

Armin von Bogdandy  
Ingo Venzke

In wessen Namen?

*Internationale Gerichte  
in Zeiten globalen Regierens*

Erste Auflage 2014



Suhrkamp





suhrkamp taschenbuch  
wissenschaft 2088

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

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.

2. Auflage 2014

Erste Auflage 2014

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2088

© Suhrkamp Verlag Berlin 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 Drucklegung nicht erkennbar.

Umschlag nach Entwürfen  
von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt  
Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-29688-2

# Inhalt

Vorwort .....	9
I. Programm .....	II
A. Problemaufriss .....	II
B. Neue Grundbegriffe für internationale Gerichte .....	16
1. Multifunktionalität .....	16
2. Ausübung öffentlicher Gewalt .....	29
3. Demokratie .....	30
C. Drei Einwände und Erwiderungen .....	34
1. <i>De lege lata</i> oder <i>de lege ferenda</i> ? .....	34
2. Ein allzu pauschaler Gerichtsbeff? .....	36
3. Eurozentrismus? .....	40
II. Grundverständnisse internationaler Gerichtsbarkeit ...	42
A. Gerichte als Instrumente der Streitbeilegung .....	43
1. Internationale Gerichte in einer staatenzentrierten Weltordnung .....	44
2. Der Internationale Gerichtshof unter dem Ancien Régime .....	52
3. Der Ständige Schiedshof und das Iran-United States Claims Tribunal .....	61
B. Gerichte als Organe der wertbasierten internationalen Gemeinschaft .....	65
1. Internationale Gerichte als Hoffnungsträger der Menschheit .....	66
2. Die andere Seite des IGH .....	77
3. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ..	85
4. Internationale Strafgerichtshöfe .....	96
5. Der Internationale Seegerichtshof .....	103

C. Gerichte als Institutionen globaler Rechtsregime . . . . .	107
1. Internationale Gerichte für eine vernetzte Welt . . . . .	107
2. Das Streitbeilegungsgremium der WTO . . . . .	115
3. Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Rahmen des ICSID . . . . .	122
D. Vom Paradigma der Global Governance zum demokratieorientierten Grundverständnis . . . . .	128
III. Das demokratieorientierte Grundverständnis . . . . .	136
A. Die öffentliche Gewalt internationaler Gerichte . . . . .	136
1. Die Unvermeidlichkeit richterlicher Rechtserzeugung	136
2. Die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt ..	150
B. Spezifische Legitimationsprobleme internationaler Rechtsprechung . . . . .	162
1. Zentralisierte Judikative bei dezentraler Legislative ..	162
2. Potenzial und Gefahren des konstitutionalistischen Arguments . . . . .	174
3. Fragmentierung und demokratische Allgemeinheit ..	183
C. Ein Demokratiebegriff für internationale Gerichte . . . . .	185
1. Problemstellung und Ansatz . . . . .	185
2. Grundelemente . . . . .	192
3. Die Rolle repräsentativer Institutionen . . . . .	203
4. Grundlagen gerichtsgenerierter demokratischer Legitimation . . . . .	210
IV. Wege demokratischer Legitimation . . . . .	215
A. Die Richter . . . . .	218
1. Das Anforderungsprofil: eine demokratieorientierte Rekonstruktion . . . . .	219
2. Das Nominierungs- und Wahlverfahren: demokratiethoretisch betrachtet . . . . .	224
3. Das demokratische Forum . . . . .	230

B. Das Verfahren .....	234
1. Öffentlichkeit und Transparenz .....	236
2. Intervention Dritter und <i>Amicus-curiae</i> -Eingaben ...	243
3. Die Einrichtung eines Rechtsmittels .....	251
C. Die Entscheidung .....	254
1. Gründe und Grenzen .....	254
2. Gerichtliche Interaktion als demokratische Kontrolle	268
3. Einbettung in politische Prozesse .....	270
V. In wessen Namen? .....	283
A. Gerichte als Akteure globalen Regierens .....	283
B. In wessen Namen also? .....	286
C. Ausblick .....	292
Entscheidungsverzeichnis .....	296
Literaturverzeichnis .....	308
Nachweise .....	363
Abkürzungsverzeichnis .....	364
Namenregister .....	368
Sachregister .....	370





## 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 Friederieke 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



# 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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<sup>3</sup> in den letzten zwei Jahrzehnten, eine der markantesten jüngeren Entwicklungen im Völkerrecht.<sup>4</sup> 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

1 Unser Begriff der internationalen Gerichte umfasst internationale Schiedsgerichte, nicht aber den supranationalen Gerichtshof der Europäischen Union; dazu unten, I. C. 2.

2 Zum Forschungsbedarf Geir Ulfstein, »Institutions and Competences«, in: Jan Klabbers u. a., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 45-80, hier S. 75.

3 Unser Singular *internationale Gerichtsbarkeit* bezeichnet die Gesamtheit internationaler Gerichte. Er impliziert nicht, dass es ein kohärentes und umfassendes System internationaler Rechtsprechung gebe. Das Gegenteil ist der Fall; dazu unten I. C. 2.; III. B. 3.; IV. C. 2. b).

4 Yuval Shany, »No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 73-91; Karen J. Alter, »Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation«, in: *Law and Contemporary Problems* 71 (2008), S. 37-76.

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*.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Entsprechend werden sie gemeinsam mit »guten Diensten« oder der politischen Schlichtung abgehandelt.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> Diese Legitimationskonstruktio-

5 So wegweisend bereits Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Giard, Paris 1921.

6 Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2008, S. 1010; Patrick Daillier u. a., *Droit International Public*, 8. Aufl., Librairie Générale de Droit, Paris 2009, S. 923.

7 Karl Doehring, *Völkerrecht*, 2. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2004, S. 470-502; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2008, S. 701-725; Pierre-Marie Dupuy, Yann Kerbrat, *Droit International Public*, 10. Aufl., Dalloz, Paris 2010, S. 613-656; Luzius Caffisch, »Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques«, in: *Recueil des cours* 288 (2001), S. 245-467, hier S. 442-460.

8 So auch José E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, Oxford 2005.

9 Elihu Lauterpacht, »Principles of Procedure in International Litigation«, in: *Recueil des cours* 345 (2009), S. 387-530, hier S. 444-445, 453-454; John G. Merrills,

on beruht auf der genossenschaftlichen, privatrechtlich inspirierten Grundlegung des Völkerrechts.<sup>10</sup> 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.«<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> In neuerer Zeit tritt zudem ein regimeorientiertes Grundverständnis auf den Plan, das internationale Gerichte im Lichte ihres Beitrags zur Global Governance deutet.<sup>13</sup> 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

*International Dispute Settlement*, 5. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge u. a. 2011, S. 116-119.

10 Grundlegend Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle. Appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Bd. I, Rey et Gravier, Paris 1838, S. 276-293.

11 WTO, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Appellate Body Report of 4 October 1996, S. 14.

12 Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, Longman, London 1934, S. 45-68; Antônio A. Cançado Trindade, »International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (II)«, in: *Recueil des cours* 317 (2005), S. 9-312, hier S. 21-23.

13 Gary P. Sampson, »Introduction and Overview: Future Directions«, in: ders. (Hg.), *The WTO and Global Governance. Future Directions*, United Nations University Press, Tokio 2008, S. 1-36; Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, S. 18.



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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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<sup>16</sup> oder ihnen das Wahlrecht zusprechen.<sup>17</sup> Der Gerichtshof der Europäischen Union lässt die Nichtbefolgung von WTO-Berichten ausdrücklich zu.<sup>18</sup> Einen deutschen Staatsbürger hat amerikanischer Ungehorsam gegenüber dem Internationalen Gerichtshof (IGH) das Leben gekostet.<sup>19</sup> Das Bemühen des An-

14 Michael Waibel u. a. (Hg.), *The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2010.

15 *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6, Award, 11 March 2011. Die Rechtssache endete mit einem Vergleich, dessen Höhe unbekannt ist.

16 EGMR, *M. v. Germany*, App. No. 19359/04, Judgment of 17 December 2009, ECHR 2009; dazu dann BVerfGE 128, 326, *EGMR Sicherungsverwahrung*; siehe Christoph Grabenwarter, »Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten«, in: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 39 (2012), S 507-514.

17 Dies bildet den Hintergrund für den Vorstoß des Vereinigten Königreichs zur Reform des EGMR in der Brighton Declaration; siehe *The Guardian* vom 28. Februar 2012.

18 Zur Nichtbefolgung von Entscheidungen der WTO, EuGH, *FIAMM et al. v. Council and Commission*, verb. Rs. C-120/06 P, C-121/06 P, Judgment of 9 September 2008, Slg. 2008, I-06513, Rn. 105-134.

19 Es ging um konsularischen Beistand in einem Strafverfahren: Gut verteidigte Angeklagte werden in den Vereinigten Staaten selten zum Tode verurteilt: IGH, *LaGrand* (Germany v. United States of America), Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999, S. 9; siehe US SC, *Federal Republic of Germany et al. v. United States et al.*, Decision of 3 March 1998, 526 U. S. 111 (1999).

klägers des Internationalen Strafgerichtshofs, sein kostspieliges Gericht endlich mit einer Verurteilung zu legitimieren, haben dieses Gericht in eine Legitimationskrise geführt.<sup>20</sup>

Die kritische wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der internationalen Gerichtsbarkeit ist drängender denn je.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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.

20 IStGH, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment of 14 March 2012 (ICC-01/04-01/06-2843), S. 7-9. Zur Legitimationskrise des ICTY Mia Swart, »Tadic Revisited: Some Critical Comments on the Legacy and the Legitimacy of the ICTY«, in: *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011), S. 985-1009.

21 Pointiert Martti Koskenniemi, »The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference«, in: Yves Daudet (Hg.), *Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference*, Nijhoff, Leiden 2008, S. 127-152, insbes. S. 152.

22 Benedict Kingsbury, »International Courts: Uneven Judicialisation in Global Order«, in: James Crawford, Martti Koskenniemi (Hg.), *Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, S. 203-227.

## B. Neue Grundbegriffe für internationale Gerichte

### I. Multifunktionalität

Unser erstes Anliegen lautet, internationale Rechtsprechung multifunktional zu erschließen und damit die eindimensionale Fixierung auf Streitbeilegung zu überwinden.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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«.

23 Siehe bereits José E. Alvarez, »Rush to Closure: Lessons of the Tadic Judgment«, in: *Michigan Law Review* 96 (1997-1998), S. 2031-2112.

24 Hans-Joachim Koch, Helmut Rießmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, C. H. Beck, München 1982, S. 24, 73-77.

25 Die am staatlichen Beispiel entwickelte Standarddefinition enthält zudem das Merkmal der »Dauerhaftigkeit«, auf das wir verzichten. Vgl. Martin Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, Chicago 1981, S. 1-37; Cesare P. R. Romano, »A Taxonomy of International Rule of Law Institutions«, in: *Journal of International Dispute Settlement* 2 (2011), S. 241-277, hier S. 251-254.



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,<sup>26</sup> 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«.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> 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 post-positivistische Rechtswissenschaft, die sich nicht auf Exegese und

26 Vgl. Christoph Möllers, *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, S. 94-134; vergleichend Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, 5. Aufl., CEDAM, Padua 1999, S. 619-734.

27 Michael Esfeld, »Funktion«, in: Petra Kolmer, Armin G. Wildfeuer, *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, Bd. I, Alber, Freiburg 2011, S. 842-854, hier S. 842.

28 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, Duncker & Humblot, Berlin 1974, S. 87-99; Klaus F. Röhl, *Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch*, Carl Heymanns, Köln 1987, S. 520-521; ähnlich für internationale Gerichte Dinah Shelton, »Form, Function, and the Powers of International Courts«, in: *Chicago Journal of International Law* 9 (2008-2009), S. 537-571, hier S. 542.

dogmatische Konstruktionen beschränkt, sondern zudem das Recht in seinen gesellschaftlichen und politischen Zusammenhängen zu erfassen sucht, über rechtlich zugeschriebene Funktionen hinausgehen.<sup>29</sup> 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 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«.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> Dies ergibt jedoch nur einen Sinn, wenn man Rechtsprechung und Streitbeile-

29 Dies steht seit Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I und 2, 4. Aufl., Breitkopf und Härtel, Leipzig 1904, außer Frage. Die funktionale Betrachtung geht dabei über Jhering hinaus. Während Jhering nur auf den Zweck im Sinne »subjektiver Motive« abzielt, sind unter dem Begriff Funktion die Motivationslagen zweitrangig.

30 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1993, S. 306, vgl. auch S. 124-131, 156-164, welche die Schwierigkeiten dieses Verständnisses deutlich zeigen.

31 Alain Pellet, Art. 38, in: Andreas Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012, Rn. 56.

gung 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.<sup>32</sup>

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.<sup>33</sup> Andern-

32 Denn ist der bewaffnete Konflikt noch eine Streitbeilegung? Georges Abi-Saab, »Cours général de droit international public«, in: *Recueil des cours* 207 (1987), S. 9-463, hier S. 129-139.

33 IGH, *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany v. Denmark and The Netherlands), Judgment of 20 February 1969, I. C. J. Reports 1969, S. 3, Rn. 87, mit Verweis auf die Anordnung des StIGH, *Free Zones of Upper Savoy and*

orts beteuerte er: »Die Funktion des Gerichts ist es, internationale Streitigkeiten zwischen Staaten beizulegen.«<sup>34</sup>

Zudem behaupten internationale Gerichte gerade in politischen 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.<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup> Das Verfahren hatte in dieser Hinsicht gar einen negativen Effekt, da die Vereinigten Staaten es zum Anlass nahmen, ihre einseitige Anerkennung der Zuständigkeit des Ge-

*the District of Gex*, Order of 19 August 1929, P. C. I. J. Series A, No. 22, S. 13; siehe auch IGH, *Passage through the Great Belt* (Finland v. Denmark), Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, S. 12, Rn. 35.

<sup>34</sup> IGH, *LaGrand* (Anm. 19), Rn. 25.

<sup>35</sup> *Romak* (Romak S. A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan), PCA Case No. AA 280, UNCITRAL Award of 26 November 2009, Rn. 171.

<sup>36</sup> 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, S. 14.



rechts zurückzuziehen.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> Es entspricht einem verbreiteten rechtstheoretischen Verständnis, das Recht insgesamt aus dieser Funktion zu begreifen.<sup>39</sup> Das Recht und die Rechtsprechung stabilisieren *normative* Erwartungen bei Enttäuschung; im Gegensatz zu *kognitiven* Erwartungen, die sich im Fall der Enttäuschung anpassen.<sup>40</sup> Die Bestätigung der Rechtsgeltung kann auch als ein symbolischer Akt begriffen werden, der fundamental ist für ein funktionierendes Rechtssystem, oder als »Instandhaltung des Systems«.<sup>41</sup> 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 interna-

37 US Statement, *International Legal Materials* 24 (1985), S. 1742-1745.

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

39 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt/M. 1992, S. 516; Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Anm. 30), S. 150-153.

40 Zur Lernunwilligkeit Bernhard Schlink, »Der Preis der Gerechtigkeit«, in: Horst Dreier (Hg.), *Rechts- und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit. Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin 2005, S. 9-32.

41 Zur »regime maintenance« Shany, »No Longer a Weak Department of Power?« (Anm. 4), S. 81-82.

tionaler Gerichte so, dass sie Verpflichtungen härtet und auf diese Weise Problemen kollektiven Handelns begegnet.<sup>42</sup>

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.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup>

42 Clifford J. Carrubba, »Courts and Compliance in International Regulatory Regimes«, in: *Journal of Politics* 67 (2005), S. 669-689.

43 Beispiele hierfür unten II. A. 1.

44 Cristina Hoss, »Satisfaction«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rn. 23-28 ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), letzter Zugriff 21.II.2012. Ein Beispiel symbolischer Genugtuung ist das Salutschießen vor der Flagge des verletzten Staates, dazu ebd., Rn. 17.

45 Man kann die Durchsetzungs- und die Sanktionsfunktion als weitere Funktionen verselbständigen und noch eine Compliancefunktion hinzufügen; Shelton, »Form, Function, and the Powers of International Courts« (Anm. 28). Für unsere Zwecke ist dies nicht weiterführend.

46 So auch William W. Burke-White, »A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement«, in: *Michigan Journal of International Law* 24 (2002-2003), S. 1-101; zu den Zielen internationaler Strafgerichtsbarkeit Robert Cryer u. a., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2010, S. 22-39; ausführlich unten, III. A. 2.

### c) Rechtschöpfung

Als weitere wichtige Funktion der Rechtsprechung ist die Rechtschöpfung oder, synonym, die Rechtserzeugung auszumachen.<sup>47</sup> Sie ist besonders umsichtig zu fassen, weshalb ihr ein eigener Abschnitt gewidmet ist.<sup>48</sup> 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 Gewaltenteilungsdanken problematisch; gleichwohl kann die Rechtschöpfung kaum als Phänomen und Funktion der heutigen internationalen Rechtsprechung bestritten werden.<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup> 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 Beispielfällen. Aus dem Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit sei an die Rechtsprechung erinnert, welche die Zuständigkeit aus der Meistbegünstigungsklausel folgert oder eine bloße Regulierung als

47 Nachdrücklich Abi-Saab, »Cours général de droit international public« (Anm. 32), S. 129.

48 Unten, III. A. 1.

49 Alan E. Boyle, Christine M. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2007, S. 268; ausführlich die Beiträge in Armin von Bogdandy, Ingo Venzke (Hg.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, Heidelberg 2012.

50 IGH, *Nicaragua* (Anm. 36), Rn. 187-201. Vgl. Cristina Hoss u. a., »Nicaragua: 25 Years Later«, in: *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), S. 131-133, hier S. 132-133; Albrecht Randelzhofer, Oliver Dörr, Art. 2, in: Bruno Simma u. a. (Hg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Bd. 1, 3. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012, Abs. 4, Rn. 64-66.

Enteignung qualifiziert.<sup>51</sup> Der Appellate Body der WTO hat die Panels auf seine früheren Entscheidungen verpflichtet und etwa Anhörungspflichten aus dem Chapeau des Artikels XX GATT statuiert.<sup>52</sup> Der EGMR hat prätorisch Piloturteile eingeführt, ein Verfahren, dessen Einführung zuvor auf politischem Weg gescheitert war.<sup>53</sup> Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte hat Amnestiegesetze nicht nur für rechtswidrig, sondern sogar für nichtig erklärt.<sup>54</sup> Die VN-Strafgerichte haben ein ganzes Verfahrensregime erarbeitet<sup>55</sup> und das materielle Strafrecht fortentwickelt, etwa die Pönalisierung der Repressalie in innerstaatlichen Konflikten.<sup>56</sup>

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.«<sup>57</sup> In der offiziellen

51 Stephan W. Schill, »System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking«, in: von Bogdandy/Venzke (Hg.), *International Judicial Lawmaking* (Anm. 49), S. 133-177.

52 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; dazu Michael Ioannidis, »A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication: Developing Standards of Participation in WTO Law«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1175-1202, hier S. 1195-1199.

53 EGMR, *Broniowski v. Poland*, App. No. 31443/96, Judgment of 22 June 2004, ECHR 2004-V; vgl. dazu Markus Fyrnys, »Expanding Competences by Judicial Law-Making – The Pilote Judgment Procedure of the European Court of Human Rights«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1231-1259.

54 Christina Binder, »Auf dem Weg zum lateinamerikanischen Verfassungsgericht? Die Rechtsprechung des Interamerikanischen Menschengerichtshofs im Bereich der Amnestien«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 71 (2011), S. 1-29.

55 Mia Swart, »Judicial Lawmaking at the *ad hoc* Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and ›Adventurous Interpretation‹«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 70 (2010), S. 459-486.

56 ICTY, *Prosecutor v. Kuprekić et al.*, Judgment of 14 January 2000 (IT-95-16-T), Rn. 527; dazu Milan Kuhli, Klaus Günther, »Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals«, in: von Bogdandy/Venzke (Hg.), *International Judicial Lawmaking* (Anm. 49), S. 365-385.

57 IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I. C. J. Reports 1996, S. 226, Rn. 18. Besonders eindrücklich ISGH, *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal* (Bangladesh v. Myanmar), Judgment of 14 March 2012, Declaration of Judge Wolfrum, S. 2-3.



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.«<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup>

#### 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 Mehrebenendimension internationaler Rechtsprechung, auf welcher die Konstitutionalisierungsdebatte aufruht.<sup>60</sup> Das horizontale traditionelle Verständnis kann in seiner Eindimensionalität all dies nicht fassen.

Viele nationale Verfassungen, insbesondere solche postautori-

58 IGH, *The International Court of Justice*, 5. Aufl., Den Haag 2004, S. 76, ([www.icj-cij.org/information/en/ibleubook.pdf](http://www.icj-cij.org/information/en/ibleubook.pdf)), letzter Zugriff 01.10.2012.

59 *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 of 21 March 2007, Rn. 67. Siehe auch *International Thunderbird Gaming v. Mexico*, NAFTA/UNCITRAL Separate Opinion by Prof. Wälde of 26 January 2006, Rn. 16. Siehe ferner ebd., Rn. 129-130. Ähnlich *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. Arb/03/6, Decision on Annulment of 19 October 2009, Rn. 24. Alle Entscheidungen abrufbar unter ([italaw.com](http://italaw.com)), letzter Zugriff 01.10.2012.

60 Hierzu ausführlich unten, III. B. 2.

tärer 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.<sup>61</sup>

Im Lichte dieser Funktion versteht sich die wachsende Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der internationalen Rechtsprechung.<sup>62</sup> 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<sup>63</sup> oder an

61 Art. 16 Abs. 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; Yuji Iwasawa, »WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision«, in: *Journal of International Economic Law* 5 (2002), S. 287-305, hier S. 294; zu verwaltungsrechtlichen Vorgaben Richard B. Stewart, Michelle R. Sanchez Badin, »The World Trade Organization and Global Administrative Law«, in: *IILJ Working Papers* 2009/7, S. 11 ([www.iilj.org](http://www.iilj.org)), letzter Zugriff 10.10.2012.

62 Emily Crawford, »Proportionality«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 44); Enzo Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Mailand 2000, S. 429-483; Anne-Charlotte Martineau, »La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juridiques)«, in: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 123 (2007), S. 991-1030.

63 So etwa die US-Shrimp-Entscheidung im Rahmen der WTO, *US – Shrimp* (Anm. 52), Rn. 180-183; dazu Ioannidis, »A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication« (Anm. 52); siehe auch ISGH, *The »Juno Trader« Case* (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Judgment of

die Unterwerfung unter die Jurisdiktion von Menschenrechtsgerichtshöfen: Die mögliche Kontrolle stärkt die Legitimation insbesondere, aber nicht allein postautoritärer Ordnung.<sup>64</sup> Zudem kann der Menschenrechtsschutz durch internationale Gerichte Herrschaft legitimieren, indem er die Bedingungen für demokratische Prozesse absichert.<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup>

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.<sup>67</sup> Allerdings wanderte diese Aufgabe alsbald zum einen zur Europäischen Atomgemeinschaft, zum anderen zur Internationalen Atomenergie-Organisation ab, so dass diese Kontrollkompetenz nie ausgeübt wurde.

18 December 2004, Rn. 77; vgl. Sabino Cassese, »Global Standards for National Administrative Procedure«, in: *Law and Contemporary Problems* 68 (2004-2005), S. 109-126.

64 Im Hinblick auf Osteuropa Mahulena Hofmann, *Von der Transformation zur Kooperationsoffenheit? Die Öffnung der Rechtsordnungen ausgewählter Staaten Mittel- und Osteuropas für das Völker- und Europarecht*, Springer, Berlin 2009, S. 2-7, 474-476. Mit Blick auf Lateinamerika Pía Carazo Ortíz, »El Sistema Interamericano de Derechos Humanos«, in: Armin von Bogdandy u. a. (Hg.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, S. 231-285.

65 Eine analoge Deutung der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit durchzieht sowohl Habermas, *Faktizität und Geltung* (Anm. 39), als auch John H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1980.

66 Daniel Joyce, »The Historical Function of International Criminal Trials: Rethinking International Criminal Law«, in: *Nordic Journal of International Law* 73 (2004), S. 461-484.

67 Übereinkommen zur Errichtung einer Sicherheitskontrolle auf dem Gebiet der Kernenergie, BGBl. 1959 II, S. 586-608.

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.<sup>68</sup>

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.<sup>69</sup> In diesem Licht haben Entwicklungen wie die Errichtung des Inspection Panel der Weltbank oder interner Verwaltungsgerichte internationaler Organisationen durchaus Potenzial.<sup>70</sup> Teilweise unterliegen diese Institutionen ihrerseits der Kontrolle durch den IGH.<sup>71</sup> Dessen Gutachtertätigkeit dient einer horizontalen Kontrolle von Herrschaftsausübung und erlaubt, Kompetenzfragen im System der Vereinten Nationen zu klären.<sup>72</sup>

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

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

69 Sabino Cassese, »Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in Europa«, in: Armin von Bogdandy u. a. (Hg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 3, C. F. Müller, Heidelberg 2010, S. 3-29, hier S. 21-22.

70 Dazu unten, II. C. 1.

71 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.

72 Robert Y. Jennings, »General Introduction«, in: Andreas Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2006, Rn. 5 mit Verweis auf Fn. 8.



richte 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.<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup>

## 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.<sup>75</sup>

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

73 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; *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Judgment of 21 December 1962, I. C. J. Reports 1962, S. 319; *South West Africa*, Judgment of 18 July 1966, I. C. J. Reports 1966, S. 6. Vgl. dazu Edward McWhinney, »Judicial Settlement of Disputes. Jurisdiction and Judiciability«, in: *Recueil des cours* 221 (1990), S. 9-194, hier S. 36-45.

74 Sabino Cassese, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Rom 2009.

75 Unten, III. A. 2.

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.<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup>

Die Frage nach der Legitimation hat diverse Aspekte. So kann es darum gehen, ob internationale Gerichte überhaupt effektiv sind.<sup>78</sup>

76 Näher Jeffrey K. Staton, Will H. Moore, »Judicial Power in Domestic and International Politics«, in: *International Organization* 65 (2011), S. 553-587.

77 Ähnlich, wenngleich weniger zugespitzt Geir Ulfstein, »The International Judiciary«, in: Klabbers u. a., *The Constitutionalization of International Law* (Anm. 2), S. 126-152, hier S. 148.

78 Siehe Yuval Shany, »Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach«, in: *American Journal of International Law* 106 (2012), S. 225-270.

Man kann fragen, welche Gerechtigkeitskonzeptionen sie verfolgen, aber auch, ob sie womöglich als verlängerte Arme mächtiger Staaten agieren.<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> Da der demokratietheoretische Ansatz aber leicht die Sorge radikaldemokratischer oder souveränitätsfixierter Gerichtskritik weckt,<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup> Derartige Konzeptionen basieren zumeist auf einem partikularistischen Demokratieverständnis, das an nationalen Grenzen haltmacht und Staaten als selbstgenügsame Entitäten versteht. Dies überzeugt in Zeiten der Globalisierung und des globalen Regierens weniger denn je.

Hier geht es nicht um ein generelles Zurückdrängen internationaler richterlicher Hoheitsgewalt, sondern um eine theoretisch an-

79 Siehe Jutta Brunnée, Stephen J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, S. 1-19; Jan Klabbers, »Setting the Scene«, in: Klabbers u. a., *The Constitutionalization of International Law* (Anm. 2), S. 1-44, hier S. 37-44.

80 Unten, III. C.

81 Zuletzt etwa Richard Bellamy, »Die demokratische Verfassung«, in: Gret Haller u. a. (Hg.), *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie?*, Campus Verlag, Frankfurt/M. 2011, S. 103-122, hier S. 109-110; Eric A. Posner, *The Perils of Global Legalism*, University of Chicago Press, Chicago 2009, S. 227.

82 Robert Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, AEI Press, Washington/DC 2003, zitiert in Eric A. Posner, John Yoo, »Judicial Independence in International Tribunals«, in: *California Law Review* 93 (2005), S. 1-74, hier S. 5.

geleitete Justierung ihres Verständnisses und eine Entfaltung ihres Potenzials. Wie bereits im Zusammenhang mit der Kontroll- und Legitimationsfunktion angedeutet, verstehen wir internationale Gerichte als Institutionen, die legitimatorischen Defiziten begegnen können, insbesondere solchen, die aus den extraterritorialen Wirkungen staatlichen Handelns resultieren. Internationale Gerichte können einen spezifisch demokratischen Beitrag leisten, gerade in der gegenwärtigen Phase der Globalisierung. Das Völkerrecht bietet eine einzigartige Möglichkeit, Menschen, die von der Maßnahme eines fremden Staates betroffen werden, eine Stimme zu geben; völkerrechtliche Normen und die sie anwendenden internationalen Gerichte können demokratische Inklusionsprobleme mildern.<sup>83</sup> Es gibt zudem eine Reihe gerichtlicher Innovationen, die als Reaktion auf Legitimationsprobleme verstanden und die aus der demokratischen Perspektive besonders gut erschlossen werden können, wie das 4. Kapitel zeigen wird.

Zur Vermeidung von Missverständnissen sei ebenfalls bereits an dieser Stelle betont, dass wir richterliches Tun nicht schlichtweg als »politisch« deuten<sup>84</sup> oder politische Formen der Verantwortung fordern. Gerichte, die den an sie gerichteten Erwartungen gerecht werden, unterscheiden sich markant von Parlamenten, Regierungen und politisch agierenden Bürokratien. Es ist für die Legitimation eines jeden Gerichts geradezu unerlässlich, dass es in Distanz zu politischen Prozessen operiert und dies öffentlich dokumentiert.

Doch Unterschiede zwischen gerichtlichen und politischen Prozessen beantworten nicht die Frage nach der demokratischen

83 Anne Peters, »Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse«, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 65 (2010), S. 3-63, hier S. 49; kritisch Alexander Somek, »The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement«, in: *European Law Journal* 16 (2010), S. 315-344.

84 Vgl. Shapiro, *Courts* (Anm. 25), S. 63-64; Karen J. Alter, *The European Court's Political Power*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 3-31. Mit einem weiten Politikbegriff, der jede Abwägung umfasst, kann man natürlich auch die gerichtliche Tätigkeit als »politisch« deuten, ohne die gerichtliche Funktion in Frage zu stellen, vgl. nur US SC, *Citizens United v. Federal Election Commission*, Decision of 21 January 2010, 558 U. S. 310 (2010), S. 47; US SC, *Helvering v. Hallock*, Decision of 29 January 1940, 309 U. S. 106 (1940), S. 119. Damit ist aber begrifflich wenig gewonnen; wir ziehen die deutsche Tradition mit ihrem stärkeren Unterscheidungsvermögen vor.



Legitimation internationaler Richtermacht. Das bestätigt ein vergleichender Blick auf das staatliche Recht. In Deutschland etwa ist es Stand der Forschung, dass die richterliche Unabhängigkeit das Problem der demokratischen Legitimation nicht nur nicht löst, sondern es sogar verschärft.<sup>85</sup> Wenn Art. 20 Abs. 2 GG das Demokratieprinzip so definiert, dass »alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht«, und deutsche Gerichte laut §§ 25 Abs. 4 BVerfGG, 311 Abs. 1 ZPO, 268 Abs. 1 StPO, 117 Abs. 1 S. 1 VwGO »im Namen des Volkes« urteilen, so zeigt dies, wie wesentlich die demokratische Rechtfertigung auch für die Gerichte ist. Ähnliches gilt für viele andere Rechtsordnungen.<sup>86</sup>

Während viele staatliche Gerichte dieser Welt bereits in der Eingangsformel ihrer Urteile ihre demokratische Legitimation evozieren, findet sich dort bei internationalen Gerichten eine Leerstelle. Diese Leerstelle ist die Fundstelle unserer zweigesichtigen Leitfrage: In wessen Namen entscheiden sie und sollten sie entscheiden? Dies verlangt zu klären, was das »große Ganze« ist, auf das die Funktionen eines Gerichts ausgerichtet sind und ausgerichtet sein sollten. Für staatliche Gerichte steht zumeist fest, dass sich ihre Funktionen mit Blick auf die staatlich verfasste Nation verstehen.<sup>87</sup> Auch dies besagt die Eingangsformel »Im Namen des Volkes«, »der Republik« oder »des Königs«, der die Nation repräsentiert. Ungeachtet aller

85 Grundlegend Böckenförde, *Verfassungsfragen der Richterwahl* (Anm. 28), S. 72; Andreas Voßkuhle, Gernot Sydow, »Die demokratische Legitimation des Richters«, in: *Juristenzeitung* 57 (2002), S. 673-682, hier S. 673; Rechtsvergleichend Ulrich R. Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen. Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus*, Duncker & Humblot, Berlin 1998, S. 169-272.

86 Zum Beispiel Art. 454 der französischen Zivilprozessordnung: »Le jugement est rendu au nom du peuple français«; Art. 101 Abs. 1 der Verfassung der italienischen Republik: »La giustizia è amministrata in nome del popolo« oder Art. 20 des Dekrets 2067 von 1997, der für das kolumbianische Verfassungsgericht bestimmt: »Las Sentencias de la Corte Constitucional se pronunciarán en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.«

87 Allerdings mehren sich die Stimmen, die staatlichen Gerichten darüber hinausgehende Funktionen zuschreiben, siehe Eyal Benvenisti, George W. Downs, »National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 59-72; André Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2011, S. 9-10. Wir kommen darauf unter IV. C. 4. zurück.

theoretischen Probleme mit den Begriffen Nation, Volk, Staat geben sie funktionalen Analysen einen relativ soliden Rahmen.

Für internationale Gerichte ist der entsprechende Fluchtpunkt der funktionalen Betrachtung viel schwieriger zu fassen. Es verwundert daher nicht, dass internationale Entscheidungen keine entsprechende Formel kennen. Hinter dieser Leerstelle verbirgt sich jedoch nicht nur Unsicherheit, sondern auch ein tiefer Dissens über eine grundlegende Frage: Sollen internationale Gerichte im Namen der sie tragenden Staaten, im Namen der internationalen Gemeinschaft, als Institutionen eines spezifischen Regimes oder im Namen der Weltbürger entscheiden?

### C. Drei Einwände und Erwiderungen

Unsere Absicht, die internationalen Gerichte aus einer neuen Perspektive auf der Grundlage der Begriffe Multifunktionalität, internationale öffentliche Gewalt und demokratische Legitimation zu betrachten, lässt eine Reihe von Nachfragen und Einwänden erwarten, die wir im Folgenden nutzen, um unsere Agenda näher zu entfalten.

#### 1. *De lege lata* oder *de lege ferenda*?

So stellt sich die Frage nach den Adressaten und, damit verbunden, nach der Natur unseres Beitrags. Richtet er sich vor allem an die Rechtspraxis (und dort vor allem an die internationalen Gerichte und ihre Richter), schlägt er also vor, welche Interpretationen des geltenden Rechts im Lichte des demokratischen Prinzips zu bevorzugen sind? Oder sprechen wir in erster Linie Staatenvertreter an, welche das einschlägige Recht erarbeiten und die Statuten der Gerichte festlegen? Wenden wir uns vielleicht mit einer analytischen Stoßrichtung an die Rechtswissenschaft? Schärfer formuliert: Argumentiert der Text auf der Basis des geltenden Rechts oder zielt er auf eine Neuorientierung *de lege ferenda*? Diese Unterscheidung von *de lege lata* und *de lege ferenda*, von geltendem Recht einerseits und gewünschtem, aber (noch) nicht geltendem Recht andererseits, ist motiviert durch die Sorge, es könne zu einer problematischen, ja

wissenschaftlich unhaltbaren Verquickung juristischer, moralischer, politischer und ideologischer Argumente und Diskurse kommen. Rechtstheoretisch formuliert, geht es um das Verhältnis interner und externer Perspektiven auf das Recht.

Unser Buch steht in der Tradition der deutschen Staats- und Verfassungslehre, die als rechtswissenschaftliche Subdisziplin jene Unterscheidung zwar nicht negiert, aber doch transzendiert.<sup>88</sup> Sie entfaltet Grundbegrifflichkeiten, die der rechtswissenschaftlichen Begleitung von Rechtserzeugungsprozessen ebenso dienen können wie der dogmatischen Systematik oder dem einzelfallbezogenen Anwendungsdiskurs. Es handelt sich um interdisziplinär informierte rechtswissenschaftliche Theoriebildung in einem weiten Horizont geistes- und sozialwissenschaftlicher Diskurse. Ihr Spezifikum in diesem Horizont liegt darin, dass die Theoriebildung mit Blick auf Fragen der Rechtschöpfung, Rechtsanwendung und dogmatischen Systembildung erfolgt und in engem Kontakt mit dem positiven Recht steht. Die Kriterien ihrer Wissenschaftlichkeit bilden interne Kohärenz, die Umsicht im Zusammenstellen des juristischen Materials (Rechtsquellen und gerichtliche Entscheidungen), die analytische Kraft der entfalteten Begrifflichkeit sowie die Eröffnung weiterführender Perspektiven für Rechtsverständnis, Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung.

Die Staats- und Verfassungslehre ist die Subdisziplin, die größere Zusammenhänge thematisiert und das öffentliche Recht interdisziplinär öffnet sowie Angebote anderer Disziplinen bei der rechtsorientierten Entfaltung der rechtswissenschaftlichen Grundbegriffe einbezieht.<sup>89</sup> Sie verbindet die rechtlichen Diskurse insbesondere mit anderen normativen Diskursen. Eine solche breitere Betrachtung erscheint selbst vom internen Standpunkt juristischer Dogmatik angezeigt, da sich das kognitive Paradigma der Rechts-

88 Wichtige Bücher dieser Tradition sind Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Häring, Berlin 1914; Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1957; Hermann Heller, *Staatslehre*, Sijthoff, Leiden 1934; Wolfgang Hoffmann-Riem u. a. (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1-3, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2012.

89 Zu ähnlichen Ansätzen in anderen Wissenschaftstraditionen siehe Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive. Préface de Franck Moderne*, Dalloz-Sirey, Paris 2003 [1901]; ders., *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz-Sirey, Paris 2005 [1903]; Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2010.

anwendung längst als unhaltbar erwiesen hat.<sup>90</sup> Eine argumentierte Rechtsanwendung enthält in der Regel ein Stück Rechtserzeugung, eine dogmatische Konstruktion ein Moment normativer Proposition. Heute sollte sich eine jede Rechtserzeugung, gerade auch die richterliche Rechtschöpfung, in einem breiten Horizont von Rechtsprinzipien rechtfertigen. Die interne, auf den Anwendungsdiskurs konzentrierte Perspektive der Rechtswissenschaft sollte deshalb unter Wahrung ihrer Eigenlogik externen Überlegungen offenstehen, die aus der Soziologie, Ökonomie, politischen Theorie oder Moralphilosophie stammen können; für uns ist die politische Theorie besonders wichtig.

Unsere Studie, die internationale Gerichte als multifunktionale Träger öffentlicher Gewalt im Lichte des demokratischen Prinzips entwickelt, versteht sich also als grundbegriffliche Arbeit. Sie zielt sowohl auf die Interpretation und dogmatische Systematisierung des geltenden Rechts als auch auf dessen Weiterentwicklung und soll zu Argumentationen *de lege lata* und *de lege ferenda* beitragen. Dabei ist zu unterstreichen, dass grundbegriffliche Analysen rechtspolitische, rechtsdogmatische und rechtsanwendungsbezogene Argumentationen nur vorbereiten und begleiten, aber nicht ersetzen können, da jede dieser Diskursformen spezifischen Rationalitäten und Regeln genügen muss. Theoriebildung in dem hier praktizierten Sinne erfolgt auf einem Abstraktionsniveau, das etwa definitive Aussagen zur Legitimation oder gar Rechtmäßigkeit einzelner Entscheidungen nicht erlaubt und auch keine konkreten Forderungen an einzelne Gerichte heranträgt. Konkrete Vorschläge müssen mit weiteren Argumenten rechtlicher oder empirischer Natur abgesichert werden. Die Welt ist viel zu komplex, als dass Theorien die Lösung praktischer Fragen unmittelbar entnommen werden könnte.

## 2. Ein allzu pauschaler Gerichts begriff?

Zweitens ist der Einwand einer ungebührlichen Pauschalität unserer Studie zu erwarten. Bereits im staatlichen Kontext erscheint es schwierig, die Gerichtsbarkeit insgesamt in den Blick zu nehmen. Ein kleines Amtsgericht, der hoch spezialisierte Bundesgerichtshof

<sup>90</sup> Hierzu ausführlich unten, III. A. 1.



und das Bundesverfassungsgericht als Verfassungsorgan weisen vielfache Unterschiede auf. Die Unterschiede zwischen internationalen Gerichten sind noch weit größer. Dies gilt insbesondere dann, wenn man als Gericht alle internationalen Institutionen ansieht, in denen auf völkerrechtlicher Grundlage unabhängige und unparteiliche Personen nach vorgegebenen rechtlichen Kriterien in einem geordneten Verfahren an sie herangetragene Sachverhalte entscheiden. Denn diese Begriffsbildung umfasst auch internationale Schiedsgerichte, die keine dauerhaft eingerichteten Institutionen sind.<sup>91</sup> Wir bestreiten dabei nicht, dass die bestehende oder fehlende Dauerhaftigkeit ein wichtiges Merkmal ist, um eine Institution zu verstehen. Als Substitut der Dauerhaftigkeit sehen wir, dass ein Schiedsgericht institutionell eng eingebunden ist.

So sind die WTO-Streitbeilegungspanels an das WTO-Sekretariat angebunden und unterliegen der vereinheitlichenden und disziplinierenden Kontrolle des Appellate Body.<sup>92</sup> Wenngleich ohne wirkliches Revisionsverfahren und mit schwächerer Einheit, gilt Ähnliches für Investitionsschiedsgerichte, die inzwischen aus bilateralen Verträgen ein multilaterales Regime gebildet haben.<sup>93</sup> Gewiss gibt es weiter wichtige Unterschiede zwischen Gerichten und Schiedsgerichten, insbesondere etwa im Einfluss der Parteien auf die Benennung der (Schieds-)Richter oder die gerichtliche Zuständigkeit. Wir bestreiten dabei nicht, dass es Forschungsinteressen gibt, für die eine terminologische Unterscheidung zwischen »Gericht«, »Schiedsgericht« und dem unbestimmten Ausdruck des »Tribunals« bedeutsam ist, etwa bei Studien zur gerichtlichen Unabhängigkeit oder politischen Einflussnahmemöglichkeiten. Wir abstrahieren jedoch von jenen ohnehin fließenden Unterschieden und wählen einen umfassenden Begriff, den wir mit dem Ausdruck »Gericht« belegen. Es würde sich nichts in dieser Studie ändern,

91 Zur Dauerhaftigkeit als Kriterium oben (Anm. 25).

92 Unser Gerichtsbegriff umfasst also gerichtsförmig operierende Institutionen wie das Berufungsgremium (Appellate Body) und Ausschüsse (Panels) der WTO, selbst wenn sie formal keine Entscheidung treffen, Art. IV Abs. 3 WTO-Übereinkommen, Art. 16, 17 DSU, so auch das *Project on International Courts and Tribunals* ([www.pict-pcti.org](http://www.pict-pcti.org)).

93 Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, S. 15-19, 321-357; ders., »System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking« (Anm. 51).

wenn wir stattdessen etwa auf Deutsch sperrig »judizielle Institution« schrieben.<sup>94</sup>

Die weite Begriffsbestimmung wie auch der Singular *internationale Gerichtsbarkeit* erregen den Verdacht eines allzu pauschalen Zugriffs. Sie könnten suggerieren, alle untersuchten Institutionen würden dieselben Probleme für das demokratische Prinzip aufwerfen. Dabei ist es offensichtlich, dass die demokratische Problematik des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien, eingesetzt durch den VN-Sicherheitsrat, nicht identisch ist mit derjenigen des durch einen völkerrechtlichen Vertrag begründeten Internationalen Strafgerichtshofs. Ebenso sind Unterschiede zwischen dem EGMR und dem IGH schlicht evident. Eine dauerhafte obligatorische Zuständigkeit wirft andere Probleme auf als die einmalige Unterwerfung unter ein Schiedsgericht. Die Unterschiede sind nicht nur institutioneller, sondern auch materiell-rechtlicher Art. Die Verhängung einer Haftstrafe, die Festlegung einer Seegrenze, die Entwicklung von Menschenrechten oder die Konkretisierung des Diskriminierungsverbots im Wirtschaftsrecht unterscheiden sich in ihrer systemischen Wirkung, Eingriffstiefe und Regulierungsdichte. Dies alles deutet darauf hin, dass kein einheitliches Anforderungsprofil hinsichtlich der öffentlichen Gewalt internationaler Gerichte und ihrer demokratischen Legitimation entfaltet werden kann. Kurzum, die spezifisch erforderliche Legitimation hängt von der spezifischen Art öffentlicher Gewalt ab.

Doch sollte man deshalb auf eine übergreifende Studie zur internationalen Gerichtsbarkeit besser verzichten? Eine ganze Literaturgattung, die ganzheitlich die internationalen Gerichte einschließlich der Schiedsgerichte behandelt, zeigt ein Bedürfnis nach solchen Studien. Wir sind der Auffassung, dass eine übergreifende Theoretisierung möglich ist, wenn man – und dies war bereits unser abschließender Gedanke auf die erste Nachfrage – die immanenten Grenzen des übergreifenden und damit notwendig abstrahierenden theoretischen Gedankengangs wahrt. Die Überlegungen dieses Textes können nur Teile von Argumentationen sein, die sich um das Verständnis eines bestimmten Gerichts bemühen, die Rechtmäßigkeit oder Legitimation einer spezifischen Entscheidung

94 Dieser ungelenke Begriff umfasst dauerhaft eingerichtete Gerichte und Schiedsgerichte, siehe Robert O. Keohane u. a., »Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational«, in: *International Organization* 54 (2000), S. 457-488.

prüfen oder Vorschläge zur richterlichen oder politischen Fortentwicklung unterbreiten.

Unsere multifunktionale Perspektive auf die Tätigkeit internationaler Gerichte ist geradezu darauf ausgerichtet, Unterschiede aufzuzeigen, die der pauschale Begriff der Streitbeilegung verwischt. Unterschiede etwa zwischen dem IGH, der eine Seegrenze festlegt, dem Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, der Haftstrafen nach humanitär inspirierter Fortentwicklung des Kriegsrechts verhängt, und dem WTO-Appellate Body, der das internationale Handelsregime ausgestaltet, gehen im Begriff der Streitbeilegung schlicht verloren. Ebenso erlaubt unser Begriff der öffentlichen Gewalt besser als bisherige Ansätze, die Unterschiede zwischen dem IGH als tendenziell schwachem Gericht und dem EGMR als im Vergleich dazu relativ starkem Gericht zu verdeutlichen und Legitimationsanforderungen zu präzisieren. Der von uns entwickelte begriffliche Rahmen soll es erleichtern, zu vergleichen und Gemeinsamkeiten ebenso wie Unterschiede zu fixieren. Auf den Einwand der ungebührlichen Pauschalität antworten wir somit, dass dieses Buch gerade kein Korsett entwickelt, in dem die Unterschiede zwischen den diversen Institutionen verschwinden. Hierin liegt ein wichtiger Unterschied zum traditionellen Ansatz, der alle internationalen Gerichte als Institutionen der Streitbeilegung begreift, die durch den Staatenkonsens legitimatorisch getragen werden. Dort verschwinden alle relevanten Differenzen. Uns hingegen geht es um einen begrifflichen Rahmen, der sowohl die Vielfalt fasst als auch einen fruchtbaren Vergleich ermöglicht.

Wenn wir so den Kreis der untersuchten Institutionen weit ziehen, so umfasst er doch nicht den Gerichtshof der Europäischen Union. Gewiss beruht diese Institution auf dem EU-Vertrag und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, die der Form nach internationale Verträge darstellen. Entsprechend gibt es viele Autoren, die dieses Gericht weiterhin dem Kreis der *internationalen* Gerichte zuordnen.<sup>95</sup> Wir begreifen ihn hingegen als eine *supranationale* Institution, die sich unter anderem durch

95 Henry G. Schermers, Niels M. Blokker, *International Institutional Law*, 5. Aufl., Nijhoff, Leiden 2011, S. 436, 447-450; Doehring, *Völkerrecht* (Anm. 7), S. 477; Benvenisti/Downs, »National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law« (Anm. 87), S. 63; Shany, »No Longer a Weak Department of Power?« (Anm. 4), S. 75.

einzigartige Kompetenzstärke und eine formalisierte Interaktion mit den mitgliedsstaatlichen Gerichten auszeichnet. Diese begriffliche Differenzierung verbietet aber keineswegs, Lehren aus der Demokratisierung der Europäischen Union zu nutzen, um einen Demokratiebegriff für *internationale* Gerichte zu entfalten. Vielmehr erscheint uns die Differenzierung unerlässlich, um diese Lehren in einer Weise zu übertragen, die dem Recht und der Praxis internationaler Gerichte gerecht wird, also Pauschalität vermeidet.

### 3. Eurozentrismus?

Ein dritter Einwand könnte lauten, unser Beitrag disqualifiziere sich als eurozentristisch. Ist schon die Frage nach der demokratischen Legitimation internationaler Gerichte eine spezifisch europäische oder westliche Frage?<sup>96</sup> Viele Gespräche mit Kollegen aus anderen Erdteilen bezeugen das Gegenteil. Ist er aber vielleicht eurozentristisch in dem Sinne, dass nichtdemokratische Staaten aus der »universalen« Ordnung ausgeschlossen werden?<sup>97</sup> Ein solches Argument wird sich in diesem Buch aber nicht finden.

Doch selbst wenn es zuträfe, dass der Ursprung unserer Frage spezifisch europäisch oder westlich wäre, sehen wir nicht, dass dies unsere Forschung untergräbt. Natürlich gehen wir das Thema von unserem kontingenten Standpunkt aus an. Dieser Standpunkt ist nicht allein räumlich (Amsterdam, Heidelberg) und zeitlich (2008-2012) bestimmt, sondern zudem durch eine spezifische Tradition des Denkens und den Kontext zeitgenössischer Fragestellungen, unter denen die nach der Demokratie in der Globalisierung eine besonders drängende ist.

Unsere Aussagen sind in diesem Kontext zu verstehen. Sie sind selbstverständlich nicht mit kategorialen Wahrheitsansprüchen versehen, die andere Auffassungen als falsch begreifen, sondern als

96 Zur Frage, wie autoritäre Regime in das Bild einer demokratiethoretisch ausgerichteten Studie passen, Andreas von Staden, »The Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review«, in: *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012), S. 1023-1049, hier S. 1046-1047.

97 Diese Gefahr scheint auf mit John Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge/ Massachusetts 1999; dazu Gerry J. Simpson, *Great Powers and Outlaw States. Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.



wissenschaftlich argumentierte Beiträge zu dem weltumspannenden Diskurs über das globale Regieren. Wir hoffen auf Entgegnungen von Wissenschaftlern aus anderen Kontexten. Angesichts der politischen, ideologischen und kulturellen Vielfalt der Weltgesellschaft erschiene uns jeder Anspruch, von einem globalen oder gar universellen Standpunkt aus zu schreiben, der Hybris verdächtig.

Schließlich sehen wir, dass unser Ansatz zu weiteren, insbesondere empirischen Fragen führt, die zu klären sind, ehe auf seiner Grundlage konkrete Politikempfehlungen ausgesprochen werden können. Zu erforschen wäre etwa, ob nicht die Ausweitung demokratischer Prozesse bereits mächtige Akteure weiter stärkt, weil ressourcenschwache Staaten neue Foren nicht adäquat beschicken können oder Nichtregierungsorganisationen dem globalen Westen verbunden sind. Um mit unseren grundbegrifflichen Überlegungen konkrete Empfehlungen zu formulieren, müssen nicht nur die Unterschiede zwischen den Gerichten noch genauer in den Blick genommen werden, sondern es bedarf auch empirischer Erkenntnisse, die wir nicht selbst liefern, sondern allein als Vorbehalt formulieren können.

## II. Grundverständnisse internationaler Gerichtsbarkeit

Dieses Kapitel präsentiert Grundverständnisse internationaler Gerichtsbarkeit und verfolgt dabei vier verwobene Themenstränge. Ein Strang stellt die Gerichte, um deren Legitimation es geht, anhand prägender Ideen, organisatorischer Grundstrukturen und charakteristischer Entscheidungen vor. Dabei soll zugleich – der zweite Strang – die regelmäßige Multifunktionalität richterlichen Entscheidens näher belegt und so verdeutlicht werden, dass unsere Leitfrage »In wessen Namen?« dringlich ist. Ein dritter Themenstrang, der die Materialanordnung leitet, skizziert die Entwicklung der internationalen Gerichtsbarkeit. Er soll das »Erstarken« und die Dynamik plastisch werden lassen und so den zunächst übergroß erscheinenden Schritt zum demokratieorientierten Grundverständnis redimensionieren. Der vierte und wichtigste Themenstrang präsentiert und kritisiert die bisherigen Grundverständnisse der internationalen Gerichtsbarkeit und führt so zum demokratieorientierten Grundverständnis.

Der erste Abschnitt dieses Kapitels nimmt sich das herrschende, das *staatenorientierte* Grundverständnis vor, das internationale Gerichte als *Instrumente der Streitbeilegung in einer staatenzentrierten Weltordnung* sieht (A.). Das zweite Grundverständnis begreift internationale Gerichte hingegen als *Organe der wertbasierten internationalen Gemeinschaft* (B.). Hier entscheiden internationale Gerichte im Namen dieser Gemeinschaft. Eine multifunktionale Deutung ist bereits möglich, denn es geht nicht nur um zwischenstaatliche Streitbeilegung, sondern auch um Schutz und Entwicklung der internationalen Gemeinschaft und ihrer Werte. Das dritte Grundverständnis sieht internationale Gerichte als *Institutionen von Rechtsregimen* (C.). Im Mittelpunkt steht hier die Gestaltung der zwischenstaatlichen Interdependenz, was eine multifunktionale Entwicklung entsprechender Gerichte besonders nahe legt. Hier entscheiden internationale Gerichte im Namen des ihnen überantworteten Rechtsregimes.

Jedes dieser Grundverständnisse verfügt über ein beträchtliches welterschließendes Potenzial, trifft aber zugleich auf erhebliche

Probleme. Vor allem erschließt keines die Gerichte als Akteure, die öffentliche Gewalt ausüben und entsprechend demokratisch zu legitimieren sind. Wir werden daher im letzten Abschnitt den Weg zu einem vierten, *demokratieorientierten* Grundverständnis aufzeigen, das jenen Defiziten begegnet und die internationalen Gerichte als Träger öffentlicher Gewalt in Zeiten globalen Regierens begreift (D.).

Als Grundverständnis bezeichnen wir ein prätheoretisches Denkmuster, das, aufbauend auf Erfahrungen, Überzeugungen und Werten, eine hermeneutische Konstruktion bildet und menschlichen Weltzugang leitet. Es ist noch abstrakter als eine Theorie und kann in unterschiedlichen Theorien ausbuchstabiert werden. Es sei dabei betont, dass sich nicht jeder einschlägige juristische Text und auch nicht jedes institutionelle Selbstverständnis säuberlich einem der Grundverständnisse zuordnen lassen. Vielmehr gibt es, wie bei jeder Typologie, jedem Paradigma oder Idealtyp, ja bei fast jeder sachhaltigen Abstraktion Zuordnungsprobleme. Gerade rechtswissenschaftliche Texte und Gerichtsentscheidungen sind zudem oft vermittelnd und stellen Argumente gerne eklektisch zusammen. Da unsere Grundverständnisse jedoch eine orientierende und keine klassifikatorische Funktion haben, werden sie durch Zuordnungsprobleme nicht angefochten. Die Grundverständnisse sind weiter nicht in einer chronologischen Folge zu verstehen. Alle Grundverständnisse werden heute weiter vertreten und überlagern sich häufig, bisweilen in ein und demselben Urteil.<sup>1</sup> Ambivalenzen und Widersprüche in einer Entscheidung können oft als ein Ringen verschiedener Grundverständnisse gefasst werden.

## A. Gerichte als Instrumente der Streitbeilegung

Das staatenorientierte Grundverständnis sieht Gerichte als Instrumente der Streitbeilegung in einer staatenzentrierten Weltordnung, die im Namen der streitenden Staaten den konkreten Fall entscheiden sollen und keine weiteren Aufgaben haben. Diese Zuschreibung von Funktion und legitimatorischer Grundlage beschränkt

<sup>1</sup> In diesem Sinne Joseph H. H. Weiler, »The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64 (2004), S. 547-562.

die Gerichte stark in ihrem möglichen Wirkungskreis. Im Folgenden entfalten wir dieses staatenorientierte Grundverständnis und zeigen in einem ersten Schritt historische und begriffliche Konturen. Es ist besonders stark der Genese internationaler Gerichtsbarkeit verbunden und steht zumeist im Horizont partikularistischer Vorstellungen internationaler Ordnung (1.). Der zweite Schritt weist dieses Grundverständnis in der Praxis des Internationalen Gerichtshofs nach (2.), der dritte bei weiteren Institutionen, die ihm besonders verhaftet sind, insbesondere dem Ständigen Schiedshof und dem Iran-United States Claims Tribunal (3.).

## 1. Internationale Gerichte in einer staatenzentrierten Weltordnung

Das staatenorientierte Grundverständnis bleibt der Ursprungsidee aller Gerichtsbarkeit besonders verbunden. Sie liegt im Schritt zweier Streitparteien, einen Dritten mit ihrem Streit zu befassen.<sup>2</sup> Die Rechtsgeschichte lehrt, dass gerichtsförmige Einrichtungen, die über streitige Fragen nach allgemein akzeptierten normativen Gesichtspunkten entscheiden und dadurch einen Streit beilegen sollten, oft die ersten Institutionen einer Gemeinschaft waren. Die Streitbeilegung in der triadischen Konstellation, also die Einbettung der unmittelbaren Streitparteien in ein um Dritte erweitertes Verfahren, ist der originäre Keim der Gerichtsbarkeit.<sup>3</sup> Das entscheidende Moment liegt darin, konkurrierende Positionen und Interpretationen zu bearbeiten und somit der eskalationsträchtigen Dynamik von Maßnahme und Gegenmaßnahme, vermeintlichem Rechtsbruch, Repressalie und Retorsion zu begegnen. Eine gerichtliche Entscheidung weist ein einzigartiges Deeskalationspotenzial auf. Diese Funktion ist von der Rechtsdurchsetzung zu unterscheiden, welche oft den Parteien überlassen blieb und im Völkerrecht in vielen Bereichen bis heute überlassen bleibt.

Der erste Eintrag der internationalen Gerichtsbarkeit ins kollektive Gedächtnis der Völkerrechtler entspricht diesem Grundverständnis.<sup>4</sup> Er versieht zudem die Funktion der Streitentscheidung

2 Martin Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, Chicago 1981, S. 1-17.

3 Ebd., S. 1.

4 Zum Begriff des kollektiven Gedächtnisses Jan Assmann, *Das kulturelle Gedäch-*

mit einer fast sakralen Dimension, welche manche Gerichte bis heute nutzen.<sup>5</sup> In einem Vertrag des Jahres 445 v. Chr. verpflichteten sich Athen und Sparta, keinen Krieg zu beginnen, solange eine Partei gewillt war, den Streitpunkt einem Schiedsgericht zu unterwerfen. 432 v. Chr. beschuldigte Sparta Athen einer Vertragsverletzung, woraufhin Athen vertragsgemäß vorschlug, den Streit durch einen Schiedsspruch beizulegen. Abkommenswidrig griff Sparta jedoch Athen an und unterlag. Diese Niederlage wurde darauf zurückgeführt, dass Sparta sein Versprechen, den Streit einer Schiedsgerichtsbarkeit zu übertragen, gebrochen und damit den Zorn der Götter auf sich gezogen hatte. Besiegelt wurde der neue Frieden mit dem Vertrag von Nikias (421 v. Chr.), der die Parteien erneut zur schiedsgerichtlichen Streitbeilegung verpflichtete. Doch wenig später war es Athen, das sich einer gerichtsförmigen Streitbeilegung verweigerte. Sparta attackierte Athen aufs Neue, stand diesmal auf der Seite des Rechts und konnte Athen besiegen, was erneut als Ausdruck göttlichen Zorns gegenüber dem Rechtsbrecher gedeutet wurde.<sup>6</sup> Vor diesem Hintergrund musste selbst Thukydides feststellen, dass es unmöglich sei, jenen anzugreifen, der angeboten hatte, den Streitgegenstand einem Schiedsgericht vorzulegen.<sup>7</sup>

In der griechischen Antike wurden Schiedsgerichte zwischen griechischen Städten rege genutzt. Zahlreiche Verträge enthielten

*nis. Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen*, 6. Aufl., C. H. Beck, München 2007, S. 130-160.

5 Zur sakralen Dimension beim IGH Dinah Shelton, »Form, Function, and the Powers of International Courts«, in: *Chicago Journal of International Law* 9 (2008-2009), S. 537-571, hier S. 540, Fn. 15.

6 Louis B. Sohn, »International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present«, in: Alfred H. A. Soons (Hg.), *International Arbitration. Past and Prospect*, Nijhoff, Dordrecht 1990, S. 9-22, hier S. 10-11; Heinrich Lammasch, »Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange«, in: Fritz Stier-Somlo (Hg.), *Handbuch des Völkerrechts*, Bd. 5, Kohlhammer, Stuttgart 1914, S. 1-239, hier S. 24-26.

7 Näher James B. Scott, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, Garland Baltimore, New York 1909, S. 198-199. Gewiss macht diese Aussage Thukydides nicht zu einem Advokaten der Formel »Frieden durch Recht«. Im Melierdialog schreibt er Athen die berühmte Aussage zu, dass Recht nur zwischen gleich Starken gelten könne. Bei wesentlich ungleichen Kräfteverhältnissen tue der Starke, was er könne, und erleide der Schwache, was er müsse. Thukydides, *Der Peloponnesische Krieg*, 2. Aufl., Artemis & Winkler, Düsseldorf 2006 [ca. 400 v. Chr.], Rn. 89.



kompromissarische Klauseln.<sup>8</sup> Solche Verpflichtungen betrafen jedoch allein politische Einheiten, die sich als gleich anerkannten, aber keiner gemeinsamen Autorität unterworfen waren. Diese Voraussetzung bestand zwischen griechischen Städten (und nur zwischen ihnen), nicht aber während des römischen Imperiums und im Mittelalter. Zwar entschieden der Kaiser und später der Papst Streitigkeiten zwischen politischen Einheiten, jedoch nicht als unabhängige Dritte, sondern in Ausübung ihrer ultimativen Autorität über Unterworfene.<sup>9</sup>

Erst die frühmodernen Prozesse der Staatenbildung führten zu einer europäischen Ordnung souveräner Gleichheit, in deren Rahmen sich die internationale Gerichtsbarkeit im heutigen Sinne bildete.<sup>10</sup> Justizförmige Institutionen entwickelten sich als Teil eines Kontinuums von Streitbearbeitung, bilateralen Verhandlungen und Vermittlung, eng eingebettet in die politischen Strategien der sie nutzenden Staaten. Art. 33 Abs. 1 SVN ist diesem Denken verpflichtet.

Als Fanal gilt der Jay-Vertrag von 1794 zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und Großbritannien.<sup>11</sup> Er zeigt das enge Band zwischen der Schiedsgerichtsbarkeit und diplomatischen Verhandlungen. Nach der amerikanischen Revolution waren die Beziehungen zwischen Großbritannien und den Vereinigten Staaten derart konfliktgeladen, dass ein erneuter Krieg kaum abwendbar erschien. Es wurde über Gebietsfragen gestritten, über Schulden und über Ausgleichszahlungen für in Besitz genommene Schiffe, Sklaven und anderes Eigentum.<sup>12</sup> Präsident George Washington gelang es

8 Alexandre Mérignhac, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international: le rôle du droit dans le fonctionnement actuel de l'institution et dans ses destinées futures*, Larose, Paris 1895, S. 18-22 m.w.N. Beispiele aus Asien waren hingegen meist durch Hierarchien gekennzeichnet, Scott, *The Hague Peace Conferences* (Anm. 7), S. 195.

9 Ebd., S. 200-203; Jackson H. Ralston, *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford University Press, Stanford/California 1929, S. 174-176.

10 Julius Goebel, *The Equality of States. A Study in the History of Law*, Columbia University Press, New York 1925.

11 Manley O. Hudson, *International Tribunals. Past and Future*, Carnegie Endowment for International Peace and Brookings Institution, Washington/DC 1944, S. 3-4; Ram P. Anand, *International Courts and Contemporary Conflicts*, Asia Publishing House, London 1974, S. 20-21.

12 Percy E. Corbett, *Law in Diplomacy*, Princeton University Press, Princeton/New Jersey 1959, S. 58-60.

jedoch, zusammen mit John Jay, dem ersten amerikanischen *Chief Justice*, Großbritannien dazu zu bewegen, die Streitigkeiten einer Schiedskommission zu übertragen. Deren Vorgehen entsprach dann weitgehend einem politischen Verhandlungsprozess und ließ juristische Argumentationsformen nahezu gänzlich vermissen.<sup>13</sup>

Von einem primär richterlichen Ethos konnte keine Rede sein: Die Mitglieder von Schiedskommissionen verstanden sich weniger als Richter, die juristischen Diskursregeln unterworfen waren, denn als Vertreter der Partei, die sie benannte.<sup>14</sup> So war im prägenden Alabama-Fall<sup>15</sup> die erfolgreiche Konfliktbearbeitung eher der Diplomatie als der Gerichtsbarkeit geschuldet.<sup>16</sup> Erst zum Ausgang des 19. Jahrhunderts gewann die Idee an Gewicht, dass eine gerichtsförmige Entscheidung sich qualitativ von Prozessen der politischen Verhandlung absetzen und einer juristischen Methodik folgen solle,<sup>17</sup> die, wie es der spezifischen Logik des Rechts zu eigen ist, Autonomieräume schafft und damit die absolute Staatenfixierung etwas lockert.

Vor diesem Hintergrund konnten Vertreter einer staatenzentrierten Konzeption die Initiative zu einer Vergerichtlichung der internationalen Beziehungen ergreifen. Bekanntlich tat der russische Zar Nikolaus II. im August 1898 einen wichtigen Schritt, als er eine Konferenz propagierte, um den »großen Gedanken des Weltfriedens triumphieren zu lassen über alle Elemente des Unfriedens und der Zwietracht«.<sup>18</sup> Das Ziel der Abrüstung, so die allgemeine Überzeugung, könne nur in einer Welt verfolgt werden, in der Staaten

<sup>13</sup> Ebd., S. 145.

<sup>14</sup> Vgl. Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Clarendon, Oxford 1933, S. 221. Dies findet sich auch heute noch. Bezeichnenderweise stimmte der griechische Richter *ad hoc* Roucouas in IGH, *Application of the Interim Accord of 13 September 1995* (The Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, I.C.S. Reports 2011, S. 644, Rn. 170, zur Frage der Begründetheit als Einziger gegen das Ergebnis, in dem »sein« Land unterlag.

<sup>15</sup> Tom Bingham, »Alabama Arbitration«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), letzter Zugriff 21.11.2012.

<sup>16</sup> Ralston, *International Arbitration from Athens to Locarno* (Anm. 9), S. 198-199.

<sup>17</sup> Vgl. Lammasch, »Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange« (Anm. 6), S. 33.

<sup>18</sup> Zitiert nach Alfred H. Fried, *Handbuch der Friedensbewegung*, Verlag der Österreichischen Friedensgesellschaft, Wien 1905, S. 163.



im Streitfall nicht zum Krieg, sondern vor Gericht schritten. Die internationale Gerichtsbarkeit avancierte so zu einem zentralen Gegenstand der ersten Haager Friedenskonferenz im Jahr 1899. Was mit den Artikeln 20 bis 29 des Haager Abkommens betreffend die friedliche Erledigung internationaler Streitigkeiten durch einen Ständigen Schiedshof (Permanent Court of Arbitration) herauskam, waren allerdings wenig mehr als rudimentäre Verfahrensregeln und eine Personenliste, von der Schiedsrichter gewählt werden konnten.<sup>19</sup> Gleichwohl gilt dies als Meilenstein.<sup>20</sup>

Weiter vorangetrieben wurde die internationale Gerichtsbarkeit maßgeblich von US-amerikanischer Seite. Programmatisch überwies Theodore Roosevelt 1902 den *Pious Fund*-Fall an den Ständigen Schiedshof und ermunterte andere Staaten, es ihm gleichzutun. Ihm war klar, dass die große Idee der internationalen Gerichtsbarkeit nur Gestalt annehmen könne, wenn der Gerichtshof mit Fällen versorgt werden würde.<sup>21</sup> Roosevelt war es auch, der die zweite Haager Friedenskonferenz anstieß.<sup>22</sup> Es mag paradox erscheinen, dass gerade Theodore Roosevelt, der wie kaum ein anderer US-amerikanischer Präsident ein imperialistisches Projekt verfolgte, sich für die internationale gerichtliche Streitbeilegung starkmachte. Das Paradox löst sich mit dem Hinweis auf sein Verständnis, dass »hochpolitische« Streitigkeiten per se keine Rechtsstreitigkeiten seien. Eine so konzipierte internationale Gerichtsbarkeit stellte die staatenzentrierte Weltordnung keineswegs in Frage, sondern sollte sie stabilisieren.<sup>23</sup>

19 Nach Art. 44 Haager Abkommen benennt jede Vertragsmacht höchstens vier Personen von anerkannter Sachkunde in Fragen des Völkerrechts, die sich der höchsten sittlichen Achtung erfreuen und bereit sind, ein Schiedsrichteramt zu übernehmen.

20 David D. Caron, »War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference«, in: *American Journal of International Law* 94 (2000), S. 4-30; Andreas L. Paulus, »International Adjudication«, in: Samantha Besson, John Tasioulas (Hg.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 207-224, hier S. 210.

21 Martti Koskenniemi, »The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference«, in: Yves Daudet (Hg.), *Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference*, Nijhoff, Leiden 2008, S. 127-152, hier S. 135.

22 Ebd., S. 136-137.

23 So auch der Wegbereiter der »realistischen« Schule der internationalen Beziehungen Hans Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege: Ihr Wesen und ihre Grenzen*, Noske, Leipzig 1929.

In einigen Bereichen konnte die zweite Haager Friedenskonferenz von 1907 über den Stand von 1899 hinausgehen, nicht jedoch mit Blick auf den Ständigen Schiedshof. Viele Delegierte erschienen derart von der staatlichen Grundlage der internationalen Ordnung durchdrungen, dass ihnen jede Institutionalisierung auf der internationalen Ebene und gerade ein unabhängiges Gericht suspekt war.<sup>24</sup> Friedrich von Martens, der damals wohl am meisten gefragte Schiedsrichter, argumentierte als russischer Delegierter auf beiden Friedenskonferenzen, es gehe bei der Schiedsgerichtsbarkeit allein um die Beilegung von Streitigkeiten, und dafür bedürfe es keiner rechtlichen Begründung des Schiedsspruches.<sup>25</sup> Hier zeigt sich deutlich die traditionelle Perspektive, die Gerichte allein als Instrumente der Streitbeilegung sieht.

Nicht zuletzt wegen des zunehmenden Gewichts des zweiten Grundverständnisses, das internationale Gerichte als Organe einer internationalen Gemeinschaft sieht, machten Staatenvertreter nach dem Ersten Weltkrieg dann aber einen großen Schritt. Sie einigten sich 1920 auf den Ständigen Internationalen Gerichtshof (StIGH), den viele als epochale Errungenschaft begrüßten.<sup>26</sup> Doch das staatenzentrierte Grundverständnis erlaubte letztlich nur eine schwache Institution. Dies zeigt sich deutlich an der engen Zuständigkeit. Nach Art. 13 Satzung des Völkerbundes war die gerichtliche Streitbeilegung gerade nicht obligatorisch und zudem auf Fragen beschränkt, die einer schiedsgerichtlichen oder gerichtlichen Lösung überhaupt als zugänglich galten.<sup>27</sup> Das staatenorientierte

24 Vgl. nur Philipp Zorn, »Die beiden Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907«, in: Fritz Stier-Somlo (Hg.), *Handbuch des Völkerrechts*, Bd. 3.2, Kohlhammer, Stuttgart 1915, S. 1-142, hier S. 53; Charles H. Brower II, »The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement under Private and Public International Law«, in: *Duke Journal of International and Comparative Law* 18 (2008), S. 259-309, hier S. 293.

25 Hans Wehberg, »Friedrich von Martens und die Haager Friedenskonferenzen«, in: *Zeitschrift für internationales Recht* 20 (1910), S. 343-357, hier S. 349.

26 So formulierte James Brown Scott anlässlich der Gründung des StIGH »We should [...] fall upon our knees and thank God that the hope of ages is in process of realization.« James B. Scott, »Editorial Comment«, in: *American Journal of International Law* 15 (1921), S. 51-55, hier S. 55; vgl. Koskenniemi, »The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference« (Anm. 21), S. 127-128.

27 Vgl. Hans Wehberg, *Die Völkerbundsatzung*, 2. Aufl., Hensel, Berlin 1927, S. 85-87.

Grundverständnis hat in der *Lotus*-Entscheidung des StIGH eine seiner prägnantesten Formulierungen gefunden.<sup>28</sup> Der Gerichtshof hielt fest:

International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will [...]. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.<sup>29</sup>

Auch die Rechtsprechung im organisatorischen Rahmen des Ständigen Schiedshofs war von dieser Vorstellung beherrscht. Max Huber, Mitglied und Präsident des StIGH, formulierte plastisch im *Island of Palmas*-Fall:

Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organization of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations.<sup>30</sup>

Diese bekannten Beispiele sind typisch für das Ethos internationaler Richter und für das Verständnis internationaler Gerichtspraxis.<sup>31</sup> Die internationale Gerichtsbarkeit arbeitete folglich in engen Schranken über Streitigkeiten jenseits der großen Konflikte. Alfred Zimmermann theoretisierte einflussreich, dass der Zusammenhalt einer Gesellschaft darüber entscheide, worauf sich eine Gerichtsbarkeit überhaupt erstrecken könne. Befasse sich die internationale Gerichtsbarkeit mit politischen Konflikten, gerate sie ins Schleudern.<sup>32</sup>

28 Schon damals war dies keineswegs unbestritten, näher hierzu Armin von Bogdandy, Markus Rau, »The Lotus«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 15), Rn. 16-20.

29 StIGH, *S. S. Lotus*, Judgment of 7 September 1927, P.C.I.J. Series A, No. 10, S. 18.

30 *Island of Palmas Case* (United States of America v. The Netherlands), Award of 4 April 1928, United Nations Reports of International Arbitral Awards, Bd. 2, S. 829-871, hier S. 838.

31 Benedict Kingsbury, »Sovereignty and Inequality«, in: *European Journal of International Law* 9 (1998), S. 599-626, hier S. 608.

32 Alfred Zimmermann, *The League of Nations and the Rule of Law 1918-1935*, Macmillan, London 1936, S. 12, Gerichte würden andernfalls zu einer »array of wigs and gowns vociferating in emptiness«.

Danach muss die Gerichtspraxis eng an den Willen souveräner Staaten angekoppelt bleiben.

Sucht man nach den Gründen für das staatenorientierte Grundverständnis, so mag es oft der vorsichtigen Natur von Juristen oder rechtspositivistischen Ideen geschuldet sein. Nicht selten dürften aber Vorstellungen über die grundsätzliche Natur der internationalen Ordnung hinzutreten. Dazu zählt zunächst der klassische Liberalismus im Völkerrecht des 19. Jahrhunderts, der Theorien des Gesellschaftsvertrags auf die internationale Ordnung projizierte und den Staat, dem Individuum gleich, als normativen Ausgangspunkt konzipierte, auf dessen Konsens legitime Ordnung ruht.<sup>33</sup> Das staatenorientierte Grundverständnis lässt sich so fugenlos in eine starke Demokratietheorie einpassen.<sup>34</sup>

Das staatenorientierte Grundverständnis ist in der Regel aber dem partikularistischen Paradigma internationaler Ordnung verbunden. Dieses begreift die Staaten, die tendenziell in Konkurrenz stehen, als die eigentlichen und letztlich einzig belastbaren Träger von Ordnung. Daher gibt es einen prinzipiellen Unterschied zwischen staatlicher und internationaler Ordnung: Jenseits staatlicher Ordnung kann man bestenfalls eine Hegung der Unordnung erreichen. Es herrscht tiefe Skepsis gegenüber einer Stärkung internationaler Institutionen.<sup>35</sup>

33 Gerry J. Simpson, »Imagined Consent: Democratic Liberalism in International Legal Theory«, in: *Australian Yearbook of International Law* 15 (1994), S. 103-128, hier S. 112-115.

34 Vgl. etwa Ingeborg Maus, *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie*, Suhrkamp, Berlin 2011, S. 400-403. Wir teilen die Einsicht, dass das demokratische Prinzip ein Problem für die internationale Gerichtsbarkeit bildet, betrachten jedoch die meisten Vorschläge zur Problembewältigung als nicht überzeugend.

35 Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege* (Anm. 23); Wilhelm G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Nomos, Baden-Baden 1984, S. 591-601; Eric A. Posner, John C. Yoo, »Judicial Independence in International Tribunals«, in: *California Law Review* 93 (2005), S. 1-74. Näher Armin von Bogdandy, Sergio Dellavalle, »Ad hostes docere – Zu den Ursprüngen und zur Präsenz partikularistisch-holistischen Denkens«, in: Andreas Fischer-Lescano u. a. (Hg.), *Frieden in Freiheit. Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden 2008, S. 847-863.



## 2. Der Internationale Gerichtshof unter dem Ancien Régime

In unmittelbarer Kontinuität zum StIGH steht der Internationale Gerichtshof (IGH), der in einem besonders schwierigen Umfeld agiert. Er ist vielleicht deshalb dem ersten Grundverständnis besonders verbunden und erscheint heute bisweilen fast als Institution eines *Ancien Régime*.<sup>36</sup> Bis 1990 hatte er eine fast singuläre Stellung inne, denn bis zum Mauerfall blieben andere internationale Gerichte weitgehend inaktiv oder beschränkten sich auf den europäischen Kontext.<sup>37</sup> Diese Singularität, ebenso wie die Tatsache, dass er für alle Staaten und prinzipiell alle Arten von Streitigkeiten offensteht, veranlasste viele, den IGH zusammen mit seinem Vorgänger als Weltgericht, als *World Court*, zu bezeichnen,<sup>38</sup> eine legitimierungserheischende Qualifizierung, die er auch für sich selbst nutzt.<sup>39</sup> In den letzten zwanzig Jahren hat er seine Singularität weitgehend verloren. Versuche, ihn als Spitze der internationalen Gerichtsbarkeit und damit formal als *World Court* zu positionieren,<sup>40</sup> scheiterten bislang und sind derzeit wenig aussichtsreich. Heute erscheint er im Vergleich mit anderen internationalen Gerichten als eine eher schwache Institution.<sup>41</sup>

36 Bruno Simma, »Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 265-297, hier S. 286.

37 Allein das *Iran-United States Claims Tribunal* bildet eine Ausnahme.

38 Siehe die vier Bände des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, exemplarisch Rudolf Bernhardt u. a. (Hg.), *World Court Digest*, Bd. I, Springer, Berlin 1993; Terry D. Gill (Hg.), *Rosenne's The World Court. What It Is and How It Works*, 6. Aufl., Nijhoff, Leiden 2003; Georges Abi-Saab, »The International Court as a World Court«, in: Vaughan Lowe, Malgosia Fitzmaurice (Hg.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, Cambridge 1996, S. 3-16.

39 So wiederholt auf der Internetpräsenz des Gerichtshofs, etwa der erste Satz unter *Jurisdiction*: »The International Court of Justice acts as a world court« ([www.icj-cij.org/jurisdiction](http://www.icj-cij.org/jurisdiction)), letzter Zugriff 10.10.2012.

40 So vor allem der IGH-Präsident Stephen M. Schwebel am 26.10.1999 vor der Generalversammlung der VN, *Statements by the President* ([www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)), letzter Zugriff 10.10.2012; ein Vorlageverfahren zum IGH vorschlagend Karin Oellers-Frahm, »Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions«, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 5 (2001), S. 67-104, hier S. 99-101.

41 Vergleichend Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, »Beyond Dispute: Interna-

Gleichwohl gilt er vielen Autoren weiterhin als das archetypische internationale Gericht.<sup>42</sup> Dies mag auch erklären, warum sich das staatenorientierte Grundverständnis trotz gegenläufiger Evidenzen so stark hält. Das Grundverständnis der richterlichen Funktionen ist eng angebunden an die allgemeinen Lehren des Völkerrechts. Derartige Lehren entwickeln sich gemeinhin nur sehr langsam und basieren zumeist auf dem Recht des Internationalen Gerichtshofs, eben verstanden als *World Court*. Sein Recht und seine Entscheidungen bilden in vielen Darstellungen die wichtigste Referenz.<sup>43</sup> Das vorliegende Buch folgt dieser Tradition, allerdings mit dem Ziel, diese paradigmatische Rolle zu beenden.

Die bedeutenden völkerrechtlichen Innovationen nach dem Zweiten Weltkrieg betrafen kaum die Gerichtsbarkeit, und der StIGH lebte im IGH fort. Dies hat durchaus einen sachlichen Grund: Zahlreiche Umstände legen es für den IGH nahe, sich maßgeblich am staatenorientierten Grundverständnis zu orientieren. Mehr noch als die Satzung des Völkerbundes akzeptiert und zementiert die Satzung der Vereinten Nationen die herausgehobene Stellung mächtiger Staaten. Offenkundig hat dies Vorrang vor dem gerichtsförmigen Schutz. Zwar gebietet Art. 2 Nr. 3 SVN die friedliche Streitbeilegung und Art. 92 SVN bestimmt den IGH als »richterliches Hauptorgan der Vereinten Nationen«, die Rolle des Gerichts in der Friedenssicherung taucht jedoch geradezu beiläufig in Art. 33 SVN als ein Mittel der internationalen Streitbeilegung unter anderen auf. Die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens trägt der Sicherheitsrat, nicht der IGH.<sup>44</sup>

Dabei gab es durchaus Stimmen für eine starke Gerichtsbarkeit, die sich jedoch nicht durchsetzten.<sup>45</sup> Zwar sind alle Mitglieder der

tional Judicial Institutions as Lawmakers«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 979-1004.

42 Siehe stellvertretend für viele Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2008, S. 701-725.

43 Grundlegend zum Begriff des Referenzgebiets bei der Entwicklung dogmatischer Lehren Eberhard Schmidt-Aßmann, »Verwaltungsverträge im Städtebaurecht«, in: Wolfgang Lenz (Hg.), *Festschrift für Konrad Gelzer zum 75. Geburtstag*, Werner-Verlag, Düsseldorf 1991, S. 117-129, hier S. 129.

44 Siehe Art. 24 Abs. 1 SVN.

45 Vgl. nur UNCIO, *Documents of the United Nations Conference on International Organization (UNCIO) San Francisco*, 12 June 1945, U.N.C.I.O. Doc. 913, IV/1/74(1). Helmut Steinberger, »The International Court of Justice«, in:



Vereinten Nationen Vertragsparteien des Statuts des IGH, was jedoch nicht dessen Zuständigkeit begründet.<sup>46</sup> Letztere bedarf eines weiteren Akts der Unterwerfung durch unilaterale Erklärung, kompromissarische Klausel oder *Ad-hoc*-Vereinbarung.<sup>47</sup> Bis heute unterwarfen sich zwar immerhin 67 Staaten einseitig der Zuständigkeit des Gerichtshofes,<sup>48</sup> allerdings oft mit wichtigen Vorbehalten. Auch als Deutschland sich am 5. Mai 2008 unilateral unterwarf, nahm es sicherheitsrelevante Konstellationen aus und bekräftigte sein Recht, seine Erklärung ändern oder zurückziehen zu können.<sup>49</sup>

Wie sein Vorgänger und der Ständige Schiedshof hat der IGH seinen Sitz im Friedenspalast in Den Haag, dem von Andrew Carnegie finanzierten und durch seine Stiftung für internationalen Frieden verwalteten Gebäudekomplex.<sup>50</sup> Die Symbolik des Ortes und des Gebäudes stellt heraus, was den dort beheimateten Gerichtshöfen als zentrale Funktion zugeschrieben wird: Streitbeilegung zur Friedenssicherung.<sup>51</sup> Artikel 38 IGH-Statut untermauert, dass es Aufgabe des Gerichtshofes ist, »die ihm unterbreiteten Streitigkeiten nach dem Völkerrecht zu entscheiden«. Weitere Aufgaben, die durchaus denkbar wären, nennt das Statut nicht. Im Sinne von Art. 3 Abs. 2 DSU der WTO könnte ein weiterer Satz etwa lauten: »Der IGH ist ein zentrales Element zur Schaffung von Sicherheit und Vorhersehbarkeit in der Völkerrechtsordnung.«

Hermann Mosler, Rudolf Bernhardt (Hg.), *Judicial Settlement of International Disputes*, Springer, Berlin 1974, S. 193-283, hier S. 194-195.

46 Art. 92, Art. 93 Abs. 1 SVN; Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut.

47 Christian Tomuschat, Art. 36, in: Andreas Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012, Rn. 34-142.

48 Bis heute haben 67 Staaten Erklärungen nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut abgegeben ([www.icj-cij.org/jurisdiction](http://www.icj-cij.org/jurisdiction)), letzter Zugriff 10.10.2012.

49 Erklärung nach Artikel 36 Abs. 2 des IGH-Statuts, BT Drucks. 16/9218 vom 05.05.2008; Christophe Eick, »Die Anerkennung der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs durch Deutschland«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 68 (2008), S. 763-777; siehe weiterführend die Beiträge in: Andreas Zimmermann (Hg.), *Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit*, Duncker & Humblot, Berlin 2004.

50 Arthur Eyffinger, *The Peace Palace. Residence for Justice, Domicile of Learning*, 2. Aufl., Carnegie Foundation, Den Haag 1988, S. 113-128.

51 Die sakrale Atmosphäre ist anschaulich beschrieben in Shelton, »Form, Function, and the Powers of International Courts« (Anm. 5); Eyffinger, *The Peace Palace* (Anm. 50), S. 51.

Der Gerichtshof besteht aus 15 Mitgliedern, die von der Generalversammlung und dem Sicherheitsrat auf neun Jahre in geheimer Wahl bestellt werden, wobei die Richterbank die »hauptsächlichen Rechtssysteme der Welt« repräsentieren soll.<sup>52</sup> Die Richter arbeiten hauptberuflich,<sup>53</sup> sie werden, wie auch die Kanzlei<sup>54</sup> und die Verwaltung des Gerichtshofs, aus dem Haushalt der Vereinten Nationen bezahlt.<sup>55</sup> Das Budget des IGH belief sich für die Jahre 2010 und 2011 auf immerhin 46 605 800 US-Dollar.<sup>56</sup> Hat eine Streitpartei keinen Richter ihrer Staatsangehörigkeit auf der Richterbank, kann sie einen Richter *ad hoc* benennen.<sup>57</sup> Des Weiteren ist es gängige Praxis, dass die fünf ständigen Sicherheitsratsmitglieder stets jeweils einen Richter stellen. Diese Asymmetrie dürfte allenfalls mit dem staatenorientierten Grundverständnis legitimierbar sein, welches eben auf tatsächliche Machtstrukturen abstellt. Allerdings spiegelt sie die Struktur von 1945 und nicht die von 2012 wider und ist deshalb selbst unter diesem Grundverständnis fragwürdig. Schließlich ist zu erwähnen, dass der IGH neben der zwischenstaatlichen Streitbeilegung im Auftrag der Generalversammlung, des Sicherheitsrates, anderer Organe der Vereinten Nationen oder Spezialorganisationen eine Gutachtertätigkeit ausüben kann.<sup>58</sup> Bis Ende 2011 traf er 109 Entscheidungen in Streitfällen und erstellte 25 Gutachten.<sup>59</sup> In den ersten 15 Jahren nach seiner Gründung ent-

52 Art. 3, 4, 9, 10 und 13 IGH-Statut. Siehe Lyndel V. Prott, *The Latent Power of Culture and the International Judge*, Professional Books, Abingdon 1979.

53 Art. 16 IGH-Statut und IGH-VerfO.

54 Die Kanzlei ist intensiv in die Vorbereitung einbezogen. Aus Anekdoten kann man den Eindruck gewinnen, dass der Kanzler einflussreicher ist als mancher Richter.

55 Art. 33 IGH-Statut.

56 *Report of the International Court of Justice. 1 August 2010-31 July 2011*, 1 August 2011, UN Doc. A/64/4 (2011), S. 145-147.

57 Art. 31 Abs. 2 und 3 IGH-Statut; dazu Evelyne Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, Kluwer, Den Haag 2002, S. 236-238; kritisch Iain Scobbie, »Une hérésie en matière judiciaire? The Role of the Judge *ad hoc* in the International Court«, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4 (2005), S. 421-464. Auch der weit jüngere ISGH lässt Richter *ad hoc* zu, Art. 17 ISGH-Statut.

58 Art. 96 SVN.

59 Ruth Mackenzie u. a., *The Manual on International Courts and Tribunals*, 2. Aufl.,

schied er 33 streitige Fälle; anschließend ging bis zum Ende des Kalten Krieges mit insgesamt 26 Entscheidungen die Anzahl der Fälle deutlich zurück, danach folgten so viele wie noch nie.<sup>60</sup> Im Folgenden seien einige Entscheidungen des IGH skizziert, die durch das staatenorientierte Grundverständnis besonders geprägt sind.

Der Gerichtshof begann seine Arbeit 1947 mit dem *Corfu Channel*-Fall, einem Streit zwischen Großbritannien und Albanien. Der Sicherheitsrat hatte sich ebenfalls der Sache angenommen und beide Parteien aufgefordert, die Streitigkeit dem IGH zu übertragen.<sup>61</sup> In seiner Klageschrift führte Großbritannien jene Sicherheitsratsresolution als Grund für die Zuständigkeit des Gerichts an.<sup>62</sup> Das Gericht stützte sich jedoch auf die konkrete Zustimmung Albanien (*forum prorogatum*) und nicht auf eine Zuständigkeitsbegründung durch den Sicherheitsrat.<sup>63</sup> Eine solche Zuständigkeit ist heute unter dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof möglich, nicht jedoch, zumindest nicht ausdrücklich, für den IGH.<sup>64</sup>

Dieses Konsensprinzip zieht sich wie ein roter Faden durch große Teile seiner Rechtsprechung.<sup>65</sup> Im *Anglo-Iranian Oil Company*-Fall von 1952 verneinte der Gerichtshof seine Zuständigkeit gar mit dem Argument, es sei »unwahrscheinlich«, dass Iran beabsichtigt habe, sich der Gerichtsbarkeit in Fällen wie dem vorliegenden zu unterwerfen, obwohl der Wortlaut der iranischen Unterwerfungserklärung seine Zuständigkeit durchaus hätte tragen können.<sup>66</sup>

Oxford University Press, Oxford 2010, S. 5; *Judgments, Advisory Opinions and Orders by Chronological Order* ([www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)), letzter Zugriff 10.10.2012.

60 Cesare P. R. Romano, »International Justice and Developing Countries: A Quantitative Analysis«, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 1 (2002), S. 367-399, hier S. 380.

61 Die Möglichkeit einer solchen Empfehlung wurde im Gegensatz zur Satzung des Völkerbundes in Art. 36 SVN explizit verankert. Siehe hier UNSC, Resolution 22 of 9 April 1947, UN Doc. S/RES/22 (1947).

62 IGH, *Corfu Channel* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 25 March 1948, I. C. J. Reports 1948, S. 15 (17).

63 Ebd., S. 27-28.

64 Siehe Art. 13 lit. b, Art. 16 Römisches Statut; IGH, *Corfu Channel* (Anm. 62), S. 27-28.

65 Tomuschat, Art. 36, in: Zimmermann u. a. (Hg.) (Anm. 47), Rn. 19.

66 IGH, *Anglo-Iranian Oil Co.* (United Kingdom v. Iran), Judgment of 22 July 1952, I. C. J. Reports 1952, S. 93 (105).

Eine solche Rücksichtnahme erscheint nur unter dem staatenorientierten Grundverständnis plausibel.

Der Bilateralismus ist die beherrschende Perspektive.<sup>67</sup> So fasst der IGH die Möglichkeiten Dritter, in Streitverfahren nach Art. 62 IGH-Statut zu intervenieren, äußerst eng, anders als etwa im Kontext der WTO, wo die Praxis die Anforderung eines »substanziellen Interesses« weit heruntergeschraubt hat.<sup>68</sup> Der Bilateralismus zeigt sich anschaulich in charakteristischen Streitfällen über Seegrenzen. Der Gerichtshof behandelte sie durchweg als rein bilaterale Angelegenheit, obwohl kaum zu übersehen war, dass die Rechtsprechung Prinzipien zur Grenzbestimmung formen und so über die konkreten Fälle hinaus wirken würde.<sup>69</sup> Im Verfahren zwischen Tunesien und Libyen entschied er über den Grenzverlauf des Festlandsockels zwischen beiden Staaten und lehnte den Antrag Maltas auf Intervention mit der Begründung ab, es habe kein rechtliches Interesse geltend gemacht, das durch seine Entscheidung berührt werden könnte.<sup>70</sup> Die Interessen Maltas seien hinreichend durch Art. 59 IGH-Statut, der die Wirkung des Urteils auf die Parteien beschränkt, gesichert. In seinem dissentierenden Votum kommentierte Richter Jennings dies als »nervtötenden Bilateralismus«.<sup>71</sup> Die Fixierung auf eine bilaterale Streitbearbeitung verkennt in der Tat den signifikanten Beitrag solcher Entscheidungen zur Rechtsentwicklung. Es steht außer Zweifel, dass die Abgrenzung von Seegebieten durch die Praxis des Gerichts tief geprägt wurde.<sup>72</sup>

67 Grundsätzlich Bruno Simma, »From Bilateralism to Community Interest«, in: *Recueil des cours* 250 (1994), S. 221-384.

68 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; siehe Katrin Arend, »Art. 10 DSU«, in: Rüdiger Wolfrum u. a. (Hg.), *WTO. Institutions and Dispute Settlement*, Nijhoff, Leiden 2006, Rn. 4.

69 IGH, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, Judgment of 21 March 1984, I. C. J. Reports 1984, S. 3, Dissenting Opinion of Sir Robert Jennings, Rn. 34.

70 IGH, *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment of 14 April 1981, I. C. J. Reports 1981, S. 3, Rn. 13.

71 IGH, *Continental Shelf* (Anm. 69), Dissenting Opinion of Sir Robert Jennings, Rn. 32. In dieser Linie, nach wie vor, IGH, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment of 4 May 2011.

72 Shi Jiuyong, »Maritime Delimitation in the Jurisprudence of the International Court of Justice«, in: *Chinese Journal of International Law* 9 (2010), S. 271-291.



Dieselbe Logik unterliegt seiner Position, er könne keine Streitfälle entscheiden, wenn dies Aussagen über die Legalität der Handlungen eines dritten Staates impliziere.<sup>73</sup> Was dies bedeutet, zeigt anschaulich der *East Timor*-Fall. 1975 annektierte Indonesien Osttimor, bis dahin Kolonialgebiet Portugals. Die VN-Generalversammlung verurteilte diese Gewaltanwendung und bekräftigte das Selbstbestimmungsrecht des timoresischen Volkes.<sup>74</sup> Australien erkannte gleichwohl Indonesiens Souveränitätsanspruch über Osttimor an und schloss 1989 einen Kooperationsvertrag mit Indonesien, der sich auch auf Ressourcen im Gebiet zwischen Osttimor und Australien erstreckte. An diesem Punkt verklagte Portugal Australien vor dem IGH: Australien verletze das Selbstbestimmungsrecht der Bevölkerung und deren Recht, über die Ressourcen in den Seegebieten zu verfügen. Portugal und Australien hatten die Zuständigkeit des Gerichts nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut anerkannt, nicht jedoch Indonesien.

Der IGH ging den *East Timor*-Fall im Sinne des staatenorientierten Grundverständnisses an.<sup>75</sup> Jede Entscheidung enthalte unausweichlich eine Aussage über die Rechtmäßigkeit der Handlungen Indonesiens. Er könne aber seine Jurisdiktion nicht ausüben, wenn rechtliche Interessen Dritter wesentlicher Bestandteil des Streitfalls seien, selbst wenn der Kläger geltend mache, der Beklagte habe eine Verpflichtung *erga omnes* (hier das Selbstbestimmungsrecht) verletzt.<sup>76</sup> Er war nicht bereit, das »im Völkerrecht und im Statut

73 IGH, *Certain Phosphate Lands in Nauru* (Nauru v. Australia), Judgment of 26 June 1992, I. C. J. Reports 1992, S. 240, Rn. 55; IGH, *East Timor* (Portugal v. Australia), Judgment of 30 June 1995, I. C. J. Reports 1995, S. 90, Rn. 34.

74 UNGA, Resolution 3485 of 12 December 1975, UN Doc. A/RES/3485; siehe auch UNGA, Resolution 31/53 of 1 December 1976, UN Doc. A/RES/31/53 und UNGA, Resolution 32/34 of 28 November 1977, UN Doc. A/RES/32/34.

75 Christine M. Chinkin, »The East Timor Case (Portugal v. Australia)«, in: *International & Comparative Law Quarterly* 45 (1996), S. 712-725, hier S. 712. Zum Folgenden auch Catriona Drew, »The East Timor Story: International Law on Trial«, in: *European Journal of International Law* 12 (2001), S. 651-684; Andreas Zimmermann, »Die Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofes zur Entscheidung über Ansprüche gegen am Verfahren nicht beteiligte Staaten«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 55 (1995), S. 1051-1076.

76 IGH, *East Timor* (Anm. 73), Rn. 26, 29. Vgl. auch IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Judgment of 3 February 2006, I. C. J. Reports 2006, S. 6,

wohl etablierte Prinzip, wonach das Gericht nur seine Jurisdiktion über einen Staat mit dessen Konsens ausüben könne«,<sup>77</sup> im Lichte des Begehrens Portugals zu deuten, als Mitglied der internationalen Gemeinschaft eine gerichtliche Klärung herbeizuführen.

Das staatenorientierte Grundverständnis, welches die Tätigkeit internationaler Gerichte primär in ihrer Funktion der Streitbeilegung im Einzelfall sieht, drängt darauf, die Zuständigkeitsgrundlage des Gerichtshofs eng zu verstehen. Wohlgemerkt, auch andere Grundverständnisse rütteln nicht an der positivrechtlichen Zuständigkeitsgrundlage, aber Spielräume werden doch anders genutzt. So waren im *East Timor*-Fall zumindest zwei Richter der Auffassung, das Gericht hätte entscheiden sollen.<sup>78</sup> Insbesondere Richter Weeramantry zeigte, wie das Gericht die Rechte des osttimoresischen Volkes hätte feststellen können.<sup>79</sup>

Bezeichnend ist weiter, wie der Gerichtshof mit Eingaben von Nichtregierungsorganisationen (Non-Governmental Organizations, NGOs) umgeht, die als *amicus curiae* wirken wollen.<sup>80</sup> Der Kanzler lehnte gleich im ersten Fall eine Verfahrensbeteiligung ab.<sup>81</sup> Solche Eingaben von NGOs könnten allenfalls als Teil der Parteischriftsätze eingebracht werden.<sup>82</sup> Gilbert Guillaume, ehemaliger Präsident des IGH, erklärte Jahrzehnte später prägnant, dass Staaten und intergouvernementale Institutionen geschützt werden müssten vor »machtvollen Lobbygruppen, welche sie mit Hilfe der

Rn. 64-65; näher Matthias Ruffert, »Special Jurisdiction of the ICJ in the Case of Infringement of Fundamental Rules of the International Legal Order?«, in: Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin (Hg.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Nijhoff, Leiden 2006, S. 295-310.

77 IGH, *East Timor* (Anm. 73), Rn. 34.

78 Ebd., Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, S. 150-155, und Dissenting Opinion of Judge Skubiszewski, Rn. 40-112.

79 Ebd., Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, insbesondere S. 172-173, 213-216.

80 Vgl. unten, IV. B. 2.

81 Vgl. Anna-Karin Lindblom, *Non Governmental Organisations in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, S. 303-304.

82 So im Fall IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), Judgment of 25 September 1997, I.C.J. Reports 1997, S. 7, durch eine Eingabe Ungarns; dazu Lindblom, *Non Governmental Organisations in International Law* (Anm. 81), S. 304.



Massenmedien belagerten«. Aus diesem Grund dürfe sich der IGH nicht gegenüber *amici curiae* öffnen.<sup>83</sup>

Deutlich zeigt sich das staatenorientierte Grundverständnis auch in der Behandlung materieller Rechtsfragen. Obwohl mit teleologischen oder prinzipiengeleiteten Argumentationen andere Ergebnisse möglich wären, entscheidet der Gerichtshof im Zweifelsfall oft für die rechtliche Ungebundenheit der betreffenden Staaten.<sup>84</sup> Im *Nuclear Tests*-Fall befand er, dass einseitige Erklärungen eng ausgelegt werden müssten, wenn es um rechtliche Verpflichtungen gehe.<sup>85</sup> Wenngleich er sich nicht explizit auf ein allgemeines Prinzip des *in dubio mitius* stützt, drücken doch eine Reihe von Entscheidungen spürbare Zurückhaltung aus.<sup>86</sup> In seinem Gutachten zu *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime against Genocide* war er aufgerufen, sich zur Wirkung von unrechtmäßigen Vorbehalten zu äußern. Seine Argumentation zeigt ein kontraktualistisches Völkerrechtsverständnis sogar beim Schutz vor Völkermord. Zwar bestätigt er, dass es Prinzipien gebe, die alle zivilisierten Staaten auch ohne Vertragsgrundlage verpflichteten.<sup>87</sup> Dessen ungeachtet habe ein unzulässiger Vorbehalt zur Genozidkonvention keine Bindung zur Folge: kein Wille, keine Verpflichtung.<sup>88</sup> Der EGMR sollte später just in diesem Punkt mit dem gemeinschaftsorientierten Grundverständnis zum gegenteili-

83 IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I. C. J. Reports 1996, S. 226, Separate Opinion of Judge Guillaume, Rn. 2.

84 Ein solcher Fall ist IGH, *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, I. C. J. Reports 2002, S. 3.

85 IGH, *Nuclear Tests Case* (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974, I. C. J. Reports 1974, S. 253, Rn. 44, statuiert für den Fall, dass ein Staat durch einseitige Erklärung freiwillig Rechtspflichten übernimmt, dass diese restriktiv auszulegen seien.

86 Ausführlich Luigi Crema, »Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)«, in: *European Journal of International Law* 21 (2010), S. 681-700.

87 IGH, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951, I. C. J. Reports 1951, S. 15 (23).

88 Ebd., S. 27; ebd., Dissenting Opinion of Judges Guerrero, McNair, Read, Hsu Mo, S. 31; vgl. Ryan Goodman, »Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent«, in: *American Journal of International Law* 96 (2002), S. 531-560.

gen Ergebnis kommen.<sup>89</sup> Auch in seinem Gutachten zum Einsatz von Nuklearwaffen ließ der IGH angesichts mangelnden Staatenkonsenses die entscheidende Frage offen.<sup>90</sup>

Das staatenorientierte Grundverständnis, das die Handlungsfreiheit der Staaten als überragendes Prinzip versteht, ist weiter wirkungsmächtig, auch wenn die internationale Ordnung heute nicht mehr die von 1945 und 1990 ist. So legte der IGH im *Kosovo*-Gutachten die Frage der Generalversammlung, ob die Unabhängigkeitserklärung des Kosovo internationales Recht verletze, eng aus, indem er sie auf den Akt der Erklärung beschränkte. Diesbezüglich sah er kein Verbot. Er vermied damit Aussagen zu einer Reihe vorgetragener fundamentaler Fragen etwa des Sezessionsrechts oder den Folgen systematischer Menschenrechtsverletzungen.<sup>91</sup> Laut dem Votum Bruno Simmas beruht dies auf einem anachronistischen konsensualistischen Verständnis.<sup>92</sup>

### 3. Der Ständige Schiedshof und das Iran-United States Claims Tribunal

Das staatenorientierte Grundverständnis sei ergänzend beschrieben anhand zweier Institutionen, die, mehr noch als der IGH, bilateral ausgerichtet sind: der Ständige Schiedshof und das Iran-United States Claims Tribunal. Der Ständige Schiedshof (Permanent Court of Arbitration, PCA) ist die älteste der gegenwärtig bestehenden internationalen gerichtsförmigen Institutionen.<sup>93</sup> Errichtet auf den

89 Siehe unten, II. B. 3.

90 Daniel Bodansky, »Non Liqueur and the Incompleteness of International Law«, in: Laurence Boisson de Chazournes, Philippe Sands (Hg.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, S. 153-170.

91 IGH, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010, I. C. J. Reports 2010, S. 403, insbesondere Rn. 82; Robert Howse, Ruti Teitel, »Delphic Dictum: How Has the ICJ Contributed to the Global Rule of Law by its Ruling on Kosovo?«, in: *German Law Journal* 11 (2010), S. 841-845.

92 IGH, *Kosovo* (Anm. 91), Declaration of Judge Simma, Rn. 2-3, 8; näher Armin von Bogdandy, Marc Jacob, »The Judge as Law-Maker: Thoughts on Bruno Simma's Declaration in the Kosovo Opinion«, in: Ulrich Fastenrath u. a. (Hg.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford University Press, Oxford 2011, S. 809-824.

93 Zum historischen Kontext oben, II. A. 1.

Haager Friedenskonferenzen durch das Abkommen betreffend die friedliche Erledigung internationaler Streitfälle, zog der Gerichtshof 1913 in den Friedenspalast in Den Haag ein. Das Sekretariat des Gerichtshofs, das International Bureau, bietet Unterstützung für Streitbeilegungsprozesse, agiert als Gerichtsschreiber und Archivar und führt die Liste der gegenwärtig 285 möglichen Schiedsrichter.<sup>94</sup> Im Streitfall treten die Schiedsrichter in einer von den Parteien zu bestimmenden ungeraden Anzahl zusammen. Je ein oder zwei Schiedsrichter werden von den Parteien und ein weiterer von den Schiedsrichtern selbst bestimmt.

Die Delegierten auf beiden Haager Friedenskonferenzen sahen die Aufgabe des Ständigen Schiedshofs in der konkret fallbezogenen Streitbeilegung, einigten sich auf eher rudimentäre Verfahrensregeln und legten die Ausgestaltung des Verfahrens wie auch die Benennung der Schiedsrichter in die Hände der Parteien. Dies sei, so die Überzeugung vieler Delegierter, notwendig, um Staaten überhaupt dazu zu bewegen, dem Schiedshof Streitigkeiten zu übertragen.<sup>95</sup> In den ersten Jahren wurde er durchaus genutzt und entschied bis 1914 immerhin 14 Fälle.<sup>96</sup> Darüber hinaus unterstützte der Gerichtshof internationale Untersuchungskommissionen (International Commissions of Inquiry) in zwischenstaatlichen Streitigkeiten.<sup>97</sup>

Nach der Errichtung des StIGH war der Schiedshof über viele Jahrzehnte kaum noch aktiv. In jüngerer Zeit ist er aber wieder vermehrt ein Forum für Schiedsgerichtsverfahren, die auf anderer vertraglicher Grundlage als dem Haager Abkommen stattfinden.

94 Art. 44 Haager Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle (1907) und Art. 23 Haager Abkommen zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle (1899).

95 Siehe oben, II. A. 1.

96 Überblick bei Nisuke Ando, »Permanent Court of Arbitration«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 15), Rn. 22.

97 International Commissions of Inquiry, *Incident in the North Sea (The Dogger Bank Case)* (Great Britain v. Russia), I. C. I. Report of 26 February 1905; *Capture of the »Tavignano« and Cannon Shots Fired at the »Canouna« and the »Galois«* (France v. Italy), I. C. I. Report of 23 July 1912; *The Steamship »Tiger«* (Germany v. Spain), I. C. I. Report of 8 November 1918; *Loss of the Dutch Steamer »Tubantia«* (Germany v. Netherlands), I. C. I. Report of 27 February 1922; später »*Red Crusader« Incident* (Great Britain v. Denmark), I. C. I. Report of 23 March 1962 ([www.worldcourts.com/ici/eng/index.htm](http://www.worldcourts.com/ici/eng/index.htm)), letzter Zugriff 10.10.2012.

Sein Wirkungsfeld hat sich ausgeweitet, gerade im Bereich der Investitions- und Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Zudem ermöglicht er Verfahren nicht nur zwischen Staaten, sondern auch mit internationalen Organisationen oder Privaten als Streitparteien. Er hat sich also stark gewandelt und neuen Anforderungen angepasst. Gegenwärtig laufen so viele Verfahren wie nie zuvor.<sup>98</sup>

Die Leistung effektiver, flexibler und in der Regel relativ schneller Streitentscheidung macht die Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen des Schiedshofs zu einer attraktiven Institution. Mit den Worten Tjaco van den Houts, des Generalsekretärs von 1999 bis 2008, mag es 1907 ein idealistisches Projekt gewesen sein, Staaten dazu zu bewegen, ihre Streitigkeiten einem ständigen internationalen Schiedsgericht zu übertragen. Heute hingegen akzeptieren sie dies häufiger denn je.<sup>99</sup> Beispiele sind der Schiedsspruch im *Iron Rhine*-Fall zwischen Belgien und den Niederlanden über die Anwendung des Grenzvertrages von 1839 und der Schiedsspruch zwischen den privaten Betreibern des Eurotunnels einerseits und den britischen und französischen Behörden andererseits.<sup>100</sup>

Zwei Beobachtungen sind von besonderer Relevanz für unsere Fragestellung: Erstens nehmen Streitfälle unter Beteiligung von privaten Akteuren stark zu.<sup>101</sup> Schon dies weist über eine *staatenzentrierte* Weltordnung hinaus. Zweitens gibt es kaum einen Fall, der nicht über den konkreten Streitkontext hinaus auf die allgemeine Rechtsentwicklung einwirkt. Die monofunktionale Analyse der konkreten Streitbeilegung im Einzelfall greift also zu kurz.

Eine weitere bedeutende Institution der Schiedsgerichtsbarkeit ist das Iran-United States Claims Tribunal (IUSCT) aus dem Jahre 1981. In seinen ersten Jahren war es in den Räumlichkeiten des Ständigen Schiedshofs angesiedelt, bis es in ein eigenes Gebäude in Den Haag umzog. Das IUSCT bearbeitet einen einzigen, durch

98 Siehe ([www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org)), letzter Zugriff 10.10.2012.

99 Tjaco van den Hout, »Resolution of International Disputes: The Role of the Permanent Court of Arbitration«, in: *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), S. 643-661, hier S. 643-644.

100 PCA, *Iron Rhine Arbitration* (Belgium v. The Netherlands), Award of 24 May 2005; PCA, *Eurotunnel* (Channel Tunnel Group Ltd. and France-Manche S. A. v. Secretary of State for Transport of the United Kingdom and Minister for Transport of the French Republic), Partial Award of 30 January 2007.

101 So der Stand am 23.02.2012.



die iranische Revolution abgeschlossenen bilateralen Sachverhalt. Konkret geht es vor allem um Schadensersatzforderungen US-amerikanischer Investoren, aber auch um Streitfragen zwischen beiden Staaten. Bis Ende 2010 behandelte es insgesamt 3936 Fälle, wovon ca. 3000 einer gütlichen Einigung zugeführt wurden. Es sprach US-amerikanischen Parteien insgesamt 2166998515 US-Dollar zu.<sup>102</sup> Die neun Schiedsrichter des Gerichts werden zu je einem Drittel durch den Iran und die Vereinigten Staaten bestimmt, und jene zwei Drittel bestimmen das letzte Drittel.

