

# Constitutio posterior non derogat pactis prioribus? Chiles völkerrechtliche Verträge im Kontext der Verfassungsablösung

Sven Korzilius\*

Heidelberg Center Lateinamerika, Universität Heidelberg, Deutschland / Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile

*sven.korzilius@daad-lektorat.de*

Abstract	606
Keywords	606
I. Einleitung	606
II. Die völkerrechtliche Perspektive	609
1. Der Idealfall: Vertragstreue	609
2. Der Normalfall: Vertragsrechtliche Anpassungs- und Kündigungsmöglichkeiten	610
3. Der Ausnahmefall: Verfassungswechsel in einem Vertragsstaat?	611
4. Zusammenfassung	615
III. Die verfassungsrechtliche Perspektive	615
1. <i>Treaty Override</i> durch einfache Gesetze in Chile?	616
2. Nachträgliche Normenkontrolle internationaler Verträge in Chile?	619
3. Inkompétence des Verfassungskonvents zur Abgabe völkerrechtlicher Erklärungen	621
4. Internationale Verträge als verfassungsrechtliche Grenze einer neuen chilenischen Verfassung?	621
a) Artikel 135 IV CPR1980	621
b) Unergiebige Auslegungsmethoden	622
c) Hierarchisierung von Ablösungs- und Ewigkeitsnorm durch teleologische Auslegung	623
d) Insbesondere: Normenwahrheit als Auslegungsmaßstab	627
e) Verallgemeinernde Zusammenfassung der Wirkweise von Ewigkeitsklauseln und Ergebnis	630
IV. Zusammenführung der völkerrechtlichen und der verfassungsrechtlichen Perspektive	632
1. Praktische Konkordanz	632
2. Menschenrechtsschutz	633
3. „Verewigung der Marktgemeinschaft“ durch OECD, Freihandelsabkommen und BITs?	635
4. Internationale Verträge und Enteignungen	637
5. Sonstige Verträge	638
V. Ergebnis	639
Summary: Chile's International Treaties in the Context of the Replacement of the Constitution	640
Keywords	640

---

\* DAAD-Fachlektor.

## Abstract

Welche Wechselwirkungen bestehen zwischen Chiles Verfassungsablösung und seinen völkerrechtlichen Vertragsbindungen? Aus Völkerrechtsperspektive berührt der innerstaatliche Vorgang im Idealfall Vertragsverpflichtungen nicht. Schon im Normalfall bestehen aber unzählige Vertragsausstiegsmöglichkeiten, die der Ausnahmefall Verfassungsablösung kaum erweitert.

Band verfassungsrechtlich die Ewigkeitsklausel von 2019 (Art. 135 IV Constitución Política de la República de Chile, CPR1980), der Inhalt völkerrechtlicher Verträge sei zu respektieren, den Verfassungskonvent enger, als das Völkervertragsrecht selbst? Lesarten, die materiellrechtlichen Vertragsinhalt verewigen oder etwaige Vertragskündigungen bedingende Gestaltungen verbieten wollten, werden hier abgelehnt. Dagegen sprechen die fehlende Justiziabilität und der Grundsatz der Normenwahrheit. Die Klausel ermahnt folglich nur zu völkerrechtsschonendem Vorgehen.

Davon ausgehend ortet der Beitrag weite Spielräume Chiles in bestehenden Vertragsregimen und sieht selbst bei durch Kündigung usw. nicht lösbar Widersprüchen Chancen für Vertragsrespekt durch praktische Konkordanz, ggf. mittels völkerrechtskonformen Sekundärrechtsschutzes.

## Keywords

Chile – Verfassungsablösung – Völkervertragsrecht – Ewigkeitsklausel

## I. Einleitung

Die Pinochet-Verfassung erlebte seit der Demokratisierung 1990 wenige Modifikationen, aber neben dem symbolischen Aspekt führte ihre Interpretation als *Magna Charta* des Neoliberalismus zeitig zu Ersetzungsforderungen. Die linksmoderate Präsidentin *Bachelet* präsentierte 2018 einen entsprechenden Entwurf. Ihr konservativer Nachfolger, *Piñera*, betrieb das Projekt nicht weiter. Aus Anlass einer Fahrpreiserhöhung der U-Bahn Santiagos brachen im Oktober 2019 jedoch Sozialproteste aus, verursacht durch Unzufriedenheit mit den sozialen Sicherungssystemen, vor allem mit der seit der Diktatur als Pflichtversicherung in privaten Fonds (*Administradoras de Fondos de Pensiones, AFP*<sup>1</sup>) ausgestalteten Altersvorsorge, hohe Studiengebüh-

---

<sup>1</sup> Einer der Köpfe ist der Bruder des Ex-Präsidenten *Piñera*, José *Piñera Echenique*.

ren, Genderfragen, Umweltprobleme (Wasserknappheit), ein diffuses Gefühl, Gewinne verblieben allein ausländischen Investoren und die damit verbundene Frage der Verstaatlichung zentraler Versorgungs- und Bergbauunternehmen einerseits und Skepsis gegenüber Freihandel und Investitionsschutz andererseits. Mit Themen wie Neo-Extraktivismus, Umweltschutz und Landreform ist die Statusfrage der indigenen Bevölkerung verwoben<sup>2</sup>. Die Proteste erzwangen die Einleitung der Verfassungsablösung<sup>3</sup>. Am 15. November 2019 einigten sich Regierungs- und Oppositionsvertreter darauf, deren Verfahren zu kodifizieren. Die entsprechende Verfassungsergänzung, Ley 21.200<sup>4</sup> vom 24. Dezember 2019, bestimmte die Redaktion des Texts durch einen Verfassungskonvent innerhalb eines Jahres und seine plebiszitäre Annahme. Der im Mai 2021 gewählte Konvent tagte von Juli 2021 bis Juli 2022. Am 4. September 2022 wurde der Verfassungsentwurf im Abschlussplebiszit abgelehnt.

