

Das Wesen der Rechtsprechung als Leitbegriff für die Tätigkeit des Internationalen Gerichtshofs

Fritz Münch

«La Cour, étant une Cour de Justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, même lorsqu'elle donne des avis consultatifs» (23. 7. 1923, *Ostkarelien-Gutachten*, StIGH B 5, S. 29).

«La Cour est un corps judiciaire et, dans l'exercice de sa fonction consultative, elle doit rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire» (23. 10. 1956, Gutachten über die *Urteile des Verwaltungsgerichts der IAO*, I.C.J. Reports 1956, S. 84).

«Cependant, en tant que corps judiciaire, la Cour doit dans l'exercice de sa fonction consultative rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire (8. 6. 1960, Gutachten IMCO, I.C.J. Reports 1960, S. 153).

«Il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte» (2. 12. 1963, Urteil im *Kamerun-Fall*, I.C.J. Reports 1963, S. 29).

1. Bei allem Nachdruck, der hinter diesen Sätzen des StIGH und IGH steht, scheinen die aus dem Wesen der Rechtsprechung erwachsenden Grenzen seiner Tätigkeit kaum genug geklärt¹⁾.

¹⁾ Im Schrifttum haben die Frage speziell aufgegriffen *Miaja de la Muela*, *Sobre los limites de la función jurisdiccional del Tribunal Internacional de Justicia*, *Revista Española de Derecho Internacional* Bd. 17 (1964), S. 344, und *L. Gross*, *Limitations upon the Judicial Function*, *AJIL* Bd. 58 (1964), S. 415; beide offensichtlich aus Anlaß des *Kamerun-Urteils*.

Im übrigen sieht das Schrifttum die Schranken wohl, ordnet sie aber an verschiedenen Stellen in die Erörterung ein. Vgl. besonders *Rosenne*, *The Law and Practice of the International Court* (1965), S. 292 f., 326 f., 701 ff.; *Shihata*, *The Power of the International Court to determine its own Jurisdiction* (1965), S. 206—224; *Ch. De Visser*, *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice* (1966), S. 30 ff., 188 ff.; *Abi-Saab*, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour Internationale* (1967), S. 120 ff., 158 ff. *E. Grisel*, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice* (1968), streift die Frage nur S. 214.

Sie verdienen aber Beachtung schon deshalb, weil diese Grenzen vom Hof eingehalten werden, auch wenn die Streitteile der Überschreitung zustimmen, sie sogar wünschen oder im Gutachtenverfahren die anfragende Stelle eine Antwort erbeten hat²⁾. Der Grundsatz, daß die internationale Gerichtsbarkeit auf der Vereinbarung der Parteien beruht und die Gutachtertätigkeit von der anfragenden Stelle bestimmt wird, wirkt hier nicht mehr. Eine Regel höheren Ranges scheint einzugreifen, die nicht geschrieben steht, sondern aus einem gedanklichen Bild abgeleitet wird.

Weiter fällt auf, daß man die Einhaltung der Wesensgrenzen der Rechtsprechung anscheinend nicht zu den Prozeßvoraussetzungen rechnet³⁾, obwohl doch *prima facie* eine so grundsätzliche Frage Gegenstand der allerersten Vorprüfung im Verfahren sein müßte⁴⁾.

Es soll versucht werden, aus der Rechtsprechung des Hofes zu bestimmen, was ihr Wesen sein soll und welche Schranken sich daraus ergeben. Allerdings ist gleich anzumerken, daß die Grenze zwischen dem Grundsätzlichen und dem Beiläufigen nicht recht deutlich wird. Man kann zweifeln, ob der Hof im Einzelfall ein besonders wichtiges Prinzip der Rechtsprechung beachtet oder aus Gewohnheit einer Routine folgt, die vielleicht unbewußt einer nationalen Verfahrenspraxis entlehnt ist. Sicher ist man seiner Sache dort, wo er wie in den einleitend wiedergegebenen Zitaten sich ausdrücklich auf seine Eigenschaft als Gericht beruft. Wenn er sein Statut oder seine Verfahrensordnung heranzieht, müßte eine Analyse der Texte ergeben, ob es sich um wesentliche oder pragmatische Festsetzungen handelt. Für die erstgenannte Alternative hätte man sich zu entscheiden, wenn die Vorschriften im baren Wortlaut nichts hergeben oder wenn es um ihren Sinn oder Geist geht.

Der Hof steht im Dienst der rechtlichen Bereinigung zwischenstaatlicher Zwiste und will auch die Unabhängigkeit der Staaten achten. Seine Tätigkeit beruht überhaupt nur auf Vereinbarung, aber diese ist verschieden intensiv (*forum prorogatum*, Einzelkompromiß, obligatorische Gerichtsbar-

²⁾ Darauf macht Shihata, a.a.O., S. 205 ff. mit Anm. 5, aufmerksam; siehe noch unten bei Ziff. 2 ba und 3 ad und im Zusammenhang Ziff. 5.

³⁾ Sperduti, La recevabilité des exceptions préliminaires de fond dans le procès international, *Rivista di Diritto Internazionale* Bd. 53 (1970), S. 464 f., bedauert, daß nur formelle Voraussetzungen Anlaß zu prozeßhindernden Einreden geben, und empfiehlt eine Kategorie von präliminaren Einreden *de fond*, S. 463.

⁴⁾ Fitzmaurice spricht vom *pre-preliminary character*, Sondervotum zum Kamerun-Urteil, I.C.J. Reports 1963, S. 103. Siehe noch Ch. De Visscher, a.a.O., S. 18, und Morelli, Gegenvotum zu den Einreden im Südwestafrika-Fall, I.C.J. Reports 1962, S. 565, 574; in der Tat hat hier der Hof die Frage nach dem Vorhandensein eines Streits vorweg behandelt, S. 328. Insoweit läßt auch Rosenne, a.a.O., S. 292 f., einen Vorrang vor der Untersuchung der Gerichtsbarkeit des Hofes gelten.

keit aus Einzelverträgen, aus Generalklauseln, aus Organisationsverfassungen, aus den Unterwerfungen nach Art. 36 des Statuts). Die Gutachten können unter Umständen von interessierten Parteien verbindlich gemacht worden sein. Neben dem allem stehen das Statut als Kollektivvertrag und die Verfahrensordnung als seine eigene Schöpfung. In einem Feld von Gegensätzen also sucht der Gerichtshof seinen Weg, der wiederum die vor ihm agierenden Parteien und die ihn befragenden Organisationen leiten muß. Denn der Hof hat sich gelegentlich auch dagegen wehren müssen, daß ihm Schranken gezeigt wurden, die in Wirklichkeit nicht vorhanden waren.

