

Völkerrechtliche Vereinbarungen und direkte Demokratie

Matthias Goldmann*

| | |
|--|-----|
| Abstract | 281 |
| I. Kollisionen zwischen direkter Demokratie und völkerrechtlichen Vereinbarungen | 282 |
| II. Zwei Grundprinzipien | 286 |
| 1. Irrelevanz innerstaatlicher Vorgänge | 287 |
| 2. Völkerrechtliches Demokratieprinzip | 288 |
| III. Drei dogmatische Daumenregeln | 291 |
| 1. Auslegung | 292 |
| 2. Vorrangregel | 293 |
| a) Landesrechtliche Vorrangregel | 294 |
| b) Völkerrechtliche Vorrangregel | 295 |
| c) Situative Abwägung | 295 |
| 3. Prozeduralisierung | 297 |
| IV. Vier Fallkonstellationen | 299 |
| 1. Referenden mit völkerrechtswidrigem Inhalt | 299 |
| 2. Abschluss und Fortentwicklung völkerrechtlicher Vereinbarungen | 304 |
| 3. Gefährdung von “ <i>package deals</i> ” | 305 |
| 4. Bruch des Völkerrechts gefährdet “ <i>package deal</i> ” | 306 |
| V. Schlussfolgerung | 308 |

Abstract

This article challenges the rule that international law always takes precedence over domestic law. It argues that truly democratic referenda might under certain circumstances deserve international legal recognition, as international law encourages domestic democracy. There is thus a conflict of principles in international law in such cases. This conflict may be solved by interpretation, by applying rules of precedence, or by proceduralization, which normally means negotiations. Not every rule of international law may succumb to democratic referenda, though. This applies particularly to human rights, which are by nature counter-majoritarian. On the basis of recent practical examples, the article distinguishes four different constellations where international law and democratic referenda collide, and propos-

* Goethe-Universität Frankfurt und Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, <goldmann@mpil.de>. Für wertvolle Hinweise danke ich *Johannes Reich* und *Silvia Steinger*.

es solutions to each of them. In the long run, greater deference to democratic referenda is likely to strengthen the effectiveness and legitimacy of international law.

I. Kollisionen zwischen direkter Demokratie und völkerrechtlichen Vereinbarungen

Was passiert, wenn das Resultat direktdemokratischer Entscheidungen mit völkerrechtlichen Vereinbarungen kollidiert? In den letzten Jahren haben mehrere Referenden in verschiedenen Staaten diese Frage aufgeworfen. Dies hängt nicht zuletzt mit dem grassierenden Populismus zusammen, der sich gerne des Mittels des Referendums bedient, um seine Anhänger zu mobilisieren und einen angeblichen Volkswillen gegen fremde Staaten, internationale Organisationen oder auch völkerrechtlich geschützte Rechte demokratischer Minderheiten durchzusetzen. Hat das Referendum Erfolg, stehen sich Völkerrecht und Landesrecht scheinbar unversöhnlich gegenüber. Diese Erfahrung machte die Schweiz beinahe bereits mit der Volksinitiative “für eine vernünftige Asylpolitik” von 1996, welche die Bundesversammlung schließlich wegen Verstoßes gegen zwingendes Völkerrecht für ungültig erklärte.¹ Die derzeit anhängige Selbstbestimmungsinitiative, die sich gegen den Einfluss “fremder Richter” wie denjenigen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) wehrt, hat der Debatte neuerliche Aktualität verliehen.² Wird die Initiative angenommen, würde der in der Schweizer Verfassung vorgesehene grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts in Frage gestellt.³ Als Folge davon dürften weitere Konflikte zwischen Völkerrecht und direkter Demokratie zu erwarten sein.⁴

In der öffentlichen Debatte wie in der wissenschaftlichen Literatur wird das Verhältnis von direkter Demokratie zum Völkerrecht ganz überwiegend aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive behandelt. Dabei steht die Fra-

¹ Bundesbeschluss über die Volksinitiative “für eine vernünftige Asylpolitik” vom 14.3.1996, BBl. 1996 I, 1355. Es wurde ein Verstoß gegen das Verbot des non-refoulement befürchtet, vgl. A. Epiney, Art. 139, in: B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, 2015, Rn. 33.

² Vgl. dazu die Informationen auf der Website des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements: <<https://www.ejpd.admin.ch>>.

³ Zur Herleitung dieses Grundsatzes aus Pflicht nach Art. 5 Abs. 4 der Bundesverfassung (BV), das Völkerrecht zu beachten: A. Epiney, Art. 5, in: B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (Anm. 1), Rn. 86 ff.

⁴ Siehe “Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht”, Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulates 13.3805, 12.6.2015, 2.

ge im Zentrum, welche Bedeutung das Völkerrecht für das jeweilige Verfassungsrecht hat oder haben soll.⁵ Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, wie sich das Rechtsstaatsprinzip zum Demokratieprinzip in der jeweiligen Verfassung verhält.⁶ Eine völkerrechtliche Perspektive erscheint demgegenüber auf den ersten Blick wenig ergiebig, gilt doch der völkerrechtliche Grundsatz, wonach die innerstaatliche Rechtslage völkerrechtlich irrelevant ist und insbesondere nicht von völkerrechtlichen Pflichten entbindet.⁷ Für das Vertragsrecht hat dieser Grundsatz in Art. 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) Ausdruck gefunden.⁸

Dieser Aufsatz wagt eine völkerrechtliche Perspektive und stellt in Anbetracht von direktdemokratischen Entscheidungen, welche völkerrechtliche Bedenken hervorrufen, die Reichweite des Grundsatzes gem. Art. 27 WVRK auf eine Probe. Mithin geht es um die Frage, ob direktdemokratische Entscheidungen, welche im Widerspruch zu völkerrechtlichen Vereinbarungen stehen, unmittelbar als Bruch des Völkerrechts zu qualifizieren sind, oder ob sich das Völkerrecht in gewissen Konstellationen unter bestimmten Bedingungen als flexibler erweist, als es der Grundsatz der Irrelevanz der innerstaatlichen Rechtslage Glauben macht.⁹ Wie sich zeigen wird, lässt sich das Völkerrecht in gewissem Umfang durchaus auf direktdemokratische Entscheidungen ein. Völkerrecht und innerstaatliches Recht greifen mitunter auf hoch differenzierte Weise ineinander. So können direktdemokratische Entscheidungen Anlass zu einer Neuinterpretation völker-

⁵ Das trifft insbesondere auf die reiche Debatte in der Schweiz zu. Vgl. "Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht", Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16.10.2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20.11.2008, 5.3.2010, BBl. 2010, 2263; Zusatzbericht des Bundesrats vom 30.3.2011 zu seinem Bericht vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl. 2011, 3613; H. Keller/N. Balazs-Hegedüs, Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht?, AJP 25 (2016), 712 ff.; O. Diggelmann, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik. Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, 2005; J. Reich, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt, ZaöRV 68 (2008), 979 ff.

⁶ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15.12.2015, 2 BvL 1/12 (*Treaty Override*), ECLI:DE:BVerfG:2015:ls20151215.2bvl000112, Sondervotum König, Rn. 3 ff.; dazu s. u. III. 2. c).

⁷ Vgl. Bericht des Bundesrats vom 12.6.2015 (Anm. 4), 20.

⁸ Art. 27 WVRK erlaubt allerdings den Gegenschluss, dass staatliches Recht im Völkerrecht als Recht, nicht als Tatsache anzusehen ist, so P.-M. Dupuy, International Law and Domestic (Municipal) Law, in: R. Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL (2011), Rn. 33.

⁹ Einen vergleichbaren Einfluss staatlichen Rechts auf das Völkerrecht konstatiert im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip M. Kanetake, The Interfaces Between the National and International Rule of Law. A Framework Paper, in: M. Kanetake/A. Nollkaemper (Hrsg.), The Rule of Law at the National and International Levels, 2016, 11 ff.

rechtlicher Pflichten geben, Ausnahmen von völkerrechtlichen Pflichten begründen oder zumindest prozedurale Rechte und Pflichten auslösen.

Mancher mag das als Häresie empfinden. Ich denke jedoch, dass der Grundsatz der Irrelevanz innerstaatlichen Rechts genau das ist – ein Grundsatz, der das Völkerrecht gegenüber innerstaatlichem Recht abschottet. Er trifft in der hier interessierenden Konstellation auf einen anderen völkerrechtlichen Grundsatz, nämlich auf die völkerrechtliche Verankerung des Demokratieprinzips, welche das Völkerrecht für innerstaatliche Vorgänge öffnet (II.). Eine einseitige Lösung dieses Prinzipienkonflikts zugunsten völkerrechtlicher Vereinbarungen würde gegebenenfalls nur einen Punktsieg gegen populistische Strömungen bedeuten, langfristig aber die Effektivität des Völkerrechts unterminieren. Um diesen Prinzipienkonflikt nachhaltig zu bewältigen, lassen sich drei Daumenregeln aus der Dogmatik des Verfassungs- und Völkerrechts ableiten (III.).

In der Völkerrechtspraxis gibt es entgegenkommende Tendenzen, welche die Plausibilität und Praktikabilität dieser Daumenregeln bestätigen (IV.). Dieser Praxis liegt eine Durchsicht sämtlicher in zwei Datenbanken verfügbarer Referenden zugrunde.¹⁰ Die verarbeiteten Fälle umfassen ein breites Spektrum an Konstellationen. Dazu gehören die Verwahrungs- und die Ausschaffungsinitiative in der Schweiz; ein erfolgloses Referendum auf den Bahamas über die Gleichberechtigung von Mann und Frau; das Referendum über den kolumbianischen Friedensvertrag; der Bürgerentscheid über die Waldschlösschenbrücke im Elbtal; die Ablehnung des Assoziationsabkommens der Europäischen Union (EU) mit der Ukraine in einem niederländischen Referendum und die erfolglosen Referenden über den Europäischen Verfassungsvertrag in Frankreich und Irland; das griechische “Ochi” gegen das Rettungspaket 2015; der Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU; die Weigerung der isländischen Bevölkerung in gleich zwei Referenden, die angeblichen Regressansprüche der Niederlande und des Vereinigten Königreichs zu befriedigen; sowie die Masseneinwanderungsinitiative, mit der die Schweiz die Bilateralen Verträge mit der EU aufs Spiel gesetzt hat. Ein Referendum in Ungarn im Jahr 2016, welches Beschlüsse der EU zur Verteilung von Flüchtlingen untergraben hätte, scheiterte letztlich an geringer Teilnahme.

Man mag diese Tendenz zur direkten Demokratie in völkerrechtlichen Angelegenheiten begrüßen oder bedauern. Nur wundern sollte man sich nicht darüber – aus zwei Gründen. Erstens hat das Völkerrecht im Zuge der

¹⁰ Folgende Datenbanken wurden herangezogen: <<https://www.mehr-demokratie.de/bb-datenbank.html>>; <<http://www.sudd.ch/index.php?lang=de>>; <<http://www.forschungsstelle-direkte-demokratie.info/tiki-index.php>>.