Ein zentraler Zweck des IUSCT ist, zur Normalisierung der Beziehungen zwischen dem Iran und den Vereinigten Staaten beizutragen. Diesem Zweck entsprechend ist die Rechtsprechung abwägend und bestimmt nur selten eindeutige Gewinner.<sup>103</sup> Der Mangel rechtlicher Erwägungen ist durchaus kritisiert worden.<sup>104</sup> Im Laufe der Zeit hat das Gericht gleichwohl einen Beitrag zur Rechtsentwicklung geleistet, sowohl mit Blick auf materielles Recht, unter anderem in der völkerrechtlichen Bestimmung von Staatsangehörigkeit und im Bereich von Enteignungen, als auch in der Handhabung von Verfahrensregeln.<sup>105</sup> Seine Rechtsprechung bezieht auch zu allgemeinen Fragen des Völkerrechts Position.<sup>106</sup> Selbst dieses Schiedsgericht, das allein auf einen Sachverhalt ausgerichtet ist, der vor seiner Einrichtung abgeschlossen war, hat somit einen Beitrag zu einem »größeren Ganzen« geleistet. Das staatenorientierte Verständnis kann diese Leistungen nicht fassen.

102 Davon waren 3844 Klagen privater Investoren und 92 zwischenstaatliche Streitfälle. Siehe Iran-United States Claims Tribunal, *Quarterly Communiqué*, 11. Januar 2011.

103 Ted L. Stein, »Jurisprudence and Jurists' Prudence: The Iranian-Forum Clause Decisions of the Iran-U. S. Claims Tribunal«, in: *American Journal of International Law* 78 (1984), S. 1-52, hier S. 34, 44.

104 Plastisch ebd., S. 48: »[...] a tribunal that opts out of the task of normative elaboration makes it more difficult for later tribunals to rely on law as a source of legitimation. The law remains embryonic, untextured, calcified.«

105 Die Rechtsprechung ist detailliert aufgearbeitet in George H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Clarendon, Oxford 1996; Charles N. Brower, Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, Nijhoff, Den Haag 1998.

106 Siehe *Iran v. United States* (Case No. B1), Iran-United States Claims Tribunal Reports 2004-2009, S. 77-129, Rn. 84-88, 113-115.



## B. Gerichte als Organe der wertbasierten internationalen Gemeinschaft

Das zweite Grundverständnis sieht internationale Gerichte als *Organe der internationalen Gemeinschaft*, deren Werte und Interessen sie schützen und entwickeln sollen. Sie entscheiden danach weniger im Namen der streitenden Staaten als vielmehr im Namen dieser Gemeinschaft.<sup>107</sup> Während das erste Grundverständnis die Gerichte allein in ihrer Funktion der Streitbeilegung begreift, ist nun bereits eine multifunktionale Betrachtung möglich. Internationale Gerichte sollen, wenn sie einen Streit beilegen, zugleich eine Reihe weiterer Gemeinschaftsinteressen verfolgen.<sup>108</sup> Dazu zählen seit jeher die Generierung und Stabilisierung normativer Erwartungen. Als Organe der Gemeinschaft kontrollieren sie weiter die Machtausübung ihrer Mitglieder. So dienen sie globalen Interessen und artikulieren universale Werte, woraus sie ihrerseits Legitimität schöpfen.

Der erste Schritt zeichnet wiederum historische und begriffliche Konturen und platziert dieses Grundverständnis innerhalb eines universalistischen Paradigmas internationaler Ordnung (1.). Der zweite Schritt weist dieses Grundverständnis in der Praxis des Internationalen Gerichtshofs nach (2.), der dritte bei weiteren Institutionen, die dem Grundverständnis besonders verhaftet sind, insbesondere beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, der internationalen Strafgerichtsbarkeit und dem Internationalen Seegerichtshof (3.).

Zuvor noch eine Anmerkung zur Formulierung »Organe der internationalen Gemeinschaft« in der Überschrift: Nach deutscher Dogmatik setzt der Begriff des *Organs* eine Körperschaft mit

107 Siehe etwa IGH, Speech by H. E. Judge Peter Tomka, President of the International Court of Justice, to the Sixty-seventh Session of the General Assembly of the United Nations, 1. November 2012 ([www.icj-cij.org/presscom/files/0/17150.pdf](http://www.icj-cij.org/presscom/files/0/17150.pdf)), letzter Zugriff 01.11.2012; die Formulierung findet sich auch in den Schlussanträgen von Generalanwalt Maduro, EuGH, *Kadi and Al Barakat International Foundation v. Council and Commission*, verb. Rs. C-402/05 P, C-415/05 P, Opinion of Advocate General Maduro of 23 January 2008, Slg. 2008, I-06351, Rn. 38.

108 Zur Identifikation von Gemeinschaftsinteressen siehe Andreas L. Paulus, »Whether Universal Values Can Prevail over Bilateralism and Reciprocity«, in: Antonio Cassese (Hg.), *Realizing Utopia*, Oxford University Press, Oxford 2012, S. 89-104, hier S. 97-99.

Rechtspersönlichkeit voraus.<sup>109</sup> Wenn internationale Gerichte als *Organe* der internationalen Gemeinschaft verstanden werden, so wäre es danach erforderlich zu behaupten, die internationale Gemeinschaft bilde eine Körperschaft und ein Völkerrechtssubjekt. Das wird durchaus vertreten.<sup>110</sup> Zumeist werden die Gerichte jedoch einer internationalen Organisation zugeordnet, selbst wenn kein rechtliches Organverhältnis besteht.<sup>111</sup>

## 1. Internationale Gerichte als Hoffnungsträger der Menschheit

Für das gemeinschaftsorientierte Grundverständnis sollen internationale Gerichte als Gemeinschaftsorgane die internationale Rechts- und Wertegemeinschaft festigen und entwickeln.<sup>112</sup> Natürlich haben sie zumeist mit Streit zwischen Staaten zu tun, aber diese Staaten erscheinen nun als Mitglieder der internationalen Gemeinschaft, und die Rechtsprechung hat nicht nur das bilaterale Verhältnis, sondern auch die Werte und Interessen dieser Gemeinschaft zu berücksichtigen.<sup>113</sup> Danach verfehlen Gerichte ihren

109 Kritisch hierzu Ernst-Wolfgang Böckenförde, »Organ, Organisation, Juristische Person. Kritische Überlegungen zu Grundbegriffen und Konstruktionsbasis des staatlichen Organisationsrechts«, in: Christian-Friedrich Menger (Hg.), *Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag*, C. H. Beck, München 1973, S. 269-305.

110 Mehrdad Payandeh, *Internationales Gemeinschaftsrecht*, Springer, Heidelberg 2010, spricht von Organen der Internationalen Gemeinschaft (S. 131) und kommt zum Ergebnis, die internationale Gemeinschaft besitze Völkerrechtssubjektivität (S. 446); für das vorherrschende Verständnis Hermann Mosler, »The International Society as a Legal Community«, in: *Recueil des cours* 140 (1973), S. 1-320, hier S. 28-32, 189-191.

111 Rainer Hofmann, »Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft«, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 42 (2007), S. 1-42; August Reinisch, »Verfahrensrechtliche Aspekte der Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft«, ebd., S. 43-92; Thomas Pfeiffer, »Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft: Internationale Organisationen und ihre Rechtsgeschäfte mit Privaten«, ebd., S. 93-114.

112 Grundlegend Andreas L. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts in Zeiten der Globalisierung*, C. H. Beck, München 2001, S. 225-431; Simma, »From Bilateralism to Community Interest« (Anm. 67), S. 256-284.

113 Paulus, »International Adjudication« (Anm. 20), S. 210-211.

Auftrag, wenn sie sich nur als Instrumente begreifen, die Interessenkonflikte zwischen souveränen Staaten beilegen sollen.

Dieses Grundverständnis reicht zwar nicht bis in die griechische Antike zurück, hat aber ebenfalls tiefe Wurzeln, nunmehr in universalistischen Konzeptionen.<sup>114</sup> Die einzelnen staatlich organisierten Gemeinwesen sind danach konstitutiv in einen größeren, letztlich universellen Ordnungszusammenhang eingebunden. Diese Idee taucht zum ersten Mal in der Spätantike auf, als der Stoizismus die radikal neue Idee entwickelte, dass die gesamte Welt von einem Grundgesetz beherrscht sei: von einem *Logos*, der für alle Menschen gilt und dem die *Nomoi* der unterschiedlichen sozialen Verbände untergeordnet sind.<sup>115</sup> Viele Elemente stoischer Philosophie wurden in die christliche Lehre integriert. Zunächst versuchten christliche Gelehrte, diese Idee mittels einer »universalen Monarchie« zu realisieren.<sup>116</sup> Als sich die Verwirklichung dieses Projekts als unmöglich erwies, reagierte die christliche politische Philosophie mit einem *ius inter gentes*, einem frühen Völkerrecht, das die Interaktionen zwischen den Völkern nach gemeinsamen Prinzipien ordnete.<sup>117</sup> Hugo Grotius löste dann das Völkerrecht aus dem direkten religiösen Bezug und gründete es auf der Natur des Menschen als eines sozialen Wesens.<sup>118</sup> Danach erstarkt das Völker-

114 Vgl. zum ehrwürdigen Dualismus der ersten beiden Grundverständnisse die Beiträge in Mortimer N. Sellers (Hg.), *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2011; Armin von Bogdandy, Sergio Dellavalle, »Universalism and Particularism as Paradigms of International Law«, in: *International Law and Justice Working Papers* (2008) ([www.iilj.org/publications/2008-3Bogdandy-Dellavalle.asp](http://www.iilj.org/publications/2008-3Bogdandy-Dellavalle.asp)), letzter Zugriff 01.10.2012.

115 Hans von Arnim, *Stoicorum veterum fragmenta*, Bd. 1-4, Saur, München 2004 [Bde. 1-3: 1903-1905, Bd. 4: 1924 von Maximilian Adler].

116 Dante Alighieri, *De Monarchia*, Sumptibus Guilielmi Braumüller, Vindobonae 1874 [1310-1314]; dt.: *Dantes Monarchie*, Herder, Freiburg/Br. 1913.

117 Francisco Suarez, »De legibus, ac Deo legislatore«, in: ders., *Selections from three Works. The Photographic Reproduction of the Selections from the Original Editions*, Bd. 1, Clarendon, Oxford 1944 [1612]; dt.: *Abhandlung über die Gesetze und Gott den Gesetzgeber*, Haufe, Freiburg/Br. 2002.

118 Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis. Libri tres, in quibus ius naturae & gentium, item iuris publici praecipua explicantur*, William S. Hein, Buffalo/New York 1995 [1646]; dt.: *Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens*, Mohr Siebeck, Tübingen 1950.

recht zu einem Recht der Menschheit, das die Grundregeln universaler Sozialität niederlegt.

Heute werden universalistische Konzeptionen der internationalen Ordnung von unterschiedlichen Denkströmungen getragen. So ist die paradigmatische Rechtsfigur des *ius cogens* eng mit Alfred Verdross verbunden, dem vielleicht wichtigsten Repräsentanten katholischen Naturrechtsdenkens im Völkerrecht des 20. Jahrhunderts.<sup>119</sup> Mit Blick auf die internationale Gerichtsbarkeit hat Hersch Lauterpacht diesen Ansatz wirkmächtig vertreten. In jüngerer Zeit findet sich das universalistische Denken etwa bei Antônio Cançado Trindade oder Christian Tomuschat ausgeformt.<sup>120</sup> Die Lehre von der Konstitutionalisierung des Völkerrechts bietet die wichtigste aktuelle Diskussionsplattform.<sup>121</sup>

Seine politische Kraft verdankt dieser Zugang insbesondere der Friedensbewegung. Das gemeinschaftsorientierte Gerichtsverständnis gewinnt seine politische Stoßkraft aus dem Grauen moderner Kriege, das engagierte Individuen in ihrem Streben nach einer friedlichen Ordnung zusammenführte.<sup>122</sup> Das Jahr 1815, in dem die Herrscher der Restauration mit dem Wiener Kongress die eigentliche Epoche des strikt zwischenstaatlichen Völkerrechts einleiteten, ist zugleich das Geburtsjahr der Friedensbewegungen, die

119 Alfred Verdross, »Forbidden Treaties in International Law«, in: *American Journal of International Law* 31 (1937), S. 571-577; ders., »Jus Dispositivum and Jus Cogens«, in: *American Journal of International Law* 60 (1966), S. 55-63; zu seinem Einfluss auf die Entstehung der Rechtsfigur des *ius cogens* Bruno Simma, »Der Beitrag von Alfred Verdross zur Entwicklung der Völkerrechtswissenschaft«, in: Herbert Miehsler u. a. (Hg.), *Ius Humanitatis. Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross*, Duncker & Humblot, Berlin 1980, S. 23-53, hier S. 43-51.

120 Antônio A. Cançado Trindade, »International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (I)«, in: *Recueil des cours* 316 (2005), S. 9-439; ders., »International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (II)«, in: *Recueil des cours* 317 (2005), S. 9-312; Christian Tomuschat, »International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law«, in: *Recueil des cours* 281 (1999), S. 9-438.

121 Anne Peters, »Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse«, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 65 (2010), S. 3-63.

122 Lammasch, »Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange« (Anm. 6), S. 36-37; Werner Kaltefleiter, Robert L. Pfaltzgraff (Hg.), *The Peace Movements in Europe and the United States*, Croom Helm, London 1985.



dieses Recht teils überwinden, zumindest aber in seiner Friedensfunktion stärken möchten.<sup>123</sup>

Besonders erfolgreich war die englische Friedensgesellschaft, die in stetiger Lobbyarbeit erreichte, dass kompromissarische Klauseln in völkerrechtliche Verträge des Vereinigten Königreichs eingeführt wurden.<sup>124</sup> Auf dem europäischen Kontinent machte sich der italienische Jurist und Politiker Pasquale Stanislao Mancini für Mechanismen schiedsgerichtlicher Streitbeilegung in Handels-, Konsular- oder Ausweisungsverträgen stark.<sup>125</sup> Die entsprechende italienische Praxis strahlte auf andere Staaten aus. Bis 1914 wurden mehr als hundert internationale Verträge geschlossen, die im Streitfall ein Schiedsgericht vorsahen mit der dominanten Funktion, zweifelsohne, konkrete Streitigkeiten zu bearbeiten. Insoweit stimmen die konkreten Forderungen unter diesem Grundverständnis zunächst einmal durchaus mit dem überein, was unter dem staatenzentrierten Grundverständnis gefordert wurde. Wie so häufig ist auch hier eine wichtige historische Entwicklung dem praktischen Gleichklang der Forderungen unterschiedlicher Grundverständnisse zu verdanken. Jedoch ist der Bezugspunkt ein anderer: Das Grundverständnis internationaler Gerichte als Gemeinschaftsorgane bezieht schon diese frühe Schiedsgerichtspraxis weniger auf die Interessen der Parteien und mehr auf ihren Beitrag zur Friedenssicherung innerhalb einer Gemeinschaft.

In Deutschland entfaltete die österreichische Autorin und Friedensaktivistin Bertha von Suttner mit ihrem Roman *Die Waffen nieder!* große Wirkung.<sup>126</sup> Sie gründete die österreichische und zusammen mit Alfred H. Fried die deutsche Friedensgesell-

123 Zu den Ursprüngen Wilhelmus H. van der Linden, *The International Peace Movement 1815-1874*, Tilleul, Amsterdam 1987, S. 31-34, 37-38; Fried, *Handbuch der Friedensbewegung* (Anm. 18), S. 229-231.

124 Lammasch, »Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange« (Anm. 6), S. 38-39.

125 Sohn, »International Arbitration in Historical Perspective« (Anm. 6), S. 12, mit Verweis auf Pasquale S. Mancini, »Motion de M. Mancini et son acceptation par le parlement italien«, in: *Revue de droit international et de législation comparée* 6 (1874), S. 172-176, hier S. 175.

126 Bertha von Suttner, *Die Waffen nieder! Eine Lebensgeschichte*, E. Pierson's, Dresden 1889; Wolfgang Benz (Hg.), *Pazifismus in Deutschland. Dokumente zur Friedensbewegung 1890-1939*, Fischer Taschenbuch, Frankfurt/M. 1988, S. 7.



schaft.<sup>127</sup> Fried gab seit 1899 die bedeutende Zeitschrift *Friedens-Warte* heraus,<sup>128</sup> der wichtige rechtspolitische Impulse zu verdanken sind.<sup>129</sup> Diese wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Bestrebungen formten internationale Verbindungen. Eine Gruppe eminenten Völkerrechtler traf sich bereits 1873 in Gent und gründete das Institut de Droit international. Unter ihnen war neben dem Heidelberger Völkerrechtsprofessor Johann Caspar Bluntschli auch Pasquale Stanislao Mancini, der als erster Präsident sogleich versuchte, die Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit voranzutreiben. Dabei kam es nur gelegen, dass das Schiedsgericht im *Alabama*-Fall den ersten signifikanten und viel beachteten Schiedsspruch gefällt hatte.<sup>130</sup>

Die ebenfalls im Jahre 1873 gegründete International Law Association nahm sich gleichfalls der Schiedsgerichtsbarkeit an und verabschiedete bereits auf ihrer ersten Zusammenkunft die Resolution, die Schiedsgerichtsbarkeit sei »le moyen essentiellement juste, raisonnable, et même obligatoire, pour les nations, de terminer les différends internationaux«.<sup>131</sup> Beide Institute folgten einem mit zivilisatorischem Pathos aufgeladenen, aber letztlich vorwiegend legalistischen Ethos.<sup>132</sup> Mit der Idee, dass das Völkerrecht das Ge-

127 Dieter Riesenberger, *Geschichte der Friedensbewegung in Deutschland. Von den Anfängen bis 1933*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1985, S. 58.

128 Siehe Daniel Porsch, »Die Friedens-Warte zwischen Friedensbewegung und Wissenschaft«, in: *Die Friedens-Warte* 74 (1999), S. 39-78.

129 Zum schweren Stand der Friedensbewegung in der Weimarer Republik und ihrem Zusammenbruch mit den Anfängen des Nationalsozialismus: Richard Barkeley, *Die deutsche Friedensbewegung 1870-1933*, Hammerich & Lesser, Hamburg 1948.

130 Im zweiten Jahr seiner Tätigkeit verabschiedete das Institut den Entwurf eines Verfahrens für eine internationale Schiedsgerichtsbarkeit, »Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale«, Session de La Haye, 1875 ([www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1875\\_haye\\_01\\_fr.pdf](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1875_haye_01_fr.pdf)), letzter Zugriff 03.08.2012. Näher Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of Modern International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, S. 39-41.

131 Zitiert in: Claudia Denfeld, *Hans Wehberg (1885-1962). Die Organisation der Staatengemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden 2008, S. 115.

132 Art. 1 des Statuts des *Institut de Droit international* bestimmt als Ziel: »de favoriser le progrès du droit international, en s'efforçant de devenir l'organe de la conscience juridique du monde civilisé.« Näher Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations* (Anm. 130), S. 41.

wissen der zivilisierten Welt bilde, forderte die Friedensbewegung das staatenzentrierte Weltverständnis heraus, beschränkte es doch die Handlungsräume der Staaten durch eine universelle Wertegemeinschaft.

Zivilgesellschaftliche Aktivisten trafen sich seit 1848 fast jährlich zu internationalen Friedenskongressen.<sup>133</sup> 1889 wurde zudem die Interparlamentarische Versammlung (auch Interparlamentarische Konferenz) geschaffen, in der sich Parlamentarier verschiedener Staaten der friedlichen Streitbeilegung verschrieben.<sup>134</sup> 1895 verabschiedeten die Mitglieder einen Entwurf für die Organisation eines internationalen Schiedsgerichtshofs, der auf der ersten Haager Friedenskonferenz 1899 als Diskussionsgrundlage herangezogen wurde.<sup>135</sup> Die Entwicklung der internationalen Gerichtsbarkeit zu Beginn des 20. Jahrhunderts ist ohne die Friedensbewegung mit ihrem über die bilaterale Streitbeilegung weit hinausgehenden Impetus zu universeller Ordnung nicht zu begreifen.<sup>136</sup> Die einschlägigen Legitimationskonstruktionen zielen nicht mehr allein auf den Staatenkonsens. Es finden sich sogar Vorstellungen, die staatenzentrierte Ordnung zugunsten überstaatlicher, ja föderaler Ordnungsmuster zu überwinden. Letzteres wird allerdings keineswegs von allen Konzeptionen unter dem gemeinschaftsorientierten Grundverständnis vertreten.

Es kann vor diesem Hintergrund nicht verwundern, dass die Haager Friedenskonferenzen die Befürworter einer durch Gerichte gestützten internationalen Gemeinschaftsordnung enttäuschten.<sup>137</sup> Ebenso treffend wie vernichtend war das Urteil von James Brown Scott, Kenner und Bewunderer der Völkerrechtslehre der spanischen Spätscholastik, der einer verbreiteten Überzeugung Ausdruck gab: Der Ständige Schiedshof sei nicht ständig, er sei kaum anzurufen und müsse jedes Mal aufs Neue zusammengesetzt werden.

133 Fried, *Handbuch der Friedensbewegung* (Anm. 18), S. 234-236; Riesenberger, *Geschichte der Friedensbewegung in Deutschland* (Anm. 127), S. 24-36.

134 Siehe Fredrik Sterzel, *The Inter-Parliamentary Union*, Norstedt & Söner, Stockholm 1968, S. II-28.

135 Fried, *Handbuch der Friedensbewegung* (Anm. 18), S. 265; Anand, *International Courts and Contemporary Conflicts* (Anm. 11), S. 27.

136 Vgl. Lammasch, »Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange« (Anm. 6), S. 36.

137 Oben, II. A. 1.

Es handle sich gar nicht um ein Gericht, da er nicht mit Richtern, sondern mit Diplomaten besetzt sei.<sup>138</sup>

Dessen ungeachtet verlieh die Konferenz der Friedensbewegung weiteren Aufschwung und Zulauf. Viele Völkerrechtler begriffen sie als entgegenkommende Tendenz hin zu einer internationalen Gerichtsbarkeit im Dienste des Friedens. Walther Schücking legt im ersten Band seines fünfbändigen Opus *Das Werk vom Haag* seine Deutung des Geschehenen dar.<sup>139</sup> Ihm ist ein Epigramm von Hegel vorangestellt, das für seine Lesart der Dinge spricht: »Die theoretische Arbeit bringt mehr in der Welt zustande als die praktische; ist das Reich der Vorstellung revolutioniert, so hält die Wirklichkeit nicht stand.« Hans Wehberg kritisierte mit derselben Stoßrichtung die Schiedsgerichtsbarkeit, um der Forderung nach einem wahren Gerichtshof Nachdruck zu verleihen. Er argumentiert mit der klassischen liberalen Theorie der internationalen Beziehungen, es sei angesichts der internationalen (wirtschaftlichen) Verflechtungen nicht im Interesse eines Staates, Krieg zu führen. Zudem halte die öffentliche Meinung stets dagegen. Um einen Staat daran zu hindern, mit dem Vorwand einer Rechtsverletzung einen Krieg zu beginnen, sei es aber notwendig, die materielle Völkerrechtsordnung durch einen Ständigen Gerichtshof abzusichern, der im Streit unparteiisch entscheide. Entscheidungen von Schiedsgerichten seien dazu ungeeignet, denn sie böten keine Orientierung.<sup>140</sup> Kurzum, die Losung zum Weltfrieden lautet für ihn klar: »Mehr Fortbildung des Völkerrechts durch internationale Entscheidungen!«<sup>141</sup>

138 Zitiert in Anand, *International Courts and Contemporary Conflicts* (Anm. II), S. 33.

139 Walther Schücking, »Der Staatenverband der Haager Konferenzen«, in: ders. (Hg.), *Das Werk vom Haag*, Bd. I, Duncker & Humblot, München 1912, S. 1-328. Die prägnante Ordnungskonzeption Schückings findet sich in seinem konzisen »Die Organisation der Welt«, in: Wilhelm van Calker u. a. (Hg.), *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum 50. Jahrestage der Doktor-Promotion*, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen 1908, S. 533-614. Siehe zudem Frank Bodendiek, *Walther Schückings Konzeption der internationalen Ordnung. Dogmatische Strukturen und ideengeschichtliche Bedeutung*, Duncker & Humblot, Berlin 2001.

140 Hans Wehberg, »Das Problem eines internationalen Staatengerichtshofes«, in: Walther Schücking (Hg.), *Das Werk vom Haag*, Bd. 2, Duncker & Humblot, München 1912, S. 1-243, hier S. 8-9.

141 Ebd., S. II.

Die rechtschöpferische Funktion internationaler Gerichte wird klar artikuliert und umsichtig gerechtfertigt.

Der StIGH wurde daher von den Befürwortern einer Gemeinschaftsordnung begeistert begrüßt.<sup>142</sup> Sie feierten ihn als Institution, welche die Hoffnungen der Menschheit substanziell voranbringen könne. Man kann einen Niederschlag des gemeinschaftsbezogenen Verständnisses im Umgang mit Lücken finden. Elihu Root etwa meinte, in einem solchen Fall könne eben nicht entschieden werden (*non liquet*).<sup>143</sup> Das war für den belgischen Baron Descamps schlicht inakzeptabel, und viele stimmten ihm zu, dass ein Fall von *non liquet* meist einer Rechtsverweigerung gleichkomme. Art. 38 Abs. 3 StIGH-Statut, wonach die allgemeinen Rechtsgrundsätze (*general principles*) eine Rechtsquelle bilden, wird als Ausdruck jener Auffassung angesehen.<sup>144</sup> Dem staatenorientierten Grundverständnis mag es dann geschuldet sein, dass der Gerichtshof diese Rechtsquelle nur wenig nutzt.<sup>145</sup> Ihr Potenzial zeigt sich aber deutlich in der heutigen Begründungsfigur der »gemeineuropäischen Rechtsauffassung« des EGMR.<sup>146</sup>

Selbst wenn der StIGH zumeist im Rahmen des staatenorientierten Grundverständnisses judizierte, so bot er der völkerrechtswissenschaftlichen Diskussion neues Material und Projektionsflächen. Immerhin entschied er in fast zwei Jahrzehnten von 1922 bis zur Invasion der Niederlande 1940 32 Fälle, verfasste 27 Gutachten und erließ mehr als zweihundert Anordnungen.<sup>147</sup> Es ist ihm dabei

142 Vgl. Nur Nicolas Politis, *La justice internationale*, Hachette, Paris 1924, S. 182: »l'avènement d'une ère nouvelle dans la civilisation mondiale.« Ähnlich James Brown Scotts entsprechende bemerkenswerte Äußerung, ders., »Editorial Comment« (Anm. 26), S. 55.

143 »[The] Court must not have the power to legislate«, zitiert in Allain Pellet, Art. 38, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 47), Rn. 27.

144 Ebd., Art. 38, Rn. 29; zu den Schwierigkeiten jener Rechtsquelle Martti Koskenniemi, »General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law«, in: ders. (Hg.), *Sources of International Law*, Ashgate, Aldershot 2000, S. 359-401.

145 Pellet, Art. 38, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 47), Rn. 253; Koskenniemi, »General Principles« (Anm. 144), S. 367.

146 Dazu unten, II. B. 3. a).

147 Anand, *International Courts and Contemporary Conflicts* (Anm. 11), S. 63.



durchaus gelungen, gerade in den Verliererstaaten Legitimation für das Friedenssystem des Völkerbunds aufzubauen. Wichtige Völkerrechtler auf beiden Seiten des Atlantiks projizierten ihre Hoffnungen auf den jungen StIGH und flankierten dessen Arbeit mit dogmatischen, theoretischen und rechtspolitischen Abhandlungen.

Neben James Brown Scott gelang Manley O. Hudson ein viel beachteter Entwurf für eine internationale Friedensordnung, die er um eine starke Gerichtsbarkeit baute. Die Empfehlungen seines programmatischen Aufsatzes »The Permanent Court of International Justice – An Indispensable First Step« (1923)<sup>148</sup> sind in seiner Monographie *Progress in International Organization* (1932) konzeptionell entfaltet und theoretisch untermauert. Hudson argumentierte, dass kein Rechtssystem in seiner Entwicklung allein von der Rechtschöpfung durch politische Organe abhängen könne. Im Völkerrecht müssten internationale Gerichte zur Weiterbildung des Rechts beitragen.<sup>149</sup>

Das gemeinschaftsbezogene Grundverständnis jener Zeit hat Hersch Lauterpacht viel zu verdanken. 1934 konnte dieser bereits auf ausreichendes Fallrecht verweisen, um die rechtschöpferische Seite der Gerichtspraxis zu belegen. Sie sei ein notwendiges Charakteristikum jeder rechtlich verfassten Gesellschaft, auch auf internationaler Ebene.<sup>150</sup> Zwei Überzeugungen durchziehen Lauterpachts Konzeption des Völkerrechts. Er sieht in der Tatsache, dass Staaten als Rechtsanwender und -interpreten stets Richter in eigener Sache seien, *das* zentrale Problem der Weltordnung.<sup>151</sup> Zweitens widersetzt er sich dezidiert einem Werterelativismus.<sup>152</sup> Die Moral

148 Manley O. Hudson, »The Permanent Court of International Justice – An Indispensable First Step«, in: *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 108 (1923), S. 188-192.

149 Manley O. Hudson, *Progress in International Organization*, Rothman, Littleton/Colorado 1981 [1932], S. 80.

150 Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, Longman, London 1934, S. 45-68; siehe auch ders., *The Development of International Law by the International Court*, Stevens & Sons, London 1958.

151 Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Anm. 150), S. 52-60; ders., »De l'interprétation des traités. Rapport et projet de résolutions«, in: *Annuaire de l'institut de droit international* 43 (1950), Bd. I, S. 366-434; Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations* (Anm. 130), S. 405.

152 Hersch Lauterpacht, »Kelsen's Pure Science of Law«, in: Elihu Lauterpacht



steht hinter der positiven Rechtsordnung und ermöglicht, Lücken zu füllen und das Recht im Sinne eines aufgeklärten Individualismus zu entfalten. Das Völkerrecht bildet danach ein System, in dem jeder Streitfall einer überzeugenden Lösung zugeführt werden kann.<sup>153</sup> Beide Stränge treffen sich in der herausragenden Stellung der internationalen Gerichtsbarkeit als über den Staaten stehender Instanz, die das Recht im Lichte der Moral weiterentwickeln soll. Es wiegt dabei nicht weiter schwer, dass eine internationale Legislative fehlt.<sup>154</sup> Der Richter wird zum aufgeklärten Herrscher.<sup>155</sup> Stimmen, die auf internationale Gerichte als Motoren der Rechtsentwicklung setzten, kamen dabei nicht allein aus der Rechtskultur des *common law*.<sup>156</sup> Nicolas Politis etwa argumentierte ganz ähnlich wie Lauterpacht.<sup>157</sup> Diese Stimmen hatten im Gerichtshof durchaus eine Resonanz.<sup>158</sup>

Diese Völkerrechtler sahen dabei die internationale Gerichtsbarkeit nicht unbedingt als Moment einer Entwicklung, die zu überstaatlichen politischen und administrativen Institutionen führen sollte oder gar zu einer universellen Föderation oder Weltstaatlichkeit. Gleichwohl war dieser Gedanke durchaus vorhanden, insbesondere in Deutschland.<sup>159</sup> Friedensbewegung und Völkerrechtswissenschaft nahmen dabei gerne auf Immanuel Kant Bezug.<sup>160</sup>

(Hg.), *International Law. Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Bd. 2, Teil 1, Cambridge University Press, Cambridge 1975, S. 404-430, hier S. 428.

153 Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Anm. 14), S. 60-69.

154 Ebd., S. 254-255.

155 Vgl. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations* (Anm. 130), S. 404: »In fact, Lauterpacht's utopia is a world ruled by lawyers.« Vgl. insbesondere Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Anm. 150), S. 155-223.

156 Vgl. nur Wehberg, »Das Problem eines internationalen Staatengerichtshofes« (Anm. 140), S. 11.

157 Politis, *La justice internationale* (Anm. 142), S. 178-184.

158 Ole Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice. The Rise of the International Judiciary*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, S. 394. Vgl. Steinberger, »The International Court of Justice« (Anm. 45), S. 214.

159 Vgl. nur Hudson, *Progress in International Organization* (Anm. 149), S. 72-88.

160 Für die Friedensbewegung, ohne Bezug zu Kant, doch ganz in dessen Duktus, siehe Fried, *Handbuch der Friedensbewegung* (Anm. 18), S. 20-23. Lammasch nennt Bezugnahmen auf das Projekt Kants jedoch »bloße Dekoration«: Lam-

Kant hatte in diversen Schriften, insbesondere in der berühmten Friedensschrift, die gestaltende Kraft des Rechts in den internationalen Beziehungen bekräftigt: Es sei ein Gebot der Vernunft, dass sich die Staaten in Analogie zu Individuen aus dem Naturzustand durch einen Vertragsschluss befreien und einer allgemeingültigen Rechtsordnung unterwürfen.<sup>161</sup> Das Völkerrecht solle in der Föderation unabhängiger Staaten gründen,<sup>162</sup> deren institutionelle Ausgestaltung Kant allerdings tunlich offenließ. Gerade deshalb erlaubt die Friedensschrift viele Bezugnahmen.<sup>163</sup>

Wenig später war es Hans Kelsen, der das kantianische Friedensprojekt mit einzigartigem Scharfsinn und Konstruktionskraft fortentwickelte. Zur Friedenssicherung durch das Völkerrecht mit einer umfassenden obligatorischen Gerichtsbarkeit sah er keine Alternative.<sup>164</sup> Nach Kelsen erfolgt die Evolution des Rechts in einem ständigen Prozess der Zentralisierung der Gewalten und der institutionellen Ausdifferenzierung der Rechtschöpfung und Rechtsanwendung. Es sei der allgemeine Gang der Dinge, dass sich die Rechtsanwendung zuerst zentralisiere, die Judikative also der Legislative vorausseile.<sup>165</sup> Für einen nachhaltigen internationalen Frieden müssten die Staaten sich einem ständigen internationalen Gericht

masch, »Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange« (Anm. 6), S. 37.

161 Immanuel Kant, »Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf«, in: Karl Vorländer (Hg.), *Immanuel Kant. Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, Felix Meiner, Hamburg 1964 [1795], S. 115-169, hier S. 130-135.

162 Ebd., S. 133-134.

163 Bodendiek, *Walther Schückings Konzeption der internationalen Ordnung* (Anm. 139), S. 117, 179-182 m. w. N. Siehe auch das Symposium »The European Tradition in International Law: Walther Schücking«, in: *European Journal of International Law* 22 (2011), S. 723-808; insbesondere: Frank Bodendiek, »Walther Schücking and the Idea of ›International Organization‹«, ebd., S. 741-754, hier S. 751-754; Mónica García-Salmones, »Walther Schücking and the Pacifist Tradition of International Law«, ebd., S. 755-782, hier S. 778-779; Jost Delbrück, »Law's Frontier – Walther Schücking and the Quest for the Lex Ferenda«, ebd., S. 801-808, hier S. 802-806.

164 Jochen von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Nomos, Baden-Baden 2001, S. 169; Danilo Zolo, »Hans Kelsen: International Peace through International Law«, in: *European Journal of International Law* 9 (1998), S. 306-324.

165 Hans Kelsen, *Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1942, S. 145-148.

unterwerfen.<sup>166</sup> Kelsen forcierte dieses Argument im Anblick des Zweiten Weltkrieges, rückblickend auf den schmachvollen Untergang des Völkerbundes und propositiv mit Blick auf die Gestaltung der Nachkriegsordnung. Der wesentliche Fehler in der Konstruktion des Völkerbundes sei es gerade gewesen, den Rat und nicht den StIGH als das zentrale Organ zu bestimmen. Jede Entscheidung musste im Rat mit Einstimmigkeit getroffen werden, und kein Mitglied konnte so gegen seinen Willen gebunden werden. Internationale Gerichte hingegen treffen ihre Entscheidung per Mehrheit; auf dieses Moment hob Kelsen besonders ab. Der Weg zu einer internationalen Friedensordnung, so Kelsen, könne daher allein über eine umfassende obligatorische Gerichtsbarkeit führen.<sup>167</sup>

Die Deutung internationaler Gerichte als Organe der internationalen Gemeinschaft, vertreten von Aktivisten der Friedensbewegung und von prominenten Vertretern der Völkerrechtswissenschaft, überwindet das monofunktionale Verständnis der Gerichte als bloßen Instrumenten der Streitbeilegung. Neben die Streitparteien tritt die internationale Gemeinschaft als normativer Bezugspunkt. Im Folgenden seien Spuren dieses Verständnisses in der Praxis des IGH aufgezeigt. Die Entfaltung beider Grundverständnisse erlaubt, das Schwanken des Gerichtshofs zu erfassen und zugleich den Gewinn einer multifunktionalen Analyse zu verdeutlichen.

## 2. Die andere Seite des IGH

Wie eingangs erwähnt, kann eine Institution durch mehrere Grundverständnisse geprägt werden. Dies ist beim Internationalen Gerichtshof nachweislich der Fall. Nicht alle Entscheidungen sind dem staatenorientierten Grundverständnis verpflichtet.<sup>168</sup> Bereits sein Vorgänger, der Ständige Internationale Gerichtshof, beschrieb sich vereinzelt wenn nicht als Institution einer internationalen Gemeinschaft, so doch als Organ der Völkerrechtsordnung.<sup>169</sup> In sei-

<sup>166</sup> Ebd., S. 150.

<sup>167</sup> Hans Kelsen, »International Peace – By Court or Government?«, in: *American Journal of Sociology* 46 (1941), S. 571-581.

<sup>168</sup> Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht* (Anm. 112), S. 305-306.

<sup>169</sup> So etwa in seinem prominenten Diktum: »From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts.« StIGH, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Judgment of 25 May 1926, P.C.I.J. Series A, No. 7, S. 19.

nem ersten Urteil zum *Corfu Channel*-Fall, das bereits zum ersten Grundverständnis angeführt wurde, sah der IGH seine Aufgabe auch darin, Respekt für das Völkerrecht zu sichern, also normative Erwartungen zu stabilisieren. Deshalb stellte er fest, dass die Handlungen der britischen Marine die Souveränität Albanien verletzen.<sup>170</sup> Es finden sich in den ersten Jahren des Gerichtshofs eine Reihe ähnlicher Aussagen.<sup>171</sup> So prüfte er im Gutachten zu *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime against Genocide* die Rechtmäßigkeit von Vorbehalten nicht nach überliefertem internationalem Recht, das die Zustimmung *aller* Vertragsparteien eingefordert hätte, sondern nach einem flexibleren Maßstab.<sup>172</sup> Auch betonte er, dass die Konvention universalen Werten diene. Gleichwohl rang er sich letztlich nicht dazu durch, dem gemeinschaftsorientierten Grundverständnis zu folgen. Wie bereits ausgeführt, befand er, im Gegensatz zur späteren Entscheidung des EGMR, dass mit der Konvention unvereinbare Vorbehalte keine Bindung begründen können (kein Wille, keine Verpflichtung).<sup>173</sup>

Deutlicher ist seine Entscheidung gegen Großbritannien zur norwegischen Basislinie für die Seezonen.<sup>174</sup> Der Gerichtshof urteilte auf eher dünner rechtlicher Grundlage und in einer Abwägung allgemeiner Prinzipien. In den Augen Hersch Lauterpachts handelte es sich gerade deswegen um eines der wichtigsten Urteile überhaupt.<sup>175</sup> In diesen Fällen der Anfangsjahre zeigt sich eine bemerkenswert unabhängige Positionierung des Gerichts.<sup>176</sup>

170 Siehe IGH, *Corfu Channel* (Anm. 62), S. 35.

171 Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Bd. I, 4. Aufl., Nijhoff, Leiden 2006, S. 19.

172 IGH, *Reservations* (Anm. 87), S. 21-22.

173 Ebd., S. 23-27. Siehe auch ebd., Joint Dissenting Opinion of Judges Guerrero, Mac Nair, Read and Hsu Mo, S. 31-48; vgl. Goodman, »Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent« (Anm. 88), S. 533-535. Zur konträren späteren Praxis des EGMR siehe unten Anm. 245. Der Zeitabstand zwischen den Urteilen ist gewiss erheblich, doch wohl nicht entscheidend.

174 IGH, *Fisheries* (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951, I. C. J. Reports 1951, S. 116.

175 Hersch Lauterpacht, in: *The Times* (London), 8 January 1952: »daring piece of judicial legislation«; zitiert in Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005* (Anm. 171), S. 20.

176 Georges Abi-Saab, »Cours général de droit international public«, in: *Recueil des cours* 207 (1987), S. 9-463, hier S. 258-261.



Das nächste bedeutende Zeugnis des gemeinschaftsorientierten Verständnisses findet sich erst im Jahre 1970, als der IGH das Rechtsinstitut von Pflichten gegenüber der »internationalen Gemeinschaft als Ganzem« schuf.<sup>177</sup> Es versteht sich vor dem Hintergrund der tiefen Krise, in die das Gericht in den 1960er Jahren geraten war. Deren Ursachen lagen zu einem Großteil außerhalb des IGH: Natürlich herrschte während des Kalten Krieges kein der internationalen Gerichtsbarkeit förderliches Klima. Nur wenige Staaten erkannten die Zuständigkeit des IGH nach Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut an, und manche zogen gar ihre Anerkennung zurück.<sup>178</sup> Doch die Krise war auch selbst verschuldet, insbesondere aufgrund seiner Entscheidungen in den Südwestafrika-Fällen. Der Gerichtshof hatte zuerst seine Zuständigkeit in der Frage bejaht, ob Südafrika mit dem Apartheidsregime in Südwestafrika seine Pflichten als Mandatsmacht verletzt hatte, dies wenig später jedoch verneint.<sup>179</sup> Es gebe im Völkerrecht kein Recht eines Staates, »rechtliche Schritte einzuleiten, um ein öffentliches Interesse durchzusetzen«.<sup>180</sup> Gerade afrikanische Staatenvertreter verstanden das Urteil als Schutz eines rassistischen Regimes und sahen sich in ihren Vorbehalten gegen die Institution bekräftigt.<sup>181</sup>

In dieser Lage erfragte der VN-Generalsekretär bei allen Mit-

177 IGH, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, I. C. J. Reports 1970, S. 3, Rn. 33.

178 Siehe Claud H. M. Waldock, »Decline of the Optional Clause«, in: *British Yearbook of International Law* 32 (1955-1956), S. 244-287; Leo Gross, »International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing Its Role in the International Legal Order«, in: *American Journal of International Law* 65 (1971), S. 253-326, hier: S. 262-263.

179 IGH, *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Judgment of 21 December 1962, I. C. J. Reports 1962, S. 319; IGH, *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Judgment of 18 July 1966, I. C. J. Reports 1966, S. 6; ähnliche Erwägungen mögen den IGH im Genozid-Verfahren geleitet haben, siehe Evelyne Lagrange, »La cohérence de la chose jugée«, in: *Annuaire français de droit international* 53 (2007), S. 1-42, hier S. 20-21.

180 IGH, *South West Africa Cases*, Judgment of 18 July 1966 (Anm. 179), Rn. 88. Vgl. Simma, »From Bilateralism to Community Interest« (Anm. 67), S. 295 (»This is traditional bilateralism at its clearest!«).

181 Edward McWhinney, »Judicial Settlement of Disputes. Jurisdiction and Justiciability«, in: *Recueil des cours* 221 (1990), S. 9-194, hier S. 37-40.



gliedern deren Einschätzung des IGH.<sup>182</sup> Das Ergebnis war er-  
nüchternd. Bezeichnend ist die ghanaische Stellungnahme. Der  
Gerichtshof stünde besser da, »if international law were more  
progressive and did not reflect outmoded conservative thought  
reminiscent of imperialism«. <sup>183</sup> Zugespitzt formuliert erschien  
der Gerichtshof als zu sehr von Großmächten dirigiert und dem  
europäisch geprägten Völkerrecht zu eng verbunden. Ein stärker  
gemeinschaftsorientiertes Grundverständnis erschien wichtigen  
Stimmen als Weg aus der Krise. C. Wilfried Jenks urteilte bereits  
1964 in *The Prospects of International Adjudication*:

The development of the principal judicial organ of the United Nations  
into the supreme court of mankind represents a vision for the future rather  
than a programme of immediately practicable action, but ›where there is no  
vision the people perish‹; all which we cherish most in our existing heritage  
of law and freedom is due to the visionaries of long ago.<sup>184</sup>

Wohl inspiriert von solchen Überlegungen schuf der Gerichtshof im  
*Barcelona-Traction-Fall* das Rechtsinstitut von Pflichten der Staaten  
gegenüber der »internationalen Gemeinschaft als Ganzem«. <sup>185</sup> Zu  
solchen *Erga-omnes*-Pflichten, so das Gericht, gehörten neben dem  
Gewaltverbot das Verbot des Völkermordes und die Achtung fun-  
damentaler Menschenrechte.<sup>186</sup> Im späteren *Namibia*-Gutachten  
argumentierte das Gericht dann zudem, dass »interpretation can-  
not remain unaffected by the subsequent development of law [...].  
Moreover, an international instrument has to be interpreted and  
applied within the framework of the entire legal system prevailing  
at the time of the interpretation«. <sup>187</sup> Der IGH akzeptierte zaghaft  
ein dynamischeres Rechtsverständnis, und es zeigten sich in seinen

182 Steinberger, »The International Court of Justice« (Anm. 45), S. 225-235.

183 Zitiert ebd., S. 226-227.

184 Clarence W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, Stevens & Sons,  
London 1964, S. 777.

185 IGH, *Barcelona Traction* (Anm. 177), Rn. 33.

186 Ebd., Rn. 34.

187 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, Rn. 53.  
Siehe auch IGH, *Aegean Sea Continental Shelf* (Greece v. Turkey), Judgment of  
19 December 1978, I. C. J. Reports 1978, S. 3, Rn. 75-80.

Begründungen vermehrt Spuren der Idee einer gemeinschaftlichen Rechtsordnung.<sup>188</sup>

Solche Spuren nahm Hermann Mosler in seiner Haager Akademievorlesung auf, welche das Völkerrecht als Rechtsordnung einer Gemeinschaft vorstellte, in welcher alle Subjekte zugleich Mitglieder seien. Das Völkerrecht ist danach nicht bloß ein Netz bilateraler Beziehungen zwischen unabhängigen Staaten. Anhand der Mechanismen der Streitbeilegung entscheide sich dann, ob diese internationale Gesellschaft eine Gemeinschaft unter der Herrschaft des Rechts darstellt.<sup>189</sup> Im Gerichtsverfahren wird der Streit »depolitisiert« und einem geordneten Verfahren unterworfen, in dem von unabhängigen Richtern nach objektiven Maßstäben entschieden wird.<sup>190</sup> Gerichte stehen dabei im Dienste des Friedens, doch dazu muss ihre Rechtsprechung das Recht weiterentwickeln.<sup>191</sup> Dieses gemeinschaftsorientierte Grundverständnis fand im IGH durchaus Anklang.

Das gemeinschaftsbezogene Grundverständnis tritt besonders oft auf, wenn es um Fragen der Zuständigkeit geht.<sup>192</sup> Bemerkenswert und unter dem gemeinschaftsbezogenen Grundverständnis zu begrüßen war insbesondere die Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage Nicaraguas gegen die Vereinigten Staaten im *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*.<sup>193</sup> Am 9. April 1984 beantragte Nicaragua beim Internationalen Gerichtshof die Einleitung eines Verfahrens. Nun hatten die Vereinigten Staaten von diesem Plan erfahren und kurz vor Klageerhebung eine Erklärung eingereicht, wonach unter anderem fortan alle Streitigkeiten mit zentralamerikanischen Staaten von der Zuständigkeit des Gerichts ausgeschlossen sein sollten. Diese Erklärung hielt das Gericht allerdings nicht davon ab, seine Zuständigkeit zu bejahen. Die Vereinigten Staaten blieben auf der

188 Vgl. die Spannung innerhalb des Urteils im Gabčíkovo-Nagymaros-Fall, IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros* (Anm. 82), Rn. 112.

189 Mosler, »The International Society as a Legal Community« (Anm. 110), S. 11-12.

190 Ebd., S. 300.

191 Ebd., S. 305-306.

192 Art. 36 Abs. 6 IGH-Statut. Vgl. beispielhaft IGH, *Right of Passage over Indian Territory* (Portugal v. India), Judgment of 26 November 1957, I. C. J. Reports 1957, S. 125.

193 Abi-Saab versteht den *Nicaragua*-Fall als Scheidepunkt zu einer neuen Periode. Abi-Saab, »Cours général de droit international public« (Anm. 176), S. 272-274.

Grundlage ihrer Unterwerfungserklärung von 1949 verpflichtet, so das Gericht, denn das Prinzip des *good faith* erlaube im gegenwärtigen Fall keine *Ad-hoc*-Änderung der Zuständigkeitsanerkennung.<sup>194</sup> Auch mit Blick auf Nicaragua befand das Gericht, dass dessen Bindungswillen hinreichend begründet sei, wenngleich die Ratifikationsurkunde zu Nicaraguas Unterwerfungserklärung von 1929 nie beim Generalsekretär des Völkerbundes eingegangen war.<sup>195</sup> Weder dies noch die Änderung der Unterwerfungserklärung der Vereinigten Staaten brachten den Gerichtshof davon ab, seine Zuständigkeit zu bejahen.<sup>196</sup> Zudem, so der IGH, rüttele es nicht an seiner Zuständigkeit, dass der Fall politische Implikationen habe oder gewichtige sicherheitsrelevante Fragen aufwerfe.<sup>197</sup> Zweifels- ohne handele es sich um einen Streit »hochpolitischer Natur«, dies ändere aber nichts an den rechtlichen Fragen.<sup>198</sup> Materiellrechtlich vertrat der Gerichtshof die gewohnheitsrechtliche Geltung des Gewaltverbots, dessen weite Auslegung sowie ein enges Verständnis des Selbstverteidigungsrechts.<sup>199</sup>

Das Urteil hat den praktischen und rechtswissenschaftlichen Diskurs tief geprägt. Der Gerichtshof hat völkerrechtliche Normativität generiert und stabilisiert sowie staatliche Machtausübung kontrolliert. Aus der Perspektive des zweiten Grundverständnisses

194 IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 26 November 1984, I. C. J. Reports 1984, S. 392, Rn. 59-60; mit Verweis auf IGH, *Nuclear Tests Case* (New Zealand v. France), Judgment of 20 December 1974, I. C. J. Reports 1974, S. 457, Rn. 46; IGH, *Nuclear Tests* (Anm. 85), Rn. 43.

195 IGH, *Nicaragua* (Anm. 194), Rn. 36-39.

196 Näher zu den Umständen und Konsequenzen der Entscheidung Lori Fisler Damrosch, »The Impact of the *Nicaragua* Case on the Court and Its Role: Harmful, Helpful, or In Between?«, in: *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), S. 135-147.

197 IGH, *Nicaragua* (Anm. 194), Rn. 96.

198 Ebd., Rn. 98. Vgl. IGH, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran), Judgment of 24 May 1980, I. C. J. Reports 1980, S. 3, Rn. 35-38.

199 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, S. 14, Rn. 187-201. Vgl. Cristina Hoss u. a., »*Nicaragua*: 25 Years Later«, in: *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), S. 131-133, hier S. 132-133; Marcelo Cohen, »The Principle of Non-Intervention 25 Years after the *Nicaragua* Judgment«, in: *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), S. 157-164, hier S. 157.

geradezu spektakulär formulierte der IGH im *Oil Platforms*-Fall grundlegende Aussagen über das Gewaltverbot, obwohl er schließlich zum Schluss kommen musste, dass er keine Zuständigkeit besaß. Er ließ sich nicht die Gelegenheit entgehen, zur normativen Entwicklung des Völkerrechts beizutragen und seine Rechtsprechung aus dem *Nicaragua*-Urteil zum Gewaltverbot und zum Selbstverteidigungsrecht zu festigen.<sup>200</sup> Im *Oil Platforms*-Fall und seinen individuellen oder dissentierenden Voten zeigen sich deutlich unterschiedliche Konzeptionen der internationalen Ordnung sowie der Rolle des Gerichts. Während die einen es als geboten ansahen, dass der IGH als Gemeinschaftsorgan zur Generierung und Stabilisierung normativer Erwartungen sowie zur Sicherung fundamentaler Gemeinschaftsinteressen beitragen müsse,<sup>201</sup> betonten andere, dass der mangelnde Konsens der Streitparteien dies schlicht nicht zulasse.<sup>202</sup>

Das gemeinschaftsorientierte Verständnis liegt auch einigen Gutachten zugrunde.<sup>203</sup> Im *Wall*-Gutachten äußerte sich der IGH zum Selbstverteidigungsrecht und zum Verhältnis zwischen Besatzungsrecht und menschenrechtlichen Verpflichtungen.<sup>204</sup> Er bekräftigte die Doktrin der *Erga-omnes*-Verpflichtungen aus *Barcelona Traction*, wiederholte mit Verweis auf *East Timor*, dass das Recht auf Selbstbestimmung gegenüber allen Mitgliedern der internationalen Gemeinschaft wirke, und erinnerte unter Bezug auf sein *Nuclear Weapons*-Gutachten, dass es viele Regeln des Kriegsrechts gebe, die so fundamental für den Schutz der Menschen seien, dass man sie als *elementary considerations of humanity* begreifen müsse. Aufgrund dieser Gemeinschaftsordnung habe jeder Staat die

200 IGH, *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 6 November 2003, I. C. J. Reports 2003, S. 161, Rn. 43-78.

201 Ebd., Separate Opinion of Judge Simma, Rn. 5.

202 IGH, *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 12 December 1996, I. C. J. Reports 1996, S. 803, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel; IGH, *Oil Platforms* (Anm. 200), Separate Opinion of Judge Buergenthal, Rn. 20-32, und Separate Opinion of Judge Owada, Rn. 12-13.

203 Sicher nicht konstant, wie schon das oben diskutierte *Kosovo*-Gutachten zeigt, IGH, *Kosovo* (Anm. 91).

204 IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, I. C. J. Reports 2004, S. 136, Rn. 86-160.



Pflicht, Situationen, die aus einer Verletzung der grundlegenden Regeln resultieren, nicht anzuerkennen und nicht zu fördern. Er müsse ihnen vielmehr entgegenwirken, wobei der Gerichtshof offenließ, ob dies auch durch andernfalls illegale Gegenmaßnahmen geschehen dürfe. Das Gutachten zeigt in seiner engen Verknüpfung mit früheren Entscheidungen, mit dem wissenschaftlichen Diskurs und mit der Arbeit der Völkerrechtskommission zur Staatenverantwortlichkeit, wie der Gerichtshof bisweilen strategisch die Völkerrechtsordnung im Lichte fundamentaler Grundsätze vorantreibt. Aber eben keineswegs immer. Er schwankt vielmehr, und dieses Schwanken kann in hermeneutischer Sicht als Schwanken zwischen den Grundverständnissen gedeutet werden.

Ähnlich wie im *Oil Platforms*-Fall zeigen sich die divergierenden Grundverständnisse im *Arrest Warrant*-Fall. Verletzt ein belgischer Haftbefehl, der den kongolesischen Außenminister wegen mutmaßlicher internationaler Verbrechen zur Verantwortung ziehen will, dessen Immunität? Belgien argumentierte, dass sich die völkergewohnheitsrechtlich begründete Immunität nicht auf Verfahren zur Verfolgung von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit erstrecke. Das IGH-Urteil formulierte hingegen apodiktisch, es gebe im Völkergewohnheitsrecht bei völkerrechtlich geächteten Verbrechen keine Ausnahme vom Immunitätsschutz vor nationalen Gerichten,<sup>205</sup> äußerte sich aber nicht zur prinzipiellen Rechtmäßigkeit universeller Jurisdiktion. Damit blieb das Urteil einerseits minimalistisch und andererseits offen. Die individuellen und dissentierenden Voten zeigen, wie sehr das Verständnis der Richter über die internationale Ordnung und die Rolle des Gerichts divergieren.<sup>206</sup> Während die Richter Higgins, Kooijmans und Buergenthal auf die Interessen der internationalen Gemeinschaft verweisen und festhalten, es gebe durchaus einen Trend zur universalen Zuständigkeit für internationale Verbrechen, weist Richter Guillaume das Argument, nationale Organe sollten zu Agenten einer »ill-defined ›international community« werden, entschieden zurück.<sup>207</sup>

205 IGH, *Arrest Warrant* (Anm. 84), Rn. 58.

206 So auch Matthias Goldmann, »Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 15), Rn. 23-24.

207 IGH, *Arrest Warrant* (Anm. 84), Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans, Buergenthal, Rn. 51, 75, sowie Separate Opinion of President Guillaume, Rn. 15.



Das Urteil versteht sich als Versuch, eine vermittelnde Position zwischen grundlegend divergierenden Vorstellungen internationaler Ordnung und internationaler Gerichtsbarkeit zu finden.

Befürworter einer starken internationalen Gerichtsbarkeit werden in der Praxis des IGH durchaus fündig.<sup>208</sup> Schon 1990 erkennt Edward McWhinney eine neue »community policy-making [and] legislative role that the Court majority increasingly sees for itself«. <sup>209</sup> Bardo Fassbender versteht Art. 9 IGH-Statut, wonach die Richter »in ihrer Gesamtheit eine Vertretung der großen Kulturkreise und der hauptsächlichen Rechtssysteme der Welt gewährleisten«, als von der Idee einer »Repräsentation der existierenden internationalen Gemeinschaft« getragen.<sup>210</sup> Der IGH-Richter Antônio Augusto Cançado Trindade präsentiert in seinem *General Course* an der Haager Völkerrechtsakademie den IGH als Garanten elementarer Werte und Organ der progressiven Entwicklung des Rechts im Interesse der Menschheit.<sup>211</sup> Das universalistische Paradigma lebt im IGH. Man denke an die Verpflichtungen *erga omnes* oder das *ius cogens* und an prononcierte individuelle und dissentierende Voten.<sup>212</sup>

### 3. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte

Gleichwohl sind es vor allem jüngere Gerichte, die primär dem Grundverständnis internationaler Gerichte als Organen der internationalen Gemeinschaft verbunden sind, etwa der Europäische

208 Insbesondere in jüngeren Urteilen tritt das gemeinschaftsorientierte Grundverständnis vermehrt auf, IGH, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010, I. C. J. Reports 2010, S. 14; IGH, *Dispute Regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment of 13 July 2009, I. C. J. Reports 2009, S. 213; IGH, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012.

209 McWhinney, »Judicial Settlement of Disputes« (Anm. 181), S. 191.

210 Bardo Fassbender, Art. 9, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 47), Art. 9, Rn. 52.

211 Cançado Trindade, »International Law for Humankind (II)« (Anm. 120), S. 21-23.

212 IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros* (Anm. 82), Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, S. 117-118; IGH, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy), Judgment of 3 February 2012, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, Rn. 117-316.

Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Der EGMR ist Teil der Neugestaltung der europäischen Ordnung nach dem Zweiten Weltkrieg. Er beruht auf dem Vorsatz, Menschenrechtsverletzungen auf dem Kontinent zu verhindern<sup>213</sup> und demokratische Ordnung abzusichern.<sup>214</sup> Auf dem Haager Europa-Kongress 1948 erhoben zivilgesellschaftliche Akteure die Forderung nach einem europäischen Gericht mit diesem Auftrag. Das zweite Grundverständnis war dabei von Anfang an stark präsent. Nach Winston Churchill, Schirmherr des Europa-Kongresses, würde ein solches Gericht das »Urteil der zivilisierten Welt« sprechen.<sup>215</sup>

Die weitere Entwicklung kann anhand der beiden ersten Grundverständnisse plastisch dargestellt werden. Ungeachtet der frühen Bedeutung des gemeinschaftsbezogenen Grundverständnisses war zunächst das staatenorientierte Grundverständnis dominierend. Im Rahmen des 1949 gegründeten Europarates liefen die Diskussionen für einen Menschenrechtsgerichtshof weiter, jedoch widersetzten sich Regierungsvertreter einer starken Gerichtsbarkeit mit individueller Beschwerdemöglichkeit. Stattdessen errichteten sie mit der Europäischen Menschenrechtskonvention einen Mechanismus, der den Regierungen erhebliche Einflussmöglichkeiten gewährte. Viele sahen die Konvention in der wichtigen, jedoch eng umgrenzten Rolle, die Konventionsstaaten bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen zu alarmieren. Ein Gericht sollte dabei keine gewichtige Rolle spielen.<sup>216</sup>

Vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte, 1954 mit Sitz in Straßburg errichtet, konnten Staaten ein Verfahren

213 Ed Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 45-49.

214 Ebd., S. 6-8; vgl. weiter Andrew Moravcsik, »The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe«, in: *International Organization* 54 (2000), S. 217-252, hier S. 220-243.

215 »[...] judgment of the civilised world«, in: A. Robertson (Hg.), *Collected Edition of the »Travaux Préparatoires« of the European Convention on Human Rights*, Bd. 1, Nijhoff, Den Haag 1975, S. 34. Ähnlich Pierre-Henry Teitgen, »Presentation of the Report of the Committee on Legal and Administrative Questions«, in: ebd., S. 264-294, hier S. 292.

216 Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights* (Anm. 213), S. 8-10.

gegen andere Konventionsstaaten anstrengen.<sup>217</sup> Auch natürliche Personen konnten, soweit die Vertragsstaaten eine entsprechende Erklärung abgegeben hatten, die Kommission mit einem Gesuch befassen, wenn sie sich in ihren Konventionsrechten verletzt sahen und den innerstaatlichen Rechtsweg erschöpft hatten.<sup>218</sup> Es war sodann der Kommission aufgetragen, in einem kontradiktorischen Verfahren Tatsachen festzustellen, gegebenenfalls eine Untersuchung aufzunehmen und den Streit einer gütlichen Einigung zuzuführen.<sup>219</sup> Soweit das nicht gelang, verfasste die Kommission nach Art. 31 EMRK (ursprüngliche Fassung) einen Bericht, den sie dem Ministerkomitee und den beteiligten Staaten vorlegte.<sup>220</sup> Die Kommission konnte zudem ein Verfahren vor dem Gerichtshof anstrengen, soweit die involvierten Staaten dessen Zuständigkeit anerkannt hatten. Vor dem Gerichtshof konnten allein die Kommission und die Konventionsstaaten als Parteien auftreten, nicht aber der Beschwerdeführer selbst. Bei Anerkennung der Zuständigkeit konnten zudem zwischenstaatliche Verfahren durchgeführt werden.<sup>221</sup> Über die Durchführung der Gerichtsurteile wachte der Ministerausschuss (jetzt Ministerkomitee).<sup>222</sup>

Der Zugang zum Gericht führte durch das Nadelöhr der Kommission.<sup>223</sup> Viele Konventionsstaaten, so auch Deutschland, unterwarfen sich dem Gerichtshof zunächst nur auf begrenzte Zeit. Die Gerichtsbarkeit war derart schwach, dass der belgische Richter Henri Rolin 1965 in einem viel beachteten Aufsatz fragte: »Has the European Court of Human Rights a Future?«<sup>224</sup> Rolin war wie viele skeptisch, weil der EGMR in ein System eingebettet war, welches

217 Art. 24 EMRK urspr. Fassung, BGBl. 1952 II, S. 685 (692). Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, in Kraft seit dem 3. September 1953.

218 Art. 25-27 EMRK urspr. Fassung.

219 Art. 28 EMRK urspr. Fassung.

220 Art. 31 Abs. 2 EMRK urspr. Fassung.

221 Art. 48 EMRK urspr. Fassung.

222 Art. 54 EMRK urspr. Fassung.

223 Vgl. Mikael R. Madsen, »Legal Diplomacy. Die europäische Menschenrechtskonvention und der Kalte Krieg«, in: Stefan-Ludwig Hoffmann (Hg.), *Moralpolitik. Geschichte der Menschenrechte im 20. Jahrhundert*, Wallstein, Göttingen 2010, S. 169-195, hier S. 177-182.

224 Henri Rolin, »Has the European Court of Human Rights a Future?«, in: *Harvard Law Journal* 11 (1965), S. 442-451.

tiefe Spuren eines staatenorientierten Verständnisses internationaler Ordnung aufzeigte. Dies sollte sich allerdings grundlegend ändern.<sup>225</sup>

Unter der Präsidentschaft Rolins urteilte das Gericht 1968 erstmals, dass ein Vertragsstaat die Konvention verletzt habe.<sup>226</sup> Im grundlegenden *Belgischen Sprachenfall*<sup>227</sup> entschieden die Richter mit knapper Mehrheit gegen Belgien, dass ein Teil des hochpolitischen belgischen Sprachenregimes diskriminierte (Verstoß gegen Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 2 Erstes Zusatzprotokoll). Schon in der Zuständigkeitsprüfung war Belgien mit dem Argument gescheitert, die Sprachengesetzgebung liege außerhalb des Anwendungsbereichs der Konvention, da hochpolitisch und Teil seiner *domaine réservé*.<sup>228</sup> Einstimmig wies der Gerichtshof dies zurück: Sobald ein Fall die Anwendung der Konvention betreffe, sei seine Zuständigkeit gegeben; eine *domaine réservé* gebe es nicht.<sup>229</sup> Wahrhaft zukunftsweisend betonte der Gerichtshof weiter, die Konventionsrechte müssten so ausgelegt werden, dass sie ihre volle Wirksamkeit entfalten könnten.<sup>230</sup> Insgesamt positionierte sich der Gerichtshof als Gemeinschaftsorgan mit erheblicher Autonomie gegenüber den Konventionsstaaten.<sup>231</sup>

225 Zu dieser Transformation Mikael R. Madsen, »The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence«, in: Jonas Christoffersen, Mikael R. Madsen (Hg.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford 2011, S. 43-60.

226 EGMR, *Neumeister v. Austria*, App. No. 1936/63, Judgment of 27 June 1968, Series A, No. 8.

227 EGMR, *Case »Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium«*, App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment of 23 July 1968, Series A, No. 6.

228 EGMR, *Case »Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium«*, App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment of 9 February 1967, Series A, No. 5.

229 Ebd.

230 EGMR, *Case »Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium«* (Anm. 227), S. 28.

231 Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights* (Anm. 213), S. 225-238; W. Paul Gormley, »The Development of International Law through Cases from the European Court of Human Rights: Linguistics and Detention Disputes«, in: *Ottawa Law Review* 2 (1967-1968), S. 382-422, hier S. 393-405. Bereits die Menschenrechtskommission entwickelte zuvor, dass Konventionsrechte objektiven Charakters seien, individuelle Menschenrechte schützten



Das Vereinigte Königreich, dem staatenorientierten Verständnis besonders verbunden, erwog im Folgenden, sich der Gerichtsbarkeit des EGMR zu entziehen, zumal es in einer Reihe von Fällen unterlag. Im Außenministerium hatte man sich in der möglichen Wirkungsmacht des Gerichts wohl verschätzt.<sup>232</sup> Wichtig ist der Fall *Golder v. The United Kingdom*, in dem es um die Rechte von Gefängnisinsassen ging. Golder beabsichtigte, ein Zivilverfahren gegen einen Aufseher wegen übler Nachrede (*libel*) anzustrengen, und wollte sich von einem Anwalt beraten lassen. Dies wurde ihm verweigert, worauf Golder bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte Beschwerde einlegte. Das Vereinigte Königreich trug ganz im Duktus des *Lotus*-Prinzips vor, die Konvention sei als Vertrag zwischen souveränen Staaten eng auszulegen.<sup>233</sup> Der Gerichtshof befand hingegen, das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) gewährleiste den Zugang zu einem Gericht. Zudem liege in der Verweigerung ein ungerechtfertigter Eingriff in Golders Recht auf briefliche Korrespondenz (Art. 8 EMRK). Die Ausführungen zur Interpretationsmethode sind besonders aufschlussreich. Der EGMR orientiert seine Interpretation an der Präambel und am Prinzip der Rechtsstaatlichkeit. Die Konvention müsse unter Berücksichtigung von Ziel und Zweck ausgelegt werden, so dass in konkreten Konfliktsituationen tatsächlich Nutzen aus den niedergelegten Rechten gezogen werden könne. Zudem seien bei der Interpretation alle einschlägigen Regeln des Völkerrechts zwischen den Parteien zu berücksichtigen, was nach Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut allgemeine Rechtsgrundsätze umfasse. Einen zivilrechtlichen Fall vor einen Richter bringen zu können sei ein solcher anerkannter Rechtsgrundsatz ebenso wie das Verbot der Rechtsverweigerung. Art. 6 EMRK sei in diesem Lichte zu lesen.<sup>234</sup>

und eben keine reziproken Rechte der Staaten seien; siehe EKMR, *Austria v. Italy*, App. No. 788/60, Decision of 11 January 1961, 4 Yearbook of the European Convention on Human Rights (1961), S. 116.

232 Zur ursprünglichen Erwartungshaltung Anthony Lester, »U. K. Acceptance of the Strasbourg Jurisdiction: What Really Went on in Whitehall in 1965«, in: *Public Law* (1998), S. 237-253.

233 EGMR, *Golder v. The United Kingdom*, App. No. 4451/70, Report of 1 June 1973, Series B, No. 16, Rn. 15: »Limitations of this kind on the free exercise of sovereignty are not to be presumed.«

234 EGMR, *Golder v. The United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, Series A, No. 18, Rn. 26-36.



Wenig später, in *Tyrer v. The United Kingdom*, formulierte das Gericht schließlich wegweisend, dass die Konvention ein *living instrument* sei und im Lichte der Gegenwart interpretiert werden müsse.<sup>235</sup> Diese Interpretationsfigur stärkt weiter seine Autonomie gegenüber den Konventionsstaaten. Konkret ging es um die Bestrafung durch Stockschläge, die gegen Tyrer, einen damals fünfzehnjährigen Schüler auf der Isle of Man, in der Schule vollzogen wurde. Das Gericht bewertete dies als erniedrigende Strafe in Verletzung des Artikels 3 EMRK.

In *Sunday Times v. The United Kingdom* befand der EGMR, dass die einstweilige Anordnung eines britischen Gerichts, welche die Veröffentlichung einer Reportage zu einem Medikamentenskandal beschränkte, einen unzulässigen Eingriff in die Meinungs- und Pressefreiheit des Artikels 10 EMRK darstellte. Ein zentrales Thema war die richterliche Prüfdichte. Gegen das Vereinigte Königreich, das einen Ermessensspielraum verlangte,<sup>236</sup> befand der Gerichtshof, dass eine Beschränkungsmöglichkeit von Rechten allgemein eng auszulegen sei.<sup>237</sup> Mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung stärkte der Gerichtshof seine Position weiter und unterzog die staatliche Ausübung öffentlicher Gewalt einer zunehmend engen Kontrolle anhand der Konvention, wenngleich flexibel gehalten durch die Doktrin des Ermessensspielraums (*margin of appreciation*).<sup>238</sup> Ungeachtet dieser zunehmend selbstbewussten Rechtsprechung des EGMR als Gemeinschaftsorgan akzeptierten immer mehr Konventionsstaaten seine Zuständigkeit. In jener Zeit erwachte, wie

235 EGMR, *Tyrer v. The United Kingdom*, App. No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978, Series A, No. 26, Rn. 31; dazu Rudolf Bernhardt, »Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights«, in: *German Yearbook of International Law* 42 (1999), S. 11-25, hier S. 17-20.

236 EGMR, *Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1)*, App. No. 6538/74, Report of 18 May 1977, Series B, No. 28 (1982), Rn. 153-159.

237 EGMR, *Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1)*, App. No. 6538/74, Judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30, Rn. 62-67.

238 Manche Beobachter meinen, dass der Gerichtshof sie insbesondere zum Schutz mächtiger Staaten anwende. Hierzu Yuval Shany, »Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?«, in: *European Journal of International Law* 16 (2006), S. 907-940, hier S. 912; Eyal Benvenisti, »Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards«, in: *New York University Journal of International Law and Politics* 31 (1999), S. 843-854, hier S. 845-846.

Jochen A. Frowein es treffend ausdrückte, »a sleeping beauty«. <sup>239</sup> Auch das Vereinigte Königreich entzog sich – bislang <sup>240</sup> – nicht.

Es war für das gemeinschaftsorientierte Grundverständnis wichtig, dass eine Reihe von Staaten den Konventionsrechten innerstaatlich eine grundrechtliche Funktion zuwies. Frankreich, die Niederlande, Österreich, die Schweiz und auch das Vereinigte Königreich haben dies getan. <sup>241</sup> Nach dem Mauerfall wiesen auch viele der Transformationsstaaten der EMRK und ihrem Gerichtshof eine wichtige Rolle im nationalen Grundrechtsschutz zu. <sup>242</sup> Vor diesem legitimierenden Hintergrund machte der Gerichtshof mutige Schritte im Lichte des gemeinschaftsorientierten Grundverständnisses. Bahnbrechend war das Urteil in *Loizidou v. Turkey*, in dem es um die Rechte einer im Zuge der türkischen Besetzung Nordzyperns geflohenen Zypriotin an ihrem zurückgelassenen Eigentum ging. Der Gerichtshof erkannte eine Verletzung des Eigentumsrechts nach Art. 1 Erstes Zusatzprotokoll und verpflichtete die Türkei zu einer Entschädigung. <sup>243</sup> Wegweisend sind vor allem zwei Aussagen seiner Zuständigkeitsentscheidung: Der Gerichtshof entschied, dass sich die Konventionsverpflichtungen der Türkei auch auf Gebiete außerhalb des Staatsgebiets erstreckten, über die sie effektive Kontrolle ausübe. <sup>244</sup> Substanzielle oder territoriale

239 Jochen A. Frowein, »European Integration through Fundamental Rights«, in: *University of Michigan Journal of Law Reform* 18 (1984-1985), S. 5-27, hier S. 8.

240 Zu jüngsten Plänen in der gegenwärtigen britischen Regierungsmehrheit siehe Alice Donald u. a., *The UK and the European Court of Human Rights. Equality and Human Rights Commission Research Report 83*, Equality and Human Rights Commission Report Series, Manchester Spring 2012, S. 174-177 ([www.equalityhumanrights.com](http://www.equalityhumanrights.com)), letzter Zugriff 10.10.2012.

241 Christoph Grabenwarter, Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch*, 5. Aufl., C. H. Beck, München 2012, S. 15-18; ausführlich die Beiträge in Helen Keller, Alec Stone Sweet (Hg.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford 2008.

242 Ausführlich Mahulena Hofmann, *Von der Transformation zur Kooperationsoffenheit? Die Öffnung der Rechtsordnungen ausgewählter Staaten Mittel- und Osteuropas für das Völker- und Europarecht*, Springer, Berlin 2009.

243 EGMR, *Loizidou v. Turkey*, App. No. 15318/89, Judgment of 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI; EGMR, *Loizidou v. Turkey (Art. 50)*, App. No. 15318/89, Judgment of 28 July 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV.

244 EGMR, *Loizidou v. Turkey*, App. No. 15318/89, Judgment of 23 March 1995, Series A, No. 310, Rn. 62.

Beschränkungen, wie sie die Türkei in ihrem Vorbehalt formuliert hatte, seien nicht zulässig, da sie die Funktionstüchtigkeit von Kommission und Gericht ernsthaft schwächen und die »Effektivität der Konvention als Verfassungsinstrument der europäischen öffentlichen Ordnung« beeinträchtigen würden.<sup>245</sup> Die Unzulässigkeit der Vorbehalte führe aber nicht etwa dazu, dass für die Türkei das Vertragswerk nicht gelte. In einer gewagten Rechtsfortbildung statuierte der Gerichtshof vielmehr, dass die Türkei in vollem Umfang an die Konvention gebunden sei. Er positionierte sich so dezidiert als Gemeinschaftsorgan und leistete signifikante Beiträge zur materiellen Rechtsentwicklung, diametral entgegengesetzt zum Umgang des IGH mit einer vergleichbaren Frage im Gutachten zur Genozidkonvention.<sup>246</sup>

Das System der Europäischen Menschenrechtskonvention hat sich insgesamt, gerade auch dank neuer Protokolle und legislativer Maßnahmen der Konventionsstaaten, entgegen dem staatenorientierten Grundverständnis entwickelt. Besonders wichtig ist dabei die wachsende Rolle des Individuums. Anfangs gestand das Kontrollsystem Individuen nur eine enge Rolle zu. Nicht einmal die Berichte der Kommission wurden den Beschwerdeführern mitgeteilt. Ab Anfang der 1980er Jahre etablierte sich jedoch die Praxis, dass Rechtsbeistände der betroffenen Individuen vor dem Gerichtshof in gleicher Weise auftreten konnten wie Vertreter des betroffenen Konventionsstaats. Der Schwerpunkt des Kontrollsystems verlagerte sich zunehmend zum Gerichtshof. Mit dem Inkrafttreten des II. Zusatzprotokolls war 1998 ein Meilenstein erreicht. Das Protokoll schaffte die Kommission ab und etablierte den Gerichtshof als permanente Institution, die der Einzelne mit einer Individualbeschwerde direkt anrufen konnte.<sup>247</sup> Wie die Fallzahlen belegen,

<sup>245</sup> Ebd., Rn. 75 (»the Convention as a constitutional instrument of European public order [ordre public]«); vgl. zuvor EGMR, *Belilos v. Switzerland*, App. No. 10328/83, Judgment of 29 April 1988, Series A, No. 132, Rn. 50-60. Näher Hans-Konrad Ress, »Die Zulässigkeit territorialer Beschränkungen bei der Anerkennung der Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 56 (1996), S. 427-465, hier S. 427-438; Susan Marks, »Reservations Unhinged: The *Belilos* Case before the European Court of Human Rights«, in: *International and Comparative Law Quarterly* 39 (1990), S. 300-327.

<sup>246</sup> Oben (Anm. 87).

<sup>247</sup> Zur Einschätzung Alec Stone Sweet, »Sur la constitutionnalisation de la Con-

löste dies eine brisante Dynamik aus. Bis 1997 hatte das Gericht insgesamt nur 837 Fälle entschieden. Allein im Jahr 2001 entschied es 888 und seit 2006 weit mehr als 1000 Fälle jährlich. Die Zahl neuer Individualklagen ist stetig angestiegen, bis 2011 auf 64500 neue Klagen in nur einem Jahr bei insgesamt 161500 anhängigen Beschwerden.<sup>248</sup> Diese Masse an Fällen ist kaum zu bewältigen.<sup>249</sup>

Das Gericht nutzt die Krise, um sich im Sinne des zweiten Grundverständnisses fortzuentwickeln. Da viele Individualbeschwerden aus identischen Problemlagen resultieren, schlug es 2003 in einem Positionspapier vor, deren Ursachen mittels sogenannter Piloturteile anzugehen.<sup>250</sup> Danach würde das Gericht systemische Defizite identifizieren und den Staat verpflichten, seine Gesetzeslage anzupassen. Parallele Verfahren würden derweil ausgesetzt. Die Regierungsvertreter konnten sich im Rahmen der generellen Reformbemühungen zum 14. Zusatzprotokoll jedoch nicht darauf

vention européenne des droits de l'homme», in: *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 20 (2009), S. 923-944.

248 EGMR, *50 Years of Activity. The European Court of Human Rights. Some Facts and Figures*, Strasbourg April 2010; EGMR, *The European Court of Human Rights in Facts and Figures*, Strasbourg January 2012, beide verfügbar unter [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), letzter Zugriff 03.08.2012.

249 Dies hängt gewiss auch mit der räumlichen Ausdehnung zusammen. 1992 traten Ungarn, die Tschechische Republik, die Slowakei und Bulgarien bei, 1993 Polen, 1994 Rumänien und Slowenien, 1995 Litauen, 1996 Albanien, Andorra und Estland, 1997 Kroatien, »Mazedonien«, Lettland, die Ukraine und Moldawien und 1998 Russland. Seit 1999 Protokoll 11 in Kraft getreten ist, sind 2002 Armenien, Aserbajdschan und Bosnien und Herzegowina hinzugekommen, 2004 Serbien (und Montenegro), 2005 Monaco und 2006 Montenegro. Die EMRK erstreckt sich nun auf insgesamt 47 Staaten. Näher Christian Tomuschat, »The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions«, in: Rüdiger Wolfrum, Ulrike Deutsch (Hg.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Springer, Berlin 2009, S. 1-18, hier S. 10-13.

250 Drafting Group on the Reinforcement of the Human Rights Protection Mechanism (CDDH-GDR), *Position Paper of the European Court of Human Rights on Proposals for Reform of the European Convention on Human Rights and other Measures as Set Out in the Report of the Steering Committee for Human Rights of 4 April 2004 (CCDH(2003)006 final)*, 12 September 2003, Document CDDH-GDR (2003) 024, Rn. 12-15. Siehe auch Markus Fyrnys, »Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1231-1259, hier S. 1239-1241.



einigen, ein solches Verfahren einzurichten. Gleichwohl verfasste das Ministerkomitee eine Resolution, die das Gericht auffordert, in entsprechenden Fällen herauszustellen, was es als das zugrunde liegende systemische Problem ansehe, und so dazu beizutragen, angemessene Lösungen zu finden.<sup>251</sup> Zugleich empfahl das Komitee den Konventionsstaaten, zur Umsetzung solcher Urteile generelle Maßnahmen zu ergreifen.<sup>252</sup> Obwohl sich also die Konventionsstaaten nicht darauf einigen konnten, Pilotverfahren formal einzuführen, bereiteten sie im Ministerkomitee genau jenen Weg für den Gerichtshof.

Der EGMR verstand dies als Aufforderung zur substanziellen Rechtsfortbildung. Im wegweisenden Fall *Broniowski v. Poland* ging es um die Entschädigung für Grundeigentum, das der Kläger, wie auch 80 000 andere Betroffene, zwischen 1944 und 1953 in der östlichen Provinz Vorkriegspolens zwangsweise verlassen musste. In diesem ersten Piloturteil verpflichtete der Gerichtshof Polen, die Eigentumsrechte des Klägers und aller Individuen, die sich in seiner Position befinden, durch geeignete Gesetzgebung und Verwaltungspraxis effektiv zu schützen.<sup>253</sup> Dabei stützte er sich explizit auf die Resolution und die Empfehlung des Ministerkomitees.<sup>254</sup>

Die Piloturteile verschieben die Kompetenzgliederung des europäischen Menschenrechtsschutzes in mehreren Dimensionen.<sup>255</sup> Nach Art. 46 Abs. 1 EMRK steht es den Vertragsstaaten prinzipiell frei, wie sie die Urteile umsetzen, zumal Urteile des EGMR deklaratorisch sind, einen erfolgreich beanstandeten Rechtsakt also nicht aufheben. Das Ermessen der nationalen Ebene wird durch die konkreten Vorgaben in Piloturteilen nun stark verengt. Konzeptionell rechtfertigt sich dies durch das gemeinschaftsorientierte Grundverständnis, während eine solche substanzielle Fortentwicklung ohne

251 Committee of Ministers, *Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem*, 12 May 2004, Resolution 3 (2004).

252 Committee of Ministers, *Improvement of Domestic Remedies*, 12 May 2004, Recommendation 6 (2004).

253 EGMR, *Broniowski v. Poland*, App. No. 31443/96, Judgment of 22 June 2004, ECHR 2004-V, Rn. 4.

254 Ebd., Rn. 190, 193 (»threat to the future effectiveness of the Convention machinery«).

255 Im Detail Fyrnys, »Expanding Competences by Judicial Lawmaking« (Anm. 250), S. 1244-1251.



Vertragsänderung unter dem staatenorientierten Grundverständnis nur auf Ablehnung stoßen kann.<sup>256</sup>

Das gemeinschaftsorientierte Grundverständnis zeigt sich weiter in der Begründungsfigur der gemeineuropäischen Rechtsauffassung (*European consensus*). In wichtigen Urteilen rechtfertigt der Gerichtshof eine Interpretation, welche den Anwendungsbereich eines Konventionsrechts zulasten eines Konventionsstaats ausdehnt, oft damit, dass das Tun des Beschwerdeführers nach einem klaren internationalen Trend schutzwürdig sei.<sup>257</sup> Damit wird die EMRK zu einem Transmissionsriemen, der ein Freiheitsverständnis innerhalb der Gemeinschaft der Konventionsstaaten auf alle überträgt.

Das Beispiel des EGMR verdeutlicht die Multifunktionalität internationaler Gerichte. Seine Rolle als Institution des Grundrechtsschutzes steht in deutlichem Kontrast zum Internationalen Gerichtshof. Diese andere Ausrichtung wird durch zahlreiche Umstände begünstigt, namentlich die zwingende Zuständigkeit, das individuelle Klagerecht, die Abstützung durch nationales Verfassungsrecht, den kleineren Kreis der Vertragsstaaten sowie den Fokus auf einen Bereich, in dem justizieller Protagonismus anerkannt ist. Es geht eben nicht um einen bilateralen Streit, sondern um die Durchsetzung von Menschenrechten.

Der EGMR hat eine dichte Rechtsschicht über die nationalen Verfassungsordnungen gelegt, die, ähnlich wie die Rechtsprechung staatlicher Verfassungsgerichte, normative Erwartungen schafft, stabilisiert und fortentwickelt. Diese über den Einzelfall hinauschießende Dimension hat der Gerichtshof schon früh explizit anerkannt. Im Urteil zur Staatenbeschwerde, die Irland gegen das Vereinigte Königreich in Reaktion auf die Terrorismusbekämpfung und genutzte Verhörmethoden im Nordirland-Konflikt angestrengt hatte, hielt der Gerichtshof fest, seine Urteile dienten nicht allein dazu, die vorgebrachten Fälle zu entscheiden, sondern

256 Vladimiro Zagrebelsky, »Questions autour de Broniowski«, in: Lucius Caflisch u. a. (Hg.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber. Human Rights – Strasbourg Views*, Engel, Kehl 2007, S. 521-535.

257 EGMR, *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, App. No. 28957/95, Judgment of 11 July 2002, ECHR 2002-VI, Rn. 84-92; siehe auch EGMR, *Hirst v. The United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, Judgment of 6 October 2005, ECHR 2005-IX, Rn. 78-82; EGMR, *Konstantin Markin v. Russia*, App. No. 30078/06, Judgment of 22 March 2012, Rn. 99-100, 126.

auch dazu, die Konventionsrechte zu schützen, zu verdeutlichen und weiterzuentwickeln.<sup>258</sup> Später führte er aus, dass er in der Regel seinen Präjudizien folge, da dies der Rechtssicherheit und der geordneten Entwicklung des Fallrechts diene.<sup>259</sup> Schließlich ist unzweifelhaft, dass er die Ausübung öffentlicher Gewalt auf nationaler Ebene kontrolliert und legitimiert. Dies führt unweigerlich zu Nachfragen.<sup>260</sup>

#### 4. Internationale Strafgerichtshöfe

Ähnlich unplausibel wie für den EGMR erscheint das staatenorientierte Grundverständnis für internationale Strafgerichte. Unter allen internationalen Gerichten sind sie dem Gedanken der Gemeinschaft besonders eng verbunden. Gewiss gibt es Lesarten, die sie als Instrumente mächtiger Staaten deuten.<sup>261</sup> Gänzlich auszuschließen ist das nicht. Diese Studie geht dem jedoch nicht nach, da sie nicht nach Ursachen und Motiven fragt, sondern nach Gründen, die sich in der Entscheidungspraxis manifestieren.

Das Konzept internationaler Verbrechen gegen die Mensch-

258 EGMR, *Ireland v. The United Kingdom*, App. No. 5310/71, Judgment of 18 January 1978, Series A, No. 25, Rn. 154 (»The Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties«).

259 EGMR, *Cossey v. The United Kingdom*, App. No. 10843/84, Judgment of 27 September 1990, Series A, No. 184, Rn. 35.

260 BVerfGE III, 307 (315-331), *Görgülü*; BVerfGE 128, 326 (366-372), *EGMR Sicherungsverwahrung*; Albrecht Weber, »Grundrechtsschutz in Europa – Kooperation oder Kooperationsverweigerung? Anmerkungen zum Verhältnis zwischen EGMR und BVerfG«, in: Metin Akryük u. a. (Hg.), *Staat und Recht in europäischer Perspektive. Festschrift Heinz Schäffer*, Manz, Wien 2006, S. 911-922; Jan Bergmann, »Das Bundesverfassungsgericht in Europa«, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 31 (2004), S. 620-627, hier S. 620-623; Jean-Paul Costa, »On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments«, in: *European Constitutional Law Review* 7 (2011), S. 173-182; Donald u. a., *The UK and the European Court of Human Rights* (Anm. 240), S. 162-164.

261 Kenneth Anderson, »The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 331-358, hier S. 334. Klassisch: Judith N. Shklar, *Legalism*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1964.

heit, der *delicta iuris gentium*, reicht weit zurück. Akte der Piraterie gelten als klassisches Beispiel.<sup>262</sup> Das Recht betrachtete Piraten als Feinde der Menschheit, *hostis humani generis*, und es war jeder Macht erlaubt, über sie zu urteilen.<sup>263</sup> Auch das Projekt eines internationalen Strafgerichtshofs hat eine ehrwürdige Tradition.<sup>264</sup> Schon 1872 entwarf Gustave Moynier, Präsident des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz, ein entsprechendes Statut. Art. 227 des Versailler Friedensvertrags sah bekanntermaßen vor, den deutschen Kaiser vor einem internationalen Gerichtshof für schwere Verletzungen der Heiligkeit der Verträge und des »internationalen Sittengesetzes«, also nicht nur bilateraler, sondern auch gemeinschaftlicher Interessen, anzuklagen.<sup>265</sup> Im Rahmen des Völkerbundes verdichteten sich Vorschläge für ein internationales Strafgericht: Dem Ständigen Internationalen Gerichtshof (StIGH) sollte ein »High Court of International Justice« zur Seite treten, um Verbrechen gegen die internationale öffentliche Ordnung und gegen das universale Völkerrecht abzuurteilen.<sup>266</sup> Realisiert wurden diese Bestrebungen zum ersten Mal nach dem Zweiten Weltkrieg mit Strafurteilen gegen Hauptkriegsverbrecher der Achsenmächte wegen Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit.<sup>267</sup> Internationale Strafgerichte,

262 Brigitte Stern, »A propos de la competence universelle ...«, in: Emile Yakpo, Tahar Boumedra (Hg.), *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, Kluwer, Den Haag 1999, S. 735-753, hier S. 735-736.

263 Dass sich diese Position in Bezug auf die Piraterie herausbildete, ist kein Zufall, denn die Handlungen beziehen sich auf die hohe See, die keinem Staatsgebiet angehört. Gegen Piraten vorzugehen tangiert also nicht die territoriale Souveränität und Zuständigkeit eines anderen Staates. Santiago Villalpando, »The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law«, in: *European Journal of International Law* 21 (2010), S. 387-419, hier S. 406.

264 William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2007, S. 1-21.

265 Vgl. Quincy Wright, »Proposal for an International Criminal Court«, in: *American Journal of International Law* 46 (1952), S. 60-72.

266 Zur Übersicht der Bestrebungen im Rahmen des Völkerbundes und dann der Vereinten Nationen siehe UNGA, *Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction. Memorandum Submitted by the Secretary-General*, UN Doc. A/CN.4/7/Rev.1, S. 2-3.

267 Art. 6 IMT-Statut; Johannes Fuchs, Flavia Lattanzi, »International Military Tribunals«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 15); International Law Commission, *Report*

vorgesehen in Art. 6 der Völkermordkonvention, konnten sich jedoch nicht dauerhaft etablieren.

Die aktuelle internationale Strafgerichtsbarkeit begann in den frühen 1990er Jahren als Reaktion auf schwere Verbrechen bei der Auflösung Jugoslawiens.<sup>268</sup> Der VN-Sicherheitsrat errichtete 1993 den *Ad-hoc*-Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY).<sup>269</sup> Er soll die für internationale Verbrechen Verantwortlichen verfolgen und dadurch zur Wiederherstellung des Friedens beitragen. Mit Sitz in Den Haag, 16 ständigen Richtern und einem Pool von 27 Prozessrichtern (Art. 13 ter 1 lit. d ICTY-Statut) ist er seit dem Zweiten Weltkrieg das erste internationale Gericht zur Verfolgung von Kriegsverbrechen, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Ein solches Gericht ist nicht kostengünstig: Für das Biennium 2010-2011 hat die Generalversammlung der Vereinten Nationen ein Budget von 301 895 900 US-Dollar beschlossen.<sup>270</sup>

Doch dafür hat die VN-Generalversammlung auch etwas bekommen: Der ICTY hat Verfahren gegen 161 Individuen durchgeführt und dabei eine reiche Rechtsprechung entfaltet, die die Normativität des humanitären Völkerrechts gefestigt hat. Zudem hat er das internationale Strafrecht markant weiterentwickelt.<sup>271</sup>

*of the International Law Commission to the General Assembly, July 1950, UN Doc. A/1316, S. 374-378; Robert Cryer u. a., An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2010, S. 109-200.*

268 Siehe *Interim Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780*, 10 February 1993, UN Doc. S/25274, Annex; siehe außerdem UNSC, Resolution 771 of 13 August 1992, UN Doc. S/RES/771 (1992); Resolution 780 of 6 October 1992, UN Doc. S/RES/780 (1992).

269 UNSC, Resolution 827 of 25 May 1993, UN Doc. S/RES/827 (1993).

270 <[www.icty.org/](http://www.icty.org/)>, letzter Zugriff 03.08.2012.

271 Zur Rechtschöpfung in der Praxis des ICTY siehe Milan Kuhli, Klaus Günther, »Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals«, in: Armin von Bogdandy, Ingo Venzke (Hg.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, Heidelberg 2012, S. 365-385; Allison M. Danner, »When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War«, in: *Vanderbilt Law Review* 59 (2006), S. 1-56; Fausto Pocar, »Criminal Proceedings before the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda«, in: *International Practice of International Courts and Tribunals* 5 (2006), S. 89-102, hier S. 95-102; Christopher Greenwood, »The Development



Prominent sind dabei der Straftatbestand der Verfolgung als eigenständiges Verbrechen,<sup>272</sup> die Anwendbarkeit des internationalen Strafrechts in innerstaatlichen Konflikten<sup>273</sup> und die Doktrin des kriminellen Unternehmens (*Joint Criminal Enterprise*).<sup>274</sup> Die Berufungsinstanz hat sich als besonders wichtig erwiesen. Sie hat ihrer Rechtsprechung Präzedenzwirkung beigemessen und das Recht zielstrebig entwickelt.<sup>275</sup> In kaum einem Bereich des internationalen Strafrechts lässt sich heute ohne die Rechtsprechung des ICTY argumentieren. Zudem hat das Gericht auf das allgemeine Völkerrecht eingewirkt, etwa indem es im *Furundžija*-Fall das Verbot der Folter als *ius cogens* qualifizierte und festhielt, der Schutz der Menschenwürde sei ein derart zentrales Prinzip, dass es den ganzen Korpus des Völkerrechts durchdringe.<sup>276</sup> Das Gericht ist denkbar weit entfernt von einem Selbstverständnis und einer Konzeption internationaler Ordnung, wie sie etwa der Ständige Internationale Gerichtshof so prägnant in seinem *Lotus*-Urteil ausgedrückt hat. In ihrem ersten Fall hielt die Berufungskammer vielmehr fest: »A State-sovereignty approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach. Gradually the maxim of Roman law

of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia«, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2 (1998), S. 97-140.

272 ICTY, *Prosecutor v. Mladen Naletilić, Vinko Martinović*, Judgment of 3 May 2006 (IT-98-34), Rn. 574.

273 ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995 (IT-94-I-AR 72), Rn. 83.

274 ICTY, *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Judgment of 22 March 2006 (IT-97-24-A), Rn. 58-104 und Rn. 380; Vgl. Allison M. Danner, Jenny S. Martinez, »Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law«, in: *California Law Review* 93 (2005), S. 75-169; Nicola Piacente, »Importance of the Joint Criminal Enterprise Doctrine for the ICTY Prosecutorial Policy«, in: *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), S. 446-454.

275 ICTY, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Judgment of 24 March 2000 (IT-95-14/I-A), Rn. 113.

276 ICTY, *Anto Furundžija*, Judgment of 10 December 1998 (IT-95-17/I-T), Rn. 143-157. Zu den rechtlichen Implikationen der Qualifizierung des Folterverbots als *ius cogens* siehe Erika de Wet, »The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law«, in: *European Journal of International Law* 15 (2004), S. 97-121. Vgl. Jochen von Bernstorff, Ingo Venzke, »Ethos, Ethics, and Morality in International Relations«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 15).



*hominum causa omne jus constitutum est* (all law is created for the benefit of human beings) has gained a firm foothold in the international community as well.«<sup>277</sup>

Eine Schwächung des staatenorientierten Grundverständnisses ist auch dem Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda (International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR) zu verdanken. In Ruanda starben 1994 in nur 100 Tagen 800 000 Menschen in Massakern, durchgeführt vor allem von Hutu-Milizen. Daraufhin errichtete der VN-Sicherheitsrat den *Ad-hoc*-Strafgerichtshof für Ruanda mit Sitz in Arusha, Tansania. Das ICTR ist dem wenig älteren ICTY strukturell sehr ähnlich und teilt sich mit diesem die Berufungsinstanz in Den Haag.<sup>278</sup> Bisher hat es 45 Angeklagte schuldig und zehn freigesprochen, 17 Verfahren laufen derzeit, und neun Angeklagte sind noch auf freiem Fuß.<sup>279</sup> Das Tribunal konzentriert sich auf Hauptverbrecher und jene, die in leitender Verantwortung standen. Andere Angeklagte müssen sich vor sogenannten *Gacaca*-Gerichten in Ruanda verantworten ebenso wie vor ruandischen und ausländischen Strafgerichten. Für das Biennium 2010-2011 hat die VN-Generalversammlung für das ICTR ein Budget von 245 295 800 US-Dollar beschlossen und 693 Mitarbeiterstellen vorgesehen.<sup>280</sup> Zu den Bereichen des Strafrechts, in denen sich das ICTR besonders hervorgetan hat, gehören die Straftatbestände des Aufrufs zur Gewalt (Hassrede), des Völkermordes und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit insbesondere mit Blick auf sexuelle Gewalt.<sup>281</sup>

277 ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić* (Anm. 173), Rn. 97.

278 UNSC, Resolution 955 of 8 November 1994, UN Doc. S/RES/955 (1994). Unterschiede, auch in der materiellrechtlichen Zuständigkeit, sind hier nicht von weiterem Belang.

279 <www.unictr.org/>, letzter Zugriff 03.08.2012.

280 <www.unictr.org/>, letzter Zugriff 03.08.2012.

281 Zur Hasspredigt ICTR, *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, Judgment of 28 November 2007 (ICTR-99-52-A), Rn. 691-715 und Rn. 983-988. Mit dem wirkungsmächtigen *Akayesu*-Urteil ist das ICTR zudem das erste internationale Gericht, das die Art. 2 und 3 der Genozidkonvention interpretierte. Dabei stellte es unter anderem fest, dass Vergewaltigung und andere Formen sexueller Gewalt als Völkermord und auch als Verbrechen gegen die Menschlichkeit gelten können. ICTR, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment of 2 September 1998 (ICTR-96-4-T), Rn. 685-692 und Rn. 731-734.

Ohne die *Ad-hoc*-Strafgerichtshöfe wäre das Statut des ständigen Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) 1998 in Rom kaum verabschiedet worden und 2002 in Kraft getreten.<sup>282</sup> Der Gerichtshof ist in besonderer Weise zivilgesellschaftlichem Engagement zu verdanken.<sup>283</sup> Vielen gilt seine Einrichtung als das Wahrzeichen einer neuen Epoche der Sicherung fundamentaler Werte der internationalen Gemeinschaft<sup>284</sup> und als Inbegriff einer materiellen Konstitutionalisierung des Völkerrechts.<sup>285</sup> Nach Antonio Cassese, einflussreicher Autor und ehemaliger Präsident des ICTY, sind internationale Verbrechen als schwere Verstöße gegen universale Werte eine Angelegenheit der Weltgemeinschaft, so dass allein internationale Gerichte als Organe jener Gemeinschaft angemessen über solche Verbrechen urteilen können: »Hence only international courts, expression of the whole international community, can appropriately pronounce on such crimes.«<sup>286</sup>

Ganz in diesem Sinne beruft sich die Präambel des Römischen Statuts auf das Gewissen der Menschheit. Der Gerichtshof soll schwerste Verbrechen, »welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren«, bestrafen und verhindern. Derzeit haben 114 Staaten das Römische Statut ratifiziert; bislang hat der IStGH sich mit fünfzehn Fällen in sieben verschiedenen Konfliktsituationen befasst, es ist aber erst eine Verurteilung erfolgt.<sup>287</sup> Drei Vertragsparteien haben ihm die Kompetenz für Vorkommnisse auf ihrem

282 Art. 126 Abs. 1 Römisches Statut. Vgl. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (Anm. 264), S. 13.

283 Zoe Pearson, »Non-Governmental Organizations and the International Criminal Court: Changing Landscapes of International Law«, in: *Cornell International Law Journal* 39 (2006), S. 243-284, hier S. 250-284.

284 Vgl. etwa Luigi Condorelli, »La cour pénale internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...)«, in: *Revue générale de droit international public* 103 (1999), S. 7-21.

285 Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (Anm. 264), S. 57; Luis Moreno-Ocampo, »Preface«, in: José Doria u. a. (Hg.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishenko*, Nijhoff, Leiden 2009, S. xv-xvi.

286 Antonio Cassese, »The Rationale for International Criminal Justice«, in: ders. (Hg.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 123-130, hier S. 127.

287 <www.icc-cpi.int>, letzter Zugriff 03.08.2012; IStGH, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment of 14 March 2012 (ICC-01/04-01/06-2843).

eigenen Gebiet übertragen (Uganda, Demokratische Republik Kongo und Zentralafrikanische Republik).<sup>288</sup> Der VN-Sicherheitsrat hat ihn beauftragt, schwere internationale Verbrechen im Sudan und in Libyen zu verfolgen.<sup>289</sup> Im März 2010 nahm der Ankläger des Gerichtshofs aus eigener Initiative Ermittlungen in Kenia und im Oktober 2011 in der Elfenbeinküste auf.<sup>290</sup> Hierin spiegeln sich die drei Wege der Befassung nach Art. 13 Römisches Statut: Unterbreitung durch einen Vertragsstaat, durch den Sicherheitsrat oder auf eigene Initiative.<sup>291</sup>

In den Verhandlungen waren insbesondere die Rolle des Sicherheitsrates und die Befugnisse der Anklage strittig.<sup>292</sup> Vor allem ständige Mitglieder des Sicherheitsrats versuchten ihren Einfluss zu sichern. So kann der Sicherheitsrat nun der Anklage nicht nur Konfliktsituationen zur Ermittlung übertragen, sondern Ermittlungen auch aufschieben, wenn er diese als Friedensbedrohung ansieht.<sup>293</sup> Allerdings kann er ein Verfahren nicht generell unterbinden. Der Gedanke eines gerichtlichen Gemeinschaftsorgans, das sich der politischen Einflussnahme entzieht, hat sich prinzipiell durchgesetzt. Die Realität mag gewiss hinterherhinken.<sup>294</sup>

Die Zuständigkeit des Gerichtshofs ist in deutlichem Unterschied zu den *Ad-hoc*-Strafgerichtshöfen durchzogen vom Prinzip der Komplementarität, dem zufolge ein Verfahren vor dem IStGH nur zulässig ist, soweit ein Staat, der Gerichtsbarkeit über betreffende Personen hat, eine internationale Straftat selbst nicht ernsthaft verfolgt.<sup>295</sup> Man kann dies als Ausdruck der Einsicht deuten, dass

288 <www.icc-cpi.int>, letzter Zugriff 03.08.2012.

289 UNSC, Resolution 1593 of 31 March 2005, UN Doc. SC/RES/1593 (2005); UNSC, Resolution 1970 of 26 February 2011, UN Doc. S/RES/1970 (2011).

290 <www.icc-cpi.int>, letzter Zugriff 03.08.2012.

291 Art. 13 Römisches Statut.

292 Caroline Fehl, »Explaining the International Criminal Court: A Practice Test for Rationalist and Constructivist Approaches«, in: Steven C. Roach (Hg.), *Governance, Order, and the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 75-105, hier S. 89-91.

293 Art. 16 Römisches Statut; Art. 39 SVN; Jakob Pichon, *Internationaler Strafgerichtshof und Sicherheitsrat der Vereinten Nationen. Zur Rolle des Sicherheitsrates bei der Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen durch den IStGH*, Springer, Heidelberg 2011, S. 32-49 und S. 257-273.

294 Kirsten Ainley, »The International Criminal Court on Trial«, in: *Cambridge Review of International Affairs* 24 (2011), S. 309-333.

295 Art. 17 Abs. 1 (b) Römisches Statut.

eine internationale Gerichtsbarkeit, insbesondere wenn sie tief in die Rechte des Einzelnen eingreift, von großer legitimatorischer Problematik ist. Diese Intuition auszubuchstabieren ist ein zentrales Anliegen dieser Studie.

Die Multifunktionalität der internationalen Strafgerichtshöfe ist ebenso evident wie diejenige des EGMR. Ihr Beitrag zur Rechtsentwicklung sowie zur Kontrolle staatlicher Stellen ist offensichtlich. Hinzu tritt die mögliche horizontale Kontrolle internationaler öffentlicher Gewalt, etwa des Sicherheitsrates durch das ICTY oder der Anklage des IStGH durch eine Vorverfahrenskammer. Stärker als bei anderen Institutionen findet sich in der Rechtsprechung darüber hinaus eine besondere Leistung. Das Verfahren, die Beweisaufnahme und schließlich das Urteil leisten häufig einen signifikanten, wenngleich umstrittenen Beitrag zur Vergangenheitsbewältigung und möglicherweise zur Versöhnung zerrissener Gesellschaften.<sup>296</sup> Man kann dies als Teil der Legitimationsfunktion deuten: Indem die Gerichte das Unrecht des vergangenen Regimes öffentlich aufarbeiten, legitimieren und stabilisieren sie die neue Ordnung.<sup>297</sup> So erscheinen die Strafgerichte insgesamt als *Organe* der internationalen Gemeinschaft, deren Werten sie Ausdruck und Wirkungsmacht verleihen. Ihre Urteile werden oft in diesem Lichte verstanden und gerechtfertigt.

## 5. Der Internationale Seegerichtshof

Das Verständnis internationaler Gerichte als Organe der internationalen Gemeinschaft findet sich auch in der Praxis des Internationalen Seegerichtshofs (ISGH). Zugleich weist diese Institution aber über das gemeinschaftsorientierte Grundverständnis hinaus und zeigt, wie der Fokus auf Werte der Gemeinschaft heute zunehmend zu eng wird. Das traditionsreiche Seerecht ist dabei gewiss kein neues Gebiet des Völkerrechts. Eine eigene Gerichtsbarkeit

296 Daniel Joyce, »The Historical Function of International Criminal Trials: Re-Thinking International Criminal Law«, in: *Nordic Journal of International Law* 73 (2004), S. 461-484.

297 Näher Richard A. Wilson, *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge University Press, Cambridge 2011; kritisch Timothy W. Waters, »A Kind of Judgment: Searching for Judicial Narratives after Death«, in: *George Washington International Law Review* 42 (2010), S. 279-348, hier S. 285-294.



kennt es jedoch erst seit 1994. Das ISGH-Statut ist Teil des Seerechtsübereinkommens (SRÜ), das zwar schon seit 1982 zur Ratifikation ausliegt, doch erst 1994 in Kraft trat. Mit Sitz in Hamburg, 21 Richtern und einem Budget von 20 398 600 Euro für das Biennium 2011-2012 ist der ISGH vor allem für zwischenstaatliche Streitigkeiten betreffend die Anwendung des SRÜ zuständig.<sup>298</sup> Mit dieser Aufgabe ist er jedoch, zu seinem Kummer, nicht allein. Die derzeit 162 Vertragsparteien können vielmehr zwischen ihm, dem IGH und Schiedsgerichten wählen, vorausgesetzt, die Streitparteien haben separat die Zuständigkeit der permanenten Gerichte anerkannt.<sup>299</sup> Ist das nicht der Fall und kommen sie nicht zu einer anderen Einigung, so sind sie nur zu einem Schiedsgerichtsverfahren verpflichtet und eben nicht zu einem Verfahren vor dem ISGH.<sup>300</sup>

Das SRÜ konzipiert den Meeresboden jenseits der Grenzen der staatlichen Hoheitsbefugnisse als »gemeinsames Erbe der Menschheit«, das zum Nutzen der gesamten Menschheit erforscht und ausgebeutet werden soll.<sup>301</sup> Dieses Gebiet wird von der Internationalen Meeresbodenbehörde (International Seabed Authority) verwaltet,<sup>302</sup> über welche die Meeresbodenkammer des Seegerichtshofes wacht. Diese Kammer kann unter anderem Gutachten verfassen und beantwortete jüngst grundlegende Fragen zu Pflichten und zur Verantwortlichkeit von Staaten, deren Unternehmen auf dem Meeresboden operieren.<sup>303</sup> Die Kammer sah sich als Teil des Verwaltungsmechanismus für den Meeresboden, entwickelte grundlegende Rechtsprinzipien weiter und konkretisierte Handlungsvorgaben.<sup>304</sup> Sie stellte dabei insbesondere auf den überragenden Zweck des Rechtsregimes ab, die Nutzung des Meeresbodens am Gemeinwohl auszurichten.<sup>305</sup> Hier scheint das zweite Grundverständnis auf.

Bei der Nutzung des Meeresbodens geht es aber auch um wirtschaftliche Interessen ebenso wie bei der großen Mehrheit der

298 Art. 293 Abs. 1 SRÜ.

299 Art. 287 Abs. 1 SRÜ.

300 Art. 287 Abs. 3 SRÜ; das Schiedsverfahren folgt dann Annex VII SRÜ.

301 Präambel, Artikel 125, 136, 311 Abs. 6 SRÜ.

302 [www.isa.org.jm](http://www.isa.org.jm), letzter Zugriff 03.08.2012.

303 ISGH, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion of 1 February 2011.

304 Zu Funktion und Selbstverständnis der Gerichtskammer ebd., Rn 29.

305 Ebd., Rn. 76, 151, 159, 222, 230.



Streitigkeiten vor dem Seegerichtshof. Dieser befasst sich vor allem mit der unverzüglichen Freigabe (*prompt release*) von Schiffen und ihrer Besatzung<sup>306</sup> und spielt somit eine wichtige Rolle für die internationale Seeschifffahrt, die für die Weltwirtschaft unentbehrlich ist. Wenn ein Staat ein fremdes Schiff, etwa unter dem Vorwurf illegaler Wirtschaftsaktivität, festhält, kann der Flaggenstaat dessen unverzügliche Freigabe mittels eines eng getakteten Verfahrens vor dem ISGH erwirken.<sup>307</sup> Der Funktion vertikaler Kontrolle von öffentlicher Gewalt entspricht es, dass der Gerichtshof, wie etwa im *Juno Trader*-Fall, aus dem Seerechtsübereinkommen Vorgaben für das innerstaatliche Verfahren des Küstenstaates ableitet und die Angemessenheit von Kautionen bestimmt.<sup>308</sup> Eigentlich muss, in der Tradition des diplomatischen Schutzes, der Flaggenstaat den Fall aufnehmen und vor dem ISGH vertreten. Inzwischen treten Schiffseigentümer jedoch im Auftrag der Flaggenstaaten vermehrt direkt vor dem Gerichtshof auf, ohne dass ein Staatenvertreter des antragstellenden Staates anwesend ist.<sup>309</sup> Diese Elemente weisen über das zweite Grundverständnis hinaus; der ISGH erscheint eher als Regimeinstitution.