2. Der StIGH bezeichnet seine Funktion mit «trancher des différends entre Etats ... sur la base du droit international» (A 20, S. 19), und den IGH darf man wohl so zusammenfassen: "to state the law ... in ... concrete cases" (I.C.J. Reports 1963, S. 33 f.). Das gibt nur Art. 38 des Statuts wieder und scheint recht trivial zu sein. Dennoch lassen sich daran die Beispiele anknüpfen, in denen Funktionsschranken sichtbar werden, zunächst für die streitige Gerichtsbarkeit.

a) Es müssen Streitigkeiten obwalten; ohne Streit kein Richter⁵⁾.

aa) Am klarsten zeigt sich das bei der Auslegung des *Asyl*-Urteils, das zwischen Kolumbien und Peru am 20. November 1950 ergangen war. Am selben Tage beantragte Kolumbien ein Verfahren zur Auslegung dieses Urteils; der IGH hielt das für unstatthaft, weil unter diesen Umständen ganz offenbar kein Streit zwischen den Parteien über den Sinn und die Tragweite des gefällten Urteils (vgl. Art. 60 Satz 2 des Statuts) bestehen könne (I.C.J. Reports 1950, S. 403).

Im Urteil über die prozeßhindernden Einreden des *Südwestafrika*-Streits hat der IGH zuallererst gefragt, ob ein Streit zwischen den Parteien bestehe, d. h. ein bestrittener Rechtsanspruch, nicht nur ein Interessengegensatz (I.C.J. Reports 1962, S. 328).

ab) Eine Abwandlung bedeutet das *Kamerun*-Urteil, in dem gefordert wurde, daß der Streit um aktuelle Rechte gehe und nicht nur um die rechtliche Beurteilung vergangenen Verhaltens, die in Gegenwart und Zukunft keine Konsequenz mehr haben könne. Weil der IGH die von ihm zu behandelnde Frage als *moot* ansah, entschied er nicht zur Sache (I.C.J. Reports 1963, S. 37 f., und Index, S. 5).

ac) Diese Anforderungen treffen auch einzelne Anträge und Inzidentpunkte. So wurde in der Sache der *Compagnie d'Electricité de Sofia* die angeblich willkürliche Besteuerung der Elektrizitätsgesellschaft nicht behan-

⁵⁾ Die ältere Rechtsprechung dazu ist zusammengestellt bei Simpson/Fox, *International Arbitration* (1959), S. 67 f.

delt, weil sie nicht Gegenstand des Streites zwischen Belgien und Bulgarien gewesen war (StIGH A/B 77, S. 83).

Im *Phosphat*-Fall weigerte sich der Hof, über einen Streitpunkt zu entscheiden, weil er auf die Hauptentscheidung keinen Einfluß haben konnte (StIGH A/B 74, S. 25).

ad) Eine andere Nuance erhält das Erfordernis des Streits zwischen den Parteien, wenn der Hof erkennt, daß die Rechte eines nicht vertretenen Staates im Spiele sind. Das ist der Grund, warum im *Münzgold*-Fall kein Entscheid zur Sache erging; Albaniens Rechtsposition hätte berührt werden müssen. Dies Urteil erging einstimmig und ist darum besonders gewichtig (I.C.J. Reports 1954, S. 32 ff.).

ae) Ob hierher auch das Verbot des *ultra petita*⁶⁾ gehört, mag zweifelhaft erscheinen. Man kann es hierher rechnen, wenn man an die Möglichkeit denkt, durch Widerklage den formalen Umfang des Streitstoffs zu erweitern. Geschieht das nicht, so beschränkt sich in der Tat der anhängige Streit der Parteien auf die Anträge.

Der Hof hat das Verbot in dem einfachsten Anwendungsfall beachtet, daß eine Schadenssumme festgestellt wird, der Kläger aber einen geringeren Betrag eingeklagt hat (*Korfu*, Schaden, I.C.J. Reports 1949, S. 249). Man könnte argumentieren, daß bei der geringfügigen Differenz der Beträge die endgültige Bereinigung des Falles wichtiger gewesen wäre als eine formale traditionelle Vorschrift; aber anscheinend hat der Hof das Verbot für den Ausdruck einer wesentlichen Tätigkeitsschranke gehalten.

Bei der Auslegung seines *Asyl*-Urteils hat der Hof beiläufig bemerkt, er habe die Anträge zu bescheiden, aber nicht über Punkte zu befinden, die in den Anträgen nicht enthalten sind (I.C.J. Reports 1950, S. 402). Darum verneinte er die Möglichkeit, durch ein Auslegungsverfahren das Urteil ergänzen zu lassen; und Kolumbien sah sich genötigt, eine weitere Klage zu erheben, um zu erfahren, wie das *Asyl*-Urteil erfüllt werden solle — auch dies vergebens (siehe unten bei cd).

In der Sache der *Portugiesischen Exklaven* beschwerte sich Portugal u. a. über Indien, weil es terroristische Aktionen gegen die Exklaven nicht unterbinde. Der Hof bemerkte, daß dies nicht Gegenstand eines Antrags sei und auch nicht zur Entscheidung über die Anträge helfe (I.C.J. Reports 1960, S. 29—32).

b) Mehrere Fälle können zur Erläuterung der Wendung dienen, daß der Hof die Streitfälle zu entscheiden habe. Der französische Ausdruck *trancher* ist noch bezeichnender für das, was gemeint ist.

⁶⁾ Rosenne, a.a.O., S. 327, hält es für mehr als eine Verfahrensregel.

ba) Im *Freizonen*-Fall hat der Hof sich mehrmals gegen den Versuch der Parteien verwahrt, von ihm eine Hilfe zur vergleichsweisen Neuregelung der Zollzonen zu erlangen. Er lehnte es ab, seine Meinung über die Rechtsfrage des Fortbestehens der Zonen offiziös mitzuteilen (StIGH A 22, S. 12); er betonte, daß er nicht erst eine rechtliche Feststellung treffen und dann von ihr abstrahieren könne (A 24, S. 10); er weigerte sich, gewissermaßen als Vergleichsvorschlag einen Ausspruch zu tun, dessen Verbindlichkeit von der Zustimmung der Parteien abhängen würde (A/B 46, S. 161).

Der Hof hat also Folgerungen aus dem verbindlichen Charakter seiner Urteile gezogen; dieser gehört sicherlich zum Wesensmerkmal der Rechtsprechung. Meist gehört aber auch zum *nobile officium* des Prozeßrichters die Vermittlung eines Vergleichs. Davon ist in der internationalen Rechtsprechung wenig die Rede. Wahrscheinlich liegt es daran, daß den Staaten jederzeit die Einsetzung eines Vergleichsgremiums offensteht; machen sie davon keinen Gebrauch, sondern rufen einen Richter an, so haben sie sich für ein gerichtliches Verfahren mit verbindlichem Spruch einer unabhängigen Instanz entschieden und müssen darin befriedigt werden. Eröffnen sich während dieses Verfahrens Aussichten auf eine Einigung, so kann das Verfahren unterbrochen oder die Klage zurückgenommen werden.

Gleichwohl hat der StIGH das Bemühen an den Tag gelegt, den Streitparteien zu helfen; daraus erklären sich viele Passagen der Beschlüsse A 22 und A 24; er hat auch die Möglichkeit angedeutet, einen Vergleich als *jugement d'accord* zu erlassen (A 24, S. 14).

bb) Die Parteien können den Hof nicht vor eine Alternative stellen, so daß er nur dem einen oder dem anderen Antrag stattgeben könnte (StIGH A 22, S. 15, und A/B 46, S. 138).

