

OPPOSITION INSTITUTIONALISIEREN –
ALTERNATIVITÄT UND REVERSIBILITÄT ALS
ELEMENTE EINES VÖLKERRECHTLICHEN
LEGITIMATIONSKONZEPTS

Von Isabelle Ley, Heidelberg

In den letzten Jahrzehnten hat die Bedeutung nichtstaatlicher Akteure, insbesondere von NGOs und Individuen, im Völkerrecht stark zugenommen.¹ Gleichzeitig mehren sich die Beispiele für einzelfallbezogene Rechtserzeugung durch internationale Organisationen und Gerichte, die ohne oder gegen den Willen des betroffenen Staates erfolgen.² Trotz dieser Entwicklungen ereignet sich völkerrechtliche Rechtserzeugung nach wie vor ganz überwiegend im Modus konsensualer Intergouvernementalität.³ Ob in Vertragsaushandlungskonferenzen, in internationalen Organisationen oder in informellen Netzwerken, Völkerrecht wird in Foren ausgehandelt, in denen die formale Vertragsschlusskompetenz bei den Staaten liegt, die beanspruchen, ein einheitliches Staatsinteresse zu artikulieren. Staatliches und Regierungsinteresse werden in völkerrechtlichen Prozessen ineins gesetzt. In Kombination mit dem dominanten Konsensprinzip⁴ führt dies dazu, dass gesellschaftliche und parteipolitische Konflikte, wie sie in Parlamenten über die Regierungs- Opposition-Dynamik in den Rechtsetzungsprozess einbezogen werden, im Völkerrecht weder repräsentiert, geschweige denn in einem jurisgenerativen Sinne produktiv eingesetzt werden können: Konflikte bedeuten für völkerrechtliche Rechtserzeugung stets Blockade, Stillstand, letztlich Dysfunktionalität. Diese Repräsentations- und Artikulationsstruktur ist der gegenwärtigen Reich- und Tragweite völkerrechtlicher Regelungen nicht mehr angemessen. Annahmen, die die Erzeugung von Völkerrecht lange getragen und legitimiert haben, treffen deshalb in vielen Bereichen nicht mehr zu. Inwiefern?

¹ Siehe etwa *Steve Charnovitz*, Nongovernmental Organizations and International Law, *AJIL* 100 (2006), S. 348; *Anne Peters*, Jenseits der Menschenrechte – die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht, 2014.

² Siehe die ersten beiden Bände des Projekts International Public Authority: Armin v. Bogdandy u. a. (Hrsg.), *The exercise of public authority by international institutions*, 2010; v. Bogdandy/Venzke (Hrsg.), *International judicial lawmaking*, 2012.

³ Dazu *José E. Alvarez*, *International Organizations as Law-makers*, Oxford u. a. 2005, S. 121; *Jan Klabbers*, *An Introduction to International Institutional Law*, 2. Aufl., Cambridge u. a. 2009, S. 227.

⁴ Zur Resistenz des Konsensprinzips im Völkerrecht *Nico Krisch*, *The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods*, *AJIL* 108/01 (2014), S. 1.

Die dominanten Verfahren völkerrechtlicher Rechtserzeugung – die einheitliche Repräsentation des Staates nach außen sowie das Konsensprinzip – funktionierten auf der Grundlage verschiedener Annahmen über den Charakter von Staaten, ihre Beziehungen und Regelungsbedürfnisse, die heute nicht mehr gültig sind. Staaten wurden als monolithische Einheiten gesehen, die von den gesellschaftlichen, wirtschafts- und sozialpolitischen, ja der Gesamtheit der parteipolitischen Konflikte, die in der Dialektik von Regierung und Opposition zum Ausdruck kommen, abgetrennt werden können. Sie galten als souveräne Handlungseinheiten, denen stets die Rückfalloption einer autonomen Regelung zur Verfügung stand.⁵ Vor allem basierte klassische völkerrechtliche Legitimation auf der Annahme, dass der Einzelne im Völkerrecht keine Rolle spielt: Das Innenrecht regelte danach die Beziehungen zwischen den Individuen, das Völkerrecht die Beziehungen zwischen den Staaten. Insofern war es schlüssig, davon auszugehen, dass beiden eine unterschiedliche politische Qualität eignete: Während gesellschaftliche Konflikte im Parlament repräsentiert und artikuliert wurden, repräsentierte die Regierung nach außen hin die – als einheitlich, stabil und vor allem überparteilich gedachte – Staatsräson.

Die These dieses Beitrags lautet, dass diese Annahmen auf einer überspitzten Dichotomie von Innen und Außen beruhten und aufgrund des Wandels des Völkerrechts⁶ nicht mehr gültig sind. Je stärker Völkerrecht Einfluss auf klassisch innenpolitische Rechtsgebiete wie Wirtschafts-, Umweltrecht oder Migrationsrecht nimmt, desto mehr entsteht das Bedürfnis, diese auch entlang der – typischerweise – innenpolitischen Kategorien und Konfliktlinien zu diskutieren und zu politisieren. Wie kann das gelingen? Zur Beantwortung dieser Frage kann gewinnbringend auf das verfassungsrechtliche Institut der Opposition zurückgegriffen werden. Opposition ist der klassische verfahrensrechtliche Ansatzpunkt zur rechtlichen Operationalisierung von Politisierung. Um ihrer Bedeutung für das Völkerrecht nachzugehen, soll zunächst das politische Defizit des Völkerrechts herausgearbeitet werden (I.). Nach einer Klärung des Begriffs der Opposition (II.) versuche ich anschließend aufzuzeigen, wie Opposition im völkerrechtlichen Kontext konkret institutionalisiert werden könnte (III.).

⁵ Klassisch StIGH v. 7.9.1927, The Case of the S.S. „Lotus“, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A.-No. 10 (18).

⁶ *Christian Tomuschat*, Obligations Arising for States without or against their Will, RdC 241 (1993-IV), S. 195 (269f.); *Joseph Weiler*, The Geology of International Law, ZaöRV 64 (2004), S. 547 (557); *Laurence Helfer*, Nonconsensual international lawmaking, University of Illinois Law Review 2008, S. 71; *Bruno Simma*, Consent: Strains in the Treaty System, in: Macdonald/Johnston (Hrsg.), The Structure and Process of International Law, 1983, S. 485; *ders.*, From Bilateralism to Community Interest in International Law, RdC 250 (1994), S. 217; *Gunnar Schuppert*, Souveränität – Überholter Begriff, wandlungsfähiges Konzept oder „born 1576, but still going strong“?, in: Stein/Buchstein/Offe (Hrsg.), Souveränität, Recht, Moral – Die Grundlagen politischer Gemeinschaft, 2007, S. 251.

I. Ein politisches Defizit

Obwohl das Völkerrecht in seinen Regelungsfeldern und seiner Regelungsintensität zunehmend inter-individuelle Fragen betrifft, kann es Auseinandersetzungen nur als zwischenstaatliche wahrnehmen. Viele rechtspolitische Vorschläge produzieren jedoch Gewinner und Verlierer, haben also redistributiven Charakter, und sind gesellschaftlich umstritten. Im innerstaatlichen Rechtsetzungsprozess wird dies in komplexen Prozessen und unterschiedlichen Foren abgebildet: zunächst informell durch die korporatistische Einbindung gesellschaftlicher Akteure, in der Regierung durch die Zuständigkeit verschiedener Ressorts und damit die Abbildung unterschiedlicher funktionaler Aspekte und schließlich die öffentliche Auseinandersetzung zwischen den Parteien. Letztere kennzeichnet einen Rechtsetzungsvorschlag als eher sozial oder liberal, links oder rechts, sicherheits- oder freiheitsorientiert, religiösfreundlich oder säkular. Politische Konfliktlinien, in den Parteien und Fraktionen organisatorisch kondensiert, strukturieren diese Auseinandersetzung auch thematisch und sind ständig im Fluss.⁷ Mit anderen Worten: Moderne demokratische Ordnungen sind von einer höchst ambivalenten Dialektik von Konsens und Dissens, Pluralität und Einigkeit, Veränderung und Stabilität gekennzeichnet. Demokratie erkennt an, dass politische Fragen legitimerweise umstritten sind und in offenen Gesellschaften immer sein werden.⁸

Die intergouvernementale one state, one vote-Logik unterdrückt die Artikulation derartiger Auseinandersetzungen. Sie zwingt Staaten dazu, eine bestimmte Position einzunehmen. Es ist ihnen – zumindest in der Abstimmung – nicht möglich zu artikulieren, dass eine Regelung nur für einen Teil ihrer *constituency* wünschenswert ist. Genau dies – die Kanalisation gesellschaftlicher Konflikte in eine tragfähige Lösung – ist zwar die Aufgabe der Regierung auch im Inneren. Allerdings mit dem Unterschied, dass sie hier ständig den Angriffen sowie der drohenden Ersetzung durch die Opposition ausgesetzt ist. Diese ist damit verfassungstheoretisch von zentraler Bedeutung: „Die für die Demokratie so charakteristische Herrschaft der Majorität unterscheidet sich von jeder anderen Herrschaft dadurch, dass sie eine Opposition ihrem innersten Wesen nach nicht nur begrifflich voraussetzt, sondern auch politisch anerkennt“⁹, formuliert Kelsen in diesem Sinne. Das Völkerrecht betrifft also zunehmend und zunehmend intensiv Bereiche, die sozial und politisch umstritten sind, stellt jedoch keine institutionellen Möglichkeiten bereit, diese Umstrittenheit a) zu artikulieren und b) das Recht für die Politik

⁷ Sehr aufschlussreich zur Sektoralisierung des Völkerrechts als Verlust an universellen politischen Ausdrucksmöglichkeiten Jürgen Bast, Das Demokratiedefizit fragmentierter Internationalisierung, in: Brunkhorst (Hrsg.), Demokratie in der Weltgesellschaft, Soziale Welt, Sonderband 18, 2009, S. 185.

⁸ Dazu Jeremy Waldron, Law and Disagreement, Oxford u. a. 1999; ders., The Dignity of Legislation, Cambridge u. a. 1999.

⁹ Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (1929), 1981, S. 101.

auf die erforderliche Weise verfügbar zu machen, die seinem politischen Charakter angemessen wäre.

Zwei Beispiele: Die berüchtigten targeted sanctions des Sicherheitsrats¹⁰ werden in den sanctions committees des UN-Sicherheitsrats getroffen, an denen nur die Mitgliedstaaten des Sicherheitsrats partizipieren, in der Regel also nicht einmal die Heimatstaaten der betroffenen Personen. Aus grundrechtsdogmatischer Sicht sowie unter Gesichtspunkten personeller Legitimation sind diese Maßnahmen schwer zu rechtfertigen.¹¹ Weniger stark im Fokus der Kritik stand die Tatsache, dass es sich um quasi-polizeirechtliche Maßnahmen handelt, die in den meisten Staaten als Konflikte zwischen Sicherheit und Freiheit hochumstritten wären und entsprechende Proteste hervorgerufen hätten. Diese Debatte kann jedoch schon aufgrund der rein zwischenstaatlichen Zusammensetzung im Rahmen des Sicherheitsrats bzw. sanctions committees nicht geführt werden. Selbst wenn dort ein Mitgliedstaat, etwa Frankreich, den USA widerspricht und versucht, eine Maßnahme zu verhindern, stellt sich die Auseinandersetzung als eine zwischen zwei Staaten dar, nicht als eine zwischen gegenläufigen Ideologien auf der Konfliktlinie Freiheit versus Sicherheit.

Deutlich wird dies auch an den vielfältigen (zunächst: Rechts-)Konflikten zwischen den internationalen Wirtschafts- und Finanzorganisationen und sozial-, umwelt-, kultur- oder arbeitspolitisch ausgerichteten Organisationen und ihren Rechtsakten und Konventionen, die sich häufig widersprechen. Dass hinter diesen Rechtskonflikten ein tiefgehender politischer und ideologischer Konflikt zwischen einerseits wirtschafts- und finanzpolitischen und andererseits sozialpolitischen Interessen liegt, kann mit dem Vokabular und Instrumentarium von Externalitäten und Rechtskonflikten repräsentations- und legitimationstheoretisch nicht angemessen aufgefangen werden. Vielmehr handelt es sich um genuin politische Fragen, die in genuin politischen (am besten: parlamentarischen) Prozessen verhandelt werden sollten, bevor rechtliche Lösungen getroffen werden. Eine Begrenzung auf eine juristische Auseinandersetzung über die Auflösung von Rechtskonflikten wird der Tatsache, dass IWF-Maßnahmen (man denke nicht zuletzt an die Maßnahmen gegenüber Griechenland) nicht nur Externalitäten, sondern im materiellen Sinne Gewinner und Verlierer hervorbringen, nicht gerecht.¹²

¹⁰ Vgl. zum neuesten Kadi-Urteil des EuGH den Blog-Beitrag von *Nele Yang*, Kadi II: Der EuGH kämpft um Informationen und der Einzelne sieht zu, <http://www.juwiss.de/102-2013/> (14.10.2013).

¹¹ Siehe etwa *Jessica Almquist*, A Human Rights Critique of European Judicial Review: Counter-Terrorism Sanctions, *ICLQ* 57 (2008), S. 303; *Bardo Fassbender*, Targeted Sanctions and Due Process, Study commissioned by the UN Office of Legal Affairs, 20 March 2006 (final); umfassend *Bettina Schöndorf-Haubold*, Europäisches Sicherheitsverwaltungsrecht, 2010.

¹² Diskutiert wird dagegen ausführlich die Bindung internationaler Organisationen an Menschenrechte, siehe *Cornelia Janik*, Die Bindung internationaler Organisationen an internationale Menschenrechtsstandards, 2012; *Bruno Simma/Philip Alston*, The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles, *Australian Year Book of International Law* 12 (1992), S. 82.

In Grenzen gewährleistet der parlamentarische Annahmeprozess völkerrechtlicher Verträge zwar ebenfalls eine solche Politisierung des Vertragsgegenstands. Gerade hinsichtlich der Außenrechtsetzung kommt die Regierungs-Oppositions-Dialektik jedoch nur stark abgeschwächt zur Geltung: Nach wie vor werden völkerrechtliche Verträge mit breiten, fraktionsübergreifenden Mehrheiten abgestimmt, auf denen sich die sonstigen Lagerverhältnisse nicht gleichermaßen abbilden. Zudem kann sich im Ratifikationsprozess eine Politisierung nur entlang der vorgegebenen Ja/Nein-Abstimmung entwickeln. Gerade Parteien, die sich einer Regelung gegenüber nicht vollständig verschließen, aber – hätten sie die Möglichkeit dazu – eine Alternativregelung vorschlagen würden, sind genötigt, eine vorgegebene Lösung entweder vollständig abzulehnen oder mitzutragen.¹³ Damit erhält der deliberative Prozess eine gänzlich andere Dynamik als dies der Fall wäre, wenn das Parlament selbst über die Regelung disponieren könnte. Vor allem aber findet ein vergleichbarer, an gesellschaftlichen Konfliktlinien orientierter alternativenlogischer Deliberations- und Abstimmungsprozess grenzüberschreitend nicht statt. Die Folge ist ein politisches Defizit im Rechtserzeugungsprozess.¹⁴

Auf der völkerrechtlichen Ebene stellt sich das politische Defizit damit in zweierlei Dimensionen dar: Zum einen als Repräsentationsdefizit, zum anderen als Defizit an institutionellen Möglichkeiten der Veränderbarkeit des Rechts. Beide erklären sich über die Annahme einer strikten Dichotomie von innen- und außenpolitischen Themenstellungen, Rechtserzeugungsmechanismen, Repräsentationslogiken und Artikulationsmöglichkeiten, die im Folgenden näher ausgeleuchtet werden soll.