Das ISGH-Statut ist schließlich das erste Statut eines internationalen Gerichts, wonach einstweilige gerichtliche Anordnungen explizit verbindlich sind,<sup>310</sup> und zwar selbst dann, wenn Staaten sich der Zuständigkeit des Gerichts nicht unterworfen haben.<sup>311</sup> Ein eindrucksvolles Beispiel liefert der Streitfall zwischen Malaysia und Singapur über *Land Reclamation by Singapore in and around*

306 Art. 292 SRÜ. Mit dem Stand vom 13.07.2012 hat das Gericht in 16 Fällen entschieden, von denen 10 die Freigabe von Schiffen und Besatzung betrafen. Zwei weitere Streitfälle sind derzeit anhängig ([www.itlos.org](http://www.itlos.org)), letzter Zugriff 03.08.2012.

307 Art. 73 und Art. 292 SRÜ.

308 ISGH, *The »Juno Trader« Case* (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Judgment of 18 December 2004, Rn. 76-77; *The »Volga« Case* (Russian Federation v. Australia), Judgment of 23 December 2002, Rn. 90-93; vgl. Chester Brown, »Reasonableness« in the Law of the Sea: The Prompt Release of the Volga«, in: *Leiden Journal of International Law* 16 (2003), S. 621-630.

309 David Heywood Anderson, »Prompt Release of Vessels and Crews«, in: Wolf- rum (Hg.) (Anm. 15), Rn. 5. Art. 292 Abs. 2 SRÜ sieht vor, dass im Namen des Flaggenstaates gehandelt werden kann.

310 Art. 290 SRÜ, Art. 25 ISGH-Statut.

311 Art. 287 und Art. 290 Abs. 5 SRÜ.

*the Straits of Johor*.<sup>312</sup> Der Seegerichtshof ordnete an, eine unabhängige Expertenkommission zu etablieren, die über die Konsequenzen einer Landgewinnung Singapurs befinden würde. Singapur dürfe in der Zwischenzeit keine Maßnahmen verfolgen, welche die Rechte Malaysias oder aber die maritime Umwelt ernsthaft gefährden könnten.<sup>313</sup> Das Seerechtsübereinkommen erlaubt es gemäß dem gemeinschaftsorientierten Grundverständnis demnach auch, mit einstweiligen Anordnungen nicht nur die Positionen der Parteien, sondern auch die Meeresumwelt als Gemeinschaftsgut zu schützen.

Wir haben den Seegerichtshof im zweiten, gemeinschaftsorientierten Grundverständnis eingeführt, da sein Wirkungsfeld eng mit dem Seerechtsübereinkommen verbunden ist, das als »Verfassung für die Meere«<sup>314</sup> dem »Erbe der Menschheit« und dem Schutz der Meeresumwelt dient. Wenngleich die traditionelle Streitbeilegung in einer staatenzentrierten Weltordnung wohl im Verfahren zur Bestimmung der Meeresgrenzen zwischen Bangladesch und Myanmar dominant war,<sup>315</sup> weisen die Erwartungen an das Gericht, seine vielfältigen Aufgaben und seine tatsächliche Praxis das staatszentrierte Verständnis als zu eng aus. Doch zugleich ist es unzulänglich, das Gericht nur als Organ der wertbasierten internationalen Gemeinschaft zu deuten. Die Mehrheit der Fälle betrifft die unverzügliche Freigabe von Schiffen, so dass der Seegerichtshof den maritimen Welthandel sichert. Dies ist aus der Perspektive der internationalen Gemeinschaft von Interesse, von der Durchsetzung universaler Werte jedoch ein gutes Stück entfernt. Auch die Meeresbodenkammer, die der Nutzung des »Erbes der Menschheit« dient, judiziert vor allem über wirtschaftliche Aktivitäten. So ist abschließend

<sup>312</sup> ISGH, *Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor* (Malaysia v. Singapore), Order of 8 October 2003.

<sup>313</sup> Ebd., Rn. 106. Vgl. Donald R. Rothwell, »The Contribution of ITLOS to Oceans Governance through Marine Environmental Dispute Resolution«, in: Tafsir M. Ndiaye, Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Nijhoff, Leiden 2007, S. 1007-1024, hier S. 1019-1021.

<sup>314</sup> Alexander Proelß, *Meeresschutz im Völker- und Europarecht. Das Beispiel des Nordostatlantiks*, Duncker & Humblot, Berlin 2004, S. 74.

<sup>315</sup> ISGH, *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal* (Bangladesh v. Myanmar), Judgment of 14 March 2012.

festzuhalten, dass das gemeinschaftsorientierte Grundverständnis die Multifunktionalität internationaler Gerichte zwar fassen kann, ihre Rolle beim globalen Regieren jedoch nur unvollständig in den Blick bekommt und die internationale Gemeinschaft als komplementäre legitimatorische Grundlage nebulös bleibt.

### C. Gerichte als Institutionen globaler Rechtsregime

Die beiden ersten Grundverständnisse vermögen die Dynamik der internationalen Gerichtsbarkeit in den letzten zwei Jahrzehnten nicht wirklich zu fassen. Die Tätigkeit vieler zeitgenössischer Gerichte reicht über die Koordination, aber auch über die Sicherung von Grundwerten der Gemeinschaft hinaus. Oft können sie besser aus der Zielsetzung heraus verstanden werden, ein spezifisches internationales Regime zu entfalten, das die Interdependenz zwischen Staaten fördert. Sie entscheiden im Namen ihres Regimes. Der erste Schritt der folgenden Argumentation stellt dieses dritte, regimeorientierte Grundverständnis vor (I.). Der zweite exemplifiziert es anhand des Streitbeilegungsorgans der WTO (2.), der dritte anhand der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit (3.). Schließlich diskutieren wir das regimeorientierte Grundverständnis im Lichte der Theorie der Global Governance. Dabei wird zum einen eine neue Qualität in der internationalen Gerichtsbarkeit nachgewiesen, zum anderen werden aber auch Schwächen des dritten Grundverständnisses aufgedeckt, die zur Formulierung eines neuen, demokratieorientierten Grundverständnisses aufrufen (D.).

#### 1. Internationale Gerichte für eine vernetzte Welt

Das regimeorientierte Grundverständnis lässt sich insbesondere in der Rechtsprechung neuerer Institutionen aufweisen. Spuren finden sich jedoch auch in Entscheidungen älterer Gerichte. Seit Langem gibt es völkerrechtliche Verbindungen zwischen Staaten, die als Ausdruck dessen gedeutet werden können, was seit den 1960er Jahren *Interdependenz* und nunmehr *Globalisierung* heißt.<sup>316</sup> Erin-

<sup>316</sup> Stellvertretend für viele: Robert Keohane, Joseph Nye, *Power and Interdependence. World Politics in Transition*, Little Brown, Boston 1977.

nernt sei an die Schiedsgerichtsbarkeit im Rahmen der Verwaltungsunionen des 19. und frühen 20. Jahrhunderts (Weltpostverein, Verein für den Eisenbahnfrachtverkehr, Weltzuckerverein, Radiotelegraphenunion), beruhend auf kompromissarischen Klauseln in den entsprechenden multilateralen Verträgen.<sup>317</sup> Die Verwaltungsunionen können als Institutionen der Risikoverteilung und der Standardisierung im Rahmen grenzüberschreitender Zusammenarbeit verstanden werden, eben als Teil eines Managements beginnender Interdependenz im Industriezeitalter. Ihre Tätigkeit war ganz auf das Funktionieren der spezifischen Rechtsregime ausgerichtet.<sup>318</sup>

Weiterhin erschließt dieses Grundverständnis besser die interne Gerichtsbarkeit der internationalen Organisationen, die ebenfalls bis ins frühe 20. Jahrhundert zurückreicht. Die Ausbildung internationaler Organisationen war wesentlich einem Gedanken geschuldet, den später der Begriff der Interdependenz gefasst hat. Gewiss blieben sie über lange Zeit schwache Institutionen, in der Diktion der internationalen Beziehungen mehr Arenen der Staaten als eigenständige Akteure.<sup>319</sup> Gleichwohl wurden internationale Organisationen, zumeist gebildet nach dem Muster staatlicher Ministerien, als Bürokrationen operativ.<sup>320</sup> Sie entwickelten daher ein Beamtenrecht, das man geradezu als Rückgrat einer Bürokratie verstehen kann. Die internationalen Verwaltungsgerichte sind danach nicht allein Institutionen der Streitschlichtung zwischen den Bediensteten und ihrer Organisation, sondern dienen der Funkti-

317 Dazu Hudson, *Progress in International Organization* (Anm. 149), S. 9-15; näher Sebastian Kneisel, *Schiedsgerichtsbarkeit in internationalen Verwaltungsunionen (1874-1914). Die Verrechtlichung der zwischenstaatlichen Streitbeilegung*, Nomos, Baden-Baden 2009, S. 13-45.

318 Siehe Kneisel, *Schiedsgerichtsbarkeit in internationalen Verwaltungsunionen* (Anm. 317), S. 97.

319 Ingo Venzke, »International Bureaucracies from a Political Science Perspective – Agency, Authority and International Institutional Law«, in: *German Law Journal* 9 (2008), S. 1401-1428, hier S. 1403-1404.

320 Zur Entwicklung David Kennedy, »The Move to Institutions«, in: *Cardozo Law Review* 8 (1986-1987), S. 841-988, hier S. 856-863; Jochen von Bernstorff, »Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations«, in: Armin von Bogdandy u. a. (Hg.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Springer, Heidelberg 2010, S. 775-818, hier S. 780-781.



onstüchtigkeit der spezifischen Organisation und damit einer internationalen Gestaltung der Interdependenz.<sup>321</sup>

Wenngleich Teile des Völkerrechts seit Langem mit hochspezifischen Vertragsregimen auf die Gestaltung der Interdependenz ausgerichtet waren, so hat dies doch nicht das Grundverständnis zu bestimmen vermocht. Das paradigmatische *Lotus*-Urteil zeigt dies in seiner Emphase auf die »co-existing independent communities«. <sup>322</sup> Selbst wenn diese Aussage in ihrer Radikalität immer umstritten war, so lag dem Völkerrecht des 20. Jahrhunderts doch ein Verständnis des Nationalstaats im Sinne weitgehender Kongruenz zwischen einem ökonomisch, kulturell und historisch zur Nation integrierten Volk und seinem es organisierenden Staat zugrunde. Der durch Grenzen, farbige Flächen auf Karten, Symbole, Gebäude und Personen identifizierte und personalisierte Nationalstaat bildete den maßgeblichen Raum menschlichen Lebensvollzugs.<sup>323</sup> Er wurde idealisiert als höchste Verwirklichungsform des in Solidarität verbundenen Volkes, die Quelle des Rechts sowie Voraussetzung und Rahmen der Volkswirtschaft. Lange ruhte auch das gemeinschaftsorientierte Grundverständnis auf der Prämisse des selbstgenügsamen Staates, sogar wenn es ihn in einen größeren Zusammenhang universeller Ordnung einbettete. Das Interesse der internationalen Gemeinschaft beschränkte sich auf die *internationalen* Sachverhalte, auf das koordinierte Zusammenleben der Staaten, vor allem auf die Friedenssicherung. Auch das zunehmend wichtige Anliegen der Menschenrechte stellte die Prämisse des selbstgenügsamen Staates nicht grundsätzlich in Frage.

321 Interne Verwaltungsgerichte existieren unter anderem bei den VN, der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), der Weltbank, dem IWF und der OECD. Ausführlich Henry G. Schermers, Niels M. Blokker, *International Institutional Law*, 5. Aufl., Nijhoff, Leiden 2011, S. 462-467.

322 StIGH, S. S. *Lotus* (Anm. 29), Rn. 44.

323 Friedrich Meinecke, *Weltbürgertum und Nationalstaat. Studien zur Genesis des deutschen Nationalstaates*, 6. Aufl., Oldenbourg, München 1922, S. I-II. Die Doppelbedeutung von Staat, zum einen als politische Organisation einer Gesellschaft, zum anderen als Bezeichnung der sozialen Totalität, findet ihre erste Formulierung (wenngleich noch nicht im Sinne des Nationalstaates) bei Georg W. F. Hegel, »Grundlinien der Philosophie des Rechts. Oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse«, in: Hermann Glockner (Hg.), *Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Sämtliche Werke. Jubiläumsausgabe in zwanzig Bänden*, Bd. 7, Frommanns, Stuttgart 1928 [1821], S. 42-50.



Das klassische Völkerrecht war gerade kein Recht der Interdependenz, sondern der Koexistenz und Koordinierung, wie es Wolfgang Friedmann prägnant formuliert hat.<sup>324</sup> Darüber hinausreichende Entwicklungen begannen erst in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts, zunächst vor allem zwischen westlichen Staaten.<sup>325</sup> Einige weitsichtige Autoren sahen in der zunehmenden Kooperation ein mögliches neues Paradigma des Völkerrechts insgesamt.<sup>326</sup> Diese Kooperation nahm in dem Maße zu, wie sich die Interdependenz seit Beginn der 1990er Jahre substanziell vertiefte und zugleich räumlich erweiterte. Oft wird der Begriff der Globalisierung genutzt, um dies zu beschreiben.<sup>327</sup> Ausgangspunkt ist die Beobachtung, dass sich Interaktionen zwischen gleichen Bereichen (etwa Wirtschaft, Kultur, Wissenschaft, Umwelt) unterschiedlicher nationalstaatlicher Räume massiv verdichten. Die vielfältigen Entwicklungen sind dabei nicht allein als ein gleichsam naturwüchsiger Prozess zu erklären, sondern auch als Frucht politischer und nicht zuletzt gerichtlicher Entscheidungen, welche Grenzen unterschiedlichster Art abbauen. Diese Entwicklung untergräbt die oben skizzierten Prämissen des staatenorientierten Grundverständnisses

324 Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Stevens & Sons, London 1964, S. 60.

325 Gerd Junne, »Theorien über Konflikte und Kooperation zwischen kapitalistischen Industrieländern«, in: Volker Rittberger (Hg.), *Theorien der Internationalen Beziehungen*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1990, S. 353-371, hier S. 361; Weiler, »The Geology of International Law« (Anm. 1), S. 549.

326 Zu ersten Ansätzen Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (Anm. 324), S. 61-63; Michel Virally, *L'organisation mondiale*, Armand Colin, Paris 1970, insbesondere S. 32; René-Jean Dupuy, »Communauté internationale et disparités de développement«, in: *Recueil des cours* 165 (1979), S. 21-231; und dazu Pierre-Marie Dupuy, »A Transatlantic Friendship: René-Jean Dupuy and Wolfgang Friedmann«, in: *European Journal of International Law* 22 (2011), S. 401-406; Georges Abi-Saab, »Cours général de droit international public« (Anm. 176), S. 324-327.

327 Enquete-Kommission »Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten«, Schlussbericht, BT-Drucks. 14/9200, 12. Juni 2002, S. 49-59 (dipbt.bundestag.de), letzter Zugriff 10.10.2012. Siehe auch Maria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna 2000, S. 11-15; Stephan Hobe, »Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung. Perspektiven der Völkerrechtsentwicklung im 21. Jahrhundert«, in: *Archiv des Völkerrechts* 37 (1999), S. 253-282, hier S. 254-258.

und geht weit über die Sicherung von universalen Werten der internationalen Gemeinschaft hinaus.

Die auf die Globalisierung bezogene Rolle öffentlicher Institutionen wird seit Mitte der 1990er Jahre oft als Global Governance bezeichnet.<sup>328</sup> Es ist dabei umstritten, ob die Governance die Globalisierung vor allem nachzeichnet, befördert oder aber gemeinwohlverträglich gestaltet und hegt.<sup>329</sup> Als weitgehend gesichert aber erscheint, dass sie spezifische Leistungen für komplexe gesellschaftliche Prozesse erbringt, die über die Koordinierung, Friedenssicherung und den Schutz elementarer Werte hinausgehen. Dies erfolgt allerdings nicht durch Herrschaftsstrukturen, welche die im staatlichen Bereich bekannte Gewaltengliederung reproduzieren. Es gibt vielmehr höchst disparate institutionelle Entwicklungen, deren Gemeinsamkeit oft allein darin besteht, eben nicht der traditionellen Logik zu folgen.<sup>330</sup>

Die Globalisierung bedarf der rechtlichen Begleitung, die mal durch bürokratische, mal durch justizförmige Institutionen erbracht wird. Mit Blick auf Letztere ist bemerkenswert, dass das *Global Administrative Law* (GAL) entsprechende Aktivitäten internationaler Gerichte als Verwaltung begreift, soweit sie über sporadische Streitbeilegung hinausgehen.<sup>331</sup> Obwohl wir dem begrifflich

328 Näher James N. Rosenau, »Governance in the Twenty-First Century«, in: *Global Governance* 1 (1995), S.13-43; Martin Hewson, Timothy J. Sinclair, »The Emergence of Global Governance Theory«, in: dies. (Hg.), *Approaches to Global Governance Theory*, State University of New York Press, Albany 1999, S. 3-22; Renate Mayntz, »Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?«, in: Gunnar Folke Schuppert (Hg.), *Governance-Forschung*, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2006, S.11-20; Arthur Benz, »Governance – Modebegriff oder nützliches sozialwissenschaftliches Konzept?«, in: ders. (Hg.), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2004, S. 11-28.

329 Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione* (Anm. 327), S. 57-63.

330 Ausführlich hierzu die Beiträge in von Bogdandy u. a. (Hg.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (Anm. 320); mit einer Klassifikation Schermers/Blokker, *International Institutional Law* (Anm. 321), S. 50-59; zum Investitionsschutzregime José E. Alvarez, »The Public International Law Regime Governing International Investment«, in: *Recueil des cours* 344 (2009), S.193-541.

331 Richard B. Stewart, Michelle R. Sanchez Badin, »The World Trade Organization and Global Administrative Law«, in: *IILJ Working Papers* 2009/7, S.11 ([www.iilj.org](http://www.iilj.org)), letzter Zugriff 10.10.2012; Benedict Kingsbury u. a., »The

nicht folgen, so teilen wir doch die Auffassung, dass internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens neu zu vermessen sind. Gerade weil auf internationaler Ebene die innerstaatliche Institutionenordnung mit Gesetzgebung und Exekutive nur unzureichend vorhanden ist, liegt es besonders nahe, entsprechende Gerichte multifunktional zu erschließen. Die globalisierten gesellschaftlichen Prozesse bedürfen, wie alle komplexen sozialen Interaktionen, nicht nur der Streitbeilegung, sondern auch der Schöpfung rechtlicher Normativität und der Stabilisierung normativer Erwartungen. Die oft vagen Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge reichen dazu nicht aus, sondern müssen in konkreten Anwendungsdiskursen zum Leben erweckt werden. Zudem kann diese Governance nicht ohne Institutionen funktionieren, die wiederum zu legitimieren und zu kontrollieren sind.

Ansätze für das regimeorientierte Verständnis finden sich bereits in der frühen Rechtsprechung des IGH, welche das Regime der Vereinten Nationen stärkte. In seinem Gutachten *Reparation for Injuries* erkannte das Gericht 1949 den Vereinten Nationen Völkerrechtspersönlichkeit zu und ebnete der Organisation so den Weg, gegenüber dem Mitglied Israel Ansprüche geltend zu machen. Damit war der entscheidende Schritt zur Völkerrechtssubjektivität internationaler Organisationen getan, heute eine Selbstverständlichkeit, damals jedoch keineswegs.<sup>332</sup> Gleichzeitig entwickelte das Gericht die Doktrin der *implied powers* weiter, der zufolge »the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of its duties«. <sup>333</sup> Dies war ganz im Sinne des Funktionalismus, der die Dogmatik und Theorie der internationalen Organisationen über die folgenden Jahrzehnte inspirieren sollte.

Der Gerichtshof baute diese Linie im *Certain Expenses*-Gutachten weiter aus. Technisch ging es um die Frage, ob die Ausgaben für zwei Missionen der Friedenssicherung als »Kosten der Organi-

Emergence of Global Administrative Law«, in: *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), S. 15-61, hier S. 17.

332 IGH, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949, I. C. J. Reports 1949, S. 174 (178-179).

333 Ebd., S. 182. Vgl. die Kritik im dissentierenden Votum des Richters Hackworth, ebd., S. 198.

sation« im Sinne des Artikels 17 Abs. 2 SVN gelten könnten. Die eigentliche Frage aber war die Vereinbarkeit jener Missionen mit der VN-Satzung. Der Internationale Gerichtshof antwortete, Verträge im Allgemeinen und die Satzung im Besonderen seien so auszulegen, dass ihre Bestimmungen Wirksamkeit entfalten könnten.<sup>334</sup> Dabei sei auch die Praxis der Organisation zu berücksichtigen. Mit dieser Argumentation legte er einen weiteren wichtigen Baustein zur Stärkung eines Regimes.<sup>335</sup> Schließlich befand das Gericht, dass »when the Organization takes action which warrants the assertion that it was appropriate for the fulfillment of one of the stated purposes of the United Nations, the presumption is that such action is not *ultra vires* the Organization«. <sup>336</sup> Auch diese Vermutung stärkt internationale Institutionen.

Zudem ist die bereits erwähnte interne Verwaltungsgerichtsbarkeit internationaler Institutionen unerlässlich, damit eine internationale Organisation effektiv funktionieren kann. Dazu muss diese Verwaltungsgerichtsbarkeit aber rechtsstaatlichen Standards genügen,<sup>337</sup> und just in diesem Sinne drängte der IGH jüngst auf ihre Fortentwicklung. Er überprüfte ein Urteil des Verwaltungsgerichts der Internationalen Arbeitsorganisation (ILOAT), das dem Internationalen Agrarentwicklungsfonds (IFAD) aufgegeben hatte, ein Beschäftigungsverhältnis wieder aufzunehmen.<sup>338</sup> Der IFAD war der Auffassung, dass das ILOAT seine Zuständigkeit überschritten und Verfahrensfehler begangen habe.<sup>339</sup> Im Ergebnis bestätigte der IGH das Urteil des ILOAT. Jedoch maß er dem Umstand, dass

334 IGH, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, I. C. J. Reports 1962, S. 151 (157, 159).

335 Ebd., S. 157, 165.

336 Ebd., S. 168.

337 Zur unterschiedlichen Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips im nationalen und internationalen Kontext siehe Michael Wood, »Public International Law and the Idea of the Rule of Law«, in: Miha Pogačnik (Hg.), *Challenges of Contemporary International Law and International Relations. Liber Amicorum in Honour of Ernest Petrič*, Evropska Pravna Fakulteta, Nova Gorica 2011, S. 431-450.

338 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; siehe auch IGH, *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion of 12 July 1973, I. C. J. Reports 1973, S. 166.

339 IGH, *Judgment No. 2867* (Anm. 338), Rn. 1.



allein der IFAD ein Gutachtenverfahren anstrengen und seine Position vor dem IGH als Partei vorbringen konnte, nicht jedoch klagende Angestellte, erhebliches Gewicht bei. Im ungleichen Zugang zum Gericht liege ein fundamentales Problem, und es sei fraglich, ob das 1946 eingerichtete System heutigen Ansprüchen genüge.<sup>340</sup> So drängt der IGH auf eine Reform der internen Verwaltungsgerichtsbarkeit internationaler Institutionen und damit mittelbar auf die Funktionstüchtigkeit internationaler Regime.<sup>341</sup> In diesen Fällen scheint also das regimeorientierte Grundverständnis durchaus in der Rechtsprechungstätigkeit des IGH auf.

Andere Institutionen passen aber noch weit besser zum regimeorientierten Grundverständnis, etwa das Inspection Panel mit seiner Legitimations- und Kontrollfunktion gegenüber der Weltbank. Es wurde 1993 eingerichtet und operiert mit drei Mitgliedern sowie der Unterstützung eines eigenen Sekretariats am Sitz der Weltbank in Washington. Es ist der bisweilen scharfen Kritik an ihren Investitionsprojekten zu verdanken. Materiellrechtlich antwortete die Weltbank darauf mit einer Reihe von intern verbindlichen Richtlinien, institutionell mit dem Inspection Panel, das sich durch eine Reihe bemerkenswerter Eigenschaften auszeichnet. Besonders hervorzuheben ist, dass Individuen ein Verfahren anstrengen können, wenngleich nur als betroffene Gruppe. Dies kanalisiert den Protest in ein Verfahren vor einer Institution der Weltbank, was einen protestabsorbierenden Effekt hat.<sup>342</sup> Zudem ermöglicht es das Inspection Panel dem Board, die verselbständigte Bürokratie der Weltbank zu kontrollieren.<sup>343</sup> Darüber hinaus trägt der neue Beschwerdeweg zu

<sup>340</sup> Ebd., Rn. 44. Im konkreten Fall hatte der Gerichtshof dem Präsidenten des Agrarfonds aufgegeben, ihm die Position der betroffenen Angestellten zu übermitteln; siehe ebd., Rn. 3 und 46-47.

<sup>341</sup> 2009 hat die VN-Generalversammlung das *United Nations Dispute Tribunal* als internes Verwaltungsgericht mit Revisionsinstanz eingeführt; UN Doc. A/RES/63/253.

<sup>342</sup> Dazu Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt/M. 1993, S. 100.

<sup>343</sup> Näher Philipp Dann, *Entwicklungsverwaltungsrecht. Theorie und Dogmatik des Rechts der Entwicklungszusammenarbeit, untersucht am Beispiel der Weltbank, der EU und der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 31; Laurence Boisson de Chazournes, Edouard Fromageau, »Balancing the Scales: The World Bank Sanctions Process and Access to Remedies«, in: *European Journal of International Law* 23 (2012), S. 963-989.



deren Legitimation bei. Auch wenn das Panel nicht abschließend entscheiden kann, sondern nur an den Exekutivausschuss berichtet, so sind seine Feststellungen doch maßgeblich für das weitere Verfahren. Dies ist auch der Öffentlichkeit des Beschwerdeverfahrens und der Veröffentlichung des Berichts zu verdanken.<sup>344</sup>

Das regimeorientierte Grundverständnis erfasst wie das gemeinschaftsorientierte Grundverständnis alle gerichtlichen Funktionen. Gleichwohl bestehen substantielle Unterschiede, da das regimeorientierte Grundverständnis die internationale Ordnung deutlich fragmentierter, dynamischer und stärker unter Einblendung der staatlichen regulatorischen Ebene versteht. Im Folgenden seien zwei Gerichtsbarkeiten vorgestellt, die diese neue Dimension besonders anschaulich machen: die Streitbeilegungsorgane der WTO und die ICSID-Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.

## 2. Das Streitbeilegungsgremium der WTO

Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) verkörpert seit Jahrzehnten wie wenige andere multilaterale Verträge globalen Zuschnitts die Idee der wirtschaftlichen Interdependenz. Zusammen mit der OECD bildete es die völkerrechtliche Grundlage für die ökonomische Verflechtung der westlichen Welt nach dem Zweiten Weltkrieg. Seiner ungewöhnlichen Gerichtsbarkeit kam und kommt dabei eine wesentliche Rolle zu. Erfolgreiche Juridifizierung auf internationaler Ebene muss keineswegs etablierte staatliche Muster kopieren, auch eigenartige Arrangements können zielführend sein.<sup>345</sup>

Bezeichnenderweise fehlt sowohl im GATT von 1947 als auch im WTO-Übereinkommen von 1994 jeder Hinweis auf die großen internationalen Themen Frieden und Menschenrechte, also die Kernthemen der VN-inspirierten Völkerrechtsordnung.<sup>346</sup> Es geht vielmehr um das spezifische Regime des internationalen Handels.

<sup>344</sup> Dann, *Entwicklungsverwaltungsrecht* (Anm. 343), S. 163.

<sup>345</sup> Zur Klassifikation der GATT- und WTO-Streitbeilegung als gerichtliches Verfahren oben, I. C. 2.

<sup>346</sup> Auf den Konferenzen in Bretton Woods wurde gleichwohl ein enger Zusammenhang zwischen Freihandel und Friedenssicherung gesehen, Douglas A. Irwin u. a., *The Genesis of the GATT*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, S. 9-10.

Das GATT als multilateraler Vertrag zielt darauf, den Warenhandel betreffende Maßnahmen auf Einfuhrzölle zu konzentrieren und diese sukzessive zu senken. Spätere Abkommen haben den Anwendungsbereich stetig ausgedehnt. Erinnerung sei nur an die Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen, über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS), über gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen (SPS), über technische Handelshemmnisse (TBT), über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen. Insbesondere in den 1980er und 1990er Jahren sah die entsprechende wissenschaftliche *community* hierin den Keim eines Rechts für den globalen Markt.<sup>347</sup>

Ursprünglich sollte das GATT Teil einer Internationalen Handelsorganisation, der International Trade Organization (ITO), sein, eingebettet in das System von Bretton Woods mit Weltbank und Internationalem Währungsfonds.<sup>348</sup> Das Statut scheiterte allerdings am US-amerikanischen Kongress und trat nie in Kraft. Das GATT wurde daraufhin über Jahrzehnte hinweg vorläufig angewandt. Es enthielt nur rudimentäre Vorgaben zur Streitbeilegung, schließlich sollte es ja Teil der umfassenden ITO werden. Allein Art. XXIII GATT bestimmte, dass eine Vertragspartei, deren Vorteil aus dem Abkommen zunichtegemacht oder gefährdet wurde (*nullified or impaired*), sich mit der anderen Seite beraten und, sollte das nicht zum Erfolg führen, die Sache allen Vertragsparteien zur Bearbeitung übertragen konnte. Diese hatten dann als Kollektiv die Möglichkeit, die geschädigte Partei dazu zu ermächtigen, Handelszugeständnisse in den Beziehungen zu der beeinträchtigenden Partei auszusetzen. Dieser Mechanismus war zunächst weit entfernt von einer gerichtsförmigen Streitbearbeitung. Das GATT war ein Recht von und für Diplomaten.<sup>349</sup>

347 Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, University Press Fribourg Switzerland, Fribourg 1991, insbesondere S. 210-221; Josef Drexler, »Unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts in der globalen Privatrechtsordnung«, in: Bernhard Großfeld u. a. (Hg.), *Festschrift für Wolfgang Fikentscher*, Mohr Siebeck, Tübingen 1998, S. 822-851, hier S. 825; Heinz Hauser, »Domestic Policy Foundation and Domestic Policy Function of International Trade Rules«, in: *Aussenwirtschaft* 41 (1986), S. 171-184; Jan Tumlir, »International Economic Order and Democratic Constitutionalism«, in: *ORDO* 34 (1983), S. 71-83.

348 Zum Mechanismus der Streitbeilegung der ITO siehe Art. 66 und Art. 92-97 der Havanna-Charta.

349 Robert E. Hudec, *Enforcing International Trade Law. The Evolution of the Mod-*

Interdependenz kann aber mit Diplomatie allein nicht funktionieren, da diplomatisches Vorgehen kaum differenzierte normative Erwartungen generiert und stabilisiert, wie sie die transnationale Wirtschaftstätigkeit aber verlangt. Daher verwundert es nicht, dass das GATT über die Jahre Charakteristika einer internationalen Organisation mit einem justiziellen Apparat entwickelte, welcher das spezifische Rechtsregime entfaltete. Anfangs war der institutionelle Alltag des GATT von denselben Diplomaten geprägt, die das Abkommen verhandelt hatten. Sie vertraten die Streitparteien und besetzten das Sekretariat. In eigener Initiative entwickelten sie zur Unterstützung der Streitbeilegung das Panel-Verfahren, dem zufolge die Vertragsparteien ein Panel von drei oder fünf unabhängigen Schiedsrichtern damit beauftragten, einen Bericht zu verfassen. Diese Panels formulierten sodann ihre Empfehlungen an alle Vertragsparteien, nicht nur die Streitparteien, nachdem sie schriftliche Eingaben der Streitparteien und zunehmend auch mündliche Vorträge behandelt und *in camera* beraten hatten. Die Berichte aber waren Empfehlungen ohne rechtliche Bindewirkung.

Nachdem der Mechanismus anfangs von GATT-Diplomaten und Handelsexperten dominiert wurde, kam er zunehmend unter den Einfluss von Juristen, mit denen ein juristisch-legalistischer Ethos Einzug hielt. Die personelle Veränderung transformierte die Arbeitsweise und näherte die Begründungen der Panel-Berichte Gerichtsentscheidungen an.<sup>350</sup> Ein wichtiger Schritt war die Schaffung einer Rechtsabteilung innerhalb des GATT-Sekretariats Anfang der 1980er Jahre, die fortan regelmäßig Panel-Berichte entwarf, auf Kohärenz in der Fallpraxis achtete und insgesamt die Herausbildung einer eigenständigen gerichtsförmigen Streitbeilegung beförderte.<sup>351</sup>

*ern GATT Legal System*, Butterworth, Salem 1993, S. 7; ders., »The GATT Legal System: A Diplomat's Jurisprudence«, in: *Journal of World Trade* 4 (1970), S. 615-665; zum Wandel hin zu einem regelorientierten Ansatz: John H. Jackson, »The Case of the World Trade Organization«, in: *International Affairs* 84 (2008), S. 437-454.

350 Joseph H. H. Weiler, »The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats. Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement«, in: *Journal of World Trade* 35 (2001), S. 191-207, hier S. 198-199. Bezeichnend ist, dass die durchschnittliche Länge der Berichte von 7 Seiten (1948-1969) auf 15 Seiten (1970-1979) und nach 1985 schließlich auf 48 Seiten anstieg.

351 Ernst-Ulrich Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System. Interna-*

Die Regimeorientierung wurde zu Beginn der 1990er Jahre besonders deutlich, als Handelsinteressen mit anderen internationalen Interessen in Konflikt gerieten. In den Berichten zu den *Tuna-Dolphin*-Fällen befanden die Panels, dass handelshemmende Maßnahmen zum Schutze von Delphinen nicht mit den generellen Ausnahmen gerechtfertigt werden könnten. Das GATT verbot danach den Umweltschutz jenseits des eigenen Territoriums, was zu erheblicher Kritik führte.<sup>352</sup> Unter dem GATT 1947 konnte dieser Kritik noch dadurch begegnet werden, dass die Berichte keinen Konsens fanden und somit nicht angenommen wurden.<sup>353</sup> Mit der WTO sollte dies nicht mehr möglich sein, so dass eine Neukalibrierung von Regimeinteresse und anderen öffentlichen Anliegen nötig wurde.

Mit der Welthandelsorganisation (WTO) erfolgte 1995 eine grundlegende institutionelle Fortentwicklung. Sie setzte eine neue Dynamik in Gang, die für manche Kritiker den Siegeszug einer neoliberalen Globalisierung symbolisierte.<sup>354</sup> Francis Fukuyama sprach ebenso einprägsam wie vorschnell von einem »Ende der Geschichte«, der marktzentrierte demokratische Liberalismus habe sich endgültig durchgesetzt.<sup>355</sup> Neben vielen materiellen Erweiterungen stellt das WTO-Übereinkommen den justiziellen Mechanismus mit dem *Dispute Settlement Understanding* (DSU) auf eine neue Grundlage.<sup>356</sup> Die beiden wesentlichen Errungenschaften wa-

*tional Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer, London 1997, S. 85.

352 Etwa GATT, *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, DS21/R, Panel Report of 3 September 1991, nicht angenommen, BISD 39S/155. Näher Ingo Venzke, »Making General Exceptions: The Spell of Precedents in Developing Article XX GATT into Standards for Domestic Regulatory Policy«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1111-1140, hier S. 1119-1121.

353 Dieser Sicherungsmechanismus konnte gleichwohl nicht verhindern, dass sich auch die nicht angenommenen Berichte der *Tuna-Dolphin*-Fälle tatsächlich auf den Rechtsdiskurs auswirkten. Siehe Venzke, »Making General Exceptions« (Anm. 352), S. 1121-1129.

354 Ulrich Brand u. a., *Global Governance. Alternativen zur neoliberalen Globalisierung?*, Westfälisches Dampfboot, Münster 2000, S. 104; Lori Wallach, Michelle Sforza, *Whose Trade Organization?*, Public Citizen, Washington/DC 1999, insbesondere S. 3 und 217.

355 Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Free Press, New York 1992, S. 39-51.

356 Vgl. nur Ernst-Ulrich Petersmann, »The Transformation of the World Trading



ren die Einrichtung einer Berufungsinstanz, des Appellate Body, und die quasiautomatische Annahme der Berichte durch das Streitbeilegungsgremium (*Dispute Settlement Body*).

Während Berichte unter dem GATT 1947 den Konsens der Vertragsparteien erforderten, um Bindungswirkung zu entfalten, ist nunmehr ein Konsens erforderlich, um eine Annahme zu verhindern (Art. 16 lit. f DSU).<sup>357</sup> In der Sache führte dies zu einer Entscheidungskompetenz der justizförmig arbeitenden Berichtsorgane. Dieser Schritt wurde begleitet von der neu eingeführten Möglichkeit, Entscheidungen in einer höheren Instanz anzufechten. Dabei gingen die Verhandlungsführer wohl davon aus, dass nur einige wenige Fälle vor den Appellate Body gebracht würden. Sie schienen nicht zu ahnen, welche Dynamik ein Rechtsprechungssystem mit einer Berufungsinstanz entfalten konnte. Als bald entwickelte sich der Appellate Body zum Herzen der neuen Welthandelsorganisation.<sup>358</sup>

Die vielleicht wichtigste Leistung des Appellate Body, betrachtet aus der Perspektive der Regimeorientierung, liegt darin, dass er die spezifische Orientierung des Regimes in einen breiteren rechtlichen Kontext einbettete und dadurch eine bedenkliche Blindheit gegenüber anderen Anliegen korrigierte. Es war ein kluger Zug, den Appellate Body 1995 nicht in erster Linie mit Handelsexperten zu besetzen, sondern mit prominenten Juristen, die meist qualifizierte Völkerrechtler genereller Ausrichtung waren und das Welthandelsrecht als Teil des Völkerrechts positionierten. Gleich zu Beginn hielt ein Bericht wegweisend fest, dass das GATT nicht in »clinical isolation« vom Völkerrecht zu verstehen

System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization«, in: *European Journal of International Law* 6 (1995), S. 161-221.

357 Näher Armin von Bogdandy, »Law and Politics in the WTO – Strategies to Cope with a Deficient Relationship«, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 5 (2001), S. 609-674, hier S. 618; Robert Howse, »The Legitimacy of the World Trade Organization«, in: Jean-Marc Coicaud, Veijo Heiskanen (Hg.), *The Legitimacy of International Organizations*, United Nations University Press, New York 2001, S. 355-407, hier S. 374.

358 Ausführlich Peter van den Bossche, »From Afterthought to Centrepiece: The WTO Appellate Body and Its Rise to Prominence in the World Trading System«, in: Giorgio Sacerdoti u. a. (Hg.), *The WTO at Ten. The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, S. 289-325.



sei.<sup>359</sup> Zugleich verschieben sich die Richter einer engen, dem staatenorientierten Grundverständnis entgegenkommenden Auslegungsmethode, indem sie Wortlautargumente besonders betonten. Man darf vermuten, dass sie damit auf die Souveränitätsdebatte reagierten, die das WTO-Übereinkommen gerade in den Vereinigten Staaten ausgelöst hatte. Aber auch Wortlautargumente machen eine Entscheidung nicht zwingend eng und monofunktional. Michelle Sanchez Badin und Richard B. Stewart, Doyens des amerikanischen Verwaltungsrechts und Mitschöpfer des GAL-Ansatzes, fassen dies zusammen:

The contentious and protracted Ministerial process for legislation and the underdeveloped normative functions of the WTO administrative branches have required the dispute settlement system to take on the principal burden of updating WTO trade disciplines and addressing relevant non-trade norms, including those reflected in other international agreements and international law generally as well as in domestic law. These circumstances have helped push the dispute settlement process from a purely bilateral and reciprocal system of episodic dispute settlement towards a multilateral system with a regulatory character. This evolution is only partial, and a more traditional approach is reflected in many panel and Appellate Body opinions. But the method and jurisprudence of the Appellate Body have often sought to promote an orderly and transparent system of global trade law to structure the practices of members and the expectations of global economic actors.<sup>360</sup>

Die weiterhin bestehende Regimeorientierung ergibt sich bereits daraus, dass sich die Zuständigkeit des Streitbeilegungsgremiums allein auf das WTO-Recht erstreckt.<sup>361</sup> Zudem zeigt sie sich darin,

359 WTO, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, Appellate Body Report of 29 April 1996, S. 17.

360 Stewart/Sanchez Badin, »The World Trade Organization and Global Administrative Law« (Anm. 331), S. 10-11. Eine Reihe von Entscheidungen stützt diese Aussage, etwa die Rechtsprechung zu Art. X Abs. 3 GATT, die Anforderungen hinsichtlich einer »uniform, impartial and reasonable« Verwaltung ausbuchstabiert, zu detailreichen Verwaltungsvorgaben unter Art. VI GATS und zum Übereinkommen über technische Handelshemmnisse. Siehe zu Letzterem u. a. WTO, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, Appellate Body Report of 4 April 2012.

361 Art. 1-3 DSU. Eine Vorschrift zum anwendbaren Recht findet sich hingegen nicht. Näher Joost Pauwelyn, »The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?«, in: *American Journal of International Law* 95 (2001), S. 535-578, hier S. 561.

wie die Streitbeilegungsorgane sich und das Welthandelsrecht im Verhältnis zur staatlichen Regelungsautonomie positionieren. Der Appellate Body bekräftigt wiederholt, es stehe jedem Mitgliedsstaat prinzipiell frei, das heimische Schutzniveau, etwa mit Blick auf den Verbraucher oder die Umwelt, nach eigenem Ermessen zu wählen. Dieses Ermessen ist aber in einem Korridor auszuüben, der vom Grundverständnis globaler wirtschaftlicher Verflechtung, also durch die Perspektive des Regimes, geprägt ist. Darüber hinaus hat der Appellate Body angedeutet, dass er bei seiner Kontrolle, ob handelsbeschränkende Maßnahmen zum Schutz anderer Rechtsgüter gerechtfertigt sind, eine Güterabwägung vornimmt.<sup>362</sup> Einige Beobachter sehen hierin den Schritt zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung mit vielleicht gar verfassungsgerichtlichen Ambitionen.<sup>363</sup> Wie in der WTO Ziele des Welthandels mit anderen öffentlichen Belangen vermittelt werden, ist für die Zukunft der Institution von wesentlicher Bedeutung.<sup>364</sup>

Insgesamt kann jedoch festgehalten werden, dass gerade aufgrund der Rechtsprechung des Appellate Body die Regimeorientierung der WTO-Praxis in das allgemeine Völkerrecht eingebettet und eine Abstimmung mit anderen Regimen eingeleitet wurde. Dies ist als eine wesentliche Leistung zu werten.<sup>365</sup> Sie kann dem

362 WTO, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, Appellate Body Report of 11 December 2000, Rn. 162; *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres*, WT/DS332/AB/R, Appellate Body Report of 3 December 2007, Rn. 178. Die Debatte ist nun auch virulent in der Interpretation des Übereinkommens über technische Handelshemmnisse, siehe etwa WTO, *United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, Appellate Body Report of 29 June 2012, Rn. 378.

363 Zur Diskussion Venzke, »Making General Exceptions« (Anm. 352), S. 1132–1137. Siehe auch Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford University Press, Oxford 2005, insbesondere S. 197–198.

364 Dazu ausführlich Joseph H. H. Weiler, »Law, Culture, and Values in the WTO – Gazing into the Crystal Ball«, in: Daniel Bethlehem u. a. (Hg.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 749–772.

365 Van den Bossche, »From Afterthought to Centrepiece« (Anm. 358). Mit Betonung des regimestabilisierenden Effekts der Öffnung: Bruno Simma, Dirk Pulkowski, »Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law«, in: *European Journal of International Law* 17 (2006), S. 483–529, hier S. 510–512.

internationalen Investitionsschutzrecht als Vorbild dienen, dessen Regimeorientierung fast pathologisch erscheint.

### 3. Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im Rahmen des ICSID

Der heutigen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, besonders im Rahmen des International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), kommt ebenfalls eine Rolle zu, die über bloße Streitbeilegung und Friedenssicherung hinausreicht. Gewiss führten früher Investitionsstreitigkeiten mitunter zu militärischen Maßnahmen,<sup>366</sup> so dass eine entsprechende Gerichtsbarkeit auch dem internationalen Frieden dient. Doch darauf ist sie heute nicht beschränkt. Unter der Ägide der Weltbank lautete die Losung zunächst, dass Kapitalexperte des globalen Nordens der wirtschaftlichen Entwicklung des globalen Südens helfen sollen.<sup>367</sup> Viele bilaterale Investitionsschutzabkommen (*Bilateral Investment Treaties*, BITs) wiederholen und bestätigen das primäre Ziel der ICSID-Konvention, durch ausländische Investitionen den wirtschaftlichen Wohlstand des Gaststaates zu fördern.<sup>368</sup> Diesem Ziel soll es dienen, wenn ausländische Investoren ihre Rechte direkt vor einem internationalen Gericht geltend machen können, ohne zuvor die nicht immer unabhängigen und kompetenten Gerichte des Gaststaats anzurufen.<sup>369</sup> Doch auch dies erfasst das heutige Investitionsschutzrecht nicht in seiner ganzen Breite, ist es doch zu einem Bestandteil des globalen Kapitalmarktrechts erstarkt. Die Investiti-

366 Zur *Drago-Porter*-Konvention von 1907, die dies verbieten sollte: Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, S. 12.

367 Thomas W. Wälde, »The Specific Nature of Investment Arbitration«, in: ders., Philippe Kahn (Hg.), *New Aspects of International Investment Law*, Nijhoff, Leiden 2007, S. 43-119, hier S. 72-76.

368 Siehe etwa Agreement between the United Mexican States and the Federal Republic of Germany on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 23 February 2001, Präambel, dritter Erwägungsgrund (unctad.org), letzter Zugriff 10.10.2012; Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID-Konvention), 14 October 1966, Präambel, erster Erwägungsgrund.

369 Ausführlich Dolzer/Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Anm. 366), S. 214.

onsschiedsgerichtsbarkeit dient diesem Markt, indem sie normative Erwartungen generiert, stabilisiert, nationale Maßnahmen kontrolliert und die etwa 3000 bilateralen Investitionsschutzabkommen in einem dynamischen multilateralen System verknüpft.<sup>370</sup>

Schiedsgerichtliche Verfahren wegen Enteignung gibt es seit Langem.<sup>371</sup> Gegenstand waren zumeist Fragen der Rechtmäßigkeit und der Entschädigung. Nationalisierungen durch die neuen unabhängigen Staaten gaben dem Rechtsgebiet großen Auftrieb, etwa bei der Verstaatlichung der libyschen Ölindustrie Anfang der 1970er Jahre.<sup>372</sup> Wegweisend ist dabei, dass zunehmend Investoren, also private Parteien, direkt vor den Schiedsgerichten auftreten. Um ihre Rechte und Interessen etwa vor dem Internationalen Gerichtshof zur Geltung zu bringen, sind Private hingegen auf eine Klage ihres Heimatstaates angewiesen.<sup>373</sup> Auch im Rahmen des GATT müssen die betroffenen Unternehmen weiterhin Regierungsvertreter überzeugen, ein Verfahren einzuleiten.

Fast alle Fragen des völkerrechtlichen Schutzes bei Enteignungen waren lange streitig. So war unklar, ob ausländische Investoren den Schutz eines eigenen internationalen Standards genießen oder nur wie Inländer zu behandeln sind, was überhaupt eine Enteignung darstellt und wie sich eine Entschädigung berechnet. In der VN-Generalversammlung versuchten Staatenvertreter in den 1960er Jahren vergebens, hierüber zu einem Konsens zu gelangen. Das Projekt einer *New International Economic Order*, das Entwicklungsländer in den 1970er Jahren einbrachten, entzweite die Versammlung weiter. Vor diesem Hintergrund propagierte der

370 Stephan W. Schill, »System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking«, in: von Bogdandy/Venzke (Hg.), *International Judicial Lawmaking* (Anm. 271), S. 133-177.

371 Siehe etwa die *Lena-Goldfields*-Arbitration von 1930 infolge der Verstaatlichungen nach der russischen Revolution von 1917, dazu Van Vechten Veeder, »The *Lena Goldfields* Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas«, in: *International and Comparative Law Quarterly* 47 (1998), S. 747-792; StIGH, *Factory at Chorzów*, Judgment of 26 July 1927, P. C. I. J. Series A, No. 9.

372 Siehe den beispielhaften und verhältnismäßig einflussreichen Fall mit René Jean Dupuy als alleinigem Schiedsrichter: *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Ad Hoc Award of 19 January 1977, veröffentlicht in: *Journal du Droit international* 104 (1977), S. 350-389.

373 Beispielhaft IGH, *Barcelona Traction* (Anm. 177), Rn. 28; IGH, *ELSI* (United States v. Italy), Judgment of 20 July 1989, I. C. J. Reports 1989, S. 15, Rn. 49.



damalige *General Counsel* der Weltbank, Aron Broches, die programmatische Formel »procedure before substance«: Es sollten zuerst einmal Verfahren zur Streitbeilegung eingerichtet werden; das materielle Recht werde in der Praxis der Rechtsanwendung schon folgen.<sup>374</sup> Broches hatte also die rechtserzeugende Rolle von Gerichten klar im Auge. Er war erfolgreich: Verfahrensregeln und der institutionelle Rahmen wurden mit dem ICSID geschaffen.<sup>375</sup> Zudem begannen viele Staaten bilaterale Investitionsabkommen abzuschließen, die Schutzstandards für ausländische Investoren niederlegten und unter denen, höchst bedeutsam, Investoren oft als Verfahrenspartei auftreten und direkt gegen einen Gaststaat klagen konnten.

In den 24 Jahren zwischen 1966 und 1990 wurden im Rahmen des ICSID nur 26 Fälle anhängig gemacht. Eine dynamische Entwicklung setzte erst nach 1990 ein, also mit der Epoche der Globalisierung. Von 1991 bis 2011 wurden allein im Rahmen des ICSID 343 Streitfälle anhängig gemacht, davon 38 allein im Jahr 2011.<sup>376</sup> Über 90 Prozent aller vom ICSID registrierten Fälle stammen damit aus der Zeit nach 1990. Von 2001 bis 2011 wurde zudem gegen 34 Entscheidungen ein Aufhebungsverfahren eingeleitet. In der ganzen Zeit zuvor waren es nur sechs.<sup>377</sup> Diese quantitative Entwicklung ging einher mit einem bedeutenden qualitativen Wandel.

Aron Broches war aber nicht nur institutionell, sondern auch materiellrechtlich erfolgreich. Die »substance«, das materielle Investitionsschutzrecht, entwickelte sich in der Schiedspraxis, und zwar tief geprägt durch die Ziele des Investitionsschutzes. Das *law-making* im ICSID-Rahmen ist besonders bemerkenswert, fehlen doch sowohl ein permanentes internationales Rechtsprechungsorgan als auch eine einheitliche Rechtsgrundlage, etwa in Form eines multilateralen Vertrags. Gleichwohl haben die diversen Schiedsgerichte aus dem Völkergewohnheitsrecht und über 3000 bilateralen

374 Dazu Dolzer/Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Anm. 366), S. 20.

375 Gegründet mit der ICSID-Konvention von 1966.

376 Siehe *The ICSID Caseload-Statistics*, Issue 2012-1, S. 7 ([icsid.worldbank.org](http://icsid.worldbank.org)), letzter Zugriff 10.10.2012. Für eine Statistik über den Kontext des ICSID hinaus siehe UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note No. 1/2012, S. 1-3 ([unctad.org](http://unctad.org)), letzter Zugriff 10.10.2012.

377 Siehe *The ICSID Caseload-Statistics* (Anm. 376), S. 15.



Abkommen einen übergreifenden Rechtskorpus geschaffen, der normative Erwartungen lenkt und stabilisiert.<sup>378</sup> Natürlich sind nicht alle Entscheidungen gleich bedeutend und auch nicht durchweg kohärent. Einige Schiedsgerichte betonen ausdrücklich, dass sie von den Streitparteien allein beauftragt seien, einen konkreten Fall zu entscheiden, und nicht etwa, eine kohärente Rechtsprechung zu entwickeln.<sup>379</sup> Andere widersprechen jedoch und sehen sich verpflichtet, zur Rechtssicherheit und einer harmonischen Rechtsentwicklung beizutragen.<sup>380</sup> Es ist heute kaum ohne Bezug auf frühere Fälle aus der Schiedspraxis zu argumentieren, was der Standard gerechter und billiger Behandlung beinhaltet, was eine geschützte Investition ausmacht, was eine Enteignung darstellt oder wie eine Entschädigung zu berechnen ist.

Die Schiedsgerichte haben dabei die einschlägigen Standards in der funktionalen Logik des Regimes derart weiterentwickelt, dass sie den Handlungsspielraum der Gaststaaten teilweise kritisch einschränken. Entscheidungen im Zuge des argentinischen Staatsbankrotts sind illustrativ. Angesichts einer tiefen Wirtschaftskrise und ausufernder Schuldenlasten gab Argentinien 2001 die Bindung des Pesos an den US-Dollar auf und schränkte den Kapitalexport ein. Diese Maßnahmen trafen und treffen inländische und ausländische Investoren gleich. Doch Letztere können, soweit sie einem Staat angehören, der mit Argentinien ein BIT abgeschlossen hat, der der ICSID-Konvention beigetreten ist oder sich mit Argentinien auf die Nutzung der ICSID-*Additional Facility* geeinigt hat, die einschlägigen Schutzstandards des jeweiligen BIT direkt vor inter-

378 Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, S. 278-361.

379 Siehe etwa *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005, Rn. 30; *Romak (Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan)*, PCA Case No. AA280, UNCITRAL Award of 26 November 2009, Rn. 170-171; *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16, Award of 31 March 2011, Rn. 90.

380 Siehe etwa *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 of 21 March 2007, Rn. 67; *Noble Energy Inc. and Machala Power Cia. LTDA v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, ICSID Case No. ARB/05/12, Decision on Jurisdiction of 5 March 2008, Rn. 50; *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/03, Annulment Decision of 30 July 2010, Rn. 66.

nationalen Schiedsgerichten einklagen.<sup>381</sup> Eine Reihe von Klagen waren oder sind seither gegen Argentinien anhängig mit Forderungen im geschätzten Gesamtwert von 80 Milliarden US-Dollar.<sup>382</sup> Die bisherigen Schiedssprüche haben den völkergewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungstatbestand des Notstands teils widersprüchlich, insgesamt aber doch eher restriktiv ausgelegt. So bekam Argentinien zu spüren, wie eng der Handlungsspielraum eines Staates zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung geworden ist, will er nicht Gefahr laufen, zu signifikanten Schadensersatzzahlungen an ausländische Investoren verurteilt zu werden, die weltweit durchgesetzt werden können.<sup>383</sup>

Kritiker des gegenwärtigen Investitionsschutzregimes sehen sich durch dieses Beispiel bestärkt. Sie halten die nationalen Handlungsspielräume für zu eng und wollen eine gewisse Einseitigkeit, sei sie strukturell bedingt oder mit der Person der Schiedsrichter verknüpft, zugunsten der Investoren erkennen. Widersprüche zwischen verschiedenen Schiedssprüchen sowie die Intransparenz und Vertraulichkeit von Verfahren, die doch öffentliche Belange betreffen, werden als fundamentale Gerechtigkeitsprobleme ausgemacht.<sup>384</sup> Dagegen wird eingewandt, dass die Staaten ihre Verpflich-

381 Siehe Art. 25 ICSID-Konvention; Art. 2 ICSID-Additional Facility Rules.

382 Zur Schätzung William W. Burke-White, Andreas von Staden, »Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties«, in: *Virginia Journal of International Law* 48 (2007), S. 307-410, hier S. 311.

383 Diese Aussage ist nicht im Sinne einer Billigung aller argentinischen Maßnahmen zu verstehen. Einen Überblick über die Rechtsprechung bieten Stephan W. Schill, »International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises. Comment on the ICSID Decision in LG & E v. Argentina«, in: *Journal of International Arbitration* 24 (2007), S. 265-286; José A. Alvarez, Tegan Brink, »Revisiting the Necessity Defence: Continental Casualty v. Argentina«, in: *Yearbook on International Investment Law & Policy* (2010-2011), S. 319-362.

384 Die Kritik ist zusammengefasst in einem *Public Statement on the International Investment Regime*, 31.08.2010, samt Liste der Unterzeichner verfügbar unter [www.osgoode.yorku.ca/public\\_statement/](http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement/), zuletzt abgerufen 10.10.2012. Siehe außerdem Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2007; Susan D. Franck, »The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing International Law through Inconsistent Decisions«, in: *Fordham Law Review* 73 (2004-2005), S. 1521-1626; Muthucumaraswamy Sornarajah, »Toward Normlessness. The Ravage and Retreat of Neo-Liberalism in International Investment Law«, in: *Yearbook of Inter-*

tungen aus freien Stücken eingegangen seien und wirtschaftlich von ihnen profitierten. Investitionen seien äußerst kostenintensiv, Investoren daher auf stabile Rahmenbedingungen angewiesen.<sup>385</sup>

Heute sind die Positionen verhärtet, und die Kritik an einzelnen Entscheidungen ist zu einer systemischen Kritik am gegenwärtigen Investitionsschutzrecht erstarkt.<sup>386</sup> Das Feld ist in Bewegung und die Praxis im Wandel. Dazu zählt, dass die sogenannten *Annulment Committees* ihre enge Zuständigkeit angesichts der anschwellenden Kritik ausgeweitet haben. Die ICSID-Konvention erlaubt ihnen die Aufhebung von Schiedssprüchen grundsätzlich nur dann, wenn ein Schiedsgericht nicht ordnungsgemäß eingesetzt wurde, es zu einer offenkundigen Kompetenzüberschreitung oder zu Korruption gekommen ist, wenn von grundlegenden Verfahrensregeln schwerwiegend abgewichen wurde oder wenn der Schiedsspruch keine Gründe nennt.<sup>387</sup> Gleichwohl haben die Schiedsrichter der »zweiten Instanz« ihre Rolle weit gefasst und Schiedssprüche aufgehoben, weil sie den Rechtfertigungstatbestand des Notstands falsch angewandt sahen.<sup>388</sup> Man kann diese Kompetenzausdehnung als Versuch verstehen, auf die Legitimationskrise eines Systems zu reagieren, das seine Regimeorientierung übertrieben hat.<sup>389</sup>

*national Investment Law and Policy* (2009-2010), S. 595-642; David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, S. 25-108.

385 Dolzer/Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Anm. 366), S. 7-9.

386 Siehe zur Diskussion die Beiträge in Michael Waibel u. a. (Hg.), *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2010.

387 Art. 52 ICSID-Konvention.

388 *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Annulment Decision of 29 June 2010, Rn. 186-229; *Enron Creditors* (Anm. 380), Rn. 406-417. Siehe auch Christoph H. Schreuer, »From ICSID Annulment to Appeal: Half Way Down the Slippery Slope«, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 10 (2011), S. 211-225.

389 Zur besseren Kalibrierung finden sich zahlreiche Vorschläge in Stephan W. Schill (Hg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2010.

## D. Vom Paradigma der Global Governance zum demokratieorientierten Grundverständnis

Das regimeorientierte Grundverständnis der internationalen Gerichtsbarkeit steht in der Tradition des Funktionalismus.<sup>390</sup> Die Interdependenztheorie und die Regimetheorie haben es wirkmächtig ausbuchstabiert und werden seit Mitte der 1990er Jahre in der Theoriebildung zur Global Governance fortentwickelt.<sup>391</sup> Wenngleich vieles umstritten ist, lassen sich vier Kernpunkte identifizieren, die das Verständnis internationaler Gerichtsbarkeit vertiefen.

Erstens erschließt sich mit dem regimeorientierten Grundverständnis besser als mit den beiden anderen die heutige Funktion vieler Gerichte, die *Interdependenz* der Staaten in einer *vielgestaltigen* internationalen Ordnung zu bewältigen. Die Spezifik der einzelnen Regime, Organisationen und Vertragssysteme kommt stärker als bei den vorherigen Grundverständnissen in den Blick, natürlich auf Kosten der Rolle des allgemeinen Völkerrechts.<sup>392</sup> Entsprechend erlaubt es diese Sicht, besser zu verstehen, dass ein spezifisches »Regimeinteresse« – ein liberalisierter Handel, die Investitionssicherheit – in der regimespezifischen Gerichtsbarkeit verfolgt wird.<sup>393</sup>

Zweitens wandelt sich unter dem Begriff Global Governance das Verständnis dessen, wer die Akteure vor und die Ansprechpartner von internationalen Gerichten sind. Staatlichkeit im Völkerrecht

390 Grundlegend dazu David Mitrany, *A Functional Theory of Politics*, London School of Economics & Political Science, London 1975; Ernst B. Haas, *Beyond the Nation-State. Functionalism and International Organization*, Stanford University Press, Stanford 1964.

391 Keohane/Nye, *Power and Interdependence* (Anm. 316); Hewson/Sinclair, »The Emergence of Global Governance Theory« (Anm. 328); Mayntz, »Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?« (Anm. 328); Benz, »Governance« (Anm. 328).

392 Näher International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, 13 April 2006, ILC Doc. A/CN.4/L.682, insbesondere S. 248 und 255. Wir kommen darauf zurück, siehe Kapitel III. B. 3. und Kapitel IV. C. 1. c.).

393 Dies betonen die in der Tradition des Funktionalismus stehenden systemtheoretischen Ansätze, etwa Andreas Fischer-Lescano, Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2006.



wird deutlich anders verstanden als unter den ersten beiden Grundverständnissen. In Anne-Marie Slaughters einflussreicher Konzeption einer »Neuen Weltordnung« (*A New World Order*)<sup>394</sup> etwa wird der Staat disaggregiert.<sup>395</sup> Dies gilt gerade für seine herausragendste Eigenschaft im traditionellen Völkerrecht, nämlich die Souveränität.<sup>396</sup> Souveränität bedeutet nun nicht mehr in erster Linie »Autonomie« (der politischen Entscheidung des souveränen Staates), sondern mutiert zur »Fähigkeit, an transgubernativen Netzwerken aller Art teilzunehmen«.<sup>397</sup> Der Begriff des Netzwerks ist ein wichtiges Angebot, um das Phänomen der Global Governance zu fassen.<sup>398</sup> Er bezeichnet stabile transnationale Interaktionssysteme, in denen etwa Ministerialbeamte interessierter Staaten, aber auch deren Richter regelmäßig zusammenkommen. Dies erlaubt es besser, innerhalb des Staates zwischen verschiedenen Ansprechpartnern zu unterscheiden: Die nationale Gerichtsbarkeit kommt auf eine neue Weise in den Blick.<sup>399</sup> Gleiches gilt für die gestaltende Rolle internationaler Institutionen, in unserem Fall für die Gerichte selbst oder für auf sie einwirkende internationale Bürokratien, wie etwa das WTO-Sekretariat. Zudem betont die Governance-Theorie durchgängig die Bedeutung von Akteuren privater oder hybrider Natur sowie die Rolle von Individuen. Governance erfolgt nicht allein durch hoheitliche Handlungsträger. Dies schärft den Blick für

394 Umfassend ausformuliert in Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton 2004; zu Slaughters Theorie José E. Alvarez, »Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory«, in: *European Journal of International Law* 12 (2001), S. 183-261.

395 Slaughter, *A New World Order* (Anm. 394), S. 12-15, 18 und 31-35; dies., »International Law in a World of Liberal States«, in: *European Journal of International Law* 6 (1995), S. 503-538, hier S. 516-521; dies., »International Law and International Relations«, in: *Recueil des cours* 285 (2000), S. 9-249, hier S. 41.

396 Slaughter, *A New World Order* (Anm. 394), S. 266-271.

397 Ebd., S. 34. So schon Antonia Handler Chayes, Abram Chayes, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1995, S. 27.

398 Näher Matthias Goldmann, »Der Widerspenstigen Zähmung, oder: Netzwerke dogmatisch gedacht«, in: Sigrid Boysen u. a. (Hg.), *Netzwerke. 47. Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, Baden-Baden 2007, S. 225-246.

399 Eyal Benvenisti, »Reclaiming Democracy. The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts«, in: *American Journal of International Law* 102 (2008), S. 241-274; André Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2011.



die Rolle von Privaten in internationalen gerichtlichen Verfahren, sei es als Kläger (in ICSID-Streitigkeiten oder vor Menschenrechtsgerichtshöfen), sei es als Kräfte hinter den Streitparteien, etwa als eine Menschenrechtsbeschwerden finanzierende NGO oder als betroffenes Unternehmen, das eine Staatenklage auslöst. Slaughter versteht das internationale staatliche Handeln insgesamt weniger als Ausdruck einer Strategie, welche die Regierung autonom formuliert, sondern vielmehr als Resultante divergierender Interessen, die Individuen oder Gruppen der internen wie transnationalen Zivilgesellschaft verfolgen.<sup>400</sup>

Drittens steht Global Governance für eine Hinwendung zu Strukturen und Verfahren, die nicht nur formaler, sondern auch informeller Natur sein können. Mit diesem Interesse kommen zahlreiche neue Phänomene in den Blick, die sich mit herkömmlichen rechtlichen Begriffen nicht erfassen lassen. So öffnet sich ein Weg, die Rolle von *soft law* in gerichtlichen Begründungen rechtswissenschaftlich zu thematisieren.<sup>401</sup>

Schließlich betont der Begriff den Mehrebenencharakter zeitgenössischer Governance-Aktivitäten. Es geht eben um »Global« und nicht um »International« Governance. Die strikte traditionelle Unterscheidung nach der jeweiligen Ebene, also zwischen internationaler, supranationaler und nationaler öffentlicher Gewalt, zwischen Völkerrecht, Unionsrecht und staatlichem Recht, wird damit überwunden. Dies ist eine fruchtbare Grundlage, um die Interaktion von internationalen, supranationalen und staatlichen Gerichten neu zu konzipieren. So meint wiederum Anne-Marie Slaughter, es sei von einer Konzeption internationaler Rechtsprechung zu einer »globalen Gemeinschaft von Gerichten« überzugehen, die auf Synergien mit den nationalen Gerichten gründe.<sup>402</sup> In eine ähnliche Richtung gehen Theorien eines globalen Verwaltungsrechts, das auf der Vorstellung beruht, völkerrechtliche und staatliche Rechtsmassen fügten sich zu einem Ganzen und seien in dieser Perspektive am besten zu behandeln.<sup>403</sup>

400 Slaughter, »International Law in a World of Liberal States« (Anm. 395), S. 508; dies., »International Law and International Relations« (Anm. 395), S. 41.

401 Dazu unten, IV. C. 3.

402 Slaughter, *A New World Order* (Anm. 394), S. 100.

403 Zu Letzterem wegweisend Sabino Cassese, »Global Administrative Law: An Introduction«, 2005 ([www.iilj.org/GAL/documents/Cassese-paper.pdf](http://www.iilj.org/GAL/documents/Cassese-paper.pdf)), letzter

So weiterführend das dritte Grundverständnis ist, so schwerwiegend sind einige Probleme, die sich aus seiner funktionalistischen Basis ergeben.<sup>404</sup> Besonders bedeutsam sind für unsere Fragestellung legitimatorische Schwierigkeiten. Dem funktionalistischen Denken entsprechen Rechtfertigungsmuster, die sich auf die Förderung von Werten, Zielen oder Gemeinschaftsinteressen berufen. Es mag durchaus Konstellationen geben, in denen dies die Rechtfertigungslasten erfüllt. Angesichts der Autonomisierung einiger Gerichte sowie der Breite gesellschaftlich umstrittener Themen, über die sie inzwischen judizieren, reicht ein Verweis auf Werte, Ziele oder Gemeinschaftsinteressen als generelle Strategie jedoch nicht mehr aus. Gewiss bleibt die Befriedungsfunktion internationaler Entscheidungen relevant, nicht zuletzt für die Verwirklichung demokratischen Regierens, denn Demokratie gedeiht besser in einer friedlichen Welt.<sup>405</sup> Das Friedensziel kann aber den konkreten Zuschnitt vieler internationaler Entscheidungen kaum anleiten und damit legitimieren. Sie werden daher häufig mit spezifischen Zielen legitimiert.<sup>406</sup> Aber auch solche Ziele können die Rechtfertigungsprobleme von öffentlicher Gewalt nicht erledigen, denn

Zugriff 10.10.2012; Kingsbury u. a., »The Emergence of Global Administrative Law« (Anm. 331).

404 Zu den funktionalistischen Wurzeln des Governancebegriffs siehe Oliver E. Williamson, *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, Oxford 1996; weiter James N. Rosenau, »Governance, Order, and Change in World Politics«, in: ders., Ernst-Otto Czempiel (Hg.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge 1992, S. 1-29, hier S. 4.

405 Internationale Gerichte können außerdem auf Demokratisierung hinwirken, etwa durch eine demokratieorientierte Menschenrechtsjudikatur. Siehe EGMR, *Matthews v. The United Kingdom*, App. No. 24833/94, Judgment of 18 February 1999, ECHR 1999-I, Rn. 45-54; näher Georg Ress, »Das Europäische Parlament als Gesetzgeber. Der Blickpunkt der Europäischen Menschenrechtskonvention«, in: *Zeitschrift für europarechtliche Studien* 2 (1999), S. 219-230, hier S. 226; Jenny S. Martinez, »Towards an International Judicial System«, in: *Stanford Law Review* 56 (2003-2004), S. 429-529, hier S. 464-465.

406 Dolzer/Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Anm. 366), S. 149; Carmen Thiele, »Fragmentierung des Völkerrechts als Herausforderung für die Staatengemeinschaft«, in: *Archiv des Völkerrechts* 46 (2008), S. 1-41, hier S. 13; Tomer Broude, »The Rule(s) of Trade and the Rhetos of Development: Reflections on the Functional and Aspirational Legitimacy of the WTO«, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 45 (2006-2007), S. 221-261.

funktionale Argumentationen bieten keine Lösung für die unvermeidliche Konkurrenz verschiedener Ziele. Eine starke Ausrichtung an einem spezifischen »Regimeinteresse« kann leicht zulasten anderer Prinzipien und Ziele gehen.<sup>407</sup> Weiter stellt sich die Frage, wie regimespezifische Institutionen die Interessen und Werte der letztlich betroffenen Bürger aufnehmen, wie sie sich ihnen gegenüber verantworten und welche Schutzmöglichkeiten es gibt.

Die Antworten, die Anne-Marie Slaughter auf diese Einwände formuliert, bieten eine gute Folie, um unsere Ideen im Kontrast auszuführen. Der wesentliche Unterschied lautet: Slaughter setzt auf Netzwerke statt auf Institutionen. Wir hingegen meinen, dass dies weder legitimatorisch noch funktional überzeugt. Es geht kein Weg daran vorbei, das demokratische Prinzip für internationale Institutionen zu entfalten.

Slaughter sieht wie viele andere Autoren ein wesentliches legitimatorisches Problem von Global Governance darin, dass sie weitgehend verborgen, technokratisch und demokratisch unverantwortlich operiert.<sup>408</sup> Sie sucht die Lösung, also eine »gerechtere« globale Ordnung, in einer durch Netzwerke strukturierten Weltordnung, die »inklusiv, tolerant, respektvoll und dezentralisiert« ist.<sup>409</sup> Dieses Ziel wird niemand bestreiten wollen, wohl aber, dass Netzwerke dies leisten können. Zur Demokratisierung von Global Governance macht Slaughter einige Vorschläge, mit denen sie eine reiche Diskussion zusammenfasst. Diese Vorschläge sind auch für internationale Gerichte relevant:<sup>410</sup>

- die explizite Anerkennung der dualen (internen *und* internationalen) Funktion der Akteure der globalen Netzwerke, zu denen eben auch Richter zählen;<sup>411</sup>
- größere Transparenz zum Zwecke größerer Öffentlichkeit;<sup>412</sup>

407 Kritisch Robert Latham, »Politics in a Floating World. Toward a Critique of Global Governance«, in: Hewson/Sinclair (Hg.), *Approaches to Global Governance Theory* (Anm. 328), S. 23-53; Martti Koskenniemi, »Global Governance and Public International Law«, in: *Kritische Justiz* 37 (2004), S. 241-254.

408 Slaughter, *A New World Order* (Anm. 394), S. 215. Siehe zur Debatte um die *accountability* auch die Beiträge in David Held, Mathias Koenig-Archibugi (Hg.), *Global Governance and Public Accountability*, Blackwell, Malden 2005.

409 Slaughter, *A New World Order* (Anm. 394), S. 29.

410 Ebd., S. 28-29.

411 Ebd., S. 231-235.

412 Ebd., S. 235-237.

- die Mobilisierung transnationaler Netzwerke von Bürgern (Nicht-regierungsorganisationen, Interessengruppen, Kirchen etc.);<sup>413</sup>
- stärkere Interaktion zwischen den Parlamentariern der an der Global Governance beteiligten Staaten;<sup>414</sup>
- eine Anpassung der innerstaatlichen Verfassungsordnung, wie z. B. die parlamentarische Kontrolle der auf transnationaler Ebene ausgeübten Gewalt staatlicher Organe.<sup>415</sup>

Zur weiteren legitimatorischen Stärkung von Global Governance empfiehlt Slaughter, die globale Verantwortung nationaler Akteure zu verschärfen. Hier fallen die Stich- und Schlagworte »globale deliberative Gleichberechtigung«, eine positive Anerkennung der Diversität, *positive comity*, ein System von *checks and balances* zwischen den diversen transnationalen Strukturen und Netzwerken sowie, dem Beispiel der Europäischen Union folgend, ein Subsidiaritätsprinzip.<sup>416</sup>

Anne-Marie Slaughter führt die Schlüsselbegriffe der einschlägigen Debatten beeindruckend zusammen. Ihre Antwort ist jedoch letztlich allzu sehr dem ersten, also staatenorientierten Grundverständnis verhaftet und nicht wirklich konsistent. In erheblicher Spannung zur Diagnose seiner »Disaggregation« denkt sie letztlich doch vom Staat her.<sup>417</sup> Die Bedeutung, die sie globalen Netzwerken zuweist, erklärt sich just daraus, dass sie eben nicht auf internationale Institutionen setzen will: »Wir brauchen mehr Steuerung (*government*) auf globaler Ebene, aber wir wollen keine Zentralisierung, weder der Entscheidungs- noch der zwangsausübenden Gewalt, welche weit von den Personen abdriftet, die regiert werden sollen.«<sup>418</sup> Global Governance soll im Wesentlichen ohne inter- oder gar supranationale Instanzen auskommen. Letztere bleiben »eher die Ausnahme als die Regel«<sup>419</sup> und sollen sich auf wenige Felder beschränken.

Wir meinen, dass diese Konzeption nicht funktionieren kann. Globale Netzwerke bieten kaum eine strukturelle Alternative zu in-

413 Ebd., S. 239-240.

414 Ebd., S. 237-239.

415 Ebd., S. 241-244.

416 Ebd., S. 245-257.

417 Ebd., S. 248.

418 Ebd., S. 8 (Übersetzung der Autoren).

419 Ebd., S. 32.



ternationalen Institutionen, denn ihr Potenzial ist beschränkt. Sie sind nützlich als Ergänzung, nicht jedoch als Ersatz von rechtlich verfassten Institutionen.<sup>420</sup> Zudem sind Transparenz, Verantwortlichkeit und rechtsstaatliche Standards ihnen gegenüber kaum durchzusetzen. Vor allem aber ist mit Slaughters Konzeption, wie im nächsten Schritt zu zeigen sein wird, die bestehende öffentliche Gewalt internationaler Institutionen, gerade auch internationaler Gerichte, nicht zu fassen. So bleibt letztlich nur die Alternative, entweder die internationale Gerichtsbarkeit zu stützen oder nach eigenen Mechanismen demokratischer Legitimation zu suchen. Unsere Studie wird den zweiten Weg beschreiten.

Einige Orientierungsmarken für diesen Weg seien, dieses Kapitel zusammenfassend, abschließend festgehalten. Die internationale Gerichtsbarkeit, insbesondere dank ihrer Entwicklung in den letzten zwanzig Jahren, hat heute eine signifikante Eigenständigkeit gegenüber den Staaten. Die Gerichte haben dabei nicht nur die Aufgabe, den Streit zwischen Staaten beizulegen. Sie üben auch weitere Funktionen aus, und zwar nicht nur gegenüber den Streitparteien, sondern weit darüber hinaus, namentlich die der Generierung und Stabilisierung normativer Erwartungen, der Kontrolle und Legitimation. Daher erscheint das traditionelle staatenorientierte Grundverständnis analytisch wie normativ viel zu eng. Unzulänglich erscheint aber auch das gemeinschaftsorientierte Verständnis, weil es viele Einsichten nicht zu erfassen weiß, welche die Forschung zur Global Governance erarbeitet hat. Dies gilt zunächst einmal für die weltweite Verflechtung als eine das bisherige Völkerrecht transformierende Herausforderung. Auch geht das gemeinschaftsorientierte Grundverständnis von einer Einheit des Systems aus, was angesichts der weitgehend unkoordinierten Vielfalt problematisch ist. Wir dagegen verstehen die Einheit als regulative Idee, nicht als Grundlage und Ausgangspunkt. Dem entspricht es, dass uns eher pluralistische denn unitarische Ansätze überzeugen. Aus diesem Grund sehen wir die bestehende Vielfalt auch nicht als prinzipiell problematisch, sondern versuchen sie im Lichte funkti-

420 Gunnar Folke Schuppert, »Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren«, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u. a. (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2012, S. 1067-1159, hier S. 1122-1130; siehe auch Goldmann, »Der Widerspenstigen Zähmung« (Anm. 398).



onaler Differenzierung zu deuten. Von der Governance-Forschung übernehmen wir weiter die Einsicht, dass internationale Institutionen und Prozesse in ihrem Zusammenspiel mit staatlichen Institutionen und Prozessen gedeutet werden sollten. Allerdings bekommt auch diese Forschung den öffentlich-rechtlichen Charakter internationaler Gerichte nicht recht in den Blick; dies erscheint uns aber für eine überzeugende Antwort auf das Legitimationsproblem unerlässlich. Während die ersten drei Grundverständnisse internationale Gerichte als *Instrumente in den Händen der Staaten*, *Organe der internationalen Gemeinschaft* oder als *Institutionen spezifischer Rechtsregime* sehen, entwickeln wir sie als *Träger internationaler öffentlicher Gewalt*.

### III. Das demokratieorientierte Grundverständnis

Das zweite Kapitel hat einen Eindruck verschafft, wie die internationale Gerichtsbarkeit in den letzten beiden Jahrzehnten erstarkt ist. Es gibt weit mehr Gerichte, diese Gerichte treffen weit mehr Entscheidungen, und diese Entscheidungen prägen weit stärker die internationale und innerstaatliche Ordnung als früher. Unsere multifunktionale Analyse hat diese Entwicklung näher entschlüsselt und zahlreiche Beispiele gegeben, wie die Gerichte Streit beilegen, normative Erwartungen sowohl erzeugen als auch stabilisieren und wie sie andere Institutionen kontrollieren und legitimieren. Diese Leistungen sind dabei keine isolierten Phänomene mehr, internationale Gerichte nehmen vielmehr teil am globalen Regieren. Die Entwicklung ist damit über die ersten beiden Grundverständnisse, das staaten- und das gemeinschaftsorientierte, hinausgegangen und ruft nach einer demokratietheoretisch fundierten Aufarbeitung der internationalen Gerichtsbarkeit, die keines der bisherigen Grundverständnisse unterbreitet, auch das regimeorientierte nicht. Für ein solches demokratieorientiertes Grundverständnis legt dieses Kapitel die konzeptionellen Grundlagen. Es zeigt zunächst, dass internationale Gerichte öffentliche Gewalt ausüben und wie sie das tun (A.). Der zweite Schritt entfaltet mit diesem Rüstzeug die spezifische legitimatorische Problematik internationaler Rechtsprechung und präzisiert verbreitete, aber unscharfe Kritiken an internationalen Gerichten (B.). Im dritten Schritt entwickelt es einen Demokratiebegriff für internationale Gerichte, der einen konstruktiven Umgang mit den Legitimationsproblemen erlaubt (C.).

#### A. Die öffentliche Gewalt internationaler Gerichte

##### 1. Die Unvermeidlichkeit richterlicher Rechtserzeugung

Recht sprechen ist Recht erzeugen (a.), und zwar nicht nur für den konkreten Fall, sondern auch für die Zukunft (b.). Gleichwohl bleibt die richterliche Rechtschöpfung von der politischen Rechtsetzung zu unterscheiden (c.).

## a) Rechtsprechung und Rechtserzeugung

Richterliches Entscheiden bedarf einer demokratischen Rechtfertigung nur, wenn es als Ausübung von öffentlicher Gewalt zu qualifizieren ist. Beruht ein richtiges Urteil aber nicht auf einer *Rechtserkenntnis*? Danach wäre allein der vorgelagerte politische Akt der Rechtsetzung demokratisch rechtfertigungsbedürftig. Der nachgelagerte Akt der *Rechtserkenntnis* müsste nur seine methodische Richtigkeit demonstrieren. Demokratische Anforderungen wären fehl am Platz.

Das kognitive Paradigma prägt weiterhin den allgemeinen Sprachgebrauch. Viele Gerichte beschreiben ihr Entscheiden als »Erkennen«.<sup>1</sup> Thomas von Danwitz, Richter des EuGH, beschwört gar: »Das Grundverständnis der richterlichen Entscheidung als Erkenntnisakt, d. h. als ausschließlich rechtlich determinierter Entscheidungsvorgang, darf [...] nicht in Zweifel gezogen, die Jagd nach den Gründen hinter den Gründen nicht eröffnet werden.«<sup>2</sup> Sicherlich wird das Verständnis der richterlichen Entscheidung als reinem Erkenntnisakt, wonach sich das im Einzelfall Gebotene aus einem Rechtstext zwingend ergibt, nicht mehr vertreten.<sup>3</sup> Ein juristischer Determinismus, der die Funktion der Urteilsbegründung nicht in der Rechtfertigung, sondern in der Demonstration der Richtigkeit sieht, ist heute selten anzutreffen.<sup>4</sup> Weithin verbreitet

1 IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I. C. J. Reports 1996, S. 226, Rn. 18 (»ascertain«). Man berücksichtige auch hier die emblematischen Äußerungen des IGH, *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Judgment of 25 July 1974, I. C. J. Reports 1974, S. 3, Rn. 53. Näher Pierre-Marie Dupuy, »Le juge et la règle générale«, in: *Revue Générale de Droit International Public* 93 (1989), S. 569-598.

2 Thomas von Danwitz, »Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes«, in: *Europarecht* 43 (2008), S. 769-785, hier S. 769. Zu diesem Verständnis Judith N. Shklar, *Legalism*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1964, S. 12-13.

3 Ulfried Neumann, »Theorie der juristischen Argumentation«, in: Winfried Brugger u. a. (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2008, S. 233-285, hier S. 241. Zum »bouche de la loi«: Charles L. de Secondat de Montesquieu, »De l'esprit des lois«, in: Edouard Laboulaye (Hg.), *Œuvres complètes de Montesquieu*, Bd. 4, Kraus Reprint, Nendeln 1972 [1748], S. 18.

4 So auch Ralph Christensen, Hans Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Duncker & Humblot, Berlin 2001, S. 26-27.

ist aber ein Verständnis, wonach sich das im konkreten Fall Gebotene neben der maßgeblichen Bestimmung aus dem Gesamtzusammenhang eines völkerrechtlichen Vertrags, seiner Position im System des Völkerrechts, der Sachlogik des Falls sowie der Eigenlogik des rechtlichen Diskurses erschließt.<sup>5</sup> Max Weber formulierte in diesem Sinne: »[D]ie Jurisprudenz [...] stellt fest, was nach den Regeln des teils zwingend logisch, teils durch konventionell gegebene Schemata gebundenen juristischen Denkens gilt.«<sup>6</sup> Für manche Autoren steht dabei die Rationalität des Rechts gegen die prinzipielle Unvernunft des politischen Bereichs.<sup>7</sup>

Dieses primär kognitivistische Verständnis der gerichtlichen Entscheidung wird mit starken Argumenten bestritten.<sup>8</sup> Nach Kant ist es erkenntnistheoretisch nicht mehr zu vertreten, dass man aus abstrakten Begriffen konkrete Entscheidungen ableiten kann.<sup>9</sup> Seit dem 19. Jahrhundert ringt die Rechtstheorie mit der genauen Formulierung dieser Einsicht und ihren theoretischen wie praktischen Konsequenzen.<sup>10</sup> Wenngleich die Debatte in vielen Punkten

5 Siehe etwa Jean-Marc Sorel, Valérie Boré Eveno, Art. 31, in: Olivier Corten, Pierre Klein (Hg.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Bd. 1, Oxford University Press, Oxford 2011; UN International Law Commission, »Third Report on the Law of Treaties«, in: *Yearbook of the International Law Commission* 2 (1964), S. 5-65, hier S. 53. Näher Andrea Bianchi, »Textual Interpretation and (International) Law Reading: The Myth of (In)Determinacy and the Genealogy of Meaning«, in: Pieter H. Bekker u. a. (Hg.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, S. 34-55; Ulfried Neumann, *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Nomos, Baden-Baden 2004, S. 37-41.

6 Max Weber, »Wissenschaft als Beruf«, in: Wolfgang J. Mommsen, Wolfgang Schluchter (Hg.), *Max Weber. Gesamtausgabe*, Bd. 17, Mohr Siebeck, Tübingen 1992 [1919], S. 95.

7 Plastisch Fritz Ossenbühl, »Öffentlich-rechtliche Entschädigung in Verfassung, Gesetz und Richterrecht«, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 109 (1994), S. 977-984, hier S. 980.

8 Zur andauernden Wirkung der Quellen- und Interpretationslehre auf das Verständnis der richterlichen Entscheidung siehe Ingo Venzke, »The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation«, in: *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 34 (2012), S. 99-131.

9 Immanuel Kant, »Kritik der reinen Vernunft«, in: Wilhelm Weischedel (Hg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Bd. 3, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2006 [1781], S. 183-194.

10 Früh hierzu Oskar Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Duncker & Humblot, Leipzig

weiterhin überaus kontrovers ist, so gibt es doch gesicherte Annahmen, auf denen unsere Studie aufbaut.

Wegweisend ist zunächst Hans Kelsens Einsicht, welche die kategorische Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung als unhaltbar erweist: Jeder Rechtsanwendungsakt ist immer zugleich ein solcher der Rechtserzeugung.<sup>11</sup> Zwar leitet jede Norm ihre *Geltung* von einer Norm der jeweils höheren Stufe ab.<sup>12</sup> Der *Inhalt* einer Rechtsnorm ist aber durch die höhere Norm niemals vollständig festgelegt.<sup>13</sup> Zwar meint Kelsen, dass es für mögliche Interpretationen eine Art »Wortlautgrenze« gebe, die in einem Akt der Rechtserkenntnis feststellbar sei, keinesfalls aber die konkrete Bedeutung der Norm für den zu entscheidenden Fall.<sup>14</sup> Die höhere Norm kann auch keine Vorgaben machen, welche unter möglichen Bedeutungen zu wählen sei. Die Bedeutung wird erst im Akt der Interpretation, insbesondere im richterlichen Urteil, festgelegt.<sup>15</sup> Allerdings bleibt in Kelsens Werk offen, wie die schöpferische Rechtsanwendung auf die allgemeine Norm zurückwirkt und zu einer Rechtsentwicklung führt.

Das kognitivistische Verständnis wird noch stärker von der Freirechtsschule sowie, für die heute globalisierte Rechtswissenschaft besonders prägend, dem amerikanischen Rechtsrealismus kritisiert. Insbesondere Schriften der sogenannten *New Haven School* und der *Critical Legal Studies* stellen sogar die Eigenständigkeit des Rechtsdiskurses in Frage. Das positive Rechtsmaterial mutiert zu einem Stoff, mit dem letztlich jede Entscheidung begründet werden kann.<sup>16</sup>

1885. Eine historische und rechtstheoretische Rekonstruktion bei Regina Ogorsek, *Aufklärung über Justiz*, Bd. 2, 2. Aufl., Vittorio Klostermann, Frankfurt/M. 2008.

11 Hans Kelsen, »Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit«, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 5 (1929), S. 30-88, hier S. 31; ders., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Leipzig 1934, S. 82-83.

12 Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 1923, S. XV-XVI; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Anm. II), S. 62-89; András Jakab, »Probleme der Stufenbaulehre«, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 91 (2005), S. 333-365, hier S. 334.

13 Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Anm. II), S. 91.

14 Ebd., S. 94-95.

15 Ebd., S. 97.

16 Michael Reisman, »Unilateral Action and the Transformations of the World



Martti Koskenniemi vertritt zur Struktur völkerrechtlicher Argumentation, dass Interpretationen unausweichlich zwischen den Polen der Apologie und der Utopie oszillierten, ohne dass das positive Recht ihnen wirklichen Halt geben könne.<sup>17</sup> Interpretieren seien gezwungen, entweder auf den Willen der Staaten zu rekurrieren, was sie der Apologie nahebringe, oder einer Idee substanzieller Gerechtigkeit zu folgen, was sie angesichts einer ungerechten Weltordnung leicht utopisch werden lasse.<sup>18</sup> Diese These ist inzwischen ein fester Bestandteil der völkerrechtlichen Diskussionslandschaft. Auch in der Systemtheorie verlieren abstrakt-generelle Normen an Bedeutung, wenn Gerichte in das Zentrum einer sich dynamisch entwickelnden Rechtsordnung rücken und die politischen, insbesondere gesetzgebenden Instanzen an die Peripherie. Danach orientiert sich eine juristische Begründung in erster Linie an gerichtlich entschiedenen Fällen, die allgemeine Regel tritt zurück.<sup>19</sup> Selbst die rechtspositivistisch orientierte analytische Rechtstheorie belehrt eindrücklich über die rechtserzeugende Dimension der Rechtsprechung.<sup>20</sup> Ihr Festhalten am deduktiven Modell beruht hier nicht auf einem Glauben an die Bestimmungskraft von Rechtsbegriffen, sondern vielmehr auf der Überzeugung, dass die vom Gericht gesetzten Prämissen einer Entscheidung zu begründen sind. In diesem Sinne verteidigen etwa Hans-Joachim Koch und Helmut Rießmann den deduktiven Argumentationsmodus zwecks Sicherung

Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention«, in: *European Journal of International Law* 11 (2000), S. 3-18; David Kennedy, *The Dark Sides of Virtue. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, Princeton 2004, S. 35. Näher Jochen von Bernstorff, Ingo Venzke, »Ethos, Ethics, and Morality in International Relations«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), letzter Zugriff 21.11.2012.

17 Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Neuauflage, Cambridge University Press, Cambridge 2005. So auch schon David Kennedy, »Theses about International Law Discourse«, in: *German Yearbook of International Law* 23 (1980), S. 353-391.

18 Koskenniemi, *From Apology to Utopia* (Anm. 17), S. 18-19, 219.

19 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1993, S. 348-351.

20 Hans-Joachim Koch, Helmut Rießmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, C. H. Beck, München 1982, S. 248-249 m. w. N.

juristischer Rationalität, vertreten aber kein Schema *analytischer* Deduktion.<sup>21</sup> Es geht um den Modus der *Entscheidungsbeurteilung*, nicht um den Prozess der *Entscheidungsfindung*.<sup>22</sup>

Die sprachpragmatische Wende (*linguistic turn*) hat das Verständnis für das Verhältnis zwischen der textlichen Oberfläche und der Bedeutung von Ausdrücken weiter vertieft und die Unausweichlichkeit schöpferischer Interpretation theoretisch bekräftigt.<sup>23</sup> In der Tradition Wittgensteins und des semantischen Pragmatismus versteht man, dass die Bedeutung von Ausdrücken in ihrem Gebrauch liegt.<sup>24</sup> Jede Entscheidung über den Gebrauch, jede Interpretation eines Ausdrucks nimmt teil an dem Prozess der Zuweisung von Bedeutung.<sup>25</sup>

Wie auch immer der schöpferische Gehalt richterlicher Spruchfähigkeit theoretisch formuliert werden mag, das primär kognitive Modell sowie das auf ihm aufbauende Rechtfertigungsmodell sind unhaltbar. Nicht zuletzt aus diesem Grund schätzen Verfechter der internationalen Gerichtsbarkeit die Kritik am kognitiven Modell wenig. Dies zeigt etwa die Haltung Hersch Lauterpachts: Er befürwortet eine »aktive« Rolle des Richters in der Rechtsfortentwicklung, vertritt aber zugleich die Ansicht, die Entscheidungsfreiheit des Richters solle gerade im Völkerrecht nicht überbewertet werden.<sup>26</sup> Dies mag in der Zwischenkriegszeit, ja bis 1990, eine über-

21 Ebd., S. 5-6, 69, 221-236.

22 Neumann, »Theorie der juristischen Argumentation« (Anm. 3), S. 241.

23 Siehe Richard Rorty (Hg.), *The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method*, University of Chicago Press, Chicago 1967. Näher Ingo Venzke, *How Interpretation Makes International Law. On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford University Press, Oxford 2012, S. 30.

24 Ludwig Wittgenstein, »Philosophische Untersuchungen«, in: ders., *Werkausgabe*, Bd. 1, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1984 [1953], S. 225-618, hier S. 262-263.

25 Robert B. Brandom, »Some Pragmatist Themes in Hegel's Idealism: Negotiation and Administration in Hegel's Account of the Structure and Content of Conceptual Norms«, in: *European Journal of Philosophy* 7 (1999), S. 164-189, hier S. 180. Zuvor bereits Friedrich Müller, »Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert«, in: Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Hg.), *Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*, C.F. Müller, Heidelberg 1986, S. 65-84, hier S. 78.

26 Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Clarendon, Oxford 1933, S. 103-104; Jochen von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Nomos, Baden-Baden 2001, S. 192; Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*.

zeugende Position gewesen sein. Heute bietet sie kein Argument, welches den zuvor erarbeiteten Einsichten wirksam begegnet.

### *b) Der Fall und die Zukunft*

Die Rechtserzeugung in einer gerichtlichen Entscheidung hat zwei Dimensionen. Die erste betrifft die Rechtserzeugung zwischen den Streitparteien und liegt in der Anwendung der einschlägigen Rechtsnormen auf den unterbreiteten Fall, auch als Bildung der Fall- oder Entscheidungsnorm bezeichnet.<sup>27</sup> Das Urteil ist in dieser Hinsicht einem Verwaltungsakt vergleichbar, dessen rechtserzeugende Kraft sich in dem geregelten Fall erschöpft.<sup>28</sup> Die Rechtserzeugung durch Gerichte ist dabei besonders evident, wenn sie mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder vergleichbaren Argumentationsstandards arbeiten.<sup>29</sup> Wenn ein Gericht die »Geeignetheit«, »Erforderlichkeit« oder gar »Angemessenheit« einer Maßnahme überprüft, vollzieht es keinen Erkenntnisakt, sondern nimmt eine Bewertung vor.<sup>30</sup> Der Siegeszug des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zeigt, dass Gerichte ihre gestaltende Rolle offener formulieren. Vor allem aber weitet er den Zugriff der Gerichte und damit ihren Machtbereich aus. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz macht es ihnen einfacher, Gestaltungsentscheidungen an sich zu ziehen, die zuvor allein dem administrativen oder dem politischen Bereich, also bürokratischen Zweckmäßigkeits- und politischen Opportunitätskriterien, zugeordnet waren.

*The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, S. 403-406.

27 Müller, »Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert« (Anm. 25), S. 78-79.

28 Zu den Parallelen wegweisend Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Leipzig 1924, S. 135. Wohlgemerkt: Internationale Gerichte können regelmäßig nur eine Rechtslage feststellen, nicht aber, wie viele staatliche Gerichte, einen Rechtsakt aufheben.

29 Enzo Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Mailand 2000; Anne-Charlotte Martineau, »La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juridiques)«, in: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 123 (2007), S. 991-1030.

30 Wegweisend Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 1976, S. 131-134; Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat, »Proportionality and the Culture of Justification«, in: *American Journal of Comparative Law* 59 (2011), S. 463-490.

Die zweite Dimension der Rechtserzeugung geht über den streitbefangenen Sachverhalt hinaus: Ein gerichtliches Urteil, die eigentliche Entscheidung wie ihre Begründung, kann in späteren Rechtsdiskursen ein wesentliches normatives Argument bilden.<sup>31</sup> Gerichte, die ihre Entscheidungen mitsamt Erwägungen publizieren, sind Teilnehmer am allgemeinen Rechtsdiskurs, und zwar sowohl mit den tragenden Begründungen (*ratio decidendi*) als auch mit dem nebenbei Gesagten (*obiter dictum*). Ziel ist regelmäßig die Kommunikation mit sämtlichen Akteuren der Rechtsordnung, mit der Politik, der Verwaltung, der Rechtswissenschaft ebenso wie mit der breiten Öffentlichkeit.<sup>32</sup> Zu diesem Zweck formulieren Gerichte oft abstrakte Leitsätze, stellen die eigene Rechtsprechung in öffentlich zugängliche Sammlungen und Datenbanken ein oder präsentieren sie öffentlichkeitsgerecht in Presseerklärungen.<sup>33</sup> Dabei geht es ihnen keineswegs allein darum, einen interessanten Diskursbeitrag zu liefern. Viele Urteile erscheinen vielmehr darauf ausgerichtet, autoritative Prämissen für spätere Rechtsdiskurse niederzulegen und damit die Rechtsentwicklung zu prägen.<sup>34</sup> Diese Dimension, im englischsprachigen Schrifttum oft als *lawmaking* bezeichnet, ist aus der Perspektive des demokratischen Prinzips besonders interessant.

Im Recht der WTO findet sich ein eindrücklicher Beleg, da es auf den ersten Blick die Rechtserzeugung geradezu zu untersagen scheint. Art. 3 Abs. 2 DSU ordnet an: »[d]ie Empfehlungen und Entscheidungen des DSB können die in den unter die Vereinbarung fallenden Übereinkommen enthaltenen Rechte und Pflichten weder ergänzen noch einschränken«. Wahrscheinlich um einer Entwicklung wie beim EuGH entgegenzuwirken, soll dies

31 Christian Kirchner, »Zur konsequentialistischen Interpretationsmethode«, in: Thomas Eger, Hans-Bernd Schäfer (Hg.), *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse. Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag*, Gabler Edition Wissenschaft, Wiesbaden 2008, S. 37-49, hier S. 39.

32 Eindrücklich, allerdings für den nationalen Kontext, Lawrence Baum, *Judges and their Audiences*, Princeton University Press, Princeton 2006.

33 Dies gilt für die allermeisten internationalen Gerichte. Suchmaschinen und Datenbanken sowohl des EGMR als auch der WTO können als Beispiel dienen. Die Praxis der (Investitions-)Schiedsgerichtsbarkeit variiert mitunter, zeigt aber ebenso eine stärkere Tendenz hin zu mehr Öffentlichkeit ihrer Entscheidungen, siehe Regel 22 Administrative and Financial Regulations.

34 Vgl. die Nachweise oben, I. B. 1. c).



die rechtserzeugende Dimension beschneiden. Gleichwohl haben die Streitbeilegungsgremien zu den Verträgen der WTO in nur 15 Jahren ein umfangreiches *case law* entwickelt.<sup>35</sup> Eine erfolgreiche Argumentation zum WTO-Recht ist nicht möglich, ohne ihre Entscheidungen zu berücksichtigen. Kaum ein Argument ist den Panels und dem Appellate Body wichtiger als der Rekurs auf frühere Berichte. Online-Dienste finanzieren sich über deren praxisgerechte Aufbereitung.

Ähnliche Bestimmungen wie Art. 3 Abs. 2 DSU finden sich in den Statuten vieler Gerichte (vgl. nur Art. 1136 Abs. 1 NAFTA; Art. 53 ICSID-Konvention). Geradezu paradigmatisch ist Art. 59 IGH-Statut.<sup>36</sup> Allzu leicht wird das unbestreitbare Argument, dass nach diesen Bestimmungen ein Urteil nur die Streitparteien in der entschiedenen Sache bindet und es deshalb keine weitere rechtliche Bindungswirkung entfaltet, dafür genutzt, die Frage nach dem *lawmaking* für gegenstandslos zu erklären.<sup>37</sup> Dies ist schon rechtlich falsch, weil alle Rechtsordnungen Regeln, wenngleich nicht unbedingt positivierte Regeln, über die Relevanz von entschiedenen Fällen in späteren Streitigkeiten enthalten.<sup>38</sup> Zudem zeigen die Begründungen der allermeisten Entscheidungen, dass der Verweis auf frühere Entscheidungen einen wichtigen Argumentationsbaustein bildet.<sup>39</sup> Dies gilt sogar für die institutionell wenig verfestigte Schiedsgerichtsbarkeit. Ein Schiedsgericht fasst treffend zusammen:

35 Vgl. die Nachweise unter [www.wto.org](http://www.wto.org), letzter Zugriff: 10.10.2012; erschlossen durch die sechs Bände der *Max Planck Commentaries on World Trade Law*. Exemplarisch Rüdiger Wolfrum u. a. (Hg.), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Bd. 2, Nijhoff, Leiden 2006.

36 Siehe Humphrey Waldock, »General Course on Public International Law«, in: *Recueil des cours* 106 (1962), S. 1-251, hier S. 91; Chester Brown, Art. 59, in: Andreas Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012, Rn. 9; Alan E. Boyle, Christine M. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2007, S. 266-269.

37 Näher Marc Jacob, »Precedents: Lawmaking through International Adjudication«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1005-1032, hier S. 1014-1018.

38 Ebd., S. 1007.

39 Als eine quantitative Studie zum Investitionsschutzrecht siehe Jeffery P. Commission, »Precedent in Investment Treaty Arbitration – A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence«, in: *Journal of International Arbitration* 24 (2007), S. 129-158, hier S. 148.



ICSID arbitral tribunals are established ad hoc, from case to case, in the framework of the Washington Convention, and the present Tribunal knows of no provision, either in that Convention or in the BIT, establishing an obligation of *stare decisis*. It is nonetheless a reasonable assumption that international arbitral tribunals, notably those established within the ICSID system, will generally take account of the precedents established by other arbitration organs, especially those set by other international tribunals. The present tribunal will follow the same line, especially since both parties, in their written pleadings and oral arguments, have heavily relied on precedent.<sup>40</sup>

Entgegen traditionellen Vorstellungen, die insbesondere mit dem staatenorientierten Grundverständnis verbunden sind, darf diese rechtserzeugende Rolle nicht als funktions- und kompetenzwidrige Machtanmaßung politisierter Spruchkörper begriffen werden. Sie ist in der Sache angelegt und oft rechtlich vorausgesetzt, gerade weil die Konkretisierung einer abstrakten Norm ein rechtserzeugender Vorgang ist. Art. II DSU gebietet etwa »eine objektive Beurteilung« des Falles, was die Darlegung der Entscheidungsgründe verlangt, die ebenjene rechtschöpferische Dimension aufweisen. Ähnliche Bestimmungen finden sich in Art. 56 Abs. I IGH-Statut, wonach das Urteil mit Gründen zu versehen ist.

Richterliche Rechtserzeugung ist weiter durch die Staatenpraxis gedeckt. Staatenvertreter und Rechtsbeistände beziehen sich in ihren Schriftsätzen regelmäßig auf frühere Rechtsprechung und stellen deren Relevanz bei der Entscheidung des neuen Falls nicht in Frage. Selbst die WTO-Mitglieder haben sich trotz Art. 3 Abs. 2 DSU dieser Entwicklung keineswegs in den Weg gestellt, sondern sich vielmehr auf die justizförmig generierte Normativität eingelassen.

Die Generierung von Normativität ist inhärenter Teil der Rechtsprechung. Zwar könnte man durch das Absehen von jeglicher Begründung oder aber deren Nichtveröffentlichung die rechtserzeugende Dimension schwächen, jedoch um einen allzu hohen Preis. Erstens würden die Normen nur geringe regelnde Kraft entfalten, da sich Interpretations- und Anwendungsdiskurse regelmäßig in Anlehnung an frühere Interpretations- und Anwendungsdiskurse

<sup>40</sup> *El Paso Energy International Co. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction of 27 April 2006, Rn. 39.

entfalten. Zweitens können abstrakte Normen allein kaum Erwartungsstabilisierung erbringen, da ihre Aussage in umstrittenen Einzelfällen allzu unsicher ist. Drittens würden Kontrolle und Kritik der Rechtsprechung weitgehend unmöglich. Die vertraglichen Grundlagen der internationalen Gerichte verpflichten daher dazu, Urteile zu begründen.<sup>41</sup> Im Rahmen des ICSID ist das Versäumnis eines Schiedsgerichts, Gründe für den Schiedsspruch zu nennen, sogar eine der engen Voraussetzungen, unter denen eine Annullierung möglich ist.<sup>42</sup>

### *c) Gründe: Zum Unterschied von Rechtsetzung und Rechtsprechung*

So zwingend die Widerlegung des kognitiven Modells ist, so irreführend wäre eine Gleichsetzung von gerichtlicher Rechtserzeugung in Urteilen und politischer Rechtserzeugung in Rechtsquellen. Die Unterscheidung von Gesetzgebung und Rechtsprechung ist eine der wichtigsten Differenzierungen im Rechtssystem überhaupt,<sup>43</sup> die wir nicht in Frage stellen. Um die gestaltende Rolle von internationalen Gerichten genauer zu fassen, ist ein Vergleich gerichtlichen und politischen Entscheidens hilfreich.

Manche Autoren hat die Erkenntnis richterlichen Ermessens, also der Notwendigkeit einer *Entscheidung*, die eine Wahl zwischen Alternativen impliziert,<sup>44</sup> dazu veranlasst, richterliches Entscheiden generell als »politisch« zu bezeichnen.<sup>45</sup> Eine solche Qualifizierung betont auch die Vielzahl von Interessen und Motiven, die

41 Art. 56 Abs. 1 IGH-Statut: »Das Urteil ist mit Gründen zu versehen«; zu den Anforderungen im Detail Art. 95 Abs. 1 IGH-VerfO; Art. 30 ISGH-Statut; Art. 23 Abs. 2 ICTY-Statut; Art. 22 Abs. 2 ICTR-Statut.

42 Art. 52 ICSID-Konvention.

43 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Anm. 19), S. 299-305, mit einer Darstellung der Entwicklung.

44 Jacques Derrida, »Force of Law: The »Mystical Foundation of Authority««, in: *Cardozo Law Review* 11 (1989-1990), S. 919-1045; Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Anm. 19), S. 308.

45 Martti Koskeniemi, »The Politics of International Law«, in: *European Journal of International Law* 1 (1990), S. 4-32; vgl. auch Hélène Ruiz Fabri, »Drawing a Line of Equilibrium in a Complex World«, in: Giorgio Sacerdoti u. a. (Hg.), *The WTO at Ten. The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, S. 125-142, hier S. 135.

den Richter bei seiner Entscheidung leiten können.<sup>46</sup> Gleichwohl verhindert die Erkenntnis richterlichen Ermessens keineswegs die Unterscheidung zwischen gerichtlicher und politischer Rechtserzeugung. Vielmehr verarbeitet diese Differenzierung den unbestreitbaren Tatbestand, dass grundverschiedene Institutionen nach fundamental unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben am Werke sind.

Um gerichtliche Rechtserzeugung begrifflich zu fassen und abzugrenzen, unterscheidet die deutsche Rechtswissenschaft die richterliche *Rechtsfortbildung* von politischer *Rechtsetzung*.<sup>47</sup> Andere Rechtsordnungen und insbesondere das *common law* verfügen über keinen ähnlich etablierten Begriff, der jenem der (richterlichen) *Rechtsfortbildung* entspricht. Der innovative Richter gilt zumeist schlicht als *lawmaker*.<sup>48</sup> Wir verwenden vor allem den Kelsenianischen Begriff der Erzeugung oder, synonym, den der Rechtschöpfung, der sowohl politische als auch gerichtliche Institutionen erfasst und somit die legitimatorische Problematik besser erschließt und international anschlussfähig ist.

Mit Blick auf institutionelle Unterschiede zeigt sich zunächst, dass jede Rechtsordnung die Figur des Richters ganz anders gestaltet als die jedes politischen Entscheidungsträgers.<sup>49</sup> Weiter können politische Organe die Initiative selbst ergreifen, Gerichte hingegen sind auf einen passenden Fall angewiesen,<sup>50</sup> dessen Vorlage sie nicht erzwingen können. Allein die Ankläger der internationalen

46 Schon Kelsen hielt fest, der Interpret müsse aufgrund semantischer Unbestimmtheit auf außerrechtliche Normen der Moral, der Gerechtigkeit oder sozialer Praxen zurückgreifen; ders., *Reine Rechtslehre* (Anm. II), S. 99.

47 Diese Begrifflichkeit leidet u. a. daran, dass es bislang nicht gelungen ist, eine am Innovationsgehalt der Entscheidung orientierte Abgrenzung von *Rechtsfortbildung* und *Rechtsetzung* zu unterbreiten.

48 Im *common law* ist der Begriff des »Judicial Lawmaking« weit verbreitet, klassisch US SC, *South Pacific Co. v. Jensen*, Decision of 21 May 1917, Dissenting Opinion of Justice Oliver W. Holmes, 244 U.S. 205 (1917), S. 221 »I recognize without hesitation that judges do and must legislate«; James S. C. Reid, »The Judge as Law Maker«, in: *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 12 (1972-1973), S. 22-29; Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1997, S. 29.

49 Ausführlich unten, III. A.

50 Dies ist nach Alexis de Tocqueville der vielleicht maßgebliche Unterschied, *Über die Demokratie in Amerika*, 2. Aufl., Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1984 [1840], S. 112.

Strafgerichtshöfe können Verfahren *proprio motu* einleiten. Was die Begründung betrifft, kann ein Akt der Rechtserzeugung politischer Organe auf alle von der Rechtsordnung nicht verbotenen Gesichtspunkte gestützt werden und offen politisch, gerade auch parteipolitisch, erfolgen. Eine offen parteipolitische Begründung ist für die gerichtliche Rechtserzeugung hingegen gänzlich inakzeptabel.<sup>51</sup> Doch die Legitimität eines Gerichts leidet auch, wenn die gegebenen juristischen Argumente als bloße Maske für parteipolitische Positionierungen erscheinen.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die Rechtserzeugung politischer Organe zumeist in allgemeinen und abstrakten Rechtssätzen erfolgt, die als solche verbindlich sind. Die rechtsverbindliche Entscheidung eines internationalen Gerichts erschöpft sich hingegen in der Feststellung, was zwischen den streitenden Parteien gilt.<sup>52</sup> Die Rechtserzeugung für alle Rechtsgenossen erfolgt weniger durch die konkrete Entscheidung des Streitfalls als durch deren Begründung. Diese ist kein anordnender Text: Die internationale Rechtsordnung kennt, anders als das *common law*, keine rechtliche Bindung später entscheidender Gerichte an die tragenden Gründe einer früheren Entscheidung.<sup>53</sup>

Die Spezifik der gerichtlichen Rechtserzeugung lässt sich mit der Unterscheidung zwischen anordnenden und rechtfertigenden Texten gut beschreiben.<sup>54</sup> Ein Gericht sieht sich spezifischen Rechtfertigungserwartungen gegenüber, die den Blick auf Begründung und Begründbarkeit lenken. Die Erkenntnis, dass ein Gericht geradezu zwingend rechtschöpferisch tätig ist, bedeutet kein »anything goes«. Seine Entscheidung muss sich kohärent in das Geflecht des geltenden Rechts und der bisherigen Rechtsprechung einbetten

51 Hierzu am südamerikanischen Beispiel Marcelo Neves, »La concepción del Estado de derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de derecho supranacional«, in: Armin von Bogdandy u. a. (Hg.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, S. 51-78.

