigkeit internationaler Gerichte noch aus einem weiteren Grund als dringlich an. Zu Beginn der zweiten Dekade des 21. Jahrhunderts zeichnet sich eine neue internationale Ordnung ab, in der Staaten und regionale Zusammenschlüsse außerhalb des politischen Westens an Gewicht gewinnen und zunehmend gestaltend auf die internationalen Beziehungen einwirken. Das Projekt der Verrechtlichung und Vergerichtlichung der internationalen Beziehungen muss sich in diesem Kontext neu behaupten.

[22] Es wäre dabei keine gute Strategie, Kritiken zu vermeiden, um das Projekt nicht selbst zu schwächen. Dies wäre ein Schritt zur Ideologisierung der internationalen Gerichtsbarkeit. Wir meinen, dass eine kritische Rekonstruktion mit den drei Grundbegriffen *Multifunktionalität*, *internationale öffentliche Gewalt* und *Demokratie* angemessener, überzeugender und letztlich erfolgsversprechender ist.

16 B. Neue Grundbegriffe für internationale Gerichte

1. Multifunktionalität

Unser erstes Anliegen lautet, internationale Rechtsprechung multifunktional zu erschließen und damit die eindimensionale Fixierung auf Streitbeilegung zu überwinden.^[23] Sie sollte nicht aus *einer* beherrschenden Funktionszuschreibung heraus verstanden werden. Wenn ein Gericht »einen Fall entscheidet« und dabei »das Recht anwendet«, hat dies in aller Regel verschiedene rechtliche und soziale Konsequenzen, die man als Funktionen betrachten kann. Als Funktionen verstehen wir die Leistungen, die ein Akteur als Beitrag zu einem Ganzen erbringt. Festgehalten sei dabei, dass ein solcher Beitrag aus sich heraus eine Institution nicht legitimiert. Wir sehen die apologetische Versuchung funktionaler Argumente, aber unsere funktionale Analyse ist Instrument demokratisch inspirierter Kritik.

Ein Rechtsphänomen erschließt sich gemeinhin auf zwei Wegen: über seinen *Begriff* und seine *Funktion*. Die Arbeit am *Begriff* richtet sich auf eine Bedeutungsfestsetzung.^[24] In diesem Sinne fassen wir – ganz konventionell – den

Begriff des Gerichts als Institution, in der unabhängige und unparteiliche Personen nach vorgegebenen rechtlichen Maßstäben und in einem geordneten Verfahren in Rechtsfragen eine bindende Entscheidung treffen.^[25] Die Institution wird so über ihre Tätigkeit definiert, die gemeinhin als *Rechtsprechung* gilt. In diesem Sinne sind internationale Gerichte aufgerufen festzustellen, was das Recht ist. Exemplarisch bestimmt Art. 38 IGH-Statut als Aufgabe des Gerichts, »die ihm unterbreiteten Streitigkeiten nach dem Völkerrecht zu entscheiden«.

17 In der funktionalen Betrachtung geht es hingegen darum, den Beitrag dieser Institution oder charakteristischen Tätigkeit für ein größeres Ganzes anzugeben. Nun ließe sich, entlang den etablierten Lehren der Staatsfunktionen,^[26] sagen, das sei eben die *Rechtsprechung* im Singular. Dies entspräche einem Funktionsbegriff, wonach eine Institution immer nur *eine* Funktion erbringt. Eine Funktion ist danach »diejenige Eigenschaft eines Systems, die eine bestimmte Eingabe (*input*) in das System mit einer bestimmten Ausgabe (*output*) verbindet«.^[27] Eine solche Zusammenlegung von Begriff und Funktion erscheint jedoch kaum weiterführend. Sie kann das Erkenntnisinteresse an der rechtlichen, sozialen und politischen Bedeutung von Gerichten für das Gemeinwesen nicht befriedigen.

In dem Bestreben, präzisere und weiterführende Aussagen zu machen, nutzen viele Autoren ein Funktionsverständnis, das den Plural zulässt, wonach also eine Institution mit ihrer charakteristischen Tätigkeit (Rechtsprechung) mehrere Leistungen erbringen kann. In diesem Sinne werden als Funktionen der Justiz (Rechtsprechung) etwa Konfliktbereinigung, die Bereitstellung eines Forums für Auseinandersetzungen,

soziale Kontrolle, Rechtschöpfung, routinemäßige Verwaltungsarbeit und Legitimation gesehen.^[28] An dieses Funktionsverständnis knüpfen wir an und werden zeigen, dass zeitgenössische internationale Gerichte, ähnlich wie staatliche Gerichte, mit ihrer charakteristischen Tätigkeit, dem Entscheiden von Fällen, eine ganze Reihe von Leistungen erbringen.