Eine vertiefte, systematische Aufarbeitung der Gründe des Scheiterns ist so kurzfristig unmöglich. Die aktuelle weltwirtschaftliche Krisensituation dürfte jedenfalls die Angst vor Experimenten erhöht haben. Das Votum ist ein Werturteil über die Arbeit des Verfassungskonvents. Allerdings dominiert nicht die berechtigte fachmännische Textkritik,<sup>5</sup> sondern eher ein Gefühl, dass sich die Versammlung immer weiter von der sozialen Basis entfernte. Die Abstimmung ist auch ein Ausdruck der aktuellen Unzufriedenheit mit der Regierung des Präsidenten *Boric*, der sich stark mit dem Verfassungsprojekt identifizierte. Ein geringer Grad an politischer Bildung und mangelndes politisches Interesse breiter Bevölkerungsschichten, vor allem in den Regionen, spielen ebenfalls eine Rolle. Es verwundert nicht, dass die Zustimmung zum Verfassungsentwurf in der Metropolregion Santiago und in Valparaíso (Sitz des Parlaments) am höchsten war (mit 45 % bzw. 42 %). Die Pflicht, am Abschlussplebiszit teilzunehmen, war strukturell eher der Ablehnung förderlich. Inhaltlich wurden der von indigenen Bevölkerungsgruppen geforderte plurinationale Charakter Chiles abgelehnt und die damit verbundene Akzeptanz autonomer indigener Justizsysteme, sowie die Umformung

<sup>2</sup> Vgl. *Octavio Ansaldi/María Pardo-Vergara*, What Constitution? On Chile's Constitutional Awakening, *Law and Critique* 31 (2020), 7-39.

<sup>3</sup> Josef Isensee, § 258 Schlussbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 2014, 131-186, Rn. 24, definiert sie „als Ersetzung der geltenden Verfassung durch eine neue Verfassung nach Regeln, die erstere vorgibt“.

<sup>4</sup> Artikel 130-143 CPR1980.

<sup>5</sup> Der Text ist mit 388 Artikeln viel zu lang, enthält im Grundrechteteil zu viel eventuell nicht erfüllbare Rhetorik und weist im Bereich des Staatsorganisationsrechts Unstimmigkeiten auf, die darauf zurückzuführen sind, dass die Beiträge einzelner Kommissionen abschließend nicht ausreichend harmonisiert wurden.

des Senats zu einer Kammer der Regionen, aber auch das Recht auf Schwangerschaftsabbruch. Nach verbreiteter Ansicht schließt der Entwurf in seiner Abkehr vom neoliberalen Nachtwächterstaat über das Ziel hinaus und bietet zu viel Raum für staatlichen Interventionismus. Schließlich hatten die Gegner der neuen Verfassung die konventionellen Massenmedien weitgehend auf ihrer Seite und wussten auch die sozialen Medien besser zu nutzen als die Befürworter. Teilweise kann man von gezielter Desinformation sprechen.<sup>6</sup> Dies gilt etwa für das Drohszenario, die neue Verfassung brächte Chile venezolanische Verhältnisse.

Mit dem Ausbleiben der Verfassungsablösung scheint die Relevanz des vorliegenden Beitrags entfallen zu sein. Dies ist aus zwei Gründen nicht der Fall. Erstens steht eine eher subtile Kontribution zur Delegitimierung weitgehender Reformerwartungen in seinem Mittelpunkt. Sie leistete *Arturo Fernández*, als er als Repräsentant der Partei UDI in der technischen Kommission den scheinbar harmlosen Vorschlag einbrachte, in Artikel 135 IV der geltenden Verfassung völkerrechtliche Verträge als Schranke der Gestaltungsfreiheit des Verfassungskonvents festzuschreiben. Hier wird (unter III. 4.) am Beispiel des Nebenkriegsschauplatzes dieser Ewigkeitsklausel, die sich auf die Geltung internationaler Verträge stützt, und der Verbreitung ihrer an sich unhaltbar weiten Auslegung aufgezeigt, wie die Abschirmung des Status quo und die Ablehnung der neuen Verfassung diskursiv betrieben wurden.

Der zweite Grund liegt darin, dass der gescheiterte Anlauf nicht das endgültige Aus für einen Verfassungswandel in Chile bedeutet. Schon im Vorfeld des Abschlussplebiszits wurde immer offener über die Möglichkeit, die Verfassung auf anderem Wege abzulösen, diskutiert. Dieser Weg wird nunmehr nicht nur von der Regierung *Boric* favorisiert, sondern sogar von Gruppen akzeptiert, die für die Ablehnung des gescheiterten Entwurfs waren. Das Problem, dass internationale Verträge immer häufiger innere Angelegenheiten regeln und daher Spielräume der Selbstbestimmung tangieren,<sup>7</sup> bleibt also für Chile bestehen, die daraus resultierende Spannung zwischen innerstaatlich demokratisch gebotener Reversibilität von Rechtsnormen<sup>8</sup> ei-

<sup>6</sup> *Alexandra Endres*, Eine neue Verfassung, aber nicht diese. <<https://www.zeit.de/politik/ausland/2022-09/chile-verfassung-referendum/komplettansicht>>, (7.9.2022).

<sup>7</sup> *Christian Fulda*, Demokratie und pacta sunt servanda, Diss. HU Berlin 2002, 193 <<https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/15474/Fulda.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, 7.7.2021; *Christian Tietje*, The Changing Legal Structure of International Treaties as an Aspect of an Emerging Global Governance Architecture, *GYIL* 42 (1999), 26-55; *Joseph Halevi Horowitz Weiler*, The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy, *ZaöRV* 64 (2004), 547-562.