Globalisierung auch die hintersten Täler staatlicher Herrschaft erreicht. Das Völkerrecht war für diese Wandertour völlig unzureichend ausgerüstet. Es bezieht seine Legitimität nach hergebrachtem Verständnis allein aus dem Staatenkonsens. Anders als im Europarecht, wo das Bundesverfassungsgericht schon seit Jahrzehnten auch auf demokratische Defizite hinweist und unter der Drohung, dem Europarecht ansonsten die Gefolgschaft zu verweigern auf deren Behebung drängt,¹¹ wurde die Demokratisierung des Völkerrechts deshalb lange nicht für nötig gehalten. Dieses Versäumnis rächt sich jetzt, da vielerorts Zweifel an der Globalisierung geäußert werden.¹² Dazu kommt zweitens die steigende Ausdifferenzierung vieler Gesellschaften. Je pluralistischer sie sind, desto schwieriger wird es für repräsentative Institutionen, Akzeptanz zu erzeugen. Direkte Demokratie stellt in dieser Situation eine willkommene Legitimitätsressource dar. Es wäre daher zu kurz gegriffen, sie auf das Machtkalkül von Populisten und insbesondere des wieder im Kommen befindlichen autoritären Liberalismus zu reduzieren.¹³ Vielmehr bietet es sich an, über ihre Verzahnung mit dem Völkerrecht nachzudenken.

Vorab noch drei Klarstellungen. Erstens lässt dieser Artikel die gesamte Problematik sogenannter Gebietsreferenden außen vor. Ein Gebietsreferendum entspricht dem völkerrechtlichen Selbstbestimmungsrecht.¹⁴ Mir geht es dagegen um Fälle, in denen direkte Demokratie dem Völkerrecht widerspricht oder es beeinträchtigt. Zweitens kann grundsätzlich jeder demokratisch beschlossene staatliche Akt völkerrechtliches Unheil heraufbeschwören. Man denke etwa an die Ablehnung des Comprehensive Economic and Trade Agreements (CETA) zwischen der EU und Kanada durch das wallonische Parlament. Ich konzentriere mich hier allerdings auf Maßnahmen der direkten Demokratie. Hier stellt sich mit besonderer Schärfe die Frage, ob sich das Völkerrecht für innerstaatliche Vorgänge öffnet. Referenden binden

¹¹ Vgl. nur BVerfGE 89, 155 (*Maastricht*), Der Conseil d'Etat gab den grundsätzlichen Anwendungsvorrang späterer Gesetze gegenüber entgegenstehendem Europarecht erst 1989 auf, vgl. *Arrêt Nicolo*, Nr. 108243, 20.10.1989.

¹² Zweifel, ob der gegenwärtige globale Kapitalismus sich auf demokratische Weise organisieren lässt, sind keineswegs neu. Vgl. *R. A. Falk*, *Predatory Globalization: A Critique*, 1999.

¹³ Der Begriff des autoritären Liberalismus wurde geprägt von *H. Heller*, *Autoritärer Liberalismus?*, in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 2 (1971 [1932]), 643 ff. Danach bevorzuge der autoritäre Liberalismus das offene Plebiszit, nicht die geheime Abstimmung (*H. Heller* [Anm. 13], 647). Zur Aktualität des Konzepts vgl. *M. A. Wilkinson*, *Authoritarian Liberalism in the European Constitutional Imagination: Second Time as Farce?*, *ELJ* 21 (2015), 313 ff.

¹⁴ Nachweise z. B. bei *A. Peters*, *Das Gebietsreferendum im Völkerrecht. Seine Bedeutung im Licht der Staatenpraxis nach 1989*, 1995.

Regierungen und Parlamenten oft die Hände, wenn nicht schon rechtlich,¹⁵ dann doch zumindest politisch. Die weitaus meisten Staaten berufen sich heute auf Volkssouveränität – wer wagt da schon, den Willen des Volkes zu ignorieren? Drittens behandle ich hier nur diejenigen Fälle direkter Demokratie, welche die Bezeichnung “Demokratie” verdienen, also rechtsstaatliche und demokratische Grundsätze achten. Dies setzt eine freie, öffentliche Debatte und eine ordnungsgemäße Abstimmung voraus. Die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) hat hierfür im Hinblick auf Wahlen aus den Menschenrechten abgeleitete internationale Standards entwickelt. Sie verwendet diese genauso für Referenden.¹⁶ Keine Rolle spielt hier deshalb z. B. das Referendum in der Republika Srpska über den Nationalfeiertag, das das Dayton-Abkommen in Frage stellt. Es war vom Bosnischen Verfassungsgericht verboten worden.¹⁷

II. Zwei Grundprinzipien

Die These, dass direktdemokratische Entscheidungen aus völkerrechtlicher Sicht nicht völlig irrelevant sind, stützt sich auf die Existenz zweier gegenläufiger völkerrechtlicher Prinzipien.¹⁸ Auf der einen Seite gilt der Grundsatz, dass interne Angelegenheiten nicht von völkerrechtlichen Pflichten befreien. Auf der anderen Seite hält das völkerrechtliche Demokratieprinzip die Staaten zu einer demokratischen Organisation ihrer internen Angelegenheiten an. Im Fall einer Kollision sind beide Prinzipien im Hinblick auf den Einzelfall gegeneinander abzuwägen.

¹⁵ Vgl. *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, UKSC 5 (2017).

¹⁶ OSCE, International Standards and Commitments on the Right to Democratic Elections (2002), ODIHR.GAL/44/02/Rev.1, <<http://www.osce.org>>. Die Standards prägen folgende Prinzipien: equality, universality, political pluralism, confidence, transparency und accountability.

¹⁷ Mit dem Referendum vom 25.9.2016 wurde der 9. Januar, der Stephanstag, als Nationalfeiertag bestätigt. Das klingt weniger unschuldig als es ist, rief doch *Radovan Karadzic* am 9.1.1992 die Republika Srpska aus, womit er den Startschuss zum Bosnienkrieg gab. Das Verfassungsgericht hatte diesen Nationalfeiertag bereits untersagt, weil er die nicht serbisch-orthodoxen Bevölkerungsteile diskriminiere. Dies verletze internationale Menschenrechtsgarantien, die in Bosnien direkt anwendbar sind (BiH U 3/13 vom 26.11.2015, Official Gazette of BiH, 100/15). Es erließ demzufolge eine einstweilige Anordnung gegen das Referendum (U-10-16 vom 17.9.2016), welche die Regierung jedoch unter dem Vorwand ignorierte, man wolle nur einen Gedenktag einrichten.

¹⁸ Zur Rechtsnatur völkerrechtlicher Prinzipien vgl. *M. Goldmann*, Dogmatik als rationale Rekonstruktion: Versuch einer Metatheorie am Beispiel völkerrechtlicher Prinzipien, *Der Staat* 53 (2014), 373 ff.

1. Irrelevanz innerstaatlicher Vorgänge

Nach dem Prinzip der Irrelevanz innerstaatlicher Vorgänge können direktdemokratische Abstimmungen die Verletzung oder Gefährdung völkerrechtlicher Verträge nicht rechtfertigen. Dieses Prinzip ist ein Korrelat des Grundsatzes *pacta sunt servanda* (Art. 26 WVRK) und ist in unmittelbarem systematischen Zusammenhang zu diesem in Art. 27 WVRK normiert, wonach “[e]ine Vertragspartei [...] sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen [kann], um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen [...]”. Derselbe Rechtsgedanke findet sich in Art. 46 WVRK, wonach der Verstoß gegen interne Rechtsvorschriften beim Abschluss eines Vertrags für dessen Wirksamkeit unerheblich ist. Fehler, deren Vermeidung ein Staat selbst unter Kontrolle hat, so die Ratio der Norm, soll er seinen Vertragspartnern nicht entgegenhalten können. So gesehen stellt der Grundsatz der Irrelevanz innerstaatlicher Vorgänge die Kehrseite der Staatensouveränität dar.

Die verfassungsrechtliche Reaktion auf diesen Grundsatz der Irrelevanz fällt von einer Rechtsordnung zur anderen unterschiedlich aus. In den gemeinhin als monistisch bezeichneten Rechtsordnungen führt dieser Grundsatz dazu, dass dem Völkerrecht Vorrang vor innerstaatlichem Recht eingeräumt wird. So statuiert Art. 5 Abs. 4 der Schweizer Bundesverfassung (BV) lapidar: “Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.” Zum Völkerrecht gehören aber die Regel *pacta sunt servanda* (Art. 26 WVRK) sowie der bereits erwähnte Art. 27 WVRK, wonach entgegenstehendes innerstaatliches Recht völkerrechtlich irrelevant ist.¹⁹ In der Rechtsprechung haben sich allerdings gewisse, eng umschriebene Ausnahmen vom grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts entwickelt.²⁰ Völkerrecht geht demnach entgegenstehendem Landesrecht vor, es sei denn, die Abweichung war beabsichtigt und tangiert nicht (Gegenausnahme) die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Nach Ansicht des Bundesgerichts setzen sich zudem die bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU selbst gegenüber beabsichtigten Abweichungen im Landesrecht durch.²¹ Schließlich genossen diese Abkommen auch in den Mitgliedstaaten der EU dank ihres Status als Unionsrecht absoluten Vorrang vor Landesrecht.²²

¹⁹ Bericht des Bundesrats vom 12.6.2015 (Anm. 4), 6 f.

²⁰ BGE 125 II 417 E. 4d; BGE 139 I 16 E. 5.1; weitere Nachweise bei A. Epiney (Anm. 3), Rn. 94.

²¹ BGE 142 II E. 3.2, 3.3.

²² Kritisch A. Glaser/A. Brunner, Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung, Jusletter, 18.4.2016, 5 f. Es handelt sich beim FZA ja um Völkerrecht, nicht um Unionsrecht. Ein Gemischter Ausschuss sichert die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung.

Andere Rechtsordnungen stellen der völkerrechtlichen Irrelevanzthese eine verfassungsrechtliche Irrelevanzthese entgegen. Dazu gehören klassische dualistische Rechtsordnungen wie etwa die Italiens, in denen im Fall des Konflikts zwischen Völkerrecht und Landesrecht ein Bruch des Völkerrechts in Kauf genommen wird.²³ Auch die EU gestaltet ihr Verhältnis zum Völkerrecht strikt dualistisch, im Gegensatz zu ihrer eigenen Supranationalität.²⁴ In Deutschland hat der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit zunächst dafür gesorgt, dass das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verträge durch den Gesetzgeber lediglich zur Abwendung eines Verstoßes gegen tragende Grundsätze der Verfassung erlaubte.²⁵ In der Entscheidung zum sogenannten “treaty override” hat das Bundesverfassungsgericht diese Auffassung revidiert. Darin befürwortet die Senatsmehrheit einen strikten Dualismus zwischen Völkerrecht und Landesrecht. Nachfolgendes Landesrecht genieße daher Anwendungsvorrang gegenüber dem Vertragsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 Grundgesetz (GG), sofern es zum Inhalt des Vertrags in Widerspruch stehe.²⁶ Dies gebiete das Demokratieprinzip des Grundgesetzes.²⁷ Einen eventuellen Bruch des Völkerrechts gelte es demnach politisch zu verantworten.²⁸

2. Völkerrechtliches Demokratieprinzip

Dem Prinzip der Irrelevanz steht das völkerrechtliche Demokratieprinzip gegenüber. Während das Völkerrecht sich bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts weitgehend neutral gegenüber der Regierungsform verhielt, änderte sich dies im Laufe der Nachkriegszeit, indem eine demokratische Regierungsform langsam zur internationalen Norm avancierte. Bereits die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 enthält in Art. 21 Abs. 3 eine Ver-

²³ Vgl. Corte Costituzionale, Sentenza Nr. 238 (2014) vom 22.10.2014, ECLI:IT:COST:2014:238.

