

Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung

Armin von Bogdandy/Ingo Venzke***

I.	Problemaufriss	2
II.	Internationale Gerichtsbarkeit als Kernforderung progressiver Völkerrechtspolitik	6
III.	Rechtfertigungsprobleme	11
	1. Erkenntnis und Entscheidung	11
	2. Die Ausübung öffentlicher Gewalt	16
	3. Judikative ohne funktionstüchtige Legislative	20
	a) Entkoppelung von Recht und Politik	20
	b) Das konstitutionalistische Argument	22
	c) Fragmentierung als Demokratieproblem	25
IV.	Ansätze für Strategien des Umgangs	26
	1. Legitimation durch Verfahren und Politisierung	26
	a) Die Unhintergebarkeit der demokratischen Frage	26
	b) Das Verfahren	28
	aa) Öffentlichkeit und Transparenz	29
	bb) Die Intervention Dritter	31
	cc) <i>Amicus Curiae</i>	32
	c) Politisierung	34
	2. Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Wahl internationaler Richter	37
	a) Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	37
	b) Wahl und demokratisches Forum	40
	c) Überstaatlicher Parlamentarismus	41
	3. Systematische Interpretation als demokratische Strategie?	43
V.	Die entlastende Rolle verfassungsrechtlicher Organe	47
VI.	In wessen Namen also?	48

* Prof. Dr. iur., Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; Präsident des OECD Kernenergiegerichts, Paris.

** LL.M. (London), wiss. Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

Vortrag auf der Tagung "Auslaufmodell Demokratie? Probleme und Möglichkeiten demokratischer Selbstbestimmung in der postnationalen Konstellation" in Zürich, 28.5.2009. *Jürgen Habermas* zum 80. Geburtstag gewidmet. Wir danken *Eyal Benvenisti, Rudolf Bernhardt, Jochen von Bernstorff, Sabino Cassese, Jochen Abr. Frowein, Stephan Schill, Bruno Simma* und *Rüdiger Wolfrum* für wertvolle Hinweise und Kritik.

Abstract

Die Einrichtung neuer und eine verstärkte Spruchfähigkeit bestehender internationaler Streitbeilegungsorgane ist eine der markantesten Entwicklungen im Völkerrecht der letzten zwei Jahrzehnte. Diese Zunahme ist mit einem qualitativen Wandel einhergegangen: Internationale Gerichte legen nicht nur im Einzelfall Streit bei, sondern arbeiten zunehmend strategisch an der Weiterentwicklung des Rechts. Daher bedürfen sie einer eigenständigen Rechtfertigung gerade auch in demokratischer Hinsicht. Der Beitrag führt internationale Gerichte zunächst als Kernforderung progressiver Völkerrechtspolitik ein und erinnert ihre dominante Rechtfertigungsidee als Einrichtungen der Friedenssicherung. Der zweite Schritt entwickelt das Verständnis richterlicher Entscheidung als Ausübung öffentlicher Gewalt und entfaltet die Probleme ihrer Rechtfertigung. Die besondere Problematik der internationalen Gerichtsbarkeit entspringt daraus, dass ihr Handeln nicht in den Kontext einer funktionstüchtigen Legislative eingebettet ist und sich das Recht so von der Politik, dem wichtigsten Mechanismus demokratischer Legitimation, abkoppelt. Dies ist ein Problem, dem nicht durch eine konstitutionalistische Deutung der internationalen Gerichtsbarkeit begegnet werden kann und das sich zudem in Prozessen der sektoriellen Ausdifferenzierung erhärtet. Der dritte Schritt skizziert Strategien des Umgangs mit den Problemen. Auf Rechtfertigungsprobleme einer Entscheidung antwortet gemeinhin das Verfahren, auf die Ausübung öffentlicher Gewalt die Wahl, und der Fragmentierung könnten die systematische Interpretation sowie ein Dialog der Gerichte begegnen. Dem verbleibenden Eindruck, dass die internationalen Gerichte nicht immer allein an sie gestellten Legitimationsanforderungen genügen können, begegnen verfassungsrechtliche Organe, indem sie über die Wirkungen internationaler Entscheidungen im internen Rechtsraum entscheiden. Die Untersuchung zeigt schließlich, dass der normative Fluchtpunkt der Fortentwicklung der internationalen Gerichtsbarkeit die Idee des Weltbürgers sein sollte.

I. Problemaufriss

In vielen Darstellungen posiert der Machthaber als Richter, das Urteil des Gerichts ist Inbegriff von Herrschaftsausübung.¹ Wie kann heute solche Richtermacht gerechtfertigt werden? Deutsche Gerichte entscheiden "Im Namen des Volkes" und nehmen so, an buchstäblich erster Stelle des Ur-

¹ G. W. F. Hegel, *Philosophie des Rechts*, 1970, § 219; J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, 241; N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, 321.

teils, die Autorität des demokratischen Souveräns in Anspruch.² Internationale Gerichte³ geben hingegen nicht kund, in wessen Namen sie entscheiden. Diese Leerstelle formt unsere Leitfrage: Wie verhält sich die Herrschaft internationaler Gerichte zum demokratischen Prinzip?

Internationale Gerichte sind Teil institutioneller Lösungsansätze im Umgang mit drängenden Problemen der Weltgesellschaft. Sie sollen helfen, gemeinsame Ziele effektiv zu verfolgen und Kooperationsprobleme auf internationaler Ebene zu überwinden. Wie wenige andere Institutionen dienen sie dem Versprechen des Völkerrechts, zur Gerechtigkeit in der Weltgesellschaft beizutragen. Jede neue Institution birgt jedoch neue Probleme, wobei wir die demokratische Problematik verfolgen wollen. Im Mantel der Rechtserkenntnis sind internationale Gerichte zu Akteuren erstarkt, deren Tätigkeit als Ausübung internationaler öffentlicher Gewalt qualifiziert werden kann. Viele haben zudem ihre traditionelle Rolle als bloße Streitschlichter weit hinter sich gelassen und arbeiten in einigen wichtigen Bereichen strategisch am Ausbau des Völkerrechts. Darin liegt eine der signifikantesten völkerrechtlichen Entwicklungen der letzten zwei Jahrzehnte.⁴ Viele internationale Gerichte sind, wie *Yuval Shany* treffend festhält, “no longer a weak department of power”.⁵

Die Spruchfähigkeit internationaler Gerichte hat bisweilen gar drastische Konsequenzen für die Möglichkeit demokratischer Selbstbestimmung, wie

² Siehe etwa § 25(4) BVerfGG. Zur Formel näher *J. Limbach*, Im Namen des Volkes, 2006, 108-113.

³ Unsere Fragestellung legt es nahe, einen weiten Begriff von *Gericht* zu Grunde zu legen. Er umfasst die Schiedsgerichtsbarkeit sowie gerichtsförmig operierende Institutionen wie Berufungsgremium (Appellate Body) und Ausschüsse (Panels) der WTO, selbst wenn sie formal keine Entscheidung treffen, Art. IV (3) WTO; Art. 16, 17 DSU, so auch das Project on International Courts and Tribunals, <http://www.pict-pecti.org>; *C. Romano*, The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle, *NYU Journal of International Law & Politics* 31 (1999), 709. Enger hingegen *C. Tomuschat*, International Courts and Tribunals, in: R. Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Rn. 1. Näher betrachtet handelt es sich um höchst unterschiedliche Einrichtungen.

⁴ *T. Treves*, Judicial Lawmaking in an Era of “Proliferation” of International Courts and Tribunals: Development or Fragmentation of International Law?, in: R. Wolfrum/V. Röben, *Developments of International Law in Treaty Making*, 2005, 587; *K. Oellers-Frahm*, Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction: Problems and Possible Solutions, *Max Planck UNYB* 5 (2001), 67; *C. Romano* (Anm. 3). *F. Salerno*, Corte internazionale di giustizia e giurisdizione penale internazionale, in: G. Venturini/S. Bariatti, *Liber Fausto Pocar, Diritti individuali e giustizia internazionale*, 2009, 823. Aus der politikwissenschaftlichen Forschung *B. Zangl*, Das Entstehen internationaler Rechtsstaatlichkeit?, in: S. Leibfried/M. Zürn, *Transformationen des Staates?*, 2006, 123; *K. Alter*, Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation, *Law & Contemp. Probs.* 98 (2008), 37.

⁵ *Y. Shany*, No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary, *EJIL* 20 (2009), 73.

das Beispiel aus der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zeigt. Der internationale Investitionsschutz beruht auf bilateralen Abkommen (Bilateral Investment Treaties, BITs), deren vage Pflichten von Schiedsgerichten nicht nur im Einzelfall angewandt, sondern zudem rechtsschöpferisch ausgearbeitet werden.⁶ Dies ist Programm: Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) geht auf den damaligen General Council der Weltbank *Aron Broches* zurück, der angesichts gescheiterter internationaler Verhandlungen über das anzuwendende materielle Recht die programmatische Formel "procedure before substance" avancierte.⁷ Die "substance" werde in der Praxis der Rechtsanwendung schon folgen. Und das tat sie auch: als Richterrecht zutiefst geprägt durch die Perspektive des Investitionsschutzregimes. So bekam Argentinien im Zuge der Wirtschaftskrise zu spüren, wie eng der Handlungsspielraum zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung geworden ist, ohne Gefahr zu laufen, signifikante Schadensersatzzahlungen an ausländische Investoren zahlen zu müssen.⁸ Deutschland könnte die Senatswahl der Stadt Hamburg bald 1,4 Milliarden Euro kosten. Diese Summe verlangt der klagende schwedische Energiekonzern Vattenfall als Schadensersatz dafür, dass die neue Regierung in Umsetzung eines Wahlversprechens höhere ökologische Schutzmaßnahmen für ein geplantes Kraftwerk entgegen vorausgegangener Zusagen ausgesprochen hat.⁹ Die hanseatische Demokratie hat nunmehr einen Preis.

Wohlgemerkt, unsere Überlegungen zielen nicht darauf ab, internationale Gerichte als illegitim, vielleicht gar als illegal zu brandmarken.¹⁰ Dies lässt schon die Abstraktionshöhe dieses Beitrags nicht zu, der höchst unterschiedliche Institutionen gesamthaft in den Blick nimmt. Gleichwohl sind wir der Auffassung, dass internationale Gerichte sich weder stets funktional als Institutionen der Verfolgung gemeinschaftlicher Interessen hinreichend legitimieren, noch ausreichend Legitimation daraus beziehen, dass man sie als Teil einer Legitimationsstrategie für öffentliche Gewalt anderer Institu-

⁶ S. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009, 261-268, 332-338.

⁷ R. Dolzer/C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008, 18.

⁸ Zur Rechtsprechung, S. 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*, *J. Int'l Arb.* 24 (2007), 265 (286); M. Hirsch, *Conflicting Obligations in International Investment Law: Investment Tribunals' Perspective*, in: T. Broude/Y. Shany, *The Shifting Allocation of Authority in International Law*, 2008, 323 (344).

⁹ *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6.

¹⁰ So mit Blick auf den EuGH *D. Murswiek*, *Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung*, *NVwZ* (2009), 481 (484).

tionen, seien es Staaten oder internationale Bürokratien, betrachtet.¹¹ Als Hoheitsträger bedürfen sie, so unsere Kernüberzeugung, einer eigenständigen, demokratietheoretisch abgesicherten Rechtfertigung. Zugespitzt formuliert *Martti Koskeniemi*: “It is high time that ‘international adjudication’ were made the object of critical analysis instead of religious faith.”¹²

Dieser Beitrag will die Ausübung öffentlicher Gewalt durch internationale Gerichte begrifflich fassen, auf ihre demokratische Rechtfertigung befragen und Verbesserungsstrategien ausloten. Dies verlangt theoretisches Rüstzeug. Wir nutzen dazu *Habermas’* Diskurstheorie als eines der großen Theorieangebote unserer Zeit, was allerdings zu zusätzlichen Fragen führt. Bemerkenswert ist zunächst, dass *Habermas’* völkerrechtstheoretische Schriften zur internationalen Gerichtsbarkeit wenig sagen. Dies ist aufgrund der Entwicklung gerichtlicher Institutionen über die letzten zwei Jahrzehnte verwunderlich. Denn zahlreiche Autoren deuten dies als “entgegenkommende Tendenz” für das Projekt einer Weltinnenpolitik und Konstitutionalisierung, das *Habermas* nachdrücklich verfolgt.¹³ Die geringe Aufmerksamkeit ist weiter erstaunlich, stellt man seine Schriften in den Zusammenhang *Kantianischen* Denkens: *Hans Kelsen*, der wichtigste Völkerrechtler *Kantianischer* Inspiration im 20. Jahrhundert, hat sein Projekt einer internationalen Friedensordnung um einen starken internationalen Gerichtshof gebaut.¹⁴ *Jürgen Habermas* setzt hingegen auf eine Weiterentwicklung der politischen Organe der Vereinten Nationen.¹⁵ Nicht zuletzt erstaunt die Leerstelle in *Habermas’* völkerrechtstheoretischen Schriften, weil er mit *Faktizität und Geltung* gezeigt hat, wie Gerichte als Institutionen der Demokratie verstanden werden können.

Unser erster Schritt rekonstruiert die progressive Forderung nach einer internationalen obligatorischen Gerichtsbarkeit, aus der sich das vorherrschende Verständnis, das wir hinterfragen, speist (II.). Der zweite Schritt entwickelt die wichtigsten Rechtfertigungsprobleme internationaler Spruch-

¹¹ So *S. Cassese*, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, 2009, 103.

¹² *M. Koskeniemi*, *The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference*, in: *Y. Daudet*, *Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference*, 2008, 127 (152).

¹³ Zum innovativen Gehalt des *Habermas’schen* Ansatzes vergleichend *A. v. Bogdandy/S. Dellavalle*, *Universalism Renewed: Habermas’ Theory of International Order in Light of Competing Paradigms*, *German Law Journal* 10 (2009), 5.

¹⁴ *H. Kelsen*, *Peace through Law*, 1944, 13; *H. Kelsen*, *International Peace – By Court or Government?*, *The American Journal of Sociology* 46 (1941), 571.

¹⁵ *J. Habermas*, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft*, in: *W. Brugger/U. Neumann/S. Kirste*, *Rechtspilosophie im 21. Jahrhundert*, 2008, 360, (368, 376); *J. Habermas*, *Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft*, *Kritische Justiz* 38 (2005), 222.

tätigkeit im Lichte des demokratischen Prinzips. Dabei heben wir die recht-schöpferische Dimension der richterlichen Entscheidung hervor (III. 1.) und konzipieren sie als Ausübung öffentlicher Gewalt (III. 2.). Die erstar-kende Gerichtsbarkeit entzieht das Recht dem Zugriff politisch-legislativer Gremien, der wichtigsten Quelle demokratischer Legitimation (III. 3. a)). Diese Entkopplung von Recht und Politik kann nicht mit einem konstituti-onalistischen Argument gerechtfertigt werden (III. 3. b)). Schließlich zeigen wir, dass in einer gerichtlich vorangetriebenen Fragmentierung des Völker-rechts ein zusätzliches Legitimationsproblem auftaucht (III. 3. c)). Der drit-te Schritt widmet sich Strategien, die der demokratischen Problematik be-gegen könnten. Auf Rechtfertigungsprobleme einer Entscheidung antwor-tet gemeinhin das Verfahren (IV. 1.), auf die Ausübung öffentlicher Gewalt die Wahl (IV. 2.), und der Fragmentierung könnten die systematische Inter-pretation sowie ein Dialog der Gerichte begegnen (IV. 3.). Dem verbleiben-den Eindruck, dass die internationalen Gerichte nicht immer allein an sie gestellte Legitimationsanforderungen genügen können, begegnen verfas-sungsrechtliche Organe: Sie entlasten die internationale Ebene, indem sie über die Wirkungen internationaler Entscheidungen im internen Rechts-raum entscheiden (V). Unsere Kritik zeigt, dass der normative Fluchtpunkt der Fortentwicklung der internationalen Gerichtsbarkeit die Idee des Welt-bürgers sein sollte (VI.).

II. Internationale Gerichtsbarkeit als Kernforderung progressiver Völkerrechtspolitik

Die Schaffung einer starken internationalen Gerichtsbarkeit bildete schon im 19. Jahrhundert eine Kernforderung der diversen Friedensbewegungen.¹⁶ Auch viele progressive Völkerrechtler verfolgten dieses Ziel. Das 1873 in Gent gegründete Institut de Droit International versuchte von Beginn an, die Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit voranzutreiben, und verfasste den Entwurf eines Verfahrens für eine internationale Schiedsgerichtsbarkeit.¹⁷ Die im selben Jahr gegründete International Law Association nahm sich gleichfalls der Schiedsgerichtsbarkeit an und verabschiedete auf ihrer ersten Zusammenkunft eine Resolution, die ihre Auffassung bekräftigte, die

¹⁶ *H. Webberg*, Die internationale Friedensbewegung, Staatsbürgerbibliothek 22 (1911); *H. Lammasch*, Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange, in: F. Stier-Somle, Handbuch des Völkerrechts, Bd. 5, 1914, 36.

¹⁷ "Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale", Session de La Haye, 1875, http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1875_haye_01_fr.pdf.

Schiedsgerichtsbarkeit sei “le moyen essentiellement juste, raisonnable, et même obligatoire, pour les nations, de terminer les différends internationaux”.¹⁸ Die 1889 geschaffene Interparlamentarische Versammlung verschrieb sich ebenso dem Ziel der friedlichen Streitbeilegung und formulierte einen “Entwurf für die Organisation eines internationalen Schiedsgerichtshofes”, der auf der ersten Haager Friedenskonferenz 1899 als Diskursgrundlage herangezogen wurde.¹⁹ Die Entwicklung der internationalen Gerichtsbarkeit zu Beginn des 20. Jahrhunderts ist ohne die Impulse der Friedensbewegung und dem rechtspolitischen Engagement prominenter Völkerrechtler nicht zu begreifen.

