

# Internationale Gerichte: Garanten der Stabilität oder undemokratische politische Akteure?

Von Prof. Dr. iur. *Daniel Moeckli*, Universität Zürich

## Inhaltsverzeichnis

---

|  |    |
|--|----|
| I. Einleitung .....                          | 74 |
| II. Selbständige Akteure? .....              | 74 |
| III. Fehlende demokratische Kontrolle? ..... | 78 |
| IV. Schluss.....                             | 81 |

### I. Einleitung

«Sie [Richter internationaler Gerichte] operieren weitgehend in einer eigenen Welt und treiben die Globalisierung der Politik und des Rechts fast unkontrolliert voran.» Dieser Satz findet sich gleich drei Mal im Argumentarium der Schweizerischen Volkspartei (SVP) zur eidgenössischen Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)».<sup>1</sup> Er bringt zwei Argumente zum Ausdruck, die regelmässig gegen internationale Gerichte vorgebracht werden.

Ziel dieses kurzen Beitrags ist, zunächst zu zeigen, dass der erste Kritikpunkt, wonach internationale Gerichte in einer eigenen Welt operieren und die Globalisierung des Rechts vorantreiben, auf einer falschen Vorstellung über die Rolle internationaler Gerichte beruht (II). Sodann soll dargelegt werden, dass der zweite Vorwurf, die fehlende Kontrolle – gemeint ist natürlich fehlende *demokratische* Kontrolle –, tatsächlich ein Problem darstellt, das auf der völkerrechtlichen Ebene angegangen werden muss (III).

### II. Selbständige Akteure?

Internationalen Gerichten wird vorgeworfen, sie würden immer weniger die ihnen von den Vertragsstaaten zugeordneten Aufgaben erfüllen. So habe zum Beispiel der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sich mit seiner

1 Schweizerische Volkspartei (SVP), Argumentarium: Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» vom 10. März 2015, S. 10, 20, 35.

dynamischen Auslegung<sup>2</sup> der Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>3</sup> vom ursprünglichen Willen der Vertragsparteien entfernt.<sup>4</sup> Wenn der EGMR im Namen der Sicherung der Menschenrechte Vorgaben zur Rückführung von Flüchtlingen in das Erstasyland<sup>5</sup> oder zur Finanzierung von Geschlechtsumwandlungen<sup>6</sup> mache, habe dies «kaum mehr etwas mit dem ursprünglichen Sinn der EMRK zu tun».<sup>7</sup> Auch den durch Investitionsschutzabkommen geschaffenen Schiedsgerichten wird – meistens aus einer anderen politischen Ecke – zur Last gelegt, sie nähmen zu wenig Rücksicht auf die nationalen Interessen der betroffenen Staaten.<sup>8</sup> Als Belege dafür werden etwa die Schiedsgerichtsurteile ins Feld geführt, mit denen Argentinien aufgrund der Verstaatlichung der Wasserversorgung in Buenos Aires zu einer Schadenersatzzahlung an ausländische Investoren im Umfang von 405 Mio. US-Dollar verurteilt wurde<sup>9</sup>, oder der Schiedsspruch, der Kanada für schadenersatzpflichtig erklärte, weil ein Bergbauprojekt einer amerikanischen Firma als nicht umweltverträglich eingestuft worden war.<sup>10</sup> Auf einen Nenner gebracht lautet die Kritik, internationale Gerichte seien selbständige politische Akteure geworden, sie hätten – wie Frankenstein's Monster – ein eigenes Leben angenommen.