Solche sozialen Funktionen bedürfen nicht notwendig eines spezifischen rechtlichen Auftrags. Entsprechend sollte eine postpositivistische Rechtswissenschaft, die sich nicht auf Exegese und **18** dogmatische Konstruktionen beschränkt, sondern zudem das Recht in seinen gesellschaftlichen und politischen Zusammenhängen zu erfassen sucht, über rechtlich zugeschriebene Funktionen hinausgehen.^[29] Gerichtliche Entscheidungen können sogar Funktionen erfüllen, die den Richtern gar nicht vor Augen standen. Dies zeigt ein Vergleich mit dem Marktgeschehen. Ein Kauf hat oft soziale Funktionen, etwa die Versorgung der Bevölkerung, die Integration einer Gesellschaft und die effiziente Allokation von Ressourcen, die regelmäßig jenseits des Motivationshorizonts der Geschäftspartner liegen, gleichwohl aber juristisch relevant sind. Eine wissenschaftliche Betrachtung muss sich vom Selbstverständnis der Akteure lösen und auch ausgeblendete Dimensionen des Handelns beleuchten.

Diese Studie erschließt die Tätigkeit internationaler Gerichte mit vier Funktionen: Streitbeilegung im Einzelfall (a), Stabilisierung normativer Erwartungen (b), Rechtschöpfung (c) sowie Kontrolle und Legitimation öffentlicher Gewalt (d). Gewiss sind andere Begrifflichkeiten und Ausdifferenzierungen denkbar. So könnte man zwischen Funktionen erster und zweiter Ordnung unterscheiden, etwa danach, ob und in welcher

Art eine bestimmte Funktion als Aufgabe rechtlich vorgegeben ist, ob sie im Bewusstseinshorizont der Akteure liegt oder wie direkt der Zusammenhang zwischen richterlichem Tun und einer spezifischen sozialen Konsequenz ist. Luhmann etwa meint, Rechtschöpfung und Rechtsstabilisierung geschähen »gleichsam mit linker Hand«.^[30] Ähnlich schreibt Alain Pellet, dass die weiteren Funktionen der Stabilisierung normativer Erwartungen und der Rechtschöpfung wichtig seien, sieht darin jedoch nur implizite oder abgeleitete Funktionen.^[31] Dies ergibt jedoch nur einen Sinn, wenn man Rechtsprechung und Streitbeilegung in eins setzt, ein Verständnis, das theoretisch grundlos ist und schon die Logik öffentlicher Berichterstattung nicht zu erfassen vermag.

Die multifunktionale Analyse ermöglicht nicht zuletzt, Differenzen zwischen internationalen Gerichten besser zu verstehen. Die internationale Strafgerichtsbarkeit lässt sich etwa unter einer Funktion der Streitbeilegung kaum begreifen. Ein Streitbegriff, der etwa das Verhältnis zwischen dem als Kriegsverbrecher angeklagten Duško Tadić und den Mitgliedern des Sicherheitsrats, den Vereinten Nationen oder der damaligen Anklägerin Carla del Ponte umfasst, ist unplausibel. Diese Konstellation kann kaum als Streit gedeutet werden, der beigelegt werden müsste.

a) Streitbeilegung

Das traditionelle Verständnis, das die Funktion der Streitbeilegung ganz in den Mittelpunkt stellt, beruht auf der Hoffnung, dass die Autorität des Richterspruchs zur Beendigung eines Streits führt, der auf internationaler

Ebene die besondere Gefahr einer kriegerischen Auseinandersetzung mit all ihren Schrecken birgt. Wenngleich es unser zentrales Anliegen ist, diese Eindimensionalität zu überwinden, so bleibt die Leistung internationaler Gerichte in Form der Streitbeilegung gewiss ein wichtiger Beitrag. Internationale Gerichte sind unbestritten ein wichtiger Mechanismus zur »friedlichen« Streitbeilegung, wie es euphemistisch in der Überschrift zu Kapitel VI SVN heißt.^[32]