1898 überraschte der russische Zar Nikolaus II mit seiner Einladung, auf einer internationalen Konferenz mit dem Ziel zusammenzukommen, den “großen Gedanken des Weltfriedens triumphieren zu lassen über alle Elemente des Unfriedens und der Zwietracht.”²⁰ Im Mittelpunkt sollte die Abrüstung stehen, doch in der Vorbereitung verlagerte sich der Akzent zunehmend auf die internationale Gerichtsbarkeit. Das Ziel der Abrüstung könne nur in einer Welt verfolgt werden, in der Staaten im Falle der Zwietracht nicht zum Krieg, sondern zu Gericht schritten. Diesen Weg zu errichten, wurde zum zentralen Gegenstand der ersten Haager Friedenskonferenz 1899. Ungeachtet des in dieser Hinsicht mageren Ergebnisses gilt die Konferenz als Meilenstein auf dem Weg hin zur Etablierung einer ständigen internationalen Gerichtsbarkeit.²¹

Weiter vorangetrieben wurde das Projekt maßgeblich von US-amerikanischer Seite. *Theodore Roosevelt* und seine beiden Außenminister *John Hay* und *Elihu Root* waren starke Befürworter der gerichtlichen Streitbeilegung. In einigen Bereichen konnte die zweite Haager Friedenskonferenz 1907 über den Stand von 1899 hinausgehen, nicht jedoch mit Blick auf die Errichtung eines ständigen Gerichtshofes. Zu groß waren die Divergenzen in den Ordnungsvorstellungen. Ein zentraler Streitpunkt betraf die Unabhängigkeit des Gerichts und die Ernennung der Richter. Insbesondere europäische Großmächte, welche die Streitbeilegung im Wesentlichen der Politik vorbehalten wollten, verlangten auch in gerichtsförmigen Verfahren politischen Einfluss.²² In diesem Sinn vertrat *Friedrich von Mar-*

¹⁸ Zitiert in *C. Denfeld/H. Webberg*, Die Organisation der Staatengemeinschaft, 2008, 115.

¹⁹ *A. Fried*, Handbuch der Friedensbewegung, 1905, 262; *R. Anand*, International Courts and Contemporary Conflicts, 1974, 27.

²⁰ Zitiert nach *A. Fried* (Anm. 19), 163.

²¹ *D. D. Caron*, War and International Adjudication: Reflections on the 1899 Peace Conference, *AJIL* 94 (2000), 4; *R. Anand* (Anm. 19), 33.

²² *P. Zorn*, Die beiden Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907, in: *F. Stier-Somlo*, Handbuch des Völkerrechts, 1914; *C. Brower II*, The Functions and Limits of Arbitration and

tens, damals viel gefragter Schiedsrichter und russischer Delegierter, dass es bei der Schiedsgerichtsbarkeit allein um die "Aus-der-Weltschaffung von Streitigkeiten" gehe und es dabei auf die rechtliche Begründung nicht besonders ankomme.²³ *Elihu Root* hingegen setzte auf die Logik des Rechts und vertrat in Analogie zum US-amerikanischen Supreme Court die Ansicht, dass nur unabhängige und ständige Richter das Vertrauen der Parteien in eine unparteiliche juristische Bearbeitung ihres Konflikts gewinnen könnten: "What we need for the future development of arbitration is the substitution of judicial action for diplomatic action, the substitution of judicial sense of responsibility for diplomatic sense of responsibility."²⁴

Wenngleich das Projekt einer ständigen internationalen Gerichtsbarkeit am Dissens der Staatenvertreter zunächst erneut scheiterte, begriffen viele Völkerrechtler die Haager Friedenskonferenzen als Bestätigung ihrer Forderung nach einer Verrechtlichung der internationalen Beziehungen und gingen entsprechend voran.²⁵ In Deutschland formulierte *Hans Wehberg* 1912 eine bemerkenswerte Kritik der Schiedsgerichtsbarkeit. Um der Behauptung einer Rechtsverletzung als Kriegsbegründung den Boden zu entziehen, sei es unbedingt notwendig, die materielle Völkerrechtsordnung durch einen Ständigen Gerichtshof abzusichern. Urteile von Schiedsgerichten seien dazu ungeeignet. Erforderlich seien die Genauigkeit des Rechts und das juristisch begründete Urteil.²⁶ Für *Wehberg* lautet die Losung zum Weltfrieden: "Mehr Fortbildung des Völkerrechts durch internationale Entscheidungen!"²⁷ Hier taucht die Idee richterlicher Rechtserzeugung in der bis heute wohl dominierenden Legitimationsvorstellung auf: Sie steht und legitimiert sich im Dienste des Friedens.

Der große Schritt zum Gericht gelang nach dem 1. Weltkrieg. 1920 einigten sich die Staaten im neuen organisatorischen Rahmen des Völkerbundes auf die Errichtung des Ständigen Internationalen Gerichtshofes (StIGH), der von vielen als epochale Errungenschaft begrüßt wurde.²⁸ *James Brown*

Judicial Settlement Under Private and Public International Law, *Duke J. Comp. & Int'l L.* 18 (2008), 259.

²³ *H. Wehberg*, Friedrich von Martens und die Haager Friedenskonferenzen, *Zeitschrift für internationales Recht* 20 (1910), 343.

²⁴ Zitiert in *H. Wehberg*, Das Problem eines internationalen Staatengerichtshofes, 1912, 55.

²⁵ Siehe etwa *W. Schücking*, Das Werk vom Haag, 1912. Für seine Ordnungskonzeption siehe *W. Schücking*, Die Organisation der Welt, in: *W. v. Calker*, Staatsrechtliche Abhandlungen, FS P. Laband, 1908, 533. Vgl. *F. Bodendiek*, Walther Schückings Konzeption der internationalen Ordnung, Dogmatische Strukturen und ideengeschichtliche Bedeutung, 2001.

²⁶ *H. Wehberg* (Anm. 24), 8-9.

²⁷ *H. Wehberg* (Anm. 24), 11.

²⁸ *O. Spiermann*, International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice. The Rise of the International Judiciary, 2005, 14.

Scott formulierte im *American Journal of International Law*: “We should ... fall upon our knees and thank God that the hope of ages is in process of realization”.²⁹ *Nicolas Politis* begrüßte die Errichtung des Gerichtshofs als “l'avènement d'une ère nouvelle dans la civilisation mondiale.”³⁰

Herausragende Völkerrechtswissenschaftler auf beiden Seiten des Atlantiks projizierten ihre Hoffnungen auf das junge Gericht und flankierten dessen Arbeit mit theoretischen, dogmatischen und rechtspolitischen Abhandlungen. Neben *James Brown Scott* gelang *Manley O. Hudson* ein viel beachteter Entwurf für eine internationale Friedensordnung, mit einer starken Gerichtsbarkeit in ihrer Mitte. Die völkerrechtspolitischen Empfehlungen seines programmatischen Aufsatzes *The Permanent Court of International Justice – An Indispensable First Step* (1923)³¹ sind in seiner Monographie *Progress in International Organization* (1932) konzeptionell eingerahmt und theoretisch untermauert worden. Laut *Hudson* kann kein Rechtssystem in seiner Entwicklung allein von der Rechtschöpfung durch politische Organe abhängen. Im Völkerrecht müssten internationale Gerichte deswegen in ihrer stetigen Rechtsanwendung zur Weiterbildung des Rechts beitragen.³² Schon 1934 konnte *Hersch Lauterpacht* auf ausreichend Fallrecht zurückblicken, um die legislative Seite der Gerichtspraxis hervorzuheben. Richterliche Rechtschöpfung sei ein unausweichliches Charakteristikum jeder rechtlich verfassten Gesellschaft, auch der internationalen.³³ Diese Auffassung war keineswegs, wie *Hans Wehberg* zeigt, auf den Rechtskreis des common law beschränkt.³⁴

Dabei divergierten die Ansätze durchaus mit Blick auf die institutionelle und konzeptionelle Einbettung dieser richterlichen Rolle. Das Projekt der internationalen Gerichtsbarkeit einiger sah keineswegs eine internationale Legislative oder gar eine Weltstaatlichkeit, oder Surrogate derselben, vor.³⁵ Für *Hudson* und andere hingegen war die Zentralisierung der Gerichtsbarkeit auf internationaler Ebene lediglich ein erster Schritt hin zu einer politischen Ordnung, in der es schließlich auch eine zentralisierte Legislative ge-

²⁹ ‘Editorial Comment’, *AJIL* 15 (1921), 55; eindringlich hierzu *M. Koskenniemi* (Anm. 12), 127.

³⁰ *N. Politis*, *La justice internationale*, 1924, 182.

³¹ 108 *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 188.

³² *M. O. Hudson*, *Progress in International Organization*, 1931 [1932], 80.

³³ *H. Lauterpacht*, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, 1934, Kap. III.

³⁴ Siehe etwa, *N. Politis* (Anm. 30), 178-183.

³⁵ *M. Koskenniemi* (Anm. 12), 14-15.

ben würde. Als theoretische Fundierung diene, insbesondere in Deutschland, *Immanuel Kants* jüngst entstaubte Schrift "Zum ewigen Frieden".³⁶

Wenig später war es *Hans Kelsen*, der das *Kantianische* Friedensprojekt mit seiner einzigartigen Scharfsinnigkeit und Konstruktionskraft fortentwickelte. Zur Friedenssicherung durch das Völkerrecht mit einer umfassenden obligatorischen Gerichtsbarkeit sah er keine Alternative.³⁷ Laut *Kelsen* besteht die Evolution des Rechts in einem ständigen Prozess der Zentralisierung der Staatsgewalten und der institutionellen Ausdifferenzierung der Rechtschöpfung und Rechtsanwendung. Es sei der allgemeine Gang der Dinge, dass sich die Rechtsanwendung zuerst zentralisiere und die Judikative der Legislative vorausseile. Eine Rechtsgemeinschaft, die eine Verwaltung und Gerichte besitze, sei ein Staat, ein zentrales Organ der Legislative sei hierfür keine essentielle Voraussetzung.³⁸ Für einen nachhaltigen internationalen Frieden müssten die Staaten sich verpflichten, ihre Streitigkeiten der Zuständigkeit eines ständigen internationalen Gerichts zu unterwerfen.³⁹ *Kelsen* forcierte dieses Argument rückblickend auf den schmachvollen Untergang des Völkerbundes, im Anblick des Zweiten Weltkrieges und vorausschauend auf die Gestaltung der Nachkriegsordnung.⁴⁰ Der wesentliche Fehler in der Konstruktion des Völkerbundes sei es gewesen, den Rat und nicht den Ständigen Gerichtshof als das zentrale Organ zu bestimmen. Jede Entscheidung musste im Rat mit Einstimmigkeit getroffen werden, und kein Mitglied konnte so gegen dessen Willen gebunden werden. Allein in internationalen Gerichten sei dieses Prinzip der Einstimmigkeit in der Entscheidungsfindung nicht vorgeschrieben. Der Weg zu einer internationalen Friedensordnung kann daher, so *Kelsen*, allein über eine umfassende obligatorische Gerichtsbarkeit führen.⁴¹

Während *Habermas* auf internationale politische Organe bei der Fortentwicklung des Völkerrechts setzt, betont *Kelsen*, dass die Abwesenheit eines internationalen Gesetzgebers kein stichhaltiger Einwand gegen eine

³⁶ *F. Bodendiek* (Anm. 25), 117, 179. Für die Friedensbewegung, ohne Bezug zu *Kant* doch ganz in dessen Duktus, siehe *A. Fried* (Anm. 19), 20-22. *H. Lammasch* (Anm. 16), 37, nennt Bezugnahmen auf das Projekt *Kants* jedoch "bloße Dekoration".

³⁷ *J. v. Bernstorff*, Der Glaube an das universale Recht, Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler, 2001, 169; *D. Zolo*, Hans Kelsen: International Peace through International Law, *EJIL* 9 (1998), 306.

³⁸ *H. Kelsen*, Law and Peace in International Relations, 1942, 146; dazu *C. Jabloner*, Verrechtlichung und Rechtsdynamik, *ZÖR* 54 (1999), 261.

³⁹ *H. Kelsen* (Anm. 38), 150.

⁴⁰ Mit Blick auf die Ordnung nach dem Zweiten Weltkrieg siehe auch *H. Wehberg*, Die Organisation der Staatengemeinschaft nach dem Kriege – Das Problem einer wahren Repräsentation der Völker, *Die Friedenswarte* 44 (1944), 49.

⁴¹ *H. Kelsen*, International Peace, (Anm. 14).

Gerichtbarkeit sei. Auch das interne Recht habe sich schließlich, genau wie das derzeitige Völkerrecht, durch Übereinkunft und Gewohnheit und ohne zentralisierte Legislative entwickelt, und Gewohnheit sei zumeist selbst Produkt der Gerichtspraxis.⁴² Sobald es eine zentrale und universal zuständige Gerichtsbarkeit gebe, würde sie selbst positives Recht in der konkreten Anwendung ständig weiterentwickeln und graduell aktuellen Notwendigkeiten anpassen. Es sei hierbei unentbehrlich und gar zu begrüßen, dass sich Richter in ihrer Rechtschöpfung von Erwägungen der Gerechtigkeit und Billigkeit leiten ließen.⁴³ Sollte das *Kantianische* Projekt also die seit 1990 anwachsenden überstaatlichen gerichtlichen Entscheidungen als entgegenkommende Tendenz begrüßen? Oder stützt sich der distanzierte Umgang mit internationalen Gerichten, wie er sich bei *Habermas* zeigt, auf die besseren Gründe? Dies hängt maßgeblich an ihrer Rechtfertigung, insbesondere unter dem demokratischen Prinzip.

III. Rechtfertigungsprobleme

1. Erkenntnis und Entscheidung

Entgegen jede Notwendigkeit der Rechtfertigung könnte angeführt werden, das Wesen eines richtigen Urteils sei das einer Erkenntnis. Die Waage der Justitia erscheint unter diesem Verständnis als ein technisches Instrument, und die Urteilsbegründung als Demonstration der Richtigkeit der Erkenntnis. Zwar wird kaum noch ein traditionelles kognitivistisches Konzept vertreten, wie es *Montesquieu* berühmter Formel von der “bouche de la loi” zugeschrieben wird.⁴⁴ Weiterhin verbreitet ist aber ein Verständnis, wonach sich das Gebotene neben der maßgeblichen Bestimmung aus dem Ganzen eines völkerrechtlichen Vertrags, seiner Einbettung in das allgemeine Völkerrecht, der Sachlogik des Falls sowie der Eigenlogik des rechtlichen Diskurses erschließt.⁴⁵ *Max Weber* formuliert: “[D]ie Jurisprudenz (...)

⁴² *H. Kelsen* (Anm. 38), 161.

⁴³ *H. Kelsen* (Anm. 38), 161, *H. Kelsen*, Compulsory Adjudication of International Disputes, *AJIL* 37 (1943), 397 (406).

⁴⁴ Siehe *J. Lege*, Was Juristen wirklich tun, *Jurisprudential Realism*, in: W. Brugger/U. Neumann/S. Kirste (Anm. 17), 207 (216); *R. Christensen/H. Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, 26.

⁴⁵ *J. Lege* (Anm. 44), 222. In der Rechtstheorie *Ronald Dworkins* kommt dem idealisierten Richter *Herkules* die Fähigkeit zu, aus einer Gesamtschau der Rechtspraxis im konkreten Fall eine richtige Entscheidung abzuleiten, *R. Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984.

stellt fest, was, nach den Regeln des teils zwingend logisch, teils durch konventionell gegebene Schemata gebundenen juristischen Denkens gilt".⁴⁶ Dem entspricht die Selbstdarstellung vieler Gerichte.⁴⁷

Ein primär kognitivistisches Verständnis der gerichtlichen Entscheidung wird mit starken Argumenten bestritten. Seit *Kants* Kritik kann man erkenntnistheoretisch kaum mehr behaupten, aus Begriffen Entscheidungen für einen konkreten Sachverhalt abzuleiten.⁴⁸ Seit dem 19. Jahrhundert ringt die Rechtswissenschaft mit der genauen Formulierung dieser Einsicht und ihren theoretischen wie praktischen Konsequenzen.⁴⁹

Im *Kantianischen* Zusammenhang ist *Hans Kelsens* Kritik von besonderer Bedeutung. 1928 war er gegen *Heinrich Triepel* auf der Wiener Tagung der Staatsrechtslehrer zum Thema *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* angetreten.⁵⁰ Dort führte er aus, dass eine kategorische Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung unhaltbar sei: Jeder Rechtsanwendungsakt sei immer zugleich ein solcher der Rechtserzeugung.⁵¹ Zwar konzipiert *Kelsen* mit der Stufenbaulehre seines Schülers *Merkel* die Rechtsordnung vom Fluchtpunkt der Grundnorm ausgehend als schrittweise Ableitung der Geltung einer jeden Norm aus einer Norm der jeweils höheren Stufe.⁵² Der Inhalt einer jeden Rechtsnorm ist allerdings durch die ihr zugrunde liegende Norm niemals vollständig festgelegt.⁵³ Der äußere Rahmen, der den Raum für mögliche Interpretationen absteckt, eine

Auf dieser Theorie liegt, so *Habermas* treffend, "der lange Schatten starker Idealisierungen", *J. Habermas* (Anm. 1), 261.

⁴⁶ *M. Weber*, Wissenschaft als Beruf, in: Max Weber Gesamtausgabe, Bd. 17, 1992, 49 (95); zu diesem Verständnis *A. Somek*, The Indelible Science of Law, *Int'l Journal of Constitutional Law* (I.CON) 7 (2009), 424 (440).

⁴⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226, para. 18; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, Judgment on the Merits, ICJ Reports 1974, 24, para. 53. Näher *P.-M. Dupuy*, Le juge et la règle générale, *RGDIP* 93 (1989), 569; *P. Weil*, Le droit international en quête de son identité, *Recueil des Cours* 237 (1992), 9 (143). Mit soziologischem Blick *N. Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1993 [1978], 16 und *J. N. Shklar*, Legalism, 1964, 10.

⁴⁸ *I. Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1774 [1781], 183 (A 131-148); *M. Koskeniemi*, Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization, *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2007), 9.

⁴⁹ Eine Rekonstruktion bei *R. Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986.

⁵⁰ *H. Kelsen*, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Bd. 5, 1929.

⁵¹ *H. Kelsen* (Anm. 50); *H. Kelsen* (Anm.38), 163; *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1934, 82.

⁵² *H. Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1923, XV; *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, (Anm. 51), 62. Näher *A. Jakob*, Probleme der Stufenbaulehre, *ARSP* 91 (2005), 333 (334).

⁵³ *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, (Anm. 51), 91.

