

Verfassung und Völkerrecht

Oliver Diggelmann*

I. Grundkonstellation und Verschiebungen	265
1. Moderne Staatsverfassung: Konstituierung und Begrenzung territorialer Herrschaft	265
2. Zugriff des Verfassungsgebers auf das Völkerrecht: Erzeugungs- und Aufnahmeebene	268
3. Schweiz: Partielle Parallelität und gemässigter Monismus	272
II. Schwierigkeiten und Reaktionsmöglichkeiten	276
1. Veränderte Rahmenbedingungen I: Partielle Immobilisierung der Demokratie	276
2. Veränderte Rahmenbedingungen II: Zunehmende Kollisionswahrscheinlichkeit	280
3. Reaktionsmöglichkeiten: Welche Demokratie für das 21. Jahrhundert?	283

I. Grundkonstellation und Verschiebungen

1. Moderne Staatsverfassung: Konstituierung und Begrenzung territorialer Herrschaft

Das Völkerrecht stellt die Staatsverfassungen heute vor weit grössere Schwierigkeiten als noch vor einigen Jahrzehnten. Dieser Befund trifft noch mehr zu, wenn man die heutige Situation mit jener im 19. und frühen 20. Jahrhundert vergleicht. Hauptgrund ist die stete Zunahme des Völkerrechts infolge einer Verlagerung der Politik von der Binnen- in die internationale Sphäre. Verfassungsfragen, die mit dieser Entwicklung zusammenhängen, werden von der Wissenschaft – und dies stellt den Ausgangspunkt dieses Beitrages dar – meist trotz evidenter Interdependenzen nur punktuell und kaum in der Gesamtschau thematisiert. Als Problem zu nennen sind etwa die augenfälligen Substanzverluste bei zentralen Verfassungsinstitutionen wie dem Parlament oder in der Schweiz den Volksrechten infolge einer »emigration of decisions« in internationale Räume mit – im günstigen Fall – verdünnter demokratischer Legitimation.¹ Die Parlamente in allen modernen Industriestaaten ringen unübersehbar um Einfluss, und oft ist mit Blick auf die staatliche Demokratie von Demokratieverlusten die Rede.² Der Verlagerungsprozess auf das Völkerrecht hat zu Veränderungen geführt, die sich, wie hier vorgeschlagen wird, unter die Stichworte »partielle

* Der Verfasser dankt *Tilmann Altwicker, Claudio Baldi, Giovanni Biaggini, Damian Cueni, Andreas Kley, Daniel Moeckli, Jörg Paul Müller* und *Johannes Reich* für ihre sehr hilfreichen Anmerkungen zu einer früheren Fassung dieses Texts.

1 Formulierung von Ralf Dahrendorf: *ders., Can European Democracy Survive Globalization?, The National Interest* 2001, S. 17 ff., 17.

2 Die Möglichkeit demokratischer Selbstbestimmung im Staat und staatliche Souveränität können selbstverständlich – dies verdient zu Beginn des Beitrags explizit gemacht zu werden – nicht losgelöst vom völkerrechtlichen Souveränitäts- und Gleichheitsprinzip, wie es in Art. 2 Ziff. 1 UNO-Charta Niederschlag gefunden hat, gedacht werden. Sie stellen nichts Urwüchsiges dar.

I.11 Verfassung und Völkerrecht (Diggelmann)

Immobilisierung der staatlichen Demokratie« und »Zunahme von Normkollisionen« subsumieren lassen. Im Zuge dieser Entwicklung hat auch die »Rangfrage« an Bedeutung gewonnen. Die Gesamtheit der Veränderungen wirft weiter die stetig wichtiger werdende Frage auf, wie die staatliche Demokratie angesichts sich verändernder internationaler Rahmenbedingungen – insbesondere mit der immer wichtigeren Rechtsetzung via Verträge und internationale Organisationen – eingerichtet werden kann und soll.

- 2 Dieser Beitrag will einen Problemaufriss bei jenen Fragen leisten, die bei der Thematik »Verfassung und Völkerrecht« als besonders dringlich erscheinen, generell aber in Wissenschaft und Politik ungenügend thematisiert werden. Die oft reflexhaften, im wissenschaftlichen und auch politischen Diskurs aber verbreiteten Verengungen des Themas insbesondere auf die Frage Monismus/Dualismus und die Rangfrage sollen vermieden werden; sie kommen nur soweit nötig zur Sprache. Stattdessen soll aus der Vogelperspektive gefragt werden, wie sich Verfassung und Verfassungsgeber zum Völkerrecht verhalten können, d.h. welche Optionen bestehen, und welche Optionen von der Schweiz eingelöst werden könnten. Der erste Teil behandelt die Zugriffsmöglichkeiten des Verfassungsgebers auf das Völkerrecht im Grundsätzlichen (I.2). Dies erlaubt in einem zweiten Schritt eine Diskussion der Entscheidungen (und Nichtentscheidungen) des Schweizer Verfassungsgebers, des »Schweizer Modells« (I.3). Der zweite Teil rückt die durch das Wachstum des Völkerrechts entstandenen Fragen in den Mittelpunkt. Zunächst werden die Folgen für die staatliche Demokratie (II.1) und das Zusammenspiel von Völker- und Landesrecht (II.2) in den Grundzügen skizziert, bevor im Schlussabschnitt nach der Bedeutung der hier interessierenden Makroentwicklung für die staatliche Demokratie generell gefragt wird (II.3). Leitend ist die Idee, dass es bei dieser Thematik zentral darum gehen muss, zunächst die richtigen Fragen zu stellen, um bloss symbolische Verfassungspolitik zu vermeiden oder diese zumindest als solche erkennen und benennen zu können.
- 3 Zu Beginn ist die Grundidee der modernen Staatsverfassung in Erinnerung zu rufen. Die im späten 18. Jahrhundert entstandene moderne Verfassung ist – entgegen einer in der Schweiz verbreiteten Vorstellung – nicht bloss ein höherrangiges Gesetz, das aus besonders wichtigen Normen besteht.³ Das ist sie zwar auch. Im Kern aber ist sie vor allem ein politisches Projekt mit der Ambition, die gesamte Staatsgewalt auf einem bestimmten Territorium zu konstituieren und den Einzelnen *gleichzeitig* wirksam vor dem Missbrauch dieser Staatsmacht zu schützen und eine deliberative Demokratie einzurichten.⁴ Die Verfassung soll die Staatsmacht mit den in der Verfassung geregelten Institutionen – der Gewaltenteilung und den Grundrechten in erster Linie – wirksam begrenzen. Sie ist, neben manch anderem, primär ein Projekt zur Verwirklichung individueller Freiheit und demokratischer Selbstbestimmung auf einem bestimmten Territorium. Das Völkerrecht spielt in diesem Projekt zu-

3 Zu den politik- und ideengeschichtlichen Hintergründen der modernen Verfassung: *Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler*, Verfassung, in diesem Werk, Bd. 1, I.1, N. 1 ff., 14 ff.

4 Im Einzelnen: *Dieter Grimm*, Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a.M. 1991, S. 31 ff.

I. Teil Grundlagen

nächst eine Nebenrolle. Die moderne Verfassung ist, historisch betrachtet, eine liberale Antwort auf das Problem konzentrierter Staatsmacht im neuzeitlichen Territorialstaat.

Diese mit dieser Grundidee zusammenhängende Binnenorientierung ist der Grund, 4 weshalb das generell-abstrakte Gesetz so sehr im Mittelpunkt der von der Verfassung geschaffenen Institutionenordnung und des verfassungsstaatlichen Denkens steht. Der völkerrechtliche Vertrag dagegen erscheint, verglichen mit dem Gesetz, als Gestaltungsinstrument von geringerer Bedeutung. Entsprechend ist er eher ein verfassungsrechtliches Nebenthema. Das generell-abstrakte Gesetz hingegen – neben der Verfassung selbst – ist der tragende Pfeiler des verfassungsstaatlichen Projekts. Der Grundmechanismus ist folgender: Generalität und Abstraktheit des Gesetzes sowie die Schaffung unterschiedlicher Staatsgewalten für dessen Erlass und Anwendung ermöglichen es, die Zuständigkeit für die generelle Politikrichtung einerseits und die Anwendung des Richtungsentscheids andererseits zeitlich und personell so auseinanderzuziehen, dass ein wirksamer Mechanismus zum Schutz vor der Staatsgewalt entsteht – das liberale Kernanliegen. Das Funktionieren des Verfassungsprojekts hängt damit zentral von der generell-abstrakten Natur des Gesetzes als Hauptgestaltungsinstrument ab.⁵ Auch jüngere, in den letzten Jahrzehnten entstandene Staatsverfassungen weisen aus diesem Grund die geschilderte Binnenblickrichtung auf, auch wenn sie die internationale Sphäre nicht unerwähnt lassen. In der Schweizerischen Bundesverfassung von 1999 etwa erscheinen die Aussenbeziehungen und das Völkerrecht – trotz Erwähnung internationaler Ziele – weiterhin als Sekundärthemen. Für die hier interessierende Thematik ist festzuhalten: Die Marginalität internationaler Themen steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der primären Bezogenheit der Verfassung auf das Problem der Machteindämmung und des Machtmissbrauchs sowie der Einrichtung von Demokratie innerhalb des eigenen Territoriums.

