

C. Legitimationsbedarf der Friedensmediation: Beschreibbarkeit legitimationsbedürftiger Macht

Im vorangegangenen Abschnitt wurde dargelegt, weshalb Legitimität ein auch für die Friedensmediation relevantes Attribut ist. Unausgesprochen blieb dabei jedoch die Frage, ob bei allen positiven Eigenschaften, Folgen und Bedeutungen der Legitimität, Friedensmediation überhaupt geeignet ist, mit dem Attribut „legitim“ versehen zu werden.

Dabei tun sich zwei Problemkreise auf. Zum einen sind es in der Regel Akteure, die als legitim beschrieben werden; regelmäßig Staaten, Regierungen oder internationale Organisationen. Zum anderen ist es – wie bereits erörtert – primär Herrschaft, die über das Attribut der Legitimität für moralisch gerechtfertigt erklärt bzw. als solche angesehen wird. Mit Blick auf die Problematik, ob Friedensmediation legitimationsbedürftig ist und ob diese Legitimation auch der Rechtsbefolgung als Legitimitätsquelle bedarf, ergeben sich zunächst zwei Fragen. Einerseits wer oder was Gegenstand der Legitimationserwägungen ist, wenn es um Friedensmediation geht. Andererseits worin das legitimationsbedürftige Handeln liegt. Zu diesem Zweck muss das sehr weitreichende Begriffsspektrum der Friedensmediation aufgegliedert werden.

Die drei nachfolgend zu verwendenden Mediationskonzepte spiegeln auch unterschiedliche – zum Teil voneinander entkoppelte – Entwicklungsstränge der Mediation wieder: Hierin dürfte der Grund für das liegen, was Kirchhoff als „[...] considerable confusion as to the precise parameters of defining mediation“³¹⁵ bezeichnet.

I. Unterschiedliche Mediationsverständnisse als Bezugspunkte von Legitimität

1. Propositorische Mediation in der völkerrechtlichen Literatur

In einer eurozentrischen Begriffstradition können die Begriffe „medos“ (griech.), „mediatio“ (lat.) und „mediator“ (lat.) bis in die Antike zurück-

315 Lars Kirchhoff, *Constructive interventions*, Alphen aan den Rijn [u.a.] 2008, S. 182.

verfolgt werden.³¹⁶ Zugleich existiert in vielen Teilen der Welt – dieser begrifflichen Anknüpfung ungeachtet – eine reiche mediatorische Tradition.³¹⁷ Der hier verwendete Begriff der propositorischen Mediation knüpft dabei an „proponere“ (lat.) im Sinne von „vorschlagen“ an und greift das von *Heinz Duchhardt* als Wesensmerkmal der Mediation beschriebene „Propositionsrecht“ auf.³¹⁸ Nachfolgend wird die historische Genese einer so verstandenen Mediation im Überblick nachgezeichnet, um die Ursprünge und die Bedeutung dieses Vorschlagsrechts auch in Abgrenzung zu dem sich ausdifferenzierenden Instrumentarium friedlicher Streitbeilegung aufzuzeigen.

Im eurozentrischen Völkerrecht findet der Begriff gleichwohl nicht von Beginn an einen Platz.³¹⁹ *Francisco de Vitoria* sieht noch allein den gerechten Krieg als Weg zum Frieden.³²⁰ Dagegen finden sich bei *Francisco Suárez* die Schiedsgerichtbarkeit des Papstes³²¹ und zurückhaltende

316 *Marcus Hehn*, Entwicklung und Stand der Mediation – ein Überblick, in: Haft u. a. (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, München 2016, S. 77, 80; *Alex von Sinner*, Über Entstehung und Eigenart des Gegenstandes von Mediationsforschung, in: Busch u. a. (Hrsg.), *Mediation erforschen*, Wiesbaden 2012, S. 39, 44, 46.

317 *Nadja Alexander*, International and comparative mediation: legal perspectives, *Alphen aan den Rijn* 2009, S. 51 f.; *Marcus Hehn*, Entwicklung und Stand der Mediation – ein Überblick, in: Haft u. a. (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, München 2016, S. 77, 80 f. m.w.N.; eine explizit eurozentrische Mediationsgeschichte bei *Alex von Sinner*, Über Entstehung und Eigenart des Gegenstandes von Mediationsforschung, in: Busch u. a. (Hrsg.), *Mediation erforschen*, Wiesbaden 2012, S. 39, 40 Fn. 2, 61 Fn. 60.

318 *Heinz Duchhardt*, Studien zur Friedensvermittlung in der frühen Neuzeit, Wiesbaden 1979, S. 85.

319 Das frühe islamische Völkerrecht beschäftigt sich ebenfalls mit Friedensverträgen, nicht aber mit Drittparteien, vgl. *Muhammad Ibn-al-Hasan as-Šaibānī*, *The Islamic law of nations: Shaybānī's Siyar*, Baltimore 1966, S. 142 ff. Zur historischen Praxis der Mediation im islamischen Recht, sowie einer mediationsfreundlichen Auslegung siehe *Mohammad Talaat al-Ghunaimi*, *The Muslim conception of international law and the Western approach*, The Hague 1968, S. 18, 210; *S Mahmassani*, *International law in light of Islamic doctrine*, RdC 117 (1966), 205, 271 f.; zur Geschichte auch *Majid Khadduri*, *War and peace in the law of Islam*, Baltimore 1955, S. 232 f. Eine kurze Erwähnung hinduistischer Mediationspraxis findet sich bei *Kadayam Ramachandra Ramabhadra Sastry*, *Hinduism and international law*, RdC 117 (1966), 507, 602.

320 *Francisco de Vitoria*, *De Indis recentior inventis et de jure belli Hispanorum in barbaros relectiones*: Vorlesungen über die kürzlich entdeckten Inder und das Recht der Spanier zum Kriege gegen die Barbaren 1539; lateinischer Text nebst deutscher Übersetzung, Tübingen 1952, S. 103.

321 *Francisco Suárez*, *Ausgewählte Texte zum Völkerrecht*, Tübingen 1965, S. 131.

Ausführungen zu unverbindlichen Schiedssprüchen „weiser Männer“.³²² *Alberico Gentili* widmet Schiedsrichtern bereits umfangreichere Ausführungen.³²³ Darüber hinaus erwähnt er jedoch lediglich, dass die Samniten die Römer zu einer Diskussion vor den Freunden beider Völker herausgefordert hatten.³²⁴ Bei *Émeric Crucée*, der auch unter dem Namen *Émeric de la Croix* bekannt war, findet sich 1623 bereits die Idee einer in Venedig beheimateten dauerhaften Versammlung von Botschaftern, die auftretende Streitigkeiten verbindlich klären soll. Bemerkenswert ist dabei, dass dabei auch Herrscher aus Afrika, China und Indien vertreten sein sollten.³²⁵ Womöglich davon inspiriert,³²⁶ weist *Hugo Grotius* 1625 darauf hin, dass es „zweckmäßig, ja gewissermaßen notwendig [sei], [dass] die christlichen Mächte Kongresse abhielten, wo durch Unbeteiligte die Streitigkeiten der anderen entschieden und Regeln vereinbart würden, um die Kriegsparteien zu zwingen, einen Frieden der Gerechtigkeit anzunehmen.“³²⁷

In geringem zeitlichen Abstand zu *Grotius* findet sich in der diplomatischen Praxis ein zentraler Anknüpfungspunkt in diesem Erzählstrang der Friedensmediation. Dabei werden regelmäßig der venezianische Gesandte *Aloysius Contarini* (oder *Contareno*) und der spätere Papst *Fabio Chigi* hervorgehoben. *Contarini* hatte unter der Bezeichnung „Mediator“

322 *Francisco Suárez*, Ausgewählte Texte zum Völkerrecht, Tübingen 1965, S. 165; diese Praxis sowohl als „arbitration“, wie auch als „mediation“ interpretierend *James Brown Scott*, Introduction, in: Williams; u. a. (Hrsg.), *Selections from three works: The translation*, Oxford [u. a.] 1944, S. 3a, 35a; zuvor noch ohne den Verweis auf die Mediation *James Brown Scott*, *The catholic conception of international law: Francisco de Vitoria; A critical examination and a justified appreciation*, Washington, D.C. 1934, S. 461; der Schule von Salamanca fälschlich die Beschäftigung mit friedlicher Streitbeilegung absprechend *Heinz Duchhardt*, *Studien zur Friedensvermittlung in der frühen Neuzeit*, Wiesbaden 1979, S. 94.

323 *Alberico Gentili*, *De iure belli libri tres: The translation of the edition of 1612*, Bd. II, Oxford [u. a.] 1933, S. 15–20.

324 *Alberico Gentili*, *De iure belli libri tres: The translation of the edition of 1612*, Bd. II, Oxford [u. a.] 1933, S. 15.

325 *Émeric Crucé*, *The New Cinea – Le nouveau Cynée* <engl.>, New York 1972, S. 44 Rn. 61, 49 Rn. 67 f (Wobei Crucé trotz seines allgemeinen Pazifismus gleichwohl auch „Wilde“ als taugliche Ziele von Gewalt benannte, siehe S. 23 Rn. 26).

326 *Helmut Steinsdorfer*, *Emeric Crucé: Le nouveau Cynée – Die Begründung der modernen Friedensbewegung* [Teil 2], *Die Friedens-Warte* 54 (1957), 146, 154 m.w.N.

327 *Hugo Grotius*, *De iure belli ac pacis libri tres: Paris 1625*, Tübingen 1950, S. 393.

im Rahmen des Westfälischen Friedens fünf Jahre vermittelt.³²⁸ Chigi, der ebenfalls Teil der Verhandlungen war, hatte 1747 den Satz von „[la] incompatibilità della mediazione con l'ufficio di arbitrare“ geprägt.³²⁹

Erst nach dem Westfälischen Frieden bringt Samuel Pufendorf 1662 den Begriff der Mediation in die Völkerrechtswissenschaft ein, wenn er schreibt:

„Die eigentlich so genannte Schieds-Leute aber sennd keine Mediatorez, wie man die nenet welche sich zwischen die streitende oder zum Kriege rüstende auch bereits Krieg führende Partheyen freiwillig legen und sie mir Autorität, Vernunft-Gründen und Bitten, zum gütlichen Vergleich, und zu der Strittigkeit Beilegung, zu bewegen trachtet!“³³⁰

Deutlich sichtbar wird allerdings, dass Freiwilligkeit für ihn ein Prinzip ist, welches stärker auf die Mediator*innen anzuwenden ist, als auf die Konfliktparteien.

„Ja es scheint auch wohl mit Recht geschehen zu können, daß zween oder mehrere, welchen daran gelegen daß der Krieg aufhöre, nach erwogenen Umständen streitiger Sachen, eines werden mögen, auff was Weise und mit was vor Conditionen sie es vor billig urtheilen, daß Friede geschlossen werde. Welche sie denen Kriegenden mit dieser Erklärung anbieten mögen, daß sie wider denjenigen, der den Frieden nicht annehmen würde, ihre Waffen mit den anderen vereinigen wolten, welche solche angenommen haben würde.“³³¹

328 Marcus Hehn, Entwicklung und Stand der Mediation – ein Überblick, in: Haft u. a. (Hrsg.), Handbuch Mediation, München 2016, S. 77, 82.

329 Zitiert nach Marcus Hehn, Entwicklung und Stand der Mediation – ein Überblick, in: Haft u. a. (Hrsg.), Handbuch Mediation, München 2016, S. 77, 83 („Mediation ist mit dem Amt eines entscheidungsbefugten Schiedsrichters unvereinbar.“).

330 Samuel Freiherr von Pufendorf, Acht Bücher vom Natur- und Völker-Rechte, Frankfurt am Main 1711, S. 244 f.; Verbindungen zu den Haager Verträgen und der Völkerbundsatzung ziehend Walter Simons, Introduction, in: Oldfather u. a. (Hrsg.), De jure naturae et gentium libri octo: The translation of the edition of 1688, Bd. II, Oxford 1934, S. 11a, 41a; zu Pufendorfs Verweis auf den Koran im Mediationskontext siehe John Kelsay, Islam and Christianity in the Works of Gentili, Grotius, and Pufendorf, in: Hashmi (Hrsg.), Just wars, holy wars, and jihads: Christian, Jewish, Muslim encounters and exchanges, New York, 2012, S. 207, 213.

331 Samuel Freiherr von Pufendorf, Acht Bücher vom Natur- und Völker-Rechte, Frankfurt am Main 1711, S. 245.

Ungeachtet der Begriffe soll *Pufendorf* damit auch zum ersten Mal das Konzept der Mediation in der Völkerrechtswissenschaft formuliert haben.³³² *Grotius* Ausführungen zu Kongressen werden hingegen als Vorläufer der Schiedsgerichtsbarkeit gedeutet.³³³ Interessanterweise werden beide Ideen mit sehr ähnlichen Formulierungen eingeordnet. Während *Wilhelm Grewe* zu *Grotius* schreibt, dieser lasse durch seine Formulierung erkennen, dass er „diese Idee selbst für eine von der Wirklichkeit ziemlich weit entfernten Wunsch hält“³³⁴, führt *Heinz Duchhardt* zu *Pufendorf* aus: „Seine Systematik [der Mediation] ist nicht unbedingt ein getreues Abbild der Rechtswirklichkeit seiner Zeit [...]“.³³⁵ Auch inhaltlich scheint der Weg von der Streitbeilegung durch neutrale Staaten im Kongress, inklusive zwangsweiser Durchsetzung, bei *Grotius*, zur Streitbeilegung durch ein oder zwei am Frieden interessierte neutrale Staaten, die einen gerechten Frieden vorschlagen und dem der ihn nicht anzunehmen bereit ist, mit den Waffen drohen bei dem *Grotius*-Interpreten *Pufendorf* nur marginal. *Grotius* und *Pufendorf* trennt daher weniger, als allgemein unterstellt wird. Insoweit verwundert es nicht, wenn *White* auch den Ursprung der modernen Mediation bei *Grotius* sehen will.³³⁶

332 *Heinz Duchhardt*, Studien zur Friedensvermittlung in der frühen Neuzeit, Wiesbaden 1979, S. 96; *Alex von Sinner*, Über Entstehung und Eigenart des Gegenstandes von Mediationsforschung, in: Busch u. a. (Hrsg.), Mediation erforschen, Wiesbaden 2012, S. 39, 51.

333 *Alwine Tettenborn*, Das Haager Schiedsgericht: eine völkerrechtliche Studie, Bonn 1911, S. 8; *Julius Reiner*, Hugo Grotius und das Weltschiedsgericht, Berlin 1922, S. 93; *Henry S. Fraser*, A Sketch of the History of International Arbitration, Cornell Law Quarterly 11 (1926), 179, 182, 198; *Ulrich Drobniß*, Der Friedensgedanke in der Naturrechtslehre des Hugo Grotius, AVR 3 (1951), 22, 23 ff.; diese Passage bei Grotius dagegen merklich übergehend *Walther Schücking*, Das Institut der Vermittlung, Kristiana 1923, S. 11 f.; ebenso *Karl Strupp*, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit: zwei Vorträge zur Einführung, Berlin [u.a.] 1914, S. 3 f.

334 *Wilhelm G. Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 2. Aufl., Baden-Baden 1988, S. 236; diese Lesart mag auch Grewes „polemic realism“ geschuldet sein *Martti Koskeniemi*, Rezension – The Epochs of International Law, Berlin (de Gruyter) 2001, KJ 35 (2002), 277, 279.

335 *Heinz Duchhardt*, Studien zur Friedensvermittlung in der frühen Neuzeit, Wiesbaden 1979, S. 98.

336 *Andrew D. White*, Debt Due to Hugo Grotius, The Advocate of Peace 61 (1899), 186, 189; zurecht auf die damaligen Abgrenzungsschwierigkeiten hinweisend *Charles H. Brower II*, Arbitration, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Bd. I, Oxford 2012, S. 531, 533.

Vielleicht sind es diese Abgrenzungsschwierigkeiten und die Idee der zwangsweisen Durchsetzung, die *Walther Schücking* dazu veranlassen, seine Erzählung der Mediation mit *Christian Wolff* und vor allem *Emer de Vattel* zu beginnen und nur kurz auf *Grotius* und seine Kommentatoren zu verweisen.³³⁷ *Wolff* definiert die Mediation dabei wie folgt:

„Einen Mittler (*mediator*) nennt man eine Person, welche sich bemüht, den Streit zwischen anderen beyzulegen, ob sie gleich nicht das Recht dazu hat. [...] Da er das Recht den Streit beyzulegen nicht hat; so ist seine Pflicht nur Bedingungen vorzuschlagen, unter welchen er vermeinet, daß die Streitigkeit beygelegt werden könne; der streitenden Partheyen Meinung davon zu vernehmen und zu rathen, die entweder von ihm, oder von einem von beyden Theilen vorgeschlagenen Bedingungen anzunehmen. Und weil er sich der Sache von beyden Theilen annimmt; so darf er nicht mehr auf des einen Theils Seite, als auf des andern seyn [...] so muß er unpartheyisch sein [...]“.³³⁸

In dieser von ihm selbst vorgenommenen Übersetzung seiner lateinischen Originalfassung behält *Wolff* noch die Begriffe „*mediator*“ und „*mediatio*“ in Klammern bei, führt jedoch zugleich die deutschen Begriffe „*Mittler*“ und „*Vermittelung*“ ein. Zum Teil setzt sich diese Doppelnennung bis heute fort.³³⁹ Zugleich scheint hier auch der Startpunkt einer Praxis zu liegen,

337 In der Fußnote auf Ziegler verweisend *Walther Schücking*, Das Institut der Vermittlung, Kristiana 1923, S. 12. Weitere vor *Wolff* und *Vattel* datierte, aber kaum rezipierte Arbeiten finden sich bei *Heinz Duchhardt*, Studien zur Friedensvermittlung in der frühen Neuzeit, Wiesbaden 1979, S. 99 ff.; sowie, darauf zT aufbauend, bei *Joseph Duss-von Werdt*, Homo mediator: Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart 2005, S. 52 ff.

338 *Christian Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden, Kronberg TS 1980, S. 558 f; den Begriff der Mediation hatte *Wolff* schon zuvor verwendet, aber nicht in gleicher Weise klar definiert *Christian von Wolff*, Jus gentium methodo scientifica pertractatum: The law of nations treated according to a scientific method, Bd. II, Oxford [u.a.] 1934, S. 523; zur Reihenfolge der Schriften *Otfried Nippold*, Einführung, in: Nippold (Hrsg.), Jus gentium methodo scientifica pertractatum, Bd. I, Oxford [u.a.] 1934, S. xiii, xxvii.

339 *August Wilhelm Heffter*, Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart: auf den bisherigen Grundlagen, Berlin 1844, S. 156; *Leopold von Neumann*, Grundriss des heutigen europäischen Völkerrechts, 3. Aufl., Wien 1885, S. 90. Seit 1945 weicht das Latein dem Englisch der UN-Charta, beispielhaft *Alfred Verdross*, *Bruno Simma*, Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984, S. 891; *Volker Epping*, Friedliche Streitbeilegung, in: Epping u. a. (Hrsg.),

die allein den deutschen Begriff verwendet und die schließlich in der deutschsprachigen Fassung der UN-Charta kulminiert.³⁴⁰ Diese prägt damit das deutschsprachige Völkerrecht, auch wenn sie keine gem. Art. 111 UNCh authentische Fassung ist.

Bei Vattel findet sich sodann der synonyme Gebrauch von „Guten Diensten“, bzw. „bons offices“ mit Mediation:

*„La médiation, dans laquelle un Ami commun interpose des bons offices, se trouve souvent efficace, pour engager les parties contendantes à se rapprocher, à s'entendre, à convenir, ou à transiger de leurs droits, & s'il s'agit d'injure, à offrir & à accepter une satisfaction raisonnable. [...] Le Médiateur doit garder une exacte impartialité [...]“*³⁴¹

Ipsen, Völkerrecht, 7. Aufl., München 2018, S. 1194, 1233; Andreas von Arnould, Völkerrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2019, S. 276.

340 Albert Leser, Vermittlung und Intervention, Gotha 1917, S. 15; Alfred Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien [u.a.] 1926, S. 86; Wolfgang Gerhard, Die Vermittlung nach dem friedensrechtlichen Abkommen der 1. Haager Friedenskonferenz und nach den Locarno-Verträgen, Würzburg 1934, S. 1 ff.; Georg Dahm, Völkerrecht, Bd. II, Stuttgart 1961, S. 446; Friedrich Berber, Streiterledigung, Kriegsverhütung, Integration, Bd. III, München [u.a.] 1964, S. 34 ff.; Christian Tomuschat, Art. 33, in: Simma u. a. (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen: Kommentar, München 1991, S. 472, 477; Meinhard Schröder, Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen, in: Vitzhum u. a. (Hrsg.), Völkerrecht, Berlin 2016, S. 539, 573; Ani Yeghiazaryan, Vermittlung als ein Mittel zur Streitbeilegung im Völkerrecht, Kiel 2018; sozialwissenschaftlich bei Dieter Ruloff, Konfliktlösung durch Vermittlung: Computersimulation zwischenstaatl. Krisen (1975), S. 92; den Begriff der Vermittlung präferierend, aber den Begriff der Mediation bei Dritten aufgreifend Walther Schücking, Das Institut der Vermittlung, Kristiana 1923, S. 12 f.

341 Emer de Vattel, Le Droit des Gens, Bd. I, London 1758, S. 518; dt. Übersetzung bei Emer de Vattel, Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, Tübingen 1959, S. 350 („Die Vermittlung, die darin besteht, daß ein gemeinsamer Freund seine guten Dienste zur Verfügung stellt, hat oft den Erfolg, daß er die Streittheile zum Zwecke der Verständigung und des Abschlusses eines Abkommens oder eines Vergleichs über ihre Rechte zusammenbringt oder, wenn es sich um eine zugefügte Unbill handelt, zum Angebot und zur Annahme einer vernünftigen Genugtuung bewegt. [...] Der Vermittler hat peinlichst die Unparteilichkeit zu wahren.“).

Das so formulierte Verständnis zieht sich über das Protokoll Nr. 23 vom 14. April 1856 des Pariser Kongresses,³⁴² die Haager Friedenskongresse,³⁴³ die Völkerbundsatzung,³⁴⁴ die UN-Charta und den Pakt von Bogota³⁴⁵ und die Manila Declaration³⁴⁶ schlussendlich bis in die völkerrechtlichen Texte³⁴⁷ der Gegenwart durch und prägt dabei auch das Art. 33 UN Charta zugrundeliegende Mediationsverständnis.³⁴⁸ Einzig bei der Frage, ob – im Gegensatz zu den Ausführungen *Vattels* – ein Unterschied zwischen Guten Diensten und Mediation bestehe, ergaben sich größere begriffliche Diskussionen. Demnach sollten Gute Dienste das bloße Anbahnen oder Ermöglichen von Verhandlungen sein, während Mediation eine Beteiligung bei den Verhandlungen implizieren sollte.³⁴⁹ Schon 1923 charakteri-

342 Extrait du Protocol Nr. 23 du Congrès de Paris, Séance du 14 Avril 1856; abgedruckt in Philipp Anton Guido von Meyer (Hrsg.), *Corpus juris Confoederationis Germanicae: oder Staatsakten für Geschichte und öffentliches Recht des Deutschen Bundes*, Bd. II, 3. Aufl., Frankfurt 1859, S. 657.

343 *Otfried Nippold*, Die Fortbildung des Verfahrens in völkerrechtlichen Streitigkeiten: ein völkerrechtliches Problem der Gegenwart, speziell auf den Haager Friedenskonferenzen, Leipzig 1907, S. 411 ff.; *Otfried Nippold*, Die zweite Haager Friedenskonferenz: Das Prozeßrecht, Bd. I, Leipzig 1908, S. 21 f.

344 RGBl. 1919, 717; *Walther Schücking*, *Hans Wehberg*, Die Satzung des Völkerbundes, 2. Aufl., Berlin 1924, S. 579 ff.

345 American Treaty on Pacific Settlement (Pact of Bogota), 30. April 1949, UNTS 30, S. 55.

346 A/37/10.

347 *Francisco Orrego Vicuña*, Mediation, in: Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL*, Bd. VII, Oxford 2012, S. 45, 46; *Ani Yeghiazaryan*, Vermittlung als ein Mittel zur Streitbeilegung im Völkerrecht, Kiel 2018, S. 18 f.

348 Verhältnismäßig weite Definition bei *Leland Matthew Goodrich*, *Edvard Hambro*, Charter of the United Nations: commentary and documents, 2. Aufl., London [u.a.] 1949, S. 241 („outside agency, state or person with a view to getting the parties together and helping them in a more or less informal way to find the basis for the settlement of their dispute.“); *Christian Tomuschat*, Art. 33, in: Simma u. a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford 2012, S. 1069, 1078 f; allerdings keine Definition bei *Hervé Ascensio*, Article 33, in: Cot u. a. (Hrsg.), *La Charte des Nations Unies*, Bd. I, Paris 2005, S. 1047–1060.

349 *August Wilhelm Heffter*, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart: auf den bisherigen Grundlagen*, Berlin 1844, S. 156; *Leopold von Neumann*, *Grundriss des heutigen europäischen Völkerrechts*, 3. Aufl., Wien 1885, S. 90. Die guten Dienste dabei wiederum sehr nah am Konzept fasziitativer Mediation definierend *Peter Wagner*, *Zur Lehre von den Streiterledigungsmitteln des Völkerrechts: eine historisch-kritische und theoretische Untersuchung*, Darmstadt 1900, S. 40 („Wir verstehen unter den guten Diensten, bons offices, Bemühungen eines Staates zwei oder mehrere andere Staaten zu bewegen, eine zwischen denselben schwebende internationale Frage selbsttätig zu lösen“).

sierte *Schücking* dies als gescheitertes Unterfangen, nachdem eine Vielzahl von Verträgen im 19. Jahrhundert sowie beide Haager Friedenskonferenzen³⁵⁰ die Begriffe synonym verwendet hatten.³⁵¹ Beim Kongress von Paris wurde in Protokoll Nr. 23 vom 14. April 1856 „dem Wunsch [Ausdruck verliehen], dass Staaten[,] zwischen denen ernste Meinungsverschiedenheiten ausbrechen sollten, sich der guten Dienste einer befreundeten Macht bedienen, bevor sie zu den Waffen greifen“.³⁵² Im Anschluss werden Gute Dienste und Vermittlung als Synonyme definiert.³⁵³ Dieser Gleichlauf mag auch der Grund dafür gewesen sein, dass Gute Dienste nicht als separates Instrument in Art. 33 UNCh aufgenommen wurden.³⁵⁴ Gleichwohl verwendet die UN diesen Begriff mittlerweile selbst.³⁵⁵ Die Manila Declaration hebt Gute Dienste als Bestandteil der „sonstigen Mittel“ explizit hervor.³⁵⁶ Mit dem Pakt von Bogota existiert zumindest ein regionales Völkerrechtsinstrument, welches eine explizite Unterscheidung zwischen beiden Mechanismen vornimmt und dabei der zuvor beschriebenen Trennlinie folgt.³⁵⁷

350 Siehe dazu *Otfried Nippold*, Die Fortbildung des Verfahrens in völkerrechtlichen Streitigkeiten: ein völkerrechtliches Problem der Gegenwart, speziell auf den Haager Friedenskonferenzen, Leipzig 1907, S. 415 f.

351 *Walther Schücking*, Das Institut der Vermittlung, Kristiana 1923, S. 12 ff.

352 Extrait du Protocol Nr. 23 du Congrès de Paris, Séance du 14 Avril 1856; abgedruckt in Philipp Anton Guido von Meyer (Hrsg.), *Corpus juris Confoederationis Germanicae: oder Staatsakten für Geschichte und öffentliches Recht des Deutschen Bundes*, Bd. II, 3. Aufl., Frankfurt 1859, S. 657 f.; deutsche Übersetzung zitiert nach *David B. Lewin*, Das Prinzip der friedlichen Regelung internationaler Streitigkeiten, Berlin 1980, S. 26 f.

353 Extrait du Protocol Nr. 23 du Congrès de Paris, Séance du 14 Avril 1856; abgedruckt in Philipp Anton Guido von Meyer (Hrsg.), *Corpus juris Confoederationis Germanicae: oder Staatsakten für Geschichte und öffentliches Recht des Deutschen Bundes*, Bd. II, 3. Aufl., Frankfurt 1859, S. 657 f.; vgl. *David B. Lewin*, Das Prinzip der friedlichen Regelung internationaler Streitigkeiten, Berlin 1980, S. 27.

354 Vgl. *Ben Raïs Monji*, Bons offices et médiation, in: Horchani (Hrsg.), *Réglement pacifique des différends internationaux*, Tunis 2002, S. 103, 118.

355 UN, Handbook on the peaceful settlement of disputes between states, New York 1992, S. 33 ff.

356 A/37/10.

357 American Treaty on Pacific Settlement (Pact of Bogota), 30. April 1949, UNTS 30, S. 55 (ARTICLE IX. The procedure of good offices consists in the attempt by one or more American Governments not parties to the controversy, or by one or more eminent citizens of any American State which is not a party to the controversy, to bring the parties together, so as to make it possible for them to reach an adequate solution between themselves.

Die hier dargestellte Begriffstradition, die *Jacob Bercovitch* aus sozialwissenschaftlicher Sicht „*traditional mediation*“³⁵⁸ nennt, zeichnet sich vor allem durch den Umstand aus, dass die Drittpartei unverbindliche Vorschläge unterbreitet, weshalb sie hier als propositorische Mediation bezeichnet wird. Es ist diese Rolle, auf welche sich nachfolgend die Legitimationsfrage beziehen wird.

2. Mediationskonzept der Alternative Dispute Resolution (ADR) und des scientific mediation movements

Von der beschriebenen internationalen Entwicklung weitgehend losgelöst, entwickelte sich in den USA Ende 1960er Jahre ein Diskurs über Alternativen zu Gerichtsprozessen.³⁵⁹ In den 1970er Jahren wurde etwa in Los Angeles eine Praxis einvernehmlicher Streitbeilegung erprobt, in der Familiensachen von sog. „conciliation courts“ behandelt wurden, bevor sie überhaupt Zugang zu richterlicher Entscheidung erhalten konnten.³⁶⁰ Diese Projekte waren eingebettet in einen übergeordneten Diskurs zur Überlastung der Gerichte, den auch davon beeinflussten Zugang zu Gericht, prägnant als „*access to justice*“³⁶¹ formuliert, und die Konfliktkultur im

ARTICLE X. Once the parties have been brought together and have resumed direct negotiations, no further action is to be taken by the states or citizens that have offered their good offices or have accepted an invitation to offer them; they may, however, by agreement between the parties, be present at the negotiations.).

358 *Jacob Bercovitch*, Mediation, Formal, in: Young (Hrsg.), The Oxford international encyclopedia of peace, Bd. III, Oxford 2010, S. 5, 6.

359 *Frank E. A. Sander*, Dispute Resolution within and outside the Courts: An overview of the US experience, in: Gottwald u. a. (Hrsg.), Streitschlichtung, Köln 1995, S. 19, 19.

360 *Rudolf Fischer*, Mediation : Historie, Struktur, Möglichkeiten, Grenzen, in: Brocker u. a. (Hrsg.), FS Bamberger, München 2017, S. 53, 54.

361 *Mauro Cappelletti*, *Bryant G. Garth*, Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective, Buffalo law review 27 (1978), 181, 195 f., 226; *S. Shepherd Tate*, Access to Justice, American Bar Association Journal 65 (1979), 904, 907; *Jerold Stephen Auerbach*, Justice without law?, New York [u. a.] 1983, S. 124; *Janice A. Roehl*, *Royer F. Cook*, Issues in Mediation: Rhetoric and Reality Revisited, Journal of Social Issues 41 (1985), 161, 175; *Stephan Breidenbach*, Mediation, Köln 1995, S. 120 m.w.N.; ohne die konkrete Formulierung aber inhaltlich entsprechend *Frank Sander*, Varieties of Dispute Processing, Federal Rules Decisions 70 (1977), 111, 132.

allgemeinen.³⁶² Aus ihr heraus entwickelten sich das Konzept der Alternative Dispute Resolution (ADR) und ein sowohl selbst-,³⁶³ als auch fremdbezeichnetes³⁶⁴ „ADR movement“. ³⁶⁵ 1979 war *Roger Fisher*, der sich zuvor bereits als Völkerrechtler mit der Beilegung internationaler Konflikte beschäftigt hatte,³⁶⁶ maßgeblich an der Gründung des Harvard Negotiation Projects beteiligt.³⁶⁷ Während sich das Projekt schon zu Beginn der 1980er von internationalen Konflikten abwandte und *Fishers* Beitrag innerhalb des Völkerrechtsdiskurses weitestgehend in Vergessenheit geraten ist,³⁶⁸ zählt sein 1981 mit *William Ury* veröffentlichtes Buch „*Getting to Yes*“³⁶⁹ noch

362 *Stephan Breidenbach*, *Mediation*, Köln 1995, S. 10 f., 30 ff.; *Marietta Birner*, *Das Multi-Door Courthouse: ein Ansatz zur multi-dimensionalen Konfliktbehandlung* (2003), S. 24 ff; *Cheryl Cutrona*, *Community Mediation in the United States*, in: Fritz (Hrsg.), *Moving Towards a Just Peace*, Dordrecht 2014, S. 69, 70 ff.

363 *Stephen B. Goldberg*, *Frank E. A. Sander*, *Nancy H. Rogers*, *Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes*, 3. Aufl., Gaithersburg 1999, S. 6.

364 *Michael Allan Wolf*, *Of Devils and Angels, Lawyers and Communities*, *Harvard Law Review* 97 (1984), 607, 607.

365 Als Anfang benannt wird vielfach die Pound Conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of justice 1976 und der dortige Vortrag *Frank Sander*, *Varieties of Dispute Processing*, *Federal Rules Decisions* 70 (1977), 111; vgl. *Stephan Breidenbach*, *Mediation*, Köln 1995, S. 12; *Carrie Menkel-Meadow*, *What will We Do When Adjudication Ends? A Brief History of ADR*, *UCLA Law Review* 44 (1997), 1613, 1614 ff.; *Michael L. Moffitt*, *Special Section: Frank Sander and ADR Pioneer Before the Big Bang: The Making of an ADR Pioneer*, *Negotiation Journal* (2006), 437–443; *Peter Tochtermann*, *Mediation in den USA 30 Jahre nach „Pound“*, *Zeitschrift für Konfliktmanagement* 9 (2006), 168, 168.

366 Vgl. *Roger Fisher* (Hrsg.), *International conflict and behavioral science: the Craigville papers*, New York 1964; *Roger Fisher*, *International conflicts for beginners*, New York [u.a.] 1969; *Roger Fisher*, *Dear Israelis, dear Arabs! : A working approach to peace*, New York [u.a.] 1972; *Roger Fisher*, *Points of choice*, Oxford 1978; zur Biografie *Siegfried Rosner*, *Andreas Winbeller*, *Mediation und Verhandlungsführung: Theorie und Praxis des wertschöpfenden Verhandelns nicht nur in Konflikten*, Mering 2012, S. 91 ff.; grundlegend *Andrew Mamo*, *Getting to Peace: Roger Fisher's Scholarship*, *LJIL* 29 (2016), 1061–1080.

367 *Alan Sharp*, *Effective negotiation — the harvard project*, *Education + Training* 27 (1985), 30, 30; *William Ury*, *In Memoriam: Roger Fisher*, *Harvard law review* 126 (2013), 898, 899; *Christian Bühring-Uhle*, *Das Harvard Negotiation Project*, in: Gottwald u. a. (Hrsg.), *Streitschlichtung*, Köln 1995, S. 74–75.

368 *Andrew Mamo*, *Getting to Peace: Roger Fisher's Scholarship*, *LJIL* 29 (2016), 1061, 1079 f.

369 *Roger Fisher*, *William Ury*, *Getting to YES: Negotiating Agreement Without Giving In*, New York 1981; dt. Fassung *Roger Fisher*, *William Ury*, *Das Harvard-*

heute zu einem der Standardwerke³⁷⁰ dessen, was *Nadja Alexander* das „scientific mediation movement“ nennt.³⁷¹ Das darin entwickelte „Harvard Konzept“ lieferte nicht nur den Titel für die deutsche Übersetzung, sondern prägte mit seinem auf Interessen und nicht auf Verhandlungspositionen fokussierten Ansatz das methodische Grundverständnis der Mediation nachhaltig.³⁷² Spätestens Mitte der 1990er hatte die Mediationsbewegung auch Kontinentaleuropa³⁷³ und Deutschland erreicht³⁷⁴ und kulminierte 2008 in der Mediationsrichtlinie³⁷⁵ sowie 2012 in dem diese umsetzenden Mediationsgesetz.³⁷⁶ Während auch in der hier dargestellten Entwicklung keineswegs ein einheitlicher Typus von Mediation unterstellt werden kann, so bringt *Mario Clemens* es doch auf den Punkt, wenn er schreibt:

„Wer in Deutschland eine Mediationsausbildung absolviert, wird mit hoher Wahrscheinlichkeit in ein Mediationsverständnis hineinsozialisiert, für welches ‚Allparteilichkeit‘, eine klare Trennung von Verfahrens- und Inhaltsverantwortung, die Freiwilligkeit der Teilnahme am Mediationsprozess sowie

Konzept: sachgerecht verhandeln, erfolgreich verhandeln, Frankfurt/Main [u.a.] 1984.

- 370 *Marieke Kleiboer*, The multiple realities of international mediation, Boulder [u.a.] 1998, S. 7; *Anna Geis*, Regieren mit Mediation, Wiesbaden 2005, S. 77; Tony Whatling zitiert bei *Marian Roberts*, Developing the craft of mediation: reflections on theory and practice, London, Philadelphia 2007, S. 123; *Stephan Kreissl*, Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktlösungssystem, *Schiedsverfahrenszeitschrift* (2012), 230, 233 Fn 7; *Siegfried Rosner*, *Andreas Winbeller*, Mediation und Verhandlungsführung: Theorie und Praxis des wertschöpfenden Verhandelns nicht nur in Konflikten, Mering 2012, S. 93 f; *Alex von Sinner*, Über Entstehung und Eigenart des Gegenstandes von Mediationsforschung, in: Busch u. a. (Hrsg.), Mediation erforschen, Wiesbaden 2012, S. 39, 64 Fn 71.
- 371 *Nadja Alexander*, International and comparative mediation: legal perspectives, Alphen aan den Rijn 2009, S. 53.
- 372 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz: eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates, Frankfurt am Main 2001, S. 69 f.; *James K. Sebenius*, What Roger Fisher Got Profoundly Right: Five Enduring Lessons for Negotiators, *Negotiation journal* 29 (2013), 159, 162 f.
- 373 *Nadja Alexander*, International and comparative mediation: legal perspectives, Alphen aan den Rijn 2009, S. 53.
- 374 Siehe etwa *Stephan Breidenbach*, Mediation, Köln 1995; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Konfliktbewältigung in einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 30 (1997), 190, 194 ff.
- 375 Richtlinie 2008/521/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 136 vom 24.5.2008, S. 3).
- 376 Mediationsgesetz vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577).

die Ergebnisoffenheit desselben zentrale Definitionsmerkmale darstellen. Ebenfalls mit hoher Wahrscheinlichkeit wird sie oder er das Herausarbeiten von hinter Positionen liegenden Interessen als ein wichtiges Instrument (einer dominanten Schule) der Mediation kennenlernen. Ein solches Mediationsverständnis deckt sich mit Klassikern der deutschen und angloamerikanischen Mediationsliteratur, soweit sich diese mit Mediation im Kontext der alternativen Streitbeilegung (ADR), also mit Mediation innerhalb von Rechtsstaaten befasst.³⁷⁷

Zwar hebt er zurecht hervor, dass dieses Verständnis von Mediation im internationalen Bereich nicht gleichermaßen dominant ist, doch ist es auch dort aufzufinden³⁷⁸ und stellt damit die geringste Beteiligungsintensität durch die Mediator*in dar.

3. Konzepte von Power Mediation als Teil internationaler Konfliktforschung

Betrachtet man insbesondere die deutsche Mediationsliteratur, so kommt man in der Tat leicht zu dem Eindruck, „dass die Mediation eine Entwicklung der Neuzeit ist [...und] die Vereinigten Staaten von Amerika [...das] Ursprungsland der Mediation“.³⁷⁹ Wenn sodann in den historischen Abhandlungen zur Mediation deren weit zurückreichende Tradition geschildert wird, so findet sich dort in entsprechender Tiefe, was hier zuvor kurz dargestellt wurde.³⁸⁰ Ergänzt werden diese Erörterungen regelmäßig um die Erwähnung jüngerer Beispiele internationaler Mediation, wie etwa des

377 Mario Clemens, Chancen und Grenzen interessenorientierter, fazilitativer Mediation im Kontext internationaler politischer Konflikte, in: Kriegel-Schmidt (Hrsg.), *Mediation als Wissenschaftszweig: Im Spannungsfeld von Fachexpertise und Interdisziplinarität*, Wiesbaden 2017, S. 201, 202 (Fußnoten und Verweise im Original durch den Verfasser entfernt).

378 Lars Kirchhoff, *Constructive interventions*, Alphen aan den Rijn [u.a.] 2008, S. 246; Philipp Kastner, *Legal normativity in the resolution of internal armed conflict*, Cambridge 2015, S. 110 f.; *Auswärtiges Amt, Initiative Mediation Support Deutschland*, Grundlagen der Mediation: Konzepte und Definitionen, Berlin 2016, S. 3.

379 Marcus Hehn, *Entwicklung und Stand der Mediation – ein Überblick*, in: Haft u. a. (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, München 2016, S. 77, 78; beispielhaft etwa Rudolf Fischer, *Mediation: Historie, Struktur, Möglichkeiten, Grenzen*, in: Brocker u. a. (Hrsg.), *FS Bamberger*, München 2017, S. 53, 54.

380 Joseph Duss-von Werdt, *Homo mediator: Geschichte und Menschenbild der Mediation*, Stuttgart 2005; Marcus Hehn, *Entwicklung und Stand der Mediation*

prominent von Jimmy Carter mediierten Camp David Abkommens.³⁸¹ Andere wiederum begnügen sich für die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg damit, mit den Dayton Verhandlungen ein Beispiel dafür zu erörtern, was trotz anderer Bezeichnung keine Mediation sei, weil der Mediator auch mit der konkreten Drohung einer Fortsetzung militärischer Gewalt arbeitete.³⁸² Wenn Marcus Hehn in seiner historischen Abhandlung schließlich von einer „Wiederentdeckung der Mediation in den USA“³⁸³ schreibt, so entsteht angesichts der ungefähren Gleichzeitigkeit zwischen dem Camp David Abkommen und der Hochzeit des ADR-Movements der Eindruck, beide wären auf die ein oder andere Art verbunden. Tatsächlich war es die Herausforderung des Nahostkonflikts, die Roger Fisher zur Gründung des Harvard Negotiation Projects veranlasst hatte.³⁸⁴ Jeffrey Rubin wiederum, der ebenfalls Teil des Harvard Negotiation Projects war,³⁸⁵ veröffentlichte 1981 einen Sammelband zu Henry Kissingers Rolle als Mediator im Nahen Osten.³⁸⁶ Um so mehr überrascht es, wenn man – erneut wie Mario Clemens - nachfolgendes feststellen muss:

„Ganz unbefangen – ja schamlos, wie es scheint – wird hier [in Texten zur internationalen politischen Mediation] nach den Vor- und Nachteilen von Parteilichkeit seitens der Mediationspartei gefragt, es werden Mediati-

– ein Überblick, in: Haft u. a. (Hrsg.), Handbuch Mediation, München 2016, S. 77–97.

381 Marcus Hehn, Entwicklung und Stand der Mediation – ein Überblick, in: Haft u. a. (Hrsg.), Handbuch Mediation, München 2016, S. 77, 78; Israel and Egypt, Framework for peace in the Middle East agreed at Camp David (with annex), 17.09.1978, UNTS 1138, S. 39; <<https://peacemaker.un.org/egyptisrael-frameworkforpeace78>>, Stand 10.09.2020.

382 Joseph Duss-von Werdt, Homo mediator : Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart 2005, S. 135 ff.; anhand des gleichen Falls für einen offenen Mediationsbegriff argumentierend Ulla Gläßer, Alex von Sinner, Lehrmodul 1: Zur Genealogie der Mediation – eine Skizze, Zeitschrift für Konfliktmanagement 8 (2005), 64, 67.

383 Marcus Hehn, Entwicklung und Stand der Mediation – ein Überblick, in: Haft u. a. (Hrsg.), Handbuch Mediation, München 2016, S. 77, 89; ähnlich auch Peter Röthemeyer, Mediation : Grundlagen, Recht, Markt, Stuttgart 2015, S. 5 („In der modernen westlichen Welt taucht Mediation etwa zu Beginn der 1960er Jahren [wieder] auf.“ [Klammer im Original]).

384 William Ury, In Memoriam: Roger Fisher, Harvard law review 126 (2013), 898, 899.

385 J. William Breslin, Negotiation Journal Editor Jeffrey Z. Rubin Dies in Accident, Negotiation journal 11 (1995), 195, 196.