<sup>8</sup> BVerfGE 132, 195 (245).

nerseits und völkerrechtlicher Vertragstreue andererseits<sup>9</sup> wird auch bei einem weiteren Anlauf zum Verfassungswechsel zu lösen sein.

Zunächst werden hier völkerrechtliche Möglichkeiten einer Entpflichtung eruiert; sodann wird die verfassungsrechtliche Warte eingenommen, beginnend mit der Frage, ob sich Chile bisher *treaty override* gestattet, um sodann das Schicksal verfassungswidriger Verträge im Konflikt mit der Konstitution von 1980 zu beleuchten und schließlich zu untersuchen, ob die Verfassungsablösung zur Derogation völkerrechtlicher Verträge führen kann, vor allem angesichts des Artikels 135 IV CPR1980/2019. Abschließend wird vorgeschlagen, nicht vertragskonform aufzulösende Widersprüche durch praktische Konkordanz abzuschwächen, etwa durch Anpassungs- und Übergangsregeln sowie Entschädigungszahlungen.

## II. Die völkerrechtliche Perspektive

### 1. Der Idealfall: Vertragstreue

Das Völkervertragsrecht ist vom Prinzip der Vertragstreue geprägt, vom gewohnheitsrechtlichen<sup>10</sup> Grundsatz *pacta sunt servanda* (Art. 26 WVK) als Ausfluss von Treu und Glauben. Nach Artikel 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) kann sich eine Vertragspartei „nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nictherfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen.“ Selbst bei einem Wechsel innerstaatlichen Verfassungsrechts sind Verträge einzuhalten. Ein Recht auf Revision kennt das Vertragsvölkerrecht nicht.<sup>11</sup> Völkerrechtliche Verträge haben eine konservative Tendenz zum Einfrieren der Situation.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> *Frederik Becker*, Völkerrechtliche Bindung und demokratische Rückbindung am Beispiel des Fiskalvertrags, AVR 52 (2014), 222-255 (222) und *Christian Tomuschat*, *Pacta sunt servanda*, in: *Andreas Fischer-Lescano/Hans-Peter Gasser/Thilo Marauhn/Natalino Ronzitti* (Hrsg.), *Frieden in Freiheit – Peace in liberty – Paix en liberté*: FS für M. Bothe, Baden-Baden: Nomos 2008, 1047-1066.

<sup>10</sup> *Christina Binder*, Die Veränderung innerstaatlicher Verhältnisse als Nictherfüllungsgrund von völkerrechtlichen Vertragspflichten, AVR 47 (2009), 187-219 (192). Manche sprechen auch von einem allgemeinen Rechtsgrundsatz (*Christina Binder*, Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht am Beispiel der nachträglichen Änderung der Umstände. Heidelberg/New York/Dordrecht/London: Springer 2013, 25); *Christina Binder*, The Pacta Sunt Servanda Rule in the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Pillar and its Safeguards, in: *Isabelle Buffard/James Crawford/Alain Pellet/Stephan Wittich* (Hrsg.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Liber Amicorum in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden: Brill 2008, 315-342 (317 ff.).

<sup>11</sup> *Fulda*, (Fn. 7), 149.

<sup>12</sup> *Binder*, Grenzen (Fn. 10).

## 2. Der Normalfall: Vertragsrechtliche Anpassungs- und Kündigungsmöglichkeiten

Eine *margin of appreciation*<sup>13</sup> flexibilisiert Vertragssituationen, ebenso die *dynamische* (= *evolutive*) *Auslegung*.<sup>14</sup> Bei internem Verfassungswandel ist die *souveränitätsfreundlichste* Auslegung zu suchen. Jedenfalls bei Organumgestaltungen<sup>15</sup> können Verträge durch *anpassende Auslegung* gerettet werden,<sup>16</sup> wenn nicht ohnehin Generalklauseln eine solche entbehrlich machen. Abgelehnt wird dagegen die einseitige *approximate application* des Vertrags.<sup>17</sup>

Chile kann Verträge *suspendieren*, wenn dies vorgesehen ist oder alle Parteien zustimmen (Art. 57, 58 WVK). Außerdem können Verträge ein- oder mehrseitig gelöst werden, weil ihre Beendigung schon im Vertrag bedacht ist<sup>18</sup> oder ein Gesamtkonsens besteht (Art. 54 WVK). Verträge enthalten oft Rücktrittsklauseln (Art. 54)<sup>19</sup> oder erlauben (ggf. teilweise)<sup>20</sup> Kündigung oder Rücktritt, jedenfalls dann, wenn sich dies aus der Absicht der Parteien ergibt (Art. 56 I (a) WVK). Unzählige Statuten internationaler Organisationen sehen Austrittsrechte vor.

Fehlt eine Kündigungsklausel, mag Chile geneigt sein, die Natur des Vertrages anzuführen (Art. 56 I (b) WVK) und im Sinne *Fuldas* ein Kündungsrecht schon daraus zu konstruieren, dass ein Vertrag innere Angelegenheiten betrifft. Eine so weite Interpretation der „Natur des Vertrags“ ist aber abzulehnen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage selbst für Verträge, die „die Wirtschafts- und Sozialverfassung der Vertragsparteien im Kern betreffen“, nicht positiv beantwortet.<sup>21</sup> Verträge sind nicht schon wegen jedes internen Umschwungs nach Artikel 56 I (b) kündbar. Die Gruppe betroffener

<sup>13</sup> Die noch keine allgemeine völkerrechtliche Doktrin ist (*Yuval Shany*, Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *EJIL* 16 (2005), 907-940).