Art "Wortlautgrenze", ist nach *Kelsen* in einem Akt der Rechtserkenntnis feststellbar; nicht aber die konkrete Bedeutung der Norm für den zu entscheidenden Fall.⁵⁴ Im Bild vom "doppelten Rechtsantlitz" findet der Gedanke Ausdruck, dass Rechtsanwendung immer zugleich ein Akt der Rechtschöpfung ist.⁵⁵ *Kelsen* zeigt, dass die Rechtsordnung erst in ständiger Rechtsanwendung ihre konkrete Gestalt findet und mokiert sich über Theorien der Interpretation, die glauben machen wollen, dass das Gesetz, auf den konkreten Fall angewendet, stets eine richtige Entscheidung vorgebe, als handle es sich bei der Interpretation um einen Akt des Klärens oder Verstehens, bei dem allein der Verstand, nicht aber der Wille des Interpreten, in Bewegung gesetzt werde.⁵⁶

David Kennedy und *Martti Koskeniemi* gehen noch darüber hinaus und etablierten die These der semantischen und strukturellen Unbestimmtheit als festen Bestandteil der völkerrechtlichen Diskussionslandschaft.⁵⁷ Aber auch wer die These der prinzipiellen Unbestimmtheit nicht teilen mag, wird selbst durch die rechtspositivistisch orientierte analytische Rechtstheorie eindrücklich über die rechtserzeugende Dimension der richterlichen Entscheidung belehrt.⁵⁸ Das rechtspositivistische Festhalten am deduktiven Modell beruht nicht auf einem Glauben an die Bestimmungskraft von Rechtsbegriffen, sondern vielmehr auf der Überzeugung, dass die vom Gericht gefällten Entscheidungen zu begründen sind. Es geht also um den Modus der *Entscheidungs begründung*, nicht aber um den Prozess der *Entscheidungsfindung*.⁵⁹ So verteidigen *Hans-Joachim Koch* und *Helmut Rießmann* zwar den deduktiven Argumentationsmodus als zentralen Ort juristischer Rationalität, nicht aber das Schema *analytischer* Deduktion.⁶⁰ Der deduktive Argumentationsmodus verlangt immer dann, wenn eine Norm strittig ist, die Entscheidung für eine Interpretation darzulegen und zu begründen. Der deduktive Begründungsmodus ist damit Instrument der Kontrolle und Hegung richterlicher Macht.

Die Rechtserzeugung in einem Urteil hat für unsere Fragestellung zwei eng verbundene, aber doch zu unterscheidende Dimensionen. Die eine be-

⁵⁴ *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, (Anm. 51), 94-95.

⁵⁵ *A. Merkel*, *Das Doppelte Rechtsantlitz*, *Juristische Blätter* 47 (1918), 425.

⁵⁶ *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, (Anm. 51), 74, 95; *H. Kelsen*, *Hauptprobleme*, (Anm. 52), XII.

⁵⁷ *D. Kennedy*, *Theses about International Law Discourse*, *GYIL* 23 (1980), 353 (378-379); *M. Koskeniemi*, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, 2005.

⁵⁸ *H.-J. Koch/H. Rießmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, 248.

⁵⁹ *U. Neumann*, *Theorie der juristischen Argumentation*, in: *W. Brugger/U. Neumann/S. Kirste* (Anm. 17), 233 (241).

⁶⁰ *H.-J. Koch/H. Rießmann* (Anm. 58), 5, 69.

trifft die Rechtserzeugung zwischen den Streitparteien und liegt in der Anwendung der einschlägigen Rechtsnormen mit Blick auf den Fall.⁶¹ Die andere Dimension der Rechtserzeugung geht über den streitbefangenen Sachverhalt hinaus. Ein gerichtliches Urteil, die Entscheidung wie ihre Begründung, kann in späteren Rechtsdiskursen ein wesentliches rechtliches Argument bilden.⁶² Gerichte, die ihre Entscheidungen mitsamt Erwägungen publizieren, sind Teilnehmer am allgemeinen Rechtsdiskurs, und zwar sowohl mit den tragenden Begründungen (*ratio decidendi*) wie mit dem nebenbei Gesagten (*obiter dictum*).⁶³ Viele Urteile erscheinen geradezu darauf ausgerichtet, mit allgemeinen und abstrakten Formulierungen autoritative Bezugspunkte für den späteren Rechtsdiskurs niederzulegen. Uns interessiert vor allem diese Dimension der Entscheidung, die über den Fall hinaus auf die Fortentwicklung der Rechtsordnung zielt.

Wohlgemerkt: Das rechtsschöpferische Moment der Urteilsbegründung kann kaum pauschal als funktions- und kompetenzwidrige Machtanmaßung politisierter Spruchkörper begriffen werden. Es ist in der Sache angelegt und Teil der Anforderungen an die juristische Begründung.⁶⁴ Die Alternative, nämlich das Absehen von jeder Begründung oder aber deren Nichtveröffentlichung, würde zwar die rechtserzeugende Dimension schwächen, käme aber allenfalls einem Pyrrhussieg gleich, da Anknüpfungspunkte für eine juristische Debatte, Kontrolle und Kritik wegfielen und die Rechtssicherheit geschwächt würde. Dies zeigt die legitimatorische Bedeutung einer gerichtlichen, spezifisch juristisch argumentierten Begründung. Die in Art. 31 f. Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) niedergelegten Argumentationsregeln bergen eine wichtige Legitimationsressource. Es steht für uns außer Frage, dass eine Reihe streitiger Fragen nach den Eigengesetzlichkeiten juristischer Diskurse überzeugend behandelt und entschieden werden können. Wie weit aber reicht die Legitimation einer Entscheidung mittels einer juristischen Begründung?

⁶¹ F. Müller, Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert, in: Richterliche Rechtsfortbildung, FS Heidelberg, 1986, 65 (78).

⁶² C. Kirchmer, Zur konsequentialistischen Interpretationsmethode, in: T. Eger/J. Bigus/C. Ott/G. Wangenheim, Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse, 2008, 37 (39).

⁶³ Zur Wirkungsweise von Präzedenzfällen des IGH *M. Shahabuddeen*, Precedent in the World Court, 1996, 76, 209; *I. Scobbie*, Res Judicata, Precedent, and the International Court: A Preliminary Sketch, *Austr. Yb. Int'l L.* 20 (1999), 299. Zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit *S. Schill* (Anm. 6), 321. *A. Höland*, Wie wirkt Rechtsprechung?, 30 *ZfRSoz* 30 (2009) 23 (35, 39), mit Blick auf deutsche und europäische Gerichte.

⁶⁴ So etwa Art. 56 (1) IGH Statut; Art. 41 Verfahrensordnung des Europäischen Kernenergie-Gerichts vom 20.9.1965, *BGBI.* 1965 II 1335; grundsätzlich *A. Ross*, Theorie der Rechtsquellen, 1929, 283; *M. Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1976, 167 ff.; *J. Trachtman*, The Domain of WTO Dispute Resolution, *Harv. Int'l L. J.* 40 (1999), 333.

Kelsen hat für diese Frage in seinem Werk keinen Platz, und seine Methodenkritik mündet in einer solipsistischen Sackgasse. Die Diskurstheorie eröffnet mit der Überwindung des subjektphilosophischen Paradigmas einen Weg, die Gewaltenteilung zu deuten als Kompetenzabgrenzung, die den verschiedenen Instanzen Zugriffsmöglichkeiten auf bestimmte Arten von Gründen gewährt.⁶⁵ Mit *Klaus Günther* trennt *Habermas* Normbegründungs- von Anwendungsdiskursen.⁶⁶ Das Recht ist in dieser Konzeption normative Quelle der Legitimation von Herrschaft und verstanden als Medium, über das sich kommunikative Macht, in *Habermas*' Sinne verstanden als die motivierende Kraft diskursiv herbeigeführter und intersubjektiv geteilter Überzeugungen, in administrative Macht umsetzt.⁶⁷ Dies geschieht in Normbegründungsdiskursen der Gesetzgebung und ruht auf der demokratischen Meinungs- und Willensbildung.⁶⁸ Hier können die Teilnehmer auf das gesamte Spektrum pragmatischer, ethischer und moralischer Gründe zugreifen. Die anwendenden und vollziehenden Instanzen zehren von der im Gesetzgebungsprozess in das Recht eingeflossenen kommunikativen Macht; dies begründet die Logik liberaldemokratischer Gewaltenteilung. Die Justiz muss, so *Habermas*, daher "von der Gesetzgebung getrennt und an einer Selbstprogrammierung gehindert werden."⁶⁹ Die Rechtserzeugung im Gerichtsverfahren folgt einer anderen Diskursform, die im Wesentlichen durch die Interpretationsregeln konturiert ist. Die Justiz verfügt also über einen eigenständigen Legitimationsgrund,⁷⁰ den sie sich in den Grenzen ihrer spezifischen Rechtsanwendungsfunktion über das Verfahren sowie die Entscheidungsbegründung erarbeiten kann.

Eine klare Trennung von Anwendungs- und Begründungsdiskursen ist jedoch überaus schwierig. Die Diskurstheorie etwa formuliert: "[s]oweit 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

⁶⁵ *J. Habermas* (Anm. 1), 235.

⁶⁶ *J. Habermas* (Anm. 1), 182, 187, mit Verweis auf *K. Günther*, Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation, *Rechtstheorie* 20 (1989), 163.

⁶⁷ *J. Habermas* (Anm. 1), 231; *K. Günther*, Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis, *Cardozo L. Rev.* 17 (1996), 1035.

⁶⁸ *J. Habermas* (Anm. 1), 187.

⁶⁹ *J. Habermas* (Anm. 1), 213.

⁷⁰ *J. Habermas* (Anm. 1), 563.

justizkritischen Forum abgegolten werden.⁷¹ Dies wird nicht operationalisiert und auch nicht im Schema der Gewaltenteilung reflektiert.

Eine begriffliche klare Unterscheidung von Anwendungs- und Begründungsdiskursen erweist sich auch in vielen Entscheidungen auf völkervertraglicher und mehr noch auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage als problematisch, ja unmöglich. Gleichwohl ist die Differenz bisweilen geradezu mit Händen zu greifen. Sucht man nach guten Gründen für wichtige richterliche Entscheidungen internationaler Gerichte, so wirken in Anwendungsdiskursen zulässige Argumente, also vor allem jene des klassischen Methodenkanons, als unzulänglich und bisweilen gar als Maskerade der eigentlich tragenden Erwägungen. Entsprechend wird die wissenschaftliche und politische Diskussion solcher Entscheidungen in aller Regel mit Argumenten geführt, die nach dem diskurstheoretischen Verständnis Normbegründungsdiskursen vorbehalten bleiben. Die Frage etwa, ob Handelsbeschränkungen für Produkte, die unter bestimmten klimaschädlichen Bedingungen produziert wurden, im Rahmen der WTO zulässig sind, lässt sich nicht angemessen gemäß der juristischen Interpretation von Art. III, XI und XX GATT beantworten.

2. Die Ausübung öffentlicher Gewalt

Die Spruchstätigkeit internationaler Gerichte bedürfte keiner elaborierten eigenständigen Rechtfertigung, würde es sich nicht um die Ausübung öffentlicher Gewalt handeln. Man erinnere sich aber: *Justitia* trägt selbst ein Schwert. Es gehört zu den verfassungsrechtlich gebotenen Selbstverständlichkeiten in Rechtsstaaten, dass ein Zwangsapparat Entscheidungen staatlicher Gerichte gleichsam automatisch vollzieht. Dies gilt nicht für Entscheidungen internationaler Gerichte. Zwar könnte der Sicherheitsrat nach Art. 94 Abs. 2 der Satzung der Vereinten Nationen (SVN) Maßnahmen, bei einer Gefährdung des Weltfriedens gar militärische Zwangsmaßnahmen, beschließen, um eine Entscheidung des IGH durchzusetzen.⁷² In der Praxis ist die Nichtbefolgung einer Gerichtsentscheidung jedoch weder im Fall des IGH noch im Falle der meisten anderen Gerichte derart zwangsbewehrt.

⁷¹ J. Habermas (Anm. 1), 530; T. Lieber, Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit, Zu Demokratie, Gewaltenteilung und Rechtsanwendung in der Rechtstheorie von Jürgen Habermas, 2007, 222.

⁷² Siehe H. Mosler/K. Oellers-Frahm, Article 94, in: B. Simma, The Charter of the United Nations, A Commentary, 2002, 1174 (1176), Rn. 7 ff.

Das Fehlen eigener Zwangsmittel könnte internationale Institutionen, seien es Bürokrationen oder Gerichte, von legitimatorischen Anforderungen abschirmen. Das entspräche dem herkömmlichen Begriff von öffentlicher Gewalt als *Staatsgewalt*, wonach die Ausübung von Herrschaft gerade in der Fähigkeit besteht, zwangsbewehrte Anordnungen zu erlassen.⁷³ Die Aktivitäten der allermeisten internationalen Institutionen würden danach kaum eine rechtfertigungsbedürftige Ausübung von öffentlicher Gewalt darstellen.

Dieses traditionelle Verständnis öffentlicher Gewalt erscheint uns aber heute als unzulänglich und unplausibel. Die Gestaltungsmacht vieler internationaler Institutionen ist inzwischen ähnlich bedeutsam und freiheitsrelevant wie die Gestaltungsmacht staatlicher Institutionen.⁷⁴ Wir verstehen Gewalt als die Rechtsmacht, andere Akteure in ihrer Freiheit einzuschränken, also deren rechtliche oder tatsächliche Situation zu gestalten.⁷⁵ Ausübung bedeutet die Realisierung dieser Rechtsmacht. Selbst wenn gerichtliche Entscheidungen nicht zwangsweise vollstreckt werden, so konditionieren sie doch den Adressaten und weitere Subjekte einer Rechtsordnung.

Internationale Gerichte sind außerdem oft in Sanktionskontexte eingebunden. Das Ministerkomitee des Europarats wacht über die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR),⁷⁶ die Vertragsstaaten kooperieren mit dem IStGH in der Strafvollstreckung und verpflichten sich, die Entscheidungen des Gerichts umzusetzen,⁷⁷ im Rahmen der WTO können zur Durchsetzung der gerichtlich festgestellten Ansprüche empfindliche Strafzölle verhängt werden,⁷⁸ und Entscheidungen von ICSID-Panels sind vor nationalen Gerichten vollstreckbar.⁷⁹ Selbst in Kontexten, in denen die Nichtbefolgung eines internationalen Urteils nicht mit unmittelbaren materiellen Sanktionen belegt ist, bringt sie zumindest Reputationskosten mit sich, die selbst für gewichtige Akteure wie die Vereinigten Staaten von Amerika relevant sind.⁸⁰

⁷³ R. A. Dahl, *The Concept of Power*, 2 Behavioral Science 2 (1957), 201 (202); R. Dabrendorf, *Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen*, 1961, 20.

⁷⁴ I. Venzke, *International Bureaucracies in a Political Science Perspective – Agency, Authority and International Institutional Law*, GLJ 9 (2008), 1401.

⁷⁵ A. von Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*, GLJ 9 (2008), 1375.

⁷⁶ Art. 46 Abs. 2 EMRK.

⁷⁷ Art. 193 ff. IStGH-Statut.

⁷⁸ Art. 22 DSU.

⁷⁹ Art. 54 ICSID-Konvention.

⁸⁰ So selbst in der Perspektive von *rational choice*, A. Guzman, *How International Law Works*, 2008, 71.

In der Entscheidung des Streitfalls üben internationale Gerichte also öffentliche Gewalt aus. Wie aber ist die rechtschöpferische Komponente eines Urteils, die Fortbildung der Rechtsordnung, zu qualifizieren? Eine pauschale Gleichsetzung von richterlicher Rechtschöpfung, -erzeugung oder -fortbildung einerseits, und politisch-legislativer Rechtsetzung andererseits kann kaum überzeugen.⁸¹ Gerichtliche Entscheidungen wirken anders als völkerrechtliche Normen auf die Rechtsordnung ein. Sie wirken als Argumente und beeinflussen das Recht durch ihre Wirkung im Rechtsdiskurs; sie können zudem zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht beitragen. Daher hängt die rechtserzeugende Wirkung einer gerichtlichen Entscheidung, insbesondere deren allgemeine und abstrakte Dimension, nicht allein an der *voluntas*, sondern auch an ihrer *ratio*: Rechtswissenschaftler, Rechtsbeistände, andere Gerichte und nicht zuletzt dasselbe Gericht in einem späteren Zeitpunkt sind von der Güte der Entscheidung zu überzeugen. Macht es dann aber Sinn, die Rechtsprechung in dieser rechtschöpferischen Dimension als Ausübung öffentlicher Gewalt zu verstehen?

Internationalen Gerichtsurteilen kommt eine herausragende Stellung im semantischen Kampf um die Bedeutung des Rechts zu.⁸² Gerichte nutzen regelmäßig frühere Begründungen als Bezugspunkte, ohne dass die Relevanz der Präjudizien selbst begründet wird. Zumindest führen Entscheidungen zu einer Verteilung von Argumentationslasten im nachfolgenden Rechtsdiskurs: Die Darlegungslast liegt bei demjenigen, der gegen eine Entscheidung argumentiert. In vielen Entscheidungen tauchen frühere Entscheidungen zudem als ein Argument auf, das an Autorität dem Verweis auf einen völkervertraglichen Normtext kaum nachsteht. Die Streitparteien, die dies natürlich wissen, ringen daher um die Bedeutung früherer Entscheidungen für ihren Fall wie um die Bedeutung einer als Rechtsquelle charakterisierten Norm. In diesem Sinne wirkt die richterliche Entscheidung auf die Rechtsordnung und beeinflusst damit individuelle und kollektive Freiheitssphären jenseits der Streitparteien. Diese Wirkung ist verdeckt von der dogmatischen Konstruktion des Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut, die Rechtsprechung unter dem Eindruck des kognitivistischen Paradigmas als nicht

⁸¹ In der deutschsprachigen Rechtswissenschaft wird diese Unterscheidung auch begrifflich aufrecht gehalten, wohingegen im *common law* der innovative Richter oft schlicht als "law maker" gilt. Klassisch *South Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (Holmes, J., dissenting); *Lord Reid*, The Judge as Law Maker, 12 *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 12 (1972), 22.