²⁴ EuGH C-402/05 P und C-415-05 P, *Kadi und Al Barakaat v. Rat*, Urteil vom 3.9.2008, ECLI:EU:C:2008:461; dazu kritisch G. de Burca, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Harv. Int'l L.J. 51 (2010), 1.

²⁵ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 (*Görgülü*), ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20041014.2bvr148104, Rn. 35.

²⁶ BVerfG, (*Treaty Override*) (Anm. 6).

²⁷ BVerfG, (*Treaty Override*) (Anm. 6), Rn. 53. Zustimmend T. Hofmann, *Zur Verfassungsmäßigkeit des Treaty Override*, DVBl. 128 (2013), 215 ff.; zur Kritik s. u. III. 2. c).

²⁸ Vgl. C. Hillgruber, *Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl. (2004), § 32 Rn. 123.

pflichtung auf Volkssouveränität und die Durchführung von Wahlen.²⁹ Einen Schritt weiter geht Art. 25 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR). Er statuiert das Recht,

“... a) an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter teilzunehmen;

b) bei echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen die freie Äußerung des Wählerwillens gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden; ...”

Diese Norm sichert auch die direktdemokratische Beteiligung auf menschenrechtlicher Ebene ab. Für sich genommen verpflichtet sie nur zu Wahlen oder Abstimmungen, ohne weitere spezifische Elemente eines demokratischen Gemeinwesens vorzuschreiben. Zusammen mit den Garantien der Meinungsfreiheit (Art. 19 IPBPR), der Versammlungsfreiheit (Art. 21 IPBPR) und der Vereinigungsfreiheit (Art. 22 IPBPR) fordert der IPBPR jedoch die wesentlichen Voraussetzungen einer demokratischen Regierungsform ein; es ist schwer vorzustellen, dass eine nicht-demokratische Regierungsform diese Rechte vollumfänglich respektiert.

Seitdem sich der Ost-West-Konflikt zu Ende neigte, fand diese Überzeugung auch Ausdruck in zahlreichen Resolutionen der Vereinten Nationen sowie anderer internationaler Organisationen, welche Demokratie zum normativen Leitbild für die politische Organisation der Staaten erheben. In zahlreichen Resolutionen³⁰ hat die Generalversammlung der Vereinten Nationen deutlich gemacht, dass die Staaten zwar ein großes Ermessen bei der Ausgestaltung ihrer internen Strukturen genießen.³¹ Demokratie ist jedoch diejenige Regierungsform, die die Mitglieder der Vereinten Nationen zu erstreben haben.³² Das zeigt sich u. a. in der inzwischen weltweit gängigen Praxis der Wahlbeobachtung.³³

²⁹ Art. 21 Abs. 3 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte: “The will of the people shall be the basis of the authority of government; this shall be expressed in periodic and genuine elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret vote or by equivalent free voting procedures.”

³⁰ Dazu *N. Petersen*, Demokratie als teleologisches Prinzip. Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht, 2009. Vgl. UN General Assembly, Enhancing the Effectiveness of the Principle of Periodic and Genuine Elections, A/RES/43/157, 8.12.1988.

³¹ Vgl. UN General Assembly, Enhancing the Effectiveness of the Principle of Periodic and Genuine Elections, A/RES/46/137, 17.12.1991, Abs. 8 der Präambel.

³² Weitergehend *N. Petersen* (Anm. 30), 98 und 105, der eine Pflicht zur Demokratisierung annimmt. Überblick über UN-Initiativen auf <<http://www.un.org>>.

³³ *T. M. Franck*, The Emerging Right to Democratic Governance, *AJIL* 86 (1992), 46 ff.; *G. H. Fox/B. R. Roth*, Democratic Governance and International Law, 2000.

Diese Verpflichtung auf eine demokratische Regierungsform verstärken regionale Menschenrechtsinstrumente. Die Charta von Paris der OSZE bezeichnet dementsprechend Demokratie als die einzige akzeptable Regierungsform.³⁴ Art. 3 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK statuiert ein Recht auf Teilnahme an der Wahl der Legislative. Durch die 1990 gegründete Venedigkommission überwacht und fördert der Europarat die Demokratie in seinen Mitgliedstaaten und regt mithilfe unverbindlicher Instrumente und Berichtsverfahren institutionelle Fortentwicklungen an.³⁵ Art. 1 der Interamerikanischen Demokratie-Charta verbürgt gar ein ausdrückliches Recht auf Demokratie; auch die Afrikanische Union hat mittlerweile mit einer Afrikanischen Charta betreffend Demokratie, Wahlen und Governance nachgezogen, welche leider erst von zehn Mitgliedstaaten ratifiziert wurde.³⁶

Alle diese Instrumente weisen auf die enge Verbindung zwischen Demokratie und Menschenrechten hin; eine Erkenntnis, welche seit Ende des kalten Krieges in nahezu unzählige Dokumente der zwischenstaatlichen Praxis Eingang gefunden hat.³⁷ Demokratie ist aus völkerrechtlicher Sicht nicht nur ein Selbstzweck, eine an und für sich vorzugswürdige Regierungsform, sondern gleichzeitig ein wichtiger Baustein zur Verwirklichung und zum

³⁴ N. Petersen (Anm. 30), 107 ff.

³⁵ W. Hoffmann-Riem, *The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact*, EJIL 25 (2014), 579 ff.

³⁶ Die African Charter on Democracy, Elections and Governance von 2007 trat 2012 in Kraft. Überblick bei P. J. Glen, *Institutionalizing Democracy in Africa: A Comment on the African Charter on Democracy, Elections and Governance*, African Journal of Legal Studies 5 (2012), 119 ff.

³⁷ Dieser Zusammenhang ist sowohl in der Praxis als auch in der Theorie weithin anerkannt. Zur Praxis: UN General Assembly, *Respect for the Principles of National Sovereignty and Non-Interference in the Internal Affairs of States in Electoral Processes as an Important Element for the Promotion and Protection of Human Rights*, A/RES/56/154, 19.12.2001, operativer Para. 2; Vienna Declaration and Programme of Action, adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna, 25.6.1993, Paras. 8-9; UN General Assembly, *Promoting and Consolidating Democracy*, A/RES/55/96, 4.12.2000, Para. 1(b), wonach Demokratie nicht nur die Menschenrechte, sondern auch Rechtsstaatlichkeit und nachhaltige Entwicklung fördert. Das wiederholen die Millennium Declaration, A/55/L.2, 8.9.2000, Abschnitt V. (Human Rights, Democracy and Good Governance). Die Sustainable Development Goals erwähnen nicht Demokratie, aber den Zusammenhang zwischen Menschenrechten, Rechtsstaatlichkeit (target 16.3) und “responsive, inclusive, participatory and representative decision-making” (target 16.7). Hingegen betont der Human Rights Council nach wie vor den Zusammenhang zwischen Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Menschenrechten, vgl. etwa UN Human Rights Council, *Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, A/HRC/RES/19/36, 19.4.2012; weitere Informationen auf <<http://www.ohchr.org>>.

Schutz der Menschenrechte als weiterem Verfassungskern des Völkerrechts.³⁸

III. Drei dogmatische Daumenregeln

Damit besteht die Möglichkeit von Konflikten zwischen dem völkerrechtlichen Prinzip der Irrelevanz innerstaatlicher Vorgänge einerseits, und dem völkerrechtlichen Demokratiegebot andererseits. Konflikte zwischen völkerrechtlichen Normen und direkter Demokratie erschöpfen sich nicht in einem Gegensatz zwischen Völker- und Landesrecht; vielmehr verursachen sie zugleich auf Ebene des Völkerrechts einen Prinzipienkonflikt. Der Umgang mit diesem Prinzipienkonflikt stellt eine Herausforderung für die Dogmatik dar, welche bisher noch nicht vollständig ausgelotet wurde. Es gehört zu den Aufgaben der Wissenschaft vom Völkerrecht, dogmatische Strategien zur Bewältigung solcher Prinzipienkonflikte zu entwerfen.

Dieser Prinzipienkonflikt sperrt sich gegen pauschale Lösungen. Auf der einen Seite sind völkerrechtliche Vertragstreue und Rechtssicherheit hohe Güter. Auf der anderen Seite wäre es widersprüchlich, wenn das Völkerrecht der innerstaatlichen Demokratie und insbesondere direktdemokratischen Entscheidungen nicht zumindest in gewissen Grenzen Rechnung trüge. Dann würde das Völkerrecht der Verwirklichung eines Menschenrechts kategorisch im Wege stehen. Die Kohärenz des Völkerrechts erfordert daher eine Berücksichtigung des völkerrechtlichen Demokratieprinzips bei der Anwendung des Irrelevanzgrundsatzes. Das Völkerrecht für innerstaatliches Recht zu öffnen ist die Kehrseite der Erosion des Souveränitätsprinzips.³⁹ Eine solche Öffnung gebietet auch die Effektivität des Völkerrechts. Je mehr die internationale Integration voranschreitet, desto eher gerät ihre Legitimität unter Druck.⁴⁰ Ab einem gewissen Punkt fühlen sich staatliche Gerichte

³⁸ Die Literatur zur Konstitutionalisierung des Völkerrechts betont zwar die Trinität von Demokratie, Rule of Law und Menschenrechten, vgl. *A. Peters*, Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, *LJIL* 19 (2006), 581, 583; *M. Kumm/A. F. Lang/J. Tully/A. Wiener*, How Large Is the World of Global Constitutionalism?, *Global Constitutionalism* 3 (2014), 1, 3.

³⁹ Vgl. *A. von Bogdandy*, Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Anm. 28.), Bd. 11, 3. Aufl. (2013), § 232 Rn. 8 ff.; *A.-M. Slaughter/W. Burke-White*, The Future of International Law Is Domestic (Or, the European Way of Law), *Harv. Int'l. L.J.* 47 (2006), 327 ff.; zur gegenwärtigen Verfassungspraxis *M. Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich, 2011, 25 ff.

⁴⁰ Dies ist Gegenstand einer vielschichtigen Debatte geworden, vgl. nur *M. Zürn*, Global Governance and Legitimacy Problems, *Government and Opposition* 39 (2004), 260 ff.;

berufen, überstaatlichem Recht die Gefolgschaft zu verweigern.⁴¹ Bei direktdemokratischen Entscheidungen könnte dieser Punkt schnell erreicht sein, da kaum ein Staatsorgan dem erklärten Willen des Volkes entgegenstehen mag.