Die Grenzen zwischen Binnen- und Aussenpolitik haben sich allerdings, wie ein mittlerwei- 5 le abgegriffener Gemeinplatz besagt, stark relativiert. Betrafen Binnen- und Aussenpolitik im späten 18. und im 19. Jahrhundert weitestgehend noch unterschiedliche Politikmaterien, über die in verschiedenen Verfahren entschieden wurde, so sind die Unterschiede heute un- deutlicher und haben sich teilweise gar aufgelöst. Binnen- und Aussenpolitik haben sich quantitativ wie qualitativ stark angenähert. Mittlerweile beschlägt Rechtsetzung via völkerrechtliche Verträge fast alle Materien herkömmlicher Binnenpolitik, und quantitativ ist die staatsvertragliche Rechtsetzung von einer Bedeutung, die mit jener der Binnenrechtsetzung vergleichbar ist.⁶ Schätzungen zufolge kommt gegen die Hälfte der schweizerischen Gesetzgebung via Verträge zustande, oder sie ist zumindest durch das Ausland stark beeinflusst,

5 Zur Bedeutung der Allgemeinheit des Gesetzes und seiner hinreichenden Determinationskraft für das Machtbegrenzungsziel: *Dieter Grimm*, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaates, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a.M. 1991, S. 159 ff., 164 f.

6 Die Datenbank des Bundes zeigt per 12.4.2019 einen Bestand von 5279 den Bund bindenden völkerrechtlichen Verträgen: www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/voelkerrecht/internationale-vertraege/datenbank-staatsvertraege.html (12.4.2019).

I.11 Verfassung und Völkerrecht (Diggelmann)

vor allem durch die EU, auch wenn solche Schätzungen natürlich vorsichtig zu lesen sind.⁷ Die Verfahren für Rechtsetzung im Binnen- und Aussenbereich unterscheiden sich trotz Konvergenzen jedoch weiterhin sehr stark. Im Aussenbereich dominiert unvermindert die Exekutive sowohl die Richtungsentscheidung – auch wenn das letzte Wort beim Parlament oder Volk liegt – wie auch die Anwendung, die ohnehin der Exekutive und gegebenenfalls der Judikative obliegt. Eine strikte Trennung der Entscheidungen über Politikrichtung und Anwendung wie im Binnenraum ist im Aussenraum von vornherein nicht möglich. Anders formuliert: Das Wachstum des Völkerrechts relativiert die Wirksamkeit des für den Verfassungsstaat zentralen geschilderten Machtbegrenzungsmechanismus. Die Verschiebung der Politik auf die internationale Ebene erzeugt damit – aus Sicht der Grundidee der Verfassung – nicht einfach ein *aliud*, sondern im Prinzip ein *minus*. Wie weit dieser Befund tatsächlich negativ zu bewerten ist, ist damit nicht gesagt, und dramatisch fällt der Befund heute wohl nicht aus. Wenn aber die Grossentwicklungen in den Blick genommen werden wie hier, verdient er festgehalten zu werden. Denn hier sind offenkundig Verschiebungen im Gang, welche die Staatsarchitektur betreffen.

2. Zugriff des Verfassungsgebers auf das Völkerrecht: Erzeugungs- und Aufnahmeebene

- 6 Der Verfassungsgeber besitzt in Bezug auf das Völkerrecht, grundsätzlich gesprochen, auf zwei Ebenen Regelungsmöglichkeiten. Er bestimmt zum einen auf der *Erzeugungsebene* die Voraussetzungen der Entstehung neuer völkerrechtlicher Bindungen. Zum anderen regelt er auf der *Aufnahmeebene* die Modalitäten der Aufnahme von Völkerrecht in das staatliche Recht. Auf der Erzeugungsebene – um der Chronologie zu folgen – kann die Verfassung verfahrensrechtliche und materielle Vorgaben vorsehen. Um eine prozedurale Vorgabe handelt es sich beispielsweise bei Art. 50 der österreichischen Verfassung, der für die Zustimmung Österreichs zu Änderungen der EU-Grundverträge die Genehmigung durch den Nationalrat verlangt. Art. 26 des deutschen Grundgesetzes dagegen stellt eine materielle Vorgabe dar, die das friedliche Zusammenleben der Völker störende Handlungen für verfassungswidrig erklärt und völkerrechtlichen Verträgen bestimmte inhaltliche Schranken auferlegt. Die Spielräume eines Verfassungsgebers mit Blick auf die Erzeugungsebene sind substantiell. Er kann insbesondere die Zuständigkeiten der Exekutive auf sehr unterschiedliche Weisen mit Mitentscheidungs- und Mitwirkungsrechten von Parlament und allenfalls Volk kombinieren, und er kann für das Eingehen und die Auflösung identische oder abweichende Zuständigkeiten anordnen. Wie er die Spielräume nutzt, hängt, allgemein gesprochen, in erster Linie vom vorherrschenden Demokratie- und Staatsverständnis ab. In der US-Verfassung etwa, bei deren Schaffung mit der sehr realen Möglichkeit eines baldigen

⁷ Vgl. etwa in diesem Band: *Matthias Oesch*, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in diesem Werk, Bd. 1, I.6, N. 1, 9; bei Schätzungen des Einflusses stellt sich insbesondere die Frage, wie weit sie die Vielfalt und Intensität des Ineinandergreifens der Ordnungen tatsächlich abzubilden vermögen.

I. Teil Grundlagen

neuen Krieges gegen das britische Mutterland kalkuliert werden musste und die daher Züge einer Kriegsverfassung trägt (der Präsident ist »Commander in Chief«),⁸ gehen die Prärogativen des Präsidenten im Aussenbereich noch immer sehr weit. In der Schweiz dagegen stellen etwa weitreichende Mitentscheidungsrechte des Volkes hohe Hürden beim Eingehen neuer völkerrechtlicher Bindungen dar.

Die Modalitäten der Entstehung von neuem den Staat bindendem Völkerrecht liegen allerdings nur teilweise in der Hand des Verfassungsgebers. Anders als im Binnenbereich, in dem sich alles Recht aus der Verfassung ableitet, entsteht Völkerrecht teilweise auch ohne – und selten gegen – den Willen des Staates. Neues Gewohnheitsrecht braucht nicht den Konsens aller Staaten.⁹ Ähnliches gilt für allgemeine Rechtsgrundsätze. Auch das Sekundärrecht internationaler Organisationen, soweit diese per Mehrheit entscheiden, kann gegen den Willen des Staates Verbindlichkeit erlangen, etwa quasi-rechtsetzende Akte des UNO-Sicherheitsrates¹⁰ oder Urteile internationaler Gerichte oder gerichtsähnlicher Institutionen mit quasi-legislatorischer Wirkung.¹¹ Der Zugriff der Verfassung auf die Erzeugung von Völkerrecht ist insgesamt, verglichen mit der Situation im Binnenbereich, von vornherein ein beschränkter. Den Möglichkeiten des Staates, das für ihn verbindliche Völkerrecht entsprechend eigenen Demokratie- und Staatsvorstellungen zu gestalten, sind eindeutig engere Grenzen gesetzt.

Die Aufnahmeebene betrifft die Modalitäten des »Hineinwirkens« des Völkerrechts in die Binnensphäre. Völkerrechtlich gesehen ist es Sache des einzelnen Staates, wie er die Beachtung seiner Bindungen sicherstellt.¹² Auch hier sind die Spielräume des Verfassungsgebers gross. Das Völkerrecht verschafft sich keine formale Suprematie über das staatliche Recht, verlangt »nur« faktische Beachtung. Der Verfassungsgeber kann zwischen zwei Aufnahme Modi wählen.¹³ Ein Teil der Staaten wählt das sogenannt dualistische Modell, in dem die internationale und die staatliche Rechtssphäre als kategorial verschiedene Rechtssysteme gedacht werden. Das Völkerrecht bedarf hier einer Transformation ins innerstaatliche Recht, um in der Binnensphäre des Staates Verbindlichkeit zu erlangen. Teilweise erfolgt diese Transformation durch eigentliches »Umgiessen« in ein Gesetz (Kanada, Australien),

8 Im Einzelnen: *Akhil Reed Amar, America's Constitution*, New York 2005, S. 185 ff.

9 *Locus classicus* zur Möglichkeit des Staates, seine Bindung an neues Gewohnheitsrecht durch ständigen Widerspruch zu verhindern: IGH, Vereinigtes Königreich g. Norwegen, Urteil vom 18.12.1951, I.C.J. Reports 1951, 116, 130 f., 138 f. (Fischereifall).

10 Zur Entwicklung des Sicherheitsrates zum punktuellen Quasi-Gesetzgeber: *Stefan Talmon, The Security Council as World Legislator*, AJIL 2005, S. 175 ff.

11 Zu denken ist etwa an wichtige Entscheide der WTO-Streitbeilegungsorgane oder, in Europa, an die EuGH-Rechtsprechung zu den Freiheiten des Binnenmarkts.

12 Art. 27 WVK untersagt die Berufung auf innerstaatliches Recht, um eine Nichtbeachtung vertraglicher Pflichten zu rechtfertigen.

13 Kritisch zum binären Modell Monismus/Dualismus: *Armin von Bogdandy, Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Law*, International Journal of Constitutional Law 2008, S. 399 ff.

