

**Armin
von Bogdandy
Ingo Venzke
In wessen
Namen?**

**Internationale Gerichte
in Zeiten globalen Regierens
suhrkamp taschenbuch
wissenschaft**

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2088

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

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

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

Armin von Bogdandy
Ingo Venzke
In wessen Namen?

*Internationale Gerichte
in Zeiten globalen Regierens*

Suhrkamp

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

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2088

Erste Auflage 2014

© Suhrkamp Verlag Berlin 2014

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

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)

ohne schriftliche Genehmigung des Verlages
reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Für Inhalte von Webseiten Dritter, auf die
in diesem Werk verwiesen wird, ist stets der jeweilige Anbieter
oder Betreiber verantwortlich, wir übernehmen dafür keine Gewähr.

Rechtswidrige Inhalte waren zum Zeitpunkt
der Drucklegung nicht erkennbar.

Umschlag nach Entwürfen

von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-29688-2

Inhalt

Vorwort	9
I. Programm	11
A. Problemaufriss	11
B. Neue Grundbegriffe für internationale Gerichte	16
1. Multifunktionalität	16
2. Ausübung öffentlicher Gewalt	29
3. Demokratie	30
C. Drei Einwände und Erwidern	34
1. <i>De lege lata</i> oder <i>de lege ferenda</i> ?	34
2. Ein allzu pauschaler Gerichts begriff?	36
3. Eurozentrismus?	40
II. Grundverständnisse internationaler Gerichtsbarkeit ...	42
A. Gerichte als Instrumente der Streitbeilegung	43
1. Internationale Gerichte in einer staatenzentrierten Weltordnung	44
2. Der Internationale Gerichtshof unter dem Ancien Régime	52
3. Der Ständige Schiedshof und das Iran-United States Claims Tribunal	61
B. Gerichte als Organe der wertbasierten internationalen Gemeinschaft	65
1. Internationale Gerichte als Hoffnungsträger der Menschheit	66
2. Die andere Seite des IGH	77
3. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ..	85
4. Internationale Strafgerichtshöfe	96
5. Der Internationale Seegerichtshof	103

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

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

Vorwort

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

Wir danken Simon Hentrei, Matthias Kottmann und Frauke Sauerwein für ihre großartige Unterstützung bei der Fertigstellung des Buches. Sie haben nicht nur, mit der tatkräftigen Unterstützung von Friederike Ziemer, den wissenschaftlichen Apparat vervollständigt. Sie waren uns vielmehr stete Gesprächspartner. Viele Passagen konnten dank ihrer Kritik und ihren Anregungen deutlich gestärkt werden. Fruchtbare Kritik erhielten wir auch von Matthias Goldmann, Marc Jacob, András Jakab, Christoph Krenn, Christoph Möllers, Karin Oellers-Frahm, Mateja Steinbrück Platise, Stephan Schill, Dana Schmalz und Nele Yang. Insbesondere auf Veranstaltungen an der Universität Amsterdam, der Hebräischen Universität Jerusalem, der Universität Kopenhagen, der New York University School of Law, der École de Droit de la Sorbonne, den Universitäten Tel Aviv und Zürich sowie der Yale Law School konnten wir einzelne Teile dieses Buches testen. Das Straus Institute for Advanced Study of Law & Justice sowie das Amsterdam Center for International Law boten den Rahmen, um das Manuskript fertig zu stellen.

Amsterdam und Heidelberg im April 2013

I. Programm

A. Problemaufriss

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

Ausgangspunkt ist das Erstarren der internationalen Gerichtsbarkeit³ in den letzten zwei Jahrzehnten, eine der markantesten jüngeren Entwicklungen im Völkerrecht.⁴ Viele Gerichte sind heute Institutionen globalen Regierens, da sie helfen, gemeinsame Ziele in der Weltgesellschaft zu verfolgen und Kooperationsprobleme zu überwinden. Wie wenige andere Institutionen dienen sie dem Versprechen des Völkerrechts, zur internationalen Gerechtigkeit beizutragen. Dabei gehen sie über ihre traditionelle Funktion als