Soweit sich internationale Gerichte explizit zu ihrer Funktion äußern, haben sie nicht selten diese Funktion akzentuiert. Der IGH bezog sich wiederholt auf die Aussage des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (StIGH), wonach die gerichtliche Streitbeilegung schlicht eine Alternative zu direkten zwischenstaatlichen Verhandlungen sei und das Gericht darauf abzielen müsse, direkte und gütliche Einigung auf jenem Wege zu erleichtern.^[33] Anders **20** orts beteuerte er: »Die Funktion des Gerichts ist es, internationale Streitigkeiten zwischen Staaten beizulegen.«^[34]

Zudem behaupten internationale Gerichte gerade in politisch heiklen Fällen gerne, dass sie allein und ausschließlich angerufen seien, den konkreten Streit nach geltendem Recht zu beenden. Das Schiedsgericht in *Romak* befand etwa, dass es von den Parteien nicht mit der »Mission« beauftragt sei, die Kohärenz und Entwicklung der schiedsgerichtlichen Rechtsprechung sicherzustellen. Seine Aufgabe sei viel schlichter und beruhe allein darauf, den gegenwärtigen Streit zwischen den Parteien in einer überzeugenden Weise beizulegen, ohne dabei mögliche Konsequenzen für künftige Streitfälle zu berücksichtigen.^[35]

Wenn man eine Entscheidung nur im Lichte dieser Funktion untersucht, besteht jedoch die Gefahr, ihre volle Bedeutung zu verkennen und sie unter unzulänglichen Gesichtspunkten zu kritisieren. Die Funktion der Streitbeilegung sollte nicht verabsolutiert werden. Zunächst einmal kann ein Streit auch nach der Entscheidung weiter andauern. Hat dann das Gericht seine Aufgabe zwangsläufig verfehlt? Im Lichte weiterer Funktionen ergeben sich ein nuanciertes Bild und mitunter gar ein positives Urteil über Entscheidungen, die in der Funktion der Streitbeilegung nicht besonders erfolgreich waren. Ein bekanntes Beispiel verdeutlicht dies eindrücklich.

b) Stabilisierung normativer Erwartungen

Das *Nicaragua*-Urteil des IGH hat den Konflikt zwischen Nicaragua und den Vereinigten Staaten nicht gelöst; der Gerichtshof ist seiner Funktion der zwischenstaatlichen Streitbeilegung hier nicht gerecht geworden.^[36] Das Verfahren hatte in dieser Hinsicht gar einen negativen Effekt, da die Vereinigten Staaten es zum Anlass nahmen, ihre einseitige Anerkennung der Zuständigkeit des Ge21 richts zurückzuziehen.^[37] Diese Feststellung sollte allerdings nicht das Ende einer funktionalen Analyse sein. Betrachtet man die Tätigkeit des Gerichts in der Funktion der *Stabilisierung normativer Erwartungen*, der zweiten Funktion internationaler Gerichte in unserer Deutung, so ist das Urteil positiver zu bewerten. Das Gericht bestätigte die Geltung kardinaler Völkerrechtsnormen, insbesondere des Gewaltverbots, angesichts zuwiderlaufender Praktiken einer der beiden Supermächte jener Zeit. Es würde

befremden, dies außerhalb der Funktionen des IGH anzuordnen.

Wenn ein Gericht feststellt, was das Recht in einem konkreten Fall besagt, wer Recht und wer Unrecht hat, dann stabilisiert es normative Erwartungen und bestätigt so die Geltung und Normativität des Rechts.^[38] Es entspricht einem verbreiteten rechtstheoretischen Verständnis, das Recht insgesamt aus dieser Funktion zu begreifen.^[39] Das Recht und die Rechtsprechung stabilisieren *normative* Erwartungen bei Enttäuschung; im Gegensatz zu *kognitiven* Erwartungen, die sich im Fall der Enttäuschung anpassen.^[40] Die Bestätigung der Rechtsgeltung kann auch als ein symbolischer Akt begriffen werden, der fundamental ist für ein funktionierendes Rechtssystem, oder als »Instandhaltung des Systems«.^[41] Internationale Entscheidungen stärken die normative Erwartungshaltung auch dadurch, dass sie Orientierung liefern, was einem Auseinanderlaufen von Rechtsmeinungen entgegenwirkt. Die Aufgabe, normative Erwartungen zu stabilisieren, ist mitunter explizit. Art. 3 Abs. 2 DSU hält in diesem Sinne fest: »Das Streitbeilegungssystem der WTO ist ein zentrales Element zur Schaffung von Sicherheit und Vorhersehbarkeit im multilateralen Handelssystem.« Die politikwissenschaftliche Forschung beschreibt diese Funktion internationaler Gerichte so, dass sie Verpflichtungen härtet und auf diese Weise Problemen kollektiven Handelns begegnet.^[42]