I.11 Verfassung und Völkerrecht (Diggelmann)

teilweise durch Erlass eines sogenannten Anwendungsbefehls (Deutschland, Italien). Der Staat behält, das ist das Entscheidende an diesem Modell, auch nach Eingehen der Bindung die Kontrolle über das Hineinwirken völkerrechtlicher Verpflichtungen in die staatliche Sphäre. Im monistischen Modell ist dies anders. Völkerrecht und Landesrecht werden als Teil *des* Rechts schlechthin begriffen, so dass Völkerrecht im Grundsatz auch innerstaatlich direkt anwendbar ist oder es zumindest sein kann. Frankreich, die USA und die Schweiz sind Beispiele monistischer Staaten. Auch im monistischen System ist allerdings nicht alles den Staat bindende Völkerrecht direkt anwendbar. Manche Verträge sind bewusst so konzipiert, dass noch eine innerstaatliche konkretisierende Umsetzung erforderlich ist, etwa Teile der UNO-Kinderrechtskonvention. Manchmal betrachtet die Praxis auch Normen als umsetzungsbedürftig, ohne dass dafür ein überzeugender sachlicher Grund besteht, weil sie im Grunde genügend klar sind. Das monistische System passt von der Grundidee her an sich besser in die Gegenwart als das dualistische. Das Völkerrecht hat im Zeitalter der Menschenrechte die Ambition, den Einzelnen via Menschenrechte unmittelbar zu schützen, und ein System, in dem dieser Schutz erst durch einen Transformationsakt ermöglicht wird, steht quer zu diesem Anliegen. Bemühungen um einen Systemwechsel zum Dualismus sind daher in der Gegenwart eher als problematisch einzuschätzen.¹⁴ Dieser grundsätzlichen Aussage zum Trotz kann es in der Praxis aber durchaus vorkommen, dass dualistische Staaten das Völkerrecht besser beachten als monistische. Entscheidender als das System der Aufnahme ist die vorherrschende rechtlich-politische Kultur.

- 9 Spezifische Schwierigkeiten bestehen auf der Aufnahmeebene besonders bei monistischen Staaten. Der Systementscheid für den Monismus bringt es mit sich, dass bei einer Kollision von Völkerrecht und Landesrecht eine Entscheidung darüber erforderlich ist, welche Norm in dieser Konstellation Anwendung finden und die andere verdrängen soll. Der Verfassungsgeber – bei fehlender Regelung in der Verfassung: die Praxis oder der Gesetzgeber – muss eine Rangentscheidung treffen, wobei, grundsätzlich gesprochen, auch eine Nichtentscheidung des Verfassungsgebers, d.h. ein Offenlassen, eine Entscheidung darstellt. Das Grundproblem lässt sich wie folgt auf den Punkt bringen: Wegen der Heterogenität des Völkerrechts, das heute vor allem aus Vertragsregimen unterschiedlichster Art und politischer Bedeutung sowie teilweise auch peripheren Regeln besteht, ist jede rigide Rangfixierung *per se* problematisch. Natürlich wird jeder Staat, der seine Stellung in der internationalen Gemeinschaft nicht dauerhaft beschädigen will,¹⁵ im Grundsatz die Beachtung des Völkerrechts auf die eine oder andere Art sicherstellen. Der Kern des Problems aber ist der Umgang mit Ausnahmekonstellationen. Was soll gelten, wenn etwa eine eher periphere völkerrechtliche Pflicht mit fundamentalem staatlichem Recht kollidiert? Eine generelle und starre Festlegung des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht hat stets

14 In diesem Sinn: *Bardo Fassbender*, »Völkerrecht und Landesrecht«, Zur Genese und heutigen Bedeutung der Konfrontation zweier Rechtsordnungen, *AJP* 2014, S. 437 ff., 449 f.

15 Etwa durch Auslösen völkerrechtlicher Verantwortlichkeit bei Vertragsbruch oder dauerhafte Minderung der eigenen Glaubwürdigkeit.

I. Teil Grundlagen

etwas Über- oder Unterschliessendes: Wenn die monistische Verfassung dem Völkerrecht einen generell hohen oder höchsten Rang in der Normhierarchie zuweist, so bedeutet dies einen Vorrang selbst peripheren Völkerrechts vor fundamentalem, identitätsstiftendem staatlichem Recht; wird dem Völkerrecht dagegen nur ein tiefer Rang zugebilligt, so kann wichtigen völkerrechtlichen Normen allenfalls die Implementierung verweigert werden, was die Geltung des Völkerrechts offenkundig zu stark relativiert. Für monistische Systeme gilt daher, dass starke Gründe für eine gewisse Offenheit und Flexibilität der Rangregelung sprechen.¹⁶ Die Kollisionsfrage ist, entgegen verbreiteter Vorstellung, nicht ein blosses technisches Umsetzungsproblem oder gar einzig eine Frage juristischer Logik.¹⁷ Die Aufgabe sollte vielmehr als Koordinationsproblem begriffen werden. Ein solches Problemverständnis lässt Raum für den wichtigen Gedanken, dass in Ausnahmekonstellationen der Schutz des Eigenen,¹⁸ für die Identität Zentralen vorgehen kann, sofern die Beeinträchtigung der Rechtsstellung der betroffenen völkerrechtlichen Partner eher gering bleibt.¹⁹ Zu reflektieren sind die genauen Umstände, unter denen dies sinnvoll ist oder sein könnte, etwa wenn Fragen betroffen sind, die existentiell den staatlichen Zusammenhalt tangieren, in der Schweiz denkbar etwa bei der Sprachenfrage. Nicht zufällig sieht keine Verfassung einen unbedingten Vorrang allen Völkerrechts vor allem staatlichen Recht vor. Selbst die Verfassung der Niederlande, die als die völkerrechtsfreundlichste gilt, verlangt ausdrückliche Zustimmung des Parlaments, wenn Völkerrecht die Verfassung verdrängen soll.²⁰ Das »Verschrauben« von staatlichem Recht und Völkerrecht, dies gilt es zu unterstreichen, ist eine komplexe und anspruchsvolle Aufgabe, und die Antworten sind zeitlich bedingt.

Wichtig für das Verständnis der Thematik sind auch die Wechselwirkungen zwischen den 10
Teilscheiden auf der Erzeugungs- und Aufnahmeebene. Die Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems hängt, allgemein gesprochen, vom Zusammenspiel der Entscheide auf beiden Ebenen ab, vom Funktionieren des Gesamtpakets. Der Verfassungsgeber muss zwischen mehreren, teilweise miteinander kollidierenden Teilzielen abwägen. Er muss die Verlässlichkeit des Staates nach aussen sicherstellen (Beachtung des Völkerrechts), aber auch die

16 In diesem Sinne: *Thürer*, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: *Thürer/Aubert/Müller* (Hrsg.), Verfassungsrecht, § 11, N. 26 ff.

17 Eine interessante Perspektive auf die Widerspruchsthematik bei *Bardo Fassbender*, Verfassung als plurales Gefüge, in diesem Werk, Bd. 1, I.8, insb. N. 33.

18 »Eigen« bedeutet im vorliegenden Zusammenhang das der staatlichen politischen Gemeinschaft *spezifisch* Eigene. Selbstverständlich soll hier nicht generell ein Denken in den Kategorien staatlich-eigen/international-fremd propagiert werden, ist das Völkerrecht doch für die im Staat verbundenen Menschen, etwa in einer kantianischen Lesart, in dem Sinne ebenfalls »eigen«, als sie an seiner Entstehung Anteil haben und etwa über Menschenrechtsgarantien mit anderen politischen Gemeinschaften und deren Angehörigen verbunden sind. Zum Anteil der Schweiz an der Entwicklung des Völkerrechts etwa: *Dietrich Schindler*, Die Schweiz und das Völkerrecht, in: *Alois Riklin et al.* (Hrsg.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern 1992, S. 99 ff., 101 ff.

19 In dieser Richtung argumentierend: *Stefan Talmon*, Die Grenzen der Anwendung des Völkerrechts im deutschen Recht, *JuristenZeitung* 2013, S. 12 ff.

20 Vgl. Art. 90–95, insb. Art. 91 Abs. 3 der Verfassung des Königreichs der Niederlande.

I.11 Verfassung und Völkerrecht (Diggelmann)

Verlässlichkeit im Innern (Hauptquelle demokratischer Legitimation), und er muss zudem die Handlungsfähigkeit des Staates im Auge haben (Flexibilität). Eine starke Ausrichtung auf die Legitimationserwartungen im Innern erlaubt zwar mehr Grosszügigkeit bei der Aufnahme, erfordert aber einen Preis bei der Flexibilität. Umgekehrt erzeugt grosse Flexibilität im Äussern tendenziell Probleme auf der Legitimationsseite. Bei Aussagen über das Verhältnis einer Verfassung zum Völkerrecht sind stets beide Ebenen und ihre Wirkungen auf das Gesamtsystem in den Blick zu nehmen und zu benennen. Jeder Staat sieht sich vor das Problem gestellt, seine Verlässlichkeit nach aussen und innen sowie seine Flexibilität so ausbalancieren zu müssen, dass er seine Spielräume möglichst optimal nutzen kann. Der Balancecharakter der Teilentscheide erklärt unter anderem, weshalb weder monistische noch dualistische Systeme in Reinform existieren. Monistische Systeme haben eine Tendenz, die direkte Wirkung des Völkerrechts dadurch zu relativieren, dass sie ihm, wie bereits erwähnt, nur zurückhaltend direkte Anwendbarkeit, sogenannten »self-executing«-Charakter zugestehen. Sie bauen hier in der Praxis oft einen Filter ein.²¹ Dualistische Staaten dagegen wenden im Interesse der Verlässlichkeit nach aussen bestimmte Regeln auch ohne innerstaatliche Umsetzung an, insbesondere wenn sie unmittelbar das Verhältnis zwischen den Staaten und nicht Rechte des Einzelnen betreffen. Ein Beispiel sind etwa die Regeln betreffend freie Durchfahrt im Seerecht und viele Regeln des diplomatischen Verkehrs. Das tatsächliche System eines Staates ist nicht einfach »monistisch« oder »dualistisch«. Es ergibt sich aus dem Zusammenspiel der Teilentscheide und der sie konkretisierenden Praxis.