386 Jeffrey Z. Rubin (Hrsg.) Dynamics of third party intervention : Kissinger in the Middle East, New York 1981.

*onsstile erörtert, bei denen die Mediationspartei Lösungsvorschläge macht, also Inhaltsverantwortung übernimmt, es werden ungeniert die Stärken und Schwächen von Mediatoren diskutiert, die, wie etwa mächtige Staaten, Druck und Zwang auf die Konfliktparteien ausüben können.*³⁸⁷

Was bei *Joseph Duss-von Werdt* als Antibeispiel der Mediation dient, die Drohung mit Gewalt, scheint dort zwar kontrovers, aber keinesfalls begrifflich ausgeschlossen.³⁸⁸ *Bercovitch* verweist sogar explizit auf *Dayton* als Fall von Mediation.³⁸⁹ Vielmehr ist es so, dass sich die methodische Breite, die sich zuweilen auch in der innerstaatlichen Mediation findet,³⁹⁰ dort völlig offen zeigt. Die Gründe hierfür mögen mannigfaltig sein und sollen an dieser Stelle nicht tiefer erörtert werden. Lediglich der Umstand, dass eine im weitesten Sinne sozialwissenschaftliche Auseinandersetzung mit Mediation, insbesondere im internationalen Kontext, bereits in den frühen 1950er Jahren zu finden ist, soll hier hervorgehoben werden. Diese führte von Parallelen zur Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Mediation,³⁹¹ in der für die USA die Figur des Mediators *Cyrus Ching* betont wurde,³⁹² über

387 *Mario Clemens*, Chancen und Grenzen interessenorientierter, fasilitativer Mediation im Kontext internationaler politischer Konflikte, in: *Kriegel-Schmidt* (Hrsg.), *Mediation als Wissenschaftszweig: Im Spannungsfeld von Fachexpertise und Interdisziplinarität*, Wiesbaden 2017, S. 201, 202.

388 Sich sogar mit der Frage beschäftigend, ob Zwang Teil der Mediationsdefinition sein sollte, aber dies schlussendlich verneinend *Peter Wallensteen, Isak Svensson*, *Talking peace: International mediation in armed conflicts*, *Journal of peace research* 51 (2014), 315, 316.

389 *Jacob Bercovitch*, *Mediation and conflict resolution*, in: *Bercovitch u. a.* (Hrsg.), *The Sage handbook of conflict resolution*, London 2011, S. 340, 347.

390 *Stephan Breidenbach*, *Mediation*, Köln 1995, S. 139.

391 Grundlegend *Elmore Jackson* (Hrsg.) *Meeting of Minds*, New York 1952; *UNESCO*, *The UNESCO Tensions Project: Progress since 1948*, in: *The International Sociological Association* (Hrsg.), *The nature of conflict*, Paris 1957, S. 9, 19; *Jessie Bernard*, *The Sociological Study of Conflict*, in: *The International Sociological Association* (Hrsg.), *The nature of conflict*, Paris 1957, S. 33, 33 Fn. 1; zur US Labor Mediation siehe *Edgar L. Warren, Irving Bernstein*, *The Mediation Process*, *Southern Economic Journal* 15 (1949), 441–457.

392 In der Ursprungsfassung wird *Ching* als „conciliator“ bezeichnet *Stuart Chase, Marian Tyler Chase*, *Roads to agreement: successful methods in the science of human relations*, New York 1951, S. 160 ff.; in der dt. Fassung als „Vermittler“ *Stuart Chase*, *Wege zur Verständigung*, Frankfurt am Main 1952, S. 207 ff.; unter der Überschrift „Mediation“ genannt wird er bei *Jessie Bernard*, *The Sociological Study of Conflict*, in: *The International Sociological Association* (Hrsg.), *The nature of conflict*, Paris 1957, S. 33, 112; tätig war er beim *Federal Mediation and Conciliation Service*. Dazu *Patrice M. Mareschal*, *Providing High Quality*

spieltheoretische Ansätze,³⁹³ bis hin zu empirischen³⁹⁴ und theoretischen Arbeiten.³⁹⁵ Bei *Jacob Bercovitch*, einem der wohl einflussreichsten und am meisten zitierten Autoren im Bereich der Friedensmediation,³⁹⁶ findet sich Mitte der 1980er in seiner Dissertation sowohl der Vergleich mit der Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Mediation,³⁹⁷ wie auch das Gros der Autoren aus den 1950er und 60er Jahren.³⁹⁸ Auch wenn *Bercovitch* selbst ebenfalls eine Verbindung zum Harvard Negotiation Project hatte,³⁹⁹ offenbaren die wissenschaftlichen Anbindungen seiner Doktorarbeit anschaulich einen Grund für die methodische Offenheit internationaler Mediation: Sie ist nicht in gleicher Weise dem fasziativen Ansatz verpflichtet, da sie schlicht älter als dieser ist.

An dieser Stelle sollte keineswegs der Eindruck vermittelt werden, sozialwissenschaftliche Ansätze internationaler Mediation wären immer gleichzusetzen mit Mediation, die Zwang, Druck und Drohungen zu ihren Instrumenten zählt. Es ist lediglich so, dass sie dort am offensten zu Tage treten. Angetrieben von praktisch orientierten Forschungsfragen wie „*Under What Conditions is Mediation Most Effective?*“⁴⁰⁰ wird die empirische

Mediation: Insights from the Federal Mediation and Conciliation Service, Review of Public Personnel Administration 18 (1998), 55, 58 ff.

393 *Thomas C. Schelling*, The strategy of conflict, Cambridge 1960, S. 68, 148.

394 *Arthur Lall*, Modern international negotiation: principles and practice, New York [u.a.] 1966, S. 84 ff.; *Leon Gordenker*, The UN Secretary-General and the maintenance of peace, New York [u.a.] 1967, S. 159; *Oran R Young*, The intermediaries: third parties in international crisis, Princeton 1967, S. 50 ff.

395 *Kenneth Ewart Boulding*, Conflict and defense: a general theory, New York 1962, S. 317 f.; *Lars Göran Stenelo*, Mediation in international negotiations, Lund 1972.

396 *Eileen F. Babbitt*, Remembering Jacob Bercovitch (1946–2011): A Pioneering Scholar of International Mediation, Negotiation journal 27 (2011), 499, 499.

397 *Jacob Bercovitch*, Social conflicts and third parties: strategies of conflict resolution, Boulder 1984, S. 38.

398 Sie finden sich auch bei *I. William Zartman*, *Saadia Touval*, International Mediation: Conflict Resolution and Power Politics, Journal of Social Issues 41 (1985), 27, 44 f.

399 *Eileen F. Babbitt*, Remembering Jacob Bercovitch (1946–2011): A Pioneering Scholar of International Mediation, Negotiation journal 27 (2011), 499, 499.

400 *Kenneth Kressel*, *Dean G. Pruitt*, Themes in the Mediation of Social Conflict, Journal of social issues 41 (1985), 179, 185; ebenso bei *Jacob Bercovitch*, *J. Theodore Anagnoson*, *Donnette L. Wille*, Some Conceptual Issues and Empirical Trends in the Study of Successful Mediation in International Relations, Journal of Peace Research 28 (1991), 7, 8; (selbst-)kritisch den praktischen Wert dieser Fragestellung bestreitend *Kenneth Kressel*, Practice-Relevant Research in Mediation: Toward a Reflective Research Paradigm, Negotiation Journal 13 (1997), 143, 143.

Relevanz von Macht oder Muskel in der Mediation intensiv diskutiert.⁴⁰¹ Gleichzeitig existiert eine Differenzierung unterschiedlicher Mediationsstyle, -strategien oder -modi, welche entweder durch Mediator*innen situationsspezifisch angewendet werden,⁴⁰² oder aber auch dauerhaft zu einer spezifischen Mediator*in gehören.⁴⁰³ Dabei herrscht erneut weder Einigkeit über das Spektrum der Stile, noch über deren Charakteristika und die daraus abzuleitende Bezeichnung.⁴⁰⁴ Bei Gregory Raymond und Charles Kegley wird das Spektrum in sechs Modi von „Agenda setting“ bis „Agreement endorsement“ aufgeteilt.⁴⁰⁵ Kenneth Kressel und Dean Pruitt verwenden die Kategorien „reflexive“, „contextual“ und „substantiv“, welche an den Bezugspunkt der Mediation anknüpfen.⁴⁰⁶ Dagegen unterscheiden Touval und Zartmann die drei Modi „communication, formulation and manipulation“,⁴⁰⁷ welche sich in ähnlicher Weise bei Bercovitch wiederfinden,⁴⁰⁸ der von den

401 Peter Wallensteen, Isak Svensson, Talking peace: International mediation in armed conflicts, *Journal of peace research* 51 (2014), 315, 319 f. m.w.N.; kritisch zu dieser Ableitung theoretischer Konzepte aus diplomatischer Praxis Carrie Menkel-Meadow, Correspondences and Contradictions in International and Domestic Conflict Resolution: Lessons From General Theory and Varied Contexts, *Journal of Dispute Resolution* (2003), 319, 337.

402 Jacob Bercovitch, Mediators and Mediation Strategies in International Relations, *Negotiation Journal* 8 (1992), 99, 103; aus dem innerstaatlichen Bereich bei Peter J. D. Carnevale, Richard Peggnetter, The Selection of Mediation Tactics in Public Sector Disputes: A Contingency Analysis, *Journal of Social Issues* 41 (1985), 65, 78.

403 Im innerstaatlichen Kontext beides differenziert darstellend Debra Shapiro, Rita Drieghe, Jeanne Brett, Mediator Behavior and the Outcome of Mediation, *Journal of Social Issues* 41 (1985), 101, 112.

404 Peter Wallensteen, Isak Svensson, Talking peace: International mediation in armed conflicts, *Journal of peace research* 51 (2014), 315, 319 f.

405 Gregory A. Raymond, Charles W. Kegley, Third Party Mediation and International Norms: A Test of Two Models, *Conflict Management and Peace Science* 9 (1985), 33, 35 f.

406 Kenneth Kressel, Dean G. Pruitt, Themes in the Mediation of Social Conflict, *Journal of social issues* 41 (1985), 179, 188.

407 I. William Zartman, Saadia Touval, International Mediation: Conflict Resolution and Power Politics, *Journal of Social Issues* 41 (1985), 27, 38 f.; I. William Zartman, Saadia Towal, International mediation, in: Crocker u. a. (Hrsg.), *Leashing the dogs of war*, Washington, D.C. 2007, S. 437, 446.

408 Beide Ansätze zusammen gruppierend Peter Wallensteen, Isak Svensson, Talking peace: International mediation in armed conflicts, *Journal of peace research* 51 (2014), 315, 319.

drei Strategien „communication-facilitation“, „procedural“ und „directive“⁴⁰⁹ spricht.

Dabei beinhaltet die Rolle der Mediator*in bei der communication-facilitation Strategie die Ermöglichung der Kommunikation zwischen den Konfliktparteien, ohne dass dabei intensiver in die formalen und prozeduralen Gegebenheiten, geschweige denn die materiellen Belange eingegriffen wird.⁴¹⁰ Im intensivsten Szenario fungiert die Mediator*in im übertragenen Sinne als Übersetzer*in der – infolge des Konflikts unverständlichen – Nachrichten.⁴¹¹ Dieser Ansatz ähnelt sehr dem, was im völkerrechtlichen Diskurs an der Schnittstelle von Mediation und Guten Diensten eingeordnet wird.⁴¹²

Prozedurale Strategien erlauben es der Mediator*in, stärkeren Einfluss auf den formalen Ablauf der Mediation und die äußeren Rahmenbedingungen zu nehmen.⁴¹³ Unklar bleibt bei dieser Kategorie gleichwohl, inwieweit Einfluss auf die Kommunikation zwischen den Konfliktparteien genommen wird. Dagegen heben *Touval* und *Zartman* für die zweite Intensitätsstufe hervor, dass die Mediator*in als „formulator“ sich substantiell einbringt und Lösungsvorschläge formuliert.⁴¹⁴ Diese Stufe entspricht in

409 Statt von „directive“ von „substantive“ sprechend *Jacob Bercovitch, J. Theodore Anagnoson, Donnette L. Wille*, Some Conceptual Issues and Empirical Trends in the Study of Successful Mediation in International Relations, *Journal of Peace Research* 28 (1991), 7, 15 f.; an *Touval* und *Zartman* angelehnt von „communication-facilitation“, „formulation“ und „manipulation“ sprechend *Jacob Bercovitch*, Mediators and Mediation Strategies in International Relations, *Negotiation Journal* 8 (1992), 99, 102 f.; „manipulation“ und „directive“ gleichsetzend *Jacob Bercovitch, Richard Wells*, Evaluating Mediation Strategies, *Peace & Change* 18 (1993), 3, 9; die genannten Kategorien verwendend *Jacob Bercovitch*, Mediation and conflict resolution, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), *The Sage handbook of conflict resolution*, London, 2011, S. 340, 347.

410 *Jacob Bercovitch*, Mediation and conflict resolution, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), *The Sage handbook of conflict resolution*, London 2011, S. 340, 347.

411 *I. William Zartman, Saadia Touval*, International mediation, in: Crocker u. a. (Hrsg.), *Leashing the dogs of war*, Washington, D.C. 2007, S. 437, 446 („help the parties understand the meaning of messages through the distorting dust thrown up by the conflict“).

412 Hier kommt es darauf an, ob Gute Dienste als eigenständige Kategorie oder als Unterform der Mediation verstanden werden, siehe hierzu B.I.1.

413 *Jacob Bercovitch*, Mediation and conflict resolution, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), *The Sage handbook of conflict resolution*, London 2011, S. 340, 347.

414 *I. William Zartman, Saadia Touval*, International mediation, in: Crocker u. a. (Hrsg.), *Leashing the dogs of war*, Washington, D.C. 2007, S. 437, 446.

etwa dem Verständnis der gegenwärtigen völkerrechtlichen Literatur von Mediation.⁴¹⁵

Die directive strategies bei *Bercovitch* gehen über das Spektrum bei *Raymond* und *Kegley* hinaus. Sie stellen kein bloßes „*agreement endorsement*“ im Sinne einer bloßen Bejahung oder Unterstützung einer Einigung dar, sondern hier wird etwa mit Ultimaten oder Anreizen Einfluss auf den Inhalt von Einigungen genommen.⁴¹⁶ *Touval* und *Zartmann* werden in ihrer Darstellung des manipulativen Mediationsstils noch deutlicher. Sie sprechen davon, dass die Mediator*in ihre allparteiliche Rolle gegen die einer „*full participant*“ eintausche und somit auch die triadische Struktur der Mediation in gewisser Weise in Frage stelle. Diese Strategie schließt die Möglichkeit mit ein, dass die Mediator*in damit drohen kann, sich – auch militärisch – im Konflikt einseitig zu positionieren.⁴¹⁷ Diese Strategie erinnert an die frühe Mediationsdefinitionen bei *Pufendorf*, die auch im Verlauf des weiteren völkerrechtlichen Diskurses immer wieder auftauchte.⁴¹⁸ Dort wurde ihr häufig ein spannungsbehaftetes Verhältnis zu den Prinzipien der Souveränität und der Nichtintervention entgegengehalten;⁴¹⁹ von den kolonialen und interventionistischen Aspekten einmal ganz abgesehen.⁴²⁰

415 Siehe hierzu C.I.1.

416 *Jacob Bercovitch*, Mediation and conflict resolution, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), *The Sage handbook of conflict resolution*, London 2011, S. 340, 347.

417 *I. William Zartman, Saadia Touval*, International mediation, in: Crocker u. a. (Hrsg.), *Leashing the dogs of war*, Washington, D.C. 2007, S. 437, 447 („The mediator’s threat to side with one party may bring the other party around, for fear that mediation might end and with it any possibilities for a solution.“).

418 Von der „*médiation armée*“ berichtend *Charles Calvo*, *Dictionnaire manuel de diplomatie et de droit international public et privé*, Berlin 1885, S. 325; *Carlos Calvo*, *Le droit international théorique et pratique*, Bd. V, 4. Aufl., Paris [u.a.] 1888, S. 365; sie befürwortend aber am Mediationscharakter zweifelnd *Heinrich Lammasch*, *Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange*, Stuttgart 1914, S. 16; sie befürwortend *Albert Leser*, *Vermittlung und Intervention*, Gotha 1917, S. 67 ff.

419 *Charles Calvo*, *Dictionnaire manuel de diplomatie et de droit international public et privé*, Berlin 1885, S. 258, 225; *Franz Liszt*, *Das Völkerrecht : Systematisch dargestellt*, 10. Aufl., Berlin, Heidelberg 1915, S. 68; *Walther Schücking*, *Das Institut der Vermittlung*, Kristiana 1923, S. 32 f.; *Paul Fauchille*, *Traité de droit international public*, Bd. 1.3, 8. Aufl., Paris 1926, S. 519.

420 Vgl. *Heinrich Lammasch*, *Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange*, Stuttgart 1914, S. 13; *Walther Schücking*, *Das Institut der Vermittlung*, Kristiana 1923, S. 30 f.; zum interventionistischen Aspekt *Georges Scelle*, *Règles générales du droit de la paix*, RdC 46 (1933), 331, 509; bezüglich der „*médiation obligatoire*“ *Jean-Pierre Cot*, *La conciliation internationale*, Paris 1968, S. 35.

Losgelöst von dieser Frage und der damit verbundenen Unterscheidung zwischen inter- und intranationalen Konflikten,⁴²¹ wirft diese Form der Mediation, in der spezifische Vereinbarungen notfalls mittels Drohung durchgesetzt werden, erhebliche Legitimationsfragen auf.

Die nachfolgenden Untersuchungen werden jedoch zeigen, dass auch ein Prozess Gegenstand von Legitimitätsabwägungen sein kann. Darüber stellen sie dar, wie dieser Prozess auf unterschiedlichen Intensitätsstufen Freiräume verengt und damit Legitimationsbedarf weckt.

4. Methodisches Zwischenfazit

Die vorangegangenen Abschnitte haben verdeutlicht, dass höchst unterschiedliche terminologische und konzeptuelle Vorstellungen davon bestehen, was Mediation ist. Dabei ist diese Vielfalt keineswegs erschöpfend dargestellt worden. Insbesondere die Ausführungen zu den Mediationsstrategien aus dem Bereich der internationalen Konfliktforschung haben erkennen lassen, dass zwischen den hier textlich durch Abschnitte getrennten Mediationsverständnissen eine Vielzahl von Verbindungslinien verlaufen. Sowohl diesen Verbindungs-, als auch den Trennungslinien muss die Frage gerecht werden, wieso Friedensmediation legitimationsbedürftig ist. Das unterschiedlich stark ausgeprägte Maß an Einflussnahme durch die Mediator*in, das zum Teil unmittelbar als unterschiedlicher Grad der Macht bezeichnet wird,⁴²² prägt die inhärente Struktur dieser Frage. Zugleich darf nicht übersehen werden, dass eine Analyse, welche sich auf die Machtbeziehungen zwischen Mediator*in und Konfliktparteien beschränkt, hinsichtlich deren Legitimität zu formalistisch vorgeht. Die Mediator*in beeinflusst nicht nur das Verhalten der Parteien in der Mediation und wirft deshalb die Legitimitätsfrage auf, sondern sie beeinflusst darüber hinaus auch das Ergebnis der Mediation. Dieses wiederum wirkt sowohl auf am Mediationsprozess unbeteiligte Dritte, als auch auf die ebenfalls

421 *Charles Calvo*, Dictionnaire manuel de diplomatie et de droit international public et privé, Berlin 1885, S. 224; *Charles Rousseau*, Droit international public : Les rapports conflictuels, Bd. V, Paris 1983, S. 270 f.

422 *Lars Kirchhoff*, Constructive interventions, Alphen aan den Rijn [u.a.] 2008, S. 239.

unbeteiligten Individuen und Gruppen ein, die hinter den – nicht als monolithisch zu verstehenden – Konfliktparteien stehen.⁴²³

Dabei geht es an dieser Stelle nicht darum, ob die Konfliktparteien rechtlich befugt sind, ein Friedensabkommen zu schließen. Ebenfalls geht es nicht darum, Verantwortlichkeiten im Sinne des Rechts der Staatenverantwortlichkeit zu erörtern. Während beides relevante und bei gebotener Differenzierung argumentativ hilfreiche Aspekte sind, gilt es an dieser Stelle die Frage zu beantworten, ob es der Legitimation im zuvor beschriebenen Sinne bedarf. Daher wird der Legitimationsbedarf der Friedensmediation nachfolgend im ersten Schritt prozessbezogen und im zweiten Schritt bezüglich des materiellen Inhalts erörtert. Nur für ersteres bedarf es dabei der Unterscheidung zwischen den drei dargestellten Beteiligungsintensitäten.

II. Prozessbezogener Legitimationsbedarf

1. Legitimationsbedarf der Power Mediation

Power Mediation entspricht den zuvor dargestellten, als „manipulative“ oder „directive“ bezeichneten Mediationsstrategien.⁴²⁴ Für die Frage nach dem Legitimationsbedarf ist gleichwohl die Bezeichnung als Power Mediation von hohem Wert, bringt sie doch den zentralen Aspekt dieser Strategie in den Vordergrund. Dieser Mediationsstil basiert auf Macht. Max Weber definiert Macht als „[...] jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eignen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht.“⁴²⁵ Man mag diese Definition für eine Tautolo-

423 Als Beispiel für die Ursprünge dieses Irrtums siehe *Alberico Gentili*, *De iure belli libri tres*: The translation of the edition of 1612, Bd. II, Oxford [u.a.] 1933, S. 232.

424 I. William Zartman, *Saadia Touval*, *International mediation*, in: Crocker u. a. (Hrsg.), *Leashing the dogs of war*, Washington, D.C. 2007, S. 437, 446; *Jacob Bercovitch*, *Mediation and conflict resolution*, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), *The Sage handbook of conflict resolution*, London 2011, S. 340, 347; explizit von Power Mediation sprechend *Isak Svensson*, *Mediation with Muscles or Minds – Exploring Power Mediators and Pure Mediators in Civil Wars*, *International Negotiation* 12 (2007), 229, 231 ff.; *Lars Kirchhoff*, *Constructive interventions*, *Alphen aan den Rijn* [u.a.] 2008, S. 242; siehe hierzu C.I.3.

425 *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922, S. 28; ähnlich *Wolfgang Sofsky*, *Rainer Paris*, *Figurationen sozialer Macht: Autorität, Stellvertretung, Koalition*, Frankfurt am Main 1994, S. 9, 21; Weber folgend und zugleich

gie und ihren Erklärungswert für gering halten.⁴²⁶ Gleichwohl ist es die so beschriebene Macht, die unzweifelhaft die Frage nach ihrer Legitimität aufwirft. *Zartman* beschreibt Power Mediation als „[...] adding arguments and inducements that make unattractive proposals look attractive.“⁴²⁷

Diese Definition legt nahe, dass Power Mediation „power“ bzw. „Macht“ im weber'schen Sinn ist. Es ist ein Prozess, in dem der eigene Vorschlag, bzw. der eigene Wille, gegen Widerstreben durchgesetzt wird. Allerdings wird die weber'sche Definition zuweilen sehr eng als die Möglichkeit zur zwangsweisen Durchsetzung des eigenen Willens verstanden. Legitimationsbedarf ist demnach an Freiheitsverkürzung gekoppelt. Macht habe letztlich nur, wer in der Lage sei, die Freiheit Dritter zu verkürzen.⁴²⁸ Die Unterscheidung zwischen Macht und Machtlosigkeit, zwischen Freiheitsverkürzung und Freiheit wird dabei zuweilen anhand eines Räubers erörtert, der sein Opfer mit vorgehaltener Pistole zur Übergabe des Geldes veranlasst. *Ingo Venzke* will hierin eine Ausübung von Macht sehen, nicht jedoch von Autorität.⁴²⁹ *David Beetham* dagegen verweist auf Autoren, die allein in der tatsächlichen Ausübung von Zwang eine Freiheitsverkürzung und damit eine Ausübung von Macht sehen wollen.⁴³⁰

Venzke versucht also damit umzugehen, dass Macht nur sein soll, was zumindest auf Zwangsandrohung zurückgreifen kann, während andere sogar meinen, nur wo Zwang tatsächlich zum Einsatz komme, sei Macht.⁴³¹ Für die Power Mediation bedeutet dies, dass sie nur dann legitimationsbedürftige Macht darstellen soll, wenn in ihr auch tatsächlich Zwang angewendet wird. *Beetham* weist die einer solch restriktiven Vorstellung

Macht auf die Beeinflussung von Gründen beschränkend *Rainer Forst*, Normativität und Macht: zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2015, S. 61 f.; *Byung-Chul Han*, Was ist Macht?, Stuttgart 2005, S. 126; Zwang und Gewalt ausklammernd *Christoph Möllers*, Die Möglichkeit der Normen: über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015, S. 50 f.

426 Die Definition dabei jedoch auf Robert Dahl zurückführend *I. William Zartman*, The Political Analysis of Negotiation: How Who Gets What and When, World Politics 26 (1974), 385, 396 f.

427 *I. William Zartman*, *Saadia Touval*, International Mediation: Conflict Resolution and Power Politics, Journal of Social Issues 41 (1985), 27, 40.

428 Vgl. *David Beetham*, The legitimation of power, 2. Aufl., Basingstoke [u.a.] 2013, S. 44 f. m.w.N.

429 *Ingo Venzke*, Understanding the Authority of International Courts and Tribunals, Theoretical inquiries in law (2013), 381, 385 f.

430 *David Beetham*, The legitimation of power, 2. Aufl., Basingstoke [u.a.] 2013, S. 44 m.w.N.

431 *Ingo Venzke*, Understanding the Authority of International Courts and Tribunals, Theoretical inquiries in law (2013), 381, 386 f. m.w.N.

von Macht zugrundeliegende Idee von Freiheit berechtigterweise als zu heroisch zurück.⁴³² Zum einen ist die Erduldung von Zwang keine gleichwertige Handlungsoption, sodass schon darin eine Freiheitsverkürzung zu sehen ist. Zumal im Rahmen der Friedensmediation jene, die verhandeln und jene, die den Zwang zu erdulden hätten, selten identisch sind. Zum anderen belässt das vermeintliche Angebot „Geld oder Leben“ zwar einen autonomen Handlungsspielraum. Dieser ist indes deutlich geringer, als die mit der Aussage einhergehende Ausschließung aller übrigen Optionen. Folglich genügt es auch, dass im Rahmen der Power Mediation mit Zwang gedroht werden kann, um sie auch als Macht im weber'schen Sinne zu kategorisieren. Eine Mediation, die nicht nur droht, sondern tatsächlich zwingt, geht an dieser Stelle endgültig zur Intervention über.⁴³³

Wenn es daher der Zwangsanwendung nicht bedarf, um im Fall der Power Mediation von Machtausübung durch die Mediator*in zu sprechen, verbleibt die Frage, ab wann der Grad an Beteiligungsintensität unterschritten ist, bis zu dem noch von Macht gesprochen werden kann. Unzweifelhaft sind Täuschungen oder manipulatives Verhalten,⁴³⁴ welches erneut begrifflich mit der Bezeichnung des Mediationsstils übereinstimmt, vom Begriff der Macht umfasst.⁴³⁵ Darüber hinaus stellt *Beetham* jedoch die Behauptung auf, Macht im Sinne der Fähigkeit zur Freiheitsverkürzung liege nicht vor, wenn ein Verhalten allein durch das Schaffen von Anreizen erreicht werde, die jedoch ohne Probleme abgelehnt werden könnten, während Macht vorliege, sobald Dinge angeboten werden, die notwendig sind. Für die Kategorisierung der Power Mediation wirft dies die Frage auf, ob in der Paarung aus „carrots and sticks“⁴³⁶ allein der Zugriff auf Stöcke Macht begründet, während das Anbieten von Karotten nicht als Macht bezeichnet werden kann. Dabei muss jedoch berücksichtigt werden, dass *Beetham* an dieser Stelle Macht anhand der Beziehung von Individuen erläutert. Worauf Unterhändler im Rahmen einer Friedensmediation tatsächlich verzichten können, ist in dieser Abstraktheit dagegen schwerer zu beurteilen. Vielmehr lässt der Umstand, dass im

432 *David Beetham*, *The legitimation of power*, 2. Aufl., Basingstoke [u.a.] 2013, S. 44.

433 Vgl. *Walther Schücking*, *Das Institut der Vermittlung*, Kristiana 1923, S. 32.

434 Vgl. *Oran R. Young*, *The politics of force : bargaining during international crises*, Princeton 1968, S. 394.

435 *David Beetham*, *The legitimation of power*, 2. Aufl., Basingstoke [u.a.] 2013, S. 44.

436 Statt vieler *I. William Zartman*, *Saadia Touval*, *International Mediation: Conflict Resolution and Power Politics*, *Journal of Social Issues* 41 (1985), 27, 40.

Rahmen von Power Mediation unattraktive Vorschläge attraktiv werden, den Rückschluss zu, dass der angebotene Anreiz nur schwer abzulehnen war, es sich also um Machtausübung handelt.

Schlussendlich hilft an dieser Stelle die Erkenntnis, dass weder die eingesetzten Mediationsstrategien statisch sind, noch die damit einhergehende Beteiligungsintensität der Mediator*in. Genau so wenig, wie jeder Fall von Power Mediation gleichermaßen intensiv in die Autonomie der Konfliktparteien eingreift, setzt Macht einen ganz spezifischen Grad an Beteiligungsintensität voraus. Stattdessen handelt es sich um den Versuch der Kategorisierung eines nur graduellen Unterschieds.⁴³⁷

Fragt man an dieser Stelle nach dem Legitimationsbedarf, den die Paarung aus Drohungen und Anreizen nach sich zieht und der beiden gemein ist, verbleibt die Erkenntnis, dass Power Mediation, die dem Konflikt zugrundeliegenden Tatsachen verändert und so eine von der Ausgangsposition abweichende Interessensabwägung herbeiführt. Dies wird zum Teil – positiv konnotiert – als die Fähigkeit zum Ausgleich des Kräfteverhältnisses zwischen den Konfliktparteien beschrieben. Das Resultat sei eine gerechtere Lösung.⁴³⁸ Diese Einnahme einer Akteursposition verdrängt zumindest zum Teil die Konfliktparteien in ihrer Rolle als Handelnde, indem die Mediator*in durch das faktische Herbeiführen einer spezifischen Entscheidung durch die Parteien selbst zum Entscheider wird. Es ist diese Verdrängung, die den Legitimationsbedarf der Power Mediation begründet. Zumal die Frage im Raum steht, wieso die Verhandlungssituation gerade am Gerechtigkeitsmaßstab der spezifischen Mediator*in neu ausgerichtet werden sollte. Den Kern dieser Materie bildet die Frage nach der Legitimität.

2. Legitimationsbedarf der propositorischen Mediation

Im Gegensatz zum zuvor beschriebenen Verfahren verzichtet die propositorische Mediation in der Regel auf Druck und Zwang. Der Höhepunkt der Beteiligungsintensität im Rahmen dieser Strategie wird erreicht, wenn die Mediator*in Lösungsvorschläge unterbreitet und versucht, die Parteien

437 Zur Mediation vgl. *Lars Kirchhoff*, *Constructive interventions*, Alphen aan den Rijn [u.a.] 2008, S. 238 ff.; zur Macht *David Beetham*, *The legitimization of power*, 2. Aufl., Basingstoke [u.a.] 2013, S. 44.

438 Vgl. *Mona Fixdal*, *The Minefields of Mediation: An Overview*, *International Negotiation* 20 (2015), 353, 255.

davon zu überzeugen. I. William Zartman und Saadia Touval beschreiben diesen Weg mit einem leicht spöttischen Unterton als „[...] *providing communications and ideas so attractive that they ‚naturally‘ lead the parties to agreement*“.⁴³⁹

An dieser Stelle könnte leicht der Eindruck entstehen, eine derart betriebene Mediation bedürfe keiner weiteren Legitimation, da sie allein auf der Kraft des besseren oder sogar des besten Arguments oder Vorschlags beruhe. Zartman und Touval lassen an dieser Stelle jedoch einen zentralen Aspekt propositorischer Mediation außer Acht: Sie beruht regelmäßig auf der Autorität der Mediator*in. Für Jean-Pierre Cot ist sie das entscheidende Merkmal propositorischer Mediation.⁴⁴⁰ Während Gegenstand seines Buches die Praxis des Vergleichs („conciliation“) im Völkerrecht ist, grenzt er diese doch gleich zu Beginn von Mediation ab und bedient sich dabei sehr anschaulich der Metapher des Fürsten („prince“) und des Weisen („sage“). Dabei steht der Weise für reine Vernunft („raison pure“), die allein die Konfliktparteien zur Beilegung ihres Streits zu bewegen vermag. In der Vorstellung Cots entspricht dies dem völkerrechtlichen Verfahren des Vergleichs.⁴⁴¹ Mediation hingegen ist die Praxis des Fürsten. Anders als der Weise, der allein die Vernunft als Mittel hat, verfügt der Fürst über Autorität:

„Mais, pour être neutre, le Prince n'en est pas moins puissant, car il possède une autorité politique.“⁴⁴²

Cots Metapher, die auf historischen Vorbildern der Mediation aufbaut,⁴⁴³ macht zwar leicht verständlich, worin die Überzeugungskraft der Mediator*in begründet sein mag, sie beschränkt jedoch auch die Vorstellung davon, wer in dieser Weise medieren kann. Zwar ist der Normalfall dabei der Staat als Mediator*in, jedoch verwahrt Cot sich gegen ein zu propositorisches Mediationsverständnis, das jedweden nicht-staatlichen Akteur schon begrifflich ausschließt. Vielmehr könnten auch Internationale Organisationen mit politischer Autorität ausgestattet sein und daher ebenso

439 I. William Zartman, Saadia Touval, International Mediation: Conflict Resolution and Power Politics, Journal of Social Issues 41 (1985), 27, 40.

440 Jean-Pierre Cot, La conciliation internationale, Paris 1968, S. 9, 17, 39.

441 Den Weisen dagegen als Mediator sehend Nicolas Politis, L'avenir de la médiation, Revue générale de droit international public 12 (1919), 136, 161.

442 Jean-Pierre Cot, La conciliation internationale, Paris 1968, S. 1.

443 Hermann Kamp, Soziologie der Mediation aus historischer Perspektive, Zeitschrift für Rechtssoziologie 36 (2016), 139, 147.

mediieren.⁴⁴⁴ Als Ausnahme stellt sich in diesem Konzept die päpstliche Mediation dar, da der Papst seit dem Verschwinden des Kirchenstaates zwar noch über Autorität verfüge, diese aber nicht politischer Natur sei.⁴⁴⁵

Diese Zuordnung wirft letztlich die Frage auf, was mit Autorität oder politischer Autorität gemeint ist. Auf diese Frage wurde bereits zuvor – in der Abgrenzung von Legitimität und Autorität – eingegangen.⁴⁴⁶ Dabei ist Autorität nach Weber „die Chance, für einen Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam zu finden“;⁴⁴⁷ Weber verwendet den Begriff dabei synonym mit jenem der Herrschaft⁴⁴⁸ und versteht ihn letztlich als eine spezielle Form der Macht.⁴⁴⁹ Anschaulich verdeutlicht dies Venzke, wenn er in seinem Räuberbeispiel hervorhebt, dieser habe zwar Macht, aber keine Autorität. Zugleich könne man von „judicial power“ sprechen, ohne das man annehmen könne, Entscheidungen des IGH würden zwangsweise durchgesetzt.⁴⁵⁰ Dieses Verständnis zeigt auch, dass die zuvor diskutierten Ansichten, die für Macht etwa Zwang voraussetzen, Macht nicht in gleicher Weise als Oberbegriff verstehen, wie es auch hier der Fall sein soll. Dies wirft die Frage nach der Sinnhaftigkeit der vorgenommenen Unterteilung auf, wenn doch auch die vermeintlich allein auf Autorität beruhende Mediation demnach unter dem Begriff der Macht gefasst werden könnte. Indes eignet sich das Konzept der Autorität, um die Funktionsweise der Einflussnahme zu verdeutlichen und darüber auch den Legitimationsbedarf darzustellen.

Die Perspektive *Cots* bietet sich als Ausgangspunkt dieser Darstellung an, da er zum einen mit seiner Unterscheidung zwischen politischer und andersartiger Autorität hervorhebt, dass es unterschiedlichste Gründe für den Gehorsam gibt, der die Folge von Autorität ist. Zugleich zeigt sein Fokus auf von Staaten abgeleitete Autorität, sei es im Rahmen Internationaler Organisationen oder der Verbindung zwischen Papst und Kirchenstaat, die Grenzen eines zu rigiden Begriffsverständnisses, dass sich im

444 Jean-Pierre Cot, *La conciliation internationale*, Paris 1968, S. 9.

445 Jean-Pierre Cot, *La conciliation internationale*, Paris 1968, S. 40 f.

446 Siehe hierzu B.I.2.a.

447 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922, S. 28, 122.

448 Georg Simmerl, Michael Zürn, *Internationale Autorität – Zwei Perspektiven*, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 1 (2016), 38, 40 Fn. 6; anders Ingo Venzke, *Understanding the Authority of International Courts and Tribunals*, *Theoretical inquiries in law* (2013), 381, 385.

449 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922, S. 122.

450 Ingo Venzke, *Understanding the Authority of International Courts and Tribunals*, *Theoretical inquiries in law* (2013), 381, 386 f.

Völkerrecht, aber auch in den internationalen Beziehungen schwer damit tut, Autorität auch jenseits von staatlich abgeleiteten Kompetenzen zu identifizieren.⁴⁵¹

Mediation mit einem derart limitierten Verständnis von Autorität zu beschreiben, scheint wenig hilfreich. Zwar wird propositorische Mediation vielfach durch Staaten, Internationale Organisationen wie die UN oder regionale Organisationen wie die AU und die von diesen entsandten Personen betrieben,⁴⁵² doch reicht das Spektrum der Mediationsakteure, die sich gleichwohl dieses Stils bedienen können, darüber hinaus.⁴⁵³ Zudem lässt dieses Verständnis letztlich offen, wieso die Lösungsvorschläge von Mediator*innen, die Autoritäten sind oder repräsentieren, angenommen werden. Denn was *Cot* beschreibt, stellt in gewisser Weise nur darauf ab, wer mediiert, nicht aber wie mediiert wird. Staaten üben klassischer Weise Autorität gegenüber ihrer Bevölkerung aus, nicht aber gegenüber anderen Staaten. Internationale Organisationen üben Autorität, wenn überhaupt, nur in eindeutig von Staaten delegierten Aufgabenbereichen aus. Wenn also Akteure, denen *Cot* politische Autorität zuschreibt, mediierten, dann ist damit nicht notwendigerweise gesagt, dass zwischen der Mediator*in und den Konfliktparteien eine Autoritätsbeziehung besteht.

Genau diese Aussage treffen hingegen eine Vielzahl anderer Texte.⁴⁵⁴ *Albert Leser* stellt bezüglich der seinerzeit als Kollektivmediation und heute als Multi-Party Mediation bezeichneten Praxis⁴⁵⁵ heraus:

„Zweifelloos hat die Kollektivmediation meist mehr Erfolg gehabt als die Singularmediation, besonders bei politisch komplizierten Fällen. Aber nicht etwa, weil die guten Gedanken mit der Zahl der Vermittler wüchsen, sondern infolge der bloßen Tatsache, [dass] die Vermittler mehrere und meist sehr starke, wirtschaftlich und politisch sehr einflußreiche Staaten waren. Ihre

451 Vgl. *Georg Simmerl, Michael Zürn*, Internationale Autorität – Zwei Perspektiven, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 1 (2016), 38, 48 f. m.w.N.

452 Vgl. *Jacob Bercovitch*, Mediation, Formal, in: Young (Hrsg.), *The Oxford international encyclopedia of peace*, Bd. III, Oxford 2010, S. 5, 8.

453 *Mona Fixdal*, The Minefields of Mediation: An Overview, *International Negotiation* 20 (2015), 353, 354.

454 Beispielhaft *Dayle E. Spencer, Honggang Yang*, Lessons from the field of intra-national conflict resolution, *Notre Dame Law Review* 67 (1992), 1495, 1495.

455 Wobei Multi-party Mediation noch offensichtlicher nichtstaatliche Akteure einschließt *Chester A. Crocker, Fen Osler Hampson, Pamela Aall*, The Shifting Sands of Peacemaking: Challenges of Multiparty Mediation, *International Negotiation* 20 (2015), 363, 369 f.

*Vorschläge waren von einem Druck – vielleicht oft [unbewusst] – begleitet, von dem Druck ihrer Autorität!*⁴⁵⁶

Die Übergänge zwischen den einzelnen Mediationsstrategien können zum Teil fließend sein. Dieses Zitat zeigt gleichwohl den Unterschied zwischen Power Mediation und propositischer Mediation, indem es darauf hinweist, dass Autorität eine Form unbewussten Drucks ist. Der Ursprung der Autorität gegenüber den Konfliktparteien wird dabei weniger in der Staatlichkeit der Akteure gesehen, als im Zugriff auf wirtschaftliche oder politische Ressourcen. Im Rahmen von Power Mediation könnten diese Ressourcen unmittelbar für Drohungen oder Anreize eingesetzt werden. Für die Autorität genügt die abstrakte Möglichkeit.

Neben wirtschaftlichen, politischen oder militärischen Ressourcen wird bezüglich der Mediator*in vielfach von einer moralischen Autorität gesprochen.⁴⁵⁷ Am deutlichsten wird die damit verbundene Überzeugungskraft am Beispiel päpstlicher Mediation.⁴⁵⁸ Ende der 1970er bis Anfang der 1980er hatte Papst *Johannes Paul II.* zwischen Chile und Argentinien mediiert, nachdem der zwischen beiden Staaten schwelende Grenzstreit im Beagle Kanal kurz vor einer militärischen Konfrontation gestanden hatte.⁴⁵⁹ Nachdem das päpstliche Mediationsangebot 1978 den Kriegsausbruch verhindert hatte, konnte er mit der endgültigen Beilegung des Konflikts 1984 einen weiteren Erfolg verbuchen. Auch wenn die zwischenzeitliche Missachtung eines päpstlichen Lösungsvorschlags 1980/1981 die

456 *Albert Leser*, *Vermittlung und Intervention*, Gotha 1917, S. 66 (Hervorhebungen im Original).

457 Einen fließenden Übergang von Guten Diensten zur Mediation sehend *Paul Pradier-Fodéré*, *Cours de droit diplomatique à l'usage des agents politiques du ministère des affaires étrangères des états européens et américains [accompagné de pièces et documents proposés comme exemples des offices divers qui sont du ressort de la diplomatie]*, Bd. II, Paris 1881, S. 446; *Nicolas Politis*, *L'avenir de la médiation*, *Revue générale de droit international public* 12 (1919), 136, 149; *Paul Fauchille*, *Traité de droit international public*, Bd. 1.3, 8. Aufl., Paris 1926, S. 519; *Guillermo R. Moncayo*, *La médiation pontificale dans l'affaire du canal Beagle*, *RdC* 242 (1993), 197, 219.

458 *Guillermo R. Moncayo*, *La médiation pontificale dans l'affaire du canal Beagle*, *RdC* 242 (1993), 197, 284; zur Einbettung in die katholische Friedensethik *Christian J Tams*, *World Peace through International Adjudication?*, in: Justenhoven u. a. (Hrsg.), *Peace Through Law*, Baden-Baden 2016, S. 215, 222 f.

459 *Guillermo R. Moncayo*, *La médiation pontificale dans l'affaire du canal Beagle*, *RdC* 242 (1993), 197, 347 ff.

Grenzen päpstlicher Autorität verdeutlicht⁴⁶⁰ – und damit des Konzepts der Autorität generell – wurde hinsichtlich der Frage nach dem Grund für die Verhinderung des Kriegsausbruchs häufig Antworten gegeben wie „because it was the Pope“ oder „no Catholic can ignore the Pope“.⁴⁶¹

Die Autorität des Papstes, genau wie jene anderer religiöser oder spiritueller Symbolfiguren ist dabei vielfach eine Autorität kraft Amtes und damit der Mediation durch Staatsoberhäupter nicht unähnlich. Zugleich verfügen diese Personen regelmäßig auch über Autorität, die sich aus ihnen selbst speist. Diese Form der Autoritätsperson in der Rolle der Mediator*in kann letztlich stets losgelöst von anderen Funktionen oder Ämtern auftreten.⁴⁶² Beispielhaft kann hier etwa auf die Schilderung des US Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Mediators *Cyrus Ching* verwiesen werden⁴⁶³ oder auf den IGAD Hauptmediator im Fall des Sudans, *Lazaro Sumbeiywo*, der wie folgt beschrieben wurde:

*„Sumbeiywo’s unflinching self-confidence, his military manner, his handsome height and his high, proud cheek bones make him quite an intimidating figure; something exacerbated by him not being a man impressed by rank.“*⁴⁶⁴

Neben einer Autorität, die in einem bestimmten Amt, der Vertretung eines bestimmten Staates oder einer bestimmten persönlichen Eigenschaft begründet liegt, wird vielfach auf eine Autorität der Mediator*in verwiesen, die direkt mit dem Mediationsverfahren in Verbindung steht. Auf abstrakter Ebene verfügen Staaten wie Schweden oder Norwegen über Autorität, weil sie einen gewissen Erfahrungsschatz im Bereich der Mediation

460 Vgl. *Thomas Princen*, Mediation by a Transnational Organization: the Case of the Vatican, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), Mediation in International Relations: Multiple Approaches to Conflict Management, New York 1992, S. 149, 155 f.

461 *Thomas Princen*, Mediation by a Transnational Organization: the Case of the Vatican, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), Mediation in International Relations: Multiple Approaches to Conflict Management, New York 1992, S. 149, 157.

462 *Ani Yeghiazaryan*, Vermittlung als ein Mittel zur Streitbeilegung im Völkerrecht, Kiel 2018, S. 166; *Olaf Claus*, Deutschland als Akteur in der Internationalen Friedensmediation, Frankfurt 2017, S. 29.

463 *Stuart Chase, Marian Tyler Chase*, Roads to agreement: successful methods in the science of human relations, New York 1951, S. 160 ff.; siehe hierzu C.I.3.