Sie können auch nicht die Untersuchung des Rechts einschränken, zu der sich der Hof veranlaßt sieht. Die eigene Initiative des Hofes ist betont im *Lotus*-Fall (StIGH A 10, S. 31), und der Hof hat es im *Oder*-Fall abgelehnt, eine Rechtsfrage deshalb außer acht zu lassen, weil sie von einer Partei nicht oder nicht hinreichend ventiliert worden war (StIGH A 23, S. 18).

Im ersten Band der *Fontes Juris Gentium* über die Rechtsprechung des StIGH ist das unter der Überschrift »*Jura novit curia*« zusammengestellt (Series A Sectio I Tomus 1, S. 146 f.). Man kann es unter die Entscheidungsfreiheit, also die Unabhängigkeit eines Gerichts bringen und damit zum Wesen der Rechtsprechung rechnen. Zwar ist es vorgekommen, daß Streitparteien einem Schiedsgericht die anzuwendenden Normen mitgegeben haben⁷⁾; aber es ist kaum wahrscheinlich, daß der Hof als ständiges Gericht ein Kom-

⁷⁾ Darüber Simpson/Fox, a.a.O., S. 128.

promiß beachten würde, das seine Entscheidungsfreiheit beschränkt. In einem Beschluß im *Freizonen*-Streit hat der StIGH betont, daß die Kompromisse der Parteien so abgefaßt sein müssen, daß der Hof in den für ihn festgesetzten Formen handeln kann (A 22, S. 13).

bc) Da Fälle entschieden werden, hat der IGH abgelehnt, die Rechtsätze, auf denen die Fallentscheidung steht, in den Tenor aufzunehmen (*Fischereizone* und *Boll*, I.C.J. Reports 1951, S. 126, und 1958, S. 62). Man könnte das dahin extrapolieren, daß der Hof nicht internationaler Gesetzgeber ist und die Regeln, die er anwendet, nicht zu kodifizieren hat.

bd) Eine Abwandlung dieses Prinzips scheint in der Praxis zu liegen, einzelne Anträge und Fragen der Parteien nicht zu bescheiden, wenn sie abstrakt formuliert sind (*Chorzów*, StIGH A 6, S. 21 mit A 7, S. 34, 81).

Milder war der Hof, als er im *Memel*-Fall seine Feststellungen konkretisierte (StIGH A/B 49, S. 311, wozu das abweichende Votum *Anzilotti*, S. 349 f., zu lesen ist).

Diese Praxis kann auf der positiven Regelung beruhen, daß Staaten nur klagen, aber kein Gutachten des Hofes erlangen können.

c) Der Hof entscheidet nach Völkerrecht.

ca) Gelegentlich haben Parteien den Hof von einer Entscheidung abhalten wollen mit dem Argument, daß der Fall nach einem nationalen Recht zu beurteilen sei. Aber es gibt Vorfragen aus dem nationalen Recht, die vor dem Hof streitig werden können (StIGH A 20, S. 19 f. — *Serbische Anleihen*), und manchmal ist die Frage die, ob die Anwendung eines nationalen Gesetzes dem Völkerrecht widerspricht. Dies hat den StIGH seinerzeit zu dem bekannten Wort gebracht, daß vor dem Völkerrecht das nationale Recht ein bloßes Faktum ist, das auf seine Vereinbarkeit mit den Verpflichtungen des Staats geprüft werden kann (StIGH A 7, S. 19 — *Oberschlesien*).

cb) Die Verträge, die zwischen den Streitteilen bestehen, müssen auf ihren rechtlichen Gehalt untersucht werden; der Hof kann nichts tun, was einer Revision gleichkäme (*Auslegung der Friedensverträge*, I.C.J. Reports 1950, S. 229).

Wohl müßte demnächst der Hof Verträge am *ius cogens* messen (Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969 Art. 66 Buchst. a).

cc) Moralische Fragen, die sich auf den Sachverhalt beziehen, behandelt der Hof nicht. So ging er im Fall der *Serbischen Anleihen* nicht auf die Betrachtung ein, daß nicht die ursprünglichen Zeichner, sondern Spekulanten Rechte geltend machen wollten (StIGH A 20, S. 39).

cd) Zweckmäßigkeitsfragen will der Hof ebensowenig beantworten. Darum wies er im dritten *Asyl*-Fall die Klage ab, weil er fand, daß die

Durchführung des Asyl-Urteils von rein tatsächlichen Umständen und politischen Bewertungen abhängen (I.C.J. Reports 1951, S. 79).

3. Wenn sich der Hof nur als Berater und Auskunftsperson verstehen würde, bräuchten sich manche der erörterten Fragen im Gutachtenverfahren nicht zu stellen. Er betont aber gerade in den drei am Eingang zuerst aufgeführten Zitaten für dieses Verfahren seinen Status als Gericht. Er geht sogar so weit, in I.C.J. Reports 1962, S. 155 (*Ausgaben der Vereinten Nationen*), anzudeuten, daß er unter Umständen die Erstattung eines Gutachtens verweigern könnte; siehe auch 1956, S. 86.

a) Auch im Gutachten will der Hof einen Streit behandeln. Zwar schlägt hier das Gutachten des StIGH über das *griechisch-bulgarische Abkommen vom 9. 12. 1927* A/B 45 nicht eigentlich ein, weil die dem Hof gestellte Frage eben dahin ging, ob unter den beiden Vertragspartnern ein Streit bestehe. Die Praxis bietet aber, auch in der genannten Sache unter anderem Aspekt, Beweise dafür, daß ähnlich wie im Streitverfahren Grundsätze richterlichen Handelns berücksichtigt werden.

aa) Der Hof hat mehrere Male seine Gutachtentätigkeit davon abhängig gemacht, daß die anfragende Stelle eine Zuständigkeit hatte, sich mit der Sache zu befassen. Am bekanntesten ist der *Ostkarelien-Fall* B 5, aus dem das oben zuerst angeführte Zitat stammt und in dem der Hof fand, daß der Völkerbundsrat den Streit zwischen Finnland und der Sowjetunion nicht behandeln könne. Positiv ging die Prüfung in StIGH B 6, S. 19 (*Deutsche Siedler in Polen*), aus. Zum griechisch-bulgarischen Abkommen hatte der Völkerbundsrat eine Zuständigkeit, die aber auf die wirkliche Zweifelsfrage sich nicht erstreckte (StIGH A/B 45, S. 85). Eine zu den Urteilen des *IAO-Verwaltungsgerichts* gestellte Frage fiel ebenfalls der Unzuständigkeit der anfragenden Organisation zum Opfer (I.C.J. Reports 1956, S. 98 f.).

ab) Aber auch unabhängig von diesen Betrachtungen kann man feststellen, daß der Hof es für unzulässig hält, über die Rechtsposition eines Staates zu gutachten, der sich am Verfahren nicht beteiligt. Soviel kann man auch aus dem Gutachten über *Ostkarelien* entnehmen (StIGH B 5, S. 27 ff.); der IGH hat im Gutachten über die *Auslegung der Friedensverträge* der Achsensatelliten diesen Standpunkt bekräftigt, aber den Fall unterschieden: Es gehe nicht um die Rechte dieser Staaten, sondern nur um die Zulässigkeit eines bestimmten Verfahrens (I.C.J. Reports 1950, S. 72).