52 Vgl. nur Art. 59 IGH-Statut, dazu vergleichend Brown, Art. 59, in: Zimmermann u. a. (Hg.) (Anm. 36), Rn. 62.

53 Alain Pellet, Art. 38, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 36), Rn. 307.

54 Ralph Christensen, Hans Kudlich, *Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, Duncker & Humblot, Berlin 2008, S. 213.



lassen, was der Begriff der Rechts*fortbildung* anschaulich macht. Die Richter sind an frühere politische und gerichtliche Entscheidungen (Rechtssätze, Präjudizien) *dadurch* gebunden, dass sie auf die Rezeption ihrer Entscheidung durch spätere Entscheider achten müssen.<sup>55</sup> Ihre Entscheidung muss mit früheren Entscheidungen so verbunden werden, dass sie in der Zukunft überzeugt.<sup>56</sup>

Diese Erwartung der Einbettung ist rechtlich stabilisiert. Zunächst liegt die Gestaltungsmacht internationaler Gerichte fast immer bei einem Kollegium. Wenn ein Richter eine Auslegung vorschlägt, so werden die anderen Richter in aller Regel eine entsprechende Einbettung verlangen. Zudem gibt es externe Kontrollen, denn man unterscheidet die zulässige von der unzulässigen Rechtsfortbildung. Das Bundesverfassungsgericht hat hierfür Kriterien entwickelt, die diese Unterscheidung verfassungsdogmatisch vor allem mit dem Demokratieprinzip begründen.<sup>57</sup>

Des Weiteren wird erwartet, dass internationale Gerichte die Begründung in spezifischen Argumentationsformen darstellen, die teilweise in Art. 31-33 WVK niedergelegt sind.<sup>58</sup> Die Begründung dient sowohl der Kontrolle und Hegung richterlicher Macht als

55 Frederick Schauer, »Precedent«, in *Stanford Law Review* 39 (1986-1987), S. 571-605, hier S. 574.

56 Markus Winkler, »Die normative Kraft des Praktischen. Robert Brandom und die Rechtstheorie«, in: *Juristenzeitung* 64 (2009), S. 821-829, hier S. 827; Brandom, »Some Pragmatist Themes in Hegel's Idealism« (Anm. 25), S. 181; vgl. Jasper Liptow, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist 2004, S. 220-227; Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Anm. 19), S. 236.

57 Für deutsche Gerichte BVerfGE 34, 269 (286-288), *Soraya*; anschaulich BVerfGE 128, 193 (209-211), *nachehelicher Unterhalt*; für den EuGH BVerfGE 75, 223 (242-243), *Kloppenburg*; 89, 155 (187-188), *Maastricht*; 123, 267 (351-353), *Lissabon*; 126, 286 (305-307), *Honeywell*; zur Grenze auch BVerfGE 121, 317 (385), *Rauchverbot*, abweichende Meinung Richter Masing. Aus angloamerikanischer Perspektive Adam N. Steinman, »A Constitution for Judicial Lawmaking«, in: *University of Pittsburgh Law Review* 65 (2003-2004), S. 545-596.

58 Näher zu jener äußeren Form des Rechtsdiskurses Venzke, *How Interpretation Makes International Law* (Anm. 23), S. 46-57. Siehe zudem Mark E. Villiger, Art. 31, in: ders., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Nijhoff, Leiden 2009, Rn. 30; Sorel/Boré Eveno, Art. 31, in: Corten/Klein (Hg.) (Anm. 5), Rn. 59; Oliver Dörr, Art. 31, in: ders., Kirsten Schmalenbach (Hg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg 2012, Rn. 31.



auch deren Legitimation. Es überzeugt nicht, die juristische Begründung durchweg als Maske für politische Motive zu begreifen,<sup>59</sup> ein solches Verständnis wird der rechtlichen Praxis nicht gerecht.<sup>60</sup> Die weltweite Wertschätzung einer unabhängigen Justiz hat eine solide theoretische Grundlage. Prägnant hält Pierre Bourdieu fest, der spezifische juristische Begründungsmodus sei »the basis of a real autonomy of thought and practice, the expression of the whole operation of the juridical field«.<sup>61</sup>

Die rechtserzeugende Wirkung einer gerichtlichen Entscheidung, insbesondere ihre allgemeine und abstrakte Dimension, hängt also nicht allein an der *voluntas*, sondern auch an ihrer *ratio*. Hat es dann aber Sinn, gerade die gerichtliche Bildung allgemeiner Regeln als Ausübung öffentlicher Gewalt zu verstehen? Dies führt zum Schlüsselbegriff unseres Ansatzes.

## 2. Die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt

### *a) Gewaltbegriff und gerichtliche Entscheidung*

Die Spruchstätigkeit internationaler Gerichte bedürfte keiner aufwendigen demokratischen Rechtfertigung, wenn es sich nicht um die Ausübung öffentlicher Gewalt handelte. Worin aber liegt die Gewalt von Gerichten? In gängigen Darstellungen hält Justitia neben der Waage ein Schwert. Es gehört zu den verfassungsrechtlich gebotenen Selbstverständlichkeiten in Rechtsstaaten, dass ein Zwangsapparat Entscheidungen staatlicher Gerichte bei Nichtbefolgung gleichsam automatisch vollzieht. Dies gilt nicht für Entscheidungen internationaler Gerichte, selbst im Bereich des internationalen Strafrechts.<sup>62</sup>

59 Kritische Fälle benennt aber z. B. David Kennedy, *Of War and Law*, Princeton University Press, Princeton 2006, S. 122-127.

60 Ulfried Neumann, »Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas«, in: *Rechtstheorie* 27 (1996), S. 415-426.

61 Pierre Bourdieu, »The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field«, in: *Hastings Law Journal* 38 (1987), S. 814-853, hier S. 820.

62 Näher Rod Rastan, »Testing Cooperation: The International Criminal Court and National Authorities«, in: *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), S. 431-456; eine Relativierung dieses Unterschieds zwischen nationalen und internationalen Gerichten im Allgemeinen findet sich aber bei Jeffrey K. Staton, Will

Das Fehlen solcher Zwangsmittel könnte internationale Gerichte von legitimatorischen Anforderungen abschirmen. Der vorherrschende Begriff von öffentlicher Gewalt legt dies mehr als nahe. Denn danach liegt öffentliche Gewalt nur vor, wenn die handelnde Institution ihren Willen notfalls mit Zwangsmaßnahmen durchsetzen kann.<sup>63</sup> Öffentliche Gewalt, souveräne Territorialherrschaft und Staatlichkeit sind so letztlich unterschiedliche Aspekte desselben Phänomens. Danach stellen die Aktivitäten der allermeisten internationalen Institutionen keine rechtfertigungsbedürftige Ausübung öffentlicher Gewalt dar, da sie nicht über Zwangsmittel verfügen.

Dieses traditionelle Verständnis öffentlicher Gewalt ist heute zu eng und unbefriedigend. Die Gestaltungsmacht vieler internationaler Institutionen, seien es Bürokratien oder Gerichte, ist inzwischen ähnlich bedeutsam wie die Gestaltungsmacht staatlicher Institutionen, ohne dass sie über die Mittel physischen Zwangs verfügen. Diese Einsicht ist geradezu der Ausgangspunkt der Forschungen zu den Phänomenen der Global Governance. Um dies begrifflich zu fassen, sollte öffentliche Gewalt breiter als bisher definiert werden.<sup>64</sup> Unser Vorschlag lautet, internationale öffentliche Gewalt als das auf völkerrechtlichen Akten basierende Vermögen zu verstehen, andere Akteure in ihrer Freiheit rechtlich oder auch nur tatsächlich einzuschränken oder ihren Freiheitsgebrauch in ähnlicher Weise zu gestalten.<sup>65</sup>

Diesem weiten Gewaltbegriff liegt eine prinzipielle Erwägung

H. Moore, »Judicial Power in Domestic and International Politics«, in: *International Organization* 65 (2011), S. 553-587.

63 Robert A. Dahl, »The Concept of Power«, in: *Behavioral Science* 2 (1957), S. 201-215, hier S. 202-203; Ralf Dahrendorf, *Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen*, Mohr Siebeck, Tübingen 1961, S. 20.

64 »Definition« wird hier verstanden als Entwicklung hinreichender begrifflicher Elemente, welche die wichtigsten Konstellationen erfassen. Näher dazu Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre* (Anm. 20), S. 75.

65 So bereits Armin von Bogdandy u. a., »Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance«, in: *Der Staat* 49 (2010), S. 23-50, hier S. 30-31. Ansätze auch bei Albrecht Randelzhofer, Art. 24, in: Theodor Maunz, Günter Dürig (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 64. Aufl., C. H. Beck, München 2012, Rn. 33; Ondolf Rojahn, Art. 24, in: Ingo von Münch, Philip Kunig (Hg.), *Grundgesetzkommentar*, 5. Aufl., Bd. 2, C. H. Beck, München 2000, Rn. 19, 22.

zugrunde: Wenn öffentliches Recht in der freiheitlich-demokratischen Tradition als eine Ordnung zum Schutz individueller Freiheit und kollektiver Selbstbestimmung begriffen wird, dann muss jeder Akt umfasst sein, dessen Auswirkungen auf individuelle Freiheit und kollektive Selbstbestimmung nur bedeutsam genug sind, um die Legitimitätsfrage plausibel aufzuwerfen. Unser Vorschlag ist vom Zweck geleitet, die diffuse Thematik der Global Governance besser der rechtswissenschaftlichen Analyse zugänglich zu machen und eine normativ weiterführende Forschung zu ermöglichen. Entscheidend ist danach, ob ein Akt in Sanktionskontexte eingebunden ist und semantische Macht aufbaut, dem sich andere Rechtssubjekte nur mit erheblichen Nachteilen und unter relevanten Kosten entziehen können.<sup>66</sup> Das ist insbesondere der Fall, wenn der Akt mit spezifischen Mechanismen verbunden ist, die diese Rechtssubjekte effektiv zu seiner Berücksichtigung anhalten.<sup>67</sup>

Internationale Gerichte üben internationale öffentliche Gewalt zunächst einmal in ihrer Entscheidung gegenüber dem unterliegenden Staat aus. Eine solche Entscheidung ist zwar nicht wie diejenigen der meisten staatlichen Gerichte zwangsbewehrt, aber heute oft in einen wirkmächtigen Sanktionskontext eingebunden. Das Ministerkomitee des Europarats wacht über die Umsetzung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Art. 46 Abs. 2 EMRK), und seit dem 14. Zusatzprotokoll tritt ein spezifisches Versäumnisverfahren hinzu (Art. 46 Abs. 4 EMRK). Internationale Strafurteile führen zu Gefängnisstrafen.<sup>68</sup> Die WTO kann empfindliche Gegenmaßnahmen erlauben (Art. 22 DSU). Entscheidungen von ICSID-Schiedsgerichten kann ein obsiegender Kläger mit Hilfe der Gerichte der Vertragsstaaten wie eine

66 Eine ausführliche theoretische Begründung bei Venzke, *How Interpretation Makes International Law* (Anm. 23), S. 57-64; Matthias Goldmann, *Internationale öffentliche Gewalt*, Springer, Heidelberg 2014, Teil 2 B.

67 Hierzu wiederum näher Venzke, *How Interpretation Makes International Law* (Anm. 23), S. 62-64, 221; Goldmann, *Internationale öffentliche Gewalt* (Anm. 66).

68 Gerard A. Strijards, Art. 103, in: Otto Triffterer (Hg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2008, Rn. 16; David Tolbert, »The International Tribunal for the Former Yugoslavia and the Enforcement of Sentences«, in: *Leiden Journal of International Law* 11 (1998), S. 655-669.

letztinstanzliche Gerichtsentscheidung durchsetzen.<sup>69</sup> Wenn Institutionen des unterliegenden Gaststaates sich dabei als unkooperativ erweisen, kann er in das Vermögen des Gaststaates in einem anderen ICSID-Vertragsstaat vollstrecken.<sup>70</sup> Nach Art. 94 Abs. 2 SVN soll der VN-Sicherheitsrat über die Entscheidungen des IGH wachen.<sup>71</sup> Zudem können internationale Gerichtsentscheidungen von nationalen Gerichten oder privaten Akteuren innerstaatlich genutzt werden, um nationale Exekutiven zur Befolgung des Völkerrechts anzuhalten.<sup>72</sup> Ganz allgemein kann festgehalten werden, dass heute die Nichtbefolgung eines internationalen Urteils mit Reputationskosten verbunden ist, die selbst für so gewichtige Akteure wie die Vereinigten Staaten von Amerika<sup>73</sup> oder Russland<sup>74</sup> relevant sind. Die Entscheidung eines internationalen Gerichts baut daher

69 Art. 54 Abs. 1 ICSID-Konvention. Siehe dazu die jüngste Entscheidung gegen Argentinien, *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L. P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision of 7 October 2008 on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award.

70 Näher Christoph H. Schreuer, Art. 54, in: ders., *The ICSID Convention. A Commentary*, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2009, Rn. 23-28; inzwischen gibt es Anwaltskanzleien, die darauf spezialisiert sind, kommerzielles Eigentum aufzuspüren und die Schiedssprüche durchzusetzen.

71 Allerdings ist der Sicherheitsrat in dieser Tätigkeit bislang nicht erfolgreich gewesen, siehe Karin Oellers-Frahm, »Souveräne Gleichheit der Staaten in der internationalen gerichtlichen Streitbeilegung? Überlegungen zu Art. 94 Abs. 2 und Art. 27 UN-Charta«, in: Jochen A. Frowein u. a. (Hg.), *Verhandeln für den Frieden. Liber Amicorum Tono Eitel*, Springer, Berlin 2003, S. 169-191.

72 Zur Relevanz solcher »compliance constituencies«: Karen J. Alter, Laurence R. Helfer, »Nature or Nurture? Judicial Lawmaking in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice«, in: *International Organization* 64 (2010), S. 563-592.

73 So selbst in der Perspektive von *rational choice*: Andrew T. Guzmán, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, Oxford 2008; Laurence R. Helfer, Anne-Marie Slaughter, »Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication«, in: *Yale Law Journal* 107 (1997-1998), S. 273-391, hier S. 278; Yuval Shany, »Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach«, in: *American Journal of International Law* 106 (2012), S. 225-270.

74 Zur russischen Praxis der Umsetzung von EGMR-Urteilen: Angelika Nußberger, »The Reception Process in Russia and Ukraine«, in: Helen Keller, Alec Stone Sweet (Hg.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford 2008, S. 603-674.



regelmäßig eine semantische Macht auf. Dies ist kein zufälliges und nebensächliches Merkmal der heutigen internationalen Rechtsprechung, sondern ein wesentliches Moment globalen Regierens.

Angesichts der Funktionsweise vieler internationaler Institutionen sollte der Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt jedoch über den Erlass rechtlich verbindlicher Akte hinausreichen.<sup>75</sup> So interessiert sich diese Studie gerade auch für *case law* und damit gerichtliches *lawmaking* ungeachtet der Tatsache, dass es im Völkerrecht keine Lehre der *stare decisis* gibt. Internationale Gerichte genießen, wie wir sogleich ausführen (III. A. 2. b), im Streit um das Recht eine herausragende Position, die sie auch in dieser Hinsicht als Träger öffentlicher Gewalt qualifiziert.

Diese Definition internationaler öffentlicher Gewalt führt viele Einsichten der Rechtswissenschaft zur Global Governance zusammen, wie eingeführte Begriffe eines *lawmaking* durch internationale Institutionen,<sup>76</sup> eines »internationalen« oder »globalen« Verwaltungsrechts<sup>77</sup> sowie einer internationalen Justiz, gerade auch *Strafjustiz*, zeigen.<sup>78</sup> Der erweiterte Gewaltbegriff ist gleichwohl, wie jede Definition, keineswegs zwingend. Es ist weiterhin gewiss möglich, *öffentliche* Gewalt allein als *staatliche* Gewalt zu begreifen. Eine entsprechende Begrifflichkeit verkennt jedoch, in welchem Ausmaß internationale Institutionen auf die politische Selbstbestimmung und soziale Interaktionen einwirken, und sie läuft Gefahr, blind und taub gegenüber diesen gewichtigen Phänomenen zu sein. Zudem: Auch Verfassungsgerichte verfügen über

75 Diese Erweiterung des Gewaltbegriffs verläuft parallel zu Entwicklungen im deutschen Recht. Grundlegend BVerwGE 90, 112; dazu Christian Bumke, »Publikumsinformationen, Erscheinungsformen, Funktionen und verfassungsrechtlicher Rahmen einer Handlungsform des Gewährleistungsstaates«, in: *Die Verwaltung* 37 (2004), S. 3-33.

76 José E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, Oxford 2005.

77 Benedict Kingsbury u. a., »The Emergence of Global Administrative Law«, in: *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), S. 15-61; Eberhard Schmidt-Aßmann, »Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen«, in: *Der Staat* 45 (2006), S. 315-338.

78 Zur Legitimationsproblematik schon der Rechtserzeugungsprozesse Frank Meyer, *Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen. Eine Untersuchung der Strukturen und Legitimationsvoraussetzungen strafrechtlicher Normbildungsprozesse in Mehrebenensystemen*, Nomos, Baden-Baden 2012, S. 601-696, 837-899.



keinerlei Zwangsmittel, ihre Entscheidungen gegenüber Parlament und Regierung durchzusetzen. Gleichwohl gibt es keinen anderen Gerichtstypus, dessen Autorität offensichtlicher ist und dessen demokratische Legitimation ähnlich intensiv debattiert wird.

Der Begriff der öffentlichen Gewalt als gemeinsame Grundbegrifflichkeit für staatliche, supranationale und internationale Institutionen behauptet nicht deren Identität als Herrschaftsträger. Er bildet, im Gegenteil, den Ausgangspunkt, um deren jeweilige Spezifik zu fassen. So zeichnet sich *staatliche* öffentliche Gewalt typischerweise dadurch aus, dass sie über die Mittel physischen Zwangs verfügt sowie auf soziale Ressourcen wie eine kollektive Identität zurückgreifen kann.<sup>79</sup> *Supranationale* Institutionen unterscheiden sich typischerweise von internationalen dadurch, dass ihren Akten regelmäßig unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit zukommt.

### *b) Präjudizien und die Gestaltung der Rechtsordnung*

Internationale Gerichte üben öffentliche Gewalt nicht nur gegenüber der unterliegenden Partei aus, sondern weit darüber hinaus, da sie künftige Fälle *präjudizieren*. Von einer späteren rechtlichen Argumentation wird erwartet, dass sie auf früheren einschlägigen Entscheidungen aufbaut und dies ausweist. Der Rekurs auf Präjudizien steht keineswegs im Belieben späterer Gerichte, Parteien oder sonstiger Teilnehmer am Rechtsdiskurs, denn wenn sie einschlägige Präjudizien nicht nutzen, dann disqualifizieren sie sich und schaden ihrer Sache. Eine veröffentlichte gerichtliche Entscheidung wirkt also gestaltend auf die Rechtsordnung ein, indem sie einen Bezugspunkt für spätere juristische Diskurse setzt. Natürlich kann sie eine spätere Entscheidung niemals völlig determinieren. Doch dies lässt den Gewaltaspekt nicht entfallen: Selbst ein Gesetz kann den Richter nicht determinieren, trotzdem erfordert es demokratische Legitimation. Der Gewaltaspekt liegt bei beiden, Gesetzen wie Gerichtsurteilen, darin, dass eine Entscheidung »Folgen für die Gegenwart in der Zukunft [hat]. Sie öffnet oder verschließt Möglichkeiten, die ohne sie nicht bestehen würden«. <sup>80</sup>

79 Vgl. nur BVerfG, *Maastricht* (Anm. 57) und *Lissabon* (Anm. 57).

80 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Anm. 19), S. 309. Krass überzeichnend, aber plastisch: Robert M. Cover, »Violence and the Word«, in: *Yale Law Journal* 95 (1986), S. 1601-1629, hier S. 1609; Cover bezeichnet Richter als »Mörder«, da

Gegen unseren Ansatz mag man anführen, dass die allgemeine und abstrakte Dimension gerichtlicher Rechtserzeugung nicht allein an der *voluntas*, sondern auch an ihrer *ratio* hängt. Wäre es nun so, dass die Ausführungen eines Gerichts in späteren Konstellationen wirklich nur aufgrund ihrer Überzeugungskraft relevant wären, dann spräche dies in der Tat gegen unser Verständnis. Denn öffentliche Gewalt impliziert, dass sie andere Rechtssubjekte in ihrem Freiheitsgebrauch auch dann einschränken kann, wenn diese nicht inhaltlich zustimmen.<sup>81</sup>

Diese Differenzierung zwischen *voluntas* und *ratio* findet sich auch in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut, der die Rechtserzeugung durch eine gerichtliche Entscheidung gerade nicht mit dem Völkervertragsrecht, dem Völkergewohnheitsrecht oder den allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf eine Stufe stellt. Die deutsche Rechtswissenschaft unterscheidet hier zwischen *Rechtsquellen* einerseits und, dem kognitivistischen Paradigma folgend, *Rechtserkenntnisquellen* (u. a. gerichtlichen Entscheidungen) andererseits. So wichtig die Unterscheidung als solche ist: Die kategorische Entgegensetzung von Rechtsquelle und Rechtserkenntnisquelle gefährdet ein angemessenes Verständnis der Bedeutung gerichtlicher Begründungen für den Rechtsdiskurs. In vielen rechtlichen Diskursen und Entscheidungen tauchen frühere Entscheidungen als ein Argument auf, das an Autorität dem Verweis auf eine in einer Rechtsquelle niedergelegten Norm kaum nachsteht. Streitparteien ringen um die Bedeutung früherer Entscheidungen für ihren Fall wie um die Bedeutung einer vertraglichen Bestimmung, und das Gericht nutzt frühere Begründungen als autoritative Prämissen seiner Entscheidung.

Die kategorische Unterscheidung von Rechtsquelle und Rechtserkenntnisquelle birgt zahlreiche Probleme. Dies liegt zunächst an den Schwächen des kognitivistischen Verständnisses. Aber auch der Schlüsselbegriff der Rechtsquelle beruht auf problematischen Annahmen,<sup>82</sup> insbesondere der Dichotomie von Rechtssetzung

sie alternative Bedeutungen töten. Zur »Gewalt der Interpretation« siehe auch Christensen/Kudlich, *Gesetzesbindung* (Anm. 54), S. 196-197.

81 Dies ist ein gängiges Qualifikationsmerkmal gerade in der englischsprachigen Diskussion von »authority«, siehe Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. Aufl., Clarendon, Oxford 1994 [1961], S. 58; Joseph Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford 1979, S. 11-12.

82 Zur Entwicklung Ulrich Meyer-Cording, *Die Rechtsnormen*, Mohr Siebeck,

und Rechtsanwendung als kategorial zu scheidenden Tätigkeiten.<sup>83</sup> Aus dem Begriff der Rechtsquelle sollten daher keine theoretischen oder dogmatischen Folgerungen gezogen werden. Entfällt somit die in dem Gegensatz *Rechtsquelle* – *Rechtserkenntnisquelle* angelegte kategoriale Scheidung, fällt es leichter, die gerichtliche Rechts-erzeugung in den Blick zu nehmen. Auch die ausgetretene Formel, das Völkerrecht kenne keine Doktrin der *stare decisis*, verschleiert eher die Wirkung der Rechtsprechung, als dass sie zu ihrem Verständnis beiträgt.<sup>84</sup> Ähnlich verschleiernd ist eine Konzeption, der zufolge die gerichtliche Auslegung einer Vertragsvorschrift als integraler Bestandteil der jeweiligen Vertragsvorschrift an deren Verbindlichkeit teilhaben soll.<sup>85</sup>

Die Gestaltung der Rechtsordnung durch Präjudizien ist nicht nur ein empirisches Faktum, sondern beruht auf rechtlichen Grundlagen. Im Rahmen der WTO trägt etwa Art. 3 Abs. 2 DSU den Aufbau eines entscheidungsgestützten Rechtskorpus. Er legt das Ziel von »Sicherheit und Vorhersehbarkeit im multilateralen Handelssystem« nieder. Hieraus ergibt sich, wie das Berufungsgremium ausgeführt hat, die Verpflichtung, vorausgegangene Berichte und Interpretationen in die Betrachtung einzubeziehen.<sup>86</sup> Auch wenn die Berichte aus sich heraus keine bindende Kraft über die Streitentscheidung hinaus haben, schaffen sie berechtigte Erwartungen und müssen deshalb bei künftigen Entscheidungen berücksichtigt werden.<sup>87</sup> So unterschiedliche Ansätze wie Habermas' Dis-

Tübingen 1971, S. 49-52; Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, C. H. Beck, München 1992, S. 381-384.

83 Zur Kritik des Quellenbegriffs Venzke, *How Interpretation Makes International Law* (Anm. 23), S. 18-37.

84 Ausführlich Jacob, »Precedents« (Anm. 37), S. 1018-1020; weiter Georges Abi-Saab, »Les sources du droit international: Essai de déconstruction«, in: Manuel Rama-Montaldo (Hg.), *El derecho internacional en un mundo en transformación*, Bd. 1, Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1994, S. 29-49.

85 Jörg Polakiewicz, »International Law and Domestic (Municipal) Law, Law and Decisions of International Organizations and Courts«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 16), Rn. 30; dazu Anne Peters, »Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse«, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 65 (2010), S. 3-63, hier S. 9.

86 WTO, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Appellate Body Report of 4 October 1996, S. 13.

87 WTO, *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R, Appellate Body Report of 30 April 2008, Rn. 162; WTO,

kurstheorie und Luhmanns Systemtheorie stimmen darin überein, dass die Stabilisierung von Verhaltenserwartungen eine zentrale Funktion des Rechts ist, wofür frühere Entscheidungen kaum entbehrlich sind.<sup>88</sup> In diesem Sinne besagt Art. 21 Abs. 2 Römisches Statut: »Der Gerichtshof kann Rechtsgrundsätze und Rechtsnormen entsprechend seiner Auslegung in früheren Entscheidungen anwenden.« Diese Formulierung reflektiert die vorbeschriebenen Erkenntnisse und geht deutlich über das theoretisch unzulängliche Verständnis in Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut hinaus, der richterliche Entscheidungen nur »als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen« beschreibt und deshalb die richterliche Praxis nicht einzufangen vermag.

Präjudizien sind besonders gestaltungsmächtig, wenn es eine Hierarchie zwischen Spruchkörpern gibt, wie in der WTO zwischen Panel und Appellate Body, in der internationalen Strafgerichtsbarkeit zwischen den Strafkammern und der Berufungskammer des Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien, in der EMRK in dem Rechtszug von den Kammern zur Großen Kammer. Die Berufungskammer des Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien bringt die Wirkung von früheren Entscheidungen plastisch zum Ausdruck:

The Appeals Chamber recognises that the principles which underpin the general trend in both the common law and civil law systems, whereby the highest courts, whether as a matter of doctrine or of practice, will normally follow their previous decisions and will only depart from them in exceptional circumstances, are the need for consistency, certainty and predictability. This trend is also apparent in international tribunals.<sup>89</sup>

Präjudizien präjudizieren aber nicht nur im Rahmen eines hierarchischen Systems. Ein Gericht wird in aller Regel entsprechend seiner früheren Rechtsprechung entscheiden. Gründe hierfür sind,

*United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, WT/DS350/AB/R, Appellate Body Report of 4 February 2009, Rn. 362-365. Siehe auch WTO, *United States – Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, WT/DS268/AB/R, Appellate Body Report of 29 November 2004, Rn. 188.

88 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Anm. 19), S. 151; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt/M. 1992, S. 516-517.

89 ICTY, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Judgment of 24 March 2000 (IT-95-14/1-A), Rn. 92-96.



dass es die Autorität der früheren Entscheidung in Anspruch nehmen kann, dem Prinzip der Kohärenz und dem Gleichheitsgrundsatz dient sowie zur Verdichtung der Rechtsordnung beiträgt. Laut EGMR kann eine Abweichung, soweit sie nicht überzeugend argumentiert ist, das Prinzip des *fair trial* verletzen.<sup>90</sup>

Sogar eine Entscheidung entlang der Begründung eines anderen Gerichts kann eine legitimierende Wirkung erzeugen.<sup>91</sup> So haben frühere Entscheidungen zwischen verschiedenen Spruchkörpern des Investitionsschutzregimes regelmäßig eine Präzedenzwirkung. Während manche Schiedsgerichte sich nicht festlegen wollen und frühere Entscheidungen nur als »Inspirationsquelle« bezeichnen,<sup>92</sup> sehen andere eine Verpflichtung, sich mit diesen auseinanderzusetzen: Es geht um die legitimen Erwartungen von Staaten und Investoren und das Ziel der Rechtssicherheit.<sup>93</sup> Semantische Macht geht sogar von rechtlich nicht bindenden Gutachten aus. Ein Staat, der sich entsprechend den Aussagen eines IGH-Gutachtens verhält, kann von der Rechtmäßigkeit seines Handelns ausgehen.<sup>94</sup> Dies ist von besonderer Relevanz, da Gutachten oft weitreichende Aussagen enthalten.<sup>95</sup>

90 Siehe EGMR, *Atanasovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 36815/03, Judgment of 14 January 2010, Rn. 38.

91 Bruno Simma, »Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 265-297, hier S. 279; Helfer/Slaughter, »Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication« (Anm. 73), S. 318-319.

92 Siehe z. B. *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005, Rn. 31-32; *Romak (Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan)*, PCA Case No. AA280, UNCITRAL Award of 26 November 2009, Rn. 170; *Chevron (Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador)*, PCA Case No. 34877, UNCITRAL Partial Award on the Merits of 30 March 2010, Rn. 164.

93 *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 of 21 March 2007, Rn. 67; vgl. Stephan W. Schill, »System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking«, in: Armin von Bogdandy, Ingo Venzke (Hg.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, Heidelberg 2012, S. 133-177, hier S. 170-174.

94 Jochen A. Frowein, Karin Oellers-Frahm, Art. 65, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 36), Rn. 54.

95 Vgl. nur das Gutachten des Internationalen Seegerichtshofs über die Verant-



Diskursteilnehmer können sich Präjudizien nicht entziehen, selbst wenn sie die Aussage für unplausibel, unvernünftig oder gar unzutreffend halten. Das Bundesverfassungsgericht verpflichtet alle deutschen Gerichte, grundsätzlich der Rechtsprechung supranationaler (EuGH) und internationaler (EGMR) Gerichte zu folgen.<sup>96</sup> Zwar ist es durchaus möglich, dass eine bestimmte Rechtsprechung nach allgemeiner Auffassung als »falsch« gilt und deshalb nicht mehr berücksichtigt werden muss. Dies kommt jedoch nur selten vor, und solange es eine solche allgemeine Überzeugung nicht gibt, ist ein Präjudiz ein Akt öffentlicher Gewalt.

Die politischen Entscheidungsträger sind sich dessen wohl bewusst. Der Vertreter Brasiliens hielt etwa im Rahmen der WTO fest:

It was well-known that in practice any decision of a panel or the Appellate Body with regard to a specific case would go beyond such a specific case. Although no binding precedents had been created, the findings and conclusions of panels and the Appellate Body adopted by the DSB had created expectations concerning future interpretations of the DSU and the WTO Agreement. Therefore, in light of these systemic implications of decisions and recommendations pertaining to a specific case, Brazil wished to state its position with regard to certain findings of the Appellate Body.<sup>97</sup>

Staatliche Akteure benutzen internationale Gerichte bewusst zur Rechtserzeugung. Ebenso plastisch wie kritisch stellen drei ehemalige Direktoren des GATT fest: WTO-Mitglieder nutzen das Streitbeilegungsverfahren »as a means of filling out gaps in the WTO system; first, where rules and disciplines have not been put in place, or, second, are the subject of differences of interpretation. In other words, there is excessive resort to litigation as a substitute for negotiation«.<sup>98</sup>

wortlichkeiten im Tiefseebergbau, ISGH, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion of 1 February 2011.

96 BVerfG, »Belehrung ausländischer Beschuldigter über Recht auf konsularischen Beistand«, Kammerbeschluss vom 19.09.2006, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 60 (2007), S. 499-504, Rn. 63; BVerfG, »Sofortvollzug einer Ausweisung«, Kammerbeschluss vom 10.05.2007, in: *Informationsbrief Ausländerrecht* 29 (2007), S. 275-279.

97 WTO Dispute Settlement Body, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 6 November 1998*, 14 December 1998, WT/DSB/M/50.

98 Arthur Dunkel u. a., *Joint Statement on the Multilateral Trading System*, 1 February

Gerichtliche Entscheidungen verteilen Argumentationslasten in späteren Rechtskommunikationen. Das ist insbesondere der Fall, wenn es einen Instanzenzug, also ein übergeordnetes Entscheidungsgremium gibt, wenn ein Gericht über genügend Fälle entscheiden kann, um eigene Rechtsprechungslinien aufzubauen, oder wenn die Spruchkörper in einem System zusammengeschlossen sind. All dies sind Phänomene, die sich auf der internationalen Ebene erst in den letzten zwanzig Jahren etabliert haben. Anderes mag bei nur sporadischen und unverbundenen Entscheidungen gelten, die früher die Regel bildeten und so das traditionelle Verständnis stützten. Heute bilden sie die Ausnahme, was zur Fortentwicklung des traditionellen Verständnisses aufruft, um die Rolle internationaler Gerichte beim globalen Regieren phänomen- und problemadäquat fassen zu können. Natürlich gibt es weiterhin internationale Gerichte, die keine öffentliche Gewalt ausüben. Dazu zählt etwa das Europäische Kernenergiegericht im Rahmen der OECD, das für Entschädigungsfragen bei großen Nuklearunfällen zuständig ist. Es hatte noch nie einen Fall zu behandeln und muss dies – glücklicherweise – auch nicht erwarten.<sup>99</sup> Die Theorie der internationalen Gerichtsbarkeit muss jedoch an den aktiven, nicht den schlafenden Institutionen ausgerichtet werden.

Wir fassen die semantische Macht internationaler Gerichte, ihr Vermögen, eigene Interpretationen als Referenzpunkte für den Rechtsdiskurs zu etablieren, als Ausübung öffentlicher Gewalt. Staatliche und internationale Gerichte sind in diesem Punkt durchaus vergleichbar. Allerdings ist die Rechtserzeugung staatlicher Gerichte eingebettet in ein politisches System, das es in vergleichbarer Weise auf internationaler Ebene nicht gibt.<sup>100</sup> Damit gelangen wir zu zusätzlichen Problemen der Rechtfertigung, mit denen sich nur internationale Gerichte konfrontiert sehen.

2001 ([www.wto.org/english/news\\_e/news01\\_e/jointstatdavos\\_jano1\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/news01_e/jointstatdavos_jano1_e.htm)), letzter Zugriff 09.08.2012; weiter Piet Eeckhout, »The Scales of Trade – Reflections on the Growth and Functions of the WTO Adjudicative Branch«, in: *Journal of International Economic Law* 13 (2010), S. 3-26.

99 ([www.oecd-nea.org/law/european-nuclear-tribunal.html](http://www.oecd-nea.org/law/european-nuclear-tribunal.html)), letzter Zugriff 10.04.2013.

100 Dieser Befund, wenngleich mit entgegengesetzten Folgerungen, unterliegt Lauterpachts Theorie des Völkerrechts, Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Anm. 26), insbesondere S. 245-259.

## B. Spezifische Legitimationsprobleme internationaler Rechtsprechung

### 1. Zentralisierte Judikative bei dezentraler Legislative

#### *a) Asymmetrien in der Einrichtung internationaler öffentlicher Gewalt*

Politische Rechtsetzung und gerichtliche Rechtsprechung sind, so eine Kernaussage modernen Verfassungsdenkens, unterschiedliche und zu trennende, zugleich aber in enger Wechselwirkung stehende Phänomene öffentlicher Gewalt.<sup>101</sup> Es ist eine große verfassungsrechtliche Errungenschaft, die Gleichzeitigkeit von Trennung und Verknüpfung begrifflich gefasst und in juristischen Institutionen stabilisiert zu haben. Der herrschende Ansatz firmiert als Gewaltenteilungslehre und bettet die Legitimität einer jeden Gewalt in dieses Wechselspiel ein.<sup>102</sup> Dieses Wechselspiel nun reproduziert sich nicht auf der internationalen Ebene, was großen Einfluss auf die Legitimationsproblematik der internationalen Gerichtsbarkeit hat.

Das WTO-Übereinkommen veranschaulicht plastisch diesen Unterschied. Art. III WTO-Übereinkommen lautet:

- (1) Die WTO erleichtert die Durchführung, die Verwaltung und die Wirkungsweise dieses Übereinkommens und der multilateralen Handelsübereinkommen sowie die Verwirklichung ihrer Ziele [...]
- (2) Die WTO dient als Forum für Verhandlungen zwischen ihren Mitgliedern über deren multilaterale Handelsbeziehungen [...]

101 So die meisten Rechts- und Verfassungstheorien, siehe Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, erweiterte Aufl., Suhrkamp, Frankfurt/M. 2006, S. 143-169; Martin Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Clarendon, Oxford 1992, S. 138-162.

102 John Locke, *The Second Treatise of Government*, Liberal Arts Press, New York 1952 [1690], S. 82-91; Giuseppe de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, 5. Aufl., CEDAM, Padua 1999, S. 346-349; Christoph Möllers, *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, S. 66-134.

(3) Die WTO verwaltet die in Anlage 2 dieses Übereinkommens enthaltene Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (im folgenden als »Vereinbarung über Streitbeilegung« oder »DSU« bezeichnet).

Der erste Absatz betrifft die exekutive, der zweite die legislative und der dritte die rechtsprechende Gewalt. Doch hinsichtlich der Rechtsetzung soll die WTO (nur) ein Verhandlungsforum bereitstellen (Art. III Abs. 2), und mit Blick auf die Exekutive soll sie (nur) die Umsetzung, Handhabung und Ausführung erleichtern (Art. III Abs. 1). Danach dient das WTO-Übereinkommen gerade nicht der Institutionalisierung autonomer politischer, insbesondere legislativer Prozesse. Zwar verfügt die WTO, wie die meisten internationalen Organisationen, über einige Kompetenzen politischer Rechtserzeugung.<sup>103</sup> Grundsätzlich sind jedoch rechtsetzende Maßnahmen dem Verfahren zur Vertragsänderung und -ergänzung vorbehalten.

Das Bild ändert sich völlig im Bereich der Rechtsprechung.<sup>104</sup> Art. III Abs. 3 WTO-Übereinkommen bestimmt, dass die WTO die Streitbeilegungsvereinbarung (*Dispute Settlement Understanding*, DSU) »verwalten« soll. Ein solches gerichtsförmiges Verfahren ist nach Art. 6 Abs. 1 DSU nicht von der Zustimmung des verklagten Mitglieds abhängig, und eine unterlegene Partei kann nicht verhindern, dass der Bericht eines Streitbeilegungsorgans zur rechtsförmigen Entscheidung der WTO wird (Art. 16 Abs. 4 und Art. 17 Abs. 14 DSU).<sup>105</sup>

Das WTO-Übereinkommen lehnt sich also begrifflich an die herkömmliche Gewaltenteilung an, etabliert jedoch eine Organisation, die lediglich eine dieser Gewalten ausübt. Dies erzeugt eine Spannung, denn die traditionelle Lehre geht stets vom Vorliegen

103 Näher Isabel Feichtner, *The Law and Politics of WTO Waivers. Stability and Flexibility in Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.

104 Zum Streitbeilegungsverfahren David Palmeter, Petros C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization. Practice and Procedure*, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2004; Frederico Ortino, Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer, Den Haag 2004; Klara Leitner, Simon Lester, »WTO Dispute Settlement 1995-2010 – A Statistical Analysis«, in: *Journal of International Economic Law* 14 (2011), S. 191-201.

105 Vgl. auch Art. 8 Abs. 9, 8 Abs. 11, 13 und 17 Abs. 7 DSU.



aller drei Gewalten aus. Man könnte nun versuchen, diese Spannung durch den Hinweis auf die unpolitische und deduktive Natur richterlicher Streitentscheidung zu entschärfen. Das ginge jedoch, wie zuvor entwickelt, fehl.

Die Problematik anderer internationaler Gerichte ist vergleichbar. Kein Gremium des ICSID kann die Investitionsschutzverträge, die SRÜ-Vertragsstaatenkonferenz nicht das Seerechtsübereinkommen und der Europarat nicht die EMRK ändern. Mit Blick auf den IGH und die VN-Generalversammlung ist festzuhalten, dass Letzterer nach Art. 13 Abs. 1 lit. a SVN zwar die Aufgabe der fortschreitenden Entwicklung des Völkerrechts und seiner Kodifizierung obliegt. Auch kann sie praktisch *jede* internationale Frage ansprechen.<sup>106</sup> Eine Rechtsetzungskompetenz wurde jedoch auf der Gründungskonferenz von San Francisco mit großer Mehrheit abgelehnt.<sup>107</sup> Spätere Versuche, unter der geltenden Charta eine legislative Rolle herbeizuinterpretieren, schlugen fehl.<sup>108</sup> Der Umstand, dass internationale Organisationen normalerweise für Staaten keine verbindlichen Regeln setzen können, zeigt nicht allein souveränitätsfixierte Beharrungskräfte, sondern auch die große Unsicherheit, wie eine demokratische Rechtsetzung international überhaupt erfolgen könnte.<sup>109</sup>

Der Hinweis auf fehlende legislative Kompetenzen im Sinne

106 Art. 10 SVN; vorbehaltlich des Vorrangs des Sicherheitsrates nach Art. 12 SVN, der ein paralleles Tätigwerden aber kaum beschränkt, so der IGH im Gutachten zum Mauerbau: IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, I. C. J. Reports 2004, S. 136, Rn. 24-28.

107 Carl-August Fleischhauer, Bruno Simma, Art. 13, in: Bruno Simma u. a. (Hg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Bd. 1, 3. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012, Rn. 7-9.

108 Näher Hersch Lauterpacht, »Codification and Development of International Law«, in: *American Journal of International Law* 49 (1955), S. 16-43; Bin Cheng, »United Nations Resolutions on Outer Space: ›Instant‹ International Customary Law?«, in: *Indian Journal of International Law* 5 (1965), S. 23-48.

109 Zur »Legislativfunktion« des Sicherheitsrates siehe Ian Johnstone, »The Security Council as Legislature«, in: Bruce Cronin, Ian Hurd (Hg.), *The UN Security Council and the Politics of International Authority*, Routledge, London 2008, S. 80-104; zu aufweichenden Tendenzen zudem Jutta Brunée, »Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements«, in: Rüdiger Wolfrum, Volker Röben (Hg.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer, Heidelberg 2005, S. 101-126.

des Artikels 38 Abs. 1 IGH-Statut impliziert nicht, dass andere Akte internationaler Institutionen rechtlich irrelevant wären. Global Governance zeichnet sich gerade dadurch aus, dass viele internationale Organisationen inzwischen über Rechtsinstrumente verfügen, mittels deren ihre politischen und administrativen Organe »Normativität« erzeugen können.<sup>110</sup> Diese Akte, oft als *soft law* bezeichnet, stehen jedoch überwiegend außerhalb der Rechtsquellen des Artikels 38 IGH-Statut und sind daher nicht systematisch mit der gerichtlichen Rechtserzeugung verkoppelt.<sup>111</sup> Diese Entkoppelung ist näher zu beleuchten, da sie die Spezifik der internationalen Legitimationsproblematik erschließt.

### *b) Der Vertrag und das gubernative Zweiebenenspiel*

Die Rechtsgrundlagen internationaler Rechtsprechung finden sich zumeist in einem völkerrechtlichen Vertrag. Dieses Rechtsinstrument erlaubt mehr als jede andere völkerrechtliche Rechtsquelle, staatliche Legitimationsressourcen zu nutzen, insbesondere die parlamentarische Zustimmung.<sup>112</sup> In vielen Staaten bedürfen wichtigere Verträge eines solchen Aktes,<sup>113</sup> so dass auf den ersten Blick eine völkervertragliche Norm über dieselbe demokratische Legitimation wie ein innerstaatliches Gesetz verfügt. Doch dieser Blick trügt.

So wird der Inhalt eines Vertrags in diplomatischen Verhandlungen festgelegt, denen das parlamentarische Verfahren in aller Regel nachgeschaltet ist, wie die Abfolge der Artikel 9 bis 11 WVK zeigt.<sup>114</sup> Eine offene gesellschaftliche Auseinandersetzung, die die

110 Matthias Goldmann, »Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority«, in: *German Law Journal* 9 (2008), S. 1865-1908.

111 Zur Bedeutung solcher Normen für internationale Gerichte unten, IV. C.

112 Unsere Argumentation bezieht sich nur auf Staaten unter demokratischer Verfassung. Für Bürger, die unter autoritären Regimen leben, bedarf dieses Problem einer eigenen Untersuchung, dazu bereits I. C. 3.

113 Rechtsvergleichend Ingolf Pernice, Art. 59, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2006, Rn. 11-12, 28-48.

114 Näher Frank Hoffmeister, Art. 9-11, in: Dörr/Schmalenbach (Hg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Anm. 58); Maurice Kamto u. a., Art. 9-11, in: Corten/Klein (Hg.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Bd. 1 (Anm. 5).

Vereinbarungen beeinflussen könnte, ein wesentliches Element demokratischer Legitimität, ist praktisch kaum möglich.<sup>115</sup> Hierin liegt der Unterschied zu einem innerstaatlichen Gesetz: Zwar wird auch der Inhalt eines Gesetzesentwurfs in der Regel durch Ministerialverwaltung und Regierung bestimmt, aber dieser kann viel leichter im Gesetzgebungsverfahren geändert werden.

Da diese Möglichkeit bei völkerrechtlichen Verträgen nicht besteht, ist das parlamentarische Verfahren oft weniger aufwendig gestaltet: So sieht die Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages eine Regelbefassung in nur zwei statt drei Beratungen vor (§ 78 Abs. 1 GO-BT), und es wird nur über einen Vertrag im Ganzen, nicht aber über einzelne Teile abgestimmt (§ 81 Abs. 4 GO-BT). Nationale Parlamente zeigen, mit Ausnahme des Kongresses der Vereinigten Staaten, eine weit größere Folgebereitschaft gegenüber Regierungsvorschlägen, die dem Abschluss internationaler Vereinbarungen dienen, als bei Vorschlägen der internen Gesetzgebung. Dies alles schwächt den demokratischen, über das nationale Parlament verlaufenden Legitimationsstrang.<sup>116</sup> Ein weiterer Aspekt ist der Mangel an einschlägigem parlamentarischem Wissen.<sup>117</sup> Die Autonomie der gubernativ-administrativen Akteure ist somit weit größer als im nationalen politischen Prozess.<sup>118</sup> Die politikwissenschaftliche Forschung zeigt, dass viele Regierungen Mehrebenensysteme strategisch nutzen, um ihre Machtposition gegenüber parlamentarischen Gremien auszubauen und Politiken für den Fall eines Regierungswechsels abzusichern.<sup>119</sup>

Gewiss gibt es zahlreiche Versuche, die einschlägige Rolle staat-

115 Ein Gegenbeispiel bietet der erfolgreiche Kampf gegen das Handelsabkommen zur Bekämpfung von Produkt- und Markenpiraterie (Anti-Counterfeiting Trade Agreement).

116 Meinhard Hilf, Matthias Reuß, »Verfassungsfragen lebensmittelrechtlicher Normierung im europäischen und internationalen Recht«, in: *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht* 24 (1997), S. 289-302, hier S. 293, 297.

117 John H. Jackson, *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*, Royal Institute of International Affairs, London 1998, S. 33.

118 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1999, S. 103-126; Michael Zürn, *Regieren jenseits des Nationalstaates. Globalisierung und Denationalisierung als Chance*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1998, S. 233-236, 347-361.

119 Wegweisend Robert D. Putnam, »Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games«, in: *International Organization* 42 (1988), S. 427-460.

licher Parlamente zu stärken.<sup>120</sup> Vor allem bei der Rechtsetzung der Europäischen Union verfügen staatliche Parlamente über zahlreiche Kompetenzen, um auf die Willensbildung der Regierung Einfluss zu nehmen.<sup>121</sup> Gleichwohl trifft die parlamentarische Einflussnahme auf kaum überwindbare Grenzen, die sich aus der Logik überstaatlicher Verhandlungsprozesse ergeben.<sup>122</sup> Hinzu kommt, dass internationale Abkommen sich nur selten für die innerstaatliche Politisierung eignen, denn internationale Kompromisse sind regelmäßig »grau« und bilden daher nur schlecht eine Angriffsfläche, die Abgeordneten politische Profilierung erlaubt. Die globale Politikverflechtung bildet die offene Flanke des Parlamentarismus.<sup>123</sup>

### c) Demokratische Positivität

Das parlamentarische Legitimationspotenzial kann sich bei einem völkerrechtlichen Vertrag weniger entfalten als bei einem innerstaatlichen Gesetz. Völkerrechtliche Bestimmungen sehen sich zudem einer weiteren Problematik ausgesetzt, die innerstaatliches Gesetzesrecht nicht kennt. Im zeitgenössischen Verfassungsstaat bedeutet Recht *positives Recht*.<sup>124</sup> Das wesentliche Charakteristikum der Positivität ist dabei der Zugriff politisch verantwortlicher Institutionen.<sup>125</sup> Das Recht wird durch die Gesetzgeber selbst erlassen oder aber ist zumindest – in den Fällen des *common law* oder

120 Näher Rüdiger Wolfrum, »Kontrolle der auswärtigen Gewalt«, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 56 (1997), S. 38-63.

121 Art. 23 Abs. 2 GG; vergleichend Christoph Grabenwarter, »Staatliches Unionsverfassungsrecht«, in: Armin von Bogdandy, Jürgen Bast (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Springer, Berlin 2009, S. 121-175, hier S. 149-158.

122 So zur EU Philipp Dann, »Die politischen Organe«, in: ebd., S. 335-387, hier S. 379-380.

123 Zu den Entwicklungslinien des zeitgenössischen Parlamentarismus siehe Armin von Bogdandy, »Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?«, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 130 (2005), S. 445-464.

124 Wegweisend Georg W. F. Hegel, »Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse«, in: Hermann Glockner (Hg.), *Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Sämtliche Werke. Jubiläumsausgabe in zwanzig Bänden*, Bd. 7, Frommanns, Stuttgart 1928 [1821], S. 42-50.

125 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1991, S. 289-378.



anderen Fällen richterlicher Rechtsfortbildung – unter ihrer Verantwortung. Die Legislative kann jederzeit die rechtsfortbildende Tätigkeit der Gerichte korrigieren.<sup>126</sup> Hans Kelsen etwa sieht Wesen und Wert der Demokratie gerade auch darin, Rechtsnormen per Mehrheitsentscheidung ändern oder abschaffen zu können.<sup>127</sup>

Unter allen Verfassungsordnungen ist dabei die Regulierung der Wirtschaft, welche den Gegenstand der besonders dynamischen WTO- und ICSID-Rechtsprechung bildet, innerstaatlich durch Vorschriften geregelt, die durch einfache parlamentarische Mehrheit oder gar delegierte Rechtsetzung (Rechtsverordnungen) erlassen werden können, natürlich unter Berücksichtigung von Prinzipien wie denjenigen des Rechtsstaats, der Nichtdiskriminierung und des Eigentumsschutzes. Die Möglichkeit schnellen Eingreifens kann man sogar als ein verfassungsrechtliches Prinzip der Ausgestaltung der Rechtsetzungsverfahren begreifen.<sup>128</sup> Dieser innerstaatliche Zugriff wird nun durch die internationale Rechtsprechung beschnitten. Eine solche Beschneidung kann zwar durch neue Verträge zurückgenommen werden, aber internationale Vertragsverhandlungen, insbesondere solche globalen Zuschnitts, sind langsam und mühselig. Dies wird besonders problematisch, wenn sich der fragliche soziale Bereich in einer raschen Entwicklung befindet, wie es bei der Wirtschaft der Fall ist, oder die Paradigmen des bestehenden Rechts nicht mehr überzeugen. Man bedenke nur, wie stark das Vertrauen in die selbstregulierenden Kräfte des Marktes seit den frühen 1990er Jahren geschwunden ist, also jenen Jahren, in denen große Teile des geltenden Wirtschaftsvölkerrechts entstanden.

Völkerrechtliche Vereinbarungen schwächen die Positivität des staatlichen Rechts. Ist eine völkerrechtliche Vereinbarung in Kraft, so ist sie dem parlamentarischen Zugriff weitgehend entzogen. Mit

126 Zum *common law*: Patrick S. Atiyah, Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon, Oxford 1987, S. 141-150.

127 Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 1929, S. 8-9.

128 Detailliert Hilf/Reuß, »Verfassungsfragen lebensmittelrechtlicher Normierung im europäischen und internationalen Recht« (Anm. 116), S. 290; für die Wirtschaftsverfassung in Deutschland und der Europäischen Union vgl. David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Clarendon, Oxford 1998, S. 232-265.

der Zustimmung zu einem Vertrag stellt die zu einem bestimmten Zeitpunkt bestehende parlamentarische Mehrheit ihre Entscheidung weitgehend außer Reichweite jeder späteren Mehrheit. Die politikwissenschaftliche Forschung zeigt, dass dies durchaus Teil einer politischen Strategie sein kann.<sup>129</sup>

Dies ist im Fall eines vergerichtlichten völkerrechtlichen Regimes besonders einschneidend, weil »korrigierende« nationale Maßnahmen, etwa eine selektive Nichtbeachtung, aufgrund der obligatorischen Gerichtsbarkeit unter hohem Risiko stehen. Sicherlich ist die demokratische Souveränität neuer Mehrheiten durch das regelmäßige Recht des Austritts in gewissem Umfang gewahrt.<sup>130</sup> Dennoch stützt dieses Recht die demokratische Legitimität in ähnlich unzulänglicher Weise wie das Recht zur Emigration die Legitimität eines Staates.<sup>131</sup> Es kann kaum als ausreichend angesehen werden, da es in der Regel keine realistische Wahlmöglichkeit bietet.

Von internationalen Gerichten getragene Rechtsentwicklungen entziehen sich weitgehend dem Zugriff nationaler parlamentarischer Gremien.<sup>132</sup> Verfahren zur Vertragsänderung oder alternative Mechanismen, um die Rechtsgrundlage des Gerichts zu modifizieren, erfordern oft Einstimmigkeit oder eine schwer zu erreichende qualifizierte Mehrheit. Zudem entspricht die richterliche Rechtserzeugung zumeist den Interessen einiger Vertragsparteien, die dementsprechend einem »korrektiven Eingriff« in die Rechtsgrundlage

129 Judith Goldstein u. a., »Introduction: Legalization and World Politics«, in: *International Organization* 54 (2000), S. 385-399, hier S. 393; Kenneth W. Abbott, Duncan Snidal, »Hard and Soft Law in International Governance«, in: *International Organization* 54 (2000), S. 421-456, hier S. 439.

130 Eine Kündigung wirkt zudem allein für die Zukunft, Art. 56, 70 Abs. 1 WVK. Einen seltenen Beispielsfall bietet die Kündigung der ICSID-Konvention durch Bolivien, die mit Legitimitätszweifeln begründet wurde. Republica de Bolivia, Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos, »Cancilleria oficializa la salida de Bolivia del CIADI«, in: *International Legal Materials* 46 (2007), S. 973.

131 Zu jenem Recht Art. 13 Abs. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, Art. 12 Abs. 2 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte von 1966, Art. 2 Abs. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 4 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

132 Die Garantie eines effizienten Gesetzgebers ist ein *Leitmotiv* vieler Verfassungsentwicklungen, Armin von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen 2000, S. 35-38.

wenig zugeneigt sind. Die demokratische Prämisse, dass die richterliche Rechtserzeugung politisch mit demokratischen Mehrheiten korrigiert werden kann, ist daher bei der internationalen Rechtsprechung kaum möglich.

Diese Feststellung beendet aber nicht unsere Überlegungen, sondern bildet nur einen Zwischenschritt. Sie zielt nicht auf eine Delegitimierung der internationalen Gerichtsbarkeit, denn das Gewaltgliederungsschema demokratischer Staaten kann auf die Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt nicht einfach übertragen werden.<sup>133</sup> Der Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien hält zutreffend fest: »the constitutional structure of the United Nations does not follow the division of powers found in national constitutions«.<sup>134</sup>

Nun könnte man internationale richterliche Gewalt damit zu rechtfertigen versuchen, dass gerade wegen der asymmetrischen internationalen Institutionalisierung internationale Gerichte recht-schöpfend tätig werden sollen, um die internationale Verrechtlichung voranzubringen. Mangels einer funktionstüchtigen internationalen Legislative wäre danach die richterliche Rechtschöpfung also kein Problem, sondern vielmehr eine legitime Strategie.<sup>135</sup> Dass dieses Argument nicht verfängt, demonstriert die folgende Auseinandersetzung mit den wichtigsten Verfechtern dieser Position: Hans Kelsen und Hersch Lauterpacht.

#### *d) Das Ungenügen der herkömmlichen Rechtfertigung*

Hersch Lauterpacht befasst sich in seinem Buch *The Function of Law in the International Community* aus dem Jahr 1933 wirkmächtig mit dem Ungleichgewicht internationaler gerichtlicher und politisch-legislativer Prozesse. Zur Fortentwicklung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs plädiert er für eine obligatorische in-

133 So versteht aber Bruno Simma den hier präsentierten Ansatz; Bruno Simma, »Foreword«, in: von Bogdandy/Venzke (Hg.), *International Judicial Lawmaking* (Anm. 93), S. V-XII, hier S. IX-XI.

134 ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995 (IT-94-I-AR 72), Rn. 43.

135 Dieses Argument haben Sabino Cassese und Matthias Kumm uns gegenüber formuliert. Umsichtig hat es auch Robert Howse, »Moving the WTO Forward – One Case at a Time«, in: *Cornell International Law Journal* 42 (2009), S. 223-231, artikuliert.

ternationale Gerichtsbarkeit als wichtigsten Baustein für eine stabile Friedensordnung und verteidigt diese Forderung gegen den Einwand, dem stehe das Fehlen einer internationalen Legislative entgegen.<sup>136</sup> Eine nähere Analyse seines Textes zeigt, dass seine Argumente, die 1933 überzeugten, angesichts der zwischenzeitlichen Entfaltung der internationalen Gerichtsbarkeit nicht mehr tragen.

Lauterpachts Ansatz versteht sich im Kontext der damaligen völkerrechtlichen Ordnung, die vielen Menschen in den Verliererstaaten des Ersten Weltkriegs als ungerecht galt. Um dieser Schwäche zu begegnen, entwickelt Lauterpacht eine Reihe von juristischen Instituten, die es Gerichten erlauben sollten, diesen Ungerechtigkeiten zu begegnen. Da er ein privatrechtliches Verständnis des Völkerrechts vertritt, sind dies etwa Rechtsinstitute wie die *clausula rebus sic stantibus*, der *abus de droit* und das intertemporale Recht. Das Völkerrecht, das er im Blick hat, ist dabei auf Koexistenz und Koordination beschränkt:

[International law is] confined to the regulation of the external relations of States. It does not and cannot aim at regulating the lives of the members of the international community in the same intensive and pervading manner as municipal law does. It is mainly adjective law.<sup>137</sup>

So ist ihm zum Beispiel unvorstellbar, dass Zölle Gegenstand völkerrechtlicher Regelung werden könnten.<sup>138</sup> Diese bilden heute den unproblematischsten Teil des WTO-Rechts. Weiter begreift er die Gerichte zwar als rechtserzeugende (*lawmaking*) Institutionen, allerdings weitgehend auf den konkreten Streitfall beschränkt. Mangels hinreichender Fallzahlen sieht er die Gerichte kaum als Akteure, die die Rechtsordnung insgesamt fortbilden können.<sup>139</sup> Wenn sie es doch tun, wird die Gerechtigkeit der gerichtlichen Rechtserzeugung gewährleistet durch »a spirit of legal equality, common sense, and natural justice« sowie »a spirit of progress«.<sup>140</sup>

136 Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Anm. 26), S. 245-259, 344.

137 Ebd., S. 249.

138 Ebd., S. 304-305.

139 Ebd., S. 256. Lauterpacht nutzt die Begriffe des »development« und »clarification of the law« synonym, näher Venzke, »The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law« (Anm. 8).

140 Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Anm. 26), S. 256.



Nach den bisherigen Ausführungen sollte offensichtlich sein, dass dieses Verständnis heute nicht mehr trägt. Der Aufgabenbereich vieler internationaler Gerichte ist weit über die Regelung von Koexistenz und Koordination hinausgewachsen und betrifft innerstaatliche, für einzelne Bürger relevante Bereiche. Das privatrechtliche Paradigma ist ebenso überholt. Viele Bereiche des Völkerrechts können besser unter einem öffentlich-rechtlichen Paradigma konzipiert werden. Für Abwägungsfragen im Wirtschaftsrecht geben »a spirit of legal equality, common sense, and natural justice« sowie »a spirit of progress« kaum brauchbare Vorgaben. Die heute notwendige Politisierung wird dabei von Lauterpacht schon gesehen:

This book would entirely fail in one of its main objects if it were understood to question the seriousness of the problem created for obligatory arbitration by the absence of an international legislature. At the same time, however, we believe that the difficulty arising from this defect of international organization cannot be solved by the rejection of obligatory arbitration altogether.<sup>141</sup>

Das Ungenügen der herkömmlichen Rechtfertigung zeigt sich ebenso bei Hans Kelsen. Er plädiert wie sein Schüler Lauterpacht dafür, die internationale Gerichtsbarkeit im Alleingang auszubauen.<sup>142</sup> Wie gewohnt geht Kelsen polemisch vor. Das Argument, eine obligatorische internationale Gerichtsbarkeit brauche einen »international legislative body empowered to reform this legal order«, sei, so Kelsen, »incorrect in every respect«.<sup>143</sup>

Allein, auch die Argumente des Jahrhundertjuristen<sup>144</sup> überzeugen heute nicht mehr. Zunächst ist wiederum ihr Kontext zu beachten. Kelsen schrieb zu einem Zeitpunkt, als eine internationale Gerichtsbarkeit im Sinne von ISCID oder WTO, welche die nationale Gestaltungsfreiheit etwa in der Wirtschaftsordnung substantiell überformt, aber auch eine Menschenrechtsgerichtsbarkeit

141 Ebd., S. 344.

142 Hans Kelsen, *Peace Through Law*, University of North Carolina Press, New York 1944.

143 Hans Kelsen, *Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1942, S. 161.

144 Horst Dreier, »Hans Kelsen (1881-1973): ›Jurist des Jahrhunderts?‹«, in: Helmut Heinrichs u. a. (Hg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, C. H. Beck, München 1993, S. 705-732.

wie diejenige des EGMR sich in keiner Weise abzeichnete. Die von Kelsen vorgeschlagene Gerichtsbarkeit war auf Territorialstreitigkeiten und den Schutz von nationalen Minderheiten ausgerichtet. Weiter steht sein Modell unter der Prämisse, dass internationale Verträge die territorialen Streitfragen überzeugend regeln und das Prinzip der nationalen Selbstbestimmung respektiert wird.

Vor allem aber operiert Kelsen mit einer geschichtsphilosophischen Gesetzmäßigkeit: Nach einem »biogenetischen Gesetz«<sup>145</sup> sei für die internationale Rechtsordnung dieselbe Evolution zu erwarten wie für die staatliche Rechtsordnung. Danach finde in einer Rechtsordnung zunächst eine Zentralisierung der rechtsprechenden Gewalt statt; die Zentralisierung der legislativen und exekutiven Gewalt erfolge erst in späteren Schritten. Hieraus erklärt sich, weshalb Kelsen das Völkerrecht als »primitive Rechtsordnung« klassifiziert.<sup>146</sup> Sie plausibilisiert seine Spekulation und rechtfertigt seinen Ansatz.

Eine solche Geschichtsphilosophie ist heute jedoch theoretisch kaum haltbar, praktisch ist die Entwicklung nach 1945 einen anderen Weg gegangen. Das heutige hochkomplexe Völkerrecht kann nicht mehr als »primitiv« im Vergleich zu staatlichen Rechtsordnungen bezeichnet werden. Viele völkerrechtliche Regime sind sogar entwickelter, komplexer, differenzierter als entsprechende staatsrechtliche Materien.<sup>147</sup> Auch eine weitere Hypothese Kelsens bleibt unbewiesen: dass die Entscheidung eines internationalen Gerichts tatsächlich in der Lage ist, Streitigkeiten, die zu einem militärischen Konflikt führen können, beizulegen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Lauterpachts und Kelsens Rechtfertigung internationaler Rechtsprechung, die weiterhin wirkmächtig ist, heute nicht mehr überzeugt.

145 Kelsen, *Law and Peace in International Relations* (Anm. 143), S. 148.

146 Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Anm. 11), S. 131.

147 Eindrücklich das Beispiel des Entwicklungsrechts im Vergleich des Rechts der Weltbank, der Europäischen Union und der Bundesrepublik Deutschland, siehe Philipp Dann, *Entwicklungsverwaltungsrecht. Theorie und Dogmatik des Rechts der Entwicklungszusammenarbeit, untersucht am Beispiel der Weltbank, der EU und der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.

## 2. Potenzial und Gefahren des konstitutionalistischen Arguments

### a) *Der konstitutionalistische Ansatz*

Das von Lauterpacht und Kelsen formulierte Rechtfertigungsnarrativ hat seine wichtigste Fortentwicklung im internationalen Konstitutionalismus, in dessen Rahmen die internationale Gerichtsbarkeit als eine Art Verfassungsgerichtsbarkeit gedeutet wird.<sup>148</sup> Unter den meisten Verfassungen ist die politische Änderung von Verfassungsrecht aufgrund spezifischer Mehrheiten und spezieller Verfahren deutlich schwerer als die des einfachen Rechts.<sup>149</sup> Verfassungsrecht leitet und kanalisiert den »normalen« politischen Prozess und stellt den zentralen Mechanismus, der die Trennung und Interaktion von Recht und Politik in heutigen Gesellschaften stabilisiert.<sup>150</sup> Sollten internationale Gerichte eine verfassungsrechtliche Funktion ausüben, könnte die Asymmetrie zwischen dem gerichtlichen und dem politischen Bereich nicht als Defizit, sondern vielmehr als spezifisches Potenzial gedeutet werden.<sup>151</sup>

Die Frage nach Konstitutionalisierungsprozessen im Völkerrecht, derzeit die wohl wichtigste Erscheinungsform des juristischen Universalismus,<sup>152</sup> führt zu einer komplexen Diskussion, die hier nicht einmal skizziert werden kann.<sup>153</sup> Unser Ansatz ist dem

148 Dies klingt bei Lauterpacht und Kelsen bereits an: Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Anm. 26), S. 336-339; Kelsen, *Law and Peace in International Relations* (Anm. 143), S. 159.

149 Pedro Cruz Villalón, »Vergleich«, in: Armin von Bogdandy u. a. (Hg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, C. F. Müller, Heidelberg 2007, S. 729-777, hier S. 751-752; Bernd Wieser, *Vergleichendes Verfassungsrecht*, Springer, Wien 2005, S. 85-97.

150 Habermas, *Faktizität und Geltung* (Anm. 88), S. 292-348; Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Anm. 19), S. 407-439.

151 Umfassend Thomas Kleinlein, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, Springer, Heidelberg 2012; Deborah Z. Cass, »The ›Constitutionalization‹ of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade«, in: *European Journal of International Law* 12 (2001), S. 39-75.

152 Dazu näher oben, II. B. 1.

153 Vgl. nur Jan Klabbers u. a., *The Constitutionalization of International Law*, Ox-

Konstitutionalismus in vielen, aber keineswegs in allen Hinsichten verbunden. Wir teilen mit konstitutionalistisch orientierten Autoren die Überzeugung, dass der Prinzipienbestand des demokratischen Verfassungsstaates für das Völkerrecht von Bedeutung ist, sei es für seine dogmatische Durchdringung, sei es für seine dogmatische, politische oder theoretische Kritik, sei es zur Inspiration künftiger Gestaltungen.<sup>154</sup> Wir sind jedoch skeptisch, gelenden Normen und bestehenden Institutionen verfassungsrechtliche Funktionen zuzuschreiben. Uns erscheint dies als »ein Schritt zu weit«, insoweit es um das juristische Verständnis der meisten internationalen Gerichte geht.<sup>155</sup> Wir bestreiten dabei nicht, dass dieser Ansatz bei einigen Gerichten weiterführend sein mag, namentlich beim supranationalen Gerichtshof der Europäischen Union,<sup>156</sup> dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte<sup>157</sup> und dem In-

ford University Press, Oxford 2009; Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtman (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

- 154 Staatliche Verfassungsprinzipien sind vor allem in zweierlei Hinsicht von Bedeutung. Erstens ergeben sich aus ihnen Fragen, auf die auf der internationalen Ebene Antworten gefunden werden müssen. Zweitens bietet die Vielfalt möglicher Verständnisse Hinweise, die bei der Entwicklung von Lösungen dienlich sein können.
- 155 Robert Howse, Kalypso Nicolaïdis, »Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO Is a Step Too Far«, in: Roger B. Porter u. a., *Efficiency, Equity, and Legitimacy. The Multilateral Trading System at the Millennium*, Brookings Institution Press, Washington/DC 2001, S. 227-252; Armin von Bogdandy, »Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation«, in: *Kritische Justiz* 34 (2001), S. 264-281 und S. 425-441.
- 156 EuGH, »*Les Verts*« v. *European Parliament*, Rs. 294/83, Judgment of 23 April 1986, Slg. 1986, 01339, Rn. 23; EuGH, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, verb. Rs. C-402/05 P, C-415/05 P, Judgment of 3 September 2008, Slg. 2008, I-06351, Rn. 285, 290; Daniel Halberstam, Eric Stein, »The United Nations, the European Union and the King of Sweden. Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order«, in: *Common Market Law Review* 46 (2009), S. 13-72, hier S. 46-50; zur Sonderrolle des EuGH oben, I. C. 2.
- 157 EGMR, *Loizidou v. Turkey*, App. No. 15318/89, Judgment of 23 March 1995, Series A, No. 310, Rn. 75; Christian Walter, »Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999), S. 961-983; Christoph Grabenwarter, Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch*, 5. Aufl., C. H. Beck, München 2012, S. 6-7.



teramerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte.<sup>158</sup> Nicht überzeugend, wie sogleich zu zeigen sein wird, ist diese Zuschreibung jedoch insbesondere beim Berufungsgremium der WTO,<sup>159</sup> dem Internationalen Gerichtshof<sup>160</sup> und ICSID-Schiedsgerichten.

Könnten internationale Gerichte analog zu Verfassungsgerichten gedeutet werden, so ließe sich nicht allein die Entkoppelung von einer funktionstüchtigen Legislative rechtfertigen. Ein solches Verständnis legitimierte eine »kreative« und »expansive« Interpretation der Rechtsgrundlagen. Ein gutes Beispiel liefert der EGMR. Der Hinweis auf die Verfassungsnatur der Konvention bildet ein Schlüsselargument für eine wegweisende Innovation, die Bindung trotz (unvereinbaren) Vorbehalts.<sup>161</sup> Die verfassungsrechtliche Natur wird dabei nicht begründet, sondern als Axiom eingeführt. Ähnliches erfolgt in vermeintlich technischen Bereichen, etwa in der WTO-Rechtsprechung zum *zeroing*.<sup>162</sup>

Die konstitutionalistische Deutung internationaler Gerichte sei anhand der Debatte über die Konstitutionalisierung der europäischen Integration erörtert. In der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) galt als Konstitutionalisierung zunächst die Verrechtlichung der zwischenstaatlichen Beziehungen mittels Rechtsinstituten wie individualrechtlich gedeuteten Grundfreiheiten, unmittelbarer Wirksamkeit und Vorrang in den Händen eines aktiven Gerichtshofs.<sup>163</sup> Bereits unmittelbare Wirksamkeit

158 IAGMR, *Case of Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, Judgment of 26 September 2006, Series C, No. 154, Rn. 115-128; Christina Binder, »Auf dem Weg zum lateinamerikanischen Verfassungsgericht? Die Rechtsprechung des Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshofs im Bereich der Amnestien«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 71 (2011), S. 1-29.

159 Ernst-Ulrich Petersmann, »Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law in the 21st Century«, in: *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, Bd. 3, Nijhoff, Leiden 2011, S. 155-242; Robert Uerpman, »Internationales Verfassungsrecht«, in: *Juristenzeitung* 56 (2001), S. 565-573, hier S. 569.

160 IGH, *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, Advisory Opinion of 28 May 1948, I. C. J. Reports 1948, S. 57, Individual Opinion of M. Álvarez, S. 67-68.

161 EGMR, *Loizidou v. Turkey* (Anm. 157), Rn. 73-98.

162 Sungjoon Cho, »Constitutional Adjudication in the World Trade Organization«, in: *Jean Monnet Working Paper* (2008), verfügbar unter [centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/08/080401.pdf](http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/08/080401.pdf), letzter Zugriff 13.09.2012.

163 Ernst-Ulrich Petersmann, »Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungs-

und Vorrang sind im Völkerrecht, mit der partiellen Ausnahme des Interamerikanischen Gerichtshofs und Ansätzen im Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien,<sup>164</sup> nicht vorhanden. Eine intensive Debatte ergab zudem, dass dem ursprünglichen gemeinschaftsrechtlichen Konstitutionalisierungsbegriff ein unzulängliches Verständnis zugrunde lag.<sup>165</sup> Heute wird der verfassungsrechtliche Charakter des Primärrechts der Europäischen Union mit weit aufwendigeren Argumenten belegt.<sup>166</sup> Die entsprechende Qualifizierung stützt sich etwa darauf, dass dieses Primärrecht legislative, exekutive und judikative Hoheitsgewalt begründet, eine Normenhierarchie statuiert und Rechtsakte legitimiert, eine Bürgerschaft einrichtet und Grundrechte gewährt sowie das Verhältnis von Rechtsordnungen mittels Vorrang und unmittelbarer Wirksamkeit regelt. Insoweit ergeben sich in einem funktionalen Vergleich zahlreiche Übereinstimmungen zwischen dem Unionsprimärrecht und staatlichen Verfassungen, die die Zuschreibung eines verfassungsgerichtlichen Charakters an den EuGH tragen. Eine ähnliche Konstellation findet man auf der völkerrechtlichen Ebene derzeit nicht, und es ist auch nicht absehbar, dass sich Vergleichbares auf globaler Ebene entwickelt.

ordnung«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 65 (2005), S. 543-585; zur europäischen Entwicklung Joseph H. H. Weiler, »The Transformation of Europe«, in: *Yale Law Journal* 100 (1991), S. 2405-2483.

164 IAGMR, *Case of Barrios Altos*, Judgment of March 14, 2001. Series C, No. 75, Rn. 41-44; IAGMR, *Almonacid-Arellano* (Anm. 158), Rn. 105-114, 119; Binder, »Auf dem Weg zum lateinamerikanischen Verfassungsgericht?« (Anm. 158), S. 7-10; das ICTY hielt fest, dass Amnestiegesetze, die im Widerspruch zum Folterverbot stehen, auf internationaler Ebene keine Wirkung entfalten dürfen. Dies kann auch von internationalen Gerichten festgestellt werden. ICTY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Judgment of 10 December 1998 (IT-95-17/1-T), Rn. 153-155, dazu Antonio Cassese, »Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?«, in: ders., Mireille Delmas-Marty (Hg.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Presses Universitaires de France, Paris 2002, S. 13-29, hier S. 15-16.

165 Ausführlich Christoph Möllers, »Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung«, in: von Bogdandy/Bast (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (Anm. 121), S. 227-277; Isabelle Ley, »Kant versus Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 69 (2009), S. 317-345, hier S. 320-325.

166 Claudio Franzius, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, S. 29-86.

## b) Eine verfassungsergänzende Funktion?

Nun ließe sich der verfassungsrechtliche Charakter internationaler Gerichte damit begründen, dass ihr Prüfungsmaßstab in Rechtsakten liegt, die dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen sind.<sup>167</sup> Dies ist geradezu das Wesen völkerrechtlicher Verpflichtungen: *pacta sunt servanda* (Art. 26 WVK).<sup>168</sup> Zudem kann eine Vertragspartei sich nicht auf innerstaatliches Recht berufen, um eine Nichterfüllung zu rechtfertigen (Art. 27 WVK). Aufgrund der überaus engen Möglichkeiten, sich nach Art. 54 bis 72 WVK einseitig von einer Vertragspflicht zu befreien,<sup>169</sup> sieht sich der Gesetzgeber völkerrechtlich eingebunden. Darauf abstellend könnte sodann sämtliches Völkerrecht verfassungsrechtlich und jedes internationale Gericht verfassungsgerichtlich gedeutet werden.

Eine solche Umetikettierung des gesamten Völkerrechts erscheint jedoch wenig überzeugend.<sup>170</sup> Was wäre etwa mit der konstitutionalistischen Deutung des deutsch-niederländischen Grenzvertrags gewonnen? Die Ausdehnung und Verwässerung eines so wichtigen Begriffs wie desjenigen der Verfassung will gut bedacht sein.<sup>171</sup> Entsprechend grenzen Vertreter der Konstitutionalisierung zumeist den Kreis konstitutioneller Normen mit materiellen Kriterien ein: So definiert Anne Peters diesen Kreis als »the bulk of the most important norms which regulate political activity and rela-

167 Cruz Villalón, »Vergleich« (Anm. 149), S. 748-752, dort auch zur britischen Ausnahme.

168 Wegweisend Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Wien 1926, S. 12-33.

169 Eindrücklich IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), Judgment of 25 September 1997, I. C. J. Reports 1997, S. 7, Rn. 92-115; dazu Christina Binder, »Die Veränderung innerstaatlicher Verhältnisse als Nichterfüllungsgrund von völkerrechtlichen Vertragsverpflichtungen. Welche Rolle spielen demokratiepolitische und menschenrechtliche Erwägungen?«, in: *Archiv des Völkerrechts* 47 (2009), S. 187-219.

170 Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtman, »A Functional Approach to International Constitutionalization«, in: dies. (Hg.), *Ruling the World?* (Anm. 153), S. 3-35, hier S. 9-18.

171 Michael Wood, »Constitutionalization« of International Law. A Sceptical Voice«, in: Kaiyan H. Kaikobad, Michael Bohlander (Hg.), *International Law and Power. Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, Nijhoff, Leiden 2009, S. 85-97, hier S. 94.

tionships in the global polity«. <sup>172</sup> Dabei handelt es sich vor allem um Normen zur Friedensordnung, über den grundlegenden Status des Individuums gegenüber öffentlicher Gewalt sowie die Gründungsstatuten der wichtigsten internationalen Organisationen. <sup>173</sup> Dies ist ein mögliches Verständnis, das uns jedoch reduktionistisch erscheint, da es von der Funktion demokratischer Politisierung der Rechtsordnung absieht. <sup>174</sup> Die beschriebenen Phänomene, die ohne demokratische Politisierung auskommen, sollten eher als Phänomene der Verrechtlichung oder Institutionalisierung gedeutet werden. <sup>175</sup>

Doch selbst wenn man die konstitutionalistische Deutung einiger völkerrechtlicher Normen akzeptiert, ist die entsprechende Spruchfähigkeit internationaler Gerichte nicht sofort verfassungsgerichtlicher Natur. Als Charakteristikum der Verfassungsgerichtsbarkeit gilt seit *Marbury v. Madison* die gerichtliche Kontrolle des Gesetzgebers anhand der Verfassung mit der Befugnis, im Konfliktfall das parlamentarische Gesetz nicht anzuwenden. <sup>176</sup> Mit Blick auf die verfassungsgerichtliche Funktion internationaler Gerichte

172 Anne Peters, »Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures«, in: *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), S. 579-610, hier S. 582; übersichtlich zu Gegen Tendenzen Oliver Diggelmann, Tilmann Altwicker, »Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 68 (2008), S. 623-650.

173 Alfred Verdross, Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1984, S. 59-220; Bardo Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective*, Kluwer, Den Haag 1998.

174 Joseph H. H. Weiler, »Law, Culture, and Values in the WTO – Gazing into the Crystal Ball«, in: Daniel Bethlehem u. a. (Hg.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 749-772, hier S. 756.

175 Goldstein u. a., »Introduction« (Anm. 129); Stefan Oeter, »Chancen und Defizite internationaler Verrechtlichung: Was das Recht jenseits des Nationalstaates leisten kann«, in: Michael Zürn, Bernhard Zangl (Hg.), *Verrechtlichung – Baustein für Global Governance?*, Dietz, Bonn 2004, S. 46-73.

176 US SC, *Marbury v. Madison*, Decision of February 1803, 5 U. S. (1 Cranch), S. 137-180; siehe dazu aus vergleichender Perspektive Daniel Halberstam, »Constitutionalism and Pluralism in Marbury and Van Gend«, in: Miguel P. Maduro, Loïc Azoulay (Hg.), *The Past and the Future of EU Law*, Hart, Oxford 2010, S. 26-36.



ist festzustellen, dass kein internationales Gericht nach seinem Statut über die Befugnis verfügt, Akte des demokratischen Repräsentativorgans für unanwendbar oder gar nichtig zu erklären. Selbst der supranationale EuGH verfügt gemäß Art. 263 AEUV über diese Kompetenz allein für gesetzgeberische Akte der Union, nicht aber für solche des nationalen Gesetzgebers. Seine verfassungsgerichtliche Rolle für die Mitgliedstaaten beruht gemäß Art. 267 AEUV auf der Kooperation mit mitgliedstaatlichen Gerichten im Verfahren der Vorabentscheidung. Dies leitet auf eine weiterführende Spur.

Wenngleich keinem internationalen Gericht nach seinem Statut eine verfassungsgerichtliche Rolle zukommt, kann es sich doch durch eine entsprechende Rechtsprechungslinie schrittweise in eine entsprechende Rolle bringen. Wie erwähnt haben insbesondere der Interamerikanische Gerichtshof, der Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entsprechende Entscheidungen getroffen.<sup>177</sup> Diese Judikate sind jedoch nur der erste Schritt zu einer verfassungsgerichtlichen Rolle. Über Rang und Wirkungen völkerrechtlicher Normen und Urteile im internen Recht entscheidet das interne Recht, selbst unter sogenannten monistischen Systemen.<sup>178</sup> Danach bedarf die Entwicklung einer verfassungsgerichtlichen Funktion internationaler Gerichte, dass sie durch Organe der staatlichen Verfassungsordnung anerkannt wird.

Dieses dogmatische Argument stützen theoretische Überlegungen, die den hohen Legitimationsbedarf einer solchen konstitutionalistischen Entwicklung aufzeigen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die gerichtliche Verwerfung eines gesetzgeberischen Akts als außergewöhnliche Kompetenz zu verstehen ist. Zudem ist die Positionierung einer politischen Gemeinschaft in der Globalisierung – und um nichts anderes geht es bei der Festlegung der internen Wirkungen internationaler Entscheidungen – eine wichtige Fra-

177 Siehe Anm. 157-158, 164 in diesem Kapitel sowie Anm. 245 in Kapitel II. B. 3.

178 Vgl. nur die Debatte zu Art. 93 und 94 der niederländischen Verfassung (Grondwet); Leonard Besselink, »Niederlande«, in: von Bogdandy u. a. (Hg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I (Anm. 149), S. 327-388, hier S. 363-365; umfassend zur Wirkung internationaler Normen im nationalen Recht Evelyn Lagrange, »L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes«, in: *Recueil des cours* 356 (2012), S. 242-552.

ge. Es geht um Demokratie und das Selbstverständnis der in dem Verband zusammengeschlossenen Menschen. Daher sollte sich die Frage einer verfassungsgerichtlichen Funktion internationaler Gerichte nach Maßgabe der nationalen Verfassung entscheiden, sei es direkt durch entsprechende Bestimmungen, sei es indirekt mittels der Anerkennung durch die nationale Gerichtsbarkeit.

Die verfassungsgerichtliche Rolle des EuGH ist inzwischen in der Sache von den mitgliedstaatlichen Legislativen und von den Höchstgerichten aller EU-Mitgliedstaaten akzeptiert.<sup>179</sup> Eine ähnliche Bestätigung gibt es für kein internationales Gericht. Vielmehr ist die verfassungsgerichtliche Rolle für jede Verfassungsordnung gesondert zu prüfen. Eine entsprechende Untersuchung soll hier nicht geleistet werden. In einer Zusammenschau ergibt sich jedoch mit großer Deutlichkeit, dass die Zuschreibung einer verfassungsgerichtlichen Funktion nur für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und den Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte überzeugt. Beide Vertragssysteme sind in vielen Verfassungen just mit der Absicht verankert, wesentliche Verfassungsgehalte durch eine weitere Institution zu schützen. Auch findet die einschlägige Rechtsprechung der beiden Gerichte in der nationalen Rechtsprechung breite, wenngleich keineswegs unbedingte Akzeptanz.<sup>180</sup> Für alle anderen internationalen Gerichte erscheint hingegen die positivrechtliche Grundlage zu schwach, als dass die Zuschreibung einer verfassungsgerichtlichen Funktion und damit ein entsprechendes Rechtfertigungsnarrativ überzeugen könnten.

179 Die parlamentarische Akzeptanz findet sich in der Bestätigung des Acquis der Rechtsprechung im Rahmen der Ratifikation der diversen Änderungsverträge.

180 Zum europäischen System des Menschenrechtsschutzes die Beiträge in Helen Keller, Alec Stone Sweet (Hg.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford 2008; Grabenwarter/Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention* (Anm.157), S.15-23; zum interamerikanischen System des Menschenrechtsschutzes die Beiträge in Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi (Hg.), *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, 2 Bde., Universidad Nacional Autónoma de México, Mexiko 2010; Binder, »Auf dem Weg zum lateinamerikanischen Verfassungsgericht?« (Anm. 158), S. 17-29.

### *c) Interne Konstitutionalisierung internationaler Organisationen*

Anders stellt sich die Rolle internationaler Gerichte mit Blick auf internationale Organisationen dar, wenn sie deren öffentliche Gewalt begrenzen.<sup>181</sup> Hier werden nicht die staatlichen Rechtsordnungen überformt und demokratische Gesetzgeber kontrolliert. Es geht allein um die rechtliche Einbindung internationaler Bürokratien und ihre Ausrichtung an Prinzipien der liberalen Verfassungstradition, namentlich dem Prinzip der Achtung der Menschenrechte, dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung sowie Prinzipien rechtlicher und politischer Verantwortlichkeit.<sup>182</sup> Daher wird eine solche Hegung internationaler öffentlicher Gewalt auch mit dem Begriff der *internen* Konstitutionalisierung bezeichnet. Den Gerichten, internationalen wie staatlichen, kommt bei dieser Hegung erhebliche Bedeutung zu: Die Erfahrung lehrt, dass sich ohne gerichtliche Kontrolle entsprechende Rechtsprinzipien kaum entwickeln und Bürokratien ihnen kaum gehorchen. Insoweit messen die Vertreter der *internen* Konstitutionalisierung internationaler Organisationen Gerichten zumeist eine gewichtige Rolle zu. Derzeit fällt diese Aufgabe mehr staatlichen denn internationalen Gerichten zu.<sup>183</sup> Doch selbst wenn ein internationales Gericht in diesem Sinne einmal tätig wird, so trägt dies kaum die Zuschreibung einer verfassungsgerichtlichen Funktion, da es nicht

181 Zur Kontrolle internationaler Organisationen International Law Association, *Accountability of International Organisations, Final Conference Report Berlin 2004* ([www.ila-hq.org](http://www.ila-hq.org)), letzter Zugriff 14.08.2012; Jochen von Bernstorff, »Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations«, in: Armin von Bogdandy u. a. (Hg.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Springer, Heidelberg 2010, S. 775-818; Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Anm. 76), S. 65-108; Jan Klabbers, »Constitutionalism Lite«, in: *International Organizations Law Review* 1 (2004), S. 31-58.

182 Armin von Bogdandy, »General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field«, in: *German Law Journal* 9 (2008), S. 1909-1938.

183 Klassisch die Frage einer Rechtskontrolle des Sicherheitsrats, dazu Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart, Oxford 2004; zu den diversen Konstellationen August Reinisch (Hg.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford University Press, Oxford 2010.

demokratisch-parlamentarische Organe kontrolliert, sondern internationale Bürokratien. Diese gerichtliche Funktion versteht sich eher als Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Mit Ausnahme der beiden Menschenrechtsgerichtshöfe überzeugt es also nicht, auf internationale Gerichte Rechtfertigungsnarrative anzuwenden, die für die Verfassungsgerichtsbarkeit entwickelt wurden. Vergleichbarkeit besteht hingegen in der demokratischen Problematik. Internationale Gerichte teilen das Kernproblem der staatlichen Verfassungsgerichtsbarkeit, dass ihre Rechtsprechung dem normalen politischen Prozess entzogen ist. Dieses Problem verschärft sich bei ihnen, da ihre Legitimationsressourcen knapper sind, verfügen sie doch weder über eine verfassungsrechtliche Grundlage noch über eine parlamentarische Benennung der Richter noch über eine funktionstüchtige Öffentlichkeit.

### 3. Fragmentierung und demokratische Allgemeinheit

Ein weiteres spezifisches Problem der internationalen Gerichtsbarkeit beruht darauf, dass ihre Erstarkung eng verwoben ist mit Prozessen der Fragmentierung. Es ist bezeichnend, dass die Kollision des funktional zugeschnittenen ICTY mit dem IGH der Anlass der Fragmentierungsdebatte war.<sup>184</sup> Die Fragmentierung beeinträchtigt die demokratische Allgemeinheit und damit ein zentrales Element demokratischer Legitimation. Das Gebot der demokratischen Allgemeinheit verlangt nämlich nicht nur einen demokratischen Gesetzgeber.<sup>185</sup> Es erfordert zudem eine thematische Offenheit des demokratischen Prozesses, welche die mögliche Berücksichtigung aller Perspektiven erlaubt.<sup>186</sup> Dieses Erfordernis beruht letztlich auf

<sup>184</sup> Judge Gilbert Guillaume, *President of the International Court of Justice to the United Nations General Assembly*, 26 October 2000 ([www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)), letzter Zugriff 27.08.2012.

<sup>185</sup> Tobias Lieber, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 226-229. Mit besonderem Nachdruck Ingeborg Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1992, S. 202.

<sup>186</sup> Das Verständnis sektorieller Fragmentierung als Demokratieproblem geht zurück auf Jürgen Bast, »Das Demokratiedefizit fragmentierter Internationalisierung«, in: Hauke Brunkhorst (Hg.), *Demokratie in der Weltgesellschaft*, Nomos, Baden-Baden 2009, S. 185-193. Zum Erfordernis der Allgemeinheit im



einem Verständnis des Individuums als ganzem, multidimensionalen Menschen, der sich nicht in funktionale Logiken spalten lässt. Auf dieser Grundlage bedarf es Mechanismen der Willensbildung, in der konkurrierende Perspektiven verhandelt und zu einem Ausgleich gebracht werden können.<sup>187</sup> Dies wiederum impliziert Ergebnisoffenheit.

Im Lichte der demokratischen Allgemeinheit ist es daher problematisch, wenn eine funktional vorgegebene Perspektive, etwa der Investitionsschutz oder der Welthandel, von vornherein bestimmte Gesichtspunkte prioritär gewichtet und andere Belange unter »Ausnahmen« drängt. Ebenso problematisch ist es, wenn bestimmte Anliegen gar aus der Entscheidungsfindung ausgeschlossen sind, weil etwa Menschenrechte von einem Gericht nicht geprüft werden können.<sup>188</sup> Die sektorielle Vergerichtlichung und die in der Rechtsprechung eingelassene Perspektive des funktionalen Regimes beeinträchtigen so die demokratische Allgemeinheit. Zwar gibt es eine institutionelle Ausdifferenzierung fachlicher Aufgabenbereiche auch auf der staatlichen Ebene. Der demokratische Rechtsstaat verfügt aber über Institutionen, in denen divergierende Perspektiven zusammengeführt werden können, vor allem das Parlament und die Regierung. Im Gegensatz dazu gibt es auf der internationalen Ebene kaum entsprechende Institutionen für eine Verallgemeinerung von Perspektiven.<sup>189</sup> In jedem Regime herrscht eine spezifische Schwerpunktsetzung.<sup>190</sup>

Am ehesten könnte die VN-Generalversammlung eine Institution der Verallgemeinerung von Perspektiven sein, die Themen wie etwa Freihandel, ökologischen Schutz und soziale Gerechtigkeit verknüpft. Allerdings vermochte sie diese Dimension bislang

demokratischen Rechtsetzungsprozess siehe auch Möllers, *Gewaltengliederung* (Anm. 102), S. 31.

187 Andreas L. Paulus, »Subsidiarity, Fragmentation and Democracy. Towards the Demise of General International Law?«, in: Tomer Broude, Yuval Shany (Hg.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law. Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, Hart, Oxford 2008, S. 193-213, hier S. 210.

188 Bast, »Das Demokratiedefizit fragmentierter Internationalisierung« (Anm. 186), S. 188-189.

189 Ebd.

190 Martti Koskenniemi, Päivi Leino, »Fragmentation of International Law? Post-modern Anxieties«, in: *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), S. 553-579, hier S. 556-562.

kaum zu verwirklichen. Nicht zuletzt wegen der Schwerfälligkeit der Vereinten Nationen haben mächtige Akteure auf sektorielle, funktionell zugeschnittene Regime gesetzt.<sup>191</sup> Spezifische Anliegen können hier besser vorangebracht werden.<sup>192</sup> Auch starke nationale Interessengruppen haben ein Interesse an sektoriellen internationalen Regimen.<sup>193</sup> Im Ergebnis leidet die demokratische Allgemeinheit sowohl auf der nationalen wie internationalen Ebene unter der funktionalen Ausdifferenzierung.

## C. Ein Demokratiebegriff für internationale Gerichte

### 1. Problemstellung und Ansatz

Antworten auf die identifizierten Legitimationsprobleme internationaler Rechtsprechung bedürfen eines tragfähigen Demokratiebegriffs. Daran fehlt es bislang.<sup>194</sup> Es ist keineswegs klar, wie das demokratische Prinzip gegenüber internationalen Gerichten in Stellung gebracht werden kann oder was es von ihnen verlangen sollte. Manche Leserin wird zweifeln, ob ein demokratieorientiertes Grundverständnis überhaupt weiterführend wäre, und eher vermuten, dass dieser Ansatz in eine Sackgasse führen könnte. Daher muss nun ein Demokratiebegriff entwickelt werden, der eine sinnvolle Thematisierung der internationalen Gerichtsbarkeit erlaubt.

191 Zu diesem Befund auch von Bernstorff, »Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations« (Anm. 181).

192 Eyal Benvenisti, George W. Downs, »The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law«, in: *Stanford Law Review* 60 (2007-2008), S. 595-631.

193 Eyal Benvenisti, »Exit and Voice in the Age of Globalization«, in: *Michigan Law Review* 98 (1999-2000), S. 167-213.

194 Nützliche Ansätze bei Guy Canivet u. a. (Hg.), *Independence, Accountability, and the Judiciary*, British Institute of International and Comparative Law, London 2006; Andreas von Staden, »The Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review«, in: *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012), S. 1023-1049; Geir Ulfstein, »The International Judiciary«, in: Klabbers u. a., *The Constitutionalization of International Law* (Anm. 153), S. 126-152; Marlies Glasius, »Do International Criminal Courts Require Democratic Legitimacy?«, in: *European Journal of International Law* 23 (2012), S. 43-66.

Dafür bieten sich verschiedene Wege an. Man könnte sich kurzum einer der großen Demokratietheorien verschreiben.<sup>195</sup> Wir wollen hingegen von einer stärkeren, nämlich positivrechtlichen Grundlage ausgehen und entfalten das demokratische Prinzip für internationale Gerichte mit Hilfe der vier Artikel des EU-Vertrags im Titel II »Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze«. Sie enthalten die historisch wohl ersten rechtlichen Konkretisierungen des demokratischen Prinzips für Hoheitsträger jenseits des Staates. Um diese Bestimmungen zu entfalten, bedarf es natürlich der einschlägigen Theoriebildung. Gleichwohl macht es einen großen Unterschied, ob der Ausgangspunkt eines juristischen Arguments im positiven Recht oder nur in einem wissenschaftlichen Konstrukt liegt.

Um allen Missverständnissen vorzubeugen, sei betont, dass die Europäische Union, wie sie heute operiert, gewiss kein Exempel demokratischer Herrschaft bietet.<sup>196</sup> Wir finden in den Artikeln 9 bis 12 EUV aber eine plausible, da weder utopische noch apologetische<sup>197</sup> Demokratiekonzeption für Institutionen jenseits des Staates, gebaut mit den Begriffen Bürgerschaft (Art. 9), Repräsentation (Art. 10), Deliberation, Partizipation, Responsivität und Kontrolle (Art. 11) sowie Neuausrichtung des staatlichen Parlamentarismus (Art. 12). Diese Konzeption des EU-Vertrags ist von ebenso innovativem wie wegweisendem Gehalt auch für demokratische Legitimation jenseits der Europäischen Union.

Passt dieser Ansatz auf die internationale Gerichtsbarkeit? Viele Zweifel kommen auf. Er ist zunächst einmal offensichtlich europä-

195 Aus der reichen Debatte: Daniele Archibugi u. a. (Hg.), *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge 2011; Nico Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 264-276; Gráinne de Burca, »Developing Democracy beyond the State«, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 46 (2007-2008), S. 221-278; Peter Niesen (Hg.), *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*, Campus, Frankfurt 2012.

196 Yves Mény, »Can Europe Be Democratic? Is it Feasible? Is it Necessary? Is the Present Situation Sustainable?«, in: *Fordham International Law Journal* 34 (2011), S. 1287-1303, hier S. 1301-1303; Mario Monti, Sylvie Goulard, *La democrazia in Europa. Guardare lontano*, Rizzoli, Mailand 2012.

197 Zu diesem Anforderungsprofil an die Theoriebildung klassisch Fritz W. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Universitätsverlag, Konstanz 1970.

isch inspiriert.<sup>198</sup> Gewiss wäre es unhaltbar, anhand dieser Bestimmungen kurzerhand die Rechtmäßigkeit oder die Legitimität internationaler gerichtlicher Entscheidungen zu prüfen. Doch darum geht es nicht. Wir werden diese Bestimmungen nur als Anhaltspunkte nutzen, die zeigen, auf welche Aspekte zu achten ist, wenn man das demokratische Prinzip im internationalen Raum entfaltet. Es wird nicht das politische Modell der EU auf internationale Institutionen projiziert.<sup>199</sup>

Weiter mag der Ansatz »schief« erscheinen, weil die Artikel 9 bis 12 EUV den Europäischen Gerichtshof gar nicht ausdrücklich ansprechen. Artikel 9 EUV, die Schlüsselbestimmung des Titels, fasst den Demokratiebegriff jedoch nicht institutionenspezifisch, sondern allgemein, ähnlich wie das Grundgesetz (Art. 20 Abs. 2 GG). Offensichtlich genügte es den Vertragsgebern nicht, allein die politischen Organe unter das demokratische Prinzip zu stellen. Die Bestimmung bezieht sich auf das *gesamte* Handeln der Union und damit zwangsläufig auch auf Entscheidungen des EuGH. Dies entspricht der großen Tradition, der zufolge eben »alle Gewalt« demokratisch hergeleitet werden muss. Daher betreffen auch die anderen Artikel stets umfassend »die Organe« oder »die Arbeitsweise« der Union. Der Europäische Gerichtshof übt supranationale öffentliche Gewalt aus und sieht sich entsprechenden Legitimationserwartungen ausgesetzt, auf welche die Artikel 9 bis 12 EUV antworten.

Ein weiterer Einwand könnte lauten, dass die Artikel 9 bis 12 EUV spezifisch auf die *supranationale* Europäische Union ausgerichtet sind und deshalb für internationale Institutionen selbst als bloße Inspirationsquellen nicht taugen. In der Tat unterscheidet sich die supranationale öffentliche Gewalt des EuGH qualitativ von den internationalen Gerichten.<sup>200</sup> So ist er aufgrund seiner engen Verbindung mit der nationalen Gerichtsbarkeit (Art. 267 AEUV), seinen Sanktionsmöglichkeiten (Art. 260 AEUV) sowie seiner Einbettung in das übergreifende System der Europäischen Union weit mächtiger als internationale Gerichte. Doch dies schließt es nicht aus, den Demokratietitel des EU-Vertrags als Ausgangspunkt zu nehmen. Der gemeinsame Bezugspunkt liegt eben darin, dass der

198 Zu diesem Problem bereits oben, I. C. 3.

199 Vgl. José E. Alvarez, »The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences«, in: *Texas International Law Journal* 38 (2003), S. 405-444.

200 Näher bereits oben, I. C. 2.



supranationale EuGH wie die internationalen Gerichte öffentliche Gewalt ausüben. Damit besteht Vergleichbarkeit, denn jede Ausübung von öffentlicher Gewalt führt zur Frage nach ihrer demokratischen Grundlage. Gewiss wäre ein Vergleich irreführend, wenn wir zu dem Schluss gelangten, internationale Gerichtsbarkeit ließe sich nur in einem institutionellen Rahmen wie der Europäischen Union demokratisch legitimieren, aber dazu wird es nicht kommen.

Warum gehen wir aber überhaupt diesen »Umweg«, statt auf eine starke Demokratietheorie zu bauen? Wir wählen diese Route, weil diese Artikel des EU-Vertrags, anders als *jede* Theorie, einen positivrechtlichen Ansatz mit zudem *hohem demokratischem Gehalt* bieten. Diese Bestimmungen gehören zu den sichtbarsten Aussagen des Vertrags von Lissabon, der in allen mitgliedstaatlichen Parlamenten mit großen Mehrheiten ratifiziert wurde. Gerade ein juristischer Ansatz sollte daran nicht vorbeigehen, denn rechtswissenschaftliche Theoriebildung ist, dem Charakter der Jurisprudenz als praktischer Wissenschaft entsprechend, letztlich auf konsensfähige Ergebnisse ausgerichtet. Unsere Überzeugung ist, dass diese Bestimmungen ein einzigartiges Potenzial bieten, mit Blick auf internationale Gerichte konsensfähigen Entwicklungen den Weg zu weisen.

Die Zustimmung der großen Mehrheit der Unionsbürger ist deshalb so signifikant, weil kaum ein Punkt im europäischen Integrationsprozess so schwierig ist wie die demokratische Frage. Der Vertrag von Lissabon, der diese Bestimmungen in den EU-Vertrag einbrachte, ist die Frucht eines ebenso langen wie komplexen politischen Prozesses, eines überaus aufwendigen Verfahrens, intensiver öffentlicher Auseinandersetzungen und nicht zuletzt einer über zwanzig Jahre währenden Debatte zur europäischen Demokratie.<sup>201</sup> Selbst wenn die europäischen Parlamente natürlich nicht die Zu-

201 Frank Schimmelfennig, »Legitimate Rule in the European Union«, in: *Tübinger Arbeitspapiere zur Internationalen Politik und Friedensforschung* 27 (1996) ([tobias-lib.uni-tuebingen.de/volltexte/2000/150](http://tobias-lib.uni-tuebingen.de/volltexte/2000/150)), letzter Zugriff 06.II.2012; Hartmut Bauer u. a. (Hg.), *Demokratie in Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005; Beate Kohler-Koch, Berthold Rittberger (Hg.), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Rowman & Littlefield, Lanham 2007; Alexis von Komorowski, *Demokratieprinzip und Europäische Union. Staatsverfassungsrechtliche Anforderungen an die demokratische Legitimation der EG-Normsetzung*, Duncker & Humblot, Berlin 2010, S. 155-168.

stimmung anderer Parlamente ersetzen können, so lässt sich doch vermuten, dass diese Bestimmungen einen Demokratiebegriff enthalten, der über Europa hinaus Lösungen inspirieren könnte.

Eine vergleichende Rückschau erhärtet die Relevanz der europäischen Integrationserfahrung. Bis in die 1990er Jahre wurde vielfach vertreten, dass die EWG als supranationaler Herrschaftsträger keiner eigenen demokratischen Legitimation bedürfe,<sup>202</sup> ähnlich wie es heute bei den meisten Völkerrechtlern mit Blick auf internationale Institutionen der Fall ist. Die politische Forderung der europäischen Föderalisten nach einer europäischen Demokratie wurde keineswegs allgemein geteilt. Erst mit dem Binnenmarktprogramm Ende der 1980er Jahre änderte sich dies. Der Maastrichter Vertrag positiviert den Demokratiebegriff, spricht von seiner Maßgeblichkeit für die Union jedoch nur in der fünften Präambelerwägung. Aus Anlass der deutschen Ratifikation des Maastrichter Vertrags stellte das Bundesverfassungsgericht in seinem weit rezipierten Urteil dann fest, dass das demokratische Prinzip einen wesentlichen Maßstab zur rechtlichen Bewertung supranationaler Hoheitsausübung darstelle.<sup>203</sup> Einen großen weiteren Schritt geht der Amsterdamer Vertrag in Art. 6 EU und verpflichtet die Union insgesamt, also auch die europäische Gerichtsbarkeit, auf das Demokratieprinzip. Die Artikel 9 bis 12 EUV in der Lissaboner Fassung bilden dann den letzten Schritt, mit dem die europäische Demokratie Gestalt anzunehmen beginnt. In ihnen finden sich die wesentlichen Auffassungen wieder, und zwar nicht in einer leerformelhaften Kompromisslösung, sondern in einer weiterführenden Synthese, wie noch darzulegen ist. Diese Synthese war dann der Gegenstand überaus aufwendiger Verfahren: Vielfach bedurfte es in den Mitgliedstaaten verfassungsändernder Mehrheiten, um den Vertrag von Lissabon in Kraft zu setzen. Dies empfiehlt sie als Ausgangspunkt von Überlegungen, und wir werden zeigen, dass sie

202 Albrecht Randelzhofer, »Zum behaupteten Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft«, in: Peter Hommelhoff, Paul Kirchhof (Hg.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union. Beiträge und Diskussionen des Symposiums am 21./22. Januar 1994 in Heidelberg*, C.F. Müller, Heidelberg 1994, S. 39-55, hier S. 40-41.

203 BVerfG, *Maastricht* (Anm. 57); näher zum Maastricht-Urteil Franz C. Mayer, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra vires-Akte in Mehrebenensystemen*, C. H. Beck, München 2000, S. 98-120.

in der Tat wertvolle Hinweise geben, wie man das demokratische Prinzip für internationale Gerichte entfalten kann.

Für eine solche Verbindung spricht auch, dass die Debatte, die zu den Artikeln 9 bis 12 EUV geführt hat, als Teil der breiteren Debatte zur demokratischen Legitimation überstaatlicher Institutionen verstanden werden kann.<sup>204</sup> Diese Debatte gewann nach dem Fall der Berliner Mauer an Schwung, als zum einen die demokratische Verfasstheit nach Auffassung mancher zu einem allgemeinen Prinzip des Völkerrechts erstarkte<sup>205</sup> und zum anderen die Epoche der Globalisierung mit voller Wucht einsetzte, nicht zuletzt dank der internationalen Rechtsprechung. Im Zuge des Erstarkens internationaler Institutionen erodierte zunehmend die Überzeugung, dass deren Tätigkeit stets vollständig durch den Staatenkonsens getragen wurde. In dem Umfang, in dem sich globale Institutionen als politisch gestaltende Herrschaftsträger etablierten, kamen auch funktionalistische Legitimationsstrategien in Schwierigkeiten: Abstrakte Gemeinwohlziele rechtfertigen kaum konkrete Gestaltungsentscheidungen.<sup>206</sup>

Es gibt dabei eine wichtige Differenz zwischen den früheren und den heutigen Debatten. Die Vorschläge der 1920er Jahre, wie sie insbesondere im Rahmen des Völkerbundes formuliert wurden,<sup>207</sup>

204 Zur Debatte Markus Krajewski, »International Organizations or Institutions, Democratic Legitimacy«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 16); Thomas Christiano, »Democratic Legitimacy and International Institutions«, in: Samantha Besson, John Tasioulas (Hg.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 119-137.

205 Thomas M. Franck, »The Emerging Right to Democratic Governance«, in: *American Journal of International Law* 86 (1992), S. 46-91; Niels Petersen, *Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht*, Springer, Berlin 2009, S. 138; kritisch Martti Koskenniemi, »Legal Cosmopolitanism: Tom Franck's Messianic World«, in: *New York University Journal of International Law and Politics* 35 (2003), S. 471-486.

206 Ingo Venzke, »International Bureaucracies from a Political Science Perspective – Agency, Authority and International Institutional Law«, in: *German Law Journal* 9 (2008), S. 1401-1428, hier S. 1411-1412; Jan Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2009, S. 32.

207 Hans Wehberg, *Grundprobleme des Völkerbundes*, Hensel & Co., Berlin-Friedenau 1926, S. 83-84; Georges Scelle, *Une crise de la Société des Nations. La réforme du Conseil et l'entrée de l'Allemagne à Genève*, Les Presses Universitaires de France, Paris 1926, S. 137-163; Claudia Kissling, »Repräsentativ-parlamentari-

waren, ähnlich wie diejenigen der Euroföderalisten in den 1960er, 1970er und 1980er Jahren,<sup>208</sup> weniger darauf ausgerichtet, einem Legitimationsdefizit zu begegnen. Sie bezweckten vor allem die Entwicklung föderativer Strukturen. Die zeitgenössischen Vorschläge ergeben sich hingegen eher aus der Wahrnehmung eines bestehenden Legitimationsproblems. Insoweit steht die internationale Debatte ungefähr an dem Punkt, an dem sich die europäische Integration Ende der 1980er Jahre befand.<sup>209</sup> Es setzt sich die Einsicht durch, dass die demokratische Frage drängend wird, aber es besteht große Unsicherheit, wie überzeugende Antworten aussehen könnten.

Es erscheint, dies sei abschließend bemerkt, noch keineswegs sicher, dass die internationale Debatte letztlich unter dem Begriff der Demokratie geführt wird. Die verbreitete Skepsis gegenüber der Verwendung dieses anspruchsvollen Begriffs zeigt sich auch daran, dass vielfach der »schlankere« Begriff der Verantwortlichkeit (*accountability*) genutzt wird,<sup>210</sup> gerade mit Blick auf die internationale Gerichtsbarkeit.<sup>211</sup> Es geht bei diesem Begriff um ein neues Verständnis von rechtlicher und politischer Verantwortlichkeit.<sup>212</sup> Der Versuch, die Debatte über die Legitimation überstaatlicher Institutionen mit dem Begriff der Verantwortlichkeit zu führen, erklärt sich aus den vielen Schwierigkeiten des Demokratiebegriffs. Allerdings ist es nicht gelungen, sich vom Demokratiebegriff wirk-

sche Entwürfe globaler Demokratiegestaltung im Laufe der Zeit. Eine rechtspolitische Ideengeschichte«, in: *Forum Historiae Iuris* (2005), ([www.forhistiur.de/zitat/0502kissling.html](http://www.forhistiur.de/zitat/0502kissling.html)), letzter Zugriff 06.11.2012.

208 Siehe etwa Eberhard Grawbitz, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Appel, Hamburg 1966, insbesondere S. 103-104; Altiero Spinelli, *Una strategia per gli Stati uniti d'Europa*, Il Mulino, Bologna 1989, insbesondere S. 187-195.

209 Zu dessen Bedeutung Joseph H. H. Weiler, *The European Community in Change: Exit, Voice and Loyalty*, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken 1987, S. 21-22.

