

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 4/2016

„Internationale Streitbeilegung“ oder „Internationale Gerichtsbarkeit“?

Armin von Bogdandy^{*}
Ingo Venzke^{**}

Erschienen in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. (Hrsg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, S. 105-118.

Zitiervorschlag: von Bogdandy/Venzke, „Internationale Streitbeilegung“ oder „Internationale Gerichtsbarkeit“?, Arbeitspapier des Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 4/2016, Rn.

Zusammenfassung: Rechtswissenschaftliche Abhandlungen und Veranstaltungen zu internationalen Gerichten stehen häufig unter dem Titel „Internationale Streitbeilegung“. Es wäre aber viel besser, so die Leitthese dieses Beitrags, solche Texte und Veranstaltungen als „internationale Gerichtsbarkeit“ zu betiteln. Dies ist keineswegs ein bloßer Streit um Worte, da hinter diesen Alternativen unterschiedliche rechtswissenschaftliche Auffassungen stehen. Im Folgenden sei gezeigt, dass anders als die Bezeichnung „Internationale Streitbeilegung“ suggeriert, nicht nur eine, sondern vier Funktionen die Rechtsprechung heutiger internationaler Gerichte kennzeichnen. Es handelt sich dabei um: Streitbeilegung im Einzelfall, Stabilisierung normativer Erwartungen, Rechtschöpfung sowie Kontrolle und Legitimation öffentlicher Gewalt. Die Analyse dieser Funktionen zeigt, dass die Bezeichnung „Internationale Streitbeilegung“ überkommen ist. Entsprechend sollte die Bezeichnung des Fachs geändert und es als Teil des Fachs internationale Institutionen verortet werden.

* Prof. Dr., Honorarprofessor an der Goethe Universität und Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

** Dr., Associate Professor an der Universität Amsterdam.

- 1 Rechtswissenschaftliche Abhandlungen und Veranstaltungen zu internationalen Gerichten stehen häufig unter dem Titel „Internationale Streitbeilegung“.¹ Es wäre aber viel besser, so die Leitthese dieses Beitrags, solche Texte und Veranstaltungen als „internationale Gerichtsbarkeit“ zu betiteln. Dies ist keineswegs ein bloßer Streit um Worte; er berührt vielmehr das Fach im Kern. Hinter dieser Alternative stehen so unterschiedliche rechtswissenschaftliche Auffassungen wie hinter den Gegensatzpaaren Staatsrecht und Verfassungsrecht,² Staatskirchenrecht und Religionsverfassungsrecht³, oder äußeres Staatsrecht und Völkerrecht.⁴
- 2 Die Bezeichnung „internationale Streitbeilegung“ sieht internationale Gerichte eben als Instrumente der Streitbeilegung und nichts anderes.⁵ Damit aber sind deren Funktionen heute nicht überzeugend zu fassen.⁶ In der funktionalen Betrachtung geht es darum, den Beitrag einer Institution für ein größeres Ganzes anzugeben. Nun ließe sich, entlang der etablierten Lehren der Staatsfunktionen,⁷ 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.“⁸ Eine solche Zusammenlegung von Begriff und Funktion er-

Die folgenden Überlegungen schöpfen aus unserem gemeinsamen Buch „In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens“, Berlin 2014.

¹ K. Doehring, Völkerrecht, 2. Aufl., 2004, 470; I. Brownlie, Principles of Public International Law, 7. Aufl., 2008, 701 ff.; P. Dupuy, Y. Kerbrat, Droit International Public, 10. Aufl., 2010, 613 ff.; L. Caflisch, Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques, Recueil des cours 288 (2001), 245 ff., hier 442 ff.; J. G. Merrills, International Dispute Settlement, 5. Aufl., 2011.

² C. Möllers, Staat als Argument, 2011, 171 ff.

³ P. Häberle, Europäische Verfassungslehre, 6. Aufl., 2009, 519; C. Walter, Religionsverfassungsrecht, 2006, 3.