Die Beamten, die von den Urteilen des IAO-Verwaltungsgerichts betroffen waren und deren Interessen bei dem Gutachtenverfahren auf dem Spiel standen, konnten nach den Verfahrensvorschriften nicht vor dem Hof auftreten. Deshalb äußerte dieser Bedenken; er verschaffte ihnen aber auf

einem Umweg eine nach seiner Ansicht ausreichende Gelegenheit, ihren Standpunkt dem Hof bekanntzugeben, und stellte im übrigen die Gleichheit dadurch her, daß er gar keine mündliche Verhandlung stattfinden ließ (I.C.J. Reports 1956, S. 86).

ac) Auch im Gutachtenverfahren muß ein erheblicher Punkt von den beteiligten Staaten diskutiert worden sein. Zum *griechisch-bulgarischen Abkommen* fand der Hof, daß in Wirklichkeit die Partner wissen wollten, wie die Verbindlichkeiten nach dem Hoover-Plan zu behandeln seien. Dies zu beurteilen, hätte aber eine Untersuchung der Vorgeschichte und der Finanzfragen des Bevölkerungsaustausches erfordert. Somit war ein weiterer Grund gegeben (siehe oben bei aa und unten bei ad), die gestellte zweite Frage nicht zu beantworten (StIGH A/B 45, S. 86).

ad) Das Verbot des *ultra petita* gilt entsprechend im Gutachtenverfahren (StIGH A/B 50, S. 377, A/B 65, S. 54).

Demgemäß wird eine subsidiäre Frage nicht behandelt, wenn sie durch die Antwort auf die Hauptfrage gegenstandslos wird; auch der Wunsch beider beteiligten Staaten nach einer Antwort wird nicht berücksichtigt. Die Staaten haben kein Recht auf Gutachten, sie können auch nicht durch Vereinbarung das Gutachtenverfahren ausweiten (StIGH A/B 45, S. 87).

b) Dem Entscheiden beim Streitverfahren entspricht das Antworten im Gutachtenverfahren. Man darf annehmen — Praxis liegt noch nicht vor —, daß der Hof im letzteren auch keine Versuche zu einem Vergleich vornehmen oder sich Alternativen der Antwort vorschreiben lassen würde.

Bei aller strengen Beachtung seines Auftrags wird er aber auch hier an der Freiheit der rechtlichen Beurteilung festhalten. *Rosenne*⁸⁾ macht darauf aufmerksam, daß der Hof nie beim Fragesteller zurückgefragt, sondern die Gutachtenfrage selbst ausgelegt und manchmal sogar modifiziert hat.

ba) Die Gutachtenfragen müssen präzise sein. Gegenstand eines der ersten Gutachtenverfahrens war es, ob die Internationale Arbeitsorganisation zuständig sei für die Entwicklung der landwirtschaftlichen Produktionsmittel und alle anderen Fragen dieser Art. Der Hof erklärte sich außerstande, diese »anderen Fragen« zu definieren; er erweiterte den ersten Teil der Anfrage um einiges und erteilte darauf seine Antwort (StIGH B 3, S. 58).

bb) Der Hof paßt gestellte Fragen dem Sachgehalt der Zweifelsfrage an; besonders eingehend geschah dies im Gutachten über die Kommission für den *griechisch-türkischen Bevölkerungsaustausch* (StIGH B 16, S. 14—16, B 18, S. 9).

⁸⁾ *Rosenne*, a.a.O. (oben Anm. 1), S. 701.

bc) Ohne in der Antwort von der Frage abzuweichen, hat der Hof diese im Lichte der Vorgänge ausgelegt (*Petenten aus Südwestafrika*, I.C.J. Reports 1956, S. 25 f.⁹⁾, siehe auch StIGH B 8, S. 50).

Ähnlich konkretisierte der Hof die bezüglich der IMCO an ihn gerichtete Frage dahin, ob die Nichtberufung Liberias und Panamas in den Ausschluß rechtmäßig war; es war aber auch hier nicht notwendig, die Antwort so konkret zu formulieren, sondern die Feststellung genügte, daß der Ausschluß nicht gemäß der Satzung zusammengesetzt ist (I.C.J. Reports 1960, S. 152 f., 171).

bd) Der Hof hat keinen Anstoß daran genommen, daß sein Gutachten kraft innerer Bestimmungen der anfragenden Organisation bei ihr eine verbindliche Wirkung hat (*Urteile des IAO-Verwaltungsgerichts*, I.C.J. Reports 1956, S. 84).

c) Auch im Gutachtenverfahren hat der Hof nur rechtliche Fragen zu lösen (*Ausgaben der Vereinten Nationen*, I.C.J. Reports 1962, S. 155).

ca) Demnach kann er sich nicht mit moralischen oder politischen Pflichten der beteiligten Staaten beschäftigen, so etwa mit der Frage, ob Südafrika verpflichtet gewesen wäre, sein Mandat über Südwestafrika in ein Treuhandverhältnis umzuwandeln (I.C.J. Reports 1950, S. 140).

cb) Das Gutachtenverfahren kann auch nicht Anlaß sein, sich kritisch zu Verträgen zu äußern, die der Beurteilung zugrunde liegen. Der Hof hat sie auszulegen, nicht zu revidieren (I.C.J. Reports 1950, S. 229).

cc) Daraus haben in Gutachtenverfahren mehrmals beteiligte Staaten schließen wollen, daß die gestellte Frage als politische nicht vom Hof beantwortet werden dürfe. Der Hof hat dagegen betont, daß er trotz politischer Implikationen juristische Punkte sehr wohl behandeln könne (*Aufnahme in die Vereinten Nationen*, I.C.J. Reports 1948, S. 61, 1950, S. 6). Er scheint sich allerdings mit anderen Äußerungen in Widerspruch zu setzen, weil er sich zu seiner Rechtfertigung außerdem auf den abstrakten Charakter der Frage beruft, und in den abweichenden Voten ist das unter verschiedenen Gesichtspunkten angegriffen worden (Alvarez 1948, S. 70 f., Basdevant u. a., S. 93, Zoričić, S. 95, Krylov, S. 107 f.). Aber Basdevant und seine Mitzeichner haben wohl die richtige Formel gefunden: Man kann rechtlich feststellen, ob Mitglieder der Vereinten Nationen beim Beschluß über Neuaufnahmen politische Gesichtspunkte berücksichtigen dürfen oder nicht; man kann aber nicht die politischen Gesichtspunkte rechtlich bewerten.