210 Mark Bovens u. a. (Hg.), *The Real World of EU Accountability. What Deficit?*, Oxford University Press, Oxford 2010.

211 Canivet u. a. (Hg.), *Independence, Accountability, and the Judiciary* (Anm. 194).

212 Deirdre Curtin, André Nollkaemper, »Conceptualizing Accountability in International and European Law«, in: *Netherlands Yearbook of International Law* 36 (2005), S. 3-20; Jens Steffek, »Accountability und politische Öffentlichkeit im Zeitalter des globalen Regierens«, in: Niesen (Hg.), *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie* (Anm. 195), S. 279-310.



lich zu lösen und den der Verantwortlichkeit zu verselbständigen.<sup>213</sup> Wir sind der Auffassung, dass es auf der Grundlage der Artikel 9 bis 12 EUV möglich ist, einen leistungsfähigen Demokratiebegriff zu bilden.<sup>214</sup> Daher verzichten wir darauf, mit dem Begriff der *accountability* als Grundbegriff zu arbeiten. Natürlich ist demokratisches Denken aufgeladener, voraussetzungsvoller und damit komplexer. Doch diesen Herausforderungen wollen wir nicht aus dem Wege gehen.

## 2. Grundelemente

### a) *Das demokratische Subjekt*

Ein Demokratiebegriff muss als Erstes das demokratische Subjekt bestimmen. Manche Autoren setzen bei dieser schwierigen Frage holistisch an und sehen ein einziges Kollektiv als das demokratische Subjekt, zumeist eine Nation oder ein Volk. Der gegenläufige Ansatz folgt dem individualistischen Paradigma, das bei den einzelnen Bürgern als demokratischen Subjekten ansetzt.<sup>215</sup> Da die Annahme eines europäischen Volkes oder einer europäischen Nation normativ und empirisch kaum überzeugt, ist Demokratie auf der supranationalen Ebene derzeit nur individualistisch zu denken. Entsprechend nutzt der EU-Vertrag den Begriff »Volk« nur für die Mitgliedstaaten, etwa in Art. 1 Abs. 2 EUV, und konzipiert die europäische Demokratie ohne ein europäisches Volk.

Der Titel zur europäischen Demokratie setzt mit Art. 9 EUV

<sup>213</sup> Prägnant in Ruth W. Grant, Robert O. Keohane, »Accountability and Abuses of Power in World Politics«, in: *American Political Science Review* 99 (2005), S. 29-43.

<sup>214</sup> Dies entspricht der Auffassung, demokratische Legitimation lasse sich nicht durch eines ihrer Momente, wie Verantwortung, deliberative Rechtfertigung, Transparenz oder Rechtsstaatlichkeit ersetzen, näher Jürgen Neyer, »Justice, Not Democracy. Legitimacy in the European Union«, in: Rainer Forst, Rainer Schmalz-Bruns (Hg.), *Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective*, ARENA, Oslo 2011, S. 13-35; Frank Nullmeier, Tanja Pritzlaff, »The Great Chain of Legitimacy. Justifying Transnational Democracy«, in: ebd., S. 43-62.

<sup>215</sup> Zu dieser Entgegensetzung Armin von Bogdandy, »Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law«, in: *European Journal of International Law* 15 (2004), S. 885-906, hier S. 890.

ein, der als Fluchtpunkt die Unionsbürgerschaft festlegt.<sup>216</sup> Der EU-Vertrag optiert damit für einen individualistischen bürgerrechtlichen Ansatz, der theoriegeschichtlich über Kant bis zu Hobbes zurückreicht.<sup>217</sup> Dies bestätigt die individuumszentrierte Grundrechtecharta, welche die Bürgerrechte als individuelle Rechte niederlegt. Dasselbe kann Art. 9 EUV entnommen werden, wonach den Bürgern »ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe [...] zuteil wird«. Zwar erscheint diese Formulierung paternalistisch und deplatziert. Sie könnte sich auch in der Verfassung von Saudi-Arabien oder des Vatikans finden und passt daher als solche nicht zum demokratischen Gedanken. Im Kontext interpretiert, betont diese Bestimmung aber das Prinzip bürgerschaftlicher Gleichheit als Abschlussfigur.<sup>218</sup>

Die Unionsbürgerschaft hat in den letzten zwanzig Jahren eine gewaltige Entwicklung genommen. Dies war ihr nicht in die Wiege gelegt. Eine anfangs verbreitete Skepsis bringt ihre berühmte Qualifizierung als »cynical exercise in public relations« zum Ausdruck.<sup>219</sup> Eine Reihe von Autoren hat sich jedoch alsbald um ihre progressive Konkretisierung verdient gemacht.<sup>220</sup> Der EuGH nahm

<sup>216</sup> Art. 9 EUV lautet: »Die Union achtet in ihrem gesamten Handeln den Grundsatz der Gleichheit ihrer Bürgerinnen und Bürger, denen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union zuteil wird. Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt sie aber nicht.«

<sup>217</sup> Norberto Bobbio, *Das Zeitalter der Menschenrechte. Ist Toleranz durchsetzbar?*, Wagenbachs Taschenbuch, Berlin 1998, S. 50-55.

<sup>218</sup> Näher zu diesem Prinzip: Samantha Besson, »Das Menschenrecht auf Demokratie – Eine moralische Verteidigung mit einer rechtlichen Nuance«, in: Gret Haller u. a. (Hg.), *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie?*, Campus, Frankfurt/M. 2011, S. 61-102, hier S. 72. Zum Stand der Debatte Matthias Ruffert, Art. 9 EUV, in: Christian Callies, ders. (Hg.), *EUV/AEUV Kommentar*, 4. Aufl., C. H. Beck, München 2011, Rn. 24 m. w. N.; Christoph Schönberger, in: Eberhard Grabitz u. a. (Hg.), *Das Recht der Europäischen Union. Kommentar*, Bd. 1, C. H. Beck, München, Stand: Oktober 2011.

<sup>219</sup> Joseph H. H. Weiler, »Citizenship and Human Rights«, in: Jan A. Winter u. a. (Hg.), *Reforming the Treaty on European Union*, Kluwer, Den Haag 1996, S. 57-86, hier S. 68.

<sup>220</sup> Vgl. nur Josephine Shaw, »Citizenship of the Union: Towards Post-National Membership?«, in: *Collected Courses of the Academy of European Law* 6 (1995),

diese Ansätze auf und erklärte 2001 die Unionsbürgerschaft zu einem grundlegenden Status.<sup>221</sup> Inzwischen entnimmt er ihr einen Kern von Rechten, die gegenüber jeder öffentlichen Gewalt im europäischen Rechtsraum gelten.<sup>222</sup> Diese Rechtsprechung arbeitet also an der Sichtbarkeit und Relevanz des Rechtsinstituts, das den Fluchtpunkt des europäischen Demokratiebegriffs bildet.<sup>223</sup>

Was kann dieser europäischen Entwicklung für internationale Gerichte entnommen werden? Der Demokratiebegriff des Artikels 9 EUV bestärkt zunächst einmal Konzeptionen für die internationale Ebene, welche ebenfalls ohne ein neues Volk oder eine neue Nation auskommen und stattdessen auf eine kosmopolitische oder transnationale Bürgerschaft setzen.<sup>224</sup> Wir beziehen dabei eine transnationale Bürgerschaft auf Organisationen mit einem beschränkten Mitgliederkreis und eine kosmopolitische Bürgerschaft auf Institutionen globaler Reichweite.

Der Leser mag diesen Schritt mitgehen und die Idee einer transnationalen oder gar kosmopolitischen Bürgerschaft als theoretisch solide und mehrheitsfähig sehen, aber gleichwohl fragen, ob der Begriff *rechtswissenschaftlich* taugt, also zur Begleitung von Rechtsinterpretation, Rechtschöpfung, Rechtssystematisierung oder Rechtskritik. Unzweifelhaft gibt es eine transnationale oder gar kosmopolitische Bürgerschaft nicht als positive Rechtsinstitute des Völkerrechts. Es wäre jedoch allzu positivistisch, allein deshalb diesen Begriff aus dem Bereich rechtlichen Denkens zu verbannen und

S. 237-347, hier S. 297-346; Carlos Closa, »Citizenship of the Union and Nationality of Member States«, in: *Common Market Law Review* 32 (1995), S. 487-518.

221 EuGH, *Grzelczyk*, Rs. C-184/99, Judgment of 20 September 2001, Slg. 2001, I-6193, Rn. 31.

222 EuGH, *Ruiz Zambrano*, Rs. C-34/09, Judgment of 8 March 2011, Slg. 2011, I-0000, Rn. 42.

223 Dies zeigen auch Art. 10 Abs. 2, Art. 14 Abs. 2 EUV. Jelena von Achenbach, »Theoretische Aspekte des dualen Konzepts demokratischer Legitimation für die Europäische Union«, in: Silja Vöneky u. a. (Hg.), *Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht. Interdisziplinäre Untersuchungen*, Springer, Berlin 2009, S. 191-208.

224 Anne Peters, »Dual Democracy«, in: Klabbers u. a., *The Constitutionalization of International Law* (Anm. 153), S. 263-341, hier S. 297-302; Utz Schliesky, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, S. 689-690; Rainer Forst, »Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie: Zur Überwindung von drei Dogmen der politischen Theorie«, in: Niesen (Hg.), *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie* (Anm. 195), S. 29-48, hier S. 42-46.

ganz der politischen Theorie zu überlassen. So haben Hans Peter Ipsen und Gert Nicolaysen bereits in den 1960er Jahren ebenfalls ohne explizite rechtliche Grundlage mit der Marktbürgerschaft einen einflussreichen juristischen Begriff geprägt.<sup>225</sup> Diese Bürgerschaft knüpft an individuelle Rechte aus überstaatlichen Rechtsquellen an, die gegen staatliche oder überstaatliche Hoheitsträger durchgesetzt werden können.

Unter diesem Blickwinkel gibt es rechtliche Anhaltspunkte für transnationale oder kosmopolitische Konzeptionen, zumindest für einige internationale Gerichte.<sup>226</sup> Zu denken ist an den EGMR und den Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte, die über die Einhaltung internationaler Menschenrechte auf Beschwerde Einzelner wachen. Weiter kommen internationale Schiedsgerichte in den Blick. Aber auch zwischenstaatliche Streitigkeiten lassen sich in der Perspektive betroffener Bürger deuten, etwa die WTO-Streitbeilegung.<sup>227</sup> Und selbst für Gerichte wie den IGH ist zumindest in einigen Tätigkeitsbereichen eine menschenrechtliche Deutung möglich.<sup>228</sup> Viele rechtswissenschaftliche Ansätze unterbreiten Rekonstruktionen des Völkerrechts, welche die Menschenrechte sogar in den Mittelpunkt stellen.<sup>229</sup> Schon Hersch Lauterpacht sah die internationale Gerichtsbarkeit in diesem Lichte.<sup>230</sup> Christian Tomuschat deutet gar den Staat insgesamt als Agen-

225 Hans P. Ipsen, Gert Nicolaysen, »Haager Konferenz für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts«, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 18 (1964), S. 339-344, hier S. 340-341; vgl. auch die bahnbrechende Studie von Eberhard Grabitz, *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, Europa Union Verlag, Köln 1970.

226 Näher Anne Peters, »Das subjektive internationale Recht«, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 59 (2011), S. 411-456.

227 Zur Frage der Individualrechte siehe WTO, *United States – Section 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, Panel Report of 22 December 1999, Rn. 7.72.

228 Zuletzt IGH, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012. Näher Bruno Simma, »Human Rights before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?«, in: Holger P. Hestermeyer u. a. (Hg.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Nijhoff, Leiden 2012, S. 577-603, hier S. 590-598.

229 Antônio A. Cançado Trindade, »International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (I)«, in: *Recueil des cours* 316 (2005), S. 9-439, hier S. 252-317.

230 Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Stevens & Sons, London 1950, S. 56-60.



ten der Menschenrechte.<sup>231</sup> Selbst Vertreter eines staatszentrierten Völkerrechts können nicht bestreiten, dass das heutige Völkerrecht Normen kennt, die Kants *ius cosmopolitanum*<sup>232</sup> nicht nur verwirklichen, sondern gar übertreffen.<sup>233</sup> Der Gedanke einer transnationalen oder gar kosmopolitischen Bürgerschaft ist kein Hirngespinnst, sondern im Rechtsmaterial angelegt.

Nun verfißt gewiss nicht jeder menschenrechtliche Ansatz zugleich eine transnationale oder gar kosmopolitische Bürgerschaft.<sup>234</sup> Viele menschenrechtliche Konzeptionen sind primär schutzorientiert: Es werden individuelle Freiheitssphären gegen Hoheitsmacht verteidigt. Die Dimension zu schützender Rechte ist auch für einen transnationalen oder kosmopolitischen Ansatz fundamental, dies bezeugt bereits der Kantische Ursprung.<sup>235</sup> Man sollte jedoch, Habermas' Kritik an Ipsens *Marktbürger* folgend, die *politische* Dimension als dem Bürgerbegriff wesentlich ansehen.<sup>236</sup> Diesem Verständnis folgt der Titel V der EU-Grundrechte-Charta, der Titel zu den Bürgerrechten.

Ein transnationaler oder kosmopolitischer Ansatz weist danach einen über die abwehrrechtliche Dimension hinausgehenden Gehalt auf, da er den einzelnen Rechtsträger auch als politisches Subjekt gegenüber internationalen Institutionen begreift. Es geht um seine Rolle bei der Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt, nicht nur um Schutz vor ihr. Selbst für die politische Dimension

231 Christian Tomuschat, »International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law«, in: *Receuil des cours* 281 (1999), S. 9-438, hier S. 161-162.

232 Immanuel Kant, »Zum ewigen Frieden. Ein Philosophischer Entwurf«, in: Karl Vorländer (Hg.), *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie. Ethik und Politik*, Felix Meiner, Hamburg 1964 [1795], S. 115-169, hier S. 125-150. Näher Jörg P. Müller, *Perspektiven der Demokratie. Vom Nationalmythos Wilhelm Tell zur Welt-sicht Immanuel Kants*, Stämpfli, Bern 2012, S. 130-148.

233 Allerdings ist das internationale Gastrecht weiterhin eng umschrieben, es gibt gerade kein globales Recht der Freizügigkeit. Die vielen Migranten, die im Mittelmeer ertrinken, bezeugen dies tragisch. Siehe Bas Schotel, *On the Right of Exclusion: Law, Ethics and Immigration Policy*, Routledge, London 2012.

234 Gret Haller, »Einführung«, in: dies. u. a. (Hg.), *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa* (Anm. 218), S. 11-44, hier S. 23; Peters, »Dual Democracy« (Anm. 224), S. 300.

235 Kant, »Zum ewigen Frieden« (Anm. 232), S. 135-139.

236 Jürgen Habermas, *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1998, S. 91, 142.

gibt es aber positivrechtliche Ansätze: Zahlreiche Menschenrechte haben politischen Gehalt, etwa die Meinungsfreiheit, die Versammlungsfreiheit, die Wahlfreiheit (Art. 19, 21, 25 IPbürg), und gute Gründe sprechen dafür, dass jede öffentliche Gewalt, auch jene internationaler Institutionen, an diese Menschenrechte gebunden ist.<sup>237</sup> Es sollte etwa außer Frage stehen, dass die Meinungsfreiheit (Art. 19 IPbürg) die kritische Auseinandersetzung mit Entscheidungen internationaler Gerichte schützt, und damit zugleich eine deliberierende Öffentlichkeit.

Ist es aber überzeugend, eine Bürgerschaft ohne rechtlich definierte Gruppe und direktes Wahlrecht zu konzipieren? Auf diese schwerwiegende Nachfrage antworten wir, dass man föderale Bürgerschaftskonzeptionen<sup>238</sup> wie die Unionsbürgerschaft eben von transnationalen oder kosmopolitischen Konzeptionen unterscheiden sollte. Die europäische Entwicklung bestätigt diese Unterscheidung, denn für die frühe Gemeinschaft kommt nur eine Bürgerschaft im letzteren Sinne in Betracht, die dort mit Erfolg eingeführt wurde. Es sollte zudem mit Blick auf globale Formen demokratischer Politisierung offen vorgegangen werden. Daher erscheint es uns wenig überzeugend, Bürgerschaft als rechtliche Kategorie von der positivrechtlichen Begründung einer Gemeinschaft oder einem direkten Wahlrecht zu einem internationalen Parlament abhängig zu machen.<sup>239</sup> Es ist für die internationale Ebene offener, nach Mechanismen wirksamer politischer Inklusion zu suchen. Wir gelangen so zu dem Schluss, dass es derzeit zwar keine transnationale oder gar kosmopolitische Bürgerschaft als Institute des internationalen Rechts gibt, dass das Völkerrecht aber eine Reihe von Elementen aufweist, die es erlauben, völkerrechtliche Bestimmungen, dem Hinweis in Art. 9 EUV folgend, im Lichte einer transnationalen oder kosmopolitischen Bürgerschaft zu deuten.

237 International Law Association, *Accountability of International Organisations, Final Report*, 2004 ([www.ila-hq.org](http://www.ila-hq.org)), letzter Zugriff 20.10.2012.

238 Christoph Schönberger, »European Citizenship as Federal Citizenship«, in: *Revue européenne de droit public* 19 (2007), S. 61-81.

239 Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Belknap Press, Cambridge/Massachusetts 2009, S. 321-337; Forst, »Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie« (Anm. 224), S. 44-46; Peters, »Dual Democracy« (Anm. 224), S. 300; ähnlich Thomas Groß, »Postnationale Demokratie – Gibt es ein Menschenrecht auf transnationale Selbstbestimmung?«, in: *Rechtswissenschaft* 2 (2011), S. 125-153, hier S. 135-143.

Nun laufen solche Überlegungen stets Gefahr, als Utopie oder als lebensleere juristische Konstruktionen oder Kitsch ohne hinreichenden *reality check* begriffen zu werden.<sup>240</sup> Jedoch findet sich kosmopolitisches Denken keineswegs allein in der politischen Theorie und der Rechtswissenschaft. Der Politikwissenschaftler Michael Zürn unterscheidet vier Modelle kosmopolitisch ausgerichteter globaler Ordnung: den kosmopolitischen Intergouvernementalismus, den kosmopolitischen Pluralismus, den kosmopolitischen Föderalismus und die soziale kosmopolitische Demokratie.<sup>241</sup> Gemeinsam sind allen Modellen die normativen Prinzipien der Zentralität des Einzelnen, der prinzipiellen Gleichheit aller Menschen und eine Idee globaler Solidarität. Die ersten beiden Punkte sollten rechtlich im Lichte der Menschenrechtspakte als gesichert gelten. Kritisch ist vor allem der letzte Punkt, doch auch er ist als Prinzip des Völkerrechts vielfach anerkannt.<sup>242</sup>

Auf der Prinzipienebene sind danach die wesentlichen Elemente eines positivrechtlichen Kosmopolitismus bereits vorhanden. Die Probleme liegen bei der institutionellen Umsetzung, und genau an diesem Punkt unterscheiden sich die Modelle. Das intergouvernementale Modell kosmopolitischer Ordnung sieht die empirischen Voraussetzungen demokratischer Ordnung allein in Nationalstaaten gegeben. Der kosmopolitische Pluralismus konzipiert Mehrebenensysteme ohne institutionellen Ankerpunkt, Demokratie soll sich mittels Deliberativität realisieren.<sup>243</sup> Der kosmopolitische Föderalismus propagiert hingegen Formen supranationaler Institutionalisierung, die in der Europäischen Union ein Beispiel finden. Das Modell einer sozialen kosmopolitischen Demokratie zielt zudem auf eine globale Umverteilung unter der Idee distributiver Gerechtigkeit. Wie immer man diese Typik einschätzt, sie zeigt,

240 Martti Koskenniemi, »International Law in Europe: Between Tradition and Renewal«, in: *European Journal of International Law* 16 (2005), S. 113-124.

241 Michael Zürn, »Vier Modelle einer globalen Ordnung in kosmopolitischer Absicht«, in: *Politische Vierteljahresschrift* 52 (2011), S. 78-118.

242 Näher Rüdiger Wolfrum, »Concluding Remarks«, in: ders., Chie Kojima (Hg.), *Solidarity: A Structural Principle of International Law*, Springer, Heidelberg 2010, S. 225-228, hier S. 226.

243 In diesem Sinne Peters, »Dual Democracy« (Anm. 224), S. 297-302; vgl. auch Mattias Kumm, »The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State«, in: Dunoff/Trachtman (Hg.), *Ruling the World?* (Anm. 153), S. 258-324.

dass der Kosmopolitismus keineswegs starke Formen der Institutionalisierung verlangt.

Der Kosmopolitismus eröffnet leistungsfähige Rekonstruktionen der Mechanismen von Global Governance und kann auf entgegenkommende Tendenzen bauen. Dazu zählt, wie Zürn im Einzelnen darlegt, dass kosmopolitische Ausrichtungen in den Wahrnehmungshorizonten und Dispositionen großer Teile der Weltbevölkerung anzutreffen sind. Kosmopolitische Ansätze sind danach theoretisch und empirisch, normativ und analytisch gehaltvoll. Wir fügen hinzu, dass ein transnationaler und auch ein kosmopolitischer Ansatz im positiven Recht so viele Anhaltspunkte findet, dass er als Folie rechtswissenschaftlicher Rekonstruktion und Kritik taugt.

Insgesamt erscheint es also möglich und weiterführend, dem Art. 9 EUV zugrunde liegenden Ansatz zu folgen und die Entscheidungsmacht internationaler Gerichte aus der bürgerschaftlichen Perspektive juristisch zu thematisieren. Sie kann gerichtliche Rechtserzeugungsprozesse inspirieren und dogmatische Rekonstruktion ausrichten.<sup>244</sup> Für Rechtfertigungsdiskurse zu internationalen Entscheidungen ist festzuhalten, dass sie nicht allein, vielleicht nicht einmal in erster Linie, mit Blick auf das abstrakte Völkerrechtssubjekt *Staat* erfolgen sollten, sondern mit Blick auf den letztlich betroffenen *Einzelnen*. Dieser Einzelne ist dabei nicht nur als Inhaber von Abwehrpositionen zu begreifen, sondern auch als politisches Subjekt, als Bürger.<sup>245</sup>

244 Wohlgedacht: Der Übergang von der Theorie zur dogmatischen Konstruktion ist voraussetzungsvoll und kann nur spezifisch für jedes Rechtsregime erfolgen, also unter Berücksichtigung etwa der jeweiligen Bestimmungen der Klagebefugnis, der gerichtlichen Kompetenzen und des materiellen Prüfprogramms; vgl. hierzu bereits oben, I. C. 1. und 2.

245 Skeptiker mögen bedenken, dass die Weigerung, diesen Schritt vom Rechtssubjekt zum Bürger zu tun, den Fehler der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs wiederholt, welche die demokratischen Kräfte verkannte; dazu Johannes Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 1997, S. 66-67.



## b) *Duale demokratische Legitimation*

Die bürgerschaftliche Orientierung negiert keineswegs die Rolle der Staaten, die über ihre Regierungen die wichtigsten gestaltenden Subjekte des Völkerrechts bilden. Eine solche Folgerung widerspräche nicht nur dem geltenden Recht,<sup>246</sup> sondern auch einer recht verstandenen transnationalen oder kosmopolitischen Bürgerschaft, die auf *duale* Legitimation abzielen sollte. Genau dies ist nämlich eine weitere Kernaussage des zweiten Titels des EU-Vertrags: Demokratische Legitimation hat in der EU eine *duale Struktur*, ausgehend von den Unionsbürgern *und* den mitgliedstaatlich verfassten Völkern.<sup>247</sup>

Dies zeigt sich bereits im Bürgerschaftsbegriff von Art. 9 EUV. Der EU-Vertrag begründet eine Unionsbürgerschaft, die jedoch nicht originär ist, sondern zur Staatsbürgerschaft hinzutritt. Art. 10 EUV führt diesen dualen Ansatz aus, indem er zwei Stränge demokratischer Repräsentation niederlegt.<sup>248</sup> Die demokratische Legitimation der EU ist also nicht isoliert auf der supranationalen Ebene zu erschließen, sondern nur im Gesamtkontext der verbundenen Institutionen, der oft als Mehrebenensystem oder Verbund bezeichnet wird.

Diese duale Struktur erschließt einen weiteren wichtigen Unterschied zwischen einem Demokratiebegriff für Institutionen jenseits des Staates und vielen gängigen Demokratiebegriffen. Letztere stellen oft die Idee der Herrschaft der (einfachen) Mehrheit in den

246 Kate Parlett, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, S. 372.

247 Zum Modell dualer Legitimation siehe die Beiträge von Stefan Oeter, »Föderalismus und Demokratie«, in: von Bogdandy/Bast (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht* (Anm. 121), S. 73-120, hier S. 92-96, und Dann, »Die politischen Organe« (Anm. 122). Das Gegenmodell in neuer Form bei Stefan Haack, »Demokratie mit Zukunft?«, in: *Juristenzeitung* 67 (2012), S. 753-762, hier S. 756-761.

248 Art. 10 Abs. 2 EUV lautet: »Die Bürgerinnen und Bürger sind auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten. Die Mitgliedstaaten werden im Europäischen Rat von ihrem jeweiligen Staats- oder Regierungschef und im Rat von ihrer jeweiligen Regierung vertreten, die ihrerseits in demokratischer Weise gegenüber ihrem nationalen Parlament oder gegenüber ihren Bürgerinnen und Bürgern Rechenschaft ablegen müssen.«

Mittelpunkt und begreifen Demokratie als Kampf konkurrierender Parteien um diese Macht.<sup>249</sup> Eine duale Legitimationsstruktur lässt eine solche Mehrheitsherrschaft nur eingeschränkt zu, so dass die Idee der Mehrheitsherrschaft nicht das Schlüsselmerkmal bilden kann. Man wird Demokratie jenseits des Staates daher eher als Konkordanz- denn als Konkurrenzdemokratie denken müssen.<sup>250</sup> Diese konsensuale Orientierung begründet sich demokratietheoretisch weiter daraus, dass Demokratie jenseits des Staates großer sozialer, politischer und kultureller Vielfalt gerecht werden muss.

Überträgt man dieses Verständnis auf die internationale Ebene, so ist die demokratische Legitimation internationaler Institutionen auf den demokratischen Mechanismen ihrer Mitglieder aufzubauen.<sup>251</sup> Hegten frühe Euroföderalisten und Verfechter eines globalen Parlamentarismus die Hoffnung, dass überstaatliche Parlamente wie bundesstaatliche Parlamente die wesentliche Last demokratischer Legitimation tragen könnten, so hat sich inzwischen die Einsicht durchgesetzt, dass die in staatlichen Verfassungsordnungen organisierten demokratischen Verfahren eine Errungenschaft bilden, deren Qualität überstaatlich auf absehbare Zeit kaum reproduzierbar ist.<sup>252</sup> Die Legitimation internationaler öffentlicher Gewalt sollte daher an bestehende Legitimationswege des demokratischen Rechtsstaates anknüpfen und diese durch eigenständige Legitimationsgründe *ergänzen*.<sup>253</sup> Dies begegnet der Sorge Kants, eine potenziell despotische globale Zentralmacht könnte die Vielfalt der Lebensformen ersticken.<sup>254</sup> Für internationale Gerichte be-

249 Eindrucksvoll Christoph Schönberger, »Die Europäische Union zwischen ›Demokratiedefizit‹ und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts«, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 535-558, hier S. 544-548.

250 Zu diesen Typen Manfred G. Schmidt, *Demokratietheorien. Eine Einführung*, 4. Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, S. 306-318.

251 Peters, »Dual Democracy« (Anm. 224), S. 271-296.

252 So selbst Jürgen Habermas, »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«, in: ders., *Der gespaltene Westen. Kleine Politische Schriften X*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2004, S. 113-193, hier S. 140.

253 Jürgen Habermas, »Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft«, in: Winfried Brugger u. a. (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2008, S. 360-379, hier S. 362.

254 Kant, »Zum ewigen Frieden« (Anm. 232), S. 128-129.

deutet dies eine intrinsische Abhängigkeit von staatlich generierter Legitimation, was deren Interpretationsarbeit durchaus anleiten kann, etwa mit Rechtsinstituten wie dem *margin of appreciation* oder der Subsidiarität.<sup>255</sup>

### c) *Das wesentliche Anliegen*

Die Artikel 9 bis 12 EUV enthalten weiter einen Hinweis auf das wesentliche Anliegen des demokratischen Prinzips. Man kann dieses *Warum* dahingehend zusammenfassen, dass die Verträge diverse Wege der politischen *Inklusion* in einer grundrechtsschützenden und gewaltenteilenden Organisation vorzeichnen. Es ist eine solche Inklusion, die die öffentliche Gewalt der europäischen Institutionen demokratisch rechtfertigt.

Art. 9 EUV bestimmt Demokratie nicht als Selbstbestimmung. In der Tat kann ein demokratisch gehaltvoller Selbstbestimmungsgedanke, recht betrachtet, nur zur Konstatierung von Demokratieunfähigkeit supranationaler wie internationaler Institutionen führen.<sup>256</sup> Man könnte zwar die Union so verstehen, dass sie die Europäer vor amerikanischer, chinesischer oder russischer Fremdbestimmung schützt; dies ist der ursprüngliche Sinn des völkerrechtlichen Begriffs der Selbstbestimmung. Dieses schwache Verständnis genügt dem zeitgenössischen Demokratiebegriff jedoch nicht.<sup>257</sup> Der Gedanke der Selbstbestimmung kann dann entweder im Sinne *individueller* Selbstbestimmung verstanden werden, was angesichts der realen politischen Prozesse aber eine durchschnittliche Vorstellungskraft übersteigt. Weiter kann man Demokratie als *kollektive* Selbstbestimmung deuten. In einem Nationalstaat, der auf die kollektive Identität seiner Bürger setzt, mag das überzeugen. Ein solches Verständnis trägt jedoch nicht auf der europäischen Ebene, weil es just ein solches Kollektiv, ein solches »Wir« nicht gibt.

Ein aussichtsreicher Demokratiebegriff für supra- wie in-

255 Dazu näher unten, IV. C. 3. a).

256 Anders aber Möllers, *Gewaltengliederung* (Anm. 102), S. 28-39; Habermas, *Faktizität und Geltung* (Anm. 88), S. 118, 383-398.

257 Zu den Entwicklungen Anne Peters, *Das Gebietsreferendum im Völkerrecht*, Nomos, Baden-Baden 1995, S. 387-458; Daniel Thürer, Thomas Burri, »Self-Determination«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 16).

ternationale Institutionen bedarf eines weniger emphatischen Verständnisses. Wieder geben die Artikel 9 bis 12 EUV Hinweise. Als wesentliche Elemente bieten sich an: Bürgerschaft unter dem Prinzip der Gleichheit, Repräsentation, Transparenz, Partizipation, Deliberation und Responsivität sowie entsprechende Kontrollmechanismen,<sup>258</sup> wofür der Begriff der Inklusion einen Fluchtpunkt bietet.<sup>259</sup> Solch eine Inklusion kann nun auf zwei Wegen erfolgen: zum einen über Mechanismen, welche die Bürger kollektiv einbeziehen, dies ist der etablierte, auf Wahlen aufbauende Weg (3.), und zum anderen über Mechanismen, die spezifische Entscheidungsverfahren einzelnen Bürgern öffnen (4.). Gerichte können in ein solches Demokratieverständnis weit konstruktiver eingebaut werden als in Modelle, die der Idee politischer Selbstbestimmung verpflichtet sind.

### 3. Die Rolle repräsentativer Institutionen

Das demokratische Prinzip verlangt demokratische Repräsentation.<sup>260</sup> In der Inklusionsperspektive gebietet sich dies schon deshalb, weil allgemeine Wahlen die Partizipationsform mit der geringsten Zugangshürde bilden. Sie sind am wenigsten sozial selektiv.<sup>261</sup> Demokratische Repräsentation ist auch für supranationale öffentliche Gewalt legitimationstheoretisch unentbehrlich. Das ist nach zwanzig Jahren Diskussion die Schlüsselaussage von Art. 10 Abs. 1 EUV.<sup>262</sup> Was bedeutet aber diese Einsicht für die demokratische Legitimation internationaler Gerichte?

258 Für entsprechende Konzeptionalisierungen in der Demokratietheorie Schmidt, *Demokratiethorien* (Anm. 250), S. 418-420; Christoph Möllers, »Expressive versus repräsentative Demokratie«, in: Regina Kreide, Andreas Niederberger (Hg.), *Transnationale Verrechtlichung. Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik*, Campus, Frankfurt/M. 2008, S. 160-182.

259 Jürgen Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp, Berlin 2011, S. 50; vgl. weiter auch die Nachweise in Anm. 239.

260 In neuem Zugriff Beatrice Brunhöber, *Die Erfindung »demokratischer Repräsentation« in den Federalist Papers*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, S. 114-188.

261 Pascale Cancik, »Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie«, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 72 (2013), S. 268-353, hier S. 316-317.

262 Art. 10 Abs. 1 EUV lautet: »Die Arbeitsweise der Union beruht auf der repräsentativen Demokratie.«



Die Geschichte des Begriffs der Repräsentation ist komplex.<sup>263</sup> Es kann aber als gesichert gelten, dass Gerichte nicht als Institutionen demokratischer Repräsentation verstanden werden sollten, selbst wenn Richter durch Wahlen in ihr Amt gelangen, bei politischem Vertrauensverlust nicht wiedergewählt werden, ihre Entscheidungen politische Dimensionen aufweisen und sie gesellschaftliche Überzeugungen und Interessen berücksichtigen sollten.<sup>264</sup> Der Gedanke demokratischer Repräsentation ist seit den *Federalist Papers* untrennbar mit parlamentarischen Gremien verbunden,<sup>265</sup> die unter der Logik politischer Verantwortlichkeit handeln.

Selbst wenn Gerichte keine Institutionen der demokratischen Repräsentation darstellen, muss sich diese Studie gleichwohl mit den Fragen der Repräsentation befassen. Dies gebietet die zentrale Rolle, die im staatlichen Kontext repräsentative Institutionen für die demokratische Legitimation von Gerichten haben, indem sie sie einrichten, finanzieren, besetzen und das anzuwendende Recht erlassen.<sup>266</sup> Dies lässt vermuten, dass auch internationale Gerichte demokratischer Legitimation bedürfen, die repräsentative Institutionen vermitteln. Dies bestätigt Art. 10 EUV, wonach die Arbeitsweise der Union *insgesamt*, also auch diejenige des EuGH, auf dem Gedanken der demokratischen Repräsentation beruht. Dies ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern von erheblicher praktischer Bedeutung. Man denke nur an die Wahl der Richter oder die Rolle, welche Entschließungen internationaler Organisationen in gerichtlichen Begründungen spielen.

263 Hasso Hofmann, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, 4. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 2003, S. 1-28.

264 Emmanuelle Jouannet, »Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales: la consolidation d'un tiers pouvoir international?«, in: Hélène Ruiz Fabri, Jean-Marc Sorel (Hg.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Pedone, Paris 2010, S. 271-302, hier S. 283-290.

265 Adalbert Podlech, »Repräsentation«, in: Otto Brunner u. a. (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, Klett-Cotta, Stuttgart 2004, S. 509-547, hier S. 522-531.

266 Andreas Voßkuhle, *Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, C. H. Beck, München 1993, S. 47-50, 63-64; vgl. rechtsvergleichend Anja Seibert-Fohr (Hg.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, Heidelberg 2012.

Art. 10 EUV enthält innovative Aussagen zur demokratischen Repräsentation. So ergeben sich, entsprechend dem Grundgedanken der dualen Legitimation, aus Wahlen zwei Legitimationsstränge zu strukturell unterschiedlichen Repräsentationsorganen: zum einen das direkt auf den Unionsbürgern fußende Europäische Parlament,<sup>267</sup> zum anderen Rat und Europäischer Rat, deren Legitimation auf den demokratisch verfassten mitgliedstaatlichen Völkern aufruht. Dabei besteht ein deutliches Übergewicht bei dem Legitimationsstrang, der über die nationalen Parlamente führt, wie sich insbesondere aus Art. 48 EUV sowie der Präponderanz des Rates und des Europäischen Rates in den Entscheidungsverfahren ergibt.

Art. 10 Abs. 2 EUV entwickelt das Repräsentationsprinzip substantiell weiter. Es ist konzeptionell ein großer Schritt, ein transnationales, *kein* Volk repräsentierendes Parlament als demokratisches Repräsentationsorgan der Bürger zu begreifen.<sup>268</sup> Genauso wichtig erscheint es, dass Art. 10 Abs. 2 EUV gubernative Organe wie den Europäischen Rat und den Rat ebenfalls als demokratische Repräsentationsorgane qualifiziert. In den nationalen Verfassungsräumen gilt die demokratische Qualität gubernativer Entscheidungen nämlich als problematisch. Selbst bundesstaatliche Verfassungen sprechen dem Vertretungsorgan der gliedstaatlichen Regierungen kaum demokratische Bedeutung zu,<sup>269</sup> da sie von einem unitarisch konzipierten Bundesvolk ausgehen. Der europäische Exekutivföderalismus<sup>270</sup> hat hingegen demokratische Eigenständigkeit. Manche mögen dies als Selbstlegitimierung jener Exekutiven deuten, die letztlich die Formulierung des EU-Vertrags bestimmten. Uns jedoch scheint, dass diese führende Rolle der Regierungen eine der wichtigsten Entwicklungen nach dem Zweiten Weltkrieg ist. Ihr ist maßgeblich die Stabilisierung der demokratischen Regierungsform zu verdanken.<sup>271</sup>

267 Zur anderen Ansicht BVerfG, *Lissabon* (Anm. 57), Rn. 284; dagegen Schönberger, »Die Europäische Union zwischen ›Demokratiedefizit‹ und Bundesstaatsverbot« (Anm. 249), S. 548-550.

268 Dazu bereits näher oben, III. C. 2. b).

269 Alexander Hanebeck, *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot, Berlin 2004, S. 199-205, 279-282, 312-313.

270 Zum Exekutivföderalismus Dann, »Die politischen Organe« (Anm. 122) und Oeter, »Föderalismus und Demokratie« (Anm. 247).

271 Rechtsvergleichend von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung* (Anm. 132).

Überträgt man diese Überlegungen auf die internationale Ebene, so bestätigen sie zunächst traditionelle Auffassungen zur demokratischen Legitimation internationaler Gerichte. Ihre Einrichtung und inhaltliche Steuerung beruhen auf einem völkerrechtlichen Vertrag, der seine demokratische Legitimation aus dem innerstaatlichen, regelmäßig parlamentarischen Ratifikationsverfahren schöpft.<sup>272</sup> Wir stellen die demokratische Bedeutung dieser parlamentarischen Zustimmung nicht in Frage, zeigen jedoch, dass ihre Legitimationskraft Grenzen kennt, die es bei dem heutigen Entwicklungsstand vieler internationaler Gerichte angeraten erscheinen lässt, weitere Legitimationsquellen zu erschließen.<sup>273</sup>

Nun gibt es parlamentarische Institutionen nicht nur auf der staatlichen, sondern auch auf der supranationalen und internationalen Ebene. Es fragt sich, ob solche Institutionen analog der Logik von Art. 10 EUV als Organe demokratischer Repräsentation verstanden werden können und internationale Gerichte zu stützen vermögen. Vor dem Hintergrund von Art. 10 EUV zeichnen sich potenziell repräsentative Organe in internationalen Organisationen ab. Bereits diese Tatsache sowie Bestrebungen des Ausbaus zeigen, dass der Gedanke internationaler demokratischer Repräsentation lebendig und wirkmächtig ist.

Das Anliegen einer Parlamentarisierung des internationalen Raums hat eine ehrwürdige Tradition.<sup>274</sup> Die bislang eindrücklichste Form überstaatlicher Parlamentarisierung findet sich im Europäischen Parlament, das Art. 10 Abs. 2 EUV explizit als Bürgerversammlung konzipiert und bezeichnet. Vorschläge, ähnliche Institutionen auf internationaler Ebene zu verwirklichen, gibt es durchaus.<sup>275</sup> Ein für internationale Gerichte relevantes Aufgabenprofil einer solchen Einrichtung beschreibt etwa Jürgen Habermas. Die im Lichte eines

272 Eine Ausnahme bilden die per Sicherheitsratsresolution errichteten VN-Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda, siehe UNSC, Resolution 827 of 25 May 1993, UN Doc. S/RES/827 (1993) und UNSC, Resolution 955 of 8 November 1994, UN Doc. S/RES/955 (1994).

273 Ausführlich oben, III. B. 1.

274 Wehberg, *Grundprobleme des Völkerbundes* (Anm. 207), S. 83-84; Kissling, »Repräsentativ-parlamentarische Entwürfe globaler Demokratiegestaltung im Laufe der Zeit« (Anm. 207).

275 Richard Falk, Andrew Strauss, »On the Creation of a Global Peoples Assembly: Legitimacy and the Power of Popular Sovereignty«, in: *Stanford Journal of International Law* 36 (2000), S. 191-220.

globalen Parlamentarismus reformierte VN-Generalversammlung soll zuständig sein »für die Interpretation und Fortentwicklung der politischen Verfassung der Weltgesellschaft und daher für den normativen Rahmen von beidem [...], sowohl der Friedens- und Menschenrechtspolitik wie der Weltinnenpolitik«. <sup>276</sup> Sie soll die Gerechtigkeitsparameter justieren, in deren Rahmen völkerrechtliche Verhandlungen ausgetragen werden. <sup>277</sup> Sollte es einmal zu solchen parlamentarischen Institutionen kommen, darf man erwarten, dass sie mit Mechanismen etabliert werden, welche die in ihnen generierte demokratische Legitimation an internationale Gerichte weitergeben. Das jedoch ist Zukunftsmusik.

Daneben gibt es parlamentarische Institutionen, die sich aus Repräsentanten der mitgliedstaatlichen Parlamente zusammensetzen. Die Interparlamentarische Union (IPU) bildet ein erstes Beispiel, ein universelles Parlament der Parlamente. <sup>278</sup> Sektorale Beispiele finden sich in der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, im Parlament des MERCOSUR, im Panafrikanischen Parlament der Afrikanischen Union, in der interparlamentarischen Versammlung der ASEAN oder in den parlamentarischen Versammlungen der NATO und der OSZE. <sup>279</sup> Wie ist der demokratische Gehalt solcher Institutionen einzuschätzen, die nicht direkt gewählt sind, den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit nicht respektieren, oft nur über überaus schmale Kompetenzen verfügen und dem breiten Publikum unbekannt sind?

Derartige Fragen führen in ein offenes Feld. Einleitend kann man festhalten, dass die direkte Wahl nicht als notwendiges Kriterium formuliert werden sollte. <sup>280</sup> Dies ergibt sich aus der Geschichte

276 Habermas, »Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft« (Anm. 253), S. 369.

277 Ebd., S. 376.

278 Felix Arndt, »International Parliamentary Assemblies«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 16), Rn. 5-10; Scelle, *Une crise de la Société des Nations* (Anm. 207), S. 137-147.

279 Vgl. Markus Krajewski, »Legitimizing Global Economic Governance through Transnational Parliamentarization: The Parliamentary Dimensions of the WTO and the World Bank«, in: *TranState Working Papers* 136 (2010) ([econstor.eu/dspace/handle/10419/41583](http://econstor.eu/dspace/handle/10419/41583)), letzter Zugriff 22.11.2012; Isabelle Ley, »Zur Politisierung des Völkerrechts: Parlamentarische Versammlungen im Außenverhältnis«, in: *Archiv des Völkerrechts* 50 (2012), S. 191-217.

280 So jedoch Joseph H. H. Weiler, »European Democracy and Its Critics: Polity



der demokratischen Repräsentation<sup>281</sup> und aus der gegenwärtigen Struktur transnationaler Öffentlichkeiten. Die in staatlichen Verfassungsordnungen organisierten demokratischen Prozesse sind auf internationaler Ebene nur schwer zu reproduzieren.<sup>282</sup> Positivrechtlich bestätigt Art. 10 Abs. 2 EUV ein Verständnis, das die demokratische Legitimation nicht an der fehlenden Unmittelbarkeit der Wahl scheitern lässt, da nach dieser Norm sogar die gubernativ strukturierten Organe wie der Europäische Rat und der Rat als Institutionen demokratischer Repräsentation gelten. Die prinzipielle Gleichheit der Bürger lässt es dabei durchaus zu, dass ihre Stimmen unterschiedlich schwer wiegen.<sup>283</sup> Wenn die europäischen Völker gubernativ besetzte Gremien als Institutionen demokratischer Repräsentation ansehen, so kann man kaum behaupten, dass parlamentarisch ausgerichtete Institutionen nicht als solche gelten können.

An dieser Stelle drohen die Überlegungen apologetischen Charakter anzunehmen. Denn nach den obigen Ausführungen könnte nun die gubernativ verfasste Global Governance als dem demokratischen Prinzip genügend erscheinen. Die Sorgen vieler um das Schicksal der Demokratie in der Globalisierung wären, so betrachtet, Hirngespinnste.<sup>284</sup> Ein solches Demokratieverständnis würde kaum noch eine normative Projektion aufweisen, ja es würde das Prinzip wohl verraten.

Konzeptionell kann man hier einen Weg zwischen Utopie und Anpassung gehen, indem man den weiten Repräsentationsbegriff, wie ihn Art. 10 Abs. 2 EUV nahelegt, mit partizipatorischen und deliberativen Momenten qualifiziert.<sup>285</sup> Deren Bedeutung wird in-

and System«, in: ders., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, S. 264-285, hier S. 266.

281 Vgl. dazu Hofmann, *Repräsentation* (Anm. 263).

282 Habermas, »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?« (Anm. 252), S. 137-142.

283 Schönberger, »Die Europäische Union zwischen ›Demokratiedefizit‹ und Bundesstaatsverbot« (Anm. 249).

284 Jean-Marie Guéhenno, *Das Ende der Demokratie*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1996.

285 Ausführlich Schmidt, *Demokratietheorien* (Anm. 250), S. 236-253; Peters, »Dual Democracy« (Anm. 3224), S. 268-271. Früh zum Erfordernis der Deliberation Edmund Burke, »Speech in the House of Commons against Pitt's Proposal for a Committee to Consider Parliamentary Reform«, in: David Horn, Mary Ran-

zwischen allgemein anerkannt, nicht als Ersatz, sondern als Ergänzung der demokratischen Repräsentation.<sup>286</sup> Diesen Schritt bestätigt Titel II des EU-Vertrags. Art. 11 EUV setzt auf die Förderung öffentlicher Debatten und offene, transparente, regelmäßige Dialoge zwischen Institutionen und Bürgern.<sup>287</sup> Diese Kriterien können so verstanden werden, dass Institutionen, die nur mittelbar durch Wahlen legitimiert sind, sich eigene demokratische Legitimation erarbeiten können, *wenn* sie partizipatorisch und dialogisch verfahren.

Dies kann relevant werden etwa für die Richterwahl oder den Erlass von Sekundärrecht und *soft law*, auf das Gerichte Bezug nehmen können. Ein internationales Gericht, das seine Entscheidung mit einem *Soft-law*-Akt rechtfertigt, muss den maßgeblichen Willensbildungsprozess prüfen.<sup>288</sup> Dieser Schritt verlangt nichts Ungewöhnliches: In fast jedem Verfassungsstaat muss heute ein Gericht untersuchen, ob das anzuwendende Recht dem Verfahren der Verfassung genügt. Allerdings sind die Verfahren internationaler Organisationen hierfür noch nicht dogmatisch aufgearbeitet.<sup>289</sup> Wichtige Indikatoren für die demokratische Qualität sind eben

some (Hg.), *English Historical Documents 1714-1783*, Bd. 10, Routledge, London 1957, S. 225-227.

286 Habermas, »Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft« (Anm. 253), S. 362; Udo Di Fabio, »Der neue Art. 23 des Grundgesetzes – Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?«, in: *Der Staat* 32 (1993) S. 191-217. Vgl. auch die Prominenz des Diskursbegriffs im Lissabonurteil des BVerfG (Anm. 57), S. 280, 320-321, 358, 419.

287 Art. 11 Abs. 1 und 2 EUV lauten: »(1) Die Organe geben den Bürgerinnen und Bürgern und den repräsentativen Verbänden in geeigneter Weise die Möglichkeit, ihre Ansichten in allen Bereichen des Handelns der Union öffentlich bekannt zu geben und auszutauschen. (2) Die Organe pflegen einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog mit den repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft.«

288 Ein entsprechendes Demokratieverständnis wird von Amartya Sen mit Nachdruck vertreten, *The Idea of Justice* (Anm. 239), S. 87-113. Konkret mit Blick auf internationale Gerichte Robert Howse, »A New Device for Creating International Legal Normativity: The WTO Technical Barriers to Trade Agreement and ›International Standards‹«, in: Christian Joerges, Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Hart, Oxford 2006, S. 383-395, hier S. 393-394.

289 Zum Verfahrensrecht: von Bernstorff, »Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations« (Anm. 181).

Transparenz, Öffentlichkeit und Deliberativität eines Prozesses oder die Partizipation von Nichtregierungsorganisationen.<sup>290</sup> Die demokratische Repräsentationsfunktion ist also nicht bereits mit der Einrichtung des internationalen parlamentarischen Organs gegeben, sondern hängt an der Qualität seiner Arbeit, sie ist *zu erarbeiten*. Unsere Kapitel zur Richterwahl sowie zur richterlichen Entscheidung werden diese Überlegungen konkretisieren.

#### 4. Grundlagen gerichtsgenerierter demokratischer Legitimation

Politische Repräsentation ist unerlässlich, erschöpft aber nicht den demokratischen Gedanken. Entsprechend enthält Art. II EUV weitere Vorgaben, die sich als eine deliberative und partizipatorische Erweiterung verstehen lassen. Transparenz, Betroffenenbeteiligung und Dialog, die Eckpunkte von Art. II EUV, sind für die internationale Gerichtsbarkeit von besonderer Wichtigkeit, weil sie Strategien benennen, mit denen Gerichte sich eigene demokratische Legitimation erarbeiten können.<sup>291</sup> Wichtig ist festzuhalten, dass diese Strategien demokratische Legitimation nur *vertiefen*, jedoch repräsentative Institutionen *nicht ersetzen* können.

Einen ersten Komplex bildet die Transparenz hoheitlichen Handelns, seine Verständlichkeit und die Zuordnung von Verantwortung. Das europäische Verfassungsrecht gebietet bereits in Art. I Abs. 2 EUV, Entscheidungen »möglichst offen«, also transparent, zu treffen. Die demokratische Bedeutung der Transparenz unterstreicht Art. II Abs. 1 und 2 EUV.<sup>292</sup> Die Formulierung ist, wie die in Art. 9 und Art. 10 Abs. 1 EUV, nicht institutionenspezifisch und umfasst daher gerichtliches Handeln.

Dies lässt es angeraten erscheinen, etwa das richterliche Verfahren im Lichte der Transparenz zu würdigen. Aber auch eine transparente Begründung bietet eine Strategie, mit der ein Gericht

290 Peters, »Dual Democracy« (Anm. 224), S. 315-318.

291 Martin Nettesheim, Art. II EUV, in: Grabitz u. a. (Hg.), *Das Recht der Europäischen Union* (Anm. 218), Rn. 5; näher Joana Mendes, »Participation and the Role of Law after Lisbon: A Legal View on Article II TEU«, in: *Common Market Law Review* 48 (2011), S. 1849-1877.

292 Vgl. zur Bedeutung der Transparenz EuGH, *Sweden v. Commission*, Rs. C-64/05 P, Judgment of 18 December 2007, Slg. 2007, I-11389, Rn. 54, 64.

sich eigene demokratische Legitimation erarbeiten kann. Denn eine solche Begründung ermöglicht es, dass sich wissenschaftliche und allgemeine Öffentlichkeiten besser zu einer gerichtlichen Entscheidung verhalten können.<sup>293</sup> Unter Art. II EUV ist eine deliberierende Öffentlichkeit, die sich mit hoheitlichen Entscheidungen auseinandersetzt, ein Anliegen des europäischen Demokratiekonzepts. Auf internationale Gerichte übertragen, bedeutet dies, dass gerichtliche Entscheidungen solche Öffentlichkeiten stärken können. Von besonderer Bedeutung sind die Darlegung der prinzipiellen Argumente, der tatsächlichen Annahmen und der erstrebten Zielzustände. Dies schließt eine gewisse Offenheit hinsichtlich der genauen dogmatischen Begründung und der Anwendung in künftigen Konstellationen nicht aus. Vielmehr erlaubt solche Offenheit, dass die weitere Rechtsprechung in Reaktion auf den entsprechenden Diskurs entwickelt wird, also demokratisch responsiv ist.<sup>294</sup>

Einen zweiten Komplex bilden Formen politischer Beteiligung jenseits von Wahlen. Dabei sind Bürgerinitiativen, -befragungen und -entscheide für die Gerichte kaum einschlägig. Wichtiger ist die Beteiligung Betroffener und Interessierter in Entscheidungsverfahren. Die Forschung zeigt, dass dies, insbesondere wenn mit deliberativen Momenten angereichert, dem demokratischen Prinzip dienen kann.<sup>295</sup> Art. II Abs. 2 EUV beruht auf diesem Verständnis. Im gerichtlichen Verfahren kommen insbesondere ein entsprechender Dialog des Gerichts mit den Parteien, die Beteiligung Dritter sowie die Zulassung von *Amici-curiae*-Eingaben in Betracht, um die demokratische Legitimation zu stärken.

Wie aber kann man das gerichtliche Verfahren demokratisch deuten, ohne auf der einen Seite das Entscheidungsmonopol der Richter, auf der anderen einen qualifizierten Begriff von Demokratie, der *Mitentscheidung* verlangt, in Frage zu stellen? Einen ersten Weg bildet die Partizipation der Streitparteien an der diskursiven Bearbeitung eines Falls. Diese kooperative Bearbeitung der Streit-

293 Milan Kuhli, Klaus Günther, »Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals«, in: von Bogdandy/Venzke (Hg.), *International Judicial Lawmaking* (Anm. 93), S. 365-385.

294 Näher unten, IV. C. I. c).

295 Beate Kohler-Koch, »The Organization of Interests and Democracy«, in: dies./Rittberger (Hg.), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union* (Anm. 201), S. 255-271.



frage beschränkt sich nicht auf Sachfragen oder Beweismittel, sondern erstreckt sich auch auf Rechtsfragen. Entsprechend ist das Gericht in seiner Begründung angehalten, sich mit den eingebrachten Argumenten auseinanderzusetzen.

Die offene Diskussion von Interessen und Positionen belebt die Demokratie, da sie die demokratische Öffentlichkeit und die soziale Integration speist. Daran kann eine gerichtliche Entscheidung teilnehmen und sich Legitimation erarbeiten, soweit sie in einen öffentlichen Diskurs eingebunden ist.<sup>296</sup> Dies verlangt allerdings, dass die Gerichte diese Diskurse als relevant erachten und in ihre Willensbildung einfließen lassen. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Beteiligung von Nichtregierungsorganisationen als zivilgesellschaftliche Akteure an Bedeutung. Sie können die Partizipation von Bürgern an überstaatlichen Prozessen vermitteln.<sup>297</sup> Es ist kein Grund ersichtlich, warum dies nicht auch für gerichtliche Verfahren gelten soll, natürlich unter Berücksichtigung von deren Spezifika.

Ein weiterer Weg, auf dem sich Gerichte demokratische Legitimation erarbeiten können, ist die Schaffung und Förderung deliberativer Prozesse. Ein wesentliches Anliegen unseres Ansatzes besteht darin, die heutige internationale Gerichtsbarkeit im Kontext globalen Regierens zu deuten und sie in den Gesamtzusammenhang demokratischer Politik einzubetten. Der Erfolg vieler internationaler Gerichte führt, so unsere Kernauffassung, zum Erfordernis einer begleitenden internationalen Politisierung. Wenn es internationalen Gerichten nun gelingt, eine solche Politisierung zu fördern, so können sie damit eine eigene demokratische Legitimation erarbeiten.

Gewiss birgt nicht jede Form der Politisierung demokratische

296 John Rawls, »The Idea of Public Reason Revisited«, in: *University of Chicago Law Review* 64 (1997), S. 765-807; Quoc L. Hong, »Constitutional Review in the Mega-Leviathan: A Democratic Foundation for the European Court of Justice«, in: *European Law Journal* 16 (2010), S. 695-716.

297 Natürlich gibt es hier zahlreiche Probleme, näher unten, IV. B. 2. Zur begrifflichen Ebene Jochen von Bernstorff, »Zivilgesellschaftliche Partizipation in Internationalen Organisationen: Form globaler Demokratie oder Baustein westlicher Experten herrschaft?«, in: Brunkhorst (Hg.), *Demokratie in der Weltgesellschaft* (Anm. 186), S. 277-302; Michael Zürn, »Internationale Institutionen und nichtstaatliche Akteure in der Global Governance«, in: ders., Matthias Ecker-Ehrhardt (Hg.), *Gesellschaftliche Politisierung und internationale Institutionen*, Suhrkamp, Berlin 2013 (im Erscheinen).

Legitimation. Ein rechtlich und institutionell ungehegter Kampf um Macht hat keine demokratische Qualität.<sup>298</sup> Doch wenn die Interessenverfolgung in rechtlichen Bahnen erfolgt, die demokratische Anforderungen institutionalisieren, kann ein Rechtfertigungszusammenhang entstehen. Dies geschieht auf nationaler Ebene vor allem durch parlamentarische Verfahren. Auf internationaler Ebene sind andere Foren denkbar, in denen eine solche legitimationsgenerierende Politisierung stattfinden kann. Zu denken ist an eine Politisierung in multilateralen, rechtlich konstruierten Räumen, in denen politische Akteure ihre Interessen und Überzeugungen einbringen und multilateral gehegt einer Entscheidung zuführen. In diesen Räumen sind die Machtasymmetrien gemildert, was dem demokratischen Ideal bürgerschaftlicher Gleichheit dient.<sup>299</sup>

Abschließend sei überlegt, ob die Akzeptanz, die ein Gericht für seine Entscheidungen tatsächlich gewinnt, als eine weitere Stütze seiner demokratischen Legitimation gewertet werden sollte. Manche Stimmen tendieren in diese Richtung.<sup>300</sup> Akzeptanz ist aber eine soziologische, keine normative Kategorie.<sup>301</sup> Der Begriff beschreibt zumeist die Bereitschaft eines Rechtssubjekts, eine Norm in ihrer Verbindlichkeit für das eigene Verhalten anzuerkennen, das Gegenteil ist die Ablehnung. Akzeptanz in diesem Sinne ist unerlässlich für *jede* Rechtsordnung, sei sie autokratisch oder demokratisch.<sup>302</sup>

298 Max Weber, »Wissenschaft als Beruf« (Anm. 6), S. 159-160.

299 Näher unten, IV. C. 3. Vgl. aber auch die Bedenken von Benvenisti/Downs, »The Empire's New Clothes« (Anm. 192); Nicole Deitelhoff, »(Is) Fair Enough? Legitimation internationalen Regierens durch deliberative Verfahren«, in: Niesen (Hg.), *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie* (Anm. 195), S. 103-130, hier S. 112-117.

300 Karin Oellers-Frahm, »Lawmaking through Advisory Opinions«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1033-1055, hier S. 1054; Binder, »Auf dem Weg zum lateinamerikanischen Verfassungsgericht?« (Anm. 158), S. 29; Tullio Treves, »Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals«, in: Rüdiger Wolfrum, Volker Röben (Hg.), *Legitimacy in International Law*, Springer, Berlin 2008, S. 169-201.

301 So auch, in Abgrenzung zur *Akzeptabilität*, Habermas, *Faktizität und Geltung* (Anm. 88), S. 192.

302 Hart, *The Concept of Law* (Anm. 81); Kelsen entwickelt denselben Gedanken mit dem Begriff der notwendigen allgemeinen Effektivität der Rechtsordnung, *Reine Rechtslehre* (Anm. 11), S. 28-33. Ähnlich auch die Systemtheorie Niklas Luhmanns, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt/M. 1993, S. 34.

Ein Urteil des Gerichts des Vatikanstaates kann Akzeptanz gewinnen, obwohl es angesichts der absolutistischen Herrschaftsform des Vatikanstaates<sup>303</sup> gewiss nicht demokratisch legitimiert ist.<sup>304</sup>

Nun mag man einwenden, dass der Legitimitätsglauben der Rechtsgenossen eine Voraussetzung von Akzeptanz bildet, ein normatives Moment also vorliegt. Legitimitätsglauben kann sich aber aus unterschiedlichen Quellen speisen. Wie Max Weber eindrücklich gezeigt hat, ist Akzeptanz ohne demokratische Legitimation denkbar.<sup>305</sup> Wenngleich demokratisches Recht der Akzeptanz bedarf und demokratische Verfahren in der Regel Akzeptanz fördern, so sind Akzeptanz und demokratische Legitimation dennoch zu trennende Phänomene.<sup>306</sup>

Dieses Verständnis bestätigen die Artikel 9 bis 12 EUV, da sie diesen Begriff nicht benutzen. Der Verzicht ist bemerkenswert, galt doch über lange Zeit just die »schweigende Zustimmung der Bürger« als wesentliche Stütze der Legitimität der europäischen Institutionen.<sup>307</sup> Auch in der zeitgenössischen Demokratie- und Rechtstheorie finden sich kaum Ansätze, die Akzeptanz als demokratische Kategorie verstehen.

303 Art. 1 Grundgesetz des Staates der Vatikanstadt lautet: »Il Sommo Pontefice, Sovrano dello Stato della Città del Vaticano, ha la pienezza dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario.«

304 Vgl. das Urteil gegen Gabriele Paolo vom 6. Oktober 2012; die milde Strafe (Hausarrest) hat wahrscheinlich auch mit einem Werben um Akzeptanz zu tun; Sentenza del Tribunale dello Stato della città del vaticano nel processo penale a carico dell'imputato Gabriele Paolo (Prot. N. 8/12 Reg. Gen. Pen.) (press. catholica.va), letzter Zugriff 22.11.2012.

305 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2006, S. 122-124.

306 Ernst Benda, *Akzeptanz als Bedingung demokratischer Legitimität?*, Europa Union Verlag, Bonn 1988, S. 1, 23.

307 Hong, »Constitutional Review in the Mega-Leviathan« (Anm. 296), S. 713-714.

## IV. Wege demokratischer Legitimation

Die Legitimation einer internationalen Gerichtsentscheidung kann sich aus diversen Quellen speisen, insbesondere dem Konsens der Streitparteien, der Beilegung eines Konflikts, der Entfaltung eines Rechtsregimes, der Idee der Verrechtlichung oder der Förderung gemeinsamer Interessen. Neben diesen normativen Gründen bildet ihre tatsächliche Akzeptanz als Streitentscheidung und Präjudiz einen weiteren Gesichtspunkt, den ein Gericht und die Wissenschaft berücksichtigen sollten. Wenn wir uns spezifisch mit der demokratischen Legitimation befassen, so bestreiten wir damit nicht die Relevanz dieser Quellen. Die aus ihnen fließende Legitimation droht allerdings, die aufblühende Landschaft der internationalen Gerichtsbarkeit nicht mehr ausreichend zu versorgen, weshalb wir jene weitere Quelle erschließen. Da die Legitimationsversorgung, wie eine Wasserversorgung, als System zu sehen ist, wirkt die neu erschlossene Quelle auf die anderen zurück. Die traditionellen Legitimationsquellen sollten in ihrem Lichte rekonstruiert werden.

Die Problemstellung dieses Kapitels sei anhand der deutschen Dogmatik richterlicher Legitimation veranschaulicht,<sup>1</sup> da mit ihr das Legitimationspotenzial des Staatenkonsenses, der traditionell wichtigsten Legitimationsquelle, und dessen Grenzen prägnant aufzuzeigen ist. Unbestritten vermitteln Zustimmungsakte demokratischer Staaten, also der Staatenkonsens, demokratische Legitimation. Ein parlamentarisch ratifiziertes Gründungsstatut<sup>2</sup> rechtfertigt zunächst die Existenz eines internationalen Gerichts mit

1 Näher mit Blick auf nationale Gerichte: Andreas Voßkuhle, Gernot Sydow, »Die demokratische Legitimation des Richters«, in: *Juristenzeitung* 57 (2002), S. 673-682, hier S. 676-679. Grundlegend Ernst-Wolfgang Böckenförde, »Die Demokratie als Verfassungsprinzip«, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, C. F. Müller, Heidelberg 1987, S. 887-952. Vgl. auch Christoph Möllers, »Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts«, in: Matthias Jestaedt u. a., *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Suhrkamp, Berlin 2011, S. 298-408.

2 Ausnahmen bestehen vor allem bei den internationalen Strafgerichtshöfen für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda sowie beim Inspection Panel der Weltbank.



seinem Rechtsprechungsauftrag, vermittelt also die sogenannte *funktionell-institutionelle* Legitimation. Soweit dieses Gericht einen parlamentarisch ratifizierten Vertrag anwendet, begründet dies *sachlich-inhaltliche* Legitimation. Da politisch verantwortliche Personen und Gremien die internationalen Richter ernennen,<sup>3</sup> kann deren Amt, wie vermittelt auch immer, auf Wahlentscheidungen zurückgeführt werden, was dem Gericht *personell-organisatorische* Legitimation verschafft. Danach sind internationale Gerichte gegenüber den Bürgern eines ratifizierenden Staates demokratisch legitimiert, *funktionell-institutionell*, *sachlich-inhaltlich* und *personell-organisatorisch*.

Damit ist die demokratische Frage aber keineswegs erledigt. Es kommt nämlich nicht nur darauf an, dass diese Legitimationsstränge *überhaupt* bestehen. Sie müssen vielmehr ein *hinreichendes* Maß an demokratischer Legitimation erzeugen, und wichtige Autoren bezweifeln bereits, ob die deutschen Parlamente den deutschen Gerichten hinreichende demokratische Legitimation vermitteln.<sup>4</sup> Noch weit schwieriger sieht es für internationale Gerichte aus, sind doch die Legitimationsketten deutlich länger und verschlungener.<sup>5</sup>

Es sind daher weitere Mechanismen zu erkunden, welche die internationale Rechtsprechung demokratisch rechtfertigen können. Dieses Kapitel skizziert, wie das geltende Recht entsprechend konzipiert und weiterentwickelt werden kann. Es soll zugleich das demokratieorientierte Grundverständnis plausibilisieren, indem es Entwicklungen deutet und in Verbindung setzt, Interpretationen vorschlägt und Reformen anregt. Dazu konzentriert es sich auf die Auswahl der Richter, das gerichtliche Verfahren und die gerichtliche Entscheidung. Es bleibt dabei auf einem hohen Abstraktionsniveau. Die Überlegungen müssen also, sollen sie rechtspraktisch werden, für jedes Gericht spezifisch entwickelt und konkretisiert werden. Dabei wird stets zu berücksichtigen sein, wie sich die Vor-

3 Siehe dazu Michael Wood, »The Selection of Candidates for International Judicial Office. Recent Practice«, in: Tafsir M. Ndiaye, Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensa*, Nijhoff, Leiden 2007, S. 357-368.

4 Vgl. nur Voßkuhle/Sydow, »Die demokratische Legitimation des Richters« (Anm. 1).

5 Zu den spezifischen Legitimationsproblemen internationaler Gerichte siehe oben, III. B.

schläge auf die anderen Legitimationsquellen wie etwa eine erfolgreiche Streitbeilegung auswirken.<sup>6</sup> Konkrete Vorschläge für einzelne Gerichte können wir allenfalls andeuten.

Wir gehen in drei großen Schritten vor, die viele Punkte aktueller Debatten aufnehmen. Wir hoffen, sie durch die neue Perspektive, die das demokratieorientierte Grundverständnis stiftet, zu verknüpfen und voranzubringen. Angesichts der Bedeutung demokratischer Repräsentation untersucht der erste Abschnitt die Rolle deliberierender Gremien bei der Richterauswahl (A.). Gerichte können darüber hinaus selbst demokratische Legitimation generieren, wenn sie transparent, deliberativ und partizipativ vorgehen und sich in relevante Öffentlichkeiten einbetten (B.). Schließlich gibt das demokratische Prinzip Anhaltspunkte, was die Richter sagen sollten. Sie können ihre Kontrolldichte demokratisch kalibrieren, auf Legitimationsleistungen anderer Institutionen verweisen und die demokratische Qualität politischer Prozesse fördern (C.).

Dieses Kapitel setzt für weitere Demokratisierung auf die Einsicht von Regierungen und internationalen Richtern, was naiv erscheinen mag.<sup>7</sup> Gerade Richter können eine »epistemic community«<sup>8</sup> oder ein »invisible college«<sup>9</sup> bilden, die von den Vorstellungen, Interessen und Werten der Bürger weit entfernt sind.<sup>10</sup> Auf keinen Fall darf die »community« geschlossen oder das »college« unsichtbar sein.<sup>11</sup> Die im Folgenden skizzierten Strategien sind, selbst wenn

6 Näher oben, I. C. 2.

7 Klassisch Jeremy Bentham, »Truth versus Ashhurst; Or, Law as It Is, Contrasted with What It Is Said to Be«, in: John Bowring (Hg.), *The Works of Jeremy Bentham*, Bd. 5, William Tait, Edinburgh 1843, S. 231-237, hier S. 235-237; dazu Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law*, Clarendon, Oxford 1986, S. 202-204.

8 Daniel Terris u. a., *The International Judge. An Inquiry into the Men and Women Who Decide the World's Cases*, Oxford University Press, Oxford 2007, S. 64.

9 Oscar Schachter, »The Invisible College of International Lawyers«, in: *Northwestern University Law Review* 72 (1977), S. 217-226; hierzu David Kennedy, »The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise«, in: *European Human Rights Law Review* 6 (2001), S. 463-497.

10 Ebenso klassisch wie einflussreich Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Marcel Giard et Cie, Paris 1921.

11 Wegweisend Peter Häberle, »Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten«, in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin 1978, S. 155-181; daran anschließend Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie*

sie durch Exekutiven und Richter ins Werk gesetzt werden sollen, ohne eine kritische und aufmerksame Öffentlichkeit aussichtslos.<sup>12</sup> Dies alles verlangt eine Sensibilität für Legitimationsprobleme, die unsere Studie befördern soll.

## A. Die Richter

Das demokratische Prinzip verlangt machtvolle repräsentative Institutionen (III. C. 1.). Deshalb weisen viele Rechtsordnungen parlamentarischen Gremien eine wichtige Rolle bei der Besetzung von hohen staatlichen Richterämtern zu.<sup>13</sup> Dieser Ansatz sei für internationale Richter verfolgt. Dazu ist zunächst die spezifische Logik des auszuübenden Amtes zu analysieren, die wir im Lichte des demokratischen Prinzips rekonstruieren (1.). Auf dieser Grundlage werden sodann die Verfahren der Richterwahl aufbereitet (2.). Dies mündet in die Frage, ob internationale delibrierende Versammlungen demokratische Legitimation vermitteln können (3.).

Unsere Überlegungen werden zu dem Schluss führen, dass mehr Deliberativität und Parlamentsbeteiligung bei der Richterernennung angezeigt sind. Um Missverständnissen vorzubeugen, sei betont, dass dies nicht einer Politisierung der Gerichte das Wort redet, wie sie das amerikanische Beispiel zeigt. Sowohl die Direktwahl der Richter in vielen Bundesstaaten als auch das hoch politisierte Ernennungsverfahren der Richter am obersten amerikanischen Gericht weisen so erhebliche Probleme auf, dass sie kaum ein Vorbild geben.<sup>14</sup> Personalpolitik, Sachpolitik und Wahlkampf bilden un-

*des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt/M. 1992, S. 274.

12 Ernüchternd Patrizia Nanz, Jens Steffek, »Zivilgesellschaftliche Partizipation und die Demokratisierung internationalen Regierens«, in: Peter Niesen, Benjamin Herborth (Hg.), *Anarchie der kommunikativen Freiheit. Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2007, S. 87-110.

13 Rechtsvergleichend Anja Seibert-Fohr (Hg.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, Heidelberg 2012; zu den Vereinigten Staaten von Amerika Russell Wheeler, »Judicial Independence in the United States of America«, in: ebd., S. 521-567.

14 Wheeler, »Judicial Independence in the United States of America« (Anm. 13), S. 528-539; zu den Problemen der Direktwahl in Bundesstaaten siehe Charles G.

terschiedliche Felder. Entsprechend haben viele Parlamente für die Richterwahl Ausschüsse eingesetzt, die eine gewisse Diskretion und Konsensorientierung auszeichnen.<sup>15</sup> Dies führt zu zahlreichen weiteren Fragen, etwa wie solche Beschränkungen mit demokratischer Transparenz vereinbar sind. Im Nachfolgenden konzentrieren wir uns auf die Frage, ob die Beteiligung deliberierender internationaler Gremien überhaupt die demokratische Legitimation internationaler Richter stärken kann.

### 1. Das Anforderungsprofil: eine demokratieorientierte Rekonstruktion

Ein Verfahren kann nur im Lichte seines Zwecks erschlossen werden. Im Auswahlverfahren internationaler Richter kommt es auf fünf Punkte an. Dazu zählen zunächst die Unabhängigkeit, die Unparteilichkeit und die juristische Expertise der Kandidatin. Einen weiteren Punkt bildet, dies sollte nicht mehr überraschen, ihr Grundverständnis der internationalen Gerichtsbarkeit und der Aufgaben des spezifischen Gerichts. Darüber hinaus ist auf die *internationale* Repräsentativität der Richterbank zu achten.

Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und juristische Expertise des Richters sind nicht nur rechtsstaatliche, sondern auch demokratische Anforderungen.<sup>16</sup> Richter können das ihnen übertragene Mandat nur erfüllen, wenn sie unabhängig, unparteilich und juristisch sachkundig urteilen. Diese Anforderungen sind ihrem gesetzlichen beziehungsweise vertraglichen Auftrag innewohnend und ergeben sich demokratietheoretisch bereits aus der Gleichursprünglichkeit privater und öffentlicher Autonomie. Wir sehen es als eine dem demokratieorientierten Grundverständnis entgegenkommende Tendenz, dass diese Anforderungen für internationale Richter inzwischen weitgehend rechtlich niedergelegt sind.

Geyh, »Judicial Election Reconsidered: A Plea for Radical Moderation«, in: *Harvard Journal of Law and Public Policy* 35 (2012), S. 623-642, hier S. 631-638.

15 Näher Axel Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, S. 284-286, 315-321.

16 Anja Seibert-Fohr, »Introduction: The Challenge of Transition«, in: dies. (Hg.), *Judicial Independence in Transition* (Anm. 13), S. 1-15, hier S. 1-3. Gewiss bedeutet mehr Rechtsstaatlichkeit nicht zwingend mehr Demokratie, Gianluigi Palombella, »The Rule of Law beyond the State: Failures, Promises, and Theory«, in: *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), S. 442-467, hier S. 453.



Gerade Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, obwohl auf den ersten Blick vermeintlich selbstverständlich, waren dies lange Zeit keineswegs, insbesondere bei Schiedsrichtern. Viele agierten mit diplomatischem Ethos und dem Selbstverständnis von Delegierten, die der sie benennenden Partei verbunden blieben.<sup>17</sup> Dagegen verlangte schon die Friedensbewegung des 19. Jahrhunderts, dass sie dem Recht und nicht einer Partei dienen sollten. So setzte sich auf den Haager Friedenskonferenzen der Vorschlag, die Mitglieder des Ständigen Schiedshofs sollten beides, »nach bestem Wissen und Gewissen und in voller Unbefangenheit und Unparteilichkeit zu entscheiden«, nicht durch, weil viele Delegierte ein unparteiisches Agieren der einzelnen Schiedsrichter gar nicht wollten.<sup>18</sup> Manche mögen, ganz im Sinne des staatenorientierten Grundverständnisses, der Auffassung gewesen sein, dass ein Individuum selbst als Richter ohnehin kaum Perspektive und Interessen *seines* Staates transzendieren könne. Dagegen verfocht Elihu Root, ganz im Sinne des gemeinschaftsorientierten Verständnisses, die Eigenständigkeit der Gerichtsbarkeit, der US Supreme Court war ihm das Vorbild.<sup>19</sup>

Im Rahmen des Völkerbundes gelang es, das Anforderungsprofil stärker im Sinne einer unabhängigen Institution zu bestimmen.<sup>20</sup> Schon in Art. 2 hält das Statut des StIGH (nun Art. 2 IGH-Statut) fest: »Der Gerichtshof besteht aus unabhängigen Richtern.«<sup>21</sup> Ähnliche Formulierungen finden sich in allen Gerichtsstatuten.<sup>22</sup>

Gleichwohl wird bis heute gefordert, sogar unter Berufung auf das demokratische Prinzip,<sup>23</sup> dass die Richter dem Einfluss ihrer je-

<sup>17</sup> Vgl. oben, II. A. 1.

<sup>18</sup> Heinrich Lammasch, »Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange«, in: Fritz Stier-Somlo (Hg.), *Handbuch des Völkerrechts*, Bd. 5, Kohlhammer, Stuttgart 1914, S. 1-239, hier S. 136-137.

<sup>19</sup> Ram P. Anand, *International Courts and Contemporary Conflicts*, Asia Publishing House, London 1974, S. 34.

<sup>20</sup> Manley O. Hudson, *International Tribunals. Past and Future*, Carnegie Endowment for International Peace and Brookings Institution, Washington 1944, S. 9-10.

<sup>21</sup> Siehe z. B. Art. 2 ISGH-Statut, Art. 21 EMRK, Art. 36 Abs. 3 Römisches Statut.

<sup>22</sup> Übersicht bei Mariano J. Aznar-Gómez, Art. 2, in: Andreas Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2012, Rn. 5; Nienke Grossman, »Legitimacy and International Adjudicative Bodies«, in: *George Washington International Law Review* 41 (2009), S. 107-180, hier S. 123-124.

<sup>23</sup> Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2005, S. 212, 223.

weiligen Regierung unterliegen sollen. Nur so könne der Wille der Vertragsparteien effizient zur Geltung gebracht werden.<sup>24</sup> Eine derartige Forderung erklärt sich aus dem staatenorientierten Verständnis der internationalen Gerichtsbarkeit und dürfte sonst auf Ablehnung stoßen. Sowohl für das gemeinschaftsorientierte als auch für das regimeorientierte Grundverständnis ist es aber schwierig, dieser Forderung demokratiethoretisch zu begegnen. Erst das demokratieorientierte Grundverständnis, das internationale Gerichte auf eine transnationale und potenziell kosmopolitische Bürgerschaft bezieht, kann einen festen Gegenpunkt setzen. Der Gedanke klingt bereits bei Hersch Lauterpacht an: »impartiality [...] is in the last resort a personal quality of intellect and conscience. [...] It presupposes on their [judges] part the consciousness of being citizens of the world«.<sup>25</sup>

Auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit kommt es nicht nur bei der Richterernennung, sondern während der gesamten Tätigkeit an, sind sie doch unverzichtbare Voraussetzungen legitimer Gerichtsbarkeit.<sup>26</sup> Neuere Fälle haben dem Thema größere Aufmerksamkeit verliehen.<sup>27</sup> 2003 schrieb Israel an die Kanzlei des IGH, der ägyptische Richter Nabil Elaraby müsse vom Gutachtenverfahren zu den *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* ausgeschlossen werden, da er sich zu zentralen Fragen bereits öffentlich geäußert habe. Der Gerichtshof lehnte dies zwar ab, allerdings zeigte Richter Thomas Buergenthal in seinem abweichenden Sondervotum die Problematik eindringlich auf.<sup>28</sup> So verwundert es nicht, dass in einem ähnlichen

24 Eric A. Posner, John C. Yoo, »Judicial Independence in International Tribunals«, in: *California Law Review* 93 (2005), S. 1-74, hier S. 28, 55.

25 Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Clarendon, Oxford 1933, S. 238-239.

26 Art. 40 Abs. 2 Römisches Statut; Art. 16 Abs. 1 IGH-Statut; Art. 21 Abs. 3 EMRK; Art. 7 Abs. 1 ISGH-Statut; näher Jiří Malenovský, »L'indépendance des juges internationaux«, in: *Recueil des cours* 349 (2010), S. 9-275.

27 Chester Brown, »The Evolution and Application of Rules Concerning Independence of the »International Judiciary«, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2 (2003), S. 63-96; Philippe J. Sands u. a., »The Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary«, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4 (2005), S. 247-260.

28 IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Order of 30 January 2004, I.C.J. Reports 2004, S. 3; Dissent-

Fall die Berufungsinstanz des Sondergerichtshofs für Sierra Leone zu dem gegenteiligen Ergebnis kam: Eine Monographie über die *Revolutionary United Front* (RUF) von Richter Geoffrey Robertson führte zu seinem Ausschluss vom Verfahren gegen das RUF-Mitglied Issa Sesay.<sup>29</sup>

Die Sicherung der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und juristischen Kompetenz internationaler Richter ist ein ebenso unvollendetes wie imperatives Projekt für die Entfaltung der internationalen Gerichtsbarkeit.<sup>30</sup> Sie erschöpfen aber nicht das Anforderungsprofil an einen internationalen Richter. Die Richterwahl muss nach Art. 9 IGH-Statut auch im Auge haben, dass die Richter »in ihrer Gesamtheit eine Vertretung der großen Kulturkreise und der hauptsächlichsten Rechtssysteme der Welt gewährleisten«. Art. 36 Abs. 8 Römisches Statut formuliert Letzteres als »gerechte geographische Verteilung« und verlangt zudem »eine ausgewogene Vertretung weiblicher und männlicher Richter«. Diese und ähnliche Bestimmungen in anderen Statuten beruhen auf einem komplexen Legitimationsverständnis, das über die demokratische Gleichheit hinaus weitere Gerechtigkeitskriterien vorgibt. Der Schutz der Vielfalt ist ein normatives Prinzip auf Augenhöhe des demokratischen Prinzips.

Für unsere Fragestellung ist besonders wichtig, ob das Aufgabenverständnis eines Kandidaten ein Kriterium bildet, das bei der Richterwahl zu berücksichtigen ist. Nach unseren bisherigen Ausführungen handelt es sich um einen Aspekt von hoher Bedeutung. Ein Richter, der das staatenorientierte Grundverständnis vertritt, wird in wichtigen Konstellationen anders optieren als ein Richter, der sich dem gemeinschaftsorientierten Verständnis verpflichtet fühlt. Richter, die ein regimeorientiertes Grundverständnis haben, werden oft anders interpretieren als solche, welche legitimatorische

ing Opinion of Judge Buergenthal, ebd., S. 7-11. Siehe Yuval Shany, Sigall Horovitz, »Judicial Independence in The Hague and Freetown: A Tale of Two Cities«, in: *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), S. 113-129, hier S. 115-118, 120-129.

29 SCSL, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao (RUF Case)*, Decision on Defence Motion Seeking the Disqualification of Justice Robertson from the Appeals Chamber, Appeals Chamber Decision of 13 March 2004 (SCSL-2004-15-AR15).

30 Eyal Benvenisti, George W. Downs, »Prospects for the Increased Independence of International Tribunals«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1057-1082.

Fragen umtreiben. Dies legt es nahe, solches im Auswahlverfahren zu thematisieren.

Die einschlägigen Bestimmungen lassen dies zu und sollten daher im genannten Sinne interpretiert werden. So fordert Art. 2 IGH-Statut ein »hohes sittliches Ansehen«. Dass es dabei nicht auf die Wertschätzung durch Dritte, sondern auf den Kandidaten selbst ankommt, zeigt die englische Fassung deutlicher; sie fordert von ihm einen »high moral character«.<sup>31</sup> Was, wenn nicht das jeweilige Grundverständnis der internationalen Gerichtsbarkeit, soll den »moral character«, also die normative Ausrichtung eines internationalen Richters prägen? Aber auch über das Grundverständnis der internationalen Gerichtsbarkeit hinausgehende Einstellungen können für die weitere Entwicklung des Gerichts so gewichtig sein, dass sie im Nominierungsprozess zur Sprache kommen sollten. Man denke an die Positionierung des spezifischen internationalen Gerichts zur nationalen Gerichtsbarkeit oder an den Konflikt von Umweltschutz und unternehmerischer Freiheit bei der Fortentwicklung des Welthandelsrechts. Dies sind grundlegende Fragen normativer Natur, welche das »richtige Leben« in den zeitgenössischen Gesellschaften betreffen. In früherer Zeit mag es möglich gewesen sein, an eine allgemeinverbindliche überpositive Ordnung zu glauben, die in solchen Fragen Orientierung bietet. Lauterpachts Idee des Richteramtes als »priesthood in the service of an idea transcending any particular interest«<sup>32</sup> drückt ein solches Verständnis aus. Solches Naturrechtsdenken kann heute nicht mehr überzeugen.

Die zuständigen Gremien sollten also das Grundverständnis des Kandidaten thematisieren. Ein kluges Gremium wird dabei darauf achten, dass Persönlichkeiten mit unterschiedlichen Grundver-

31 Ähnlich Art. 2 Abs. 1 ISGH-Statut, Art. 14 Abs. 1 ICSID-Konvention, Art. 21 Abs. 1 EMRK, Art. 36 Abs. 3 lit. a Römisches Statut. Zur Rolle von Tugenden internationaler Amtswalter in neuem Zugriff Jan Klabbers, »Controlling International Bureaucracies«, in: *IILJ International Legal Theory Colloquium Spring 2010* ([iilj.org/courses/documents/2010Colloquium.Klabbers.pdf](http://iilj.org/courses/documents/2010Colloquium.Klabbers.pdf)), letzter Zugriff 19.09.2012.

32 Lauterpacht, *The Function of Law* (Anm. 25), S. 232; zur entsprechenden innerstaatlichen Diskussion Ingwer Ebsen, »Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zum politischen Grundkonsens«, in: Gunnar F. Schuppert, Christian Bumke (Hg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Nomos, Baden-Baden 2000, S. 83-109, hier S. 86.



ständnissen die Richterbank besetzen. Eine wichtige Grenze der Thematisierung ziehen dabei die Vorgaben der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Es darf etwa keine Vorfestlegungen zu konkreten Streitfragen geben. Dass Grundverständnisse thematisiert werden können, zeigt die Entwicklung auf der staatlichen Ebene: Viele Verfassungen sehen heute eine parlamentarische Rolle bei der Wahl von Verfassungsrichtern vor, welche eine entsprechende Thematisierung erlaubt.<sup>33</sup>

## 2. Das Nominierungs- und Wahlverfahren: demokratiethoretisch betrachtet

Derzeit verdankt die Welt einen guten internationalen Richter exekutiver Klugheit. Staatliche Regierungen bilden die wichtigsten Akteure bei der Richterauswahl. Aus demokratiethoretischen Gründen, die Art. 10 Abs. 2 EUV zugrunde liegen, spricht normativ vieles für eine Schlüsselrolle der Regierungen, die sich in demokratischen Staaten auf innerstaatliche Prozesse der demokratischen Legitimation stützen können. Gleichwohl ist das durch sie vermittelte Maß der Legitimation nicht immer befriedigend.

Der gesamte Prozess ist in der Regel überaus intransparent.<sup>34</sup> Die Auswahl erscheint als ein exekutives Arkanum,<sup>35</sup> was unter dem oben entwickelten Demokratiebegriff nicht überzeugen kann. Wir bestreiten keineswegs, dass die Besetzung internationaler Richterämter ein wichtiges Politikinstrument einer Regierung sein

33 Vgl. nur Art. 2 Abs. 2 Verfassung der Vereinigten Staaten; Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG; § 150 Grundgesetz der Republik Estland; Art. 135 Abs. 1 Verfassung der Italienischen Republik; Kate Malleson, Peter H. Russell (Hg.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power. Critical Perspectives from around the World*, University of Toronto Press, Toronto 2006.

34 Ruth Mackenzie u. a., *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 98-99; Edward McWhinney, »Law, Politics and ›Regionalism‹ in the Nomination and Election of World Court Judges«, in: *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 13 (1986-1987), S. 1-28.

35 Der Erfolg eines Kandidaten hängt weitgehend am Einsatz »seiner« Regierung, Philippe J. Sands, »The Independence of the International Judiciary: Some Introductory Thoughts«, in: Steve Charnovitz u. a. (Hg.), *Law in the Service of Human Dignity. Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, S. 313-322, hier S. 319.

darf.<sup>36</sup> Gleichwohl ist der regelmäßige Mangel an Transparenz und Deliberativität im Lichte des demokratischen Prinzips zu kritisieren. So wenig wie im innerstaatlichen Bereich sollte auf internationaler Ebene *allein* auf die Klugheit der Regierungen vertraut werden. Ganz in diesem Sinne finden sich zunehmend Regelungen, die dem demokratieorientierten Grundverständnis der Transparenz und der Deliberativität entgegenkommen.

Diese Tendenz lässt sich am besten in Kontrast zu dem traditionellen Modus aufzeigen, der sich weiterhin im Rahmen des ICSID findet. Wie gerade in einem schiedsgerichtlichen Verfahren zu erwarten, liegt die Zusammensetzung der Schiedsgerichte im Wesentlichen in den Händen der Streitparteien. Zwar führt das ICSID eine Liste mit möglichen Panelmitgliedern, auf diese sind die Streitparteien jedoch nicht beschränkt.<sup>37</sup> Sie können einen einzigen oder jede ungerade Zahl von Schiedsrichtern benennen. Sollten sie zu keiner Einigung kommen, so besteht das Schiedsgericht aus drei Mitgliedern, von denen je eines von einer Partei und das dritte durch Übereinkunft beider Parteien bestimmt wird. Ist innerhalb von neunzig Tagen die Richterbank nicht konstituiert, entscheidet der Vorsitzende des Verwaltungsrats (der Präsident der Internationalen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung<sup>38</sup>) über die noch offenen Stellen.<sup>39</sup> Die Sicherung von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ist also wenig institutionalisiert.<sup>40</sup> Dementsprechend werden weitere rechtliche Sicherungen gefordert.<sup>41</sup>

Größere schiedsgerichtliche Autonomie findet sich bereits im Rahmen der WTO, was der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit

36 Rechtsvergleichend hierzu Graham Gee, »The Persistent Politics of Judicial Selection«, in: Seibert-Fohr (Hg.), *Judicial Independence in Transition* (Anm.13), S. 121-146.

37 Art. 3 Satz 2 und Art. 40 ICSID-Konvention.

38 Art. 5 ICSID-Konvention.

39 Art. 38 ICSID-Konvention. Siehe detailliert die ICSID-Schiedsregeln.

40 Näher Daphna Kapeliuk, »The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators«, in: *Cornell Law Review* 96 (2010), S. 47-90.

41 Ansatzpunkte finden sich in Art. 57 ICSID-Konvention (Ablehnungsantrag) und Regel 9 ICSID-Schiedsregeln. Vorschläge bei Audley Sheppard, »Arbitrator Independence in ICSID Arbitration«, in: Christina Binder u. a. (Hg.), *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 131-156.

und juristischen Expertise dient.<sup>42</sup> Ähnlich wie im ICSID-Regime unterhält das WTO-Sekretariat eine Liste potenzieller Experten, die als Panelmitglieder zur Verfügung stehen (sogenannte *roster*).<sup>43</sup> Die WTO-Mitglieder schlagen hierfür Experten vor, der Dispute Settlement Body (DSB), das politische Entscheidungsorgan im Streitbeilegungsverfahren, entscheidet über deren Aufnahme in die Liste. Kommt es zu einem Verfahren, schlägt das WTO-Sekretariat den Streitparteien Nominierungen vor, die von den Parteien nur mit zwingenden Gründen abgelehnt werden können, Art. 8 Abs. 6 DSU. Staatsangehörige der Streitparteien können dem Panel grundsätzlich nicht angehören.<sup>44</sup> Kommt es zu keiner Einigkeit über die Zusammensetzung, bestimmt sie der WTO-Generaldirektor.<sup>45</sup> Viele Panelmitglieder sind Ministerialbeamte, dürfen allerdings in ihrer Eigenschaft als Panelmitglieder keine Weisungen erhalten.<sup>46</sup>

Der Appellate Body, die Revisionsinstanz für Panelberichte, setzt sich hingegen aus sieben ständigen Mitgliedern zusammen, was deren Autonomie und Selbstverständnis als Richter stützt. Zudem nutzt der DSB ein hochrangiges Selektionskomitee,<sup>47</sup> welches Interviews mit Kandidaten führt, sich mit interessierten Delegationen berät und dann dem DSB einen Wahlvorschlag macht, der bislang stets befolgt wurde.<sup>48</sup> Nach bisheriger Praxis stellen die

42 Näher Meinhard Hilf, »Das Streitbeilegungssystem der WTO«, in: ders., Stefan Oeter (Hg.), *WTO-Recht. Rechtsordnung des Welthandels*, Nomos, Baden-Baden 2005, S. 505-539.

43 Art. 8 Abs. 4 DSU.

44 Art. 8 Abs. 3 DSU.

45 Art. 8 Abs. 6-7 DSU. Zur Rolle des WTO-Sekretariats Armin von Bogdandy, »Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation«, in: *Kritische Justiz* 34 (2001), S. 264-281, 425-441, hier S. 267.

46 Art. 8 Abs. 9 DSU. Vgl. Joseph H. H. Weiler, »The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats. Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement«, in: *Journal of World Trade* 35 (2001), S. 191-207.

47 WTO Dispute Settlement Body, *Establishment of the Appellate Body – Recommendations of the Preparatory Committee for the WTO*, 10 February 1995, WTO Doc. WT/DSB/1, Rn. 13. Näher Victoria Donaldson, »The Appellate Body: Institutional and Procedural Aspects«, in: Patrick F. Macrory u. a. (Hg.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Bd. 1, Springer, New York 2005, S. 1277-1339.

48 Zum Wahlmechanismus siehe Art. 17 Abs. 2 DSU, Art. IX WTO-Übereinkommen.

Vereinigten Staaten und die EU stets ein Mitglied.<sup>49</sup> Hegemoniale Strukturen sind überdeutlich.<sup>50</sup>

Die Regelungen für die permanenten internationalen Gerichte bieten deutlich größere Potenziale demokratischer Legitimation, die allerdings weitgehend ungenutzt brachliegen. So empfiehlt Art. 6 IGH-Statut den Staaten vor der Richternominierung, »ihren obersten Gerichtshof, ihre rechtswissenschaftlichen Fakultäten und Rechtsschulen sowie ihre dem Rechtsstudium gewidmeten nationalen Akademien und nationalen Abteilungen internationaler Akademien zu konsultieren«. Solche Schritte können Potenzial, Transparenz, Deliberativität und Partizipation stärken. Ähnlich legt das Römische Statut den Vertragsstaaten nahe, zur Nominierung diejenigen Verfahren zu nutzen, die sie für die höchsten nationalen Gerichte vorsehen.<sup>51</sup> Es sieht sogar vor, dass Staaten eine Kandidatur begründen müssen.<sup>52</sup> Auch soll die Versammlung der Vertragsstaaten einen beratenden Ausschuss für Benennungen (Advisory Committee on Nominations) einberufen, um eine Qualitätssicherung zu gewährleisten und die Legitimation zu steigern.<sup>53</sup> Zudem wurde ein Komitee eingerichtet, das die Neubesetzung des Leiters der Anklagebehörde (Ankläger) begleitet.<sup>54</sup> Derartige Bestimmungen sollten im Sinne des demokratieorientierten Grundverständnisses so verstanden werden, dass sie auf einen deliberativen Prozess abzielen, dem die tatsächlichen Auswahlverfahren bislang leider kaum genügen.<sup>55</sup>

49 Bislang hatte auch Japan stets einen Staatsangehörigen im Appellate Body. Vgl. die bisherigen Mitglieder ([www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/ab\\_members\\_descrp\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm)), letzter Zugriff 24.09.2012.

50 Richard H. Steinberg, »Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints«, in: *American Journal of International Law* 98 (2004), S. 247-275, hier S. 264.

51 Art. 36 Abs. 4 lit. a Römisches Statut; für die Wahl der Bundesverfassungsrichter siehe §§ 5-8 BVerfGG.

52 Art. 36 Abs. 3 Römisches Statut; näher Mackenzie u. a., *Selecting International Judges* (Anm. 34), S. 68.

53 Zur Praxis siehe Assembly of States Parties, *Report of the Bureau on the Establishment of an Advisory Committee on Nominations of Judges of the International Criminal Court*, 30 November 2011, ICC-ASP/10/36.

54 Assembly of States Parties, *Bureau of the Assembly of States Parties. Search Committee for the Position of the Prosecutor of the International Criminal Court. Terms of Reference*, 6 December 2010, ICC-ASP/9/INF.2.

55 Siehe zur Kritik bereits oben Mackenzie u. a., *Selecting International Judges*



Im Lichte eines transnationalen oder gar kosmopolitischen Demokratiebegriffs ist es besonders interessant, wenn die Richter durch internationale Gremien gewählt werden. Das wichtigste Beispiel findet sich beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Seine Richter werden für eine neunjährige Amtszeit von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen aus einer Liste von drei Kandidaten gewählt, die jede Vertragspartei vorschlägt.<sup>56</sup> Dieser Wahl sind drei Verfahrensstufen vorgeschaltet.

In einer ersten Stufe müssen die Staaten geeignete nationale Kandidaten (Art. 21 Abs. 1, 22 EMRK) aufstellen, wobei die Parlamentarische Versammlung bereits 1999 empfahl, die Kandidaturen öffentlich auszuschreiben.<sup>57</sup> Das Vereinigte Königreich tut dies schon seit 1998,<sup>58</sup> lässt Kandidaten von einer unabhängigen Kommission befragen und folgt zumeist dem Nominierungsvorschlag jener Kommission. In Deutschland hatte das Bundesministerium der Justiz erstmals vor der letzten Richterwahl Anzeigen mit der Aufforderung an geeignete Personen veröffentlicht, ihr Interesse am Richteramt kundzutun.<sup>59</sup>

Seit 2010 befasst sich in einer zweiten Stufe ein siebenköpfiger Evaluierungsausschuss mit der Kandidatenliste.<sup>60</sup> Seine Aufgabe ist

(Anm. 34), S. 98-99; McWhinney, »Law, Politics and ›Regionalism‹ in the Nomination and Election of World Court Judges« (Anm. 34).

56 Art. 22 EMRK. Näher Andrew Drzemczewski, »Election of Judges to the Strasbourg Court. An Overview«, in: *European Human Rights Law Review* 15 (2010), S. 377-383.

57 Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *National Procedures for Nominating Candidates for Election to the European Court of Human Rights*, 24 September 1999, Recommendation 1429 (1999); *Candidates for the European Court of Human Rights*, 27 January 2009, Recommendation 1646 (2009).

58 Henry G. Schermers, »Election of Judges to the European Court of Human Rights«, in: *European Law Review* 23 (1998), S. 568-578, hier S. 574; Evelyne Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, Kluwer, Den Haag 2002, S. 247.

59 Jens Meyer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2011, Art. 22, Rn. 8; anschließend wird die Kandidatenliste von der Bundesregierung aufgestellt.

60 Eingesetzt auf Grundlage vom Committee of Ministers of the Council of Europe, *Establishment of an Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights*, Resolution of 10 November 2010,

es zu prüfen, ob die in Art. 21 EMRK normierten Voraussetzungen an die Richterkandidaten gewahrt wurden. Sollte dies nicht der Fall sein, kann der Ausschuss in nichtöffentlicher Beratung mit der Vertragspartei selbst Kandidatenvorschläge formulieren.<sup>61</sup>

In der dritten Stufe erfolgt eine nichtöffentliche, persönliche Anhörung der drei Kandidaten vor dem im Jahre 1999 eingerichteten parlamentarischen Unterausschuss.<sup>62</sup> Dieser spricht anschließend eine vertrauliche Empfehlung an die Mitglieder der Parlamentarischen Versammlung aus, die die Richter schließlich wählt. Das Verfahren hat – beispielsweise durch die Zurückweisung einer Kandidatenliste Maltas mit der Begründung, dass keine Frau zur Wahl vorgeschlagen wurde – auch eine positive Politisierung erfahren.<sup>63</sup>

Die Wahl der Richter zum EGMR zeigt, wie dem demokratischen Gedanken auf internationaler Ebene Rechnung getragen werden kann.<sup>64</sup> Natürlich gibt es weiterhin Probleme. Eine Studie zum EGMR stellte fest, dass in den staatlichen Nominierungsprozessen die politische Loyalität des Kandidaten oft schwerer wiege als dessen Eignung und die parlamentarische Befragung im Euro-parat keineswegs immer auf Transparenz und Qualität abziele.<sup>65</sup> Gleichwohl ist kaum bestreitbar, dass der EGMR ein Beispiel für einen gangbaren und prinzipiell erfolgversprechenden Weg bietet,

CM/Res(2010)2; *Establishment of the Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights – Implementation*, Decision of 8 December 2010, CM/Del/Dec(2010)1101/1.7E.

61 Committee of Ministers, Resolution of 10 November 2010 (Anm. 60), Rn. 5.

62 Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Election of Judges to the European Court of Human Rights*, Resolution 1200 (1999) of 24 September 1999.

63 Die Zurückweisung war jedoch unzulässig, EGMR, *Advisory Opinion on Certain Legal Questions Concerning the Lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights*, 12 February 2008. Zum Thema Unterrepräsentation von Frauen Art. 36 Abs. 8 lit. a iii) Römisches Statut; Art. 7 Abs. 5 Statut des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Siehe auch Nienke Grossman, »Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts«, in: *Chicago Journal of International Law* 12 (2011-2012), S. 647-684.

64 Meyer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention* (Anm. 59), Art. 22, Rn. 2.

65 Jutta Limbach u. a. (Hg.), *Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights*, Interrights, London 2003 ([www.interights.org](http://www.interights.org)), letzter Zugriff 20.09.2012.

der auch das Richterwahlverfahren bei anderen Gerichten inspirieren kann.<sup>66</sup>

Gewisse Anknüpfungspunkte finden sich auch in den Statuten anderer Gerichte. Das IGH-Statut sieht vor, dass die 15 Richter mit absoluter Mehrheit in geheimer Wahl von der Generalversammlung und dem Sicherheitsrat auf neun Jahre, mit der Möglichkeit der Wiederwahl, bestellt werden.<sup>67</sup> Ähnliches gilt für die 18 Richter des IStGH: Wahl durch die Staatenversammlung auf neun Jahre, allerdings ohne Möglichkeit der Wiederwahl.<sup>68</sup> Gewählt ist, wer auf einer Vollversammlung der Staaten die meisten Stimmen, mindestens die Mehrheit der Vertragsstaaten und zwei Drittel der anwesenden und abstimmenden Parteien, auf sich vereint.<sup>69</sup> Auch die Wahl zu den Internationalen Strafgerichtshöfen für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und Ruanda (ICTR) erfolgt durch internationale Gremien: Der VN-Generalsekretär sammelt Vorschläge der Staaten, aus denen der VN-Sicherheitsrat eine Liste erstellt, von der die VN-Generalversammlung die 14 (ICTY) bzw. 11 (ICTR) Richter wählt.<sup>70</sup> Zahlreiche völkerrechtliche Bestimmungen weisen also internationalen Gremien Kompetenzen bei der Richterwahl zu.

### 3. Das demokratische Forum

Können solche internationalen Gremien demokratische Legitimation vermitteln? Diese Frage entscheidet sich danach, in wessen Namen entschieden wird. Da die staatliche Gerichtsbarkeit im

66 Nochmals: Es kann keinen einheitlichen Standard für alle Gerichte geben, Anja Seibert-Fohr, »Judicial Independence – The Normativity of an Evolving Transnational Principle«, in: dies. (Hg.), *Judicial Independence in Transition* (Anm. 13), S. 1279-1360, hier S. 1345-1352; Vicki C. Jackson, »Judicial Independence: Structure, Context, Attitude«, in: ebd., S. 19-86.

67 Art. 3, 4, 9, 10, 13 IGH-Statut; vgl. auch UNGA, UNSC, *Election of Five Members of the International Court of Justice. Memorandum by the Secretary-General*, 26 July 2005, UN Doc. A/60/186-S/2005/446.

68 Art. 36 Römisches Statut.

69 Allerdings mit Möglichkeit der Wiederwahl, Art. 2, 4, 5 ISGH-Statut.

70 Art. 13 *bis* ICTY-Statut; Art. 12 ICTR-Statut. Das Statut des ICTY wurde erlassen durch UNSC, Resolution 827 of 25 May 1993, UN Doc. S/RES/827 (1993) und das des ICTR durch UNSC, Resolution 955 of 8 November 1994, UN Doc. S/RES/955 (1994). Der Unterschied zwischen ständigen und Richtern *ad litem* kann hier vernachlässigt werden.

Namen des Volkes entscheidet, spricht vieles dafür, die Vertretung des demokratischen Souveräns mit der Richterwahl zu befassen, also das Parlament bei der Wahl der höchsten Richter zu beteiligen. Doch welche Institutionen und Gremien sollen internationale Richter bestimmen, solange die Völker, die der Gerichtsbarkeit unterworfen sind, kein eigenes Volk gebildet haben? Auf diese Frage zeichnen sich ganz unterschiedliche Antworten ab, je nachdem, ob man internationale Gerichte als Instrumente der Streitbeilegung in einer staatenorientierten Weltordnung, als Organe der wertbasierten internationalen Gemeinschaft, als Regimeinstitutionen in einer interdependenten Welt oder eben als Institutionen letztlich bürgerschaftlich zu rechtfertigender öffentlicher Gewalt begreift.

Das staatenorientierte Grundverständnis führt die Gerichtsbarkeit auf die sie gründenden Staaten als Völkerrechtssubjekte zurück. Die Gerichte entscheiden im Namen der streitenden Staaten, die sich dem Gericht unterworfen haben. Hiernach kommt es bei der Richterwahl maßgeblich auf die staatlichen Regierungen als völkerrechtlich berufene Repräsentanten des Staates an (vgl. nur Art. 7 Abs. 2 WVK). Die Beteiligung internationaler Gremien bei der Richterwahl ist bestenfalls unschädlich, eine Arabeske. Der gemeinschaftsorientierte Ansatz weist Gemeinschaftsinteressen und -institutionen eine stärkere Bedeutung zu. Er sieht internationale Gerichte als Organe der internationalen Gemeinschaft, deren Werte und Interessen sie schützen und entwickeln sollen. Sie entscheiden danach weniger im Namen der streitenden Staaten als vielmehr im Namen der Gemeinschaft. Völkerrechtliche Bestimmungen, die internationale Gremien in das Verfahren einbinden, ergeben danach Sinn und haben legitimatorisches Potenzial. Sie können als institutionelle Stärkung der Interessen der Gemeinschaft gegenüber den Regierungen verstanden werden. Allerdings stellt das gemeinschaftsorientierte Grundverständnis kaum spezifisch auf demokratische Legitimation ab. Der regimeorientierte Ansatz verhält sich in Bezug auf die mögliche Beteiligung internationaler Gremien dem gemeinschaftsorientierten Grundverständnis ähnlich.

Es ist allerdings mit allen drei Grundverständnissen vereinbar, eine stärkere Einbindung nationaler Parlamente zu fordern, wenn nur Innen- und Außenpolitik nicht mehr strikt getrennt werden. Selbst unter dem staatenorientierten Grundverständnis dürfte die Vorstellung, dass die Bestimmung der Richter als Teil der Außen-



politik ureigene Angelegenheit der Regierungen sei, sich auf dem Rückzug befinden. Im Rahmen der Global Governance sind viele Prozesse der Entscheidungsfindung derart eng verzahnt, dass es wohl für alle Grundverständnisse zunehmend unplausibel ist, »Außenpolitik« als Prerogative der Exekutive zu begreifen und von parlamentarischer Kontrolle auszunehmen. Die innerstaatlichen Verfahren, die zur Ernennung von Richtern führen, sind an deliberativ und parlamentarisch ausgerichtete Verfahren für hohe staatliche Richter anzugleichen.<sup>71</sup>

Die Frage nach der demokratischen Funktion internationaler Gremien ist damit aber noch offen. Sie kann allein mit dem demokratieorientierten Grundverständnis beantwortet werden, das in überstaatlichen Foren insbesondere parlamentarischer Ausrichtung ein demokratisches Potenzial sieht. Es kommt maßgeblich auf Transparenz, Partizipation und Deliberation an. Wie oben im Einzelnen ausgeführt, kann ein Verfahren demokratische Legitimation erarbeiten, wenn es transparent, deliberativ und partizipativ ausgerichtet ist.<sup>72</sup> Parlamentarische Gremien haben in dieser Hinsicht ein besonderes Potenzial, aber auch andere Gremien können aus dieser Quelle schöpfen.

Die Umsetzung dieser abstrakten Vorgaben muss aber behutsam und umsichtig erfolgen, zumal die drei Dimensionen demokratischer Legitimation durchaus in Spannung zueinander stehen.<sup>73</sup> Transparenz kann sich negativ auf Deliberativität auswirken. Es werden in medienoffenen Gremien leicht Schaufensterreden gehalten, und oft sind Teilnehmer kaum bereit, einmal öffentlich bezogene Positionen zu revidieren oder öffentlich Kompromisse einzugehen. Es ist zudem fraglich, ob eine öffentliche Debatte wirklich geeignet ist, das Anforderungsprofil eines Richters überzeugend zu thematisieren. Man nehme das Beispiel der VN-Generalversamm-

71 Siehe Art. 23 c Abs. 2 Bundes-Verfassungsgesetz der Republik Österreich; jetzt auch in Deutschland, § 1 Abs. 3 Richterwahlgesetz; näher Martina Mayer, *Die Europafunktion der nationalen Parlamente in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 113-116.

72 Oben, III. C. 3. a).

73 Thomas Risse, »Transnational Governance and Legitimacy«, in: Arthur Benz, Yannis Papadopoulos (Hg.), *Governance and Democracy. Comparing National, European and International Experiences*, Routledge, London 2006, S. 179-199; Jürgen Habermas, »Concluding Comments on Empirical Approaches to Deliberative Politics«, in: *Acta Politica* 40 (2005), S. 384-392.

lung, als die Wahl von Christopher Greenwood zum Richter am IGH anstand. Einerseits gab es in der Öffentlichkeit bedenkenswerte Kritik an seiner Nominierung, vor allem wegen seines Rechtsgutachtens zum Irakkrieg.<sup>74</sup> Diese Zweifel an seiner Eignung hätte eine öffentliche Aussprache in der Generalversammlung durchaus in einem legitimationsstiftenden Diskurs über völkerrechtliche Grundverständnisse und die Rolle des IGH aufnehmen können. Andererseits hätte eine solche Debatte das Anforderungsprofil der Kandidaten aus den Augen verlieren und zu einem allgemeinen politischen Schlagabtausch mutieren können. Ein weniger im Lichte der Öffentlichkeit arbeitendes Gremium kann besser geeignet sein, das Anforderungsprofil der Richter zielführend zu prüfen. Ein solches Gremium kann durchaus demokratische Legitimation erarbeiten. Diese hängt maßgeblich am Modus seiner Beschickung und der diskursiven Qualität seiner Arbeit.