464 *Harriet Martin*, Kings of Peace, Pawns of War: the untold story of peace-making, London 2006, S. 138.

mitbringen. Ähnlich verhält es sich mit bestimmten Individuen,⁴⁶⁵ wobei sich an dieser Stelle oft Überschneidungen mit einer natürlichen Autorität ergeben. Ihre Autorität beruht auf einer gewissen Wahrnehmung ihrer Fähigkeiten. Im konkreten Mediationsverfahren leitet sich die Autorität der Mediator*in aus eben dieser Rolle und der Art und Weise, in der sie ausgefüllt wird, ab. Zum Teil geht es dabei darum, welches Bild die Mediator*in von sich und ihrer Funktion in der Bearbeitung des Konflikts vermittelt.⁴⁶⁶ Schon früh wird in der Übertragung aus dem arbeitsrechtlichen auf den internationalen Mediationskontext von Respekt gesprochen.⁴⁶⁷ *Stephan Breidenbach* identifiziert neben Persönlichkeit und Selbstdarstellung noch die Neutralität der Mediator*in als zentrale Autoritätsressource der Mediator*in.⁴⁶⁸ *Victor Umbricht* formuliert diesen Umstand überzeugend, wenn auch rein verfahrensbezogen:

*„It is in the self-interest of the Mediator to make confidence-building his first task since his effectiveness depends largely on the parties' trust in his loyalty and impartiality. Without such trust he would not be able to exercise his authority when the occasion demands, declaring fact-finding at an end, for example, or bringing the discussion back on course if side issues threaten to divert it.“*⁴⁶⁹

All die dargestellten Aspekte und Ursprünge der Autorität der Mediator*in stellen einen Erklärungsversuch für die Relevanz der durch die Mediator*in unterbreiteten Lösungsvorschläge dar. Ihre Chance auf Befolgung beruht weniger darauf, dass die Qualität ihres Inhalts anerkannt wird,

465 *Quixada Moore-Vissing, Yvonne Vissing*, Eminent Person Mediation, in: Young (Hrsg.), *The Oxford international encyclopedia of peace*, Bd. II, Oxford 2010, S. 51, 52.

466 Aus dem arbeitsrechtlichen Kontext kommend *Deborah M. Kolb*, To Be a Mediator: Expressive Tactics in Mediation, *Journal of Social Issues* 41 (1985), 11, 23 f.

467 *Carl Christian Schmidt*, Mediation in Sweden, in: Jackson (Hrsg.), *Meeting of Minds*, New York 1952, S. 39, 50.

468 *Stephan Breidenbach*, Mediation, Köln 1995, S. 145; zu biased Mediation grundlegend jedoch schon *Saadia Touval*, Biased intermediaries: theoretical and historical considerations, *Jerusalem Journal of International Relations* 1 (1975), 51–69; siehe auch *Isak Svensson*, Research on Bias in Mediation: Policy Implications, *Penn State Journal of Law and International Affairs* 2 (2013), 17–26.

469 *Victor H. Umbricht*, Principles of international mediation: the case of the East African Community, *RdC* 187 (1984), 307, 377; ähnlich schon *Nicolas Politis*, L'avenir de la médiation, *Revue générale de droit international public* 12 (1919), 136, 149 („Se conseils ne peuvent avoir qu'une autorité morale déterminée par la confiance qu'il inspire aux parties“).

als darauf, wer ihn unterbreitet. Für die Darlegung des Legitimationsbedarfs propositorischer Mediation stellt sich das Konzept der Autorität zweischneidig dar. Zum einen vermag es zu erklären, wie ein Verfahren, dass konstant vom freiwilligen Mitwirken der Konfliktparteien abhängig ist, trotzdem eine legitimationsbedürftige Freiheitsverkürzung durch die Mediator*in beinhaltet. *Georg Simmerl* und *Michael Zürn* formulieren diesen von ihnen als Paradox beschriebenen Umstand für die Autorität als die „Gleichzeitigkeit von Freiwilligkeit und Abhängigkeit“, in welcher „der freie Wille der sich Unterordnenden [...] zugleich faktisch unter dem Einfluss der Autorität steht.“⁴⁷⁰

Auf der anderen Seite ist der Vorschlag der Mediator*in gerade kein Befehl im Sinne der weber'schen Definition. Dieses begriffliche Spannungsfeld tritt insbesondere im Englischen zutage, wenn Teil der Mediationsdefinition bei *Christopher Moore* das Fehlen einer „authoritative decision-making power“ ist.⁴⁷¹ Dieses Fehlen einer verbindlichen Entscheidungsbefugnis wird jedoch im Rahmen der Adaption des Autoritätsbegriff auf der Ebene der Internationalen Beziehungen und des Völkerrechts adäquat berücksichtigt.

a) Internationale Öffentliche Gewalt / International Public Authority

Insbesondere das Konzept der International Public Authority, welches auf deutsch mit Internationaler Öffentlicher Gewalt beschrieben wird, scheint sich auf den ersten Blick gut zur Überbrückung einer fehlenden Letztentscheidungsbefugnis zu eignen.⁴⁷² *Matthias Goldmann* charakterisiert etwa die Berichte und Empfehlungen der OECD im Rahmen der sog. PISA Studie als Akt Internationaler Öffentlicher Gewalt, also Ausübung von Authority oder eben Autorität.⁴⁷³ Auch die gemeinsame Arbeit von *Armin von Bogdandy* und *Ingo Venzke* beschreibt den Einfluss, den internationale Gerichte im weiteren Sinne außerhalb der konkreten Gerichtsentscheidung

470 *Georg Simmerl, Michael Zürn*, Internationale Autorität – Zwei Perspektiven, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 1 (2016), 38, 41.

471 *Christopher W Moore*, *The mediation process*, San Francisco [u.a.] 1986, S. 14.

472 *Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, Matthias Goldmann*, From Public International to International Public Law, *EJIL* 28 (2017), 115, 143 („Authority in this sense emerges when a broader social belief holds that B should do x because A said so.“).

473 *Matthias Goldmann*, Internationale öffentliche Gewalt, Heidelberg [u.a.] 2015, S. 7.

haben, als Autorität im Sinne dieses Konzepts.⁴⁷⁴ Während sich dieser Ansatz dafür eignet zu erklären, wieso für das Vorliegen legitimationsbedürftiger Autorität nicht zwingend ein Befehl erforderlich ist, vermag er die Mediation jedoch nicht konzeptuell zu erfassen. Hierfür liegen vor allem zwei Gründe vor. Während sich der erste stärker auf die Handlung, also den Akt Internationaler Öffentlicher Gewalt bezieht, findet sich der zweite bei den Akteuren, auf die dieses Konzept zugeschnitten ist.

Der Akt Internationaler Öffentlicher Gewalt wird definiert als „Handlung, wodurch ein Akteur mit dem Anspruch, im öffentlichen Interesse zu handeln, auf ein Kollektiv oder einzelne Individuen einwirkt und diese in ihrer Selbstbestimmung beeinträchtigt“.⁴⁷⁵

Diese Abwandlung des innerstaatlichen Akts öffentlicher Gewalt⁴⁷⁶ fragt zwar nicht nach einer Ermächtigungsgrundlage, setzt aber doch voraus, dass der Anspruch, im öffentlichen Interesse zu handeln, sich aus einer Rechtsnorm ableiten lässt, und anhand dieser wenn nicht überprüft, dann doch infrage gestellt werden kann.⁴⁷⁷ Anschaulich wird dies im Abgleich zu NGOs wie Greenpeace oder Transparency International verdeutlicht, die zwar von ihren Mitgliedern mandatiert werden, die sich jedoch in ihrem Anspruch im öffentlichen Interesse tätig zu sein, nicht primär auf dieses Mandat beziehen, sondern vielmehr beanspruchen, für eine deutlich darüber hinaus gehende Öffentlichkeit zu handeln.⁴⁷⁸ Mit dem Hohen Kommissar für Nationale Minderheiten der OSZE und den OECD National Action Points finden sich auch zwei Akteure, die in diesem Sinne sowohl als Mediator*innen, wie auch als Internationale Öffentliche

474 Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, In wessen Namen?, Berlin 2014, S. 150 ff.

475 Matthias Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt, Heidelberg [u.a.] 2015, S. 7, 319.

476 Armin von Bogdandy, Philipp Dann, Matthias Goldmann, Völkerrecht als öffentliches Recht, Der Staat 49 (2010), 23, 29 f.; Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, Matthias Goldmann, From Public International to International Public Law, EJIL 28 (2017), 115, 139 f.; die Grenzen der Parallelität beider Begriffe aufzeigend Matthias Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt, Heidelberg [u.a.] 2015, S. 327 f.

477 Armin von Bogdandy, Philipp Dann, Matthias Goldmann, Völkerrecht als öffentliches Recht, Der Staat 49 (2010), 23, 48; Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, Matthias Goldmann, From Public International to International Public Law, EJIL 28 (2017), 115, 137 f.

478 Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, Matthias Goldmann, From Public International to International Public Law, EJIL 28 (2017), 115, 138.

Gewalt beschrieben werden.⁴⁷⁹ Gerade hieran verdeutlicht sich jedoch der Unterschied zur Friedensmediation. Der Hohe Kommissar für Nationale Minderheiten bezieht sich auf ein sehr allgemein gehaltenes Mandat der OSZE-Staaten.⁴⁸⁰ Die Öffentlichkeit, auf die er verweist, sind die OSZE Staaten und ihre Bevölkerung. Zum Teil liegen seinen Berichten und Empfehlungen mediative Verfahren vor Ort zugrunde.⁴⁸¹ Durch diese Berichte und Empfehlungen schafft er faktisch rechtliche Mindeststandards, die sich räumlich auf die OSZE-Staaten begrenzen und inhaltlich auf den Minderheitenschutz.⁴⁸² Beides knüpft an das Mandat an.

Die OECD National Contact Points beziehen ihr Mandat aus den OECD Guidelines on Multinational Enterprises.⁴⁸³ Die sich den Guidelines verpflichtenden Staaten sowie ihre Bevölkerung und in ihnen agierende Unternehmen stellen dabei die entsprechende Öffentlichkeit dar. Die von den Staaten einzurichtenden National Action Points sind mandatiert, der Guideline zur Durchsetzung zu verhelfen, indem sie mediative

479 *Anuscheh Farahat*, Regulating minority issues through standard-setting and mediation: the case of the High Commissioner on National Minorities, in: Bogdandy u. a. (Hrsg.), *The exercise of public authority*, Heidelberg [u.a.] 2010, S. 343, 367, 373; *Gefion Schuler*, Effective governance through decentralized soft implementation: the OECD guidelines for multinational enterprises, in: Bogdandy u. a. (Hrsg.), *The exercise of public authority*, Heidelberg [u.a.] 2010, S. 197, 200; *Armin von Bogdandy, Philipp Dann, Matthias Goldmann*, Völkerrecht als öffentliches Recht, *Der Staat* 49 (2010), 23, 46, 47 Fn. 87; engl. Fassung *Armin von Bogdandy/ Philipp Dann u. a.*, Developing the Publicness of Public Intl. Law, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *The exercise of public authority*, Berlin, Heidelberg 2010, S. 3, 28, 29 Fn. 86.

480 *Anuscheh Farahat*, Regulating minority issues through standard-setting and mediation: the case of the High Commissioner on National Minorities, in: Bogdandy u. a. (Hrsg.), *The exercise of public authority*, Heidelberg [u.a.] 2010, S. 343, 349.

481 *Anuscheh Farahat*, Regulating minority issues through standard-setting and mediation: the case of the High Commissioner on National Minorities, in: Bogdandy u. a. (Hrsg.), *The exercise of public authority*, Heidelberg [u.a.] 2010, S. 343, 258.

482 *Anuscheh Farahat*, Regulating minority issues through standard-setting and mediation: the case of the High Commissioner on National Minorities, in: Bogdandy u. a. (Hrsg.), *The exercise of public authority*, Heidelberg [u.a.] 2010, S. 343, 363 f.

483 *Juan Carlos Ochoa Sanchez*, The roles and powers of the OECD national contact points regarding complaints on an alleged breach of the OECD guidelines for multinational enterprises by a transnational corporation, *Nordic Journal of International Law* 84 (2015), 89, 90 f.

Verfahren im Fall des Vorwurfs von Verstößen gegen die Guideline durchführen.⁴⁸⁴

Während folglich der Hohe Kommissar für Nationale Minderheiten qua Mandat für den Minderheitenschutz im Bereich der OSZE Staaten zuständig ist und die National Action Points für die Effektivierung der OSCE Guideline on Multinational Enterprises, verfügen die vielen unterschiedlichen Akteure in der Friedensmediation nicht über ein vergleichbares abstrakt-generelles Mandat, welches sie in ähnlicher Weise für einen Regelungsgegenstand zuständig macht und für dessen Erfüllung sie sich der Mediation bedienen.

Zwar werden die mediiierenden Akteure mandatiert, jedoch in sehr unterschiedlicher Weise. Zum einen erhalten sie ein Mandat durch die Konfliktparteien.⁴⁸⁵ Dieses ermöglicht es ihnen, mediiierend tätig zu werden. Zudem verfügen Mediator*innen, sofern sie von einem Akteur entsandt werden, von diesem ebenfalls über ein Mandat, welches ihren Handlungsspielraum bestimmt.⁴⁸⁶ In Bezug auf beides handelt die Mediator*in nicht im Namen einer abstrakten Öffentlichkeit, sondern einerseits konkret für die Konfliktparteien und andererseits konkret für den ihn entsendenden Akteur. Während der Hohe Kommissar für Nationale Minderheiten und die National Action Points per se zuständig sind, werden Mediator*innen ad hoc zuständig gemacht.

Auf Akteursebene fokussiert die Internationale Öffentliche Gewalt vor allem trans- und internationale Institutionen. War *Webers* Vorstellung von Autorität auf den Staat bezogen, stellt die Internationale Öffentliche Gewalt Teil des Versuchs dar, die Kompetenzverschiebung von der staatlichen auf die überstaatliche Ebene zu erfassen.⁴⁸⁷ Die Kompetenz verschiebt sich dabei konzeptuell stets auf eine wie auch immer geartete Institution,⁴⁸⁸ wie etwa den WTO Dispute Settlement Body,⁴⁸⁹ die

484 *Juan Carlos Ochoa Sanchez*, The roles and powers of the OECD national contact points regarding complaints on an alleged breach of the OECD guidelines for multinational enterprises by a transnational corporation, *Nordic Journal of International Law* 84 (2015), 89, 111.

485 *Laurie Nathan*, The Mandate Effect, *Peace & Change* 43 (2018), 318, 330.

486 *Laurie Nathan*, The Mandate Effect, *Peace & Change* 43 (2018), 318, 327 ff.

487 Zur Kompetenzverschiebung *Jürgen Habermas*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft, in: *Brugger u. a. (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 2008, S. 360, 361.

488 *Armin von Bogdandy, Philipp Dann, Matthias Goldmann*, Völkerrecht als öffentliches Recht, *Der Staat* 49 (2010), 23, 25, 34 f.

489 *Armin von Bogdandy, Ingo Venzke*, *In wessen Namen?*, Berlin 2014, S. 161.

OECD⁴⁹⁰ oder die OSZE.⁴⁹¹ Damit einher geht die Annahme, dass sich mit dem Schritt auf die Ebene jenseits des Staates auch die Handlungsformen globalen Regierens ändern.⁴⁹² Insoweit bleiben beide Punkte, die eine Abgrenzung zur Friedensmediation erfordern, miteinander verschränkt. Mediation stellt vordergründig keine derartige Kompetenzverlagerung dar. Die Vermittlung zwischen Akteuren auf der Internationalen Ebene stellt weder eine Reaktion auf ein Globalisierungsphänomen dar, noch ist sie notwendigerweise Ausdruck des Wandels vom Koexistenz- hin zum Kooperationsvölkerrecht.⁴⁹³ Anders als die Unternehmensregulierung der OECD Guidelines oder der Minderheitenschutz der OSZE, war sie nie innerstaatlich. Friedensmediation ist eine internationale Antwort auf ein per se internationales Phänomen. Selbst dort, wo es sich um Mediation in einem innerstaatlichen Konflikt handelt, ist diese zwar Ausdruck eines gewandelten Souveränitätsverständnisses,⁴⁹⁴ die Mediation in einem solchen Konflikt war jedoch zu keinem Zeitpunkt Aufgabe des Staates, insbesondere, da dieser in der Regel selbst Konfliktpartei war.

Hierin liegt die Differenz zwischen Friedensmediation und Phänomenen wie Internationaler Öffentlicher Gewalt begründet. Ähnlich verhält es sich mit dem von Zürn und Simmerl vertretenen Ansatz, der hinsichtlich Autorität auf der Ebene jenseits des Staates konstatiert:

„Wenn die Autonomie sich zu unterwerfen keine Einzelfallentscheidung mehr ist, sondern verstetigt und in Kompetenzen für Institutionen und Organe übersetzt wird, dann bedarf sie der Legitimation.“⁴⁹⁵

In der Konsequenz bestünde demnach entgegen der hier vertretenen Ansicht keine legitimationsbedürftige Autorität, weil die Mediator*in keine verstetigte Institution ist. Dabei bliebe jedoch offen, wie sich Mediation einordnen lässt, die durch Staaten, Individuen oder NGOs betrieben wird.

490 Armin von Bogdandy, Ingo Venzke, Matthias Goldmann, From Public International to International Public Law, EJIL 28 (2017), 115, 143 ff.

491 Armin von Bogdandy, Philipp Dann u. a., Developing the Publicness of Public Intl. Law, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), The exercise of public authority, Berlin 2010, S. 3, 26.

492 Matthias Goldmann, Internationale öffentliche Gewalt, Heidelberg [u. a.] 2015, S. 6.

493 Zu diesem Wandel siehe Wolfgang Friedmann, The changing structure of international law, London 1964, S. 123 ff.

494 Christian Tomuschat, Article 2 (3), in: Simma u. a. (Hrsg.), The Charter of the United Nations: A Commentary, Bd. I, Oxford [u. a.] 2012, S. 181, 193 f.

495 Georg Simmerl, Michael Zürn, Internationale Autorität – Zwei Perspektiven, Zeitschrift für Internationale Beziehungen 1 (2016), 38, 60.

Kern der legitimationsbedürftigen Autorität der propositorischen Mediator*in ist nicht ihre Institutionalisierung, wie etwa im Bereich der ICSID Schiedsverfahren.⁴⁹⁶ Vielmehr geht es um einen Autoritätsbegriff, der in der Lage ist zu erklären, wieso in einem Konflikt zwischen Staat A und B, der Vorschlag des medierenden Staates X umgesetzt wird. Wie lässt sich der Umstand bezeichnen, dass zwei formal gleichberechtigte Akteure den Vorschlag eines dritten formal gleichberechtigten Akteurs annehmen, ohne dass dieser sie dazu unmittelbar zwingt oder Anreize schafft? In dem Moment, in welchem die Konfliktparteien einen oder mehrere Mediator*innen mandatieren, tun sie dies noch nicht, weil der Vorschlag sie überzeugt, sondern vielmehr in der Erwartung eines Vorschlags der Mediator*in, der den Konflikt mit einer höheren Wahrscheinlichkeit beilegen wird, als wenn die Parteien bilateral verhandeln. Dieses Potential wird nicht durch die Mandatierung geschaffen, sondern lediglich dadurch aktualisiert. Die so beschriebene Einflussmöglichkeit ist somit weniger institutionalisiert oder akteursgebunden. Vielmehr ist sie dezentral und situationsspezifisch. Folgt man *Nico Krisch*, so lässt sich dieses Phänomen durchaus als legitimationsbedürftige Autorität beschreiben. Er verwendet hierfür den Begriff der liquid authority.⁴⁹⁷

b) Liquid Authority

Liquid Authority bezieht sich auf einen Autoritätsbegriff, der auf Anerkennung („recognition“) und Fügsamkeit bzw. Unterordnung („deference“) beruht.⁴⁹⁸ Nicht mehr erforderlich ist dagegen ein Befehl oder eine verächtete und verstetigte Institutionalisierung von Autorität. Anstelle einer solchen festen („solid“) Autorität genügen informelle, changierende und dezentrale Steuerungsmechanismen. Diese Adaption des Autoritätsbegriffs kann auch als Aufweichung verstanden werden. In gewisser Weise tritt zwischen die Anerkennung als Voraussetzung und die Fügsamkeit als Ergebnis der Autorität in diesem Modell eine begriffliche Black-Box, die

496 *Armin von Bogdandy, Ingo Venzke*, In wessen Namen?, Berlin 2014, S. 122 ff.

497 *Nico Krisch*, Authority, solid and liquid, in postnational governance, in: Cotterrell u. a. (Hrsg.), Authority in Transnational Legal Theory, Cheltenham [u.a.] 2016, S. 25, 26; *Nico Krisch*, Liquid authority in global governance, International Theory 9 (2017), 237, 238.

498 *Nico Krisch*, Authority, solid and liquid, in postnational governance, in: Cotterrell u. a. (Hrsg.), Authority in Transnational Legal Theory, Cheltenham [u.a.] 2016, S. 25, 37 f.

offen lässt, was es abseits der Anerkennung ist, das konkret zur Unterordnung führt. Letztlich ist dieser Umstand jedoch der Vielfalt möglicher Steuerungsmechanismen geschuldet. Der Ansatz *Robert Nyes* von „soft power“ in der Mediation lässt sich, auch wenn dieser nicht aus dem Umfeld dieser Theoriebildung kommt, als Form der auf Anerkennung beruhenden Fügsamkeit verstehen. Er definiert diese pointiert als „*getting others to want the same outcomes you want*“, ⁴⁹⁹ womit er an das widersprüchliche Verhältnis von Autonomie und Unterwerfung im Rahmen der Autorität anknüpft. Interessant ist dabei, dass die von *Nye* beschriebene Autorität auf Attraktivität beruht. Demnach zwingen oder überzeugen die Akteure – zumeist Staaten – nicht, sondern verleihen ihren Vorschlägen dadurch Autorität, dass ihre nach außen getragene Identität, ihr Image, den Wunsch nach Befolgung und Nachahmung erzeugt. ⁵⁰⁰

Für die propositorische Mediation eignet sich ein fluider Autoritätsbegriff, weil er in der Lage ist, sichtbar zu machen, dass die in der Mediation gemachten Vorschläge ihre Kraft aus einer vorangegangenen Anerkennung der Mediator*in ziehen. Auch wenn eine Vielzahl dieser Vorschläge abgelehnt wird, lassen sich die Konfliktparteien doch auf die Mediation in der Erwartung ein, einen befolgungswürdigen Lösungsvorschlag zu erhalten. Dabei sind Anerkennung und Mandatierung nicht identisch. Die Anerkennung des Papstes als Autorität – auch für die friedliche Streitbeilegung – beruht auf einer sozialen Praxis, die seiner Mandatierung vorausgeht. Auch in deutlich bürokratischeren Umfeldern lassen sich vergleichbare Aspekte finden. So steigt die Einigungsrate in Mediationen, je höher der Rang der mediierenden UN-Mitarbeiter*in innerhalb der Vereinten Nationen ist. ⁵⁰¹ Da sowohl niederrangige, als auch höherrangige Mediator*innen mandatiert sind, leitet sich ihre Autorität, im Sinne der Fähigkeit Fügsamkeit zu erreichen, aus ihrer davorliegenden Anerkennung im

499 *Joseph S. Nye Jr.*, The place of soft power in state-based conflict management, in: Crocker u. a. (Hrsg.), *Leashing the dogs of war*, Washington, D.C. 2007, S. 389, 391; *Joseph S. Nye Jr.*, Public Diplomacy and Soft Power, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 616 (2008), 94, 103.

500 *Joseph S. Nye Jr.*, The place of soft power in state-based conflict management, in: Crocker u. a. (Hrsg.), *Leashing the dogs of war*, Washington, D.C. 2007, S. 389, 390 f.; *Joseph S. Nye Jr.*, Public Diplomacy and Soft Power, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science* 616 (2008), 94–109.

501 *Judith Fretter*, International Organizations and Conflict Management: The United Nations and the Mediation of International Conflicts, in: *Bercovitch* (Hrsg.), *Studies in international mediation: essays in honour of Jeffrey Z. Rubin*, Basingstoke [u.a.] 2002, S. 98, 117.

Rahmen einer sozialen Praxis ab. Auch dort, wo die Mediator*in nicht aufgrund ihrer politischen Autorität mandatiert wird, sondern aufgrund ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten, kann diese als theoretische Autorität bezeichnete Eigenschaft im Rahmen der liquid authority erfasst werden.⁵⁰² Denn auch in diesen Fällen beruht die Fügsamkeitsbereitschaft nicht allein auf einer in Bezug auf den Vorschlag erbrachten Überzeugungsleistung. Bereits der Umstand, dass es sich um den Vorschlag einer als Expert*in wahrgenommenen Mediator*in handelt, erhöht die Fügsamkeitsbereitschaft.⁵⁰³ Ist man bereit, Autorität nicht allein als das Befolgen von Befehlen zu verstehen, sondern auch eine graduelle Abschtung zuzulassen, liegt in diesem Verzicht auf ein überzeugendes Argument der Legitimationsbedarf propositorischer Friedensmediation begründet. Der Umstand, dass die Mediator*in statt auf Argumente, auf sich selbst und ihre sozial anerkannte Stellung verweisen kann, liegt dem zugrunde.

Einer solchen Einordnung propositorischer Mediation als einer Form der Autoritätsausübung, kann indes ein als natürlich oder intuitiv verstandener, klassischer „fester“ Autoritätsbegriff entgeggehalten werden.

„In choosing ways to manage their interpersonal relationships, people frequently exercise choices between submitting to an authority (such as a hierarchical dispute resolution process), or merely seeking advice and assistance (through independent mediation). Those choices may be made for any number of reasons, but they reflect participants’ understandings that there is a difference between an obligation and a recommendation.“⁵⁰⁴

Dieses Verständnis ist jedoch zu binär, da es nur die Unterscheidung zwischen allem, also fester Autorität, oder nichts zulässt. Dabei lässt sich gerade der Verweis auf die intuitive Unterscheidungsfähigkeit gegen diese Aussage wenden, indem sie den Rückgriff auf das intuitive Verständnis verschiedener Staaten von propositorischer Mediation ermöglicht. Ungeachtet ihrer fehlenden institutionellen Verfestigung wird Mediation dabei als Autoritätsausübung identifiziert. *Heinrich Lammasch*, der Teil der öster-

502 Nico Krisch, Authority, solid and liquid, in postnational governance, in: Cotterrell u. a. (Hrsg.), Authority in Transnational Legal Theory, Cheltenham [u.a.] 2016, S. 25, 37.

503 Siniša Vuković, Soft Power, Bias and Manipulation of International Organizations in International Mediation, International Negotiation 20 (2015), 414, 426 f.

504 Nicole Roughan, From authority to authorities: bridging the social/normative divide, in: Cotterrell u. a. (Hrsg.), Authority in Transnational Legal Theory, Cheltenham [u.a.] 2016, S. 280, 287.

reich-ungarischen Delegation beider Haager Friedenskonferenzen war,⁵⁰⁵ berichtet:

*„Obwohl Mediation nur die Bedeutung eines Rates hat, kann es vorkommen, dass ein Rat dieser Art in solchen Formen und unter solchen begleitenden Umständen erteilt wird, [dass] er einer Drohung ähnlich wirkt, somit, wenn er nicht verlangt war eine Intervention darstellt. Daher sind insbesondere die schwächeren Staaten auf der ersten Haager Konferenz der Mediation mit weit weniger Vertrauen entgegengekommen als dem Schiedssprüche, obwohl formell genommen, die Autorität des letzteren eine bedeutend stärkere ist und obwohl die Mediation die Empfindlichkeiten der Staaten weit mehr schont als der Schiedsspruch. Die Geschichte kennt, insbesondere aus früherer Zeit, manchen [Missbrauch] der Mediation, aber keinen [Missbrauch], wenn auch vereinzelte Fehler, von Schiedssprüchen.“*⁵⁰⁶

Lammaschs Aussagen zur geringen Missbrauchsanfälligkeit von Schiedsgerichten sind zwar spätestens seit den posthum durch Severo Mallet-Prevost erhobenen Vorwürfen gegen den Schiedsspruch von 1899 im Grenzstreit zwischen Venezuela und der damaligen britischen Kolonie Guyana⁵⁰⁷ und der daran anschließenden, bis heute fortdauernden Kontroverse⁵⁰⁸ nicht mehr haltbar. Zugleich wird Lammaschs These zur lediglich vermeintlichen Souveränitätsschonung durch Mediation auch durch diesen Fall gestützt. Hatte doch Großbritannien, welches sich zuerst sowohl gegen das Angebot einer Mediation durch die USA, wie auch gegen die Möglichkeit eines Schiedsgerichts gewandt hatte, nach einigem Druck durch die USA

505 Alfred Verdross, Heinrich Lammasch (1853–1920): Festvortrag, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht 17 (1967), 214, 216.

506 Heinrich Lammasch, Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange, Stuttgart 1914, S. 13.

507 Otto Schoenrich, The Venezuela-British Guiana Boundary Dispute, AJIL 43 (1949), 523–530.

508 Clifton J. Child, The Venezuela-British Guiana Boundary Arbitration of 1899, AJIL 44 (1950), 682–693; William Cullen Dennis, The Venezuela-British Guiana Boundary Arbitration of 1899, AJIL 44 (1950), 720–727; Issam Azzam, The Venezuela-Guyana Boundary, Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht 15 (1968), 259–265; Cedric L. Joseph, The Venezuela-Guyana Boundary Arbitration of 1899: An Appraisal: Part I, Caribbean Studies 10 (1970), 56–89; Federica Paddeu, Brendan Plant, The Dispute between Guyana and Venezuela over the Essequibo Region, EJIL: Talk! 11. April 2018.

dem Schiedsgericht und nicht der – vermeintlich schonenderen – Mediation zugestimmt.⁵⁰⁹

Ebenso finden sich in der Gegenwart derartige intuitive Einordnungen der Mediation als einer Form der Autoritätsausübung, die auch die Souveränität größerer Staaten betreffen kann. Indien etwa spricht sich mit Verweis auf Souveränität und Unabhängigkeit strikt gegen eine Mediation im Kaschmir-Konflikt mit Pakistan aus. Insoweit scheint zumindest aus Sicht von Staaten mit einer (post-)kolonialen Vergangenheit, Mediation keineswegs in Gänze souveränitätsschonend zu sein, sondern durchaus eine legitimationsbedürftige Autoritätspraxis.⁵¹⁰

3. Der faszilitative Mediationsprozess als Bezugspunkt von Legitimität

Der faszilitative Mediationsstil unterscheidet sich, wie bereits beschrieben, deutlich von den zuvor behandelten beiden Stilen der Power Mediation und der klassischen Mediation. Während in diesen der Mediator*in inhaltlicher Einfluss zugesprochen wird und insofern Legitimationsbedarf entsteht, stellt sich der faszilitative Ansatz als das zur Verfügung stellen einer reinen Verfahrensdienstleistung dar, die kein höheres Maß an Legitimation bedarf als das Vermieten eines Konferenzraums oder das Catering für die Mediation.

Faszilitative Mediation bedeutet, dass die Konfliktparteien die inhaltliche Lösung selbst leisten und der Mediator lediglich das Verfahren strukturiert. Die Beteiligung der Mediator*in rangiert dabei zwischen an einer Moderation grenzenden Tätigkeit und einer aktiven Gestaltung und Leitung des Verfahrens, ohne aber Einfluss auf den Verfahrensgegenstand zu nehmen.⁵¹¹ Geht man bei klassischer Mediation davon aus, dass die

509 Otto Schoenrich, The Venezuela-British Guiana Boundary Dispute, AJIL 43 (1949), 523, 523.

510 Bidisha Biswas, Just Say No: Explaining the Lack of International Mediation in Kashmir, International Negotiation 22 (2017), 499, 512 ff.

511 Von passiver und aktiver Mediation sprechend Leo Montada, Elisabeth Kals, Mediation: psychologische Grundlagen und Perspektiven, 3. Aufl., Weinheim 2013, S. 70; Stefan Kracht, Rolle und Aufgabe des Mediators, in: Haft u. a. (Hrsg.), Handbuch Mediation, München 2016, S. 301, 320 f.; unter Berücksichtigung des Mandats bereits Sanda Kaufman, George T Duncan, The Role of Mandates in Third Party Intervention, Negotiation Journal 4 (1988), 403, 407. Insbesondere im internationalen Kontext wird die Aktiv-Passiv-Unterscheidung zur Darstellung des gesamten Spektrums an Mediationsstilen verwendet, vgl.

Mediator*in dort inhaltlichen Einfluss ausüben kann, so impliziert dies letztlich auch, dass die Konfliktparteien sich diesem Einfluss nicht durch den Abbruch der Mediation entziehen.⁵¹² Dagegen ist es Kern des faszi-
litativen Ansatzes, dass die Konfliktparteien die Mediation jederzeit beenden können, wie *Lars Kirchhoff* für den internationalen Bereich herausstellt⁵¹³ und wie § 2 Abs. 5 MediationsG für den deutschen innerstaatlichen Kontext festhält.⁵¹⁴

Die Parteien nehmen freiwillig teil und entscheiden inhaltlich selbst. Lediglich die Form des Verfahrens, aus welchem die Parteien jedoch jederzeit aussteigen können, unterliegt dem leitenden Einfluss der Mediator*in. Angesichts dieser Vorstellung vom Ablauf der Mediation scheint auf den ersten Blick keine relevante Freiheitsverkürzung der Parteien ersichtlich zu sein, sodass sich daraus auch kein Legitimationsbedarf abzuleiten scheint.

Nachfolgend wird diesem Eindruck jedoch entgegengetreten, ohne dass dabei in Abrede gestellt werden soll, dass mit der graduell unterschiedlichen Beteiligungsintensität der Mediator*in in den verschiedenen Mediationsstilen auch ein gradueller Unterschied auf Seiten des Legitimationsbedarfs einhergeht.⁵¹⁵ Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich dabei auf die Verantwortung der Mediator*in für das Ergebnis des Verfahrens, auf den Grad der Freiwilligkeit in der Friedensmediation sowie auf den inhaltlichen Einfluss der Mediator*in durch die Ausübung der ihr zugesprochenen Verfahrensherrschaft.

Jacob Bercovitch, Mediation and conflict resolution, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), *The Sage handbook of conflict resolution*, London 2011, S. 340, 345.

512 In diesem Sinne auch *Lars Kirchhoff*, *Constructive interventions*, Alphen aan den Rijn [u.a.] 2008, S. 287 Fn. 11.

513 *Lars Kirchhoff*, *Constructive interventions*, Alphen aan den Rijn [u.a.] 2008, S. 164, 287.

514 Wobei die freiwillige Entscheidung für die Teilnahme, wenigstens am ersten Termin, z.T. als der faszi-
litativen Mediation nicht „wesenseigen“ angesehen wird, vgl. *Gerhard Wagner*, *Horst Eidenmüller*, Begriff und Formen der Mediation, in: *Wagner u. a. (Hrsg.)*, *Mediationsrecht*, Köln 2015, S. 1, 7 m.w.N.

515 Zugleich zeigt das Beispiel der deutschen Mediation im Kosovo, dass innerhalb eines Verfahrens unterschiedliche Stile eingesetzt werden können. Vgl. *Christopher-Leonard Prinz*, *Internationale Mediation – Aussichten und Begrenzungen am Beispiel des Kosovo*, *Zeitschrift für Konfliktmanagement* 15 (2012), 198, 200.

a) Ergebnisverantwortung

Kirchhoff schreibt, der einzige allgemeingültige Definitionssatz der Mediation sei darauf reduzierbar, dass Mediation einen dyadischen Konflikt in eine triadische Beziehung verwandle.⁵¹⁶ Für diesen Minimalkonsens, der folglich auch für den faszilitative Ansatz gilt, verweist er auf Bercovitch. Dieser ergänzt jedoch den Wandel vom Dyadischen zum Triadischen um eine Erklärung dessen, was dieser Wandel bewirkt:

„By increasing the number of actors from two to three, mediation effects considerable structural changes and creates new focal points for an agreement.“⁵¹⁷

Zartmann knüpft explizit hieran an, wenn er – etwas pointierter – formuliert, Mediation sei eine *„activity made necessary by the inability of the conflicting parties to overcome their conflict and produce a joint agreement on their own“*.⁵¹⁸ Diese Einordnung, die nach wie vor Bestandteil des definitorischen Minimalkonsenses ist, verdeutlicht die Verantwortung der Mediator*in für das Ergebnis des Verfahrens. Wenn Zartmann und Trouval Mediation an anderer Stelle als *„a mode of negotiation in which a third party helps the parties find a solution that they cannot find by themselves“*⁵¹⁹ beschreiben, so kommen sie damit der rechtswissenschaftlichen Zurechnungsformel der condition-sine-qua-non⁵²⁰ bereits sehr nahe. An dieser Stelle soll es jedoch weder um eine völkerrechtliche, noch eine strafrechtliche, geschweige denn eine zivilistische Zurechnung gehen und ebenso wenig um Kausalität.⁵²¹ Für die Feststellung des Legitimationsbedarfs ist

516 Lars Kirchhoff, *Constructive interventions*, Alphen aan den Rijn [u.a.] 2008, S. 231.

517 Jacob Bercovitch, *The Structure and Diversity of Mediation in International Relations*, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), *Mediation in International Relations: Multiple Approaches to Conflict Management*, London 1992, S. 1, 4.

518 I. William Zartman, *Conflict resolution and negotiation*, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), *The Sage handbook of conflict resolution*, London 2011, S. 322, 325; ähnlich pointiert bereits Carrie Menkel-Meadow, *What will We Do When Adjudication Ends? A Brief History of ADR*, *UCLA Law Review* 44 (1997), 1613, 1620.

519 I. William Zartman, Saadia Touval, *International mediation*, in: Crocker u. a. (Hrsg.), *Leashing the dogs of war*, Washington, D.C. 2007, S. 437, 438.

520 Statt vieler Ingeborg Puppe, *Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 3 (2010), 551, 551 m.w.N.

521 Für einen Überblick zur juristischen Diskussion Heinz Koriath, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden-Baden 2007, S. 27 ff.; Manfred Maiwald, *Kausalität*

dies nicht erforderlich. Insofern ist der Begriff der Verantwortung bewusst gewählt. Die Mediator*in verantwortet den Umstand, dass es zu einer konkreten Mediation kommen kann, indem sie sich als Mediator*in zur Verfügung stellt. Mag die inhaltliche Lösung des Konflikts auch noch so sehr „in den Parteien [liegen]“,⁵²² haben die Parteien doch das eigenverantwortliche Finden dieser Lösung gerade nicht ohne die Mediator*in vorgenommen. Dieser Umstand legt zumindest nahe, dass die Mediator*in aus Sicht der Parteien erforderlich war, sei es, weil ihnen bestimmte Fähigkeiten zur bilateralen Beilegung fehlten, sei es, weil die Parteien ein anderweitiges Interesse an einer triadischen Beziehung hatten. Es ist daher schwer vorstellbar, dass die Parteien ohne die Mediator*in zu einem identischen Ergebnis gekommen wären. Hierin liegt die Verantwortung der Mediator*in begründet.

Die Mediationsliteratur tut sich mit der Verantwortung der Mediator*in an dieser Stelle schwer. Sie missversteht Verantwortung vielfach als Zuständigkeit, insbesondere als Zuständigkeit für die „Fairness“ des Ergebnisses.⁵²³ Gerade darum geht es hier jedoch nicht. Gefragt ist nicht danach, ob die Mediator*in etwas tun sollte, sondern ob sie bereits etwas getan hat. Ohne die Idee von der Eigenverantwortlichkeit der Parteien und ohne die Kontroverse um die Verantwortung des Mediators für die „Fairness“ des Mediationsergebnisses müsste weit weniger argumentiert werden, um herauszustellen, was in gewisser Hinsicht offensichtlich ist: Mediation soll einen Mehrwert für die Konfliktparteien darstellen und ist damit zumindest ein Grund dafür, dass das konkrete Ergebnis der Mediation zustande kommt. Nicht ohne Grund schreibt *Heidi Ittner*: „Der Mediator stellt das ‚Pfund‘ der Mediation dar: erst durch die Person an sich, ihr Wirken und beispielhaftes Agieren entfaltet die Mediation ihre Wirkung.“⁵²⁴ Verdeutlicht

und Strafrecht: Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaften und Jurisprudenz, Göttingen 1980; zur Zurechnung im Rahmen des Rechts der Staatenverantwortlichkeit *James D. Fry*, Attribution of responsibility, in: Nollkaemper u. a. (Hrsg.), Principles of shared responsibility in international law, Cambridge 2014, S. 98, 101 f. m.w.N.

522 *Thomas Trenczek*, Aufgaben, Funktion und Kompetenzen von Mediatoren, in: Trenczek u. a. (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, Baden-Baden 2017, S. 182, 183.

523 *Stephan Breidenbach*, Mediation, Köln 1995, S. 174 ff.; *Roman Köper*, Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren, Berlin 2003, S. 89; kritisch *Felix Wendenburg*, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, Tübingen 2013, S. 282, 331.

524 *Heidi Ittner*, Psychologie der Mediation, in: Haft u. a. (Hrsg.), Handbuch Mediation, München 2016, S. 431, 438.

wird dieser aktive Beitrag auch durch die Rollenbeschreibungen der Mediator*in als „*Process Facilitator and Controller, Communication Facilitator, Formulator of Interests, Facilitator of Cognitive Change, Provider of Creative, Problem-Solving Atmosphere, Information Pool, Formulator and Draftsperson of Agreement*“.⁵²⁵

In dieser Rolle unterscheidet sich die Mediator*in deutlich von anderen, die ebenfalls einen Beitrag dazu leisten, dass eine Mediation stattfinden kann, wie etwa jene, die Räumlichkeiten für die Mediation zur Verfügung stellen. Der scheinbar lediglich verfahrensbezogene Einfluss der Mediator*in lässt sich schlussendlich nicht isolieren und von ihrem inhaltlichen Einfluss trennen. Vielmehr wirken sich die verfahrensbezogenen Handlungen und Entscheidungen der Mediator*in auch auf das Ergebnis aus. Leo Montada nennt beispielhaft „[...]die Gewichtung von Themen in der Konfliktanalyse, die Gewichtung von Lösungsoptionen und Begründungen, subtil wertende Darstellungen in den Sitzungsprotokollen.“⁵²⁶

Noch wesentlich deutlicher wird der Einfluss der Mediator*in auf das Ergebnis, soweit von einigen Autor*innen vertreten wird, dass Mediator*innen auch in der fasilitativen Mediation Lösungsvorschläge unterbreiten können sollen.⁵²⁷ Der Unterschied, der dabei zur klassischen Mediation bleibt, liegt darin, dass sich die Mediator*in nur auf die kreative Lösungsfindungsphase beschränken soll und nicht den Versuch unternehmen darf, die Parteien von ihrem Lösungsvorschlag zu überzeugen.⁵²⁸ Im besten Falle sollten sogar immer mehrere, ggf. sogar konträre, Lösungsvorschläge durch die Mediator*in eingebracht werden.⁵²⁹

Der Umstand, dass sich Mediator*innen abhängig von ihrem methodischen Verständnis in dieser Weise an der Lösungsfindung beteiligen, soll dabei keineswegs als negativ herausgestellt werden. Vielmehr kann gerade hierin Teil des Mehrwerts der Mediation liegen. Doch zugleich verdeutlicht dies, wie eine verfahrensbezogene Hilfestellung, die bewusst den Ver-

525 Lars Kirchhoff, *Constructive interventions*, Alphen aan den Rijn [u.a.] 2008, S. 278 ff.

526 Leo Montada, Elisabeth Kals, *Mediation: psychologische Grundlagen und Perspektiven*, 3. Aufl., Weinheim 2013, S. 63.

527 Vgl. Claas Schüddekopf, *Zur Nachhaltigkeit einvernehmlicher Konfliktbeilegung: eine empirische Untersuchung von Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit*, Berlin 2013, S. 95 ff. m.w.N.

528 Lars Kirchhoff, *Constructive interventions*, Alphen aan den Rijn [u.a.] 2008, S. 246.

529 Leo Montada, Elisabeth Kals, *Mediation: psychologische Grundlagen und Perspektiven*, 3. Aufl., Weinheim 2013, S. 68.

such unternimmt, auf eine inhaltliche Einflussnahme zu verzichten, diese schlussendlich doch ausübt. Denn unterstellt man die Annahme, dass die Lösung des Konflikts tatsächlich „in den Parteien [liegt]“,⁵³⁰ weil diese „*Experten ihrer Lebenswelt sind*“,⁵³¹ so liegt die Lösung nunmehr auch in den Mediator*innen und speist sich aus deren Lebenswelt. Die Vorschläge der Mediator*in beeinflussen den Vorstellungsraum der Parteien, indem sie ihn um das Vorstellungsvermögen der Mediator*in ergänzen. Selbst der Versuch, konträre Vorschlagspaare einzubringen, trägt die Vorstellung der Mediator*in über die konkreten Gegensätze oder Maximalpositionen in das Verfahren hinein.

Diese Ausführungen zeigen hinsichtlich des Legitimationsbedarfs zwei Dinge. Zum einen hat die Mediator*in auch in einem faszilitativen Verfahren Einfluss auf das Ergebnis der Mediation und die Autonomie der Parteien. Hieraus ergibt sich Legitimationsbedarf. Zum anderen verdeutlichen die vorangegangenen Ausführungen die Verantwortung, die die Mediator*in daher für das Ergebnis des Mediationsverfahrens hat. Dieser Aspekt wird im Rahmen der Erörterung zum materiellen Legitimationsbedarf wieder aufgegriffen werden.⁵³²

b) Freiwilligkeit und Änderungsdruck

Der vordergründige Mangel an Legitimationsbedarf der faszilitativen Mediation basiert ebenfalls auf der bereits angeführten Idee der Freiwilligkeit. Ein Formulierungsvorschlag, wie dieses Prinzip zu Beginn der Mediation eingeführt werden kann, ist:

*„Ein weiterer Grundsatz lautet Freiwilligkeit. Sowohl Sie als auch ich haben sich aus freien Stücken zur Durchführung dieses Verfahrens entschlossen. Und wir alle haben die Gelegenheit, jederzeit aus diesem Verfahren auszu-steigen.“*⁵³³

530 Thomas Trenzcek, Aufgaben, Funktion und Kompetenzen von Mediatoren, in: Trenzcek u. a. (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, Baden-Baden 2017, S. 182, 183.