Zweifelsohne gehen die beiden Funktionen der Streitbeilegung und der Bestätigung der Rechtsgeltung oft Hand in Hand. Aber sie können auch auseinanderlaufen oder zumindest zu einer unterschiedlichen Bewertung führen. So kann es der Streitbeilegung dienen,

minimalistisch zu entscheiden und die Rechtsfeststellung vage zu halten, was aber die Orientierung nicht fördert.^[43] Daher ist es der wissenschaftlichen Erkenntnis nicht dienlich, die beiden Funktionen begrifflich zusammenzuschließen.

Die Bestätigung der Rechtsgeltung hängt nicht zwingend davon ab, dass der rechtswidrige Zustand tatsächlich korrigiert wird. Diese theoretische Erkenntnis entspricht der völkerrechtlichen Doktrin der »Genugtuung«, die bereits im gerichtlichen Ausspruch des »Rechthabens« liegen kann.^[44] Gerade völkerrechtliche Entscheide lassen zurückliegende staatliche Maßnahmen oft unberührt. Gleichwohl ist es der normativen Erwartungshaltung natürlich dienlich, wenn ein Urteil mit Konsequenzen verbunden ist, also zu einer Durchsetzung des Rechts führt oder gar den Rechtsbrecher sanktioniert.^[45] Dieser letzte Aspekt zeigt sich besonders deutlich in der internationalen Strafgerichtsbarkeit, die ganz offensichtlich nicht in die Funktion der Streitbeilegung passt. Plausibler ist es, hier vor allem auf die Rechtsdurchsetzung zu blicken, die wir als eine Form der Stabilisierung normativer Erwartungen fassen.^[46]

23 c) *Rechtschöpfung*

Als weitere wichtige Funktion der Rechtsprechung ist die Rechtschöpfung oder, synonym, die Rechtserzeugung auszumachen.^[47] Sie ist besonders umsichtig zu fassen, weshalb ihr ein eigener Abschnitt gewidmet ist.^[48] Hier sei nur festgehalten, dass Rechtserzeugung nicht mit Rechtsetzung gleichzusetzen ist. Weiter muss zwischen der Rechtserzeugung für den Streitfall und der prospektiven

Gestaltung der Rechtsordnung unterschieden werden. Erfolgt Letztere durch Gerichte, erscheint dies einem traditionellen Gewaltenteilungsdenken problematisch; gleichwohl kann die Rechtschöpfung kaum als Phänomen und Funktion der heutigen internationalen Rechtsprechung bestritten werden.^[49] So dienen etwa die Entscheidungsgründe des *Nicaragua*-Urteils des IGH regelmäßig als Stütze für Argumentationen, die das internationale Gewaltverbot weit und das Selbstverteidigungsrecht der Staaten eng interpretieren. Das Urteil statuiert zudem die gewohnheitsrechtliche Verbindlichkeit des Gewaltverbots und prägt Fragen der Zurechenbarkeit von Handlungen nichtstaatlicher Akteure.^[50] Es hat also völkerrechtliche Normativität verdichtet und das Recht beherzt als Friedensordnung fortentwickelt.