- 2 Zur dynamischen Auslegung der EMKR siehe etwa *Daniel Moekli/Nigel White*, *Treaties as 'Living Instruments'*, in: Michael Bowman/Dino Kritsiotis (Hrsg.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge 2018, S. 136 ff.; *George Letsas*, *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy*, in: Andreas Føllesdal/Birgit Peters/Geir Ulfstein (Hrsg.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge 2013, S. 106 ff.; *Malgosia Fitzmaurice*, *Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties*, *Hague Yearbook of International Law* 21/2008, S. 101 ff. und 22/2009, S. 3 ff.; *Rudolf Bernhardt*, *Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, *German Yearbook of International Law* 42/1999, S. 11 ff.
- 3 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101).
- 4 *Martin Schubarth*, *Die Europäische Menschenrechtskonvention hat sich verrannt*, *Neue Zürcher Zeitung*, 2. November 2017.
- 5 Siehe *Tarakhel v. Switzerland* [GC], Nr. 29217/12, 4. November 2014.
- 6 Siehe *Schlumpf c. Suisse*, Nr. 29002/06, 8. Januar 2009.
- 7 Schweizerische Volkspartei (SVP), *Argumentarium: Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)»* vom 10. März 2015, S. 26.
- 8 Siehe etwa *Public Statement on the International Investment Regime*, 31. August 2010, <https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>; *David Schneiderman*, *Compensating for Democracy's 'Defects': The Case of International Investment Law*, in: Christian Joerges/Carola Glinski (Hrsg.), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance: Authoritarian Managerialism Versus Democratic Governance*, Oxford 2014, S. 47 ff.
- 9 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19; and *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, UNCITRAL. Für einen Überblick über weitere Schiedsverfahren gegen Argentinien siehe etwa *José E. Alvarez/Gustavo Topalian*, *The Paradoxical Argentina Cases*, *World Arbitration & Mediation Review* 6/2012, S. 491 ff.
- 10 *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04.

Diese Kritik beruht zu einem grossen Teil auf der in der Lehre der internationalen Beziehungen sehr einflussreichen *principal-agent theory*. Demnach sind internationale Institutionen Agenten, die sich entsprechend dem Willen des Prinzipals, also der Vertragsparteien, zu verhalten haben.<sup>11</sup> Für internationale Gerichte bedeutet dies in der traditionellen Sicht: Beschränkung auf die Streitbeilegung.<sup>12</sup> Ein Abweichen von den Erwartungen des Prinzipals, der sie geschaffen hat, stellt einen Machtmissbrauch dar.

Was ist von der Kritik zu halten? Angesichts der Vielfalt internationaler Gerichte ist es schwierig, allgemeingültige Aussagen über ihre Funktion zu machen. Je nach Zählweise existieren heute knapp 30 ständige internationale Gerichte, die jährlich ca. 3000 Urteile zu sehr unterschiedlichen Sachfragen fällen.<sup>13</sup> Eine Gemeinsamkeit besteht aber in Bezug auf die von diesen Gerichten zu sichernden Interessen: Es handelt sich fast ausnahmslos um Interessen, die nach dem Willen der Vertragsstaaten nicht der Kurzatmigkeit der Politik ausgesetzt sein sollen:

- Der Internationale Gerichtshof (IGH) und internationale Strafgerichte bezwecken nichts weniger als die Wahrung des Weltfriedens.<sup>14</sup>
- Menschenrechtsgerichte sollen sicherstellen, dass selbst in Krisenzeiten gewisse minimale Standards eingehalten werden, und damit die demokratische Ordnung festigen.<sup>15</sup>
- Die WTO-Streitbeilegungsbehörden und regionale Wirtschaftsgerichte sollen den Freihandel dauerhaft sichern bzw. die wirtschaftliche Integration vertiefen.<sup>16</sup>

11 Statt vieler: *Darren G. Hawkins/David A. Lake/Daniel L. Nielson/Michael J. Tierney* (Hrsg.), *Delegation and Agency in International Organizations*, Cambridge 2006; für eine Anwendung der Theorie auf internationale Gerichte siehe etwa *Paul B. Stephan*, *Courts, Tribunals, and Legal Unification – The Agency Problem*, *Chicago Journal of International Law* 3/2002, S. 333 ff.

12 *Eric A. Posner/John C. Yoo*, *A Theory of International Adjudication*, *John M. Olin Law & Economics Research Paper Series*, Working Paper No. 206, 2004.

13 *Karen J. Alter*, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton 2014, S. 68 ff.

14 Für den IGH siehe *Hersch Lauterpacht*, *The Development of International Law by the International Court*, London 1958, S. 3 («the primary purpose of the International Court (...) lies in its function as one of the instruments for securing peace in so far as this aim can be achieved through law.»); für das Internationale Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien siehe Resolution 827 (1993) des UN-Sicherheitsrats vom 25. Mai 1993, Präambel («Convinced that in the particular circumstances of the former Yugoslavia the establishment as an *ad hoc* measure by the Council of an international tribunal (...) would contribute to the restoration and maintenance of peace.»).

15 Für den EGMR siehe Council of Europe, *Collected Edition of the «Travaux Préparatoires» of the European Convention on Human Rights*, Vol. 2, S. 60 (Ungoed-Thomas) («As I see it, the purpose we have in mind is to ensure that the States of the Members of the Council of Europe are democratic, and remain democratic. (...) Have those freedoms, give effect to those freedoms, and you will ensure that each State remains democratic!»).