531 Thomas Trenzcek, Aufgaben, Funktion und Kompetenzen von Mediatoren, in: Trenzcek u. a. (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, Baden-Baden 2017, S. 182, 183.

532 Siehe hierzu C.III.

533 Katharina Gräfin von Schlieffen, Einführung in die Mediation, in: Haft u. a. (Hrsg.), Handbuch Mediation 2016, S. 3, 27.

Auch wenn dieser Formulierungsvorschlag einem Einführungstext entnommen ist, der zwar allgemein gehalten ist, aber wohl primär den innerstaatlichen Kontext im Blick hat, steht er doch exemplarisch für die in der faszilitativen Mediation vertretene Idee von Freiwilligkeit.⁵³⁴ Für den Legitimationsbedarf bedeutet die Vorstellung, dass die Parteien jederzeit aussteigen können, dass die Mediation keine legitimationsbedürftige Freiheitsverkürzung darzustellen scheint, sondern vielmehr eine Form der Freiheitsbetätigung. Dabei nimmt *Thomas Trenzcek* hinsichtlich dieser Idee der Freiwilligkeit eine nicht zu unterschätzende Einschränkung vor. Die Parteien nehmen nicht an der Mediation teil, weil sie hieran ein abstraktes Interesse haben. Insofern unterscheidet sich der Mediationsprozess deutlich von der Teilnahme an einer internationalen Konferenz, die etwa einem völkerrechtlichen Kodifikationsvorhaben dient. Die Parteien nehmen an der Mediation teil, weil sie einen Veränderungsdruck spüren.⁵³⁵

Dieser Veränderungsdruck erinnert stark an das Konzept des Leidensdrucks, den *Sigmund Freud* bereits 1905 als Bestandteil der Therapiemotivation ausmacht. Diese intrinsische Motivation hält er für unerlässlich für eine erfolgreiche Therapie. Externen Druck, etwa durch Familienangehörige, sich einer Therapie zu unterziehen, beschreibt er dagegen als hinderlich.⁵³⁶ Mittlerweile wurde das Konzept der Therapiemotivation in der Psychologie sukzessive um die Begriffe der Compliance und der Adhärenz ergänzt, wobei letztere definiert wird als „[d]ie Bereitschaft, an der medizinischen Behandlung einer eigenen Erkrankung aktiv und anhaltend mitzuwirken“.⁵³⁷ Zugleich besteht Uneinigkeit darüber, ob Adhärenz und

534 Zur Freiwilligkeit im internationalen Kontext *Lars Kirchhoff*, *Constructive interventions*, Alphen aan den Rijn [u.a.] 2008, S. 164, 287.

535 *Thomas Trenzcek*, *Außergerichtliches Konfliktmanagement (ADR) und Mediation: Verfahren, Prinzipien und Modelle*, in: Trenzcek u. a. (Hrsg.), *Mediation und Konfliktmanagement*, Baden-Baden 2017, S. 35, 49; ähnlich auch *Peter Röthemeyer*, *Mediation: Grundlagen, Recht, Markt*, Stuttgart 2015, S. 12.

536 *Sigmund Freud*, *Über Psychotherapie*, in: Freud (Hrsg.), *Gesammelte Werke*, Bd. V, Frankfurt am Main 1961, S. 13, 21; aktuell vgl. *Dietmar Schulte*, *Therapiemotivation: Widerstände analysieren, Therapieziele klären, Motivation fördern*, Göttingen 2015, S. 46 ff.

537 *Thomas Klauer, Wolfgang Schneider*, *Behandlungsmotivation und Indikation von Psychotherapie*, *Psychotherapeut* 61 (2016), 318, 318. Compliance wird häufig definiert als Grad „[...] in dem das Verhalten einer Person in Bezug auf die Einnahme eines Medikamentes, das Befolgen einer Diät oder die Veränderung des Lebensstils mit dem ärztlichen oder gesundheitlichen Rat korrespondiert“, siehe *R. Brian Haynes*, *Einleitung*, in: Haynes u. a. (Hrsg.), *Compliance Handbuch*, München 1986, S. 11, 12. Zu den Begriffen und ihrer Entwicklung *Christian Schäfer*, *Patientencompliance*, 2. Aufl., Wiesbaden 2017, S. 13 ff.

Compliance das Ergebnis von Therapiemotivation sind oder aber mit dieser synonym.⁵³⁸ Während sich hier eine Parallele zu Diskussionen um den Begriff der Legitimität zeigt, ist es wichtig hervorzuheben, dass die Ideen von Compliance und Adhärenz zugleich eingebettet sind in einen Diskurs der Bioethik im Allgemeinen⁵³⁹ und der Psychotherapie im Besonderen,⁵⁴⁰ welcher der Patientenautonomie eine zentrale Rolle einräumt. Betrachtet man die Prinzipien der Bioethik, so zeigt sich eine gewisse Parallelität zu den Prinzipien der Mediation.⁵⁴¹

Ohne den Unterschied von Psychotherapie und Mediation außer Acht lassen zu wollen,⁵⁴² zeigen sich doch vergleichbare Ansätze. Wenn hinsichtlich der Autonomie in der Psychotherapie die nachfolgenden Sätze geschrieben werden, so ähnelt dies doch stark den Ausführungen zur Freiwilligkeit in der Mediation.

„Das Prinzip der Autonomie fordert, den Klienten oder Patienten mit seinen Wünschen, Zielen und Lebensplänen zu respektieren, auch dann, wenn diese dem Psychotherapeuten etwa (vorerst) wenig nachvollziehbar, abwegig oder moralisch bedenklich erscheinen. [...] Zur Autonomie des Klienten/Patienten gehört z. B. die Freiheit, ein Psychotherapieangebot auch ausschlagen oder eine aufgenommene Psychotherapie auch wieder abbrechen zu können.“⁵⁴³

538 Thomas Klauer, Wolfgang Schneider, Behandlungsmotivation und Indikation von Psychotherapie, *Psychotherapeut* 61 (2016), 318, 318.

539 Tom L. Beauchamp, James F. Childress, *Principles of biomedical ethics*, 4. Aufl., New York [u.a.] 1994, S. 120 ff.

540 Jeremy Holmes, Richard Lindley, *The values of psychotherapy*, Oxford [u.a.] 1989, S. 142 („Psychotherapy matters because autonomy matters.“); Andrew Thompson, *Guide to ethical practice in psychotherapy*, New York [u.a.] 1990, S. 13 („If there is a single, overriding purpose of psychological counseling and psychotherapy, it is the promotion of Autonomy.“).

541 Ein guter Überblick zu Entstehung und Entwicklung der bioethischen Prinzipien findet sich bei Martin Hoffmann, *Dreißig Jahre Principles of Biomedical Ethics*. Ein Literaturbericht, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 63 (2009), 597–611.

542 Grundlegend Stephan Breidenbach, *Mediation*, Köln 1995, S. 139 ff.; zur Schwierigkeit der Unterscheidung Justus Heck, *Der beteiligte Unbeteiligte. Wie vermittelnde Dritte Konflikte transformieren*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 36 (2016), 58, 65 Fn. 6.

543 Renate Hutterer-Krisch, *Autonomie*, in: Stumm u. a. (Hrsg.), *Wörterbuch der Psychotherapie*, Wien [u.a.] 2007, S. 61, 62.

Trotz dieser Betonung der Autonomie und einem sich wandelnden Verhältnis von Ärzt*in und Patient*in bzw. Therapeut*in und Patient*in⁵⁴⁴ zielt Therapiemotivation schlussendlich doch auf eine empirisch erfassbare Größe ab, mit der die Wahrscheinlichkeit von Therapiebeginn und -fortsetzung sowie der Befolgung des ärztlichen oder therapeutischen Rats quantifiziert werden kann. Zugleich wird dem Zusammenhang von Therapiemotivation und Therapieerfolg nachgegangen.⁵⁴⁵ Auch wenn der zugrundeliegende Leidensdruck als intrinsischer Faktor verstanden wird, umfasst er gleichwohl mittelbar auch externe Einflüsse wie „Scham [...], die Furcht vor ökonomischen Einbußen [oder] sozialen Konsequenzen [...]“.⁵⁴⁶

In der Friedensmediation entspricht der Variablen der Therapiemotivation das von Zartman entwickelte Konzept der „ripeness“.⁵⁴⁷ Auch dabei handelt es sich um den Versuch, empirische Aussagen darüber treffen zu können, zu welchem Zeitpunkt Konfliktparteien bereit sind, sich in eine Mediation zu begeben, in einer Mediation zu verbleiben⁵⁴⁸ sowie ihren Konflikt dadurch schlussendlich erfolgreich beizulegen. Wie bei der Psychotherapie fehlen auch hierbei die Möglichkeiten vorherzusagen, wann die Zeit für Mediation reif sein wird. Das Konzept der ripeness dient vielmehr dazu, den geeigneten vom ungeeigneten Moment unterscheiden zu können. Vielfach ist der geeignete Moment jener des spieltheoretischen „mutually hurting stalemate“.⁵⁴⁹ Zartman beschreibt diesen Punkt als eine

544 Vgl. Christian Schäfer, *Patientencompliance*, 2. Aufl., Wiesbaden 2017, S. 16 f.

545 Dietmar Schulte, *Therapiemotivation: Widerstände analysieren, Therapieziele klären, Motivation fördern*, Göttingen 2015, S. 99 ff.; Thomas Klauer, Wolfgang Schneider, *Behandlungsmotivation und Indikation von Psychotherapie*, Psychotherapeut 61 (2016), 318, 322 f.

546 Thomas Klauer, Wolfgang Schneider, *Behandlungsmotivation und Indikation von Psychotherapie*, Psychotherapeut 61 (2016), 318, 319.

547 I. William Zartman, Maureen R. Berman, *The practical negotiator*, New Haven [u.a.] 1982, S. 59; I. William Zartman, *Ripe for resolution: conflict and intervention in Africa*, New York [u.a.] 1985, S. 227 ff.; I. William Zartman, *The timing of peace initiatives: Hurting stalemates and ripe moments*, Global Review of Ethnopolitics 1 (2001), 8–18; I. William Zartman, *Mediation: Ripeness and its Challenges in the Middle East*, International Negotiation 20 (2015), 479–493; siehe auch Richard N. Haass, *Ripeness and the settlement of international disputes*, Survival 30 (1988), 232–251; Christopher Mitchell, *The Right Moment: Notes on Four Models of „Ripeness“*, Paradigms 9 (1995), 38–52.

548 Colin Walch, *Rethinking Ripeness Theory: Explaining Progress and Failure in Civil War Negotiations in the Philippines and Colombia*, International Negotiation 21 (2016), 75, 77.

549 I. William Zartman, *Ripe for resolution: conflict and intervention in Africa*, New York [u.a.] 1985, S. 227 („perceived by both [...] as a hurting stalemate“);

für die Parteien nicht auszuhaltende Situation, in der diese sich sagen: „*Things can't go on like this.*“⁵⁵⁰

Es muss jedoch bedacht werden, dass es sich bei *Zartman* nicht um einen Vertreter des faszilitativen Mediationsstils handelt. Vielmehr spricht sich *Kirchhoff* dafür aus, die Kategorien *ripeness* und *mutually hurting stalemate* bei der Frage nach der Sinnhaftigkeit des Beginns einer faszilitativen Mediation außer Acht zu lassen. Faszilitative Mediation könne auch dabei helfen herauszuarbeiten, dass den Interessen der Konfliktparteien eine andere Form der Konfliktbearbeitung eher entspreche.⁵⁵¹ Diese Herangehensweise stärkt die Autonomie der Parteien bzw. nimmt sie ernst. Zugleich wendet sie sich lediglich gegen den handlungsleitenden Aspekt der *ripeness*, stellt jedoch nicht in Frage, dass auch bezüglich faszilitativer Mediation dadurch erkannt werden kann, wann die Parteien mit erhöhter Wahrscheinlichkeit in einen Mediationsprozess eintreten und in ihm verbleiben.

Für die Idee der Freiwilligkeit und die daraus abgeleitete Vorstellung vom fehlenden Legitimationsbedarf ist dieser Aspekt jedoch problematisch. Zum einen widersprechen sich der zumindest in Teilen inhärente Determinismus einer Idee wie der *ripeness* und die Vorstellung von Freiwilligkeit und Autonomie in der Mediation auf konzeptueller Ebene. Denn wenn über Konfliktparteien zu dem Zeitpunkt, an welchem sie in die Mediation eintreten, die Aussage getätigt werden kann, dass sie „reif“ für die Mediation sind – der auf ihnen lastenden Veränderungsdruck also dazu führt, dass sie mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr aus der Mediation aussteigen werden – dann bedeutet dieser Umstand nichts anderes, als dass die Parteien praktisch keine Wahl mehr haben. Dann haben äußere Einflüsse die interne Freiheit des Willens soweit zurückgedrängt, dass der Mensch im engeren Sinne berechenbar wird. Ganz praktisch gesehen oszilliert die Freiwilligkeit in der faszilitativen Mediation zwischen dem Änderungsdruck, der ausreicht um Bereitschaft zur Mediation zu schaffen und dem Änderungsdruck, der im Fall der *ripeness* den Ausstieg

I. William Zartman, *Mediation: Ripeness and its Challenges in the Middle East*, *International Negotiation* 20 (2015), 479, 480.

550 I. William Zartman, *Ripe for resolution: conflict and intervention in Africa*, New York [u.a.] 1985, S. 232; Frank R. Pfetsch, *Verhandeln in Konflikten: Grundlagen, Theorie, Praxis*, Wiesbaden 2006, S. 210 („ausweglose Situation“).

551 Lars Kirchhoff, *Constructive interventions*, Alphen aan den Rijn [u.a.] 2008, S. 269.

aus der Mediation immer unwahrscheinlicher macht.⁵⁵² Der beschriebene Änderungsdruck wird keineswegs geringer durch den Umstand, dass es in der Friedensmediation regelmäßig nicht nur darum geht, ein Gerichtsverfahren zu vermeiden oder die wirtschaftlichen Nachteile eines anhaltenden Konflikts abzuwenden, sondern primär darum, einen bewaffneten Konflikt zu vermeiden oder zu beenden – oder aber einer militärischen Niederlage zuvorzukommen. Solange sich aus diesen Umständen kein fundamentales Machtungleichgewicht zwischen den Parteien entwickelt,⁵⁵³ stellen sie sich für das Mediationsverfahren an sich als mehr oder weniger unproblematisch dar. Für die Frage nach dem Legitimationsbedarf reduziert es jedoch den Erklärungswert des Verweises auf die Freiwilligkeit des Verfahrens, wenn den Akteuren letztlich gar keine rationale Alternative zur Mediation bleibt.⁵⁵⁴

Neben diesen eher praktischen Erwägungen nährt auch die Vorstellung von einer gewissen Berechenbarkeit, wie sie der ripeness inhärent ist, die Zweifel am gleichzeitigen Fortbestand des Erklärungswerts der Freiwilligkeit. Deutlich drastischer, wenn auch nicht explizit auf die Idee der ripeness bezogen, formuliert es *Montada*:

*„Wer die Willensfreiheit des Menschen infrage stellt, wie das rezent einige Hirnforscher oder auch der Behaviorismus Mitte des letzten Jahrhunderts getan haben, hat für Mediationen nichts anzubieten. Ich wüsste nicht, wie man Mediationen nachhaltig produktiv gestalten könnte[,] ohne die Annahme der Willensfreiheit des Menschen und der Eigenverantwortung für Urteilen und Handeln [...]“*⁵⁵⁵

552 Vgl. *Thomas Trenczek*, Außergerichtliches Konfliktmanagement (ADR) und Mediation : Verfahren, Prinzipien und Modelle, in: Trenczek u. a. (Hrsg.), *Mediation und Konfliktmanagement*, Baden-Baden 2017, S. 35, 49.

553 *Felix Wendenburg*, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, Tübingen 2013, S. 14; *Roman Köper*, Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren, Berlin 2003, S. 68.

554 Zur berechtigten Skepsis gegenüber rein rationalen Erklärungsmodellen *Stefan Oeter*, Theorising the global legal order : an institutionalist perspective, in: Halpin u. a. (Hrsg.), *Theorising the global legal order*, Oxford [u.a.] 2009, S. 61, 65 f.

555 *Leo Montada*, Ist der normative Kern von Konflikten in Mediationen auszublenden oder zu fokussieren?, in: Arnold u. a. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Hannes Unberath*, München 2015, S. 325, 325 f.; fast identischer Text in *Leo Montada*, *Mediation – Anregung zur Praxis aus psychologischer Sicht*, in: Fischer u. a. (Hrsg.), *Grundlagen und Methoden der Mediation*, München 2014, S. 7, 7.

Fisher und Ury lassen die aufgeworfenen Herausforderungen dagegen bewusst unbeachtet: „*We need not enter into a philosophical debate between free will and determinism in order to decide how to act. Either we have free will or it is determined that we behave as if we do.*“⁵⁵⁶

Letztlich bleibt von diesen Erwägungen weniger das Hervortreten einer zuvor verdeckten legitimationsbedürftigen Praxis innerhalb der fasziilitativen Mediation. Vielmehr werfen sie Zweifel daran auf, dass angesichts von Berechenbarkeit, Handlungsdruck und einem Mangel an sinnvollen Alternativen die fasziilitative Mediation selbst allein durch die vor diesem Hintergrund erfolgte Teilnahme der Parteien legitimiert sein soll.

c) Verfahrensherrschaft

Nachdem bereits erörtert wurde, wie sich der Einfluss der Mediator*in auf das Ergebnis des Verfahrens auswirken kann und wieso allein die aktive Teilnahme an der Mediation noch keine hinreichende Legitimationsquelle ist, soll nun erörtert werden, welchen Einfluss die Mediator*innen innerhalb der fasziilitativen Mediation gegenüber den Parteien selbst haben.

Diesem Vorhaben stehen erneut Selbstverständnis und Selbstdarstellung fasziilitativer Mediation entgegen. Nicht nur inhaltlich, sondern letztlich auch in Bezug auf das Verfahren werden primär die Konfliktparteien fokussiert, wenn über den Einstieg in die erste Phase der Mediation geschrieben wird: „*Er [der Mediator] erklärt seine Rolle sowie die der Parteien und schildert, weswegen die Parteien als die Experten des Konflikts zu dessen Lösung aufgerufen sind.*“⁵⁵⁷ Demnach dient die Mediation „*der geordneten und professionell unterstützen Selbstevaluation der Parteien [...]*“⁵⁵⁸ Wenn auch beide Quellen stärker dem innerstaatlichen Mediationskontext entstammen, so verdeutlichen sie doch die in der dort vorherrschenden fasziilitativen Mediation suggerierte Rollenverteilung. Deutlich kritischer

⁵⁵⁶ Roger Fisher, William Ury, *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*, 2. Aufl., New York [u.a.] 1991, S. 53; Marieke Kleiboer, *The multiple realities of international mediation*, Boulder [u.a.] 1998, S. 28 f.

⁵⁵⁷ Daniel Eckstein, *Mediation und weitere alternative Konfliktlösungsinstrumente*, JuS 54 (2014), 698, 699; ähnliche Formulierungen bei Felix Wendenburg, *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, Tübingen 2013, S. 9; Al Weckert, *Monika Oboth*, *Mediation für Dummies*, 2. Aufl., Weinheim 2014, S. 34.

⁵⁵⁸ Jan C. Schuhr, *Evaluation von Fällen, Verhandlungspositionen und Verfahren: Optimierungspotentiale für Recht, Justiz und Mediation*, in: Arnold u. a. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Hannes Unberath*, München 2015, S. 395, 405.

wird dies von Peter Münte formuliert: „Die angestrebte Leistung, das Finden einer einvernehmlichen Konfliktlösung, wird mit der emanzipatorisch gefärbten Forderung, die Autonomie der Streitparteien zu stärken, an diese zurückdelegiert.“⁵⁵⁹ Angestrebt wird damit letztlich eine egalitäre Struktur, in welcher die Mediator*in eine verfahrensbezogene Dienstleistung erbringt, ohne dadurch über die Parteien gestellt zu werden. Wenn auch zuweilen die Formulierung von der Verfahrensherrschaft, -hoheit oder -kontrolle der Mediator*in verwendet wird,⁵⁶⁰ so erstreckt sich die Autonomie der Parteien letztlich auch auf das Verfahren.⁵⁶¹ Interessant ist, dass trotz der starken Betonung der Expertise der Parteien und der rein dienenden Funktion der Mediator*in, zugunsten der Mediator*in dennoch von einer egalitären Struktur ausgegangen wird. Zugleich überrascht, dass die Gefahr eines Machtungleichgewichts zwischen den Parteien sehr wohl gesehen wird, die eines Ungleichgewichts zugunsten der Mediator*in jedoch nicht. Trenczek etwa schreibt: „Ziel ist die Gestaltung eines kooperativen Diskurses, welcher [...] sich an einer ‚idealen Sprechsituation‘ (Habermas) orientiert. Freilich sind Mediatoren nicht so naiv, an die reale Existenz eines ‚Herrschaftsfreien Diskurses‘ bzw. daran zu glauben, es gebe zwischen den Parteien kein Machtungleichgewicht.“⁵⁶²

Ein Machtungleichgewicht unter den Parteien wird demnach als Hindernis auf dem Weg der Annäherung an das Leitbild der habermas'schen „idealen Sprechsituation“ gesehen, während das Gefährdungspotential, welches möglicherweise von der Mediator*in ausgeht, zumindest als so gering eingestuft wird, dass es nicht erwähnt wird.

559 Peter Münte, Professionalisierungsbedürftige Vermittlungspraxis oder Sozialtechnologie?, Zeitschrift für Rechtssoziologie 36 (2016), 29, 42.

560 Claas Schüddekopf, Zur Nachhaltigkeit einvernehmlicher Konfliktbeilegung: eine empirische Untersuchung von Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit, Berlin 2013, S. 55; Felix Wendenburg, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, Tübingen 2013, S. 140; Mario Clemens, Chancen und Grenzen interessenorientierter, fazilitativer Mediation im Kontext internationaler politischer Konflikte, in: Kriegel-Schmidt (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig: Im Spannungsfeld von Fachexpertise und Interdisziplinarität, Wiesbaden 2017, S. 201, 201; Thomas Trenczek, Aufgaben, Funktion und Kompetenzen von Mediatoren, in: Trenczek u. a. (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, Baden-Baden 2017, S. 182, 183; von Prozessverantwortung sprechend Reiner Bastinne, Konflikte klären, Probleme lösen, in: Haynes u. a. (Hrsg.), Mediation – vom Konflikt zur Lösung, Stuttgart 2014, S. 11, 20.

561 Peter Rötthemeyer, Mediation: Grundlagen, Recht, Markt, Stuttgart 2015, S. 12.

562 Thomas Trenczek, Außergerichtliches Konfliktmanagement (ADR) und Mediation: Verfahren, Prinzipien und Modelle, in: Trenczek u. a. (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, Baden-Baden 2017, S. 35, 53.

Dabei lassen sich auch in diesem Zusammenhang Parallelen zum Selbstverständnis von Therapeut*innen, insbesondere dem von Psychotherapeut*innen ziehen. Auch dort wird im Kontext des Autonomiegedankens die Patient*in zum Teil als Expert*in ihrer eigenen Gefühls- und Lebenswelt beschrieben, während die Expertise der Therapeut*in ohne jene der Patient*in nutzlos sei.⁵⁶³ Ebenso wird – zumindest innerhalb einiger Denkschulen – ein egalitäres Verhältnis zwischen Patient*in und Therapeut*in angestrebt.⁵⁶⁴ Auch außerhalb des konkreten Bereichs der Psychotherapie wird eine allgemeine Entwicklung der Beziehung zwischen Patient*in und medizinischen Dienstleistenden⁵⁶⁵ in Richtung zunehmender Egalität festgestellt.⁵⁶⁶ Schlussendlich wird von manchen auch die Beziehung zwischen Patient*in und Therapeut*in als Annäherung an eine „ideale Sprechsituation“ im habermas’schen Sinne gedeutet.⁵⁶⁷

Ähnlich wie in der Mediation wird neben diesen egalitären Deutungen und dem wiederholten Verweis auf die Autonomie als Therapieziel, einem möglichen Machtungleichgewicht zwischen Therapeut*in und Patient*in wenig bis keine explizite Aufmerksamkeit geschenkt.⁵⁶⁸ Unterschiede zwischen Mediation und Therapie zeigen sich jedoch auf der Ebene der praktischen Zugeständnisse. In Bezug auf die Mediation werden praktische Zugeständnisse an das Abweichen der „idealen Sprechsituation“ in Richtung eines Machtungleichgewichts der Parteien gemacht, wie es das vorherige Zitat von *Trenczek* verdeutlicht. Für die Therapie, die anders als die Mediation nicht zwingend eine triadische, aber mindestens eine dyadische Beziehung voraussetzt, erfolgen auch die praktischen Zugeständnisse

563 *Andrew Thompson*, Guide to ethical practice in psychotherapy, New York [u.a.] 1990, S. 19 m.w.N.

564 *Gerald Corey*, Theory and practice of counseling and psychotherapy, 9. Aufl., Belmont 2013, S. 123, 373 m.w.N.; *Dan Bloom*, Foreword, in: Brownell (Hrsg.), Gestalt therapy: a guide to contemporary practice, New York 2010, S. xi, xii; *Carl Goldberg*, Therapeutic partnership: Ethical concerns in psychotherapy, New York 1977, S. 97.

565 Das Phänomen betrifft nicht nur Ärzte, sondern die breitere Berufsgruppe der im Englischen als „medical professionals“ Bezeichneten.

566 *Christian Schäfer*, Patientencompliance, 2. Aufl., Wiesbaden 2017, S. 217 m.w.N.

567 *Bernhard Haffke*, Über den Widerspruch von Therapie und Herrschaft exemplifiziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 88 (1976), 607, 646 f.

568 *Christine Gutmann*, Freiwilligkeit und (Sozio-)Therapie – notwendige Verknüpfung oder Widerspruch?, Frankfurt am Main [u.a.] 1993, S. 110; *David Heller*, Power in psychotherapeutic practice, New York 1985, S. 13; *Andrew Thompson*, Guide to ethical practice in psychotherapy, New York [u.a.] 1990, S. 15.

innerhalb dieser dyadischen Beziehung. Dies wird deutlich, wenn *Bernhard Haffke* schreibt:

*„Emanzipierende Therapie verträgt sich nicht mit objektivierender Herrschaft — und dieser Grundsatz gilt ohne Ausnahme. Gemeint ist dagegen nicht eine pauschale Absage an Sachlichkeit und Fachlichkeit, an Überlegenheit, Führung und Zwang. Jede psychotherapeutische Arbeit wäre ohne ein Mindestmaß an Fachlichkeit und damit auch an Distanz zum Scheitern verurteilt [...]“*⁵⁶⁹

Diese Zeilen sind dahingehend sehr ehrlich, als dass sie zugestehen, dass die Therapeut*in der Patient*in überlegen ist, dass sie sie führt. Nur ist *Haffke* nicht bereit, diesen Umstand als das zu bezeichnen, was er ist: Macht. Diese Macht wird auch durch emotionale Asymmetrie geprägt. Während die Patient*in sich emotional öffnen muss, stellt sich die Situation für die Therapeut*in als mehr oder weniger alltäglicher Anwendungsfall für erlernte Methoden dar, die von ihr auch Empathie, aber vor allem emotionale Distanz verlangen.⁵⁷⁰

Je nach Therapieform, mit welcher der Vergleich angestrebt wird, sind die Konfliktparteien von der Mediator*in nicht notwendigerweise gleichermaßen emotional abhängig. Doch die Konfliktparteien in der Friedensmediation befinden sich ebenfalls in einer, auch emotional, hoch angespannten Situation. *Trina Grillo* hat diesen Umstand dahingehend herausgearbeitet, dass sie die Idee der „microlegal settings and sanctions“, welche von *Michael Reisman* entwickelt wurde,⁵⁷¹ auf das Feld der Scheidungsmediation angewendet hat.⁵⁷² Sie stellt die Mediator*in als den Akteur heraus, welcher Verstöße gegen Mikroregeln sanktioniert. Dabei thematisiert sie, wie in dieser Praxis, die vielfach gesellschaftliche Vorstellungen von „Normalität“ widerspiegelt und reproduziert, „abweichendes“

569 *Bernhard Haffke*, Über den Widerspruch von Therapie und Herrschaft exemplifiziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 88 (1976), 607, 626.

570 *Christine Gutmann*, Freiwilligkeit und (Sozio-)Therapie – notwendige Verknüpfung oder Widerspruch?, Frankfurt am Main [u.a.] 1993, S. 111; dahingehend schon in seiner Antrittsvorlesung *Michel Foucault*, Die Ordnung des Diskurses, 14. Aufl., Frankfurt am Main 2014, S. 13.

571 *Michael Reisman*, Looking, Staring and Glaring: Microlegal Systems and Public Order, Denver Journal of International Law and Policy 12 (1982), 165–182.

572 *Grillo* beschäftigt sich primär mit obligatorischer Scheidungsmediation. Der obligatorische Charakter ist jedoch für die hier übernommenen Aspekte irrelevant, vgl. *Trina Grillo*, The Mediation Alternative : Process Dangers for Women, The Yale Law Journal 100 (1991), 1545, 1550.

Verhalten sanktioniert wird.⁵⁷³ Als praktisches Beispiel hierfür lässt sich etwa ein Satz von *Trenczek* anführen, der schreibt:

„Wenn man [...] Gesprächsregeln nicht aushandeln möchte, ist zumindest der nicht oberlehrerhafte Hinweis auf die wichtigsten – unter Erwachsenen eigentlich selbstverständlichen – Kommunikationsregeln unverzichtbar (sich nicht gegenseitig unterbrechen, sich nicht beschimpfen, ...).“⁵⁷⁴

So beruft die Mediator*in sich selbst zur relevanten Instanz in der Frage, wie sich Erwachsene zu verhalten haben oder erhebt sich – weil diese Verhaltensregeln als gegeben vorausgesetzt werden – zu deren Vollstrecker*in. Genau das ist es, was sowohl *Reisman*, als auch *Grillo* unter „microlegal settings and sanctions“ verstehen. Folglich formuliert letztere die von *Trenczek* dargestellte Rolle der Mediator*in auch unter anderen Vorzeichen:

„Mediators, however, exert a great deal of power. [...] The mediator also can set the rules regarding who talks, when they may speak, and what may be said.“⁵⁷⁵

Grillo bezieht sich in ihrem Text insbesondere auf Verhaltensweisen, die als spezifisch „weiblich“ oder „nicht-weiß“ oder als Ergebnis einer intersektionellen Erfahrung wahrgenommen werden. So werde etwa Wut von Frauen vielfach als etwas Schlechtes, Irrationales, im Rahmen der Mediation Kontraproduktives dargestellt.⁵⁷⁶ Indem offen zur Schau getragene Wut als „unweiblich“ gilt, reproduziert die Mediator*in, die Wut von Frauen im Rahmen der Mediation sanktioniert, gesellschaftlich konstruierte Vorstellungen von Geschlechterrollen.⁵⁷⁷ *Grillo* stellt auch heraus, dass insbesondere die Wut nicht-weißer Frauen vielfach als illegitim angesehen wird.⁵⁷⁸ Selbst dort, wo Emotionen nicht als störend, sondern als relevan-

573 *Trina Grillo*, *The Mediation Alternative : Process Dangers for Women*, *The Yale Law Journal* 100 (1991), 1545, 1555.

574 *Thomas Trenczek*, *Ablauf und Phasen einer Mediation : Mediationsleitfaden*, in: *Trenczek u. a. (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement*, Baden-Baden 2017, S. 291, 293.

575 *Trina Grillo*, *The Mediation Alternative : Process Dangers for Women*, *The Yale Law Journal* 100 (1991), 1545, 1585.

576 *Trina Grillo*, *The Mediation Alternative : Process Dangers for Women*, *The Yale Law Journal* 100 (1991), 1545, 1555, 1572.

577 *Trina Grillo*, *The Mediation Alternative : Process Dangers for Women*, *The Yale Law Journal* 100 (1991), 1545, 1555, 1576, 1578.

578 *Trina Grillo*, *The Mediation Alternative : Process Dangers for Women*, *The Yale Law Journal* 100 (1991), 1545, 1580 f.

ter Teil des Mediationsprozesses gelten, wird Wut lediglich als etwas verstanden, dem Luft gemacht („vented“) werden muss und damit nicht ernst genug genommen wird in ihrem Beitrag zu Klärung und Emanzipation.⁵⁷⁹

Im ersten Zugriff könnten *Grillos* Ausführungen für die hier behandelte Frage der Friedensmediation als irrelevant oder nicht übertragbar abgetan werden. In der Scheidungsmediation geht es regelmäßig um einen sehr persönlichen Konflikt zwischen den Parteien der Mediation. Dabei schafft auch die hohe emotionale Bedeutung des Konflikts den Spielraum für die Mikrosanktionen durch die Mediator*in. In der Friedensmediation hingegen wird idealtypisch stellvertretend für einen der kollektiven Konfliktakteure verhandelt. In Abgrenzung zu der Scheidungsmediation könnte diesem Setting ein geringeres Maß an emotionaler Verletzbarkeit unterstellt werden, sodass für Mikrosanktionen weniger Raum ist. Allerdings kann die persönliche Beziehung zwischen den Parteien auch in der Friedensmediation zentraler Gegenstand der Mediation sein, wie der Konflikt im Südsudan gezeigt hat.⁵⁸⁰ Gerade bewaffnete Konflikte können vielfach mit starken Emotionen und Wut verbunden sein.⁵⁸¹ Auch bei innerstaatlichen Konflikten spielen die Wut und die Emotionen „auf der Straße“ oft eine große Rolle, wie etwa 2009 auf Madagaskar.⁵⁸² Zugleich sind andere zwischenstaatliche Konflikte massiv emotional aufgeladen. Beispielhaft fungierte Algerien während der Geiselnahme in der Teheraner Botschaft als verdeckter Mediator*in und „cool screen“, da die von iranischer Seite empfundenen Verletzungen durch die USA eine direkte Mediation nicht zuließen.⁵⁸³ Darüber hinaus spielen starke kollektive Emotionen eine wesentliche Rolle bei lang anhaltenden, zuweilen schwelenden Konflikten.⁵⁸⁴

579 *Trina Grillo*, The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, *The Yale Law Journal* 100 (1991), 1545, 1575.

580 *Zach Vertin*, A Poisoned Well: Lessons in Mediation from South Sudan's Troubled Peace Process, New York 2018, S. 13, 17.

581 Vgl. *T. H. Pear*, The psychological study of tension and conflict, in: *The International Sociological Association* (Hrsg.), *The nature of conflict*, Paris 1957, S. 118, 123; allgemeiner bzgl der Konfliktintensität *Jacob Bercovitch*, Mediation and conflict resolution, in: *Bercovitch u. a. (Hrsg.), The Sage handbook of conflict resolution*, London 2011, S. 340, 348.

582 *Siphamandla Zondi, Busisiwe Khaba*, The Madagascar Crisis, *SADC Mediation and the Changing Indian Oceanic Order*, *Africa Insight* 43 (2014), 1, 9.

583 *Randa M. Slim*, Small-State Mediation in International Relations, in: *Bercovitch u. a. (Hrsg.), Mediation in international relations: multiple approaches to conflict management*, New York 1992, S. 206, 222.

584 *Daniel Bar-Tal*, Sociopsychological Foundations of Intractable Conflicts, *American Behavioral Scientist* 50 (2007), 1430, 1446; bzgl des Nahostkonflikts *Roger*

Ursprung und Intensität von Emotionen in der Friedensmediation werden überdeutlich, wenn *Harold Saunders* schreibt: „[...] *Mediators*] may be faced with groups who harbor decades if not centuries of anger, pain, and grievance toward each other, have been killing each other, have occupied the other's land, have desecrated historic and personal shrines or monuments.“⁵⁸⁵ Dabei bedient auch er sich der von *Grillo* kritisierten Idee, dass der Wut Luft gemacht werden muss. Zugleich betont er jedoch den klärenden, produktiven und erkenntnisgenerierenden Charakter ausgelebter Wut.⁵⁸⁶ Auch *Herbert Kelman* betont Wut und andere starke Emotionen als Ausgangspunkt der Explorationsphase.⁵⁸⁷ Neben all diesen Beispielen liegt es nahe, dass gerade die von *Grillo* herausgearbeiteten gesellschaftlichen Normalvorstellungen dazu führen, vermeintlich „männlich“ besetzte Felder, wie bewaffnete Konflikte oder Diplomatie, als weniger emotional wahrzunehmen oder aber die dort stattfindende Emotionalität deutlich positiver zu konnotieren.⁵⁸⁸

Unterstellt man damit, dass auch in der faszilitativen Friedensmediation Raum für Mikrosanktionen ist, so stellt sich die Frage, wie diese aussehen könnten. Es ist die Frage, ob der Legitimationsbedarf nicht nur potentiell, sondern tatsächlich gegeben ist. Hinsichtlich einiger Autor*innen wurde bereits gezeigt, dass diese Wut und andere starke Emotionen für hinderlich und kontraproduktiv halten. Schon *Oran Young* schrieb von den „*problems [...] around the emotional field of the crisis*“, von den „*emotional and nonrational reactions on the part of the participants*“ und davon, wie sich diese

Fisher, William Ury, Getting to yes: negotiating agreement without giving in, 2. Aufl., New York [u.a.] 1991, S. 30.

585 *Harold H. Saunders*, Dialogue as a process for transforming relationships, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), The Sage handbook of conflict resolution, London 2011, S. 376, 379.

586 *Harold H. Saunders*, Dialogue as a process for transforming relationships, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), The Sage handbook of conflict resolution, London 2011, S. 376, 386 f.

587 *Herbert C. Kelman*, Informal Mediation by the Scholar / Practitioner, in: Bercovitch u. a. (Hrsg.), Mediation in international relations: multiple approaches to conflict management, New York 1992, S. 64, 79.

588 *Hilary Charlesworth, Christine Chinkin, Shelley Wright*, Feminist Approaches to International Law, AJIL 85 (1991), 613, 617, 625; *Karin Aggestam, Ann E. Towns*, Conclusion: The Quest for Gender Justice in Diplomacy, in: Aggestam u. a. (Hrsg.), Gendering Diplomacy and International Negotiation, Cham 2018, S. 277, 286.

Emotionen negativ auf die Konfliktlösung auswirken.⁵⁸⁹ Auch fast 50 Jahre danach hat sich hieran wenig geändert, wenn *Richard Wagner* schreibt:

*„Sarcasm, humiliation, and anger, for example, are all acts that tend to reward one party and punish the other. The mediator's control of the process allows him or her to monitor and minimize such occurrences.“*⁵⁹⁰

Diese Kontrolle ist es, mit welcher die Mediator*in in der faszilitativen Friedensmediation Einfluss auf die Parteien nimmt. Sie entscheidet, welches Kommunikationsverhalten zulässig ist und welches nicht. Hierfür bedarf es angesichts des Settings auch keiner weitgehenden Durchsetzungsmechanismen, schließlich ist die Mediator*in qua Definition und Selbstverständnis der faszilitativen Mediation für das Verfahren zuständig. Genauso, wie im Bereich der Scheidungsmediation sozial generierte Vorstellung vorherrschen und reproduziert werden, wie etwa Frauen sich zu verhalten haben, existieren auch im Bereich der Diplomatie, zu dem die Friedensmediation regelmäßig gehört, verfestigte Vorstellungen von sozialadäquatem Verhalten. Diese Vorstellungen können sich ebenfalls auf Genderrollen beziehen.⁵⁹¹ Ebenso kann es zivilgesellschaftliche Akteure betreffen, an deren Rolle und Beteiligung im Mediationsverfahren bestimmte Erwartungen gestellt werden. Auch hier stellt sich die Frage, was wie gesagt werden kann. Diese Problematik lässt sich entlang sozialer Kategorien wie Klasse, Religion, Alter, Bildungsgrad, ethnischer oder kultureller Zugehörigkeit, sexueller Orientierung und darüber hinaus ausweiten.⁵⁹² Indem die Mediator*in – beeinflusst durch diese Kategorien – im Mediationsverfahren entscheidet, wer wie sein darf und ein Abweichen durch Ermahnung und verbale oder nonverbale Missbilligung sanktioniert, perpetuiert sie die in diesen Kategorien enthaltenen Machtverhältnisse. Hierin liegt ein Legitimationsbedarf begründet, der alle Mediationsstile betrifft, aber eben auch vor faszilitativer Mediation keinen Halt macht.

589 Oran R. Young, *The intermediaries: third parties in international crisis*, Princeton 1967, S. 33.

590 Richard V. Wagner, *Mediation, Psychological Aspects of.*, in: Young (Hrsg.), *The Oxford international encyclopedia of peace*, Bd. III, Oxford 2010, S. 8, 10.

591 Karin Aggestam/ Ann E Towns, *Introduction: The Study of Gender, Diplomacy and Negotiation*, in: Aggestam u. a. (Hrsg.), *Gendering Diplomacy and International Negotiation*, Cham 2018, S. 1, 11.

592 Michael Reisman, *Looking, Staring and Glaring: Microlegal Systems and Public Order*, *Denver Journal of International Law and Policy* 12 (1982), 165, 172.

Wichtig ist, dass an dieser Stelle nicht pauschal allen Mediator*innen ein Mangel an entsprechender Sensibilität unterstellt wird. Vielmehr stellt *Reisman* heraus, seien sich Akteure innerhalb mikrolegaler Systeme weder ihrer Rolle als Entscheider*innen, noch der als Sanktionsinstanz bewusst. Zudem seien die zugrundeliegenden Normen auf einer fast unterbewussten Ebene angesiedelt.⁵⁹³ Hierin mag der Grund dafür gesehen werden, wenn *Grillo* feststellt: „*The power of the mediator is not always openly acknowledged but is hidden beneath protestations that the process belongs to the parties.*“⁵⁹⁴ Damit schließt sich zum einen der Kreis hinsichtlich des zuvor angestrebten Vergleichs mit der verdeckten Macht innerhalb der Therapeut*innen-Patient*innen-Beziehung⁵⁹⁵ und zum anderen liegt darin auch ein Erklärungsansatz für die beinahe übermäßige Betonung der Rolle der Parteien, wie sie auch im Rahmen der Power Mediation zu finden ist.⁵⁹⁶ Vor allem aber zeigt sich damit abschließend, wieso auch fasziilitative Friedensmediation verfahrensbezogenen Legitimationsbedarf generiert.

III. Materieller Legitimationsbedarf: Freiheitsverkürzung durch den Mediationsprozess

Im vorangegangenen Abschnitt wurde dargelegt, inwieweit sich einerseits das Verfahren der Mediation von einer ausschließlich zwischen den Konfliktparteien stattfindenden Verhandlungssituation unterscheidet und andererseits dieser Umstand Legitimationsfragen aufwirft. Dabei wurde zum einen das Verfahren als solches, in all seinen unterschiedlichen Ausprägungen zum Gegenstand der Erörterung gemacht. Zum anderen lässt sich

593 *Michael Reisman*, Looking, Staring and Glaring: Microlegal Systems and Public Order, *Denver Journal of International Law and Politics* 12 (1982), 165, 175 f.

594 *Trina Grillo*, The Mediation Alternative : Process Dangers for Women, *The Yale Law Journal* 100 (1991), 1545, 1585.

595 *Andrew Thompson*, Guide to ethical practice in psychotherapy, New York [u.a.] 1990, S. 15.

596 *I. William Zartman*, *Saadia Touval*, International mediation, in: Crocker u. a. (Hrsg.), *Leashing the dogs of war*, Washington, D.C. 2007, S. 437, 447; *Laurie Nathan*, The Mandate Effect, *Peace & Change* 43 (2018), 318, 330; Anonymes Praktiker*innenzitat in *Sara Hellmüller*, *Julia Palmiano Federer*, *Mathias Zeller*, The Role of Norms in International Peace Mediation, swisspeace; NOREF, Bern 2015, S. 12 („[Norm advocates] imagine that we are in control as the mediators, rather than the parties being in control, they think that we can put the stuff in the agreement regardless if the parties want it or not. It is a complete misunderstanding of mediation.“).

das Verfahren schwerlich vom Akteur der Mediator*in trennen, welche dieses Verfahren ermöglicht. Ohne Mediator*in kann es keine Mediation geben. Zugleich geht es in dieser Arbeit abseits konkreter Beispiele nicht um die konkreten Akteure, welche die Rolle der Mediator*in einnehmen. Die Legitimationsfrage bezieht sich daher nicht etwa auf Deutschland als Mediator*in, sondern auf Mediator*innen und die von ihnen ermöglichte Mediation auf einer abstrakten Ebene. Dabei wird keinesfalls negiert, dass es auch die Konfliktparteien sind, die sich gegenseitig, je nach Verhandlungsmacht, erhebliche Zugeständnisse abringen.

Nachfolgend soll gezeigt werden, dass neben den Beschränkungen, welche die am Mediationsprozess unmittelbar beteiligten Akteure einander abringen, auch die Freiheit Dritter durch das Mediationsergebnis betroffen sein kann und damit Legitimationsbedarf schafft. Insoweit ist es nicht die Mediator*in, die gegenüber den Parteien oder einer der Parteien auftritt, oder eine der Parteien gegenüber einer der anderen, sondern sind es vielmehr die aktiven (oder primären) Mediationsakteure, welche auf die Freiheit Dritter einwirken. Darüber hinaus kann diese Einwirkung auf die Freiheit Dritter auch das Ergebnis einer der im vorherigen Abschnitt dargestellten, prozessbezogenen Einflussmöglichkeiten einzelner unmittelbar an der Mediation beteiligter Akteure sein. In diesem Fall verschränken sich zwei legitimationsbedürftige Praktiken, indem zum einen die Freiheit der anderen unmittelbar beteiligten Akteure in der Mediation betroffen ist und zum anderen die Freiheit Dritter durch das hierdurch herbeigeführte Mediationsergebnis berührt wird.