1. Innen und Außen des Staates – Völkerrecht und Repräsentation

Die Geschichte des demokratischen Verfassungsstaats kann als Geschichte sukzessiver Teilungen der Souveränität erzählt werden,¹⁵ die aus der Perspektive des Einzelnen seine Integration in unterschiedliche politische Kontexte darstellt. Danach wurde der ausschließlich prozedural begründete Staat von Boudin und Hobbes erstmals als souveräne, unteilbare Einheit konzipiert. Im Widerspruch der Anliegen, diese Machtfülle einerseits bändigen, andererseits jedoch die damit verbundene Effektivität nicht antasten zu wollen, konzipierten Locke und Montesquieu Souveränität als geteilt – und doch

¹³ Gem. § 87 Abs. 2 GOBT sind Änderungsanträge in Bezug auf völkerrechtliche Verträge nicht zulässig.

¹⁴ In Anlehnung an Renaud Dehoussse, der das Phänomen für die EU herausgearbeitet hat, *Renaud Dehoussse, Constitutional Reform in the European Community. Are there Alternatives to the Majority Avenue?*, in: Hayward (Hrsg.), *The Crisis of Representation in Europe*, 1995, S. 118 (123); siehe dazu auch *Joseph Weiler, Europe in Crisis – On „political messianism“, „legitimacy“ and the „rule of law“*, Singapore Journal of Legal Studies 2012, S. 248 (251ff.).

¹⁵ *Dieter Grimm, Souveränität – Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, 2009.

unteilbar. In einem zweiten Schritt wurde der föderale Verfassungsstaat entworfen (the federalists), der das Fortbestehen der Staatlichkeit von Bund und Ländern garantierte und Souveränität somit weiter – vertikal – aufspaltete. Weniger prominent, aber gleichwohl in diesem Narrativ mitzudenken, ist eine dritte Teilung der Staatsgewalt: jene zwischen Regierung und Opposition. Begreift man Opposition als in der Demokratie notwendiges, allgemein-verbindliche Rechtsetzung rechtfertigendes Institut, so kann man von einer „geteilten Spalte“ des Staates sprechen: Rechtsetzung kann nur unter den Bedingungen ihrer permanenten Hinterfragung legitim erfolgen.¹⁶

In der Wendung nach außen wurden diese Teilungen nicht mitvollzogen.¹⁷ Im Völkerrecht wird der „Staat in seiner konkreten Totalität“¹⁸ vom Bundespräsident bzw. der Regierung, dem *one state, one vote*-Prinzip entsprechend, repräsentiert. Dadurch werden im völkerrechtlichen Verkehr Zuordnungen ermöglicht, Aushandlungsprozesse erleichtert und eine Unabhängigkeit von internen Diskontinuitäten erreicht. Insbesondere schützt das *one state, one vote*-Prinzip die völkerrechtliche Universalität insofern, als es den Rechtsverkehr auch mit nichtdemokratischen Staaten erlaubt: Über eine handlungsfähige Regierung verfügen, zumindest in der (Verfassungs-)Theorie, alle Staaten – deren Legitimation galt als innere Angelegenheit.¹⁹ Dieses Modell beruhte auf der Annahme, dass das Völkerrecht als quasi-privatrechtliche, horizontale Ordnung²⁰ nur das Verhältnis zwischen den Staaten betraf, welches vom inter-individuellen Verhältnis des Innenrechts schon inhaltlich weitgehend getrennt werden konnte. In der Folge ging man davon aus, dass das Völkerrecht sich auf die Rechtsposition einzelner Personen oder Sachen auch materiell-rechtlich nicht beziehen würde. In Ausnahmefällen würde der Einzelne durch seinen Staat mediatisiert.²¹

¹⁶ Niklas Luhmann, Theorie der politischen Opposition, Zeitschrift für Politik 36/1 (1989), S. 13 (17f.).

¹⁷ Martti Koskenniemi, International Law as political Theology, Constellations 11/4 (2004), S. 492 (499).

¹⁸ Gerhard Leibholz, Repräsentation, in: Kunst (Begr.), Evangelisches Staatslexikon II, 1987, S. 2988f.; siehe auch ders., Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 3. Aufl. 1966, S. 196ff.; sinngemäß Ulrich Fastenrath, Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt, 1986, S. 210f.; Otto Kimminich, Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie, VVDStRL 25 (1967), S. 2 (50, 62); Klaus Stern, Staatsrecht II, 1980, S. 218; Niklas Luhmann, Die Weltgesellschaft, ARSP 57 (1971), S. 1 (19, 27).

¹⁹ Kritisch jedoch Anne-Marie Slaughter, International Law in a World of Liberal States, EJIL 6 (1995), S. 503; Niels Petersen, Demokratie als teleologisches Prinzip – Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht, 2009.

²⁰ Hersch Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies in International Law, London 1927, S. 81.

²¹ Siehe dazu den Fall *The Mavrommatis Jerusalem Concessions*, Veröffentlichungen des StIGH – Publications of the Permanent Court of International Justice, 26.3. 1925, Series A., Nr. 5, S. 50; zum Ganzen Jan Klabbers, International Law, Cambridge 2013, S. 288f.

Diese vorgebliche Indifferenz gegenüber der innerstaatlichen Verfassungsordnung überzeugt nicht mehr: Heutzutage enthält das Völkerrecht Regelungen in Bezug auf fast alle ehemals rein innerstaatlichen Angelegenheiten, die Unterscheidung von Innen- und Außenpolitik verliert ihre Unterscheidungskraft. Der Einzelne genießt zwar noch nicht vollständige Völkerrechtssubjektivität in dem Sinne, dass er an der Rechtserzeugung teilnehmen könnte. Das Völkerrecht bezieht sich jedoch zunehmend regelnd auf Einzelpersonen und -gegenstände, man denke nicht nur an die *targeted sanctions* des UN-Sicherheitsrats, sondern auch an die ersatzweise Übernahme von Staatsgewalt im Kosovo oder in Osttimor sowie das Völkerstrafrecht.²² Versuche, dem Völkerrecht mit den Kategorien des Verfassungs-, des Verwaltungs- oder allgemein des öffentlichen Rechts zu Leibe zu rücken, sind Ausdruck dieser Entwicklungen.²³

Demokratietheoretisch ist eine angemessene Repräsentation innergesellschaftlicher Meinungsbildung und -artikulation durch ein einziges Regierungsmitglied in stark umstrittenen Politikbereichen wie dem Sozial-, Arbeits-, Handels-, Finanz- oder auch Migrationsrecht nicht zu konzipieren. Gesellschaftlich und politisch stark umstrittene Fragen werden gerade deshalb in Parlamenten verhandelt, weil Meinungspluralität dort schon durch die Anzahl der Abgeordneten und Fraktionen zum Ausdruck gebracht wird: „[...] it is no accident that in almost every society in the world, statutes are enacted by an assembly comprising many persons (usually hundreds) who claim in their diversity to represent all the major disagreements about justice in their society, and whose laws claim authority in the name of them all, not just in the name of the faction or majority who voted in their favour“²⁴ (Jeremy Waldron).

Politischer Dissens ist in der Demokratie nicht nur zulässig; mit Claude Lefort kann man davon ausgehen, dass die legitime Umstrittenheit der konkreten Bedeutung des Gemeinwohls gewissermaßen die Existenzgrundlage demokratischer Ordnung darstellt.²⁵ Geht man daher davon aus, dass Rechtserzeugung nur dann legitim ist, wenn diese soziale und politische Umstrittenheit im Rechtserzeugungsprozess durch plurale und dynamische Repräsentationsmechanismen abgebildet werden kann, erweist sich die unitarische Staatenrepräsentation im Völkerrecht als problematisch – dies jedenfalls dann, wenn das

²² Dazu ausführlich *Jacob Katz Cogan*, The Regulatory Turn in International Law, Harvard International Law Journal 52 (2011), S. 321, sowie *Clemens Feinäugle*, Hoheitsgewalt im Völkerrecht, 2011.

²³ Stellvertretend für diese neuen „Paradigmen“ des Völkerrechts *J. Klabbers/A. Peters/G. Ulfstein*, The Constitutionalization of International Law, Oxford 2011; *B. Kingsbury/N. Krisch/R. Stewart*, The Emergence of Global Administrative Law, Law and Contemporary Problems 68 (2005), S. 15; v. Bogdandy/Wolfrum/v. Bernstorff/Dann/Goldmann (Hrsg.), The Exercise of Public Authority by International Institutions – Advancing International Institutional Law, 2010.

²⁴ *Waldron* (Fn. 8), S. 10; siehe ähnlich bereits *Kelsen* (Fn. 9), S. 82.

²⁵ *Claude Lefort*, La question de la démocratie, in: ders., Essais sur le politique, Paris 1986, S. 17.

Völkerrecht zunehmend auf innenpolitische Rechtsgebiete zugreift, die von der Regierungs-Oppositions-Dialektik stark gekennzeichnet sind. Wie konnte es dazu kommen, dass im Inneren des Staates die vielfältigen Dimensionen zwischen einzelnen und kollektiven Interessen, kommunaler, Landes- und föderaler Ebene, zwischen verschiedenen parteipolitischen, ideologischen Konfliktlinien und zwischen verschiedenen sektoralen Sachinteressen in einem komplexen, vielstimmigen und austarierten System zum Ausdruck kommen, während der Staat sich nach außen hin als unitarische Singularität ausdrücken muss? Verschiedene Denkmuster trafen hier aufeinander.

Demokratie wurde in Kontinentaleuropa lange Zeit als ein Phänomen verstanden, welches dem Parlament – als Teil der Gesellschaft – zugerechnet wurde, während der Staat weiterhin mit einer hierarchisch funktionierenden unitarischen Regierung und Verwaltung identifiziert werden konnte.²⁶ So ist auch zu erklären, dass das Institut der Opposition bis heute in der Verfassungstheorie keine den Doktrinen der Gewaltenteilung oder des Föderalismus vergleichbare Bedeutung gewann, obgleich ihm ähnliche praktische Relevanz für die Etablierung des Verhältnisses von Recht und Politik zu kommt.²⁷

Die Trennung von zwischenstaatlichem und Verfassungsrecht geht klassischerweise mit einer Zuordnung der Außenpolitik zur Exekutive einher.²⁸ Aus Sicht des Völkerrechts galten und gelten die Regierungsvertreter, insbesondere Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister, als natürliche Vertreter ihrer Staaten und werden verfahrensmäßig privilegiert.²⁹ So wird „Außenpolitik“ staatsorganisatorisch von Innenpolitik abgegrenzt: Die weitgehende Zuordnung der Außenpolitik zur Regierung rechtfertigte auch nach

²⁶ Für Deutschland: *Christoph Schönberger*, Parlament im Anstaltsstaat – Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871–1918), 1997, S. 301ff.; für Frankreich: *David Bates*, Political Unity and the Spirit of the Law: Juridical Concepts of the State in the Late Third Republic, *French Historical Studies* 28/1 (2005), S. 69.

²⁷ Im Handbuch des Staatsrechts ist in Band II, 2. Aufl. 1998, dem Status des Abgeordneten ein eigenes Kapitel gewidmet (§ 41), das Kapitel zu Gliederung und Organen des Bundestages (§ 42) enthält gerade sechs Randnummern zur Opposition; zum Forschungsstand und kritisch hinsichtlich der mangelhaften Konzipierung als Rechtsbegriff *Pascale Cancik*, Parlamentarische Opposition in den Landesverfassungen, 2000, S. 29ff.; s. auch *Ralf Poscher*, Die Opposition als Rechtsbegriff, *AöR* 122 (1997), S. 444: „Für die klassische Demokratietheorie ist die Opposition ein Problem; sie hat in ihr „keinen, logischen“ Ort“. Die klassische Demokratietheorie kontinentaleuropäischer, rousseauistischer Prägung versucht, über die identitäre Vorstellung des ‚volonté général‘ das Herrschaftsproblem aufzuheben.“ Siehe aber etwa *Hans-Peter Schneider*, Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 1974; *ders.*, Verfassungsrechtliche Bedeutung und politische Praxis der parlamentarischen Opposition, in: Schneider/Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, § 38.

²⁸ Für einen wichtigen Moment der Entstehung dieser Vorstellung in der französischen Revolution: *Michel Tropier*, *Les relations extérieures dans la constitution de l'an III*, in: *ders.*, *La Théorie, Le Droit, L'État*, Paris 2001, S. 129.

²⁹ Art. 7 Abs. 2, lit. a WVRK.

der Demokratisierung und Parlamentarisierung von Gesetzgebung eine weitgehende Einschränkung parlamentarischer Gesetzgebungsrechte im Bereich der auswärtigen Gewalt.³⁰ Bis heute wird die Prärogative der Exekutive in auswärtigen Angelegenheiten mit dem Bedürfnis schnellen Handelns, das heißt der Vorzugswürdigkeit individueller Entscheidungstätigkeit gegenüber pluraler, kollegialer Entscheidungsfindung begründet.³¹ Den Staat als *eine Person*, vertreten durch *ein Individuum* zu denken, erscheint für den Souveränitätsbegriff zentral.³²

Die unitarische Außenrepräsentation des Staates wurde über den Begriff der Staatsräson plausibilisiert: Es kann nur eine Staatsräson, ein nationales Interesse nach außen hin geben und dieses ist durch das natürliche Selbstbehauptungsinteresse a priori vorgegeben.³³ So gebe es „für jeden Staat in jedem Augenblick eine ideale Linie des Handelns, eine ideale Staatsräson“³⁴. Darin zeige sich der Ausnahmeharakter völkerrechtlicher Materie, der sich von der nationalen Gesetzgebung durch seine Schnelllebigkeit, Geheimhaltungsbedürftigkeit und Relevanz für die nationale Sicherheit auszeichne und schon deshalb der durch Öffentlichkeit und Auseinandersetzung geprägten Sphäre der Innen-Rechtsetzung entzogen werden müsse.³⁵

Kontinuität gewann dieser Gedanke in späteren Rezeptionen etwa in der Unterscheidung zwischen *high and low politics* sowie in der Theorie des

³⁰ Noch auf der Staatsrechtslehrertagung 1954 war diese Konzeption herrschend, wurde jedoch etwa von Menzel infrage gestellt, der demgegenüber einen kombiniert-gewaltentiligen Ansatz im Bereich der auswärtigen Gewalt vertrat, siehe *Eberhard Menzel*, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), S. 179, insb. 193 ff.; kritisch auch *Rüdiger Wolfrum*, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), S. 38; dazu auch *Hannah Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (1955), 2006, S. 530 f.: „(...) denn in Fragen der Außenpolitik wurde ohnehin vorausgesetzt, daß die Nation als ein von Klassen und Parteien unabhängiges Ganzes handele. In den kontinentalen Parteiensystemen war diese Repräsentation der Nation in der Tat Monopol des Staates, was nichts anderes besagte, als daß die Außenpolitik dem mehr oder minder demokratisch organisierten Volkswillen, der über die Innenpolitik zu befinden hatte, entzogen bleiben sollte.“

³¹ Siehe BVerfGE 68, 1 (87); *Gernot Biehler*, Auswärtige Gewalt, 2005, S. 3–55; *Christian Tietje*, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001, S. 183; mit Bezug zur EU *Martti Koskeniemi*, International Law Aspects of the CFSP, in: ders. (Hrsg.), International Law Aspects of the European Union, 1998, S. 27 (27–30); *Daniel Thym*, Auswärtige Gewalt, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S. 441 (447 f.); zum Element der Verschwiegenheit *Herfried Münkler*, Im Namen des Staates – Die Begründung der Staatsraison in der Frühen Neuzeit, 1987, S. 323.