3. Schweiz: Partielle Parallelität und gemässigter Monismus

- 11 Das »Schweizer Modell« strebt auf der Erzeugungsebene eine relativ weit gehende Annäherung der Aussen- an die Binnenprozeduren an. Diese in der Regel unter dem Stichwort der »Parallelität« verhandelte Grundorientierung geht allerdings, wie sich bei genauerer Betrachtung zeigt, deutlich weniger weit, als die routinemässige Verwendung des Begriffs vermuten liesse. Eindeutig am ausgeprägtesten ist die Verwirklichung der Parallelitätsidee bei den Volksrechten. Die Bundesverfassung kennt – um die wichtigsten Elemente zu erwähnen – für wichtige rechtsetzende Verträge und Beitritte zu internationalen Organisationen ein fakultatives Referendum, und sie sieht für Beitritte zu Organisationen für kollektive Sicherheit und supranationalen Gemeinschaften ein Erfordernis der Zustimmung von Volk und Ständen vor.²² Das Volk entscheidet damit bei Erlass eines Gesetzes und bei der Annahme eines rechtsetzenden Vertrages gleichermassen mit. Hier besteht weitgehend vollständige Parallelität. Keine Parallelität besteht hingegen bei der »negativen« Rechtsetzung, d.h. der Kündigung von Staatsverträgen, die nach wie vor eine Prärogative der Regierung dar-

21 Aufschlussreich in diesem Zusammenhang: US Supreme Court, José Ernesto Medellín/Texas, 552 U. S. 1(2008), Medellín (die Wirkung von Entscheiden internationaler Justizorgane relativierend).

22 Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 2 u. 3 und Art. 140 Abs. 1 lit. b BV. Im Einzelnen etwa: *Thürer/Diggelmann*, St. Galler BV-Komm., Art. 141, N. 32 ff.; *dies.*, St. Galler BV-Komm., Art. 140, N. 18 ff.

I. Teil Grundlagen

stellt. Ebenfalls keine Parallelität existiert bei jenen wichtigen Entscheidungen im Aussenbereich, die nicht Beitritte zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder supranationalen Gemeinschaften darstellen, jedoch innerstaatlich von ihrer Bedeutung her Verfassungsrang hätten. In beiden Bereichen sind Bestrebungen um vollständige Parallelisierung im Gang.²³ Die Grundidee hinter den Bemühungen ist, innerstaatlich bewährte Prozeduren zur Legitimationsverschaffung auch im Aussenbereich maximal zur Wirkung kommen zu lassen.

Weit weniger verwirklicht ist die Parallelitätsidee beim Zusammenspiel von Exekutive und Parlament. Parallelität besteht hier nur bei den »positiven« Entscheidungsrechten, d.h. den Rechten, über die Annahme eines Gesetzes beziehungsweise eines rechtsetzenden Vertrages Beschluss zu fassen. Wichtige Rechtsetzungsakte im Binnen- und Aussenbereich erfordern einen formalen Entscheid des Parlaments. Keine Parallelität existiert hingegen auch hier bei der »negativen« Rechtsetzung, der Aufhebung von Gesetzen und der Kündigung von Verträgen, die von ihrer Bedeutung her innerstaatlich Gesetzesrang hätten, denn die Kündigung ist bisher Prärogative der Exekutive. Weiter besteht, besonders wichtig, keine Parallelität beim materiellen Einfluss von Exekutive und Legislative auf die rechtsetzenden Akte. Der Bundesrat dominiert im Aussenbereich klar. Der Verfassungsgeber sieht zwar eine Beteiligung der Bundesversammlung an der Gestaltung der Aussenbeziehungen vor;²⁴ diese bleibt aber weit hinter den Gestaltungsmöglichkeiten des Parlaments bei der Binnengesetzgebung zurück. Die Rolle des Parlaments ist fundamental anders als bei der Binnengesetzgebung, bei der es im Prinzip jede Änderung der Vorlage verbindlich beschliessen kann. Auch beim Zusammenspiel von Exekutive und Parlament gibt es Bemühungen, die Inkongruenzen abzubauen. Angestrebt wird eine vollständige Parallelisierung bei den Entscheidungsrechten des Parlaments, d.h. auch bei der »negativen« Rechtsetzung, der Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen mit Gesetzescharakter.²⁵ Die Inkongruenzen bei der materiellen Gestaltungsmacht lassen sich naturgemäss nur sehr beschränkt relativieren. Zuständigkeit zur Aushandlung der Verträge bedeutet unvermeidbar überragenden Einfluss auf das Verhandlungsergebnis und damit die Entscheidvorlage, selbst wenn Verfassung und Parlament der Regierung durch Schaffung und Nutzung ausgebauter Mitwirkungsrechte enge Zügel anlegen.

Bei den Rechten der Kantone ist die Parallelitätsidee höchstens symbolisch und ansatzweise verwirklicht. Der Bund verfügt über eine umfassende Zuständigkeit zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge, auch in Domänen, die gemäss innerstaatlicher Kompetenzausscheidungsregel in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fallen.²⁶ Der Bund ist zwar zur Rück-

23 Zur Parallelisierung bei der »negativen« Rechtsetzung: Parlamentarische Initiative Kündigung und Änderung von Staatsverträgen. Verteilung der Zuständigkeiten, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 14.5.2018, BBl 2018 3471; Stellungnahme des Bundesrates vom 15.8.2018, BBl 2018 5315; zur Parallelisierung beim obligatorischen Referendum: Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter; Umsetzung der Motion 15.3557 Caroni, Erläuternder Bericht des EJPD zum Vorentwurf vom 15.8.2018.

24 Art. 166 Abs. 1 BV; im Einzelnen etwa: *Ehrenzeller*, St. Galler BV-Komm., Art. 166, N. 12 ff.

25 Bericht SPK-SR (Anm. 23), 3476 f.

26 Art. 54 Abs. 1 BV; im Einzelnen etwa: *Ehrenzeller*, St. Galler BV-Komm., Art. 54, N. 6 ff.

I.11 Verfassung und Völkerrecht (Diggelmann)

sichtnahme auf die Zuständigkeiten der Kantone verpflichtet,²⁷ die in diesem Bereich auch eigene Verträge abschliessen dürfen,²⁸ und die Verfassung sieht die »Beteiligung« der Kantone an ausserpolitischen Entscheiden des Bundes im Bereich ihrer Zuständigkeiten und wesentlichen Interessen vor. Die Substanz dieser Rechte ist insgesamt aber sehr bescheiden. Am ehesten kommt den Beteiligungsrechten im Bereich von Europafragen Bedeutung zu, wie sich etwa im Zusammenhang mit der Assoziierung mit dem Schengen/Dublin-System gezeigt hat.²⁹

- 14 Gesamthaft lässt sich mit Blick auf die Erzeugungsebene festhalten, dass die Schweiz ihre Spielräume für eine Parallelisierung bereits relativ weitgehend nutzt. Werden die angedachten Reformen realisiert, so wird dies noch stärker der Fall sein, so dass man wohl bald von einer fast maximalen Nutzung wird sprechen können. Dies sollte allerdings nicht zu einer überzeichnenden Darstellung der Parallelität führen. Auch maximierte Parallelität bedeutet objektiv nur partielle Parallelität. Bei der materiellen Gestaltungsmacht besteht im Aussenbereich *a priori* Dominanz der Exekutive, und die Zuständigkeit des Bundes für die gesamte Aussenpolitik relativiert die föderalistische Zuständigkeitsordnung substantiell. Kaum Thema in der Diskussion über Parallelisierung sind bemerkenswerterweise zudem wichtige Spezifika der Aussenbeziehungen und der Rechtsetzung durch völkerrechtliche Verträge, insbesondere die Kosten bei der ausserpolitischen Handlungsfähigkeit.
- 15 Zwischen den Entscheiden auf der Erzeugungs- und der relativen Offenheit auf der Aufnahmeebene bestehen offensichtliche Zusammenhänge. Der Verfassungsgeber von 1999 hat sich – im Anschluss an eine bis 1881 zurückreichende Rechtsprechung des Bundesgerichts –³⁰ für ein monistisches System entschieden, in dem das Völkerrecht im Grundsatz ohne weiteren Umsetzungsakt innerstaatlich Wirkungen entfaltet.³¹ Damit korrespondiert ein substantielles Bekenntnis in der Präambel zu internationalen Zielen einschliesslich Solidarität. Der Verfassungsentscheid für Monismus und Offenheit erfährt allerdings in zwei Hinsichten wichtige Relativierungen. Die Schweiz nimmt zunächst sehr zurückhaltend »self-executing«-Charakter bei vertraglichen Normen an. Wichtige Beispiele für solche versteckten Filter betreffen insbesondere Marktzugangsrechte, die vom Bundesgericht etwas pauschal als nicht justiziabel eingestuft werden,³² und die Garantien des UNO-Pakt I über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.³³ Spielräume für ein anderes Ergebnis

27 Art. 54 Abs. 3 BV; im Einzelnen etwa: *Pfisterer*, St. Galler BV-Komm., Art. 54, insb. N. 72 ff. (zum erforderlichen Mass an Rücksichtnahme).