- 1 Unser Begriff der internationalen Gerichte umfasst internationale Schiedsgerichte, nicht aber den supranationalen Gerichtshof der Europäischen Union; dazu unten, I. C. 2.
- 2 Zum Forschungsbedarf Geir Ulfstein, »Institutions and Competences«, in: Jan Klabbers u. a., *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2009, S. 45-80, hier S. 75.
- 3 Unser Singular *internationale Gerichtsbarkeit* bezeichnet die Gesamtheit internationaler Gerichte. Er impliziert nicht, dass es ein kohärentes und umfassendes System internationaler Rechtsprechung gebe. Das Gegenteil ist der Fall; dazu unten I. C. 2.; III. B. 3.; IV. C. 2. b).
- 4 Yuval Shany, »No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary«, in: *European Journal of International Law* 20 (2009), S. 73-91; Karen J. Alter, »Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation«, in: *Law and Contemporary Problems* 71 (2008), S. 37-76.

bloße Streitschlichter hinaus, da ihre Entscheidungen auch normative Erwartungen stabilisieren und sogar erzeugen. Oft kontrollieren und legitimieren sie zudem andere Institutionen. Diese Multifunktionalität ist im Prinzip willkommen, birgt jedoch neue Probleme eines *gouvernement des juges*.⁵ Im Mantel der Rechtserkenntnis sind internationale Gerichte zu Akteuren erstarkt und üben internationale öffentliche Gewalt aus. Diese Einsicht sollten Interpretation und Fortentwicklung des Rechts berücksichtigen.

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

Die herrschende legitimierungstheoretische Analyse ist ähnlich defizitär wie die funktionale. Die traditionelle Sichtweise rechtfertigt internationale Gerichte aus dem Staatswillen, nämlich dem Konsens der streitenden Staaten.⁹ Diese Legitimationskonstruktio-

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

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

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

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

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

on beruht auf der genossenschaftlichen, privatrechtlich inspirierten Grundlegung des Völkerrechts.¹⁰ Soweit sich internationale Richter zu ihren legitimatorischen Grundlagen äußern, haben sie sich dem oft angeschlossen. So schreibt der Appellate Body der Welthandelsorganisation (World Trade Organization, WTO) ebenso programmatisch wie legitimationserheischend: »The WTO Agreement is a treaty – the international equivalent of a contract. It is self-evident that in an exercise of their sovereignty, and in pursuit of their own respective national interests, the Members of the WTO have made a bargain.«¹¹ Wir bestreiten nicht, dass der Konsens der Staaten eine weiterhin wichtige Legitimationsressource bildet. Er allein vermag viele Entscheidungen der letzten Jahrzehnte jedoch nicht mehr zu tragen.

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

Die Frage nach den Legitimationsressourcen internationaler

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

- 10 Grundlegend Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle. Appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Bd. I, Rey et Gravier, Paris 1838, S. 276-293.
- 11 WTO, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Appellate Body Report of 4 October 1996, S. 14.
- 12 Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, Longman, London 1934, S. 45-68; Antônio A. Cançado Trindade, »International Law for Humankind. Towards a New *Jus Gentium* (II)«, in: *Recueil des cours* 317 (2005), S. 9-312, hier S. 21-23.
- 13 Gary P. Sampson, »Introduction and Overview: Future Directions«, in: ders. (Hg.), *The WTO and Global Governance. Future Directions*, United Nations University Press, Tokio 2008, S. 1-36; Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, S. 18.

Gerichte ist nicht rein akademisch, sondern reagiert auf öffentliche Diskurse. Besondere Aufmerksamkeit genießt die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Nicht wenige Autoren begreifen es als ebenso expansiv wie einseitig, wenn etwa staatliche Maßnahmen in wirtschaftlichen Krisensituationen oder zum Schutz der Umwelt beschnitten werden.¹⁴ Dies betrifft nicht nur ferne Länder: Deutschland sollte die Bürgerschaftswahl der Stadt Hamburg 1,4 Milliarden Euro kosten. Diese Summe verlangte der klagende schwedische Energiekonzern Vattenfall als Schadensersatz dafür, dass die neue Regierung ein Wahlversprechen umsetzte und die ökologischen Auflagen an ein geplantes Kraftwerk entgegen vorausgegangenen Zusagen verschärfte.¹⁵ Die hanseatische Demokratie hat nunmehr einen Preis. Akzeptanzprobleme haben auch Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), wenn sie etwa die Sicherungsverwahrung gefährlicher Straftäter verbieten¹⁶ oder ihnen das Wahlrecht zusprechen.¹⁷ Der Gerichtshof der Europäischen Union lässt die Nichtbefolgung von WTO-Berichten ausdrücklich zu.¹⁸ Einen deutschen Staatsbürger hat amerikanischer Ungehorsam gegenüber dem Internationalen Gerichtshof (IGH) das Leben gekostet.¹⁹ Das Bemühen des An-