16 Für die WTO-Streitbeilegungsbehörden siehe *Ernst-Ulrich Petersmann*, *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, London 1997; für den karibischen Gerichtshof siehe *Agreement Establishing the Carib-*

Mit der Delegation von Kompetenzen an diese Gerichte werden die entsprechenden völkerrechtlichen Pflichten institutionalisiert und damit verstetigt. Die Delegation an die internationale Ebene ist Ausdruck eines Misstrauens nicht nur gegenüber anderen Staaten, sondern auch gegenüber zukünftigen Regierungen des eigenen Landes.<sup>17</sup> Indem diese der Kontrolle eines internationalen Gerichts unterworfen werden, soll autoritären bzw. isolationistischen Tendenzen gewehrt werden. In diesem Sinne kann man von einer Selbstbindung sprechen, die mit einer Schulden- oder Regulierungsbremse durchaus vergleichbar ist.

Darüber hinaus sollen internationale Gerichte ganz allgemein die Berechenbarkeit der rechtlichen Beziehungen gewährleisten, normative Erwartungen stabilisieren.<sup>18</sup> Diese Funktion kommt gut zum Ausdruck im Dispute Settlement Understanding (DSU) der Welthandelsorganisation (WTO)<sup>19</sup>, dessen Art. 3 Abs. 2 ausdrücklich festhält, das Streitbeilegungssystem der WTO stelle einen wesentlichen Faktor für die Sicherheit und Berechenbarkeit des multilateralen Handelssystems dar.

Die Herstellung von Rechtssicherheit bedingt, dass internationale Gerichte nicht nur Streitigkeiten beilegen, sondern auch das Völkerrecht weiterentwickeln.<sup>20</sup> Nun ist die Fortentwicklung des Rechts natürlich eine Funktion, die auch nationalen Gerichten zukommt. Recht sprechen ist ja immer auch Recht erzeugen.<sup>21</sup> Aus vier Gründen kommt ihr aber auf der internationalen Ebene eine besonders wichtige Rolle zu:

- Erstens fehlt auf völkerrechtlicher Ebene – mit der Ausnahme des in seinem Umfang sehr beschränkten *jus cogens* – eine Hierarchie der Rechtsquellen bzw. Normen.<sup>22</sup>
- Zweitens bedürfen insbesondere das Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze der gerichtlichen Ermittlung.<sup>23</sup>

bean Court of Justice vom 14. Februar 2001, Präambel («the establishment of the Court is a further step in the deepening of the regional integration process»).

17 Judith Goldstein/Miles Kahler/Robert O. Keohane/Anne-Marie Slaughter, Introduction: Legalization and World Politics, International Organization 54/2000, S. 385 ff., 393.

18 Armin von Bogdandy/Ingo Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, Berlin 2014, S. 20 ff.

19 Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (SR 0.632.20), Anhang 2: Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung.

20 Dazu bereits Hans Wehberg, Das Problem eines internationalen Staatengerichtshofes, München und Leipzig 1912, S. 7 ff.

21 Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig 1934, S. 82 f.

22 Samantha Besson, Legal Philosophical Issues of International Adjudication: Getting Over the *amour impossible* Between International Law and Adjudication, in: Cesare P.R. Romano/Karen J. Alter/Yuval Shany (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Adjudication, Oxford 2014, S. 413 ff., 423.

23 Alan Boyle/Christine Chinkin, The Making of International Law, Oxford 2007, S. 278 ff.

- Drittens weist das Völkerrecht eine geringere Normdichte (also mehr Lücken) auf als das nationale Recht.<sup>24</sup>
- Und viertens sind völkerrechtliche Normen – insbesondere solche, die auf den Schutz langfristiger Interessen abzielen – in der Regel weniger bestimmt als Normen des nationalen Rechts.<sup>25</sup> Eine Garantie der Achtung der Privatsphäre muss notwendigerweise offen formuliert sein, wenn sie ihre Funktion über mehrere Jahrzehnte hinweg erfüllen soll.

Der erste Kritikpunkt – dass internationale Gerichte in einer eigenen Welt operieren – beruht somit auf einer falschen Prämisse: Internationale Gerichte werden nicht geschaffen, um die eng verstandenen Interessen der Vertragsstaaten zu wahren und ausschliesslich Streitbeilegung zu betreiben. Vielmehr sollen sie durch Kontrolle und Rechtsfortbildung langfristige Interessen sichern und normative Erwartungen stabilisieren.