28 Art. 56 Abs. 1 BV; im Einzelnen etwa: *Pfisterer*, St. Galler BV-Komm., Art. 56, N. 12 m.H.

29 *Matthias Oesch*, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in diesem Werk, Bd. 1, I.6, N. 22.

30 BGE 7 I 774 E. 3 S. 782.

31 Vgl. Art. 189 Abs. 1 lit. b BV, der die direkte Anrufung von Völkerrecht vor Bundesgericht erlaubt.

32 Dazu *Matthias Oesch*, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in diesem Werk, Bd. 1, I.6, N. 12.

33 Bestätigung der restriktiven Praxis durch BGE 136 I 290 E. 2.3.1. f. S. 293 f.

I. Teil Grundlagen

existierten durchaus.³⁴ Hier werden, in obiger Diktion, die Ziele innerer und äusserer Verlässlichkeit ausbalanciert.

Die zweite Relativierung der Offenheit erfolgt über die Kollisionsregeln bei Widersprüchen zwischen Landesrecht und Völkerrecht. Die Bundesverfassung enthält nur rudimentäre Vorgaben. Explizit ist sie dahingehend, dass kein neues mit zwingendem Völkerrecht unvereinbares Verfassungsrecht geschaffen werden darf.³⁵ Bei Kollisionen von Landesrecht mit übrigen Völkerrecht lässt der Verfassungstext die Rangentscheidung dagegen offen. Der Verfassungsgeber eröffnet der Praxis somit Spielräume, was nach dem Ausgeführten nicht überraschen kann und angesichts der Vielfalt möglicher Kollisionskonstellationen sicher sinnvoll ist. Der Umfang dieser durch bewusste Nichtregelung eröffneten Spielräume ist hingegen Gegenstand epischer Diskussionen, die hier nicht im Einzelnen rekapituliert werden können. Ein zentraler Grund für die Unklarheit ist sicher der berühmte Art. 190 BV, der »Völkerrecht« und »Bundesgesetze« als für rechtsanwendende Behörden massgeblich erklärt.³⁶ Die Bestimmung scheint – so viel lässt sich ohne Spekulation sagen – eine gewisse rangmässige Vergleichbarkeit von Gesetzes- und Völkerrecht zu implizieren.³⁷ Die Praxis hat sich mit verschiedenen Konstellationen befasst und lässt sich wohl dahin gehend zusammenfassen, dass dem Völkerrecht regelmässig Vorrang vor Gesetzesrecht eingeräumt wird, sofern nicht das Parlament bewusst eine andere Entscheidung treffen wollte.³⁸ Das Bundesgericht hat die Massgeblichkeit von Gesetzen zudem dadurch relativiert, dass es bei ihrer Kollision mit internationalen Menschenrechtsgarantien diesen Vorrang einräumt.³⁹ Die Praxis tut ihr Möglichstes, um den Kollisionsfall auch durch völkerrechtsfreundliche Auslegung des staatlichen Rechts gar nicht erst entstehen zu lassen oder ihn zumindest zu entschärfen.⁴⁰ Das im Einzelnen manche Frage aufwerfende Kollisionsregime der Bundesverfassung überlässt der behördlichen Praxis insgesamt einigen Raum für Relativierungen des Völkerrechts. Entscheidet sie sich für die »landesrechtliche« Lösung, bleiben die völkerrechtliche Verpflichtung selbstredend und das Problem ihrer Verletzung bestehen.

34 Etwa: BGE 124 III 90 E. 3.a S. 91 oder BGE 118 Ia 112 E. 2b S. 117.

35 Die Entscheidung ergibt sich für Totalrevisionen aus Art. 193 Abs. 4 und für Partialrevisionen aus Art. 194 Abs. 2 BV.

36 Zu Hintergründen und Bedeutung von Art. 190 BV: *Martin E. Looser, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen*, Zürich 2011.

37 Für eine knappe Übersicht über die Praxis: *Oliver Diggelmann, Völkerrecht, Geschichte und Grundlagen mit Seitenblicken auf die Schweiz*, Baden 2018, S. 186 ff.

38 BGE 99 Ib 39 E. 3 S. 43 betreffend Bindung an ein Gesetz, wenn der Gesetzgeber bewusst eine Verletzung eines älteren völkerrechtlichen Vertrags in Kauf genommen hat.

39 Sog. PKK-Praxis: BGE 125 II 417 E. 4.d S. 425; wie weit ein genereller Vorrang von Völkerrecht gegenüber Bundesrecht auch bei völkerrechtlichen Bestimmungen besteht, die nicht Grund- oder Menschenrechte betreffen, dürfte trotz des vieldiskutierten BGE 139 I 16 (insb. E. 5.1 S. 28) weiterhin offen sein.

40 Zum Grundsatz: BGE 94 I 669 E. 6 S. 678; zu den Grenzen: BGE 140 I 305 E. 7.4 S. 314.

I.11 Verfassung und Völkerrecht (Diggelmann)

- 17 Das Zwischenfazit zur Erzeugungsebene lässt sich zum Fazit für das Gesamtsystem weiterentwickeln. Das Schweizer Modell ist primär durch ein starkes Bemühen um Optimierung sowohl der äusseren wie inneren Verlässlichkeit gekennzeichnet, während die aussenpolitische Handlungsfähigkeit, die Flexibilität, die Schwerfälligkeit des Gesamtarrangements, weder *de constitutione lata* noch im Reformdiskurs als gewichtiger Gesichtspunkt betrachtet wird. Zur Binnenorientierung der Verfassung als Institution tritt im Schweizer Modell also eine zusätzliche selbstgewählte Binnenorientierung hinzu, da der Flexibilität bei den – immer wichtiger werdenden – aussenpolitischen Entscheidungsmechanismen eine tiefe Priorität eingeräumt wird.

II. Schwierigkeiten und Reaktionsmöglichkeiten

1. Veränderte Rahmenbedingungen I: Partielle Immobilisierung der Demokratie

- 18 Die Verlagerung der Politik auf völkerrechtliche Verträge und in internationale Organisationen hat wichtige Grundparameter der hier interessierenden Thematik »Verfassung und Völkerrecht« verändert. Sie wird sie auch absehbar weiter verändern, denn es handelt sich um eine Makroentwicklung, die höchstens punktuell, kaum aber im Grundsätzlichen vom einzelnen Staat gesteuert, geschweige denn verhindert werden kann.⁴¹ Zwei Haupttreiber sind zu nennen. Der technische Fortschritt vergrössert die Reichweite menschlicher Handlungen stetig und damit automatisch auch den Bestand grenzüberschreitender Sachverhalte. Es resultiert ein laufender Bedarf nach Lösungen auf höherer Politikebene, auch innerstaatlich, und entsprechend eine steigende Zahl völkerrechtlicher Verträge und internationaler Organisationen. Als Katalysator von Internationalisierungsschüben wirken oft grenzüberschreitende Schadensereignisse und auch zuweilen Konflikte oder Kriege. Moderne Formen von Terrorismus etwa erzeugten ein Bedürfnis, neue Verträge über Datenaustausch abzuschliessen; Umweltkatastrophen etwa infolge Tsunamis bewirkten neue koordinierte Anstrengungen im Bereich der Katastrophenprävention; in vielleicht schon naher Zukunft könnte ein allfälliger durch Cyberattacken ausgelöster weltweiter Ausfall des Bankensystems den Beginn griffiger internationaler Regulierung und Kontrollen des Internets markieren.⁴²

- 19 Zweiter Haupttreiber ist die »Natur« der freien Marktwirtschaft, ihre Funktionsweise. Sie drängt in immer neue Räume, wo grösseres Wachstum lockt. Die Geschichte seit dem

41 Im Folgenden geht es nicht um eine Bewertung, sondern ausschliesslich um eine möglichst adäquate Beschreibung der hier interessierenden Veränderungen. Mit dieser Klarstellung soll einer gewissen Tendenz entgegengewirkt werden, Texte zu Globalisierungs-/Internationalisierungsfragen schematisch (und etwas phantasielos) in solche mit internationalistisch-progressiver und etatistisch-konservativer Agenda zu unterteilen. Dieser Reflex scheint mir ein Teil des Problems im Umgang mit der hier interessierenden und im Kern offensichtlich ambivalenten Makroentwicklung zu sein.

42 Zum Internationalisierungsdruck im Cyberbereich: *Christian Walter, Cyber Security als Herausforderung für das Völkerrecht, JuristenZeitung 2015, S. 685 ff.*

I. Teil Grundlagen

Zweiten Weltkrieg ist zum guten Teil eine Geschichte der Integration von Wirtschaftsräumen, der Erschliessung neuer Absatz- und Spezialisierungsmöglichkeiten mittels völkerrechtlicher Verträge. Die Schweiz beteiligt sich an dieser Integration intensiv, wenn auch überwiegend defensiv motiviert; sie handelt oft erst dann, wenn infolge Zusammenschlüsse Dritter Nachteile drohen, die es aufzufangen oder abzumildern gilt. Die Beteiligung der Schweiz an der Gründung der EFTA 1960 war durch die Entstehung der EWG drei Jahre zuvor veranlasst, die ihren Mitgliedern im Verhältnis zur Schweiz Vorteile verschafft hatte. Auch der geplante Beitritt der Schweiz zum EWR und später der Abschluss der Bilateralen Verträge I waren analog Reaktionen auf die Schaffung des europäischen Binnenmarkts. Die von der Schweiz abgeschlossenen mittlerweile 30 Freihandelsabkommen sind ebenfalls Resultat einer Strategie, die darauf abzielt, auf wichtigen Märkten nicht zu grosse Nachteile gegenüber europäischen Konkurrenten gewärtigen zu müssen.⁴³ Als dritter, schwerer zu erfassender Treiber hinter der Zunahme des Völkerrechts können die Eigeninteressen internationaler Akteure und die Dynamik internationaler Zusammenschlüsse erwähnt werden. Organisationen interpretieren ihre Mandate typischerweise grosszügig. Sie ziehen über die Zeit oft weitere Aufgaben an sich, was zu einem wachsenden Bestand verbindlichen Völkerrechts führt. Manche Organisationen werden von losen Zusammenschlüssen zu dauerhaften Institutionen mit umfassenderen Mandaten. Wichtigstes Beispiel ist die Entwicklung des GATT zur WTO.