⁸² R. Christensen/M. Sokolowski, Recht als Einsatz im Semantischen Kampf, in: E. Felder, Semantische Kämpfe, Macht und Sprache in den Wissenschaften, 2006, 353. Drastisch R. M. Cover, Violence and the Word, *Yale L. J.* 95 (1986), 1601.

bindende Rechtserkenntnisquelle von den Rechtsquellen trennt.⁸³ Es fehlt, insbesondere im vorherrschenden kontinentalen Rechtsdenken, an einer überzeugenden dogmatischen Verortung der richterlichen Entscheidung.⁸⁴

Die gerichtliche Begründung und damit Rechtserzeugung ist Teil rechtlicher Legitimation. Art. 3 Abs. 2 DSU fordert etwa den Aufbau eines entscheidungsgestützten Rechtskorpus, mit dem Ziel "Sicherheit und Vorhersehbarkeit im multilateralen Handelssystem" zu erreichen. Hieraus ergibt sich die Verpflichtung, vorausgegangene Berichte und Interpretationen in die Betrachtung einzubeziehen.⁸⁵ Auch wenn die Berichte aus sich heraus keine bindende Kraft über die Streitentscheidung hinaus haben, schaffen sie berechnete Erwartungen und müssen deshalb bei künftigen Entscheidungen berücksichtigt werden. Brisant ist vor allem, dass sich im Rahmen des IC-SID widersprechende Entscheidungen unvermittelt nebeneinander stehen, was ein immenses Legitimationsproblem darstellt.⁸⁶ Auch in der Rechtstheorie stimmen so unterschiedliche Ansätze wie *Habermas'* Diskurstheorie und *Luhmanns* Systemtheorie darin überein, dass die Stabilisierung von Verhaltenserwartungen eine zentrale Funktion des Rechts bildet.⁸⁷ Ein internationales Gericht, das diese Funktion verkennt, verfehlt eine wesentliche Aufgabe.

Als Ergebnis sei festgehalten, dass die Spruchfähigkeit eines über Reputation verfügenden internationalen Gerichts als Ausübung öffentlicher Gewalt begriffen werden sollte, die rechtfertigungsbedürftig ist.⁸⁸ Diesem weiten Gewaltbegriff liegt eine prinzipielle Erwägung zugrunde: Wenn öffentliches Recht im Einklang mit einer freiheitlich-demokratischen Tradition als eine Ordnung zum Schutz persönlicher Freiheit und zur Ermöglichung kollektiver Selbstbestimmung begriffen wird, muss jeder Akt mit Auswirkungen auf diese normativen Ausgangspunkte in den Blick genommen werden, soweit die Auswirkungen nur bedeutsam genug sind, um begründete Zweifel an seiner Legitimität zu wecken. Damit gelangen wir zum eigentlich zentralen Punkt der Rechtfertigungsproblematik internationaler Gerichte:

⁸³ *A. Pellet*, Article 38, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm, *Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, 2006, 677, Rn. 301-319; *G. J. H. v. Hoof*, *Rethinking the Sources of International Law*, 1983, 169.

⁸⁴ Exemplarisch *G. Abi-Saab*, *Les sources du droit international: Essai de déconstruction*, in: M. Rama-Montaldo, *El derecho internacional en un mundo en transformación*, Bd. 1, 1994, 29; *A. Boyle/C. Chinkin*, *The Making of International Law*, 2007, 267.

⁸⁵ Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4.10.1996, 15.

⁸⁶ *M. Hirsch* (Anm. 8), 332; *S. Schill* (Anm. 6), 339.

⁸⁷ *J. Habermas* (Anm. 1), 516; *N. Luhmann* (Anm. 1), 151.

⁸⁸ Zum Konzept der Reputation *A. Guzman* (Anm. 80).

Die Rechtserzeugung staatlicher Gerichte ist eingebettet in ein politisches System, das es in vergleichbarer Weise auf internationaler Ebene nicht gibt.

3. Judikative ohne funktionstüchtige Legislative

a) Entkoppelung von Recht und Politik

Politische Rechtsetzung und gerichtliche Streitentscheidung sind, so eine Kernaussage modernen Verfassungsdenkens, unterschiedliche und zu trennende, zugleich aber in enger Wechselwirkung stehende Phänomene.⁸⁹ Es ist eine der großen verfassungstheoretischen Leistungen, die Gleichzeitigkeit von Trennung und Verknüpfung begrifflich gefasst und in juristischen Institutionen stabilisiert zu haben. Der herrschende Ansatz firmiert als Gewaltenteilungslehre und bettet die Legitimation einer jeden Gewalt in deren Wechselspiel ein.⁹⁰ Im zeitgenössischen Verfassungsstaat bedeutet Recht positives Recht.⁹¹ Das wesentliche Charakteristikum der Positivität ist der Zugriff und die Verantwortlichkeit der Legislative für dieses Recht.⁹² In demokratischen Gesellschaften kann die Mehrheit, üblicherweise als ein durch die gewählte Regierung organisiertes einheitliches Subjekt verstanden, jederzeit im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren in die Rechtsordnung eingreifen und sie verändern.⁹³ Die Legitimationsleistung des demokratischen Repräsentativorgans ist für das Völkerrecht in zweifacher Hinsicht beschränkt.

In statischer Perspektive steht dabei die parlamentarische Rolle beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Vordergrund.⁹⁴ In vielen Staaten verlangt eine Ratifikation wichtiger Verträge eine vorherige parlamentarische

⁸⁹ So die meisten Rechts- und Verfassungstheorien, siehe E.-W. Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: E.-W. Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, 143; M. Loughlin, Public Law and Political Theory, 1992, 138.

⁹⁰ J. Locke, The Second Treatise of Government, 1690, Kap. XII f.; G. de Vergottini, Diritto costituzionale comparato, 1999, 346 f.; eingehende Analyse bei H. Seiler, Gewaltenteilung: Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, 1994, und C. Möllers, Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005.

⁹¹ Früh zum Begriff der Positivität G. W. F. Hegel (Anm. 1), § 3.

⁹² E. W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: E.-W. Böckenförde (Anm. 89), 289 (322). Zur Situation unter dem *common law*: P. Atiyah/R. Summers, Form and Substance in Anglo-American Law, 1991, 141.

⁹³ A. v. Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung, 2000, 35.

⁹⁴ Unsere Argumentation bezieht sich nur auf Staaten unter demokratischer Verfassung. Für Bürger, die unter autoritären Regimen leben, bedarf dieses Problem einer eigenen Untersuchung.

Zustimmung, so dass auf den ersten Blick eine völkervertragliche Norm über dieselbe demokratische Legitimation wie ein innerstaatliches Gesetz verfügt. Doch dieser erste Blick trügt. Der Vertragstext wird in diplomatischen Verhandlungen festgelegt, dem das parlamentarische Verfahren in aller Regel nachgeschaltet ist, und nationale Parlamente zeigen, mit Ausnahme des US-Kongresses, eine im Vergleich zu nationalen Gesetzesvorhaben weit größere Folgebereitschaft gegenüber der Exekutive.⁹⁵ Außerdem ist die Autonomie der gubernativ-administrativen Eliten im internationalen Verhandlungskontext deutlich größer als im nationalen politischen Prozess.⁹⁶ Die politikwissenschaftliche Forschung zeigt zudem, dass viele Regierungen oder Interessensgruppen Mehrebenensysteme strategisch nutzen, um ihre Machtposition gegenüber parlamentarischen Gremien auszubauen oder innerstaatliche Konkurrenten auszuspielen.⁹⁷ All das schwächt den über das Parlament laufenden Legitimationsstrang.

Gewiss gibt es zahlreiche Versuche, die Rolle des staatlichen Parlaments zu stärken.⁹⁸ Vor allem mit Blick auf die Rechtsetzung der Europäischen Union verfügen staatliche Parlamente, insbesondere der Deutsche Bundestag, über zahlreiche Kompetenzen, auf die Willensbildung der Bundesregierung Einfluss zu nehmen.⁹⁹ An diesem Beispiel zeigen sich zugleich kaum überwindbaren Grenzen. Staatliche Parlamente bleiben prozedurale Außenseiter, beherrschen kaum die relevanten Informationen und können kaum in die oft vertraulichen Prozesse der Konsensbildung auf internationaler Ebene einbezogen werden.¹⁰⁰ Letzteres ist besonders zu betonen: Ein auf Konsensbildung ausgerichteter Prozess verlangt weitgehend ungebundene Akteure. Die globale Politikverflechtung jenseits der EU bildet die offene Flanke des Parlamentarismus; seine entsprechende Fortentwicklung zählt zu den größten zeitgenössischen Herausforderungen.¹⁰¹

⁹⁵ *M. Hilf/M. Reuß*, Verfassungsfragen lebensmittelrechtlicher Normierung, ZLR (1997), 289 (293, 297).

⁹⁶ *E.-W. Böckenförde*, Die Zukunft politischer Autonomie, in: E.-W. Böckenförde (Anm. 89), 103 ff.; *M. Zürn*, Regieren jenseits des Nationalstaats, 1998, 233 ff., 347 ff.

⁹⁷ Wegweisend *R. D. Putnam*, Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games, *International Organization* 42 (1988), 427.

⁹⁸ Zum Folgenden eindringlich *R. Wolfrum*, Die Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), 38.

⁹⁹ Art. 23 Abs. 2 GG; vergleichend *C. Grabenwarter*, Staatliches Unionsverfassungsrecht, in: A. v. Bogdandy/J. Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, 121 (149).

¹⁰⁰ *P. Dann*, Die politischen Organe, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Anm. 99), 335 (379 f).

¹⁰¹ Zu den Entwicklungslinien des zeitgenössischen Parlamentarismus *A. v. Bogdandy*, *Parlamentarismus in Europa: eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?*, AöR 130 (2005), 445.

Die Problematik demokratischer Legitimation wird in einer dynamischen Perspektive verstärkt.¹⁰² Mit Ausnahme des EuGH operieren überstaatliche Gerichte gerade nicht als Teil einer Organisation mit funktionstüchtigen politischen Rechtsetzungsorganen. Ist eine völkerrechtliche Vereinbarung in Kraft, so ist sie dem politischen Zugriff weitgehend entzogen, zwar nicht normativ, aber in praktischer Hinsicht. Dies verändert tiefgreifend die Beziehung zwischen Recht und Politik. Mit der Zustimmung zum Vertrag stellt die zu einem bestimmten Zeitpunkt bestehende parlamentarische Mehrheit ihre Entscheidung weitgehend außerhalb der Reichweite jeglicher neuen späteren Mehrheit.¹⁰³ Diese Entscheidung ist im Fall eines vergerichtlichten Regimes besonders einschneidend, weil "korrigierende" nationale Maßnahmen entweder im Sinne neuer Rechtsetzung als auch selektiver Nichtbeachtung oft nur unter erschwerten Bedingungen verfügbar sind. Sicherlich ist die demokratische Souveränität neuer Mehrheiten durch das regelmäßige Recht des Austritts gewahrt. Dieses Recht stützt die demokratische Legitimität aber in ähnlich unzulänglicher Weise wie das Recht des Einzelnen zur Emigration die Legitimität staatlicher Gewaltausübung.¹⁰⁴ Es kann kaum als ausreichend angesehen werden, da es in der Regel keine realistische Wahlmöglichkeit darstellt.¹⁰⁵

b) Das konstitutionalistische Argument

Ganz anders könnten sich die identifizierten Probleme darstellen, üben internationale Gerichte eine verfassungsgerichtliche Funktion aus. Unter den meisten Verfassungen ist die politische Änderung von Verfassungsrecht

¹⁰² Treffend hierzu *J. Klabbers*, On Rationalism in Politics: Interpretation of Treaties and the World Trade Organization, *NJIL* 74 (2005), 405; *L. Bartels*, The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism?, *ICLQ* 53 (2004), 861.

¹⁰³ *K. Abbott/D. Snidal*, Hard and Soft Law in International Governance, *International Organization* 54 (2000), 421 (439); *J. Goldstein/M. Kahler/R. Keohane/A. Slaughter*, Introduction: Legalization and World Politics, *International Organization* 54 (2000), 385 verstehen dies als allgemeine politische Strategie.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Umso bemerkenswerter ist es, dass unter Hinweis auf die zweifelhafte Legitimität der Schiedsgerichtsbarkeit Bolivien am 1.5.2007 kund tat, dass es aus der ICSID Konvention austrete, Letter of the Foreign Ministry of Bolivia Concerning the Denunciation of ICSID Convention, 1.5.2007, abgedruckt in: *ILM* 46 (2007), 973. Näher dazu *C. Tietje/K. Nowrot/C. Wackernagel*, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, in: *C. Tietje/G. Kraft/R. Sethe*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 74, (2008).

aufgrund des Erfordernisses spezifischer Mehrheiten und/oder Verfahren deutlich schwerer als die des einfachen Rechts.¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷ Sollten internationale Gerichte eine verfassungsrechtliche Funktion ausüben, könnten die zuvor erarbeiteten Charakteristika und insbesondere die Entkoppelung von Recht und Politik nicht als Defizite, sondern vielmehr als spezifisches Potenzial gedeutet werden.

Eine verfassungsrechtliche Funktion internationaler Gerichte lässt sich am ehesten im Lichte des völkerrechtlichen Konstitutionalismus argumentieren, der jedoch keineswegs in jeder seiner Varianten die Rechtserzeugung internationaler Gerichte durch die Behauptung einer verfassungsgerichtlichen Funktion rechtfertigt. In *Habermas'* Schrift zur Konstitutionalisierung sind internationale Gerichte etwa kaum erwähnt.¹⁰⁸ Die Gemeinsamkeiten der konstitutionalistischen Ansätze erschöpfen sich weitgehend in der Auffassung, dass der Prinzipienbestand des demokratischen Verfassungsstaats 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.¹⁰⁹ Apologie und Utopie begegnen sich unter diesem Begriff.

Jürgen Habermas und viele konstitutionalistische Argumentationen zielen vordringlich auf eine Stärkung der internationalen Ebene. So wird unter dem Begriff der Konstitutionalisierung des Völkerrechts ein supranational orientierter und konstitutionell inspirierter Umbau der Institutionen der Weltgesellschaft verlangt, insbesondere eine Reform der Vereinten Nationen dergestalt, dass diese auf legitime Weise globalen Problemen beikommen können. Diese Diskussion, weitgehend *de lege ferenda*, erfolgt vor allem in der politischen Theorie.¹¹⁰ Ähnlich, jedoch mit geringerem kritischen Ge-

¹⁰⁶ *P. Cruz Villalón*, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich, in: *A. v. Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber*, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, 2007, § 13, Rn. 74; *G. de Vergottini*, Diritto costituzionale comparato, 1999, 206 ff., 234 ff.

¹⁰⁷ *J. Habermas* (Anm. 1), 45; *N. Luhmann* (Anm. 1), 407.

¹⁰⁸ *J. Habermas*, Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: *J. Habermas*, Der gespaltene Westen, 2004, 113.

¹⁰⁹ Zur Übersicht siehe *I. Ley*, Kant versus Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich, *ZaöRV* 69 (2009), 317; *J. D'Aspremont/F. Dopagne*, Two Constitutionalisms in Europe: Pursuing an Articulation of the European and International Legal Orders, *ZaöRV* 69 (2009), 939. Zur Verortung der Ansätze *A. v. Bogdandy/S. Delavalle*, Universalism and Particularism as Paradigms of International Law, IILJ Working Paper 2008/3.

¹¹⁰ *J. Habermas* (Anm. 108).

halt, kann eine konstitutionalistische Argumentation *de lege lata* auf die Stärkung des geltenden Rechts und bestehender Organisationen abzielen. Geltenden Normen des Völkerrechts und bestehenden Institutionen werden Funktionen zugeschrieben, die traditionell staatliche Verfassungen und Verfassungsorgane wahrnehmen. Vielfach gilt die Konstitutionalisierung als Ausdruck einer sich verfestigenden internationalen Wertegemeinschaft.¹¹¹ Unter diesem Ansatz wird die Funktion einer Reihe internationaler Gerichte verfassungsrechtlich gedeutet; manche haben sich gar selbst eine verfassungsrechtliche Aufgabe zugeschrieben.¹¹²

Die verfassungsgerichtliche Deutung überzeugt jedoch nicht. Vorab sei noch festzuhalten, dass die Darlegungslast auf Seiten derjenigen liegt, die das konstitutionalistische Argument bemühen. Dies ergibt sich daraus, dass die verfassungsrechtliche Qualifikation einer Norm oder Institution ein Sonderfall, nicht der Normalfall ist. Die Ausdehnung und Verwässerung eines so zentralen und implikationsreichen Begriffs wie dem der Verfassung will gut bedacht sein. Wir sehen die Funktion demokratischer Politisierung der Rechtsordnung als so wichtig für den Verfassungsbegriff, dass wir eine Begrifflichkeit, die auf demokratische Politisierung verzichtet, ablehnen. Der Begriff ist zudem zu eng mit föderalistischen Konzeptionen überstaatlicher Ordnung verbunden, die man im geltenden Völkerrecht, anders als im europäischen Gemeinschaftsrecht, kaum ausmachen kann. Zudem fehlt der Zuweisung einer verfassungsgerichtlichen Funktion an internationale Gerichte die positivrechtliche Grundlage: Die Kompetenzen der Gerichte sind viel zu schmal ausgestaltet. Bestimmte Phänomene, die ohne demokratische Politisierung auskommen mögen, können eher als ein Bestandteil der Verrechtlichung gedeutet werden, wenngleich auch diese Terminologie Probleme aufweist.¹¹³

¹¹¹ J. A. Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, Berichte DGVR 39 (2000), 427 (431); E. de Wet, The International Constitutional Order, ICLQ 55 (2006), 51 (57); zu den diversen Positionen übersichtlich H. Ruiz Fabri/C. Grewe, La constitutionalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen, in: Les dynamiques du droit européen en début de siècle, 2004, 189.

¹¹² Das gilt zunächst für den föderal eingebetteten EuGH. Siehe EuGH, Rs. 294/83 Slg. 1986, 1339, Rn. 23 – *Les Verts/Parlament*; Gutachten 1/91, EWR I, Slg. 1991, I-6079, Rn. 21; verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P Slg. 2008, I-0000, Rn. 285, 290 – *Kadi u. a./Rat u. Kommission*. Prominent ist diese Deutung zudem beim EGMR. Siehe *Ireland v. United Kingdom*, Urteil vom 18.1.1978, Nr. 5310/71. Auch das Berufungsgremium der WTO und der IGH mögen sich in einer verfassungsgerichtlichen Funktion sehen. Siehe H. G. Petersmann, Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungsordnung, *ZaöRV* 65 (2005), 543; B. Fassbender, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, *Colum. J. Transnat'l L.* 36 (1998), 529 (539, 607).