<sup>14</sup> *Binder*, Grenzen (Fn. 10), 76-90, sieht eine Bedeutungszunahme im jüngeren Fallrecht.

<sup>15</sup> Wie die Ersetzung des chilenischen Senats durch eine Regionenkammer, *Cámara de las Regiones*. <<https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BÖRRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf>>, 23.2.2022.

<sup>16</sup> Eine Kooperation USA-Chile auf Senatsebene könnte der *Senate* mit der Regionalkammer fortsetzen.

<sup>17</sup> *Shabtai Rosenne*, Breach of Treaty, Cambridge: Grotius 1985, 95 ff.; *apud Binder*, Grenzen (Fn. 10), 105-110.

<sup>18</sup> Insbesondere Fristablauf, Zweckerreichung.

<sup>19</sup> *Christian Feist*, Kündigung, Rücktritt und Suspendierung. Berlin: Duncker und Humblot 2001. Empirisch fand *Kelvin Widdows*, The Unilateral Denunciation of Treaties Containing No Denunciation Clause, *BYIL* 53 (1982), 83-114, nur rund zehn Prozent der erhobenen Verträge ohne Zeitablauf oder Beendigungs- oder Kündigungsklausel. Zur Praxisrelevanz der ordentlichen Kündigung *Laurence R. Helfer*, Exiting Treaties, *Va. L. Rev.* 91 (2005), 1579-1648.

<sup>20</sup> Artikel 44 WVK.

<sup>21</sup> BVerfGE 132, 195 ff.

Verträge wäre unbegrenzt und Artikel 26 und 27 WVK würden ausgehöhlt.<sup>22</sup> Außerdem verweist die Norm auf die *Vertragsnatur* und nicht auf die Natur der kündigungsbegründenden Umstandsänderung. Das Kündigungsrecht aus der Natur des Vertrags ist restriktiv zu handhaben. Nach gegenwärtiger Staatenüberzeugung stieße Chile mit der fuldaschen Argumentation auf Widerstand. Im Beispiel einer Kooperation auf Senatsebene kann dagegen bei einem völligen Wegfall der Zweiten Kammer durch Verfassungswechsel der Vertrag als einfacher Kooperationsvertrag auch ohne Kündigungsklausel problemlos beendet werden. Chile kann Verträge für obsolet erklären<sup>23</sup> oder versuchen, durch Nichtanwendung *desuetudo*<sup>24</sup> oder konkludente Beendigung herbeizuführen. Zahlreiche der Verträge Chiles weisen Revisions-<sup>25</sup> oder Anpassungsklauseln auf oder sehen Neuverhandlungsrunden vor.<sup>26</sup>

### 3. Der Ausnahmefall: Verfassungswechsel in einem Vertragsstaat?

Eine *offenkundige Verletzung innerstaatlicher Zuständigkeitsregeln* kann zur Ungültigkeit der abgegebenen Erklärung führen (Art. 46 WVK). Dies könnte in folgendem Szenario operationalisiert werden: Um bewusst „den Spielraum nachfolgender Regierungen aus der [damaligen] Opposition durch völkerrechtliche Verträge einzuengen“,<sup>27</sup> wäre die Regierung *Piñera* noch ein *unkündbares* Abkommen eingegangen. Die Regierung *Boric* (amtierend seit März 2022) könnte argumentieren, dass aufgrund des Verfassungswechsels die Vorgängerregierung schon zur Zurückhaltung bezüglich des Eingehens solcher völkerrechtlicher Bindungen verpflichtet war. Eine solche Unterlassungspflicht besteht jedoch nicht, jedenfalls scheitert ihre Geltendmachung gegenüber Vertragspartnern an Artikel 46 II WVK, denn eine solche innere Pflicht wird kaum ohne Weiteres objektiv erkennbar sein. Außerdem enthält

<sup>22</sup> Becker (Fn. 9), 243; Tomuschat (Fn. 9), 1054 ff., 1064 f.

<sup>23</sup> Binder, Grenzen (Fn. 10), 311, beurteilt die Voraussetzungen als „sehr hoch“.

<sup>24</sup> Marcelo Gustavo Kohen, Desuetude and Obsolence of Treaties, in: Enzo Cannizzaro (Hrsg.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford: Oxford University Press 2011, 350-359; Binder, Grenzen (Fn. 10), 267-313.

<sup>25</sup> Robert R. Wilson, Revision Clauses in Treaties Since the World War, *Am. Polit. Sci. Rev.* 28 (1934), 901-909; George W. Keeton, The Revision Clause in Certain Chinese Treaties, *BYIL* 10 (1929), 111-136. Art. 36 des *Straddling Fish Stocks Agreement*, dem Chile 2016 beitrat, enthält eine periodische Überprüfungskonferenz, Chiles Freihandelsabkommen mit Indonesien eine dreijährliche Revision (Art. 14.5).

<sup>26</sup> In Neuverhandlungen erblickt Nicolás M. Perrone, *La reforma constitucional y el Derecho Internacional Económico*, eine Lösung, <<https://ciperchile.cl/2020/01/24/la-reforma-constitucional-y-el-derecho-internacional-economico/>>.

<sup>27</sup> Fulda (Fn. 7), 113.