⁹⁾ Lauterpacht, a.a.O., S. 38, hätte gewünscht, daß der Hof im Interesse der Klarheit ausführlicher und qualifiziert antworte.

cd) Aus diesem Grunde war es auch keine politische, sondern eine rechtliche Frage, ob die Versammlung der IMCO bei der Wahl der Mitglieder des Ausschusses für Sicherheit zur See ein freies oder gebundenes Ermessen hat (I.C.J. Reports 1960, S. 153, 165 f.).

ce) Der Hof hat einmal den Wunsch geäußert, in Gutachtenverfahren mit eindeutigen Fakten versehen zu werden (*Ostkarelien*, StIGH B 5, S. 28). Aber die Feststellung streitiger Tatsachen gehört nun einmal zur richterlichen Tätigkeit einer Sachinstanz¹⁰⁾, und der Hof will sie auch nicht grundsätzlich in Gutachtenverfahren von sich weisen (siehe auch StIGH B 14, S. 46: Bei ernstem Zweifeln an dem vorgelegten Material würde der Hof in die Prüfung eintreten).

4. Zu den einzelnen Thesen, die aus der Rechtsprechung des Hofes herausgeschält sind, sind vielleicht einige klärende Anmerkungen nützlich.

a) Ob die Streitparteien oder die in einer Gutachtensache interessierten Staaten wirklich einen Streit haben, der Gegenstand des richterlichen Erkenntnisses sein kann, ist objektiv zu beurteilen. Das Behaupten oder Leugnen eines Teiles ist nicht maßgebend (*Auslegung der Friedensverträge*, I.C.J. Reports 1950, S. 74).

Es ist aber nicht erforderlich, daß sich der Streit in einer besonderen Form offenbart habe; insbesondere müssen nicht diplomatische Verhandlungen vorhergegangen sein (StIGH A 6, S. 14 und 22, A 13, S. 10).

b) Den Gegenstand des Streits ermittelt der Hof ebenfalls objektiv; denn er hat mehrfach Anträge und Anfragen ausgedeutet und umgeformt. Auch wo die Streitenden gemeinsam ein Kompromiß verfaßt und damit den Hof angegangen waren, hat er mehrmals eine enge Auslegung zurückgewiesen und unter Betrachtung der Vorgeschichte ungeschickte Formulierungen überspielt. So hat er es im *Freizonen*-Fall auf den *effet utile* abgestellt und nicht zulassen wollen, daß die wirklich unter den Parteien strittige Frage ausgeschieden oder gar präjudiziert sein sollte (StIGH A 22, S. 13, und A/B 46, S. 139). Die Konzession für die Leuchttürme im Ägäischen Meer werfe zwei getrennt zu untersuchende Fragen auf: die nach der Gültigkeit und die nach dem Übergang zu Lasten Griechenlands, obwohl das Kompromiß das unklar lasse (StIGH A/B 62, S. 13 ff., 24 ff.). Das Kompromiß im Fall *Borchgrave* sei zu weit gefaßt, und der Hof legt es an Hand des vorangegangenen Notenwechsels aus; aber doch enthält es die Frage, ob Spanien bei der Verfolgung der Täter nachlässig gewesen sei (StIGH A/B 72, S. 164 ff.). Im *Korfu*-Fall fand der Hof, daß er auch für die Höhe des Schadens zuständig gemacht worden sei, wenn auch ein Antrag erst am

¹⁰⁾ Im Statut des Hofes weist Art. 36 Abs. 2 Buchst. c sogar auf eine reine Sachfeststellung als Streitkategorie hin.

Schluß der Plädoyers gestellt sei — er ließ darum ein Nachtragsverfahren stattfinden (I.C.J. Reports 1949, S. 23, 26). Ob im Streit um die *Minquiers* und *Ecrehos* eine Auslegung des Kompromisses oder das materielle Recht dafür entscheidend waren, daß der Hof für den Erwerb der Souveränität nicht das Stichjahr 1839 gelten lassen wollte, mag dahinstehen (I.C.J. Reports 1953, S. 59).

Foster¹¹⁾ stellt den hypothetischen Fall, daß beide Parteien dem Hof einen wissentlich unrichtigen Sachverhalt unterbreiten und darüber streiten, um über eine Rechtsfrage Auskunft zu erhalten. Er meint, der Hof würde die Darstellung nicht hinnehmen, weil das darauf hinausliefe, den Staaten zu einem ihnen nicht zustehenden Gutachten zu verhelfen. Dem wird beizupflichten sein, obwohl der Hof auch einmal gesagt hat, er müsse den Klaginhalt so prüfen, wie der Kläger ihn dargestellt habe (*Barcelona Traction II*, I.C.J. Reports 1970, S. 31 Ziff. 29).

Es scheint, daß der Hof bei der Auslegung eines Kompromisses einen vernünftigen gemeinsamen Willen der Parteien sucht, bei der einseitigen Klage aber die Rechte der beklagten Partei wahren will.

c) Der Hof zeigt sich den Parteien oft hilfreich. Oben Ziff. 2 ba ist bereits erwähnt, wie er im *Freizonen*-Streit zwar ablehnte, dem Wunsch der Parteien nach einer Art vorläufigen Ausspruchs zu willfahren, aber doch in den Beschlüssen A 22 und A 24 ziemlich ausführliche Andeutungen über seine Meinung machte.

Im *Chorzów*-Fall hatte der Hof die Fassung eines deutschen Antrags beanstandet, weil der Hof sagen sollte, welche Haltung Polens gegenüber den Stickstoffwerken dem Oberschlesien-Abkommen entsprochen haben würde (StIGH A 6, S. 21 — siehe oben Ziff. 2 bd). Er wies den Antrag aber noch nicht zurück, sondern erst dann, als im nachfolgenden Verfahren der Mangel nicht behoben war (StIGH A 7, S. 34).

Im *Korfu*-Fall stellte England einen bezifferten Ersatzanspruch erst zuletzt in der Verhandlung. Der Hof hielt sich für zuständig, fand aber, daß die Streitenden über die Schadenshöhe nicht hinlänglich debattiert hatten (siehe oben Ziff. 3 ac); vielleicht ein Anwendungsfall des *audiatur...*, wogegen wieder die Freiheit der rechtlichen Würdigung unabhängig vom Parteivorbringen oben Ziff. 2 bb betont ist. Er half durch die Verlängerung des Verfahrens in einer neuen Phase (I.C.J. Reports 1949, S. 26).

Grenzen hatte diese Nachsicht im *Kamerun*-Streit, wo der Hof hervorhob, daß der Kläger an sein Vorbringen nicht die sich ergebenden recht-

¹¹⁾ Fact Finding and the World Court, Canadian Yearbook of International Law 1969, S. 183.

lichen Schlußfolgerungen geknüpft habe (I.C.J. Reports 1963, S. 32), und in den *Asyl*-Fällen (siehe oben Ziff. 2 ae).

d) In diesem Zusammenhang muß aber daran erinnert werden, daß die Anforderungen des völkerrechtlichen Verfahrensrechts an die Präzision der Anträge nicht so weit gehen wie in nationalen Rechten. Das Feststellungsurteil nimmt im völkerrechtlichen Prozeß eine viel bedeutendere Stelle ein und scheint sogar zu überwiegen. Ein Schiedsgericht hat sogar abgelehnt, eine besondere Buße über den schuldig befundenen Staat zu verhängen, eben weil die im Spruch getroffene Feststellung des Verstoßes schon an sich eine erhebliche Sanktion sei¹²⁾; und der IGH hat die Feststellung der Rechtswidrigkeit der britischen Aktion im Korfukanal als hinlängliche Genugtuung für Albanien erklärt (I.C.J. Reports 1949, S. 35, und im Tenor S. 36).