Diese Funktion bedingt einen grossen Entscheidungsspielraum. Mit der Delegation an einen unabhängigen, internationalen Akteur wollen die Staaten Bindungswirkung herstellen und den entsprechenden Entscheidungsprozessen – und damit letztlich sich selbst – Legitimität verschaffen. Internationale Gerichte sollen nicht *agents*, bloss Instrumente der sie schaffenden Staaten sein, sondern *trustees*, selbständige Treuhänder langfristiger Interessen.<sup>26</sup> Es entspricht gerade ihrem Zweck, dass sie zu einem gewissen Grad «in einer eigenen Welt operieren», sich wie Frankenstein's Monster verhalten.

### III. Fehlende demokratische Kontrolle?

Der zweite Kritikpunkt, die fehlende Kontrolle, hat insofern eine Berechtigung, als so gut wie keine demokratische Korrekturmöglichkeit für die Fortentwicklung des Rechts durch die internationale Rechtsprechung besteht.<sup>27</sup> Da internationale Organisationen keine oder kaum Rechtsetzungskompetenzen haben, fehlt internationalen Gerichten der institutionelle Gegenspieler in Form des Gesetzgebers. Man kann das Problem noch grundsätzlicher umschreiben: Es mangelt an einer politischen Gemeinschaft, der internationale Gerichte rechenschaftspflichtig wären.

Die demokratische Prämisse, dass die richterliche Rechtserzeugung politisch mit demokratischen Mehrheiten korrigiert werden kann, greift bei der internationalen Rechtsprechung somit nicht. Vertragsänderungen erfordern normalerweise eine qualifizierte Mehrheit oder gar Einstimmigkeit, was eine Korrektur praktisch

<sup>24</sup> Boyle/Chinkin (Anm. 23), S. 289 f.

<sup>25</sup> Besson (Anm. 22), S. 423.

<sup>26</sup> Karen J. Alter, Agents or Trustees? International Courts in their Political Context, *European Journal of International Relations* 14/2008, S. 34 ff., 40.

<sup>27</sup> von Bogdandy/Venzke (Anm. 18), S. 167 f.

unmöglich macht.<sup>28</sup> Einer Vertragspartei, die mit einer neuen Rechtsprechungslinie nicht einverstanden ist, bleibt nur die Kündigung. Diese stellt aber in der Regel keine realistische Option dar, weshalb sie auch nicht demokratische Legitimität herzustellen vermag – so wenig wie das Recht der Bürgerinnen und Bürger zur Emigration einem Staat demokratische Legitimität verschaffen kann.<sup>29</sup>

Dieses Manko wirkt sich negativ auf die politische Akzeptanz und damit den Einfluss der internationalen Gerichte aus. Gerade weil diesen heute deutlich mehr Funktionen zukommen als die blosser Streitbeilegung, muss ihre demokratische Legitimation gestärkt werden.

Hier kann nur sehr kurz skizziert werden, wie das geschehen könnte.

Erstens sollten die Verfahren für die Wahl der Richterinnen und Richter internationaler Gerichte transparenter, deliberativer und partizipativer ausgestaltet werden. Auf der nationalen Ebene liegt die Auswahl der Kandidierenden häufig weitgehend in der Hand der Regierungen, eine Konsultation weiterer Kreise findet in der Regel nicht statt. Für eine Nominierung bedarf es vor allem guter Verbindungen zum Aussenministerium.<sup>30</sup> Eine Stärkung der Rolle nationaler Parlamente im Findungsverfahren hat das Potenzial, internationalen Gerichten eine grössere demokratische Legitimation zu vermitteln.

Die eigentlichen Wahlverfahren auf internationaler Ebene sind ebenfalls intransparent. Die Erfolgsaussichten der Kandidierenden scheinen sich in erster Linie nach dem Einsatz «ihrer» Regierungen zu bestimmen.<sup>31</sup> Hier erscheint es aus demokratietheoretischer Sicht insbesondere wünschenswert, dass die Richterwahl durch überstaatliche Foren parlamentarischer Ausrichtung erfolgt. Als Vorbild in dieser Hinsicht kann der EGMR dienen. Die Richterinnen und Richter des EGMR werden von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen aus einer Liste von drei Kandidierenden gewählt, die jeder Vertragsstaat vorschlägt.<sup>32</sup> Die Parlamentarische Versammlung hat die Vertragsstaaten aufgefordert, die Findungsverfahren auf nationaler Ebene demokratisch und transparent auszugestalten und die Richterstellen öffentlich auszuschreiben; andernfalls kann die Liste zurückgewiesen werden.<sup>33</sup> Sodann prüft eine Expertenkommission des Europarates, ob die vom Vertragsstaat nominierten Kandidierenden die Voraussetzungen für das Amt gemäss Art. 21 EMRK

28 Siehe etwa Art. 108 f. Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120).

29 *von Bogdandy/Venzke* (Anm. 18), S. 169.