Aus Sicht von Verfassung und Verfassungsstaat interessieren zentral die Folgen für die staatliche Demokratie. Die Verlagerung führt zu einer Erosion von deren Substanz, unter anderem zu einer Optionenverengung, wahrlich ein Grossthema.⁴⁴ Hier wird vorgeschlagen, die verschiedenen Aspekte mit dem Begriff der »partiellen Immobilisierung der staatlichen Demokratie« zu erfassen. Ich möchte sechs davon unterscheiden. Erstens und bereits weitgehend bekannt: Ein neuer Vertrag bedeutet im Normalfall eine Verschiebung vom autonomen zum *kooperativen Problemlösungsmodus*,⁴⁵ wobei die Kumulation solcher Verschiebungen Folgen für die Substanz der Demokratie hat. Die Angewiesenheit auf Dritte – im Wort Interdependenz steckt die Dependenz – nimmt zu, die eigene Freiheit, über Zeitpunkt und Inhalt einer Veränderung zu entscheiden, ab. Zweitens: Bei wichtigen multilateralen Verträgen ist eine faktische *Unrevidierbarkeit der Grundregeln* konstatierbar. Die Grundre-

43 Matthias Oesch, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in diesem Werk, Bd. 1, I.6, N. 5.

44 Kriterien für Substanzverluste sind die gemäss vorherrschendem Demokratieverständnis zentralen Demokratiegehalte, in der Schweiz insbesondere: Partizipativität (Verdünnung und Verengung der Partizipationsoptionen als Problem), Konsensorientierung (schwindende Spielräume für Binnenkompromisse), deliberativer Charakter (Empfänglichkeit des demokratischen Prozesses für Argumente und Gegenargumente) und liberal-rechtsstaatlicher Charakter (Fähigkeit zu Schutz und Ermöglichung individueller Freiheit); dazu: Diggelmann, Internationalisierung der Politik, S. 67 ff.

45 Dies gilt allerdings nur, soweit der Vertrag nicht bloss eine Rechtslage klärt, etwa wenn an sich unbestrittene Konfliktlösungsregeln schriftlich festgehalten werden, etwa im Bereich der Doppelbesteuerung und des internationalen Privatrechts.

I.11 Verfassung und Völkerrecht (Diggelmann)

geln der UNO-Charta, des GATT und der EMRK etwa stehen fest. Reformen sind allenfalls noch bei Verfahrensfragen diskutierbar und möglich. Drittens: Zu nennen ist auch eine substantielle *Immobilisierung der Politik durch Entscheidungsbündelung*. In der Schweiz ist dieser Aspekt im Zusammenhang mit den via Guillotineklausel verbundenen Bilateralen Verträgen I und dem Schengen/Dublin-Assoziierungsvertrag (Teil der Bilateralen Verträge II) gut bekannt.⁴⁶ Durch die Verknüpfung des rechtlichen Schicksals völkerrechtlicher Verträge verengen sich die Entscheidungsoptionen der staatlichen Demokratie. In der Schweiz ist zuweilen von »Scherbenhaufen«-Referenden die Rede, die nur die Wahl zwischen Annahme eines Grosspakets als Ganzes und, bei Ablehnung, erheblichem Schaden lassen.⁴⁷ Viertens: Beobachtbar ist über die Zeit hinweg regelmässig eine *Verselbständigung des Rechts wichtiger internationaler Regime*, eine partielle Ablösung vom im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Vereinbarten. Beispiele sind die Quasi-Rechtsetzung durch den UNO-Sicherheitsrat zur Terrorismusbekämpfung und das durch »judge legislators« wie dem EGMR oder WTO-Panels geschaffene Recht. Der EGMR etwa hat in den Bereichen Verfahrensfairness und Privatsphärenschutz faktisch – bis zu einem gewissen Grad – wie ein europäischer Gesetzgeber gewirkt, in einer sich wandelnden Welt zentrale Standards formuliert. Dieses Phänomen hängt offensichtlich mit der bereits erwähnten Unrevidierbarkeit der Grundregeln wichtiger Regime zusammen, betrifft aber ein anderes Problem. Beschränkt werden die Spielräume der staatlichen Demokratie hier nicht durch Immobilisierung wichtiger Fragen, sondern durch Expansion völkerrechtlicher Regime, die zuweilen mit der vom EGMR gerne benutzen Metapher des »living instrument« in einer Weise beschrieben wird, die die Ausdehnung als Selbstverständlichkeit erscheinen lässt.⁴⁸ Fünftens: Ein selten thematisierter Aspekt der Immobilisierung ist der *faktische Anpassungszwang bei Weiterentwicklungen* von Vertragsregimen von fundamentaler Bedeutung. Die Teilnahme an einem Vertragswerk kann für den einzelnen Staat derart wichtig sein, dass bei von Grossmächten vorangetriebenen Reformen keine reale Alternative zur Zustimmung besteht, weil die Kosten eines Ausscherens zu hoch wären. Für die Schweiz ist die WTO-Mitgliedschaft derart wichtig, dass sie manchmal ohne jede Gegenleistung Zugeständnisse machen muss, in jüngerer Vergangenheit etwa bei der Abschaffung von Exportsubventionen für landwirtschaftliche Produkte.⁴⁹ Sechstens: Nicht direkt mit der Zunahme des Völkerrechts, sondern mit dessen partieller Substituierung durch »soft law« hat ein letzter Aspekt des Erosionsphänomens zu tun. »Soft law«-Regime

46 Grundsätzlich zu »package deals« und ihren Implikationen für die Demokratie: *Diggelmann*, Internationalisierung der Politik, S. 46 ff., insb. 49 ff. (Tiefenwirkungen).

47 *Oliver Diggelmann*, Das Phänomen der »Scherbenhaufen«-Referenden, Anmerkungen zum laufenden Europa-Referendum und seinen Hintergründen, Jusletter vom 13.10.2008.

48 Erstmals in: EGMR, 25.4.1978, No. 5856/72, Tyrer g. Vereinigtes Königreich, § 31; zur Figur des Vertrags als »living instrument«: *Daniel Moeckli/Nigel D. White*, Treaties as »Living Instruments«, in: Michael J. Bowman/Dino Krisiotis (Hrsg.), *Conceptual and Contextual Perspectives on Modern Treaties*, Cambridge 2018, S. 136 ff.

49 *Matthias Oesch*, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in diesem Werk, Bd. 1, I.6, N. 5 m.H.

I. Teil Grundlagen

können harten Anpassungszwang bedeuten, wenn die Teilnehmer an diesen Regimen glaubwürdig mit dem Entzug wichtiger freiwillig gewährter Vorteile drohen. Die Schweiz etwa bemüht sich derzeit, in den ersten Wochen des Jahres 2019, ihre Rechtslage im Bereich Steuertransparenz den rechtlich nicht bindenden Standards des aus 150 Mitgliederländern bestehenden Forums für Steuertransparenz anzupassen. Täte sie es nicht, so riskierte sie, beim sogenannten Länderexamen eine ungenügende Note zu erhalten und sich in der bisher aus drei Staaten bestehenden Schlussgruppe wiederzufinden, gemeinsam mit Ghana, Kasachstan und Curaçao (karibisches autonomes Gebiet der Niederlande).⁵⁰ Der Reputationschaden wäre gewiss. Die zunehmende Bedeutung von »soft law« hat in der Schweiz zu einem Auftrag an den Bundesrat geführt, über diese Entwicklung und die damit zusammenhängende Schwächung des Parlaments sowie über allfällige Optionen Bericht zu erstatten.⁵¹ Kern der Problematik ist weniger die unklare Grenze zwischen Verbindlich- und Freiwilligkeit als vielmehr der Umstand komplexer Anpassungszwänge in der gegenwärtigen und wohl auch zukünftigen Welt.

Die beschriebene partielle Immobilisierung hat bisher kaum thematisierte Folgen für die 21
Prämissen von Reformdiskussionen zum Verhältnis von Verfassung und Völkerrecht. Ich möchte zwei Thesen aufstellen. Erstens: Die durch die Verschiebungen bewirkten Veränderungen sind *viel weniger durch Reformen kompensierbar, als im politischen und wissenschaftlichen Diskurs unterstellt wird*. Die partielle Immobilisierung ist eine Begleiterscheinung der Verlagerung von der Binnen- in die Aussensphäre, die selbst bei maximaler Orientierung an der Parallelitätsidee nur sehr partiell eingefangen werden kann. Für die Reformdiskussion wäre es im Gegenteil zentral, sich der Realität der Substanzverluste zu stellen und zu fragen, welche Folgen sich daraus ergeben, statt sie zu ignorieren.⁵² Dies bedeutet nicht, dass einzelne kompensatorische Reformen, etwa zur Schliessung echter oder vermeintlicher Lücken beim obligatorischen Staatsvertragsreferendum oder bei der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, nicht diskutierbar oder sinnvoll sein können. Es bedeutet aber, dass deren Wirkungen absehbar hinter dem Erhofften zurückbleiben werden.