⁴ A. von Bogdandy/S. Dellavalle, Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831), in: B. Fassbender/A. Peters (Hrsg.), The Oxford Handbook of The History of International Law, 1127, 1128–1129; S. Dellavalle, Hegels äußeres Staatsrecht: Souveränität und Kriegsrecht. Über eine schwierige Verortung zwischen universaler Vernunft und einzelstaatlichem Ethos, in: W. Pauly (Hrsg.), Der Staat - eine Hieroglyphe der Vernunft: Staat und Gesellschaft bei Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Nomos, 177.

⁵ Unser Begriff der internationalen Gerichte umfasst internationale Schiedsgerichte.

⁶ Zu der zugrunde liegenden Entwicklung Y. Shany, No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary, European Journal of International Law 20 (2009), 73 ff.

⁷ Vgl. C. Möllers, Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005, 94 ff.

⁸ M. Esfeld, „Funktion“, in: Petra Kolmer, Armin G. Wildfeuer, Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe, Bd. 1, 2011, S. 842 ff., hier 842.

scheint jedoch kaum weiterführend. Sie kann das Erkenntnisinteresse an der rechtlichen, sozialen und politischen Bedeutung von Gerichten für das Gemeinwesen nicht befriedigen.

- 3 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.⁹ 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.
- 4 Solche sozialen Funktionen bedürfen nicht notwendig eines spezifischen rechtlichen Auftrags. Entsprechend sollte eine post-positivistische Rechtswissenschaft, die sich nicht auf Exegese und dogmatische Konstruktionen beschränkt, sondern zudem das Recht in seinen gesellschaftlichen und politischen Zusammenhängen zu erfassen sucht, über rechtlich zugeschriebene Funktionen hinausgehen.¹⁰ 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.
- 5 Im Folgenden sei gezeigt, dass nicht nur eine, sondern vier Funktionen die Rechtsprechung heutiger internationaler Gerichte kennzeichnen, was die überkommene Bezeichnung als obsolet erscheinen lässt und die neue rechtfertigt. Es handelt sich um: Streitbeilegung im Einzelfall (A.), Stabilisierung normativer Erwartungen (B.), Rechtschöpfung (C.) sowie Kontrolle und Legitimation öffent-

⁹ E.-W. Böckenförde, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, 1974, 87 ff.; zu internationalen Gerichten; D. Shelton, *Form, Function, and the Powers of International Courts*, *Chicago Journal of International Law* 9 (2008–2009), 537 ff., hier 542.

¹⁰ Dies steht seit *R. von Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. 1 und 2, 4. Aufl., 1904, außer Frage.

licher 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 Bewusstsein 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“.¹¹ 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.¹² Dies macht jedoch nur 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.

- 6 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 Chefanklägerin Carla del Ponte umfasst, ist unplausibel. Diese Konstellation kann kaum als Streit gedeutet werden, der beigelegt werden müsste.

A. STREITBEILEGUNG

- 7 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

¹¹ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 306, vgl. auch 124 ff., 156 ff.

¹² A. Pellet, Article 38, in: A. Zimmermann et al. (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., 2012, Rn. 56.

wichtiger Mechanismus zur „friedlichen“ Streitbeilegung, wie es auch in der Überschrift zu Kapitel VI SVN heißt.

- 8 Soweit sich internationale Gerichte explizit zu ihrer Funktion äußern, haben sie nicht selten diese Funktion akzentuiert. Der Internationale Gerichtshof (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.¹³ 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.¹⁴
- 9 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.

B. STABILISIERUNG NORMATIVER ERWARTUNGEN

- 10 Das Nicaragua-Urteil des IGH hat den Konflikt zwischen Nicaragua und den Vereinigten Staaten nicht gelöst; der Gerichtshof ist seiner Funktion der zwi-

¹³ IGH, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark and Netherlands), Judgment of 20 February 1969, I. C. J. Reports 1969, 3, Rn. 87, mit Verweis auf die Anordnung des StIGH, Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929, P. C. I. J. Series A, No. 22, 13; siehe auch IGH, Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark), Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, 12, Rn. 35.