Artikel 7 II a WVK eine unwiderlegliche Vermutung, so dass Artikel 46 nicht gegen Vertragsschlüsse des zuständigen Präsidenten gerichtet werden kann. Der Ansatz, die Knebelung nachfolgender Regierungen durch Verträge ohne Kündigungsmöglichkeit als Verstoß gegen das Demokratieprinzip als etwai- gem Bestandteil völkerrechtlichen *ius cogens* (Art. 53 WVK) hochzuzonen, ist ebenfalls zu verwerfen.<sup>28</sup>

Die Verfassungsbefreiung begründet wohl kein *außerordentliches* Kündigungs-, Rücktritts- oder Beendigungsrecht. Ein bloßer ideologischer Umschwung galt stets als unzureichend, um von der Vertragstreue abzugehen,<sup>29</sup> und selbst ein Wechsel des Verfassungsrechts reicht für einen *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (Art. 62 WVK) kaum aus. Chiles eigener Vorbehalt gegenüber der *clausula*<sup>30</sup> ist zwar zurückziehbar (Art. 22 WVK), weitere Hürden bestehen jedoch. Die komplexe und weite *clausula* wird restriktiv gehandhabt.<sup>31</sup> Nach Artikel 22 des zweiten *Waldock*-Berichts sollten politische Änderungen im betroffenen Vertragsstaat kein Anwendungsfall sein.<sup>32</sup> Der WVK-Entwurf von 1963 enthielt den Absatz nicht mehr<sup>33</sup>. Dies führte zwar zu einer Kontroverse, zumal einige Mitglieder der International Law Commission (ILC) politische Veränderungen nicht ausschließen wollten, die heute herrschende Meinung und Praxis (des Internationalen Gerichtshofs [IGH])<sup>34</sup> erkennt innere politische Umschwünge jedoch nur in Extremfällen als ausreichend an.<sup>35</sup> Zwar ist *Christiane Simmler*<sup>36</sup> zuzugestehen, dass in der politischen Einstellungsänderung eines Vertragsstaates „eine grundlegende<sup>37</sup> Veränderung der beim Vertragsschluss vorliegenden Umstände“ gese-

<sup>28</sup> *Fulda* (Fn. 7), 142; *Becker* (Fn. 9), 234.

<sup>29</sup> *Francesco Capotorti*, *L'extinction et la suspension des traités*, *RdC* 134 (1971), 417-587 (543).

<sup>30</sup> *Maria Teresa Infante Caffi*, *Reservas y objeciones al artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, relativo al cambio fundamental de las circunstancias*, *Revista de Derecho de la PUC de Valparaíso* 6 (1982), 465-483.

<sup>31</sup> *Becker* (Fn. 9), 250; *Wolfgang Graf Vitzthum*, in: *Wolfgang Graf Vitzthum/Alexander Proelß* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 8. Aufl., Berlin: De Gruyter 2019, Rn. 130.

<sup>32</sup> *Sir Humphrey Waldock*, *Report II*, *YBILC* 1963-II, 36-94 (79 f.).

<sup>33</sup> *ILC Draft 1963*, *YBILC* 1963-II, 189, 207.

<sup>34</sup> *IGH*, *Gabcíkovo-Nagymaros Project* (*Hungary v. Slovakia*), *Urteil v. 25.9.1997*, *ICJ Rep.1997*, 7 ff. (slowakisch-ungarisches Donau-Staudammprojekt): Weder der Zusammenbruch des Ostblocks, noch das Erstarken ökologischer Bedenken in Ungarn reichten zur Vertragslösung aus.

<sup>35</sup> *Fulda* (Fn. 7), 214, 220. *Nancy Kontou*, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, New York: Oxford University Press 1994, 149, hält im Fall von „legal changes“ Artikel 62 unter Umständen für anwendbar.

<sup>36</sup> *Christiane Simmler*, „*Change of Policy*“. Die Änderung der politischen Linie eines Staates als Voraussetzung für eine einseitige Vertragsänderung nach Artikel 62 WVRK?, *AVR* 37 (1999), 226-234 (234).

<sup>37</sup> Wobei „grundlegend“ streng vertragsbezogen ist (*Binder*, *Grenzen* (Fn. 10), 138).

hen werden kann, es müssen aber diese *circumstances* im Zeitpunkt seines Abschlusses für den Vertrag wesentlich und ihre Veränderung unvorhergesehen gewesen sein. Außerdem muss die Umstandsänderung zu einer tiefgreifenden Umgestaltung der zu erfüllenden Verpflichtungen geführt haben. Der IGH verlangt eine *unzumutbare Belastung* durch Festhalten am Vertrag.<sup>38</sup> Die Berufung auf die *clausula* wegen innerer Umstandsänderungen scheitert regelmäßig;<sup>39</sup> Chile hat geringste Aussichten, sich hierauf zu berufen, zumal es kaum *case law* zum Verfassungswechsel als Anwendungsfall des Artikels gibt. Nur als „Inzentiv für Vertragsverhandlungen“<sup>40</sup> kann das Argument herhalten.

Artikel 61 WVK erlaubt es, sich für die Beendigung des Vertrags, den Rücktritt von demselben oder seine Suspendierung auf eine aus dem Untergang eines zur Ausführung des Vertrags unerlässlichen Gegenstandes resultierende (vorübergehende) nachträgliche Unmöglichkeit zu berufen. Dies ist bei körperlichen Gegenständen unproblematisch.<sup>41</sup> Wenn durch eine Verfassungsänderung die Lage verändert wird, wie bei der Abschaffung eines Organs, ist dagegen fraglich, ob es sich um faktische oder rechtliche Unmöglichkeit handelt. Dies ist differenziert zu beantworten, je nachdem, welche Seite die Unmöglichkeit geltend macht. Für die Partei, die sie durch eine Verfassungsänderung herbeigeführt hat, ist sie nur rechtlicher Natur und damit für Artikel 61 WVK unbeachtlich<sup>42</sup> (das abgeschaffte Organ kann wieder eingerichtet werden), während die andere Partei innere Verhältnisse auf der Verursacherseite als bloße Fakten betrachten und sich deshalb auf Artikel 61 berufen kann.<sup>43</sup> Bei Objekten, die durch die „faktische Kraft des Normativen“ wegfallen, ist Artikel 27 WVK zu Ungunsten der Verursacherpartei in Artikel 61 WVK hineinzulesen, denn diese Partei vermag den *status quo ante* wieder herzustellen. Ist die Berufung auf Artikel 61 WVK dem verfassungsändernden Staat schon deshalb verwehrt, weil er dadurch nur eine *rechtliche* Unmöglichkeit herbeigeführt hat, so ist sie es zumeist auch unter dem Gesichtspunkt des Ver-

<sup>38</sup> IGH, *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Urteil v. 2.2.1973, ICJ Reports 1973, 3, (21 Abs.43). Vgl. Binder, Grenzen (Fn. 10), 137-143.