5. Der Hof gibt den Sätzen, die er aus seiner Funktion als Gericht ableitet, einen besonderen Rang. Das kann kaum auf dem Grund beruhen, daß die beteiligten Staaten im völkerrechtlichen Prozeß bestimmte Rechte haben, die der Hof eben achten müsse¹³⁾. Denn der Hof weigert sich, von diesen Sätzen auch dann abzugehen, wenn beide beteiligten Staaten es wünschen.

Dies sagt er theoretisch im *Kamerun*-Urteil (I.C.J. Reports 1963, S. 29) und praktiziert es im *Freizonen*-Streit, im Fall des *griechisch-bulgarischen Abkommens* und im *Asyl*-Streit (siehe oben Ziff. 2 ba und cd, 3 ad, 2 ae).

Auch daß die Grundsätze des Streitverfahrens im Gutachtenverfahren ihre Entsprechungen finden, zeugt für ihren Rang, weil sie sich gegen die anfragende Stelle richten, als deren dienendes Organ eigentlich der Hof gelten soll.

Eine Erklärung dafür konnte bisher schwer gefunden werden. Die Streitteile waren normalerweise Parteien des Statuts des Hofes als eines Kollektivvertrags, und eine Durchbrechung *ad hoc* durch zweiseitiges Abkommen beeinträchtigte wohl kaum Rechte eines dritten Mitglieds — es sei denn, daß im Streit oder Gutachten selbst ein solches Recht tangiert wurde (siehe oben Ziff. 2 ad und 3 ab). Im Wiener Vertragsrechtsübereinkommen von 1969¹⁴⁾ gibt Art. 41 keine klare Lösung dieses Problems, auch nicht wenn man den Zweck des Statuts in Betracht zieht.

Gewiß haben Autoren auf den fundamentalen Charakter bestimmter Grundregeln des Verfahrens hingewiesen¹⁵⁾, aber nach Art. 38 des Statuts

¹²⁾ Fälle *Manouba* und *Carthago*, Reports on International Arbitral Awards Bd. 11.

¹³⁾ So Carlston, *The Process of International Arbitration* (1946), S. 36 und 260.

¹⁴⁾ Siehe ZaöRV Bd. 29 (1969), S. 711 ff.

¹⁵⁾ Carlston, a.a.O., S. 36; Bin Cheng, *General Principles of Law* (1953), hat einen ausführlichen Teil IV über die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Verfahrens S. 257 bis 386. Siehe auch die Bemerkungen Kelloggs im *Freizonen*-Streit StIGH A 24, S. 32 f.

schiene eben die allgemeinen Rechtsgrundsätze keinen Rang vor den bilateralen Abmachungen zu haben.

Man kommt auch nicht weiter mit dem Versuch, den Hof als Partei seines Statuts zu konstruieren; denn dann würde es immer noch bei ihm stehen, mit den Streitparteien gemeinsame Sache zu machen und von einem der Grundsätze des Verfahrens abzuweichen. Das eben will er nicht.

So bliebe nur übrig, die aus dem Wesen der Gerichtsbarkeit fließenden Sätze als zwingendes Recht zu verstehen. Der Gedanke an zwingendes Recht scheint neu und wurde auch auf der Wiener Vertragsrechtskonferenz nur gegen Widerstand durchgesetzt. Über den besonderen Fall der hier erörterten Sätze scheint niemand etwas gesagt zu haben¹⁶⁾; es wäre also schon einige Zeit, von allen unbemerkt, zwingendes Recht praktiziert worden.

6. Die Frage, ob die Einwendungen gegen eine Klage, einen Antrag, eine Gutachtenfrage aus dem Wesen der Gerichtsbarkeit als *exceptions préliminaires* zu behandeln sind (siehe schon oben S. 713 bei Anm. 3 und 4), muß wohl offen bleiben. Zwar sollte man alles, was ohne Erkenntnis zum Fond entschieden werden kann¹⁷⁾, vorweg behandeln; dafür sprechen Gründe der Prozeßökonomie und die Notwendigkeit, alle *obiter dicta* über den Grund der Sache zu vermeiden. Aber positiv bedeutet die *exception préliminaire*, daß ein Vorverfahren stattgefunden hat, und damit hängt der Ausschluß solcher Einreden nach dem ersten Schriftsatz zusammen (Art. 62 des Reglements des Hofes). Dem hohen Rang der Regeln, die aus dem Wesen der Gerichtsbarkeit folgen, wäre es nicht angemessen, wenn sie außer acht bleiben müßten, weil eine Partei sich verschwiegen hat.

Außerdem stellen sich die Bedenken aus diesem Titel manchmal erst im Laufe des Verfahrens heraus. Die Anträge können bis zum Ende der mündlichen Verhandlung geändert werden; demnach könnten die Bedenken erst dann entstehen oder vorher bestehende könnten behoben werden.

Wenn also auch die hier behandelten Hindernisse für eine Sachentscheidung nicht *exceptions préliminaires* im Sinne des Prozeßrechts des Hofes sind, so sollten sie dennoch — wie gesagt, aus Prozeßökonomie und zur Schonung des materiellen Rechts der Parteien — vorweg behandelt werden. Ob vor oder nach den klassischen Prozeßeinreden sollte nicht davon abhängen, welche Entscheidung einfacher ist. Es könnte im Interesse der Parteien

¹⁶⁾ Vgl. die Aufsätze von Scheuner, ZaöRV Bd. 27 (1967), S. 520, und Bd. 29 (1969), S. 28, und Schwelb, AJIL Bd. 61 (1967), S. 946.

¹⁷⁾ So hat man wohl StIGH A/B 76, S. 22, zu verstehen — *Eisenbahn Panevezys-Saldutiskis*, die Einwände der Nichtnationalität des Anspruchs und der Nichterschöpfung des Rechtswegs. Unter den Richtern bestand eine große Meinungsverschiedenheit.

und der Befriedung sein klarzustellen, daß eine Sache nicht an formellen Hindernissen scheitert, sondern wegen innerer Mängel nicht ans Gericht gelangen kann.

Es ist hier nicht der Versuch gemacht, die der Rechtsprechung des Hofes entnommenen Sätze zu einer Kategorie zusammenzufassen und zu benennen. Man sieht nicht recht, welchen Gewinn man mit *exceptions préliminaires de fond* (siehe Sperduti, oben Anm. 3) hätte. Brownlie¹⁸⁾ sieht in manchen die Verneinung der Justiziabilität; aber das trifft nicht für alle zu.

7. Wahrscheinlich würde die Durchsicht der Verhandlungsprotokolle des Hofes noch mehr einschlägiges Material liefern, wenn nämlich der Hof auf die Parteien im Sinne einer Korrektur ihrer Anträge und Ausführungen eingewirkt hat. Nur wenige Bemerkungen seien zu neuesten Verfahren vor dem Hof gemacht.