30 *Ruth Mackenzie/Kate Malleson/Penny Martin/Philippe Sands*, *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*, Oxford 2010, S. 63–99, 137–144 (in Bezug auf den IGH und den Internationalen Strafgerichtshof).

31 *Mackenzie/Malleson/Martin/Sands* (Anm. 30), S. 100–136, 137–144 (in Bezug auf den IGH und den Internationalen Strafgerichtshof).

32 Art. 22 EMRK.

33 Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1646 (2009), *Nomination of candidates and election of judges to the European Court of Human Rights*, Ziff. 2 und 4.1.

erfüllen.<sup>34</sup> Schliesslich erfolgt vor der Wahl noch eine persönliche Anhörung der drei Kandidierenden vor einem parlamentarischen Unterausschuss, der eine Empfehlung zuhanden der Mitglieder der Parlamentarischen Versammlung abgibt.<sup>35</sup>

Demgegenüber werden bei Schiedsgerichten für Investitionsstreitigkeiten die Mitglieder von den Streitparteien bzw. vom Vorsitzenden des Verwaltungsrats des International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) benannt.<sup>36</sup> Im Fall der WTO entscheidet der aus Regierungsvertretern zusammengesetzte Dispute Settlement Body über die Aufnahme von Experten in die Liste potenzieller Panelmitglieder.<sup>37</sup> Kommt es zu einem Verfahren, schlägt das WTO-Sekretariat den Parteien Mitglieder für das Panel vor; die Parteien können die vorgeschlagenen Mitglieder aus zwingenden Gründen ablehnen.<sup>38</sup>

Zweitens sollte die Öffentlichkeit der Verfahren internationaler Gerichte gestärkt werden. Während die Statuten vieler internationaler Gerichte öffentliche Verhandlungen vorsehen,<sup>39</sup> spielt sich ein grosser Teil der Verfahren der WTO-Streitbeilegungsbehörden und von Investitionsschiedsgerichten hinter verschlossenen Türen ab. Für den WTO-Streitbeilegungsmechanismus schreibt das DSU die Vertraulichkeit des Verfahrens ausdrücklich vor,<sup>40</sup> doch scheint sich langsam die Einsicht durchzusetzen, dass fehlende Transparenz der WTO als Institution schadet.<sup>41</sup> Noch weniger Transparenz herrscht in der Regel in Investitionsschiedsverfahren, da die Durchführung öffentlicher Anhörungen und die Publikation des Urteils des Einverständnisses der Streitparteien bedürfen.<sup>42</sup>

Drittens kann die demokratische Legitimation internationaler Gerichte dadurch gestärkt werden, dass ihre Verfahren partizipativer ausgestaltet werden. Zu denken ist etwa an die grosszügige Zulassung von Interventionen Dritter oder die

34 Committee of Ministers of the Council of Europe, Resolution CM/Res2010(26) on the establishment of an Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights.

35 Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1200 (1999), Election of judges to the European Court of Human Rights.

36 Art. 38 Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18. März 1965 (SR 0.975.2).

37 Art. 8 Abs. 4 DSU.

38 Art. 8 Abs. 6 DSU.

39 Siehe etwa Art. 46 Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945 (SR 0.193.501) und Art. 40 Abs. 1 EMRK.

40 Art. 14, 17 Abs. 10 und Art. 18 Abs. 2 DSU.

41 So explizit *Peter Sutherland et al.*, The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium: Report by the Consultative Board to the Director-General, Genf 2004, Rz. 261. Zur neueren Praxis der Streitbeilegungsbehörden siehe *Lothar Ehring*, Public Access to Dispute Settlement Hearings in the World Trade Organization, *Journal of International Economic Law* 11/2008, S. 1021 ff.

42 Siehe etwa Regeln 32 Abs. 2 und 48 Abs. 4 ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings. Allgemein zur (fehlenden) Transparenz von Investitionsschiedsverfahren: *Joachim Delaney/Daniel B. Magraw*, Procedural Transparency, in: *Peter Muchlinski/Federico Ortino/Christoph Schreuer* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford 2008, S. 721 ff.