Bei den in Bezug genommenen Dritten kann es sich um „klassische“ Völkerrechtssubjekte wie Staaten handeln. Zugleich betrifft die Mediation regelmäßig substaatliche Akteure, wie Gruppen oder auch Menschen als Individuen. Aus völkerrechtlicher Sicht stellen die beiden zuletzt genannten Akteure üblicher Weise nur eine bedingte Legitimationsfrage an staatliches Handeln. Ihre Freiheitsbetätigung wird durch „ihren“ Staat im Rahmen der Mediation gemittelt, ohne dass es diesbezüglich aus völkerrechtlicher Sicht des Nachweises eines tatsächlichen Legitimationsverhältnisses zwischen Staat und substaatlichem Akteur bedürfte.

Die hier eingenommene Perspektive fragt jedoch zum einen noch nicht nach der Legitimation eines Handelns, sondern in einem ersten Schritt danach, ob ein gewisses Handeln überhaupt legitimationsbedürftig ist. Erst im folgenden Abschnitt wird der Frage nachgegangen, wie und ob die unterschiedlichen Freiheitsverkürzungen durch die und in der Media-

tion legitimiert werden können.⁵⁹⁷ Zugleich wird nicht verkannt, dass die Unterscheidung zwischen einer legitimierten Freiheitsverkürzung und einer Handlung, die nicht als Freiheitsverkürzung beschrieben wird, weil sie – untechnisch verstanden – als legitim angesehen wird, nur schwerlich trennscharf vorgenommen werden kann. Diesem Umstand sowie der rechtswissenschaftlichen Anschlussfähigkeit ist die Tatsache geschuldet, dass sich nachfolgend primär auf die Verkürzung rechtlich präeterminierter Freiheitssphären bezogen wird. Es wird nicht die Herrschaft über Menschen per se problematisiert. Dies ist zum einen bereits im Abschnitt zur Bedeutung der Legitimität angesprochen worden. Zum anderen sticht die Friedensmediation in diesem Zusammenhang nicht neben anderen Formen von Herrschaft hervor. Staaten etwa entscheiden nicht nur innerhalb der Mediation für „ihre“ Bürger*innen, sondern auch im Rahmen ihrer sonstigen Existenz. Hierbei handelt es sich zwar um legitimationsbedürftige Herrschaft, aber nicht um ein Spezifikum der Friedensmediation.

Nachfolgend werden daher Beispiele für mediationsspezifische Freiheitsverkürzungen vorgebracht, in denen die Subjektqualität und die daran anknüpfenden Freiheiten zumindest rechtlich geprägt sind, wie dies etwa bei Menschen- oder Gruppenrechten der Fall ist, aber auch im Rahmen des „klassischen“ staatszentrierten Völkerrecht vorausgesetzt wird. Dabei werden diese Beispiele von unmittelbaren über mittelbare, bis hin zu potentiellen Freiheitsverkürzungen abgeschichtet. Die Auswahl der Beispiele erfolgt dabei im Hinblick auf das Ziel der Veranschaulichung dieser Kategorien und ihrer Wirkungsweisen. Sie beansprucht jedoch keine darüber hinausgehende empirische Erkenntnis, etwa über Regelmäßigkeiten oder geografische Verteilung, sondern soll die möglichen Konsequenzen der Ergebnisse von Friedensmediation für Betroffene verdeutlichen.

1. Unmittelbare Verkürzungen

a) Verfassungsänderung und Verfassungsgebung

Friedensverhandlungen im Allgemeinen und Mediation im Besonderen sind Orte der Verfassungspolitik. In ihnen wird über neue Verfassungen, Verfassungsänderungen, Verfassungsgebungs- und Verfassungsänderungs-

⁵⁹⁷ Siehe hierzu D.

prozesse sowie Übergangsverfassungen verhandelt.⁵⁹⁸ Zudem können Friedensvereinbarungen selbst in Teilen Verfassungsrang haben oder gar „Über“-Verfassungen sein, die der eigentlichen Verfassung normativ übergeordnet sind.⁵⁹⁹ Jedoch wird dieser Umstand im Gegensatz zu Diskursen um Demokratieförderung und andere – unter dem Sammelbegriff „liberal peace“ kritisierte – Ansätze vielfach als primär technischer Aspekt missverstanden.⁶⁰⁰ Während Demokratieförderung als politischer Akt eingestuft wird, welcher gegebenenfalls der Legitimation bedurft hätte, handelt es sich bei vielen Verfassungsfragen um rechtliche Akte, deren rein technischer Charakter letztlich keinen Legitimationsbedarf nach sich zu ziehen scheint.⁶⁰¹

Aus dieser Wahrnehmung lässt sich schwer erklären, wieso das Verhandeln von Verfassungsfragen im Rahmen der Mediation den Legitimationsbedarf dieses Verfahrens gegebenenfalls mitbegründen soll. Begriffe wie „*constitutional engineering*“,⁶⁰² aber vor allem „*constitutional design*“⁶⁰³

598 Andrew G. Reiter, *Fighting Over Peace: Spoilers, Peace Agreements, and the Strategic Use of Violence*, Cham 2016, S. 124; zu Übergangsverfassungen siehe Charmaine Rodrigues, *Letting off steam: Interim constitutions as a safety valve to the pressure-cooker of transitions in conflict-affected states?*, *Global Constitutionalism* 6 (2017), 33, 38.

599 Bezogen auf das sudanesishe Comprehensive Peace Agreement (CPA) Philipp Dann, Zaid Al-Ali, *The Internationalized Pouvoir Constituant*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 10 (2006), 423, 448.

600 Christine Bell, *Introduction: Bargaining on constitutions – Political settlements and constitutional state-building*, *Global Constitutionalism* 6 (2017), 13, 30 („[...] there is a need for development actors to move from a technical understanding of constitutions, to an understanding of the process dimensions of constitutions capable of seeing their relationship to politics and to controversies over the nature of the state and its capacity for inclusion.“).

601 Beispielhaft Max-Planck Arbeitsgruppe Globaler Wissenstransfer, *Zehn Jahre Globaler Wissenstransfer: Projekte und Forschung 2002 – 2012*, 2012, <http://www.mpil.de/files/pdf3/MPIL_Globaler_Wissenstransfer_2002-2012.pdf>, Stand 13.03.2019, S. 38 („Mit Unterstützung eines Teams international renommierter Mediatoren [...] konzentrierten sich die [...] Diskussionen auf rein technische Änderungen der ICSS. Verfassungsänderungen, deren Umsetzung politische Entscheidungen voraussetzen, wurden bewusst aus den Diskussionen ausgeklammert, da diese den Kompetenzrahmen des Forums überschritten hätten.“).

602 Giovanni Sartori, *Comparative constitutional engineering: an inquiry into structures, incentives and outcomes*, Houndmills 1994.

603 Andrew Reynolds (Hrsg.) *The architecture of democracy: constitutional design, conflict management, and democracy*, Oxford [u.a.] 2002; Sujit Choudhry (Hrsg.) *Constitutional Design for Divided Societies*, Oxford 2008.

verdeutlichen diese Problematik. Greift man an dieser Stelle Design als Metapher auf,⁶⁰⁴ so bringt die dabei mitschwingende Idee von „*form follows function*“⁶⁰⁵ den Vorrang technischer Praktikabilität gegenüber Politik oder Ästhetik zum Ausdruck, der dem Begriff Engineering bereits gänzlich inhärent ist. Auf die Frage, was eine rechtstechnisch sinnvolle Verfassungskonzeption ist, scheint es Antworten zu geben, die gegebenenfalls fachlich umstritten sind, an deren letztgültiger Beantwortbarkeit aber kein Zweifel zu bestehen scheint.⁶⁰⁶ Das Ziel von constitutional design und ähnlichen Prozessen ist damit nicht lediglich eine gute, sondern, die eine richtige Verfassung zu finden. Allein der verbleibende Gestaltungsspielraum kann dann durch Politik ausgefüllt werden. Entgegen aller Beteuerungen maßgeschneiderter Lösungen für Post-Konflikt Situationen zeigt der Vorwurf sich wiederholender, vorgefertigter Entwürfe,⁶⁰⁷ dass das metaphorische Design einhergeht mit konstitutioneller Konfektionsware, welche – bloß scheinbar individuell – zum Konsumgut geworden ist.⁶⁰⁸

Problematisch ist daran, dass dieser Umstand wiederum mit einer anderen, deutlich idealisierten Erzählung kollidiert, die nach Selbstermächtigung, Kollektivität und Aufbruch klingt:

604 Ebenso metaphorisch von „macro institutional rules, the clay for constitutional designers“ sprechend *Katharine Belmont, Scott Mainwaring u. a.*, Introduction: Institutional Design, Conflict Management, and Democracy Katharine, in: Reynolds (Hrsg.), *The architecture of democracy : constitutional design, conflict management, and democracy*, Oxford 2002, S. 1, 1.

605 *Louis H. Sullivan*, The tall office building artistically considered, Lippincott's (1896), 403, 408 („form ever follows function, and this is the law.“); vgl. *Earle Loran*, Introduction, in: Small (Hrsg.), *Form and function : remarks on art, design and architecture by Horatio Greenough*, Berkeley 1947, S. xiii, xiii ff.

606 Vgl. kritisch *Theodore L. Becker*, Book Review: Comparative Constitutional Engineering, *Legal Studies Forum* 19 (1995), 223, 223, 225.

607 *Christine Bell*, Introduction: Bargaining on constitutions – Political settlements and constitutional state-building, *Global Constitutionalism* 6 (2017), 13, 31.

608 Folgerichtig von „products“, „buyers“, „suppliers“ und „competition“ sprechend *Tom Ginsburg*, Constitutional Advice and Transnational Legal Order, *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law* 2 (2017), 101, 29 f. Ergebnis dieser Prozesse ist zudem regelmäßig eine marktkonforme Verfassung, vgl. *Philipp Dann, Zaid Al-Ali*, The Internationalized Pouvoir Constituant, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 10 (2006), 423, 457 Fn. 100; *Ian Taylor*, Liberal Peace, Liberal Imperialism: a Gramscian Critique, in: Richmond (Hrsg.), *Advances in Peacebuilding*, New York 2010, S. 154, 159, 164 f.

*„In the point of rupture between the old regime and the new, the embarkation upon constitutional and transitional justice processes provides an important milestone in a community's history.“*⁶⁰⁹

*„No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. For every constitution there is an epic [...]“.“*⁶¹⁰

Als Gründungsmythos eignen sich jedoch weder die vielfach in anderen Staaten oder gar auf anderen Kontinenten stattfindenden Mediationsprozesse, die, zuweilen unter Ausschluss der Öffentlichkeit, zwischen den Konfliktparteien stattfinden, noch davon ausgelagerte Expertengespräche. *Christine Bell* formuliert es treffend, wenn sie von einem Abhandenkommen des „We, the people“-Moments der Verfassungsgebung spricht.⁶¹¹ *Simon Chesterman*, der bereits vor ihr den Wandel von dieser Formel der Selbstermächtigung und -konstituierung hin zum fremdermächtigten „You, the people“ thematisierte, verdeutlicht anhand des Verfassungsgebungsprozesses auf Fidschi, dass wichtiger als die rechtstechnisch perfekte Lösung eine Gefühl von „ownership“ ist.⁶¹²

Die so bezeichnete Problematik lässt sich grob in zwei Stränge aufteilen. In einem Fall erfolgt Verfassungsgebung von außen. Im anderen erfolgt sie von oben. Ein bekanntes Beispiel für den ersten Fall ist die Verfassung Bosnien-Herzegowinas, die als Anhang des Friedensvertrags von Dayton⁶¹³ ohne die eigentliche *pouvoir constituant* zustande kam.⁶¹⁴ Ein weiteres historisches Beispiel, dessen Folgen sich bis in die Gegenwart erstrecken, ist die Verfassung Zyperns.⁶¹⁵ Diese war 1959 in Zürich zwischen der Türkei

609 *Juan E. Méndez*, *Constitutionalism and Transitional Justice*, in: Rosenfeld u. a. (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford [u.a.] 2012, S. 1270, 1285 f.

610 *Robert Cover*, *The Supreme Court 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative*, *Harvard Law Review* 97 (1983), 4, 4.

611 *Christine Bell*, *Introduction: Bargaining on constitutions – Political settlements and constitutional state-building*, *Global Constitutionalism* 6 (2017), 13, 21.

612 *Simon Chesterman*, *You, the People: The United Nations, Transitional Administration, and State-Building*, Oxford, New York 2004, S. 211, 214.

613 *General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (Dayton Agreement)*, 21.11.1995, A/50/790, S/1995/999, ILM 35 (1996), S. 75 ff.; <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_951121_DaytonAgreement.pdf>, Stand 20.02.2021.

614 *Philipp Dann, Zaid Al-Ali*, *The Internationalized Pouvoir Constituant*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 10 (2006), 423, 429.

615 *Oliver P. Richmond*, *Failed statebuilding*, New Haven [u.a.] 2014, S. 14.

und Griechenland verhandelt worden, um die Entlassung in die Unabhängigkeit durch Großbritannien vorzubereiten. Erst im Anschluss wurden je ein Vertreter der griechischen und der türkischen Zypriot*innen zu einer Konferenz nach London eingeladen, auf der ihnen die Ergebnisse der Züricher Verhandlungen zur Unterzeichnung vorgelegt wurden.⁶¹⁶ Eine Aufforderung, der sie dem Vernehmen nach lediglich zögerlich nachkamen.⁶¹⁷ Abseits dieser Extrembeispiele findet Verfassungsgebung in Post-Konfliktsituationen regelmäßig unter internationalem Einfluss statt, sei es durch NGOs, Expertengruppen, internationale Organisationen oder einzelne Staaten. Wenn diesbezüglich von „geteilter“ *pouvoir constituant* gesprochen wird,⁶¹⁸ veranschaulicht dies zwar den tatsächlichen Vorgang, gerät aber dennoch zu einem Euphemismus, indem dieser Vorgang als positiv konnotiert und freiwillig dargestellt wird.

Im zweiten Fall, der Verfassungsgebung von oben, zeigt sich eine „*constitution as reflecting an elite ‚dirty deal‘*“.⁶¹⁹ In diesen Fällen spiegelt der verfassungsrelevante Teil der Friedensvereinbarungen gerade nicht den zuvor zitierten kollektiven und emanzipatorischen Neuanfang wider, sondern dient zumindest in Teilen jenen Interessen, die zuvor bereits mit gewaltsamen Mitteln verfolgt wurden.⁶²⁰

Sowohl Verfassungsgebung von oben, als auch von außen stellt eine Abweichung vom vermeintlichen „Normalfall“ dar. Ideengeschichtlich,⁶²¹

616 Nicolas D. Macris, Introduction, in: Macris (Hrsg.), *The 1960 treaties on Cyprus and selected subsequent acts*, Mannheim [u.a.] 2003, S. 9, 11.

617 Altana Filos, *The Historical Development of the Legal System of Cyprus*, *Rechtstheorie* 34 (2003), 15, 25.

618 Philipp Dann, Zaid Al-Ali, *The Internationalized Pouvoir Constituant*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 10 (2006), 423, 430 („[...] the *pouvoir constituant* is neither entirely surrendered nor is it kept entirely intact. Instead, control over the constitutional process is shared.“).

619 Christine Bell, Introduction: Bargaining on constitutions – Political settlements and constitutional state-building, *Global Constitutionalism* 6 (2017), 13, 22.

620 Christine Bell, *Peace agreements: their nature and legal status*, *AJIL* 100 (2006), 373, 399; Hallie Ludsin, *Peacemaking and Constitution-Drafting: A Dysfunctional Marriage?*, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 33 (2011), 239, 277.

621 Statt vieler Martin Loughlin, Neil Walker, Introduction, in: Loughlin u. a. (Hrsg.), *The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*, Oxford [u.a.] 2007, S. 1, 1; für eine Perspektive des Globalen Südens siehe Siba Grovogui, *A Revolution Nonetheless: The Global South in International Relations*, *The Global South* 5 (2011), 175, 186.

wie auch rechtlich,⁶²² handelt es sich bei Verfassungsgebung um ein Recht, das dem Volk zugeschrieben wird.⁶²³ Mediationsprozesse weichen von diesem „Normalfall“ ab, da sie selbst bei einer inklusiven Ausgestaltung den Schwerpunkt auf die Beilegung des Konflikts zwischen den individuellen Parteien legen und nicht auf einen gesamtgesellschaftlichen Rekonstituierungsprozess.⁶²⁴ Mediationsprozesse bieten den Konfliktparteien definitionsgemäß einen privilegierten Zugang zur Lösung ihres eigenen Konflikts. Dieser besteht auch dann noch, wenn die Parteien zur Beilegung des Konflikts auf die, ihnen in jedem Fall nicht alleinig zustehende, verfassungsgebende Gewalt zugreifen.

Beispielhaft für die Art und Weise wie Mediationsprozesse zu Verfassungsgebungsprozessen werden können und dadurch auch spätere Verfassungsgebungs- und Verfassungsänderungsprozesse beeinflussen, ist der Prozess, der 2005 zum Comprehensive Peace Agreement (CPA)⁶²⁵ im Sudan führte und schlussendlich 2011 die Unabhängigkeit des Südsudans ermöglichte. An der Verhandlung des CPA waren als Parteien lediglich die beiden Konfliktparteien der sudanesischen Zentralregierung auf der einen Seite und der *Sudan People's Liberation Movement* (SPLM) auf der anderen Seite vertreten. Auch wenn das CPA keine Verfassungsnormen im eigentlichen Sinne enthielt, sondern lediglich den Prozess anstoßen sollte, der zur Interim National Constitution (INC) führen sollte, so handelte es sich doch, wie *Philipp Dann* und *Zaid Al-Ali* schreiben, um eine „Über“-Verfassung, der die Vertragsparteien in Art. 2.12.5 des zweiten Kapitels des CPA eine rechtliche Vorrangstellung gegenüber der zu entwerfenden INC

622 Human Right Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, S. 4; vgl. dazu *Rüdiger Wolfrum*, Legitimacy of Constitution-making Processes: Reflections from the Perspective of International Law, in: Grote u. a. (Hrsg.), *Constitutionalism, human rights, and Islam after the Arab spring*, Oxford 2016, S. 43, 47 f.

623 Zur Frage was darunter zwischen demos und ethnos ideengeschichtlich zu verstehen ist, siehe *Ulrich K. Preuss*, Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Power and the Constitution, in: Rosenfeld (Hrsg.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, Durham 1994, S. 143, 149 ff.

624 *Hallie Ludsins*, Peacemaking and Constitution-Drafting: A Dysfunctional Marriage', *University of Pennsylvania Journal of International Law* 33 (2011), 239, 275.

625 The Comprehensive Peace Agreement Between The Government of The Republic of The Sudan and The Sudan People's Liberation Movement/Sudan People's Liberation Army (2005), <[https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_060000_The Comprehensive Peace Agreement.pdf](https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_060000_The%20Comprehensive%20Peace%20Agreement.pdf)>, Stand 07.07.2019.

einräumen.⁶²⁶ Zudem sollte die inhaltliche Vorwegnahme der INC durch die verfassungsbezogenen Bestandteile der CPS nicht unterschätzt werden. Insoweit beinhaltet die CPA zwar formal keine Verfassungsnormen, wohl aber materiell. Der Einwand, dass damit lediglich Einfluss auf eine Übergangsverfassung genommen wurde,⁶²⁷ die im Sinne eines Zwei-Phasen-Modells der Verfassungsgebung die Selbstbestimmung erst ermöglichen soll,⁶²⁸ ignoriert, dass sich ein mit dem Label der Übergangsverfassung versehenes Dokument gleichwohl verstetigen kann.⁶²⁹ Diese allgemeine Erkenntnis verdeutlicht auch die bundesdeutsche Erfahrung mit dem dauerhaften Provisorium des Grundgesetzes.⁶³⁰ Zugleich wurde im Vorwege der Verhandlungen zum Südsudan durchaus die Möglichkeit erkannt, dass die durch das CPA prädeterminierte Übergangsverfassung im Falle eines Verbleibs des Südens als dauerhafte Verfassung eines gesamtudanesischen Bundesstaates fungieren könnte.⁶³¹ Auch nach der Unabhängigkeit des Südsudans blieb der Sudan bei der Übergangsverfassung, welche mit einigen Änderungen bis zur Verfassungserklärung vom August 2019 im Zuge der sudanesischen Revolution in Kraft blieb.⁶³²

626 Philipp Dann, Zaid Al-Ali, *The Internationalized Pouvoir Constituant*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 10 (2006), 423, 448.

627 Rüdiger Wolfrum, *Legitimacy of Constitution-making Processes: Reflections from the Perspective of International Law*, in: Grote u. a. (Hrsg.), *Constitutionalism, human rights, and Islam after the Arab spring*, 2016, S. 43, 49.

628 Andrew Arato, *Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making*, *International Journal of Politics, Culture, and Society* 22 (2009), 427, 431 f.; Andrew Arato, *Post sovereign constitution making: learning and legitimacy* 2016, S. 10 f.

629 Charmaine Rodrigues, *Letting off steam: Interim constitutions as a safety valve to the pressure-cooker of transitions in conflict-affected states?*, *Global Constitutionalism* 6 (2017), 33, 56; Christine Bell, *Introduction: Bargaining on constitutions – Political settlements and constitutional state-building*, *Global Constitutionalism* 6 (2017), 13, 23.

630 Vgl. Horst Dreier, *Gilt das Grundgesetz ewig?*, München 2009, S. 79.

631 Rüdiger Wolfrum, *Föderalismus als Beitrag zur Friedenssicherung: Überlegungen zu einer Verfassung für Zypern und den Sudan*, in: Brenner u. a. (Hrsg.), *FS Badura*, Tübingen 2004, S. 1245, 1262.

632 Noha Ibrahim Abdelgabar, *International Law and Constitution Making Process: The Right to Public Participation in the Constitution Making Process in Post Referendum Sudan*, *Verfassung und Recht in Übersee* 46 (2013), 131, 131 f.; Lutz Oette/ Mohamed Abdelsalam Babiker, *Introduction*, in: Oette u. a. (Hrsg.), *Constitution-Making and Human Rights in the Sudans*, Milton 2018, S. 1, 5; International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), *Sudan Constitutional Declaration August 2019*, <<http://constitutionnet.org/vl/item/sudan-constitutional-declaration-august-2019>>, Stand 22.10.2020.

Im Rahmen der Verhandlungen, die schlussendlich zum Abschluss des CPA führten, näherten sich die Zentralregierung und die SPLM immer weiter an, sodass rückblickend das Fazit gezogen werden konnte, es handle sich schlussendlich um ein „*power-sharing agreement that excluded others*“.⁶³³ Wie weitreichend hier die Rechte unbeteiligter Dritter betroffen waren, wird anhand der im Rahmen der Verhandlungen umstrittenen Grenzgebiete der Nuba Mountains, South Blue Nile und Abyei deutlich, deren Exekutive und Legislative für die Übergangszeit nach festen Quoten zwischen Zentralregierung und SPLM aufgeteilt wurden und andere politische Kräfte ausschloss.⁶³⁴ Letztendlich ermöglichte es der Mediationsprozess sowohl der Zentralregierung in Karthum, als auch der SPLM, ihre jeweilige regionale Hegemonie abzusichern und sich dafür auch verfassungsrechtlicher Normen zu bedienen, wenn etwa der SPLM in der Übergangsphase der Erhalt einer eigenen Armee zugestanden wurde.⁶³⁵ Die so geschaffene Übermacht der SPLM im Südsudan führte letztlich auch dazu, dass die politischen Beteiligungsrechte der südsudanesischen Bevölkerung bei der Konstituierung ihres neuen Staates auf eine Ja-Nein-Abstimmung im Rahmen des Unabhängigkeitsreferendums reduziert wurde. Durch diese unterbliebene Beteiligung wurde zugleich die Grundlage für den folgenden innersüdsudanesischen Konflikt geschaffen bzw. verstärkt.⁶³⁶

Im Fall des CPA treffen zudem Verfassungsgebung von oben und Verfassungsgebung von außen zusammen. Zum einen schloss der Umstand, dass der Prozess sich primär auf die beiden Konfliktparteien konzentrierte, andere gesellschaftliche Akteure davon aus, Einfluss auf die Genese der verfassungsrelevanten Teile des CPA zu nehmen. Zugleich versuchten jedoch ausländische Akteure, ihre politischen Interessen in den Pro-

633 Øystein H. Rolandsen, A quick fix? A retrospective analysis of the Sudan Comprehensive Peace Agreement, *Review of African Political Economy* 38 (2011), 551, 559.

634 John Young, Sudan: A flawed peace process leading to a flawed peace, *Review of African Political Economy* 32 (2005), 99, 107; zu sonstigen Quotenregelungen Daniel Gruss, Katharina Diehl, A New Constitution for South Sudan, *Yearbook of Islamic & Middle Eastern Law* 16 (2010), 69, 70 f.

635 John Young, Sudan: A flawed peace process leading to a flawed peace, *Review of African Political Economy* 32 (2005), 99, 111.

636 Lotje de Vries, Mareike Schomerus, Fettered Self-determination: South Sudan's Narrowed Path to Secession, *Civil Wars* 19 (2017), 26, 41; Mark A. W. Deng, Defining the Nature and Limits of Presidential Powers in the Transitional Constitution of South Sudan: A Politically Contentious Matter for the New Nation, *Journal of African Law* 61 (2017), 23, 23 f.

zess einzubringen.⁶³⁷ So wurde der Versuch unternommen, in der religionsverfassungsrechtlichen Aufteilung zwischen dem primär animistisch und christlich geprägten Süden und dem mehrheitlich muslimischen Norden,⁶³⁸ der im Norden gelegenen Hauptstadt Khartum einen säkularisierten Sonderstatus zu verleihen. Ziel dieser Einflussnahme war demnach eine Beschwichtigung evangelikaler Einflussgruppen in den USA und in Norwegen.⁶³⁹ Auch wenn der Versuch schlussendlich nicht erfolgreich war, verdeutlicht er doch die Gestalt von Verfassungsgebung von außen.⁶⁴⁰ Ein weiteres Beispiel für äußeren Einfluss sind Expert*innenengremien, wie etwa der durch das Heidelberger Max-Planck-Institut für vergleichendes öffentliches Recht und Völkerrecht veranstaltete Heidelberg Dialogue, in dem ein erster Verfassungsentwurf erarbeitet wurde.⁶⁴¹ 2002 wurden dort Vertreter beider Konfliktparteien zusammengebracht. Sicherlich üben Expertengremien in der Regel keinen mit dem von Regierungen, Internationalen Organisationen oder NGOs vergleichbaren Druck auf die Konfliktparteien aus. Sie sind jedoch – wie zuvor bereits bezogen auf die Mediation erörtert – Orte von liquid authority bzw. theoretischer Autorität.⁶⁴² Durch das in ihnen mitgetragene Vorverständnis haben sie inhaltlichen Einfluss auf den Mediationsprozess und den darin enthaltenen

637 Øystein H. Rolandsen, A quick fix? A retrospective analysis of the Sudan Comprehensive Peace Agreement, *Review of African Political Economy* 38 (2011), 551, 560.

638 Charles Riziki Majinge, Southern Sudan and the Struggle for Self-Determination in Contemporary Africa: Examining Its Basis under International Law, *GYIL* 53 (2010), 541, 545.

639 Philipp Dann, Zaid Al-Ali, The Internationalized Pouvoir Constituant, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 10 (2006), 423, 449; zu den us-amerikanischen Hintergründen John Young, Sudan: A flawed peace process leading to a flawed peace, *Review of African Political Economy* 32 (2005), 99, 103; dazu auch Øystein H. Rolandsen, A quick fix? A retrospective analysis of the Sudan Comprehensive Peace Agreement, *Review of African Political Economy* 38 (2011), 551, 554.

640 Der IGAD Hauptmediator Lazaro Sumbeiywo soll dem amerikanischen Gesandten in diesem Zusammenhang gedroht haben, ihn zu erschießen, nachdem er erkannt hatte, dass der Prozess gegen die Interessen der Konfliktparteien gedreht worden war, siehe Harriet Martin, *Kings of Peace, Pawns of War: the untold story of peace-making*, London 2006, S. 148.

641 Max-Planck Arbeitsgruppe Globaler Wissenstransfer, Zehn Jahre Globaler Wissenstransfer: Projekte und Forschung 2002 – 2012, 2012, <http://www.mpil.de/files/pdf3/MPIL_Globaler_Wissenstransfer_2002-2012.pdf>, Stand 13.03.2019, S. 13; Philipp Dann, Zaid Al-Ali, The Internationalized Pouvoir Constituant, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 10 (2006), 423, 445.

642 Siehe hierzu C.II.2.b.

Verfassungsgebungsprozess.⁶⁴³ Dieses Vorverständnis wird deutlich, wenn Rüdiger Wolfrum, der den Heidelberg Dialogue maßgeblich gestaltet hat,⁶⁴⁴ in einem Sammelband mit dem Titel „Constitutionalism, human rights, and Islam after the Arab spring“ schreibt:

*„As far as the body of providing the first draft for a new constitution is concerned, the best way to do so is to form a constitutional drafting committee which works together with parliament, probably consisting not only of all members of a former parliament or an existing parliament or even an assembly consisting of the members of the national parliament but also of the parliaments of states in a federal system. This was the solution followed in Germany, for example.“*⁶⁴⁵

Ein derartiges Vorverständnis bei einem deutschen Rechtswissenschaftler ist weder überraschend noch per se problematisch, zieht aber doch die Frage nach sich, wieso gerade dieses Vorverständnis, oder das der anderen diversen Expert*innen Eingang in den Prozess nehmen sollte und nicht etwa ein griechisches oder pakistanisches. Insoweit idealisiert Peter Häberle zu sehr, wenn er egalitär von „*textuelle[r] und kontextuelle[r] Verfassungsvergleichung als wechselseitige[m] Lehr- und Lernprozess*“ schreibt und davon, dass „*die Verfassungsrechtler der Welt gemeinsam ein Stück universaler Gelehrtenrepublik im Zeichen des Konstitutionalismus [repräsentieren]*“.⁶⁴⁶ Zugleich veranschaulicht gerade das Heidelberger Projekt Globaler Wissenstransfer, welches als Vorhaben des MPIs begann und nunmehr in die „Max-Planck-Stiftung für Internationalen Frieden und Rechtsstaatlichkeit gemeinnützige GmbH“ überging und dabei etwa mit Mitteln des UNDP, der Konrad-Adenauer-Stiftung, des Auswärtigen Amtes oder der EU und des UNHCR finanziert wurde,⁶⁴⁷ dass der Übergang vom akademischen

643 Tom Ginsburg, Constitutional Advice and Transnational Legal Order, UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law 2 (2017), 101, 25.

644 Philipp Dann, Zaid Al-Ali, The Internationalized Pouvoir Constituant, Max Planck Yearbook of United Nations Law 10 (2006), 423, 445.

645 Rüdiger Wolfrum, Legitimacy of Constitution-making Processes: Reflections from the Perspective of International Law, in: Grote u. a. (Hrsg.), Constitution- alism, human rights, and Islam after the Arab spring, Oxford 2016, S. 43, 49 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

646 Peter Häberle, Ein afrikanisches Verfassungs- und Lesebuch – mit vergleichender Kommentierung, Berlin 2019, S. 281.

647 Max-Planck-Stiftung für Internationalen Frieden und Rechtsstaatlichkeit gemeinnützige GmbH, Jahresbericht 2013, Heidelberg 2014, S. 8; Max-Planck-Stiftung für Internationalen Frieden und Rechtsstaatlichkeit gemeinnützige GmbH, Annual Report 2017, Heidelberg 2018, S. 10.

Expert*innengremium zum Think Tank oder zur NGO mitsamt der damit einhergehenden Problematiken der Mittelbeschaffung⁶⁴⁸ fließend ist.

Die hier dargestellten und erörterten Beispiele dienen nicht primär der Kritik derselben. Weder soll an dieser Stelle eine Aussage über die Erforderlichkeit und Sinnhaftigkeit von Verfassungstexten getroffen werden, die zwischen Eliten im Rahmen von Friedensprozessen ausgehandelt werden, noch die Arbeit von Expert*innengremien und anderen externen Akteuren diskreditiert werden. Die Beispiele haben indes gezeigt, dass Mediationsprozesse dazu führen können, dass das originäre Recht der Bevölkerung, selbst über seine Verfassung bestimmen zu können, beschnitten bzw. verwässert wird. Es ist dieser Umstand, der zur Legitimationsbedürftigkeit der Friedensmediation beiträgt.

b) Statusrechte

Während Verfassungsgebung ein gesamtgesellschaftliches Recht ist, welches durch den Mediationsprozess betroffen werden kann, sind es häufig vor allem bestimmte Gruppen, die in ihren Statusrechten betroffen werden. Dies kann, wie bezüglich des Sudans bereits angeführt, religiöse Rechte betreffen,⁶⁴⁹ politische Rechte ethnischer Gruppen, wie in Bosnien-Herzegowina,⁶⁵⁰ oder aber Rechte bezogen auf Sprachen oder kulturelle Identität. So werden etwa nomadisch lebende Gruppen in ihrer Lebensweise bedroht, wenn der mit ihrer Lebensweise verbundene freie Grenzübergang als sicherheitspolitisches Problemfeld identifiziert wird. Damit laufen diese Gruppen Gefahr, dass etwa in der Zentralafrikanischen Republik die Schließung der Grenze Bestandteil der Konfliktlösung werden könnte.⁶⁵¹ Das zentralafrikanische Friedensabkommen vom 6. Febru-

648 *Simon Chesterman*, *You, the People: The United Nations, Transitional Administration, and State-Building*, Oxford, New York 2004, S. 191 ff.; *Marian Roberts*, *Developing the craft of mediation: reflections on theory and practice*, London, Philadelphia 2007, S. 171 f.. Die Stiftung bekennt sich in ihren Leitsätzen zu politischer Neutralität und zur Unabhängigkeit, auch gegenüber politisch aktiven Geldgeber*innen, siehe Max-Planck-Stiftung für Internationalen Frieden und Rechtsstaatlichkeit gemeinnützige GmbH, Leitsätze, <<http://www.mpfr.de/de/die-stiftung/stiftung/leitsaetze/>>, Stand 06.04.2019.

649 Siehe hierzu C.III.1.a.

650 *Michal Saliternik*, *Perpetuating democratic peace: procedural justice in peace negotiations*, *EJIL* 27 (2016), 617, 618.

651 Vgl. *Moritz von Rochow*, *Transnationale Nomaden im Völkerrecht: Staatsgrenzen und die Migration von Völkern*, Berlin 2019, S. 169 ff.

ar 2019 adressiert die nomadische Weidewirtschaft der Transhumanz in Art. 14 vor allem unter sicherheitspolitischen Aspekten, ohne dass konkrete Maßnahmen und daran geknüpfte Beschränkungen benannt werden.⁶⁵² Im anders gelagerten Fall des Grenzabkommens zwischen Sudan und Südsudan wird deutlich, dass eine den Nomadismus fördernde Berücksichtigung der Rechte nomadisch lebender Gruppen durchaus möglich ist.⁶⁵³ Darüber hinaus können jedoch auch allein aufgrund ihrer geographischen Lage konstituierte Gruppen, etwa die in Grenznähe lebende Menschen, besonders von Mediationsprozessen betroffen sein.

Ein plastisches, wenn auch wenig beachtetes Beispiel für die Verkürzung der Rechte substaatlicher Gruppen und der diese konstituierenden Individuen zeigt sich an den nunmehr z.T. in Nigeria angesiedelten Bewohnern der Bakassi-Halbinsel. Die Zugehörigkeit der als öl- und gasreich beschriebenen Bakassi-Halbinsel⁶⁵⁴ war zwischen Nigeria und Kamerun umstritten. Ausgehend von mehreren kleineren militärischen Auseinandersetzungen stand die Befürchtung eines vollumfänglichen bewaffneten Konflikts zwischen Kamerun und Nigeria im Raum.⁶⁵⁵

Die Halbinsel war und ist, neben der Frage ihrer Zugehörigkeit zu Nigeria oder Kamerun, zugleich Gegenstand der Bewegung für ein unabhängiges Biafra als Abspaltung von Nigeria,⁶⁵⁶ sowie Teil Ambazoniens, des ehemaligen Southern Cameroons, welches als anglophoner Teil Kameruns von diesem unabhängig sein soll.⁶⁵⁷ Bakassi war als Teil des König-

652 Accord politique pour la paix et la réconciliation en République centrafricaine (Février 2019), <<https://www.hdcentre.org/wp-content/uploads/2019/02/accord-pour-la-peace-et-la-reconciliation-en-Centrafricaine.pdf>>, Stand 30.04.2019.

653 Moritz von Rochow, Transnationale Nomaden im Völkerrecht: Staatsgrenzen und die Migration von Völkern, Berlin 2019, S. 176 f.

654 Neil Ford, Fields of black gold – The Bakassi handover to Cameroon may bring risks as well as oil wealth, *Jane's Intelligence review* 20 (2008), 54, 54 f.

655 Piet Konings, Settling border conflicts in Africa peacefully, in: Abbink u. a. (Hrsg.), *Land, law and politics in Africa*, Leiden [u. a.], 2011, S. 191, 192.

656 Léon Koungou, Comment construire la paix dans un espace postconflituel? Le cas de Bakassi, *Afrique contemporaine* (2010), 11, 19.

657 Piet Konings, The Anglophone Cameroon-Nigeria Boundary, *African Affairs* 104 (2005), 275, 295; Mark Dike DeLancey, Rebecca Neh Mbu, Mark Wakeman DeLancey, *Historical dictionary of the Republic of Cameroon*, 4. Aufl., Lanham [u. a.] 2010, S. 36; Cameroon-Nigeria: Bakassi Judgement Final, *Africa Research Bulletin: Political, Social and Cultural Series* 49 (2012), 19442B, 19442B f.; Fonkem Achankeng I., „Mutual Hurting Stalemates“, „Ripe Moments“ and Third-party Intervention: Implications for the „Southern Cameroons“ Restoration of Statehood? *Conflict, Round Table* 101 (2012), 53, 65.

reichs Old Calabar⁶⁵⁸ Gegenstand kolonialer Expansion durch das britische Königreich. 1884 hatten beide Königreiche einen Protektoratsvertrag geschlossen, dessen rechtliche Bedeutung – insbesondere im Hinblick auf einen möglichen Übergang der Souveränität – umstritten ist.⁶⁵⁹ Relevant ist diese Frage, da Großbritannien 1913 in kolonialer Selbstverständlichkeit Bakassi an das Deutsche Reich abtrat, welches die Halbinsel als Teil des von ihm kolonisierten Kamerun betrachtete. Nachdem das Deutsche Reich 1916 die Herrschaft über Kamerun verloren hatte, wurde das Gebiet zwischen Frankreich und Großbritannien aufgeteilt und ab 1919 als Mandatsgebiet verwaltet.⁶⁶⁰ Sowohl Nigeria als auch Kamerun wurden 1960 unabhängig. Nach einer Volksabstimmung im zuvor britisch verwalteten Mandatsgebiet Southern Cameroons wurde dieses – und damit auch Bakassi – 1961 ein Teil Kameruns. Die nigerianische Sicht auf die Zugehörigkeit der Halbinsel und den genauen Grenzverlauf war in den folgenden zwei Jahrzehnten uneinheitlich und Nigeria mit einer Vielzahl anderer innen- wie außenpolitischer Herausforderungen konfrontiert.⁶⁶¹ Nachdem es 1981 zu einem militärischen Zwischenfall kam, spitzte sich der Konflikt kurzzeitig zu. 1991 begann die nigerianische Polizei, 1993 gefolgt von der nigerianischen Armee, die Kontrolle über Bakassi zu übernehmen, woraufhin es erneut zu militärischen Auseinandersetzungen mit

658 Zur Geschichte *M. Efiog Noah*, Political History of the City States of Old Calabar, 1820 – 60, in: Obichere (Hrsg.), *Studies in Southern Nigerian history*, London 1982, S. 37–68; kritisch *Joseph Christopher Okwudi Anene*, The Nigeria-Southern Cameroons Boundary, *Journal of the Historical Society of Nigeria* 2 (1961), 186, 193 f.

659 IGH, Case Concerning The Land And Maritime Boundary Between Cameroon And Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), ICJ Reports 2002, S. 201 Rn. 103 ff.; *Gbenga Oduntan*, Failings of International Adjudication, *African Journal of International and Comparative Law* 13 (2005), 262, 282 f.; Vgl. *J. Ndumbe Anyu*, The Bakassi Peninsula Conflict, *Mediterranean quarterly* 18 (2007), 39, 50; *Mieke van der Linden*, The Acquisition of Africa (1870–1914), Boston 2016, S. 252 ff.; *Dakas C. J. Dakas*, Interrogating Colonialism: Bakassi, *Nigerian Yearbook of International Law* 1 (2017), 113, 117.

660 IGH, Case Concerning The Land And Maritime Boundary Between Cameroon And Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), ICJ Reports 2002, S. 32 Rn. 34, 102 Rn. 199.

661 *Essombe Edimo Joseph*, Considérations Juridiques sur le Différend Frontalier de la Péninsule de Bakasi, *African Journal of International and Comparative Law* 7 (1995), 98, 105 f.; *Njinkeng Julius Bekong*, Boundary between Cameroon and Nigeria, *African Journal of International and Comparative Law* 9 (1997), 287, 290; *Piet Konings*, The Anglophone Cameroon-Nigeria Boundary, *African Affairs* 104 (2005), 275, 290 f.

Kamerun kam.⁶⁶² So wurde wiederholt das Ausbrechen eines vollumfänglichen bewaffneten Konflikts zwischen dem regionalen Hegemon Nigeria⁶⁶³ und dem z.T. von Frankreich militärisch unterstützen Kamerun⁶⁶⁴ befürchtet.⁶⁶⁵

Vor diesem Hintergrund wurde die von Kamerun 1994 angestrebte Klage vor dem IGH als vorbildlicher Umgang mit einem solchen Konflikt aufgefasst.⁶⁶⁶ Als der IGH 2002 sein Urteil verkündete, deutete jedoch vieles darauf hin, dass die nigerianische Regierung das Urteil angesichts des innenpolitischen Stimmungsbildes nicht umsetzen würde.⁶⁶⁷ Neben der (post-)kolonialen Problematik des zugrundeliegenden Konflikts sowie des Urteils, wurde von nigerianischer Seite vor allem auf die Belange der sich Nigeria zugehörig fühlenden, bzw. die nigerianische Staatsangehörigkeit besitzenden Bevölkerungsteile Bakassis hingewiesen.⁶⁶⁸ Der damalige UN-Generalsekretär *Kofi Annan* hatte bereits vor der Urteilsverkündung

662 *Piet Konings*, Settling border conflicts in Africa peacefully, in: Abbink u. a. (Hrsg.), *Land, law and politics in Africa*, Leiden [u.a.] 2011, S. 191, 197.

663 Zu dieser Charakterisierung vgl. *Martti Koskeniemi*, *From apology to Utopia: the structure of international legal argument; with a new epilogue*, 2. Aufl., Cambridge [u.a.] 2005, S. 580.

664 *Mark Dike DeLancey, Rebecca Neh Mbuh, Mark Wakeman DeLancey*, *Historical dictionary of the Republic of Cameroon*, 4. Aufl., Lanham [u.a.] 2010, S. 179.

665 *Piet Konings*, Settling border conflicts in Africa peacefully, in: Abbink u. a. (Hrsg.), *Land, law and politics in Africa*, Leiden [u.a.] 2011, S. 191, 192.

666 Vgl. *J. Ndumbe Anyu*, *The Bakassi Peninsula Conflict*, *Mediterranean quarterly* 18 (2007), 39, 39; *E. Ike Udugu*, *African International Law and the Bakassi Dispute*, *African and Asian Studies* 7 (2008), 77, 78.

667 *John G. Merrills*, *Boundary Between Cameroon and Nigeria*, *International and Comparative Law Quarterly* 52 (2003), 788, 797; *Colter Paulson*, *Compliance With Final Judgments of the International Court of Justice Since 1987*, *AJIL* 98 (2004), 434, 450 f.; *Ekpotuatin Charles Ariye, Laz Etemike*, *The dispute over Bakassi 1994–2006*, *Brazilian Journal of African Studies* 2 (2017), 93, 103 f.