¹⁴ Romak (Romak S. A. v. Uzbekistan), PCA Case No. AA 280, UNCITRAL Award of 26 November 2009, Rn. 171.

schenstaatlichen Streitbeilegung hier nicht gerecht geworden.¹⁵ Das Verfahren hatte in dieser Hinsicht gar einen negativen Effekt, da die USA es zum Anlass nahmen, ihre einseitige Anerkennung der Zuständigkeit des Gerichts zurückzuziehen.¹⁶ 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.

- 11 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.¹⁷ Es entspricht einem verbreiteten rechtstheoretischen Verständnis, das Recht insgesamt aus dieser Funktion zu begreifen.¹⁸ Das Recht und die Rechtsprechung stabilisieren normative Erwartungen bei Enttäuschung; im Gegensatz zu kognitiven Erwartungen, die sich im Fall der Enttäuschung anpassen. Die Bestätigung der Rechtsgeltung kann auch als ein symbolischer Akt begriffen werden, der fundamental ist für ein funktionierendes Rechtssystem, oder als „Instandhaltung des Systems“.¹⁹ 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 [World Trade Organization] ist ein zentrales Element zur Schaffung von Sicherheit und Vorhersehbarkeit im multilateralen Handelssystem.“ Die politikwissenschaftliche Forschung beschreibt diese

¹⁵ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986, I. C. J. Reports 1986, 14.

¹⁶ US Statement, *International Legal Materials* 24 (1985), 1742 ff.

¹⁷ IGH, *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, Judgment of 2 December 1963, I. C. J. Reports 1963, 15 (33).

¹⁸ J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2. Aufl., 1992, 516; Luhmann, (Anm. 11), 150 ff.

¹⁹ Zur „regime maintenance“ Shany, (Anm. 6), 81 ff.

Funktion internationaler Gerichte so, dass sie Verpflichtungen härtet und so Problemen kollektiven Handelns begegnet.²⁰

- 12 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. Daher ist es der wissenschaftlichen Erkenntnis nicht dienlich, die beiden Funktionen begrifflich zusammenzuschließen.
- 13 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.²¹ 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. Dieser letzte Aspekt zeigt sich besonders deutlich in der internationalen Strafgerichtsbarkeit, die ganz offensichtlich nicht unter 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.²²

C. RECHTSCHÖPFUNG

- 14 Als weitere wichtige Funktion der Rechtsprechung ist die Rechtschöpfung oder, synonym, die Rechtserzeugung auszumachen. Dabei sei 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

²⁰ C. J. Carrubba, Courts and Compliance in International Regulatory Regimes, *The Journal of Politics* 67 (2005), 669 ff.

²¹ C. Hoss, „Satisfaction“, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rn. 23 ff.

²² W.W. Burke-White, A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement, *Michigan Journal of International Law* 24 (2002–2003), 1.

heutigen internationalen Rechtsprechung bestritten werden.²³ 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 nicht-staatlicher Akteure.²⁴ Es hat also völkerrechtliche Normativität verdichtet und das Recht beherzt als Friedensordnung fortentwickelt.

- 15 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 Enteignung qualifiziert.²⁵ Der Appellate Body der WTO hat die Panels auf seine früheren Entscheidungen verpflichtet und etwa Anhörungspflichten aus dem Chapeau des Art. XX GATT statuiert.²⁶ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat prätorisch Piloturteile eingeführt, ein Verfahren, dessen Einführung zuvor auf politischem Weg gescheitert war.²⁷ Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte hat Amnestiegesetze nicht nur für rechtswidrig, sondern sogar für nichtig erklärt.²⁸ Die VN-Strafgerichte haben ein ganzes Verfahrensregime erarbeitet²⁹ und das materielle Strafrecht fortentwickelt, etwa die Pönalisierung der Repressalie in innerstaatlichen Konflikten.³⁰

²³ A. E. Boyle/C. M. Chinkin, *The Making of International Law*, 2007, 268; ausführlich die Beiträge in A. von Bogdandy/I. Venzke (Hrsg.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, 2012.