¹¹³ J. Goldstein/M. Kabler/R. Keohane/A. Slaughter (Anm. 103). S. Oeter, Chancen und Defizite internationaler Verrechtlichung: Was das Recht jenseits des Nationalstaats leisten

Überzeugend erscheint uns allenfalls eine konstitutionalistische Rolle internationaler Gerichte im Kontext einer allein internen Konstitutionalisierung internationaler Organisationen.¹¹⁴ Dabei geht es nicht um eine Verfassungsordnung, welche die staatlichen Rechtsordnungen überformt, sondern allein um die rechtliche Bindung internationaler Organisationen, insbesondere um die Ausrichtung ihrer Tätigkeit an Prinzipien, die aus dem verfassungsrechtlichen Kontext bekannt sind, namentlich dem Prinzip der Achtung der Menschenrechte, dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung, sowie den Prinzipien rechtlicher und politischer Verantwortlichkeit.¹¹⁵ Dies kann und soll eine allgemeine Entkoppelung von Recht und Politik jedoch nicht rechtfertigen.

c) Fragmentierung als Demokratieproblem

Ein weiterer kritischer Aspekt liegt in der institutionellen Ausdifferenzierung bestimmter Politikbereiche. Sie führt zu einer Verengung der Perspektiven, die auf einen bestimmten Sachverhalt gerichtet werden können, und erscheint im Lichte des Gebots der Allgemeinheit als demokratietheoretisch problematisch. In einer legitimatorischen Deutung bezieht sich das Gebot der Allgemeinheit auf den Rechtsetzungsprozess und reklamiert den demokratischen Gesetzgeber als zentralen Ort der Regelung und Legitimation.¹¹⁶ Es verlangt dessen thematische Offenheit für alle möglichen Perspektiven sowie seine Ergebnisoffenheit und verbietet, bestimmte Gesichtspunkte in der Entscheidungsfindung im Sinne einer funktional zugeschnittenen Perspektive von vornherein zu gewichten oder gar auszuschließen.¹¹⁷ Ausgangspunkt ist das Individuum als ganzer, multidimensionaler Mensch, der sich nicht in funktionale Logiken spalten lässt, sondern einen Mechanismus

kann, in: M. Zürn/B. Zangel, Verrechtlichung – Bausteine für Global Governance? 2004, 46; C. Möllers (Anm. 90), 427.

¹¹⁴ International Law Association, Accountability of International Organisations, Final Report (2004), http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm. Vgl. J. Klabbers, Constitutionalism Lite, *International Organization Law Review* 1 (2004), 31.

¹¹⁵ A. v. Bogdandy, *General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field*, *GLJ* 11 (2008), 1909.

¹¹⁶ T. Lieber (Anm. 71), 226-229.

¹¹⁷ Grundlegend J. Bast, Das Demokratiedefizit fragmentierter Internationalisierung, in: H. Brunkhorst, *Demokratie in der Weltgesellschaft, Soziale Welt Sonderband 18* (2009), 177; C. Möllers (Anm. 90), 31, 223.

der Repräsentation einfordert, in dem konkurrierende Perspektiven verhandelt werden können.¹¹⁸

Diese Vorgabe der demokratischen Allgemeinheit ist aufgrund der funktionellen Ausdifferenzierung diverser Politikbereiche auf der internationalen Ebene der Politikgestaltung nur schwer zu erfüllen. Dort kann in sektoriell zugeschnittenen Regimen kaum eine Verallgemeinerung von Perspektiven stattfinden, da in jedem Regime eine partikulare Schwerpunktsetzung vorherrscht.¹¹⁹ Dies unterminiert das Gebot der Allgemeinheit als Kernmoment des demokratischen Prinzips.¹²⁰ Eine sektorspezifische Gerichtsbarkeit droht, die Schwächung demokratischer Allgemeinheit im Ausbau der Rechtsordnung zu vertiefen.

IV. Ansätze für Strategien des Umgangs

1. Legitimation durch Verfahren und Politisierung

a) Die Unhintergebarkeit der demokratischen Frage

Traditionell wird die Spruchfähigkeit der internationalen Gerichtsbarkeit aus dem Konsens der sie tragenden Staaten und, insbesondere soweit sie über den engen Bezug zum Normtext hinaus geht, vor allem funktional gerechtfertigt: mit der Förderung von Werten, Zielen oder Gemeinschaftsinteressen, allen voran des internationalen Friedens.¹²¹ Es gibt weiterhin eine Reihe von Konstellationen, in denen dies die Rechtfertigungslasten hinreichend erfüllt. Angesichts der Autonomisierung einiger Gerichte sowie der Breite gesellschaftlich umstrittener Themen, über die internationale Gerichte inzwischen judizieren, reichen der ursprüngliche Konsens und das Ziel der Friedenssicherung legitimatorisch jedoch in vielen Konstellationen nicht mehr aus. Gewiss bleibt die Befriedungsfunktion internationaler Entschei-

¹¹⁸ A. L. Paulus, *Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?*, in: T. Broude/Y. Shany, *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity. Essays in Honour of Professor Ruth Lapidoth*, 2008, 193 (210).

¹¹⁹ M. Koskenniemi/P. Leino, *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, LJIL 15 (2002), 553; T. Treves, *Fragmentation of International Law, The Judicial Perspective*, *Comunicazione e studi* 23 (2007), 821.

¹²⁰ Inwieweit das Legitimationspotenzial, das aus innerstaatlichen Entscheidungsprozessen geschöpft wird, durch die Fragmentierung beeinträchtigt wird, kann hier nicht näher ausgeführt werden.

¹²¹ H. Kelsen (Anm. 38), 165.

dungen relevant, nicht zuletzt für die Verwirklichung demokratischen Regierens, denn Demokratie gedeiht besser in einer friedlichen Welt.¹²² Eine solche Rechtfertigung geht jedoch an einem großen Teil des Phänomens internationaler Gerichtsbarkeit vorbei. Viele internationale Gerichte mit sektoriellem Zuschnitt werden daher häufig durch die Funktion der effektiven Durchsetzung spezifischer Ziele legitimiert, die komplementär neben die Friedenssicherung getreten sind.

Die Legitimationslogik setzt auf die effektive Durchsetzung universaler Werte oder die Verfolgung von Gemeinschaftsinteressen.¹²³ Auch das institutionelle Design einiger gerichtlicher Institutionen spricht für diesen Ansatz: Nicht-staatliche Organisationen können sich beteiligen, Individuen werden eingebunden oder können gar Klage erheben, und auch die Tatsache, dass Vertragsparteien sich mit Beitritt zu jüngeren Gerichten gleich der obligatorischen Gerichtsbarkeit unterwerfen, wird mit der besonderen Bedeutung der zu sichernden Gemeinschaftsinteressen begründet.¹²⁴ So sollen etwa Straftribunale und der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) ihre Legitimation daraus gewinnen, dass sie der Straflosigkeit der Täter ein Ende bereiten.¹²⁵ Etwas weniger griffig wird dieser Ansatz mit Blick auf die WTO und Schiedsverfahren in Investitionsstreitigkeiten, doch auch hier lassen sich Anknüpfungspunkte funktionaler Legitimation finden: etwa die Steigerung des wirtschaftlichen Wohlstands durch die WTO oder die Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung eines Landes durch das ICSID.¹²⁶ Allein: So wichtig ein Anliegen auch sein mag, es kann die Rechtfertigungsprobleme von Herrschaft nicht erledigen. Das Ziel kann die konkrete Ent-

¹²² Internationale Gerichte können außerdem auf Demokratisierung hinwirken, etwa durch eine demokratieorientierte Menschenrechtsjudikatur. Siehe *Matthews/Großbritannien*, EGMR (GK), Nr. 24833/94, ECHR 1999-I; *G. Ress*, Das Europäische Parlament als Gesetzgeber: Der Blickpunkt der EMRK, ZEuS 2 (1999), 219 (226); *J. Martinez*, Towards an International Judicial System, Stan. L. Rev. 56 (2003), 429 (461), der darin eine zentrale Funktion der internationalen Gerichtsbarkeit sieht.

¹²³ *K. Oellers-Frahm*, Nowhere to Go? – The Obligation to Settle Disputes Peacefully in the Absence of Compulsory Jurisdiction, in: T. Giegerich, A Wiser Century?, 2009, 435, 440; *C. Thiele*, Fragmentierung des Völkerrechts als Herausforderung für die Staatengemeinschaft, AVR 46 (2008), 1 (13); *T. Broude*, The Rule(s) of Trade and the Rhetos of Development: Reflections on the Functional and Aspirational Legitimacy of the WTO, Colum. J. Transnat'l L. 45 (2006-2007), 221.

¹²⁴ *K. Oellers-Frahm* (Anm. 123); *C. Romano*, The Shift from Consensual to Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 39 (2007), 791.

¹²⁵ So etwa Präambel, IStGH-Statut. Näher *M. Benzing*, Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 5 (2006), 369 (373-374).

¹²⁶ *T. Broude* (Anm. 123); *P. Picone/A. Ligustro*, Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio, 2002, 26; *R. Dolzer/C. Schreuer* (Anm. 7), 149.

scheidung, die unweigerlich normative Fragen und Machtverteilungen beinhaltet, nicht begründen, und funktionale Argumentationen bieten keine Lösung für die unvermeidliche Konkurrenz verschiedener Ziele.

b) Das Verfahren

Das Verfahrensrecht internationaler gerichtlicher Institutionen unterliegt weitgehend der Gestaltungsmacht der Gerichte und ist durch einen Wandel gekennzeichnet, der sich maßgeblich aus der Rechtsprechungspraxis ergibt.¹²⁷ Die Gerichte treten als Herrscher über das Verfahren auf: "self-regulation is the prevailing system, which implies mutability of the rules of procedure within the framework of the statute. This is an important source of independence and one of the ways in which such a creature may escape its makers."¹²⁸ Wir verstehen Entwicklungen in verfahrensrechtlichen Vorgaben mit Blick auf eine verbesserte Öffentlichkeit und Teilnahmemöglichkeiten als Ausdruck einer sich wandelnden Konzeption der richterlichen Entscheidung und des Versuchs, die Legitimationsleistung des gerichtlichen Verfahrens jenseits der materiellen Rechtsbindung zu stärken. In der Fortentwicklung des Verfahrensrechts verblassen die Streitbeilegung als alles überragendes Prozessziel und die Parteiautonomie angesichts der zunehmenden Wahrnehmung der rechtsgestalterischen Rolle der Rechtsprechung.¹²⁹

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? Konzeptionell kommen zwei Aspekte in Betracht, wie das gerichtliche Verfahren die demokratische Legitimation der richterlichen Entscheidung stärken kann. Ein Aspekt betrifft die Rechtfertigung der rich-

¹²⁷ Der Begriff des Verfahrensrechts beschreibt die Vorgaben, wie ein Verfahren vor einem Gericht geführt werden muss. Es wird damit kein einheitliches Verfahrensrecht für alle Gerichte postuliert, näher *R. Kolb*, General Principles of Procedural Law, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm (Anm. 83), 793 (795), Rn. 3; *C. Brown*, A Common Law of International Adjudication, 2007, 6.

¹²⁸ *J.-M. Sorel*, International Courts and Tribunals, Procedure, in: R. Wolfrum (Anm. 3), Rn. 1.

¹²⁹ *C. Chinkin*, Art. 62, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm (Anm. 83), 1331, (1366), Rn. 95-99; *P. Palchetti*, Opening the International Court of Justice to Third States Intervention and Beyond, Max Planck UNYB 6 (2002), 139; *R. Wolfrum*, Intervention in the Proceedings before the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea, in: V. Götz/P. Selmer/R. Wolfrum, Liber amicorum Günther Jaenicke – zum 85. Geburtstag, 1998, 427.

terlichen Entscheidung gegenüber den am Verfahren Beteiligten. Die Streitparteien partizipieren an der diskursiven Bearbeitung eines Falls, und das Gericht ist in seiner Begründung angehalten, sich mit den eingebrachten Argumenten auseinanderzusetzen. Diese kooperative Bearbeitung der Streitfrage beschränkt sich nicht auf Sachfragen oder Beweismittel, sondern erstreckt sich – gegen ein verbreitetes Verständnis des Prinzips *jura novit curiae* – auf Rechtsfragen. Ein anderer Aspekt führt die richterliche Entscheidung in den allgemeinen Rechtfertigungskontext öffentlicher Gewalt. Die offene Diskussion von Interessen und Positionen ist ein Moment sozialer Demokratie, das die demokratische Öffentlichkeit und die soziale Integration speist. Daran kann eine gerichtliche Entscheidung rechtfertigungstheoretisch partizipieren und eigene demokratische Gehalte erarbeiten, soweit sie in einen normativen Diskurs bestimmter Qualität eingebunden ist. Beide Wege führen zu gleichgerichteten Anforderungen an das Verfahren.

aa) Öffentlichkeit und Transparenz

Ein zentraler Anknüpfungspunkt für Öffentlichkeit und Transparenz liegt in den mündlichen Verhandlungen.¹³⁰ Selbst im Kontext der WTO, wo Vertraulichkeit die Regel bildet, hat sich das Verfahren in der Praxis legitimatorischen Mindestanforderungen wie Öffentlichkeit und Transparenz geöffnet.¹³¹ Bekräftigt wurde dieser Trend vom Sutherland Bericht, der 2004 festhielt, dass “the degree of confidentiality of the current dispute settlement proceedings can be seen as damaging to the WTO as an institution”, und vorschlug, die Verhandlungen zu öffnen.¹³² Nach wie vor gilt es natürlich, die Interessen der Streitparteien zu berücksichtigen und vor allem Handelsgeheimnisse zu wahren. Oft verbleiben die Verhandlungen hinter geschlossenen Türen, insbesondere bei Panels, die im Vergleich zur Berufungsinstanz als Institution und in ihrer personellen Besetzung stärker einem schiedsgerichtlichen Ethos verhaftet sind.¹³³ Bemerkenswert ist jedoch

¹³⁰ Art. 46 IGH-Statut; Art. 59 ICJ Rules of the Court; Art. 26(2) ITLOS-Statut; Art. 74 Rules of ITLOS; Art. 40 EMRK; Art. 63 Abs. 2 EGMR Verfahrensordnung; Art. 67 und 68(2) IStGH-Statut. Siehe *J.-M. Sorel* (Anm. 128), Rn. 18; *S. von Schorlemer*, Article 46, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm (Anm. 83), 1063-1071 (1070-71).

¹³¹ Art. 14(1), 18(2) und 17(10) DSU sehen vor, dass Verfahren und eingereichte Schriftsätze vertraulich sind. *L. Ebring*, Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization, *JIEL* 11 (2008), 1021.

¹³² Consultative Board to the Director-General *Supachai Panitchpakdi*, The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium (“Sutherland Report”) (2004), para. 261 f.

¹³³ *J. H. H. Weiler*, The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats. Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement, *JWT* 35 (2001), 191; *P. v. d. Bossche*, From Afterthought to Centrepiece: The WTO Appellate Body and its Rise to

die Haltung des Panel in *Canada – Continued Suspension*, 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 – eine wahrlich innovative Interpretation.¹³⁴ Und das Berufungsgremium hielt fest: “In practice, the confidentiality requirement in Article 17.10 has its limits. [...] 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.”¹³⁵

Verfahren im Rahmen des ICSID bleiben in diesem Punkt hinter der WTO zurück, beginnen jedoch ebenfalls sich zu öffnen, und sind zunehmend Forderungen nach mehr Transparenz ausgesetzt.¹³⁶ Im Juni 2005 hat das OECD Investment Committee diese Entwicklung mit seiner Autorität bestärkt: “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.”¹³⁷ Zu unterstreichen ist neben dem explizit hergestellten Zusammenhang zwischen Öffentlichkeit, Legitimität und Effektivität auch das ausdrückliche Ziel eines sichtbaren Fallrechtssystems.¹³⁸

Prominence in the World Trading System, in: G. Sacerdoti/A. Yanovich/J. Bohanes, *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, 2006, 289; C.-D. 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*, JWT 36 (2002), 605.

¹³⁴ *Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, WT/DS321/R, 31.3.2008, para 7.47.

¹³⁵ *United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology*, WT/DS350/AB/R, 4.2.2009, para 4.

¹³⁶ C. N. Brower/C.H. Brower II/ J.K. Sharpe, *The Coming Crisis in the Global Adjudication System*, *Arbitration International* 19 (2003), 415; C.-S. Zoellner, *Third-Party Participation (NGOs and Private Persons) and Transparency in ICSID Proceedings*, in: R. Hofmann/C. Tams, *The International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) – Taking Stock After 40 Years*, 2007, 179; C. McLachlan/L. Shore/M. Weiniger, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, 2007, 57, Rn. 3.40.

¹³⁷ OECD, *Transparency and Third Party Participation*, in: *Investor-State Dispute Settlement Procedures: Statement by the OECD Investment Committee 2005*, 1.

¹³⁸ Regel 32 Abs. 2 der neuen Verfahrensordnung. Aus der Rechtspraxis siehe etwa *Agua Argentina Sa, Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic* (Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae*), ICSID Case No. ARB/03/19, 19.5.2005, para. 6. Dazu C. McLachlan (Anm. 136).

bb) Die Intervention Dritter

Auch in der Erweiterung der Teilnahme zeigen sich verfahrensrechtliche Reaktionsmöglichkeiten auf die Rechtfertigungsprobleme richterlicher Herrschaftsausübung. Im verfahrensrechtlich wegweisenden *Pulau Ligitan* Fall lockerte der IGH etwa die Voraussetzungen und erlaubte prinzipiell die Intervention einer Partei, die selbst keine Verbindung zu den Streitparteien vorweisen kann, wenn sie eine Zuständigkeit des Gerichts für den anhängigen Streitfall begründen könnte (sog. jurisdictional link).¹³⁹ In den Tendenzen zur Erweiterung der Partizipation am Verfahren drückt sich eine Anerkennung der über die Streitparteien hinaus wirkenden Kraft der Rechtsprechung aus; ein Beweis für die zunehmende Anerkennung der Tatsache, dass das Verständnis der richterlichen Entscheidung als Rechtserkenntnisakt und die Konzeption des Urteils als lediglich die Streitparteien bindend zu kurz greift.¹⁴⁰

Im Verfahren der WTO können sich Vertragsparteien, die nicht Streitparteien sind, seit jeher in sämtlichen Verfahrensstufen (Konsultation, Panelverfahren, Berufungsverfahren, multilaterale Überwachung der Durchsetzungsmaßnahmen) beteiligen.¹⁴¹ Im Gegensatz zum IGH und auch ITLOS haben intervenierende Parteien dem Vertragstext nach allerdings nicht das Recht, allen Anhörungen beizuwohnen. Wann und wie oft sie angehört werden, liegt in der weitgehenden Diskretion des Panels.¹⁴² Im *EC-Bananas III* Fall beantragte eine große Zahl von Entwicklungsländern, an allen Anhörungen teilnehmen zu können. Das Panel hielt fest, dass solche Erweiterungen bislang stets mit der Zustimmung der Streitparteien erfolgt seien, an der es im gegenwärtigen Fall fehle. Im gleichen Atemzug gewährte das Panel diesen Staaten dennoch die Teilnahme und begründete dies mit den besonderen Implikationen, vor allem den wirtschaftlichen Auswirkungen des EC-Bananenregimes.¹⁴³ In der Rechtsprechungspraxis hat sich die Interpre-

¹³⁹ *Case concerning Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Urteil vom 23.10.2001, Application by the Philippines for Permission to Intervene, ICJ Reports (2001), 575, para. 35 f.