³² Siehe dazu Oppenheim's International Law, hrsg. von Jennings/Watts, 9. Aufl., Harlow 1992, § 36.

³³ Siehe zur Begriffsgeschichte *Klaus Dieter Wolf*, Die Neue Staatsräson, 2000, S. 35 ff.

³⁴ *Friedrich Meinecke*, Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte, 1924, S. 2.

³⁵ *Jens Bartelson*, A Genealogy of Sovereignty, Cambridge 1995, S. 210; dazu *Tietje* (Fn. 31), S. 183; *Thym* (Fn. 31), S. 447 f.; zum Element der Verschwiegenheit *Münkler* (Fn. 31), S. 323.

Funktionalismus.³⁶ Zwar unterscheiden sie sich wesentlich in der Einschätzung der politischen Qualität der auswärtigen Gewalt. Dieser wird im Staatsräson-Begriff sowie in der Beschreibung als *high politics* als „besonders politisch“, existentiell und deshalb aus den alltäglich-innenpolitischen *low politics* herausragend beschrieben.³⁷ Umgekehrt wird im Funktionalismus Außenpolitik, solange sie sich auf „reine Verwaltung“ beschränkt und so von der übrigen Politik abgegrenzt wird, unpolitisch gedacht und erscheint deshalb frei von Widersprüchen und dem Bedürfnis nach politischer Legitimation.³⁸ Während die alltägliche Innenpolitik sich durch parteipolitische Auseinandersetzung auszeichnet und deshalb im Parlament angesiedelt ist, betrifft die auswärtige Gewalt als Zuständigkeit der Regierung das Überleben des Staates und sollte deshalb einer kohärenten – gewissermaßen überpolitischen – Leitlinie folgen. „Verwaltung“ dagegen ist durch ihre instrumentell-dienende Qualität gekennzeichnet. Gemeinsam ist beiden die Sonderstellung der Außenpolitik im Vergleich zur Innenpolitik. Während die Regierungs-Oppositions-Dialektik für die Innenpolitik charakteristisch ist, ist Völkerrechtspolitik einem dialektisch-pluralen Zugriff weitgehend entzogen.³⁹

Im Ergebnis befindet sich die Regierung eines Staates in einer paradoxen Situation: Während ihr parteipolitischer Charakter nach innen evident ist und über die Einbindung der Opposition im Gesetzgebungsprozess zugleich visualisiert wie auch legitimiert wird, repräsentiert Regierung nach außen hin die überpolitische und die üblichen temporalen Zäsuren des Machtzugs auf das Recht transzenderende Staatsräson. Nach innen verkörpert die Regierung die Politizität des Rechts, nach außen dagegen die Apolitizität einer vorgeblichen Staatsräson. Dies bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die Temporalität des Völkerrechts.

2. Die Dynamisierung des Völkerrechts

In temporaler Hinsicht ermöglicht das Institut der Opposition, Dissens produktiv in den Rechtsetzungsprozess einzubringen, als Reserve für Rechtsetzungsinitiativen und Speicher für jurisgenerative Erneuerung über die Zeit hinweg. Im konsensorientierten Völkerrecht dagegen bedeuten Konflikte Stillstand.⁴⁰ Völkerrechtliche Institutionen sind im Angesicht des Konflikts

³⁶ David Mitrany, *The progress of international government*, London 1933, S. 97 ff.

³⁷ Michael Barnett, *High politics is low politics: The domestic and systemic sources of Israeli Security Policy, 1967–1977*, *World Politics* 42/4 (1990), S. 529.

³⁸ Mitrany (Fn. 36), S. 97 ff.; für eine instruktive Darstellung siehe Marcel Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, 1997, S. 161 ff.

³⁹ Zum Fortbestehen dieser Unterscheidung noch in der heutigen Parlamentspraxis siehe Felix Arndt, *Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis in der politischen Praxis des Deutschen Bundestages*, in: Giegerich (Hrsg.), *Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, 2010, S. 99 (103–107).

⁴⁰ Dies gilt – in abgeschwächter Form – ebenfalls für Vertragsregime und Organisationen, die nach dem Konsensus-Prinzip funktionieren, etwa die WTO nach Fn. 1 zu

gelähmt. Es fehlt die Möglichkeit, Bedenken gegen eine bestimmte Lösung zu Protokoll zu geben, ohne die Funktionalität des Gesamtsystems zu bedrohen.⁴¹ Abweichler sind in einer völkerrechtlichen Aushandlungssituation gezwungen, entweder hörbar zu schweigen, lautlos zu konsentieren (*tacit consent*) oder das Gesamtsystem zu bedrohen, da sich Opposition schnell als Systemopposition darstellt. Die Ausstattung mit hohem Blockadepotential wird jedoch häufig den Interessenkonstellationen nicht gerecht – auch denen der Dissentierenden nicht. Folgen sind eine zähe Temporalität, eine geringe Anpassungsfähigkeit des Rechts und eine Ausblendung des politischen Gehalts des Völkerrechts. Teilweise wird schon von einer „Stagnation“ des Völkerrechts gesprochen⁴² die Ausweichbewegungen ins informelle Recht sowie in hybride oder privatrechtliche Regime zur Folge habe.

Völkerrechtliche Regelungen sind in der Regel nur im Einverständnis der Parteien änderbar. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass sie auch nur dann erforderlich sind, wenn sie im Interesse aller Parteien liegen – da es den Parteien ansonsten frei stünde, autonome Regeln zu treffen. Diese Annahme ist in mehrfacher Hinsicht problematisch: Zum einen besteht zunehmend auch dann ein Regelungsbedarf, wenn eine Regelung nicht gleichermaßen im Interesse aller Parteien liegt. Zum anderen favorisiert der Einigungszwang Lösungen auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner. Und schließlich trifft auch die Alternative – die Staaten regeln die betreffende Frage erfolgreicher autonom innerhalb ihrer Grenzen – nicht mehr zu.

Legitimationstheoretisch besonders problematisch sind diejenigen Regelungen des Völkerrechts, denen nicht eine bilaterale Austausch- und damit eine *win-win*-Situation zugrunde liegt, sondern solche Verträge, bei denen einzelne Staaten oder auch Gruppen innerhalb der Staaten einen Nachteil auf einem anderen, in Abhängigkeit stehenden Politikbereich erleiden. Konfliktlinien in dieser Hinsicht ergeben sich etwa an der Schnittstelle von Handel und Gesundheit, Finanz- und Arbeitsrecht oder Sicherheit und Freiheit. Wenn in derartigen miteinander im Zusammenhang stehenden Feldern jeweils eines der Interessen durch einen starken Rechtsdurchsetzungsmechanismus unterstützt wird, können Externalitäten zu Lasten des jeweils anderen Interesses entstehen – etwa in der WTO. Mit anderen Worten: Die Statik der Verträge wird vor allem dann problematisch, wenn Völkerrecht redistributiv wirkt, (deshalb) besonders kontrovers und für eine legitime Regelung in

Art. IX Abs. 1 WTO-Vertrag; ausführlich zu dem Komplex *Isabelle Ley*, Opposition im Völkerrecht, im Erscheinen, Kapitel 3.

⁴¹ Ignaz Seidl-Hohenveldern/Gerhard Loibl, Das Recht der Internationalen Organisationen, 7. Aufl. 2000, Rn. 1130 b; Alan Boyle/Christine Chinkin, The Making of International Law, Oxford 2007, S. 158; bei der Überprüfungskonferenz zum Römischen Statut in Kampala im Juni 2010 etwa haben Großbritannien und Frankreich zwar den Consensus der angenommenen Kompromisslösung nicht verhindert, gleichwohl jedoch Erklärungen hinsichtlich ihrer abweichenden Position abgegeben.

⁴² Joost Pauwelyn/Ramses Wessel/Jan Wouter, When Structures become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2271862 (14. 05. 2014).

besonderem Maße auf Reversibilität angewiesen ist. Hinzu kommt, dass derartig kontroverse Fragen aufgrund des vorherrschenden Konsensprinzips im Völkerrecht in der Regel weniger weitreichenden Lösungen zugeführt werden. Das Konsensprinzip ermöglicht Blockaden und favorisiert daher Lösungen auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner.⁴³

Das bedeutet: Das Konsensprinzip ist substantiell keineswegs neutral. Vielmehr führt es in vielen Situationen zu einer Bevorzugung derjenigen Position, die dem *status quo* am nächsten kommt und benachteiligt rechtspolitische Veränderungen: Der Staat, der keine oder nur geringfügige Änderungen anstrebt, kann sich wesentlich leichter durchsetzen als derjenige, der weitergehende Neuerungen favorisiert. Vetopositionen in der WTO, im UN-Sicherheitsrat oder in den Vertragsparteienkonferenzen (COPs) zum UN-Rahmenübereinkommen über Klimaveränderungen werten den Einfluss derjenigen Akteure auf, die gegen eine Weiterentwicklung der Abkommen sind.

Darin liegt ein Gleichheitsproblem; eine Rechtsordnung, die ihre Legitimation primär aus Verfahren bezieht, sollte sich gegenüber politischen Vorhaben (zumindest auf „einfachrechtlicher“ Ebene) indifferent verhalten. Der politische Prozess, nicht die Rechtsordnung, sollte bestimmten Anliegen zur Durchsetzung verhelfen; Aufgabe der Rechtsordnung ist es, diese Neutralität sowie gleichzeitig die Wiedereröffnbarkeit – Reversibilität – des Verfahrens zu gewährleisten. Dieses Phänomen der Privilegierung minimal-intrusiver Lösungen wird verstärkt durch die Tatsache, dass die Alternative für viele Staaten häufig nicht mehr in einer autonomen Regelung auf nationaler Ebene besteht, da diese durch die Vernetzung gesellschaftlicher Phänomene teilweise unmöglich wird. Staaten können ihre Grenzen gegen eine Vielzahl von Überschreitungen nicht mehr sichern. Die Verhinderung gemeinsamer Regelungen garantiert somit nicht die Beibehaltung des *status quo*, sondern favorisiert vielmehr die unkontrollierte Veränderung faktischer Entwicklungen.⁴⁴

Auf das zunehmende Bedürfnis, auch dann Regelungen zu treffen, wenn diese nicht gleichermaßen im Interesse aller liegen, reagiert das Völkerrecht mithilfe verschiedener Anpassungsstrategien. Mit der Veränderung der steuerungs-, regulierungs- und gesellschaftspolitischen Aufgaben verändern sich auch die von außen an das Recht gestellten Anforderungen: Im Welthandels-, Umwelt- oder Finanzrecht, selbst in „klassischen“ Gebieten wie dem humanitären Völkerrecht, entstehen neuartige Interessen- und Konfliktlagen. Das Recht entwickelt vielfach beschriebene Ausweichformen: soft law, tacit consent, consensus, opt-out-Möglichkeiten aus Verträgen bzw. Vorbe-

⁴³ Das Phänomen wird in den Sozialwissenschaften mit dem Begriff der negativen Integration beschrieben, vgl. *Fritz Scharpf*, Demokratie in der transnationalen Politik, in: Beck (Hrsg.), Politik der Globalisierung, 1998, S. 228; für den europäischen Kontext *Jürgen Neyer*, Die halbierte Gerechtigkeit in der Europäischen Union, *Leviathan* 1 (2007), S. 30.

⁴⁴ *Anne Peters*, Dual Democracy, in: Klabbers/Peters/Ulfstein (Fn. 23), S. 263 (289).

halte, vorsichtige Einführungen von Mehrheitsvoten und insbesondere starke rechtserzeugende Funktionen von Gerichten oder auch das reversed consent-Prinzip des WTO-DSB.⁴⁵

Diese Ausweichformen überfordern jedoch die Legitimationsmechanismen des Völkerrechts, die gerade auf der Annahme der Statik von Verträgen basierten.⁴⁶ Aus der Sicht der zustimmenden Regierungen und des konsentierenden Parlaments unterminieren sich verselbständigte und nicht mehr kontrollierbare, da nicht mehr ausreichend rückgebundene Organe internationaler Institutionen die Mechanismen politischer Verantwortung. Das Parlament kann nur dann sinnvoll politische Verantwortung für einen Vertragsabschluss übernehmen, wenn sein Inhalt zum Zeitpunkt der parlamentarischen Zustimmung im Wesentlichen feststeht. Dynamische Verträge dagegen bedürfen kontinuierlicher Legitimation, insbesondere auch durch die Äußerung und Speicherung von Dissens. Um diesem Dilemma zu entkommen, wird die Dynamisierung des Völkerrechts überwiegend funktional gerechtfertigt: Aus der Notwendigkeit (und Alternativlosigkeit⁴⁷) des Regelungsbedarfs legitimiert sich die Regel selbst. Derartige output-orientierte Rechtfertigungsstrategien funktionieren jedoch gerade dann nicht, wenn der output selbst wiederum umstritten ist.

Wie ist dem zu entkommen? Ich schlage vor, hierfür auf das Institut der Opposition zurückzugreifen, welches gerade auf dieses Dilemma reagiert: Die Integration der Opposition ins Verfahren ermöglicht es, auch dann Recht zu setzen, wenn allgemein konsensfähige Lösungen nicht gefunden werden können. Gleichzeitig erkennt die Theorie der Opposition an, dass dies nur über die Anerkennung der Kontingenz der gefundenen Lösungen möglich ist – und gerade nicht durch Anrufung eines im konkreten Fall nicht existierenden Grundkonsenses oder über die Behauptung alternativloser funktionaler Sachzwänge. Rechtfertigbar werden umstrittene Lösungen nur, wenn zwei Verfahrensbedingungen im Rechtserzeugungsprozess eingehalten werden: Alternativität und Reversibilität, also die Integration von Alternativvorschlägen ins Verfahren sowie die realistische Möglichkeit einer Rechtsänderung in der Zukunft. Werden diese Bedingungen eingehalten, können die Flexibilisierungsentwicklungen des Völkerrechts nicht nur als effektiv, sondern auch als legitim angesehen werden: Eine Legitimation des Rechts durch Verfahren verlangt zuallererst, dass das Recht Sensibilität für die politische Di-

⁴⁵ Siehe *Christian Tomuschat*, Tyrannie der Minderheit? Betrachtungen zur Verfassungsstruktur der Vereinten Nationen, *German Yearbook of International Law* 19 (1976), S. 278; ders., *Obligations Arising for States Without or Against their Will*, RdC 241/IV (1993), S. 195; zum Begriff des „Gemeinschaftsvölkerrechts“ siehe *Mehrdad Payandeh*, *Internationales Gemeinschaftsrecht*, 2010.

⁴⁶ *Rüdiger Wolfrum*, Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Comments, in: ders./Röben (Hrsg.), *Legitimacy in International Law*, 2008, S. 1 (17).

⁴⁷ Stellvertretend für eine der häufig anzutreffenden Kritik der Rhetorik der Alternativlosigkeit internationaler Politik, s. *Christiane Kliemann*, Wirtschaft ohne Wachstumzwang, *Süddeutsche Zeitung* v. 30.9.2013, S. 18.

mension seiner Regelungsaufgaben besitzen und in der Konsequenz dem politischen Prozess zur Verfügung stehen muss.