668 Die Regierung Nigerias aus einer nicht mehr zugängliche Internetquelle zitierend *John R. Crook*, *The 2002 Judicial Activity of the International Court of Justice*, *AJIL* 97 (2003), 352, 354, Fn. 21 („[F]or purely political reasons, the Court, headed by a French President, upheld a legal position, which is contrary to all known laws and conventions, thus legitimizing and promoting the interests of former colonial powers at our expense. The French President of the Court and the English and German judges should have disqualified themselves since the countries they represent are, in essence, parties to the action or have substantial stakes.“). Das staatliche Nigeria Information Service Center zum Bevölkerungsschutz und der vorherigen Aussage aus einer ebenfalls nicht mehr zugänglichen Quelle der nigerianischen Botschaft in Washington zitierend *Pieter H. F. Bekker*, *Boundary between Cameroon and Nigeria*, *AJIL* 97 (2003), 387, 397 (Ergänzt um „These judges, as citizens of the colonial powers

begonnen, zwischen den beiden Staaten zu mediieren, nachdem in der Vergangenheit bereits unterschiedliche Mediationsversuche gescheitert waren.⁶⁶⁹ Ziel der Mediation durch *Annan* war die Umsetzung des Urteils zu erreichen und die praktischen Probleme zu lösen, vor welche das Urteil die Parteien im Hinblick auf die Bevölkerung stellte. Der neuseeländische IGH-Richter *Kenneth Keith* sprach später in diesem Zusammenhang von „[...] huge practical issues to be sorted out by the parties themselves [...] and highly complex questions about nationality and citizenship and landownership of the people on the peninsula, and whether foreigners could own land and so on“.⁶⁷⁰

So konnte erst im Jahr 2006 durch das sog. Greentree-Abkommen eine Einigung zwischen den Parteien erreicht werden.⁶⁷¹ Der Abschluss wurde vielfach als vorbildliches Beispiel friedlicher Streitbeilegung bezeichnet.⁶⁷² Nach der offiziellen Übergabe an Kamerun im August 2006 verließen 2008 die letzten nigerianischen Beamten Bakassi.⁶⁷³ Obwohl Nigeria im Nachgang der Urteilsverkündung 2002 die (post-)koloniale Besetzung der Richterbank kritisiert hatte, findet sich kein Hinweis auf eine gleichgeartete Kritik an der Beteiligung der ehemaligen Kolonialstaaten Deutschland,

whose action had come under scrutiny, have acted as judges in their own cause and thereby rendered the judgment virtually null and void.“).

669 J. Ndumbe Anyu, The Bakassi Peninsula Conflict, *Mediterranean quarterly* 18 (2007), 39, 44, 52.

670 Kenneth Keith wiedergegeben in Roundtable Debate: Mediation versus Adjudication, in: van Hoogstraten u. a. (Hrsg.), *The Art of Making Peace: Lessons Learned from Peace Treaties*, Leiden 2016, S. 157, 187.

671 Agreement between the Republic of Cameroon and the Federal Republic of Nigeria concerning the Modalities of Withdrawal and Transfer of Authority in the Bakassi Peninsula (Greentree Agreement), 12.06.2006, UNTS 2542, S. 13, <<https://peacemaker.un.org/cameroonnigeriawithdrawal2006>>, Stand 29.04.2019.

672 So etwa die EU und Nigerias Präsident Olusegun Obasanjo, Cameroon-Nigeria: Bakassi Agreement, *Africa Research Bulletin: Political, Social and Cultural Series* 43 (2006), 16671A, 16671B, 16672A; ebenso der Repräsentant des UN-Generalsekretärs Kieran Prendergast, zitiert bei *Guy Roger Eba'a*, *Affaire Bakassi*, Yaoundé 2008, S. 198; allgemein *UN General Assembly*, in: *Implementation of the recommendations contained in the report of the Secretary-General on the causes of conflict and the promotion of durable peace and sustainable development in Africa: Progress report of the Secretary-General (A/61/213)* (2006), S. 6 Rn. 19; *Mark Dike DeLancey, Rebecca Neh Mbuh, Mark Wakeman DeLancey*, *Historical dictionary of the Republic of Cameroon*, 4. Aufl., Lanham [u.a.] 2010, S. 75.

673 F. Baye, Implications of the Bakassi conflict resolution for Cameroon, *African Journal on Conflict Resolution* 10 (2010), 9, 11.

Frankreich und Großbritannien als Zeugen am Mediationsverfahren.⁶⁷⁴ Dies ist umso erstaunlicher, als der Abschluss des Abkommens auch dem Umstand zugeschrieben wird, dass die Zeugen, über die der Bezeichnung anhaftende Konnotation des Passiven hinausgehend, aktiv Druck auf die Konfliktparteien ausübten.⁶⁷⁵

Vom IGH-Urteil bis zum Greentree-Abkommen waren die Interessen der betroffenen Bevölkerung stets hervorgehoben worden. Der IGH hatte zum Schluss seines Urteils wohlwollend auf diese Aussage Kameruns verwiesen, der nigerianischen Bevölkerung auf Bakassi auch weiterhin Gastfreundschaft und Toleranz entgegenbringen zu wollen, und den Parteien aufzugeben, im Interesse der betroffenen Bevölkerung miteinander zu kooperieren.⁶⁷⁶ Mit dem Greentree-Abkommen sollte dieser Aufforderung entsprochen werden. Das Abkommen garantierte in Art. 3 Abs. 1 die Einhaltung aller menschenrechtlichen und weiteren völkerrechtlichen Verpflichtungen Kameruns zugunsten der in Bakassi lebenden nigerianischen Bevölkerung und listete in Art. 3 Abs. 2 detailliert Verpflichtungen auf, wie etwa das Verbot diskriminierender Steuern (Art. 3 Abs. 2 lit. e) oder das Verbot, die Bevölkerung zum Wechsel der Nationalität oder dem Verlassen der Halbinsel zu zwingen (Art. 3 Abs. 2 lit. a). Abs. 1 bis 3 des Annex 1 des Abkommens sahen eine zweijährige Übergangsphase vor, während derer weiterhin nigerianische Verwaltung und Polizei vor Ort waren. Ab August 2008 sah Abs. 4 des Annex 1 eine weitere fünfjährige Übergangsphase vor, die etwa in Abs. 4 lit. b eine Regelung dazu enthielt, dass nigerianische Staatsangehörige, die auf Bakassi leben, bei der Einreise aus Nigeria weder den kamerunischen Zoll- oder Einreisebestimmungen unterfallen.

674 Im Gegensatz den nigeriansichen Präsidenten Olusegun Obasanjo zitierend *Alain Didier Olinga*, L' accord de Greentree, Paris 2009, S. 143 („I will also like to thank our friends, the Governments of the United Kingdom, the United States of America, France and Germany as witnesses to the Greentree Agreement.“); insbesondere die Beteiligung Deutschlands sticht hervor, da es nur höchst selten und dann in klar begründeten Fällen als Zeuge in Mediationsverfahren auftritt; kritisch *Sylvanus Idahota Ebohon*, The Nigeria/Cameroun Bakassi Conflict, *Journal of Asian and African Studies* 51 (2014), 186, 195.

675 *Guy Roger Eba'a*, Affaire Bakassi, Yaoundé 2008, S. 199; *Mashood Issaka*, *Kapinga Yvette Ngandu*, Meeting Note, in: Lupel (Hrsg.), *Pacific Settlement of Border Disputes: Lessons from the Bakassi Affair and the Greentree Agreement*, New York 2008, S. 1, 3.

676 IGH, Case Concerning The Land And Maritime Boundary Between Cameroon And Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), ICJ Reports 2002, S. 452 Rn. 316 f.

Der Hintergrund für diese umfangreiche Regelung wird mit der gefühlten Zugehörigkeit eines Großteils der Bevölkerung von Bakassi zu Nigeria nur verkürzt wiedergegeben,⁶⁷⁷ auch wenn dieses Zugehörigkeitsgefühl vielfach stark zum Ausdruck gebracht wurde.⁶⁷⁸ Während der IGH vor allem den nigerianischen Bürgerkrieg 1968 für den Anstieg nigerianischer Bevölkerung auf Bakassi verantwortlich machte,⁶⁷⁹ beschreiben manche Autoren das ehemalige britische Mandatsgebiet Southern Cameroons als bereits davor, infolge der einheitlichen britischen Verwaltung Nigerias und Southern Cameroons, durch nigerianische Zuwanderung und intensive wirtschaftliche Beziehungen zu Nigeria geprägt.⁶⁸⁰ Die künstliche koloniale Grenze zwischen den Gebieten sei erst mit der Unabhängigkeit von Southern Cameroons als Teil Kameruns relevant geworden.⁶⁸¹ Ab diesem Zeitpunkt seien die nigerianischen Teile der Bevölkerung statusrechtlich Ausländer*innen gewesen. Doch auch danach habe es einen regen und wachsenden wirtschaftlichen und personellen Austausch zwischen der nunmehr kamerunischen und der nigerianischen Seite der Grenze

677 Von bis zu 90 % ausgehend *J. Ndumbe Anyu*, *The Bakassi Peninsula Conflict*, *Mediterranean quarterly* 18 (2007), 39, 50; *Mashood Issaka*, *Kapinga Yvette Ngandu*, Meeting Note, in: Lupel (Hrsg.), *Pacific Settlement of Border Disputes: Lessons from the Bakassi Affair and the Greentree Agreement*, New York 2008, S. 1, 4.

678 Beipielhaft für das Maß an Zugehörigkeitsgefühl und die Verbindung mit potentiellen Unabhängigkeitsbestrebungen den Abgeordneten für Baksassi im Cross River State House of Assembly, Joe Atene, zitierend *Piet Konings*, *Settling border conflicts in Africa peacefully*, in: Abbink u. a. (Hrsg.), *Land, law and politics in Africa*, Leiden [u.a.] 2011, S. 191, 203 („We have always been Nigerians, and if Nigeria now decides to turn its back to us, we may not have any other option than to pursue self-determination. We will not be part of Cameroon.“).

679 IGH, Case Concerning The Land And Maritime Boundary Between Cameroon And Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), ICJ Reports 2002, S. 414 Rn. 221.

680 *Joseph Christopher Okwudi Anene*, *The Nigeria-Southern Cameroons Boundary*, *Journal of the Historical Society of Nigeria* 2 (1961), 186, 195; *Piet Konings*, *The Anglophone Cameroon-Nigeria Boundary*, *African Affairs* 104 (2005), 275, 279 f.

681 Vgl. *Joseph Christopher Okwudi Anene*, *The Nigeria-Southern Cameroons Boundary*, *Journal of the Historical Society of Nigeria* 2 (1961), 186, 195 („The people in authority in the two territories should endeavor, therefore, to eliminate the boundary as a 'human divide.'“).

gegeben.⁶⁸² Neben der Fischerei,⁶⁸³ deren Erträge ebenfalls gehandelt werden,⁶⁸⁴ bildet seitdem dieser unkontrollierte Handel die Grundlage der wirtschaftlichen Existenz der Bevölkerung von Bakassi.⁶⁸⁵ So wurde die Grenze auch nach 1961 vielmehr als permeable Grenzzone beschrieben, in der sich die lokale Bevölkerung abseits staatlicher Kontrolle bewegt.⁶⁸⁶

Die zuvor dargestellten Normen des Greentree-Abkommens können als Versuch des Umgangs mit der sich in ihrer Identität und ihren wirtschaftlichen Beziehungen auf Nigeria beziehenden Bevölkerungsmehrheit auf Bakassi verstanden werden. Trotz dieser Anstrengungen haben sich die im Verlauf des Grenzstreits immer wieder geäußerten Befürchtungen⁶⁸⁷ zum Teil bewahrheitet. Mehrere Quellen berichten von bis zu 100.000 Menschen, die Bakassi infolge der Übergabe an Kamerun in Richtung Nigeria verlassen haben.⁶⁸⁸ Als Gründe werden sowohl das Zugehörigkeitsgefühl,

682 Piet Konings, The Anglophone Cameroon-Nigeria Boundary, *African Affairs* 104 (2005), 275, 284.

683 Von ca. 40 Prozent Fischern ausgehend *Osita C. Eze*, Nigeria and Cameroon Before the International Court of Justice, in: Lupel (Hrsg.), *Pacific Settlement of Border Disputes: Lessons from the Bakassi Affair and the Greentree Agreement*, New York 2008, S. 20, 20.

684 Molem Christopher Sama, Debora Johnson-Ross, Reclaiming the Bakassi Kingdom, *Afrika Zamani* 13–14 (2006), 103, 117.

685 Piet Konings, The Anglophone Cameroon-Nigeria Boundary, *African Affairs* 104 (2005), 275, 289.

686 Molem Christopher Sama, Debora Johnson-Ross, Reclaiming the Bakassi Kingdom, *Afrika Zamani* 13–14 (2006), 103, 105 m.w.N.; zum Begriff der Permeabilität Werner Schiffauer, Jochen Koch, Andreas Reckwitz, Kerstin Schoor, Hannes Krämer, *Borders in Motion: Durabilität, Permeabilität, Liminalität*, Working Paper Series Nr. 1, Viadrina Center B/ORDERS IN MOTION, Frankfurt (Oder) 2018, S. 16 f.

687 Vgl. *Gbenga Oduntan*, The Demarcation of Straddling Villages, *Chinese Journal of International Law* 5 (2006), 79, 99 f., 102, 108 f.

688 Piet Konings, Settling border conflicts in Africa peacefully, in: Abbink u. a. (Hrsg.), *Land, law and politics in Africa*, Leiden [u.a.] 2011, S. 191, 204; *Obase-sam Okoi*, Limits Of International Law, *International journal on world peace* 33 (2016), 77, 78. Ein Grund für die unübersichtliche Datenlage dürften die sehr unterschiedlichen Angaben zur Gesamtbevölkerung Bakassis sein. Von ca 37.000 ausgehend *Osita C. Eze*, Nigeria and Cameroon Before the International Court of Justice, in: Lupel (Hrsg.), *Pacific Settlement of Border Disputes: Lessons from the Bakassi Affair and the Greentree Agreement*, New York 2008, S. 20, 20. Von 150000 bzw. 200.000 bis 300.000 ausgehend *J. Ndumbe Anyu*, The Bakassi Peninsula Conflict, *Mediterranean quarterly* 18 (2007), 39, 50; Piet Konings, The Anglophone Cameroon-Nigeria Boundary, *African Affairs* 104 (2005), 275, 289.

als auch ab 2009 Konflikte mit kamerunischen Gendarmen⁶⁸⁹ bis hin zu Tötungen und Vertreibungen angeführt.⁶⁹⁰

Entgegen ursprünglich zum Teil anderslautender Einordnungen,⁶⁹¹ hat sich die Einschätzung durchgesetzt, dass es sich im Fall Bakassis in der Tat um Geflüchtete und nicht um freiwillig Ausreisende handelte.⁶⁹² Im März 2013 kam es nach Missverständnissen über Fischereirechte und Steuern erneut zu Konflikten, sodass weitere nigerianische Staatsangehörige von der Halbinsel nach Nigeria flohen. Mit dem Ende der fünfjährigen Übergangsphase, das in Abs. 4 des Annex 1 des Greentree-Abkommens für August 2013 vorgesehen war, traten neben die ohnehin bestehenden Spannungsverhältnisse die Kosten für eine Aufenthaltsgenehmigung, sofern nicht die kamerunische Staatsangehörigkeit angenommen wurde. Die Kosten betrugen 2013 130.000 Francs CFA, umgerechnet ca. \$260 für zwei Jahre oder 250.000 Francs CFA für 10 Jahre.⁶⁹³ Bei einem Pro-Kopf-Einkommen von ca. \$1493 in Kamerun,⁶⁹⁴ bzw. \$2996 in Nigeria,⁶⁹⁵ handelt es sich dabei um schwerwiegende Belastungen, insbesondere, da die Hälfte der Bevölkerung beider Länder noch 2008 von nur einem Dollar pro Tag lebte.⁶⁹⁶ Hinzu trat, dass es infolge der Übergabe erstmals zur Besteuerung

689 Vgl. *Mashood Issaka, Kapinga Yvette Ngandu*, Meeting Note, in: Lupel (Hrsg.), *Pacific Settlement of Border Disputes: Lessons from the Bakassi Affair and the Greentree Agreement*, New York 2008, S. 1, 4; *Cameroon-Nigeria: Unexplained Attack*, *Africa Research Bulletin: Political, Social and Cultural Series* 45 (2008), 17560B, 17560C; *Piet Konings*, *Settling border conflicts in Africa peacefully*, in: Abbink u. a. (Hrsg.), *Land, law and politics in Africa*, Leiden [u.a.] 2011, S. 191, 204.

690 *Cameroon-Nigeria: Bakassi Boundary Defined*, *Africa Research Bulletin: Political, Social and Cultural Series* 46 (2009), 18210C, 18210C.

691 Sich auf November 2005 beziehend und primär wirtschaftliche Gründe anführend *Guy Roger Eba'a*, *Affaire Bakassi*, Yaoundé 2008, S. 189.

692 *Mark Dike DeLancey, Rebecca Neh Mbuh, Mark Wakeman DeLancey*, *Historical dictionary of the Republic of Cameroon*, 4. Aufl., Lanham [u.a.] 2010, S. 54.

693 *Cameroon-Nigeria: Bakassi Transitional Period Ends*, *Africa Research Bulletin: Political, Social and Cultural Series* 50 (2013), 19802A, 19802A.

694 <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=CM> (Stand: 04.04.2018); Pro Kopf-Einkommen im Jahr des Nigerianischen Abzugs (2013).

695 <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD?locations=NG> (Stand: 04.04.2018).

696 Dougueli, *Cameroun – Les promesses de Bakassi*, *Jeune Afrique* vom 24.08.2008, Nr. 2485, S. 30.

kleinerer Einkünfte kam und für den Handel mit Nigeria nunmehr Zollgebühren anfielen.⁶⁹⁷

Die sich nunmehr in Nigeria befindlichen ehemaligen Bewohner*innen Bakassis, von denen vorher viele Fischer*innen waren, wurden von den nigerianischen Behörden im Landesinneren in einer New Bakassi genannten Gegend angesiedelt. Damit hatten weite Teile der Betroffenen ihre Erwerbsgrundlage verloren und befanden sich, abhängig von staatlicher Hilfe, in einer als zu klein beschriebenen Siedlung, sodass es nun zu Konflikten mit der dort ursprünglich lebenden Bevölkerung kam.⁶⁹⁸ Daneben existieren Berichte, dass sowohl von Bakassi stammende, wie auch die nach wie vor dort befindlichen Menschen, ihre Staatsangehörigkeit nicht nachweisen konnten und daher faktisch staatenlos wurden oder sich dieser Gefahr ausgesetzt sahen.⁶⁹⁹ Die Problematik der Staatenlosigkeit ging zudem damit einher, dass Bakassi infolge fehlender Ratifikation des Greentree-Abkommens durch das nigerianische Parlament in der nigerianischen Verfassung nach wie vor als eigenständige „*local government area*“ innerhalb des Cross River States aufgeführt ist.⁷⁰⁰ Dies führte im Ergebnis dazu, dass die ehemalige Bevölkerung Bakassis ihr Wahlrecht im Rahmen der Regionalwahl nicht ausüben konnte, da sie sich nicht innerhalb des auf diesen Regelungen basierenden Wahlbezirks Bakassi befand.⁷⁰¹ Insgesamt wird die Situation der ehemaligen Bevölkerung durch den Nigerianischen

697 Cameroon-Nigeria: Bakassi Transitional Period Ends, Africa Research Bulletin: Political, Social and Cultural Series 50 (2013), 19802A, 19802A.

698 Léon Koungou, Comment construire la paix dans un espace postconflictuel? Le cas de Bakassi, Afrique contemporaine (2010), 11, 23; Piet Konings, Settling border conflicts in Africa peacefully, in: Abbink u. a. (Hrsg.), Land, law and politics in Africa, Leiden [u.a.] 2011, S. 191, 204; Rebecca K. LeFebvre, Interests and Identities in Peace Negotiations: Nigeria, Cameroon, and the Bakassi Peninsula, African Social Science Review 6 (2013), 83, 85.

699 Chidi Odinkalu, Stateless in Bakassi: How a Changed Border Left Inhabitants Adrift, 02.04.2012, <<https://www.opensocietyfoundations.org/voices/stateless-bakassi-how-changed-border-left-inhabitants-adrift>>, Stand 04.05.2019; Omeiza Ajayi, Bakassi people on verge of becoming stateless, UNHCR warns, 06.10.2016, <<https://www.vanguardngr.com/2016/10/bakassi-people-on-verge-of-becoming-stateless-unhcr-warns/>>, Stand 04.05.2019; Obasesam Okoi, Limits Of International Law, International journal on world peace 33 (2016), 77, 96.

700 Alain Didier Olinga, L' accord de Greentree, Paris 2009, S. 38, 40 f.

701 Chidi Odinkalu, Stateless in Bakassi: How a Changed Border Left Inhabitants Adrift, 02.04.2012, <<https://www.opensocietyfoundations.org/voices/stateless-bakassi-how-changed-border-left-inhabitants-adrift>>, Stand 04.05.2019; Obasesam Okoi, Limits Of International Law, International journal on world peace 33 (2016), 77, 96.

Supreme Court pointiert zusammengefasst. Dieser war mit der Frage des Wahlrechts befasst worden und appellierte 2018 an die Independent Electoral Commission:

*„Based on this provision, I would counsel the Independent National Electoral Commission to, as a matter of urgency activate its powers under Sections 112, 113 and 114 of the 1999 Constitution and do the needful, bearing in mind that the people of Bakassi have lost their land, are now refugees in their country, and having lost their means of livelihood, they should not at the same time lose their right to political representation.“*⁷⁰²

Dieses Zitat verdeutlicht, wie weitreichend sich eine Mediation auf die Rechte von Gruppen und Individuen auswirken kann. Auch wenn die Ausgangsentscheidung, dass Bakassi zu Kamerun gehört, durch den IGH getroffen wurde, ist die praktische Ausgestaltung dieser Entscheidung doch das Ergebnis eines Mediationsverfahrens. Auch hierin liegt der Legitimationsbedarf der Friedensmediation begründet.

2. Mittelbare Freiheitsverkürzung

Die Mediation im Fall Bakassis hat unmittelbar dazu beigetragen, dass sich die Grenze über die Köpfe und Dächer der Bewohner*innen hinwegbewegte, sodass diese danach Ausländer*innen waren. Die Bewohner*innen waren damit unmittelbarer Bezugspunkt des Greentree-Abkommens. In anderen Fällen wiederum führen Mediationsprozesse lediglich mittelbar zu Freiheitsverkürzungen. Besonders anschaulich wird dies am Beispiel von Flüssen. Bezogen auf diese können zwei Parteien eine Vereinbarung treffen, die sich mittelbar zu Lasten eines dritten Akteurs auswirkt. *Michal Saliternik* führt in diesem Zusammenhang das Friedensabkommen zwischen Israel und Jordanien von 1994 an.⁷⁰³ In dessen Art. 6, der durch Annex II des Abkommens konkretisiert wird, einigten sich beide Staaten neben anderen wasserbezogenen Fragen auf die durch sie zu entnehmende Menge Wasser aus dem Jordan und dem Jarmuk.⁷⁰⁴ Im Rahmen der

702 Supreme Court of Nigeria, Independent National Electoral Commission & Anor V. Muri Edet Etim Asuquo & Ors, LPELR-43885(SC), S. 24 f.

703 *Michal Saliternik*, Perpetuating democratic peace: procedural justice in peace negotiations, EJIL 27 (2016), 617, 619 f.

704 Treaty of Peace Between the State of Israel and the Hashemite Kingdom of Jordan, 26.10.1994, UNTS 2042, S. 351, <<https://peacemaker.un.org/israeljordan-peacetreaty94>>, Stand 09.05.2019.

späteren Oslo Gespräche zwischen Israel und der PLO verweigerte die israelische Seite eine Verhandlung über palästinensische Wasserentnahme mit Verweis auf die vertragliche Verpflichtung gegenüber Jordanien.⁷⁰⁵

Flüsse geben vielfach Anlass für Konflikte und sind dabei besonders häufig Gegenstand von Mediation. Beispielhaft hierfür sind etwa die erfolgreiche Mediation der Weltbank im Fall des Indus zwischen Indien und Pakistan.⁷⁰⁶ Die Problematik einer Verkürzung der Rechte Dritter lässt sich jedoch besser an einem jüngeren Beispiel verdeutlichen: dem Fall des Südsudans und des Nils. Der Nil mit seinen nunmehr elf Anrainerstaaten ist seit jeher auch Gegenstand von Konflikten. Anders als im Falle des Indus waren die Mediationsanstrengungen, die auf eine alle Anrainerstaaten einschließende Regelung gerichtet sind, bis dato nicht erfolgreich. Während die explizite Behandlung des Jordans zwischen Israel und Jordanien die Rechte Dritter betraf, führte im Fall des Südsudans der Umstand, dass der Nil nicht zum Gegenstand der Verhandlungen gemacht wurde, zu einer Verkürzung der Rechte Ägyptens.

Historisch bedingt stellt sich die Ausgangsposition kursorisch skizziert so dar, dass Ägypten -trotz seiner Position am Ende des Flusslaufes – der dominierende Akteur am Nil war und vielfach immer noch ist. Rechtlich wurde diese Position durch die britische Kolonialmacht geprägt. Großbritannien hatte von 1891 bis 1925 eine Vielzahl von Verträgen geschlossen, die auch den Nil betrafen.⁷⁰⁷ 1929 schloss Großbritannien mit dem formal unabhängigen Ägypten einen Vertrag über den Nil, der Ägypten gegenüber allen Projekten am Nil, die ägyptische Wasserinteressen betrafen, ein Vetorecht einräumte.⁷⁰⁸ Artikel 4 lit. ii des Abkommens lautet:

„Except with the prior consent of the Egyptian Government, no irrigation works shall be undertaken nor electric generators installed along the Nile and its branches nor on the lakes from which they flow if these lakes are

705 Michal Saliternik, Perpetuating democratic peace: procedural justice in peace negotiations, EJIL 27 (2016), 617, 619 f.

706 Neda Zawabri, Third Party Mediation of International River Disputes: Lessons from the Indus River, International Negotiation 14 (2009), 281, 283; Enamul Choudhury, Shafiqul Islam, Nature of Transboundary Water Conflicts: Issues of Complexity and the Enabling Conditions for Negotiated Cooperation, Journal of Contemporary Water Research & Education (2015), 43, 44, 47 f.

707 Omaia Elwan, Nile River, in: Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Bd. VII, Oxford 2012, S. 681, 683 Rn. 8.

708 Boutros Boutros-Ghali, Le Nil, fleuve-Roi: source de conflits, in: Vettovaglia u. a. (Hrsg.), Déterminants des conflits et nouvelles formes de prévention, Bruxelles, 2013, S. 803, 806.

*situated in Sudan or in countries under British administration which could jeopardize the interests of Egypt either by reducing the quantity of water flowing into Egypt or appreciably changing the date of its flow or causing its level to drop.*⁷⁰⁹

Darüber hinaus wies Großbritannien im dazugehörigen Notenwechsel darauf hin, „[...] *that Her Majesty's Government in the United Kingdom has already recognized the natural and historical right of Egypt to the waters of the Nile.*“⁷¹⁰

Großbritannien verfügte insoweit über die Rechte seiner am oberen Flusslauf gelegenen Kolonien. Von Äthiopien hatte Großbritannien sich und seiner damaligen Kolonie Sudan 1904 ein Vetorecht für Wasserbauprojekte einräumen lassen, die den Nil betreffen sollten. Aus diesem Abkommen leitet nunmehr Ägypten ein ebensolches Vetorecht ab, während Äthiopien die Wirksamkeit des Vertrages bestreitet.⁷¹¹ Im Zuge der Unabhängigkeit des Sudans 1956 wurde der koloniale Ursprung des Abkommens von 1929 problematisiert.⁷¹² Zugleich beabsichtigte *Gamal Abdel Nasser* den Bau des Assuan Staudamms und benötigte für die dabei entstehende Flutung sudanesischer Gebiete und die dafür erforderliche Umsiedlung die Zustimmung Sudans.⁷¹³ Dies führte dazu, dass beide Staaten 1959 ein Abkommen über den Nil schlossen, in welchem sie das gesamte

709 Exchange of Notes between Her Majesty's Government in the United Kingdom and the Egyptian Government on the Use of Waters of the Nile for Irrigation (1929), <https://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Egypt_UK_Nile_Agreement-1929.html>, Stand 23.10.2020.

710 Exchange of Notes between Her Majesty's Government in the United Kingdom and the Egyptian Government on the Use of Waters of the Nile for Irrigation (1929), <https://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Egypt_UK_Nile_Agreement-1929.html>, Stand 23.10.2020.

711 *Salman M. A. Salman*, The new state of South Sudan and the hydro-politics of the Nile Basi, *Water International* 36 (2011), 154, 118.

712 *Biong Kuol Deng*, Cooperation between Egypt and Sudan over the Nile River Waters: The Challenges of Duality, *African Sociological Review / Revue Africaine de Sociologie* 11 (2007), 38, 39 f.; das Abkommen von 1929 als „colonial relic“ beschreibend *Patrick Loch Otieneo Lumumba*, The interpretation of the 1929 treaty and its Legal Relevance and Implications for the Stability of the Region, *African Sociological Review / Revue Africaine de Sociologie* 11 (2007), 10, 21.

713 *I. H. Abdalla*, The 1959 Nile Waters Agreement in Sudanese-Egyptian Relations, *Middle Eastern Studies* 7 (1971), 329, 333 f., 336; *Biong Kuol Deng*, Cooperation between Egypt and Sudan over the Nile River Waters: The Challenges of Duality, *African Sociological Review / Revue Africaine de Sociologie* 11 (2007), 38, 39, 50.

Wasser des Nils zwischen sich aufteilen. Schon der Titel des Abkommens „Agreement of November 8, 1959 between the United Arab Republic and the Republic of Sudan for the full Utilization of the Nile Waters“⁷¹⁴ verdeutlicht diesen Anspruch. Die anderen Nilanrainerstaaten wurden an diesen Verhandlungen weder beteiligt, noch wurden ihre Interessen berücksichtigt.⁷¹⁵ Vielmehr wurde hinsichtlich möglicher Forderungen der anderen Anrainerstaaten die Regelung getroffen, dass Ägypten und Sudan diese prüfen und ihnen ggf. stattgeben (§ 5 Abs. 2). Die damit aus Sicht der beiden Vertragsstaaten geschaffene Situation wird mit dem nachfolgenden Satz prägnant auf den Punkt gebracht: „Indeed, under the Agreement, such allotted amount of the Nile waters to another riparian is more of a donation from Egypt and Sudan to such a riparian rather than a right.“⁷¹⁶ Bis in die Gegenwart stützen Ägypten und auch der Sudan ihre Sonderrolle betreffend des Nils auf die beiden Abkommen von 1959 und 1929 sowie die darin jeweils anerkannten natürlichen und historischen Rechte.⁷¹⁷ Zugleich existiert auch zwischen Ägypten und dem Sudan ein merkliches Ungleichgewicht, das vielfach als Hydrohegemonie beschrieben wird.⁷¹⁸ So erhielt Ägypten 1959 nicht nur den weitaus größeren Anteil am Nilwasser (§§ 1, 2), sondern bekam auch die Möglichkeit, auf eigene Initiative auf sudanesischem Staatsgebiet Wasserbauprojekte durchzuführen (§ 3 Abs. 2). Auch der Umstand, dass über das hälftig aus sudanesischen und ägyptischen Mitgliedern besetzte Permanent Joint Technical Committee, dessen Gründung durch den Vertrag vorgesehen wurde (§ 4), ägyptische Staatsbedienstete auf sudanesischem Gebiet den Nil, seine Zuflüsse und die daran befindlichen

714 Abgedruckt in ZaöRV 21 (1961), 84–88.

715 Hans Otto Bräutigam, Abkommen zwischen der Vereinigten Arabischen Republik und der Republik Sudan über die volle Nutzung des Nilwassers vom 8. November 1959/ Vorbemerkung, ZaöRV 21 (1961), 81, 82 ff.

716 Salman M. A. Salman, The GERD and the Revival of the Egyptian–Sudanese Dispute over the Nile Waters Salman, *Ethiopian Yearbook of International Law* (2017), 79, 87.

717 Biong Kuol Deng, Cooperation between Egypt and Sudan over the Nile River Waters: The Challenges of Duality, *African Sociological Review / Revue Africaine de Sociologie* 11 (2007), 38, 59.

718 Saleh M. K. Saleh, Hydro-hegemony in the Nile Basin: A Sudanese perspective, *Water Policy* 10 (2008), 29, 45; Salman M. A. Salman, The GERD and the Revival of the Egyptian–Sudanese Dispute over the Nile Waters Salman, *Ethiopian Yearbook of International Law* (2017), 79, 88; grundlegend zum Konzept der Hydrohegemonie Mark Zeitoun, Jeroen Warner, Hydro-hegemony – A framework for analysis of trans-boundary water conflicts, *Water Policy* 8 (2006), 435–460.

Wasserbauten überwachen, wird als einseitige Belastung der Souveränität des Sudans gedeutet.⁷¹⁹

Das Abkommen war auch der Auftakt für ein Projekt, dass bereits in den 1940er Jahren erdacht worden war und nun umgesetzt werden sollte. Da bis zu 50 Prozent des Nilwassers in den südsudanesischen Sümpfen des Sudd verdampfen, sollte der Nil mit dem Jonglei Kanal an diesen vorbeigeführt werden, um so die nutzbare Wassermenge zu erhöhen (§ 3 Abs. 1).⁷²⁰ Nach dem Ende des ersten sudanesischen Bürgerkriegs im Jahr 1972, begannen 1978 die tatsächlichen Bauarbeiten am Kanal. Das Projekt wurde als Handel zwischen der Zentralregierung in Khartum und dem ägyptischen Staat zulasten der lokalen Interessen im Südsudan angesehen. Dabei beruhten die Zweifel auf der Sorge vor negativen Auswirkungen auf das Ökosystem und die darauf basierende lokale Lebensweise. Zugleich wurde – rückblickend zurecht – bezweifelt, dass die im Rahmen des Projekts zugesagten Entwicklungsmaßnahmen für die lokale Bevölkerung jemals umgesetzt werden würden.⁷²¹ Der Widerstand gegen das Projekt drückte sich auch in gewaltsamen Studentenprotesten in den Städten aus. Nachdem 1983 ca. 80 Prozent des Kanals ausgehoben waren, stellte im November 1983 der Angriff der SPLM/A auf die Kanalbaustelle zumindest symbolisch den Beginn des zweiten sudanesischen Bürgerkriegs dar.⁷²²

719 Der Umstand ist auch historisch problematisch, da schon unter britischer Kolonialherrschaft die Position eines Inspector General of Egyptian Irrigation in the Sudan eingerichtet worden war und in Form des Undersecretary of Egyptian Irrigation in the Sudan bis heute fortbesteht. *Salman M. A. Salman*, *The GERD and the Revival of the Egyptian–Sudanese Dispute over the Nile Waters* *Salman*, *Ethiopian Yearbook of International Law* (2017), 79, 81, 87 f.

720 *Saleh M. K. Saleh*, *Hydro-hegemony in the Nile Basin: A Sudanese perspective*, *Water Policy* 10 (2008), 29, 33; 1967 und 1976 wurde das Projekt durch Vereinbarungen zwischen Ägypten und Sudan weiter konkretisiert. *Asim I. el Moghraby*, *The Jonglei Canal—Needed Development or Potential Ecodisaster?*, *Environmental Conservation* 9 (1982), 141, 146.

721 *Salman M. A. Salman*, *Water Resources in the Sudan North-South Peace Process*, in: Weinthal u. a. (Hrsg.), *Water and post-conflict peacebuilding*, Abingdon, 2013, S. 327, 443; für eine detaillierte Analyse der Maßnahmen und Herausforderungen siehe *Stephen Cobb*, *Tjark Struif Bontkes*, *Rural development, 1974–83: a decade of unfulfilled promise*, in: Howell u. a. (Hrsg.), *The Jonglei Canal : impact and opportunity*, Cambridge 1988, S. 431–447.

722 Schon im Mai hatte John Garang sich einem Soldatenaufstand angeschlossen und so weitere Desertionen motiviert. Die daraus entstandene SPLM/A hatte auch schon vor November kleinere Polizeiposten eingenommen, siehe *Robert O Collins*, *The waters of the Nile : hydropolitics and the Jonglei Canal, 1900–1988*, Oxford [u.a.] 1990, S. 395, 397.

Während die Haltung der SPLM/A und ihrer Führung zum Kanalprojekt ebenso umstritten ist,⁷²³ wie der Beitrag des Kanalprojekts am Ausbruch des Bürgerkriegs,⁷²⁴ so kann das Kanalprojekt doch zumindest als Symbol für den Konflikt aufgefasst werden.⁷²⁵ Der Umstand, dass die Bauarbeiten im Zuge der Angriffe zum Erliegen kamen und bis heute nicht wieder aufgenommen wurden, ist vor diesem Hintergrund zu sehen.

Stand der Jonglei Kanal prominent am Anfang des zweiten sudanesischen Bürgerkrieges, tauchte er im Zuge der Beilegung des Konflikts überhaupt nicht auf. Dabei bestanden angesichts der Vorgeschichte Bedenken, die Themen Nilwasser und insbesondere der Jonglei Kanal könnten den Friedensprozess belasten.⁷²⁶ Ägypten befürchtete, eine südsudanesishe Unabhängigkeit oder anderweitige Zugeständnisse an ein südsudanesisches Selbstbestimmungsrecht könnten die eigenen Wasserinteressen beeinträchtigen. Infolgedessen unternahm es den erfolglosen Versuch, den maßgeblich durch IGAD betriebenen Mediationsprozess durch einen ägyptisch-lybischen Friedensprozesses für den Sudan zu unterlaufen.⁷²⁷ Doch obwohl *John Garang*, der Anführer der SPLM/A, und sein enger Berater *Mansour Khalid* die Fragen des Nilwassers und des Jonglei Kanals in

723 Die Dissertation des SPLM Anführers John Garang als das Projekt befürwortend deutend *Saleh M. K. Saleh*, *Hydro-hegemony in the Nile Basin: A Sudanese perspective*, *Water Policy* 10 (2008), 29, 33 Fn 15; die Dissertation diesbezüglich als ablehnend deutend *Salman M. A. Salman*, *Water Resources in the Sudan North-South Peace Process: Past Experience and Future Trends*, *Africa Yearbook of International Law* (2010), 299, 321.

724 Dahingehend kritisch *Jutta Brunnée*, *Stephen J. Toope*, *The Nile basin regime: A role for law?*, in: *Alsharhan u. a. (Hrsg.), Water Resources Perspectives: Evaluation, Management and Policy*, Amsterdam 2003, S. 93, 99; den Kanal als einen der Auslöser identifizierend *Alexis Heraclides*, *Janus or Sisyphus? The Southern Problem of the Sudan*, *The Journal of Modern African Studies* 25 (1987), 213, 227; *Hekma Achour*, *La gouvernance du Bassin du Nil entre confrontation et coopération. Contribution à l'étude du droit international fluvial*, Nizza 2016, S. 63.

725 *Paul Howell*, *Stephen Cobb*, *Conclusion: looking to the future*, in: *Howell u. a. (Hrsg.), The Jonglei Canal: impact and opportunity*, Cambridge 1988, S. 449, 465.

726 *Salman M. A. Salman*, *The new state of South Sudan and the hydro-politics of the Nile Basi*, *Water International* 36 (2011), 154, 159.

727 *Biong Kuol Deng*, *Cooperation between Egypt and Sudan over the Nile River Waters: The Challenges of Duality*, *African Sociological Review / Revue Africaine de Sociologie* 11 (2007), 38, 53; *Mina Michel Samaan*, *The Nile Development Game: Tug-of-War or Benefits for All?*, Cham 2019, S. 172.

ihren jeweiligen Dissertationen behandelt hatten,⁷²⁸ stellte die SPLM/A – wohl um die Verhandlungen nicht zu gefährden⁷²⁹ – keine dahingehenden Forderungen, sodass mangels Interesse seitens der sudanesischen Zentralregierung das Thema in den Friedensverhandlungen nicht auftauchte und auch das 2005 geschlossenen Comprehensive Peace Agreement (CPA) sich dazu ausschweigt.⁷³⁰ Vielmehr traf das CPA explizit keine Aussage über die Verteilung natürlicher Ressourcen für den Fall der Unabhängigkeit des Südsudans und regelte lediglich für die Übergangsphase bis zu einem möglichen Unabhängigkeitsreferendum die Zuständigkeitsverteilung in Sachen Wasserverwaltung.⁷³¹ Der Southern Sudan Referendum Act 2009, der das Referendum über die mögliche Unabhängigkeit des Südsudans vorbereiten sollte, benannte Wasser als einen von zehn Punkten, die für die Zeit nach dem Referendum im Wege von Verhandlungen geklärt werden sollten.⁷³² Dabei ließ der Wortlaut den zeitlichen Rahmen hierfür offen.⁷³³ Während das Mekelle Memorandum of Understanding 2010 Wasserfragen als Teil der auf natürliche Ressourcen bezogene Verteilungsfrage

728 *Salman M. A. Salman*, Water Resources in the Sudan North-South Peace Process, in: Weinthal u. a. (Hrsg.), Water and post-conflict peacebuilding, Abingdon, 2013, S. 327, 338 m.w.N.

729 *Guillaume Le Floch*, Le difficile partage des eaux du Nil, *Annuaire français de droit international* 56 (2010), 471, 484 f.

730 *Salman M. A. Salman*, The new state of South Sudan and the hydro-politics of the Nile Basi, *Water International* 36 (2011), 154, 159.

731 Siehe Chapter II, Part V, Schedule A, 29, 33; Chapter II, Part V, Schedule D 15; wasserbezogene Streitigkeiten rein innersudanesischer Natur Chapter II, Part V Schedule B 19.4; Zuständigkeit in Wasserfragen in den beiden umstrittenen Regionen Chapter V, Part VII Schedule B Nr. 13 The Comprehensive Peace Agreement Between The Government of The Republic of The Sudan and The Sudan People's Liberation Movement/Sudan People's Liberation Army, 2005, <[https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_060000_The Comprehensive Peace Agreement.pdf](https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_060000_The%20Comprehensive%20Peace%20Agreement.pdf)>, Stand 07.07.2019.

732 Siehe Art. 67 Abs. III lit. (i), englischer Abdruck in Southern Sudan Referendum Act 2009, *International Journal of African Renaissance Studies* 5 (2010), 192–224.

733 Davon berichtend, dass die Verhandlungen bereits einige Monate vor dem Referendum begonnen hatten und anzweifelnd, dass sie bis zum Ende der auf das Referendum folgenden Übergangsphase abgeschlossen sein würden *Salman M. A. Salman*, The new state of South Sudan and the hydro-politics of the Nile Basi, *Water International* 36 (2011), 154, 157, 161; *Philine Webling*, Wasserrechte am Nil: der Einfluss des internationalen Wasserrechts auf die Entwicklung eines Vertragsregimes zur Nutzungsverteilung und gemeinsamen Wasserwirtschaft am Beispiel des Nils, Berlin 2018, S. 180 f.

ge einer Verhandlungsgruppe zuwies,⁷³⁴ führte der so anvisierte Verhandlungsprozess diesbezüglich nicht zu einem Ergebnis.⁷³⁵ Nach den Wahlen Anfang 2011, in denen sich die Bevölkerung des Südsudans für die Unabhängigkeit ausgesprochen hatte, startete der Südsudan am 9. Juli 2011 in die Unabhängigkeit, ohne dass Einigkeit darüber erzielt worden wäre, wie nunmehr mit dem Nil und den ihn betreffenden rechtlichen Fragen und Regelungen umzugehen sei.⁷³⁶

Am 9. Juli 2011 büßte Ägypten folglich Rechte ein, die ihm zuvor durch das Nil-Abkommen von 1959 in Bezug auf das Territorium des Südsudans zugestanden worden waren. Dies war die mittelbare Folge des im Wege der Mediation erzielten Friedensabkommens, an dessen Zustandekommen Ägypten nicht maßgeblich beteiligt war. Während der Südsudan als Teil des Sudans zuvor zugunsten Ägyptens in seiner Wasserentnahme durch das Nil-Abkommen beschränkt gewesen war, galten für den Südsudan als unabhängigen Staat nunmehr die deutlich weiteren Vorgaben des allgemeinen völkerrechtlichen Wasserrechts. Auch die vertraglich eingeräumten Rechte zur Überwachung des Nils und der zu ihm gehörenden Bauten und Infrastrukturen, die zuvor Ägypten zugestanden hatten, galten nun auf dem Gebiet des Südsudans nicht mehr. Schlussendlich kam damit zumindest die rechtliche Grundlage für die nach wie vor bestehende – und zum Teil sogar durch Vertreter der SPLM/A genährte⁷³⁷ – Hoffnung auf eine Fertigstellung des Jonglei Kanals zu einem jähen Ende.

734 Mekelle Memorandum of Understanding between the NCP and the SPLM on Post-referendum Issues and Arrangements, 22.06.2010, <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_100622_Mekelle%20MoU%20between%20the%20NCP%20and%20the%20SPLM%20on%20post-referendum%20issues.pdf>, Stand 09.07.2019.

735 In den nach der Unabhängigkeit geschlossenen Abkommen und Vereinbarungen werden viele der noch zu klärenden Fragen geregelt. Der Nil oder Wasserrechte tauchen jedoch schon begrifflich nicht mehr auf. Zu den behandelten Themen siehe The Cooperation Agreement between The Republic of the Sudan and The Republic of South Sudan, 27.09.2012, <[https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_SS_120927_Cooperation Agreement.pdf](https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_SS_120927_Cooperation%20Agreement.pdf)>, Stand 09.07.2019; Implementation matrix for agreements between the Sudan and South Sudan, 12.03.2013, <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD-SS_130312_ImplementationMatrix.pdf>, Stand 09.07.2019.

736 *Philine Wehling*, Wasserrechte am Nil: der Einfluss des internationalen Wasserrechts auf die Entwicklung eines Vertragsregimes zur Nutzungsverteilung und gemeinsamen Wasserwirtschaft am Beispiel des Nils, Berlin 2018, S. 181.

737 *Jutta Brunnée, Stephen J Toope*, The Nile basin regime: A role for law?, in: Alsharhan u. a. (Hrsg.), Water Resources Perspectives: Evaluation, Management and Policy, Amsterdam 2003, S. 93, 99.