¹⁴⁰ A. Zimmermann, International Courts and Tribunals, Intervention in Proceedings, in: R. Wolfrum (Anm. 3), Rn. 4.

¹⁴¹ Art. 4 Abs. 11, Art. 10, und Art. 17 Abs. 4 DSU. Vgl. M. Hilf, § 27. Das Streitbeilegungssystem der WTO, in: M. Hilf/S. Oeter, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, 2005, 505 (521); D. McRae, What is the Future of WTO Dispute Settlement?, JIEL 7 (2004), 2.

¹⁴² Art. 10 und Appendix 3(6) DSU. Vgl. K. Arend, Article 10 DSU, in: R. Wolfrum/P.-T. Stoll/K. Kaiser, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Bd. 2, 2006, 373.

¹⁴³ Siehe P. van den Bossche, The Law and Policy of the World Trade Organization, 2008, 279.

tation bewährt, dass besondere Umstände erweiterte Teilnahmemöglichkeiten rechtfertigen können.

In der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zeigt sich nach wie vor, dass die Verhandlungslogik der Schiedsgerichtspraxis wenig Raum für die Teilnahme dritter Akteure lässt. Dafür gibt es gute Gründe, die sich auch schon gegen die Transparenz und Öffentlichkeit des Verfahrens gestemmt haben: effektive Streitbeilegung im konkreten Einzelfall, delikate Zugeständnisse und Kompromisse, die nur in Vertraulichkeit getroffen werden mögen, als auch die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen.¹⁴⁴ Dennoch zeichnen sich auch hier Tendenzen zur Erweiterung des Verfahrens ab, die allerdings besser im Rahmen der Rolle von *amicus curiae* zu diskutieren sind.

cc) *Amicus Curiae*

Als *amici curiae* treten meist Akteure auf, die kein rechtlich begründetes Interesse am Fall haben.¹⁴⁵ Insbesondere NGOs können legitimatorische Potenziale erschließen: Sie können eine Transmissionsfunktion zwischen dem Verfahren und einer globalen oder nationalen Öffentlichkeit übernehmen, zusätzliche Perspektiven einbringen sowie durch Skandalisierungsprozesse Diskussionen entfachen und Öffentlichkeiten mobilisieren. Zudem besitzt die zivilgesellschaftliche Peripherie gegenüber Akteuren im Zentrum der politischen Entscheidungsfindung nicht selten eine größere Sensibilität, insbesondere für soziale und ökologische Fragen.¹⁴⁶

Das Verfahrensrecht des IGH und des ITLOS sieht nicht vor, dass *amici curiae* Eingaben in Streitverfahren machen können.¹⁴⁷ 1950 lehnte der Kanzler des IGH in einem der ersten Fälle überhaupt das Gesuch einer NGO ab, schriftliche und mündliche Stellungnahmen abzugeben.¹⁴⁸ Ande-

¹⁴⁴ J. Delaney/D. B. Magraw, Procedural Transparency, in: P. Muchlinski/F. Ortino /C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2009, 721 (775).

¹⁴⁵ P. Sands/R. Mackenzie, International Courts and Tribunals, *Amicus Curiae*, in: R. Wolfrum (Anm. 3), Rn. 2.; A. Zimmermann (Anm. 140), Rn. 1. Die Terminologie ist keineswegs einheitlich. Siehe L. Vierucci, NGOs before International Courts and Tribunals, in: P.-M. Dupuy/L. Vierucci, *NGOs in International Law. Efficiency in Flexibility?*, 2008, 155 (156); H. Ascensio, *L' amicus curiae devant les juridictions internationales*, RGDIP 105 (2001), 897.

¹⁴⁶ J. Habermas (Anm. 1), 367, 462; J. Habermas (Anm. 108); P. Nanz/J. Steffek, Zivilgesellschaftliche Partizipation und die Demokratisierung internationalen Regierens, in: P. Niesen/B. Herborth, *Anarchie der kommunikativen Freiheit, Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik*, 2007, 87; J. v. Bernstorff, Zivilgesellschaftliche Partizipation in Internationalen Organisationen: Form globaler Demokratie oder Baustein westlicher Expertenhegemonie?, in: H. Brunkhorst (Anm. 117), 277.

¹⁴⁷ R. Wolfrum (Anm. 129), 429.

¹⁴⁸ Die Antwort war einfach, da die NGO versucht hatte, sich auf Art. 34 IGH-Statut zu beziehen, der im relevanten Abs. 3 auf öffentliche internationale Organisationen gemünzt ist.

res gilt, wenn der IGH in seiner Gutachterfunktion tätig wird.¹⁴⁹ So erhielt dieselbe NGO vom Kanzler des Gerichtshofs im gleichen Jahr eine positive Antwort und konnte als *amicus curiae* im Gutachtenverfahren zum internationalen Status Süd-West Afrikas auftreten.¹⁵⁰ Seit dem *Gabcikovo-Nagymaros* Fall ist außerdem klar, dass *amicus curiae* Eingaben über eine der Streitparteien eingeführt werden können.¹⁵¹ Darüber hinaus ist der Umgang mit *amicus curiae* Eingaben innerhalb des IGH stark umstritten, und diese Gegensätze haben Entwicklungen, wie sie sich in anderen Institutionen finden, bislang verhindert.¹⁵² Prononciert war die Position des ehemaligen Präsidenten *Gilbert Guillaume*, der befand, dass sich Staaten und intergouvernementale Institutionen schützen müssten vor “powerful pressure groups which besiege them today with the support of the mass media”, und der daher *amicus curiae* Eingaben abzuwehren wünschte.¹⁵³

Die vertraglichen Grundlagen der WTO machen ebenfalls keine Vorgaben zum Umgang mit *amicus curiae* Eingaben, hier hat die Rechtspraxis sich jedoch geöffnet, begleitet von einer breiten Diskussion.¹⁵⁴ Bereits im *US-Gasoline* Fall drangen NGOs darauf, Stellungnahmen einzureichen, wurden mir ihren Anliegen allerdings vom Panel schlicht ignoriert. Im wegweisenden *US-Shrimp* Fall lehnte das Panel die Annahme von *amicus curiae* Eingaben ab, wurde jedoch vom Berufungsgremium (Appellate Body) eines Besseren belehrt, das festhielt “[t]he 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 proceeding, ample and extensive authority to undertake and to control the process by which it informs itself both of the

Die einfache Feststellung, dass die NGO keine öffentliche internationale Organisation ist, reichte also als Antwort. Siehe *P.-M. Dupuy*, Article 34, in: A. Zimmermann/C. Tomuschat/K. Oellers-Frahm (Anm. 83), 545 (548); A.-K. Lindblom, Non-Governmental Organizations in International Law, 2005, 303; *E. Valencia-Ospina*, Non-Governmental Organizations and the International Court of Justice, in: T. Treves/M. Frigessi di Rattalma/A. Tanzi/A. Fodella/C. Pitea/C. Ragni, Civil Society, International Courts and Compliance Bodies, 2005, 227.

¹⁴⁹ Art. 66 IGH-Statut.

¹⁵⁰ A.-K. Lindblom (Anm. 148).

¹⁵¹ Case concerning the *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 25.9.1997, ICJ Reports 1997, 7.

¹⁵² Siehe die *Practice Direction XII* (2004) des IGH.

¹⁵³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8.7.1996, Separate Opinion, Judge *Guillaume*, ICJ Reports 1996, 287.

¹⁵⁴ *R. Howse*, Membership and Its Privileges: the WTO, Civil Society, and the Amicus Brief Controversy, *ELJ* 9 (2003), 496; *P. C. Mavroidis*, Amicus curiae briefs before the WTO, Much Ado about Nothing, in: A. v. Bogdandy/Y. Mény/P. Mavroidis, European Integration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann, 2002, 317; *D. McRae* (Anm. 141).

relevant facts of the dispute and of the legal norms and principles applicable to such facts.”¹⁵⁵

ICSID-Verfahren waren lange abgeschottet gegenüber jeder Beteiligung jenseits der unmittelbaren Streitparteien, doch auch hier hat eine Erweiterung der Teilnahmemöglichkeiten von *amici curiae* stattgefunden.¹⁵⁶ Die North American Free Trade Agreement (NAFTA) Free Trade Commission verabschiedete 2004 eine Stellungnahme, in der sie festhielt, dass die Verfahrensregeln einer Stellungnahme Dritter nicht prinzipiell entgegenstünden und dass Panels sich in ihrer prozessualen Entscheidung auch davon leiten lassen sollten, ob der Fall ein öffentliches Interesse betrifft.¹⁵⁷ Auch das OECD Investment Committee führt im bereits erwähnten Bericht 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 regulations.”¹⁵⁸ 2006 wurde auf die Rechtspraxis und rechtspolitischen Überlegungen in der Überarbeitung des ICSID-Verfahrensrechts mit einem neuen Art. 37 zur Eingabe von Nicht-Streitparteien und *amicus curiae* reagiert.¹⁵⁹

c) Politisierung

Die Diskurstheorie lehrt, die Gerichtsbarkeit in den Gesamtzusammenhang demokratischer Politik einzubetten. Der Erfolg vieler internationaler Gerichte führt damit zur Frage einer begleitenden Politisierung im internationalen System, die im Mittelpunkt von *Habermas’* völkerrechtstheoretischen Schriften steht. Seine weit in die Zukunft weisende Konzeption fordert einen parlamentarischen Umbau der VN-Generalversammlung.¹⁶⁰ Auch diesseits jenes Projektes gibt es jedoch Möglichkeiten zur Politisie-

¹⁵⁵ *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12.10.1998, para. 106. Bedeutend war außerdem der *EC-Asbestos* Fall; siehe insbesondere WTO Appellate Body Communication, WT/DS135/9, 8.11.2000, und die *Minutes of the Meeting of the General Council Held on 22 November 2000*, WT/GC/M/60, 23.1.2001.

¹⁵⁶ Siehe *J. Delaney/D. B. Magraw*, Procedural Transparency, in: P. Muchlinski/F. Ortino/C. Schreuer (Anm. 144), 721-788.

¹⁵⁷ NAFTA Free Trade Commission, Recommendation on Non-disputing Party Participation, 7.10.2004.

¹⁵⁸ OECD (Anm. 137).

¹⁵⁹ Art. 37 Abs. 2 Arbitration Rules. Siehe auch ICSID Discussion Paper “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, 22.10.2004.

¹⁶⁰ *J. Habermas*, Konstitutionalisierung (Anm. 9).

zung. Drei Verwendungsweisen des Begriffs der Politisierung lassen sich für die Zwecke unseres Beitrags unterscheiden: Die erste steht in realistischer Tradition. "Politik" bedeutet danach die Auseinandersetzung zwecks strategischer Interessenverfolgung, die auf internationaler Ebene kaum durch rechtliche Bindungen gehegt ist.¹⁶¹ Politisierung in diesem Sinne vermag kaum auf Rechtfertigungsprobleme zu reagieren. In einem liberalen Verständnis steht das Verhandeln von Interessen in demokratischen Verfahren im Vordergrund, die einen Rechtfertigungszusammenhang aufspannen.¹⁶² Die Voraussetzungen für eine Politisierung in diesem Sinne sind auf internationaler Ebene mindestens prekär. Wir verstehen hingegen Politisierung in einem dritten Sinne als die Schaffung oder verstärkte Nutzung multilateraler und rechtlich gehegter Räume, in denen verschiedene politische Akteure ihre Interessen und Überzeugungen einbringen und diskutieren können.¹⁶³

Eine Reihe von Anknüpfungspunkten sei hervorgehoben: Im institutionellen Rahmen der WTO beklagten drei ehemalige Direktoren in Erkenntnis der legitimatorischen Grenzen gerichtlicher Rechtsfortbildung, es gefährde die Organisation nachhaltig, dass WTO-Mitglieder das Streitbeilegungsverfahren nutzen "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".¹⁶⁴ Dies lenkt den Blick auf die Verfahren politischer Rechtsetzung in internationalen Organisationen, die, ungeachtet bekannter Probleme, doch in vielen Konstellationen überzeugender als gerichtliche Verfahren mit regelungsbedürftigen Sachverhalten umgehen können.¹⁶⁵ Zu betonen ist auch die Einflussmöglichkeit auf die Rechtsprechung über authentische Interpretationen.¹⁶⁶ Solche Versuche sind jedoch nicht immer erfolgreich. Die Interpretation der NAFTA Free Trade Commission zum höchst umstrittenen *fair and equitable treatment*-Standard im Zuge des *Pope & Talbot Falls*, der eine extensive Auslegung zu beschränken sucht, ist in der gerichtsförmigen Bearbeitung der Streitfälle zumindest zunächst wirkungslos geblieben.¹⁶⁷

¹⁶¹ M. Weber (Anm. 46), 506.

¹⁶² R. Forst, Das Recht auf Rechtfertigung, 2007, 7; H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, 27 f. unterscheidet "Politik als Ethik" von der "Politik als Technik".

¹⁶³ I. Venzke (Anm. 74), 1425.

¹⁶⁴ A. Dunkel/P. Sutherland/R. Ruggiero, Statement on the Multilateral Trading System, 1.2.2001.

¹⁶⁵ Ausführlich I. Feichtner, The Waiver Power of the WTO: Opening the WTO for Political Debate on the Reconciliation of Public Interests, EJIL 20 (2009), 615.

¹⁶⁶ S. Schill (Anm. 6), 268 ff.

¹⁶⁷ NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31.7.2001. S. Schill (Anm. 6), 268 ff. Jüngere Schiedssprüche hingegen scheinen die

Als weitere Form der Politisierung kann man die gerichtliche Strategie verstehen, von der materiellen Deutung einer streitbefangenen Norm abzu- sehen und ihr stattdessen verfahrensrechtliche Vorgaben zu entnehmen, die zu einer diskursiven Bearbeitung des Konflikts durch politische Akteure und Streitparteien führen. So hat das Berufungsgremium der WTO Art. XX GATT dergestalt interpretiert, dass ein regulierender Staat betroffenen Akteuren aus anderen Staaten in seiner Entscheidungsfindung und Normanwendung Verfahrensrechte einräumen muss.¹⁶⁸ Ähnlich hat das ITLOS Verfahrensrechte des Flaggenstaats im innerstaatlichen Verfahren des Küstenstaates bei der Durchsetzung von Vorschriften (Art. 73 SRÜ) begründet.¹⁶⁹ Dieser Ansatz führt also dazu, dass die Konfliktparteien in einem völkerrechtlich gehegten Verfahren und im Schatten erneuter gerichtlicher Kontrolle ihren Streit beilegen sollen. Dies nimmt eine verfassungstheoretische Position für die Verfassungsgerichtsbarkeit auf, wonach Verfassungsgerichte dem demokratischen Prinzip am besten dadurch dienen, dass sie einen fairen politischen Prozess fördern.¹⁷⁰ Es kann also der demokratischen Rechtfertigung internationaler Rechtsprechung dienen, dass das internationale Gericht nicht selbst eine substantielle Interpretation vorgibt, sondern die Bearbeitung der Frage, multilateral gehegt, erneut an die Streitparteien überantwortet.

Nicht zuletzt ist auf die Möglichkeit einer Politisierung im Verfahren richterlicher Rechtsfortbildung selbst hinzuweisen. Art. 15 DSU etwa sieht vor, dass ein WTO Panel den Streitparteien vor der abschließenden Entscheidung einen Zwischenbericht vorlegt, „der sowohl die beschreibenden Teile als auch die Feststellungen und Schlussfolgerungen des Panels enthält“.¹⁷¹ Die Parteien können daraufhin die Durchführung einer neuen Sitzung verlangen. Damit eröffnet das WTO-Verfahren die Möglichkeit des Diskurses zu gerichtlichen Feststellungen *vor* der Entscheidung. Dies ver-

Interpretation durch die Free Trade Commission strikter anzuwenden. Siehe, *Glamis Gold v. US*, Award, 8.6.2009, Rn. 598 ff.

¹⁶⁸ So ein wichtiger Rechtsprechungsstrang der WTO, *US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* WT/DS2/AB/R, 29.4.1996, 22; *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 DSU*, WT/DS58/AB/R, 22.10.2001, para. 164, 167. Näher *A. v. Bogdandy*, Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO Law and the Prospects of Its Proceduralization, in: S. Griller, *International Economic Governance and Non-Economic Concerns*, 2003, 103.

¹⁶⁹ The „*Juno Trader*“ Case (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau*), Prompt Release, ITLOS, 18.12.2004, para. 77, 102.

¹⁷⁰ *J. Habermas* (Anm. 1), 320; *J. H. Ely*, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, 1980, 100; ausführlich *U. Haltern*, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Miss-trauen*, 1998.

¹⁷¹ *P.-T. Stoll/K. Arend*, Article 15 DSU, in: R. Wolfrum (Anm. 142), 435 (440 f.).

mindert die Gefahr disfunktionaler Rechtsfortbildungen, die oft durch kommunikative Sackgassen verursacht sind, die sich in Richterkollegien ergeben, deren Arbeit nicht immer dem diskursiven Ideal nahekommmt. Hier zeigt sich, dass auch die internen Gerichtsverfahren manches Diskursförderndes von der internationalen Entwicklung lernen können.

2. Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Wahl internationaler Richter

a) Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

Der Königsweg, öffentliche Gewalt demokratisch zu rechtfertigen, führt über die Wahl der Amtsinhaber. Entsprechend sehen viele staatliche Verfassungen heute eine parlamentarische Rolle bei der Wahl von Verfassungsrichtern vor.¹⁷² Nach herrschender Auffassung zielen die Bestimmungen zur Richterernennung in erster Linie darauf, die Richterpersönlichkeit von Einflussnahmen von außen abzuschirmen. Schon der zweite Artikel des IGH-Statuts bestimmt, dass der Gerichtshof bestehen muss "aus unabhängigen Richtern, die ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit unter Personen von hohem sittlichen Ansehen ausgewählt werden, welche die in ihrem Staat für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Völkerrechtsgelehrte von anerkanntem Ruf sind".¹⁷³ Ähnliche Bestimmungen finden sich in allen Gerichtsstatuten.¹⁷⁴

Die verschiedenen Verfahren weisen insgesamt große Gemeinsamkeiten auf. Meist kommt dem UN Generalsekretär oder den Sekretariaten der sektoralen Organisationen die Initiative zu, Staaten zu Nominierungen aufzufordern. Die benannten Kandidaten werden dann von einem Plenarorgan der Organisation oder einer Staatenvollversammlung gewählt – so etwa paradigmatisch für den IGH: Richter werden mit absoluter Mehrheit in geheimer Wahl von der Generalversammlung und dem Sicherheitsrat auf neun

¹⁷² Vgl. nur Art. II (2) Satz 2 Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika; Art. 94 GG; Art. 150 Verfassung von Estland; Art. 135 Verfassung von Italien; Art. 85 Verfassung von Lettland; Art. 103 Verfassung von Litauen; Art. 147 österreichisches Bundesverfassungsgesetz; Art. 149 Verfassung von Polen; Art. 159 Verfassung von Spanien. Siehe außerdem *K. Maleson/P. Russell*, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, 2006; *C. N. Tate/T. Vallinder*, *The Global Expansion of Judicial Power*, 1995.