Mehr noch als der IGH sind sektoral ausgerichtete Gerichte prospektiv gestaltend tätig und liefern eine große Zahl an Beispielsfällen. Aus dem Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit sei an die Rechtsprechung erinnert, welche die Zuständigkeit aus der Meistbegünstigungsklausel folgert oder eine bloße Regulierung als **24** Enteignung qualifiziert.^[51] Der Appellate Body der WTO hat die Panels auf seine früheren Entscheidungen verpflichtet und etwa Anhörungspflichten aus dem Chapeau des Artikels XX GATT statuiert.^[52] Der EGMR hat prätorisch Piloturteile eingeführt, ein Verfahren, dessen Einführung zuvor auf politischem Weg gescheitert war.^[53] Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte hat Amnestiegesetze nicht nur für rechtswidrig, sondern sogar für nichtig erklärt.^[54] Die VN-Strafgerichte haben ein ganzes Verfahrensregime erarbeitet^[55] und das materielle Strafrecht fortentwickelt,

etwa die Pönalisierung der Repressalie in innerstaatlichen Konflikten.^[56]

Bisweilen erkennt ein Gericht diese Funktion ausdrücklich an: »It is clear that the court cannot legislate [...]. This is so even if, in stating and applying the law, the court necessarily has to specify its scope and sometimes note its general trend.«^[57] In der offiziellen

25 Selbstdarstellung des IGH heißt es: »In short, a judgment of the Court does not simply decide a particular dispute but inevitably also contributes to the development of international law. Fully aware of this, the Court takes account of these two objectives in the substance and wording of its judgments.«^[58] Andere Institutionen bekunden ein ähnliches Verständnis. Das Schiedsgericht in *Saipem v. Bangladesh* etwa formulierte, dass es verpflichtet sei, zur harmonischen Entwicklung des Investitionsschutzrechts beizutragen und damit den legitimen Erwartungen der Staatengemeinschaft und der Investoren gerecht zu werden.^[59]

d) Kontrolle und Legitimation

Neben der Streitbeilegung im Einzelfall sowie der Stabilisierung und Schöpfung normativer Erwartungen sehen wir in der *Kontrolle und Legitimation von öffentlicher Gewalt* eine vierte Funktion, die für das Verständnis der heutigen internationalen Gerichte unerlässlich ist. Sie betrifft vor allem staatliche Institutionen, deren Handlungen mit dem Maßstab des Völkerrechts kontrolliert werden. Während die traditionelle Lehre den Kontrollaspekt als akzidentell zur Streiterledigung betrachtet, sind wir der Auffassung, dass

er, vor allem im Bereich der Menschenrechte und des internationalen Wirtschaftsrechts, von fundamentaler Bedeutung für ein vollständiges Verständnis ist. Auch erklärt sich erst mit dieser Funktion die Mehrebenenendimension internationaler Rechtsprechung, auf welcher die Konstitutionalisierungsdebatte aufruht.^[60] Das horizontale traditionelle Verständnis kann in seiner Eindimensionalität all dies nicht fassen.

Viele nationale Verfassungen, insbesondere solche postautori²⁶tärer Staaten, öffnen sich dem völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz, um etwaigen künftigen autoritären Tendenzen zu wehren. Aber nicht nur das Regime des internationalen Menschenrechtsschutzes, sondern auch das Welthandelsrecht enthält, geprägt und geformt durch die Rechtsprechung, weitreichende Vorgaben für nationales Verwaltungshandeln. Nationale Rechtsvorschriften, die dem Welthandelsrecht widersprechen, können zudem vor die WTO-Streitbeilegungsorgane gebracht werden, ohne dass ein individuelles Rechtsschutzinteresse geltend gemacht werden müsste.^[61]

Im Lichte dieser Funktion versteht sich die wachsende Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der internationalen Rechtsprechung.^[62] Dieser Grundsatz weitet den Zugriff von Gerichten stark aus, da er ihnen ermöglicht, Fragen zu entscheiden, die nach traditionellem Verständnis bürokratischen Zweckmäßigkeits- und politischen Opportunitätskriterien vorbehalten sind. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erlaubt Gerichten eine situativ zu kalibrierende Kontrolle anderer Hoheitsträger und bildet ein wesentliches Instrument ihres Machtzuwachses.