II. Theorie der Opposition

Aus einer konsequent-liberalen Perspektive steht öffentliche Gewalt stets im Verdacht, ihre Macht zu missbrauchen und die Freiheit des Einzelnen übermäßig einzuschränken. In der Übertragung von Hoheitsgewalt auf internationale Organe wird dieser Perspektive zufolge insbesondere eine Gefahr für die individuelle Freiheit im *status negativus*, also für das Recht, vor Beeinträchtigungen des persönlichen Rechtskreises geschützt zu werden, gesehen. Hiernach wird die Kontrolle der öffentlichen Gewalt auch durch das Institut der Opposition gewährleistet.⁴⁸ Ihr kommt die kontinuierliche Funktion zu, die Exekutive durch Mechanismen wie Untersuchungsausschüsse, Anhörungen und Anfragen zu kontrollieren, zur Rechtfertigung zu zwingen und dadurch (im Gegensatz zur gerichtlichen Kontrolle) dazu anzuhalten, verfahrensrechtliche Vorgaben einzuhalten. Primäre Aufgabe von Opposition ist im liberalen Denken damit die Prävention von Fehlern.

Im Ergebnis ähnlich gegen den mit der Dualität von Regierung und Opposition einhergehenden Antagonismus gerichtet ist eine epistemische Lesart von Opposition, die ihr eine Erkenntnisfunktion im Prozess der Vermittlung divergierender Perspektiven zuweist.⁴⁹ Ihr zufolge trägt Opposition positiv zur Herausbildung des Allgemeinwillens im deliberativen Prozess bei, indem sie Argumente und Aspekte in den Rechtsformulierungsprozess einbringt, auf deren Basis unter Berücksichtigung aller betroffenen Interessen und Gesichtspunkte rational entschieden werden kann.⁵⁰

⁴⁸ Niklas Luhmann, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: ders., Soziologische Aufklärung Bd. 4 (1987), 5. Aufl. 2005, S. 69 (91ff.); Dieter Grimm, Die politischen Parteien, in: Benda u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, S. 317 (370): „Die konkurrierenden Parteien bewachen sich gegenseitig.“ Über dieses Element in der Theorie Leforts Bernard Flynn, The Philosophy of Claude Lefort, Evanston 2005, S. 54.

⁴⁹ Vgl. Robert A. Dahl, Reflections on Opposition in Western Democracies, Government and Opposition 1/2 (1966), S. 7 (11f.): „If freedom of dissent is thought (by most libertarians and democrats) to be a desirable freedom in itself, advocates of libertarian democracy have usually contended, as John Stuart Mill did, that an opportunity for the expression of dissenting opinions is also a necessary (though definitely not sufficient) condition for ‘rational’ political action. The citizens of any country, in this view, need dissenters and oppositions in order to act wisely, to explore alternatives, to understand the advantages and disadvantages of different alternatives, to know what they want and how to go about getting it.“ Zur historischen Leistung der Herausbildung von Opposition s. ders., Preface, in: ders. (Hrsg.), Political Oppositions in Western Democracies, 1966, S. xi-xix.

⁵⁰ Oliver Lepsius, Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Bertschi u. a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, S. 123.

1. Pluralistische Lesart: Opposition als Ausdruck der Kontingenz von Rechtserzeugung

Die pluralistische Lesart dagegen fokussiert auf ein auch als *non-domination*⁵¹, *contre-démocratie*⁵² oder *contestationary democracy*⁵³ bezeichnetes Moment, bei dem es um die Integration konstruktiver politischer Opposition in das Rechtserzeugungsverfahren und ihre legitimationstheoretische Bedeutung geht. Danach handelt es sich um ein Ausdrucks- und Widerspruchsrecht der Minderheit, die im Verfahren der Rechtserzeugung ihren Willen nicht durchsetzen konnte, ohne jedoch in individuellen Grundrechten verletzt worden zu sein. Die Ausstattung mit bestimmten Partizipations- und Kritikrechten, die im Prozess der Rechtserzeugung geltend zu machen sind, stärkt die Legitimität des ganzen Verfahrens und des daraus entstehenden Rechts. Opposition institutionalisiert „die Dauerreflexion und die ständige Präsenz einer Optik, in der man sehen kann, dass es auch anders möglich wäre beziehungsweise anders möglich gewesen wäre.“⁵⁴ Auf diese Weise weist die Institutionalisierung von Opposition sichtbar darauf hin, dass das Recht nicht eine monolithische, gewissermaßen überpolitische Einheit darstellt, sondern Resultat eines politischen Prozesses ist. Eigenschaft dieses Prozesses ist es, nie abgeschlossen zu sein. In der Folge erhält auch das daraus hervorgehende Recht eine dynamische Qualität und kann als Ausdruck dieses permanenten innergesellschaftlichen Verständigungsprozesses gesehen werden.⁵⁵

Mit dem „exit, voice and loyalty“-Schema von *Albert Hirschman* lässt sich funktionelle, systeminterne Opposition⁵⁶ als *voice* beschreiben: *Voice*, die Möglichkeit, Unzufriedenheit in Form von Kritik oder Protest zu artikulieren, stabilisiert Institutionen, und mindert das Bedürfnis nach *exit*.⁵⁷ Gleichzeitig kann die Einrichtung institutionalisierter Formen von Dissens auch als Erweiterung der Zustimmungsformen gelesen werden: In dem Moment, in dem ein Akteur die Gelegenheit zum Dissens oder zum Austritt aus dem System hat, aber nicht wahrnimmt, impliziert der Verzicht auf Protest implizite Zustimmung. Im Umkehrschluss wird funktionelle, auf einzelne (Sekundär-) Rechtsakte eines Rechtssystems bezogene Opposition so gedeutet, dass sie als Ventil für Unzufriedenheit mit bestimmten Regelungen das System als Ganzes stützt, da sie implizit die Legitimität des Gesamtsystems und seiner Verfahrensweisen voraussetzt, wenn sie sich innerhalb desselben engagiert. Die-

⁵¹ Philip Pettit, Republicanism, Oxford u. a. 1997, S. vii ff., 21 ff.

⁵² Pierre Rosanvallon, La contre-démocratie, Paris 2006, insb. S. 22 ff., 126 ff.

⁵³ Für einen einführenden Überblick Peters (Fn. 44), S. 270 ff.

⁵⁴ Luhmann (Fn. 16), S. 20.

⁵⁵ Dazu Claude Lefort, Die Frage der Demokratie, in: Rödel u. a. (Hrsg.), Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie, 1990, S. 281.

⁵⁶ Zur Abgrenzung von Systemopposition und funktioneller – sachthemenbezogener – Opposition siehe Peter Mair, The Europeanization Dimension, Journal of European Public Policy 11/2 (2004), S. 337 (343).

⁵⁷ Albert Hirschman, Exit, Voice and Loyalty, Cambridge Mass. u. a. 1970, S. 21 ff.

ses empirische Argument weist auf die Fragilität von Institutionen hin, in denen es keine Möglichkeiten gibt, legitime Kritik zu äußern, konstruktive Änderungsvorschläge einzubringen und Politikänderungen durchzusetzen.

Das in der Diskussion bisher eher unscharfe Konzept der Politisierung hat innerhalb dieser Fragestellung zwei Dimensionen: zum einen das empirische Moment der Publizität, der öffentlichen Wahrnehmung und kritischen Auseinandersetzung mit einem politischen Vorhaben; zum anderen – dies wird hier im Vordergrund stehen – ein normatives Moment. Politisierende Verfahren der Rechtserzeugung verdeutlichen den Handlungsspielraum, also die Kontingenz der Rechtserzeugung. Sie verweisen auf einen legitimierenden Faktor, der nicht nur im engeren Sinne demokratische Rechtsetzung auszeichnet, sondern allen in einem anspruchsvollen Sinn politisch-freiheitlichen Rechtserzeugungsprozessen und damit auch inter- und transnationalen Verfahren eigen sein kann: Rechtserzeugungsverfahren weisen durch die Repräsentation und Diskussion von Alternativen und Änderungsmöglichkeiten auf die Offenheit des Verfahrens und damit letztlich die politische Freiheit der Beteiligten hin. Zwei Verfahrensprinzipien sind daher für die Institutionalisierung von Opposition zentral: Alternativität und Reversibilität. Alternative Formulierungen des Gemeinwillens, die in der Mehrheitsposition nicht oder nur unzulänglich zum Ausdruck gekommen sind, müssen sich im Verfahren der Rechtserzeugung wie auch im Anschluss daran kontestatorisch äußern können und eine Möglichkeit der Wiedereröffnung des politischen Prozesses erhalten.⁵⁸

Die hier im Vordergrund stehende Funktion von Opposition besteht darin, politische Alternativität zu einer bestehenden Regelung zu kreieren, dies in personeller und vor allem in sachlicher Hinsicht und dadurch zugleich – Revisibilität – die Wiedereröffnung des Verfahrens zu gewährleisten. Die öffentlichkeitswirksame Darstellung der Möglichkeit eines alternativen Personals und/oder Programms, die bei nahezu jedem Rechtsetzungsvorhaben zumindest zur Diskussion änderungswürdiger Kritikpunkte führt, weist auf die Kontingenz eines Rechtsetzungsachts hin. Aus der pluralistischen Perspektive stellt Opposition daher vor allem eine reflexive Lösung des Kernproblems von Macht dar, nämlich des Dilemmas, öffentliche Gewalt grundsätzlich an den Willen der Betroffenen zurückbinden zu wollen, dies angesichts politisch divergierender Vorstellungen jedoch immer nur unvollkommen zu können. Opposition ist danach gleichzeitig Ausdruck politischer Freiheit *und* politischer Fremdbestimmung. Ihre Theoretisierung nimmt die Tatsache der Fremdbestimmung auch in freiheitlichen Rechtsordnungen ernst.

⁵⁸ Siehe zur Bedeutung von contestation im Völkerrecht auch *Benedict Kingsbury/Megan Donaldson, From Bilateralism to Publicness in International Law*, in: Fastenrath u. a. (Hrsg.), *Essays in Honour of Bruno Simma*, 2011, S. 79; zur Zentralität von Revisibilität *Nico Krisch, Beyond Constitutionalism: the Pluralist Structure of Post-national Law*, Oxford 2010, S. 273.

Gerade weil die Diskussion von Alternativen im Verfahren darauf hinweist, dass das Ergebnis nicht durch Sachzwänge vorbestimmt ist,⁵⁹ kann ein antagonistischer politischer Prozess entstehen. In diesem wird deutlich, welche Gewinner ein Rechtserzeugungsverfahren hervorbringt und gegen wessen Interessen es verstößt. Die Auswirkungen einer Entscheidung werden thematisiert und dies kann die Öffentlichkeit mobilisieren.⁶⁰ Damit erfüllt Opposition eine Funktion, die gerade von der neueren Legitimationsdiskussion insbesondere auch in Bezug auf europäische und internationale Zusammenhänge eingefordert wird: die Verdeutlichung politischer Konflikte, die offen legen, was in politischen Prozessen auf dem Spiel steht. Dies wendet sich gegen „managerialistische“ oder expertokratische Tendenzen, denen zufolge Völkerrecht weitgehend als überparteilicher Konsens im Interesse aller dargestellt wird.⁶¹

2. Ein plurales Legitimationssubjekt

Die Theorie ist sich weitgehend darin einig, dass gesellschaftliche Pluralität der Abbildung und Vermittlung in Verfahren bedarf.⁶² Daraus folgt ein Moment der Kontingenz von Rechtserzeugung, die gleichzeitig politische Freiheit bedingt: Die Leistung, die Würde und die (oft mühsame) Pflicht moderner politischer Ordnungen besteht gerade darin, mit dieser Freiheit verantwortungsvoll umzugehen.⁶³ So erhalten öffentliche Institutionen eine Diversität anerkennende und verarbeitende (*agreement to disagree*) Funktion

⁵⁹ Dieser handlungstheoretische Ansatz steht insofern dem systemtheoretischen diametral entgegen; für einen systemtheoretischen Ansatz in der Frage der Interessenvermittlung siehe *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006; ähnlich wie hier *Martti Koskenniemi*, Formalismus, Fragmentierung, Freiheit, in: Kreide/Niederberger (Hrsg.), *Transnationale Verrechtlichung*, 2008, S. 65 (85).

⁶⁰ *Helmut Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 300.

⁶¹ Am deutlichsten *Chantal Mouffe*, Über das Politische, 2007; siehe auch kritisch in Bezug auf die vorgebliche ideologische Neutralität der europäischen Kommission *Joseph Weiler*, The Transformation of Europe, The Yale Law Journal 100/8 (1991), S. 2403 (2476 ff.); *David Kennedy*, Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance, Sydney Law Review 27 (2005), S. 5; *Susan Marks*, Big Brother is Bleeping Us – With the Message that Ideology Doesn't Matter, EJIL 12/1 (2001), S. 109; *Martin Shapiro*, „Deliberative“, „Independent“ Technocracy v. Democratic Politics, IILJ Working Paper 2004/5; *Martti Koskenniemi*, The Fate of Public International Law: Between Techniques and Politics, Modern Law Review 70/1 (2007), S. 1; *ders.*, Constitutionalism as Mindset, Theoretical Inquiries in Law 8/1 (2007), S. 9.

⁶² *Hans Kelsen* (Fn. 9), S. 100; verwandt auch *John Dewey*, The public and its problems, Denver 1954, S. 69 ff.; für eine einheitliche transnationale Konzeption eines gemeinsamen staatsbürgerlichen und unionsbürgerlichen Legitimationssubjekts als „Perspektive“ oder „Haltung“ siehe *Alexandra Kemmerer*, Legitimationssubjekte: Staatsbürger und Unionsbürger, in: *Franzius/Mayer/Neyer* (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, 2010, S. 204; grundsätzlich abweichend *Carl Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des Parlamentarismus (1923), 1996, S. 13.

⁶³ *Hannah Arendt*, On Revolution (1963), New York 2006, S. 228; dazu *Margaret Canovan*, Hannah Arendt, Cambridge u.a. 1992, S. 145, 224.

für das pluralistische Legitimationssubjekt. Vor diesem Grundverständnis ist es nicht notwendig und auch nicht möglich, von einem homogen oder notwendigerweise national definierten *demos* auszugehen.

Dieser Ansatz geht davon aus, dass gerade das Verfahrensrecht der Rechts-erzeugung (auf jeder Ebene) dazu dient, das eskalierende und gewaltsame Potential von Konflikten einzudämmen, indem diese ernst genommen und zunächst einmal abgebildet werden. Ziel des Prozesses ist jedoch nicht notwendigerweise die Überwindung, sondern die Übersetzung in pragmatische Formen, etwa über Kompromisse oder auch die Verweisung an andere Institutionen (nicht zuletzt auch an Gerichte). Die Leistung des Verfahrens besteht darin, die Auseinandersetzung in friedliche, konsentierte Verfahren zu überführen und Formen zur Verfügung zu stellen, in denen der fortbestehende Dissens weiterhin artikuliert und als jurisgeneratives und gesellschaftserneuerndes Potential für die Zukunft verfügbar bleiben kann.