<sup>39</sup> Binder, Veränderung (Fn. 10), 198.

<sup>40</sup> Binder, Grenzen (Fn. 10), 175.

<sup>41</sup> Paul Reuter, Introduction to the Law of Treaties, New York: Kegan Paul International 1995, 186.

<sup>42</sup> Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum, Völkerrecht, Bd. I/3, 2. Aufl., Berlin: De Gruyter 2002, 740 ff.

<sup>43</sup> Abzulehnen ist eine moralische Unmöglichkeit/Unzumutbarkeit, etwa beim Abgleiten des Vertragspartners in eine Diktatur (Hans-Heinrich Lindemann, Die Auswirkungen der Menschenrechtsverletzungen in Surinam auf die Vertragsbeziehungen zwischen den Niederlanden und Surinam, ZaöRV 44 (1984), 64-93 (81); Binder, Grenzen (Fn. 10), 194).

tragsbruchs.<sup>44</sup> Die nach Artikel 61 WVK im Falle physischer Unmöglichkeit bestehende Wiederherstellungspflicht existiert im Fall selbstverursachter rechtlicher Unmöglichkeit erst recht. Bislang akzeptiert kein Gericht die entsprechende Argumentation mit Artikel 61 WVK,<sup>45</sup> er ist im chilenischen Fall unfruchtbar.<sup>46</sup>

Der Begriff Verfassungsnotstand suggeriert Konstruktionsmöglichkeiten eines *Notstands*<sup>47</sup> zugunsten Chiles, dies ist aber noch aussichtsloser als zuvor erörterte Ansätze; die Voraussetzungen sind noch restriktiver. Das Tatbestandsmerkmal *essential interest* verlangt allerdings keine Existenzbedrohung. Die Durchsetzung neuer Verfassungsprioritäten, etwa Umweltschutz, ist hierunter subsumierbar.<sup>48</sup> Die Frage, ob entgegenstehende Verträge eine schwere und unmittelbare Gefahr für die neue Ordnung sind, muss jedoch verbunden mit dem Tatbestandsmerkmal geprüft werden, dass die Partei nicht selbst zum Notstand beigetragen haben darf, wogegen sie im Fall einer systemwechselnden Verfassungablösung schon verstößt. Außerdem muss die Nichterfüllung von Vertragspflichten die einzige Möglichkeit des Schutzes für den Staat sein.<sup>49</sup> Vertragsgemäße Mittel sind vorzuziehen, bei Verträgen mit ordentlicher Lösungsmöglichkeit also diese, bei nur außerordentlich kündbaren Verträgen die Beendigung nach den vorangehend geprüften Artikeln. Es darf kein wesentliches Interesse eines anderen Staates oder der internationalen Gemeinschaft, Menschenrechtsschutz eingeschlossen,<sup>50</sup> beeinträchtigt werden, und die Notstandsmaßnahme darf nicht gegen *ius cogens* verstossen. Ein Präzedenzfall existiert nicht.<sup>51</sup> Es treffen Chile jedenfalls Entschädigungspflichten.<sup>52</sup> Noch weniger kann das Not-

<sup>44</sup> IGH, *Gabcíkovo-Nagymaros* (Fn. 34); *LAFICO v. Burundi*, ILR 96 (1991), 279, 318.

<sup>45</sup> *Binder*, Veränderung (Fn. 10), 200; *Binder*, Grenzen (Fn. 10), 201-204.

<sup>46</sup> Allerdings kann ein Beharren auf Unkündbarkeit durch andere Vertragsparteien rechtsmissbräuchlich sein (*Binder*, Veränderung (Fn. 10), 192, mit *John F. O'Connor*, *Good Faith in International Law*, Aldershot: Dartmouth 1991, 111).

<sup>47</sup> Zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung und zu Artikel 25 ILC *Binder*, Grenzen (Fn. 10), 325-342.

<sup>48</sup> *Binder*, Grenzen (Fn. 10), 367-368.

<sup>49</sup> Ausführlicher *Binder*, Veränderung (Fn. 10), 213; *Binder*, Grenzen (Fn. 10), 345-364.

<sup>50</sup> *Bruno Simma*, From Bilateralism to Community Interest, RdC 250 (1994-VI), 242.

<sup>51</sup> *Binder*, Grenzen (Fn. 10), 365-382.