Die Kontrollfunktion internationaler Gerichte hat eine wichtige legitimatorische Dimension. Internationale Kontrolle trägt regelmäßig zur Legitimation nationaler Herrschaftsausübung bei. Man denke wiederum an die gerichtliche Entwicklung und Durchsetzung von Standards für nationale Verwaltungsprozesse^[63] oder an 27 die Unterwerfung unter die Jurisdiktion von Menschenrechtsgerichtshöfen: Die mögliche Kontrolle stärkt die Legitimation insbesondere, aber nicht allein postautoritärer Ordnung.^[64] Zudem kann der Menschenrechtsschutz durch internationale Gerichte Herrschaft legitimieren, indem er die Bedingungen für demokratische Prozesse absichert.^[65] Die internationale Strafgerichtsbarkeit versteht sich schließlich auch aus der Funktion heraus, einen Beitrag zur Vergangenheitsaufarbeitung und damit zur Versöhnung zerrissener Gesellschaften in einer neuen Ordnung zu leisten, was Letztere wiederum legitimieren soll.^[66]

Internationale Gerichte können nicht nur nationale Institutionen kontrollieren und legitimieren, sondern auch öffentliche Gewalt auf internationaler Ebene. Diese Funktion ist allerdings derzeit nur schwach ausgeprägt. Ein frühes Beispiel bildet das Europäische Kernenergiegericht im Rahmen der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD). Es wurde eingerichtet, um die starken Eingriffsrechte der Europäischen Kernenergie-Agentur auf Klage eines Staates oder Unternehmens zu kontrollieren.^[67] Allerdings wanderte diese Aufgabe alsbald zum einen zur Europäischen Atomgemeinschaft, zum anderen zur Internationalen Atomenergie-Organisation ab, so dass diese Kontrollkompetenz nie ausgeübt wurde.

28 Breit thematisiert, bislang jedoch nicht Wirklichkeit geworden ist eine solche Rolle des IGH gegenüber dem VN-Sicherheitsrat. Die Diskussion trug aber Früchte in der *Tadić*-Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY). Der Angeklagte Tadić griff die Resolution des Sicherheitsrats an, welche dem Strafgerichtshof als Rechtsgrundlage dient. Er bestritt die entsprechende Kompetenz des Sicherheitsrats. Während die erste Instanz eine Rechtmäßigkeitskontrolle von Sicherheitsratsresolutionen im Lichte der *political question doctrine* abgelehnt hatte, verwarf die Berufungsinstanz diese Begründung als antiquiert und prüfte die Resolution. Im Ergebnis bejahte sie, wenig überraschend, die Legalität ihrer eigenen Existenz.^[68]

Diese Konstellation, wonach ein vom Sicherheitsrat als Unterorgan geschaffenes Gericht Rechtsakte des Sicherheitsrats prüft, mag auf den ersten Blick befremdlich anmuten. Sie findet sich jedoch in der Geschichte des öffentlichen Rechts und hat dort zu guten Ergebnissen geführt: Die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Gewalt hat sich auf nationaler Ebene in vielen Fällen als Appendix der Verwaltung entwickelt.^[69] In diesem Licht haben Entwicklungen wie die Errichtung des Inspection Panel der Weltbank oder interner Verwaltungsgerichte internationaler Organisationen durchaus Potenzial.^[70] Teilweise unterliegen diese Institutionen ihrerseits der Kontrolle durch den IGH.^[71] Dessen Gutachtertätigkeit dient einer horizontalen Kontrolle von Herrschaftsausübung und erlaubt, Kompetenzfragen im System der Vereinten Nationen zu klären.^[72]

Die Kontrollfunktion hat weiteres Potenzial, wie ein Blick auf die nationale Verfassungsgerichtsbarkeit zeigt.

Internationale Ge²⁹richte können zur Legitimation der Rechtsordnung im Allgemeinen beitragen und vielleicht sogar eine soziale Integrationsfunktion ausüben. Dies erschließt eine weitere Dimension des *Nicaragua*-Urteils. Es half dem IGH, Vertrauen der Entwicklungsländer zurückzugewinnen, das zuvor insbesondere durch die Namibia-Entscheidungen erschüttert worden war.^[73] Insoweit gewannen der IGH und mittelbar gar die Völkerrechtsordnung durch dieses Urteil an Legitimität gegenüber einer im Zuge der Dekolonialisierung erweiterten Weltgemeinschaft. In der Kontrolle und Legitimation von Herrschaftsausübung, sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene, liegt somit eine weitere Funktion internationaler Gerichte.^[74]