Die Anträge der klagenden Partei in *Barcelona Traction II* (I.C.J. Reports 1970, S. 12 ff.) haben in ihrer Bestimmtheit mehrere Male gewechselt. In der *Südwestafrika*-Klage haben die klagenden Staaten nach zahlreichen Anträgen auf tatsächliche und rechtliche Feststellungen noch gebeten: "May it also please the Court to adjudge and declare whatever else it may deem fit and proper in regard to this Memorial" (I.C.J. Reports 1966, S. 13 und 15 f.).

In beiden Fällen sind die Klagen aus anderen Gründen abgewiesen, und so fehlt es an der Beurteilung dieser Anträge durch den Hof unter dem Gesichtspunkt des Bezugs auf ein bestimmtes Recht. Man möchte aber doch nach der bisherigen Rechtsprechung annehmen, daß der angeführte Antrags- teil aus dem *Südwestafrika*-Streit nicht zulässig ist.

In den *Nordseeschelf*-Fällen war die im Kompromiß gestellte Frage (I.C.J. Reports 1969, S. 6) genau besehen eine Gutachtenfrage. Es hat aber der Hof keine Bedenken erhoben, vielleicht weil die Frage sich auf konkrete Situationen bezog¹⁹⁾ und die Parteien einig geworden waren, die Entscheidung des Hofes zur verbindlichen Grundlage für ihre weiteren Verhandlungen zu nehmen. Insofern unterscheidet sich dieser Fall von dem als Frage formulierten Antrag im *Chorzów*-Streit (siehe oben Ziff. 2 bd und 4 c) und vom *Freizonen*-Streit (siehe oben Ziff. 2 ba).

¹⁸⁾ The Justiciability of Disputes and Issues in International Relations, BYIL Bd. 42 (1967), S. 123 ff.; eine Aufzählung möglicher präliminärer Einreden auch bei J. W. Verzijl, *The Jurisprudence of the World Court* Bd. 2 (1966), S. 360 Anm. 2.

¹⁹⁾ Der Hof hat Wert darauf gelegt, daß er den Boden der Nordsee nicht zu verteilen, sondern die Grenzen anzugeben habe — *delimitation* (I. C. J. Reports 1969, S. 13, 22).

8. Das jüngste Gutachtenverfahren über *Südwestafrika* (I. C. J. Reports 1971, S. 16) berührt mehrfach den Gegenstand dieser Untersuchung.

a) Die Südafrikanische Union hatte gewünscht, daß der Hof das Gutachtensuchen ablehne, wozu er sich in der Tat — siehe oben Ziff. 3 Abs. 1 — ein Ermessen beilegt. Er will das aber (§ 41 des Gutachtens) nur tun, wenn zwingende Gründe vorhanden sind, und dazu genügt es nicht, daß zahlreiche Tatfragen anstehen. Ein Gericht müsse, um sich über eine Rechtsfrage auszusprechen, die Tatsachen kennen und notfalls eruieren²⁰); dadurch verliere die vorgelegte Frage nicht den Charakter einer rechtlichen (§ 40 des Gutachtens, vgl. dazu oben Ziff. 3 ce).

b) Die Südafrikanische Union hielt weiter das Gutachten für unzulässig, weil es sich auf einen Streit beziehe (§ 30 des Gutachtens). Die Bemerkungen des Hofes zu diesem Punkt setzen sich nicht hinlänglich mit dem Argument der Union auseinander, das freilich mit einem Hinweis auf Art. 83 seiner Verfahrensordnung hätte abgetan werden können²¹). Er bestreitet der Gutachtenfrage die Zugehörigkeit zu einem »Streit« deswegen, weil er der Union die Zuziehung eines nationalen Richters verweigert hatte (§§ 32—39 des Gutachtens). Den Hinweis auf den *Ostkarelien*-Fall widerlegt er damit, daß Südafrika, anders als die Sowjetunion damals, Mitglied der anfragenden Organisation sei und sich am Verfahren beteiligt habe (§ 31 des Gutachtens — vgl. oben Ziff. 3aa und ab).

c) Mit der richterlichen Funktion hängt ein Passus in der abweichenden Stellungnahme des Richters A. Gros zusammen. Gros führt aus, der Richter könne zwar nicht von der gestellten Frage abgehen, wohl aber seine Antwort unabhängig von dem Vorbringen der gehörten Staaten geben und begründen (S. 342 — siehe dazu oben Ziff. 2bb). Damit leitet er seine eigene Lösung des Falles ein: Die Südafrikanische Union habe eine Verhandlungspflicht gegenüber den Vereinten Nationen verletzt.

d) Der wichtigste hier einschlägige Streitpunkt war, wie weit der Hof, selbst Organ der Vereinten Nationen, ihre Rechtsakte nachprüfen kann.

da) Einmal ging es um die Gültigkeit der Entschließung des Sicherheitsrates Nr. 284 (1970), der das Gutachten anfordert. Diese hat der Hof nachgeprüft, weil seine Zuständigkeit zum Verfahren auf ihr beruht (§ 20 des Gutachtens letzter Satz). Er hat sie ungeachtet der Enthaltung zweier ständiger Mitglieder des Sicherheitsrates bejaht (§§ 21 und 22 des Gutachtens).

²⁰) Der Hof weigert sich aber dann, die angebotenen Beweise über die Lage des Mandats zu erheben (§§ 128 ff. des Gutachtens).

²¹) In diesem Zusammenhang siehe das abweichende Votum Gros, Ziff. 13—15; ferner oben Ziff. 3 a.

Ob aber der Sicherheitsrat korrekt verfuhr, indem er die Union nicht an der Beratung teilnehmen ließ, hat der Hof dahinstehen lassen; die Union habe sich damals nicht um die Zulassung als Streitteil eines *dispute* bemüht und müsse jetzt die Qualifikation des Falles als *situation* gegen sich gelten lassen (§ 25 des Gutachtens).

db) Zum anderen bestritt die Südafrikanische Union die Gültigkeit der Entschließung der UN-Generalversammlung vom 27. Oktober 1966 — 2145 (XXI), die das Mandat über Südwestafrika aufhob. Der Hof betont, daß er keine Kontroll- oder Berufungsinstanz gegenüber den anderen Organen der Vereinten Nationen ist; dennoch geht er »in Ausübung seiner richterlichen Funktion« auf die Zweifel ein (§ 89 des Gutachtens). Die dann folgenden Ausführungen laufen aber darauf hinaus, daß die UN-Generalversammlung die Verletzungen des Mandats festgestellt habe und die Rechtsfolgen daraus ziehen durfte (§§ 95, 102—104 des Gutachtens).

dc) Einzelne Richter sind mit der Behandlung dieser Fragen durch den Hof nicht einverstanden. Auf der einen Seite meint Padilla Nervo (S. 101f.), sie lägen außerhalb des Auftrags und der Hof könne ohne ausdrückliches Verlangen keine Organhandlung der Vereinten Nationen überprüfen (S. 105).

Für Petréon (S. 127, 131, 132f.), ist es eine Zumutung an den Hof, daß er von der Entschließung 2145 (XXI) ausgehen mußte; er hätte das Gutachten deswegen ablehnen können. Da er das aber nicht getan hat, hätte er ihre Gültigkeit nicht nachprüfen dürfen.