- 14 Michael Waibel u. a. (Hg.), *The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2010.
- 15 *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6, Award, 11 March 2011. Die Rechtssache endete mit einem Vergleich, dessen Höhe unbekannt ist.
- 16 EGMR, *M. v. Germany*, App. No. 19359/04, Judgment of 17 December 2009, ECHR 2009; dazu dann BVerfGE 128, 326, *EGMR Sicherungsverwahrung*; siehe Christoph Grabenwarter, »Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten«, in: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 39 (2012), S 507-514.
- 17 Dies bildet den Hintergrund für den Vorstoß des Vereinigten Königreichs zur Reform des EGMR in der Brighton Declaration; siehe *The Guardian* vom 28. Februar 2012.
- 18 Zur Nichtbefolgung von Entscheidungen der WTO, EuGH, *FIAMM et al. v. Council and Commission*, verb. Rs. C-120/06 P, C-121/06 P, Judgment of 9 September 2008, Slg. 2008, I-06513, Rn. 105-134.
- 19 Es ging um konsularischen Beistand in einem Strafverfahren: Gut verteidigte Angeklagte werden in den Vereinigten Staaten selten zum Tode verurteilt: IGH, *LaGrand* (Germany v. United States of America), Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999, S. 9; siehe US SC, *Federal Republic of Germany et al. v. United States et al.*, Decision of 3 March 1998, 526 U. S. 111 (1999).

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

Die kritische wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der internationalen Gerichtsbarkeit ist drängender denn je.²¹ Wir sehen eine entsprechende Rekonstruktion der Tätigkeit internationaler Gerichte noch aus einem weiteren Grund als dringlich an. Zu Beginn der zweiten Dekade des 21. Jahrhunderts zeichnet sich eine neue internationale Ordnung ab, in der Staaten und regionale Zusammenschlüsse außerhalb des politischen Westens an Gewicht gewinnen und zunehmend gestaltend auf die internationalen Beziehungen einwirken. Das Projekt der Verrechtlichung und Vergerichtlichung der internationalen Beziehungen muss sich in diesem Kontext neu behaupten.²² Es wäre dabei keine gute Strategie, Kritiken zu vermeiden, um das Projekt nicht selbst zu schwächen. Dies wäre ein Schritt zur Ideologisierung der internationalen Gerichtsbarkeit. Wir meinen, dass eine kritische Rekonstruktion mit den drei Grundbegriffen *Multifunktionalität*, *internationale öffentliche Gewalt* und *Demokratie* angemessener, überzeugender und letztlich erfolgsversprechender ist.

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

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

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

B. Neue Grundbegriffe für internationale Gerichte

I. Multifunktionalität

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

Ein Rechtsphänomen erschließt sich gemeinhin auf zwei Wegen: über seinen *Begriff* und seine *Funktion*. Die Arbeit am *Begriff* richtet sich auf eine Bedeutungsfestsetzung.²⁴ In diesem Sinne fassen wir – ganz konventionell – den Begriff des Gerichts als Institution, in der unabhängige und unparteiliche Personen nach vorgegebenen rechtlichen Maßstäben und in einem geordneten Verfahren in Rechtsfragen eine bindende Entscheidung treffen.²⁵ Die Institution wird so über ihre Tätigkeit definiert, die gemeinhin als *Rechtsprechung* gilt. In diesem Sinne sind internationale Gerichte aufgerufen festzustellen, was das Recht ist. Exemplarisch bestimmt Art. 38 IGH-Statut als Aufgabe des Gerichts, »die ihm unterbreiteten Streitigkeiten nach dem Völkerrecht zu entscheiden«.