²⁴ IGH, Nicaragua, (Anm. 15), Rn. 187–201; A. Randelzhofer/O. Dörr, Article 2 (4), in: B. Simma et al. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Bd. 1, 3. Aufl., 2012, Rn. 64 ff.

²⁵ S. W. Schill, *System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking*, von Bogdandy/Venzke (Hrsg.), (Anm. 23), 133.

²⁶ WTO, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, Appellate Body Report of 6 November 1998, Rn. 180–183.

²⁷ EGMR, Broniowski v. Poland, App. No. 31443/96, Judgment of 22 June 2004, ECHR 2004–V.

²⁸ C. Binder, *The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights*, in: von Bogdandy/Venzke (Hrsg.), (Anm. 23), 295.

²⁹ M. Swart, *Judicial Lawmaking at the ad hoc Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and "Adventurous Interpretation"*, *ZaöRV* 70 (2010), 459 ff.

³⁰ ICTY, Prosecutor v. Kupreškić et al., Judgment of 14 January 2000 (IT-95-16-T), Rn. 527; dazu M. Kuhl/K. Günther, *Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals*, von Bogdandy/Venzke (Hrsg.), (Anm. 23), 365 ff.

- 16 Bisweilen erkennt ein Gericht diese Funktion ausdrücklich an. In der offiziellen 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“.³¹ 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.³²

D. KONTROLLE UND LEGITIMATION

- 17 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 am 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 Mehrebenendimension internationaler Rechtsprechung, auf welcher die Konstitutionalisierungsdebatte aufruht.
- 18 Viele nationale Verfassungen, insbesondere solche postautoritärer 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-

³¹ IGH, *The International Court of Justice*, 5. Aufl., Den Haag 2004, S. 76, <www.icj-cij.org/information/en/ibleubook.pdf>, *letzter Zugriff 01.10.2012*.

³² *Saipem S. p. A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, Rn. 67.

Streitbeilegungsorgane gebracht werden, ohne dass ein individuelles Rechtsschutzinteresse geltend gemacht werden müsste.³³

- 19 Im Lichte dieser Funktion versteht sich die wachsende Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der internationalen Rechtsprechung.³⁴ Dieser Grundsatz weitet den Zugriff von Gerichten stark aus, da er ihnen ermöglicht, Fragen zu entscheiden, die nach traditionellem Verständnis bürokratischen Zweckmäßigkeit- und politischen Opportunitätskriterien vorbehalten sind. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erlaubt Gerichten eine situativ zu kalibrierende Kontrolle anderer Hoheitsträger und bildet ein wesentliches Instrument ihres Machtzuwachses.
- 20 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 Verwaltungsprozesse³⁵ oder an die Unterwerfung unter die Jurisdiktion von Menschenrechtsgerichtshöfen: Die mögliche Kontrolle stärkt die Legitimation insbesondere, aber nicht allein post-autoritärer Ordnung.³⁶ Zudem kann der Menschenrechtsschutz durch internationale Gerichte Herrschaft legitimieren, indem er die Bedingungen für demokratische Prozesse absichert.³⁷ 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.³⁸

³³ Art. 16.4 WTO-Übereinkommen; WTO, European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R, Appellate Body Report of 9 September 1997, Rn. 132–135; Y. Iwasawa, WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision, *Journal of International Economic Law* 5 (2002), 287, hier 294.

³⁴ E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, 2000, 429.