Die potenziell widerstreitenden Anliegen von Transparenz, Partizipation und Deliberation führen in der Regel zu einem Mittelweg zwischen öffentlicher Debatte und geheimem Ausschuss. Die gezielte Einbindung von Vertretern einer kritischen Öffentlichkeit und Begründungspflichten können dem demokratischen Anliegen besser gerecht werden als ein öffentlicher Schlagabtausch. Dem Beispiel des EGMR folgend, könnte ein internationaler Wahlausschuss die Öffentlichkeit etwa durch die Vorabveröffentlichung eines begründeten Vorschlags mit der Möglichkeit von Kritik und Revision einbeziehen. Das oben beschriebene Verfahren, in dem die Mitglieder des Appellate Body ernannt werden, hat etwa ein solches diskursives Potenzial.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass man bei der Richterwahl nicht allein auf die Klugheit von Regierungen setzen sollte. Deren Schlüsselrolle ist vielmehr in transparentere Verfahren einzubetten, welche die nationalen Parlamente einbeziehen. Zudem können internationale Gremien einen legitimatorischen Beitrag leisten, wenn sie eine diskursive Auseinandersetzung über die Kan-

74 Julian Ku, *Will the ICJ Have a U.S.-Style Nomination Fight? (We Can Only Hope)*, 03.II.2008 (opiniojuris.org), letzter Zugriff 20.09.2012. Ebenso sind globale zivilgesellschaftliche Akteure aktiv bei der Richterwahl und Benennung des Anklägers beim IStGH. Siehe Coalition for the International Criminal Court, *Delivering on the Promise of a Fair, Effective and Independent Court. Election of ICC and ASP Officials. Judges* (www.iccnw.org), letzter Zugriff 20.09.2012.

didaten fördern. Gewiss können solche Gremien deren Legitimation nur stützen, nicht aber aus sich heraus allein begründen. Für eine vollständige Verlagerung der Auswahl auf die internationale Ebene fehlt es an sozialen, insbesondere kommunikativen Voraussetzungen. Bislang gibt das Legitimationspotenzial einer transnationalen oder gar kosmopolitischen Bürgerschaft eine wirkliche Verlagerung der Substanz dieser Entscheidung nicht her. Zu gestaltunsmächtig sind inzwischen viele internationale Gerichte.

## B. Das Verfahren

Die demokratische Legitimation öffentlicher Gewalt erfolgt nicht allein durch die Wahl und daran anknüpfende Legitimationsketten, sondern auch durch ihre transparente, deliberative, partizipative Ausübung. Internationale Gerichte können die demokratische Legitimation ihrer Entscheidung selbst stärken, wenn sie ihre Verfahren entsprechend gestalten und sich in relevante Öffentlichkeiten einbetten. Auf diesem Weg lässt sich das gerichtliche Verfahren im Lichte des demokratischen Prinzips entwickeln, ohne das Entscheidungsmonopol der Richter in Frage zu stellen.<sup>75</sup>

Dieser Weg ist von besonderer Bedeutung, da das Verfahrensrecht in der Gestaltungsmacht der Gerichte liegt, so dass sie den demokratischen Gedanken selbst fördern können.<sup>76</sup> Zwar findet sich ein Teil des Verfahrensrechts in den vertraglichen Statuten. Die Verfahrensordnungen können internationale Gerichte aber in der Regel selbst erlassen.<sup>77</sup> Oft publizieren sie zudem Direktiven zum Verfahrensablauf, selbst wenn die vertraglichen Grundlagen keine explizite Kompetenz begründen.<sup>78</sup> Solche Direktiven (*prac-*

<sup>75</sup> Siehe oben, III. C. 4.

<sup>76</sup> Näher Markus Benzing, *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten in zwischenstaatlichen Streitigkeiten*, Springer, Heidelberg 2010, S. 31-113; Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford 2007, S. 6-9.

<sup>77</sup> Art. 30 Abs. 1 IGH-Statut; Art. 16 ISGH-Statut; Art. 17 Abs. 9 DSU; Art. 25 lit. d EMRK; Art. 15 ICTY-Statut; Art. 14 ICTR-Statut.

<sup>78</sup> Näher Shabtai Rosenne, »The International Court of Justice. New Practice Directions«, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 8 (2009), S. 171-180.

*tice directions* oder *guidelines* genannt)<sup>79</sup> sind zwar rechtlich nicht bindend, jedoch wird jeder Verfahrensbeteiligte sich tunlichst an sie halten. Nicht zuletzt prägen und entwickeln die Gerichte das Verfahrensrecht durch ihre Urteile.<sup>80</sup>

Die oben entwickelten Grundverständnisse der internationalen Gerichtsbarkeit sind für die Interpretation des Verfahrensrechts überaus relevant. Nach dem staatenorientierten Grundverständnis ist das Verfahren ganz am Willen der Streitparteien auszurichten.<sup>81</sup> Seine privatrechtliche Ausrichtung drängt auf ein Prozessverständnis, in dem sich das Gericht den Anträgen der Parteien weitestgehend unterordnet.<sup>82</sup> Unter dem gemeinschaftsorientierten Grundverständnis ist das Gericht hingegen Organ einer universellen Ordnung, die sich über die Streitparteien wölbt. Es soll auch Interessen und Werte der Gemeinschaft verfolgen, was größere Unabhängigkeit von den Parteien nahelegt.<sup>83</sup> Nach dem regimeorientierten Grundverständnis zielt das Verfahren auf eine effektive Gestaltung der Interdependenz und ist tendenziell auf Rechtssicherheit und Zügigkeit bedacht. Deren Bedeutung stellt das demokratieorientierte Verständnis nicht in Frage, drängt aber darauf, dass diese Anforderungen transparent, deliberativ und partizipationsoffen verfolgt werden. In diesem Lichte geht es im Folgenden um Öffentlichkeit und Transparenz des Verfahrens (1.), die Intervention Dritter und *Amicus-curiae*-Eingaben (2.) sowie das demokratische Potenzial eines Rechtsmittels (3.).

79 Art. 50 ISGH-VerfO.

80 Jean-Marc Sorel, »International Courts and Tribunals, Procedure«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rn. 1 ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), letzter Zugriff 21.11.2012.

81 Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Bd. 1, 4. Aufl., Nijhoff, Leiden 2006, S. 9-14.

82 Zum *Non-ultra-petita*-Prinzip EGMR, *Guzzardi v. Italy*, App. No. 7367/76, Judgment of 6 November 1980, Series A, No. 39, Dissenting Opinion of Judge Fitzmaurice, Rn. 4; IGH, *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 6 November 2003, I. C. J. Reports 2003, S. 161, Separate Opinion of Judge Buergenthal, Rn. 3-10.

83 Robert Kolb, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 22), General Principles of Procedural Law, Rn. 29-32.



## I. Öffentlichkeit und Transparenz

### a) Mündliche Verhandlungen

Anknüpfungspunkte für Öffentlichkeit und Transparenz ergeben sich zunächst in der mündlichen Verhandlung, die einige Gerichtsstatuten explizit absichern. Art. 46 IGH-Statut gebietet: »Die mündliche Verhandlung ist öffentlich, sofern nicht der Gerichtshof etwas anderes beschließt oder die Parteien den Ausschluss der Öffentlichkeit beantragen.«<sup>84</sup> Die detaillierten Bestimmungen der Verfahrensordnung zeigen ein Verständnis für die Erwartung, sich diskursiven Zwängen zu stellen.<sup>85</sup> Seit 2004 werden Verhandlungen des Internationalen Gerichtshofs zudem live übertragen. Dieser Schritt sei, so der Gerichtshof, eine Reaktion auf das außergewöhnliche Interesse der allgemeinen Öffentlichkeit.<sup>86</sup>

Art. 26 ISGH-Statut ist eng an das Vorbild des IGH angelehnt.<sup>87</sup> Auch Art. 40 Abs. 1 EMRK bestimmt: »Die Verhandlung ist öffentlich, soweit nicht der Gerichtshof auf Grund besonderer Umstände anders entscheidet.«<sup>88</sup> Zudem sind die beim Kanzler des Gerichts verwahrten Schriftstücke in der Regel öffentlich zugänglich. Eine bemerkenswerte Praxis hat der IAGMR entwickelt, dessen Sitz in San José, Costa Rica, ist. Er führt inzwischen in außerordentlichen Verhandlungen<sup>89</sup> öffentliche Sitzungen in anderen Vertragsstaaten der AMRK durch, was ihn den Bürgern näherbringt und konkrete Einblicke in seine Arbeit erlaubt.<sup>90</sup>

84 Ähnlich Art. 26 Abs. 2 ISGH-Statut. Zur Öffentlichkeit der Verhandlungen Sabine von Schorlemer, Art. 46, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 22), Rn. 5-6; Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005* (Anm. 81), Bd. 3, S. 1283-1342.

85 Art. 54-72 IGH-VerfO. Näher Sorel, »International Courts and Tribunals, Procedure« (Anm. 80), Rn. 18.

86 Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Bd. 1 (Anm. 81), S. 8. UNGA, *Report of the International Court of Justice. 1 August 2003-31 July 2004*, 2 September 2004, UN Doc. A/59/4 (2004), Rn. 266.

87 Art. 74 ISGH-VerfO entspricht Art. 59 IGH-VerfO.

88 Siehe auch Art. 33 Abs. 2 und Art. 63 Abs. 2 EGMR-VerfO. Mündliche Verhandlungen sind nur vor der Großen Kammer die Regel.

89 Art. 12, 13 IAGMR-VerfO.

90 Pablo Saavedra Alessandri, Gabriela Pacheco Arias, »Las sesiones »itinerantes« de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos«, in: Sergio García Ramírez, Mireya Castañeda Hernández (Hg.), *Recepción nacional del derecho internacional*

Auch im Kontext der WTO hat sich das Streitverfahren den demokratischen Anforderungen von Öffentlichkeit und Transparenz geöffnet, ohne dass dies im DSU vorgesehen ist.<sup>91</sup> Nach Art. 14 Abs. 1, 18 Abs. 2 und 17 Abs. 10 DSU sind das Verfahren und eingereichte Schriftsätze vielmehr vertraulich. Es hat sich jedoch eine innovative öffentlichkeitsfreundliche Auslegung dieser Bestimmungen durchgesetzt, die durch den Sutherland-Bericht angeregt wurde. In ihm heißt es, dass »the degree of confidentiality of the current dispute settlement proceedings can be seen as damaging to the WTO as an institution«.<sup>92</sup>

Gleichwohl verbleiben die Verhandlungen oft hinter verschlossenen Türen, was mit den Interessen der Streitparteien und Handelsgeheimnissen gerechtfertigt wird. Dies gilt insbesondere in Verfahren vor den Panels, die im Vergleich zur Berufungsinstanz stärker einem schiedsgerichtlichen Ethos verhaftet sind. Besonders begrüßenswert ist daher die Haltung des Panels im *Hormone Beef II*-Fall, das öffentliche Anhörungen abhielt und dies unter anderem damit begründete, dass sich die Bestimmung zur Vertraulichkeit allein auf die internen Beratungen des Panels, nicht aber auf den Austausch von Argumenten zwischen den Parteien beziehe.<sup>93</sup> Ebenso haben Parteien und das Panel in *Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand*<sup>94</sup> bestimmt, ihr Experten-

*de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, S. 37-73; Manuel E. Góngora Mera, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 2011, S. 20.

91 Lothar Ehring, »Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization«, in: *Journal of International Economic Law* 11 (2008), S. 1021-1034.

92 Peter Sutherland, Jhagdisch Bhagwati, Kwesi Botchwey u. a., *The Future of the WTO. Addressing Institutional Challenges in the New Millennium. Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi*, Genf 2004, Rn. 261-262.

93 WTO, *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, WT/DS320/R, Panel Report of 31 March 2008, Rn. 7.49. Vgl. auch WTO News Items, *WTO Hearings on Banana Dispute Opened to the Public*, 29 October 2007 ([www.wto.org](http://www.wto.org)), letzter Zugriff 20.09.2012.

94 WTO, *Australia – Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand*, WT/DS367.

treffen und weitere Verhandlungen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.<sup>95</sup>

Beim Appellate Body, dessen Mitglieder sich stärker als Richter sehen, sind öffentliche Verhandlungen im Vergleich zur ersten Instanz häufiger,<sup>96</sup> obwohl dies weiterhin im DSU nicht vorgesehen ist.<sup>97</sup> Der Appellate Body hielt 2009 fest:

In practice, the confidentiality requirement in Article 17.10 has its limits. Notices of Appeal and Appellate Body reports are disclosed to the public. Appellate Body reports contain summaries of the participants' and third participants' written and oral submissions and frequently quote directly from them. Public disclosure of Appellate Body reports is an inherent and necessary feature of our rules-based system of adjudication. Consequently, under the DSU, confidentiality is relative and time-bound.<sup>98</sup>

Verfahren im Rahmen des ICSID bieten der Öffentlichkeit in der Regel weniger Zugang als in der WTO. Sie sehen sich aber umso mehr mit Forderungen nach größerer Transparenz konfrontiert,<sup>99</sup> da es in Investitionsschiedsverfahren oft um wichtige öffentliche Interessen geht.<sup>100</sup> Im Juni 2005 stellte sich das OECD Investment Committee hinter entsprechende Forderungen. Demokratietheoretisch ist besonders bemerkenswert, wie es Öffentlichkeit, Legitimität und Effektivität mit der Fortentwicklung des Rechts verbindet:

95 WTO News Items, *WTO Hearings on Apple Dispute Opened to the Public*, 16 June 2009 (www.wto.org), letzter Zugriff 20.09.2012.

96 Zum richterlichen Selbstverständnis siehe Claus-Dieter Ehlermann, »Six Years on the Bench of the ›World Trade Court‹. Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization«, in: *Journal of World Trade* 36 (2002), S. 605-639.

97 WTO, *United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, WT/DS350/AB/R, Appellate Body Report of 4 February 2009, Annex III, Rn. 6.

98 Ebd., Annex III, Rn. 4.

99 Carl-Sebastian Zoellner, »Third-Party Participation (NGO's and Private Persons) and Transparency in ICSID Proceedings«, in: Rainer Hofmann, Christian J. Tams (Hg.), *The International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID). Taking Stock After 40 Years*, Nomos, Baden-Baden 2007, S. 179-208.

100 Campbell McLachlan u. a., *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford 2007, S. 57.

There is a general understanding among the Members of the Investment Committee that additional transparency, in particular in relation to the publication of arbitral awards, subject to necessary safeguards for the protection of confidential business and governmental information, is desirable to enhance effectiveness and public acceptance of international investment arbitration, as well as contributing to the further development of a public body of jurisprudence.<sup>101</sup>

Die Umsetzung derartiger Forderungen kann jedoch oft nicht allein durch internationale Institutionen erfolgen, sondern bedarf des Einverständnisses der Streitparteien.<sup>102</sup> Regel 32 Abs. 2 ICSID-Schiedsregeln bestimmt seit 2006 immerhin, dass das Schiedsgericht Anhörungen öffnen darf, soweit keine der Streitparteien widerspricht.<sup>103</sup> Zudem müssen zumindest Auszüge der Urteilsbegründung selbst dann veröffentlicht werden, wenn die Parteien dem nicht zustimmen.<sup>104</sup>

Für die internationalen Strafgerichte ist die Öffentlichkeit des Verfahrens die Regel.<sup>105</sup> Anderes gilt etwa nach Regel 79 ICTY-VerfO nur, wenn es die öffentliche Ordnung, Moral, Sicherheit oder der Schutz eines Zeugen verlangen. Sollte eine Kammer die Öffentlichkeit ausschließen, so muss sie die Gründe dafür publik machen, was den Ausnahmecharakter unterstreicht.<sup>106</sup> Insgesamt kann so eine allgemeine Entwicklung zu größerer Öffentlichkeit

101 OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures*, Statement of June 2005, S. 1.

102 Siehe etwa *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae of 19 May 2005, Rn. 6.

103 Dies hat sich als vorteilhaft erwiesen, Joachim Delaney, Daniel B. Magraw, »Procedural Transparency«, in: Peter Muchlinski u. a. (Hg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, S. 721-788, hier S. 774.

104 Regel 48 Abs. 4 ICSID-Schiedsregeln. Zur Transparenz in ICSID Verfahren siehe auch McLachlan u. a., *International Investment Arbitration* (Anm. 100), S. 57-60. So auch Art. 8 Abs. 1 AMRK.

105 Robert Cryer u. a., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2010, S. 434.

106 Von Schorlemer, Art. 46, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 22), Rn. 29. Das Verfahrensrecht des IStGH ist ganz ähnlich, siehe Art. 67 und 68 Abs. 2 Römisches Statut.



festgestellt werden, eine dem demokratieorientierten Grundverständnis entgegenkommende Tendenz.

### *b) Die Entscheidungsfindung der Richter*

Über die mündlichen Verhandlungen hinaus könnte die Entscheidungsfindung der Richter selbst, also ihre Beratung, den Geboten der Öffentlichkeit und Transparenz folgen. Allerdings lässt sich dies auf den ersten Blick kaum mit den Bestimmungen und auch der Praxis internationaler Gerichte vereinbaren. Art. 54 Abs. 3 IGH-Statut besagt exemplarisch: »Die Beratungen des Gerichtshofs sind und bleiben geheim.«<sup>107</sup> Das ist den Gerichten auch wichtig: Kurz vor der Verkündung der vorläufigen Maßnahmen im *Nuclear Test*-Fall zwischen Australien und Frankreich war in der australischen Presse anhand durchgesickerter Informationen über die erwartete Entscheidung berichtet worden, was der Gerichtshof scharf verurteilte.<sup>108</sup>

Die Vertraulichkeit der gerichtsinternen Beratungen hat gute Gründe, es gibt aber durchaus Öffnungen. Das Schweizer Bundesgericht kann öffentlich beraten,<sup>109</sup> und die internen Beratungen einiger lateinamerikanischer Gerichte sind sogar im *livestream* zu verfolgen.<sup>110</sup> Obgleich dies teils zu einer intensiveren Befassung mancher Richter mit dem Fall führt, wird die Praxis derzeit als wenig glücklich erachtet.<sup>111</sup> Ob eine solche Innovation auf inter-

107 Sie entspricht Art. 54 StIGH-Statut und Art. 77 und 78 Konvention über die friedliche Streitbeilegung von 1907; siehe Bardo Fassbender, Art. 54, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 22), Rn. 1.

108 IGH, »Secrecy of Deliberations«, in: *International Court of Justice Yearbook* 28 (1973-1974), S. 127-128, hier S. 128 »making, circulation or publication of such statements is incompatible with the fundamental principles governing the good administration of justice«; näher Fassbender, Art. 54 (Anm. 107), Rn. 16.

109 Art. 59 Schweizer Bundesgerichtsgesetz.

110 Vgl. nur das oberste mexikanische Gericht ([www.supremacorte.gob.mx](http://www.supremacorte.gob.mx)), letzter Zugriff 21.09.2012 und das oberste brasilianische Gericht ([www.tvgratis.tv/tv-gratis-online-media-player/tv-justica-brasil.html](http://www.tvgratis.tv/tv-gratis-online-media-player/tv-justica-brasil.html)), letzter Zugriff 21.09.2012.

111 Siehe mit Blick auf Brasilien Virgílio Afonso da Silva, »Deciding without Deliberating«, in: *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), Kapitel 7.3 (im Erscheinen); Carolina Alves Vestena, »Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro«, Rio de Janeiro 2010 ([bibliotecadigital.fgv.br](http://bibliotecadigital.fgv.br)), letzter Zugriff 21.09.2012.

nationaler Ebene Erfolg verspricht, bleibt zu prüfen. Es ist zu erwarten, dass transparentere Entscheidungsräume dazu führen, dass Teile der Entscheidungsfindung in neue Hinterzimmer verlagert werden. Dennoch besteht zumindest die begriffliche Möglichkeit, dass sie neue Handlungsoptionen und Handlungszwänge mit demokratischem Potenzial eröffnen.

Zwischen der völligen Abgeschottetheit und gänzlichen Öffnung der Entscheidungserarbeitung bestehen, wie auch bei der Richterwahl, Mittelwege. Besonderes Potenzial sehen wir in der Praxis, dass ein Entscheidungsentwurf zur Kritik gestellt wird. Es ist bekannt, dass Entscheidungen nicht selten völlig überraschende Feststellungen und Interpretationen enthalten, die zu Folgen führen, welche die Richter nicht antizipiert hatten. Bisweilen sind erratische Passagen auf interne Machtkämpfe im Gericht zurückzuführen, in denen das rechtliche Problem außer Sicht gerät. Eine rechtzeitige Stellungnahme der Parteien kann die Gefahr dysfunktionaler Rechtsfortbildungen vermindern, die durch kommunikative Sackgassen verursacht sind, welche sich in Richterkollegien ergeben können. Folglich gibt es in manchen Rechtsordnungen eine Hinweispflicht der Richter, so dass die Parteien zumindest Stellung zu den relevanten Tatsachen- und Rechtsfragen beziehen können.<sup>112</sup> Dies verlangt in gewissen Situationen schon der Grundsatz eines fairen Verfahrens.<sup>113</sup>

Auf internationaler Ebene findet sich im WTO-Recht ein Beispiel. Ein Panel muss den Streitparteien diejenigen Auszüge aus einem Entscheidungsentwurf vorlegen, die Tatsachenfeststellungen und deskriptive Schlussfolgerungen enthalten, worauf die Parteien reagieren können.<sup>114</sup> Später unterbreitet das Panel den Parteien noch einen Zwischenbericht (*interim report*), der die Rechtsfeststellungen und Schlussfolgerungen des Panels im Entwurfsstadi-

112 Vgl. §§ 139 ZPO, 108 Abs. 2 VwGO, 265 StPO und Art. 103 Abs. 1 GG; hierzu BVerfG, »Umfang der Substantiierungspflicht im Zivilprozeß«, Kammerbeschluss vom 28.06.1993, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 47 (1994), S. 848-849, hier S. 849; BVerfG, »Überraschungsurteil im Zivilprozeß«, Kammerbeschluss vom 17.01.1994, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 47 (1994), S. 1274; Helmuth Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 3, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2008, Rn. 43.

113 EGMR, *Atanasovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 36815/03, Judgment of 14 January 2010, Rn. 38.

114 Art. 15 Abs. 1 DSU.

um enthält. Die Streitparteien können hier eine erneute Prüfung anregen. Gegebenenfalls hält das Panel mit den Parteien sogar eine weitere Sitzung ab, um die genannten Aspekte zu bearbeiten.<sup>115</sup> Es gibt also durchaus Möglichkeiten, einen geschützten Raum gerichtssinterner Beratungen mit demokratischer Öffentlichkeit und Transparenz zu verbinden.

### c) Sondervoten

Neben der mündlichen Verhandlung und der Beratung des Gerichts könnte schließlich die Möglichkeit von Sondervoten ein Potenzial demokratischer Legitimation bergen. Art. 57 IGH-Statut hält fest: Sollte »das Urteil im ganzen oder in einzelnen Teilen nicht die übereinstimmende Ansicht der Richter zum Ausdruck [bringen], so ist jeder Richter berechtigt, ihm eine Darlegung seiner persönlichen Ansicht beizufügen«. <sup>116</sup> Dies ist eine gängige Praxis auch anderer internationaler Gerichte. <sup>117</sup> Das DSU bildet hier eine Ausnahme, da es allein anonyme Individualmeinungen zulässt. <sup>118</sup>

Soweit der Weg zu abweichenden Voten ohne größere Hürden offensteht, wird er in der Regel auch genutzt. Es ist selten, dass der IGH eine Entscheidung einstimmig trifft. <sup>119</sup> An dieser Praxis wurde gelegentlich kritisiert, sie unterminiere die Autorität des Gerichts. <sup>120</sup> Es überwiegt jedoch zu Recht das Lob. <sup>121</sup> Diese Einschätzung bestätigt die gegenteilige Rechtslage des EuGH, welche abweichende Meinungen nicht zulässt. <sup>122</sup> Sondervoten sind demo-

115 Ebd.

116 Dies wird in Art. 95 Abs. 2 IGH-VerfO bestärkt.

117 Art. 30 Abs. 3 ISGH-Statut, Art. 125 Abs. 2 ISGH-VerfO; Art. 48 Abs. 4 ICSID-Konvention; Art. 45 Abs. 2 EMRK, Art. 74 Abs. 2 EGMR-VerfO.

118 Art. 14 Abs. 3 DSU.

119 Bis zum 4. Mai 2011 hat der IGH 111 Urteile, 27 Gutachten und 144 Anordnungen getroffen, die von 1192 »persönlichen Ansichten« begleitet wurden (322 *declarations*, 472 *separate opinions* und 398 *dissenting opinions*). Rainer Hofmann, Tilmann Laubner, Art. 57, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 22), Rn. 35.

120 Zur Diskussion ebd., Art. 57, Rn. 35, m. w. N.

121 Ebd., Art. 57, Rn. 57; André Oraison, »Quelques réflexions générales sur les opinions séparées individuelles et dissidentes des juges de la Cour internationale de Justice«, in: *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* 78 (2000), S. 167-207.

122 Art. 36 EuGH-Satzung. Näher Vlad Perju, »Reason and Authority in the Eu-

kratiethoretisch relevant, weil hierdurch die Entscheidungen oft an Klarheit gewinnen.<sup>123</sup> Zum einen gehen in der Praxis einiger Gerichte Sondervoten der Mehrheit vor Verkündung zu, und es kann nachgebessert werden. Zum anderen besteht wenig Druck, vage Kompromissformeln zu finden.

Das ursprüngliche Vorhaben, im IStGH Sondervoten zu verbieten, wurde aus diesen Gründen nicht beibehalten.<sup>124</sup> Richter des ICTY und ICTR überzeugten die Delegierten in den Verhandlungen zum IStGH auch mit den Argumenten, dass abweichende Meinungen hilfreich zur Entwicklung eines Fallrechts seien, also für die Stabilisierung und Generierung normativer Erwartungen.<sup>125</sup> Gemeinhin führen Sondervoten oft zu besser argumentierten Entscheidungen der Mehrheit, was der öffentlichen Debatte über ein Urteil dient. In manchen Fällen hat die unterlegene Meinung spätere Richter oder Rechtsetzungsvorhaben inspiriert.<sup>126</sup> Abweichende Meinungen helfen der Öffentlichkeit, sich kritisch mit einer Entscheidung auseinanderzusetzen, und dienen damit dem demokratischen Prinzip.

## 2. Intervention Dritter und *Amicus-curiae*-Eingaben

Der demokratischen Legitimation gerichtlicher Entscheidung kann es weiter dienen, wenn das Verfahren deliberativ und partizipatorisch ausgerichtet ist, insbesondere durch die Intervention Dritter

ropean Court of Justice«, in: *Virginia Journal of International Law* 49 (2009), S. 307-377.

123 Edvard Hambro, »Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 17 (1956/1957), S. 229-248, hier S. 238-239; Mark E. Villiger, »Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Zustandekommen, Bedeutung und Wirkungen«, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 127 (2008), S. 453-474, hier S. 465.

124 International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Sixth Session*, 1 September 1994, UN Doc. A/49/355 (1994), Art. 45 Draft Statute for an International Criminal Court.

125 ICTY Press Release, *Judge Kirk McDonald Urges that the International Permanent Court »Must Be Effective«*, 14 August 1997, No. CC/PIO/236-E ([www.icty.org/sid/7478/en](http://www.icty.org/sid/7478/en)), letzter Zugriff 25.09.2012; Lori F. Damrosch, Art. 62, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 22), Rn. 42-44.

126 Hofmann/Laubner, Art. 57 (Anm. II9), Rn. 55-56.



und die Einbeziehung von *amici curiae*. Allerdings sind, ähnlich wie bei der Richterwahl, die Spezifik der Institutionen und deren Verfahren zu berücksichtigen. Ein gerichtliches Verfahren, selbst wenn die Richter große Entscheidungsspielräume haben, ist nicht mit einem politischen Entscheidungsverfahren gleichzusetzen.<sup>127</sup> Ein Gericht ist keine parlamentarische Versammlung und soll es auch nicht sein: Keineswegs alle sozial relevanten Kommunikationen besitzen im Rechtssystem Informationswert.<sup>128</sup> Gerichte arbeiten, systemtheoretisch formuliert, unter viel stärkerer kognitiver Selbstisolation als politische Institutionen.<sup>129</sup> Diskurstheoretische Ansätze sprechen von spezifisch formalisierten Anwendungsdiskursen,<sup>130</sup> meinen aber Ähnliches.

Die Spezifik richterlicher Entscheidung bedeutet angesichts ihrer Multifunktionalität aber nicht, dass Richter nur die Argumente der Parteien hören, nur Schriftsätze der Streitparteien zur Kenntnis nehmen dürfen. Es wäre kritisch, wenn internationale Richter ihr Wissen über den streitigen Fall, dessen sozialen und politischen Kontext, mögliche Folgen von Entscheidungsalternativen und das einschlägige Recht allein aus den Schriftsätzen schöpfen, denn die Streitparteien richten ihre Darstellung des tatsächlichen und rechtlichen Materials an dem Ziel aus, das konkrete Verfahren zu gewinnen. Die Idee demokratischer Inklusion legt nahe, dass der Informationsfluss breiter sein sollte. Die entsprechende Öffnung des Verfahrens vor vielen internationalen Gerichten bildet daher eine dem demokratieorientierten Verständnis entgegenkommende Tendenz.

Nach Art. 62 IGH-Statut können Staaten beim IGH beantragen, in laufende Verfahren zu intervenieren.<sup>131</sup> Voraussetzung sind

127 Zu den Unterschieden siehe oben, III. A. I. c).

128 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1993, S. 354.

129 Ebd., S. 322.

130 Milan Kuhli, Klaus Günther, »Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals«, in: Armin von Bogdandy, Ingo Venzke (Hg.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, Heidelberg 2012, S. 365-385; grundlegend Klaus Günther, »Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation«, in: *Rechtstheorie* 20 (1989), S. 163-190.

131 Santiago Torres Bernárdez, »L'intervention dans la procédure de la Cour Internationale de Justice«, in: *Recueil des cours* 256 (1995), S. 193-457.

die Parteifähigkeit sowie ein rechtliches Interesse (*interest of a legal nature*), das durch die Entscheidung berührt werden könnte.<sup>132</sup> Nach Art. 63 IGH-Statut sind internationale Organisationen zu benachrichtigen und Eingaben ihrer Sekretariate zuzulassen, soweit ihr Statut Streitgegenstand ist. Dieser Mechanismus wurde mit der Reform der Verfahrensordnung 2005 konsolidiert.<sup>133</sup>

Im Banne des staatenorientierten Grundverständnisses war der IGH zunächst außerordentlich zurückhaltend, Interventionen Dritter zuzulassen.<sup>134</sup> Mit der Zeit hat er sich aber geöffnet.<sup>135</sup> Wie nun der IGH erlaubt auch der ISGH eine Intervention selbst dann, wenn die intervenierende Partei sich nicht seiner Jurisdiktion unterworfen hat, und trägt damit der über den Streitfall hinausweisenden Funktionen der Rechtsprechung Rechnung.<sup>136</sup> Diese Ausweitung des Teilnehmerkreises beeinträchtigt die Parteiautonomie.<sup>137</sup> Angesichts der rechtsgestalterischen Rolle der Rechtsprechung erscheint es jedoch überzeugend, dass diese Anliegen zurückstehen müssen.<sup>138</sup>

Weit partizipationsoffener sind die Verfahren der WTO, in denen Vertragsparteien, die nicht Streitparteien sind, sich seit jeher auf sämtlichen Verfahrensstufen (Konsultation, Panelverfahren, Berufungsverfahren, multilaterale Überwachung der Durchsetzungsmaßnahmen) beteiligen können.<sup>139</sup> Jede Partei, die ein

132 Eine Übersicht findet sich bei Christine M. Chinkin, Art. 62, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 22), Rn. 41-54.

133 Art. 43 IGH-VerfO; Abdul G. Koroma, »International Court of Justice, Rules and Practice Directions«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 80), Rn. 2.

134 Oben, II. A. 2.

135 Wegweisend IGH, *Sovereignty over Pulau Ligitan und Pulau Sipadan* (Indonesia v. Malaysia), Judgment of 23 October 2001, I.C.J. Reports 2001, S. 575. Vgl. Art. 81 Abs. 2 lit. c IGH-VerfO.

136 Art. 31 und Art. 32 ISGH-Statut.

137 Chinkin, Art. 62 (Anm. 132), Rn. 102.

138 IGH, *Sovereignty over Pulau Ligitan und Pulau Sipadan* (Anm. 135), Separate Opinion of Judge Weeramantry, Rn. 13. Vgl. auch Rüdiger Wolfrum, »Intervention in the Proceedings before the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea«, in: Volkmar Götze u. a. (Hg.), *Liber amicorum Günther Jaenicke – zum 85. Geburtstag*, Springer, Berlin 1998, S. 427-442.

139 Art. 4 Abs. 11, Art. 10 und Art. 17 Abs. 4 DSU. Ernst-Ulrich Petersmann, »Alternative Dispute Resolution – Lessons for the WTO?«, in: Friedl Weiss (Hg.),

»substanzielles Interesse« in der vom Panel behandelten Sache vorbringen kann, hat das Recht, vom Panel angehört zu werden und schriftliche Eingaben zu machen.<sup>140</sup> Das Erfordernis eines substanziellen Interesses hat die Rechtsprechung weit heruntergeschraubt.<sup>141</sup>

Allerdings haben intervenierende Parteien im Rahmen der WTO kein ausdrückliches Recht, an allen Verhandlungen teilzunehmen. Der Umfang der Beteiligung liegt im Ermessen des Panels. Im *EC-Bananas III*-Fall beantragten Entwicklungsländer, an allen Treffen zwischen Panel und Streitparteien teilzunehmen und Kopien aller schriftlichen Eingaben zu erhalten. Das Panel stellte zwar eine Tendenz zur Erweiterung fest, befand aber, dass sie bislang immer mit der Zustimmung der Streitparteien erfolgt sei, an der es im gegenwärtigen Fall mangle. Gleichwohl gewährte es die Teilnahme, was es mit den wirtschaftlichen Auswirkungen des EG-Bananenregimes begründete.<sup>142</sup> Hier leuchtet das Verständnis internationaler Gerichte als Regimeinstitutionen in einer interdependenten Welt auf, in der sich die relevanten Rechtsfragen nicht auf die Positionen der Streitparteien reduzieren lassen.

Weit enger sind die Möglichkeiten in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Ihre Verhandlungslogik, insbesondere die Vertraulichkeit und die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, lässt weniger Raum für die Teilnahme Dritter.<sup>143</sup> Dennoch wurden Eingaben von Intervenienten gelegentlich von Schiedsgerichten zugelassen.<sup>144</sup> Auch die NAFTA Free Trade Commission hielt 2004 fest, dass die Verfahrensregeln nicht prinzipiell gegen eine Teilnahme

*Improving WTO Dispute Settlement Procedures*, Cameron May, London 2000, S. 27-42, hier S. 33-35.

140 Art. 10 Abs. 2 DSU. Das erste inhaltliche Treffen des Panels soll zudem genutzt werden, um auch die Positionen dritter Parteien zu hören, siehe Appendix 3, Rn. 6 DSU.

141 Katrin Arend, »Art. 10 DSU«, in: Rüdiger Wolfrum u. a. (Hg.), *WTO. Institutions and Dispute Settlement*, Nijhoff, Leiden 2006, Rn. 4.

142 WTO, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R, Panel Report of 22 May 1997, Rn. 7.4-7.9. Die Praxis ist aber keineswegs einheitlich und verbleibt im Ermessen der Panels.

143 In der ICSID-Konvention fanden sich demnach bis 2006 auch keine Vorgaben zur Intervention Dritter.

144 Siehe McLachlan u. a., *International Investment Arbitration* (Anm. 100), S. 59 m. w. N.

Dritter sprechen.<sup>145</sup> Sie empfahl, dass sich ein Schiedsgericht davon leiten lassen sollte, ob der Fall ein öffentliches Interesse betrifft.<sup>146</sup> Das ICSID-Sekretariat schloss sich einem *ICSID Discussion Paper* mit ähnlicher Stoßrichtung an, was zu einer Revision der Schiedsregeln führte.<sup>147</sup>

Eine weitere Öffnung bietet die Einbeziehung von Schriftsätzen interessierter Dritter, die nicht formal intervenieren können. Von besonderer Bedeutung sind die aus dem US-amerikanischen Recht bekannten *amicus curiae briefs*. *Amici curiae* bieten sich in der Regel als Experten an, behaupten also, kein Eigeninteresse an dem Fall zu haben.<sup>148</sup> Während intervenierende Dritte meist selbst Vertragsparteien sind und Parteifähigkeit besitzen, treten als *amici curiae* meist private Akteure auf, insbesondere NGOs.<sup>149</sup> Deren Einbeziehung hat zu einer beachtlichen Debatte geführt. Zum einen werden Gefahren gesehen, insbesondere wegen der Überrepräsentation starker Interessen und gut organisierter Lobbygruppen.<sup>150</sup> Zum anderen eröffnet die Beteiligung von NGOs neue legitimatorische Potenziale.<sup>151</sup> Die

145 NAFTA, *Statement of the Free Trade Commission on Non-disputing Party Participation*, 7 October 2004 ([www.naftaclaims.com/](http://www.naftaclaims.com/)), letzter Zugriff 28.09.2012.

146 Ebd., Rn. 6 lit. d.

147 ICSID Sekretariat, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Discussion Paper of 22 October 2004, Rn. 11-15. Siehe insbesondere Regel 37 ICSID-Schiedsregeln.

148 Philippe J. Sands, Ruth Mackenzie, »International Courts and Tribunals, Amicus Curiae«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 80), Rn. 2.

149 Zu beachten ist, dass vor einigen Gerichten, wie dem EGMR, NGOs und private Parteien selbst ein Klagerecht besitzen und manchmal auch Staaten als *amici curiae* bezeichnet werden. Vgl. Luisa Vierucci, »NGOs before International Courts and Tribunals«, in: Pierre-Marie Dupuy, dies. (Hg.), *NGOs in International Law. Efficiency in Flexibility?*, Edward Elgar, Cheltenham 2008, S. 155-180.

150 Vgl. Hervé Ascensio, »L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales«, in: *Revue générale de droit international public* 105 (2001), S. 897-930; Ruth Mackenzie, »The *Amicus Curiae* in International Courts: Towards Common Procedural Approaches?«, in: Tullio Treves u. a. (Hg.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, Asser, Den Haag 2005, S. 295-311; Anna-Karin Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, S. 300-365.

151 Habermas, *Faktizität und Geltung* (Anm. 11), S. 367-374, 462-463; Nanz/Steffek, »Zivilgesellschaftliche Partizipation und die Demokratisierung internationalen Regierens« (Anm. 12).



Potenziale, insbesondere eine Transmissionsfunktion zwischen dem Gericht und relevanten Öffentlichkeiten, überwiegen deutlich die Gefahren.

Die Entwicklungstendenz weist in diese Richtung, wie ein Rückblick zeigt. Das Verfahrensrecht des IGH und das des ISGH enthalten keine Vorgaben. 1950 lehnte der Kanzler des IGH in einem der ersten Fälle überhaupt das Gesuch einer NGO ab, schriftliche und mündliche Stellungnahmen abzugeben.<sup>152</sup> Anderes galt aber von Anfang an für die Gutachterfunktion.<sup>153</sup> Seit dem *Gabčíkovo-Nagymaros*-Fall ist außerdem klar, dass *amicus curiae briefs* in streitigen Verfahren über eine der Streitparteien eingebracht werden können.<sup>154</sup> Über diese Eckpunkte hinaus ist der Umgang mit *amici curiae* innerhalb des IGH umstritten und spiegelt konkurrierende Grundverständnisse.<sup>155</sup>

Die vertraglichen Grundlagen der WTO machen ebenfalls keine Vorgaben zum Umgang mit *amicus curiae briefs*, doch hier hat sich die Rechtspraxis geöffnet.<sup>156</sup> Bereits im *US-Gasoline*-Fall, dem ersten Fall im institutionellen Rahmen der WTO, drangen NGOs darauf, Stellungnahmen einreichen zu können. Sie wurden mit ihren Anliegen allerdings vom Panel schlicht ignoriert. Auch im wegweisenden *US-Shrimp*-Fall verweigerte das Panel die Entgegennahme von *Amicus-curiae*-Eingaben, wurde jedoch vom Appellate Body korrigiert, der festhielt:

The thrust of Articles 12 and 13, taken together, is that the DSU accords to a panel established by the DSB, and engaged in a dispute settlement

152 IGH, *Asylum Case* (Colombia v. Peru), Judgment of 20 November 1950, I. C. J. Reports 1950, S. 266. Dies war einfach, da sich die NGO auf Art. 34 Abs. 2 IGH-Statut bezog. Die Feststellung, dass die NGO keine öffentliche internationale Organisation ist, reichte also zur Ablehnung.

153 Siehe Art. 66 IGH-Statut.

154 Ulrich Beyerlin, »The Role of NGOs in International Environmental Litigation«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 61 (2001), S. 357-378, hier S. 364.

155 Oben, II. A. 2.

156 Robert Howse, »Membership and Its Privileges: the WTO, Civil Society, and the *Amicus* Brief Controversy«, in: *European Law Journal* 9 (2003), S. 496-510; Petros C. Mavroidis, »*Amicus Curiae* Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing«, in: Armin von Bogdandy u. a. (Hg.), *European Integration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, Kluwer, Den Haag 2002, S. 317-329.

proceeding, ample and extensive authority to undertake and to control the process by which it informs itself both of the relevant facts of the dispute and of the legal norms and principles applicable to such facts.<sup>157</sup>

Der Appellate Body sieht sich auch selbst berechtigt, *amicus curiae briefs* entgegenzunehmen und zu berücksichtigen.<sup>158</sup> Er normierte dies in Regel 16 Abs. 1 seiner *Working Procedures*. Damit stieß er aber auf die Kritik von WTO-Mitgliedern, die behaupteten, der Appellate Body habe seine Kompetenzen überschritten und sei legislativ tätig geworden.<sup>159</sup> Einige WTO-Mitglieder versuchten die Verfahrensregeln auf politischem Wege zu ändern, konnten sich bislang aber nicht durchsetzen.

Verfahren des ICSID, neben der WTO die zweite Institution, die ganz besonders dem Gedanken der Regulierung in einer eng vernetzten Welt verhaftet ist, waren im Kontrast zur WTO stark abgeschottet. Nur die unmittelbaren Streitparteien hatten Zugang. Aber auch hier gibt es Elemente der Öffnung, was nicht zuletzt auf die Erkenntnis der Multifunktionalität internationaler Rechtsprechung und ihres gestalterischen Moments zurückgeführt werden kann.<sup>160</sup> Zur möglichen zivilgesellschaftlichen Beteiligung führt das OECD Investment Committee aus:

Members of the Investment Committee generally share the view that, especially insofar as proceedings raise important issues of public interest, it may also be desirable to allow third party participation, subject however to clear and specific guidelines.<sup>161</sup>

157 WTO, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, Appellate Body Report of 12 October 1998, Rn. 106.

158 Mit Verweis auf Art. 17 Abs. 9 DSU, WTO, *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, WT/DS138/AB/R, Appellate Body Report of 10 May 2000, Rn. 39.

159 WTO, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/9, Communication from the Appellate Body of 8 November 2000; WTO General Council, *Minutes of Meeting on 22 November 2000*, 23 January 2001, WT/GC/M/60.

160 Zu den Elementen der Öffnung siehe Delaney/Magraw, »Procedural Transparency« (Anm. 103), m. w. N.

161 OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures* (Anm. 101), S. 1.

Die Überarbeitung der ICSID-Schiedsregeln von 2006, die nun nach Regel 37 Abs. 2 schriftliche Eingaben Dritter erlauben, hatte sich also bereits in der Praxis angebahnt.<sup>162</sup> In *Vivendi Universal v. Argentine Republic* entschied das Panel, dass die *amici curiae* ein öffentliches Interesse verfolgten – die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung der Bewohner von Buenos Aires und Umgebung – und ließ deshalb die Eingabe zu.<sup>163</sup>

Art. 36 Abs. 2 EMRK lässt vor dem EGMR nicht nur die Teilnahme »jeder betroffenen Person« an mündlichen Verhandlungen zu, sondern auch ihre schriftlichen Stellungnahmen. Das Gericht nutzt solche Stellungnahmen häufig, fasst sie im Urteil sogar zusammen und setzt sich mit ihnen auseinander. Die Rolle der NGOs geht hier, wie auch bei anderen Institutionen des Menschenrechtsschutzes,<sup>164</sup> oft noch weiter. In wichtigen Fällen übernehmen sie die Prozessvorbereitung, die Prozessvertretung oder die sonstige Unterstützung individueller Kläger. Darüber hinaus kann der Kommissar für Menschenrechte des Europarats schriftliche Stellungnahmen abgeben und ebenfalls an den mündlichen Verhandlungen teilnehmen.<sup>165</sup>

Ähnlich offen ist das Verfahren vor den internationalen Strafgerichten. Die von der Staatenversammlung des Statuts des IStGH konsentierten Verfahrens- und Beweisregeln überlassen den Kammern die Entscheidung über den Umgang mit solchen Eingaben.<sup>166</sup> Gleiches gilt nach den Verfahrensordnungen des ICTY und des ICTR.<sup>167</sup> Auf dieser Grundlage wurde NGOs und auch natürlichen

162 Siehe auch oben, Anm. 147.

163 *Agua Argentinas S. A.* (Anm. 102), Rn. 18-23. Aus der jüngeren Praxis siehe zum Beispiel *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5 of 2 February 2007; vgl. Eduardo Savarese, »*Amicus Curiae* Participation in Investor-State Arbitral Proceedings«, in: *Italian Yearbook of International Law* 17 (2007), S. 99-121.

164 So etwa mit Blick auf den IAGMR Dinah Shelton, »The Participation of Nongovernmental Organizations in International Proceedings«, in: *American Journal of International Law* 88 (1994), S. 611-642, hier S. 638-640; Jona Razzaque, »Changing Role of Friends of the Court in International Courts and Tribunals«, in: *Non-State Actors and International Law* 1 (2001), S. 169-200, hier S. 184-187.

165 Siehe Art. 36 Abs. 3 EMRK, der mit dem 14. Zusatzprotokoll neu eingeführt worden ist.

166 Regel 103 IStGH-VerfO; dies gilt nach Regel 149 IStGH-VerfO auch für Berufungsverfahren.

167 Regel 74 der ICTY- und ICTR-VerfO.

Personen wie z. B. völkerrechtlichen Experten die Möglichkeit der Stellungnahme gewährt, gelegentlich aber auch verweigert. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Intervention Dritter und *Amici-curiae*-Eingaben die gerichtlichen Verfahren deliberativ und partizipatorisch öffnen und so demokratische Legitimation generieren können.

### 3. Die Einrichtung eines Rechtsmittels

Demokratische Legitimation kann weiter die Einrichtung eines Rechtsmittels spenden.<sup>168</sup> Eine solche Kontrolle dient unzweifelhaft der Legitimation gerichtlicher Gewaltausübung.<sup>169</sup> Worin liegt aber ihr spezifisch demokratisches Potenzial? Die Berufungsinstanz kann schlicht Fehler korrigieren und damit die Rechtsbindung der Richter stärken. Auch nach der sprachpragmatischen Wende gibt es falsche Urteile.<sup>170</sup> Eine höhere Instanz kann weiter die Konsistenz der Rechtsprechung fördern, was der Gleichheit dient. Entsprechende Kontrollverfahren leisten auch einen signifikanten Beitrag zur Stabilisierung normativer Erwartungen und halten das kontrollierte Gericht an, nachvollziehbar zu begründen, was wiederum der Transparenz zuträglich ist.

Vor allem aber bilden entsprechende Verfahren Anknüpfungspunkte für Öffentlichkeit. Es ist besonders wichtig, dass Kontrollverfahren auf die kritische Aufnahme eines Urteils in der Öffentlichkeit reagieren können, also ein Moment der Responsivität bilden.<sup>171</sup> Ein kontrollierendes Gericht kann Adressat, aber auch die stützende Kraft einer kritischen Öffentlichkeit sein.

168 Siehe Karin Oellers-Frahm, »International Courts and Tribunals, Appeals«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 80).

169 Ausführlich Andreas Voßkuhle, *Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, C. H. Beck, München 1993, S. 255-311.

170 Näher Ralph Christensen, Hans Kudlich, *Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, Duncker & Humblot, Berlin 2008; Habermas, *Faktizität und Geltung* (Anm. 11), S. 24-32.

171 Eindrucksvoll in dieser Hinsicht EGMR, *Lautsi and Others v. Italy*, App. No. 30814/06, Judgment of 18 March 2011, betreffend Kreuze in Schulräumen, wo die Große Kammer das erstinstanzliche Urteil im Lichte einer großen öffentlichen Debatte korrigierte; siehe auch Franck Lafaille, »L'identité catho-



Insgesamt stehen internationale Gerichte in keinem geordneten Verhältnis, schon gar nicht in einer Hierarchie.<sup>172</sup> Eine entsprechende Rolle des IGH mittels einer Koordinations- oder Revisionsfunktion wird zwar diskutiert, scheint aber derzeit aussichtslos.<sup>173</sup> Auch gegen ein Urteil des IGH gibt es kein Rechtsmittel. Das Urteil ist »endgültig und unterliegt keinem Rechtsmittel« (Art. 60 IGH-Statut). Eine Streitpartei kann allein die Interpretation des Urteils beantragen, sollte sich ein Konflikt über dessen Bedeutung ergeben.<sup>174</sup> Ein Verfahren kann nur unter engsten Voraussetzungen wieder aufgenommen werden, wenn nämlich neue Tatsachen von entscheidender Bedeutung bekannt werden (Art. 61 IGH-Statut).

In einigen sektoralen Regimen, insbesondere dem internationalen Strafrecht, finden sich hingegen voll ausgestaltete Rechtsmittel, wie sie aus nationalen Rechtsordnungen bekannt sind.<sup>175</sup> In diesem Bereich gebietet sich ein Rechtsmittel aus dem Menschenrecht auf ein faires Verfahren nach Art. 14 Abs. 5 IPBürg: »Jeder, der wegen einer strafbaren Handlung verurteilt worden ist, hat das Recht, das Urteil entsprechend dem Gesetz durch ein höheres Gericht nachprüfen zu lassen.« Beim EGMR besteht ebenfalls die Möglichkeit eines Rechtszugs zur Großen Kammer gegen eine Kammer-Entscheidung.<sup>176</sup> Die Große Kammer wird tätig, »wenn die Rechtssache eine schwerwiegende Frage der Auslegung oder Anwendung dieser Konvention oder der Protokolle dazu oder eine schwerwiegende Frage von allgemeiner Bedeutung aufwirft«<sup>177</sup> (Art. 43 Abs. 2

lique de l'Italie est-elle soluble dans l'État de droit constitutionnel (national et européen)?«, in: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 126 (2010), S. 771-787; Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Mailand 2012, S. 120-128, 154.

172 Vgl. nur Yuval Shany, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford University Press, Oxford 2007.

173 Karin Oellers-Frahm, »Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions«, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 5 (2001), S. 67-104.

174 Siehe Andreas Zimmermann, Tobias Thienel, in: Zimmermann u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice* (Anm. 22), Art. 60, Rn. 28-31.

175 Wolfgang Schomburg, Jan C. Nemitz, »International Criminal Courts and Tribunals, Procedure«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 80), Rn. 34-36.

176 Art. 43 EMRK, Art. 72 EGMR-VerfO; demgegenüber sind Entscheidungen der Einzelrichter und Ausschüsse endgültig, Art. 27 Abs. 2 EMRK und Art. 28 Abs. 2 EMRK.

177 Art. 43 Abs. 2. EMRK.

EMRK). Solche Verfahren können Diskussionen anstoßen und erlauben, die Aufmerksamkeit breiter Öffentlichkeiten zu wecken.

Das Berufungsgremium der WTO hat gezeigt, wie die Einrichtung eines Rechtsmittels zur Stabilisierung normativer Erwartungen beiträgt und dabei hilft, »Sicherheit und Vorhersehbarkeit« (Art. 3 Abs. 2 DSU) im multilateralen Handelssystem herzustellen. In den Verhandlungen zum Übereinkommen von Marrakesch verknüpften viele Vertreter der Vertragsparteien ihre Bereitschaft, sich einer obligatorischen Gerichtsbarkeit zu unterwerfen, mit der Möglichkeit einer Kontrolle der erstinstanzlichen Rechtsprechung.<sup>178</sup> Dabei geht es nicht allein um das Ergebnis im Einzelfall, sondern auch um die Entwicklung der Rechtsordnung. Im *Japan – Alcoholic Beverages*-Fall legten die Vereinigten Staaten, obwohl sie obsiegt hatten, Rechtsmittel ein, da sie die Urteilsbegründung als fehlerhaft ansahen und keinen schlechten Präzedenzfall entstehen lassen wollten.<sup>179</sup>

Solche Erfahrungen inspirieren Vorschläge für ein Kontrollverfahren in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, die über die gegenwärtigen engen Möglichkeiten des Aufhebungsverfahrens (Art. 52 ICSID-Konvention) hinausgehen. Die Diskussion ist äußerst kontrovers.<sup>180</sup> Aus der Perspektive des demokratieorientierten Grundverständnisses spricht viel für ein echtes Rechtsmittel. Gleichwohl sei nicht verschwiegen, dass ein Berufungsgremium eine zusätzliche

178 Peter van den Bossche, »From Afterthought to Centrepiece: The WTO Appellate Body and Its Rise to Prominence in the World Trading System«, in: Giorgio Sacerdoti u. a. (Hg.), *The WTO at Ten. The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, S. 289-325, hier S. 294-300. Der Appellate Body ist auf die Kontrolle von Rechtsfragen beschränkt (Art. 17 Abs. 6 DSU) und mag besser als Revisions- denn als Berufungsinstanz bezeichnet werden; Hilf, »Das Streitbeilegungssystem der WTO« (Anm. 42), S. 519.

179 WTO, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, Panel Report of 11 July 1996; WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Appellate Body Report of 4 October 1996.

180 Giorgio Sacerdoti, »Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review«, in: Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer, London 1997, S. 245-280, hier S. 260-261; Karl P. Sauvant (Hg.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, New York 2008; insbesondere José E. Alvarez, »Implications for the Future of International Investment Law«, in: ebd., S. 29-35, hier S. 29.

Rechtsdynamik in Gang setzen, also das Problem demokratischer Legitimation noch vergrößern könnte. Diese Spannung stellt unter den gegenwärtigen Bedingungen gerade im Investitionsschutzsystem eine große Herausforderung dar, der die Entscheidungen jedoch argumentativ begegnen können.

## C. Die Entscheidung

Richter üben öffentliche Gewalt aus, indem sie entscheiden. Die Art, wie sie ihre Entscheidungen gestalten, bietet weitere Anknüpfungspunkte, um auf Rechtfertigungsprobleme zu reagieren. Der erste Schritt wendet das demokratische Prinzip auf richterliche Begründungsmethoden und deren Grenzen an (1.). Der zweite untersucht das demokratische Potenzial einer Interaktion mit anderen Gerichten (2.). Der dritte Schritt gilt der Einbettung in politische Prozesse. Es geht um die gerichtliche Kontrolldichte, die Verwendung von *soft law* und die Förderung demokratischer Politisierung (3.).

### 1. Gründe und Grenzen

#### *a) Die Methode in demokratieorientierter Sicht*

Die methodengerechte Anbindung der Entscheidung an die maßgebliche Rechtsquelle bildet einen klassischen Weg, richterliche Gewalt demokratisch zu rechtfertigen. Selbst wenn man die Unvermeidlichkeit richterlichen Ermessens erkennt, muss die Begründung die Entscheidung legitimieren. Wie soll aber eine entsprechende Begründung aussehen? Die Vorstellungen, was eine gute Begründung verlangt, gehen weit auseinander. Auf der einen Seite kann sich ein Gericht darauf beschränken, seine Zuständigkeit darzulegen, einschlägige Rechtsquellen und Urteile nachzuweisen und in einem deduktiven Duktus mit wenigen Worten zur Entscheidung zu führen. Grundlegende Annahmen, Gewichtungen und Alternativen werden dabei nicht näher erörtert. Ausgeklammert bleiben vor allem Argumente, die am Rande oder außerhalb des klassischen, oft als »formalistisch« bezeichneten Argumentationsstils liegen, also im weitesten Sinne »subjektive« und »politische«

Erwägungen. Ein solcher Begründungsmodus der richterlichen Entscheidung findet sich etwa im französischen Rechtsstil.<sup>181</sup> Er kann theoretisch damit gerechtfertigt werden, dass er rechtliche Autonomie und Nachprüfbarkeit im möglichen Umfang befördert und das diskretionäre Moment, das keiner rationalen Begründung zugänglich ist, eben unbegründet lässt.<sup>182</sup> Der Richter hat den demokratischen Auftrag zu einer rechtlich gehegten Ermessensentscheidung, die selbst keiner weiteren Legitimation bedarf.

Auf der anderen Seite des Spektrums steht ein Verständnis gerichtlicher Begründung, wonach sie die »Richtigkeit« der Entscheidung darlegen soll. Ronald Dworkin und Robert Alexy haben dieses Verständnis theoretisch zu erhärten versucht. Praktische Beispiele finden sich in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts oder des amerikanischen obersten Gerichts.<sup>183</sup> Der Kreis zulässiger Argumente ist hier weiter als nach dem »formalistischen« Verständnis. Die beiden Verständnisse unterscheiden sich nicht nur in der Länge der Begründung, sondern gerade in den Vorstellungen, welche Argumentationsformen eine gute richterliche Begründung ausmachen.

Solche theoretisch-normativen wie kulturellen Divergenzen erklären viele Unterschiede in der Praxis, selbst zwischen eng verwandten Rechtskulturen. Für das formalistische britische Verständnis sind beispielsweise freihändige Konstruktionen auf der Grundlage erster Prinzipien, politische Argumente oder konsequentialistische Erwägungen tendenziell suspekt, während in den Vereinigten Staaten formale Argumente, die sich eng an autoritativen Texten abarbeiten, leicht als Maske erscheinen, welche die tragenden Erwägungen verdeckt, vielleicht gar versteckt.<sup>184</sup> Da nun

181 Michel Troper, Christophe Grzegorzczak, »Precedent in France«, in: Neil MacCormick, Robert S. Summers (Hg.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate, Aldershot 1997, S. 103-140, hier S. 107-114; Daniel Sarmiento, »The Silent Lamb and the Deaf Wolves«, in: Matej Avbelj, Jan Komárek (Hg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart, Oxford 2012, S. 285-317, hier S. 310.

182 In diese Richtung vor allem Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Leipzig 1934, S. 97-99.

183 Näher Oliver Lepsius, »Die maßstabsetzende Gewalt«, in: Matthias Jestaedt u. a., *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2011, S. 159-279, hier S. 237-259.

184 Wegweisend Patrick S. Atiyah, Robert S. Summers, *Form and Substance in*



jede Begründung stets relativ für die zu überzeugende Gruppe zu formulieren ist,<sup>185</sup> sind internationale Gerichte vor eine schwere Aufgabe gestellt.<sup>186</sup>

Eine Antwort auf diese Herausforderung könnte ein minimalistischer Ansatz bieten, wie ihn der IGH im Kosovo-Gutachten praktizierte.<sup>187</sup> Cass Sunstein bietet eine einprägsame Formel: Gerichte sollen im Zweifel »narrow and shallow« entscheiden.<sup>188</sup> Sie sollten sich tunlichst zurückhalten und nicht mehr sagen, als zur Streitbeilegung gerade nötig ist. Dieses Rezept erscheint für internationale Gerichte auf den ersten Blick geradezu als ein Königsweg, insbesondere für den IGH, der keine zwingende Zuständigkeit besitzt und sich in einem schwierigen politischen Kontext bewegt.

Allerdings kollidiert Sunsteins Formel mit dem Interesse an Rechtssicherheit und dem Bedürfnis nach normativer Orientierung. Gerade auf der internationalen Ebene, auf der die politische Rechtserzeugung und -korrektur in vielen Bereichen nur mühsam vorankommt, können oft allein Gerichte das Projekt der rechtlichen Zivilisierung vorantreiben, welches auch für die Demokratisierung öffentlicher Gewalt unerlässlich ist.<sup>189</sup> Die Empfehlung

*Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon, Oxford 1987, S. 5-35.

185 Chaim Perelman, Lucie Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, University of Notre Dame Press, Notre Dame 1969, S. 19; Benedict Kingsbury, »International Courts: Uneven Judicialization in Global Order«, in: Martti Koskeniemi, James Crawford (Hg.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, S. 203-227.

186 So folgt der EGMR aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens grundsätzlich auch keine Pflicht zu ausführlichen Begründungen, EGMR, *Atanasovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia* (Anm. 113), Rn. 38.

187 IGH, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010, I. C. J. Reports 2010, S. 403.

188 Cass R. Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1999; eine Einschätzung bei Christopher J. Peters, »Assessing the New Judicial Minimalism«, in: *Columbia Law Review* 100 (2000), S. 1454-1537.

189 Immanuel Kant, »Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht«, in: Karl Vorländer (Hg.), *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, Felix Meiner, Hamburg 1964 [1784], S. 3-20, hier S. 12-15; Jürgen Habermas, »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«, in: ders., *Der gespaltene Westen. Kleine Politische Schriften X*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2004, S. 113-193, hier S. 120-122.

»narrow and shallow« reibt sich zumeist weiter mit dem Erfordernis der Kritisierbarkeit.<sup>190</sup> Demokratiethoretisch wäre sie allenfalls ein Pyrrhussieg.<sup>191</sup>

»Narrow and shallow« könnte schließlich nur überzeugen, wenn es keine Notwendigkeit gäbe, dass sich das Gericht mit anderen Entscheidungen auseinandersetzt. Da Streitparteien jedoch ihre Positionen mit Präjudizien entfalten und um deren Bedeutung ringen, sollte eine Begründung auf dieses Ringen antworten. Gerichtlicher Minimalismus bietet also selbst im Lichte des demokratischen Prinzips keine Lösung, wie internationale Gerichte ihre Entscheidungen begründen sollen.<sup>192</sup> Ähnliches gilt für Grundsätze wie *in dubio mitius*, wonach im Zweifelsfall die weniger beschränkende Interpretation gewählt werden soll.<sup>193</sup>

In die entgegengesetzte Richtung gehen Vorschläge, internationale Gerichte sollten ihre »policy reasons« aufdecken.<sup>194</sup> Gewiss kann ein Gericht damit größere Transparenz erzeugen, eine breitere Öffentlichkeit ansprechen und Diskursivität stärken. Zugleich ist jedoch zu bedenken, dass solche Argumentationsformen leicht zu einer Deformalisierung führen können. Die Formalität des deduktiven Begründungsmodus erschwert es, Machtpositionen in rechtliche Argumente zu übersetzen, da sie die Autonomie des Rechtsdiskurses stützt.<sup>195</sup>

190 Sunstein selbst scheint inzwischen Zweifel zu haben: Cass R. Sunstein, »Beyond Judicial Minimalism«, in: *Tulsa Law Review* 43 (2008), S. 825-842.

191 Zu entsprechenden Ansätzen in der Verfassungsgerichtsbarkeit Jörg Riecken, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie*, Duncker & Humblot, Berlin 2003, S. 295-301.

192 In diesem Sinne auch IGH, *Kosovo* (Anm. 187), Declaration of Judge Simma.

193 Abgelehnt etwa in IGH, *Dispute Regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment of 13 July 2009, I. C. J. Reports 2009, S. 213, Rn. 48; *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, NAFTA/UNCITRAL Award on Jurisdiction of 24 June 1998, Rn. 55; näher Rudolf Bernhardt, »Interpretation in International Law«, in: ders. (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Bd. 2, Elsevier, Amsterdam 1995, S. 1416-1425, hier S. 1421; Luigi Crema, »Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)«, in: *European Journal of International Law* 21 (2010), S. 681-700.

194 So für den Appellate Body Douglas A. Irwin, Joseph H. H. Weiler, »Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (DS 285)«, in: *World Trade Review* 7 (2008), S. 71-113, hier S. 89-99.

195 Martti Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise of Modern International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, S. 494-509.

Ungeachtet dieser Schwierigkeiten und Unsicherheiten gibt es einige Maßgaben, die auf jeden Fall empfehlenswert erscheinen. So sollte ein Gericht, wie vor allem im *common law* üblich, seine situativen Annahmen niederlegen, also Tatsachenbezug, Zeitbezug und Politikbezug ausweisen.<sup>196</sup> Dies erleichtert den kritischen Umgang mit Entscheidungen und könnte unbeabsichtigten Wirkungen begegnen.<sup>197</sup> Würden tatsächliche Annahmen und Erwartungen dargelegt, so könnte leichter vermieden werden, dass sich Präjudizien auf Konstellationen erstrecken, die nicht erfasst werden sollten.<sup>198</sup> Erwartete Effekte in die Entscheidung als Folgerwägungen einfließen zu lassen, ist gute und gängige Praxis.<sup>199</sup> Frederick Schauer hält treffend fest: »despite this seeming indeterminacy of the future precedential effect of today's decision, awareness of the future effect of today's decision pervades legal and nonlegal argument«.<sup>200</sup>

### *b) Systematische Interpretation als demokratische Strategie*

Die systematische Interpretation verdient besondere Betonung, da sie auf die Probleme der Fragmentierung reagieren kann. Internationale Gerichte sind in den letzten Jahrzehnten vor allem in sektorspezifischen Regimen erstarkt. Daher ist zu überlegen, ob den damit verbundenen Problemen demokratischer Legitimation eine

196 Oliver Lepsius, »Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?«, in: *Die Verwaltung*, Beiheft 7 (2007), S. 319-366, hier S. 320-326.

197 Eine Entscheidung des EGMR zu den Rechten eines Terrorverdächtigen bietet ein positives Beispiel, EGMR, *Nada v. Switzerland*, App. No. 10593/08, Judgment of 12 September 2012.

198 So, wenngleich für das deutsche Recht, Lepsius, »Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?« (Anm. 196), S. 335-339; ebenso Laurence R. Helfer, Anne-Marie Slaughter, »Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication«, in: *Yale Law Journal* 107 (1997-1998), S. 273-391, hier S. 320.

199 Zu Folgerwägungen näher Gertrude Lübke-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, Alber, Freiburg 1981; Niels Petersen, »Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?«, in: *Der Staat* 49 (2010), S. 435-455; kritisch mit Blick auf die Konstruktion der Wirklichkeit Ino Augsberg, »Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft«, in: *Der Staat* 51 (2012), S. 117-125.

200 Frederick Schauer, »Precedent«, in: *Stanford Law Review* 39 (1987), S. 571-605, hier S. 574.

systematische Interpretation und, institutionell betrachtet, eine hiervon geleitete Interaktion internationaler Gerichte begegnen kann.

Die Regeln der Vertragsinterpretation bestimmen, dass »jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz« zu berücksichtigen ist (Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK).<sup>201</sup> Potenzial und Reichweite dieser Interpretationsregel werden seit dem Bericht der International Law Commission (ILC) zur Fragmentierung intensiv diskutiert. Nach Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK und dem »Prinzip der systemischen Integration« ist entscheidend, dass sich die Interpretation einer Norm auf ihre rechtliche »Umwelt« bezieht, ja auf das System des Völkerrechts insgesamt.<sup>202</sup>

They call upon a dispute-settlement body – or a lawyer seeking to find out ›what the law is‹ – to situate the rules that are being invoked by those concerned in the context of other rules and principles that might have bearing upon a case. In this process the more concrete or immediately available sources are read against each other and against the general law ›in the background‹.<sup>203</sup>

Nun ist der Systemgedanke im Völkerrecht allerdings problematisch.<sup>204</sup> Unter dem staatenorientierten Grundverständnis, nach

201 Vgl. Nele Matz-Lück, »Harmonization, Systemic Integration, and ›Mutual-Supportiveness‹ as Conflict-Solution Techniques: Different Modes of Interpretation as a Challenge to Negative Effects of Fragmentation?«, in: *Finnish Yearbook of International Law* 17 (2006), S. 39-53; Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, S. 244-274; ders., »Bridging Fragmentation and Unity. International Law as a Universe of Inter-Connected Islands«, in: *Michigan Journal of International Law* 25 (2004), S. 903-916.

202 International Law Commission (ILC), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, 13 April 2006, ILC Doc. A/CN.4/L.682, Rn. 479.

203 Ebd.

204 Siehe Ulrich Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht. Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts*, Duncker & Humblot, Berlin 1991, S. 149-151. Vgl. Benedict Kingsbury, »Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?«, in: *New York University Journal of International Law and Politics* 31 (1999), S. 679-696, hier S. 691.



dem das Völkerrecht strikt bilateral und genossenschaftlich strukturiert ist, herrschte lange Zeit die Meinung vor, es könne ein System des Völkerrechts gar nicht geben. Wegweisend war Heinrich Triepels Ablehnung eines allgemeinen Völkerrechts.<sup>205</sup> Ähnlich meint auch Herbert Hart, man könne nicht von einem Völkerrechtssystem sprechen.<sup>206</sup> Der Grund lautet:

[I]nternational law not only lacks the secondary rules of change and adjudication which provide for legislature and courts, but also a unifying rule of recognition specifying ›sources‹ of law and providing general criteria for the identification of its rules.<sup>207</sup>

Der Systemgedanke ist weit einfacher unter dem gemeinschaftsorientierten Grundverständnis zu formulieren.<sup>208</sup> Im ersten Beitrag der *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* setzt Viktor Bruns auf der ersten Seite als Prämisse: »Das Völkerrecht ist eine Rechtsordnung für die Gemeinschaft der Staaten, ein System von Rechtsgrundsätzen, Rechtsinstituten und Rechtssätzen, die untereinander in einem Ordnungszusammenhang stehen.«<sup>209</sup> Mit dem Ausbau der Institutionen der Völkerrechtsordnung ist dieser Ansatz zunehmend plausibler geworden.

Es mag gleichwohl verwundern, dass gerade ein demokratieorientiertes Verständnis auf den Systemgedanken setzt, gilt dieser in historischer Perspektive doch vor allem deshalb als problematisch, weil er genutzt wurde, um Reformbestrebungen des demokratischen Gesetzgebers zu begegnen.<sup>210</sup> Gleichwohl ist der Systemge-

205 Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 1899, S. 27-28. Zu ähnlichen Verständnissen bei anderen Autoren Koskenniemi, *Gentle Civilizer* (Anm. 195), S. 362.

206 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. Aufl., Clarendon, Oxford 1994 [1961], S. 92.

207 Ebd., S. 214.

208 Ähnlich Bruno Simma, Dirk Pulkowski, »Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law«, in: *European Journal of International Law* 17 (2006), S. 483-529; Klaus Zemanek, »The Legal Foundations of the International System«, in: *Recueil des cours* 266 (1997), S. 9-366, hier S. 62.

209 Viktor Bruns, »Völkerrecht als Rechtsordnung«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1 (1929), S. 1-56, hier S. 1; näher Eyal Benvenisti, »The Conception of International Law as a Legal System«, in: *German Yearbook of International Law* 50 (2008), S. 393-405.

210 Oliver Lepsius, »Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode? Oder: Die zwei Phasen der Europäisierung des Verwaltungsrechts«, in: *Die*

danke nicht zwingend antidemokratisch. Bei Hans Kelsen mutierte er zu einem erkenntnistheoretischen Postulat.<sup>211</sup> Auf dieser Linie wurde der Systembegriff weiterentwickelt und zugleich zurechtgestutzt. Heute wird das »System« nicht als dem geltenden Recht innewohnend verstanden, sondern als eine Ordnung, die konstruiert und an das Recht herangetragen wird.<sup>212</sup> In diesem Sinne spielt der Systemgedanke weiterhin eine wissenschaftstheoretisch haltbare und fruchtbare Rolle,<sup>213</sup> gerade in der Diskussion zur Fragmentierung des Völkerrechts.<sup>214</sup> So beruht bereits die Idee einer Ausdifferenzierung von Teilbereichen darauf, dass es ein »Ganzes«, ein System überhaupt gibt.

Nicht zuletzt ist das systematische Argument im positiven Recht der WVK verankert, nämlich in Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK. Wenngleich sich die Rechtsprechung selten explizit auf diese Norm bezieht, so unterliegt der systematische Gedanke doch vielen gerichtlichen Argumenten.<sup>215</sup> Geradezu diskursprägend war die legitimierungserheischende Aussage des WTO-Berufungsgremiums in seiner allerersten Entscheidung, das GATT-Abkommen sei nicht in »clinical isolation« zum Völkerrecht zu lesen.<sup>216</sup> Der wohl am stärksten institutionalisierte Teil des Völkerrechts, das internatio-

*Verwaltung*, Beiheft 10 (2010), S. 179-204, hier S. 194-202; David Kennedy, *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1997, S. 215-221.

211 Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Anm. 182), S. 62-84; ähnlich Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Anm. 25), S. 60-84.

212 Ralph Christensen, Hans Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Duncker & Humblot, Berlin 2001, S. 142-146, hier S. 158; Stefan Oeter, »Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67 (2007), S. 675-693, hier S. 685-686.

213 Ralph Christensen, Andreas Fischer-Lescano, »Die Einheit der Rechtsordnung. Zur Funktionsweise der holistischen Semantik«, in: *Zeitschrift für Rechtsphilosophie* 4 (2006), S. 8-14.

214 Matthew Craven, »Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law«, in: *Finnish Yearbook of International Law* 14 (2003), S. 3-34, hier S. 7.

215 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, Rn. 53. Siehe auch ILC, *Fragmentation* (Anm. 202), S. 310.

216 WTO, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, Appellate Body Report of 29 April 1996, S. 17. Ausführlich zum Hintergrund bereits oben, II. C. 2.

nale Handelsrecht im Rahmen der WTO, positioniert sich damit gerade nicht in Isolation vom allgemeinen Völkerrecht, sondern als Teil desselben.<sup>217</sup>

Gestützt wird die systematische Interpretation durch die Vermutung, dass Rechte und Pflichten eines Völkerrechtssubjekts sich nicht widersprechen sollen.<sup>218</sup> Der IGH formulierte diese Vermutung als Interpretationsregel: »It is a rule of interpretation that a text emanating from a Government must, in principle, be interpreted as producing and intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it.«<sup>219</sup> Insgesamt kann so mittels der Interpretationsregeln der WVK ein Diskursraum aufgespannt werden, in dem die Vorgaben aus verschiedenen Regimen abgeglichen werden können. Dies kann nicht immer, aber doch in vielen Fällen Probleme der Fragmentierung abschwächen.<sup>220</sup>

Gewiss gibt es gewichtige Hindernisse, die sich etwa aus Beschränkungen des anwendbaren Rechts oder Anforderungen der Kongruenz der Vertragsparteien ergeben.<sup>221</sup> Auch besteht die Gefahr, dass die Interpretation von regimefremden Völkerrechtssätzen durch eine gerichtliche Institution, die Teil eines funktionell zugeschnittenen Regimes ist, jenem funktionellen Zuschnitt verbunden

217 Anders das Rechtssystem der Europäischen Union, das seine Autonomie als erstes Prinzip behandelt, EuGH, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, verb. Rs. C-402/05 P, C-415/05 P, Judgment of 3 September 2008, Slg. 2008, I-6531, Rn. 316.

218 Bruno Simma, Theodore Kill, »Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology«, in: Christina Binder u. a. (Hg.), *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 678-707, hier S. 686-691.

219 IGH, *Right of Passage over Indian Territory* (Portugal v. India), Judgment of 26 November 1957, I.C.J. Reports 1957, S. 125 (141); IGH, *Oil Platforms* (Anm. 82), Rn. 41.

220 Clarence W. Jenks, »The Conflict of Law-Making Treaties«, in: *British Yearbook of International Law* 30 (1953), S. 401-453, hier S. 427-429.

221 Lorand Bartels, »Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings«, in: *Journal of World Trade* 35 (2001), S. 499-519, hier S. 501-512; ILC, *Fragmentation* (Anm. 202), Rn. 450; Ulf Linderfalk, »Who Are ›the Parties? Article 31, Paragraph 3 (c) of the 1969 Vienna Convention and the ›Principle of Systemic Integration‹ Revisited«, in: *Netherlands International Law Review* 55 (2008), S. 343-364.

bleibt.<sup>222</sup> Nicht alle Menschenrechtler hoffen auf die Interpretation menschenrechtlicher Sätze durch Organe der WTO oder durch Investitionsschiedsgerichte.

Doch in vielen Fällen geht es eher darum, die zu interpretierende Norm in den Kontext des allgemeinen, also alle Subjekte bindenden Völkerrechts oder multilateraler Verträge globalen Zuschnitts zu setzen. An diesem Punkt zeigt sich auch das Potenzial der gegenseitigen Bezugnahme internationaler Spruchkörper, was die Vertragsorgane der Menschenrechtsregime einschließt. Die unterschiedlichen Perspektiven sind in der gemeinsamen Sprache des Völkerrechts dialogisch zusammenzuführen. Die systematische Interpretation zeigt sich so als kooperatives Unternehmen.<sup>223</sup> Für ein solches Unternehmen müssen Gerichte sich dem Dialog öffnen, wofür es Hinweise gibt.<sup>224</sup> Gleichwohl bleibt die Evidenz für einen substanziellen und kontinuierlichen Dialog schwach.<sup>225</sup> Bloße *comity* reicht nicht aus, um eine Verschleifung sektoraler Perspektiven zu erreichen.<sup>226</sup> Zudem sind manche Sektoren des Völkerrechts gar nicht mit Gerichten oder ähnlichen Institutionen ausgestattet, was oft nicht zufällig so ist, sondern sich strategisch erklärt.<sup>227</sup> Konkret ist die Interaktion zwischen Handels- und Umweltinteressen ein Dialog zwischen Ungleichen. Diese Probleme sind gewichtig, stel-

222 Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law* (Anm. 201), S. 242-243.

223 Ruti Teitel, Robert Howse, »Cross-Judging. Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order«, in: *New York University Journal of International Law and Politics* 41 (2009), S. 959-990, hier S. 967.

224 Bruno Simma, »Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 265-297; Rosalyn Higgins, »A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench«, in: *International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006), S. 791-804; Mark E. Villiger, »The Dialogue of Judges«, in: Christine Hohmann-Dennhardt u. a. (Hg.), *Durchsetzung und Verfahren. Festschrift für Renate Jäger*, Engel, Kehl am Rhein 2011, S. 195-209.

225 Suzannah Linton, Firew Kebede Tiba, »The International Judge in an Age of Multiple International Courts and Tribunals«, in: *Chicago Journal of International Law* 9 (2009), S. 407-470, hier S. 419; positiver Jonathan I. Charney, »Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?«, in: *Recueil des cours* 271 (1998), S. 101-382, hier S. 347-356.

226 Zur *comity* Elisa D'Alterio, »From Judicial Comity to Legal Comity: A Judicial Solution to Global Disorder?«, in: *International Journal of Constitutional Law* 9 (2011), S. 394-424.

227 Kingsbury, »International Courts« (Anm. 185).



len aber nicht in Frage, dass die systematische Interpretation eine demokratietheoretisch relevante Strategie bildet.

Es sei abschließend daran erinnert, dass die systematische Interpretation natürlich nicht zu zwingenden Ergebnissen führt. Das Erfordernis einer Begründung, so unerlässlich sie für die Legitimation einer Entscheidung ist, lässt einem Gericht große Freiheit, wer einen Fall gewinnt, wie es normative Erwartungen stabilisiert, welche neuen Erwartungen es generiert, wie intensiv es Herrschaftsausübung kontrolliert und wen es legitimiert oder delegitimiert. Die etablierten Interpretationsregeln, auch die systematische Interpretation, sind überaus geduldig. Gerade das demokratische Prinzip impliziert jedoch eine Grenze, an der diese Geduld reißt.

### *c) Grenzen der Entscheidung und ihrer Begründung*

Die deutsche Dogmatik fasst die Grenzen der Entscheidung und ihrer Begründung, indem sie zwischen Auslegung und zulässiger bzw. unzulässiger richterlicher Rechtsfortbildung differenziert.<sup>228</sup> In vielen anderen Rechtskulturen wird eine solche feinsinnige Unterscheidung nicht gemacht. So geht es im *Common-law*-Raum zu- meist allgemeiner um die Grenzen der *judicial discretion*.<sup>229</sup>

Unter jeder Begrifflichkeit erweist sich die Identifizierung einer Grenze als außerordentlich schwierig. Sicher ist aber immerhin, dass es sich um eine Frage der Gewaltenteilung handelt. Diskurstheoretisch wird die Kompetenzabgrenzung zwischen gesetzgebenden, gesetzesanwendenden und gesetzesvollziehenden Instanzen in eine Verteilung von Zugriffsmöglichkeiten auf verschiedene Sorten von Gründen konzipiert; dieser Ansatz sei hier verfolgt. Die wichtigste diskurstheoretische Unterscheidung ist die von Normbegründungs- und Anwendungsdiskursen.<sup>230</sup> Diese Deutung der

228 Ausführlich Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Hg.), *Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*, C. F. Müller, Heidelberg 1986.

229 Näher Fuad Zarbiyev, »Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis«, in: *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), S. 247-278, hier S. 250-251; Iris Canor, *The Limits of Judicial Discretion in the European Court of Justice*, Nomos, Baden-Baden 1998, insbesondere S. 19-35, 135-168.

230 Habermas, *Faktizität und Geltung* (Anm. II), S. 235; Günther, »Ein normativer Begriff der Kohärenz« (Anm. 130), S. 167-175; ders., »Communicative Freedom,

Gewaltenteilung geht davon aus, dass das Recht die Ergebnisse des demokratischen Prozesses transportiert und damit normative Quelle der Legitimation öffentlicher Gewalt ist. Es beruht auf den Normbegründungsdiskursen der demokratischen Willensbildung und der darauf aufbauenden Gesetzgebung.<sup>231</sup> In diesen Diskursen können die Teilnehmer auf das gesamte Spektrum pragmatischer, ethischer und moralischer Gründe zugreifen.

Die Gerichte als anwendende Instanzen zehren von der im Gesetzgebungsprozess erarbeiteten demokratischen Legitimität. Nach diesem diskurstheoretischen Verständnis liberaldemokratischer Gewaltenteilung »muß die Justiz von der Gesetzgebung getrennt und an einer Selbstprogrammierung gehindert werden«. <sup>232</sup> Die Rechtserzeugung im Gerichtsverfahren ist den spezifischen Diskursregeln des Anwendungsdiskurses verpflichtet. Selbst wenn jedem Akt der Interpretation und Anwendung ein schöpferisches Moment inneohnt, ist es unverzichtbar, dass sich die gerichtliche Gewalt auf den demokratischen politischen Prozess bezieht und von diesem abhängig bleibt. Diese Überlegungen bestätigen den Unterschied zwischen gerichtlicher und politischer Rechtserzeugung.<sup>233</sup>

Dieses Gewaltenteilungsverständnis, entwickelt für den demokratischen Rechtsstaat, sollte nicht unverändert auf die internationale Ebene übertragen werden.<sup>234</sup> Viele wichtige Entscheidungen internationaler Gerichte sind kaum überzeugend mit den Argumentationsformen von Anwendungsdiskursen auf eine völkervertragliche Grundlage zurückzuführen.<sup>235</sup> Auch die Diskurstheorie selbst sieht, dass eine strikte Durchführung die Verrechtlichung komplexer und dynamischer sozialer Beziehungen, also das Projekt der Zivilisierung von Macht, wahrscheinlich verlangsamen, ja beschränken würde.<sup>236</sup> Dieser Preis ist auch ihr zu hoch, und entsprechend billigt sie den Gerichten einen weiteren Kompetenzbereich zu, allerdings um den Preis großer Vagheit:

Communicative Power, and Jurisgenesis«, in: *Cardozo Law Review* 17 (1995-1996), S. 1035-1058.

231 Habermas, *Faktizität und Geltung* (Anm. II), S. 187-195.

232 Ebd., S. 213.

233 Oben, III. A. I. c).

234 Ebd.

235 Oben, I. B. I. c).

236 So zum EuGH Iris Canor, *The Limits of Judicial Discretion in the European Court of Justice* (Anm. 229), S. 43-88.

Soweit Gesetzesprogramme auf eine rechtsfortbildende Konkretisierung [...] angewiesen sind [...], müssen die juristischen Anwendungsdiskurse auf eine erkennbare Weise um Elemente von Begründungsdiskursen ergänzt werden. Diese Elemente einer quasi-gesetzgeberischen Meinungs- und Willensbildung bedürfen freilich einer anderen Legitimation. Die zusätzliche Legitimationsbürde könnte durch Rechtfertigungszwänge vor einem erweiterten justizkritischen Forum abgegolten werden.<sup>237</sup>

Anwendungsdiskurse sollen also erweitert werden, »soweit Gesetzesprogramme auf eine rechtsfortbildende Konkretisierung [...] angewiesen sind«. Dann haben Gerichte ein entsprechendes Mandat. Internationale Rechtsgrundlagen bedürfen besonders häufig solcher Konkretisierungen. Entsprechende Mandate internationaler Gerichte haben wir bereits nachgewiesen.<sup>238</sup>

Plausible Anhaltspunkte, wie das Mandat der Gerichte zur Rechtsfortbildung weiter bestimmt und begrenzt werden kann, finden sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Danach ist die richterliche Rechtsfortbildung auf supra- und internationaler Ebene durch das »Programm« eines Vertrags beschränkt, das als Maßstab dient.<sup>239</sup> Damit ähnelt die rechtserzeugende Kompetenz der gerichtlichen Institutionen derjenigen von politischen Institutionen einer überstaatlichen Organisation, denn auch Letztere verfügt über Kompetenzen nur im Rahmen der Vertragsziele.<sup>240</sup> Dies bestätigt unseren Ansatz, internationale Gerichte wie internationale Organisationen als Akteure globalen Regierens zu betrachten. Allerdings ist damit weiterhin keine klare Grenze bezeichnet, da Vertragsziele zumeist offen formuliert sind.

237 Habermas, *Faktizität und Geltung* (Anm. II), S. 530. Siehe auch Tobias Lieber, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 225-234.

238 Siehe III. A. 1. b).

239 BVerfGE, 126, 286, *Honeywell*, Rn. 64; BVerfGE 104, 151, *NATO-Strategiekonzept*, Rn. 126. Aus der Literatur Matthias Klatt, *Making the Law Explicit. The Normativity of Legal Argumentation*, Hart, Oxford 2008, S. 5-17; Konrad F. Walter, *Rechtsfortbildung durch den EuGH*, Duncker & Humblot, Berlin 2009, S. 41-43.

240 Jan Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2009, S. 59-64; Armin von Bogdandy, »General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field«, in: *German Law Journal* 11 (2008), S. 1909-1938, hier S. 1933.

Das Bundesverfassungsgericht belässt es auch nicht bei dem abstrakten Maßstab, sondern statuiert Indikatoren, ob eine gerichtliche Entscheidung das vertragliche Integrationsprogramm überschreitet. Es begründet zunächst eine Vermutungsregel für die Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung. Denn eine unzulässige Rechtserzeugung liegt erst vor, »wenn sie deutlich erkennbare, möglicherweise sogar ausdrücklich im Wortlaut dokumentierte (vertrags-)gesetzliche Entscheidungen abändert oder ohne ausreichende Rückbindung an gesetzliche Aussagen neue Regelungen schafft. Dies ist vor allem dort unzulässig, wo Rechtsprechung über den Einzelfall hinaus politische Grundentscheidungen trifft oder durch die Rechtsfortbildung strukturelle Verschiebungen im System konstitutioneller Macht- und Einflussverteilung stattfinden«. <sup>241</sup>

Sowohl die Diskurstheorie als auch die deutsche Verfassungsjudikatur gehen also davon aus, dass die innovative gerichtliche Rechtserzeugung keineswegs prinzipiell unzulässig, sondern vielmehr im demokratischen Auftrag internationaler Gerichte angelegt ist. Die demokratische Ausrichtung beider Ansätze macht sie zu herausragenden Exponenten des demokratieorientierten Grundverständnisses, das eben richterliche Verrechtlichung keineswegs in Frage stellt. Die Kriterien der Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung sind gewiss offen, was theoretisch wie rechtlich kaum zu vermeiden ist. Wir sehen darin auch keinen Nachteil, denn diese Offenheit erlaubt es, dass spätere Gerichte auf die öffentliche Debatte, die sich mit einem entsprechenden Urteil auseinandersetzt, responsiv reagieren. Auch deshalb erscheint es angezeigt, die weiteren Mechanismen demokratischer Legitimierung auszubauen, da sie diskurstheoretisch geforderte »Rechtfertigungszwänge vor erweiterten justizkritischen Foren« stärken. Damit Rechtfertigungschancen, die in den Begründungsformen liegen, zu Rechtfertigungszwängen werden, sind internationale Gerichte eben in einen Kontrollkontext einzubetten.

<sup>241</sup> BVerfG, *Honeywell* (Anm. 239), Rn. 64. Zur Diskussion des Urteils Leslie Manthey, Christopher Unseld, »Der Mythos vom contra-legem-Verbot. Vom Umgang des EuGH mit einem Verfassungsprinzip«, in: *Die öffentliche Verwaltung* 64 (2011), S. 921-929.



## 2. Gerichtliche Interaktion als demokratische Kontrolle

Die rechtlichen Anforderungen an internationale Entscheidungen rufen nach Mechanismen und Institutionen, die über ihre Einhaltung wachen. Den wohl wichtigsten Mechanismus bildet das Kollegialprinzip. Fast alle Entscheidungen fast aller internationalen Gerichte werden von Kollegien getroffen. Wenn die Richterbank mit unabhängigen, unparteilichen und juristisch ausgewiesenen Personen besetzt ist, so muss jede Position eines jeden Richters sich im Kollegium juristisch rechtfertigen.<sup>242</sup> In diesem Sinne dient das Kollegialprinzip, die Interaktion zwischen den Richtern eines Gerichts, dem demokratischen Prinzip.<sup>243</sup> Das Kollegialprinzip konkretisiert das demokratische Prinzip nicht im Sinne des Repräsentationsgedankens, sondern viel schlichter dank der gegenseitigen Kontrolle.

Eine externe Kontrolle wird zunehmend von staatlichen Gerichten und auch dem EuGH ausgeübt, insbesondere mit Blick auf das rechtsfortbildende Mandat. Das wird nicht selten als eine für die internationale Gerichtsbarkeit bedrohliche Konfrontation gedeutet.<sup>244</sup> Inzwischen mehren sich jedoch die Stimmen, die ihr legitimatorisches Potenzial hervorheben.<sup>245</sup>

Rechtlich wird diese Kontrolle dadurch ermöglicht, dass das interne Verfassungsrecht darüber entscheidet, wie eine völkerrechtliche Entscheidung auf interne Rechtsbeziehungen einwirkt.<sup>246</sup>

242 Dazu bereits oben, III. A. I. c).

243 Voßkuhle/Sydow, »Die demokratische Legitimation des Richters« (Anm. I), S. 679.

244 Vgl. nur Jochen A. Frowein, »Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte«, in: Klaus Dicke u. a. (Hg.), *Weltinnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück*, Duncker & Humblot, Berlin 2004, S. 279-287, hier S. 280-281.

245 Heiko Sauer, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen. Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen*, Springer, Berlin 2008; Andreas Voßkuhle, »Der europäische Verfassungsgerichtsverbund«, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 29 (2010), S. 1-8, hier S. 6-8; Anne Peters, »Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse«, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 65 (2010), S. 3-63, hier S. 59-61.

246 Daniel Halberstam, »Local, Global, and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World«, in: Gráinne de Búrca, Joseph H. H. Weiler (Hg.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, S. 150-202, hier S. 164-165.

Für Deutschland kommt es also auf das Grundgesetz und das Primärrecht der Europäischen Union an. Internationale Gerichte haben zwar vereinzelt versucht, unmittelbare Wirkung anzuordnen, konnten sich damit aber, mit Ausnahme des Interamerikanischen Gerichtshofes, kaum durchsetzen.<sup>247</sup> Zu Recht bestimmt sich der interne Effekt einer internationalen Gerichtsentscheidung nach dem Verfassungsrecht der rezipierenden Rechtsordnung. Wie sehr sich ein Verfassungssystem der Wirkung internationaler Rechtsprechung öffnet, ist eine verfassungsrechtliche Entscheidung höchster Tragweite, die von Verfassung zu Verfassung unterschiedlich ausfallen kann.<sup>248</sup>

Das staatliche Verfassungsrecht weist internationalen gerichtlichen Entscheidungen in der Regel keine unmittelbare Wirkung in der internen Rechtsordnung zu. Ihre Umsetzung verlangt das Tätigwerden staatlicher Institutionen.<sup>249</sup> Internationale Gerichte können so in der Regel nur eine Rechtswidrigkeit feststellen, sie verfügen aber nicht über die Kompetenz, eine rechtswidrige Handlung für nichtig oder unanwendbar zu erklären.

Diese Schwäche internationaler Gerichte entpuppt sich als Entlastung. Sie erscheint im Lichte des demokratischen Prinzips überzeugend, da zwischengeschaltete supranationale und nationale Institutionen als die »erweiterten justizkritischen Foren« dienen

247 Vorsichtige Ansätze in diese Richtung in IGH, *Namibia* (Anm. 215), Rn. 125; *LaGrand* (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001, I. C. J. Reports 2001, S. 466, Rn. 77; ICTY, *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum of 18 July 1997 (IT-95-14-T), Rn. 65-69; StIGH, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Advisory Opinion of 3 March 1928, P. C. I. J. Series B, No. 15, Rn. 38. Aus der Rechtsprechung des IAGMR *Case of Gómez-Palomino v. Peru*, Judgment of 22 November 2005, Series C, No. 136, Rn. 90-96, 149 und 153; *Case of »The Last Temptation of Christ« (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile*, Judgment of 5 February 2001, Series C, No. 73, Rn. 87-90; näher Góngora Mera, *Inter-American Judicial Constitutionalism* (Anm. 90), S. 49-54.

248 Zur unmittelbaren Wirkung als Abwägung verfassungsrechtlicher Positionen Niels Petersen, »Determining the Effect of International Law through the Prism of Legitimacy«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 72 (2012), S. 223-259.

249 Ausführlich Armin von Bogdandy, »Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law«, in: *International Journal of Constitutional Law* 6 (2008), S. 397-413.

können.<sup>250</sup> Sie befreit völkerrechtliche Entscheidungen von Legitimationslasten, die sie nicht immer zu tragen vermögen. Zugleich eröffnet sie einen weiteren Mechanismus demokratischer Legitimation, da sie eine rechtsordnungsübergreifende Kontrolle internationaler Rechtsprechung ermöglicht.<sup>251</sup> Eine solche Kontrolle wirkt sich weiter positiv auf die internationalen Gerichte aus, weil interne Gerichte etwa in der Logik der »Solange«-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts legitimatorische Standards formulieren können. Tatsächlich finden sich in einschlägigen Entscheidungen zunehmend entsprechende Hinweise.<sup>252</sup>

Wir propagieren damit nicht, dass sich die internen Gerichte zu einer Art Revisionsinstanz im Sinne eines Rechtswegs aufschwingen sollen.<sup>253</sup> Die interne Kontrolle und Zurückweisung eines internationalen Urteils kann die Autorität eines internationalen Gerichts und damit den Stand der Verrechtlichung leicht beschädigen. Deshalb bedarf es schwerwiegender Gründe.<sup>254</sup> Das interne Gericht steht unter erheblicher Argumentationslast: Es ist in eine solche Entscheidung zwingend einzustellen, dass sie sowohl den internationalen Prozess der Verrechtlichung als auch das verfassungsrechtliche Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit beeinträchtigt.

### 3. Einbettung in politische Prozesse

Das demokratische Prinzip verlangt, Gerichte, interne wie internationale, in den Gesamtzusammenhang demokratischer Politik

250 Oben, IV. C. 1. c).

251 Nico Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 255-261.

252 Etwa BVerfGE 37, 271, *Solange I*, Rn. 56; Corte Costituzionale, *Frontini Franco*, Sentenza 183/1973, in: *Europarecht* 9 (1974), S. 255-271, hier S. 262; Federal Court of Canada, *Abdelrazik v. Minister of Foreign Affairs*, 2009 FC 580, Rn. 51; UK Supreme Court, *Ahmed et al. v. HM Treasury*, 2010 W.L.R. 378, Rn. 61; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025/2004; siehe auch IAGMR, *Case of the »Mapiripán Massacre« v. Colombia*, Judgment of 15 September 2005, Series C, No. 134; *Case of the Ituango Massacres v. Colombia*, Judgment of 1 July 2006, Series C, No. 148; EuGH, *Kadi* (Anm. 217), Rn. 322.

253 Dazu bereits oben, IV. B. 3.

254 Kritisch knapp EuGH, *Biret International SA v. Council*, Rs. C-93/02 P, Judgment of 30 September 2003, Slg. 2003 I-10497, Rn. 66-67; Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sentencia No. 1939.

einzubetten. Allerdings gestaltet sich dieser Zusammenhang auf der internationalen Ebene anders als im Rahmen eines Staates, was nicht ausschließt, dass manche Mechanismen durchaus vergleichbar sind. So kann eine Einbettung dadurch erfolgen, dass internationale Gerichte ihre Kontrolldichte demokratisch kalibrieren, also den demokratischen Gehalt der kontrollierten Entscheidung berücksichtigen, ein Mechanismus, der von staatlichen Gerichten bekannt ist (a). Spezifisch hingegen ist, wie sich internationale Gerichte zur politischen Einbettung auf *Soft-law*-Instrumente stützen (b). Eine dritte, wiederum gemeinsame Strategie besteht darin, auf die Demokratisierung von Verwaltungsprozessen hinzuwirken (c).

### *a) Demokratisch kalibrierte Kontrolldichte*

Internationale Gerichte kontrollieren und legitimieren andere Institutionen. Diese Kontrollfunktion gegenüber anderen Trägern öffentlicher Gewalt ist im Lichte des demokratischen Prinzips zu kalibrieren, wie die entsprechende Diskussion zur staatlichen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit nahelegt.<sup>255</sup> Die Debatte über die richtige gerichtliche Prüfbarkeit ist zwar auf der internationalen Ebene seit Langem etabliert, hat jedoch im Rahmen globalen Regierens neue Dringlichkeit und Gestalt gefunden.

Die alte Diskussion stellte, zumeist unter dem staatenorientierten Grundverständnis, auf die staatliche Souveränität ab. Ihr wurde im Sinne der *Lotus*-Entscheidung entnommen, dass eine prinzipielle Vermutung gegen völkerrechtliche Pflichten spricht.<sup>256</sup> Dies hat unmittelbare Auswirkungen auf die Prüfbarkeit; eine interpretatorische Ausformung bildet der Grundsatz des *in dubio mitius*.<sup>257</sup> Das klassische Souveränitätsverständnis ist dabei demokratieneutral,

255 Ausführlich die Beiträge in Jochen A. Frowein (Hg.), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, Springer, Berlin 1993; Martin Kriele, »Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum«, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 9, C. F. Müller, Heidelberg 2011, S. 183-224.

256 Näher oben, II. A. 1.

257 StIGH, *S. S. Lotus*, Judgment of 7 September 1927, P.C.I.J. Series A, No. 10, S. 18; dies wird auch heute noch bisweilen vertreten, so etwa WTO, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, Appellate Body Report of 16 January 1998, Rn. 163-165.



die Qualität der internen Prozesse ist irrelevant. Für neuere Beiträge, welche die Ausübung öffentlicher Gewalt als Ausgangspunkt nehmen und sich dem Problem demokratischer Rechtfertigung stellen, kommt es hingegen auf die Qualität der internen Prozesse an. Andreas von Staden formuliert treffend:

[A] standard of review would need to be sensitive to questions concerning the democratically appropriate level of decision-making with respect to the specific issues governed by the agreement/norm in question and would counsel at least some deference where another level of decision-making appears democratically more appropriate. In other words, such a standard needs to operationalize what can be thought of as »normative subsidiarity«.<sup>258</sup>

Eine solche Argumentation schließt an Überlegungen an, die die völkerrechtliche Souveränität im Lichte eines demokratisch verstandenen Subsidiaritätsgrundsatzes fortentwickeln.<sup>259</sup> Der Begriff der Kontrolldichte betrifft dabei die Frage, in welchem Umfang ein Gericht Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung der erstentscheidenden Stelle durch seine eigene Entscheidung ersetzt.<sup>260</sup> Auf der einen Seite steht eine Kontrolle, die sich auf offensichtliche Willkür beschränkt, auf der anderen die vollständige Ersetzung der kontrollierten Entscheidung durch eine neue eigene Entscheidung des Gerichts.

Anders als das traditionelle Souveränitätsprinzip macht das demokratieorientierte Grundverständnis keine pauschalen Vorgaben. Vielmehr muss die Kalibrierung der Kontrolldichte in Abhängigkeit der anzuwendenden Norm, des Kontexts und des konkreten Falls erfolgen. Weiterführende Vorschläge in einer öffentlich-

258 Andreas von Staden, »The Democratic Legitimacy of Judicial Review beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review«, in: *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012), S. 1023-1049, hier S. 1026.

259 Näher Isabel Feichtner, »Subsidiarity«, in: Wolfrum (Hg.) (Anm. 80), Rn. 16-30; vgl. auch Andreas Follesdal, »The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law«, in: *Global Constitutionalism* 2 (2013), S. 37-62.

260 Näher Georg Nolte, »Der Wert formeller Kontrolldichtemaßstäbe«, in: Frowein (Hg.), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung* (Anm. 255), S. 278-291, hier S. 278; Eberhard Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, in: Theodor Maunz u. a. (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. 3, C. H. Beck, München, Stand 2012, Rn. 180-217.

rechtlichen Perspektive unterbreitet Stephan Schill am Beispiel des Investitionsschutzrechts.<sup>261</sup> Er unterscheidet zunächst nach dem Prüfgegenstand in drei Hinsichten: die Feststellung der Tatsachen, Interpretation des Rechts und Gewichtung konfligierender Rechtsgüter.<sup>262</sup> Als Kriterien der Kalibrierung nennt er: die konkrete Formulierung des anzuwendenden Rechts, die konkreten Umstände der Maßnahme, die Qualität des erlassenen Organs im Lichte des demokratischen Prinzips, die Qualität des Verfahrens, das dem Erlass vorangegangen ist, die spezifische Funktion des internationalen Gerichts gerade auch im Verhältnis zur innerstaatlichen Gerichtsbarkeit sowie die Natur der internationalen Verpflichtung, also ob es sich um eine negative oder positive Verpflichtung handelt. Yuval Shany's Unterscheidung von *inward-looking* und *outward-looking norms* ist ebenfalls einschlägig. Als *inward-looking* gelten jene Normen, die auf soziale Interaktionen innerhalb der staatlichen Gemeinschaft abzielen. Hier besteht die Vermutung einer geringeren Prüfdichte. Als *outward-looking* gelten hingegen solche Normen, die zum Koexistenz- und Koordinationsvölkerrecht gehören; hier besteht diese Vermutung nicht.<sup>263</sup> Mit solchen dogmatischen Bausteinen kann die demokratiethoretisch geforderte Kalibrierung der Prüfdichte in der gerichtlichen Entscheidungspraxis operationalisiert werden.<sup>264</sup>

Diese Vorschläge stehen nicht im luftleeren Raum, sondern

261 Stephan W. Schill, »Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review«, in: *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), S. 577-607.

262 Ähnlich Jan Bohanes, Nicolas Lockhart, »Standard of Review in WTO Law«, in: Daniel Bethlehem u. a. (Hg.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 378-436.

263 Yuval Shany, »Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?«, in: *European Journal of International Law* 16 (2005), S. 907-940, hier S. 920.

264 Anhaltspunkte, die auch für internationale Gerichte weiterführend sind, finden sich in Daniel Halberstam, »Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States«, in: Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtman (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, S. 326-355; Miguel P. Maduro, »Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism«, in: ebd., S. 356-379, hier S. 372.

konzeptionalisieren Entwicklungen in der Rechtsprechung. Wegweisende Bedeutung hat die Rechtsprechung des EGMR mit der Rechtsfigur der *margin of appreciation*. Sie bezieht sich zwar zunächst nur auf Artikel 8 bis 11 EMRK, viele sehen sie jedoch als potenziell allgemeinen Rechtsgrundsatz.<sup>265</sup> Die grundlegende *Handyside*-Entscheidung kann durchaus im demokratieorientierten Verständnis gedeutet werden, wenn es heißt:

By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the ›necessity‹ of a ›restriction‹ or ›penalty‹ intended to meet them.

Daraus folgt

a margin of appreciation, [...] given both to the domestic legislator [...] and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force.<sup>266</sup>

Entsprechend prüft das Gericht, ob die von den nationalen Organen angeführten Gründe den konkreten Eingriff tatsächlich tragen und ob der Eingriff verhältnismäßig zum legitimen Ziel ist; kurzum, ob die Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist. Der Gerichtshof hat die Elemente seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung in späteren Entscheidungen fortentwickelt.<sup>267</sup> Zur genauen dogmatischen und theoretischen Formulierung dieser Doktrin besteht eine breite Diskussion, die hier nicht auszubreiten ist,<sup>268</sup> da

265 Shany, »Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?« (Anm. 263).

266 EGMR, *Handyside v. The United Kingdom*, App. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, Series A, No. 24, Rn. 48.

267 Zuletzt etwa EGMR, *Lautsi and Others v. Italy* (Anm. 171), Rn. 68; siehe zu den jüngeren Entwicklungen Christoph Grabenwarter, »Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem«, in: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 38 (2011), S. 229-232.

268 Mireille Delmas-Marty, »Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste«, in: *McGill Law Journal* 46 (2001), S. 923-954; Susan Marks, »The European Convention on Human Rights and Its ›Democratic Society‹«, in: *The British Yearbook of International Law* 66 (1995), S. 209-238, hier S. 218-221; Grabenwarter, »Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem« (Anm. 267).

nicht die dogmatischen Feinheiten, sondern die konzeptionellen Grundlagen interessieren. Ähnliche Rechtsprechungslinien, wenn gleich mit anderen begrifflichen Ansätzen, finden sich bei anderen Gerichten, insbesondere im Rahmen der demokratietheoretisch besonders heiklen Global Governance ökonomischer Sachverhalte.<sup>269</sup> Insgesamt kann festgehalten werden, dass eine demokratietheoretische Konzeptionalisierung der internationalen Gerichtsbarkeit, die auf eine entsprechende Kalibrierung der Kontrolldichte drängt, auf entgegenkommende Rechtsprechungslinien trifft, zu deren Verständnis und Fortentwicklung sie beitragen kann.

### *b) Nutzung von soft law*

Ein weiterer Weg, die demokratische Legitimation internationaler Rechtsprechung zu stärken, liegt in der Nutzung von *soft law*. Verfahren politischer Rechtserzeugung in internationalen Organisationen können, ungeachtet bekannter Probleme,<sup>270</sup> in vielen Konstellationen überzeugender als gerichtliche Verfahren mit regelungsbedürftigen Sachverhalten umgehen.<sup>271</sup> Unsere bisherigen Überlegungen ergaben, dass internationale Gerichte von Legitimationsleistungen politisch-legislativer Verfahren zehren können, selbst wenn diese nicht parlamentarisch-repräsentativ sind.<sup>272</sup> Daran knüpfen wir nun an und zeigen, dass manche internationale Gerichte auf solche Verfahren zurückgreifen und bisweilen sogar dazu beitragen, dass es überhaupt zu solchen Verfahren kommt.

Unter dem demokratieorientierten Grundverständnis bildet die Asymmetrie der internationalen Gewalten ein großes Legitimationsproblem.<sup>273</sup> Vor diesem Hintergrund ist es zu deuten, wenn

269 Vgl. die umfassenden Nachweise zur Schiedsgerichtsbarkeit bei Schill, »Difference in Investment Treaty Arbitration« (Anm. 261); zur WTO von Staden, »The Democratic Legitimacy of Judicial Review beyond the State« (Anm. 258).

270 Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann, »Die Restrukturierung von Staatsschulden als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt: Zur Möglichkeit der inkrementellen Entwicklung eines Staateninsolvenzrechts«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 73 (2013), S. 61-103.

271 Ausführlich Isabel Feichtner, »The Waiver Power of the WTO: Opening the WTO for Political Debate on the Reconciliation of Competing Interests«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 615-645.

272 Oben, III. C., IV. A. 3.

273 Oben, III. B. 2.



sich ein internationales Gericht auf Instrumente politischer Institutionen stützt, auch wenn es sich nicht um Völkerrecht im Sinne des Artikels 38 IGH-Statut (Vertragsrecht, Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze) handelt.

Wohlgermerkt behaupten wir hier nicht, dass *soft law* als solches die internationale Antwort auf die demokratische Frage bildet. Wir sehen sehr wohl seine demokratische Problematik, weil *soft law* meist nationale Parlamente umschifft und oft rein funktionalistisch begründet, also seinerseits demokratisch fragwürdig ist.<sup>274</sup> Gleichwohl kann *soft law* Legitimationsleistungen politischer Prozesse in die gerichtliche Entscheidung transportieren.

Ein wichtiges Beispiel gibt der EGMR. Er stützt seine wegweisende Entscheidung zu den Piloturteilen auf eine Resolution des Ministerrates, welche den Gerichtshof auffordert, systemische Probleme auf nationaler Ebene zu identifizieren, und auf eine Empfehlung an die Konventionsstaaten, bei systemisch verursachten Verletzungen die eigentliche Ursache zu beseitigen, sprich: die Gesetzgebung zu ändern.<sup>275</sup> Ist das demokratisch, obwohl sich Staatenvertreter gerade nicht einigen konnten, das Verfahren für Piloturteile durch Vertrag einzurichten? Ähnlich bezieht sich das Gericht in *Greens and M. T. v. The United Kingdom* detailliert auf Resolutionen des Ministerrates, die sich mit der Umsetzung eines früheren, gleichgelagerten Urteils (*Hirst*) befassen.<sup>276</sup> Die Rechtsprechung des EGMR ist also im Ministerrat bekräftigt worden, und jene Bekräftigung wird zur Legitimierung des Urteils angeführt.

Der Ministerrat ist nach der EMRK dem EGMR als politisches Organ zugeordnet. Doch der EGMR nutzt auch Entscheidungen von anderen Institutionen. Wichtig sind insbesondere Stellungnahmen der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht, besser bekannt als Venedig-Kommission, die vom Europarat

274 Kritisch daher Jan Klabbers, »Undesirability of Soft Law«, in: *Nordic Journal of International Law* 67 (1998), S. 381-392.

275 EGMR, *Broniowski v. Poland*, App. No. 31443/96, Judgment of 22 June 2004, ECHR 2004-V, Rn. 190-191 mit Verweise auf Committee of Ministers, *Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem*, 12 May 2004, Resolution 3 (2004) und Committee of Ministers, *Improvement of Domestic Remedies*, 12 May 2004, Recommendation 6 (2004).

276 EGMR, *Greens and M. T. v. The United Kingdom*, App. No. 60041/08 and 60054/08, Judgment of 23 November 2010, ECHR 2010, Rn. 44-47.

als Gremium unabhängiger Sachverständiger eingerichtet wurde, um die Verfassungstransformationen in Osteuropa zu begleiten.<sup>277</sup> Seither definiert die Kommission gemeineuropäische Verfassungsbestände, auf welche sich der EGMR gerne bezieht. Ein gutes Beispiel findet sich im Wahlrecht. So wandte sich eine französisch-baskische Splitterpartei gegen die Entscheidung der französischen Wahlkommission, welche ihre Unterstützung durch die spanische Mutterpartei verbot. In der Entscheidung bezieht sich der EGMR ausführlich auf die Arbeit der Venedig-Kommission zur Parteienfinanzierung (insbesondere die »Richtlinien zur Parteienfinanzierung«), und zwar nicht nur auf die rechtsvergleichenden Teile, sondern auch auf die rechtspolitischen Erwägungen und Vorschläge.<sup>278</sup> Die Konventionsrechte werden so durch Interpretationsvorschläge anderer Institutionen verdichtet. Der EGMR positioniert sich so als Teil eines internationalen politischen Systems.

Das Phänomen zeigt sich auch in der WTO-Rechtsprechung.<sup>279</sup> Es finden sich in den gerichtlichen Entscheidungen etwa Bezugnahmen auf Akte der Ausschüsse des Übereinkommens über technische Handelshemmnisse (TBT-Ausschuss) und des Übereinkommens über sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen (SPS-Ausschuss).<sup>280</sup> Die Frage etwa, wann und wie ein Mitglied Produktetikettierungen gemäß internationalen Standards regulieren muss, beantwortete der Appellate Body im *US-Tuna*-Fall auf der Grund-

277 [www.venice.coe.int/webforms/events](http://www.venice.coe.int/webforms/events), letzter Zugriff 22.II.2012.