2. Ausübung öffentlicher Gewalt

Der multifunktionale Ansatz zeigt einen viel weiteren Wirkungskreis internationaler Gerichte als der monofunktionale. Ihre Rechtsprechung gestaltet in vielfacher Weise soziale Interaktionen. Diese Einsicht führt zum zweiten Grundbegriff dieser Studie. Wenn internationale Gerichte in der gegenwärtigen Weltordnung Recht sprechen, dann üben sie, so unser Verständnis, internationale öffentliche Gewalt aus. Diese Qualifikation ist schlichtweg fundamental für den weiteren Gedankengang, da nur auf ihrer Grundlage die internationale Rechtsprechung einer eigenständigen Rechtfertigung bedarf. Aufgrund der Bedeutung dieses grundbegrifflichen Schritts ist ihm ein eigener Abschnitt im III. Kapitel gewidmet.^[75]

Einleitend sei nur festgehalten, dass das traditionelle Verständnis öffentlicher Gewalt, das auf die Verfügung über physische Zwangsmittel abstellt, in Zeiten globalen Regierens zu eng ist. Es muss erweitert werden, um Phänomene globalen Regierens, der Global

30 Governance, rechtlich und legitimationstheoretisch zu bewältigen. Es ist ein Fakt, dass viele internationale Gerichte inzwischen Institutionen der Global Governance bilden, also gestaltungsmächtige Akteure globalen Regierens sind, durchaus mit staatlichen Gerichten vergleichbar, auch wenn sie nicht über Mittel physischen Zwangs verfügen.^[76] Entsprechend definieren wir internationale öffentliche Gewalt als das auf völkerrechtlichen Akten basierende Vermögen, andere Akteure in ihrer Freiheit rechtlich oder auch nur tatsächlich einzuschränken oder aber deren Freiheitsgebrauch in ähnlicher Weise zu gestalten.

Diesem weiten Gewaltbegriff liegt eine prinzipielle Erwägung zugrunde. Wenn öffentliches Recht im Einklang mit der freiheitlich-demokratischen Tradition als eine Ordnung zum Schutz persönlicher Freiheit und zur Ermöglichung kollektiver Selbstbestimmung begriffen wird, muss jeder Akt mit Auswirkungen hierauf in den Blick genommen werden, soweit die Auswirkungen nur bedeutsam genug sind, um begründete Zweifel an seiner Legitimität zu wecken. Dies führt zum nächsten Punkt.

3. Demokratie

Die Qualifizierung internationaler Rechtsprechung als Ausübung öffentlicher Gewalt führt zu vielen Fragen, vor allem aber zu derjenigen nach ihrer Legitimation. Das

traditionelle Verständnis verortet den wichtigsten Legitimationsgrund im Konsens der das Gericht tragenden Staaten. Wir stellen nicht in Frage, dass dieser Konsens eine wichtige Legitimationsressource bildet, aber der Verweis hierauf kann dem Legitimationsbedarf vieler Entscheidungen nicht genügen.^[77]

Die Frage nach der Legitimation hat diverse Aspekte. So kann es darum gehen, ob internationale Gerichte überhaupt effektiv sind.^[78] **31** Man kann fragen, welche Gerechtigkeitskonzeptionen sie verfolgen, aber auch, ob sie womöglich als verlängerte Arme mächtiger Staaten agieren.^[79] Wir konzentrieren uns auf die Frage nach ihrer demokratischen Legitimation.

Eine solche Untersuchung richterlicher Tätigkeit ist voraussetzungsvoll. Die Fragestellung wird vielen Lesern nicht unmittelbar einleuchten und bedarf umsichtiger Absicherung, die wir in einem eigenen Abschnitt entwickeln.^[80] Da der demokratiethoretische Ansatz aber leicht die Sorge radikaldemokratischer oder souveränitätsfixierter Gerichtskritik weckt,^[81] sei hier bereits betont, dass weder das eine noch das andere unsere Stoßrichtung ist. Es geht uns auch nicht darum, Lärm und Hitze politischer Auseinandersetzung, wie sie etwa im Parlament stattfindet, in Verhandlungssäle und Beratungszimmer internationaler Gerichte zu tragen.

Ebenso wenig werden wir den Maßstab demokratischer Legitimation so entfalten, dass jedwede Handlung auf internationaler Ebene, die sich nicht auf den demokratischen Willen eines einzelnen Staates zurückführen lässt, als zutiefst problematisch erscheint. Wir zählen nicht zu den Autoren, die mit dem demokratischen Argument internationale Gerichte zu delegitimieren versuchen.^[82] Derartige Konzeptionen