Die zweite These betrifft den Zugang zu Reformfragen, das Problemverständnis. Die *Frag-* 22
mentierung der Reformdiskussion in miteinander *unverbundene Teildiskurse* – betreffend Rechte des Parlaments, Volksrechte, Stellung der Kantone – *verstellt den Blick auf die zentrale Frage schlechthin*: Was ist die Bedeutung der Verschiebungen für das Staatsganze, das »Funktionieren« von Demokratie und Legitimationsbeschaffung, welche Reaktionsmöglichkeiten bestehen realistischweise und mit welchen mutmasslichen Wirkungen? Eine stärkere Kon-

50 Hansueli Schöchli, Die nächste Kröte wartet auf die Schweiz, NZZ vom 23.11.18., S. 25.

51 18.4112 Interpellation der CVP-Fraktion im Nationalrat: Mitwirkungsrechte des Parlaments bei Soft Law. Wo bleibt die klare Linie des Bundesrates? (bis 12.4.2019 noch nicht behandelt)

52 Ignoriert wurde die prinzipielle Irreversibilität der Veränderungen etwa durch die am 25.11.2018 abgelehnte Volksinitiative »Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)«; dazu: Oliver Diggelmann, Demokratie und internationale Kooperation, Das tiefere Problem hinter der »Selbstbestimmungsinitiative«, Geschichte der Gegenwart vom 26.4.2017.

I.11 Verfassung und Völkerrecht (Diggelmann)

zentration auf das grosse Ganze wäre wichtig, weil der Verlagerungsprozess weiter Gefühle der Frustration erzeugen wird, die aus der beschriebenen partiellen Immobilisierung resultieren. Sie dürften in einem auf Bürgerpartizipation fixierten Land wie der Schweiz zunehmend heftiger werden. Eine zukunftsgerichtete Diskussion muss bei den Erwartungen an die Schweizer Demokratie ansetzen, die Frage nach dem realistisch Möglichen stellen. Sie muss sich unter anderem dem Faktum stellen, dass die verbreitete Erwartung, mittels Volksinitiative auf im Prinzip jede spezifische Sachfrage zugreifen zu können, mit fortschreitendem Verlagerungsprozess noch weniger einlösbar sein wird als bisher.

2. Veränderte Rahmenbedingungen II: Zunehmende Kollisionswahrscheinlichkeit

- 23 Die zweite grundlegende Folge der Verlagerung sind zunehmende »Überlappungen« des anwachsenden Völkerrechts mit dem Landesrecht. Die Wahrscheinlichkeit heikler Kollisionen von Normen aus beiden Rechtssphären erhöht sich stetig wegen der beschriebenen Makroentwicklung. Für das bessere Verständnis der Thematik wird hier vorgeschlagen, virtuelle und aktuelle Kollisionen zu unterscheiden. Man könnte auch von Kollisionspotential und konkreten Normkonflikten sprechen. Um eine virtuelle Kollision handelt es sich, wenn zu einer bestimmten Thematik eine landesrechtliche und eine völkerrechtliche Norm existieren, ohne dass ein materieller Widerspruch besteht. Beispiele finden sich etwa im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens oder der Grund- und Menschenrechte, beispielsweise wenn die Bundesverfassung von 1999 gleichlautende Normen enthält wie die EMRK. Eine aktuelle Kollision dagegen liegt bei einem inhaltlichen Widerspruch vor. Die Vorrangregel entscheidet in dieser Situation über die materielle Rechtslage. Ein aktuelles Beispiel: Hätte der schweizerische Verfassungsgeber im Herbst 2018 die Volksinitiative zum Schutz fair produzierter Lebensmittel (»fair food«-Initiative) angenommen, so wäre ein Widerspruch zwischen schweizerischem (Verfassungs-)Recht und Normen des WTO-Rechts entstanden.⁵³ Wachstum des Völkerrechts bedeutet unvermeidbar mehr virtuelle und der Tendenz nach auch mehr aktuelle Kollisionen, da das Problem der inhaltlichen Koordination von Völker- und Landesrecht stetig umfangreicher und komplexer wird. Der Staat hat die Vermeidung aktueller Widersprüche theoretisch in den eigenen Händen. Er kann die Entstehung von Landesrecht verhindern, das geltendem Völkerrecht widerspricht, indem er etwa vor Gesetzgebungsprojekten generell eine Prüfung auf Völkerrechtskompatibilität durchführt oder beispielsweise ein Organ schafft, das ihn diesbezüglich berät. Schweden kennt seit 1909 einen »Rechtsrat«, der im Gesetzgebungsverfahren solche Normkonflikte zu vermeiden hilft.⁵⁴ Der Staat kann aber auch dadurch zur Vermeidung aktueller Kollisio-

53 Volksinitiative »Für gesunde sowie umweltfreundlich und fair hergestellte Lebensmittel (Fair-Food-Initiative)«, abgelehnt am 23.9.2018. Eine den Initiativtext ernst nehmende Umsetzung hätte wegen der so erzeugten indirekten Vorgaben für die Produktion im Ausland mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit WTO-Recht verletzt.

54 Sog. »Rechtsrat«, bestehend aus Richtern des obersten Gerichtshofs und des obersten Verwaltungsgerichts, dazu: *Werner Jann/Jan Tiessen*, Gesetzgebung im politischen System Schwedens, in: Wolf-

I. Teil Grundlagen

nen beitragen, dass er neue völkerrechtliche Bindungen erst nach entsprechender Anpassung des staatlichen Rechts eingeht. Gewissermassen abgerundet werden diese beiden Vermeidungsstrategien durch generelles Hochhalten der Auslegungsmethode der Völkerrechtsfreundlichkeit, die bereits entstandene aktuelle Konflikte punktuell entschärft.⁵⁵

Das heutige Schweizer Modell ist im Grundsatz stark auf Kollisionsvermeidung ausgerichtet. Die Schweiz geht neue völkerrechtliche Bindungen, einer langen Praxis folgend, typischerweise erst ein, wenn sie ihr eigenes Recht bereits der neuen Bindung angepasst hat. Klassischer Anwendungsfall dieser Strategie war der Beitritt zur EMRK, als die Schweiz zuerst die konfessionellen Ausnahmeanartikel aus der Verfassung entfernen und das Frauenstimmrecht auf Bundesebene einführen wollte, bevor sie sich zum Beitritt bereit wähnte.⁵⁶ Die Bundesverfassung versucht Kollisionen neuen Landesrechts mit bestehenden Bindungen auch dadurch zu verhindern, dass sie Bund und Kantone in Art. 5 Abs. 4 BV generell zur Beachtung des Völkerrechts verpflichtet. Auch die völkerrechtskonforme Auslegungsmethode ist in der Praxis fest verankert. Von grosser Bedeutung ist zudem die routinemässige Prüfung von Gesetzgebungsprojekten auf Vereinbarkeit mit Völker- und Europarecht.⁵⁷ Botschaften des Bundesrates enthalten detaillierte Ausführungen zu allfälligen Widersprüchen und möglichen Folgen. In scharfem Kontrast zur grundsätzlichen Strategie der Kollisionsvermeidung steht allerdings eine bedeutende Ausnahme. Die Bundesverfassung erlaubt Volksinitiativen auf Verfassungsänderungen, ohne ein generelles Erfordernis der Beachtung geltender völkerrechtlicher Bindungen vorzusehen, soweit nicht völkerrechtliches *ius cogens* tangiert ist. Zumindest kennt sie kein ausdrückliches Verbot.⁵⁸ Als Folge dieser »Vermeidungslücke« wurden im letzten Vierteljahrhundert verschiedene Verfassungsbestimmungen geschaffen, die geltenden völkerrechtlichen Bindungen offen oder zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit widersprechen.⁵⁹ Es kam – als Folge des Dilemmas –

gang Ismayr (Hrsg.), *Gesetzgebung in Westeuropa*, Wiesbaden 2008, S. 99 ff., 121 m.H.; *Joakim Nergelius*, *Judicial Review in Swedish Law – A Critical Analysis*, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 2009, S. 142 ff.

55 Grundsätzlich (und nicht spezifisch mit Blick auf die Schweiz) zur völkerrechtskonformen Auslegung: *Tobias Hofmann*, *Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung*, *JURA* 2013, S. 326 ff.

56 *Andreas Kley/Martin Siegrist*, *Der Beitritt der Schweiz zur EMRK – Vorbereitung und Umsetzung*, in: *Tobias Jaag/Christine Kaufmann* (Hrsg.), *40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK*, Zürich u.a. 2015, S. 17 ff., 35 ff.

57 Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG.

58 Versuch eine Auslotung des Potentials zur Vermeidung aktueller Kollisionen: *Johannes Reich*, *Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt, Funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen im schweizerischen Bundesverfassungsrecht*, *ZaöRV* 2008, S. 979 ff.