278 EGMR, *Parti nationaliste basque – Organisation régionale d’Iparralde v. France*, App. No. 71251/01, Judgment of 7 June 2007, ECHR 2007-II, Rn. 29-32. Die Richtlinien der Venedig-Kommission verweisen ihrerseits auf eine Empfehlung des Ministerrates, Committee of Ministers, *Common Rules against Corruption in the Funding of Political Parties and Electoral Campaigns*, 8 April 2003, Recommendation 4 (2003), was das Gericht übernimmt. Siehe auch mit Blick auf die Venedig-Kommission EGMR, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, App. No. 27996/06 and 34836/06, Judgment of 22 December 2009, ECHR 2009, Rn. 17, 21-22, 48-49.

279 Übersichtlich Gregory Shaffer, Joel P. Trachtman, »Interpretation and Institutional Choice at the WTO«, in: *Virginia Journal of International Law* 52 (2011-2012), S. 103-153.

280 Ausführlich Andrew Lang, Joanne Scott, »The Hidden World of WTO Governance«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 575-614; Matthias L. Maier, »Normentwicklung durch WTO-Gremien am Beispiel von Handel und Gesundheitsschutz: Der SPS-Ausschuss«, in: *TranState Working Papers* 68 (2007), S. 1-49.

lage einer Entscheidung des TBT-Ausschusses.<sup>281</sup> Der Ausschuss hatte die vagen Vorgaben des Übereinkommens konkretisiert. Dies nutzte der Appellate Body ohne Erörterung ihrer Rechtsnatur.<sup>282</sup> Damit stärkt er diese internationalen Standards als Quelle normativer Orientierung.

Eine derartige Verwendung ist gerade in demokratischer Hinsicht keineswegs unproblematisch, im Gegenteil: Welche Qualität müssen relevante Standards erfüllen, damit eine Bezugnahme legitim ist? Lehrreich ist der *EC-Sardines*-Fall. Hier verpflichtete der Appellate Body die Europäische Gemeinschaft, der Regulierung des Vertriebs von Sardinen einen Standard der *Codex Alimentarius Commission* zugrunde zu legen. Diese *Commission* ist eine Einrichtung der VN-Ernährungs- und Landwirtschaftsorganisation (FAO) sowie der Weltgesundheitsorganisation (WHO). Ihre Standards sind als solche nicht verbindlich. Die europäische Gesetzgebung, so der Appellate Body, müsse aber wegen der Bezugnahme auf diese Standards im WTO-Recht gleichwohl eine »sehr starke und sehr enge Beziehung« zu diesem internationalen Standard aufweisen, um WTO-konform zu sein.<sup>283</sup> Die Genese dieses Normenmaterials blieb dabei ebenso außer Betracht wie die Frage nach Grund und Reichweite seines Geltungsanspruchs. Dieses Schweigen ist schon deshalb nicht überzeugend, weil die Europäische Gemeinschaft vorgetragen hatte, eine solche Auslegung mache internationale Standardisierungsgremien zu »Weltgesetzgebern«.<sup>284</sup> Wenngleich

281 WTO Committee on Technical Barriers to Trade, »Decision on Principles for the Development of International Standards, Guides and Recommendations with relation to Articles 2, 5 and Annex 3 of the Agreement«, in: *Decisions and Recommendations adopted by the WTO since 1 January 1995*, 9 June 2011, WTO Doc. G/TBT/1/Rev. 10, S. 46-48.

282 WTO, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, Appellate Body Report of 16 May 2012, Rn. 366-370.

283 WTO, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/AB/R, Appellate Body Report of 26 September 2002, Rn. 245: »very strong and very close relationship«. Die Rechtsprechung beruht vor allem auf Art. 2 TBT-Abkommen. Zum ähnlich gelagerten Fall betreffend das SPS-Abkommen siehe WTO, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS48/R, Panel Report of 18 August 1997; *EC Hormones (Canada)* (Anm. 257).

284 Siehe WTO, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, Panel Report of 29 May 2002, Rn. 7.77: »world legislators«.

diese Aussage überzogen ist, wäre doch eine genauere Prüfung der Normgenese angezeigt gewesen. So vergab der Appellate Body eine Gelegenheit, die internationale Standardisierung normativen Anforderungen zu unterwerfen und die wirkungsverstärkende Nutzung der Standards der *Codex Alimentarius Commission* an prozedurale Anforderungen zu koppeln.<sup>285</sup> Eine solche Prüfung ist mit dem WTO-Recht durchaus vereinbar, wie das Verfahren der Vereinigten Staaten gegen Indien zeigt.<sup>286</sup>

Die Begründungspraxis anderer internationaler Gerichte rekurriert ebenso auf Akte internationaler Organisationen. Dabei geht es nicht nur um Fragen der Interpretation, sondern auch um die Feststellung von Tatsachen. Zu diesem Zwecke nutzte etwa der IGH Sicherheitsrats- und Generalversammlungsresolutionen.<sup>287</sup> In Fragen der Interpretation lehnen sich internationale Gerichte, gerade auch der IGH, zudem an Dokumente der Völkerrechtskommission an, die der »progressiven Kodifikation« des Rechts verpflichtet ist. Ein gutes Beispiel findet sich in der IGH-Entscheidung über die Immunität Deutschlands für Kriegsverbrechen, die vielfach auf Kodifikationsprojekte der ILC Bezug nimmt.<sup>288</sup>

Internationale Gerichte können einen Teil der Legitimationslast, die auf ihrer Entscheidung ruht, dadurch gewissermaßen ab-

285 Ausführlich Robert Howse, »A New Device for Creating International Legal Normativity: The WTO Technical Barriers to Trade Agreement and »International Standards«, in: Christian Joerges, Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Hart, Oxford 2011, S. 383-395; Ingo Venzke, »Technical Regulation and International Standards: The EC-Trade Description of Sardines Case«, in: Sabino Cassese u. a. (Hg.), *Global Administrative Law: The Casebook*, 3. Aufl., Bd. 2, Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione, Rom 2012, S. 7-13.

286 WTO, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/AB/R, Appellate Body Report of 23 August 1999, Rn. 8-28. Ebenso Robert Howse, Petros C. Mavroidis, »Europe's Evolving Regulatory Strategy for GMO's – The Issue of Consistency with WTO Law: Of Kine and Brine«, in: *Fordham International Law Journal* 24 (2000-2001), S. 317-370, hier S. 325.

287 Zur Nutzung von Sicherheitsrats- und Generalversammlungsresolutionen durch den IGH siehe Marko D. Öberg, »The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ«, in: *European Journal of International Law* 16 (2005), S. 879-906.

288 IGH, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy), Judgment of 3 February 2012, Rn. 55, 56, 58, 89 und 93.



wälzen, dass sie auf die »Produkte« anderer Institutionen verweisen. Allerdings müssen diese Produkte demokratischen Gehalt aufweisen, was keineswegs automatisch der Fall ist, ist *soft law* doch häufig ein Instrument technokratischer Global Governance. Daher sind Transparenz, Inklusivität und Deliberativität genau zu prüfen. Die Nutzung internationaler Standards in der WTO-Rechtsprechung zeigt das Problem, aber auch die mögliche Lösung, nämlich eine verstärkte Sensibilität für die Qualität der Verfahren, in denen Standards erarbeitet wurden. Ansätze hierfür finden sich in der *US-Tuna*-Entscheidung, in welcher der Appellate Body einen internationalen Standard auch deshalb nicht als maßgeblich ansah, weil er von einer exklusiven Institution erlassen wurde.<sup>289</sup> Mit solchen Aussagen können internationale Gerichte helfen, politische Prozesse jenseits des Staates im Lichte demokratischer Inklusion fortzuentwickeln und zu Prozessen demokratischer Politisierung beizutragen.

### *c) Stärkung politischer Prozesse*

Es kann der demokratischen Legitimation richterlicher Entscheidungen dienen, wenn sie zu einer Politisierung des internationalen Systems beitragen. Gewiss erscheint diese Behauptung auf den ersten Blick geradezu widersinnig, wird doch die Stärkung der internationalen Gerichte als Zurückdrängung der Politik im internationalen System gefeiert.<sup>290</sup> Einen solchen Gegensatz von Juridifizierung und Politisierung gibt es jedoch nur, wenn internationale Politik im Sinne der realistischen Tradition der internationalen Beziehungen verstanden wird, also als konfliktbereite Verfolgung eigener Interessen mit allen verfügbaren Machtressourcen. Mit einem solchen Politikverständnis ergibt unsere These in der Tat keinen Sinn. Nach einem alten, inzwischen aber überwundenen Verständnis war es gar so, dass das Vorliegen eines politischen Streits die Zuständigkeit eines internationalen Gerichts ausschloss.<sup>291</sup> Eine solche Politisierung kann natürlich auf Rechtfertigungsprobleme nicht reagieren.

Legitimatisches Potenzial besteht jedoch mit einem Politik-

289 WTO, *US – Tuna II (Mexico)* (Anm. 282), Rn. 399.

290 Siehe etwa die Belege in Anm. 255.

291 So Hans Morgenthau, *Die internationale Rechtspflege: Ihr Wesen und ihre Grenzen*, Noske, Leipzig 1929.

verständnis, das internationale Politisierung als die gemeinsame Erzeugung rechtlicher Normativität durch politische Akteure in multilateral gehegten Verfahren versteht.<sup>292</sup> Selbst wenn solche Verfahren nicht den Standards demokratischer Politik in deliberativen, parlamentarisch zentrierten Institutionen entsprechen können, so birgt doch eine international erarbeitete Lösung eines Problems, das die Bürger unterschiedlicher Staaten betrifft, ein demokratisches Potenzial.<sup>293</sup>

Die Frage demokratischer Politisierung steht im Mittelpunkt von Jürgen Habermas' völkerrechtstheoretischen Schriften. Seine weit in die Zukunft weisende Konzeption fordert einen parlamentarischen Umbau der VN-Generalversammlung.<sup>294</sup> Doch auch diesseits eines solchen Projektes gibt es Potenziale internationaler demokratischer Politisierung. Habermas steht mit der Forderung nach einer Politisierung keineswegs allein. In klarer Erkenntnis der legitimatorischen Grenzen gerichtlicher Rechtsfortbildung haben auch drei ehemalige Direktoren des GATT bzw. der WTO beklagt, das Streitbeilegungsverfahren dürfe nicht mit der Aufgabe überlastet werden, Recht zu schöpfen.<sup>295</sup> Die Einschätzung der ehemaligen Direktoren lenkt den Blick auf die Verfahren politischer Rechtsetzung in internationalen Organisationen als Alternative zur gerichtlichen Ausgestaltung des Rechts.

Ein ähnliches Potenzial eröffnet sich nicht nur mit Blick auf andere internationale Institutionen, sondern auch vertikal in Bezug auf staatliche Verwaltungsprozesse. Es mag sich im Lichte des demokratischen Prinzips empfehlen, dass internationale Gerichte von der materiellen Deutung einer streitbefangenen Norm absehen und ihr stattdessen verfahrensrechtliche Vorgaben entnehmen, die

292 Ingo Venzke, »International Bureaucracies from a Political Science Perspective – Agency, Authority and International Institutional Law«, in: *German Law Journal* 9 (2008), S. 1401-1428, hier S. 1425. Vgl. bereits oben, III. C. 4.

293 Matthias Kumm, »The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State«, in: Dunoff/Trachtman (Hg.), *Ruling the World* (Anm. 264), S. 258-324, hier S. 296-301.

294 Jürgen Habermas, »Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft«, in: Winfried Brugger u. a. (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2008, S. 360-379, hier insbesondere S. 371.

295 Arthur Dunkel u. a., *Joint Statement on the Multilateral Trading System*, 1 February 2001 ([www.wto.org](http://www.wto.org)), letzter Zugriff 21.11.2012.

zu einer diskursiven Bearbeitung des Konflikts durch die Streitparteien in einem administrativen Verfahren führen. Dieser Ansatz ist für die Verfassungsgerichtsbarkeit etabliert: Sie kann dem demokratischen Prinzip gerade auch dadurch dienen, dass sie einen fairen politischen Prozess fördert.<sup>296</sup>

Danach stärkt es seine demokratische Rechtfertigung, wenn ein internationales Gericht nicht eine substanzielle Interpretation fest schreibt, sondern die Bearbeitung der Frage, multilateral gehegt, erneut an die Streitparteien überantwortet.<sup>297</sup> In diesem Sinne ist eine innovative Interpretation von Art. XX GATT demokratisch relevant. Das Berufungsgremium verlangt, dass ein regulierender Staat betroffenen Akteuren aus anderen Staaten in seiner Entscheidungsfindung Verfahrensrechte einräumt.<sup>298</sup> Ähnlich hat der ISGH Verfahrensrechte des Flaggenstaats im innerstaatlichen Verfahren des Küstenstaates (Art. 73 SRÜ) begründet.<sup>299</sup> Dieser Ansatz drängt dazu, dass die Konfliktparteien in einem völkerrechtlich gehegten Verfahren und im Schatten erneuter gerichtlicher Kontrolle ihren Streit beilegen.

296 John H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1980, S. 100; Habermas, *Faktizität und Geltung* (Anm. II), S. 320.

297 Vgl. Andrea K. Schneider, »Bargaining in the Shadow of International Law. What the Normalization of Adjudication in International Governance Regimes Means for Dispute Resolution«, in: *New York University Journal of International Law & Politics* 41 (2009), S. 789-822.

298 WTO, *US – Gasoline* (Anm. 216), S. 22; *US – Shrimp* (Anm. 157), Rn. 164, 167; näher Armin von Bogdandy, »Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO Law and the Prospects of Its Proceduralization«, in: Stefan Griller (Hg.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns*, Springer, Wien 2003, S. 103-148; Michael Ioannidis, *Due Process beyond the State. Participation Rights in the WTO*, Dissertation Frankfurt/M. 2012; Terry Macdonald, *Global Stakeholder Democracy. Power and Representation Beyond Liberal States*, Oxford University Press, Oxford 2008, S. 105-220.

299 ISGH, *The »Juno Trader« Case* (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Judgment of 18 December 2004, Rn. 77, 102; zur Notwendigkeit umsichtiger Begründung bei der Rechtsfortbildung des ISGH siehe Michael Wood, »The International Tribunal for the Law of the Sea and General International Law«, in: *International Journal of Marine and Coastal Law* 22 (2007), S. 351-367, hier S. 367.

## V. In wessen Namen?

### A. Gerichte als Akteure globalen Regierens

Internationale Gerichte sind Akteure globalen Regierens. Mit ihren Entscheidungen üben sie öffentliche Gewalt aus, die nicht nur einzelne Individuen, sondern zumeist die Allgemeinheit, ganze Kollektive betrifft. Wenn sie einer Partei Recht und der anderen Unrecht geben, dann sind dies oft solche Kollektive, nämlich Staaten. Sie stabilisieren normative Erwartungen, und zwar nicht nur die der Streitparteien, sondern diejenigen aller Rechtsgenossen. Sie bilden die Rechtsordnung fort, sind also rechtserzeugend tätig. Wichtige Bereiche des Völkerrechts sind weitgehend jurisprudenzielles Recht. Sie kontrollieren andere Institutionen, die sie so auch legitimieren können.

Gewiss ist dieses Begriffsverständnis von »Regieren« weiter als das traditionelle kontinentaleuropäische, welches darunter nur die einheitsstiftende und koordinierende politische Gestaltung versteht. Danach regiert nur das politische Leitungsorgan, die *Regierung*.<sup>1</sup> Dieses traditionelle Begriffsverständnis erscheint heute aber vielen als zu eng. Insbesondere Verfassungsgerichte nehmen nach verbreiteter Auffassung am Regieren teil.<sup>2</sup> Unser Verständnis von »Regieren« als multifunktionaler Gewaltausübung internationaler Gerichte folgt aber vor allem dem angelsächsischen Begriffsverständnis des *government*, welches jede Art öffentlicher Gewalt erfasst.<sup>3</sup>

1 Thomas Ellwein, *Regierung und Verwaltung*, 1. Teil: *Regierung als politische Führung*, Kohlhammer, Stuttgart 1970; vergleichend Mario Dogliani, »L'indirizzo politico nei moderni ordinamenti policentrici«, in: Giancarlo Rolla (Hg.), *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici. Tendenze e prospettive nell'esperienza costituzionale italiana e spagnola*, Giuffrè, Mailand 1991, S. 7-29, hier S. 18-19; weggweisend Ernst Friesenhahn, »Parlament und Regierung im modernen Staat«, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 16 (1958), S. 9-73, hier S. 37-38, der die parlamentarische Komponente betont.

2 Klaus J. Grigoleit, *Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage. Eine dogmatische und historische Untersuchung zum judikativen Anteil an der Staatsleitung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, insbesondere S. 44-105.

3 Zur zweifachen Bedeutung Alexander Hamilton u. a., *The Federalist Papers, The Federalist No. 72: Hamilton, Bentam*, New York 1982 [1787-1788], S. 440; vgl. Alex-



Diese Weiterung erscheint zweckmäßig, weil sie erstens die Gestaltungsmacht internationaler Gerichte unterstreicht, zweitens deren Multifunktionalität betont, drittens ihre Demokratiebedürftigkeit anzeigt und viertens einen fälligen Schritt in der Forschung zur Global Governance markiert. Wir wollen den Horizont der allzu subjekt- und konturlosen Governance dadurch überwinden, dass wir maßgebliche Akte identifizieren, die Institutionen zugerechnet werden können und rechtlicher Hegung zugänglich sind. Der Begriff »Regieren« ist bewusst gewählt, um die Rechtfertigungslast und die Verantwortung zu betonen, die internationale Richter tragen.

Internationale Gerichte sind nicht nur Akteure *internationalen*, sondern aufgrund des Mehrebenencharakters zeitgenössischer Herrschaftsstrukturen sogar *globalen* Regierens. Auch wenn wir nicht den Ansatz eines *global law* teilen, welcher internationales und internes Recht tendenziell verschmilzt, so muss doch die ebenenübergreifende Dimension vieler internationaler Entscheidungen berücksichtigt werden. Diese Erweiterung verschärft die demokratische Frage. Viele Entscheidungen bestimmen nämlich nicht nur das Verhältnis zwischen Staaten als Subjekten des Völkerrechts, sondern wirken in vielfacher Weise auf interne Rechtsbeziehungen ein, selbst wenn sie nicht über unmittelbare Wirksamkeit verfügen. Man erinnere sich nur an die Rechtsprechung zu den Menschenrechten, zu staatlichen Verfahrenspflichten gegenüber Importeuren, zur Entschädigung von Investoren. Umgekehrt entzündeten sich viele internationale Verfahren an innenpolitischen Konstellationen oder werden von privaten Interessen angestoßen.

Gerade in dieser ebenenübergreifenden Betrachtung tritt der Beitrag internationaler Rechtsprechung für die Demokratie klar hervor. Selbst wenn die internationalen Gerichte bislang keineswegs alle Interessen gleichermaßen schützen und damit Asymmetrien verstetigen können, so haben sie doch teil an der Verrechtlichung internationaler Beziehungen.<sup>4</sup> Diese Verrechtlichung wirkt

ander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. Aufl., Yale University Press, New Haven 1986.

<sup>4</sup> Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Neuauflage, Cambridge University Press, Cambridge 2005, S. 600-615; Esther Brimmer, »International Politics Need International Law«, in: Emmanuelle Jouannet u. a. (Hg.), *Regards d'une génération sur le Droit International*, Pedone,

grundsätzlich pazifizierend auf die internationalen Beziehungen ein, was der demokratischen Verfasstheit der Staaten dient. Angesichts großer Interdependenz und entsprechender Externalitäten der staatlichen Entscheidungsfindung können das Völkerrecht und seine Gerichte zudem dem demokratischen Prinzip dienen, indem sie originäre Inklusionsmöglichkeiten eröffnen.<sup>5</sup> Insofern erscheint die internationale Gerichtsbarkeit dem demokratieorientierten Grundverständnis, insgesamt betrachtet, als eine große Errungenschaft. Doch auch diese systemischen Leistungen erübrigen nicht die Frage, wie genau eine Entscheidung demokratisch legitimiert ist, welche etwa das Privatleben einer Gruppe auf Kosten der Pressefreiheit einer anderen schützt,<sup>6</sup> Handlungen in internen Konflikten pönalisiert<sup>7</sup> oder demokratisch beschlossene Amnestien annulliert.<sup>8</sup>

Die Regierungsleistungen, die internationale Entscheidungen erbringen, fallen bei den diversen Gerichten unterschiedlich aus. Divergenzen ergeben sich bereits aus den jeweiligen rechtlichen Vorgaben, politischen Kontexten und den Richterpersönlichkeiten, die sich zu einer Entscheidung zusammenfinden müssen. Die Heterogenität in der internationalen Gerichtsbarkeit bedeutet, dass nicht alle Spruchkörper dieselben legitimatorischen Probleme aufwerfen. Die Problematik des Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien, eingesetzt durch den VN-Sicherheitsrat, ist eine andere als die von ICSID-Schiedsgerichten oder des EGMR. Die Verhängung einer Haftstrafe, die Festlegung einer Seegrenze, die Entwicklung von Menschenrechten oder die Konkretisierung des Diskriminierungsverbots im Wirtschaftsrecht sind in ihrer Freiheitsrelevanz und damit demokratischen Problematik unterschiedlich.

Paris 2008, S. 113-122; Benedict Kingsbury, »International Courts: Uneven Judicialisation in Global Order«, in: James Crawford, Martti Koskeniemi (Hg.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, S. 203-227.

5 Oben, III. C. 4.

6 EGMR, *Von Hannover v. Germany*, App. No. 59320/00, Judgment of 24 June 2004, ECHR 2004-VI.

7 ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Judgment of 14 January 2000 (IT-95-16-T), Rn. 521-536.

8 IAGMR, *Case of Barrios Altos*, Judgment of 14 March 2001, Series C No. 75, Rn. 41-44; IAGMR, *Case of Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, Judgment of 26 September 2006, Series C No. 154, Rn. 105-114.

Entsprechend führt das demokratieorientierte Grundverständnis, da es auf das geltende Recht bezogen ist, nicht zu starren Vorgaben, wie die demokratische Legitimation internationaler Entscheidungen zu verbessern sei. Es zeigt aber Ansätze, die verfolgenswert erscheinen: größere Deliberativität bei der Richterwahl und im gerichtlichen Verfahren, eine demokratisch kalibrierte Kontrolldichte, transparente, fallbezogene Argumentationen, dialogische Vernetzung der Gerichte, Verantwortung von Verfassungsorganen bei der Umsetzung, Ausbau korrespondierender politischer Verfahren. Wie ein Gericht in einer Entscheidung auf die demokratische Problematik aber konkret reagiert, wie »progressiv« oder »konservativ« es urteilt, wen genau es zum Verfahren zulässt, wie es den Tenor und die Begründung abfasst, welche Kontrolldichte es anwendet, ist letztlich eine Frage der Urteilskraft der Richter. Abstrakte Begriffe, seien sie positivrechtlicher oder theoretischer Natur, können deren Urteilskraft nicht ersetzen, wohl aber orientieren.

## B. In wessen Namen also?

Orientierung, wenngleich auf höchst abstrakter Ebene, bezweckt für viele staatliche Gerichte die Eingangsformel »Im Namen des Volkes«. In wessen Namen entscheiden internationale Gerichte? Je nach vertretenem Grundverständnis der internationalen Gerichtsbarkeit bieten sich unterschiedliche Formeln an. Als Instrumente der Streitbeilegung in einer staatenorientierten Weltordnung entscheiden sie »Im Namen der Parteien«, als Organe der wertbasierten internationalen Gemeinschaft entscheiden sie »Im Namen der internationalen Gemeinschaft«, als Regimeinstitutionen in einer interdependenten Welt entscheiden sie tendenziell »Im Namen des Regimes«. Natürlich gibt es auch, wie sollte es anders sein, Kompromissformeln. Besonders beliebt ist die Formel der »international community of states«.<sup>9</sup> Wofür optiert das demokratieorientierte Verständnis?

Internationale Rechtsprechung beruht ganz überwiegend auf zwischenstaatlichen Vereinbarungen und intergouvernementaler

9 So zuletzt Peter Tomka, Präsident des IGH, in seiner Ansprache vor der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 1. November 2012, Press Release No. 2012/31 ([www.icj-cij.org/presscom/files/8/17148.pdf](http://www.icj-cij.org/presscom/files/8/17148.pdf)), letzter Zugriff 12. 10. 2013.

Interaktion. Die agierenden Rechtssubjekte sind in erster Linie solche, die sich rechtlich als *Staaten* qualifizieren. Danach liegt, gerade für eine rechtsbasierte Konzeption, auf den ersten Blick ein Verständnis nahe, wonach ein internationales Gericht sich vor allem auf die Staaten beruft, die es tragen, so dass es »Im Namen der Staaten« entscheidet.

Schon die Formulierung »der Staaten« indiziert eine große Differenz zum ersten Grundverständnis, welches internationale Gerichte als Instrumente der Streitbeilegung in einer staatenbasierten Weltordnung sieht. Jenem Grundverständnis zufolge entscheiden Gerichte im Namen der streitenden *Parteien*. Der Begriff »Staaten« statt »Streitparteien« soll kundtun, dass ein Urteil im Namen *aller* Staaten ergeht, die ein Gericht tragen. Die Bezeichnung bezeugt also den Paradigmenwechsel vom Bilateralismus zum Multilateralismus. Selbst bei Schiedsgerichten im Rahmen des ICSID oder des Ständigen Schiedshofs gibt es multilaterale Grundlagen, die über ein enges bilaterales Verständnis hinausweisen.

Der spezifische demokratische Gehalt von »Im Namen der Staaten« ergibt sich klar, wenn man diese Quelle von Legitimation anknüpfend an die Logik der Artikel 9 bis 12 EUV interpretiert. Die Bezugnahme auf die Staaten zeigt, dass staatlich generierte demokratische Legitimation für internationale Rechtsprechung unentbehrlich ist. Maßgeblich ist danach nicht das unitarische Völkerrechtssubjekt im Sinne eines horizontalen, privatrechtlich inspirierten Völkerrechtsverständnisses, sondern das staatliche Verfassungssystem, welches demokratische Legitimation generiert. Es ist unter unserem demokratieorientierten Grundverständnis unzweifelhaft, dass die Gerichte internationale öffentliche Gewalt ausüben, die von den Legitimationsleistungen der internen Verfassungsordnungen abhängig ist. Der Staatenbezug ist also mit einem bürgerschaftlichen Demokratieverständnis vereinbar und kann vielfache Orientierungsleistungen erbringen.<sup>10</sup>

Die schwierige Frage, ob und in welchem Umfang auch die Zustimmung eines autoritären Regimes einem internationalen Gericht demokratische Legitimation vermitteln kann, lassen wir dabei offen. Der Umstand, dass autoritäre Staaten Mitglieder entsprechender Konventionen sind und auch Richter stellen, erscheint

<sup>10</sup> Siehe oben, IV. C. 3.



unter unserem Ansatz so lange als tragbar, als diese Staaten nicht gestaltungsmächtig werden.

Um diese demokratische Dimension klar auszudrücken, schlagen wir allerdings vor, dass internationale Gerichte »Im Namen der Völker« statt »Im Namen der Staaten« entscheiden. Es geht letztlich um die Völker, nicht um den Herrschaftsapparat oder die Regierungen, selbst wenn Letztere die Völker vertreten. Diese Formel hat im völkerrechtlichen Selbstbestimmungsrecht eine solide Grundlage. Selbst autoritäre Staaten können ihr, vielleicht mit der Ausnahme des Vatikanstaats, angesichts ihrer internationalen Verpflichtungen kaum widersprechen. Die Formel hat natürlich eine über das enge Verständnis des Selbstbestimmungsrechts hinausgehende Tendenz, die sich aus ihrem Ursprung in der Französischen Revolution ergibt.<sup>11</sup> Sie bringt den grundlegenden Bürgerbezug des demokratieorientierten Grundverständnisses zum Ausdruck. Denn *Volk* meint dabei die Gesamtheit der Bürger, nicht ein Makrosubjekt im Sinne des holistischen Partikularismus.<sup>12</sup>

Gleichwohl verbleibt eine empfindliche Lücke. Constantin Frantz, ein den überstaatlichen Föderalismus verfechtender Staatsdenker, formuliert sie plastisch, wenngleich mit Blick auf monarchische Legitimation. Für die Rechtsprechung des Norddeutschen Bundes hält er in dem Kapitel »Auflösung der preußischen Verfassung« fest:<sup>13</sup>

Sehr viel anders steht es mit den Gerichten, für welche es eine wesentliche Sache ist, in wessen Namen sie Recht sprechen. Die Monarchie muß darauf halten, daß es im Namen des Königs geschieht.<sup>14</sup> [...] Jetzt entsteht

11 »Les lois, décrets, jugements et actes publics sont intitulés: Au nom du peuple français«, Const. 24 juin 1793, art. 61, in J.-H. Bénard, *Table générale analytique et raisonnée du recueil général annoté des lois, décrets, ordonnances, etc., depuis Juin 1789 jusqu'au mois d'Aout 1830*, 3. Bd., L'administration du journal des notaires et avocats, Paris 1840, S. 136.

12 Näher hierzu oben, III. C. 2. a).

13 Constantin Frantz, *Die Schattenseite des Norddeutschen Bundes vom preußischen Standpunkte betrachtet*, Stilke und van Munden, Berlin 1870, S. 34-35; zu seinem schillernden Werk Manfred Ehmer, *Mitteleuropa: Die Vision des politischen Romantikers Constantin Frantz*, Tredition, Hamburg 2012; Michael Dreyer, »Constantin Frantz: Der Außenseiter des Antisemitismus«, in: Werner Bergmann, Ulrich Sieg (Hg.), *Antisemitische Geschichtsbilder*, Klartext, Essen 2009, S. 39-60.

14 Heute müsste es heißen: »Der demokratische Verfassungsstaat muss darauf halten, dass dies im Namen des Volkes geschieht.«

die Frage, in wessen Namen soll das neue *Oberhandelsgericht* sprechen, welches vom Bunde eingerichtet ist? Doch wahrscheinlich wohl im Namen des Bundes, von welchem es seinen eigenen Namen trägt. Wo bleibt da aber die Justizhoheit des Königs wie der übrigen Bundesfürsten? Oder sollte das Gericht vielleicht im Namen der verbundenen Fürsten und freien Städte sprechen, so entstände die sonderbare Folge, daß über Streitsachen, welche in Preußen liegen, der Fürst von Lippe mitzusprechen hätte. Oder sollte hingegen jedes Mal im Namen desjenigen Fürsten gesprochen werden, in dessen Lande die Streitsache liegt, so verschwände die Einheit des Gerichtshofes. Oder sollte es etwa im Namen des Bundespräsidiums geschehen, so wäre das gegen die Bundesverfassung, welche dem Präsidium keine Justizhoheit zuschreibt. Man müßte die Verfassung dazu noch ausdrücklich ändern. Dadurch aber würden die übrigen Bundesfürsten ihre Justizhoheit verlieren, worin jetzt das Einzige liegt, was ihrer Stellung [...] noch einigen Halt und einige Würde geben kann. Es wäre der Anfang zur förmlichen Mediatisirung. Was also thun? Die Bundesgesetzgebung hat das Auskunftsmittel erwählt, den Mittelpunkt der Schwierigkeit zu verschweigen, sich jeder Erklärung darüber enthaltend, in wessen Namen von dem neuen Oberhandelsgericht Recht zu sprechen sei. Reden ist Silber und Schweigen ist Gold, ist ein alter Satz, die Gesetzgebung aber soll nichts desto weniger reden, und wird durch ihr Schweigen keine Schwierigkeit lösen.

Constantin Frantz' Frage beantwortete fünfzig Jahre später die Weimarer Verfassung, unter der das Volk an die Stelle der diversen Monarchen trat. Zumindest in einer auf das positive Recht bezogenen Studie erscheint dies kaum als Perspektive für die heutige internationale Gerichtsbarkeit: Weder das geltende Recht noch sonstige Phänomene deuten auf eine Weltstaatlichkeit oder eine globale Föderation hin. Es gibt keinen Anlass zu der Vermutung, dass der IGH, der ISGH, der IStGH, die Spruchkörper der WTO oder des ICSID unter einem erweiterten und demokratisch repräsentativen politischen Dach der Vereinten Nationen zusammenkommen könnten. Ähnliches gilt für die regionalen Gerichte. Der Europarat mit Russland zeigt keine Tendenzen zu einer föderalen Organisation, deren Gerichtsbarkeit der EGMR ausüben könnte. Gleiches lässt sich sagen über die Organisation der Amerikanischen Staaten, die den IAGMR trägt.<sup>15</sup> Sogar die wenigen internationa-

15 Zum Potenzial näher Flávia Piovesan, »Fuerza integradora y catalizadora del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos«, in: Armin von Bogdandy u. a. (Hg.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia*

len Verbindungen, die sich am Beispiel der Europäischen Union ausrichten, können sich nur schwer in der politischen Realität behaupten.<sup>16</sup> Eine internationale Rechtsprechung, die sich kurzum als eine Rechtsprechung »Im Namen des Volkes« im Sinne aller Weltbürger oder auch nur der Bürger einer staatenübergreifenden Region begriffe, würde ihre politischen und rechtlichen Grundlagen verfehlen. Entsprechend propagiert unser demokratieorientiertes Verständnis dies *nicht*.<sup>17</sup>

Unter dem demokratieorientierten Grundverständnis müssen den Fluchtpunkt demokratischer Rechtfertigung gleichwohl die Individuen bilden, deren Freiheit die Urteile gestalten, und sei es auch noch so indirekt. Wie gezeigt hat das Konzept einer transnationalen und einer kosmopolitischen Bürgerschaft im geltenden Völkerrecht eine Grundlage, die zu seiner Interpretation und Fortentwicklung dienen kann.<sup>18</sup> Die Einzelnen können als Bürger in vielfacher Weise angesprochen sein: als indirekt oder gar direkt Betroffene gerichtlicher Entscheidungen, als Teilnehmer transnationaler und globaler Öffentlichkeiten, die sich kritisch mit solchen Entscheidungen auseinandersetzen, oder als Mitglieder von transnationalen Organisationen, die als Akteure in den Verfahren operieren. Zudem gibt es Staatenlose, Flüchtlinge und Angehörige autoritärer Staaten, die durch ihre Regierung kaum vertreten werden. Auch sie werden durch das Völkerrecht mit Rechten ausgestattet, welche internationale Gerichte zu berücksichtigen haben, und zwar nicht nur in der Dimension des Schutzes.

Natürlich ist eine Bürgerschaft, die auf solchen Elementen aufbaut, weit schwächer als eine staatliche oder auch nur eine supra-

*un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Bd. 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mexiko 2010, S. 431-448.

16 Ricardo Vigil Toledo, »La contribución del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al proceso de integración suramericana«, in: Armin von Bogdandy u. a. (Hg.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, S. 397-412; Adriana Dreyzin de Klor, »Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico«, in: ebd., S. 441-490.

17 Es wurde bereits oben (II. B.) gezeigt, dass auch eine Rechtsprechung »Im Namen der internationalen Gemeinschaft« diese Lücke nicht schließen kann, da diese Gemeinschaft kaum als demokratisches Subjekt zu denken ist.

18 Näher oben, III.C.

nationale Bürgerschaft.<sup>19</sup> Ebenso offensichtlich ist jedoch, dass das Völkerrecht heute Individuen rechtlich so ausstattet, dass sie nicht auf ihre Staatsangehörigkeit zu reduzieren sind und über Rechte und Chancen verfügen, am Prozess richterlicher Gestaltung sozialer Verhältnisse teilzunehmen. Man kann insoweit von demokratischen Subjekten jenseits der Völker ausgehen.

Dieser Bezugspunkt ist allerdings rechtlich, institutionell, soziologisch zu schwach, als dass die Gesamtheit entsprechender Subjekte legitimatorisch an die Stelle der Völker treten könnte. Ein solcher Schritt ist auch nach der Konzeption der Artikel 9 bis 12 EUV selbst für die EU nicht anvisiert, obgleich die Unionsbürgerschaft eine weit stärkere Grundlage bietet: Diese Artikel weisen, in Übereinstimmung mit wichtigen Theorien, auf ein plurales Verständnis.<sup>20</sup> Die obige Formel sollte dementsprechend ergänzt werden. Internationale Gerichte entscheiden »Im Namen der Völker und der Bürger«.<sup>21</sup>

Die Doppelung in der Formel »Im Namen der Völker und der Bürger« reflektiert die Schwierigkeiten und Risiken neuer Institutionen, die auf größere Kollektive abzielen. Sie sind aus der Geschichte des öffentlichen Rechts wohlbekannt. Wiederum formuliert Constantin Frantz eindrucksvoll:

Man kann das öffentliche Recht eines Staates mit einem Schlage in Verwirrung bringen, aber nicht mit einem Schlage neu ordnen, noch weniger der neuen Ordnung innere Kraft geben. [...] Daß bei so schnellen und wiederholten Veränderungen die politische Freiheit keine gesicherten Grundlagen

19 Oben, III. C. 2. a).

20 Anders aber der Vorschlag für den EuGH von Stephan Wernicke, »Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens«, in: *European Law Journal* 13 (2009), S. 380-407: »In the Name of the Citizens of the European Union«. Wie hier der Ansatz von Kalypso Nicolaidis, »European Democracy and Its Crisis«, in: *Journal of Common Market Studies* 51 (2013), S. 351-369.

21 Diese Formel ist schon gelegentlich genutzt worden. Vgl. Flavio Rodeghiero, in: Council of Europe, Parliamentary Assembly, *Official Report of Debates, 1999 Ordinary Session*, Bd. I, S. 5. Angesichts seines parteipolitischen Hintergrundes (Mitglied der *Lega Nord*) ist zu vermuten, dass der Abgeordnete Rodeghiero mit dieser Formel ein anderes Demokratieverständnis verband. In derselben Stoßrichtung wie wir, jedoch mit leicht anderer Formulierung und Ausrichtung Jürgen Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp, Berlin 2011, S. 85: »Staaten und Bürger«.



erlangen kann, leuchtet von selbst ein. In dem vorliegenden Falle wäre noch weniger darauf zu hoffen, weil die Bundesverfassung, welche jetzt die preußische verdrängt, gar nicht auf politische Freiheit berechnet ist, sondern auf Gewerbefreiheit und Freizügigkeit. Die durch die preußische Verfassung garantierten politischen Rechte verlieren dabei ihren Halt, ohne daß andererseits ein Ersatz dafür geboten wird.<sup>22</sup>

Wir sehen diese Formel jedoch nicht als Ausdruck konzeptueller Unsicherheit oder eines Übergangsphänomens. Vielmehr steht »Im Namen der Völker und der Bürger« für ein plurales Verständnis demokratischer Legitimation, welches, wenngleich noch nicht vollständig ausbuchstabiert, doch das größte Potenzial legitimer internationaler Rechtsprechung für die Zukunft trägt. Deshalb ziehen wir diese Formel auch dem griffigeren »Im Namen der Bürger« vor. Gewiss deckt Letztere ein Verständnis ab, wonach der Bürger in seinen diversen Rollen angesprochen wird: als Staatsbürger, als Unionsbürger, als Weltbürger.<sup>23</sup> Theoretisch mag eine solche knappe Formel haltbar sein. Von den derzeitigen rechtlichen Strukturen wäre sie jedoch allzu weit entfernt. Es erscheint auch keineswegs sicher, dass sie selbst als bloße regulative Idee letztlich überzeugt. Denn sie verdeckt tendenziell die notwendig pluralistische Struktur, deren eine leistungsfähige demokratische Legitimation globalen Regierens bedarf. Zudem könnte sie Ängste globaler Zentralisierung schüren, die bereits Kant bedrückten.<sup>24</sup>

### C. Ausblick

Unsere Untersuchung mündet in dem Ergebnis, dass internationale Rechtsprechung im doppelten Bezug auf staatlich verfasste Völker und auf die diese Zugehörigkeit ergänzenden Formen transnationaler oder kosmopolitischer Bürgerschaft verstanden, interpretiert und fortentwickelt werden sollte, natürlich stets entspre-

22 Frantz, *Die Schattenseite des Norddeutschen Bundes vom preußischen Standpunkte betrachtet* (Anm. 13), S. 36.

23 Dieser Punkt ist zentral im Denken von Jürgen Habermas, *Zur Verfassung Europas* (Anm. 21), S. 66-68 und S. 86.

24 Immanuel Kant, »Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis«, in: Wilhelm Weischedel (Hg.), *Werkausgabe*, Bd. II, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1977 [1793], S. 125-172, hier S. 169.

chend den spezifischen Grundlagen und dem jeweiligen Kontext eines jeden Gerichts. Wir begreifen dieses Ergebnis dabei als Beitrag zur Grundlagenforschung, die in besonderer Weise zu Prüfung und Widerspruch auffordert. Daher sei unterstrichen, dass unser Anliegen zunächst einmal analytischer Natur ist. Wir wollen ein verbreitetes Unwohlsein und vage Legitimationszweifel gegenüber internationalen Gerichten genauer fassen und damit helfen, jene Zweifel überhaupt bearbeiten zu können. Wenn wir das Problemverständnis des Lesers vorangebracht haben, dann ist ein wichtiges Ziel erreicht. Da die Rechtswissenschaft jedoch eine überwiegend praktische Wissenschaft ist, unterbreiten wir zudem konstruktive Vorschläge. Analyse und Proposition haben eine gemeinsame konzeptionelle Grundlage im demokratieorientierten Grundverständnis. Probleme der Vorschläge stellen jedoch nicht aus sich heraus die Analyse in Frage.

Das unterbreitete demokratieorientierte Grundverständnis bedarf weiterer theoretischer, dogmatischer und gerade auch empirischer Absicherung und Entfaltung. Nur drei besonders wichtige Themenfelder seien abschließend genannt. Erstens hängt die rechts-erzeugende Kraft des Präjudiz nicht nur am Willen des entscheidenden Gerichts, sondern auch an der Anerkennung durch spätere Gerichte und andere Akteure des Rechtssystems. Nun haben wir es oben abgelehnt, der *Akzeptanz* von Entscheidungen demokratische Relevanz zuzumessen. Demokratisch relevante *Anerkennung* könnte jedoch aus der nachfolgenden öffentlichen Debatte resultieren; ein wichtiges Thema künftiger Forschung. Da Urteile aber nur selten in der allgemeinen Öffentlichkeit diskutiert werden, wäre zugleich zu klären, ob Debatten in der Rechtswissenschaft und in rechtswissenschaftsnahen Institutionen wie der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen als demokratisch rechtfertigend begriffen werden sollten.<sup>25</sup>

Besonderes Augenmerk sollte dabei auf der Frage liegen, welche Mechanismen eine Entscheidung zu einer Leitentscheidung ma-

25 Wegweisend zur möglichen Qualität entsprechender juristischer Diskurse Peter Häberle, »Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten«, in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin 1978, S.155-181; vgl. auch Alexander Somek, »Legal Science as a Source of Law. A Late Reply by Puchta to Kantorowicz«, in: *German Law Journal* (im Erscheinen).

chen, die Rechtsdiskurse besonders intensiv prägt.<sup>26</sup> Auf den ersten Blick ist es der freie Diskurs einer offenen Gemeinschaft von Interpreten, aus dem sich ein Leitentscheidungscharakter ergibt, was demokratisch von besonderer Bedeutung sein könnte. Die empirische Forschung zeigt allerdings, dass entsprechende Debatten oft nicht besonders offen sind und zudem durchaus strategisch »orchestriert« werden.<sup>27</sup> Hier eröffnet sich ein weites Feld soziologischer Forschung mit erheblicher normativer Relevanz.<sup>28</sup>

Ein zweites wichtiges Forschungsfeld betrifft unsere Aussage, wonach die erfolgreiche Vergerichtlichung völkerrechtlicher Normativität oft ein Bedürfnis internationaler Politisierung mit sich bringt. Eine Reihe gerichtlicher Entscheidungen rekuriert auf Entschlüsse internationaler Organe und Gremien. Darin liegt ein großes Potenzial, nicht zuletzt für die Formierung von Opposition.<sup>29</sup> Aber auch hier sind die Voraussetzungen, unter denen man entsprechenden Entschlüssen demokratische Qualität zuspricht, genauer zu konturieren. Die Bezugnahme auf Produkte politischer Rechtsetzung, welche legitimatorisch fragwürdig sind, könnte nämlich die demokratische Problematik sogar noch verschärfen. Wir haben gezeigt, wie internationale Gerichte einen Teil ihrer Legitimationslast durch die Nutzung von *soft law* gewissermaßen auf andere Institutionen abwälzen können. Sie müssen dabei aber für die legitimatorischen Schwachpunkte von *soft law* sensibel sein. Dies lässt sich auch als Grundkritik gegenüber diesem Buch formulieren: Sind Gerichte auf internationaler Ebene angesichts der Probleme internationaler politischer Prozesse nicht letztlich doch, *summa summarum*, bessere Regenten als die bürokratischen

26 Zu den gerichtsinternen Mechanismen, wenngleich am Beispiel des EuGH: Marc Jacob, *Precedent and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice. Unfinished Business*, Cambridge University Press, Cambridge 2014 (im Erscheinen).

27 Lichtvoll die Studie darüber, wie die Urteile des EuGH in den Rechtssachen *van Gend en Loos* und *Costa v. ENEL* zu Leitentscheidungen wurden: Antoine Vauchez, »The Transnational Politics of Judicialization. *Van Gend en Loos* and the Making of EU Polity«, in: *European Law Journal* 16 (2010), S. 1-28.

28 Weiterführend Mikael Rask Madsen, »Sociological Approaches to International Courts«, in: Karen J. Alter u. a. (Hg.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford 2013 (im Erscheinen).

29 Dazu jetzt ausführlich Isabelle Ley, *Opposition im Völkerrecht*, Springer, Heidelberg 2013.

Apparate, die *soft law* entwickeln? Diese Frage führt zu einem dritten Themenkomplex.

Das demokratieorientierte Grundverständnis internationaler Rechtsprechung muss die Mechanismen der Transparenz, Beteiligung und Deliberativität weiter entfalten. Ihr Potenzial ist theoretisch zu verdichten, dogmatisch institutionenspezifisch zu konkretisieren und empirisch zu testen. Konzeptuell und empirisch harren wichtige Fragen näherer Klärung. Wie kann die Spannung von Transparenz und Deliberativität gelöst werden? Wie ist die Beteiligung Interessierter mit dem Postulat politischer Gleichheit zu vermitteln? Unter welchen näheren Voraussetzungen kann der Dialog unter Juristen als Teil einer demokratiestiftenden Öffentlichkeit begriffen werden?

Ungeachtet dieser wie anderer Ungewissheiten sind wir vom Potenzial des demokratieorientierten Ansatzes überzeugt. Wir sehen keinen anderen Weg, wie man die heute unabweisbare Frage, in wessen Namen internationale Gerichte entscheiden, besser beantworten könnte. Seine Stärke wird im Vergleich zu dem staatenorientierten, dem gemeinschaftsorientierten und dem regimeorientierten Grundverständnis offensichtlich. Der demokratieorientierte Ansatz bietet, ungeachtet aller Schwierigkeiten und so utopisch anmutender Begriffe wie einer transnationalen oder gar kosmopolitischen Bürgerschaft, die einzig tragfähige Grundlage gehaltvoller demokratischer Legitimation in Zeiten globalen Regierens.



# Entscheidungsverzeichnis

Die Seitenzahlen in eckigen Klammern  
verweisen auf den vorliegenden Band.

## *Ad-hoc-Schiedsgerichtsbarkeit*

*Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Ad Hoc Award of 19 January 1977, veröffentlicht in: *Journal du Droit international* 104 (1977), S. 350-389 [123]

## *BVerfG*

- BVerfGE 34, 269, *Soraya* [149]  
BVerfGE 37, 271, *Solange I* [270]  
BVerfGE 75, 223, *Kloppenburg* [149]  
»Umfang der Substantiierungspflicht im Zivilprozeß«, Kammerbeschluss vom 28.06.1993, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 47 (1994), S. 848-849 [241]  
BVerfGE 89, 155, *Maastricht* [149, 155, 189]  
»Überraschungsurteil im Zivilprozeß«, Kammerbeschluss vom 17.01.1994, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 47 (1994), S. 1274 [241]  
BVerfGE 104, 151, *NATO-Strategiekonzept* [266]  
BVerfGE III, 307, *Görgülü* [96]  
»Belehrung ausländischer Beschuldiger über Recht auf konsularischen Beistand«, Kammerbeschluss vom 19.09.2006, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 60 (2007), S. 499-504 [160]  
»Sofortvollzug einer Ausweisung«, Kammerbeschluss vom 10.05.2007, in: *Informationsbrief Ausländerrecht* 29 (2007), S. 275-279 [160]  
BVerfGE 121, 317, *Rauchverbot* [149]  
BVerfGE 123, 267, *Lissabon* [149, 155, 205, 209]  
BVerfGE 126, 286, *Honeywell* [149, 266, 267]  
BVerfGE 128, 193, *nachehelicher Unterhalt* [149]  
BVerfGE 128, 326, *EGMR Sicherungsverwahrung* [14, 96]

## *BVerwG*

BVerwGE 90, 112 [154]

## *Corte Constitucional de Colombia*

Sentencia T-025/2004 [270]

## *Corte Costituzionale*

*Frontini Franco*, Sentenza 183/1973, in: *Europarecht* 9 (1974), S. 255-271 [270]

## EGMR

- Case »Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium«* (App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), Judgment of 9 February 1967, Series A, No. 5 [88]
- Neumeister v. Austria*, App. No. 1936/63, Judgment of 27 June 1968, Series A, No. 8 [88]
- Case »Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium«*, App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgment of 23 July 1968, Series A, No. 6 [88]
- Golder v. The United Kingdom*, App. No. 4451/70, Report of 1 June 1973, Series B, No. 16 [89]
- Golder v. The United Kingdom*, App. No. 4451/70, Judgment of 21 February 1975, Series A, No. 18 [89]
- Handyside v. The United Kingdom*, App. No. 5493/72, Judgment of 7 December 1976, Series A, No. 24 [274]
- Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1)*, App. No. 6538/74, Report of 18 May 1977, Series B, No. 28 (1982) [90]
- Ireland v. The United Kingdom*, App. No. 5310/71, Judgment of 18 January 1978, Series A, No. 25 [96]
- Tyrer v. The United Kingdom*, App. No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978, Series A, No. 26 [90]
- Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1)*, App. No. 6538/74, Judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30 [90]
- Guzzardi v. Italy*, App. No. 7367/76, Judgment of 6 November 1980, Series A, No. 39 [235]
- Belilos v. Switzerland*, App. No. 10328/83, Judgment of 29 April 1988, Series A, No. 132 [92]
- Cossey v. The United Kingdom*, App. No. 10843/84, Judgment of 27 September 1990, Series A, No. 184 [96]
- Loizidou v. Turkey*, App. No. 15318/89, Judgment of 23 March 1995, Series A, No. 310 [91, 175, 176]
- Loizidou v. Turkey*, App. No. 15318/89, Judgment of 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI [91]
- Loizidou v. Turkey (Art. 50)*, App. No. 15318/89, Judgment of 28 July 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV [91]
- Matthews v. The United Kingdom*, App. No. 24833/94, Judgment of 18 February 1999, ECHR 1999-I [131]
- Christine Goodwin v. The United Kingdom*, App. No. 28957/95, Judgment of 11 July 2002, ECHR 2002-VI [95]
- Broniowski v. Poland*, App. No. 31443/96, Judgment of 22 June 2004, ECHR 2004-V [24, 94, 276]

- Von Hannover v. Germany*, App. No. 59320/00, Judgment of 24 June 2004, ECHR 2004-VI [285]
- Hirst v. The United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, Judgment of 6 October 2005, ECHR 2005-IX [95, 276]
- Parti nationaliste basque – Organisation régionale d’Iparralde v. France*, App. No. 71251/01, Judgment of 7 June 2007, ECHR 2007-II [277]
- M. v. Germany*, App. No. 19359/04, Judgment of 17 December 2009, ECHR 2009 [14]
- Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, App. No. 27996/06 and 34836/06, Judgment of 22 December 2009, ECHR 2009 [277]
- Atanasovski v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, App. No. 36815/03, Judgment of 14 January 2010 [159; 241; 256]
- Greens and M. T. v. The United Kingdom*, App. No. 60041/08 and 60054/08, Judgment of 23 November 2010 ECHR 2010 [276]
- Lautsi and Others v. Italy*, App. No. 30814/06, Judgment of 18 March 2011 [251; 274]
- Konstantin Markin v. Russia*, App. No. 30078/06, Judgment of 22 March 2012 [95]
- Nada v. Switzerland*, App. No. 10593/08, Judgment of 12 September 2012 [258]

#### EKMR

- Austria v. Italy*, App. No. 788/60, Decision of 11 January 1961, 4 Yearbook of the European Convention on Human Rights (1961), S. 116 [88-89]

#### EuGH

- »Les Verts« v. European Parliament, Rs. 294/83, Judgment of 23 April 1986, Slg. 1986, 01339 [175]
- Rudy Grzelczyk v. Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Rs. C-184/99, Judgment of 20 September 2001, Slg. 2001, I-6193 [194]
- Biret International SA v. Council*, Rs. C-93/02 P, Judgment of 30 September 2003, Slg. 2003 I-10497 [270]
- Sweden v. Commission*, Rs. C-64/05 P, Judgment of 18 December 2007, Slg. 2007, I-11389 [210]
- Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, verb. Rs. C-402/05 P, C-415/05 P, Opinion of Advocate General Maduro of 23 January 2008, Slg. 2008, I-06351 [65]
- Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, verb. Rs. C-402/05 P, C-415/05 P, Judgment of 3 September 2008, Slg. 2008, I-06351 [175, 262; 270]
- FIAMM et al. v. Council and Commission*, verb. Rs. C-120/06 P, C-121/06 P, Judgment of 9 September 2008, Slg. 2008, I-06513 [14]

*Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi*, Rs. C-34/09, Judgment of 8 March 2011, Slg. 2011, I-0000 [194]

*Federal Court of Canada*

*Abdelrazik v. Minister of Foreign Affairs*, 2009 FC 580 [270]

*IAGMR*

*Case of »The Last Temptation of Christ« (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile*, Judgment of 5 February 2001, Series C, No. 73 [269]

*Case of Barrios Altos*, Judgment of 14 March 2001, Series C, No. 75 [177, 285]

*Case of the »Mapiripán Massacre« v. Colombia*, Judgment of 15 September 2005, Series C, No. 134 [270]

*Case of Gómez-Palomino v. Peru*, Judgment of 22 November 2005, Series C, No. 136 [269]

*Case of the Ituango Massacres v. Colombia*, Judgment of 1 July 2006, Series C, No. 148 [270]

*Case of Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, Judgment of 26 September 2006, Series C, No. 154 [176, 177, 285]

*ICI*

*Incident in the North Sea (The Dogger Bank Case)* (Great Britain v. Russia), I. C. I. Report of 26 February 1905 [62]

*Capture of the »Tavignano« and Cannon Shots Fired at the »Canouna« and the »Galois«* (France v. Italy), I. C. I. Report of 23 July 1912 [62]

*The Steamship »Tiger«* (Germany v. Spain), I. C. I. Report of 8 November 1918 [62]

*Loss of the Dutch Steamer »Tubantia«* (Germany v. The Netherlands), I. C. I. Report of 27 February 1922 [62]

*»Red Crusader« Incident* (Great Britain v. Denmark), I. C. I. Report of 23 March 1962 [62]

*ICSID*

*AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005 [125, 159]

*Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae of 19 May 2005 [239, 250]

*El Paso Energy International Co. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction of 27 April 2006 [145]



- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5 of 2 February 2007 [250]
- 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 of 21 March 2007 [25, 125, 159]
- Noble Energy Inc. and Machala Power Cía. Ltd. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, ICSID Case No. ARB/05/12, Decision on Jurisdiction of 5 March 2008 [125]
- Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L. P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision of 7 October 2008 on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award [153]
- M. C. I. Power Group L. C. and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. Arb/03/6, Decision on Annulment of 19 October 2009 [25]
- Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Annulment Decision of 29 June 2010 [127]
- Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/03, Annulment Decision of 30 July 2010 [125, 127]
- Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6, Award of 11 March 2011 [14]
- GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16, Award of 31 March 2011 [125]

### ICTR

- Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment of 2 September 1998 (ICTR-96-4-T) [100]
- Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, Judgment of 28 November 2007 (ICTR-99-52-A) [100]

### ICTY

- Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995 (IT-94-1-AR 72) [19, 28, 99, 100, 170]
- Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoena Duces Tecum of 18 July 1997 (IT-95-14-T) [269]
- Prosecutor v. Anto Furundžija*, Judgment of 10 December 1998 (IT-95-17/1-T) [99, 177]

- Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Judgment of 14 January 2000 (IT-95-16-T)  
[285]
- Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Judgment of 24 March 2000 (IT-95-14/I-A)  
[99, 158]
- Prosecutor v. Milomir Stakić*, Judgment of 22 March 2006 (IT-97-24-A)  
[99]
- Prosecutor v. Mladen Naletilić, Vinko Martinović*, Judgment of 3 May 2006  
(IT-98-34) [99]

### IGH

- Corfu Channel* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 25 March 1948, I. C. J. Reports 1948, S. 15  
[56, 77-78]
- Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, Advisory Opinion of 28 May 1948, I. C. J. Reports 1948, S. 57 [176]
- Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949, I. C. J. Reports 1949, S. 174 [112]
- Asylum Case* (Colombia v. Peru), Judgment of 20 November 1950, I. C. J. Reports 1950, S. 266 [248]
- Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951, I. C. J. Reports 1951, S. 15 [60, 78]
- Fisheries* (United Kingdom v. Norway), Judgment of 18 December 1951, I. C. J. Reports 1951, S. 116 [78]
- Anglo-Iranian Oil Co.* (United Kingdom v. Iran), Judgment of 22 July 1952, I. C. J. Reports 1952, S. 93 [56]
- Right of Passage over Indian Territory* (Portugal v. India), Judgment of 26 November 1957, I. C. J. Reports 1957, S. 125 [81, 262]
- Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, I. C. J. Reports 1962, S. 151 [112, 113]
- South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Judgment of 21 December 1962, I. C. J. Reports 1962, S. 319 [29, 79]
- Northern Cameroons* (Cameroon v. United Kingdom), Judgment of 2 December 1963, I. C. J. Reports 1963, S. 15 [21]
- South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Judgment of 18 July 1966, I. C. J. Reports 1966, S. 6 [29, 79]
- North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany v. Denmark and The Netherlands), Judgment of 20 February 1969, I. C. J. Reports 1969, S. 3 [19]

- Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, I. C. J. Reports 1970, S. 3 [79, 80, 83, 123]
- 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 [29, 80, 261]
- Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion of 12 July 1973, I. C. J. Reports 1973, S. 166 [113]
- Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Judgment of 25 July 1974, I. C. J. Reports 1974, S. 3 [137]
- Nuclear Tests Case* (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974, I. C. J. Reports 1974, S. 253 [60, 82]
- Nuclear Tests Case* (New Zealand v. France), Judgment of 20 December 1974, I. C. J. Reports 1974, S. 457 [82]
- Aegean Sea Continental Shelf* (Greece v. Turkey), Judgment of 19 December 1978, I. C. J. Reports 1978, S. 3 [80]
- United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran), Judgment of 24 May 1980, I. C. J. Reports 1980, S. 3 [82]
- Continental Shelf* (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Judgment of 14 April 1981, I. C. J. Reports 1981, S. 3 [57]
- Continental Shelf* (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), Judgment of 21 March 1984, I. C. J. Reports 1984, S. 3 [57]
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 26 November 1984, I. C. J. Reports 1984, S. 392 [82]
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, I. C. J. Reports 1986, S. 14 [20, 23, 29, 81, 82]
- ELSI* (United States of America v. Italy), Judgment of 20 July 1989, I. C. J. Reports 1989, S. 15 [123]
- Passage through the Great Belt* (Finland v. Denmark), Order of 29 July 1991, I. C. J. Reports 1991, S. 12 [20]
- Certain Phosphate Lands in Nauru* (Nauru v. Australia), Judgment of 26 June 1992, I. C. J. Reports 1992, S. 240 [58]
- East Timor* (Portugal v. Australia), Judgment of 30 June 1995, I. C. J. Reports 1995, S. 90 [58, 59, 83]
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, I. C. J. Reports 1996, S. 226 [24, 60, 83, 137]
- Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 12 December 1996, I. C. J. Reports 1996, S. 803 [82-83]

- Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), Judgment of 25 September 1997, I. C. J. Reports 1997, S. 7 [59, 81, 85, 178, 248]
- LaGrand* (Germany v. United States of America), Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999, S. 9 [14, 20]
- LaGrand* (Germany v. United States of America), Judgment of 27 June 2001, I. C. J. Reports 2001, S. 466 [269]
- Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia v. Malaysia), Judgment of 23 October 2001, I. C. J. Reports 2001, S. 575 [245]
- Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, I. C. J. Reports 2002, S. 3 [60, 84]
- Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment of 6 November 2003, I. C. J. Reports 2003, S. 161 [82-83, 235, 262]
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Order of 30 January 2004, I. C. J. Reports 2004, S. 3 [221]
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, I. C. J. Reports 2004, S. 136 [83, 164]
- Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Judgment of 3 February 2006, I. C. J. Reports 2006, S. 6 [58]
- Dispute Regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment of 13 July 2009, I. C. J. Reports 2009, S. 213 [85, 257]
- Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010, I. C. J. Reports 2010, S. 14 [85]
- Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010, I. C. J. Reports 2010, S. 403 [61, 83, 256, 257]
- Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v. Colombia), Judgment of 4 May 2011 [57]
- Application of the Interim Accord of 13 September 1995* (The Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, I. C. J. Reports 2011, S. 644. [47]
- 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 [28, 113]
- Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy), Judgment of 3 February 2012 [85, 279]
- Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012 [85, 195]



## *Iran-United States Claims Tribunal*

*Iran v. United States* (Case No BI), Iran-United States Claims Tribunal Reports 2004-2009, S. 77-129 [64]

### *ISGH*

*The »Volga« Case* (Russian Federation v. Australia), Judgment of 23 December 2002 [105]

*Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor* (Malaysia v. Singapore), Order of 8 October 2003 [105-106]

*The »Juno Trader« Case* (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), Judgment of 18 December 2004 [26, 105, 282]

*Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion of 1 February 2011 [104, 159]

*Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal* (Bangladesh v. Myanmar), Judgment of 14 March 2012 [24, 106]

### *IStGH*

*Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment of 14 March 2012 (ICC-01/04-01/06-2843) [15, 101]

### *NAFTA/UNCITRAL*

*Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, Award on Jurisdiction of 24 June 1998 [257]

*International Thunderbird Gaming v. Mexico*, Separate Opinion by Prof. Wälde of 26 January 2006 [25]

### *PCA*

*Island of Palmas Case* (United States of America v. The Netherlands), Award of 4 April 1928, United Nations Reports of International Arbitral Awards, Bd. 2, S. 829-871 [50]

*Iron Rhine Arbitration* (Belgium v. The Netherlands), Award of 24 May 2005 [63]

*Eurotunnel* (Channel Tunnel Group Ltd. and France-Manche S.A. v. Secretary of State for Transport of the United Kingdom and Minister for Transport of the French Republic), Partial Award of 30 January 2007 [63]

*Romak* (Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan), PCA Case No. AA 280, UNCITRAL Award of 26 November 2009 [20, 125, 159]

*Chevron* (Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador), PCA Case No. 34877, UNCITRAL Partial Award on the Merits of 30 March 2010 [159]

### SCSL

*Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao (RUF Case)*, Decision on Defence Motion Seeking the Disqualification of Justice Robertson from the Appeals Chamber, Appeals Chamber Decision of 13 March 2004 (SCSL-2004-15-AR15) [222]

### StIGH

*Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Judgment of 25 May 1926, P. C. I. J. Series A, No. 7 [77]

*Factory at Chorzów*, Judgment of 26 July 1927, P. C. I. J. Series A, No. 9 [123]

*S. S. Lotus*, Judgment of 7 September 1927, P. C. I. J. Series A, No. 10 [49-50, 99, 109, 271]

*Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Advisory Opinion of 3 March 1928, P. C. I. J. Series B, No. 15 [269]

*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, P. C. I. J. Series A, No. 22 [19]

### *Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*

*Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela*, Sentencia No. 1939 [270]

### *UK Supreme Court*

*Ahmed et al. v. HM Treasury*, 2010 W. L. R. 378 [270]

### *US Supreme Court*

*Marbury v. Madison*, Decision of February 1803, 5 U. S. (1 Cranch), S. 137-180 [179]

*South Pacific Co. v. Jensen*, Decision of 21 May 1917, 244 U. S. 205 (1917), S. 221 [147]

*Helvering v. Hallock*, Decision of 29 January 1940, 309 U. S. 106 (1940) [32]

*Federal Republic of Germany et al. v. United States et al.*, Decision of 3 March 1998, 526 U. S. 111 (1999) [14]

*Citizens United v. Federal Election Commission*, Decision of 21 January 2010, 558 U. S. 310 (2010) [32]

WTO

- United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, Appellate Body Report of 29 April 1996 [120, 248, 261, 282]
- Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, Panel Report of 11 July 1996 [253]
- Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Appellate Body Report of 4 October 1996 [13, 157, 253]
- European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R, Panel Report of 22 May 1997 [246]
- European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS48/R, Panel Report of 18 August 1997 [278]
- European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, Appellate Body Report of 9 September 1997 [26, 57]
- European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, Appellate Body Report of 16 January 1998 [271, 278]
- United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, Appellate Body Report of 12 October 1998 [248-249, 282]
- United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, Appellate Body Report of 6 November 1998 [24, 26]
- India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/AB/R, Appellate Body Report of 23 August 1999 [279]
- United States – Section 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, Panel Report of 22 December 1999 [195]
- United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, WT/DS138/AB/R, Appellate Body Report of 10 May 2000 [249]
- European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/9, Communication from the Appellate Body of 8 November 2000 [249]
- Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, Appellate Body Report of 11 December 2000 [121]
- European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, Panel Report of 29 May 2002 [278]
- European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/AB/R, Appellate Body Report of 26 September 2002 [278]

- United States – Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina*, WT/DS268/AB/R, Appellate Body Report of 29 November 2004 [158]
- Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres*, WT/DS332/AB/R, Appellate Body Report of 3 December 2007 [121]
- United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, WT/DS320/R, Panel Report of 31 March 2008 [237]
- United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R, Appellate Body Report of 30 April 2008 [127]
- United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, WT/DS350/AB/R, Appellate Body Report of 4 February 2009 [157, 238]
- United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, Appellate Body Report of 4 April 2012 [120]
- United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, Appellate Body Report of 16 May 2012 [277-278, 280]
- United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, Appellate Body Report of 29 June 2012 [121]



## Literaturverzeichnis

- Abbott, Kenneth W.; Snidal, Duncan, »Hard and Soft Law in International Governance«, in: *International Organization* 54 (2000), S. 421-456
- Abi-Saab, Georges, »Cours général de droit international public«, in: *Recueil des cours* 207 (1987), S. 9-463
- »Les sources du droit international: Essai de déconstruction«, in: Manuel Rama-Montaldo (Hg.), *El derecho internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Bd. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1994, S. 29-49
- »The International Court as a World Court«, in: Vaughan Lowe, Malgosia Fitzmaurice (Hg.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, Cambridge 1996, S. 3-16
- Achenbach, Jelena von, »Theoretische Aspekte des dualen Konzepts demokratischer Legitimation für die Europäische Union«, in: Silja Vöneky, Cornelia Hagedorn, Miriam Clados u. a. (Hg.), *Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht. Interdisziplinäre Untersuchungen*, Springer, Berlin 2009, S. 191-208
- Afonso da Silva, Virgílio, »Deciding without Deliberating«, in: *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), Kapitel 7.3 (im Erscheinen)
- Ainley, Kirsten, »The International Criminal Court on Trial«, in: *Cambridge Review of International Affairs* 24 (2011), S. 309-333
- Aldrich, George H., *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Clarendon, Oxford 1996
- Alighieri, Dante, *De Monarchia*, Sumptibus Guiliemi Braumüller, Wien 1874 [1310-1314]; dt.: *Dantes Monarchie*, Herder, Freiburg/Br. 1913
- Alter, Karen J., »Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation«, in: *Law and Contemporary Problems* 71 (2008), S. 37-76
- *The European Court's Political Power*, Oxford University Press, Oxford 2009
- Alter, Karen J.; Helfer, Laurence R., »Nature or Nurture? Judicial Law-making in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice«, in: *International Organization* 64 (2010), S. 563-592
- Alvarez, José E., »Rush to Closure: Lessons of the Tadic Judgment«, in: *Michigan Law Review* 96 (1997-1998), S. 2031-2112
- »Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory«, in: *European Journal of International Law* 12 (2001), S. 183-261

- »The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences«, in: *Texas International Law Journal* 38 (2003), S. 405-444
  - *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, Oxford 2005
  - »Implications for the Future of International Investment Law«, in: Karl P. Sauvant (Hg.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, New York 2008, S. 29-35
  - »The Public International Law Regime Governing International Investment«, in: *Recueil des cours* 344 (2009), S. 193-541
- Alvarez, José E.; Brink, Tegan, »Revisiting the Necessity Defence: Continental Casualty v. Argentina«, in: *Yearbook on International Investment Law & Policy* (2010-2011), S. 319-362
- Alves Vestena, Carolina, »Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro«, Rio de Janeiro 2010 (bibliotecadigital.fgv.br), letzter Zugriff 21.09.2012
- Anand, Ram P., *International Courts and Contemporary Conflicts*, Asia Publishing House, London 1974
- Anderson, Kenneth, »The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 331-358
- Ando, Nisuke, »Permanent Court of Arbitration«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), letzter Zugriff 21.11.2012
- Archibugi, Daniele; Koenig-Archibugi, Mathias; Marchetti, Raffaele (Hg.), *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge 2011
- Arend, Katrin, Art. 10 DSU, in: Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll, Karen Kaiser (Hg.), *WTO. Institutions and Dispute Settlement*, Nijhoff, Leiden 2006
- Arndt, Felix, »International Parliamentary Assemblies«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), letzter Zugriff 21.11.2012
- Arnim, Hans von, *Stoicorum veterum fragmenta*, Bd. 1-4, Saur, München, 2004 [Bde. 1-3 1903-1905, Bd. 4 1924 von Maximilian Adler]
- Ascensio, Hervé, »L'amicus curiae devant les juridictions internationales«, in: *Revue générale de droit international public* 105 (2001), S. 897-930
- Assmann, Jan, *Das kulturelle Gedächtnis. Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen*, 6. Aufl., C. H. Beck, München 2007
- Atiyah, Patrick S.; Summers, Robert S., *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon, Oxford 1987

- Augsberg, Ino, »Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft«, in: *Der Staat* 51 (2012), S. 117-125
- Aznar-Gómez, Mariano J., Art. 2, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Barkeley, Richard, *Die deutsche Friedensbewegung 1870-1933*, Hammerich & Lesser, Hamburg 1948
- Bartels, Lorand, »Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings«, in: *Journal of World Trade* 35 (2001), S. 499-519
- Bast, Jürgen, »Das Demokratiedefizit fragmentierter Internationalisierung«, in: Hauke Brunkhorst (Hg.), *Demokratie in der Weltgesellschaft*, Nomos, Baden-Baden 2009, S. 185-193
- Bates, Ed, *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2010
- Bauer, Hartmut; Huber, Peter M.; Sommermann, Karl-Peter (Hg.), *Demokratie in Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005
- Baum, Lawrence, *Judges and their Audiences*, Princeton University Press, Princeton 2006
- Bellamy, Richard, »Die demokratische Verfassung«, in: Gret Haller, Klaus Günther, Ulfried Neumann (Hg.), *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie?*, Campus Verlag, Frankfurt/M. 2011, S. 103-122
- Bénard, J.-H., *Table générale analytique et raisonnée du recueil général annoté des lois, décrets, ordonnances, etc., depuis Juin 1789 jusqu'au mois d'Aout 1830*, 3. Bd., *L'administration du journal des notaires et avocats*, Paris 1840
- Benda, Ernst, *Akzeptanz als Bedingung demokratischer Legitimität?*, Europa Union Verlag, Bonn 1988
- Bentham, Jeremy, »Truth versus Ashhurst; Or, Law as It Is, Contrasted with What It Is Said to Be«, in: John Bowring (Hg.), *The Works of Jeremy Bentham*, Bd. 5, William Tait, Edinburgh 1843, S. 231-237
- Benvenisti, Eyal, »Exit and Voice in the Age of Globalization«, in: *Michigan Law Review* 98 (1999-2000), S. 167-213
- »Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards«, in: *New York University Journal of International Law and Politics* 31 (1999), S. 843-854
- »Reclaiming Democracy. The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts«, in: *American Journal of International Law* 102 (2008), S. 241-274

- »The Conception of International Law as a Legal System«, in: *German Yearbook of International Law* 50 (2008), S. 393-405
- Benvenisti, Eyal; Downs, George W., »The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law«, in: *Stanford Law Review* 60 (2007-2008), S. 595-631
- »National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 59-72
- »Prospects for the Increased Independence of International Tribunals«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1057-1082
- Benz, Arthur, »Governance – Modebegriff oder nützliches sozialwissenschaftliches Konzept?«, in: Arthur Benz (Hg.), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2004, S. 11-28
- Benz, Wolfgang (Hg.), *Pazifismus in Deutschland. Dokumente zur Friedensbewegung 1890-1939*, Fischer Taschenbuch, Frankfurt/M. 1988
- Benzing, Markus, *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten in zwischenstaatlichen Streitigkeiten*, Springer, Heidelberg 2010
- Bergmann, Jan, »Das Bundesverfassungsgericht in Europa«, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 31 (2004), S. 620-627
- Bernhardt, Rudolf, »Interpretation in International Law«, in: Rudolf Bernhardt (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Bd. 2, Elsevier, Amsterdam 1995, S. 1416-1425
- »Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights«, in: *German Yearbook of International Law* 42 (1999), S. 11-25
- Bernhardt, Rudolf; Steinberger, Helmut; Frowein, Jochen A. (Hg.), *World Court Digest*, Bd. 1, Springer, Berlin 1993
- Bernstorff, Jochen von, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Nomos, Baden-Baden 2001
- »Zivilgesellschaftliche Partizipation in Internationalen Organisationen: Form globaler Demokratie oder Baustein westlicher Expertenherrschaft?«, in: Hauke Brunkhorst (Hg.), *Demokratie in der Weltgesellschaft*, Nomos, Baden-Baden 2009, S. 277-302
- »Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations«, in: Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum, Jochen von Bernstorff u. a. (Hg.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Springer, Heidelberg 2010, S. 775-818
- Bernstorff, Jochen von; Venzke, Ingo, »Ethos, Ethics, and Morality in International Relations«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), letzter Zugriff 21.11.2012



- Besselink, Leonard, »Niederlande«, in: Armin von Bogdandy, Pedro Cruz Villalón, Peter M. Huber (Hg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 1, C. F. Müller, Heidelberg 2007, S. 327-388
- Besson, Samantha, »Das Menschenrecht auf Demokratie – Eine moralische Verteidigung mit einer rechtlichen Nuance«, in: Gret Haller, Klaus Günther, Ulfried Neumann (Hg.), *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie?*, Campus, Frankfurt/M. 2011, S. 61-102
- Beyerlin, Ulrich, »The Role of NGOs in International Environmental Litigation«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 61 (2001), S. 357-378
- Bianchi, Andrea, »Textual Interpretation and (International) Law Reading: The Myth of (In)Determinacy and the Genealogy of Meaning«, in: Pieter H. Bekker, Rudolf Dolzer, Michael Waibel (Hg.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, S. 34-55
- Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. Aufl., Yale University Press, New Haven 1986
- Binder, Christina, »Die Veränderung innerstaatlicher Verhältnisse als Nichterfüllungsgrund von völkerrechtlichen Vertragsverpflichtungen. Welche Rolle spielen demokratiepolitische und menschenrechtliche Erwägungen?«, in: *Archiv des Völkerrechts* 47 (2009), S. 187-219
- »Auf dem Weg zum lateinamerikanischen Verfassungsgericht? Die Rechtsprechung des Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshofs im Bereich der Amnestien«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 71 (2011), S. 1-29
- Bingham, Tom, »Alabama Arbitration«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com), letzter Zugriff 21.11.2012
- Bobbio, Norberto, *Das Zeitalter der Menschenrechte. Ist Toleranz durchsetzbar?*, Wagenbachs Taschenbuch, Berlin 1998
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, »Organ, Organisation, Juristische Person. Kritische Überlegungen zu Grundbegriffen und Konstruktionsbasis des staatlichen Organisationsrechts«, in: Christian-Friedrich Menger (Hg.), *Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag*, C. H. Beck, München 1973, S. 269-305
- *Verfassungsfragen der Richterwahl*, Duncker & Humblot, Berlin 1974
- »Die Demokratie als Verfassungsprinzip«, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, C. F. Müller, Heidelberg 1987, S. 887-952
- *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1991

- *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1999
- *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, erweiterte Aufl., Suhrkamp, Frankfurt/M. 2006
- Bodansky, Daniel, »Non Liqueur and the Incompleteness of International Law«, in: Laurence Boisson de Chazournes, Philippe Sands (Hg.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, S. 153-170
- Bodendiek, Frank, *Walther Schückings Konzeption der internationalen Ordnung. Dogmatische Strukturen und ideengeschichtliche Bedeutung*, Duncker & Humblot, Berlin 2001
- »Walther Schücking and the Idea of ›International Organization‹«, in: *European Journal of International Law* 22 (2011), S. 741-754
- Bogdandy, Armin von, *Gubernative Rechtsetzung. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen 2000
- »Law and Politics in the WTO – Strategies to Cope with a Deficient Relationship«, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 5 (2001), S. 609-674
- »Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation«, in: *Kritische Justiz* 34 (2001), S. 264-281, 425-441
- »Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO Law and the Prospects of Its Proceduralization«, in: Stefan Griller (Hg.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns*, Springer, Wien 2003, S. 103-148
- »Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law«, in: *European Journal of International Law* 15 (2004), S. 885-906
- »Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?«, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 130 (2005), S. 445-464
- »General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field«, in: *German Law Journal* 9 (2008), S. 1909-1938
- »Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law«, in: *International Journal of Constitutional Law* 6 (2008), S. 397-413
- Bogdandy, Armin von; Dann, Philipp; Goldmann, Matthias, »Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance«, in: *Der Staat* 49 (2010), S. 23-50
- Bogdandy, Armin von; Dellavalle, Sergio, »Ad hostes docere – Zu den Ursprüngen und zur Präsenz partikularistisch-holistischen Denkens«, in: Andreas Fischer-Lescano, Hans-Peter Gasser, Thilo Marauhn u. a.

- (Hg.), *Frieden in Freiheit. Festschrift für Michael Bothe zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden 2008, S. 847-863
- »Universalism and Particularism as Paradigms of International Law«, in: *International Law and Justice Working Papers* (2008) ([www.iilj.org/publications/2008-3Bogdandy-Dellavalle.asp](http://www.iilj.org/publications/2008-3Bogdandy-Dellavalle.asp)), letzter Zugriff 01.10.2012
- Bogdandy, Armin von; Goldmann, Matthias, »Die Restrukturierung von Staatsschulden als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt: Zur Möglichkeit der inkrementellen Entwicklung eines Staateninsolvenzrechts«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 73 (2013), S. 61-103
- Bogdandy, Armin von; Jacob, Marc, »The Judge as Law-Maker: Thoughts on Bruno Simma's Declaration in the Kosovo Opinion«, in: Ulrich Fastenrath, Rudolf Geiger, Daniel Erasmus-Khan u. a. (Hg.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford University Press, Oxford 2011, S. 809-824
- Bogdandy, Armin von; Rau, Markus, »The Lotus«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), letzter Zugriff 21.11.2012
- Bogdandy, Armin von; Venzke, Ingo, »Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 979-1004
- (Hg.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, Heidelberg 2012
- Bogdandy, Armin von; Wolfrum, Rüdiger; Bernstorff, Jochen von u. a. (Hg.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Springer, Heidelberg 2010
- Bohanes, Jan; Lockhart, Nicolas, »Standard of Review in WTO Law«, in: Daniel Bethlehem, Donald McRae, Rodney Neufeld u. a. (Hg.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 378-436
- Boisson de Chazournes, Laurence; Fromageau, Edouard, »Balancing the Scales: The World Bank Sanctions Process and Access to Remedies«, in: *European Journal of International Law* 23 (2012), S. 963-989
- Bourdieu, Pierre, »The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field«, in: *Hastings Law Journal* 38 (1987), S. 814-853
- Bovens, Mark; Curtin, Deirdre; 't Hart, Paul (Hg.), *The Real World of EU Accountability. What Deficit?*, Oxford University Press, Oxford 2010
- Boyle, Alan E.; Chinkin, Christine M., *The Making of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2007
- Brand, Ulrich; Brunnengräber, Achim; Schrader, Lutz u. a., *Global Governance. Alternativen zur neoliberalen Globalisierung?*, Westfälisches Dampfboot, Münster 2000

- Brandom, Robert B., »Some Pragmatist Themes in Hegel's Idealism: Negotiation and Administration in Hegel's Account of the Structure and Content of Conceptual Norms«, in: *European Journal of Philosophy* 7 (1999), S. 164-189
- Brimmer, Esther, »International Politics Need International Law«, in: Emmanuelle Jouannet, Hélène Ruiz Fabri, Jean-Marc Sorel (Hg.), *Regards d'une génération sur le Droit International*, Pedone, Paris 2008, S. 113-122
- Broude, Tomer, »The Rule(s) of Trade and the Rhetos of Development: Reflections on the Functional and Aspirational Legitimacy of the WTO«, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 45 (2006-2007), S. 221-261
- Brower, Charles H. II, »The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement under Private and Public International Law«, in: *Duke Journal of International and Comparative Law* 18 (2008), S. 259-309
- Brower, Charles N.; Brueschke, Jason D., *The Iran-United States Claims Tribunal*, Nijhoff, Den Haag 1998
- Brown, Chester, »Reasonableness« in the Law of the Sea: The Prompt Release of the Volga«, in: *Leiden Journal of International Law* 16 (2003), S. 621-630
- »The Evolution and Application of Rules Concerning Independence of the International Judiciary«, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2 (2003), S. 63-96
  - *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford 2007
  - Art. 59, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2008
- Brunhöber, Beatrice, *Die Erfindung »demokratischer Repräsentation« in den Federalist Papers*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010
- Brunnée, Jutta, »Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements«, in: Rüdiger Wolfrum, Volker Röben (Hg.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer, Heidelberg 2005, S. 101-126
- Brunnée, Jutta; Toope, Stephen J., *Legitimacy and Legality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010
- Bruns, Viktor, »Völkerrecht als Rechtsordnung«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1 (1929), S. 1-56
- Bülow, Oskar, *Gesetz und Richteramt*, Duncker & Humblot, Leipzig 1885
- Bumke, Christian, »Publikumsinformationen. Erscheinungsformen, Funktionen und verfassungsrechtlicher Rahmen einer Handlungsform des Gewährleistungsstaates«, in: *Die Verwaltung* 37 (2004), S. 3-33



- Burca, Gráinne de, »Developing Democracy beyond the State«, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 46 (2007-2008), S. 221-278
- Burke, Edmund, »Speech in the House of Commons against Pitt's Proposal for a Committee to Consider Parliamentary Reform«, 7. Mai 1782, in: David Horn, Mary Ransome (Hg.), *English Historical Documents 1714-1783*, Bd. 10, Routledge, London 1957, S. 225-227
- Burke-White, William W., »A Community of Courts: Toward a System of International Criminal Law Enforcement«, in: *Michigan Journal of International Law* 24 (2002-2003), S. 1-101
- Burke-White, William W.; Staden, Andreas von, »Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties«, in: *Virginia Journal of International Law* 48 (2007), S. 307-410
- Caffisch, Luzius, »Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques«, in: *Recueil des cours* 288 (2001), S. 245-467
- Cançado Trindade, Antônio A., »International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (I)«, in: *Recueil des cours* 316 (2005), S. 9-439
- »International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (II)«, in: *Recueil des cours* 317 (2005), S. 9-312
- Cancik, Pascale, »Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie«, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 72 (2013), S. 268-353
- Canivet, Guy; Andenæs, Mads T.; Fairgrieve, Duncan (Hg.), *Independence, Accountability, and the Judiciary*, British Institute of International and Comparative Law, London 2006
- Cannizzaro, Enzo, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Mailand 2000
- Canor, Iris, *The Limits of Judicial Discretion in the European Court of Justice*, Nomos, Baden-Baden 1998
- Carazo Ortíz, Pía, »El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica«, in: Armin von Bogdandy, César Landa Arroyo, Mariela Morales Antoniazzi (Hg.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, S. 231-285
- Caron, David D., »War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference«, in: *American Journal of International Law* 94 (2000), S. 4-30
- Carrubba, Clifford J., »Courts and Compliance in International Regulatory Regimes«, in: *Journal of Politics* 67 (2005), S. 669-689
- Cass, Deborah Z., »The ›Constitutionalization‹ of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Develop-

- ment in International Trade«, in: *European Journal of International Law* 12 (2001), S. 39-75
- *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford University Press, Oxford 2005
- Cassese, Antonio, »Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?«, in: Antonio Cassese, Mireille Delmas-Marty (Hg.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Presses Universitaires de France, Paris 2002, S. 13-29
- »The Rationale for International Criminal Justice«, in: Antonio Cassese (Hg.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 123-130
- Cassese, Sabino, »Global Standards for National Administrative Procedure«, in: *Law and Contemporary Problems* 68 (2004-2005), S. 109-126
- »Global Administrative Law: An Introduction«, 2005 ([www.iilj.org/GAL/documents/CassesePaper.pdf](http://www.iilj.org/GAL/documents/CassesePaper.pdf)), letzter Zugriff 10.10.2012
  - *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Rom 2009
  - »Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in Europa«, in: Armin von Bogdandy, Sabino Cassese, Peter M. Huber (Hg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 3, C. F. Müller, Heidelberg 2010, S. 3-29
- Charney, Jonathan I., »Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?«, in: *Recueil des cours* 271 (1998), S. 101-382
- Cheng, Bin, »United Nations Resolutions on Outer Space: »Instant« International Customary Law?«, in: *Indian Journal of International Law* 5 (1965), S. 23-48
- Chinkin, Christine M., »The East Timor Case (Portugal v. Australia)«, in: *International & Comparative Law Quarterly* 45 (1996), S. 712-725
- Art. 62, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Christensen, Ralph; Fischer-Lescano, Andreas, »Die Einheit der Rechtsordnung. Zur Funktionsweise der holistischen Semantik«, in: *Zeitschrift für Rechtsphilosophie* 4 (2006), S. 8-14
- Christensen, Ralph; Kudlich, Hans, *Theorie richterlichen Begründens*, Duncker & Humblot, Berlin 2001
- *Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis*, Duncker & Humblot, Berlin 2008
- Christiano, Thomas, »Democratic Legitimacy and International Institutions«, in: Samantha Besson, John Tasioulas (Hg.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 119-137
- Cho, Sungjoon, »Constitutional Adjudication in the World Trade Organization«, in: *Jean Monnet Working Paper* (2008), verfügbar unter [cen](http://cen)

- ters.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/o8/o8o4o1.pdf), letzter Zugriff 13.09.2012
- Closa, Carlos, »Citizenship of the Union and Nationality of Member States«, in: *Common Market Law Review* 32 (1995), S. 487-518
- Cohen, Marcelo, »The Principle of Non-Intervention 25 Years after the *Nicaragua* Judgment«, in: *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), S. 157-164
- Cohen-Eliya, Moshe; Porat, Iddo, »Proportionality and the Culture of Justification«, in: *American Journal of Comparative Law* 59 (2011), S. 463-490
- Commission, Jeffery P., »Precedent in Investment Treaty Arbitration – A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence«, in: *Journal of International Arbitration* 24 (2007), S. 129-158
- Condorelli, Luigi, »La cour pénale internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli ...)«, in: *Revue générale de droit international public* 103 (1999), S. 7-21
- Corbett, Percy E., *Law in Diplomacy*, Princeton University Press, Princeton/New Jersey 1959
- Costa, Jean-Paul, »On the Legitimacy of the European Court of Human Rights' Judgments«, in: *European Constitutional Law Review* 7 (2011), S. 173-182
- Cover, Robert M., »Violence and the Word«, in: *Yale Law Journal* 95 (1986), S. 1601-1629
- Craven, Matthew, »Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law«, in: *Finnish Yearbook of International Law* 14 (2003), S. 3-34
- Crawford, Emily, »Proportionality«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), letzter Zugriff 21.11.2012
- Crema, Luigi, »Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)«, in: *European Journal of International Law* 21 (2010), S. 681-700
- Cruz Villalón, Pedro, »Vergleich«, in: Armin von Bogdandy, Pedro Cruz Villalón, Peter M. Huber (Hg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 1, C. F. Müller, Heidelberg 2007, S. 729-777
- Cryer, Robert; Friman, Håkan; Robinson, Darryl u. a., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2010
- Curtin, Deirdre; Nollkaemper, André, »Conceptualizing Accountability in International and European Law«, in: *Netherlands Yearbook of International Law* 36 (2005), S. 3-20
- Dahl, Robert A., »The Concept of Power«, in: *Behavioral Science* 2 (1957), S. 201-215

- Dahrendorf, Ralf, *Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen*, Mohr Siebeck, Tübingen 1961
- Daillier, Patrick; Forteau, Mathias; Pellet, Alain u. a., *Droit International Public*, 8. Aufl., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 2009
- D’Alterio, Elisa, »From Judicial Comity to Legal Comity: A Judicial Solution to Global Disorder?«, in: *International Journal of Constitutional Law* 9 (2011), S. 394-424
- Damrosch, Lori F., Art. 56, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Dann, Philipp, »Die politischen Organe«, in: Armin von Bogdandy, Jürgen Bast (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Springer, Berlin 2009, S. 335-387
- *Entwicklungsverwaltungsrecht. Theorie und Dogmatik des Rechts der Entwicklungszusammenarbeit, untersucht am Beispiel der Weltbank, der EU und der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012
- Danner, Allison M., »When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War«, in: *Vanderbilt Law Review* 59 (2006), S. 1-56
- Danner, Allison M.; Martinez, Jenny S., »Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law«, in: *California Law Review* 93 (2005), S. 75-169
- Danwitz, Thomas von, »Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes«, in: *Europarecht* 43 (2008), S. 769-785
- Deitelhoff, Nicole, »(Is) Fair Enough? Legitimation internationalen Regierens durch deliberative Verfahren«, in: Peter Niesen (Hg.), *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*, Campus, Frankfurt 2012, S. 103-130
- Delaney, Joachim; Magraw, Daniel B., »Procedural Transparency«, in: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (Hg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, S. 721-788
- Delbrück, Jost, »Law’s Frontier – Walther Schücking and the Quest for the Lex Ferenda«, in: *European Journal of International Law* 22 (2011), S. 801-808
- Delmas-Marty, Mireille, »Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste«, in: *McGill Law Journal* 46 (2001), S. 923-954
- Denfeld, Claudia, *Hans Wehberg (1885-1962). Die Organisation der Staatengemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden 2008
- Derrida, Jacques, »Force of Law: The ›Mystical Foundation of Authority‹«, in: *Cardozo Law Review* 11 (1989-1990), S. 919-1045



- Di Fabio, Udo, »Der neue Art. 23 des Grundgesetzes – Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?«, in: *Der Staat* 32 (1993), S. 191-217
- Diggelmann, Oliver; Altwicker, Tilmann, »Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 68 (2008), S. 623-650
- Doehring, Karl, *Völkerrecht*, 2. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2004
- Dogliani, Mario, »L'indirizzo politico nei moderni ordinamenti policentrici«, in: Giancarlo Rolla (Hg.), *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici. Tendenze e prospettive nell'esperienza costituzionale italiana e spagnola*, Giuffrè, Mailand 1991, S. 7-29
- Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008
- Donald, Alice; Gordon, Jane; Leach, Philip, *The UK and the European Court of Human Rights. Equality and Human Rights Commission Research Report 83*, Equality and Human Rights Commission Report Series, Manchester Spring 2012 ([www.equalityhumanrights.com/uploaded\\_files/research/83.\\_european\\_court\\_of\\_human\\_rights.pdf](http://www.equalityhumanrights.com/uploaded_files/research/83._european_court_of_human_rights.pdf)), letzter Zugriff 10.10.2012
- Donaldson, Victoria, »The Appellate Body: Institutional and Procedural Aspects«, in: Patrick F. Macrory, Arthur E. Appleton, Michael G. Plummer (Hg.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Bd. 1, Springer, New York 2005, S. 1277-1339
- Dörr, Oliver, Art. 31, in: Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach (Hg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg 2012
- Dreier, Horst, »Hans Kelsen (1881-1973): ›Jurist des Jahrhunderts?‹«, in: Helmut Heinrichs, Harald Franzki, Klaus Schmalz u. a. (Hg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, C. H. Beck, München 1993, S. 705-732
- Drew, Catriona, »The East Timor Story: International Law on Trial«, in: *European Journal of International Law* 12 (2001), S. 651-684
- Drexel, Josef, »Unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts in der globalen Privatrechtsordnung«, in: Bernhard Großfeld, Rolf Sack, Thomas M. J. Möllers u. a. (Hg.), *Festschrift für Wolfgang Fikentscher*, Mohr Siebeck, Tübingen 1998, S. 822-851
- Dreyer, Michael, »Constantin Frantz: Der Außenseiter des Antisemitismus«, in: Werner Bergmann, Ulrich Sieg (Hg.), *Antisemitische Geschichtsbilder*, Klartext, Essen 2009, S. 39-60
- Dreyzin de Klor, Adriana, »Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico«, in: Armin von Bogdandy, César Landa Arroyo, Mariela Morales Antoniazzi (Hg.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un an-*

- álisis interdisciplinario y multifocal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, S. 441-490
- Drzemczewski, Andrew, »Election of Judges to the Strasbourg Court. An Overview«, in: *European Human Rights Law Review* 15 (2010), S. 377-383
- Duguit, Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive. Préface de Franck Moderne*, Dalloz-Sirey, Paris 2003 [1901]
- *L'État, les gouvernants et les agents*, Dalloz-Sirey, Paris 2005 [1903]
- Dunoff, Jeffrey L.; Trachtman, Joel P. (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge 2009
- »A Functional Approach to International Constitutionalization«, in: Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtman (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, S. 3-35
- Dupuy, Pierre-Marie, »Le juge et la règle générale«, in: *Revue Générale de Droit International Public* 93 (1989), S. 569-598
- »A Transatlantic Friendship: René-Jean Dupuy and Wolfgang Friedmann«, in: *European Journal of International Law* 22 (2011), S. 401-406
- Dupuy, Pierre-Marie; Kerbrat, Yann, *Droit International Public*, 10. Aufl., Dalloz, Paris 2010
- Dupuy, René-Jean, »Communauté internationale et disparités de développement«, in: *Recueil des cours* 165 (1979), S. 21-231
- Ebsen, Ingwer, »Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zum politischen Grundkonsens«, in: Gunnar F. Schuppert, Christian Bumke (Hg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Nomos, Baden-Baden 2000, S. 83-109
- Eeckhout, Piet, »The Scales of Trade – Reflections on the Growth and Functions of the WTO Adjudicative Branch«, in: *Journal of International Economic Law* 13 (2010), S. 3-26
- Ehlermann, Claus-Dieter, »Six Years on the Bench of the ›World Trade Court‹. Some Personal Experiences as Member of the Appellate Body of the World Trade Organization«, in: *Journal of World Trade* 36 (2002), S. 605-639
- Ehmer, Manfred, *Mitteleuropa: Die Vision des politischen Romantikers Constantin Frantz*, Tredition, Hamburg 2012
- Ehring, Lothar, »Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization«, in: *Journal of International Economic Law* 11 (2008), S. 1021-1034
- Eick, Christophe, »Die Anerkennung der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs durch Deutschland«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 68 (2008), S. 763-777

- Ellwein, Thomas, *Regierung und Verwaltung*, I. Teil: *Regierung als politische Führung*, Kohlhammer, Stuttgart 1970
- Ely, John H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1980
- Esfeld, Michael, »Funktion«, in: Petra Kolmer, Armin G. Wildfeuer, *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, Bd. I, Alber, Freiburg 2011, S. 842-854
- Eyffinger, Arthur, *The Peace Palace. Residence for Justice, Domicile of Learning*, 2. Aufl., Carnegie Foundation, Den Haag 1988
- Falk, Richard; Strauss, Andrew, »On the Creation of a Global Peoples Assembly: Legitimacy and the Power of Popular Sovereignty«, in: *Stanford Journal of International Law* 36 (2000), S. 191-220
- Fassbender, Bardo, *UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective*, Kluwer, Den Haag 1998
- Art. 9, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Art. 54, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Fastenrath, Ulrich, *Lücken im Völkerrecht. Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts*, Duncker & Humblot, Berlin 1991
- Fehl, Caroline, »Explaining the International Criminal Court: A Practice Test for Rationalist and Constructivist Approaches«, in: Steven C. Roach (Hg.), *Governance, Order, and the International Criminal Court. Between Realpolitik and a Cosmopolitan Court*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 75-105
- Feichtner, Isabel, »The Waiver Power of the WTO: Opening the WTO for Political Debate on the Reconciliation of Competing Interests«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 615-645
- *The Law and Politics of WTO Waivers. Stability and Flexibility in Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012
- »Subsidiarity«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), letzter Zugriff 21.11.2012
- Ferrarese, Maria, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna 2000
- Fischer-Lescano, Andreas; Teubner, Gunther, *Regime-Kollisionen*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2006
- Fisler Damrosch, Lori, »The Impact of the *Nicaragua* Case on the Court

- and Its Role: Harmful, Helpful, or In Between?«, in: *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), S. 135-147
- Fleischhauer, Carl-August; Simma, Bruno, Art. 13, in: Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte u. a. (Hg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Bd. 1, 3. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Folke Schuppert, Gunnar, »Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren«, in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann, Andreas Voßkuhle (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012, S. 1067-1159
- Follesdal, Andreas, »The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law«, in: *Global Constitutionalism* 2 (2013), S. 37-62.
- Forst, Rainer, »Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie: Zur Überwindung von drei Dogmen der politischen Theorie«, in: Peter Niesen (Hg.), *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*, Campus, Frankfurt 2012, S. 29-48
- Franck, Susan D., »The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration«, in: *Fordham Law Review* 73 (2004-2005), S. 1521-1626
- Franck, Thomas M., »The Emerging Right to Democratic Governance«, in: *American Journal of International Law* 86 (1992), S. 46-91
- Frantz, Constantin, *Die Schattenseite des Norddeutschen Bundes vom preußischen Standpunkte betrachtet*, Stilke und van Munden, Berlin 1870
- Franzius, Claudio, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010
- Fried, Alfred H., *Handbuch der Friedensbewegung*, Verlag der Österreichischen Friedensgesellschaft, Wien 1905
- Friedmann, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Stevens & Sons, London 1964
- Friesenhahn, Ernst, »Parlament und Regierung im modernen Staat«, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 16 (1958), S. 9-73
- Frowein, Jochen A., »European Integration through Fundamental Rights«, in: *University of Michigan Journal of Law Reform* 18 (1984-1985), S. 5-27
- »Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte«, in: Klaus Dicke, Stephan Hobe, Karl-Ulrich Meyn (Hg.), *Weltinnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück*, Duncker & Humblot, Berlin 2004, S. 279-287
- Frowein, Jochen A. (Hg.), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, Springer, Berlin 1993



- Frowein, Jochen A.; Oellers-Frahm, Karin, Art. 65, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Fuchs, Johannes; Lattanzi, Flavia, »International Military Tribunals«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), letzter Zugriff 21.II.2012
- Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man*, The Free Press, New York 1992
- Fyrnys, Markus, »Expanding Competences by Judicial Law-Making – The Pilote Judgment Procedure of the European Court of Human Rights«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1231-1259
- García-Salmones, Mónica, »Walther Schücking and the Pacifist Tradition of International Law«, in: *European Journal of International Law* 22 (2011), S. 755-782
- Gee, Graham, »The Persistent Politics of Judicial Selection«, in: Anja Seibert-Fohr (Hg.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, Heidelberg 2012, S. 121-146
- Gerber, David J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Clarendon, Oxford 1998
- Geyh, Charles G., »Judicial Election Reconsidered: A Plea for Radical Moderation«, in: *Harvard Journal of Law and Public Policy* 35 (2012), S. 623-642
- Gill, Terry D. (Hg.), *Rosenne's The World Court. What It Is and How It Works*, 6. Aufl., Nijhoff, Leiden 2003
- Gladius, Marlies, »Do International Criminal Courts Require Democratic Legitimacy?«, in: *European Journal of International Law* 23 (2012), S. 43-66
- Goebel, Julius, *The Equality of States: A Study in the History of Law*, Columbia University Press, New York 1925
- Goldmann, Matthias, »Der Widerspenstigen Zähmung, oder: Netzwerke dogmatisch gedacht«, in: Sigrid Boysen, Ferry Bühring, Claudio Franzius u. a. (Hg.), *Netzwerke. 47. Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, Baden-Baden 2007, S. 225-246
- »Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority«, in: *German Law Journal* 9 (2008), S. 1865-1908
- *Internationale Öffentliche Gewalt*, Springer, Heidelberg 2014 (im Erscheinen)
- »Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)«,

- in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), letzter Zugriff 21.11.2012
- Goldsmith, Jack L.; Posner, Eric A., *The Limits of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2005
- Goldstein, Judith; Kahler, Miles; Keohane, Robert O. u. a., »Introduction: Legalization and World Politics«, in: *International Organization* 54 (2000), S. 385-399
- Góngora Mera, Manuel E., *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 2011
- Goodman, Ryan, »Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent«, in: *American Journal of International Law* 96 (2002), S. 531-560
- Gormley, W. Paul, »The Development of International Law through Cases from the European Court of Human Rights: Linguistics and Detention Disputes«, in: *Ottawa Law Review* 2 (1967-1968), S. 382-422
- Grabenwarter, Christoph, »Staatliches Unionsverfassungsrecht«, in: Armin von Bogdandy, Jürgen Bast (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Springer, Berlin 2009, S. 121-175
- »Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem. Wirkungen von EGMR-Urteilen und der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten«, in: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 38 (2011), S. 229-232
  - »Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten«, in: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 39 (2012), S. 507-514
- Grabenwarter, Christoph; Pabel, Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch*, 5. Aufl., C. H. Beck, München 2012
- Grabitz, Eberhard, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Appel, Hamburg 1966
- *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, Europa Union Verlag, Köln 1970
- Grant, Ruth W.; Keohane, Robert O., »Accountability and Abuses of Power in World Politics«, in: *American Political Science Review* 99 (2005), S. 29-43
- Greenwood, Christopher, »The Development of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia«, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2 (1998), S. 97-140
- Grewe, Wilhelm G., *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Nomos, Baden-Baden 1984

- Grigoleit, Klaus J., *Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage. Eine dogmatische und historische Untersuchung zum judikativen Anteil an der Staatsleitung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004
- Gross, Leo, »International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing Its Role in the International Legal Order«, in: *American Journal of International Law* 65 (1971), S. 253-326
- Groß, Thomas, »Postnationale Demokratie – Gibt es ein Menschenrecht auf transnationale Selbstbestimmung?«, in: *Rechtswissenschaft* 2 (2011), S. 125-153
- Grossman, Nienke, »Legitimacy and International Adjudicative Bodies«, in: *George Washington International Law Review* 41 (2009), S. 107-180
- »Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts«, in: *Chicago Journal of International Law* 12 (2011-2012), S. 647-684
- Grotius, Hugo, *De iure belli ac pacis. Libri tres, in quibus ius naturae & gentium, item iuris publici praecipua explicantur*, William S. Hein, Buffalo/New York 1995 [1646]; dt.: *Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens*, Mohr Siebeck, Tübingen 1950
- Guéhenno, Jean-Marie, *Das Ende der Demokratie*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1996
- Günther, Klaus, »Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation«, in: *Rechtstheorie* 20 (1989), S. 163-190
- »Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis«, in: *Cardozo Law Review* 17 (1995-1996), S. 1035-1058
- Guzmán, Andrew T., *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, Oxford 2008
- Haack, Stefan, »Demokratie mit Zukunft?«, in: *Juristenzeitung* 67 (2012), S. 753-762
- Haas, Ernst B., *Beyond the Nation-State. Functionalism and International Organization*, Stanford University Press, Stanford 1964
- Häberle, Peter, »Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten«, in: Peter Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin 1978, S. 155-181
- Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt/M. 1992
- *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1998
- »Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?«,

- in: Jürgen Habermas, *Der gespaltene Westen. Kleine Politische Schriften X*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2004, S. 113-193
- »Concluding Comments on Empirical Approaches to Deliberative Politics«, in: *Acta Politica* 40 (2005), S. 384-392
  - »Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft«, in: Winfried Brugger, Ulfried Neumann, Stephan Kirste (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2008, S. 360-379
  - *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp, Berlin 2011
- Halberstam, Daniel, »Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States«, in: Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtman (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, S. 326-355
- »Constitutionalism and Pluralism in Marbury and Van Gend«, in: Miguel P. Maduro, Loïc Azoulay (Hg.), *The Past and the Future of EU Law*, Hart, Oxford 2010, S. 26-36
  - »Local, Global, and Plural Constitutionalism: Europe Meets the World«, in: Gráinne de Búrca, Joseph H. H. Weiler (Hg.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, S. 150-202
- Halberstam, Daniel; Stein, Eric, »The United Nations, the European Union and the King of Sweden. Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order«, in: *Common Market Law Review* 46 (2009), S. 13-72
- Haller, Gret, »Einführung«, in: Gret Haller, Klaus Günther, Ulfried Neumann (Hg.), *Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie?*, Campus, Frankfurt/M. 2011, S. 11-44
- Halter, Ulrich R., *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen. Das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus*, Duncker & Humblot, Berlin 1998
- Hambro, Edvard, »Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 17 (1956/1957), S. 229-248
- Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John, *The Federalist Papers, The Federalist No. 72: Hamilton*, Bantam, New York 1982 [1787-1788]
- Handler Chayes, Antonia; Chayes, Abram, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1995
- Hanebeck, Alexander, *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot, Berlin 2004



- Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 2. Aufl., Clarendon, Oxford 1994 [1961]
- Hauser, Heinz, »Domestic Policy Foundation and Domestic Policy Function of International Trade Rules«, in: *Aussenwirtschaft* 41 (1986), S. 171-184
- Hegel, Georg W. F., »Grundlinien der Philosophie des Rechts. Oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse«, in: Hermann Glockner (Hg.), *Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Sämtliche Werke. Jubiläumsausgabe in zwanzig Bänden*, Bd. 7, Frommanns, Stuttgart 1928 [1821], S. 42-50
- Held, David; Koenig-Archibugi, Mathias, *Global Governance and Public Accountability*, Blackwell, Malden 2005
- Helfer, Laurence R.; Slaughter, Anne-Marie, »Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication«, in: *Yale Law Journal* 107 (1997-1998), S. 273-391
- Heller, Hermann, *Staatslehre*, Sijthoff, Leiden 1934
- Hewson, Martin; Sinclair, Timothy J., »The Emergence of Global Governance Theory«, in: Martin Hewson, Timothy J. Sinclair (Hg.), *Approaches to Global Governance Theory*, State University of New York Press, Albany 1999, S. 3-22
- Heywood Anderson, David, »Prompt Release of Vessels and Crews«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), letzter Zugriff 21.11.2012
- Higgins, Rosalyn, »A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench«, in: *International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006), S. 791-804
- Hilf, Meinhard, »Das Streitbeilegungssystem der WTO«, in: Meinhard Hilf, Stefan Oeter (Hg.), *WTO-Recht. Rechtsordnung des Welthandels*, Nomos, Baden-Baden 2005, S. 505-539
- Hilf, Meinhard; Reuß, Matthias, »Verfassungsfragen lebensmittelrechtlicher Normierung im europäischen und internationalen Recht«, in: *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht* 24 (1997), S. 289-302
- Hobe, Stephan, »Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung. Perspektiven der Völkerrechtsentwicklung im 21. Jahrhundert«, in: *Archiv des Völkerrechts* 37 (1999), S. 253-282
- Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Hg.), *Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*, C. F. Müller, Heidelberg 1986
- Hoffmann-Riem, Wolfgang; Schmidt-Aßmann, Eberhard; Voßkuhle, Andreas (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1-3, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2012
- Hoffmeister, Frank, Art. 9-II, in: Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach

- (Hg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg 2012
- Hofmann, Hasso, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, 4. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 2003
- Hofmann, Mahulena, *Von der Transformation zur Kooperationsoffenheit? Die Öffnung der Rechtsordnungen ausgewählter Staaten Mittel- und Osteuropas für das Völker- und Europarecht*, Springer, Berlin 2009
- Hofmann, Rainer, »Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft«, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 42 (2007), S. 1-42
- Hofmann, Rainer; Laubner, Tilmann, Art. 57, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Hong, Quoc L., »Constitutional Review in the Mega-Leviathan: A Democratic Foundation for the European Court of Justice«, in: *European Law Journal* 16 (2010), S. 695-716
- Hoss, Cristina, »Satisfaction«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), letzter Zugriff 21.11.2012
- Hoss, Cristina; Villalpando, Santiago; Sivakumaran, Sandesh, »Nicaragua: 25 Years Later«, in: *Leiden Journal of International Law* 25 (2012), S. 131-133
- Howse, Robert, »The Legitimacy of the World Trade Organization«, in: Jean-Marc Coicaud, Veijo Heiskanen (Hg.), *The Legitimacy of International Organizations*, United Nations University Press, New York 2001, S. 355-407
- »Membership and its Privileges: the WTO, Civil Society, and the Amicus Brief Controversy«, in: *European Law Journal* 9 (2003), S. 496-510
  - »A New Device for Creating International Legal Normativity: The WTO Technical Barriers to Trade Agreement and ›International Standards‹«, in: Christian Joerges, Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Hart, Oxford 2006, S. 383-395
  - »Moving the WTO Forward – One Case at a Time«, in: *Cornell International Law Journal* 42 (2009), S. 223-231
  - »A New Device for Creating International Legal Normativity: The WTO Technical Barriers to Trade Agreement and ›International Standards‹«, in: Christian Joerges, Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Hart, Oxford 2011, S. 383-395

- Howse, Robert; Mavroidis, Petros C., »Europe's Evolving Regulatory Strategy for GMO's – The Issue of Consistency with WTO Law: Of Kine and Brine«, in: *Fordham International Law Journal* 24 (2000-2001), S. 317-370
- Howse, Robert; Nicolaidis, Kalypso, »Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO Is a Step Too Far«, in: Roger B. Porter, Pierre Sauvé, Arvind Subramanian u. a., *Efficiency, Equity, and Legitimacy. The Multilateral Trading System at the Millennium*, Brookings Institution Press, Washington/DC 2001, S. 227-252
- Howse, Robert; Teitel, Ruti, »Delphic Dictum: How Has the ICJ Contributed to the Global Rule of Law by its Ruling on Kosovo?«, in: *German Law Journal* 11 (2010), S. 841-845
- Hudec, Robert E., »The GATT Legal System: A Diplomat's Jurisprudence«, in: *Journal of World Trade* 4 (1970), S. 615-665  
– *Enforcing International Trade Law. The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Butterworth, Salem 1993
- Hudson, Manley O., »The Permanent Court of International Justice – An Indispensable First Step«, in: *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 108 (1923), S. 188-192  
– *Progress in International Organization*, Rothman, Littleton/Colorado 1981 [1932]  
– *International Tribunals. Past and Future*, Carnegie Endowment for International Peace and Brookings Institution, Washington/DC 1944
- Ioannidis, Michael, »A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication: Developing Standards of Participation in WTO Law«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1175-1202  
– *Due Process beyond the State. Participation Rights in the WTO*, Dissertation Frankfurt/M. 2012
- Ipsen, Hans P.; Nicolaysen, Gert, »Haager Konferenz für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts«, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 18 (1964), S. 339-344
- Irwin, Douglas A.; Mavroidis, Petros C.; Skyes, Alan O., *The Genesis of the GATT*, Cambridge University Press, Cambridge 2008
- Irwin, Douglas A.; Weiler, Joseph H. H., »Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (DS 285)«, in: *World Trade Review* 7 (2008), S. 71-113
- Iwasawa, Yuji, »WTO Dispute Settlement as Judicial Supervision«, in: *Journal of International Economic Law* 5 (2002), S. 287-305
- Jackson, John H., *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*, Royal Institute of International Affairs, London 1998