Postuliert wird hier daher ein pluraler Begriff des Legitimationssubjekts, das als in sich komplexes Subjekt seiner sozialen Realität entspricht. Die Integration der Gesellschaft hin zu einer Einheit kann aus dieser Perspektive weder Voraussetzung noch Ziel von Repräsentation sein. Insofern ist auch der Begriff der politischen Gemeinschaft gegenüber dem unitarisch konnotierten Begriff des Volkes vorzugs würdig. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Gedanke abgrenzbarer Gesellschaften verabschiedet wird. Unterschiedliche Staatsvölker bzw. Gemeinschaften bilden im Rahmen völkerrechtlicher Verfahren nach wie vor die entscheidenden Legitimationssubjekte, aus denen völkerrechtliche Normativität hergeleitet werden muss. Sie sind jedoch nicht als Einheit, sondern als sich graduell zu einem Kommunikations- und Willensbildungssubjekt verdichtende Vielheit zu denken.⁶⁴

Soweit das Völkerrecht Relevanz auch für gesellschaftliche Zusammenhänge erhält, stellt sich die Frage, ob und ab welchem Zeitpunkt das heterogene Grunddispositiv moderner Gesellschaften auch für völkerrechtliche Repräsentationsmechanismen eine Rolle spielt. Die dualistische Vorstellung begrenzt den Anspruch parlamentarischer Mitwirkung deshalb auf den innerstaatlichen Bereich, weil sie davon ausgeht, dass eine klare Trennung zwischen Gesellschaft und Staat als originäre Entitäten möglich ist und ein Mitwirkungsrecht nur dann notwendig wird, wenn die Gesellschaft rechtsunmittelbar betroffen ist. Das Erfordernis gesellschaftlicher Teilhabe am Rechtserzeugungsprozess werde durch die unmittelbare Anwendbarkeit des Rechts ausgelöst.⁶⁵

⁶⁴ Dominant sind für den europäischen und globalen Raum jedoch Demokratietheorien, die nicht eine Inter-Subjektivität oder Kollektivität zum Ausgangspunkt nehmen, sondern den Einzelnen; siehe dazu Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001; Armin von Bogdandy, The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9–12 EU Treaty for International Organizations, *EJIL* 23/2 (2012), S. 315, 323 f.

⁶⁵ So Fritz W. Scharpf, Legitimationskonzepte jenseits des Nationalstaats, MPIfG Working Paper 04/6, insb. S. 25; Christian Calliess, Das Demokratieprinzip im Europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: Bröhmer/Bieber u. a. (Hrsg.), Inter-

Diese Dualität lässt sich mit der neuen Relevanz des Völkerrechts für gesellschaftsbezogene öffentliche Aufgaben – Sicherheit, Wirtschafts- und Finanzregulierung, Klimaschutz unter anderem – nicht mehr aufrechterhalten. Zum einen kann diese formalistische Konzeption mit der Tatsache immer engmaschigerer völkerrechtlicher Vorgaben und in der Folge schwindender Umsetzungsspielräume der Parlamente nicht angemessen umgehen. Ein Repräsentations- und Partizipationsdefizit entsteht nicht erst dann, wenn internationale Regelungen von sich aus unmittelbare Wirkung beanspruchen und zur Umsetzung einer Beteiligung der nationalen Parlamente nicht mehr bedürfen, sondern schon dann, wenn die Gestaltungsfreiheit der transformierenden normsetzenden Organe stark beschränkt wird und dadurch die Identität von Autoren und Adressaten rechtlicher Regelungen nicht mehr gewahrt ist. Parlamentarisches Entscheiden wird hinfällig, wenn in Parlamenten keine substantiellen Entscheidungen mehr getroffen werden, sondern autonomer Nachvollzug⁶⁶ betrieben wird. Insofern wird hier nicht erst der direkte Durchgriff auf private Rechtspersonen zur Bedingung für die Forderung nach gesellschaftlicher Repräsentation auf der Ebene der originären politischen Entscheidung gemacht, sondern vielmehr die substantielle Beschränkung der Regelungsmöglichkeiten des nationalen Gesetzgebers. Unter dieser Bedingung ist das *one state, one vote*-Prinzip legitimationstheoretisch nicht mehr angemessen. *One state, many (different) votes* könnte sich als passender erweisen.

3. Konkrete Verfahrensanforderungen

Unter welchen Voraussetzungen ist also konkret von Opposition im Völkerrecht zu sprechen?

- Alternativität: Im Idealfall sollten die für ein Regelungsfeld relevanten transnationalen politischen Interessenkonflikte an der Rechtserzeugung partizipieren; primär ist der Blick auf völkerrechtliche Formen des Parlamentarismus zu richten, zu denken ist aber auch an weitere nicht-staatliche Akteure, aus Praktikabilitätsgründen insbesondere NGOs. Auch auf nationaler Ebene gibt es vielfältige Formen, gegen völkerrechtliche Normen zu protestieren, in der Schweiz etwa ein Referendum,⁶⁷ in anderen

nationale Gemeinschaft und Menschenrechte, 2005, S. 399; *Armin von Bogdandy*, Grundprinzipien, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 31), S. 13, 64ff.; *Jelena von Achenbach*, Das Mitentscheidungsverfahren des Art. 294 AEUV als demokratisches Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union, i.E. (in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht [Springer]).

⁶⁶ So prägnant die Bezeichnung für die Angleichung des schweizerischen Wirtschaftsrechts an die Standards der Europäischen Union, an deren Ausgestaltung die Schweiz mangels Mitgliedschaft jedoch gerade nicht beteiligt ist, s. *Walter Stoffel/ Claudio Seitz*, „Autonomer Nachvollzug“ – das Wirtschaftsrecht der Schweiz zwischen Angleichung und Eigenständigkeit, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 22 (2012), S. 841–843.

⁶⁷ Art. 140 Abs. 1, lit. b., Art. 141 Abs. 1, lit. d. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

Staaten vielfältige Teilnahmeformen von Parlamentariern. Diese gleichen jedoch fehlende Artikulationsmöglichkeiten auf der völkerrechtlichen Ebene nicht aus.

- Reversibilität: Zentrales Element politisch legitimen Rechts ist seine Änderbarkeit. Die Herausforderung besteht darin, eine Flexibilisierung des Völkerrechts in Verfahren zu erreichen, die gleichzeitig repräsentativ und flexibel sind.
- In rein intergouvernementalen Konstellationen, die den nach wie vor größten Anteil der Völkerrechtserzeugung ausmachen, muss Alternativität dadurch erreicht werden, dass – unter Ausnutzung der völkerrechtlichen Fragmentierung – verschiedene funktionale Interessen eines Staates repräsentiert werden. Es sollte nach Mechanismen gesucht werden, die es ermöglichen, derartige „Regimekonflikte“ in – repräsentativen und reversiblen – politischen Verfahren auszutragen.
- Die Repräsentation verschiedener, auch widerstreitender Interessen eines Staates wird dadurch verkompliziert, dass diese nur dann legitimationserhöhend wirkt, wenn sie nicht zur wechselseitigen Blockade führt, sondern ein politischer Prozess stattfinden kann, dessen Ausgang offen ist. Mit anderen Worten: Alternativität und Reversibilität müssen zusammen kommen. Die Erhöhung des einen Prinzips unter Missachtung des anderen führt nicht zu einer legitimationserhöhenden Politisierung des Rechtserzeugungsprozesses, sondern entweder zu Blockade oder zu einer Flexibilisierung ohne legitimatorische Grundlage.

III. Praxis: Opposition im Völkerrecht

Was bedeutet das konkret? In welchen Verfahren und Institutionen des globalen Rechts lassen sich Alternativität und Reversibilität in diesem Sinne institutionalisieren? Zunächst ist an parlamentarische Versammlungen zu denken.⁶⁸ Insbesondere die in vielen Bereichen weit und teilweise auch sehr innovativ entwickelte Parlamentarische Versammlung des Europarats (ER PV) soll näher untersucht werden. Allerdings gibt es im Moment keine Anhaltpunkte dafür, dass die Bedeutung von parlamentarischen Versammlungen weiter steigen wird.⁶⁹ Es sieht nicht danach aus, als würden diese in Zukunft als mit den Regierungen gleichgestellte Völkerrechtssubjekte (vergleichbar der Rolle des Europäischen Parlaments in der EU) in den Rechtsetzungsprozess einbezogen werden.

Aus diesem Grund diskutiere ich im Anschluss, ob möglicherweise die Fragmentierung des Völkerrechts in sektorale Regime zur Politisierung von Rechtserzeugungsverfahren beitragen kann, indem die Regime mit ihren un-

⁶⁸ Umfassend *Beat Habegger*, Parlamentarismus in der internationalen Politik, 2005; *Stefan Marschall*, Transnationale Repräsentation in Parlamentarischen Versammlungen, 2005.

⁶⁹ Zur Parlamentarisierung des Völkerrechts *Ley* (Fn. 40), Kapitel 12.

terschiedlichen Perspektiven und Anliegen sich kritisch aufeinander beziehen.

Frage man nach der Teilnahme nichtstaatlicher Akteure an der Völkerrechtserzeugung, geraten weiterhin NGOs in den Blick. Deren, teilweise auch institutionell anerkannte, Partizipationsmöglichkeiten an Rechtserzeugungskonferenzen und im Rahmen von internationalen Organisationen hat zwar in den letzten beiden Jahrzehnten stark zugenommen.⁷⁰ Eine kontestatorische Funktion kam ihnen insbesondere im Zusammenhang mit weltweiten Protesten gegen den Irak-Krieg 2003 sowie Demonstrationen gegen die WTO-Ministerkonferenz in Seattle 2009 zu. Gleichwohl stehen sie nicht im Rang eines Rechtssubjekts. Aufgrund der Problematik, dass NGOs Repräsentativität über ihre eigene Mitgliedschaft hinaus nicht beanspruchen können und insofern – gemessen am Ideal demokratischer Gleichheit – mindestens ebenso viele neue Legitimationsprobleme aufwerfen wie durch ihre Teilhabe möglicherweise gelöst werden, soll ihnen – abgesehen von einigen unten aufgeführten Beispielen⁷¹ – vorliegend kein weitergehender Platz eingeräumt werden.

Isabel Feichtner hat für die WTO gezeigt, dass das waiver-Verfahren als Rechtsetzungsverfahren interpretiert werden kann, in dem die politischen Ziele der WTO mit Anliegen anderer, etwa entwicklungspolitisch ausgerichteter Regime, kontrastiert werden.⁷² Eine weitere Möglichkeit, Kontestation im Inter-Regime-Verhältnis auszudrücken, besteht im Erlass von Gegenkonventionen – klassisch-völkerrechtlichen Konventionen, die mit dem Ziel entwickelt und in Kraft gesetzt werden, ein politisches Gegengewicht zu anderen Organisationen und deren politischen Anliegen zu bilden. So wurde das Biosafety-Protokoll der Konvention über biologische Vielfalt als Gegengewicht zur Position der WTO in der Frage genetisch veränderter Organismen entwickelt. Schließlich sind auch nicht-staatliche und informelle Regulierungsformen in den Blick zu nehmen. Teilweise kann aufgrund ihrer nicht an die Verfahren des Völkerrechts gebundenen Struktur eine Repräsentation von betroffenen Interessen sowie eine Flexibilität von Verfahren leichter erreicht werden als innerhalb völkerrechtlicher Verfahren – wenn auch häufig zu dem Preis fehlender Verbindlichkeit.

1. Die Parlamentarische Versammlung des Europarats (ER PV)

Die Parlamentarische Versammlung des Europarats trägt auf verschiedene Weise zur Politisierung einerseits des Europarats selbst, andererseits auch von weiteren internationalen Organisationen bei. Zunächst werden schon

⁷⁰ Siehe umfassend den sog. Cardoso-Report, UN GA v. 11. 6. 2004, A/58/817.

⁷¹ Siehe unten III. 3.

⁷² Siehe dafür *Isabel Feichtner*, The Law and Politics of WTO Waivers – Stability and Flexibility in Public International Law, 2011; *dies.*, The Waiver power of the WTO: Opening the WTO for Political Debate on the Reconciliation of Competing Interests, *EJIL* 20/3 (2009), S. 615 – 645.

durch ihre Mitgliederstruktur – der Repräsentation der verschiedenen mitgliedstaatlichen Parlamentarier-Kontingente – die Staatsvölker in ihrer heterogenen Zusammensetzung repräsentiert. So wird einerseits die Pluralität gesellschaftlicher Gemeinwohlinterpretationen, andererseits die Staatsgewalt als in Regierung und Opposition gegliederte abgebildet.⁷³

a) Darüber hinaus schließen sich die Abgeordneten der ER PV zu politischen Gruppen zusammen, Art. 18 GO PV ER. Diese waren bei der Gründung des Europarats 1949 nicht vorgesehen, bildeten sich aber relativ schnell informell heraus, so dass seit 1956 eine Eigenfinanzierung der politischen Gruppen vorgesehen ist⁷⁴ und die Geschäftsordnung sie seit 1964 anerkennt.⁷⁵ Gegenwärtig sind in der ER PV fünf politische Gruppen vertreten: die Gruppe der Europäischen Volkspartei (EPP), die Sozialistische/Sozialdemokratische Gruppe (SOC), die Europäische Demokratische Gruppe (EDG), die Allianz der Liberalen und Demokraten für Europa (ALDE) und die Gruppe der Vereinigten Europäischen Linken (UEL).⁷⁶ Diese sind ausschlaggebend für die Zuteilung der Rederechte, für die Besetzung bestimmter Ämter sowie – informell – für die Ausübung einiger Wahlrechte der Versammlung.⁷⁷ Das Wahlverhalten der Abgeordneten folgt allerdings nicht ausschließlich parteipolitischen Linien, sondern lässt sich nur über Zugehörigkeit zum Herkunftsstaat und über die Parteizugehörigkeit gemeinsam erklären. Teilweise ist die Materie entscheidend; darüber hinaus weisen linke Abgeordnete eine höhere Tendenz zur Kohäsion auf als rechte Abgeordnete, die ihr Stimmverhalten tendenziell stärker zwischenstaatlich ausrichten.⁷⁸

Parlamentarische Versammlungen können die Aktivität von internationalen Organisationen durch ihre Initiativen erhöhen, Ideengeber oder „Reformmotor“⁷⁹ sein und in diesem Sinne dynamisch wirken. Die ER PV hat sich eine sehr weitgehende Politikgestaltungsfunktion erkämpft. Ihr – gerade im Vergleich mit dem Europäischen Parlament bemerkenswertes – Initiativrecht in Bezug auf alle Akte des Europarats einschließlich der Konventionen ist in

⁷³ Art. 6.2 GO PV ER: „Insofar as the number of their members allows, nations delegations should be composed so as to ensure a fair representation of the political parties or groups in their parliaments (...).“

⁷⁴ Peter Schieder, Die Rolle der Fraktionen im Europarat, in: Holtz (Hrsg.), 50 Jahre Europarat, 2000, S. 101 f.

⁷⁵ Jörn Stegen, Die Rolle der Parlamentarischen Versammlung als Motor des Europarats, in: Holtz (Fn. 74), S. 79, 82.

⁷⁶ Siehe unter http://website-pace.net/en_GB/web/apce/political-groups (14. 05.2014).

⁷⁷ Schieder (Fn. 74), S. 101, 104f.

⁷⁸ Siehe die von Habegger zitierte Untersuchung, derzufolge zwischen 1983 und 1994 beide Konfliktlinien etwa gleich starken Einfluss auf das Abstimmungsverhalten haben, Habegger (Fn. 68), S. 89; die Sitzordnung der Abgeordneten im Plenum weist weder eine nationale noch eine parteipolitische Ordnung auf, vielmehr erscheinen die Abgeordneten hier eher als individuelle Mandatsträger, siehe Michaela Wittinger, Der Europarat, 2005, S. 140, Fn. 129.

⁷⁹ Siehe etwa Andreas Nothelle, OSZE-Reformmotor Parlamentarische Versammlung, OSZE-Jahrbuch 2006, S. 377; Stegen (Fn. 75), S. 79.