Der so beschriebene Rechtsverlust auf Seiten Ägyptens⁷³⁸ ist indes nicht unumstritten. Während eine vertragliche Nachfolgeregelung nicht existiert, gehen manche Stimmen in der Literatur davon aus, der Südsudan sei im Wege der Staatennachfolge in die den Nil betreffenden Verträge von 1959 und wohl auch 1929 eingerückt.⁷³⁹ Zudem deutet insbesondere Ägypten, wie zuvor beschrieben, den Nilvertrag von 1959 dahingehend, dass alle anderen Nilanrainerstaaten kein Wasserentnahmerecht zusteht, solange Ägypten und Sudan dieses nicht gestattet haben.⁷⁴⁰ Würde diese Ansicht zugrunde gelegt, ergäbe sich hinsichtlich der Wasserentnahmerechte keine Verschlechterung für Ägypten. Doch auch, wenn der Nil und die Kontrolle über diesen, prägende Bestandteile der Identität des ägypti-

738 Diesen ebenfalls bejahend *Charles L. Katz*, Another cup at the Nile's crowded spigot: South Sudan and its Nile water rights, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013), 1249, 1261; *Boutros Boutros-Ghali*, Le Nil, fleuve-Roi: source de conflits, in: Vettovaglia u. a. (Hrsg.), Déterminants des conflits et nouvelles formes de prévention, Bruxelles 2013, S. 803, 811; *Hekma Achour*, La gouvernance du Bassin du Nil entre confrontation et coopération. Contribution à l'étude du droit international fluvial, Nizza, Karthago 2016, S. 144; *Philine Webling*, Wasserrechte am Nil: der Einfluss des internationalen Wasserrechts auf die Entwicklung eines Vertragsregimes zur Nutzungsverteilung und gemeinsamen Wasserwirtschaft am Beispiel des Nils, Berlin 2018, S. 186.

739 *Guillaume Le Floch*, Le difficile partage des eaux du Nil, *Annuaire français de droit international* 56 (2010), 471, 485; davon ausgehend, dass der Südsudan an den Nilvertrag von 1959 gebunden ist, dies aber anzweifeln könnte *Ibrahim Farah*, *Valentine Opanga*, Hydro-Politics of the Nile: The Role of South Sudan, *Development* 59 (2016), 308, 312; *Zeray Yihdego*, The Fairness 'Dilemma' in Sharing the Nile Waters: What Lessons from the Grand Ethiopian Renaissance Dam for International Law?, *Brill Research Perspectives in International Water Law* 2 (2017), 1, 30 („It is unlikely that the 1959 Nile Treaty is relevant to the law of state succession involving other Nile riparians, arguably excepting South Sudan.“).

740 Sich bei ansonsten fast identischen Textpassagen im Ton stärker von der Kontinuitätsthese distanzierend und der Möglichkeit der Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 2 des Nilvertrags von 1959 Raum gebend *Salman M. A. Salman*, The new state of South Sudan and the hydro-politics of the Nile Basi, *Water International* 36 (2011), 154, 165 Fn. 5; *Salman M. A. Salman*, Water Resources in the Sudan North-South Peace Process, in: Weinthal u. a. (Hrsg.), Water and post-conflict peacebuilding, Abingdon 2013, S. 327, 348 Fn. 46.

schen Staats sind,⁷⁴¹ spricht doch die pacta-tertiis-Regel deutlich gegen eine derartig weitreichende Position Ägyptens.⁷⁴²

Tatsächlich finden sich höchst widersprüchliche Aussagen südsudanesischer Regierungsmitglieder zur Frage der Fortgeltung des Nilvertrags von 1959. Diese reichen von einer expliziten Ablehnung des Vertrags,⁷⁴³ über den Hinweis, die Fertigstellung des Jonglei Kanals stelle für den Südsudan keine Priorität dar,⁷⁴⁴ bis zu der Forderung nach einem Anteil der dem Sudan vertraglich zustehenden Wasserentnahmerechte und der darin enthaltenen Anerkennung einer Bindung.⁷⁴⁵ Im für Ägypten günstigsten Fall führt die letztgenannte Rechtsauffassung des Südsudans dazu, dass sich die faktischen Auswirkungen des hier behaupteten Rechtsverlustes in Grenzen halten. *Charles Katz* weist jedoch zurecht darauf hin, dass sich aus dem Vortrag dieser Rechtsauffassung durch den südsudanesischen Präsidenten *Salva Kiir Mayardit* eine rechtliche Bindungswirkung nicht ergibt. Zumal sich eine solche Lösung zulasten Sudans auswirken würde, ohne dass hierfür eine rechtliche Grundlage existiert hätte oder im Verhandlungswege zustande gekommen wäre.⁷⁴⁶ Gegen die vorgetragene Rechtsauffassung spricht insbesondere, dass der Sudan die Wiener Konvention zur Staaten-nachfolge zum Zeitpunkt der Unabhängigkeit des Südsudan nicht ratifi-

741 *Ramy Hanna*, Water nationalism in Egypt: state-building, nation-making and Nile hydropolitics, in: Allouche (Hrsg.), Water, technology and the nation-state, London 2018, S. 81, 82 f., 92.

742 *Philine Wehling*, Wasserrechte am Nil: der Einfluss des internationalen Wasserrechts auf die Entwicklung eines Vertragsregimes zur Nutzungsverteilung und gemeinsamen Wasserwirtschaft am Beispiel des Nils, Berlin 2018, S. 178 f. m.w.N.

743 Ministerzitat abgedruckt bei *Philine Wehling*, Wasserrechte am Nil: der Einfluss des internationalen Wasserrechts auf die Entwicklung eines Vertragsregimes zur Nutzungsverteilung und gemeinsamen Wasserwirtschaft am Beispiel des Nils, Berlin 2018, S. 184 m.w.N.

744 *Salman M. A. Salman*, Water Resources in the Sudan North-South Peace Process, in: Weinthal u. a. (Hrsg.), Water and post-conflict peacebuilding, Abingdon 2013, S. 327, 343 m.w.N.

745 Präsident Kiir zitiert bei *Charles L. Katz*, Another cup at the Nile's crowded spigot: South Sudan and its Nile water rights, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013), 1249, 1253 f. m.w.N.; mehrere widersprüchliche Szenarien und Aussagen gegenüberstellend *Hekma Achour*, La gouvernance du Bassin du Nil entre confrontation et coopération. Contribution à l'étude du droit international fluvial, Nizza, Karthago 2016, S. 158 m.w.N.

746 *Charles L. Katz*, Another cup at the Nile's crowded spigot: South Sudan and its Nile water rights, *Georgetown Journal of International Law* 44 (2013), 1249, 1253 f.

ziert hatte und eine völkergewohnheitsrechtliche Geltung des in Art. 34 der Konvention beschriebenen Kontinuitätsprinzips nach wie vor umstritten ist.⁷⁴⁷ Zudem handelt es sich nicht um einen radizierten Vertrag, bei dem von einer Kontinuität auszugehen wäre, da der Vertrag trotz seines Bezugs zum Assuan-Staudamm und dem Jonglei-Kanal, vor allem eine einheitliche Regelung bezüglich des Nils zum Gegenstand hatte.⁷⁴⁸

Die beschriebene Rechtsauffassung vorausgesetzt, kann die den Legitimationsbedarf generierende mittelbare Freiheitsverkürzung durch das Mediationsverfahren konkretisiert werden. Dabei ist es insbesondere relevant, sich zu verdeutlichen, dass ein Mediationsverfahren sich nicht allein auf die Konfliktparteien beschränkt, ohne dass die dort getroffenen Entscheidungen Auswirkungen außerhalb der Beziehung der Konfliktparteien hätten. Der Kreis derer, die durch ein Mediationsverfahren und dessen konkretes Ergebnis betroffen sind, ist dabei umfangreich und vielfältig. Während sich diese Erkenntnis in Bezug auf unmittelbar von den Regelungen einer medierten Friedensvereinbarung Betroffene stärker aufdrängt, verdeutlicht das Beispiel des Nils, dass Mediationsprozesse auch mittelbare und gleichwohl konkrete Auswirkungen auf Dritte haben können.⁷⁴⁹ Im vorliegenden Fall hat die Entscheidung, die Frage von Wasserrechten und der Nachfolge in die Rechte und Pflichten der Nilverträge außen vor zu lassen, bzw. diesbezügliche Verhandlungen zu vertagen, dazu geführt, dass Ägypten Rechtspositionen verloren hat bzw. diese sich verschlechtert

747 *Philine Webling*, Wasserrechte am Nil: der Einfluss des internationalen Wasserrechts auf die Entwicklung eines Vertragsregimes zur Nutzungsverteilung und gemeinsamen Wasserwirtschaft am Beispiel des Nils, Berlin 2018, S. 181 f. m.w.N.; darauf hinweisend, dass die Konvention nur einen vernachlässigbaren Einfluss im Fall des Südsudans hatte *Arman Sarvarian*, Codifying the law of state succession: A futile endeavour?, EJIL 27 (2016), 789, 808.

748 *Philine Webling*, Wasserrechte am Nil: der Einfluss des internationalen Wasserrechts auf die Entwicklung eines Vertragsregimes zur Nutzungsverteilung und gemeinsamen Wasserwirtschaft am Beispiel des Nils, Berlin 2018, S. 183.

749 Vergleichbare Szenarien sind etwa auch bei Euphrat und Tigris zwischen der Türkei, Syrien und dem Irak denkbar, vgl. *Adele J. Kirschner, Katrin Tiroch*, The waters of Euphrates and Tigris: an international law perspective, Max Planck yearbook of United Nations law 16 (2012), 329, 382 ff. So sicherte die Türkei Syrien 1987 im Rahmen eines Sicherheitsprotokolls einen Minstdurchfluss des Euphrat von 500 Millionen Kubikmetern pro Sekunde zu und ließ sich im Gegenzug Unterstützung gegen die kurdische Arbeiterpartei PKK versprechen, siehe *Hojjat Mianabadi, Erik Mostert u. a.*, Trans-boundary River Basin Management: Factors Influencing the Success or Failure of International Agreements, in: *Hipel u. a. (Hrsg.)*, Conflict Resolution in Water Resources and Environmental Management, Cham 2015, S. 133, 136.

haben. Dieser Umstand muss weder darüber hinaus bewertet, noch als rechtlich problematisch eingeordnet werden. Im Gegenteil scheint die Unabhängigkeit des Südsudans einen Beitrag zur Neuverteilung des Kräftegleichgewichts am Nil zu leisten.⁷⁵⁰ Rechtlich gesehen stellt sich das zuvor skizzierte Ergebnis zwar als in Teilen streitig dar, allerdings nicht einmal im Ansatz als rechtswidrig. Dieser beiden Feststellungen bedarf es indes auch nicht um festzuhalten, dass Mediationsverfahren Auswirkungen auf die Freiheit und Rechte Dritter haben können und im konkreten Fall hatten. Ob dieser Umstand aus einer bestimmten Position für positiv befunden wird, ändert genau so wenig etwas am Legitimationsbedarf einer solchen Verkürzung, wie der Umstand, dass er hier auch das Ergebnis einer spezifischen Rechtslage ist. Gegebenenfalls vermittelt die diesbezügliche Rechtmäßigkeit Legitimität, doch dieser Zusammenhang soll nach Abschluss des vorliegenden Abschnitts zum Legitimationsbedarf gesondert erörtert werden.⁷⁵¹

3. Potentielle Freiheitsverkürzung: Unbestimmtheit als Hebel der Macht

Neben die zuvor beschriebenen unmittelbaren und mittelbaren Freiheitsverkürzungen durch Friedensmediation tritt schlussendlich eine Form potentieller Freiheitsverkürzung. Diese Form der Freiheitsverkürzung ist angelegt im bewussten und strategischen Gebrauch von Mehrdeutigkeit (constructive ambiguity), von Vagheit oder Ungewissheit sowie Flexibilisierung. Dabei richten sich diese Aspekte einerseits nach innen, also auf die konfliktbetroffene Gesellschaft bzw. die konfliktbetroffenen Gesellschaften, wie auch nach außen an die sonstigen Akteure der Internationalen Gemeinschaft.

Fokus dieser Überlegungen ist dabei nicht die im Zuge der Critical Legal Studies sowie der New Approaches to International Law entwickelte Erkenntnis, dass Unbestimmtheit und Ungewissheit zum Wesen des Rechts gehören.⁷⁵² Oder, wie *Martti Koskeniemi* schreibt: „there is no

750 *Ibrahim Farah, Valentine Opanga*, Hydro-Politics of the Nile: The Role of South Sudan, *Development* 59 (2016), 308, 312; *Jan Adamowski, Nicolas Kosoy, Lydia Khennache*, The Eastern Nile River Waterscape: The Role of Power in Policy-making and Shaping National Narratives, *International Negotiation* 22 (2017), 123, 146.

751 Sie hierzu D.I.

752 *David Kennedy*, Theses about International Law Discourse, *GYIL* 23 (1980), 353, 355 Fn 4 m.w.N., 360; *Martti Koskeniemi*, Letter to the Editors of the

reason to exclude the possibility that any legal expression may be affected by one or another of the reasons for indeterminacy listed above.⁷⁵³ Ebenso wenig liegt der Fokus auf dem damit verbundenen Umstand, den *Hans Magnus Enzensberger* hervorhebt, wenn er schreibt, „[die] juristische Sprache ist ihrem Wesen nach Herrschaftssprache. [...] Unverständlichkeit gehört zu ihrem Nimbus.“⁷⁵⁴ Die hier in den Blick genommenen Begriffe und Formulierungen partizipieren nicht lediglich an einer allgemeinen Mehr- und Vieldeutigkeit von Sprache infolge ihrer sozialen Konstruktion oder an dem Wesen des Rechts als Herrschaftsinstrument, sondern sie halten auch unter Außerachtlassung dieser Erkenntnisse, quasi darüber hinausgehende unterschiedliche Interpretationsmöglichkeiten bereit.

Bezüglich der hier angestellten Überlegungen existieren verschiedene begriffliche Unterscheidungen.⁷⁵⁵ So kann zwischen Mehrdeutigkeit (ambiguity) und Vagheit (vagueness) unterschieden werden.⁷⁵⁶ Mehrdeutigkeit bedeutet dabei, dass etwas je nach Kontext, eine andere Bedeutung hat. Vagheit bedeutet, dass etwas manche Bedeutungen klar umfasst, manche klar ausschließt und hinsichtlich der Erfassung wiederum anderer Bedeutungen keine klare Aussage zulässt.⁷⁵⁷ Beide Begriffe tragen dazu bei,

Symposium, AJIL 93 (1999), 351, 354 f.; kritisch dazu *Ken Kress*, Legal Indeterminacy, California Law Review 77 (1989), 283–337; *Iain Scobbie*, Towards the Elimination of International Law: Some Radical Scepticism about Sceptical Radicalism, British Yearbook of International Law 61 (1991), 339, 340.

753 *Martti Koskeniemi*, From apology to Utopia : the structure of international legal argument; with a new epilogue, 2. Aufl., Cambridge [u.a.] 2005, S. 43 m.w.N.

754 *Hans Magnus Enzensberger*, Von den Vorzügen der Unverständlichkeit, in: Lerch (Hrsg.), Die Sprache des Rechts: Recht verstehen – Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht, Bd. I, Berlin 2004, S. 83, 83.

755 Für einen Überblick siehe *Hans-Joachim Koch*, Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in: Koch (Hrsg.), Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht : über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung, Frankfurt am Main 1977, S. 13, 41 ff; *Hans-Joachim Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht : eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung, Frankfurt am Main 1979, S. 14 ff.

756 *Michael Thaler*, Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung, Wien 1982, S. 6; *Jörg Kammerhofer*, Uncertainty in International Law, Abingdon 2014, S. 118; *Andreas Kulick*, From problem to opportunity? : an analytical framework for vagueness and ambiguity in international law, GYIL 59 (2017), 257, 259.

757 *Hans-Joachim Koch*, Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht, in: Koch (Hrsg.), Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht : über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung, Frankfurt am Main 1977, S. 13, 41, 43; *Hans-Joachim Koch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht : eine logische und semantische Studie

dass Rechtstexte unbestimmt (indeterminate) werden. Sie führen zu begrifflicher und damit zu rechtlicher Unsicherheit.⁷⁵⁸ *Andrei Marmor* arbeitet hingegen mit einem abgestuften Vagheitsbegriff,⁷⁵⁹ während *Koskenniemi* im Zusammenhang mit Unbestimmtheit primär von Mehrdeutigkeit spricht.⁷⁶⁰ *Anthony D'Amato* wiederum verwendet primär Unbestimmtheit, ohne zwischen den anderen Varianten zu unterscheiden.⁷⁶¹ Die dargestellten Unterscheidungen dienen letztlich unterschiedlichen Zwecken. So soll bei *Koskenniemi* die Abgrenzung von Recht und Politik erörtert werden.⁷⁶² Bei anderen Autoren stellt sich die Frage richterlicher Gesetzesbindung.⁷⁶³ Für die hier verfolgten Zwecke genügt es zu wissen, dass diese Unterscheidungen existieren.⁷⁶⁴ *Hans-Joachim Koch* fasst all das mit dem sehr anschaulichen Begriff der semantischen Spielräume zusammen.⁷⁶⁵ Mit Blick auf

zur Gesetzesbindung der Verwaltung, Frankfurt am Main 1979, S. 29 („Der Ausdruck ‚Star‘ etwa wird sowohl verwendet, um Augenkrankheiten zu bezeichnen, wie auch für eine Vogelart und für Personen aus dem Showgeschäft. Dieser Ausdruck ist mehrdeutig. In seiner Verwendung für die Erfolgreichen des Show-Business liegt zugleich Unbestimmtheit vor, insofern die dafür maßgeblichen semantischen Regeln wohl so beschaffen sind, dass man hinsichtlich des einen oder anderen aufstrebenden Künstlers die ‚Star‘-Eigenschaft weder verneinen noch bejahen kann.“).

758 *Jörg Kammerhofer*, *Uncertainty in International Law*, Abingdon 2014, S. 118.

759 *Andrei Marmor*, *Varieties of Vagueness in the Law*, in: Bongiovanni u. a. (Hrsg.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Dordrecht 2018, S. 561, 561.

760 *Martti Koskenniemi*, *From apology to Utopia: the structure of international legal argument; with a new epilogue*, 2. Aufl., Cambridge [u.a.] 2005, S. 38.

761 *Anthony D'Amato*, *Legal Uncertainty*, *California Law Review* 71 (1983), 1, 4; ähnlich, weil vagueness und ambiguity unter „VuA“ zusammen erörternd *Andreas Kulick*, *From problem to opportunity? : an analytical framework for vagueness and ambiguity in international law*, *GYIL* 59 (2017), 257, 259.

762 *Martti Koskenniemi*, *From apology to Utopia: the structure of international legal argument; with a new epilogue*, 2. Aufl., Cambridge [u.a.] 2005, S. 40, 42.

763 *Hans-Joachim Koch*, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht: eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung*, Frankfurt am Main 1979, S. 14.

764 Vgl. *Michael Thaler*, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*, Wien 1982, S. 8 („Da [der auslegende Jurist] sich des Unterschieds zwischen den beiden Phänomenen [Vagheit und Mehrdeutigkeit] nicht bewusst ist, fasst er diese unter einem Begriff zusammen und spricht ganz allgemein von unbestimmten Rechtsbegriffen.“).

765 *Hans-Joachim Koch*, *Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht*, in: Koch (Hrsg.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht: über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung*, Frankfurt am Main 1977, S. 13, 41.

die im Englischen verbreiteten Begriffe der „*indeterminacy*“ und „*uncertainty*“⁷⁶⁶ wird im weiteren der Einfachheit halber Unbestimmtheit als einheitlicher Oberbegriff verwendet, sofern nicht andere Begriffe, wie etwa konstruktive Mehrdeutigkeit im konkreten Kontext allgemein verwendet werden.

Diese Unbestimmtheit kann sich dabei nicht nur auf den Inhalt einer Norm oder eines Rechtstextes beziehen, sondern auch auf deren Grad an Verbindlichkeit.⁷⁶⁷ Dabei ist diese Unbestimmtheit nicht stets das Ergebnis eines handwerklichen Fehlers, sondern regelmäßig beabsichtigt, um die Grenze zwischen Rechtlichem und Nichtrechtlichem zu verwischen.⁷⁶⁸ Interne Auswirkung einer solchen Unbestimmtheit kann der Umstand sein, dass über Inhalt und Verbindlichkeit einer Regel erst zu einem späteren Zeitpunkt entschieden wird, wenn sich die Kräfteverhältnisse, die zum Zeitpunkt der Mediationsverhandlung existierten, geändert haben. Externe Auswirkung einer solchen Unbestimmtheit kann der Umstand sein, dass es schwieriger wird, das Entstehen einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm zu erkennen. Manche Normen, die in der Friedensmediation relevant sind, werden unter Rückgriff auf einen Begriff der Internationalen Beziehungen als „*unsettled norms*“ beschrieben.⁷⁶⁹ Auch wenn damit bewusst eine Alternative zu völkerrechtlichen Klassifizierungen verwendet wird, werden gleichwohl „*settled norms*“ und *hard law* zum Teil synonym verwendet.⁷⁷⁰ Letztlich sind auch die meisten „*unsettled norms*“ irgendwo zwischen Völkergewohnheitsrechts in statu nascendi und *soft law* ange-

766 Beispielhaft und für einen guten Überblick *Lorenzo Gradoni, Luca Pasquet*, Dialogue Concerning Legal Un-certainty and Other Prodigies, EJIL 30 (2019), 129–136.

767 *Jean d'Aspremont*, Formalism and the Sources of International Law, Oxford 2011, S. 183.

768 *Jean d'Aspremont*, Formalism and the Sources of International Law, Oxford 2011, S. 193.

769 *Sara Hellmüller, Julia Palmiano Federer, Mathias Zeller*, The Role of Norms in International Peace Mediation, swisspeace; NOREF, Bern 2015, S. 3, 5 f.; unter Rückgriff auf *Mervyn Frost*, Ethics in international relations: A constitutive theory, Cambridge [u.a.] 1996, S. 105 ff.; dazu auch *Gregory A. Raymond*, Problems and Prospects in the Study of International Norms, Merhsion International Studies Review 41 (1997), 2005, 224 f.; *Annika Björkdahl*, Norms in International Relations: Some Conceptual and Methodological Reflections, Cambridge Review of International Affairs 15 (2002), 9, 19 f.

770 *Kenneth W. Abbott, Duncan Snidal*, Hard and Soft Law in International Governance, International Organization 54 (2000), 421, 448.

siedelt. Hierzu zählen etwa Teile dessen, was als Transitional Justice⁷⁷¹ bezeichnet wird oder Aspekte, die – unter Rückgriff auf die Terminologie des Sicherheitsrats – unter „Women, Peace and Security“ gefasst werden.⁷⁷² Wenn Konfliktparteien nach innen durch strategische Unbestimmtheit Entscheidungszeitpunkte verschieben und sich selbst Handlungsspielräume eröffnen, erschweren sie zugleich das Erkennen der für das Identifizieren einer neuen Norm des Völkergewohnheitsrechts erforderlichen einheitlichen Praxis. Dabei kann die Fokussierung auf den flexiblen Charakter (soft law) mancher Normen faktisch auch zu einer Verdrängung von hard law führen. Der strategische Umgang mit „unsettled norms“ kann diese quasi dauerhaft in der Schwebe halten.

a) Interne Auswirkungen von Unbestimmtheit

Ein zentraler Begriff im Zusammenhang mit Unbestimmtheit in der Friedensmediation ist jener der „constructive ambiguity“ (konstruktive Mehrdeutigkeit).⁷⁷³ Ein bekanntes Beispiel für diese Technik bietet der Nordirlandkonflikt. *Christine Bell* analysiert, wie dort eine Regelung für den hypothetischen Fall einer Vereinigung der gesamten irischen Insel formuliert wird. Die getroffene Formulierung ist bewusst mehrdeutig, um allen Seiten etwas zuzugestehen, womit sie leben können und das sie ihrer Basis „verkaufen“ können. Es handelt sich folglich um eine vermeintliche Win-Win-Situation, die jedoch nicht auf einer interessensgerechten Konfliktlösung beruht, sondern auf den weitreichenden Interpretationsmöglichkeiten. Dabei wird die tatsächliche Lösung des hinter der Mehrdeutig-

771 *Christine Bell*, On the law of peace: peace agreements and the lex pacificatoria, Oxford [u.a.] 2008, S. 255; grundlegend zum Begriff *Ruti G. Teitel*, Transitional justice, Oxford [u.a.] 2000.

772 Zur möglichen gewohnheitsrechtlichen Genese noch nicht kodifizierter Bereiche *Christine Chinkin*, Women, Peace, and Security: Tackling Violence Against Women in the Contemporary World?, *GYIL* 61 (2018), 185, 197 ff.; kritisch zur Begrifflichkeit *Tamsin Philipa Paige*, The Maintenance of Heteronormativity, in: Otto (Hrsg.), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, New York 2017, S. 91, 96 ff.

773 *D. Pehar*, Use of Ambiguities in Peace Agreements, in: *Kurbalija u. a.* (Hrsg.), *Language and Diplomacy*, Msida 2011, S. 163, 164 ff.; aus übertragbarer innerstaatlicher Perspektive *Christopher Honeyman*, In Defense of Ambiguity, *Negotiation Journal* 3 (1987), 81, 84.

keit versteckten Konflikts lediglich in die Zukunft verschoben.⁷⁷⁴ In der jüngeren Praxis findet sich der Einsatz konstruktiver Mehrdeutigkeit etwa im Zusammenhang mit der tunesischen Übergangsverfassung nach der Jasminrevolution.⁷⁷⁵

Wieso diese Technik Legitimationsfragen aufwirft, wird ggf. schon daran deutlich, dass die Schöpfung dieses Begriffs *Henry Kissinger* zugeschrieben wird.⁷⁷⁶ Konstruktive Mehrdeutigkeit bevorteilt jene, die im Moment der endgültigen Entscheidung die Oberhand haben. Sie ist ein Machtinstrument, dass nicht nur in der Friedensmediation zur Anwendung kommt, sondern auch in den der Gesetzgebung zugrunde liegenden Verhandlungen oder bei der Verhandlung internationaler Abkommen. *Anthony D'Amato* beschreibt diesen Mechanismus sehr anschaulich:

„When a legal rule is ambiguous, there is room for Power to step in and resolve the ambiguity. Advocates of power politics prefer ambiguous laws to clear laws.“⁷⁷⁷

Dieser Umstand ist es, der auch bei der Friedensmediation problematisch ist, auch wenn der rechtliche Charakter von Friedensvereinbarungen selbst Gegenstand konstruktiver Mehrdeutigkeit ist.⁷⁷⁸ Wurde mit konstruktiver Mehrdeutigkeit ein Konflikt zwischen den unmittelbaren Konfliktparteien verschoben und hat sich zu dem Zeitpunkt, an welchem die Mehrdeutigkeit aufgelöst werden muss oder soll, das zwischen diesen bestehende Kräftegleichgewicht nicht verändert, kann dies die getroffenen Vereinbarung

774 *Christine Bell, Kathleen Cavanaugh*, 'Constructive Ambiguity' or Internal Self-Determination? Self-Determination, Group Accommodation, and the Belfast Agreement, *Fordham international law journal* 22 (1999), 1345, 1356; *Christine Bell*, On the law of peace: peace agreements and the lex pacificatoria, Oxford [u.a.] 2008, S. 166.

775 *Markus Böckenförde*, From Constructive Ambiguity to Harmonious Interpretation: Religion-Related Provisions in the Tunisian Constitution, *American Behavioral Scientist* 60 (2016), 919, 928.

776 *David Mitchell*, Cooking the fudge: Constructive ambiguity and the implementation of the Northern Ireland agreement, 1998–2007, *Irish Political Studies* 24 (2009), 321, 322; *Carrie Menkel-Meadow*, Deconstructing Henry: Negotiation Lessons from Kissinger's Career, *Negotiation Journal* 35 (2019), 337, 347, 355; ohne Ausführungen zur Begrifflichkeit den Einsatz von Mehrdeutigkeit verteidigend *Henry Kissinger*, *Diplomacy*, New York 1994, S. 635.

777 *Anthony D'Amato*, Non-state actors from the perspective of the policy-oriented school: power, law, actors and the view from New Haven, in: d'Aspremont (Hrsg.), *Participants in the international legal system*, Abingdon 2011, S. 64, 66.

778 *Christine Bell*, On the law of peace: peace agreements and the lex pacificatoria, Oxford [u.a.] 2008, S. 142, 160, 168.

als Ganzes und damit den zum Preis der konstruktiven Mehrdeutigkeit erkauften Frieden infrage stellen.⁷⁷⁹ Hat sich indes das Kräftegleichgewicht zugunsten einer Seite verschoben oder betraf die konstruktive Mehrdeutigkeit Akteure, die nur in der spezifischen Mediationssituation Einfluss hatten, ermöglicht konstruktive Mehrdeutigkeit dem nun stärkeren Akteur, seine Interessen zulasten der anderen durchzusetzen. Beispielhaft für die Art und Weise wie konstruktive Mehrdeutigkeit allgemein geeignet ist, stärkere Akteure zu bevorteilen, steht die Einstellung des Ermittlungsverfahrens des Internationalen Strafgerichtshofs unter Rückgriff auf die in Art. 53 des Rom-Status⁷⁸⁰ enthaltene Formel von „*in the interest of justice*“.⁷⁸¹ Diese Formulierung, die das Ergebnis des Einsatzes von konstruktiver Mehrdeutigkeit im Verlauf der Vertragsverhandlung war,⁷⁸² wurde vor allem im Zusammenhang mit Amnestieszenarien im Rahmen von Friedensverhandlungen diskutiert.⁷⁸³ Nunmehr erlaubte die Formulierung es dem IstGH, dem politischen Druck aus den USA nachzugeben.⁷⁸⁴ Nachfolgend soll jedoch anhand eines Beispiels aus dem Bereich der Friedens-

779 Christine Bell, Kathleen Cavanaugh, 'Constructive Ambiguity' or Internal Self-Determination? Self-Determination, Group Accommodation, and the Belfast Agreement, *Fordham international law journal* 22 (1999), 1345, 1356.

780 Rome Statute of the International Criminal Court, 17.07.1998, UNTS 2187, S. 3.

781 IstGH, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Pre-Trial Ch. II, 12 April 2019, ICC-02/17, S. 28 ff. Rn 87 ff.

782 Michael P. Scharf, The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court, *Cornell International Law Journal* 32 (1999), 437, 521 f.; Gilbert Bitti, The Interests of Justice – where does that come from? Part I, *EJIL: Talk!* 13. August 2019; Gilbert Bitti, The Interests of Justice – where does that come from? Part II, *EJIL: Talk!* 14. August 2019.

783 Michael P. Scharf, From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace, *Washington and Lee Law Review* 63 (2006), 339, 372; Alexander K. A. Greenawalt, Justice Without Politics? Prosecutorial Discretion and the International Criminal Court, *International Law and Politics* 39 (2007), 583, 617 f.; Kenneth A. Rodman, Is Peace in the Interests of Justice? The Case for Broad Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court, *LJIL* 22 (2009), 99, 100; *Auswärtiges Amt, Initiative Mediation Support Deutschland*, Normativer Bezugsrahmen und völkerrechtliche Grundlagen der Friedensmediation, Berlin 2017, S. 11; Priscilla B. Hayner, *The peacemaker's paradox*, New York 2018, S. 99 ff.

784 Sergey Vasiliev, Not just another 'crisis': Could the blocking of the Afghanistan investigation spell the end of the ICC? (Part II), *EJIL: Talk!* 20. April 2019; Mark Kersten, Whither the Aspirational ICC, Welcome the 'Practical' Court?, *EJIL: Talk!* 22. Mai 2019; die Frage aufwerfend, ob der IstGH im vergleichbaren Fall Myanmar ebenso verfahren wird Dilken Celebi, Felix Braun, *Strafverfolgung*

mediation gezeigt werden, wie konstruktive Mehrdeutigkeit zum Einsatz kommt und welche Folgen sie hat.

Im Rahmen der innerkongolesischen Friedensverhandlungen, die von 2002 bis 2003 in Südafrika stattfanden,⁷⁸⁵ wurde durch den Innercongolese-Dialogue, der eine Vielzahl von Akteuren im südafrikanischen Sun City zusammenbrachte, eine Resolution über die Schaffung einer Wahrheits- und Versöhnungskommission beschlossen. Diese und weitere Resolutionen wurden gemeinsam mit dem Entwurf der Übergangsverfassung⁷⁸⁶ und dem Global and Inclusive Agreement on Transition in the Democratic Republic of Congo⁷⁸⁷ verbindlicher Teil des 2003 als Final Act⁷⁸⁸ geschlossenen Friedensabkommens.

Die Resolution sollte eine opferorientierte Funktion einnehmen.⁷⁸⁹ Dieser Umstand wurde hervorgehoben durch die Formulierung:

*„Affirm that the Commission will be responsible for deciding the fate of the victims of the said crimes, for hearing them, and taking all the necessary measures to compensate them and completely restore their dignity.“*⁷⁹⁰

Dabei sollte insbesondere auch sexualisierte Gewalt aufgearbeitet werden (Art. 7). Zugleich wurde hinsichtlich der Zusammensetzung der Kommission in Art. 10 wie folgt formuliert:

ohne Jurisdiktion? – Das Legitimitätsdilemma des IStGH angesichts der Rohingya-Ermittlungen, Völkerrechtsblog 11. Juli 2019.

785 Vgl. Gilbert M. Khadiagal, South Africa's Role in Conflict Resolution in the Democratic Republic of the Congo (DRC), in: Shillinger (Hrsg.), Africa's peacemaker? : lessons from South African conflict mediation, Auckland Park, 2009, S. 69, 73 ff.

786 Draft Constitution of the Transition of the Democratic Republic of Congo, 1.04.2003, <https://www.peaceagreements.org/masterdocument/1303>, Stand 13.08.2019; zur in Kraft getretenen Fassung siehe Constitution de la Transition de la République Démocratique du Congo du 5 avril 2003, Journal Officiel de la République Démocratique du Congo Nr. 44/2003.

787 Global and Inclusive Agreement on Transition in the Democratic Republic of Congo (Pretoria Agreement), 16.12.2002, <https://peacemaker.un.org/drc-agreement-on-transition-2002>, Stand 03.08.2019.

788 Intercongolese Negotiations: The Final Act (The Sun City Agreement), 2.04.2003, <https://www.peaceagreements.org/masterdocument/404>, Stand 13.08.2019.

789 Interview mit Alain Sigg 19.04.2018.

790 Art. 5, Resolution No: DIC/COR/04 On the Institution of a „Truth and Reconciliation“ Commission, Intercongolese Negotiations: The Final Act (The Sun City Agreement), 2.04.2003, <https://www.peaceagreements.org/masterdocument/404>, Stand 13.08.2019.

*„Resolve that the members will be appointed by consensus from the ranks of the components according to the criteria established by the ICD: moral probity, credibility, knowledge of the social realities on the ground, proven competence in relation to processes for promoting truth and reconciliation, patriotism and evidence of a conciliatory and unifying spirit.“*⁷⁹¹

„Ranks of the components“ wurde dabei dahingehend interpretiert, dass es sich um Vertreter*innen der an den Verhandlungen beteiligten Parteien handeln sollte.⁷⁹² Dabei wurde auch der power-sharing Gedanke, der auch im Global and Inclusive Agreement zum Ausdruck kam,⁷⁹³ berücksichtigt:

*„The division of responsibilities within transitional institutions and at different State levels shall be done on the basis of the principle of inclusiveness and equitable sharing between the various elements and entities involved in the Inter-Congolese Dialogue, in accordance with criteria such as ability, credibility and integrity and in a spirit of national reconciliation. Provision is made in the Annex to this Agreement for the modalities of the implementation of the principle of inclusiveness.“*⁷⁹⁴

Art. 157 der Übergangsverfassung setzte ein Mitglied der Zivilgesellschaft für den Vorsitz der Kommission fest und verteilte unbestimmte weitere Sitze an die beteiligten Akteure:

„Institutions for democracy are chaired by representatives from the ‘Civil Society’ (‘Forces Vives’) constituency, in accordance with the relevant provisions of the comprehensive and inclusive agreement.

791 Art. 10, Resolution No: DIC/COR/04 On The Institution Of A „Truth And Reconciliation“ Commission, Intercongolese Negotiations: The Final Act (The Sun City Agreement) 2.04.2003, <https://www.peaceagreements.org/masterdocument/404>, Stand 13.08.2019.

792 Elena Naughton, Democratic Republic of Congo: Case Study, in: International Center for Transitional Justice u. a. (Hrsg.), Challenging the Conventional Can Truth Commissions Strengthen Peace Processes?, 2014, S. 47, 49.

793 Zum ebenfalls in der Übergangsverfassung verkörpert Gedanken der power sharing Hartmut Hamann, Die Übergangsverfassung der Demokratischen Republik Kongo – Föderalismus oder Zentralismus?, ZaöRV 65 (2005), 467, 479 ff.; Kai Peter Ziegler, Democratic Republic of the Congo: The Transitional Constitution of April 1, 2003, International Journal of Constitutional Law 3 (2005), 662, 665 ff.

794 Teil III, Art. 6 des Global and Inclusive Agreement on Transition in the Democratic Republic of Congo (Pretoria Agreement), 16.12.2002, <https://peacemaker.un.org/drc-agreementontransition2002>, Stand 03.08.2019 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

*The other Constituencies and Groupings of the inter-Congolese Dialogue fall under their respective offices.*⁷⁹⁵

Dieser Artikel wurde so verstanden, dass mit „Constituencies and Groupings of the inter-Congolese Dialogue“ die acht an den Verhandlungen beteiligten Akteure⁷⁹⁶ gemeint waren, die je einen Sitz erhielten, sodass auch die sechs Gewaltakteure⁷⁹⁷ erfasst waren. Hinter der Uneinheitlichkeit der Begriffe, mit denen die an der Kommission beteiligten Akteure beschrieben werden und dem Umstand, dass sich deren Zusammensetzung selbst aus der Gesamtschau der soeben dargestellten Artikel nur ungefähr ergibt, verbirgt sich schlussendlich ein Dissens. *Priscilla Hayner* und *Laura Davis* berichten, dass ursprünglich allein politische Akteure für die Kommission und die anderen Institutionen zur Förderung der Demokratie vorgesehen gewesen sein. Wie es schlussendlich dazu gekommen sei, dass auch die Gewaltakteure dort vertreten waren, darüber herrscht unter den Beteiligten keine Einigkeit. Zum Teil wird der Vorwurf aufgebracht, der finale Entwurf sei noch einmal geändert worden.⁷⁹⁸ Wirft man unter diesem Gesichtspunkt einen Blick auf die Formulierung der Resolution über die Einrichtung der Kommission, dann wird – wenn vorher nur an politische Akteure gedacht worden war – nicht sofort ersichtlich, dass sich hinter „ranks of the components“, nun auch die Gewaltakteure verbergen sollen. Diese Art situationsspezifischer Bedeutung entspricht der zuvor dargestellten Definition von Mehrdeutigkeit und wurde hier strategisch im Sinne konstruktiver Mehrdeutigkeit eingesetzt.

Darüber hinaus sahen sowohl die Übergangsverfassung (Art. 160), als auch das Global and Inclusive Agreement (Abschnitt V, Art. 4, lit. b) und die Resolution über die Schaffung der Wahrheits- und Versöhnungskommission (Art. 14) vor, dass die weitere Ausgestaltung der Kommission durch den Gesetzgeber, die Transitional Legislative Assembly, erfolgen

795 Draft Constitution of the Transition of the Democratic Republic of Congo, 1.04.2003, <https://www.peaceagreements.org/masterdocument/1303>, Stand 13.08.2019.

796 Präambel Abs. 1 Intercongolese Negotiations: The Final Act (The Sun City Agreement), 2.04.2003, <https://www.peaceagreements.org/masterdocument/404>, Stand 13.08.2019.

797 Teil I, Art. 1 des Global and Inclusive Agreement on Transition in the Democratic Republic of Congo (Pretoria Agreement), 16.12.2002, <https://peacemaker.un.org/drc-agreementontransition2002>, Stand 03.08.2019.

798 *Laura Davis, Priscilla Hayner*, Difficult peace, limited justice: Ten years of peace-making in the DRC, International Center for Transitional Justice, New York 2009, S. 21.

sollte. Die Resolution zählte hierbei explizit auch das Ernennungsverfahren auf.

Schon im Juli 2003 benannten sieben der acht Verhandlungsparteien ihre Mitglieder für die Kommission. Allein die politische Opposition ernannte ihr Mitglied erst im Juli 2004, als auch das dazugehörige Gesetz erlassen wurde. Ein über die gegenseitige Duldung hinausgehender konsensualer Auswahlprozess, wie ihn Art. 7 der Resolution über die Bildung der Kommission zumindest nahelegt, hatte nicht stattgefunden. Die Berücksichtigung der ebenfalls in Art. 7 der Resolution aufgeführten, persönlichen Anforderungen an die Mitglieder der Kommission hätten so allenfalls durch die Verhandlungsparteien selbst berücksichtigt werden können. Allerdings schienen politische Beziehungen bei der Auswahl eine größere Rolle zu spielen, als die entsprechende Eignung.⁷⁹⁹ Vielmehr sollen manche der Vertreter*innen womöglich sogar selbst unmittelbar an schwersten Verbrechen beteiligt gewesen sein.⁸⁰⁰ An dieser Stelle tritt die inhärente Mehrdeutigkeit des Friedensabkommens zutage. Das Spannungsverhältnis zwischen einem opferorientierten Aufarbeitungsprozess und dem Gedanken des „power sharing“ im Interesse der Konfliktparteien, das durch die Konstruktion und die Formulierung der unterschiedlichen Teile des Abkommens überdeckt worden war, wird offenbar. Doch zu diesem Zeitpunkt, als die Verhandlungen bereits abgeschlossen waren, hatte sich die Kräfteverteilung bereits geändert. Die Opfer und ihre Vertreter*innen hatten nicht mehr den gleichen Zugriff auf die Aufmerksamkeit einer zum Teil globalen Öffentlichkeit, wie während der Verhandlungen. Die internationalen und regionalen Akteure waren im konkreten Fall vor allem daran interessiert, das Abkommen aufrecht zu erhalten und die anstehenden Wahlen nicht zu gefährden.⁸⁰¹

799 *Federico Borello*, A first few steps: The Long Road to a Just Peace in the Democratic Republic of the Congo, Occasional Paper Series Nr. October, International Center for Transitional Justice, New York 2004, S. 41.

800 *Human Rights Watch*, Democratic Republic of the Congo: Confronting Impunity, Briefing Paper Nr. January, 2004, S. 4; *Laura Davis, Priscilla Hayner*, Difficult peace, limited justice: Ten years of peacemaking in the DRC, International Center for Transitional Justice, New York 2009, S. 21.

801 *Elena Naughton*, Democratic Republic of Congo: Case Study, in: International Center for Transitional Justice u. a. (Hrsg.), Challenging the Conventional Can Truth Commissions Strengthen Peace Processes?, 2014, S. 47, 50 f.; *Sara Hellmüller*, The Interaction Between Local and International Peacebuilding Actors: Partners for Peace, Cham 2018, S. 137; zum dahingehenden Stimmungsbild S/2004/251, S. 13 Rn. 49 (Fifteenth report of the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo).

Zugleich setzte sich dieses Spannungsverhältnis fort und wurde erneut mittels Unbestimmtheit aufgelöst und verdeckt. So existierten mehrere konkurrierende Entwürfe zum Gesetz, das die Zusammensetzung, Arbeitsweise und Funktion der Wahrheits- und Versöhnungskommission ausgestalten sollte.⁸⁰² Die schlussendlich im Juli 2004 verabschiedete Fassung reagierte auf die Kritik an der Zusammensetzung der Kommission, indem in Art. 9 die Anzahl der Mitglieder auf insgesamt 21 angehoben wurde.⁸⁰³ Die neu hinzugekommenen 13 Sitze sollten dabei durch zivilgesellschaftliche Vertreter besetzt werden. Zugleich wurde jedoch der diesbezügliche Auswahlprozess nicht weiter konkretisiert, sondern sollte im Binnenrecht der Kommission geregelt werden:

„Les autres membres sont des personnalités issues des Confessions religieuses, des associations savantes, des associations féminines et d'autres associations dont les activités ont un rapport avec l'objet de la Commission Vérité et Réconciliation, choisies d'une manière transparente et publique par chaque Province et dans le respect de la représentation de 30 %, selon une modalité qui sera précisée par le règlement intérieur.“⁸⁰⁴

Dieses Binnenrecht wurde erst im März 2005 erlassen und verwies seinerseits für den Auswahlprozess auf Art. 9 des ihm zugrundeliegenden Gesetzes zurück:

„[Les] Treize autres membres sont des personnalités issues des confessions religieuses, des associations savantes, des associations féminines et d'autres associations dont les activités ont un rapport avec l'objet de la CVR, choisies conformément à l'article 9 alinéas 3 de la loi organique.“⁸⁰⁵

802 S/2003/1098, S. 13 Rn. 45 (Fourteenth report of the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo); *Human Rights Watch*, Democratic Republic of the Congo: Confronting Impunity, Briefing Paper Nr. January, 2004, S. 4.

803 *Federico Borello*, A first few steps: The Long Road to a Just Peace in the Democratic Republic of the Congo, Occasional Paper Series Nr. October, International Center for Transitional Justice, New York 2004, S. 42.

804 Art. 9 Abs II des Loi N°04/018 du 30 juillet 2004 portant organisation, attributions et fonctionnement de la Commission Vérité et Réconciliation, <http://www.leganet.cd/Legislation/DroitPenal/Loi01.18.30.07.2004.CVR.htm>, Stand 12.08.2019 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

805 Art. 46 b des Règlement Intérieur de la Commission Vérité et Réconciliation, <http://www.leganet.cd/Legislation/DroitPenal/ReglementInt.CVR.htm>, Stand 12.08.2019, weiterer Rückverweis in Art. 60.