³⁵ So etwa die US-Shrimp-Entscheidung im Rahmen der WTO, US-Shrimp, (Anm. 26), Rn. 180–183; dazu M. Ioannidis, A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication: Developing Standards of Participation in WTO Law, *German Law Journal* 12 (2011), 1175 ff.; siehe auch ISGH, The “Juno Trader” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Judgment of 18 December 2004, Rn. 77.

³⁶ Im Hinblick auf Osteuropa M. Hofmann, Von der Transformations-offenheit? Die Öffnung der Rechtsordnungen ausgewählter Staaten Mittel- und Osteuropas für das Völker- und Europarecht, 2009, 2 ff., 474. Mit Blick auf Lateinamerika P. Carazo Ortíz, El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, in: A. von Bogdandy et al. (Hrsg.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, 2009, 231 ff.

³⁷ Eine analoge Deutung der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit durchzieht Habermas, (Anm. 18); J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, 1980.

³⁸ D. Joyce, The Historical Function of International Criminal Trials: Re-Thinking International Criminal Law, *Nordic Journal of International Law* 73 (2004), 461 ff.

- 21 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 OECD. Es wurde eingerichtet, um die starken Eingriffsrechte der Europäischen Kernenergie-Agentur auf Klage eines Staates oder Unternehmens zu kontrollieren.³⁹ 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.⁴⁰
- 22 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.⁴¹ In diesem Licht haben Entwicklungen wie die Errichtung des Inspection Panel der Weltbank oder interner Verwaltungsgerichte internationaler Organisationen durchaus Potenzial.⁴² Teilweise unterliegen diese Institutionen ihrerseits der Kontrolle durch den IGH.⁴³ Dessen Gutachtertät-

³⁹ Übereinkommen zur Errichtung einer Sicherheitskontrolle auf dem Gebiet der Kernenergie, BGBl. 1959 II, 586.

⁴⁰ ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995 (IT-94-1-AR 72), Rn. 13–48.

⁴¹ S. Cassese, Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in Europa, A. von Bogdandy u.a. (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 3, 2010, 3 ff., Rn. 50 ff.

⁴² L. Boisson de Chazournes, E. Fromageau, Balancing the Scales: The World Bank Sanctions Process and Access to Remedies, European Journal of International Law 23 (2012), 963.

⁴³ IGH, Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development, Advisory Opinion of 1 February 2012.

tigkeit dient einer horizontalen Kontrolle von Herrschaftsausübung und erlaubt, Kompetenzfragen im System der Vereinten Nationen zu klären.⁴⁴

23 Die Kontrollfunktion hat weiteres Potenzial, wie ein Blick auf die nationale Verfassungsgerichtsbarkeit zeigt. Internationale Gerichte 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.⁴⁵ 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.⁴⁶

24 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Tätigkeit der meisten internationalen Gerichte heute sich nicht mehr in der Funktion der Streitbeilegung erschöpft. Vielmehr dient ihre Rechtsprechung in aller Regel weiteren Funktionen. Entsprechend sollte die Bezeichnung des Fachs geändert und es als Teil des Fachs internationale Institutionen verortet werden. Dies ist interpretatorisch und forschungsstrategisch von großer Bedeutung. Begreift man die internationale Rechtsprechung in diesem Sinne, dann untersucht man sie sehr viel eher vergleichend zu internationalen Organisationen. Für viele Schlüsselfragen internationaler Gerichte ergibt dies eine Ebene fruchtbaren Vergleichs: bei der Auswahl des Personals, der Entwicklung des Verfahrensrechts, den Transparenzanforderungen und nicht zuletzt den Strategien der Legitimation.

⁴⁴ R. Y. Jennings, in: A. Zimmermann et al. (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice*, 2006, General Introduction Rn. 5 mit Verweis auf Fn. 8.

⁴⁵ Vgl. nur IGH, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, I. C. J. Reports 1971, S. 16.

⁴⁶ S. Cassese, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, 2009.