Aus diesem Grund erscheinen differenzierende dogmatische Lösungen angezeigt, die dieser Abschnitt auslotet. Ich denke, man kann drei verschiedene Strategien, oder Daumenregeln aus dem Verfassungsrecht bzw. dem allgemeinen Völkerrecht ableiten, welche grundsätzlich geeignet sind, Konflikte zwischen Völkerrecht und direktdemokratisch beschlossenen Landesrecht zu bewältigen, in deren Hintergrund zugleich ein völkerrechtlicher Prinzipienkonflikt zwischen Irrelevanzgrundsatz und Demokratiegebot steht.⁴²

1. Auslegung

Sofern es die Verfassung erlaubt oder gebietet, lässt sich das Landesrecht, das durch eine direktdemokratische Entscheidung geschaffen wurde, völkerrechtskonform auslegen.⁴³ Das ist der Kern der Völkerrechtsfreundlichkeit des deutschen Verfassungsrechts.⁴⁴ Diese Quintessenz der offenen Staatlichkeit des Grundgesetzes zielt auf die Vermeidung von Konflikten zwischen Völker- und Landesrecht ab.⁴⁵ Doch auch die Auslegung des Völkerrechts erlaubt es in Maßen, auf direkte Demokratie Rücksicht zu nehmen. Völkerrechtliche Normen sind nach Treu und Glauben in ihrem Zusammenhang auszulegen, Art. 31(1) WVRK. Dabei sind nach Art. 31(3)(c) WVRK im Rahmen der sogenannten systemischen Integration alle zwischen

A. Buchanan/R. O. Keohane, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, *Ethics & International Affairs* 20 (2006), 405 ff.; Überblick bei C. A. Thomas, *The Uses and Abuses of Legitimacy in International Law*, *Oxford J. Legal Stud.* 34 (2014), 729 ff.

⁴¹ Corte Costituzionale, *Sentenza Nr. 238* (2014), 22.10.2014, ECLI:IT:COST:2014:238; BVerfGE 89, 155 (*Maastricht*); BVerfGE 123, 267 (*Lissabon*); BVerfGE 134, 366 (*OMT*); BVerfG, *Beschluss des Zweiten Senats vom 15.12.2015*, 2 BvR 2735/14, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514 (*Haftbefehl*); Tschechisches Verfassungsgericht, *Pl. US 5/12*, 14.2.2012 (*Landtová*).

⁴² Zu verfassungsrechtlichen Lösungen vgl. F. Schorkopf, *Grundgesetz und Überstaatlichkeit. Konflikt und Harmonie in den auswärtigen Beziehungen Deutschlands*, 2007, 229 ff.; zu völkerrechtlichen Lösungen vgl. J. Rauber, *Verhältnismäßigkeit und völkerrechtliche Systembildung. Überlegungen zur einheitsbildenden Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Völkerrecht der Konstitutionalisierung*, *ZaöRV* 75 (2015), 259 ff., 272 ff.

⁴³ Vgl. H. Keller/N. Balacz-Hegedüs (Anm. 5), 712, 717.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 111, 307, 317 ff. (*Görgülü*).

⁴⁵ So bereits BVerfGE 74, 358, 370; M. Payandeh, *Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip*, *JöR* 57 (2009), 465, 481 ff.

den Vertragsparteien anwendbaren Völkerrechtssätze zu berücksichtigen.⁴⁶ Die Normen des Völkerrechts sollen sich zu einem kohärenten Ganzen fügen. Dies gestattet die Berücksichtigung des völkerrechtlichen Demokratieprinzips bei der Auslegung einer anderen Regel des Völkerrechts, welche mit einer direktdemokratischen Entscheidung kollidiert.

Nun hat es das Schweizer Bundesgericht in einer Entscheidung vom November 2015 abgelehnt, das Völkerrecht im Hinblick auf das Landesrecht auszulegen. Es hat insoweit auf den Vorrang des Völkerrechts gem. Art. 27 WVRK (i. V. m. Art. 5 Abs. 4 BV) verwiesen.⁴⁷ Dem Bundesgericht war dabei entgangen, dass die Einschränkung des Art. 27 WVRK durch das völkerrechtliche Demokratieprinzip im Wege der systemischen Integration an dieser Stelle das Völkerrecht für das Landesrecht hätte öffnen können. Konkret bedeutet dies, dass z. B. Auslegungsspielräume völkerrechtlicher Normen genutzt werden können, um im Sinne praktischer Konkordanz die landesrechtsfreundlichste Variante des Völkerrechts zu wählen.⁴⁸ Auch kann die Auslegung der völkerrechtlichen Norm zu dem Ergebnis führen, dass staatlichen Entscheidungsträgern eine “margin of appreciation” zusteht, zumindest solange die Wahrnehmung dieses Spielraums nicht in einer Weise erfolgt, die dem Kern der Menschenrechte widerspricht. Denn die Menschenrechte sind die Grundlage des völkerrechtlichen Demokratieprinzips.

2. Vorrangregel

Die zweite Daumenregel betrifft die Anwendung und Auslegung von Vorrangregeln. Sie können sich aus dem Landes- und Völkerrecht ergeben. Neben abstrakt-generellen Vorrangregeln eignet sich für einen Prinzipienkonflikt insbesondere die situative Abwägung über den Vorrang.

⁴⁶ International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by *Martti Koskenniemi*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13.4.2006, §§ 37-43; 410-480; *C. McLachlan*, The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention, ICLQ 54 (2008), 279 ff.

⁴⁷ BGE 142 II 35 E 3.2.

⁴⁸ *J. Reich*, Verletzt die “Ausschaffungsinitiative” zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?, ZSR 27 (2008), 499 ff., 516; BGer. 2C_828/2011, 12.10.2012, BGE 139 I 16, E 4.2.1, 24.

a) Landesrechtliche Vorrangregel

Ausdrückliche Vorrangregeln finden sich gelegentlich im Landesrecht. Beispiele sind die Supremacy Clause in Art. IV der Verfassung der Vereinigten Staaten; Art. 25 GG, wonach Völkergewohnheitsrecht und Allgemeine Rechtsprinzipien dem Gesetzesrecht vorgehen; sowie der erwähnte Art. 5 Abs. 4 BV i. V. m. Art. 26, 27 WVRK, ferner auch für die Normierung der materiellen Grenzen von Verfassungsrevisionen oder -referenden gem. Art. 139 Abs. 3, 193 Abs. 3 und 194 Abs. 2 BV.⁴⁹ Solche Vorrangregeln können ihrem Zweck der Konfliktvermeidung entsprechend weit ausgelegt werden. Das gilt insbesondere für den Begriff der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts in Art. 139 Abs. 3, Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV, der nicht unbedingt auf den eigentlich engen Begriff des *ius cogens* beschränkt werden muss,⁵⁰ sondern weitere, elementare Menschenrechte umfassen kann.⁵¹ Eine solche weite Auslegung entspricht dem Zweck dieser Norm, Konflikte mit den international anerkannten, elementaren Menschenrechten zu vermeiden, etwa denjenigen Menschenrechtsnormen, deren Verletzung *erga omnes* wirkt, und eine dadurch drohende internationale Isolation der Schweiz abzuwenden. Art. 190 BV, welcher Exekutive und Judikative dazu anhält, völkerrechtswidrige Verfassungsnormen unangewendet zu lassen, gilt zwar nicht als normhierarchische Vorrangregel,⁵² hat aber für den Bereich dieser beiden Gewalten die Wirkung einer ebensolchen.

Vorrangregeln können des Weiteren implizit sein. Dazu zählt etwa die Identitätskontrolle, die mehrere Verfassungsgerichte in Europa praktizieren.⁵³ Es ist vorstellbar, dass ein Referendum ein Element der Verfassungs-

⁴⁹ Weitere Beispiele bei *J. H. Jackson*, Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis, *AJIL* 86 (1992), 310 ff., 319 ff.

⁵⁰ Dazu gehört fraglos nur das Verbot des Angriffskrieges, des Genozids, der Sklaverei, der Rassendiskriminierung, die Regelung der Verbrechen gegen die Menschheit und das Folterverbot, sowie das Selbstbestimmungsrecht. Vgl. International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries (2001), Art. 26, para. 5.

⁵¹ So *J. Reich* (Anm. 48), 508; *O. Diggelmann* (Anm. 5), 55; *D. Thürer*, Völkerrechtliches *Ius Cogens* und Volkssouveränität schweizerischer Prägung – Suche nach einem neuen “archimedischen Punkt”, in: A. Good/B. Platipodis (Hrsg.), *Direkte Demokratie*, FS Auer, 2013, 439, 442 (Verfassungskern der Völkerrechtsordnung).

⁵² *A. Epiney*, Art. 190, in: B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (Anm. 1), Rn. 21.

⁵³ Zu Entscheidungen über den Vorrang von Verfassungsrecht allgemein vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, Rn. 47. Zur Identitätskontrolle vgl. Tschechisches Verfassungsgericht (Anm. 41); zu Italien vgl. *M. Wendel* (Anm. 39) 160; rechtsvergleichender Überblick bei *M. Claes/J.-H. Reestman*, The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case, *GLJ* 16 (2015), 917 ff.

dentität bekräftigt, gegebenenfalls auch entgegen völkerrechtlicher Verpflichtungen. Ein solches Referendum würde einen bereits angelegten Konflikt zwischen Kernelementen der Verfassung und einer völkerrechtlichen Vereinbarung lediglich aktualisieren.

b) Völkerrechtliche Vorrangregel

Auch das Völkerrecht kennt eine Vorrangnorm in Gestalt des bereits erwähnten Art. 27 WVRK. Auf ihn können auch nationale Gerichte zurückgreifen, sofern er, wie etwa in der Schweiz, unmittelbar anwendbar ist.⁵⁴ An sich will er aber keine Rangfrage, sondern nur die Frage völkerrechtlicher Verantwortlichkeit klären. Die sonst üblichen völkerrechtlichen Vorrangregeln wie Art. 103 der Charta der Vereinten Nationen, *ius cogens*, *lex specialis* oder *lex posterior* sind auf Konflikte zwischen Völkerrecht und widersprechendem Landesrecht nicht anwendbar, da sie nur den Rang zwischen verschiedenen völkerrechtlichen Rechtsnormen regeln.⁵⁵

Daneben sind ungeschriebene Vorrangregeln denkbar. Der Zweck einer völkerrechtlichen Norm kann es verlangen, dass die fragliche Norm gegenüber direktdemokratischen Entscheidungen zurückweicht. Denkbar ist auch der umgekehrte Fall, dass der Zweck einer völkerrechtlichen Norm sie gegenüber Einschränkungen durch direkte Demokratie schützt. Dann bleibt es bei der Grundregel, dass innerstaatliche Vorgänge irrelevant sind. Das betrifft insbesondere die grundlegenden Menschenrechte, welche vorbehalts- und notstandsfest sind und Verstöße durch innerstaatliche Vorgänge unter keinen Umständen dulden.⁵⁶

c) Situative Abwägung

Nicht immer wird der Zweck der Norm, von der abgewichen wird, eine allgemeine, ungeschriebene Vorrangregel stützen. Möglicherweise lässt sich aber im Rahmen einer Abwägung klären, ob im konkreten Fall dem Völkerrecht der Vorrang einzuräumen ist oder ob die völkerrechtliche Norm dem damit kollidierenden, direktdemokratisch beschlossenen Landesrecht den Vorrang einzuräumen gestattet. Es entspricht der Natur eines Prinzipien-

⁵⁴ Vgl. oben Text bei Anm. 19.

⁵⁵ Vgl. International Law Commission (Anm. 46), §§ 324 ff.