- »The Case of the World Trade Organization«, in: *International Affairs* 84 (2008), S. 437-454
- Jackson, Vicki C., »Judicial Independence: Structure, Context, Attitude«, in: Anja Seibert-Fohr (Hg.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, Heidelberg 2012, S. 19-86
- Jacob, Marc, »Precedents: Lawmaking through International Adjudication«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1005-1032
- *Precedent and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice. Unfinished Business*, Cambridge University Press, Cambridge 2014 (im Erscheinen)
- Jakab, András, »Probleme der Stufenbaulehre«, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 91 (2005), S. 333-365
- Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Häring, Berlin 1914
- Jenks, Clarence W., »The Conflict of Law-Making Treaties«, in: *British Yearbook of International Law* 30 (1953), S. 401-453
- *The Prospects of International Adjudication*, Stevens & Sons, London 1964
- Jennings, Robert Y., »General Introduction«, in: Andreas Zimmermann, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2006
- Jestaedt, Matthias; Lepsius, Oliver; Möllers, Christoph; Schönberger, Christoph, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Suhrkamp, Berlin 2011
- Jhering, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, Bd. 1 und 2, 4. Aufl., Breitkopf und Härtel, Leipzig 1904
- Johnstone, Ian, »The Security Council as Legislature«, in: Bruce Cronin, Ian Hurd (Hg.), *The UN Security Council and the Politics of International Authority*, Routledge, London 2008, S. 80-104
- Jouannet, Emmanuelle, »Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales: la consolidation d'un tiers pouvoir international?«, in: Hélène Ruiz Fabri, Jean-Marc Sorel (Hg.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Pedone, Paris 2010, S. 271-302
- Joyce, Daniel, »The Historical Function of International Criminal Trials: Re-Thinking International Criminal Law«, in: *Nordic Journal of International Law* 73 (2004), S. 461-484
- Junne, Gerd, »Theorien über Konflikte und Kooperation zwischen kapitalistischen Industrieländern«, in: Volker Rittberger (Hg.), *Theorien der Internationalen Beziehungen*, Westdeutscher Verlag, Opladen 1990, S. 353-371



- Kaltefleiter, Werner; Pfaltzgraff, Robert L. (Hg.), *The Peace Movements in Europe and the United States*, Croom Helm, London 1985
- Kamto, Maurice; Thouvenin, Jean-Marc; Szurek, Sandra, Art. 9-II, in: Olivier Corten, Pierre Klein (Hg.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Bd. 1, Oxford University Press, Oxford 2011
- Kant, Immanuel, »Kritik der reinen Vernunft«, in: Wilhelm Weischedel (Hg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Bd. 3, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2006 [1781], S. 183-194
- »Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht«, in: Karl Vorländer (Hg.), *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, Felix Meiner, Hamburg 1964 [1784], S. 3-20
  - »Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis«, in: Wilhelm Weischedel (Hg.), *Immanuel Kant. Werkausgabe*, Bd. 11, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1977 [1793], S. 125-172
  - »Zum ewigen Frieden. Ein Philosophischer Entwurf«, in: Karl Vorländer (Hg.), *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie. Ethik und Politik*, Felix Meiner, Hamburg 1964 [1795], S. 115-169
- Kapeliuk, Daphna, »The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators«, in: *Cornell Law Review* 96 (2010), S. 47-90
- Keller, Helen; Stone Sweet, Alec (Hg.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford 2008
- Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 1923
- *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 1929
  - »Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit«, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 5 (1929), S. 30-88
  - *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Leipzig 1934
  - »International Peace – By Court or Government?«, in: *American Journal of Sociology* 46 (1941), S. 571-581
  - *Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1942
  - *Peace Through Law*, University of North Carolina Press, New York 1944
- Kennedy, David, »Theses about International Law Discourse«, in: *German Yearbook of International Law* 23 (1980), S. 353-391
- »The Move to Institutions«, in: *Cardozo Law Review* 8 (1986-1987), S. 841-988
  - *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1997

- »The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise«, in: *European Human Rights Law Review* 6 (2001), S. 463-497
- *The Dark Sides of Virtue. Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, Princeton 2004
- *Of War and Law*, Princeton University Press, Princeton 2006
- Kennedy, Duncan, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1997
- Keohane, Robert O.; Moravcsik, Andrew; Slaughter, Anne-Marie, »Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational«, in: *International Organization* 54 (2000), S. 457-488
- Keohane, Robert; Nye, Joseph, *Power and Interdependence. World Politics in Transition*, Little Brown, Boston 1977
- Kingsbury, Benedict, »Sovereignty and Inequality«, in: *European Journal of International Law* 9 (1998), S. 599-626
- »Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?«, in: *New York University Journal of International Law and Politics* 31 (1999), S. 679-696
- »International Courts: Uneven Judicialisation in Global Order«, in: James Crawford, Martti Koskeniemi (Hg.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, S. 203-227
- Kingsbury, Benedict; Krisch, Nico; Stewart, Richard, »The Emergence of Global Administrative Law«, in: *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), S. 15-61
- Kirchner, Christian, »Zur konsequentialistischen Interpretationsmethode«, in: Thomas Eger, Hans-Bernd Schäfer (Hg.), *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse. Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag*, Gabler Edition Wissenschaft, Wiesbaden 2008, S. 37-49
- Kissling, Claudia, »Repräsentativ-parlamentarische Entwürfe globaler Demokratiegestaltung im Laufe der Zeit. Eine rechtspolitische Ideengeschichte«, in: *Forum Historiae Iuris* (2005), abrufbar unter [www.forhistiur.de/zitat/0502kissling.htm](http://www.forhistiur.de/zitat/0502kissling.htm), letzter Zugriff 06.II.2012
- Klabbers, Jan, »Undesirability of Soft Law«, in: *Nordic Journal of International Law* 67, (1998), S. 381-392
- »Constitutionalism Lite«, in: *International Organizations Law Review* 1 (2004), S. 31-58
- *An Introduction to International Institutional Law*, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2009
- »Setting the Scene«, in: Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 1-44

- »Controlling International Bureaucracies«, in: *IILJ International Legal Theory Colloquium Spring 2010* ([iilj.org/courses/documents/2010Colloquium.Klabbers.pdf](http://iilj.org/courses/documents/2010Colloquium.Klabbers.pdf)), letzter Zugriff 19.09.2012
- Klabbers, Jan; Peters, Anne; Ulfstein, Geir, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2009
- Klatt, Matthias, *Making the Law Explicit. The Normativity of Legal Argumentation*, Hart, Oxford 2008
- Kleinlein, Thomas, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, Springer, Heidelberg 2012
- Kneisel, Sebastian, *Schiedsgerichtsbarkeit in internationalen Verwaltungsunionen (1874-1914). Die Verrechtlichung der zwischenstaatlichen Streitbeilegung*, Nomos, Baden-Baden 2009
- Koch, Hans-Joachim; Rüßmann, Helmut, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, C. H. Beck, München 1982
- Kohler-Koch, Beate, »The Organization of Interests and Democracy«, in: Beate Kohler-Koch, Berthold Rittberger (Hg.), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Rowman & Littlefield, Lanham 2007, S. 255-271
- Kohler-Koch, Beate; Rittberger, Berthold (Hg.), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Rowman & Littlefield, Lanham 2007
- Kolb, Robert, »General Principles of Procedural Law«, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Komorowski, Alexis von, *Demokratieprinzip und Europäische Union. Staatsverfassungsrechtliche Anforderungen an die demokratische Legitimation der EG-Normsetzung*, Duncker & Humblot, Berlin 2010
- Koroma, Abdul G., »International Court of Justice, Rules and Practice Directions«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), letzter Zugriff 21.11.2012
- Koskenniemi, Martti, »The Politics of International Law«, in: *European Journal of International Law* 1 (1990), S. 4-32
- »General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law«, in: Martti Koskenniemi (Hg.), *Sources of International Law*, Ashgate, Aldershot 2000, S. 359-401
- *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge 2002
- »Legal Cosmopolitanism: Tom Franck's Messianic World«, in: *New York University Journal of International Law and Politics* 35 (2003), S. 471-486
- »Global Governance and Public International Law«, in: *Kritische Justiz* 37 (2004), S. 241-254

- *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Neuauflage, Cambridge University Press, Cambridge 2005
- »International Law in Europe: Between Tradition and Renewal«, in: *European Journal of International Law* 16 (2005), S. 113-124
- »The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference«, in: Yves Daudet (Hg.), *Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference*, Nijhoff, Leiden 2008, S. 127-152
- Koskenniemi, Martti; Leino, Päivi, »Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties«, in: *Leiden Journal of International Law* 15 (2002), S. 553-579
- Krajewski, Markus, »Legitimizing Global Economic Governance through Transnational Parlamentarization: The Parliamentary Dimensions of the WTO and the World Bank«, in: *TranState Working Papers* 136 (2010) ([econstor.eu/dspace/handle/10419/41583](http://econstor.eu/dspace/handle/10419/41583)), letzter Zugriff 22.II.2012
- »International Organizations or Institutions, Democratic Legitimacy«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), letzter Zugriff 21.II.2012
- Kriele, Martin, »Grundrechte und demokratischer Gestaltungsraum«, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 9, C. F. Müller, Heidelberg 2011, S. 183-224
- Krisch, Nico, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford 2010
- Ku, Julian, *Will the ICJ Have a U. S.-Style Nomination Fight? (We Can Only Hope)*, 03.II.2008 ([opiniojuris.org](http://opiniojuris.org)), letzter Zugriff 20.09.2012
- Kuhli, Milan; Günther, Klaus, »Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals«, in: Armin von Bogdandy, Ingo Venzke (Hg.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, Heidelberg 2012, S. 365-385
- Kumm, Mattias, »The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State«, in: Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtman (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, S. 258-324
  
- Lafaille, Franck, »L'identité catholique de l'Italie est-elle soluble dans l'État de droit constitutionnel (national et européen)?«, in: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 126 (2010), S. 771-787
- Lagrange, Evelyne, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, Kluwer, Den Haag 2002
- »La cohérence de la chose jugée«, in: *Annuaire français de droit international* 53 (2007), S. 1-42



- »L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes«, in: *Recueil des cours* 356 (2012), S. 242-552
- Lambert, Édouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Marcel Giard et Cie, Paris 1921
- Lammasch, Heinrich, »Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange«, in: Fritz Stier-Somlo (Hg.), *Handbuch des Völkerrechts*, Bd. 5, Kohlhammer, Stuttgart 1914, S. 1-239
- Lang, Andrew; Scott, Joanne, »The Hidden World of WTO Governance«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 575-614
- Latham, Robert, »Politics in a Floating World. Toward a Critique of Global Governance«, in: Martin Hewson, Timothy J. Sinclair (Hg.), *Approaches to Global Governance Theory*, State University of New York Press, Albany 1999, S. 23-53
- Lauterpacht, Elihu, »Principles of Procedure in International Litigation«, in: *Recueil des cours* 345 (2009), S. 387-530
- Lauterpacht, Hersch, *The Function of Law in the International Community*, Clarendon, Oxford 1933
- *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, Longman, London 1934
- »De l'interprétation des traités. Rapport et projet de résolutions«, in: *Annuaire de l'institut de droit international* 43 (1950), Bd. 1, S. 366-434
- *International Law and Human Rights*, Stevens & Sons, London 1950
- »Codification and Development of International Law«, in: *American Journal of International Law* 49 (1955), S. 16-43
- *The Development of International Law by the International Court*, Stevens & Sons, London 1958
- »Kelsen's Pure Science of Law«, in: Elihu Lauterpacht (Hg.), *International Law. Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Bd. 2, Teil 1, Cambridge University Press, Cambridge 1975, S. 404-430
- Leitner, Klara; Lester, Simon, »WTO Dispute Settlement 1995-2010 – A Statistical Analysis«, in: *Journal of International Economic Law* 14 (2011), S. 191-201
- Lepsius, Oliver, »Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?«, in: *Die Verwaltung*, Beiheft 7 (2007), S. 319-366
- »Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode? Oder: Die zwei Phasen der Europäisierung des Verwaltungsrechts«, in: *Die Verwaltung*, Beiheft 10 (2010), S. 179-204
- »Die maßstabsetzende Gewalt«, in: Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers u. a., *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2011, S. 159-279

- Lester, Anthony, »U. K. Acceptance of the Strasbourg Jurisdiction: What Really Went on in Whitehall in 1965«, in: *Public Law* (1998), S. 237-253
- Ley, Isabelle, »Kant versus Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 69 (2009), S. 317-345
- *Opposition im Völkerrecht*, Springer, Heidelberg 2013
- »Zur Politisierung des Völkerrechts: Parlamentarische Versammlungen im Außenverhältnis«, in: *Archiv des Völkerrechts* 50 (2012), S. 191-217
- Lieber, Tobias, *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit. Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007
- Limbach, Jutta; Cruz Villalón, Pedro; Errera, Roger u. a. (Hg.), *Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights*, Interrights, London 2003 (www.interrights.org), letzter Zugriff 20.09.2012
- Lindblom, Anna-Karin, *Non Governmental Organisations in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005
- Linderfalk, Ulf, »Who Are ›the Parties‹? Article 31, Paragraph 3 (c) of the 1969 Vienna Convention and the ›Principle of Systemic Integration‹ Revisited«, in: *Netherlands International Law Review* 55 (2008), S. 343-364
- Linton, Suzannah; Kebede Tiba, Firew, »The International Judge in an Age of Multiple International Courts and Tribunals«, in: *Chicago Journal of International Law* 9 (2009), S. 407-470
- Liptow, Jasper, *Regel und Interpretation. Eine Untersuchung zur sozialen Struktur sprachlicher Praxis*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist 2004
- Locke, John, *The Second Treatise of Government*, Liberal Arts Press, New York 1952 [1690]
- Loughlin, Martin, *Public Law and Political Theory*, Clarendon, Oxford 1992
- *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2010
- Lübbe-Wolff, Gertrude, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, Alber, Freiburg 1981
- Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt/M. 1993
- *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1993
- Macdonald, Terry, *Global Stakeholder Democracy. Power and Representation beyond Liberal States*, Oxford University Press, Oxford 2008
- Mackenzie, Ruth, »The *Amicus Curiae* in International Courts: Towards Common Procedural Approaches?«, in: Tullio Treves, Marco Frigessi di Rattalma, Attila Tanzi u. a. (Hg.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, Asser, Den Haag 2005, S. 295-311
- Mackenzie, Ruth; Malleson, Kate; Martin, Penny u. a., *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*, Oxford University Press, Oxford 2010

- Mackenzie, Ruth; Romano, Cesare P. R.; Shany, Yuval u. a., *The Manual on International Courts and Tribunals*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2010
- Madsen, Mikael R., »Legal Diplomacy. Die europäische Menschenrechtskonvention und der Kalte Krieg«, in: Stefan-Ludwig Hoffmann (Hg.), *Moralpolitik. Geschichte der Menschenrechte im 20. Jahrhundert*, Wallstein, Göttingen 2010, S. 169-195
- »The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence«, in: Jonas Christoffersen, Mikael R. Madsen (Hg.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford 2011, S. 43-60
- »Sociological Approaches to International Courts«, in: Karen J. Alter, Cesare P. R. Romano, Yuval Shany (Hg.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford 2013 (im Erscheinen)
- Maduro, Miguel P., »Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism«, in: Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtman (Hg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, S. 356-379
- Maier, Matthias L., »Normentwicklung durch WTO-Gremien am Beispiel von Handel und Gesundheitsschutz: Der SPS-Ausschuss«, in: *TranState Working Papers* 68 (2007), S. 1-49
- Malenovský, Jiří, »L'indépendance des juges internationaux«, in: *Recueil des cours* 349 (2010), S. 9-275
- Malleson, Kate; Russell, Peter H. (Hg.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power. Critical Perspectives from around the World*, University of Toronto Press, Toronto 2006
- Mancini, Pasquale S., »Motion de M. Mancini et son acceptation par le parlement italien«, in: *Revue de droit international et de législation comparée* 6 (1874), S. 172-176
- Manthey, Leslie; Unseld, Christopher, »Der Mythos vom contra-legem-Verbot. Vom Umgang des EuGH mit einem Verfassungsprinzip«, in: *Die öffentliche Verwaltung* 64 (2011), S. 921-929
- Marks, Susan, »Reservations Unhinged: The *Belilos* Case before the European Court of Human Rights«, in: *International and Comparative Law Quarterly* 39 (1990), S. 300-327
- »The European Convention on Human Rights and Its ›Democratic Society‹«, in: *British Yearbook of International Law* 66 (1995), S. 209-238
- Martineau, Anne-Charlotte, »La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juri-

- diques)«, in: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 123 (2007), S. 991-1030
- Martinez, Jenny S., »Towards an International Judicial System«, in: *Stanford Law Review* 56 (2003-2004), S. 429-529
- Masing, Johannes, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 1997
- Matz-Lück, Nele, »Harmonization, Systemic Integration, and ›Mutual-Supportiveness‹ as Conflict-Solution Techniques: Different Modes of Interpretation as a Challenge to Negative Effects of Fragmentation?«, in: *Finnish Yearbook of International Law* 17 (2006), S. 39-53
- Maus, Ingeborg, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen in Anschluß an Kant*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1992
- *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie*, Suhrkamp, Berlin 2011
- Mavroidis, Petros C., »Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing«, in: Armin von Bogdandy, Petros C. Mavroidis, Yves Mény (Hg.), *European Integration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, Kluwer, Den Haag 2002, S. 317-329
- Mayer, Franz C., *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra vires-Akte in Mehrebenensystemen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA*, C. H. Beck, München 2000
- Mayer, Martina, *Die Europafunktion der nationalen Parlamente in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012
- Mayer, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Leipzig 1924
- Mayntz, Renate, »Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?«, in: Gunnar Folke Schuppert (Hg.), *Governance-Forschung*, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2006, S. 11-20
- McLachlan, Campbell; Shore, Laurence; Weiniger, Matthew, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford 2007
- McWhinney, Edward, »Law, Politics and ›Regionalism‹ in the Nomination and Election of World Court Judges«, in: *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 13 (1986-1987), S. 1-28
- »Judicial Settlement of Disputes. Jurisdiction and Judiciability«, in: *Recueil des cours* 221 (1990), S. 9-194



- Meinecke, Friedrich, *Weltbürgertum und Nationalstaat. Studien zur Genesis des deutschen Nationalstaates*, 6. Aufl., Oldenbourg, München 1922
- Mendes, Joana, »Participation and the Role of Law after Lisbon: A Legal View on Article II TEU«, in: *Common Market Law Review* 48 (2011), S. 1849-1877
- Mény, Yves, »Can Europe Be Democratic? Is it Feasible? Is it Necessary? Is the Present Situation Sustainable?«, in: *Fordham International Law Journal* 34 (2011), S. 1287-1303
- Mérignhac, Alexandre, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international: le rôle du droit dans le fonctionnement actuel de l'institution et dans ses destinées futures*, Larose, Paris 1895
- Merrills, John G., *International Dispute Settlement*, 5. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge u. a. 2011
- Meyer, Frank, *Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen. Eine Untersuchung der Strukturen und Legitimationsvoraussetzungen strafrechtlicher Normbildungsprozesse in Mehrebenensystemen*, Nomos, Baden-Baden 2012
- Meyer-Cording, Ulrich, *Die Rechtsnormen*, Mohr Siebeck, Tübingen 1971
- Meyer-Ladewig, Jens, *Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2011
- Mitrany, David, *A Functional Theory of Politics*, London School of Economics & Political Science, London 1975
- Möllers, Christoph, *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005
- »Expressive versus repräsentative Demokratie«, in: Regina Kreide, Andreas Niederberger (Hg.), *Transnationale Verrechtlichung. Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik*, Campus, Frankfurt/M. 2008, S. 160-182
- »Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung«, in: Armin von Bogdandy, Jürgen Bast (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Springer, Berlin 2009, S. 227-277
- Montesquieu, Charles L. de Secondat, »De l'esprit des lois«, in: Edouard Laboulaye (Hg.), *Œuvres complètes de Montesquieu*, Bd. 4, Kraus Reprint, Nendeln 1972 [1748]
- Monti, Mario; Goulard, Sylvie, *La democrazia in Europa. Guardare lontano*, Rizzoli, Mailand 2012
- Moravcsik, Andrew, »The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe«, in: *International Organization* 54 (2000), S. 217-252
- Moreno-Ocampo, Luis, »Preface«, in: José Doria, Hans-Peter Gasser, M.

- Cherif Bassiouni (Hg.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blisshenko*, Nijhoff, Leiden 2009, S. xv-xvi
- Morgenthau, Hans, *Die internationale Rechtspflege: Ihr Wesen und ihre Grenzen*, Noske, Leipzig 1929
- Mosler, Hermann, »The International Society as a Legal Community«, in: *Recueil des cours* 140 (1973), S. 1-320
- Müller, Friedrich, »Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert«, in: Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Hg.), *Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*, C. F. Müller, Heidelberg 1986, S. 65-84
- Müller, Jörg P., *Perspektiven der Demokratie. Vom Nationalmythos Wilhelm Tell zur Weltsicht Immanuel Kants*, Stämpfli, Bern 2012
- Nanz, Patrizia; Steffek, Jens, »Zivilgesellschaftliche Partizipation und die Demokratisierung internationalen Regierens«, in: Peter Niesen, Benjamin Herborth (Hg.), *Anarchie der kommunikativen Freiheit. Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2007, S. 87-110
- Nettesheim, Martin, Art. II EUV, in: Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Martin Nettesheim (Hg.), *Das Recht der Europäischen Union. Kommentar*, Bd. I, C. H. Beck, München, Stand: Oktober 2011
- Neumann, Ulfried, »Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas«, in: *Rechtstheorie* 27 (1996), S. 415-426
- *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Nomos, Baden-Baden 2004
- »Theorie der juristischen Argumentation«, in: Winfried Brugger, Ulfried Neumann, Stephan Kirste (Hg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2008, S. 233-285
- Neves, Marcelo, »La concepción del Estado de derecho y su vigencia práctica en Suramérica, con especial referencia a la fuerza normativa de derecho supranacional«, in: Armin von Bogdandy, César Landa Arroyo, Mariela Morales Antoniazzi (Hg.), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, S. 51-78
- Neyer, Jürgen, »Justice, Not Democracy. Legitimacy in the European Union«, in: Rainer Forst, Rainer Schmalz-Bruns (Hg.), *Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena Report No. 2/II*, ARENA, Oslo 2011, S. 13-35
- Nicolaïdis, Kalypso, »European Democracy and Its Crisis«, in: *Journal of Common Market Studies* 51 (2013), S. 351-369

- Niesen, Peter (Hg.), *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*, Campus, Frankfurt 2012
- Nollkaemper, André, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2011
- Nolte, Georg, »Der Wert formeller Kontrollrichtmaßstäbe«, in: Jochen A. Frowein (Hg.), *Die Kontrollrichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, Springer, Berlin 1993, S. 278-291
- Nullmeyer, Frank; Pritzlaff, Tanja, »The Great Chain of Legitimacy. Justifying Transnational Democracy«, in: Rainer Forst, Rainer Schmalz-Bruns (Hg.), *Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective. Arena Report No. 2/II*, ARENA, Oslo 2011, S. 43-62
- Nußberger, Angelika, »The Reception Process in Russia and Ukraine«, in: Helen Keller, Alec Stone Sweet (Hg.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford 2008, S. 603-674
- Öberg, Marko D., »The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ«, in: *European Journal of International Law* 16 (2005), S. 879-906
- Oellers-Frahm, Karin, »Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions«, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 5 (2001), S. 67-104
- »Souveräne Gleichheit der Staaten in der internationalen gerichtlichen Streitbeilegung? Überlegungen zu Art. 94 Abs. 2 und Art. 27 UN-Charta«, in: Jochen A. Frowein, Klaus Scharioth, Ingo Winkelmann u. a. (Hg.), *Verhandeln für den Frieden. Liber Amicorum Tono Eitel*, Springer, Berlin 2003, S. 169-191
- »Lawmaking through Advisory Opinions«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1033-1055
- »International Courts and Tribunals, Appeals«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), letzter Zugriff 21.11.2012
- Oeter, Stefan, »Chancen und Defizite internationaler Verrechtlichung: Was das Recht jenseits des Nationalstaates leisten kann«, in: Michael Zürn, Bernhard Zangl (Hg.), *Verrechtlichung – Baustein für Global Governance?*, Dietz, Bonn 2004, S. 46-73
- »Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67 (2007), S. 675-693
- »Föderalismus und Demokratie«, in: Armin von Bogdandy, Jürgen Bast (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Springer, Berlin 2009, S. 73-120

- Ogorek, Regina, *Aufklärung über Justiz*, Bd. 2, 2. Aufl., Vittorio Klostermann, Frankfurt/M. 2008
- Oraison, André, »Quelques réflexions générales sur les opinions séparées individuelles et dissidentes des juges de la Cour internationale de Justice«, in: *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* 78 (2000), S. 167-207
- Ortino, Federico; Petersmann, Ernst-Ulrich (Hg.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer Law International, Den Haag 2004
- Ossenbühl, Fritz, »Öffentlich-rechtliche Entschädigung in Verfassung, Gesetz und Richterrecht«, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 109 (1994), S. 977-984
- Palmeter, David; Mavroidis, Petros C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization. Practice and Procedure*, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2004
- Palombella, Gianluigi, »The Rule of Law beyond the State: Failures, Promises, and Theory«, in: *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), S. 442-467
- Parlett, Kate, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2011
- Paulus, Andreas L., *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts in Zeiten der Globalisierung*, C. H. Beck, München 2001
- »Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?«, in: Tomer Broude, Yuval Shany (Hg.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law. Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity. Essays in Honour of Professor Ruth Lapidoth*, Hart, Oxford 2008, S. 193-213
  - »International Adjudication«, in: Samantha Besson, John Tasioulas (Hg.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2010, S. 207-224
  - »Whether Universal Values Can Prevail over Bilateralism and Reciprocity«, in: Antonio Cassese (Hg.), *Realizing Utopia*, Oxford University Press, Oxford 2012, S. 89-104
- Pauwelyn, Joost, »The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?« in *American Journal of International Law* 95 (2001), S. 535-578
- *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2003
  - »Bridging Fragmentation and Unity. International Law as a Universe of



- Inter-Connected Islands«, in: *Michigan Journal of International Law* 25 (2004), S. 903-916
- Payandeh, Mehrdad, *Internationales Gemeinschaftsrecht*, Springer, Heidelberg 2010
- Pearson, Zoe, »Non-Governmental Organizations and the International Criminal Court: Changing Landscapes of International Law«, in: *Cornell International Law Journal* 39 (2006), S. 243-284
- Pellet, Alain, Art. 38, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Perelman, Chaim; Olbrechts-Tyteca, Lucie, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, University of Notre Dame Press, Notre Dame 1969
- Perju, Vlad, »Reason and Authority in the European Court of Justice«, in: *Virginia Journal of International Law* 49 (2009), S. 307-377
- Pernice, Ingolf, Art. 59, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2006
- Peters, Anne, *Das Gebietsreferendum im Völkerrecht*, Nomos, Baden-Baden 1995
- »Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures«, in: *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), S. 579-610
  - »Dual Democracy«, in: Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 263-341
  - »Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse«, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 65 (2010), S. 3-63
  - »Das subjektive internationale Recht«, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 59 (2011), S. 411-456
- Peters, Christopher J., »Assessing the New Judicial Minimalism«, in: *Columbia Law Review* 100 (2000), S. 1454-1537
- Petersen, Niels, *Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht*, Springer, Berlin 2009
- »Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?«, in: *Der Staat* 49 (2010), S. 435-455
  - »Determining the Effect of International Law through the Prism of Legitimacy«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 72 (2012), S. 223-259
- Petersmann, Ernst-Ulrich, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, University Press Fribourg Switzerland, Fribourg 1991
- »The Transformation of the World Trading System through the 1994

- Agreement Establishing the World Trade Organization«, in: *European Journal of International Law* 6 (1995), S. 161-221
- *The GATT/WTO Dispute Settlement System. International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer, London 1997
  - »Alternative Dispute Resolution – Lessons for the WTO?«, in: Friedl Weiss (Hg.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures*, Cameron May, London 2000, S. 27-42
  - »Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungsordnung«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 65 (2005), S. 543-585
  - »Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law in the 21st Century«, in: *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, Bd. 3, Nijhoff, Leiden 2011, S. 155-242
- Pfeiffer, Thomas, »Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft: Internationale Organisationen und ihre Rechtsgeschäfte mit Privaten«, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 42 (2007), S. 93-114
- Piacente, Nicola, »Importance of the Joint Criminal Enterprise Doctrine for the ICTY Prosecutorial Policy«, in: *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), S. 446-454
- Pichon, Jakob, *Internationaler Strafgerichtshof und Sicherheitsrat der Vereinten Nationen. Zur Rolle des Sicherheitsrates bei der Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen durch den IStGH*, Springer, Heidelberg 2011
- Piovesan, Flávia, »Fuerza integradora y catalizadora del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional«, in: Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi (Hg.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Bd. 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mexiko 2010, S. 431-448
- Pocar, Fausto, »Criminal Proceedings before the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda«, in: *International Practice of International Courts and Tribunals* 5 (2006), S. 89-102
- Podlech, Adalbert, »Repräsentation«, in: Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, Klett-Cotta, Stuttgart 2004, S. 509-547
- Polakiewicz, Jörg, »International Law and Domestic (Municipal) Law, Law and Decisions of International Organizations and Courts«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), letzter Zugriff 21.11.2012
- Politis, Nicolas, *La justice internationale*, Hachette, Paris 1924
- Porsch, Daniel, »Die Friedens-Warte zwischen Friedensbewegung und Wissenschaft«, in: *Die Friedens-Warte* 74 (1999), S. 39-78

- Posner, Eric A., *The Perils of Global Legalism*, University of Chicago Press, Chicago 2009
- Posner, Eric A.; Yoo, John, »Judicial Independence in International Tribunals«, in: *California Law Review* 93 (2005), S. 1-74
- Postema, Gerald J., *Bentham and the Common Law*, Clarendon, Oxford 1986
- Proelß, Alexander, *Meeresschutz im Völker- und Europarecht. Das Beispiel des Nordostatlantiks*, Duncker & Humblot, Berlin 2004
- Prott, Lyndel V., *The Latent Power of Culture and the International Judge*, Professional Books, Abingdon 1979
- Putnam, Robert D., »Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games«, in: *International Organization* 42 (1988), S. 427-460
- Ralston, Jackson H., *International Arbitration from Athens to Locarno*, Stanford University Press, Stanford/California 1929
- Randelzhofer, Albrecht, »Zum behaupteten Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft«, in: Peter Hommelhoff, Paul Kirchhof (Hg.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union. Beiträge und Diskussionen des Symposiums am 21./22. Januar 1994 in Heidelberg*, C. F. Müller, Heidelberg 1994, S. 39-55
- Art. 24, in: Theodor Maunz, Günter Dürig (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 64. Aufl., C. H. Beck, München 2012
- Randelzhofer, Albrecht; Dörr, Oliver, Art. 2 Abs. 4, in: Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte u. a. (Hg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Bd. 1, 3. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Rastan, Rod, »Testing Cooperation: The International Criminal Court and National Authorities«, in: *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), S. 431-456
- Rawls, John, »The Idea of Public Reason Revisited«, in: *The University of Chicago Law Review* 64 (1997), S. 765-807
- *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1999
- Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford 1979
- Razzaque, Jona, »Changing Role of Friends of the Court in International Courts and Tribunals«, in: *Non-State Actors and International Law* 1 (2001), S. 169-200
- Reid, James S. C., »The Judge as Law Maker«, in: *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 12 (1972-1973), S. 22-29
- Reinisch, August, »Verfahrensrechtliche Aspekte der Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft«, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 42 (2007), S. 43-92

- (Hg.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford University Press, Oxford 2010
- Reisman, Michael, »Unilateral Action and the Transformations of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention«, in: *European Journal of International Law* 11 (2000), S. 3-18
- Ress, Georg, »Das Europäische Parlament als Gesetzgeber. Der Blickpunkt der Europäischen Menschenrechtskonvention«, in: *Zeitschrift für europarechtliche Studien* 2 (1999), S. 219-230
- Ress, Hans-Konrad, »Die Zulässigkeit territorialer Beschränkungen bei der Anerkennung der Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Anmerkungen zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Loizidou* gegen die Türkei vom 23. März 1995«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 56 (1996), S. 427-465
- Riecken, Jörg, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie*, Duncker & Humblot, Berlin 2003
- Riesenberger, Dieter, *Geschichte der Friedensbewegung in Deutschland. Von den Anfängen bis 1933*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1985
- Risse, Thomas, »Transnational Governance and Legitimacy«, in: Arthur Benz, Yannis Papadopoulos (Hg.), *Governance and Democracy. Comparing National, European and International Experiences*, Routledge, London 2006, S. 179-199
- Robertson, A., *Collected Edition of the »Travaux Préparatoires« of the European Convention on Human Rights. Recueil des »travaux préparatoires« de la convention européenne des droits de l'homme*, Bd. 1, Nijhoff, Den Haag 1975
- Röhl, Klaus F., *Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch*, Carl Heymanns, Köln 1987
- Rojahn, Ondolf, Art. 24, in: Ingo von Münch, Philip Kunig (Hg.), *Grundgesetzkommentar*, 5. Aufl., Bd. 2, C. H. Beck, München 2000
- Rolin, Henri, »Has the European Court of Human Rights a Future?«, in: *Harvard Law Journal* 11 (1965), S. 442-451
- Romano, Cesare P. R., »International Justice and Developing Countries: A Quantitative Analysis«, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 1 (2002), S. 367-399
- »A Taxonomy of International Rule of Law Institutions«, in: *Journal of International Dispute Settlement* 2 (2011), S. 241-277
- Rorty, Richard (Hg.), *The Linguistic Turn. Essays in Philosophical Method*, University of Chicago Press, Chicago 1967
- Rosenau, James N., »Governance, Order, and Change in World Politics«, in: James N. Rosenau, Ernst-Otto Czempiel (Hg.), *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge 1992, S. 1-29



- »Governance in the Twenty-First Century«, in: *Global Governance 1* (1995), S. 13-43
- Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Bd. 1 und 3, 4. Aufl., Nijhoff, Leiden 2006
- »The International Court of Justice. New Practice Directions«, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals 8* (2009), S. 171-180
- Rothwell, Donald R., »The Contribution of ITLOS to Oceans Governance through Marine Environmental Dispute Resolution«, in: Tafsir M. Ndiaye, Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Nijhoff, Leiden 2007, S. 1007-1024
- Ruffert, Matthias, »Special Jurisdiction of the ICJ in the Case of Infringement of Fundamental Rules of the International Legal Order?«, in: Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin (Hg.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Nijhoff, Leiden 2006, S. 295-310
- Art. 9 EUV, in: Christian Calliess, Matthias Ruffert (Hg.), *EUV/AEUV Kommentar*, 4. Aufl., C. H. Beck, München 2011
- Ruiz Fabri, Hélène, »Drawing a Line of Equilibrium in a Complex World«, in: Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich, Jan Bohanes (Hg.), *The WTO at Ten. The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, S. 125-142
  
- Saavedra Alessandri, Pablo; Pacheco Arias, Gabriela, »Las sesiones ›itinerantes‹ de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos: un largo y fecundo caminar por América«, in: Sergio García Ramírez, Mireya Castañeda Hernández (Hg.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, S. 37-73
- Sacerdoti, Giorgio, »Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review«, in: Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer, London 1997, S. 245-280
- Sampson, Garry P., »Introduction and Overview: Future Directions«, in: Garry P. Sampson (Hg.), *The WTO and Global Governance: Future Directions*, United Nations University Press, Tokio 2008, S. 1-36
- Sands, Philippe J., »The Independence of the International Judiciary: Some Introductory Thoughts«, in: Steve Charnovitz, Debra P. Steger, Peter van den Bossche (Hg.), *Law in the Service of Human Dignity. Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, S. 313-322

- Sands, Philippe J.; Mackenzie, Ruth, »International Courts and Tribunals, Amicus Curiae«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), letzter Zugriff 21.11.2012
- Sands, Philippe J.; McLachlan, Campbell; Mackenzie, Ruth, »The Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary«, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4 (2005), S. 247-260
- Sarmiento, Daniel, »The Silent Lamb and the Deaf Wolves«, in: Matej Avbelj, Jan Komárek (Hg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart, Oxford 2012, S. 285-317
- Sauer, Heiko, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen. Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen*, Springer, Berlin 2008
- Sauvant, Karl P. (Hg.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, New York 2008
- Savarese, Eduardo, »Amicus Curiae Participation in Investor-State Arbitral Proceedings«, in: *Italian Yearbook of International Law* 17 (2007), S. 99-121
- Scelle, Georges, *Une crise de la Société des Nations. La réforme du Conseil et l'entrée de l'Allemagne à Genève*, Les Presses Universitaires de France, Paris 1926
- Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2007
- Schachter, Oscar, »The Invisible College of International Lawyers«, in: *Northwestern University Law Review* 72 (1977), S. 217-226
- Scharpf, Fritz W., *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Universitätsverlag, Konstanz 1970
- Schauer, Frederick, »Precedent«, in: *Stanford Law Review* 39 (1986-1987), S. 571-605
- Schermers, Henry G., »Election of Judges to the European Court of Human Rights«, in: *European Law Review* 23 (1998), S. 568-578
- Schermers, Henry G.; Blokker, Niels M., *International Institutional Law*, 5. Aufl., Nijhoff, Leiden 2011
- Schill, Stephan W., »International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises. Comment on the ICSID Decision in LG & E v. Argentina«, in: *Journal of International Arbitration* 24 (2007), S. 265-286
- *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009
  - »Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review«, in: *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), S. 577-607

- »System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking«, in: Armin von Bogdandy, Ingo Venzke (Hg.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, Heidelberg 2012, S. 133-177
- Schill, Stephan W. (Hg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2010
- Schimmelfennig, Frank, »Legitimate Rule in the European Union«, in: *Tübinger Arbeitspapiere zur Internationalen Politik und Friedensforschung* 27 (1996) ([tobias-lib.uni-tuebingen.de/volltexte/2000/150](http://tobias-lib.uni-tuebingen.de/volltexte/2000/150)), letzter Zugriff 06.II.2012
- Schliesky, Utz, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004
- Schlink, Bernhard, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 1976
- »Der Preis der Gerechtigkeit«, in: Horst Dreier (Hg.), *Rechts- und staats-theoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit. Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin 2005, S. 9-32
- Schmidt, Manfred G., *Demokratietheorien. Eine Einführung*, 4. Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, »Verwaltungsverträge im Städtebaurecht«, in: Wolfgang Lenz (Hg.), *Festschrift für Konrad Gelzer zum 75. Geburtstag*, Werner-Verlag, Düsseldorf 1991, S. 117-129
- »Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen«, in: *Der Staat* 45 (2006), S. 315-338
- Art. 19 Abs. 4, in: Theodor Maunz, Günter Dürig, Roman Herzog u. a. (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. 3, C.H. Beck, München, Stand: 2012
- Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1957
- Schneider, Andrea K., »Bargaining in the Shadow of International Law. What the Normalization of Adjudication in International Governance Regimes Means for Dispute Resolution«, in: *New York University Journal of International Law & Politics* 41 (2009), S. 789-822
- Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization*, Cambridge University Press, Cambridge 2008
- Schomburg, Wolfgang; Nemitz, Jan C., »International Criminal Courts and Tribunals, Procedure«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* ([www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)), letzter Zugriff 21.II.2012
- Schönberger, Christoph, »European Citizenship as Federal Citizenship«, in: *Revue européenne de droit public* 19 (2007), S. 61-81

- »Die Europäische Union zwischen ›Demokratiedefizit‹ und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts«, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 535-558
- Art. 9 EUV, in: Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Martin Nettesheim (Hg.), *Das Recht der Europäischen Union. Kommentar*, Bd. I, C. H. Beck, München Stand Oktober 2011
- Schorlemer, Sabine von, Art. 46, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Schotel, Bas, *On the Right of Exclusion: Law, Ethics and Immigration Policy*, Routledge, London 2012
- Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention. A Commentary*, 2. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2009
- »From ICSID Annulment to Appeal: Half Way Down the Slippery Slope«, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 10 (2011), S. 211-225
- Schücking, Walther, »Die Organisation der Welt«, in: Wilhelm van Calker, Fritz Fleiner, Franz Hauke u. a. (Hg.), *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum 50. Jahrestage der Doktor-Promotion*, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen 1908, S. 533-614
- »Der Staatenverband der Haager Konferenzen«, in: Walther Schücking (Hg.), *Das Werk vom Haag*, Bd. I, Duncker & Humblot, München 1912, S. 1-328
- Schulze-Fielitz, Helmuth, Art. 103 Abs. 1, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 3, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2008
- Scobbie, Iain, »Une hérésie en matière judiciaire? The Role of the Judge ad hoc in the International Court«, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4 (2005), S. 421-464
- Scott, James B., *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, Garland Baltimore, New York 1909
- »Editorial Comment«, in: *American Journal of International Law* 15 (1921), S. 51-55
- Seibert-Fohr, Anja, »Introduction: The Challenge of Transition«, in: dies. (Hg.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, Heidelberg 2012, S. 1-15
- »Judicial Independence – The Normativity of an Evolving Transnational Principle«, in: dies. (Hg.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, Heidelberg 2012, S. 1279-1360
- Seibert-Fohr, Anja (Hg.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, Heidelberg 2012
- Sellers, Mortimer N. (Hg.), *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foun-*



- dations of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2011
- Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Belknap Press, Cambridge/Massachusetts 2009
- Shaffer, Gregory; Trachtman, Joel P., »Interpretation and Institutional Choice at the WTO«, in: *Virginia Journal of International Law* 52 (2011-2012), S. 103-153
- Shany, Yuval, »Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?«, in: *European Journal of International Law* 16 (2006), S. 907-940
- *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford University Press, Oxford 2007
- »No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 73-91
- »Assessing the Effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach«, in: *American Journal of International Law* 106 (2012), S. 225-270
- Shany, Yuval; Horowitz, Sigall, »Judicial Independence in The Hague and Freetown: A Tale of Two Cities«, in: *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), S. 113-129
- Shapiro, Martin, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, Chicago 1981
- Shaw, Josephine, »Citizenship of the Union: Towards Post-National Membership?«, in: *Collected Courses of the Academy of European Law* 6 (1995), S. 237-347
- Shaw, Malcolm N., *International Law*, 6. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge 2008
- Shelton, Dinah, »The Participation of Nongovernmental Organizations in International Proceedings«, in: *American Journal of International Law* 88 (1994), S. 611-642
- »Form, Function, and the Powers of International Courts«, in: *Chicago Journal of International Law* 9 (2008-2009), S. 537-571
- Sheppard, Audley, »Arbitrator Independence in ICSID Arbitration«, in: Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch u. a. (Hg.), *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 131-156
- Shi, Jiuyong, »Maritime Delimitation in the Jurisprudence of the International Court of Justice«, in: *Chinese Journal of International Law* 9 (2010), S. 271-291
- Shklar, Judith N., *Legalism*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1964
- Simma, Bruno, »Der Beitrag von Alfred Verdross zur Entwicklung der

- Völkerrechtswissenschaft«, in: Herbert Miehsler, Erhard Mock, Bruno Simma u. a. (Hg.), *Ius Humanitatis. Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross*, Duncker & Humblot, Berlin 1980, S. 23-53
- »From Bilateralism to Community Interest«, in: *Recueil des cours* 250 (1994), S. 221-384
  - »Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 265-297
  - »Foreword«, in: Armin von Bogdandy, Ingo Venzke (Hg.), *International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, Heidelberg 2012, S. V-XII
  - »Human Rights before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?«, in: Holger P. Hestermeyer, Doris König, Nelle Matz-Lück u. a. (Hg.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Nijhoff, Leiden 2012, S. 577-603
- Simma, Bruno; Kill, Theodore, »Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology«, in: Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch u. a. (Hg.), *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 678-707
- Simma, Bruno; Pulkowski, Dirk, »Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law«, in: *European Journal of International Law* 17 (2006), S. 483-529
- Simpson, Gerry J., »Imagined Consent: Democratic Liberalism in International Legal Theory«, in: *Australian Yearbook of International Law* 15 (1994), S. 103-128
- *Great Powers and Outlaw States. Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge University Press, Cambridge 2004
- Slaughter, Anne-Marie, »International Law in a World of Liberal States«, in: *European Journal of International Law* 6 (1995), S. 503-538
- »International Law and International Relations«, in: *Recueil des cours* 285 (2000), S. 9-249
  - *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton 2004
- Sohn, Louis B., »International Arbitration in Historical Perspective: Past and Present«, in: Alfred H.A. Soons (Hg.), *International Arbitration. Past and Prospect. A Symposium to Commemorate the Centenary of the Birth of Professor J. H. W. Verzijl (1888-1987)*, Nijhoff, Dordrecht 1990, S. 9-22
- Somek, Alexander, »The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement«, in: *European Law Journal* 16 (2010), S. 315-344
- »Legal Science as a Source of Law. A Late Reply by Puchta to Kantorowicz«, in: *German Law Journal* (im Erscheinen)

- Sorel, Jean-Marc, »International Courts and Tribunals, Procedure«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), letzter Zugriff 21.II.2012
- Sorel, Jean-Marc; Boré Eveno, Valerie, Art. 31, in: Olivier Corten, Pierre Klein (Hg.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Bd. I, Oxford University Press, Oxford 2011
- Sornarajah, Muthucumaraswamy, »Toward Normlessness. The Ravage and Retreat of Neo-Liberalism in International Investment Law«, in: *Yearbook of International Investment Law and Policy* (2009-2010), S. 595-642
- Spiermann, Ole, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice. The Rise of the International Judiciary*, Cambridge University Press, Cambridge 2005
- Spinelli, Altiero, *Una strategia per gli Stati uniti d'Europa*, Il Mulino, Bologna 1989
- Staden, Andreas von, »The Democratic Legitimacy of Judicial Review beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review«, in: *International Journal of Constitutional Law* 10 (2012), S. 1023-1049.
- Staton, Jeffrey K.; Moore, Will H., »Judicial Power in Domestic and International Politics«, in: *International Organization* 65 (2011), S. 553-587
- Steffek, Jens, »Accountability und politische Öffentlichkeit im Zeitalter des globalen Regierens«, in: Peter Niesen (Hg.), *Transnationale Gerechtigkeit und Demokratie*, Campus, Frankfurt 2012, S. 279-310
- Stein, Ted L., »Jurisprudence and Jurists' Prudence: The Iranian-Forum Clause Decisions of the Iran-U. S. Claims Tribunal«, in: *American Journal of International Law* 78 (1984), S. 1-52
- Steinberg, Richard H., »Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints«, in: *American Journal of International Law* 98 (2004), S. 247-275
- Steinberger, Helmut, »The International Court of Justice«, in: Hermann Mosler, Rudolf Bernhardt (Hg.), *Judicial Settlement of International Disputes*, Springer, Berlin 1974, S. 193-283
- Steinman, Adam N., »A Constitution for Judicial Lawmaking«, in: *University of Pittsburgh Law Review* 65 (2003-2004), S. 545-596
- Stern, Brigitte, »A propos de la compétence universelle ...«, in: Emile Yakpo, Tahar Boumedra (Hg.), *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, Kluwer, Den Haag 1999, S. 735-753
- Sterzel, Fredrik, *The Inter-Parliamentary Union*, Norstedt & Söner, Stockholm 1968
- Stewart, Richard B.; Sanchez Badin, Michelle R., »The World Trade Organization and Global Administrative Law«, in: *IILJ Working Papers*

- 2009/7 ([www.iilj.org/publications/documents/2009-7.StewartRatton-Sanchez.pdf](http://www.iilj.org/publications/documents/2009-7.StewartRatton-Sanchez.pdf)), letzter Zugriff 10.10.2012
- Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, C. H. Beck, München 1992
- Stone Sweet, Alec, »Sur la constitutionnalisation de la convention européenne des droits de l'homme: cinquante ans après son installation, la cour européenne des droits de l'homme conçue comme une cour constitutionnelle«, in: *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 20 (2009), S. 923-944
- Strijards, Gerard A., Art. 103, in: Otto Triffterer (Hg.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, 2. Aufl., C. H. Beck, München 2008
- Suarez, Francisco, »De legibus, ac Deo legislatore«, in: Francisco Suarez, *Selections from three Works. The Photographic Reproduction of the Selections from the Original Editions*, Bd. 1, Clarendon, Oxford 1944 [1612]; dt.: »Abhandlung über die Gesetze und Gott den Gesetzgeber«, Haufe, Freiburg/Br. 2002
- Sunstein, Cass R., *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts 1999
- »Beyond Judicial Minimalism«, in: *Tulsa Law Review* 43 (2008), S. 825-842
- Sutherland, Peter ; Bhagwati, Jhagdisch; Botchwey, Kwesi u. a., *The Future of the WTO. Addressing Institutional Challenges in the New Millennium. Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi*, Genf 2004
- Suttner, Bertha von, *Die Waffen nieder! Eine Lebensgeschichte*, E. Pierson's, Dresden 1889
- Swart, Mia, »Judicial Lawmaking at the *ad hoc* Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and ›Adventurous Interpretation‹«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 70 (2010), S. 459-486
- »Tadic Revisited: Some Critical Comments on the Legacy and the Legitimacy of the ICTY«, in: *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011), S. 985-1009
- Tega, Diletta, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Mailand 2012
- Teitel, Ruti; Howse, Robert, »Cross-Judging. Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order«, in: *New York University Journal of International Law and Politics* 41 (2009), S. 959-990
- Teitgen, Pierre-Henry, »Presentation of the Report of the Committee on Legal and Administrative Questions«, in: A. Robertson (Hg.), *Collected*



- Edition of the ›Travaux Préparatoires‹ of the European Convention on Human Rights. Recueil des ›travaux préparatoires‹ de la convention européenne des droits de l'homme*, Bd. I, Nijhoff, Den Haag 1975, S. 264-294
- Terris, Daniel; Romano, Cesare P. R.; Swigart, Leigh, *The International Judge. An Inquiry into the Men and Women Who Decide the World's Cases*, Oxford University Press, Oxford 2007
- Thiele, Carmen, »Fragmentierung des Völkerrechts als Herausforderung für die Staatengemeinschaft«, *Archiv des Völkerrechts* 46 (2008), S. 1-41
- Thukydides, *Der Peloponnesische Krieg*, 2. Aufl., Artemis & Winkler, Düsseldorf 2006 [ca. 400 v. Chr.]
- Thürer, Daniel; Burri, Thomas, »Self-Determination«, in: Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (www.mpepil.com), letzter Zugriff 21.11.2012
- Tocqueville, Alexis de, *Über die Demokratie in Amerika*, 2. Aufl., Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1984 [1840]
- Tolbert, David, »The International Tribunal for the Former Yugoslavia and the Enforcement of Sentences«, in: *Leiden Journal of International Law* 11 (1998), S. 655-669
- Tomuschat, Christian, »International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law«, in: *Recueil des cours* 281 (1999), S. 9-438
- »The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions«, in: Rüdiger Wolfrum, Ulrike Deutsch (Hg.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Springer, Berlin 2009, S. 1-18
- Art. 36, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Torres Bernárdez, Santiago, »L'intervention dans la procédure de la Cour Internationale de Justice«, in: *Recueil des cours* 256 (1995), S. 193-457
- Treves, Tullio, »Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals«, in: Rüdiger Wolfrum, Volker Röben (Hg.), *Legitimacy in International Law*, Springer, Berlin 2008, S. 169-201
- Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 1899
- Troper, Michel; Grzegorzczak, Christophe, »Precedent in France«, in: Neil MacCormick, Robert S. Summers (Hg.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate, Aldershot 1997, S. 103-140
- Tschentscher, Axel, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006
- Tumlir, Jan, »International Economic Order and Democratic Constitutionalism«, in: *ORDO* 34 (1983), S. 71-83

- Uerpmann, Robert, »Internationales Verfassungsrecht«, in: *Juristenzeitung* 56 (2001), S. 565-573
- Ulfstein, Geir, »Institutions and Competences«, in: Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 45-80
- »The International Judiciary«, in: Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 126-152
- van den Bossche, Peter, »From Afterthought to Centrepiece: The WTO Appellate Body and Its Rise to Prominence in the World Trading System«, in: Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich, Jan Bohanes (Hg.), *The WTO at Ten. The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, S. 289-325
- van den Hout, Tjaco, »Resolution of International Disputes: The Role of the Permanent Court of Arbitration. Reflections on the Centenary of the 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes«, in: *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), S. 643-661
- van der Linden, Wilhelmus H., *The International Peace Movement 1815-1874*, Tilleul, Amsterdam 1987
- van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2007
- Vattel, Emer de, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle. Appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Bd. I, Rey et Gravier, Paris 1838
- Vaucher, Antoine, »The Transnational Politics of Judicialization. *Van Gend en Loos* and the Making of EU Polity«, in: *European Law Journal* 16 (2010), S. 1-28
- Veeder, Van Vechten, »The *Lena Goldfields* Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas«, in: *International and Comparative Law Quarterly* 47 (1998), S. 747-792
- Venzke, Ingo, »International Bureaucracies from a Political Science Perspective – Agency, Authority and International Institutional Law«, in: *German Law Journal* 9 (2008), S. 1401-1428
- »Making General Exceptions: The Spell of Precedents in Developing Article XX GATT into Standards for Domestic Regulatory Policy«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1111-1140
- *How Interpretation Makes International Law. On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford University Press, Oxford 2012
- »Technical Regulation and International Standards: The EC-Trade Description of Sardines Case«, in: Sabino Cassese, Bruno Carotti, Lorenzo Casini u. a. (Hg.), *Global Administrative Law: The Casebook*, 3. Aufl., Bd. 2, Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione, Rom 2012, S. 7-13

- »The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation«, in: *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 34 (2012), S. 99-131
- Verdross, Alfred, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Wien 1926
- »Forbidden Treaties in International Law«, in: *American Journal of International Law* 31 (1937), S. 571-577
- »Jus Dispositivum and Jus Cogens«, in: *American Journal of International Law* 60 (1966), S. 55-63
- Verdross, Alfred; Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1984
- Vergottini, Giuseppe de, *Diritto costituzionale comparato*, 5. Aufl., CEDAM, Padua 1999
- Vierucci, Luisa, »NGOs before International Courts and Tribunals«, in: Pierre-Marie Dupuy, Luisa Vierucci (Hg.), *NGOs in International Law. Efficiency in Flexibility?*, Edward Elgar, Cheltenham 2008, S. 155-180
- Vigil Toledo, Ricardo, »La contribución del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al proceso de integración suramericana«, in: Armin von Bogdandy, César Landa Arroyo, Mariela Morales Antoniazzi (Hg.), *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2009, S. 397-412
- Villalpando, Santiago, »The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law«, in: *European Journal of International Law* 21 (2010), S. 387-419
- Villiger, Mark E., »Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Zustandekommen, Bedeutung und Wirkungen«, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 127 (2008), S. 453-474
- *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Nijhoff, Leiden 2009
- »The Dialogue of Judges«, in: Christine Hohmann-Dennhardt, Peter Masuch, Mark E. Villiger (Hg.), *Durchsetzung und Verfahren. Festschrift für Renate Jäger*, Engel, Kehl am Rhein 2011, S. 195-209
- Virally, Michel, *L'organisation mondiale*, Armand Colin, Paris 1970
- Voßkuhle, Andreas, *Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, C. H. Beck, München 1993
- »Der europäische Verfassungsgerichtsverbund«, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 29 (2010), S. 1-8
- Voßkuhle, Andreas; Sydow, Gernot, »Die demokratische Legitimation des Richters«, in: *Juristenzeitung* 57 (2002), S. 673-682

- Waibel, Michael; Kaushal, Asha; Chung, Kyo-Hwa L. u. a. (Hg.), *The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2010
- Wälde, Thomas W., »The Specific Nature of Investment Arbitration«, in: Thomas W. Wälde, Philippe Khan (Hg.), *New Aspects of International Investment Law*, Nijhoff, Leiden 2007, S. 43-119
- Waldock, Claud H. M., »Decline of the Optional Clause«, in: *British Yearbook of International Law* 32 (1955-1956), S. 244-287
- Waldock, Humphrey, »General Course on Public International Law«, in: *Recueil des cours* 106 (1962), S. 1-251
- Wallach, Lori; Sforza, Michelle, *Whose Trade Organization?*, Public Citizen, Washington/DC 1999
- Walter, Christian, »Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999), S. 961-983
- Walter, Konrad F., *Rechtsfortbildung durch den EuGH*, Duncker & Humblot, Berlin 2009
- Waters, Timothy W., »A Kind of Judgment: Searching for Judicial Narratives after Death«, in: *George Washington International Law Review* 42 (2010), S. 279-348
- Weber, Albrecht, »Grundrechtsschutz in Europa – Kooperation oder Kooperationsverweigerung? Anmerkungen zum Verhältnis zwischen EGMR und BVerfG«, in: Metin Akryük, Gerhard Baumgartner, Dietmar Jähnel u. a. (Hg.), *Staat und Recht in europäischer Perspektive. Festschrift Heinz Schäffer*, Manz, Wien 2006, S. 911-922
- Weber, Max, »Wissenschaft als Beruf«, in: Wolfgang J. Mommsen, Wolfgang Schluchter (Hg.), *Max Weber. Gesamtausgabe*, Bd. 17, Mohr Siebeck, Tübingen 1992 [1919]
- *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2006
- Wehberg, Hans, »Friedrich von Martens und die Haager Friedenskonferenzen«, in: *Zeitschrift für internationales Recht* 20 (1910), S. 343-357
- »Das Problem eines internationalen Staatengerichtshofes«, in: Walther Schücking (Hg.), *Das Werk vom Haag*, Bd. 2, Duncker & Humblot, München 1912, S. 1-243
  - *Grundprobleme des Völkerbundes*, Hensel & Co., Berlin-Friedenau 1926
  - *Die Völkerbundsatzung*, 2. Aufl., Hensel, Berlin 1927
- Weiler, Joseph H. H., *The European Community in Change: Exit, Voice and Loyalty*, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken 1987
- »The Transformation of Europe«, in: *Yale Law Journal* 100 (1991), S. 2405-2483
  - »Citizenship and Human Rights«, in: Jan A. Winter, Deirdre M. Cur-



- tin, Alfred E. Kellermann u. a. (Hg.), *Reforming the Treaty on European Union*, Kluwer, Den Haag 1996, S. 57-86
- »European Democracy and Its Critics: Polity and System«, in: Joseph Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, S. 264-285
  - »The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats. Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement«, in: *Journal of World Trade* 35 (2001), S. 191-207
  - »The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64 (2004), S. 547-562
  - »Law, Culture, and Values in the WTO – Gazing into the Crystal Ball«, in: Daniel Bethlehem, Donald McRae, Rodney Neufeld u. a. (Hg.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 749-772
- Wernicke, Stephan, »Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens«, in: *European Law Journal* 13 (2009), S. 380-407
- Wet, Erica de, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Hart, Oxford 2004
- »The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law«, in: *European Journal of International Law* 15 (2004), S. 97-121
- Wheeler, Russell, »Judicial Independence in the United States of America«, in: Anja Seibert-Fohr (Hg.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, Heidelberg 2012, S. 521-567
- Wieser, Bernd, *Vergleichendes Verfassungsrecht*, Springer, Wien 2005
- Williamson, Oliver E., *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, Oxford 1996
- Wilson, Richard A., *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge University Press, Cambridge 2011
- Winkler, Markus, »Die normative Kraft des Praktischen. Robert Brandom und die Rechtstheorie«, in: *Juristenzeitung* 64 (2009), S. 821-829
- Wittgenstein, Ludwig, »Philosophische Untersuchungen«, in: Ludwig Wittgenstein, *Werkausgabe*, Bd. I, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1984 [1953], S. 225-618
- Wolfrum, Rüdiger, »Kontrolle der auswärtigen Gewalt«, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 56 (1997), S. 38-63
- »Intervention in the Proceedings before the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea«, in: Volkmar Götz, Peter Selmer, Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Liber amicorum Günther Jaenicke – zum 85. Geburtstag*, Springer, Berlin 1998, S. 427-442

- »Concluding Remarks«, in: Rüdiger Wolfrum, Chie Kojima (Hg.), *Solidarity: A Structural Principle of International Law*, Springer, Heidelberg 2010, S. 225-228
- Wolfrum, Rüdiger; Stoll, Peter-Tobias; Kaiser, Karen (Hg.), *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, Bd. 2, Nijhoff, Leiden 2006
- Wood, Michael, »The International Tribunal for the Law of the Sea and General International Law«, in: *International Journal of Marine and Coastal Law* 22 (2007), S. 351-367
- »The Selection of Candidates for International Judicial Office. Recent Practice«, in: Tafsir M. Ndiaye, Rüdiger Wolfrum (Hg.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensa*, Nijhoff, Leiden 2007, S. 357-368
- »»Constitutionalization« of International Law. A Sceptical Voice«, in: Kaiyan H. Kaikobad, Michael Bohlander (Hg.), *International Law and Power. Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, Nijhoff, Leiden 2009, S. 85-97
- »Public International Law and the Idea of the Rule of Law«, in: Miha Pogačnik (Hg.), *Challenges of Contemporary International Law and International Relations. Liber Amicorum in Honour of Ernest Petrič*, Evropska Pravna Fakulteta, Nova Gorica 2011, S. 431-450
- Wright, Quincy, »Proposal for an International Criminal Court«, in: *American Journal of International Law* 46 (1952), S. 60-72
  
- Zagrebelsky, Vladimiro, »Questions autour de Broniowski«, in: Lucius Cafilisch, Johan Callewart, Roderick Liddell u. a. (Hg.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber. Human Rights – Strasbourg Views. Droits de l’homme – Regards de Strasbourg*, Engel, Kehl 2007, S. 521-535
- Zarbiyev, Fuad, »Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis«, in: *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), S. 247-278
- Zemanek, Klaus, »The Legal Foundations of the International System«, in: *Recueil des cours* 266 (1997), S. 9-366
- Zimmermann, Andreas, »Die Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofes zur Entscheidung über Ansprüche gegen am Verfahren nicht beteiligte Staaten. Anmerkungen aus Anlaß der Entscheidung des IGH im Streitfall zwischen Portugal und Australien betreffend Ost-Timor«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 55 (1995), S. 1051-1076
- (Hg.), *Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit*, Duncker & Humblot, Berlin 2004
- Zimmermann, Andreas; Thienel, Tobias, Art. 60, in: Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm u. a. (Hg.), *The Stat-*

- ute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2012
- Zimmern, Alfred, *The League of Nations and the Rule of Law 1918-1935*, Macmillan, London 1936
- Zoellner, Carl-Sebastian, »Third-Party Participation (NGO's and Private Persons) and Transparency in ICSID Proceedings«, in: Rainer Hofmann, Christian J. Tams (Hg.), *The International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID). Taking Stock After 40 Years*, Nomos, Baden-Baden 2007, S. 179-208
- Zolo, Danilo, »Hans Kelsen: International Peace through International Law«, in: *European Journal of International Law* 9 (1998), S. 306-324
- Zorn, Philipp, »Die beiden Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907«, in: Fritz Stier-Somlo (Hg.), *Handbuch des Völkerrechts*, Bd. 3, Kohlhammer, Stuttgart 1915, S. 1-142
- Zürn, Michael, *Regieren jenseits des Nationalstaates. Globalisierung und Denationalisierung als Chance*, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1998
- »Vier Modelle einer globalen Ordnung in kosmopolitischer Absicht«, in: *Politische Vierteljahresschrift* 52 (2011), S. 78-118
  - »Internationale Institutionen und nichtstaatliche Akteure in der Global Governance«, in: Michael Zürn, Matthias Ecker-Ehrhardt (Hg.), *Gesellschaftliche Politisierung und internationale Institutionen*, Suhrkamp, Berlin 2013 (im Erscheinen)

## Nachweise

Einzelne Teile dieses Buches wurden in einem früheren Zustand als selbständige Beiträge bereits publiziert, insbesondere: »Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 70 (2010), S. 1-49; *In nome di chi? Giurisdizione internazionale e teoria del discorso*, Editore Trauben, Turin, 2010 (übersetzt und mit einem Nachwort versehen von Enrico Daly), »In Whose Name? An Investigation of International Court's Public Authority and Its Democratic Justification«, in: *European Journal of International Law* 23 (2012), S. 7-41; »Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 979-1004; »On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking«, in: *German Law Journal* 12 (2011), S. 1341-1370; »On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority«, in: *Leiden Journal of International Law* 26 (2013), S. 49-72; »The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals«, in: Karen Alter, Cesare Romano, Yuval Shany (Hg.), *The Oxford Handbook on International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford 2013, im Erscheinen; »International Judicial Institutions in International Relations: Functions, Authority and Legitimacy«, in: Bob Reinalda (Hg.), *Routledge Handbook of International Organizations*, Routledge, Oxon 2013, S. 461-472. Teile aus früheren individuellen Beiträgen stammen aus Armin von Bogdandy, »The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9 to 12 EU Treaty for International Organizations«, in: *European Journal of International Law* 23 (2012), S. 315-334; ders., »The Democratic Legitimacy of International Courts: A Conceptual Framework«, in: *Theoretical Inquiries in Law* 14 (2013), S. 361-379; Ingo Venzke, »The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation«, in: *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 34 (2011), S. 99-131; ders. »Antinomies and Change in International Dispute Settlement: An Exercise in Comparative Procedural Law«, in: Rüdiger Wolfrum, Ina Gätzschmann (Hg.), *International Dispute Settlement: Room For Improvements*, Springer, Berlin 2012, S. 235-269; ders., »Understanding the Authority of International Courts and Tribunals: On Delegation and Discursive Construction«, in: *Theoretical Inquiries in Law* 14 (2013), S. 381-410.



# Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention
Anm.	Anmerkung
App. No.	Application Number (Beschwerdenummer)
Art.	Artikel
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations (Verband Südostasiatischer Nationen)
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BITs	Bilateral Investment Treaties (bilaterale Investitionsschutzabkommen)
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CDDH	Comité directeur pour les droits de l'Homme (Lenkungsausschuss für Menschenrechte)
CDDH-GDR	Comité directeur pour les droits de l'Homme, Groupe de Rédaction (Lenkungsausschuss für Menschenrechte, Redaktionsgruppe)
ders.	derselbe
Doc.	Document (Dokument)
DSB	Dispute Settlement Body (Streitbeilegungsgremium)
DSU	Dispute Settlement Understanding (Streitbeilegungsvereinbarung)
dt.	deutsch
EC	European Community (Europäische Gemeinschaft)
ECHR	European Court of Human Rights (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte)
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union

EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FAO	Food and Agricultural Organization (Welternährungs- und Landwirtschaftsorganisation)
Fn.	Fußnote
GAL	Global Administrative Law
GATS	General Agreement on Trade in Services (Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen)
GG	Grundgesetz
GO-BT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
Hg.	Herausgeber
IAGMR	Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte
ICC	International Criminal Court (Internationaler Strafgerichtshof)
I. C. I.	International Commissions of Inquiry (Internationale Untersuchungskommissionen)
I. C. J.	International Court of Justice (Internationaler Gerichtshof)
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes (Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten)
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda)
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien)
IFAD	International Fund for Agricultural Development (Internationaler Fonds für Landwirtschaftliche Entwicklung)
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILC	International Law Commission (Völkerrechtskommission)
IILJ	Institute for International Law and Justice, New York University School of Law
ILO	International Labour Organization (Internationale Arbeitsorganisation)
ILOAT	International Labour Organization Administrative Tribunal (Verwaltungsgericht der Internationalen Arbeitsorganisation)
IMT	International Military Tribunal (Internationaler Militärgerichtshof)

IPbürg	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPU	Interparlamentarische Union
ISGH	Internationaler Seegerichtshof
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
ITO	International Trade Organization (Internationale Handelsorganisation)
IUSCT	Iran-United States Claims Tribunal
IWF	Internationaler Währungsfonds
MERCOSUR	Mercado Común del Sur (Gemeinsamer Markt des Südens)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NAFTA	North American Free Trade Agreement (Nordamerikanisches Freihandelsabkommen)
NATO	North Atlantic Treaty Organization (Nordatlantikvertragsorganisation)
NGO	Non-Governmental Organization (Nichtregierungsorganisation)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
PCA	Permanent Court of Arbitration (Ständiger Schiedshof)
P.C.I.J.	Permanent Court of International Justice (Ständiger Internationaler Gerichtshof)
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RUF	Revolutionary United Front (Revolutionäre Vereinigte Front)
SCSL	Special Court for Sierra Leone (Sondergerichtshof für Sierra Leone)
Slg.	Sammlung
SPS	Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (Übereinkommen zur Anwendung gesundheitspolizeilicher und Pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen)
SRÜ	Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
StPO	Strafprozessordnung
SVN	Satzung der Vereinten Nationen

TBT	Agreement on Technical Barriers to Trade (Übereinkommen über technische Handelshemmnisse)
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums)
UK	United Kingdom (Vereinigtes Königreich)
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UN Doc.	United Nations Document (Dokument der Vereinten Nationen)
UNCIO	United Nations Conference on International Organization (Konferenz von San Francisco)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht)
UNGA	United Nations General Assembly (Generalversammlung der Vereinten Nationen)
UNSC	United Nations Security Council (Sicherheitsrat der Vereinten Nationen)
urspr.	ursprünglich
US	United States (Vereinigte Staaten)
US SC	Supreme Court of the United States (Oberster Gerichtshof der Vereinigten Staaten)
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VerfO	Verfahrensordnung
VN	Vereinte Nationen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WHO	World Health Organization (Weltgesundheitsorganisation)
WTO	World Trade Organization (Welthandelsorganisation)
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
ZPO	Zivilprozessordnung



# Namenregister

- Abi-Saab, Georges 23, 81  
Alexy, Robert 255  
Bluntschli, Johann Caspar 70  
  
Böckenförde, Ernst-Wolfgang 33,  
215  
Bourdieu, Pierre 150  
Brandom, Robert B. 141  
Broches, Aron 123-124  
Bruns, Viktor 260  
Buergethal, Thomas 84, 221  
  
Cançado Trindade, Antônio  
Augusto 68, 85  
Carnegie, Andrew 54  
Cassese, Antonio 101  
Churchill, Winston 86  
  
Danwitz, Thomas von 137  
Descamps, Edouard 73  
Dupuy, René-Jean 123  
Dworkin, Ronald 255  
  
Elaraby, Nabil 221  
  
Fassbender, Bardo 85  
Frantz, Constantin 288-289, 291-  
292  
Fried, Alfred H. 69-70  
Friedmann, Wolfgang 110  
Frowein, Jochen A. 90-91  
Fukuyama, Francis 118  
  
Greenwood, Christopher 232-233  
Grotius, Hugo 67  
Guillaume, Gilbert 59-60, 84  
  
Habermas, Jürgen 27, 157-158, 196,  
201, 206-207, 213, 281, 291, 292  
Hart, Herbert L. A. 260  
Hegel, Georg Wilhelm  
Friedrich 72, 109, 167  
Higgins, Rosalyn 84  
Hobbes, Thomas 193  
Huber, Max 50  
Hudson, Manley O. 74  
  
Ipsen, Hans Peter 195, 196  
  
Jay, John 46-47  
Jenks, Clarence Wilfried 80  
Jhering, Rudolf von 18  
  
Kant, Immanuel 75-76, 138, 193,  
196, 201, 292  
Kelsen, Hans 76-77, 139, 147, 168,  
170, 172-174, 255, 261  
Koch, Hans-Joachim 140-141  
Kooijmans, Pieter Hendrik 84  
Koskenniemi, Martti 140  
  
Lambert, Édouard 12, 217  
Lauterpacht, Hersch 68, 74-75,  
78, 141, 161, 170-174, 195,  
221, 223  
Luhmann, Niklas 18, 157-158  
  
Mancini, Pasquale Stanislao 69, 70  
Martens, Friedrich von 49  
McWhinney, Edward 85  
Morgenthau, Hans 48  
Mosler, Hermann 81  
Moynier, Gustave 97  
  
Nicolaysen, Gert 195  
Nikolaus II 47  
  
Pellet, Alain 18

Peters, Anne 178-179  
 Politis, Nicolas 75  
  
 Robertson, Geoffrey 221-222  
 Rolin, Henri 87-88  
 Roosevelt, Theodore 48  
 Root, Elihu 73, 220  
 Rüßmann, Helmut 140-141  
  
 Sanchez Badin, Michelle 120  
 Schauer, Frederick 258  
 Schill, Stephan 273  
 Schücking, Walther 72  
 Schwebel, Stephen M. 52  
 Scott, James Brown 49, 71, 74  
 Shany, Yuval 273  
 Simma, Bruno 57, 61, 170  
 Slaughter, Anne-Marie 129-134  
 Staden, Andreas von 272  
 Stewart, Richard B. 120  
 Sunstein, Cass 256-257  
 Suttner, Bertha von 69-70  
  
 Thukydides 45  
 Tocqueville, Alexis de 147  
 Tomuschat, Christian 68, 195-196  
 Triepel, Heinrich 260  
  
 van den Houts, Tjaco 63  
 Vattel, Emer de 13  
 Verdross, Alfred 68, 178  
 Virally, Michel 110  
 Voßkuhle, Andreas 33, 251  
  
 Washington, George 46-47  
 Weber, Max 138, 214  
 Weeramantry, Christopher G. 59  
 Wehberg, Hans 72  
 Wittgenstein, Ludwig 141  
 Wolfrum, Rüdiger 24, 167, 198  
  
 Zimmern, Alfred 50  
 Zürn, Michael 198-199

# Sachregister

- accountability* 132, 134, 182, 191-192, 204  
– Begriff 191-192
- Afrikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Statut 229
- Akteure 16, 18, 30, 41, 108, 128, 132, 151, 185, 266, 282, 290, 293  
– gerichtliche 12, 30, 43, 171, 283-286  
– gubernativ-administrative 166  
– politische 213, 281  
– private 63, 123, 129-130, 153, 247  
– staatliche 133, 143, 153, 160, 224  
– zivilgesellschaftliche 23, 71, 86, 101, 130, 212, 233, 249
- Akzeptanz von Entscheidungen eines Gerichts 14, 181, 213, 215, 293  
– Begriff 213-214
- Alabama-Fall 47, 70
- Allgemeine Erklärung der Menschenrechte 169
- Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) 24, 115-120, 123, 261, 282  
– GATT-Sekretariat 117
- amicus curiae* 59-60, 211, 235, 243-251
- Amnestie 24, 177, 285
- Antike → siehe auch  
Melierdialog 45-46, 67
- Apologie 140
- Appellate Body  
(Berufungsgremium, WTO)  
→ siehe auch Panel → siehe auch Welthandelsorganisation (WTO), Streitbeilegung 13, 24, 26, 37, 39, 57, 118-122, 144, 157-158, 160, 176, 226-227, 233, 238, 248-249, 253, 261, 271, 277-280, 282
- Argumentationslast → siehe auch semantische Macht 161, 270
- Autonomie  
– des Rechtsdiskurses 255, 257  
– gerichtliche 47, 88, 90, 131, 134, 150  
– Parteiautonomie 245  
– richterliche → siehe Richter  
– staatliche  
Regelungsautonomie 121, 129
- Beamtenrecht 108
- Begründung, juristische → siehe Urteilsbegründung
- Berufungsgremium, WTO → siehe Appellate Body
- Bilateralismus 57-61, 66, 79, 259-260, 287
- Budget 55, 98, 100, 104
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 14, 36-37, 96, 149, 155, 160, 189, 205, 209, 227, 241, 255, 266-267, 270
- Bürger 14, 132-133, 165, 172, 192, 195, 197, 199, 202-203, 211-213, 216-217, 231, 236, 266-267, 270, 281, 287-288, 290-292  
– Marktbürger 195-196  
– Unionsbürger 188, 192-194, 197, 200, 205, 291, 292  
– Weltbürger 34, 194, 196-197, 200, 221, 234, 290, 292, 295
- Bürokratie 32, 108, 114, 129, 151, 182-183

- case law* 74, 96, 144, 154, 243  
*checks and balances* → siehe Gewaltenteilung  
 Christentum 67  
*Codex Alimentarius Commission* 278-279  
*comity* 133, 263  
*common law* 75, 147-148, 158, 167-168, 258, 264  
*compliance* 22  
*Critical Legal Studies* 139
- Datenbanken 143  
 Deduktion 140-141, 164, 254, 257  
 Dekolonialisierung 29  
 Deliberation 133, 186, 192, 197, 198, 203, 208, 210-213, 217-219, 225, 227, 232-235, 243, 251, 280-281, 286, 295  
 Demokratie → siehe auch Legitimation → siehe auch Repräsentation → siehe auch Selbstbestimmung 11, 14-15, 27, 30-34, 40-41, 51, 86, 136, 137, 150, 164, 168-170, 175, 179-183, 186, 192, 197-198, 205, 207-208, 210-214, 216, 219, 221, 224, 228-229, 232, 237-238, 241, 254-255, 257, 264-265, 267, 271, 273, 275-276, 278, 280-281, 284-295  
 – Begriff 30-34, 168, 185-214  
 – demokratieorientiertes Grundverständnis 42-43, 107, 136-214, 216-217, 219, 221, 224-225, 227, 232, 235, 240, 244, 253, 260, 267, 272, 274, 275, 285-291, 293, 295  
 – Demokratietheorie 31, 51, 186, 188, 203  
 – demokratische Allgemeinheit 183-185  
 – demokratisches Subjekt 192-199, 290-291  
 – Demokratisierung 131-132  
 – europäische 188-189, 192, 194, 200-202, 206, 211  
 – Prinzip 33, 36, 38, 51, 132, 143, 149, 185-190, 202-203, 208, 211, 217-219, 220-222, 225, 234, 243, 254-258, 264, 268-273, 281-282, 285  
 Determinismus 137, 155  
 Diplomatischer Schutz 105  
 Diskurstheorie 157-158, 244, 264-265, 267  
 – Anwendungsdiskurs 35, 36, 112, 145-146, 244, 264-266  
 – Normbegründungsdiskurs 265-266  
 Dogmatik 17-18, 35-36, 65, 74, 112, 149, 157, 175, 180, 199, 209, 211, 215, 264, 273-275, 293, 295  
*domaine réservé* → siehe auch Streit, politisch 88
- Effektivität 30, 63, 91-92, 94, 113, 152, 213, 235, 238  
 Einstweilige Anordnungen  
 – Internationaler Gerichtshof (IGH) 242  
 – Internationaler Seegerichtshof (ISGH) 105-106  
 – Ständiger Internationaler Gerichtshof (StIGH) 73  
 Enteignung 23-24, 64, 123, 125  
 Entwicklungsländer 29, 123, 246  
*epistemic community* 217  
*Erga-omnes*-Verpflichtung 58, 80, 83, 85  
 Ermessensspielraum (*margin of appreciation*) 90, 202, 274  
 Erwartungen → siehe Stabilisierung normativer Erwartungen



- Europäische Kommission für Demokratie durch Recht → siehe Venedig-Kommission
- Europäische Kommission für Menschenrechte 86-87, 89, 92
- Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) 86-96, 152, 158, 164, 169, 176, 220-221, 223, 228-229, 234, 236, 242, 250, 252-253, 274, 276-277
- Europäische Union (EU) → siehe auch Bürger, Unionsbürger → siehe auch Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) 40, 133, 167, 177, 186-188, 198, 200, 226-227, 269, 278, 289-290, 291
- Amsterdamer Vertrag 189
  - Europäischer Rat 205, 208
  - Europäisches Parlament 205, 206
  - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) 180, 187
  - Vertrag über die Europäische Union (EUV) 186-194, 197, 199, 200, 202-206, 208-211, 214, 224, 287, 291
  - Vertrag von Maastricht 189
- Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 176, 189
- Europäischer Gerichtshof → siehe Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH)
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) → siehe auch Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) → siehe auch Piloturteil 14, 24, 38-39, 60-61, 65, 73, 78, 85-96, 103, 131, 143, 152-153, 159-160, 172-173, 175-176, 180-181, 195, 228-230, 233, 235, 241, 247, 250, 251-253, 256, 258, 274, 276-277, 285, 289
- große Kammer 158, 236, 251, 252-253
  - Verfahrensordnung 236, 242, 252
  - Zuständigkeit 87, 88, 90-92, 95
- Europäisches Kernenergiegericht 27, 161
- Europarat → siehe auch Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) → siehe auch Europäische Kommission für Menschenrechte → siehe auch Venedig-Kommission 86, 152, 164, 207, 228-229, 250, 276-277, 289
- Ministerkomitee 87, 94, 152
  - Ministerrat 276-277
  - Parlamentarische Versammlung 207, 228-229
- Eurozentrismus 40-41
- Experten 106, 117, 119, 226, 237-238, 247, 250-251
- Festlandssockel 57
- Föderalismus 71, 75, 189, 191, 197-198, 201, 205, 288-290
- Föderation 75-76, 289
- forum prorogatum* 56
- Fragmentierung 115, 119, 183-185, 252, 258-264, 284
- Freiheit → siehe auch Selbstbestimmung
- Handlungsfreiheit der Staaten → siehe auch Souveränität 61, 172
  - individuelle 30, 95, 151-152, 156, 196, 285, 290

- Friedensbewegung 68-77, 220
- Friedensordnung 23, 74, 77, 171, 179
- Friedenspalast 54, 61-62
- Friedenssicherung 44, 47-48, 53, 54, 69, 72, 76, 98, 109, III, II2-II3, II5, 122
- Funktion,  
– Begriff 16-19
- Funktionalismus II2, 128, 131, 190 276
- Geltung 21-22, 82, 123, 139, 221, 278
- Gemeineuropäische  
Rechtsauffassung → siehe auch  
Ermessensspielraum 73, 95
- Genozid → siehe Völkermord
- Genozidkonvention 60, 78, 92, 97-98, 100
- Genugtuung 22
- Gerechtigkeit II, 31, 126, 132, 140, 147, 171, 184, 198, 207, 222, 255
- Gericht  
– Begriff 16, 36-40  
– Dialog 39-40, 129, 130, 254, 258-264, 268-270, 286, 295  
– Funktionen → siehe auch  
Multifunktionalität II-12, 16-29, 33-34, 43-45, 54, 59, 65, 73, 105, II5, 128, 134, 174-183, 245, 273  
– national 17, 30, 33, 36-37, 84, 129-130, 150, 152-153, 160, 181, 187, 223, 227, 230-231, 240, 255, 268, 270-271, 273, 282-283, 286, 288-289
- Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) II, 14, 39, 65, 137, 143, 160, 175, 177, 180-181, 187-188, 193-194, 204, 210, 242, 262, 268, 270
- Satzung 242
- Geschlechterbalance 229
- Gesetzgeber → siehe auch  
Parlament 88, 94, II2, 140, 146, 166-169, 178-180, 182-183, 260, 264-266, 276, 278, 289
- Gewalt  
– Begriff 30, 150-155  
– internationale öffentliche II, 12, 15, 18, 25, 27, 29-30, 34, 38-39, 43, 103, 130-131, 134-135, 136-137, 150-161, 170, 178-179, 182, 188, 196-197, 201, 231, 234, 251, 254, 256, 265, 271-272, 283, 287  
– nationale öffentliche 28, 29, 33, 90, 96, 105, 130, 133, 150-151, 256  
– supranationale öffentliche 187, 202, 203
- Gewaltanwendung 58, 100
- Gewaltenteilung 23, 76, III, 133, 162-164, 170, 202, 264-265, 275
- Gewaltverbot 21, 23, 80, 82-83
- Global Administrative Law* (GAL) III, 130, 154
- Global Governance II, 13, 29-30, 31, 40-41, 107, III-II2, 128-135, 136, 151-152, 153-154, 161, 165, 199, 208, 212, 232, 266, 271, 275, 280, 283-286  
– Begriff 130
- Globales Verwaltungsrecht siehe  
*Global Administrative Law*
- Globalisierung 31, 32, 40, 107, II0-III, II8, 124, 180, 190, 208
- good faith* 81-82
- gouvernement des juges* 12
- Grundgesetz 33, 167, 187, 224, 241, 269
- Grundverständnis, Begriff 42-43
- Gutachten  
– Internationaler Gerichtshof (IGH) 55, 60-61, 78, 80, 83-84, 92, II2-II4, 137, 159, 164, 176, 221, 242, 256

- Internationaler Seegerichtshof (ISGH) 104, 159-160
- Ständiger Internationaler Gerichtshof (StIGH) 73
- Haager Abkommen betreffend die friedliche Erledigung internationaler Streitigkeiten → siehe auch Ständiger Schiedshof 48, 62, 220, 240
- Haager Friedenskonferenzen (1899 und 1907) 48-49, 61-62, 71-72, 220
- Hegemonie 41, 79, 96, 227, 257, 263, 284
- Holismus 192, 288
- »Im Namen des Volkes« 33, 268, 288, 290
- Imperialismus 48, 79, 80
- implied powers* 112
- in dubio mitius* 60, 257, 271
- »In wessen Namen?« 33, 42, 65, 107, 230, 283-295
- Individualismus 74-75, 192-193
- Individualklage 86, 92-93, 95, 123, 250
- Individuum 51, 63, 68, 76, 87, 92, 94, 98, 114, 123, 129-130, 179, 183-184, 193, 198, 220, 283, 290-291
- Inklusion 32, 197, 202-203, 244, 280, 285
- Inspection Panel* der Weltbank 28, 114, 215
- Institut de Droit international 70
- Integrationsfunktion, soziale 29
- Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR) 24, 175-177, 180-181, 195, 236, 239, 250, 269-270, 285, 289
- Verfahrensordnung 236
- Interdependenz → siehe auch Globalisierung 42, 107-110, 115, 117, 128, 231, 235, 246, 285, 286
- Intergouvernementalismus 59, 198, 286-287
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) → siehe auch Schiedsgericht → siehe auch Investitionsschutz 14, 25, 107, 115, 122-127, 130, 144-146, 152-153, 159, 164, 168-169, 172-173, 176, 225-226, 238-239, 246-247, 249-250, 253, 285, 287, 289
- *Annulment Committees* 25, 125, 127
- ICSID-Konvention 122, 124-127, 144, 146, 153, 169, 223, 225, 242, 246, 253
- ICSID-Schiedsregeln 225, 239, 247, 250
- ICSID-Sekretariat 247
- International Law Association (ILA) 70
- International Law Commission (ILC) → siehe Völkerrechtskommission
- International Military Tribunal (IMT) 97
- International Trade Organization (ITO) 116
- Internationale Arbeitsorganisation (ILO) → siehe auch Verwaltungsgerichte internationaler Organisationen 109, 113
- Internationale Gemeinschaft 13, 29, 34, 42, 49, 59, 65-66, 71, 77, 79-81, 83-85, 101, 103, 106-107, 109, 111, 135, 231, 286, 290
- Internationale Meeresbodenbehörde

- (International Seabed Authority) 104
- Internationale Organisationen 28, 63, 66, 108-109, 112-113, 117, 163-165, 179, 182-183, 190, 204, 206, 209, 245, 266, 275, 279, 281
- Internationaler Gerichtshof (IGH)  
→ siehe auch Einstweilige Anordnung → siehe auch Gutachten 14, 16, 19-21, 23-25, 28-29, 38-39, 44, 52-61, 65, 77-85, 92, 95, 104, 112-114, 123, 137, 153, 159, 164, 176, 178, 183, 195, 221, 232-233, 235, 236, 240, 242, 244-245, 248, 252, 256-257, 261-262, 269, 279, 289
- Kanzler 55, 59, 221, 236, 248
  - Statut → siehe auch Rechtsquellen 16, 54-55, 57-58, 79, 81, 85, 89, 144-146, 148, 156, 158, 165, 220-223, 227, 230, 234, 236, 240, 242, 244-245, 248, 252, 276
  - Verfahrensordnung 55, 146, 236, 242, 245, 248
  - Zuständigkeit 20-21, 38, 53-54, 56, 58-59, 79, 81-83, 104, 256
- Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbürg) 169, 197, 198, 252
- Internationaler Seegerichtshof (ISGH) → siehe auch Einstweilige Anordnungen → siehe auch Gutachten 24, 26, 55, 65, 103-107, 160-161, 245, 248, 282, 289
- Meeresbodenkammer 104, 106
  - Statut 55, 104-105, 146, 220, 221, 223, 230, 234, 235, 236, 242, 245, 248
  - Verfahrensordnung 235, 236, 242
- Zuständigkeit 104-105
- Internationaler Strafgerichtshof (IStGH) 14-15, 38, 56, 101-103, 147-148, 227, 230, 233, 239, 243, 250, 289
- Römisches Statut 56, 101-102, 158, 220-223, 227, 229, 230, 239
  - Verfahrensordnung 250
  - Zuständigkeit 102
- Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY) 15, 24, 28, 38-39, 98-103, 147-148, 158, 170, 176-177, 180, 183, 206, 215, 230, 239, 243, 250, 269, 285
- Statut 98, 146, 230, 234
  - Verfahrensordnung 239
  - Zuständigkeit 28
- Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda (International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR) 24, 100-103, 147-148, 206, 215, 230, 243
- Statut 146, 230, 234, 250
- Internationales Wirtschaftsrecht 25, 38, 172, 285
- Interparlamentarische Union (IPU) 207
- Interpretation
- richterliche 44, 82, 80-81, 89-90, 95, 120, 139-141, 145-146, 149-150, 157-158, 160-161, 176, 201-202, 252-253, 254-282
  - systematische 258-264
- Investitionsschutz
- Investitions- und Handelsschiedsgerichtsbarkeit → siehe auch International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)



- siehe auch Iran-United States Claims Tribunal (IUSCT) → siehe auch NAFTA Free Trade Commission 14, 23-24, 37, 63, 69, 115, 122-127, 152, 176, 246, 253, 263
- Investitionsschiedsverfahren 238
  - Investitionsschutzabkommen 123-125
  - Investitionsschutzregime III, 126, 159
- invisible college* 217
- Iran-United States Claims Tribunal (IUSCT) 44, 52, 61-64
- ius cogens* 68, 85, 99
- ius cosmopolitanum* 196
- ius inter gentes* 67
- Jay-Vertrag 46
- judicial discretion* → siehe richterliches Ermessen
- Kalter Krieg → siehe auch Mauerfall 79
- Kapitalmarktrecht 122
- Koexistenz 110, 171-172, 273
- Kollegialität → siehe Kollegium
- Kollegium 149, 241, 268
- Komplementaritätsprinzip 102-103
- Kompromissarische Klauseln 45-46, 54, 69, 108
- Konsens der Staaten 11-13, 30, 39, 51, 56-61, 71, 83, 118-119, 123, 190, 215
- Konstitutionalisierung (des Völkerrechts) 25, 68, 101, 174-177, 178-181, 182-183
- Kontrolldichte → siehe auch richterliches Ermessen 90, 217, 254, 271-275, 286
- Kontrolle 17, 146, 186
- gerichtliche 18, 25-29, 37, 90, 91, 103, 105, 121, 134, 149, 179, 182, 251-253, 268-270, 272, 282
  - parlamentarische 133, 232
- Koordination 107, 109-III, 171, 172, 273
- Kosmopolitismus → siehe auch Bürgerschaft, Weltbürger 198-199
- Kriegsverbrecher/-verbrechen 19, 84, 97, 98, 279
- Kritik 15, 16, 31, 112, 114, 118, 126-127, 136, 141, 146, 175, 194, 196, 199, 227, 233, 241, 249, 294
- Kündigung 169
- lawmaking* 124, 143, 144, 154, 171
- Legitimation 17, 30, 149-150, 191
- demokratisch 30-34, 38, 40, 134, 155, 183, 186, 189, 190, 192, 200-214, 215-282, 286-292, 295
  - dual 190, 200-202, 205
  - funktional 131, 215
  - funktionell-institutionell 215-216
  - Legitimationsfunktion 25-29, 32, 103, 114
  - Legitimationskrise 15, 127, 154, 162-185, 191, 218, 275
  - Legitimationsressource 13-14, 30, 167, 183, 206, 215, 217, 265, 287
  - legitimationstheoretisch 9, 12, 30, 203
  - personell-organisatorisch 216
  - prozedural 279-280
  - sachlich-inhaltlich 216
- Legitimität 29, 30, 65, 148, 152, 162, 187, 214, 238
- demokratische 166, 169, 265
- linguistic turn* 141, 251
- living instrument* 90
- Logos* 67

- margin of appreciation* → siehe Ermessensspielraum
- Mauerfall 52, 91, 110, 124, 190
- Meeresboden 104, 106
- Mehrebenen
- Charakter 25, 130, 284
  - Systeme 166, 198, 200
- Meliedialog 45
- Menschenrechte 25, 38, 61, 80, 83, 85-96, 109, 115, 182, 184, 195-198, 207, 252, 263, 284, 285
- Menschenrechtsschutz → siehe auch Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) → siehe auch Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR) 25-27, 94, 130, 172-173, 250
- Monarch 33, 46, 67, 97, 199, 288-289
- Moralphilosophie 36, 74
- Multifunktionalität → siehe auch Gerichte, Funktionen 11, 12, 15, 16-19, 29, 36, 39, 42, 65, 77, 95, 103, 106-107, 112, 244, 249, 283, 284
- Multilateralismus 21, 37, 108, 115, 120, 123, 157, 162, 213, 245, 253, 263, 281-282, 287
- Nachkriegsordnung 77, 115
- NAFTA Free Trade Commission → siehe auch Schiedsgerichte 25, 144, 246-247, 257
- Nation → siehe auch Volk 33-34, 109, 192, 194,
- Nationalstaat → siehe auch Staat 109, 198, 202
- Naturrecht 68, 223
- Netzwerke → siehe auch Gerichte, Dialog 129, 132-133, 134
- New Haven School* 139
- New International Economic Order* 123
- Nichtregierungsorganisationen (NGOs) 41, 59, 71, 130, 132-133, 209-210, 212, 247-248, 250-251
- Nomos* 67
- Normativität → siehe auch Stabilisierung normativer Erwartungen 21, 23, 35-36, 44, 51, 77, 82-83, 98, 112, 120, 143, 145, 152, 165, 192, 198-199, 207, 208, 213-215, 222, 223, 224, 255, 256, 265, 272, 278-279, 281, 294
- obiter dictum* 143
- OECD Nuclear Energy Tribunal → siehe Europäisches Kernenergiegericht
- Öffentlichkeit 115, 132, 143, 183, 197, 207-210, 217, 218, 233, 234-243, 248, 251, 253, 257, 290, 293, 295
- Ökonomie 36, 109, 115, 275
- Organ,
- Begriff 65-66
- Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) → siehe auch Europäisches Kernenergiegericht 27, 109, 115, 161, 238-239, 249
- Investment Committee 238-239, 249
- Panel → siehe auch Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT) → siehe auch Appellate Body → siehe auch Welthandelsorganisation (WTO), Streitbeilegung 24, 28, 37, 117-118, 120, 144, 158, 160, 195,

- 225-226, 237, 241-242, 245-246, 248, 253, 278
- Papst 46
- Parlament 31, 32, 154-155, 166, 168-169, 179, 181, 182-184, 186, 201, 204, 206-207, 213, 218-219, 224, 230-232, 281
- international → siehe auch Interparlamentarische Union (IPU) 197, 201, 206-207, 210, 228-234, 281
  - national 133, 166-167, 169, 186, 188-189, 205, 207, 213, 216, 233, 276
  - parlamentarische Zustimmung 165-167, 168-169, 188-189, 206, 215-216, 275
- Parteien
- am Rechtsstreit beteiligte 37, 44-45, 55, 62-63, 87, 104, 116-117, 123-124, 134, 142, 144, 156, 211, 225-226, 235, 237, 239, 241-242, 244, 245-246, 282, 283, 268-287
  - politische 148, 200-201, 277
- Partikularismus 31, 44, 51
- holistischer 288
- Partizipation 186, 203, 210-212, 217, 227, 232-234, 243-251
- Piloturteil → siehe auch Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 24, 93-94, 276
- Piraterie 97
- Pluralismus 41, 134, 198, 201-202, 222, 291, 292
- political question doctrine* → siehe auch Streit, politisch 28, 48
- Politik 32, 46-48, 70, 81-82, 143, 146-150, 166, 167, 174-175, 178-179, 196-197, 202-203, 204, 210-214, 224-225, 231-232, 244, 256, 258, 265, 267, 270-282
- Politische Theorie 21-22, 36, 166, 169, 194-195, 198
- Politisierung 167, 172, 179, 197, 212-213, 218, 229, 244, 275, 280, 294
- Präjudiz → siehe auch *stare decisis* 96, 99, 149, 155-161, 215, 253, 257, 258, 293
- Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit 270
- Prinzipien → siehe auch Demokratie, Prinzip → siehe auch *good faith* → siehe auch Kollegium → siehe auch Komplementaritätsprinzip → siehe auch Konsens → siehe auch Menschenrechte → siehe auch Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit → siehe auch Rechtsstaatlichkeit → siehe auch Repräsentation → siehe auch Solidarität → siehe auch Souveränität → siehe auch Subsidiarität 61, 99, 159, 168, 173, 175, 182, 193, 195, 203, 222, 235, 259, 262
- ratio* 150, 156
- ratio decidendi* 143
- Recht, positives 12, 35, 51, 59, 74-75, 167-168, 181, 186, 188, 194-195, 196-197, 199, 208, 261, 286, 289
- Rechtserzeugung → siehe Rechtschöpfung
- Rechtsdurchsetzung 22, 26-27, 44, 95
- Rechtsentwicklung → siehe Rechtsfortbildung
- Rechtschöpfung 17, 18, 23-25, 35-36, 74, 76, 98, 124, 136-150, 154, 156, 160-161, 162-165, 169-170, 171, 199, 256, 265-267, 275, 281, 283, 293

- Rechtsetzung 23, 137, 139, 146-150, 162-165, 167-168, 183-184, 281, 294
- Rechtsfortbildung 12, 25, 35, 57, 63-64, 72-73, 74, 75, 76, 83, 92, 94, 103, 110, 125, 139, 141, 143, 147, 148-149, 167-168, 169, 171, 238-239, 241, 243, 264-267, 281, 282, 283
- Rechtserkenntnis 12, 137, 139
- Rechtserkenntnisquellen 156-157
- Rechtsprechung, Begriff 16-17
- Rechtsquellen 35, 73, 156-157, 195, 254
- allgemeine Rechtsgrundsätze 73, 89, 156, 158, 260, 274, 276
  - Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut 16, 54, 73, 89, 156, 158, 164-165, 276
  - *soft law* 130, 165, 209, 275, 294-295
  - Völkergewohnheitsrecht 23, 73, 82, 84, 89, 126, 156, 276
  - Völkervertragsrecht 156, 165, 276
- Rechtsrealismus 139
- Rechtsstaatlichkeit 89, 113, 134, 150, 168, 184, 192, 201, 219, 265
- Regieren
- Begriff 283-284
  - globales Regieren → siehe Global Governance
- Regierung 32, 86, 93, 123, 130, 154-155, 166-167, 184, 200, 205, 217, 220-221, 224-225, 228, 231-233, 283, 288, 290
- Regime
- politische 40, 79, 88, 103, 165, 287
  - Rechtsregime 13, 21, 24, 26, 34, 37, 39, 52-61, 104, 105, 107-135, 169, 173, 185, 159, 199, 215, 226, 231, 246, 286
- Regimetheorie 128
- Repräsentation 33, 55, 85, 179-180, 186, 200, 203-210, 217, 219, 229, 231, 268, 275, 289
- Begriff 204
- Responsivität 186, 203, 211, 251, 267
- Richter 32-33, 34, 37, 48-49, 55, 62, 64, 72, 85, 88, 98, 104, 117, 119-120, 123, 126-127, 132, 147, 218-234, 238, 251, 252, 254-255, 268, 284, 285, 286, 287-288
- Ethos 47, 50, 74, 117, 220
  - Expertise 219, 225-226
  - Unabhängigkeit 16, 33, 37, 46, 81, 117, 219-224, 225-226, 235, 255, 268
  - Unparteilichkeit 16, 37, 219-224, 225, 268
  - Wahl 204, 209, 218-219, 222, 224-230, 231, 232, 233, 244, 286
- Richterliches Ermessen → siehe auch Kontrolldichte 146-147, 246, 254-255, 264-267
- Sanktion → siehe auch Zwangsmittel 22, 152, 187
- Schiedsgerichte, internationale → siehe auch Investitionsschutz → siehe auch Seerechtsübereinkommen → siehe auch Ständiger Schiedshof (PCA) 11, 37-38, 45-51, 69-72, 104, 107-108, 143, 144-145, 159, 195, 225, 237, 246-247, 275, 287
- Schriftsätze 59, 145, 237, 244, 247
- Seegrenzen 38, 39, 57, 285
- Seerecht → siehe auch Internationaler Seegerichtshof (ISGH) → siehe auch Internationale Meeresbodenbehörde 103



- Seerechtsübereinkommen (SRÜ) 104, 105, 106, 282
- Schiedsverfahren nach Annex VII SRÜ 104
- Selbstbestimmung 30, 152, 154, 173, 202
- Selbstbestimmungsrecht 58-59, 83, 288
- Selbstverteidigungsrecht 23, 82-83
- Semantische Macht 152-154, 159, 161
- Semantischer Pragmatismus 141
- Sicherheitsrat → siehe Vereinte Nationen, Sicherheitsrat
- Solidarität 109, 198
- Sondergerichtshof für Sierra Leone (SCSL) 221-222
- Souveränität 31, 46, 51, 58, 67, 78, 89, 97, 120, 129, 151, 164, 169, 271-272
- Soziologie 36, 213, 291, 294
- Sprachpragmatische Wende → siehe *linguistic turn*
- Staat → siehe auch Gericht, national → siehe auch Konsens der Staaten → siehe auch Nationalstaat → siehe auch Parlament, national → siehe auch Regierung → siehe auch Selbstverteidigungsrecht → siehe auch Souveränität → siehe auch Staatenverantwortlichkeit → siehe auch Staatsangehörigkeit → siehe auch Staatswille → siehe auch Weltstaat 15, 17, 20, 25-26, 31, 32, 33-34, 40, 41, 43-64, 65-77, 80, 83-84, 86-87, 89, 91, 93, 96, 102, 105, 107-110, 123, 124, 126-127, 128-129, 133, 134, 144, 147, 152, 159, 164, 170, 180, 195-196, 199, 200, 224, 227-229, 231, 282, 283, 284-285, 287-288, 290
- Staatenverantwortlichkeit 84, 104
- Staatsangehörigkeit 55, 64, 193, 226, 290-291
- Staatslehre 35-36
- Staatswille 12-13, 31, 50-51, 140
- Stabilisierung normativer Erwartungen 11-12, 18, 20-22, 65, 77-78, 83, 95, 112, 117, 122-123, 124-125, 134, 146, 157-158, 243, 251, 253, 264, 283
- Ständiger Internationaler Gerichtshof (StIGH) → siehe auch Einstweilige Anordnungen → siehe auch Friedenspalast → siehe auch Gutachten 19, 49-50, 52-53, 62, 72-74, 77, 97, 99, 109, 123, 170-171, 220, 269, 271
- Statut 73, 220, 240
- Ständiger Schiedshof (Permanent Court of Arbitration, PCA) → siehe auch Friedenspalast 20, 48-50, 54, 61-64, 71, 125, 159, 220, 287
- stare decisis* → siehe auch Präjudiz 145, 154, 157
- Stoizismus 67
- Strafgerichtsbarkeit, internationale → siehe auch Internationaler Strafgerichtshof (IStGH) → siehe auch Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) → siehe auch Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda (ICTR) → siehe auch Internationales Militärgericht (IMT) → siehe auch Sondergerichtshof für Sierra Leone (SCSL) 19, 22, 27, 96-103, 158
- Streit, politisch → siehe auch

- political question doctrine* 81, 82-83, 88, 280
- Streitbeilegung, Begriff 19-20
- Streitbeilegungspanel, WTO → siehe Panel
- Sutherland-Bericht 237
- Subsidiarität 133, 201-202, 272
- Systematisierung 36, 194
- Systembildung 35, 258-264
- Systemtheorie 128, 140, 157-158, 213, 244
- TBT-Ausschuss 277-278
- Theoriebildung 35-36, 128, 186, 188
- Transparenz 120, 132-134, 192, 203, 209-210, 217, 219, 224-225, 227, 229, 232-233, 234, 236-243, 251, 257, 280, 286, 295
- Umweltschutz 14, 106, 118, 121, 223, 263-264
- Unbestimmtheit 140, 147
- Universalismus 40, 41, 65, 67-68, 71, 75, 78, 84, 85, 101, 106, 111, 109, 174, 235
- Unmittelbare Anwendbarkeit 155, 269
- Unmittelbare Wirksamkeit 176-177, 284
- Urteilsbegründung 28, 49, 80-81, 117, 130, 137, 140-141, 143-145, 148-150, 156, 159, 204, 210-212, 239, 253, 254-267, 279, 282, 286
- Grenzen 264-267
- US Supreme Court (US SC) 14, 32, 147, 179, 218, 220, 255
- Utopie 139-140, 186, 198, 208, 295
- Venedig-Kommission 276-277
- Verantwortlichkeit → siehe *accountability*
- Vereinte Nationen (VN) → siehe auch Internationaler Gerichtshof (IGH) → siehe auch Verwaltungsgerichte internationaler Organisationen 19, 28, 53-54, 55, 112, 185, 289
- Generalsekretär 79-80, 230
- Generalversammlung 52, 55, 58, 61, 98, 100, 114, 123, 164, 184-185, 206-207, 230, 232-233, 279, 281, 286
- Satzung (SVN) 12, 19, 46, 53, 54, 55, 56, 102, 113, 153, 164
- Sicherheitsrat 19, 28, 38, 53, 55, 56, 98, 100, 102, 103, 153, 164, 182, 206, 230, 279, 285
- Verfahren → siehe auch
- Schriftsätze 16, 24, 37, 44, 52, 57, 59, 62-63, 70, 81, 87, 89, 102, 103, 104-105, 113-114, 115, 123, 124, 129-130, 147-148, 163, 180, 210-211, 212, 216, 234-254, 256, 265, 273, 281
- Intervention Dritter 57, 211, 243-251
- Parteifähigkeit 63, 244-245, 247
- Verhandlung, mündliche 236-240, 250
- Vertraulichkeit 126, 237, 240, 246
- Verfassung 25-26, 95, 106, 132-133, 149, 165, 168, 174-175, 177, 180-181, 189, 193, 201, 205, 207, 208, 210, 224, 232, 268-269, 276-277, 287, 288-289, 292
- Verfassungsgerichtsbarkeit → siehe auch Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 27, 28, 33, 37, 92, 95, 121, 154-155, 174, 176-183, 257, 271, 282, 283
- Verfassungslehre 35, 162
- Vergangenheitsaufarbeitung 27, 103

- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 26, 142
- Verhältnismäßigkeitsprüfung 90, 121, 274-275
- Vertrag → siehe auch  
 Rechtsquellen → siehe auch Europäische Union, Vertrag über die Europäische Union 37, 39, 45-46, 58, 63, 69, 76, 89, 92, 94-95, 97, 108, 113, 115-116, 124, 146, 156, 163, 165-167, 168-169, 173, 178, 181, 216, 219, 234-235, 263, 266
- Vertragsparteien 87, 88, 94-95, 101-102, 104, 116, 117, 119, 152-153, 164, 169-170, 178, 227, 228-230, 236, 245, 247, 253, 259, 262
  - Vorbehalte 54, 60-61, 78-79, 91-92, 176
- Verwaltungsgerichte internationaler Organisationen → siehe auch *Inspection Panel* 28, 108-109, 113-114, 183
- Verwaltungsgericht der Internationalen Arbeitsorganisation (ILOAT) 113-114
- Versailler Friedensvertrag 97
- Verwaltungsunion 107-108
- Volk → siehe auch Nation 18, 33, 58-59, 67, 109, 192, 194, 200, 205, 208, 230-231, 286, 288-289, 292
- Völkerbund → siehe auch  
 Ständiger Internationaler Gerichtshof (StIGH) 73-74, 77, 82, 97, 190-191, 220
- Satzung des 49, 53, 56
- Völkermord 60, 78, 79, 80, 98, 100
- Völkerrechtskommission (ILC) 25, 84, 128, 259, 261, 262, 279, 293
- voluntas* 150, 156
- Votum, individuelles und  
 dissentierendes 57, 59, 60, 61, 78, 83, 84, 85, 112, 147, 176, 221-222, 235, 242-243
- Wahlen → siehe auch Richter,  
 Wahl 14, 197, 203-210, 211, 216, 228, 277
- Weimarer Verfassung 289
- Weltbank → siehe auch *Inspection Panel* 109, 114-115, 116, 122, 123-124, 173, 225
- Welternährungs- und  
 Landwirtschaftsorganisation der Vereinten Nationen (FAO) 278
- Weltfrieden → siehe  
 Friedenssicherung
- Weltgemeinschaft → siehe  
 internationale Gemeinschaft
- Weltgesellschaft 11, 41, 207
- Weltgesundheitsorganisation (WHO) 278
- Welthandelsorganisation (WTO)  
 → siehe auch Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT) → siehe auch Appellate Body → siehe auch Panel → siehe auch TBT-Ausschuss 13, 14, 57, 143-145, 152, 157, 158, 160, 162-163, 171-173, 225-226, 241-242, 245-246, 248-249, 261-263
- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) 116
  - Dispute Settlement Body (DSB) 118-119, 143, 160, 226, 248-249
  - Dispute Settlement Understanding (DSU) 21, 37, 54, 118-120, 143-145, 152, 157, 160,

- 163, 226, 234, 237-238, 241, 242, 245-246, 248-249, 253
- General Agreement on Trade in Services (GATS) 120
- Sekretariat 37, 129, 226
- Streitbeilegung 21, 26, 37, 107, 115-122, 160, 163, 168, 176, 195, 226, 237-238, 281, 289
- Übereinkommen 13, 26, 37, 54, 115, 118, 120, 162-163, 226
- Zwischenbericht (*interim report*) 241-242
- Weltkriege 49, 53, 77, 86, 97-98, 115, 171, 205
- Weltstaat 75, 201, 289
- Werte 42-43, 65, 66-67, 71, 74, 78, 85, 101, 103, 106, 107, 110-111, 131-132, 217, 231, 235
- Wiener Kongress 68
- Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) 149, 165, 169, 178, 231, 259, 261, 262
- Wissenschaftlichkeit 35, 40-41
- World Court* → siehe Internationaler Gerichtshof (IGH)
- Zivilgesellschaft → siehe Akteure, zivilgesellschaftliche
- Zwangsmittel → siehe auch Sanktion 29, 151, 154-155



((eBook epub))

*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 1. 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](http://www.suhrkamp.de)

((eBook pdf))

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 1. 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 978-3-518-73408-7  
[www.suhrkamp.de](http://www.suhrkamp.de)