Nach de Castro (S. 180f.) kann der Hof seine Darlegungen nicht an eine Entschließung der Vereinten Nationen anknüpfen, die offenbar ungültig ist, im übrigen aber die Gültigkeit nur auf ausdrückliches Ersuchen prüfen wie im Fall der *Ausgaben der Vereinten Nationen* (I. C. J. Reports 1962). Im gegenwärtigen Fall sei der Hof auf die bestehenden Zweifel eingegangen, um den anderen Organen behilflich zu sein (S. 181f.). Zur Sache geht de Castro dann (S. 185) von einer Vermutung für die Gültigkeit von Akten der Hauptorgane aus.

Auf der anderen Seite hält es Onyema (S. 143ff.) für unvereinbar mit der richterlichen Funktion des Hofes, die Rechtsfolgen eines Aktes festzustellen, ohne seine Gültigkeit zu überprüfen. Dillard (S. 151) unterstützt diese Meinung mit verschiedenen weiteren Gründen; u. a. bemerkt er, daß niemand ein Organ der Vereinten Nationen nötige, um ein Gutachten zu ersuchen, das sich mit einem ihrer Akte würde befassen müssen. Geschehe das aber, so müsse der Hof seine richterliche Funktion strikt erfüllen.

Fitzmaurice (S. 302f.) folgert aus der richterlichen Funktion, die den Hof von einem Gremium von Rechtsexperten unterscheidet, daß er

keine Instruktionen annehmen kann und die Unterstellungen, die einer Gutachtenfrage zugrunde liegen, auf ihre rechtliche Haltbarkeit überprüfen muß. Auch Gros (S. 331) tadelt den Hof, weil er dies unterläßt.

dd) Diese Auseinandersetzung geht doch wohl nicht um die Gerichtsbarkeit. Der Unterschied zwischen justitiablen und nichtjustitiablen Streitigkeiten ergibt sich seit der Locarno-Formel²²⁾ aus der Fassung des Antrags²³⁾. Bei Gutachten käme es entsprechend darauf an, ob die Frage als Rechtsfrage gestellt ist; normalerweise wird dies schon deshalb der Fall sein, weil die anfragende Stelle weiß, daß sie ihr Anliegen so einkleiden muß. Der Hof könnte das Gutachten allenfalls verweigern, wenn er findet, daß die Einkleidung täuscht. Hier gab es dafür keine Handhabe, denn es war nach den rechtlichen Folgen der fortdauernden Anwesenheit Südafrikas in Namibia gefragt.

Die Gültigkeit der Entschließung 2145 (XXI) vom 27. Oktober 1966 ist eine Inzidentfrage. Wengler²⁴⁾ hat gezeigt, daß die Gültigkeit einer Entscheidung eines internationalen Organs schon nach gegenwärtigem Recht *incidenter* auftauchen und entschieden werden kann, außer wenn nach der Verfassung der Organisation und für die Beteiligten verbindlich feststeht, daß die Organentscheidung endgültig sein soll. Ihm scheint es auch festzustehen, daß das Gutachtenverfahren vor dem Hof bestimmt ist, die Gültigkeit von Organentscheidungen nachzuprüfen²⁵⁾. Welche Mängel der Entscheidung dann beachtlich sein können, hängt vom Verfassungs- und sonstigen internen Recht der Organisation ab. Mängel im Ermessensgebrauch gehören auch hierher²⁶⁾; der Hof hat sich im *IMCO*-Gutachten (I. C. J. Reports 1960, S. 165f.) gefragt, ob die Versammlung bei der Wahl der Mitglieder eines Ausschusses freies oder gebundenes Ermessen habe (siehe oben Ziff. 3cd).

Der Hof hat auch schon gesagt, daß der politische Charakter eines Organs es nicht von der Beachtung des Rechts freistelle (*Aufnahme in die Ver-*

²²⁾ Garantievertrag vom 16. 10. 1925 Art. 3 Abs. 2; Schiedsverträge vom selben Tag Art. 1 Abs. 1.

²³⁾ *Miaja de la Muela*, Derecho y política en el Tribunal internacional de Justicia, Revista Española de Derecho Internacional Bd. 7 (1954), S. 475; *Verzijl*, La base des jugements internationaux au cours de l'histoire, Revue Générale de Droit International Public Bd. 59 (1955), S. 372; *H. Lauterpacht*, Some Observations on the Prohibition of "Non Liqueur" and the Completeness of the Law, *Symbolae Verzijl* (1958), S. 208; *Wengler*, Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux, *Annuaire de l'Institut de Droit International* Bd. 44 I, S. 255 ff. Zur Praxis des Hofes in Gutachtenfragen siehe oben Ziff. 3 cc und cd.

²⁴⁾ A.a.O., S. 265 f., 267 f., 271.

²⁵⁾ *Wengler*, a.a.O., S. 273 f.

²⁶⁾ *Wengler*, a.a.O., S. 259 f.

einten Nationen, I. C. J. Reports 1948, S. 64). Demnach müsste auch ein Gericht feststellen können, ob eine Entscheidung des Organs dem Recht entspricht. Dabei kommt es darauf an, welches Maß Beurteilungsfreiheit das Organ hat.

So gesehen, konnte der Hof in der Tat, ohne Aufsichtsinstanz über andere Organe der Vereinten Nationen zu sein, die Inzidentfrage nach der Gültigkeit angehen. Ob er sie richtig gelöst hat, ist eine andere Frage, die aber nicht den Umfang der Gerichtsbarkeit des Hofes betrifft. Vielmehr hat es sich um das Erfordernis der selbständigen und vollständigen Rechtsfindung (siehe oben Ziff. 2bb) gehandelt.

S u m m a r y

Judicial Function as a Guiding Concept in the Practice of the International Court of Justice

Several times the P. C. I. J. and the I. C. J. have proclaimed that they feel bound by principles inherent in the judicial function. This paper shall assemble the relevant judgments of the Court and identify those principles. The result is a set of rules abstracted from, and illustrated by a number of judgments and advisory opinions.

One rule is that the Court will not decide on cases or on points which do not concern actual and concrete disputes: it will not consider "moot" questions nor will it, not even incidentally, decide on rights of States not parties to the proceedings. The Court will not propose settlements to the parties, nor will it confine itself to alternatives offered by the parties. The Court will not set out the rules on which its decision rests in the operative part of the judgment, it refrains from considering abstract questions. The Court decides and gives opinions on International Law and does not consider political or moral arguments, but it speaks out on legal points even if the matter as a whole is of great political weight. Municipal law is considered incidentally in preliminary questions, but it must stand back if contrary to international obligations. Perhaps the rule *ne ultra petita* also belongs to these rules.

Considering these facts, a great deal of liberty in formulating and modifying the conclusions still rests with the States appearing before the Court, but the Court defends the inherent principles of the judicial function even if the parties are both willing to depart from them. So it seems that *jus cogens* has been applied without the express employment of the notion.

No *dictum* could be found indicating whether these inherent principles must give rise to preliminary proceedings; very often they are tied up with points belonging to the merits of the case.

F. M ü n c h