⁵⁶ Vgl. Bericht des Bundesrats vom 12.6.2015 (Anm. 4), 16.

konflikts, eine solche situative Lösung im Wege einer Abwägung und damit letztlich über die Frage der Verhältnismäßigkeit zu klären.⁵⁷

Eine solche Abwägung entspricht auf der Ebene des Völkerrechts der verfassungsrechtlichen Abwägung, welche die Richterin *König* in ihrem Sondervotum zur *Treaty Override*-Entscheidung des BVerfG vorgeschlagen hat. Nach ihrer Ansicht übersieht die Senatsmehrheit den Konflikt zwischen Rechtsstaats- und Demokratieprinzip, indem sie abweichendem, nachfolgendem Gesetzesrecht pauschal Vorrang vor entgegenstehendem Völkerrecht einräumt. Vielmehr sei es im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ermitteln, ob das Festhalten an der völkerrechtlichen Norm zumutbar sei.⁵⁸ Diese Ansicht hat im Schrifttum große Zustimmung erfahren.⁵⁹ Sie lässt sich problemlos auf den auf völkerrechtlicher Ebene bestehenden Prinzipienkonflikt übertragen. Pauschale Lösungen werden ihm nicht gerecht. Mangels expliziter oder impliziter Vorrangregeln ist damit im Einzelfall zu klären, ob eine konkrete direktdemokratische Entscheidung tatsächlich völkerrechtlich irrelevant ist oder das völkerrechtliche Demokratieprinzip hingegen die völkerrechtliche Pflicht zurücktreten lässt.

Diese Art der Abwägung gefährdet nicht die Rechtssicherheit und ist schon gar keine Einladung zum Bruch des Völkerrechts. Zum ersten sind Abwägungen bereits fester Bestandteil vieler völkerrechtlicher Regime. An diesem Befund ändert sich nicht viel, wenn direktdemokratische Entscheidungen nun noch weiteren Abwägungsbedarf generieren. Zum zweiten beseitigen die Belange der Rechtssicherheit nicht den zugrunde liegenden Prinzipienkonflikt. Räumt man ihnen pauschal den Vorrang ein, hätte dies unwillkommene Auswirkungen auf das völkerrechtliche Demokratieprinzip. Gerade in Zeiten, in denen vielerorts Zweifel an der Sinnhaftigkeit und Funktionsfähigkeit demokratischer Regierungssysteme geäußert werden, wäre eine solche Geringschätzung des völkerrechtlichen Demokratieprinzips fatal. Zum dritten gibt es weitaus direktere Wege, das Völkerrecht zu brechen, als direktdemokratische Entscheidungen. Eine Abwägung eröffnet im besten Fall sogar einen rationalen Diskurs und womöglich eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit direktdemokratisch erzwungener Abweichungen von völkerrechtlichen Vereinbarungen.

⁵⁷ Nach *J. Rauber* (Anm. 42), 268, handelt es sich bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung um das Kernelement des Prinzipienausgleichs.

⁵⁸ BVerfG, (*Treaty Override*) (Anm. 6), Sondervotum *König*, Rn. 3-12.

⁵⁹ Zustimmend *M. Heinke*, Höher oder schwerer? – Ist die Vorrangrelation zwischen Völkervertragsrecht und Bundesrecht eine Frage der Abwägung? Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum *Treaty-Override*, *Der Staat* 55 (2016), 393 ff.; *M. Payandeh*, Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit. Der *Treaty Override*-Beschluss des BVerfG, *NJW* 69 (2016), 1279; kritisch *A. Funke*, Keine Abwägung im Auswärtigen, *DÖV* 69 (2016), 833 ff.

3. Prozeduralisierung

Lässt sich ein Konflikt auf eine der zuvor beschriebenen Weisen nicht beilegen, so hält das dogmatische Handlungsarsenal als dritte Option die Prozeduralisierung der Angelegenheit bereit. Dies bedeutet die Aufnahme von Verhandlungen über eine Vertragsänderung. Eine solche Prozeduralisierung kann notwendig werden mangels einer autoritativen Instanz, welche eine Abwägung vornehmen könnte; weil kein Kündigungs- oder Rücktrittsrecht gem. Art. 56 Art. 1 WVRK vereinbart wurde und sich ein solches auch nicht aus der Natur des Vertrags ergibt,⁶⁰ oder weil die direktdemokratische Entscheidung gar nicht auf Kündigung oder Rücktritt gerichtet ist, sondern nur die völkerrechtliche Vereinbarung in einem Punkt verändern oder davon abweichen will. Eine Pflicht zur Aufnahme von Verhandlungen bzw. ein Recht hierauf kann sich aus dem konkreten Vertragsregime in Verbindung mit Treu und Glauben als allgemeinem völkerrechtlichem Rechtsprinzip ergeben.⁶¹

Eine konkrete Ausgestaltung findet diese Pflicht in Art. 59 WVRK, der sogenannten *clausula rebus sic stantibus*. Insofern stellt sich die Frage, ob eine direktdemokratische Entscheidung, die mit einem völkerrechtlichen Vertrag in Konflikt gerät, eine nach Art. 59 Abs. 1 WVRK erforderliche "grundlegende Änderung der beim Vertragsabschluss gegebenen Umstände" darstellt, welche "eine wesentliche Grundlage für die Zustimmung der Vertragsparteien, durch den Vertrag gebunden zu sein" bildete, die zudem "das Ausmaß der auf Grund des Vertrags noch zu erfüllenden Verpflichtungen tiefgreifend umgestalte[t]". Man ging bei Entstehung der Konvention durchaus davon aus, dass ein grundlegender politischer Wandel Art. 59 WVRK auslösen könne.⁶² Man dachte damals im kalten Krieg v. a. an einen Systemwechsel. Zudem muss der Vertrag, wie der Internationale Gerichtshof ausgeführt hat, von der bei seinem Abschluss vorausgesetzten politischen Situation abhängen.⁶³ Eine beliebige Änderung im staatlichen Recht

⁶⁰ Zu der terminologischen Redundanz von "Kündigung oder Rücktritt" ("denunciation or withdrawal") in Art. 56 WVRK vgl. T. Giegerich, in: O. Dörr/K. Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, 2012, Art. 56 Rn. 17.

⁶¹ Zu Verhandlungspflichten aufgrund von Treu und Glauben existiert eine reichhaltige Praxis. Dazu R. Kolb, La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit, 2000, 579 ff. – Eine Verhandlungspflicht aufgrund von Treu und Glauben allein wird jedoch nicht anerkannt, vgl. R. Kolb (Anm. 61), 597.

⁶² International Law Commission, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries (1966), Art. 59, para. 10.

⁶³ IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Ungarn v. Slowakei)*, Urteil, I.C.J. Reports (1997), 7, 61 (para. 104).

allein reicht nicht aus, dann würde Art. 27 WVRK ausgehebelt.⁶⁴ Vielmehr können nur solche Änderungen der politischen Umstände in Betracht kommen, die besondere völkerrechtliche Anerkennung verdienen, da Art. 59 WVRK den einzig subjektiven Motiven entspringenden Versuch, sich von Vertragspflichten zu lösen, gerade nicht anerkennen soll.⁶⁵

Im Fall direktdemokratischer Entscheidungen bietet es sich an, wiederum durch Abwägung zu ermitteln, ob eine anerkennenswerte Änderung der Umstände vorliegt. Schließlich geht es ja auch in dieser Konstellation um einen Prinzipienkonflikt zwischen Demokratie und Vertragstreue. Die Abwägung im Rahmen des Art. 59 WVRK ist der Abwägung zur Ermittlung des Anwendungsvorrangs⁶⁶ gewissermaßen nachgelagert. Es ist somit denkbar, dass sich ein Vorrang einer Norm im konkreten Fall nicht feststellen lässt, aber zumindest ein Anspruch auf die Aufnahme von Verhandlungen gem. Art. 62(3) WVRK besteht.

Bei der Abwägung im Rahmen von Art. 59 WVRK wäre zu berücksichtigen, dass direktdemokratische Entscheidungen für die Regierung und das Parlament grundsätzlich schwer zu steuern sind. Das gilt insbesondere für solche Referenden, die nicht auf ihre Initiative hin zustande kommen. Sie unterscheiden sich deutlich von gewöhnlichen Änderungen der Rechtsordnung, insbesondere solchen, welche die völkerrechtlich vertretungsberechtigte Regierung zu verantworten hat. Andererseits ist auch die Bedeutung des konkreten völkerrechtlichen Vertrags, mit dem die Entscheidung unvereinbar ist, in die Abwägung einzubeziehen. Verträge, welche bedeutende öffentliche Güter sichern, etwa das gemeinsame Erbe der Menschheit, sollten auch bei direktdemokratischen Entscheidungen gegenüber einer Umstandsänderung resistenter sein als Verträge, welche nur die wirtschaftlichen Interessen der Parteien sichern sollen. Sind Menschenrechte betroffen, dürfte wohl schon eine Vorrangregel ausfindig zu machen sein, es kommt dann nicht zum Rückgriff auf Art. 59 WVRK.⁶⁷ Dagegen kann eine direktdemokratische Entscheidung, welche Anstoß an der Legitimität des Vertrages nimmt, unter Umständen anerkennungswürdig sein. Die Zustimmung zu einem völkerrechtlichen Vertrag ist ein einmaliges Ereignis, welche insbe-

⁶⁴ T. Giegerich, in: O. Dörr/K. Schmalenbach (Anm. 60), Art. 62, Rn. 40-41. M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2009, Art. 62, Rn. 14.

⁶⁵ Zum objektiven Charakter der Umstandsänderung vgl. International Law Commission (Anm. 62) Art. 59 para. 7; für ein Recht auf Vertragsrevision ohne Einschränkung nach der Art der Umstandsänderung: H. Keller/N. Balacz-Hegedüs (Anm. 5), 721.

⁶⁶ S. o. III. 2. c).

⁶⁷ S. o. III. 2. b).

sondere bei langer Vertragsdauer und weit gefasstem Vertragsinhalt die vertraglichen Pflichten nicht mehr legitimieren mag.⁶⁸

Was die Rechtsfolge einer anerkanntswerten Umstandsänderung aufgrund direktdemokratischer Entscheidung betrifft, so wird nicht jedes solche Ereignis automatisch ein Kündigungsrecht zur Folge haben. Als milderes Mittel bietet sich die Pflicht zu Verhandlungen an, an deren Ende der Rückzug vom bzw. die Beendigung des Vertrages stehen kann, aber nicht muss.⁶⁹

IV. Vier Fallkonstellationen

Mit dem soeben zusammengestellten dogmatischen Instrumentarium lassen sich Konflikte zwischen Völkerrecht und Landesrecht auf ein Minimum begrenzen. In der Tat verfährt die Praxis vielfach bereits nach diesen Regeln. Das zeigt das genaue Studium der eingangs erwähnten Fälle, welche der Durchsicht zweier Datenbanken entspringen.⁷⁰ Die direktdemokratischen Entscheidungen, welche völkerrechtliche Schwierigkeiten auslösen, sind hier sortiert nach der Art der betroffenen Normen und der Art ihrer Betroffenheit: Wurde die entsprechende Norm verletzt oder anderweitig in ihrer Funktionsweise beeinträchtigt? Daraus ergeben sich vier Konstellationen.