<sup>52</sup> *Théodore Christakis*, Nécessité n'a pas de loi?, in: Société Française pour le Droit International (Hrsg.), *La nécessité en droit international*: colloque de Grenoble, Paris: Pédone 2007, 9 ff.; *Théodore Christakis*, Les "circonstances excluant l'illicéité": une illusion optique?, in: Olivier Corten (Hrsg.), *Droit du pouvoir, Pouvoir du droit – Mélanges offerts à Jean Salmon*, Brüssel: Bruylant 2007, 223-270; *James Crawford*, Revising the Draft Articles on State Responsibility, EJIL 10 (1999), 435-460 (444); *Mathias Forteau*, Reparation in the Event of a Circumstance Precluding Wrongfulness, in: *James Crawford/Alain Pellet/Simon Olleson/Kate Parlett* (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2010, 887-893.

standsargument dafür herhalten, die Erfüllung von Verträgen aus der *Pinochet*-Diktatur zu verweigern.<sup>53</sup> Erst recht ausgeschlossen ist eine Berufung auf *höhere Gewalt* (Art. 23 ILC-Artikel). Die Oktoberunruhen von 2019 mögen als *force majeure* durchgehen,<sup>54</sup> die Verfassungsablösung wurde aber institutionalisiert und ist nichts außerhalb staatlicher Kontrolle Ablaufendes. Als Rechtsfolge sehen Notstand und höhere Gewalt Vertragsbeendigung eher nicht vor.<sup>55</sup>

## 4. Zusammenfassung

Die Verfassungsablösung bietet Chile keine Privilegierung, um von Vertragspflichten frei zu werden. Eine Berufung auf Artikel 61 und 62 WVK erscheint ausgeschlossen. Die Einberufung des Verfassungskonvents führte nicht zu offenkundiger äußerer Unzuständigkeit noch amtierender Organe (Art. 46 WVK), schon gar nicht lässt sich völkerrechtliches *ius cogens* ausmachen, welches unkündbare Vertragsbindungen wegen der Knebelung zukünftiger Generationen als undemokratisch verbietet (Art. 53 WVK). Ein Kündigungsrecht wegen der Vertragsnatur (Art. 56 I (b) WVK) ist eng zu konstruieren. Der Verfassungswechsel begründet weder Notstand noch höhere Gewalt.

## III. Die verfassungsrechtliche Perspektive

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive kreiert das Völkervertragsrecht Normen, welche zu innerstaatlichem Recht in Beziehung gesetzt werden, was Derogationsmöglichkeiten impliziert (*lex posterior, lex superior*). Daher wird untersucht, ob ein internationaler Vertrag in Chile schon durch ein einfaches jüngeres Gesetz innerstaatlich in seiner Wirkung verdrängt werden kann, sodann, ob ein innerstaatlich bereits in Kraft getretener internationaler Vertrag noch auf seine Verfassungswidrigkeit hin überprüft werden darf, um vor diesem Hintergrund Artikel 135 IV CPR1980/2019 auszulegen.

<sup>53</sup> Vgl. *Binder*, Veränderung (Fn. 10), 214.

<sup>54</sup> Case law: *Aucoven* (Venezuela), Iran-US Claims Tribunal, *apud Binder*, Grenzen (Fn. 10), 402 f.

<sup>55</sup> *Binder*, Grenzen (Fn. 10), wobei fallweise (Iran-US Claims Tribunal) doch Vertragsbeendigung erfolgte (422, 424).

## 1. Treaty Override durch einfache Gesetze in Chile?

Einige Staaten (darunter – spätestens<sup>56</sup> seit 2015<sup>57</sup> – Deutschland<sup>58</sup>) folgern etwa daraus, dass sie internationale Verträge nur als einfachgesetzliches Recht in ihr nationales Recht inkorporieren, dass spätere Gesetze das Vertragsgesetz derogieren können.<sup>59</sup> Wenn Chile sich zum einfachgesetzlichen *treaty override* verfassungsrechtlich berechtigt erachtet, wird es sich zum *treaty override* durch Verfassungswechsel erst recht berechtigt ansehen, wobei „berechtigt“ sich hier selbst den Staaten zufolge, die diese Praxis betreiben, nicht auf das Völkerrecht bezieht,<sup>60</sup> sondern allein auf das Verfassungsrecht.<sup>61</sup> Ob Staaten sich Abkommensüberschreibung genehmigen, hängt davon ab, wie ihre Verfassung das Verhältnis von Völkervertragsrecht und innerstaatlichem Recht gestaltet. Nationen, die Völkervertragsrecht verfassungsrechtlich Vorrang vor nationalem Recht einräumen, versagen sich *override*.<sup>62</sup>

In Chile ist die Kodifikation des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und nationalem Recht defizitär.<sup>63</sup> Die Verfassungen von 1833 und 1925 schweigen dazu, insbesondere zum Rang inkorporierter Verträge innerhalb der Normenhierarchie. Die ältere Rechtsprechung („*Godoy y otros con Fisco*“, 1913<sup>64</sup>,

<sup>56</sup> Schon BVerfGE 6, 309 (363) – *Reichskonkordat*.

<sup>57</sup> BVerfGE 141, 1; hierzu Anne Peters (2016), <<https://www.ejiltalk.org/new-german-constitutional-court-decision-on-treaty-override-tripelianism-continued-2/>>; Carla de Pietro, Tax Treaty Override, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law 2012, 59, 198, 210, *passim*.

<sup>58</sup> Moris Lehner, Quebra de tratados tributários: Direito internacional público, comparado e perspectivas constitucionais, Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional 5 (2013), 257-266 (265) nennt auch Australien, Österreich, Schweiz, Vereinigtes Königreich; zu den USA Detlev Vagts, US and its treaties, AJIL 95 (2001), 313-334.

<sup>59</sup> Für Österreich Bruno Binder, Das Völkerrecht im österreichischen Staatsrecht, ZaöRV 35 (1975), 281-340 (326).

<sup>60</sup> Völkervertragsrechtlich bleibt der *treaty-override* gebunden (Malcolm N. Shaw, International Law, 4. Aufl. Cambridge: Cambridge University Press 1997, 120; Fulda (Fn. 7), 197).