59 Insbesondere: Volksinitiative »zum Schutze des Alpengebiets vor dem Transitverkehr (Alpeninitiative)«, angenommen am 20.2.1994; Volksinitiative »Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter (Verwahrungsinitiative)«, angenommen am 8.2.2004; Volksinitiative »für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)«, angenommen am 28.11.2010; Volksinitiative »Gegen Masseneinwanderung«, angenommen am

I.11 Verfassung und Völkerrecht (Diggelmann)

zu Teilumsetzungen solcher Initiativen, die auf allen Seiten Frustrationen erzeugten.⁶⁰ Aus der hier interessierenden Optik und ins Allgemeine gewendet: Der Grosstrend der Verlagerung der Politik auf die völkerrechtliche Ebene hat zu aktuellen Kollisionen beigetragen, weil die staatlichen Vermeidungsstrategien den stetig zunehmenden virtuellen Kollisionen nur bedingt Rechnung tragen und aktuelle Kollisionen in Kauf nehmen. Das Schweizer Modell schützt in einem als besonders sensibel empfundenen Bereich, jenem der Bürgerpartizipation, das Eigene auch vor bereits eingegangenen völkerrechtlichen Bindungen. Dafür ist es bereit, den Preis für aktuelle Kollisionen zu bezahlen.

- 25 Die fortschreitende Verlagerung führt allerdings zu einem immer höheren Preis für den Schutz des Eigenen. Wenn virtuelle Kollisionen zunehmen, wird die Vermeidung aktueller Kollisionen quantitativ bedeutender und qualitativ anspruchsvoller. Entscheide für die Ermöglichung aktueller Kollisionen haben höhere Kosten zur Folge. Die konsequente Umsetzung der via »Masseneinwanderungsinitiative« zustande gekommenen Verfassungsbestimmung etwa hätte absehbar das Ende der Bilateralen Verträge I mit der EU zur Folge gehabt; vor Eingehen dieser Bindung hätte die Initiative ohne Weiteres implementiert werden können. Je zahlreicher die Bindungen sind, umso mehr nehmen die Nebenfolgen von Vorrangregeln zu Gunsten des Eigenen zu. Der Preis für die Priorität des Landesrechts im Kollisionsfall steigt, und das bedeutet auch: Die Rangregelung wird als Folge des Grosstrends wichtiger. Sie muss mehr aktuelle Kollisionsfälle entscheiden. Eine weitere und sich wiederum daraus ergebende Schwierigkeit besteht darin, dass die Rangregelung aus den erwähnten Gründen, insbesondere wegen der Heterogenität des Völkerrechts, sinnvollerweise nicht rigide formuliert sein sollte. Sie sollte Spielräume für unterschiedliche Konstellationen offen lassen. Das Wachstum des Völkerrechts trägt damit – kaum vermeidbar, wenn man die Kosten einer rigiden Rangregelung für zu hoch hält – zu einer gewissen Aufweichung rechtsstaatlich an sich gebotener Erwartungssicherheit des Rechts bei. Man kann die am 25. November 2018 abgelehnte »Selbstbestimmungsinitiative«, die die Rangfrage klären wollte, auch als Versuch einer partiellen Antwort auf diese Situation lesen. Sie hätte das Über- und Unterschliessende einer eindeutigen Regelung für mehr – oder zumindest vermeintlich mehr – Klarheit in Kauf genommen. Sie hätte es der Praxis überlassen, diese Nachteile abzufedern.

9.2.2014; die »Alpeninitiative« kollidierte mit bestehenden Vereinbarungen zum Transitverkehr, die »Verwahrungsinitiative« und die »Ausschaffungsinitiative« widersprachen menschenrechtlichen Verpflichtungen, und die »Masseneinwanderungsinitiative« war mit den Bilateralen Verträgen I mit der EU nicht vereinbar.

60 Dazu etwa: *Giovanni Biaggini*, Zur Umsetzung von Art. 121a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen)?, ZBl 2016, S. 588 ff.

I. Teil Grundlagen

3. Reaktionsmöglichkeiten: Welche Demokratie für das 21. Jahrhundert?

Es versteht sich nach dem Ausgeführten, dass es auf die Makroveränderungen keine einfachen Antworten gibt. Der erste Schritt bei komplexen Verschiebungen der beschriebenen Art sollte sein, die richtigen Fragen zu stellen und die falschen zurückzuweisen. Eine in diesem Sinne »falsche« Frage ist etwa, wie die Verschiebungen in der Institutionenordnung durch kompensatorische Massnahmen vollständig wieder eingefangen und rückgängig gemacht werden können. Richtigerweise sind zuerst die Verschiebungen in ihrer Gesamtheit in den Blick zu nehmen und die Fragen nach den Grenzen der Kompensierbarkeit und den Kosten von Kompensationsmassnahmen zu stellen. Nicht zu den sinnvollen Fragen zählen würde ich auch jene, wie der Verfassung und der Volksinitiative »endlich wieder Vorrang« vor dem expandierenden Völkerrecht verschafft werden kann. Grundfaktum ist in diesem Zusammenhang, dass der Preis für Bereitschaft zur Missachtung von Völkerrecht steigt, allenfalls in Form abnehmender Kooperationsbereitschaft anderer Staaten. Fragen nach dem Schutz des Eigenen sollten vielmehr so formuliert sein, dass die Entwicklung bei den Kosten mitgedacht und mitbenannt werden. Die Reformfrage ist, in ihrem Kern, die bereits angesprochene komplexe Aufgabe des Ausbalancierens von drei Teilzielen: der Verlässlichkeit nach aussen (Beachtung des Völkerrechts), der Verlässlichkeit im Innern (demokratische Legitimation) und der ausserpolitischen Handlungsfähigkeit (keine Selbstblockade). Die Antwort kann keine statische sein und hat angesichts des anhaltenden Grosstrends immer etwas Vorläufiges, das Ausbalancieren sollte daher als Daueraufgabe begriffen werden. Das Problem lässt sich als Spielart des vom Entwicklungsökonomeni Dani Rodrik als »Trilemma der Globalisierung« beschriebenen Problems begreifen, wonach zwischen den Zielen der Teilnahme an der Globalisierung, der Verwirklichung von Demokratie und des Schutzes staatlicher Souveränität Wechselwirkungen bestehen und Massnahmen jeweils höchstens zwei der drei Teilziele auf einmal verwirklichen können, jede Massnahme hat unerwünschte Nebenwirkungen.⁶¹ Es geht daher weniger um Richtigkeit einer einzelnen Massnahme als vielmehr um Optimierung des gesamten Institutionenarrangements unter Bedingungen fortschreitender Internationalisierung.

Für künftige Diskussionen wäre ein Bewusstsein hilfreich, dass sich die Problematik im Grundsatz für alle Demokratien moderner Industriestaaten stellt. Alle müssen ihre institutionellen Arrangements darauf hin überprüfen, wie weit das spezifische Austarieren der Teilziele, wie weit der *trade-off* zwischen ihnen, noch mit der Situation der Zeit zusammenstimmt. Moderne Demokratien dürften alle in der einen oder anderen Form die Erfahrung begrenzter Wirksamkeit kompensatorischer Reaktionen gemacht haben, wenngleich vereinzelt Stärkungen des Parlaments oder – in Staaten mit direkter Demokratie – der Volks-

61 Dani Rodrik, *The Globalization Paradox, Democracy and the Future of the World Economy*, New York/London 2011, S. 184 ff. (*The Political Trilemma of World Economy*); für eine Analyse der Bedeutung des von Rodrik identifizierten Trilemmas für das schweizerische Verfassungsrecht: Johannes Reich, *Switzerland*, in Richard Albert et al. (Hrsg.), *Global Review of Constitutional Law 2018* (im Erscheinen).

I.11 Verfassung und Völkerrecht (Diggelmann)

rechte verhandelbar und sinnvoll sein können. Bei der Schlüsselfrage der demokratischen Legitimation scheint mir eine Auseinandersetzung mit der Tatsache auf Dauer unvermeidlich, dass staatliche Demokratie in Zukunft nicht bloss anders, sondern dünner sein wird als heute. Wie weit dies der Fall sein wird, erscheint ungewiss, manches Szenario ist denkbar. Doch die staatliche Demokratie dürfte – wegen der beschriebenen Prozesse – mehr noch als bisher eine Mitsprachedemokratie werden, denn die Mitgestaltung internationaler Normen wird auf Kosten autonomer Rechtsetzung weiter an Boden gewinnen, und auch eine weitere Verschiebung von spezifischer demokratischer Rückkoppelung einzelner Sachfragen zu pauschaleren Entscheiden über Grundoptionen ist zu erwarten. Zu all dem muss sich der Staat verhalten, wobei auch der Entscheid, die Entwicklung auszublenden oder kleinzureden oder in überschaubare Teilfragen zu portionieren, ein Verhalten darstellt, gewiss nicht ein weitsichtiges allerdings. Sinnvoller erscheint es, die Frage nach Veränderungen und realen Optionen offen zu stellen. Um die Situation für die staatliche Demokratie mit einem Paradox zu formulieren: Wenn sie so stark sein will wie möglich, sollte sie sich ihrer relativen (und durchaus nicht notwendigerweise dramatischen) Schwäche und ihren Grenzen mit mehr Realitätswillen stellen. Eine in einem anspruchsvollen Sinn selbstbewusste Demokratie – sich ihrer Stärken und Begrenzungen bewusst – verfügt über das, was der Historiker Fritz Stern »negative capability« genannt hat: die Fähigkeit, über das Unsichere und Beunruhigende nachzudenken, Zweifel auszuhalten, und auf einer solchen Grundlage nach realitätsnahen Lösungen zu suchen.⁶²

62 Fritz Stern, *Gold and Iron*, New York 1979, S. 49, in Anlehnung an John Keats.