1. Referenden mit völkerrechtswidrigem Inhalt

Zunächst gibt es Referenden, die die staatliche Rechtsordnung in einer Weise ändern, welche zu einer völkerrechtlichen Norm in Widerspruch steht. Häufig geht es dabei um die Verletzung von Menschenrechten. In diese Kategorie fallen einige wegen ihrer Kollision mit Völkerrecht bekannt gewordene Referenden in der Schweiz.

Die "Verwahrungssinitiative" von 2004 fügte einen neuen Art. 123a in die Bundesverfassung ein, welcher bestimmt, dass nicht therapierbare Sexual- oder Gewaltstraftäter lebenslang verwahrt werden und ihr Fall nur bei Vor-

⁶⁸ C. Binder, Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht, 2013, 70; A. von Bogdandy/M. Goldmann/I. Venzke, From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority, EJIL 28 (2017), 115 ff., 118.

⁶⁹ Dies folgt auch aus der Pflicht zur friedlichen Streitbeilegung, vgl. IGH *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Ungarn v. Slowakei)* (Anm. 63), 7, 75 (para. 140 am Ende); C. Binder (Anm. 68), 102.

⁷⁰ Vgl. Anm. 10.

liegen neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse geprüft wird.⁷¹ Darin sehen viele einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 4 der EMRK, wonach die Voraussetzungen der Verwahrung periodisch zu überprüfen seien. Die Auslegung des Landesrechts kann den Konflikt bereits enorm entschärfen. So hat das Bundesgericht in Bezug auf die Verwahrungsmassnahme gefordert, dass die Feststellung, eine Person sei nicht therapierbar, tatsächlich eine Prognose bis zum Lebensende voraussetzt – die Experten nur in seltensten Fällen ausstellen.⁷² Wird eine solche Prognose dennoch in einem Fall getroffen, lässt sich eigentlich dem Völkerrecht eine Vorrangregel zugunsten der EMRK entnehmen. Menschenrechte schützen (auch) gegen die Entscheidung der demokratischen Mehrheit. Damit darf wegen direktdemokratischer Entscheidungen nicht von ihnen abgesehen werden. Es stellt sich allenfalls die Frage, ob im Rahmen einer Abwägung nicht im Einzelfall eine Ausnahme angebracht erscheint. Dogmatisch lässt sich dies über die Figur der *margin of appreciation* bewältigen. Allerdings ist die *margin of appreciation* der Vertragsstaaten der EMRK bei gravierenden Freiheitseingriffen eingeschränkt.⁷³ Dazu gehört wohl auch die Verwahrung. Es ist daher nicht möglich, sich auf eine *margin of appreciation* zu berufen, um einen vollständigen Verzicht auf die von der EMRK geforderten periodischen Überprüfungen der Gefährlichkeit einer Person durchzusetzen.⁷⁴ Der EGMR könnte den Vertragsstaaten allenfalls im Hinblick auf die geforderten Prüfungsintervalle von Strafgefangenen ein gewisses Ermessen einräumen.⁷⁵ Kann auf diese Weise der Konflikt nicht abgewendet werden, geht die EMRK vor. Im Schweizer Verfassungsrecht lässt sich der völkerrechtliche Vorrang wohl innerstaatlich durch eine extensive Auslegung des *ius cogens*-Begriffs⁷⁶ geltend machen.

Ein weiteres Beispiel ist die Ausschaffungsmassnahme. Dort stellte sich die Frage, ob die automatische Ausweisung anerkannter Flüchtlinge etwa wegen missbräuchlichem Bezug von Sozialleistungen nicht gegen das *non-refoulement*-Gebot aus Art. 33(1) der Flüchtlingskonvention oder gegen Art. 8 der EMRK verstößt. Dieses Problem lässt sich wohl durch Auslegung

⁷¹ Ausführliche Informationen unter <<http://www.humanrights.ch>>.

⁷² Zum Begriff der Untherapierbarkeit vgl. BGE 140 IV 1 vom 22.11.2013, 6 ff.

⁷³ ECtHR, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, Application Nr. 28957/95 (2002), para. 85, 90.

⁷⁴ W. Peukert, in: J.A. Frowein/W. Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 129-132.

⁷⁵ Diese variieren ohnehin. Nach W. Peukert (Anm. 74), Rn. 32, sollen sie zwischen 15 Monate und 2 Jahren betragen.

⁷⁶ S. o. Text bei Anm. 50. Neben dem *ius cogens* wird auch die Nichtumsetzbarkeit einer Initiative als weiterer Grund für den Vorrang des Völkerrechts angeführt, vgl. G. Nay, Das Volk hat nicht immer Recht. Zur Erweiterung der Ungültigkeitsgründe für eidgenössische Volksinitiativen, in: A. Good/B. Platipodis (Anm. 51), 163 ff., 172 ff.

aus der Welt schaffen. So wird vorgeschlagen, unter der verfassungsrechtlich geforderten "Ausweisung" nur die Anordnung der Entfernung eines Ausländers zu verstehen, nicht aber die Durchsetzung dieser Anordnung. Nach einer entsprechend engen Auslegung der Flüchtlingskonvention verstieße nur die Durchsetzung dieser Anordnung gegen Völkerrecht.⁷⁷ Auch der mögliche Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip der EMRK lässt sich auf diese Weise lösen. Nach dem Bundesgericht ist der Verfassungsartikel zur Ausschaffung im Lichte der anderen Verfassungsbestimmungen auszulegen, darunter das Rechtsstaatsprinzip.⁷⁸ Umgekehrt könnte die Verhältnismäßigkeit nach der EMRK gewahrt sein, sofern zumindest die Durchsetzung der Ausschaffungsanordnung vom Einzelfall abhängig gemacht wird. Um die Rechtssicherheit für Betroffene zu erhöhen, könnten diese Lösungen vom Gesetzgeber konkretisiert werden.⁷⁹ Sollten diese Lösungen nicht greifen, ist wiederum nach den hier beschriebenen Daumenregeln dem Völkerrecht der Vorrang einzuräumen, da hier menschenrechtliche Pflichten in Frage stehen.⁸⁰ Das Bundesgericht hat in einem *obiter dictum* angedeutet, es würde die Verfassungsnorm wegen des EMRK-Verstoßes unangewendet lassen.⁸¹

Weniger bekannte Fälle dieser Kategorie kommen aus anderen Teilen der Welt.⁸² So lehnte es die Bevölkerung der Bahamas im Jahr 2016 ab, das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in die Landesverfassung aufzunehmen.⁸³ Art. 2(a) der Konvention gegen die Diskriminierung von Frauen verpflichtet die Vertragsstaaten aber zur Aufnahme einer solchen Bestimmung in die Verfassung.⁸⁴ Auslegung hilft hier nicht weiter. Die

⁷⁷ J. Reich (Anm. 48), 514; G. Nay (Anm. 76), 168; vgl. Bundesrat, Botschaft zur Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)" und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer, 24.6.2009, BBl. 2009, 5097. G. Nay (Anm. 76), 168, weist zu Recht darauf hin, dass die Vermeidung von Verstößen gegen zwingendes Völkerrecht aber mögliche Verstöße gegen die Menschenrechte nicht beseitigt.

⁷⁸ BGE 139 I 16 E. 4.3, 26 ff., insb. E. 4.3.3., 27.

⁷⁹ BGE 139 I 16 E. 4.3.4.

⁸⁰ Das Verbot des non-refoulements gehört sogar zum zwingenden Völkerrecht, vgl. J. Al-lain, The jus cogens Nature of Non-Refoulement, IJRL 13 (2001), 533 ff.

⁸¹ BGE 139 I 16 (31) E. 5.3.

⁸² Man könnte an dieser Stelle auch an das Referendum gegen die gleichgeschlechtliche Ehe in Kroatien denken, vgl. dazu <<http://www.sudd.ch>>. Jedoch liegt hier ein Verstoß gegen internationale Menschenrechte – zumindest noch – nicht auf der Hand.

⁸³ Informationen über das Referendum auf <<http://www.sudd.ch>>.

⁸⁴ Obligatorisches Referendum, Art. 54 (3) der Verfassung des Commonwealth der Bahamas. Die Verfassungsänderung wurde zusammen mit Maßnahmen zur Beseitigung von geschlechtsbezogener Diskriminierung im Einwanderungs- und Staatsangehörigkeitsrecht verworfen. Vgl. Voters in Bahamas say "no" to gender equality changes in Constitution, Caribbean360 vom 8.6.2016, <<http://www.caribbean360.com>>.

Pflicht zur verfassungsmäßigen Verankerung des Diskriminierungsverbots fordert aktives Tätigwerden des Staats. Hier stellt sich eher die Frage, wie dieser Sachverhalt im Berichtsverfahren durch das Komitee für die Konvention gegen die Diskriminierung von Frauen zu bewerten ist. Eine Verletzung ist auf jeden Fall festzustellen, doch müsste bei der Beurteilung aufgrund von Treu und Glauben berücksichtigt werden, welche Maßnahmen die Regierung unternommen hat, um die Verletzung zu verhindern, um also die entsprechende Norm in der Verfassung zu verankern, sowie ferner, welche praktischen Auswirkungen zu erwarten sind. Insbesondere die Justiz könnte etwa durch eine unmittelbare Anwendung der Menschenrechte die verfassungsrechtliche Lücke kompensieren. Dies entspräche einer Konfliktbewältigung durch Prozeduralisierung.

Es muss nicht immer um Menschenrechte gehen. Das Völkerrecht dürfte sich in wirtschaftlichen Angelegenheiten gegenüber direktdemokratischen Entscheidungen als nachgiebiger erweisen. Der im Jahr 2016 in einem Referendum zunächst gescheiterte Friedensvertrag für Kolumbien sah eine umfassende Landreform vor,⁸⁵ die die massiv ungleiche Verteilung von Agrarland ändern sollte. Schließlich trug die ungleiche Landverteilung zum Entstehen des bewaffneten Konflikts mit der Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) bei. Die Landreform war und ist damit ein entscheidender Teil des Friedensvertrags.⁸⁶ Sie schließt Enteignungen ein. Das wirft die Frage der Entschädigung der vielen Investoren auf, die seit 2007 ins Land gelockt wurden. Das internationale Investitionsschutzrecht fordert eine angemessene Entschädigung, was den Marktwert, Buchwert oder Wiederbeschaffungswert bedeuten kann.⁸⁷ Dies würde eine kaum überwindbare finanzielle Hürde für die Umsetzung des Friedensvertrags errichten, oder eine drastische Reduktion des Umfangs der Landreform erzwingen und damit ihre Effektivität beeinträchtigen.⁸⁸ Das Referendum ist zwar gescheitert, aber die nachfolgenden Verhandlungen haben letztlich zu einem neuen Abkommen geführt. An der Landreform hat sich dabei nichts geändert.⁸⁹ So stellt sich die Frage, ob bei Entschädigungen für Enteignungen aufgrund der Landreform nicht der Wert einer Investition um eine Friedensdividende zu

⁸⁵ Vgl. Comprehensive Agrarian Development Policy, <<https://www.mesadeconvenciones.com>>.