Art. 15a EuRat⁸⁰ festgeschrieben und wird im Wege der Empfehlung ausgeübt. Etwa 40 % der erlassenen Konventionen des Europarats gehen auf ihre Initiative zurück.⁸¹ So hat sie den Anstoß zur Aushandlung der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle, der Antifolterkonvention, der Rahmenkonvention zum Schutz nationaler Minderheiten sowie der Biomedizin-Konvention gegeben.⁸²

b) Eine vermittelte Form der Politikgestaltung stellen personelle Wahl- und Ernennungsrechte dar. Auch hier hat die ER PV eine verhältnismäßig weit gehende Rechtsposition inne: Nicht nur steht ihr das Recht zu, auf Empfehlung des Ministerkomitees den Generalsekretär des Europarats zu ernennen, Art. 36 lit. b EuRat, sowie den Präsidenten der Versammlung zu wählen, Art. 28 lit. a S. 2 EuRat. Gem. Art. 22 EMRK in der Fassung des Protokolls Nr. 11 wählt sie von einer durch die Mitgliedstaaten erstellten Liste mit drei Kandidaten die Richter des EGMR und legitimiert diese so personell stärker, als dies bei Richtern internationaler Gerichtshöfe und auch des EuGH üblicherweise der Fall ist.⁸³

Daneben werden diverse Ämter, die die Versammlung zu vergeben hat, über die politischen Gruppen besetzt: das des Europarat-Generalsekretärs, des Präsidenten der Versammlung, der Vorsitzenden und der stellvertretenden Vorsitzenden der Ausschüsse. Nach einem Abkommen zwischen den politischen Gruppen folgt die Besetzung des Präsidentenamts sowie des Generalsekretärs⁸⁴ einem Rotationsprinzip zwischen den Gruppen in Drei-Jahres-Perioden in der Reihenfolge: SOC, ALDE oder EDG, EPP, EDG oder ALDE; die Vereinigte Linke kann keine Position beanspruchen.⁸⁵ Darüber hinaus existiert die ungeschriebene Absprache, dass der Generalsekretär des Europarats und der Präsident der Versammlung nicht aus derselben politischen Gruppe stammen sollen.⁸⁶

⁸⁰ Satzung des Europarates, Sartorius II, Nr. 110.

⁸¹ *Felix Arndt*, Parliamentary Assemblies, International, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2008), online edition, Rn. 14; *Habegger* (Fn. 68), S. 118, 153 ff.

⁸² *Habegger*, ebd., S. 153 ff.; *Witteringer* (Fn. 78), S. 156.

⁸³ Zum Verfahren der Wahl der EGMR-Richter s. *Heinrich Klebes*, Die Rechtsstruktur des Europarats und insbesondere der Parlamentarischen Versammlung (1996), 24; *Stegen* (Fn. 75), S. 79, 87; *Habegger* (Fn. 68), S. 120; *Armin von Bogdandy/Ingo Venze*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 228–230.

⁸⁴ Der gem. Art. 36 b EuRat von der PV „ernannt“ wird, faktisch jedoch überwiegend von der Versammlung aus ihrer Mitte vorgeschlagen wird. Bei der Wahl des Generalsekretärs im Jahr 2009 dagegen behielt sich wiederum das Ministerkomitee das Vorschlagsrecht vor, um bekannte Persönlichkeiten mit Regierungserfahrung zu benennen und so die Außenwirkung des Europarats zu steigern, *Agence France Presse* v. 24.6.09: Wahl des neuen Generalsekretärs im Europarat geplatzt.

⁸⁵ *Klebes* (Fn. 83), S. 14.

⁸⁶ *Habegger* (Fn. 68), S. 121, Fn. 471.

Für den Generalsekretär des Europarats ist dieses Verfahren insofern besonders bemerkenswert, als ein solches Amt in internationalen Organisationen klassisch als unpolitisch und administratives, gegenüber den Mitgliedstaaten neutrales angesehen wird. So sind Mitarbeiter des Sekretariats regelmäßig gegenüber ihren Regierungen nicht weisungsgebunden.⁸⁷ Mit der Benennung und Wahl durch politische Gruppen erhält das Amt eine klare Aufwertung und Politisierung. Eine Fraktionierung des Wahlverhaltens zum Generalsekretär war bei der Wahl der Sozialistin *Lalumière* 1994 sowie des Christdemokraten *Schwimmer* 1999 zu beobachten.⁸⁸

c) Die ER PV verfügt – weitgehend unbemerkt von der völkerrechtlichen Öffentlichkeit – über einen sehr innovativen Mechanismus auch parlamentarischer Kontrollfunktionen für andere intergouvernementale Organisationen. Im Rahmen dieser Netzwerklogik gelingt es ihr, die problematischen Aspekte der Fragmentierung zumindest abzumildern. Einerseits kann sie so eine institutionelle Verschränkung, Kommunikation und sogar Kontrolle und Kritik der Tätigkeit internationaler Organisationen erreichen und andererseits sparsam mit den begrenzten Legitimationsressourcen öffentlicher Aufmerksamkeit und parlamentarischer Legitimation umgehen.

Die ER PV fungiert für verschiedene internationale Organisationen als parlamentarisches Begleitorgan: für das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK),⁸⁹ die Europäische Transportministerkonferenz, die Europäische Zivile Luftfahrtkonferenz, die UN-Wirtschaftskommission für Europa,⁹⁰ die OECD und seit 1992 auch für die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (EBWE).⁹¹ Einmal jährlich präsentiert ein Vertreter dieser Organisationen der ER PV einen Tätigkeitsbericht und stellt sich den Fragen der Abgeordneten. Im Anschluss daran verabschiedet die ER PV eine Stellungnahme, in der sie die Tätigkeiten der Organisation bewertet und konkrete Vorschläge bezüglich zukünftiger Vorhaben unterbreitet.

⁸⁷ *Henry Schermers/Niels Blokker*, International Institutional Law, 2003, § 435.

⁸⁸ *Habegger* (Fn. 68), S. 121, Fn. 469; *Schieder* (Fn. 74), S. 101; 2009 dagegen eignete sich entgegen der Gepflogenheit das Ministerkomitee wieder das Vorschlagsrecht an, um eine Persönlichkeit von hoher Sichtbarkeit für das Amt zu nominieren. Aus Protest hat die ER PV allerdings im ersten Wahlgang die Wahl des derart vorgeschlagenen Kandidaten verweigert, siehe *Zürcher Tagesanzeiger* v. 24.6.09: Eklat im Europarat: Wahl geplattzt; *Agence France Presse* v. 24.6.09: Wahl des neuen Generalsekretärs im Europarat geplattzt; *Mitteldeutsche Zeitung* v. 24.6.09: Eklat im Europarat – Parlamentarier verweigert Wahl des Generalsekretärs; *Presseerklärung der ER PV* v. 29.09.09, „*Thorbjørn Jagland elected Secretary General of the Council of Europe*“, http://assembly.coe.int/ASP/NEwsManager/EMB_NewsManagerView.asp?ID=4939 (14.05.2014).

⁸⁹ Siehe Cooperation agreement concluded between the Parliamentary Assembly and the President of the ICRC – Exchange of Letters, abgedruckt in GO ER PV, S. 244f.

⁹⁰ *Schermers/Blokker* (Fn. 87), § 1725.

⁹¹ *Uwe Holtz*, Der Europarat und die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung, in: ders. (Fn. 74), S. 271.

Da die OECD Mitglieder hat, die nicht gleichzeitig Mitgliedstaaten des Europarats sind,⁹² bildet sie für die jährliche Sitzung zur OECD gemeinsam mit den Delegationen der Parlamente derjenigen Mitgliedstaaten der OECD, die nicht gleichzeitig Mitglieder des Europarats sind, eine sogenannte erweiterte Versammlung. Gem. Art. II Nr. 1, iii., iv. der Geschäftsordnung⁹³ dürfen an diesen Sitzungen neben den nationalen Delegationen auch eine Delegation des Europäischen Parlaments⁹⁴ sowie der Generalsekretär der OECD teilnehmen, der den Jahresbericht vorstellt und Fragen der Abgeordneten beantwortet. Gem. Art. II Nr. 2 S. 2 GO sollen die Delegationen auch in dieser Zusammensetzung die *currents of opinion represented within their parliaments* widerspiegeln.⁹⁵

Auch im Kooperationsabkommen zwischen ER PV und EBWE⁹⁶ wurde festgelegt, dass der Parlamentspräsident an Sitzungen und Konferenzen der Bank teilnehmen kann und umgekehrt der Präsident der Bank an der jährlichen Debatte der Versammlung zur EBWE teilnehmen wird und sich den Fragen der Abgeordneten stellt und der federführende Ausschuss für wirtschaftliche Angelegenheiten und Entwicklung einmal jährlich bei der Bank tagt.

Die Versammlung erstellt nach diesen Debatten einen Bericht,⁹⁷ in dem sie die Tätigkeit dieser Organisationen bewertet und Handlungsvorschläge unterbreitet. Gegenüber beiden Organisationen sieht sie sich dabei in der Position, deren eher wirtschaftlichen Fokus mit umweltpolitischen, sozialpolitischen, menschenrechtlichen, rechtsstaatlichen und demokratiefördernden Aspekten zu konfrontieren. Dabei nutzt sie ihre Vermittlerrolle: Vorschläge ergehen nicht nur gegenüber der Organisation selbst, sondern auch gegenüber den Mitgliedstaaten (die gleichzeitig Mitgliedstaaten dieser Organisationen sind) und den Abgeordneten mit der Aufforderung, bestimmte Politiken der OECD bzw. EBWE zu fördern.⁹⁸

Insbesondere die Berichte der Versammlung über die Tätigkeiten der EBWE zeugen von einer sehr engen Abstimmung zwischen den beiden Organisationen.⁹⁹ Sie beinhalten viele, häufig sehr konkrete Aufforderungen zu

⁹² Australien, Kanada, Japan, Südkorea, Mexiko, Neuseeland, USA.

⁹³ Abgedruckt in GO ER PV, S. 226–240.

⁹⁴ Allerdings gem. Art. VIII.1 der GO ohne Stimmrecht.

⁹⁵ Vgl. den Kooperationsvertrag zwischen den Organisationen, Arrangement entre le Conseil de l'Europe et l'Organisation de Coopération et de Développement Économique v. November 1962, insb. Art. 11–13.

⁹⁶ Cooperation Agreement Concluded between the Council of Europe and the European Bank for Reconstruction and Development – Exchange of Letters between the President of the Parliamentary Assembly and the President of the EBRD on co-operation between the Assembly and EBRD (1992), abgedruckt in GO ER PV, S. 242.

⁹⁷ Unter Federführung des Ausschusses für wirtschaftliche Angelegenheiten und Entwicklung.

⁹⁸ Siehe im Einzelnen *Ley* (Fn. 40), Kap. 14.

⁹⁹ Dieser Eindruck wurde in einem Telefoninterview mit der Mitarbeiterin des Sekretariats für den zuständigen Ausschuss für wirtschaftliche Angelegenheiten, Aiste Ramanauskaitė, bestätigt. Ihren Aussagen zufolge herrscht zwischen ER PV und

spezifischem Handeln, deren Umsetzung in einem ständigen Austausch- und Kommunikationsprozess über die Sitzungen hinaus verfolgt und begleitet wird.¹⁰⁰ Sehr intensive Kritik hat die ER PV bereits kurz nach Gründung der Bank an den Haushaltsentscheidungen des ersten Präsidenten der EBWE, Jacques Attali, geübt. Sie bemängelte, ein zu hoher Anteil der Mittel würde für die Einrichtung des Hauptsitzes ausgegeben, anstatt in operative Projekte zu fließen.¹⁰¹ Der anschließende Rücktritt des ersten EBWE-Präsidenten wird maßgeblich auf diese Einflussnahme zurückgeführt.¹⁰²

d) Schließlich versucht die ER PV vereinzelt auch gegenüber anderen internationalen Organisationen, mit denen sie keine Verträge abgeschlossen hat, eine kritische Kontrollfunktion einzunehmen. Ein Beispiel stellt ihre Rolle im Zusammenhang mit dem Umgang der Weltgesundheitsorganisation mit dem H1N1-Virus (sog. Schweinegrippe) dar. Sie setzte sich intensiv mit der intransparenten Besetzung des Notfall-Expertengremiums, den ausgreifenden Notfallplänen und weitgehenden Impfkampagnen auseinander, die sich im Nachhinein als unnötig herausstellten. Im Zuge dessen wurde der WHO-Untersekretär für Grippekrankheiten zum Umgang des WHO-Generalsekretariats Anfang 2010 zu einer Anhörung in den zuständigen Ausschuss der Versammlung bestellt und kritisch befragt. Dass die WHO schließlich die Besetzung des Expertengremium sowie deren Affiliationen zur Pharmaindustrie offenlegte und auch den in den Internationalen Gesundheitsvorschriften festgeschriebenen Epidemie-Reaktionsprozess einem Revisionsprozess unterzog, wird auch auf die frühe und öffentlichkeitswirksame Problematisierung durch die ER PV zurückgeführt.¹⁰³

Diese Vorgänge zeigen, dass auch ohne eine feste institutionelle Verknüpfung zwischen WHO und Europarat durch die Kritik der ER PV nicht nur öff-

EBWE ein ständiger Austausch; insbesondere die Osteuropa-Kompetenz der parlamentarischen Versammlung durch ihre eigenen Missionen wird von der EBWE abgefragt und verwendet. Insofern geht das Kooperationsverhältnis weit über die jährliche gemeinsame Plenardebatte hinaus.

¹⁰⁰ Siehe die Vorschläge in Res. 1064 (1995), Rn. 3.

¹⁰¹ Siehe Resolution 1002 (1993), Rn. 12: „The Assembly questions the need for the Bank to have such an expensive and prestigious headquarters. In order to ensure proper use of taxpayers' money and to avoid the creation of a negative public image prejudicial to the Bank's work (...), the Assembly urges the Bank to observe strict standards of cost-effectiveness in its internal administration, and to abstain from all conspicuous forms of representation, and to establish tighter budget controls and auditing of all its operations. The Assembly asks that the auditors' report following their investigation into allegedly extravagant expenditure by the Bank be made available to its Committee on Economic Affairs and Development.“

¹⁰² Siehe die dahingehende affirmative Stellungnahme in Res. 1040 (1994), Rn. 2 und Res. 1064 (1995), Rn. 1, 2, Res. 1094 (1996), Rn. 1, allerdings mit dem weiteren Vorschlag in Rn. 2 „that administrative expenses may be further reduced by making the bank's so far resident board of directors non-resident as well as smaller in size, thereby liberating resources for operational activities.“

¹⁰³ Dazu *Isabelle Ley*, Zur Politisierung des Völkerrechts – Parlamentarische Versammlungen im Außenverhältnis, AVR 50 (2012), S. 191.

fentliche Aufmerksamkeit auf die Angelegenheit gelenkt,¹⁰⁴ sondern auch eine Revision der kritisierten Vorgänge und zugrunde liegenden Vorschriften angestoßen werden konnte. Der *review*-Prozess der Vorgänge ist sicherlich nicht allein der Kritik der ER PV geschuldet; allerdings hat ihr Vorgehen dazu beigetragen, eine Kritikwelle der Medien und später auch anderer Institutionen auszulösen. So konnte das im Rahmen der WHO (vgl. Präambel und Art. 1 WHO¹⁰⁵) im Vordergrund stehende Ziel der Gesundheitssicherheit mit den Prinzipien solider Haushaltsführung und der Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahren besser vermittelt werden.