Berücksichtigung von *amicus curiae*-Eingaben, insbesondere von nichtstaatlichen Organisationen.<sup>43</sup> Auch von dieser Möglichkeit haben vor allem Menschenrechtsgerichte wie der EGMR Gebrauch gemacht, während der IGH und Investitionsschiedsgerichte eher bzw. sehr zurückhaltend sind.<sup>44</sup>

Besonders vielversprechend scheint mir, viertens und letztens, eine Berücksichtigung des demokratischen Gehalts der kontrollierten Massnahme bei der Festlegung der gerichtlichen Prüfdichte: Internationale Gerichte können zu ihrer eigenen Legitimität beitragen, indem sie – im Sinne des Subsidiaritätsprinzips – die Kontrolldichte entsprechend der demokratischen Legitimation der zu überprüfenden nationalen Massnahme reduzieren. Auch in dieser Hinsicht ist es der EGMR, der als erstes internationales Gericht das Legitimitätspotenzial eines solchermaßen variierenden Überprüfungsstandards erkannt hat. In einigen kürzlich ergangenen Urteilen hat der Gerichtshof angedeutet, dass er im Rahmen seiner «margin of appreciation»-Doktrin über den Respekt für die nationale Souveränität, die Expertise der nationalen Behörden und die (fehlende) Einheitlichkeit der Staatenpraxis hinaus vermehrt auch auf die Qualität des innerstaatlichen demokratischen Prozesses abstellt: Bei Massnahmen, die vom demokratischen Gesetzgeber in sorgfältiger Abwägung der relevanten Interessen erlassen worden sind, sei eine reduzierte Kontrolldichte angebracht.<sup>45</sup> Andere internationale Gerichte, wie etwa Investitionsschiedsgerichte, verweigern sich bisher weitgehend einem solchen Verständnis des Subsidiaritätsprinzips.<sup>46</sup>

## IV. Schluss

Internationale Gerichte sollen langfristige Interessen sichern und normative Erwartungen stabilisieren. Dies bedingt, dass sie das Völkerrecht weiterentwickeln. Allerdings bestehen zurzeit kaum Möglichkeiten der demokratischen Kontrolle der Rechtsfortbildung durch die internationale Rechtsprechung. Ich bin überzeugt, dass die skizzierten Massnahmen einen wichtigen Beitrag dazu leisten

43 Die entsprechenden verfahrensrechtlichen Grundlagen finden sich etwa in Art. 62 f. IGH-Statut und Art. 36 Abs. 2 EMRK.

44 Für den EGMR und den IGH siehe etwa *Dinah Shelton*, *The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*, *American Journal of International Law* 88/1994, S. 611 ff.; für Investitionsschiedsgerichte siehe *Delaney/Magraw* (Anm. 42), S. 777 ff.

45 Besonders explizit: *Animal Defenders International v. United Kingdom* [GC], Nr. 48876/08, 22. April 2013, § 108 und 114. Siehe auch *S.A.S. v. France* [GC], Nr. 43835/11, 1. Juli 2014, § 129; *Friend and others v. United Kingdom* [dec], Nr. 16072/06 und 27809/08, 24. November 2009, § 50.

46 *Andreas von Staden*, *The Democratic Legitimacy of Judicial Review beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review*, *International Journal of Constitutional Law* 10/2012, S. 1023 ff., 1047 f.; *William W. Burke-White/Andreas von Staden*, *Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations*, *Yale Journal of International Law* 35/2010, S. 283 ff.



können, das demokratische Defizit internationaler Gerichte wettzumachen und damit ihre politische Akzeptanz zu erhöhen.

Auf Dauer aber wird man nicht darum herumkommen, auf der internationalen Ebene den institutionellen Rahmen auszubauen, in dem diese Gerichte operieren. Die Ermittlung und Fortbildung des Völkerrechts darf nicht allein der internationalen Gerichtsbarkeit überlassen werden. Vielmehr muss diese Aufgabe vermehrt durch politische Organe internationaler Organisationen wahrgenommen werden.<sup>47</sup> Insbesondere bedarf es einer Stärkung demokratischer Repräsentationsorgane wie etwa der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, die ein institutionelles Gegengewicht zu den internationalen Gerichten bilden können.

<sup>47</sup> Besson (Anm. 22), S. 432.