⁸⁶ R. Urueña, The Colombian Peace Negotiation and Foreign Investment Law, AJIL 110 (2016), 199 ff., 200.

⁸⁷ A. Reimisch, Internationales Investitionsschutzrecht, in: C. Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, 398, Rn. 75.

⁸⁸ A. Gomez-Suarez/N. M. Perrone/E. Prieto Ríos, Foreign Investors and the Colombian Peace Process, International Community Law Review 18 (2016), 223 ff.

⁸⁹ R. Urueña (Anm. 86).

reduzieren ist.⁹⁰ Ähnliche Fälle gab es schon in Südafrika und Zimbabwe, die meist ein für die Investoren vorteilhaftes Ende nahmen.⁹¹ Dagegen wurde im Fall *CMS v. Argentinien* die Krise in Argentinien bei der Schadensberechnung berücksichtigt.⁹² Auch in *Poštova Banka* findet sich eine Interpretation des Begriffs der Investition, der öffentlichen Interessen maßgebliche Bedeutung beimisst.⁹³ Somit zeichnet sich bereits eine Lösung durch Auslegung ab. Im Zweifel wäre hier allerdings zwischen Investoreninteressen und dem Interesse an der Lösung eines der längsten bewaffneten Konflikte abzuwägen – welches unzweifelhaft von überragender öffentlicher Bedeutung ist.⁹⁴

Zuletzt sei noch die Waldschlösschenbrücke in Dresden erwähnt. Ein Bürgerentscheid von 2005 votierte für den Bau dieses Elbübergangs. Das führte für das Dresdner Elbtal zum Entzug des Status als Weltkulturerbe.⁹⁵ Nun lässt sich darüber streiten, inwiefern ein Bürgerentscheid bei der Entscheidung des Welterbeausschusses Berücksichtigung finden sollte. Ein klarer Vorrang ist in diesem Fall allerdings kaum auszumachen. Doch immerhin konnte der Bürgerentscheid für die Brücke Verhandlungen auslösen, in denen die Möglichkeit eines Kompromisses ausgelotet wurde. Das Prozedere vor dem Welterbeausschuss entsprach letztlich Treu und Glauben; man könnte darin auch eine ausformulierte Version von Art. 62 WVRK erblicken. Nach Verhandlungen zur Klärung des komplexen Sachverhalts kam das Elbtal auf die Rote Liste, nach Baubeginn folgte der Entzug des Welterbestatus.

⁹⁰ In diesem Sinne *A. Gomez-Suarez/N. M. Perrone/E. Prieto Ríos* (Anm. 88), 246.

⁹¹ *Piero Foresti et al. v. South Africa*, ICSID Case Arb(AF)/07/01, Award, 4.8.2010; vgl. *Funnekotter et al. v. Zimbabwe*, ICSID Case Arb/05/6, Award, 15.4.2009.

⁹² *CMS v. Argentina*, ICSID Case ARB 01/8, Award, 12.5.2005, para. 406; *R. Urueña* (Anm. 86), 203.

⁹³ *Poštová banka, as and Istrokapital SE v. Greece*, ICSID Case No ARB/13/8, Award, 9.4.2015, para. 320.

⁹⁴ *A. Gomez-Suarez/N. M. Perrone/E. Prieto Ríos* (Anm. 88), 241 ff.

⁹⁵ *M. Kilian*, Die Brücke über der Elbe: völkerrechtliche Wirkungen des Welterbe-Übereinkommens der UNESCO, Landes- und Kommunalverwaltung 18 (2008), 248 ff.; *R. Wolf*, Die Waldschlösschenbrücke. Szenen über Politik und Recht vor der Kulisse von Globalität und Provinzialität, ZUR 18 (2007), 525.

2. Abschluss und Fortentwicklung völkerrechtlicher Vereinbarungen

In dieser Konstellation verhindert eine direktdemokratische Entscheidung den Abschluss einer völkerrechtlichen Vereinbarung oder ihrer Fortentwicklung. Hier liegt im Unterschied zur vorhergehenden Kategorie kein Rechtsverstoß vor. Auslegung und Vorrangregeln sind in diesem Fall wenig hilfreich, da ja kein Bruch einer völkerrechtlichen Norm vorliegt. Stattdessen stehen Verhandlungslösungen im Vordergrund.

Der Abschluss völkerrechtlicher Vereinbarungen und insbesondere der Beitritt zu hoch integrierten Verbänden ist ein Moment demokratischer Selbstverständigung. Daher kann man ein negatives Referendum nach Treu und Glauben nicht einfach übergehen. Deshalb mündeten die ablehnenden Referenden über den Verfassungsvertrag in Frankreich und den Niederlanden sowie die Ablehnung des Vertrags von Nizza in Irland jeweils in eine Fortsetzung der Verhandlungen. Dies konnte man übrigens auch im Fall des Widerstands von Wallonien gegen das Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) beobachten – wenngleich es dabei nicht um direkte Demokratie ging.

Anders liegen die Dinge im Fall des niederländischen Referendums gegen das EU-Assoziierungsabkommen mit der Ukraine. Die Selbstbestimmung der Niederlande ist hier weniger stark betroffen, da es nicht um den Beitritt der Niederlande zur EU, die Veränderung des Primärrechts oder sonst die Schaffung einer neuen Struktur geht, sondern in erster Linie um die Erweiterung einer bestehenden Struktur im Rahmen der EU, zu deren Mitgliedern die Niederlande gehören. Die Niederlande sind damit nur indirekt aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der EU betroffen; das Referendum knüpft daran an, dass Art. 218 Abs. 8 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) für Assoziierungsabkommen einen einstimmigen Ratsbeschluss vorschreibt. Zudem erscheint ein solches Referendum zu Lasten Außenstehender auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisch, da das Assoziierungsverfahren rechtlich determiniert ist.⁹⁶ Da das Referendum nicht bindend war, entstehen zumindest keine rechtlichen Schwierigkeiten, wenn der niederländische Gesetzgeber über die direktdemokratische Meinungsäußerung hinweggeht. Etwaige politische Konsequenzen muss das Parlament selbst verantworten. Das ungarische Referen-

⁹⁶ Vgl. Art. 217 AEUV; dazu *M. Rötting*, Das verfassungsrechtliche Beitrittsverfahren zur Europäischen Union, 2009, 13 ff.

dum über die Verteilung von Flüchtlingen wäre im Erfolgsfall genauso zu bewerten gewesen.

3. Gefährdung von “*package deals*”

Eine direktdemokratische Entscheidung kann auch eine Gefahr für ein Kompendium völkerrechtlicher Rechte und Pflichten (“*package deals*”) bedeuten. Sie riskiert damit zahlreiche Konsequenzen innerhalb eines Regimes.⁹⁷ Diese Konstellation betrifft Referenden, die gravierende politische Konsequenzen für die Mitgliedschaft in einem völkerrechtlichen Regime haben, ohne allerdings eine Rechtsverletzung zu verursachen.⁹⁸

Das erste Beispiel hierfür ist das Referendum über das griechische Rettungspaket vom Sommer 2015. Die griechische Regierung hielt die Bedingungen des dritten Rettungspakets nicht für zielführend. Nach dem Referendum stellte sich die Frage, ob Griechenland noch weiterhin in der Eurozone verbleiben könnte. Die Europäische Zentralbank begrenzte vorsichtshalber die Liquiditätsversorgung der griechischen Banken.⁹⁹ Erneute Verhandlungen verhinderten Schlimmeres.

Auch hier ging es nicht um eine Rechtsverletzung, sondern die Anbahnung einer Vereinbarung zwischen Griechenland und den anderen Mitgliedern der Eurozone bzw. dem Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM). Bestand nach Treu und Glauben eine Pflicht zur Neuverhandlung, oder war hingegen das Abhalten eines Referendums treuwidrig gegenüber den Vertragspartnern? Letzteres ist m. E. zu verneinen. Erstens verbietet es das völkerrechtliche Demokratieprinzip, einen Akt staatlicher Demokratie ohne Weiteres als treuwidrig anzusehen. Dieses Prinzip wird durch Art. 10 Vertrag über die Europäische Union (EUV) noch verstärkt. Zweitens ließ die Verhandlungsstruktur wenig demokratische Selbstbestimmung zu – trotz der immensen Auswirkungen des Rettungspakets auf Griechenland. Drittens kann man nicht sagen, ein Referendum wäre hier als Maßnahme zu Lasten Dritter eingesetzt worden. Es betraf Sinn und Richtung der europäischen Rettungspolitik insgesamt; eine Frage, die in allen Mitgliedstaaten streitig ausgetragen wird.¹⁰⁰ Daher bestand nach Ablehnung des Referen-

⁹⁷ O. Diggelmann (Anm. 5), 55.

⁹⁸ Typischerweise ist die Teilnahme in einem solchen Regime entweder ganz oder gar nicht möglich. Vgl. O. Diggelmann (Anm. 5), 57 ff.

⁹⁹ Entscheidung des EZB-Rats vom 6.7.2015, vgl. <<https://www.ecb.europa.eu>>.

¹⁰⁰ Dazu M. Goldmann/S. Steininger, A Discourse Theoretical Approach to Sovereign Debt Restructuring: Towards a Democratic Financial Order, GLJ 17 (2016), 709 ff., 745.

dums nach Treu und Glauben eine Verhandlungspflicht. Sie ist nicht zu verwechseln mit einer Pflicht, Griechenland einen “besseren Deal” zu gewähren. Letzteres ist Frage der politischen Klugheit.

Das zweite Beispiel ist – natürlich – der Brexit. Das Referendum vom 23.6.2016 verletzt keine völkerrechtliche Norm, wird aber nach Notifikation des Austrittsbegehrens zur Beendigung der Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs in der EU führen. Aus völkerrechtlicher Sicht enthält Art. 50 EUV ein explizit normiertes Kündigungsrecht. Die sich daraus ergebenden Pflichten im Hinblick auf die Austrittsverhandlungen dürfen nicht hinter dem Standard des Art. 59 WVRK zurückbleiben (*a maiore ad minus*). Dies betrifft insbesondere die derzeit heiß diskutierte Frage, ob das – einseitige – Austrittsbegehren ebenfalls wieder einseitig zurückgenommen werden kann.¹⁰¹ Es wäre wohl im Hinblick auf den völkerrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben, respektive auf seine europarechtliche Ausprägung im Grundsatz der loyalen Kooperation (Art. 4(3) EUV) treuwidrig, würde die EU sich nicht der möglichen Interpretation der Verträge anschließen, welche eine Rücknahme erlaubt.

4. Bruch des Völkerrechts gefährdet “*package deal*”

Die letzte Konstellation betrifft Fälle, in denen ein Referendum potenziell eine völkerrechtliche Norm verletzt und dadurch einen “*package deal*” bedroht. Hier handelt es sich gewissermaßen um eine Kombination von Konstellation 1 und 2 bzw. 1 und 3.