Die Frage, welche Vorsorgemaßnahmen angesichts eines noch unbekannten zukünftigen Risikos getroffen werden sollen, enthält Abwägungen, die sich nicht auf richtige oder falsche Entscheidungen reduzieren lassen: Gerade im Bereich der Permutation und Ausbreitung von Viren müssen gesundheitspolitische Entscheidungen häufig in einer Situation der Unsicherheit getroffen werden, die dadurch gekennzeichnet ist, dass die Folgen der Ausbreitung neuer Viren unter Umständen katastrophal sein können, die Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens aber gegebenenfalls nur gering oder schwer prognostizierbar ist. Welche Mengen welchen Impfstoffes abrufbar sein sollen, ist in derartigen Fällen eine Frage, die nicht nur mit vielen Unwägbarkeiten zu tun hat, sondern auch Wertungen, Einschätzungen und aufgrund der Knappheit der Mittel immer auch Präferenzen enthält. Indem das Plenarorgan der WHO 2011 im Ergebnis eine Korrektur der Epidemiereaktionsverfahren vorgenommen hat, wurde auch das Prinzip der Revisibilität realisiert, welches derartigen politischen Entscheidungen angemessen ist.

Die spärliche Literatur begrüßt diese Außendimension der ER PV als erfolgreich und wegweisend. Es ist vorstellbar, dieses Modell auf weitere Konstellationen zu übertragen.¹⁰⁶ Eine solche Verbesserung der Vernetzung, Koordination, aber auch gegenseitigen Kritik und Kontrolle internationaler Organisationen stellt ein ausbaufähiges Element zur Erhöhung der Legitimation internationaler Organisationen dar.

2. Gegenkonventionen: Die UNESCO-Konvention über kulturelle Vielfalt

Gehört ein Staat unterschiedlichen internationalen Institutionen an, deren Ziele einander möglicherweise widersprechen, so kann dies als Abbildungsform gesellschaftlicher Pluralität auf internationaler Ebene gewertet werden – vergleichbar der Repräsentation gesellschaftlicher Heterogenität, wie sie innerstaatlich in der funktional gegliederten Ressortverteilung in der Regierung gewährleistet wird. Aus internationaler Perspektive würde ein Ort geschaffen werden, an dem die verschiedenen funktional geprägten Sichtwei-

¹⁰⁴ *Habegger* (Fn. 68), S. 189ff.

¹⁰⁵ Art. 1 WHO: „The objective of the World Health Organization (...) shall be the attainment by all peoples of the highest possible level of health.“

¹⁰⁶ *Habegger* (Fn. 68), S. 219, 233f.

sen internationaler Institutionen aufeinander stoßen können. Gegenwärtig sind inter-institutionelle Verbindungen und ein zeitnahe Reagieren auf Forderungen, die an eine internationale Institution von außen herangetragen werden, nur schwach institutionalisiert. Gleichwohl existieren einige Rechtssetzungsmechanismen, mithilfe derer entstehende inter-funktionale Interessenkonflikte repräsentiert und im politischen Prozess einer Lösung zugeführt werden können. Der Vorteil eines derartigen Vorgehens besteht gegenüber einer umfassenden Parlamentarisierung und damit einhergehenden Zentralisierung des Völkerrechts darin, die Kontestabilität und Reversibilität internationaler Rechtserzeugungsprozesse zu stärken, ohne die interne Demokratisierung der Staaten vorauszusetzen. Ein weiteres, im Folgenden darzustellendes Beispiel aus diesem Zusammenhang stellen Gegenkonventionen zu den Politiken internationaler Organisationen dar.

Das lange Zeit unklare Verhältnis zwischen multilateralen Umweltschutzabkommen und dem Recht der WTO hat sich mithilfe eines feinziisierten Kompromisses über das Zusammenspiel legislativer, judizieller und institutioneller Ausgleichsmechanismen inzwischen entspannt.¹⁰⁷ Dagegen sind politische Differenzen und in der Folge eine unklare Rechtslage in anderen Bereichen hartnäckiger. Insbesondere der Umgang mit genetisch modifizierten Lebensmitteln (sog. GMOs¹⁰⁸) sowie mit Kulturprodukten und -dienstleistungen ist zwischen den USA und der Europäischen Union umstritten – mit der Folge, dass innerhalb der WTO zu diesen Fragen bisher kein Konsens erzielt werden konnte. In beiden Fällen hat eine Gruppe von Staaten, die sich gegen eine Handelsliberalisierung von GMOs bzw. Kulturgütern wandte, versucht, ihre Positionen auf völkervertragsrechtlichem Wege außerhalb der WTO abzusichern – in Form des sog. *Biosafety-Protokolls* als Zusatzprotokoll zur Konvention über biologische Vielfalt von 2000¹⁰⁹ bzw. der UNESCO-Konvention über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen von 2005¹¹⁰. Hier stellt sich deshalb die Frage, ob der Abschluss von gegen ein anderes Regime gerichteten Konventionen mit dem Ziel, ein politisches Gegengewicht zu schaffen, als Form legitimierender Politisierung verstanden werden kann. Dieser Frage soll hier am Beispiel der UNESCO-Konvention über kulturelle Vielfalt nachgegangen werden.

a) Das Beispiel entspringt der Schnittstelle von Welthandels- und Kulturgüterschutzrecht: Es soll zeigen, dass die UNESCO-Konvention über kulturelle Vielfalt als Form des Protestes gegen die – in der Logik des Handelsrechts

¹⁰⁷ Stellvertretend für die ausufernde Regimekonfliktliteratur siehe nur *Nele Matz, Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge, 2005; Joost Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, Cambridge 2003.*

¹⁰⁸ Für living modified organism, siehe CPB Art. 3 (g): „Living modified organism“ means any living organism that possesses a novel combination of genetic material obtained through the use of modern biotechnology.“

¹⁰⁹ Dazu *Krisch* (Fn. 58), S. 189 ff.

¹¹⁰ Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions v. 20.10.2005, http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=33232&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (14.05.2014).

liegende – Kategorisierung von Kulturgütern als regulärer Handelsware eingesetzt wurde. Diese Frage, die der Auseinandersetzung zwischen UNESCO und WTO zugrunde lag, ist so alt ist wie die industrielle Reproduzierbarkeit von Kulturgütern selbst: Handelt es sich bei Kulturgütern um gewöhnliche Handelsobjekte oder besitzen sie nicht eine darüber hinausgehende Qualität kulturellen Sinngehalts, die gegen ihre Gleichbehandlung¹¹¹ mit anderen Handelsgütern spricht? Besondere Schärfe gewann diese Frage im Zuge des zunehmenden Welthandels in den 1990er Jahren, als sie vehemente Abwehraffekte gegen einen amerikanischen globalen Kulturimperialismus provozierte.¹¹²

Viele Staaten fördern die heimische Kulturindustrie mithilfe von Subventionen, Inhaltsvorschriften, Zugangsbeschränkungen, Steuervorteilen, Koproduktionsabkommen und der Begrenzung von ausländischen Investitionen.¹¹³ In den Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1993) wurde vor allem im Rahmen der Verhandlungen zum neuen Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) insbesondere von der EG und Kanada die Einführung einer kulturellen Ausnahmeklausel (*exception culturelle*) gefordert,¹¹⁴ vergleichbar Art. 2106 f. i. V. m. Annex 2106 NAFTA. Mangels Einigung mit den USA konnte allerdings nur ein *agreement to disagree*¹¹⁵ erreicht werden¹¹⁶ – mit der Auswirkung, dass eine allgemeine Regelung im GATS nicht getroffen werden konnte und viele Staaten in sogenannten *exemptions*¹¹⁷ audiovisuelle Dienstleistungen vom sachlichen Anwendungsbereich des Meistbegünstigungsprinzips (Art. II GATS) ausschlossen.¹¹⁸

¹¹¹ Insbesondere betroffen daher Art. III Nr. 2 GATT, der die Gleichstellung ausländischer und inländischer Waren auf dem Gebiet der inneren Abgaben und Rechtsvorschriften regelt, soweit diese „gleichartig“ sind.

¹¹² Mary Footer/Christoph Beat Graber, Trade Liberalization and Cultural Policy, JIEL 3 (2000), S. 115 (119).

¹¹³ Für einen Überblick über die Maßnahmen siehe ebd., S. 122–126.

¹¹⁴ Siehe Art. 4 Nr. 1 (cultural diversity), Art. 4 Nr. 3 (cultural expressions), Art. 4 Nr. 4 (cultural activities, goods and services); Tania Voon, Cultural Products and the World Trade Organization, Melbourne Law School Legal Studies Research Paper No. 342, S. 19, subsumiert unter „Kulturgüter“: Film, Video, Radio, TV, Tonaufnahmen, Bücher, Zeitschriften, Zeitungen und dazugehörige Dienstleistungen.

¹¹⁵ In der Formulierung von Bill Clinton (nach Stephen Azzi, Negotiating Cultural Space in the global economy, International Journal 60 (2005), S. 765, 767); s. WTO, Council for Trade in Services, Audiovisual Services: Background Note by the Secretariat v. 15. 6. 1998 (S/C/W40), 30.

¹¹⁶ Zum Ablauf der Verhandlungen der Uruguay-Runde in dieser Frage s. John Croome, Reshaping the World Trading System: A History of the Uruguay Round, 2. Aufl., Genf 1999, S. 212–215, 243–44, 310–312, 320, 324–327.

¹¹⁷ Völkervertragsrechtlich handelt es sich dabei um Vorbehalte gem. Art. 19 WVRK.

¹¹⁸ Voon (Fn. 114), S. 25; s. WTO, Services Database: Predefined Report – All Countries' MFN Exemptions, <http://tsdb.wto.org/wto/WTOHomepublic.htm> (14.05.2014).

Nachdem das Konzept einer kulturellen Ausnahme sich nicht durchsetzen konnte, gewann jedoch ein anderes an Unterstützung: das Konzept der kulturellen Vielfalt. So entschloss sich eine Reihe von Staaten im Anschluss an Kanada und die EG für eine *verbindliche* Konvention nun nicht mehr im Rahmen der WTO, sondern im Rahmen der UNESCO.¹¹⁹ Dafür sprach zum einen, dass jegliche Rechtsetzungaktivität in der WTO faktisch den Konsens aller Mitgliedstaaten erfordert, der aufgrund des dauerhaften Widerstands der USA aussichtslos erschien, während die Annahme einer UNESCO-Konvention gem. Art. IV B. 4 UNESCO-Verfassung¹²⁰ nur eine Zweidrittel-Mehrheit erforderte.¹²¹ Zum anderen hatte die Wahl der UNESCO als Regelungsforum den Vorteil, dass sich die Begründungslast zugunsten der Befürworter eines Sonderregimes verschob: Während man in der WTO gezwungen war, *gegen* die (im Rahmen des GATS grundsätzlich vorgesehene) Liberalisierung weiterer Handelsbereiche zu argumentieren, konnte man sich innerhalb der UNESCO positiv *für* ein Konzept kultureller Vielfalt aussprechen. Nun waren die Konventionsgegner gezwungen, Gründe gegen die Konvention vorzu bringen.¹²² Bedeutsam unter dem Aspekt der fragmentierten Repräsentation gesellschaftlicher Anliegen ist auch die Erwägung, dass in der WTO Handels- und Wirtschaftsminister miteinander verhandeln, während in der UNESCO-Vollversammlung die Kultusminister vertreten sind.¹²³

Zwei weitere Momente waren für die Entscheidung, eine verbindliche Konvention zum Schutz der kulturellen Vielfalt abzuschließen, katalytisch:¹²⁴ Zum einen entschied das WTO-DSB 1997 in *Canada-Periodicals*, dass Kanada keine Steuer auf sog. *split-run magazines* erheben dürfe. Dabei handelte es sich um ausländische (im konkreten Fall: US-amerikanische) Nachrichtenmagazine, die in einer an den jeweiligen Markt angepassten Version – insbesondere mit Anzeigen aus dem heimischen Markt – in Kanada erscheinen.¹²⁵ Zum anderen scheiterten 1998 die Verhandlungen zu einem Multilateralen Investitionsschutzabkommen (MAI) im Rahmen der OECD an der fehlenden Zustimmung Frankreichs, das seine Forderungen nach Ausnahmeregelungen für den Kultursektor in der wirtschaftsnahen OECD nicht durchsetzen konnte.¹²⁶

¹¹⁹ Dazu *Hélène Ruiz-Fabri*, Jeux dans la Fragmentation, *Revue générale de droit international public* 111/1 (2007), S. 43, 47–56.

¹²⁰ UNESCO Constitution v. 16.11.1945, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15244&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (14.05.2014).

¹²¹ *Joost Pauwelyn*, The UNESCO Convention on Cultural Diversity, and the WTO, *ASIL Insight* v. 15.11.2005.

¹²² Dazu *Ruiz-Fabri* (Fn. 119), S. 52 ff.

¹²³ Insbesondere von der kanadischen Kultusministerin Sheila Copps vorgetragen, dazu *Azzi* (Fn. 115), S. 768.

¹²⁴ Siehe *Azzi* (Fn. 115), S. 767.

¹²⁵ *Canada—Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/A/R v. 30.6.1997.

¹²⁶ Siehe *Azzi* (Fn. 115), S. 767.

2003 beauftragte die UNESCO-Vollversammlung auf Empfehlung des UNESCO-Exekutivkörpers¹²⁷ den Generaldirektor mit der Erarbeitung eines Berichts sowie eines Konventionsentwurfs.¹²⁸ Schon die Wahl des Rechtsinstruments wurde mit dem Ziel getroffen, eine Regelung zu schaffen, die sich dem Handelsrecht widersetzen könnte. Der Aushandlungsprozess vollzog sich im Hinblick auf den für 2005 angenommenen Abschluss der *Doha*-Handelsrunde außerordentlich zügig.¹²⁹ Hierfür traten die USA der UNESCO nach längerer Abwesenheit wieder bei.¹³⁰ Nachdem ein interdisziplinäres Expertengremium einen ersten Entwurf erarbeitet hatte,¹³¹ wurden Stellungnahmen auch von anderen Organisationen, nämlich der WTO, UNCTAD und der WIPO,¹³² von 88 Staaten und 15 NGOs eingeholt. Zwei weitere Verhandlungssitzungen später, bei denen intensiv auch über eine Konfliktklausel zum WTO-Recht gestritten wurde, nahm die Generalkonferenz die Konvention im Oktober 2005 mit 148 Stimmen zu zwei Gegenstimmen (USA, Israel) und vier Enthaltungen an.¹³³ Nach einer wiederum sehr kurzen Zeitspanne konnte sie im März 2007 mit 30 Ratifikationen¹³⁴ in Kraft treten und verfügt inzwischen über mehr als 130 Vertragsstaaten.¹³⁵

Der politische Streit zwischen den USA und den meisten übrigen Staaten kristallisierte sich während der Aushandlungsphase am Verhältnis der Konvention zum Welthandelsrecht. Beide Seiten warfen sich gegenseitig vor, ihr erklärtes Ziel (kulturelle Vielfalt bzw. Freihandel) zur Verschleierung ihres

¹²⁷ Nach Abschluss einer Voruntersuchung, vgl. Preliminary Study on the Technical and Legal Aspects relating to the desirability of a standard-setting instrument on cultural diversity v. 12. 3. 2003 (166 EX/28), <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/129718e.pdf> (14. 05. 2014).

¹²⁸ Resolution 32C/34 v. Juli 2004 (CLT/CPD/2004/CONF.201/5), <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001356/135650e.pdf> (14. 05. 2014).

¹²⁹ *Mira Burri-Nenova*, Trade and Culture, Manchester Journal of International Economic Law 5/3 (2008), S. 2: „[...] entered into force on 18 March 2007 after an incredibly swift ratification process“; dazu *Niklas Conrad*, Öffentliche Kulturförderung und Welthandelsrecht, 2008, S. 418.