Das Ergebnis dieser rechtlichen Dauerschleife war, dass die weiteren Mitglieder in Ermangelung eines klaren Prozederes unter Leitung der bereits ernannten acht Mitglieder ausgewählt wurden.⁸⁰⁶ So suchte sich ein in der Mehrheit aus Vertreter*innen der Gewaltakteure bestehendes Gremium die Vertreter der zivilgesellschaftlichen Akteure, um Verbrechen aufzuarbeiten, an denen eben diese Gewaltakteure zum Teil selbst beteiligt waren. Der Bericht des UN-Generalsekretärs spricht in diesem Zusammenhang von Unregelmäßigkeiten, welche die Unabhängigkeit der Kommission gefährdeten.⁸⁰⁷ War im Vorfeld des Erlasses des Gesetzes über die Wahrheits- und Versöhnungskommission kritisiert worden, dass aus einem der ersten Entwürfe die Aufarbeitung sexualisierter Gewalt als Aufgabe der Kommission gestrichen worden war,⁸⁰⁸ verhinderten die entsprechenden Akteure diese Aufarbeitung schlussendlich durch die Zusammensetzung der Kommission.⁸⁰⁹ Diese war maßgeblich durch den Einfluss der Gewaltakteure geprägt, dessen Ausübung ihnen die strategisch eingesetzte Unbestimmtheit ermöglichte. Dieser Einfluss reichte so weit, dass die ursprünglich operorientierte Institution keinen einzigen individuellen Fall bearbeitete,

806 *Commission Verité et Réconciliation de la République Démocratique du Congo*, Rapport Final Des Activites, Kinshasa 2007, S. 8 („Les Commissaires sont les 13 membres de la CVR issus des confessions religieuses, des associations savantes, des associations féminines et d’autres associations dont les activités ont un rapport avec l’objet de la CVR, choisis, sous la direction du Bureau, d’une manière transparente et publique par chaque Province.“); *Elena Naughton*, Democratic Republic of Congo: Case Study, in: International Center for Transitional Justice u. a. (Hrsg.), *Challenging the Conventional Can Truth Commissions Strengthen Peace Processes?*, 2014, S. 47, 50; bereits vor Erlass des Binnenrechts Entsprechendes prognostizierend *Federico Borello*, *A first few steps: The Long Road to a Just Peace in the Democratic Republic of the Congo*, Occasional Paper Series Nr. October, International Center for Transitional Justice, New York 2004, S. 42. Schon bei Borello taucht die Formulierung „Sous la direction du bureau“ auf, die auch Naughton verwendet und die sich schlussendlich im Abschlussbericht wiederfindet. Bei beiden Autoren klingt es, als sei diese Formulierung Teil eines Normtextes, ohne dass dies nachvollziehbar dargelegt wird. Da Borellos Text vor dem Erlass des Binnenrechts veröffentlicht wurde, kann er sich lediglich auf das Gesetz vom 30. Juli 2004 über die Funktion der Kommission beziehen. Allerdings enthält die dem Verfasser vorliegende und hier zugrunde gelegte Gesetzesfassung diese Formulierung nicht.

807 S/2004/1034, S. 13 Rn 53 (Sixteenth report of the Secretary-General on the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo).

808 *Human Rights Watch*, Democratic Republic of the Congo: Confronting Impunity, Briefing Paper Nr. January, 2004.

809 Allgemein zu den diesbezüglichen Anforderungen *Priscilla B Hayner*, *Unspeakable truths*, 2. Aufl., New York [u.a.] 2011, S. 89.

obwohl einzelne Opfer sogar den Versuch unternahmen, die Kommission mit ihrem persönlichen Fall zu befassen.⁸¹⁰ Der Abschlussbericht der Kommission bestätigte den Einfluss, den die Beteiligung der Gewaltakteure auf die Nichterfüllung der Aufgabe der Kommission hatte, im Rahmen der Begründung für einen Gesetzesvorschlag, der erneut eine Wahrheits- und Versöhnungskommission etablieren sollte.⁸¹¹ Vielsagend ist auch, dass dieser Vorschlag nie aufgegriffen wurde.⁸¹²

Dieses Beispiel zeigt, wie konstruktive Mehrdeutigkeit dazu genutzt werden kann, gleichsam durch die Hintertür die Interessen einzelner Akteure durchzusetzen. Zum Zeitpunkt der innerkongolesischen Verhandlungen in Südafrika war die prozessinterne Resolution dem Vernehmen nach Konsens. *Alain Sigg* hob diesbezüglich pointiert hervor, dass am Verhandlungstisch selbst selten ein Akteur wagen wird zu sagen, die Aufarbeitung sexualisierter Gewalt interessiere ihn nicht.⁸¹³ Strategische Mehrdeutigkeit ermöglicht es den daran interessierten Parteien dennoch, sich derartigen Forderungen zu widersetzen. Sind die zivilgesellschaftlichen Akteure und Opfervertreter*innen im Moment der Verhandlungen durch die öffentliche Aufmerksamkeit und die Präsenz externer Akteure in einer verstärkten Verhandlungsposition, bestehen viele dieser Faktoren in der Umsetzungsphase nicht mehr. Konstruktive Mehrdeutigkeit baut den Konfliktparteien eine Brücke von der einen in die andere Situation. Dabei kommt sie im Moment der Verhandlung als technisch raffinierte Form eines Kompromisses daher. Faktisch handelt es sich in Konstellationen wie der hier beispielhaft dargestellten um eine verdeckte Ermächtigungsnorm. So werden manche Akteure in die Lage versetzt, die Freiheit anderer Akteure in der Zukunft potentiell zu beeinträchtigen. Dieser Umstand generiert Legitimationsbedarf.

b) Externe Auswirkungen von Unbestimmtheit

Bezogen auf die Völkerrechtsgemeinschaft wirkt sich die durch die Friedensmediation generierte Unbestimmtheit auf Ebene der Völkerrechtsge-

810 *Sara Hellmüller*, *The Interaction Between Local and International Peacebuilding Actors : Partners for Peace*, Cham 2018, S. 137.

811 *Commission Verité et Réconciliation de la République Démocratique du Congo*, Rapport Final Des Activites, Kinshasa 2007, S. 89.

812 *Sara Hellmüller*, *The Interaction Between Local and International Peacebuilding Actors : Partners for Peace*, Cham 2018, S. 138.

813 Interview mit *Alain Sigg* vom 19.4.2018.

nese aus, insbesondere im Bereich des Völkergewohnheitsrechts. Dabei soll es nicht um das Entstehen von Völkergewohnheitsrecht infolge der Friedensmediation und der daran geknüpften Praxis gehen, sondern um den Umstand, dass Unbestimmtheit und strategisch eingesetzte Flexibilität die Genese von Völkergewohnheitsrecht verhindern können.

Der Ausgangspunkt des hier in den Blick genommenen Problems wird von Anne Peters beschrieben:

*„The second reason why normative analysis of international law cannot be avoided is the typical indeterminacy and vagueness of treaty provisions and by a large number of unwritten norms. Therefore, much more doubt hovers over the existence of the lex lata than in domestic law, which is relatively fully and precisely codified in the form of codes, laws, and decrees. In addition, international law has evolved gradually, often out of soft law texts.“*⁸¹⁴

Im Rahmen der Friedensmediation stellt sich regelmäßig die Frage, was der Inhalt bestimmter Normen ist und welchen Grad an Verbindlichkeit diese haben. Dabei zeigt sich, dass dieser Prozess sich nicht auf bloße Anwendung beschränkt, sondern dass der Umgang mit dem, was zuweilen als „unsettled norms“ beschrieben wird,⁸¹⁵ auch Rückwirkungen auf deren Verbindlichkeit und Inhalt haben kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine flexible, pragmatische und zugleich normgeleitete Praxis einen rechtsgestaltenden Anspruch erhebt.⁸¹⁶ Christine Bell spricht in diesem Zusammenhang vielfach von „the new law“ oder „lex pacificatoria“. Das Besondere an diesem Konzept beschreibt sie wie folgt:

„The new law of transitional justice is therefore another law of the centre whereby the very tension between the simultaneous need for amnesty and

814 Anne Peters, International Legal Scholarship Under Challenge, in: D’Aspremont u. a. (Hrsg.), International Law as a Profession, Cambridge 2017, S. 117, 131; zum Verhältnis von Völkergewohnheitsrecht und soft law Christine M. Chinkin, The challenge of soft law: development and change in international law, International & comparative law quarterly (1989), 850, 855 ff.; zum Verhältnis von Völkergewohnheitsrecht und soft law Alan E Boyle, Christine M. Chinkin, The making of international law, Oxford [u.a.] 2007, S. 225 ff.

815 Sara Hellmüller, Julia Palmiano Federer, Mathias Zeller, The Role of Norms in International Peace Mediation, swisspeace, NOREF, Bern 2015, S. 5.

816 Christine Bell, On the law of peace: peace agreements and the lex pacificatoria, Oxford [u.a.] 2008, S. 257 („The resultant lex pacificatoria sustains its claim to be more than a practice because it simultaneously addresses both local conflict and international law.“).

*for accountability develops and sustains the new law. It is the pressure for resolution in terms of one of the normative poles that enables its development. It is in the messy middle that creative solutions are fashioned that attempt to navigate between the assertion that international law normatively regulates how peace agreements deal with the past, and the assertion that international legal regulation is counter-productive to pragmatic attempts to achieve peace.*⁸¹⁷

Pointierter formuliert sie es im nachfolgenden Satz: „[...] *the new law has ambiguities, gaps and incoherencies that leave some room for negotiation, sequencing, and creative approaches.*“⁸¹⁸ Während Bell jedoch davon ausgeht, dass dieser Kreativität eine normative Verdichtung entspringt, soll im weiteren Verlauf gezeigt werden, dass die von ihr beschriebenen „*persistent practices of peacemakers that take on a normative quality through their persistent use across conflicts*“⁸¹⁹ vielmehr dazu geeignet ist, infolge der beschriebenen Kreativität und Pragmatik zu einer Praxis der Uneinheitlichkeit zu werden. Die Folge dessen ist jedoch keine normative Verdichtung, sondern die Verhinderung einer möglichen Genese des Völkergewohnheitsrechts.

Der Beitrag, den mediierte Friedensvereinbarungen zur Entstehung und nicht zur Verhinderung von Völkergewohnheitsrecht leisten, wird hier vor allem nicht in den Blick genommen, weil er sich nicht von anderen Praktiken und Handlungsweisen unterscheidet, die der Genese von Völkergewohnheitsrecht zugrunde liegen. Die Tatsache, dass in diesen Konstellationen nichtstaatliche Akteure, insbesondere nichtstaatliche Gewaltakteure häufig einen starken Einfluss auf das haben, was später als Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung betrachtet wird, ändert daran wenig. Dabei ist es letztlich unbeachtlich, ob – eher traditionell – nichtstaatliche Gewaltakteure primär als Normadressaten eines allein durch Staaten geschaffenen Völkerrechts angesehen werden⁸²⁰ oder ob ihnen im Interesse der Normbefol-

817 Christine Bell, *On the law of peace : peace agreements and the lex pacificatoria*, Oxford [u.a.] 2008, S. 258; ähnlich Christine Bell, *Peace settlements and international law : from lex pacificatoria to jus post bellum*, in: White u. a. (Hrsg.), *Research handbook on international conflict and security law*, Cheltenham [u.a.] 2013, S. 499, 544.

818 Christine Bell, *The „New Law“ of Transitional Justice*, in: Ambos u. a. (Hrsg.), *Building a future on peace and justice*, Berlin 2009, S. 105, 124.

819 Christine Bell, *On the law of peace : peace agreements and the lex pacificatoria*, Oxford [u.a.] 2008, S. 288.

820 Statt vieler Yoram Dinstein, *Non-international armed conflicts in international law*, Cambridge 2014, S. 72 („If agreements concluded by insurgents with Gov-

gung eine formale Rolle bei der Normgenese zugesprochen wird.⁸²¹ Zum einen ist das Handeln von Staaten regelmäßig Ausdruck einer Vielzahl von Einflüssen, sodass auch das Verhandeln im Rahmen eines internen Konflikts sich zumindest strukturell nicht von den anderweitigen wirtschaftlichen oder politischen Einflüssen unterscheidet, denen Staaten ausgesetzt sind.⁸²² Zumal auch hinsichtlich transnationaler Unternehmen, NGOs und anderweitiger nichtstaatlicher Akteure eine formelle Berücksichtigung bei der Genese von Völkergewohnheitsrecht und damit eine zumindest partielle Völkerrechtspersönlichkeit diskutiert wird.⁸²³ Freiheitsbeschränkungen sind im ersten Schritt stets legitimationsbedürftig. Während rein faktischer Einfluss jedoch als „normal“ bezeichnet werden kann und somit für sich genommen keinen gesonderten Legitimationsbedarf erfordert, wäre die Zuerkennung von formellem Einfluss viel mehr eine Antwort auf die Frage nach der Legitimation, als dass dieses Zuerkennen selbst sie aufwerfen würde.

ernments leave their eventual mark on customary law, this is only because the instruments reflect the practice of States“); so dann auch im Bezug auf Völkergewohnheitsrecht allgemein Conclusion 4 Nr. 3 sowie das dazugehörige Commentary A/73/10, Report of the International Law Commission, Seventieth session 2018, S. 119, 132.

- 821 *Marco Sassòli*, Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law, *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 1 (2010), 5, 25; *Robert McCorquodale*, An inclusive international legal system, *LJIL* 17 (2004), 477, 598 f.; *Stephan Hobe*, Das humanitäre Völkerrecht in asymmetrischen Konflikten: Anwendbarkeit, modifizierende Interpretation, Notwendigkeit einer Reform?, in: Zimmermann (Hrsg.), *Moderne Konfliktformen: humanitäres Völkerrecht und privatrechtliche Folgen; Referate und Thesen*, Heidelberg [u.a.] 2010, S. 80 f.; *Sandesh Sivakumaran*, *The law of non-international armed conflict*, Oxford 2012, S. 562; *Anthea Roberts*, *Sandesh Sivakumaran*, Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law, *The Yale journal of international law* 37 (2012), 107, 110.
- 822 *Michael Byers*, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge 1999, S. 13.
- 823 *Anne Peters*, Membership in the Global Constitutional Community, in: Klabbers u. a. (Hrsg.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009, S. 153, 155 ff.; *Jean D'Aspremont*, Conclusion: Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system, in: D'Aspremont (Hrsg.), *Participants in the international legal system*, Abingdon 2011, S. 425, 428 f.; *Math Noortmann*, *August Reinisch u. a.*, Concluding Observations, in: Noortmann u. a. (Hrsg.), *Non-State actors in international law*, Oxford [u.a.] 2015, S. 369, 375.

Statt der Rolle nichtstaatlicher Akteure ist vielmehr der strategische Einsatz von Unbestimmtheit in den Blick zu nehmen. Dabei kann sich Unbestimmtheit sowohl auf den Inhalt einer Einigung beziehen, wie auch auf die diesbezügliche rechtliche Verbindlichkeit bzw. den rechtlichen Charakter. Würde man etwa das vorangegangene Beispiel des innerkongolesischen Friedensprozesses und der Wahrheits- und Versöhnungskommission heranziehen⁸²⁴ und sich auf die Suche nach relevanter Praxis zu einem Recht bzw. einer Pflicht zur Aufarbeitung machen,⁸²⁵ würde man höchst widersprüchliche Informationen vorfinden. Einerseits wurde eine Wahrheits- und Friedenskommission vereinbart. Diese hatte auch die Aufgabe der Aufarbeitung individueller Verbrechen. Andererseits ist die Kommission dieser Aufgabe nie nachgekommen und war institutionell auch nicht dafür geeignet. Dieses Beispiel verdeutlicht, wie sich Widersprüchlichkeit und Unbestimmtheit sowohl auf die Existenz einer Norm, wie einem Recht auf Aufarbeitung, beziehen könne, wie auch auf deren konkreten Inhalt.

Der Einsatz derartiger Unbestimmtheit generiert im Zusammenhang mit der Genese von Völkergewohnheitsrecht deshalb einen erhöhten Legitimationsbedarf, weil das strategische „vielleicht“, dem zugrundeliegenden Verständnis staatlichen Handelns deutlich ferner liegt als „ja“, „nein“ oder „ja, aber“. Dieser Umstand wird durch das nachfolgende Beispiel von *Michel Byers* verdeutlicht:

„Suppose that State A would like a new rule to develop and therefore acts in accordance with, or issues a statement in support of, its preferred new rule. State B is ambivalent towards the new rule and does nothing. State C does not want the new rule to develop and therefore acts in a way which would be in violation of the new rule, were it to develop, or issues a statement objecting to it. Suppose too, that all other States are in the position of State A, State B or State C. Now, if there are many State As, some State Bs, and no or only a few State Cs, the proposed rule will become a rule of customary international law and any State Cs may – at least temporarily – become persistent objectors. If there are few State As, some State Bs and many State Cs, the proposed rule will not develop.“⁸²⁶

824 Siehe hierzu C.II.3.a.

825 Dazu *Priscilla B. Hayner*, *Unspeakable truths*, 2. Aufl., New York [u.a.] 2011, S. 23 f.

826 *Michael Byers*, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge 1999, S. 158.

Zum einen enthält das Beispiel kein Szenario, in dem es vor allem eine Mehrheit von Staaten mit der Position von Staat B gibt. Zum anderen unterscheidet sich der strategische Einsatz von Unbestimmtheit vom beschriebenen Stillhalten infolge von Ambivalenz. Besonders anschaulich wird die zugrundeliegende Logik in einem Modell, das in Anlehnung an *Michel Foucault* die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht als zwischenstaatlichen Diskurs beschreibt. Ziel dieses Diskurses ist es – holzschnittartig heruntergebrochen –, eine Entscheidung über eine Norm herbeizuführen, die sich in den Kategorien „ja“ oder „nein“ ausdrücken lässt.⁸²⁷ In diesem Modell stellt das Verhalten von Staat B eine Enthaltung dar, oder aber die Aussage, noch nicht genau zu wissen, ob es nun „ja“ oder „nein“ heißen soll. Wer Unbestimmtheit strategisch einsetzt, der zielt mit einem „vielleicht“ oder vielmehr einem „jein“ überhaupt nicht auf das Ergebnis des Diskurses ab, eine Einigung über das Entstehen oder Nichtentstehen einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm zu erzielen. Diese Erkenntnis ist aus Sicht der Friedensmediation auch keineswegs verwunderlich, ist deren primäres Ziel doch die Beilegung des Konflikts und nicht eine gestalterische Tätigkeit im Hinblick auf das Völkergewohnheitsrecht.

Wenn auch dieser Umstand nicht überrascht, generiert er doch erhöhten Legitimationsbedarf, weil die so eingesetzte Unbestimmtheit den an der Friedensmediation beteiligten Staaten einen weitaus größeren Einfluss auf die Genese von Völkergewohnheitsrecht ermöglicht, als eine zustimmende oder ablehnende Position. Während gegen einen Staat mit ablehnender Position dennoch Völkergewohnheitsrecht gebildet werden kann und dieser Staat dann ggf. als *persistant objector* verhindern kann, selbst durch die neue Norm gebunden zu sein, ist die Stellung eines sich strategisch unbestimmt verhaltenden Staates im Vergleich einflussreicher. Der Grund liegt in der Bedeutung, die sowohl Rechtsprechung, als auch Wissenschaft dem Erfordernis der einheitlichen Staatenpraxis beimessen. Diese Bedeutung formulierte der IGH in der *North Sea Continental Shelf*-Entscheidung wie folgt: *„State practice [...] should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked.“*⁸²⁸ Auch 35 Jahre

827 *Leonard M. Hammer*, *A Foucauldian Approach to International Law: Descriptive Thoughts for Normative Issues*, Aldershot [u.a.] 2007, S. 65 f.

828 IGH, *North sea continental shelf cases* (Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands), Judgement from the 20th February 1969, ICJ Reports 1969, S. 43.

später beschreibt Jörg Kammerhofer diese Voraussetzungen als allgemein anerkannt.⁸²⁹

Dies wird besonders dadurch hervorgehoben, dass der IGH gleich zu Beginn seiner Tätigkeit in zwei Entscheidungen die Existenz von Völkergewohnheitsrecht mit Verweis auf die uneinheitliche Praxis ablehnte. Während dies zuerst die Frage der Existenz eines völkergewohnheitsrechtlichen Asylrechts zwischen Peru und Kolumbien betraf, wurde in der Fisheries-Entscheidung zwischen Großbritannien und Norwegen die von Großbritannien angeführte 10-Meilen Regel infolge uneinheitlicher Praxis nicht anerkannt. Im ersten Fall formulierte der IGH den Anspruch besonders drastisch:

„The facts brought to the knowledge of the Court disclose so much uncertainty and contradiction, so much fluctuation and discrepancy in the exercise of diplomatic asylum and in the official views expressed on various occasions, there has been so much inconsistency in the rapid succession of conventions on asylum, ratified by some States and rejected by others, and the practice has been so much influenced by considerations of political expediency in the various cases, that it is not possible to discern in all this any constant and uniform usage, accepted as law, with regard to the alleged rule of unilateral and definitive qualification of the offence.“⁸³⁰

Doch für die hier angeführte Argumentation ist womöglich der zweite Fall relevanter, da die Uneinheitlichkeit hier deutlich schwächer ausfiel, der IGH sogar in Teilen eine einheitliche Praxis anerkannte:

„In these circumstances the Court deems it necessary to point out that although the ten-mile rule has been adopted by certain States both in their national law and in their treaties and conventions, and although certain arbitral decisions have applied it as between these States, other States have adopted a different limit. Consequently, the ten-mile rule has not acquired the authority of a general rule of international law.“⁸³¹

829 Jörg Kammerhofer, Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems, EJIL 15 (2004), 523, 530.

830 IGH, Asylum Case (Columbia v Peru), Judgment of November 20th 1950, ICJ Reports 1950, S. 277.

831 IGH, Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgement of December 18th, 1951, ICJ Reports 1951, S. 131; dass es sich entgegen der offensichtlichen Formulierung um eine Frage des Völkergewohnheitsrechts und nicht der einer allgemeinen Regel des Völkerrechts handelt, verdeutlicht die Formulierung bei IGH, Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgement of December

In seinem abweichenden Votum ging Richter *Read* sogar soweit, die 10-Meilen Regel ohne größeren Argumentationsaufwand als Völkergewohnheitsrecht zu bezeichnen.⁸³² Auch manche Stimmen im Schrifttum zweifeln das Vorliegen relevanter Maße an Uneinheitlichkeit an.⁸³³ Damit wird deutlich, welches Gewicht Uneinheitlichkeit gerade in Fällen zukommt, in denen die Entscheidung über die Existenz von Völkergewohnheitsrecht nicht von vornherein klar ist oder in denen das Gericht Argumente für eine präferierte Lösung sucht.⁸³⁴

Soweit zum Teil die Reichweite der Relevanz von Uneinheitlichkeit mit Verweis auf eine spätere Passage der Fisheries Entscheidung in Frage gestellt wird, so übergeht diese Sichtweise zwar nicht, dass sich diese Passage mit der Bewertung der Einheitlichkeit des Verhaltens eines Staates, in diesem Fall Norwegen, beschäftigt und nicht mit der Einheitlichkeit der Staatenpraxis in Bezug auf die Staatengemeinschaft,⁸³⁵ wohl aber den weiteren Zusammenhang der Passage im Urteil. Denn der IGH relativiert seine weitreichende Formulierung „[...] *too much importance need not be attached to the few uncertainties or contradictions, real or apparent*,“⁸³⁶ wenn er zum einen auf die vergleichsweise lange Dauer der in den Blick genommenen Zeitspanne ab 1812 verweist und daraufhin wieder auf die norwegische Staatspraxis Bezug nimmt, die „[...] *consistently and uninterruptedly from 1869 until the time when the dispute arose*“⁸³⁷ angewandt worden sei. Folglich wird an dieser Stelle am Erfordernis einheitlicher Praxis uneinge-

18th, 1951, Dissenting opinion of Sir Arnold McNair, ICJ Reports 1951, S. 164; bzgl. dieser Passage des Urteils auch von Völkergewohnheitsrecht sprechend *Maurice H. Mendelson*, The formation of customary international law, RdC 272 (1998), 155, 212.

832 IGH, Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgement of December 18th, 1951, Dissenting opinion of John E. Read, ICJ Reports 1951, S. 188.

833 Ausführlich C. H. M. Waldock, The Anglo-Norwegian Fisheries Case, British Yearbook of International Law 28 (1951), 114, 137 ff.; *Ben Chigara*, Legitimacy deficit in custom : a deconstructionist critique, Aldershot [u.a.] 2001, S. 213 ff.

834 Zur letztgenannten Einschätzung siehe *Ben Chigara*, Legitimacy deficit in custom : a deconstructionist critique, Aldershot [u.a.] 2001, S. 215.

835 *Maurice H. Mendelson*, The formation of customary international law, RdC 272 (1998), 155, 213; ähnlich auch *Michael Akehurst*, Custom as a Source of International Law, British Yearbook of International Law 47 (1976), 1, 20.

836 IGH, Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgement of December 18th, 1951, Dissenting opinion of Sir Arnold McNair, ICJ Reports 1951, S. 138.

837 IGH, Fisheries Case (United Kingdom v. Norway), Judgement of December 18th, 1951, Dissenting opinion of Sir Arnold McNair, ICJ Reports 1951, S. 138.

schränkt festgehalten und lediglich eine tatrichterliche Aussage zu dessen Vorliegen getroffen.⁸³⁸

Folglich kann Uneinheitlichkeit dazu führen, dass eine Regel nicht als Völkergewohnheitsrecht anerkannt wird. *Michael Akehurst* schreibt, eine kleine Anzahl an Uneinheitlichkeit könne zwar die Genese von Völkergewohnheitsrecht nicht verhindern, erhöhe aber doch die Anforderungen an den Umfang der Staatenpraxis, die hierfür erforderlich sei.⁸³⁹ Dagegen scheint das Beispiel der Fisheries-Entscheidung gerade zu zeigen, dass auch eine geringe Anzahl an Uneinheitlichkeiten die Feststellung von Völkergewohnheitsrecht verhindern kann.⁸⁴⁰ In jedem Fall hat Uneinheitlichkeit im Vergleich mit befürwortender oder ablehnender Praxis einen stärkeren Einfluss. Auch wenn Völkergewohnheitsrechtsgenese entgegen mancher Ansätze im Einzelfall keine rein arithmetische Gleichung ist,⁸⁴¹ führt der Umstand, dass Staaten, die sich strategisch uneinheitlich bzw. unbestimmt verhalten, einen stärkeren Einfluss haben als andere Staaten zu einem erhöhten Legitimationsbedarf. Denn der Rückgriff auf strategische Unbestimmtheit und die gesteigerte Einflussmöglichkeit, die dieser Rückgriff erlaubt, stellen nicht nur eine faktische Ungleichheit dar, sondern sind in der Praxis des IGH auch dogmatisch begründet und stellen somit in gewisser Hinsicht auch die formale Gleichheit infrage. Das Abweichen vom sinngemäßen „one state, one vote“ mag politische Realität sein, dieser Umstand ändert jedoch wenig daran, dass ein allzu offenes Auftreten dieses Abweichens, gar in formaler Hinsicht, ein Über-Unter-Ordnungs-Verhältnis konstituiert, das legitimationsbedürftig ist. Für die Friedensmediation gilt dies umso mehr in Anbetracht der Tatsache, dass Unbestimmtheit regelmäßig ein Instrument von zum Teil normaversen Mediationsakteuren ist. Unbestimmtheit ermöglicht diesen die Beilegung von Konflikten

838 Dahingehend auch die unzureichende Berücksichtigung der Tatsachen, nicht aber ein vermeintliches Absenken der Voraussetzungen kritisierend *D. H. N. Johnson*, *The Anglo-Norwegian Fisheries Case*, *Comparative Law Quarterly* 1 (1952), 145, 165.

839 *Michael Akehurst*, *Custom as a Source of International Law*, *British Yearbook of International Law* 47 (1976), 1, 20.

840 Gegen eine „majority“ für die 10-Meilen Regel von „a very few states“ für eine 12-Meilen Regel sprechend und lediglich Jugoslawien nennend und hinsichtlich keinerlei Begrenzung allein Norwegen, Ägypten und Saudi Arabien nennend *C. H. M. Waldock*, *The Anglo-Norwegian Fisheries Case*, *British Yearbook of International Law* 28 (1951), 114, 138.

841 *Maurice H. Mendelson*, *The formation of customary international law*, *RdC* 272 (1998), 155, 224 ff.; so auch *Commentary (2) zu Conclusion 8 Nr. 1 A/73/10*, *Report of the International Law Commission*, Seventieth session 2018, S. 136.

zwischen den staatlichen und nichtstaatlichen Gewaltakteuren und stellt dabei deren Interessen vor jene der individuell betroffenen Akteure. Beispielhaft hierfür steht das anfängliche Beispiel aus dem kongolesischen Friedensprozess. In Bezug auf Friedensmediation geht es häufig auch um Fragen von Aufarbeitung, Entschädigung oder Beteiligung und Teilhabe. Weder normaverse Mediationsakteure, aus deren Sicht diese Art von Normen ihre Arbeit erschwert, noch ggf. ebenfalls normaverse Konfliktparteien haben ein besonders starkes Interesse am rechtlichen Erstarken der zugrundeliegenden Normen.⁸⁴² Diese Position erlangt durch ihre Einkleidung in die Form der Unbestimmtheit einen größeren Einfluss, als wenn sie schlicht als Ablehnung der Norm ausgedrückt würde.

Ausgangspunkt des hier formulierten Legitimationsbedarfes ist das auch für das Völkergewohnheitsrecht geltende Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten, wie es in Artikel 2 Ziff. 1 UNCh festgehalten ist. Auch wenn das Völkergewohnheitsrecht in besonderer Weise geeignet ist, die faktische Ungleichheit der Staaten und mit ihr die existierenden Machtstrukturen zum Ausdruck zu bringen, funktioniert Völkergewohnheitsrecht gleichwohl nur unter Aufrechterhaltung der formalen Gleichheit. Argumentationsstrukturen wie jene, dass eine neue Norm des Völkergewohnheitsrechts nicht gegen die Mehrheit der Dritten Welt zustande kommen könne,⁸⁴³ stellen das Prinzip souveräner Gleichheit nicht infrage, sondern sind lediglich der Versuch einer weiteren Ausgestaltung im Sinne einer Annäherung formaler und faktischer Gleichheit. Das Prinzip bleibt auch dann ein relevanter rechtswissenschaftlicher Bezugspunkt, wenn wie bei *Michael Byers* die reale Ungleichheit analytisch in den Fokus gerückt wird.⁸⁴⁴ Dagegen kann die Antwort auf das hier aufgeworfene Spannungsverhältnis nicht in den Ausführungen der International Law Association liegen:

„[...] it should be noted that customary systems are rarely completely democratic: the more important participants play a particularly significant role in

842 Von „norm-dodging mediators“ und „normative-mediators dodging parties“ schreibend *Christine Bell*, The „New Law“ of Transitional Justice, in: Amos u. a. (Hrsg.), *Building a future on peace and justice*, Berlin 2009, S. 105, 123.

843 IGH, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Belgium v. Spain), Judgment of February 5th 1970, Separate Opinion of Judge Fuad Amou, ICJ Reports 1970, S. 330.

844 *Michael Byers*, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge 1999, S. 216; ähnlich auch *Alain Pellet*, *The normative dilemma: will and consent on international law-making*, *Australian Year Book of International Law* 12 (1992), 22, 42 ff.

*the process. And certainly, the international system as a whole is far from democratic. So, in this regard, customary international law is at least in touch with political reality.*⁸⁴⁵

Die diesbezügliche Verwunderung B. S. Chimnis ist mehr als verständlich.⁸⁴⁶ Ein derartiges, beinahe zynisches Rechtfertigen formaler Ungleichheit mit faktischer Ungleichheit scheint den hegemonialen Interessen zuwiderzulaufen, die es zu stärken sucht.⁸⁴⁷ Ganz gleich, ob das Prinzip souveräner Gleichheit von der Existenz realer Ungleichheit ablenkt⁸⁴⁸ oder auf deren langfristige Beseitigung gerichtet ist,⁸⁴⁹ bleibt es der normative Bezugspunkt des Völkerrechts,⁸⁵⁰ an dem sich auch die Genese des Völkergewohnheitsrechts messen lassen muss:

*„Or un principe cesse d'en être un s'il a besoin de la réalité pour se justifier. Ce n'est pas parce que les Etats ne sont pas égaux que le principe d'égalité est faux. C'est parce que les Etats ne sont pas égaux qu'il faut un principe d'égalité.*⁸⁵¹

845 *International Law Association*, in: London Conference, Final Report of Commission on Formation of Customary (General) International Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000), S. 26; dagegen explizit Commentary (4) zu Conclusion 8 A/73/10, Report of the International Law Commission, Seventieth session 2018, S. 137 („the term „specially affected States“ should not be taken to refer to the relative power of States.“).

846 B. S. Chimni, Customary International Law: A Third World Perspective, *AJIL* 112 (2018), 1, 23.

847 China Miéville, Between equal rights : a Marxist theory of international law, Leiden 2005, S. 194 („I have stressed that the formal categories of an abstract and equal juridical relationship presume unequal forces of coercion. The ugly facts of political coercion are not pathological to law, but intrinsic to it. This means that law, and international law in particular, not only is a system predicated on coercive political violence but is its own ideological obfuscation of that fact. Law disguises its own brutal core.“).

848 Dahingehende Kritik bei Michael Byers, Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law 1999, S. 35.

849 Boutros Boutros-Ghali, Le principe d'égalité des états et les organisations internationales, *RdC* 100 (1960), 1, 12.

850 Martti Koskenniemi, From apology to Utopia : the structure of international legal argument; with a new epilogue, 2. Aufl., Cambridge [u.a.] 2005, S. 63 f., 93 f. m.w.N.

851 Kéba Mbaye, Article 2 Paragraphe 1, in: Cot u. a. (Hrsg.), La Charte des Nations Unies, 2. Aufl., Paris 1991, S. 79, 90; ähnlich auch in der Folgeauflage Marcelo G. Kohen, Article 2 Paragraphe 1, in: Cot u. a. (Hrsg.), La Charte des Nations Unies, Bd. I, 3. Aufl., Paris 2005, S. 399, 415 f. („La tâche du juriste ne consiste

Der Argumentation, ein auf Unbestimmtheit beruhender stärkerer Einfluss bei der Genese von Völkergewohnheitsrecht generiere Legitimationsbedarf für die Friedensmediation, könnte eine Idee entgegengehalten werden, die insbesondere seit dem Nicaragua-Urteil des IGHs populär ist. Denn dort betonte der IGH, es gebe Regeln des Völkergewohnheitsrechts, die trotz und zum Teil sogar aufgrund des Regelverstosses zustande kommen:

*„It is not to be expected that in the practice of States the application of the rules in question should have been perfect, in the sense that States should have refrained, with complete consistency, from the use of force or from intervention in each other's internal affairs. [...] If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.“*⁸⁵²

Hierin wird vielfach eine dogmatische Schwerpunktverschiebung hin zur *opinio juris* gesehen.⁸⁵³ Oscar Schachter begründet dies mit der „higher normativity“, die der betroffenen Norm des Gewaltverbots innewohne. Diesen Grundsatz meint er auch auf Normen wie das Folterverbot und weitere, als *jus cogens* identifizierte Normen ausdehnen zu können.⁸⁵⁴ Im Völkerstrafrecht ist dieser Ansatz noch weiter betrieben worden.⁸⁵⁵ Nach-

pas à rattraper l'écart entre la règle et la « réalité » – comme si la règle ne faisait pas partie de la réalité – en effaçant de son vocabulaire l'égalité.“).

852 IGH, Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgement of 27th June 1986, ICJ Reports 1986, S. 98.

853 Oscar Schachter, Entangled Treaty and Custom, in: Dinstei (Hrsg.), International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Dordrecht 1989, S. 717, 733.

854 Oscar Schachter, Entangled Treaty and Custom, in: Dinstei (Hrsg.), International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Dordrecht, 1989, S. 717, 734; Oscar Schachter, New Custom: Power, *Opinio Juris* and Contrary Practice, in: Makarczy (Hrsg.), Theory of international law at the threshold of the 21st century: essays in honour of Krzysztof Skubiszewski, Den Haag 1996, S. 531, 538 f.; unter Bezugnahme auf das Nicaragua-Urteil, aber ohne das Argument einer höheren Normativität Michael Byers, Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law, Cambridge 1999, S. 135 f.

855 Jan Wouters, Cedric Ryngaert, Impact on the Process of the Formation of Customary International Law, in: Kamminga u. a. (Hrsg.), The Impact of Human Rights Law on General International Law, Oxford 2009, S. 111, 115 ff.; Alexand-

dem der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) in seinem Tadic-Urteil⁸⁵⁶ das Nicaragua Urteil aus Sicht mancher Autoren bereits einen Schritt weiter entwickelt hatte,⁸⁵⁷ formulierte er in seiner Kupreškić-Entscheidung unter Rückgriff auf die Martens'sche Klausel⁸⁵⁸ deutlich weitgehender:

„[P]rinciples of international humanitarian law may emerge through a customary process under the pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience, even where State practice is scant or inconsistent. The other element, in the form of opinio necessitatis, crystallizing as a result of the imperatives of humanity or public conscience, may turn out to be the decisive element heralding the emergence of a general rule or principle of humanitarian law.“⁸⁵⁹

Der Sondergerichtshof für Kambodscha hat in ähnlicher Weise nachfolgend formuliert.

„With respect to customary international law, the Supreme Court Chamber considers that in evaluating the emergence of a principle or general rule concerning conduct that offends the laws of humanity or the dictates of public conscience in particular, the traditional requirement of ‘extensive and virtually uniform’ state practice may actually be less stringent than in other

re Skander Galand, Approaching Custom Identification as a Conflict Avoidance Technique: Tadić and Kupreškić Revisited, LJIL 31 (2018), 403, 6 f., 11 f.; *Hanna Bourgeois, Jan Wouters*, Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law, in: Mazzeschi u. a. (Hrsg.), Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law, Cham 2018, S. 69, 75 f.

856 ICTY, Prosecutor v. Dusko Tadić A/K/A „Dule“, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, CaseNo. IT-94-1, A. Ch., Descision of October 2nd 1995, Rn. 99.

857 Von der Tadic-Methode sprechend *Jan Wouters, Cedric Ryngaert*, Impact on the Process of the Formation of Customary International Law, in: Kamminga u. a. (Hrsg.), The Impact of Human Rights Law on General International Law, Oxford 2009, S. 111, 116.

858 Dazu ausführlich *Michael Salter*, Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause, Journal of Conflict and Security Law 17 (2012), 403, 415 ff.

859 ICTY, Prosecutor v. Kupreškić et al., Tr. Ch., CaseNo. IT-95-16, Judgement of January 14th 2000, Rn. 527.

*areas of international law, and the requirement of opinio juris may take pre-eminence over the usus element of custom.*⁸⁶⁰

Aus dieser Entwicklung könnte der Rückschluss gezogen werden, uneinheitliche Praxis könne zumindest immer dann, wenn es Bezüge zum humanitären Völkergewohnheitsrecht gibt, der Genese von Völkergewohnheitsrecht nicht entgegen stehen oder zumindest, nicht gleichermaßen ins Gewicht fallen.⁸⁶¹ Die Berücksichtigung zwingender Gründe der Humanität oder des öffentlichen Gewissens könnte bei vielen Normen, die ggf. uneinheitlich in der Praxis der Friedensmediation auftauchen, über eben diese Uneinheitlichkeit hinweghelfen und damit das Übergewicht strategischer Unbestimmtheit reduzieren. Dagegen spricht jedoch, dass *Antonio Cassese*, Vorsitzender Richter im Tadic-Urteil, in einem Aufsatz die weitergehende Methode des Identifizierens von Völkergewohnheitsrechts mit Hilfe der Marten'schen Klausel, deren Anwendungsbereich folgend, allein auf das Humanitäre Völkerrecht beschränkt sieht. Einer darüber hinausgehenden Aufwertung von „*laws of humanity*‘ and the *dictates of public conscience*“ zu eigenständigen Völkerrechtsquellen lehnt er ab und damit letztlich auch die Argumentationslinie der beiden zuletzt zitierten Urteilsparagen.⁸⁶² Auffällig ist auch, dass obwohl die nachgezeichnete Rechtsprechungsentwicklung in den Berichten des Sonderberichterstatters der International Law Commission *Michael Wood* wiedergegeben wird,⁸⁶³ die abschließenden Draft Conclusions und die Commentaries diese Entwicklung jedoch gerade nicht aufnehmen.⁸⁶⁴

Zudem erstreckt sich der potentielle Einfluss der Friedensmediation auf die Völkerrechtsgenese nicht nur auf Bereiche, die einer Argumentation

860 Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Co-Prosecutors v. Kaing Guek Eav alias ‘Duch’, Supreme Court Ch., Appeal Judgment of 3 February 2012, 001/18–07–2007-ECCC/SC, Rn. 93.

861 Unter Verweis auf weitere innerstaatliche Rechtsprechung *Brian D. Lepard*, Customary International Law: A new theory with practical applications, Cambridge 2010, S. 332.

862 *Antonio Cassese*, The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?, EJIL 11 (2000), 187, 187.

863 ILC, First report on formation and evidence of customary international law by Michael Wood, A/CN.4/663 2013, S. 7 f. 30; sich bereits dagegen aussprechend ILC, Second report on identification of customary international law by Michael Wood, A/CN.4/672 2014, n. 11 f. („[...] in such fields as international human rights law, international humanitarian law and international criminal law, among others, one element may suffice in constituting customary international law, namely opinio juris. However, the better view is that this is not the case.“).

864 A/73/10, Report of the International Law Commission, Seventieth session 2018.

über Gewissen und Menschlichkeit zugänglich sind. Doch selbst dort, wo dahingehende Normen betroffen sind, etwa im Bereich Transitional Justice oder den Aspekten, die unter Rückgriff auf die Terminologie des Sicherheitsrats unter „Women, Peace and Security“ gefasst werden,⁸⁶⁵ kann bezweifelt werden, dass Uneinheitlichkeit in ähnlicher Weise zur Seite geschoben würde. Während es sich im Nicaragua-Urteil sowie den angeführten völkerstrafrechtlichen Urteilen stets um klassische Verbotsnormen handelte, die wie etwa „Du sollst nicht angreifen!“ oder „Du sollst nicht foltern!“ dem angerufenen öffentlichen Gewissen einfach zugänglich sind, handelt es sich schon bei dem von *Christine Bell* für die Flexibilität des Rechts angeführten Amnestieverbots um eine nicht gleichermaßen einfach zu fassende Norm. Das Urteil des IGH zu Jurisdictional Immunities hat gezeigt, dass das Gericht, wenn es um die Frage der Immunität bei der Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen für Verbrechen geht, die es selbst als „disregard for the elementary considerations of humanity“⁸⁶⁶ bezeichnet, nicht gewillt ist, allein aus Erwägungen der Humanität und des öffentlichen Gewissens auf neues oder verändertes Völkergewohnheitsrecht zu schließen.⁸⁶⁷

Schlussendlich lässt sich daher festhalten, dass der strategische Einsatz von Unbestimmtheit in der Friedensmediation einen potentiell freiheitsverkürzenden Charakter hat, der den Bedarf an Legitimation nährt. Nach außen besteht diese Freiheitsverkürzung darin, dass Uneinheitlichkeit geeignet ist, einen stärkeren Beitrag zur Verhinderung von Völkergewohnheitsrecht zu leisten, als eine offene Ablehnung bzw. eine Befürwortung samt entsprechender Praxis für die Begründung von Völkergewohnheitsrecht. Nach innen besteht die potentielle Freiheitsverkürzung darin, dass Unbestimmtheit geeignet ist, Akteuren zukünftige Einflussmöglichkeiten zu sichern, die sie im Zeitpunkt der Verhandlungen nicht in dieser Weise

865 Zur möglichen gewohnheitsrechtlichen Genese noch nicht kodifizierter Bereiche siehe *Christine Chinkin*, Women, Peace, and Security: Tackling Violence Against Women in the Contemporary World?, *GYIL* 61 (2018), 185, 197 ff. Kritisch zur Begrifflichkeit *Tamsin Philpa Paige*, The Maintenance of Heteronormativity, in: Otto (Hrsg.), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, New York 2017, S. 91, 96 ff.

866 IGH, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment of February 3rd 2012, *ICJ Reports* 2012, S. 121.

867 Statt vieler *Markus Krajewski*, *Christopher Singer*, Should judges be front-runners? The ICJ, state immunity and the protection of fundamental human rights, *Max Planck yearbook of United Nations law* 16 (2012), 1, 30 f. m.w.N. *Carmen Thiele*, Der Schutz der Menschenrechte durch den IGH, *AVR* 51 (2013), 1, 40.

ausfüllen könnten. Auf diese Weise beeinflusst Unbestimmtheit zukünftige Machtverteilungen zulasten mancher anderer Akteure.

IV. Zwischenfazit

Für die Friedensmediation in ihrer Gänze hat der an dieser Stelle abgeschlossene Abschnitt mehrere Aspekte des Legitimationsbedarfs erarbeitet. Es wurde deutlich, wie breit der Begriff der Friedensmediation angesichts seiner Ursprünge und Entwicklungsverläufe ist. Diese begriffliche Breite und das damit einhergehend Spektrum an Beteiligungsintensität des Mediationsakteurs wurde im Hinblick auf den prozessbezogenen Legitimationsbedarf untersucht. Dabei konnte gezeigt werden, dass jede Form der Friedensmediation bereits auf der Verfahrensebene Legitimationsbedarf nach sich zieht. Vor diesem Hintergrund konnte der materielle Legitimationsbedarf losgelöst von einzelnen Mediationsstilen erörtert werden. Die angeführten Beispiele haben dabei verdeutlicht, wie durch Friedensmediation Freiheit verkürzt wird. Beide Aspekte zusammengenommen, die Freiheitsverkürzung im Verfahren und die Freiheitsverkürzung durch das Verfahren, begründen den Legitimationsbedarf der Friedensmediation.