Das erste Beispiel in dieser Kategorie führt nach Island. Nach dem Zusammenbruch dreier Banken rettete Island inländische Anleger über einen Bail-out. Für niederländische und britische Anleger dagegen sah es schlecht aus – der isländische Einlagensicherungsfonds reichte nicht für ihre Entschädigung. Großbritannien und die Niederlande wollten daher dem Fonds Kredite in Höhe von ca. 4 Milliarden Euro gewähren, für die Island garantieren sollte. Das entsprach grob 20 % des Bruttoinlandsprodukts. Die Ver-

¹⁰¹ U. a. unter Hinweis auf die Widerruflichkeit von Notifikationen nach Art. 68 WVRK: M. Kotzur/M. Waßmuth, Do You “Regrexit”? Die grundsätzliche Möglichkeit des (unilateralen) Widerrufs einer Austrittserklärung nach Art. 50 EUV, JZ 72 (2017), 489 ff., 492 ff. A. a. unter Verweis auf das Fehlen einer expliziten Rücknahmemöglichkeit in Art. 50 EUV sowie auf Art. 50(3) EUV: S. Simon, Rechtliche Vorgaben für den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU, JZ 72 (2017), 481 ff., 484. Überblick über die Diskussion in Großbritannien bei C. Closa Montero, Is Article 50 Reversible? On Politics Beyond Legal Doctrine, Verfassungsblog, 4.1.2017, <<http://verfassungsblog.de>>.

einbarung wurde in zwei Referenden 2010 und 2011 zurückgewiesen.¹⁰² Die Niederlande und das Vereinigte Königreich sahen darin eine Diskriminierung, die den Vertrag über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) verletze. Der EFTA-Gerichtshof fand in diesem Fall eine Lösung über die Auslegung. Gut möglich, dass der Gerichtshof der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) die zwei erfolglosen Referenden im Kopf hatte, als er entschied, dass diese Diskriminierung der niederländischen und britischen Anleger als Maßnahme zur Rettung der isländischen Wirtschaft gerechtfertigt sei.¹⁰³ Wirtschaftlich hat sich dieser Weg jedenfalls gelohnt: Der Verkauf der Vermögenswerte der insolventen Banken ermöglichte die Begleichung eines Großteils der isländischen Schulden gegenüber dem Vereinigten Königreich und den Niederlanden, die aus der Entschädigung der Sparer resultierten.¹⁰⁴

Das zweite Beispiel führt uns zurück zum Ausgangspunkt in die Schweiz. Es geht um die Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“. Diese Initiative erzwingt die Beschränkung des Zuzugs von EU-Ausländern, welcher allerdings durch das bilaterale Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU garantiert ist. Würde dieses Abkommen gekündigt, verlören gleichzeitig die anderen bilateralen Abkommen zwischen der EU und der Schweiz ihre Gültigkeit. An diesem Beispiel lässt sich illustrieren, wie die drei dogmatischen Daumenregeln ineinandergreifen. Erstens ist es möglich, das Freizügigkeitsabkommen in gewissen Grenzen im Lichte der Resultate direkter Demokratie auszulegen.¹⁰⁵ Denn auch das EU-Recht verschließt sich nicht jeglicher Ausnahme im Rahmen der Freizügigkeit. Das hat der Fall *Dano* gezeigt – dort ging es um den Bezug von Sozialhilfe.¹⁰⁶ Zweitens gewährt das Schweizer Recht den bilateralen Abkommen Vorrang – so das Bundesgericht.¹⁰⁷ Dieser Vorrang muss nicht unbegrenzt gelten. Art. 27 WVRK, auf dem der Vorrang beruht, kann durch das völkerrechtliche Demokratiegebot eingeschränkt werden. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn eine für die Identität der Schweiz konstituie-

¹⁰² M. Stommer, Icesave, Finanzkrise und Demokratie: Der Fall Island(s), in: L. P. Feld/P. M. Huber/O. Jung/C. Welzel/F. Wittreck (Hrsg.), Jahrbuch für direkte Demokratie 2010, Bd. 1, 2011, 237 ff., 247 ff.; A. Jones/J. Clark, „A Modern-Day Icelandic Saga“: Political Places and Negotiating Spaces at the Northern Frontier of “EUrope”, *European Urban and Regional Studies* 20 (2013), 77 ff.

¹⁰³ EFTA-Gericht, E-16/11, *EFTA Surveillance Authority v. Iceland* [2013] EFTA Court Report 4.

¹⁰⁴ Informationen unter <<https://www.lbi.is/financial-info>>.

¹⁰⁵ A. Glaser/A. Brunner (Anm. 22) 11. So auch BGer 2C_716/2014 E 3.2. vom 26.11.2015.

¹⁰⁶ EuGH C-333/13, *Dano*, Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 11.11.2014, ECLI:EU:C:2014:2358.

¹⁰⁷ BGer 2C_716/2014 E 3.2. vom 26.11.2015.

rende Frage berührt wäre.¹⁰⁸ Drittens eröffnet direkte Demokratie mitunter den Weg zu Verhandlungen. Dies ist in Art. 18 des Freizügigkeitsabkommens (FZA) sogar explizit normiert, welcher eine Möglichkeit zur Revision des Abkommens eröffnet – gewissermaßen im Wege einer Konkretisierung von Art. 59 WVRK. Dass die EU die Anfrage der Schweiz zunächst brüsk zurückwies, war insofern treuwidrig.¹⁰⁹ Diese Reaktion stellte den Sinn von Art. 18 FZA in Frage. Letzten Endes kam es doch zu Verhandlungen, wenn auch mit großer Verzögerung. An deren Ende zeichnete sich eine Lösung im Sinne einer Schutzklausel “light” ab, welche ohne Höchstzahlen und Kontingente für EU-Bürger auskommt und stattdessen auf Verhandlungslösungen setzt.¹¹⁰ Eine Kündigung des FZA dagegen hätte auch zur Auflösung der anderen bilateralen Abkommen geführt.

V. Schlussfolgerung

Die Übersicht über die gegenwärtige Praxis zeigt, dass die Daumenregeln durchaus den Stand des Völkerrechts und seiner Praxis reflektieren. In vielen Fällen lassen sich dadurch Konflikte zwischen direkter Demokratie und völkerrechtlichen Vereinbarungen relativ geräuschlos bewältigen. Dies gibt Anlass zu drei Lektionen:

Erstens birgt direkte Demokratie Risiken und Chancen für das Völkerrecht. Ihr Risiko besteht darin, dass direkte Demokratie soziale Konfliktlinien in das Völkerrecht hineinträgt. Das betrifft auch Konkordanzdemokratien wie die Schweiz oder Belgien, wie der Fall von CETA zeigt. Diese Konfliktlinien werden in pluralisierenden Gesellschaften schärfer – insbesondere in Zeiten wirtschaftlicher Rezession und populistischer Strömungen, welche sich die Abwicklung der offenen Staatlichkeit auf die Fahnen geschrieben haben. Auf der anderen Seite steckt in der Möglichkeit des Völkerrechts, auf direktdemokratischen Entscheidungen zu reagieren, eine große Chance: auf diese Weise lässt sich die Bevölkerung in völkerrechtliche Prozesse einbinden.

¹⁰⁸ So bereits die Urteilsanmerkung von *M. Oesch*, ZBl. 117 (2016), 208, 211.

¹⁰⁹ Das Schreiben der Hohen Vertreterin für Außen- und Sicherheitspolitik, *Catherine Ashton*, vom 24.7.2014 ist dokumentiert auf <<https://www.eda.admin.ch>>.

¹¹⁰ Vgl. den Bericht über die Debatte im Nationalrat vom 21.9.2016, dokumentiert auf <<https://www.parlament.ch>>; zur einseitigen Schutzklausel ohne Bezug von Sozialhilfe vgl. “Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen”, Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Ausländergesetzes, 4.3.2016, <<https://www.sem.admin.ch>>.

Zweitens steckt in der Nachgiebigkeit des Völkerrechts seine Stärke. Die Interpretationsregeln der WVRK öffnen das Völkerrecht für Veränderungen in der Völkerrechtspraxis. Das Völkerrecht ist wohl flexibler, anpassungsfähiger als das staatliche Recht. Das ist gut, denn das Völkerrecht kennt keinen institutionalisierten Gesetzgeber, keine Polizei und keine allzuständige Gerichtsbarkeit. Die Normativität des Völkerrechts kann sich nur gegenüber der normativen Kraft faktischer Veränderungen behaupten, indem sie sich beizeiten zurücknimmt. Dieses Zurücknehmen erfolgt nicht willkürlich, sondern orientiert sich an Prinzipien. Völkerrecht ist also kein zahnloser Tiger, sondern ein *“gentle civilizer”*.¹¹¹ Das Beharren auf der Unveränderlichkeit völkerrechtlicher Normen, auf der einseitigen Vorfahrt des Völkerrechts, wird ein Abdriften in reaktionäre Nationalstaatlichkeit nicht verhindern. Es bietet solchen Tendenzen, die wir weltweit beobachten, vielmehr die Gelegenheit, sich am Völkerrecht aufzureiben. Insofern mag es sinnvoller sein, dieser Herausforderung politisch zu begegnen und situationsangemessene Lösungen zu finden.¹¹²

Drittens bleibt zu hoffen, dass die Demokratisierung des Völkerrechts fortschreitet. Das Völkerrecht ist Anfechtungen durch direktdemokratische Entscheidungen nicht unweigerlich ausgeliefert. Schon seit langem wird die Forderung erhoben, das Völkerrecht möge sich selbst empfänglicher zeigen gegenüber demokratischer Mitbestimmung. Die Vorschläge reichen dabei von der Konstitutionalisierung des Völkerrechts bis zum Postulat eines globalen Verwaltungsrechts.¹¹³ Ein dergestalt demokratisch verstärktes Völkerrecht dürfte sich gegenüber direktdemokratischen Alleingängen auf Landesebene als weitaus resilienter erweisen. Denn es erlaubt, das Spannungsverhältnis zwischen demokratischer Binnensicht und völkerrechtlicher Außenperspektive als im Völkerrecht selbst angelegten Prinzipienkonflikt zu begreifen. Wer sich dann gegenüber völkerrechtlichen Vereinbarungen auf Demokratie beruft, verpflichtet sich damit zugleich auf das völkerrechtliche Demokratieprinzip. Das lässt eine Polarisierung zwischen Völkerrecht und

¹¹¹ Zur Kritik dieses Konzepts *M. Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations, 2002.*

¹¹² Zu differenzierenden Lösungen vgl. *A. von Bogdandy, Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law, I.CON 6 (2008), 397 ff., 399 ff.; M. Wendel (Anm. 39), 19 ff.*

¹¹³ *M. Kumm, The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis, EJIL 15 (2004), 907 ff.; B. Kingsbury/N. Krisch/R. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, Law & Contemp. Probs 68 (2005), 15 ff.; S. Kadelbach/T. Kleinlein, Überstaatliches Verfassungsrecht. Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht, AVR 44 (2006), 235 ff.; E. Benvenisti, The Law of Global Governance, 2014; A. von Bogdandy/M. Goldmann/I. Venzke (Anm. 68). Ein theoretisch fundierter Vorschlag aus jüngster Zeit findet sich bei *M. Patberg, Usurpation und Autorisierung: Konstituierende Gewalt im globalen Zeitalter, 2018, 265 ff.**

Landesrecht ins Leere laufen. Gerade wegen der vielen Anfechtungen, denen sich das Völkerrecht dieser Tage ausgesetzt sieht, erscheint es langfristig klüger, im Völkerrecht mehr Demokratie zu wagen.