¹⁷³ Art. 2 StIGH-Statut entspricht Art. 4 IGH-Statut.

¹⁷⁴ Siehe die Übersicht bei *N. Grossman*, *Legitimacy and International Adjudicative Bodies*, *George Washington International Law Review* (2009), im Erscheinen.

Jahre mit der Möglichkeit der Wiederwahl bestellt. Von den 15 Richtern darf nicht mehr als einer Angehöriger desselben Staates sein, und zudem soll die Richterbank die "hauptsächlichen Rechtssysteme der Welt" repräsentieren.¹⁷⁵ Letzteres kann als Anerkennung des Einflusses der (juristischen) Sozialisierung auf die Rechtsinterpretation verstanden werden.¹⁷⁶ In Spannung zur richterlichen Unabhängigkeit steht die Regel, dass Streitparteien, die keinen Richter ihrer Staatsangehörigkeit im Gericht haben, einen *ad hoc* Richter benennen können.¹⁷⁷

Untersuchungen der Wahlpraxis zu internationalen Gerichten heben die Dominanz der Exekutiven hervor. Ausgangspunkt ist oft die politische Stellung des Staates in dem jeweiligen internationalen Regime, die seine Chance, einen Posten zu besetzen, maßgeblich determiniert, woraufhin dann ein Kandidat gesucht wird. Die Kandidaten werden dann zumeist mit gewichtiger Unterstützung und hohen politischen Investitionen der jeweiligen Regierung in eine Art Wahlkampf geführt. Ohne substantielle Unterstützung durch staatliche Organe sind die Erfolgchancen eines Kandidaten zumeist verschwindend gering.¹⁷⁸

Rechtspolitische Vorschläge für das Wahlverfahren zielen ganz überwiegend auf die Qualifikationen der Richter, ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Einen ersten Anknüpfungspunkt bilden die Amtszeit und die Möglichkeit der Wiederwahl. Bei einer längeren einmaligen Amtsdauer würde die Abhängigkeit des Richters von der Unterstützung seiner Regierung, auf die er bei einer Wiederwahl angewiesen wäre, schwinden.¹⁷⁹ Zwecks einer besseren Bewertung der Kandidaten sieht das IStGH-Statut etwa vor, dass Staaten eine Kandidatur begründen müssen.¹⁸⁰ Und der seit

¹⁷⁵ Art. 3, 4, 9, 10 und 13 IGH-Statut.

¹⁷⁶ Siehe *L. V. Prott*, *The Latent Power of Culture and the International Judge*, 1979.

¹⁷⁷ Art. 31 Abs. 2 und 3 IGH-Statut; vielleicht gar ein Verrat an der Sache, *I. Scobbie*, *Une hérésie en matière judiciaire? The Role of the Judge ad hoc in the International Court*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4 (2005), 421. Auch das weit jüngere ITLOS lässt *ad hoc* Richter zu, Art. 17 ITLOS-Statut.

¹⁷⁸ *P. Sands*, *The Independence of the International Judiciary: Some Introductory Thoughts*, in: *S. Charnovitz/D. Steger/P. van den Bossche*, *Law in the Service of Human Dignity. Essays in Honour of Florentino Feliciano*, 2005, 313 (319); *D. Terris/C. Romano/L. Swigart*, *The International Judge: An Inquiry into the Men and Women Who Decide the World's Cases*, 2007, 23.

¹⁷⁹ *R. Mackenzie/P. Sands*, *Judicial Selection for International Courts: Toward Common Principles and Practices*, in: *K. Malleson/P. Russell* (Anm. 172), 213 (223); *R. D. Keohane/A. Moravcsik/A.-M. Slaughter*, *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*, *International Organization* 54 (2000), 457 (476).

¹⁸⁰ Art. 36 Abs. 3 IStGH-Statut. Siehe *R. Mackenzie/P. Sands* (Anm. 179), 228.

2005 operative Karibische Gerichtshof ist das erste internationale Gericht, das eine Kommission zur Richterbenennung einsetzt.¹⁸¹

Neben der Ebene der Wahl enthalten die Statuten internationaler Gerichte Vorgaben zur Amtsausübung – etwa über Befangenheit und Nebentätigkeiten, die in einer Reihe von Fällen der letzten Zeit größere Aufmerksamkeit gewonnen haben.¹⁸² Unter anderem setzte sich das International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) mit dem Einwand der Befangenheit eines Richters auseinander und stellte im *Furundzija* Fall Kriterien auf, denen zufolge eine tatsächliche oder, unter weiteren Voraussetzungen, möglich erscheinende Voreingenommenheit eines Richters zum Ausschluss vom Verfahren führen kann.¹⁸³ Einige Gerichte, deren Statut keine oder unzureichende Bestimmungen zu Nebentätigkeiten machen, haben außerdem in eigenständiger Initiative Direktiven erlassen, die entsprechende Verhaltensregeln beinhalten.¹⁸⁴

Anforderungen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit internationaler Richter sowie die Sicherstellung juristischer Kompetenz und der ethischen Integrität der Richterbank sind wichtig, und ihre rechtspolitische Umsetzung ist weiter voranzutreiben. Sie können die Frage nach dem demokratischen Potenzial der Richterwahl jedoch nicht erledigen, insbesondere dort nicht, wo Gerichte in gesellschaftlich umstrittenen Bereichen rechtschöpferisch tätig werden. Hier ist die rechtspolitische Ausrichtung des Richters von zentraler Bedeutung. Rechtfertigungsprobleme von Herrschaft, die Wahl zwischen konkurrierenden Möglichkeiten rechtlicher Gestaltung, kann unter demokratischen Vorzeichen nicht mit Verweis auf das "hohe sittliche Ansehen" (Art. 2 IGH-Statut) der Herrscherperson begegnet werden. Dies führt zur Frage nach dem Fluchtpunkt demokratischer Rechtfertigung. In wessen Namen wird entschieden und welches Forum ist zur Wahl unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten berufen?

¹⁸¹ *D. Byron/C. Malcolm*, Caribbean Court of Justice (CCJ), in: R. Wolfrum (Anm. 3); *R. Mackenzie/S. Philippe*, Judicial Selection for International Courts: Towards Common Principles and Practices in: K. Malleson/P. Russell (Anm. 172), 213 (228).

¹⁸² Art. 49 Abs. 2 IStGH-Statut; Art. 7 Abs. 1 ISGH-Statut; *Y. Shany/S. Horowitz*, Judicial Independence in The Hague and Freetown: A Tale of Two Cities, LJIL 21 (2008), 113.

¹⁸³ *Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1 A, Judgment, 21.7.2000, para. 189.

¹⁸⁴ *S. Shetreet*, Standards of Conduct of International Judges: Outside Activities, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 2 (2003), 127.

b) Wahl und demokratisches Forum

Bei der staatlichen Verfassungsgerichtsbarkeit spricht vieles dafür, die Vertretung des demokratischen Souveräns mit der Richterwahl zu befassen. Dies bedeutet zumeist eine parlamentarische Beteiligung, diskurstheoretisch ergänzt durch die Forderung nach einer Öffentlichkeit in diesem Verfahren. Doch welche Institutionen und Gremien sollen internationale Richter bestimmen, solange die Völker, die der Gerichtsbarkeit unterworfen sind, nicht ein eigenes Volk gebildet haben? Bekanntermaßen hat diese Frage, wenngleich in anderem Zuschnitt, bereits *Kant* Kopfzerbrechen bereitet.¹⁸⁵ Drei Antworten mit unterschiedlichen Stoßrichtungen zeichnen sich ab.¹⁸⁶

Der traditionelle intergouvernementale Ansatz führt die Gerichtsbarkeit auf die sie gründenden Staaten zurück, so dass es maßgeblich auf die staatlichen Regierungen als völkerrechtlich berufene Repräsentanten (vgl. nur Art. 7 Abs. 2 WVRK) ankommt. Die Bestimmung der Richter ist danach als Teil der Außenpolitik ihre ureigene Angelegenheit; dieser Ansatz liegt den meisten Verfahren der Richterbestimmung zugrunde. Es erscheint als eine traurige Ironie der Weltgeschichte, dass dieses Verfahren sich in seltener Reinheit bei der Bestimmung der Richter des Gerichtshofs der Europäischen Union gehalten hat (Art. 223 EG), der mehr als alle anderen Gerichte zur Überwindung des klassischen Völkerrechts beigetragen hat.¹⁸⁷ Bisweilen wird aus dieser Konzeption sogar die Forderung abgeleitet, dass die Richter dem Einfluss ihrer nationalen Regierung unterliegen sollten: Nur so könne sichergestellt werden, dass der Wille der Vertragsparteien in einer effizienten Weise zur Geltung gebracht wird.¹⁸⁸

Der liberale Ansatz akzeptiert nicht die Trennung von Innen- und Außenpolitik, die in der Tat im Zuge der Globalisierung vieler Lebensbereiche überaus problematisch erscheint, und plädiert für eine Angleichung der Ver-

¹⁸⁵ Ausführlich *A. v. Bogdandy/S. Dellavalle* (Anm. 13).

¹⁸⁶ Ähnlich mit Blick auf die Legitimation internationaler Bürokratien *N. Krisch*, *The Pluralism of Global Administrative Law*, *EJIL* 17 (2006), 247 (253); *E. de Wet*, *Holding International Institutions Accountable: The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review*, *GLJ* 11 (2008), 1987 (1989 f.).

¹⁸⁷ Zur Kritik *V. Epping*, *Die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften*, *Der Staat* 37 (1997), 349; *P. M. Huber*, Art. 223, in: R. Streinz, *EGV/EUV, EGV*, Rn. 1. Der Vertrag von Lissabon hat dies etwas geändert, vgl. Art. 253, 255 VAEU.

¹⁸⁸ *E. Posner/J. Yoo*, *Judicial Independence in International Tribunals*, *Cal. L. Rev.* 93 (2005), 1.

fahren der Bestellung von hohen staatlichen und internationalen Richtern. Dies führt zu einer wesentlichen Beteiligung der staatlichen Parlamente.¹⁸⁹

Der kosmopolitische Ansatz zielt hingegen auf ein neues, überstaatliches Forum. Er sieht die Bürger als letzten Bezugspunkt der Rechtfertigung hoheitlicher Gewalt und misst ihnen neben der staatsbürgerlichen eine weltbürgerliche Dimension zu, die sie in eine Beziehung zu überstaatlichen Institutionen bringt; danach können überstaatliche parlamentarische Gremien eine legitimierende Funktion bei der Richterwahl ausüben.¹⁹⁰ In diesem Sinne lässt sich, wenngleich auf regionaler Ebene, deuten, dass die Parlamentarische Versammlung des Europarats die Richter an den EGMR wählt.¹⁹¹ Seit 1998 birgt die Befragung der Kandidaten in einem Unterausschuss das Potenzial zur Herausbildung einer gewissen Öffentlichkeit. Zudem hat das Verfahren mit der Zurückweisung einer Kandidatenliste, die keine Kandidatin enthielt, eine positive Politisierung erfahren.¹⁹²

c) Überstaatlicher Parlamentarismus

Wie tragfähig ist der kosmopolitische Ansatz? Kann die Wahl von internationalen Richtern durch internationale Organe einen demokratischen Gehalt vermitteln, oder ist der kosmopolitische Ansatz der Richterwahl demokratiethoretisch ein Irrweg? Diesbezüglich ist die grundbegriffliche Fortentwicklung von Demokratie, Verfassung und Recht für die postnationale Konstellation eines von *Habermas'* Anliegen. Die enge Verklammerung der Begriffe mit dem Staat wird gelockert, und die Frage nach demokratischer Legitimation in der politisch verfassten Weltgesellschaft wird gestellt, ohne einen staatlichen Charakter derselben zu unterstellen oder auch nur anzustreben.¹⁹³ Die intersubjektivitätstheoretische Prozeduralisierung des Begriffs der Volkssouveränität erlaubt es, Demokratie ohne Volk in über-

¹⁸⁹ So soll der von Deutschland für den EuGH bestimmte Richter künftig mit parlamentarischer Beteiligung bestimmt werden, § 1 Abs. 3 Richterwahlgesetz in der Fassung des Gesetzes über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 22.9.2009.

¹⁹⁰ Zu überstaatlichen parlamentarischen Einrichtungen *F. Arndt*, Parliamentary Assemblies, International, in: R. Wolfrum (Anm. 3).

¹⁹¹ Art. 22 EMRK. Zu den Anforderungen näher *J. A. Frowein*, Art. 22, in: *J. A. Frowein/W. Peukert*, EMRK-Kommentar, 2009, Rn. 2 f.

¹⁹² Hierzu das Gutachten des EGMR nach Art. 47 EMRK, *Gutachten über Rechtsfragen betreffend die Liste der Kandidaten für die Wahl zum Richter des EGMR* vom 12.2.2008. Der drastischen Unterrepräsentation von Frauen versuchen einige Statuten zu begegnen, 36(8)(a)(iii) IStGH-Statut.

¹⁹³ *J. Habermas*, Die postnationale Konstellation, 1998, 165.

staatlichen Verfahren zu denken. Zugleich unterstreicht Habermas jedoch, dass die in staatlichen Verfassungsordnungen organisierten demokratischen Verfahren der Meinungs- und Willensbildung eine Errungenschaft bilden, deren Qualität überstaatlich derzeit kaum reproduzierbar ist.¹⁹⁴ Die Legitimation neuer Formen von Hoheitsgewalt in der postnationalen Konstellation sollte daher an die bestehenden, aber für die globalen Institutionen unzureichenden Legitimationswege des demokratischen Rechtsstaats anknüpfen und durch eigenständige Legitimationsgründe ergänzen.¹⁹⁵

Habermas' Konzeption einer Weltinnenpolitik konzentriert sich bislang auf politische Institutionen. Er unterscheidet in der Verfassung der Weltgesellschaft das Weltbürgerrecht der Individuen gegenüber jeglicher hoheitlicher Gewalt vom staatszentrierten Völkerrecht. Die Legitimationsanforderungen für beide Ordnungen sind unterschiedlich.¹⁹⁶ Das Weltbürgerrecht begründet eine globale supranationale Ordnung, die auf die Friedenssicherung und die globale Durchsetzung der Menschenrechte zielt. Es stützt sich auf Lernprozesse des demokratischen Rechtsstaats und auf normative Substanzen, die sich in diesem herauskristallisiert haben.¹⁹⁷ Diese Legitimationsquelle ist schmal, soll aber in dem engen Aufgabenbereich der supranationalen Organisation ausreichend sein.¹⁹⁸ Andere Fragen der Weltinnenpolitik müssen im Verhandlungsmodus des Völkerrechts, in internationalen Verhandlungssystemen, in denen sich Repräsentanten von Staatsbürgern gegenüberstehen, bearbeitet werden. Diese knüpfen an den demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozess und dessen Legitimationspotenzial an. Wichtig ist hier insbesondere die Partizipation von Nichtregierungsorganisationen, die eine Mittlerfunktion zwischen transnationaler Verhandlung und nationaler Öffentlichkeit einnehmen sollen und auch einnehmen. Der politische Prozess ist auf die Zufuhr informeller öffentlicher Meinungen angewiesen und die Zivilgesellschaft trägt dazu bei, einer Verselbständigung der politischen Elite entgegenzuwirken.¹⁹⁹

¹⁹⁴ J. Habermas (Anm. 108), 140.

¹⁹⁵ J. Habermas (Anm. 15), 362.

¹⁹⁶ J. Habermas, Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?, in: J. Habermas, Zwischen Naturalismus und Religion, 2005, 324 (346). Zu dieser Unterscheidung nach Kant siehe J. Habermas, Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren, in: J. Habermas, Die Einbeziehung des Anderen, 1999, 192 (210).

¹⁹⁷ J. Habermas (Anm. 108), 139.

¹⁹⁸ Uns scheint allerdings fraglich, ob das Gewaltverbot in Art. 2 Nr. 4 SVN, das Selbstverteidigungsrecht des Art. 51 SVN sowie die universellen Menschenrechte wirklich die Präzision besitzen, von der Habermas ausgeht.

¹⁹⁹ Siehe Anm. 146.

Beide Legitimationsstränge treffen sich, so *Habermas*, in der Generalversammlung der Vereinten Nationen.²⁰⁰ Es ist die im Lichte eines globalen Parlamentarismus reformierte Generalversammlung, die den zentralen Platz einnimmt: "diese ist für die Interpretation und Fortentwicklung der politischen Verfassung der Weltgesellschaft und daher für den normativen Rahmen von beidem zuständig, sowohl der Friedens- und Menschenrechtspolitik wie der Weltinnenpolitik."²⁰¹ Sie justiert die Gerechtigkeitsparameter, in deren Rahmen völkerrechtliche Verhandlungen ausgetragen werden.²⁰² Wenn es gelingen sollte, die Generalversammlung nach diesem Modell so zu reformieren, dass sie diese Leistungen tatsächlich erbringt, dann liegt es nahe, sie qualifiziert in die Richterwahl einzubeziehen, so dass die Richter theoretisch abgesichert im Namen der Weltbürger Recht sprechen können.

Aber auch vor der Verwirklichung dieses anspruchsvollen und weit in die Zukunft weisenden Projekts mag die Befassung internationaler Organe mit der Richterwahl eine kosmopolitische Rechtfertigungskomponente zu erzeugen, wenn sie die Wahl in eine globale Öffentlichkeit stellen. Potenzial ist hierfür durchaus gegeben: Erinnerung sei nur an die Mobilisierung gegen die Wahl von *Christopher Greenwood* zum Richter am IGH aufgrund seiner Rechtsgutachten zum Irakkrieg.²⁰³ Allerdings hängt die kosmopolitische Rechtfertigungskomponente an der diskursiven Qualität der möglichen Befassung. Auf jeden Fall zeigt sich danach der Bestellungsmodus der Richter des EGMR als demokratiethoretisch zukunftsweisend.