¹³⁰ Die USA hatten die UNESCO am 31.12.1984 verlassen, da sie ihr durch die zunehmende Zahl ehemaliger Kolonialstaaten und sozialistischen Staaten als zu ideologisch erschienen war. Konkret erfolgte der Austritt wegen Kontroversen über eine neue Weltinformationsordnung, die von den USA als Angriff auf die Pressefreiheit gewertet worden war. Der Wiedereintritt 2003 wird darauf zurückgeführt, dass sie auf das Zustandekommen und den Inhalt der UNESCO-Konvention Einfluss nehmen wollten, dazu *Conrad* (Fn. 129), S. 415 Fn. 16.

¹³¹ Preliminary Draft of a convention on the protection of the diversity of cultural contents and artistic expressions, UNESCO Doc. CLT/CPD/2004/CONF-201/2 v. Juli 2004, <http://www.incd.net/docs/UNESCODraft04.pdf> (26. 4. 2013).

¹³² UNESCO, What were the stages that led to the adoption of the Convention?, <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/cultural-diversity/cultural-expressions/the-convention/historical-background/what-were-the-stages-that-led-to-the-adoption-of-the-convention/> (26. 4. 2013).

¹³³ Zum Aushandlungsprozess im Einzelnen *Conrad* (Fn. 129), S. 417–422.

¹³⁴ Gem. Art. 29 der Konvention.

¹³⁵ <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E> (4.10.2013).

eigentlichen Ziels zu missbrauchen: Während die USA in dem Vorhaben letztlich ein protektionistisches Projekt zum Schutz der jeweiligen heimischen Kulturindustrie vermuteten, sahen viele andere Staaten im Bemühen der Amerikaner um freien Wettbewerb ein Streben nach kultureller Dominanz.¹³⁶

Wurde das Ziel erreicht, eine Konvention zu schaffen, die sich dem Handelsrecht gegenüber durchsetzen kann? Schon aus den Programmsätzen der Konvention ergeben sich Zielkonflikte mit den einschlägigen WTO-Vorschriften (Ziff. 18 der Präambel, Art. 2, Art. 6 UNESCO-Konvention). Die Konfliktklausel des Art. 20 fällt gegenüber dem ursprünglichen Ziel, einen handelsrechtsfesten Vorrang der Konvention zu schaffen, stark ab: Während in Art. 20 Nr. 1 festgehalten wird, die Konvention sei anderen Verträgen nicht untergeordnet, statuiert Nr. 2, die Konvention dürfe den Gehalt anderer Verträge nicht modifizieren. Somit bilden insbesondere Art. XX lit. d¹³⁷ oder f¹³⁸ GATT mögliche Einfallstore für eine harmonisierende Auslegung im Sinne von Art. 31 Nr. 3 lit. c WVRK i.V.m. Art. 3 Abs. 2 S. 2 DSU.¹³⁹

b) Angesichts der relativ schwachen rechtlichen Stellung der Konvention gegenüber dem Recht der WTO rückt die politische Unterstützung, die sie genießt, in den Vordergrund: Ihre größte Signifikanz liegt vermutlich nicht in den Konfliktregeln. Vielmehr ist es ihr gelungen, das Anliegen, Kulturgütern in einer globalisierten Welt einen besonderen Wert zuzuerkennen, in ein völkerrechtliches Instrument mit hoher Teilnehmerzahl transportiert zu haben, auf das Staaten und andere Akteure sich künftig beziehen können.

Die Konvention hat die Diskussion über die Stellung von Kulturgütern im Völkerrecht verändert: Während in Vor-Konventionszeiten diskutiert wurde, ob kulturelle Vielfalt Handelsbeschränkungen rechtfertigen kann, und ob Kulturgütern eine außer-wirtschaftliche Dimension eigener Qualität innewohnt, ist inzwischen beides akzeptiert. Heute wird nicht mehr gefragt, ob der Schutz kultureller Ausdrucksweisen den Freihandel begrenzen kann, sondern vielmehr, wie die UNESCO-Konvention und das Recht der WTO miteinander vereinbart werden können.¹⁴⁰

Mit der UNESCO-Konvention wurde aus dem politischen Widerstand gegenüber den Auswirkungen des WTO-Rechts für den Kulturbereich bewusst ein Instrument geschaffen, das dem WTO-Recht entgegen gesetzt ist. Aus der

¹³⁶ Dazu *Footer/Graber* (Fn. 112), S. 119.

¹³⁷ Ausnahmeverordnung für Maßnahmen, die zur Anwendung von Gesetzen oder sonstigen Vorschriften erforderlich sind, die nicht gegen das GATT verstößen.

¹³⁸ Ausnahmeverordnung zum Schutz nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert.

¹³⁹ Zu den Möglichkeiten der Vereinbarung im Einzelnen *Jan Wouters/Bart de Meester*, The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law, *JWT* 42/1 (2008), S. 205; *Alex Khachaturian*, The new Cultural Diversity Convention and its Implications on the WTO International Trade Regime, *Texas International Law Journal* 42 (2006), S. 191.

¹⁴⁰ Dazu *Burri-Nenova* (Fn. 129), S. 2.

Sicht des einzelnen Staates, der Mitglied sowohl der UNESCO-Konvention als auch der WTO ist (was überwiegend der Fall ist), stellt sich dieses Phänomen als pluralistische Repräsentation verschiedener gesellschaftspolitischer Interessen dar: Abgebildet werden, zwar nicht in einem institutionellen Zusammenhang, aber dennoch in materiell aufeinander bezogenen Verträgen, unterschiedliche gesellschaftliche Interessen, die durchaus auch in Widerspruch zueinander geraten und sich in ihrer Gewichtung zueinander verändern können. Eine Politisierung des WTO-Rechts hat insofern stattgefunden, als das Bestehen der UNESCO-Konvention die durch das WTO-Recht hergestellte Machtbalance zugunsten von Freihandels- und zum Nachteil anderer Interessen deutlich macht und so die politischen Präferenzen, die der WTO-Ordnung innewohnen, zutage treten ließ. Auch weil die USA und Israel nicht Konventionsparteien sind, ist nach wie vor unklar, wie sich die Konvention zum WTO-Recht im Einzelnen verhält und wie im konkreten Konfliktfall eine Einigung herbeigeführt werden kann. Wünschenswert wären Konfliktlösungsmechanismen, die einzelne Fälle des Konflikts zwischen Handel und Kultur auf politischem Wege beilegen. Diese Rolle könnte von einem Gremium, in dem Vertreter von WTO und UNESCO, sprich die Handels- und Kulturminister der Staaten, gleichermaßen vertreten wären, übernommen werden.¹⁴¹ Allerdings stellt das Zustandekommen der UNESCO-Konvention ohnehin bereits ein neues Kräfteverhältnis zwischen Kultur- und Handelsinteressen her. Im konkreten Konfliktfall wird das durch sie verkörperte politische Gegengewicht nicht vernachlässigt werden können.¹⁴²

3. Private und informelle Regelungsformen

Schließlich ist auch an private und informelle Regelungsformen zu denken, die zunehmend öffentliche Aufgaben übernehmen. Ein Beispiel für gelingende private Normsetzung stellt der *Forest Stewardship Council* (FSC) dar. Dabei handelt es sich um eine NGO mit dem Ziel, den Waldbestand zu schützen und Abholzung umwelt- und sozialverträglich zu gestalten – also die widerlängigen Interessen zwischen waldverarbeitender Industrie, Umweltverbänden und von der Rodung betroffenen indigenen Völkern auszutarieren. In den Organen des FSC sind diese drei Interessengruppen vertreten, die gemeinsam einen Regelkatalog aufstellen, dessen Einhaltung Voraussetzung dafür ist, dass Papierprodukte das Label des FSC führen dürfen.¹⁴³

¹⁴¹ Auch *Christoph Beat Graber*, The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?, *JIEL* 9/3 (2006), S. 553, 571, fordert ein „procedural interface between the law of the WTO and the CCD“. Zur Rolle, die das Intergovernmental Committee der UNESCO-Konvention dabei spielen könnte, *ebd.*, S. 574.

¹⁴² So auch *Graber*, *ebd.*, S. 553.

¹⁴³ Dazu *Errol Meidinger*, The new environmental law: forest certification, *Buffalo Environmental Law Journal* 10/1&2 (2002–2003), S. 211–316; *Karsten Nowrot*, Föderalisierungs- und Parlamentarisierungstendenzen in Netzwerkstrukturen, in: *Boysen* u.a. (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007, S. 15; *Stéphane Guéneau*, Certification as a new

Zu denken ist weiterhin an das *Kimberley Process Certification Scheme*¹⁴⁴ (KPCS), eine informelle Vereinbarung von Staaten, die sich dazu verpflichtet haben, nunmehr nur noch mit nach bestimmten Kriterien zertifizierten Staaten Diamantenhandel zu betreiben. So soll die Förderung von Diamanten unterbunden werden, deren Erlös Rebellengruppen zur Förderung bewaffneter Konflikte gegen Regierungen sowie zur Finanzierung des internationalen Terrorismus dienen.

Nach eigener Aussage deckt das Regime inzwischen 99,8 % des Welthandels mit Rohdiamanten¹⁴⁵ ab. Das KPCS umfasst 54 Mitglieder (81 Staaten; die EU zählt als ein Mitglied). Gem. Sektion VI Nr. 10 KPCS werden zu den regelmäßig stattfindenden Plenarsitzungen darüber hinaus auch Vertreter von NGOs, von anderen internationalen Organisationen wie insbesondere auch der Diamantenindustrie eingeladen, so dass der potentielle Konflikt zwischen Diamantenindustrie auf der einen Seite und sozial- und menschenrechtspolitisch motivierten Akteuren auf der anderen Seite von vornherein in die Institution eingelassen wurde.

Selbstverständlich lässt sich bezweifeln, ob diese eher korporatistischen Formen der Einbindung von Industrie und Gesellschaft mit der klassischen binnenstaatlichen Institutionalisierung von Opposition gleichzusetzen sind. Ihnen gegenüber stellt sich die Mediatisierung gesellschaftlicher Interessen durch politische Parteien als Zugewinn an Transparenz und Repräsentativität dar. Gleichwohl sollten diese Erscheinungsformen hier als mögliche Vehikel zu einer Politisierung internationaler Rechtserzeugungsverfahren nicht unerwähnt bleiben: Verfassungsrechtliche Institute können nicht unverändert auf die inter- oder transnationale Ebene transponiert werden. Insofern ist anzuerkennen, dass diese neuen Regelungsformen um die Einbindung der betroffenen Interessen bemüht sind. Nicht geklärt ist, ob diese Formen sich auf diese Weise durchsetzen oder andere, möglicherweise repräsentativere Formen gefunden werden, um die alleinige – und zunehmend nicht mehr als ausreichend empfundene – Mediatisierung gesellschaftlicher Interessen durch den Staat aufzubrechen.

system of non-state global forest governance system, in: Peters u. a. (Hrsg.), *Nonstate actors as standard setters*, Cambridge 2009, S. 379.

¹⁴⁴ Kimberley Process Certification Scheme, abgedruckt im Anhang zu Kimberley Process Certification Scheme for Rough Diamonds – Request for a Waiver, G/C/W/431, 6–21 sowie abrufbar unter http://www.kimberleyprocess.com/documents/basic_core_documents_en.html (26. 4. 2013).

¹⁴⁵ Siehe die Definition im KPCS, Section I: „ROUGH DIAMONDS mean diamonds that are unworked or simply sawn, cleaved or bruted and fall under the Relevant Harmonised Commodity Description and Coding System 7102.10, 7102.21 and 7102.31.“

IV. Abschließende Bewertung

Die Beispiele haben gezeigt: Sind auch zwischen Institutionen mit verschiedenen sektoralen Interessen wechselseitige Kritik und eine Sensibilisierung für die Defizite der jeweils anderen Sichtweise möglich, so kann die Fragmentierung des Völkerrechts als legitimatorische Chance für dessen Politisierung gedeutet werden. Die unitarische Staatenrepräsentation kann zumindest in Ansätzen überwunden werden. Stehen WHO und Europarat oder UNESCO und WTO in einem Kritik- und Austauschverhältnis, welches es ermöglicht, unterschiedliche Perspektiven auf ein Rechtsetzungsvorhaben zuzulassen, so wird ein Mitgliedstaat nicht mehr durch nur einen Vertreter in einer Organisation repräsentiert. Vielmehr muss völkerrechtliche Rechtserzeugung als Repräsentationszusammenhang verstanden werden, an dem eine Vielzahl von Staatenvertretern mit je unterschiedlichen Anliegen partizipieren.

Gleichzeitig sind die Möglichkeiten, Völkerrechtserzeugungsprozesse entlang nicht-zwischenstaatlicher Konfliktlinien zu politisieren, bisher begrenzt. Häufig gelingt es nicht, in internationalen Organisationen vorhandene Zusammenschlüsse von Staatengruppen aufgrund gemeinsamer Interessen (wie etwa die Gruppe der G-77 und anderer – nicht nur regional diversifizierter – Staatengruppen in der UN-Generalversammlung) für eine Politisierung zu nutzen, da aufgrund der herrschenden Mehrheitsverhältnisse Entscheidungen nur im Konsensus-Verfahren getroffen werden. Aus demselben Grund hat sich auch die eigentlich innovative dreigliedrige Repräsentationsstruktur der ILO nicht weiter verbreitet. Gleichwohl wird in der stärkeren Institutionalisierung von Opposition, das heißt der gleichzeitigen Einführung pluralistischer Repräsentationsformen *und zugleich* vorsichtiger Auflockerungen des Konsensprinzips, der einzige Weg gesehen, den gegenwärtigen Blockierungen der Völkerrechtserzeugung zu begegnen.

Selbstverständlich sind im Spektrum völkerrechtlicher Organisations- und Handlungsformen viele weitere Ausformungen parteipolitischer, sektoraler und institutioneller Kontestation möglich, die aus der Sicht des vorliegenden Modells dann legitimationstheoretisch begrüßenswert sind, wenn sie die Abbildung transnationaler Interessenkonflikte bzw. des redistributiven Potentials völkerrechtlicher Lösungen aufzeigen und so einen ersten Ansatzpunkt für die Einbindung nichtstaatlicher Interessenvertreter bilden. Mit diesem Beitrag sollte ein theoretischer Rahmen dafür geschaffen werden, um den Mehrwert von Opposition klar bestimmen und Beispiele dafür erkennen zu können. Die entwickelten Verfahrensprinzipien werden insbesondere dann relevant, wenn völkerrechtliche Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Im Idealfall würde der Beitrag weitere Forschung anstoßen, die politisierende Mechanismen im Völkerrecht entdeckt und beschreibt. Zu denken ist derzeit etwa daran, wie gegenüber dem IWF alternative Antworten auf die Finanz- und Schuldenkrise artikuliert werden können.

Durch die Institutionalisierung von Kritik kann eine möglicherweise verloren gegangene „Einheit“ oder „Allgemeinheit“ des Völkerrechts nicht wieder hergestellt werden.¹⁴⁶ Was mithilfe des Institutionen- und Verfahrensrechts jedoch erreicht werden kann, ist die Repräsentation unterschiedlicher Partikularitäten, um so eine möglichst vollständige Optik auf die Probleme der Weltgemeinschaft zu erhalten. Nur wenn man diese nicht als alternativlos, sondern als politische, gestalt- und verhandelbare wahrnimmt, kann man ihnen in einem Modus kollektiver Freiheit und Verantwortlichkeit begegnen.

¹⁴⁶ Siehe für einen nostalgischen Nachruf *Koskenniemi* (Fn. 61), S. 1.