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

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

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

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

In dem Bestreben, präzisere und weiterführende Aussagen zu machen, nutzen viele Autoren ein Funktionsverständnis, das den Plural zulässt, wonach also eine Institution mit ihrer charakteristischen Tätigkeit (Rechtsprechung) mehrere Leistungen erbringen kann. In diesem Sinne werden als Funktionen der Justiz (Rechtsprechung) etwa Konfliktbereinigung, die Bereitstellung eines Forums für Auseinandersetzungen, soziale Kontrolle, Rechtschöpfung, routinemäßige Verwaltungsarbeit und Legitimation gesehen.²⁸ An dieses Funktionsverständnis knüpfen wir an und werden zeigen, dass zeitgenössische internationale Gerichte, ähnlich wie staatliche Gerichte, mit ihrer charakteristischen Tätigkeit, dem Entscheiden von Fällen, eine ganze Reihe von Leistungen erbringen.

Solche sozialen Funktionen bedürfen nicht notwendig eines spezifischen rechtlichen Auftrags. Entsprechend sollte eine post-positivistische Rechtswissenschaft, die sich nicht auf Exegese und

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

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

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

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

Diese Studie erschließt die Tätigkeit internationaler Gerichte mit vier Funktionen: Streitbeilegung im Einzelfall (a), Stabilisierung normativer Erwartungen (b), Rechtschöpfung (c) sowie Kontrolle und Legitimation öffentlicher Gewalt (d). Gewiss sind andere Begrifflichkeiten und Ausdifferenzierungen denkbar. So könnte man zwischen Funktionen erster und zweiter Ordnung unterscheiden, etwa danach, ob und in welcher Art eine bestimmte Funktion als Aufgabe rechtlich vorgegeben ist, ob sie im Bewusstseinshorizont der Akteure liegt oder wie direkt der Zusammenhang zwischen richterlichem Tun und einer spezifischen sozialen Konsequenz ist. Luhmann etwa meint, Rechtschöpfung und Rechtsstabilisierung geschähen »gleichsam mit linker Hand«. ³⁰ Ähnlich schreibt Alain Pellet, dass die weiteren Funktionen der Stabilisierung normativer Erwartungen und der Rechtschöpfung wichtig seien, sieht darin jedoch nur implizite oder abgeleitete Funktionen. ³¹ Dies ergibt jedoch nur einen Sinn, wenn man Rechtsprechung und Streitbeile-

29 Dies steht seit Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. 1 und 2, 4. Aufl., Breitkopf und Härtel, Leipzig 1904, außer Frage. Die funktionale Betrachtung geht dabei über Jhering hinaus. Während Jhering nur auf den Zweck im Sinne »subjektiver Motive« abzielt, sind unter dem Begriff Funktion die Motivationslagen zweitrangig.

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

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

gung in eins setzt, ein Verständnis, das theoretisch grundlos ist und schon die Logik öffentlicher Berichterstattung nicht zu erfassen vermag.

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

a) Streitbeilegung

Das traditionelle Verständnis, das die Funktion der Streitbeilegung ganz in den Mittelpunkt stellt, beruht auf der Hoffnung, dass die Autorität des Richterspruchs zur Beendigung eines Streits führt, der auf internationaler Ebene die besondere Gefahr einer kriegerischen Auseinandersetzung mit all ihren Schrecken birgt. Wenngleich es unser zentrales Anliegen ist, diese Eindimensionalität zu überwinden, so bleibt die Leistung internationaler Gerichte in Form der Streitbeilegung gewiss ein wichtiger Beitrag. Internationale Gerichte sind unbestritten ein wichtiger Mechanismus zur »friedlichen« Streitbeilegung, wie es euphemistisch in der Überschrift zu Kapitel VI SVN heißt.³²

Soweit sich internationale Gerichte explizit zu ihrer Funktion äußern, haben sie nicht selten diese Funktion akzentuiert. Der IGH bezog sich wiederholt auf die Aussage des Ständigen Internationalen Gerichtshofs (StIGH), wonach die gerichtliche Streitbeilegung schlicht eine Alternative zu direkten zwischenstaatlichen Verhandlungen sei und das Gericht darauf abzielen müsse, direkte und gütliche Einigung auf jenem Wege zu erleichtern.³³ Andern-

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

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