3. Systematische Interpretation als demokratische Strategie?

Unter III. 3. c) zeigten wir, wie die Fragmentierung des Völkerrechts seine demokratische Legitimation und die Rechtfertigung der Gerichte bedroht. Nunmehr sei erörtert, ob die systematische Interpretation diesem Problem begegnen kann. Nach Artikel 31 (3) lit. c WVK ist in der Vertragsinterpretation "jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz" zu berücksichtigen.²⁰⁴ Der Be-

²⁰⁰ *J. Habermas* (Anm. 15), 368-369.

²⁰¹ *J. Habermas* (Anm. 15), 369.

²⁰² *J. Habermas* (Anm. 15), 376.

²⁰³ <http://opiniojuris.org/2008/11/03/will-the-icj-have-a-us-style-nomination-fight-we-can-only-hope/>.

²⁰⁴ Über die Frage der Reichweite dieser Interpretationsregel ist spätestens 2001 mit dem Bericht der *International Law Commission* (ILC) zur Fragmentierung eine ausgiebige Diskussion entfacht, ILC, *Fragmentation of International Law*, A/CN.4/L.682, 13.4.2006. Siehe den Sonderband *Finnish Yearbook of International Law* 17 (2006); *C. McLachlan*, *The*

richt der International Law Commission (ILC) zur Fragmentierung sieht diese Regel als Ausdruck eines Prinzips der systemischen Integration. Regel und Prinzip, so der Bericht, “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’.”²⁰⁵ Entscheidend sei, dass die Interpretation einer Norm sich auf das System des Völkerrechts als Ganzes beziehe.²⁰⁶

Gewiss ist der Systemgedanke in seinen extremen positivistischen Ausprägungen mit Problemen behaftet und mit philosophischen Ansprüchen überladen.²⁰⁷ Früher wurde das Rechtssystem kryptoidealistisch als dem Recht innewohnend verstanden. Danach trifft der Systemgedanke im Völkerrecht auf enorme Probleme. Im 19. Jahrhundert war das rechtswissenschaftliche Anliegen der juristischen Systembildung eng verbunden mit der Vorstellung einer staatlichen Rechtsordnung, die als Ausdruck eines einheitlichen Staatswillens den Gegenstand der Rechtserkenntnis bilden sollte. Unter dieser Prämisse kann das Völkerrecht natürlich kein System bilden und wurde entsprechend mangels systematischer Einheit als primitive Rechtsordnung begriffen.²⁰⁸

Gibt man das kryptoidealistische und das etatistische Systemverständnis auf, dann erscheint das System als externes Instrument für die Ordnung und Handhabung des Rechts. Der Systemgedanke bildet heute vor allem eine Zielvorgabe der Interpretationspraxis.²⁰⁹ Vor diesem Hintergrund gibt es gute Argumente, die für die Annahme eines Völkerrechtssystems spre-

Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention, ICLQ 54 (2005), 279; *D. French*, Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules, ICLQ 55 (2006), 300.

²⁰⁵ ILC (Anm. 204), para. 479.

²⁰⁶ ILC (Anm. 204), para. 479.

²⁰⁷ Siehe *M. Riedel*, System, Struktur, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, 2004, 285.

²⁰⁸ So noch *H. L. A. Hart*, The Concept of Law, 1997 [1961], 92, 156, 214. Vgl. *D. Kennedy*, Primitive Legal Scholarship, Harv. Int'l L. J. 27 (1986), 1; *M. Craven*, Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law, Finnish Yearbook of International Law 14 (2005), 3 (9).

²⁰⁹ *R. Christensen/H. Kudlich*, Gesetzesbindung. Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, 2008, 139; *S. Oeter*, Vielfalt der Gerichte – Einheit des Prozessrechts?, in: *R. Hofmann/A. Reinisch/T. Pfeiffer/S. Oeter/A. Stadler*, Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft, 2007, 149 (158); *B. Simma/T. Kill*, Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology, in: *C. Binder/U. Kriebaum/A. Reinisch/S. Wittich*, International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer, 2009, 678 (686).

chen.²¹⁰ In der kommunikativen Praxis, also auf Ebene der Interpretation, spielt der Systemgedanke eine zentrale Rolle, gerade unter dem Druck der Fragmentierung. Er ist auch rechtstheoretisch keineswegs überholt, sondern findet sich in der Kontextbedingtheit der Bedeutung einer jeden Regel wieder. Schließlich ist die ausgiebige Diskussion über die Fragmentierung des Völkerrechts und die andauernde Dominanz des Themas eine starke Bestätigung der Existenz eines Rechtssystems. Es geht schließlich um die Ausdifferenzierung von Teilbereichen, die als Teile schon konzeptionell zu einem Ganzen gehören müssen.²¹¹ Nicht zuletzt ist die Pflicht zum systematischen Argument im positiven Recht verankert und Teil des herrschenden juristischen Ethos. Auf das System zu zielen und damit dem Gedanken der Rechtsgleichheit zu dienen, ist Aufgabe eines jeden Interpreten.

Wenngleich sich die Rechtsprechung selten explizit auf Art. 31 (3) lit. c bezieht, so manifestiert sich das Prinzip der systematischen Integration in einer Vielzahl von Begründungen.²¹² Der Internationale Gerichtshof (IGH) hat schon 1971 festgestellt: "an international instrument must be interpreted and applied within the overall framework of the juridical system in force at the time of the interpretation."²¹³ Geradezu diskursprägend ist die Aussage des WTO-Berufungsgremiums in seinem ersten Verfahren überhaupt, das GATT sei nicht in "clinical isolation" zum Völkerrecht zu lesen.²¹⁴ Der wohl am stärksten verrechtlichte und institutionalisierte Teil des weltumspannenden Völkerrechts, das internationale Handelsrecht im Rahmen der WTO, positioniert sich damit als Teil des Ganzen des Völkerrechts. Im klaren Gegensatz zum Rechtssystem der Europäischen Union hat es sich nicht verselbständigt.²¹⁵ Auch Abschottungsversuche, die mit der Figur des *self-contained regime* unternommen werden, schlagen sich nicht entscheidend auf die Leistungsfähigkeit der systemischen Integration durch.²¹⁶

Der praktische Einwand, es könne von keinem Interpreten, auch nicht von internationalen Richtern, erwartet werden, dass er das gesamte Völker-

²¹⁰ B. Simma/D. Pulkowski, Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law, EJIL 17 (2006), 483; P.-M. Dupuy, L'unité de l'ordre juridique international, RdC 297 (2002), 12 (89).

²¹¹ G. W. F. Hegel, Wissenschaft der Logik I, 1932 (1812), 59.

²¹² ILC (Anm. 204), para. 410 ff.

²¹³ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, 16, para. 53.

²¹⁴ States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, 29.4.1996, 17.

²¹⁵ Zu früheren Tendenzen, das GATT als eigene Rechtsordnung zu verstehen, vgl. W. Benedek, Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht, 1990.

²¹⁶ Vgl. B. Simma, Self-Contained Regimes, NYIL 16 (1985), 111; J. Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, 37; ILC (Anm. 204), para. 174.

recht überblicke, ist nicht überzeugend. Dafür bedarf es auch keines idealisierten Richters wie *Dworkins* übermenschlichen *Herkules*, der in Kenntnis des gesamten Systems der zu interpretierenden Norm die einzig richtige Bedeutung zuschreibt.²¹⁷ Systemische Integration ist lediglich die Vorgabe einer Interpretationsregel und die individuelle Entscheidung ist eingebettet in einen größeren diskursiven Kontext.²¹⁸ Im Zuge der Fragmentierung können ausdifferenzierte Perspektiven auch im Dialog *zwischen* den Gerichten in Konkurrenz zueinander treten.²¹⁹ In einem offenen Interpretationsprozess zwischen funktional spezialisierten Gerichten könnten in der gemeinsamen Sprache des Völkerrechts die diversen Perspektiven abgeglichen werden. Dies setzt voraus, dass Gerichte sich einem solchen Dialog öffnen; einige Stimmen von den Richterbanken scheinen dem zugeneigt.²²⁰ Dieser Weg ist vorzuziehen gegenüber anderen Vorschlägen, die auf eine Hierarchisierung durch einen Rechtsweg zum IGH zulaufen oder eine Art Vorlage- oder Gutachterverfahren empfehlen.²²¹ Er vernichtet nicht die Gewinne, die durch funktionale Ausdifferenzierung erzielt werden.

Es mag allerdings sein, dass diese Strategie zu viel Vertrauen in die internationale Richterschaft hat. Wird diese als “epistemic community”²²² oder in Verbindung mit Völkerrechtswissenschaftlern als “invisible college”²²³ gesehen, so könnte gar einer autokratischen Herrschaft der Gerichte das Wort geredet werden. Auf keinen Fall darf die “community” geschlossen und das “college” unsichtbar sein. Eine eigenständige Legitimationsleistung kann überhaupt erst einsetzen, wenn minimale Voraussetzungen für einen legitimationsstiftenden juristischen Diskurs wie Öffentlichkeit, Transparenz und eine angemessene Partizipation vorhanden sind. Gerichtsverfahren sind

²¹⁷ R. *Dworkin* (Anm. 45).

²¹⁸ Vgl. J. *Habermas* (Anm. 1), 275.

²¹⁹ R. G. *Teitel*/R. *Howse*, Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order, *NYU J. Int'l L. & Pol.* 41 (2009), 959; S. *Oeter* (Anm. 209), 167; Y. *Shany*, The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, 2003, 272; H. *Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, 107; P. *Picone*, I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti, *Riv. Dir. Int.* 82 (1999), 325; F. *Salerno* (Anm. 4); L. *Sandrini*, La concorrenza tra il Comitato per i diritti umani e la Corte europea dei diritti dell'uomo nell'esame di istanze individuali: brevi note sulle clausole di coordinamento, in: *Liber Fausto Pocar* (Anm. 4), 837.

²²⁰ T. *Treves* (Anm. 4); R. *Higgins*, A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench, *ICLQ* 55 (2006), 791; B. *Simma*, Fragmentation in a Positive Light, *Mich. J. Int'l L.* 25 (2004), 845.

²²¹ K. *Oellers-Frahm* (Anm. 4); S. *Oeter* (Anm. 209), 167-170.

²²² So D. *Terris*/C. *Romano*/L. *Swigart* (Anm. 178), 64.

²²³ O. *Schachter*, The Invisible College of International Lawyers, *Northwestern University Law Review* 72 (1977), 217; dazu treffend D. *Kennedy*, The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise, *European Human Rights Law Review* 5 (2001), 463.

insgesamt auf eine kritische allgemeine Öffentlichkeit angewiesen, die funktionale Zuschnitte der jeweiligen Regime transzendiert. Voraussetzung für all dies ist eine Sensibilität für Legitimationsprobleme internationaler Rechtsprechung. Dieser Aufsatz versucht, hierzu beizutragen.

V. Die entlastende Rolle verfassungsrechtlicher Organe

Unsere Überlegungen ergeben, dass die demokratische Rechtfertigung internationaler Urteile in diskurstheoretischer Perspektive problematisch ist und diese Problematik nicht einfach behoben werden kann. Strategien des Umgangs müssen genauer ausgearbeitet werden, und es bleibt abzuwarten, wie sie sich in der Praxis bewähren und welche legitimatorischen Wirkungen sie entfalten können. So wird unsere Überzeugung, dass die Ausbildung der internationalen Gerichtsbarkeit eine echte Errungenschaft darstellt, von einem Unbehagen begleitet, dass sie wohl begründeten Legitimationsanforderungen derzeit nicht immer gerecht wird. Der sich daraus ergebenden Spannung lässt sich damit begegnen, dass verfassungsrechtliche Organe rechtliche und politische Verantwortung für die Auswirkungen internationaler Entscheidungen behalten und auf die Entwicklung der internationalen Gerichtsbarkeit zurückwirken.

Rechtlich bedeutet dies, dass die Einwirkung des Völkerrechts und völkerrechtlicher Entscheidungen sich nach Maßgabe des jeweiligen Verfassungsrechts bestimmt, für Deutschland nach Maßgabe des Grundgesetzes und des Primärrechts der Europäischen Union.²²⁴ Konsequenz ist, dass internationale Entscheidungen in der Regel keinen direkten Effekt in der internen Rechtsordnung haben, ihre Umsetzung also eine Zwischenschaltung des internen politischen Systems verlangt.²²⁵ Dies erscheint diskurstheoretisch überzeugend: Zum gegenwärtigen Stand der Entwicklung des Völkerrechts sollte, zumindest in liberalen Demokratien, die Möglichkeit bestehen, den Effekt einer internationalen Norm oder gerichtlichen Entscheidung in der nationalen Rechtsordnung zu bestimmen, soweit die Norm oder Entscheidung im schweren Konflikt zu Verfassungsprinzipien steht. Dieser Ansatz befreit die Völkerrechtsordnung von Legitimationslasten, die sie nicht

²²⁴ Im Rahmen dieses Arguments betrachten wir das europäische Primärrecht als Verfassungsrecht, den EuGH als Verfassungsgericht, näher *A. von Bogdandy/J. Bast*, Der verfassungsrechtliche Ansatz und das Unionsrecht, in: *A. von Bogdandy/J. Bast*, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 1.

²²⁵ Ausführlich *A. von Bogdandy*, Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law, *Int'l Journal of Constitutional Law* (I.CON) 6 (2008), 397.

immer zu tragen vermag und bildet eine weitere Strategie, demokratische Selbstbestimmung in der postnationalen Konstellation zu wahren.

Dies soll die Entwicklung des Völkerrechts keinesfalls behindern. Ganz im Gegenteil ist die Minderung der Legitimationslast, die das Völkerrecht zu schultern hat, seiner Fortentwicklung dienlich. Dazu muss außerdem die Konsequenz einer Nichtbeachtung des Völkerrechts klar umschrieben sein: Der bloße Nichtrespekt einer internationalen gerichtlichen Entscheidung darf keine militärischen Sanktionen erlauben.²²⁶ Die fortbestehende Schwäche internationaler Gerichte mit Blick auf die Durchsetzung ihrer Entscheidungen entpuppt sich als Entlastung.

Dieser Ansatz kann auch deshalb positiv auf die Entwicklung des Völkerrechts zurück wirken, da ihm zufolge interne Organe nicht nur die internen Wirkungen kontrollieren und damit legitimieren, sondern auch Anregungen an die Völkerrechtsordnung formulieren können. Sie können und sollten erklären, warum einer Norm oder Entscheidung die Wirksamkeit verwehrt wurde.²²⁷ Die Nichtbefolgung steht unter erheblicher Argumentationslast: Es ist stets in die Entscheidung einzustellen, dass die Nichtbefolgung einer internationalen Entscheidung den internationalen Prozess der Verrechtlichung insgesamt beschädigen kann und verfassungsrechtliche Prinzipien wie Völkerrechtsfreundlichkeit und Rechtsstaatlichkeit beeinträchtigt.

VI. In wessen Namen also?

In der *Kantianischen* Tradition ist die zeitgenössische internationale Gerichtsbarkeit, gesamthaft betrachtet, als eine große Errungenschaft zu sehen, selbst wenn sie nicht *Kelsens* Universalität aufweist. Es ist der vielleicht wichtigste Effekt internationaler Gerichte, dass sie teilhaben an einer Verrechtlichung und einer damit einhergehenden Transformation internationaler Diskurse.²²⁸ Das ist im Grundsatz eine dem *Kantianischen* Friedensprojekt "entgegenkommende Tendenz". Dem steht nicht entgegen, dass sich die internationale Gerichtsbarkeit bislang kaum als Motor für eine gerechtere

²²⁶ Art. 50 Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

²²⁷ EuGH, (*Biret International SA*, Case C-93/02 P), (*Établissements Biret et Cie SA*, Case C-93/02, Slg. 2003 I-10497; in dieser Logik auch EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P (*Kadi/Rat*), Slg. 2008, I-6531.

²²⁸ E. Brimmer, *International Politics Needs International Law*, in: E. Jouannet/H. Ruiz Fabri/J.-M. Sorel, *Regards d'une Génération sur le Droit International*, 2008, 113; M. Koskeniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, 2001, 494 ff.

Welt erwiesen hat und auch nicht alle Interessen durch eine obligatorische Gerichtsbarkeit geschützt werden.²²⁹

Diese Entwicklung ruft aber nach einer Sichtung der legitimatorischen Grundlagen und Grenzen internationaler Gerichtsbarkeit, nicht zuletzt, damit sie nicht das Opfer ihres eigenen Erfolges werde. Eine diskurstheoretische Betrachtung lässt entsprechende Probleme in scharfem Licht erscheinen. Sie führt zu einem Verständnis der internationalen richterlichen Entscheidung als Ausübung öffentlicher Gewalt, unterstreicht deren Rechtfertigungsbedürftigkeit und begründet konkrete Forderungen: eine größere Rolle der Öffentlichkeit bei Richterwahl und im gerichtlichen Verfahren, den Ausbau korrespondierender politischer Verfahren, die Erörterung von Entscheidungsentwürfen, die dialogische Vernetzung der Gerichte mit dem Ziel systematischer Einheit und nicht zuletzt die Akzentuierung der Verantwortung von Verfassungsorganen bei der Umsetzung.

In wessen Namen entscheiden also internationale Gerichte? Internationale Spruchstätigkeit beruht ganz überwiegend auf zwischenstaatlichen Vereinbarungen und intergouvernementaler Interaktion, die Gerichte entscheiden danach derzeit im Namen der sie tragenden Staaten als Völkerrechtssubjekte. Demokratietheoretisch betrachtet erscheint dies zunehmend als unzureichend, und diskurstheoretisch ergeben sich eine Reihe von Wegen, die demokratische Rechtfertigung internationaler Entscheidungen zu verbessern. In der *Kantianischen* Tradition, und das ist die beste, die wir haben, kann es philosophisch nur eine Antwort auf diese Frage geben: Ausgangspunkt demokratischer Rechtfertigung sind die Individuen, deren Freiheit die Urteile gestaltet, und sei es auch noch so indirekt. Danach sollte normativer Fluchtpunkt zur Fortentwicklung internationaler Gerichte in der postnationalen Konstellation die Idee des Weltbürgers sein.

²²⁹ Zum *structural bias*, M. Koskeniemi (Anm. 57), 600-615.

ZaöRV 70 (2010)