<sup>61</sup> Alexander Rust, Germany, in: Guglielmo Maisto (Hrsg.), Tax Treaties and Domestic Law, EC and International Tax Law Series, Vol. 2, Amsterdam: IBFD 2006, 233-243 (237); de Pietro (Fn. 57), 210; Robert Frau/Matthias Trinks, Zum Spannungsverhältnis von Völker- und Verfassungsrecht – Bevorstehender Umbruch der Rechtsordnung durch Bundesfinanzhof und Bundesverfassungsgericht?, DÖV 66 (2013), 228-233 (der h. M. folgend); Robert Frau, Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag, Tübingen: Mohr Siebeck 2015; ebenso Moris Lehner, Treaty Override ist nicht verfassungswidrig. Anmerkung zum Beschluss des BVerfG v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12, IStR 2016, 217-220; auch Becker (Fn. 9), 227-229 folgt letztlich BVerfG und h. M. (228).

<sup>62</sup> Auflistung bei Lehner (Fn. 58).

<sup>63</sup> <<https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/12/20/tratados-internacionales-en-el-proyecto-de-reforma-para-nueva-constitucion-o-como-cambiar-un-problema-por-otro-mayor/>>.

<sup>64</sup> Godoy y otros con Fisco (1913), Revista de Derecho y Jurisprudencia 12, (2. Teil, 1. Abschnitt), 104.

„*Sucesión Gardaix con Fisco*“, 1921<sup>65</sup> und „*Junta Provincial de Beneficiencia de Sevilla con Guzmán y otros*“, 1936<sup>66</sup>), maß ihnen Gesetzesrang bei, ein Teil der Lehre sprach von wirklichen Gesetzen,<sup>67</sup> was einfachgesetzliche Derogationsmöglichkeit implizierte.<sup>68</sup> Die Verfassungskommission der Diktatur (*Comisión Ortúzar*) befürwortete einen Anwendungsvorrang des Vertragsrechts im Fall der Kollision mit jüngerem Gesetzesrecht, was sich nicht im Text von 1980 niederschlug.<sup>69</sup> *Silva Bascuñán*<sup>70</sup> behielt die Auffassung vom Anwendungsvorrang später bei, auch wenn er das inkorporierte Vertragsrecht nicht mehr als gegenüber den Gesetzen höherrangig ansah. 1987 wies das Verfassungsgericht inkorporierten Verträgen einen nur infrakonstitutionellen Rang zu.<sup>71</sup> Artikel 5 II CPR in der Fassung von 1989 verpflichtet zwar die Staatsorgane, die in internationalen Verträgen garantierten *Menschenrechte* zu respektieren,<sup>72</sup> lässt die damit verbundene Rangfrage<sup>73</sup> allerdings ungelöst.<sup>74</sup> Seitdem wird die Frage einer Derogationsmöglichkeit durch nationales Recht nicht mehr für alle internationalen Verträge einheitlich beantwortet, sondern getrennt nach Menschenrechtskonventionen und sonstigen Verträgen. 1993 äußerte sich der chilenische Kongress zu der Rang-

<sup>65</sup> *Sucesión Gardaix con Fisco* (1921), *Revista de Derecho y Gaceta de los Tribunales*, 1921 (1. Halbjahr), 22.

<sup>66</sup> *Junta Provincial de Beneficiencia de Sevilla con Guzmán y otros* (1936), *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 33, (2. Teil, 1. Abschnitt), 449.

<sup>67</sup> *Miriam Henríquez Viñas*, Los tratados internacionales en la constitución reformada, *Revista de Derecho Público* 69 (2007), 313-323 (319, Fn. 9); *Miriam Henríquez Viñas*, Evolución de la Jurisprudencia en torno al artículo 5º inciso 2º de la Constitución, *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Atacama*, I (1), 2003, 47-68.

<sup>68</sup> *Ximena Fuentes Torrijo/Diego Pérez Farias*, El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte* 25 (2018), 119-156 (134).

<sup>69</sup> *Comisión Ortúzar*, Bd. I, Pdf-Bild 1000, 47. Sitzung; 20. Juni 1974, 22.5.2022, und 367. Sitzung (9. Mai 1978), Bd. X, Pdf-Bild 960. *Gúzman Errázuriz* (371. Sitzung, 16. Mai 1978, Bd. XI, Pdf-Bild 8) meinte, es sei ausdrücklich zu kodifizieren, dass ein späteres Gesetz das Vertragsrecht nicht derogieren könne. Es obsiegte aber die Meinung, die Verfassung möge zur Frage des *treaty override* nicht offen Stellung nehmen.

<sup>70</sup> *Alejandro Silva Bascuñán*, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bd. IV. La Constitución de 1980. Bases de la Inconstitucionalidad. Nacionalidad y Ciudadanía. Justicia Electoral, 1997, 124.

<sup>71</sup> Rol (≈Aktenzeichen) 46, vom 21. Dezember 1987.

<sup>72</sup> *Francisco Cumplido Cereceda*, La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: Sentido y alcance de la reforma. *Doctrina y jurisprudencia, Ius et Praxis* 9 (2003), 365-374.

<sup>73</sup> *Jorge Precht Pizarro*, Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional convencional y Derecho Interno Chileno, *Revista Chilena de Derecho Público* 23 (1996), 381-405 (389); *Crisólogo Bustos Valderrama*, Naturaleza Jurídica de los tratados y su relación jerárquica con la ley, *Revista de Derecho* 7 (2002), 35-47.

<sup>74</sup> *Marisol Peña Torres*, La reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales, *Revista de Estudios Internacionales* 38 (2005), 41-56 (47).

frage<sup>75</sup> und nahm die Haltung ein, internationale Verträge stünden in Chile weder über den einfachen Gesetzen noch gar über der Verfassung. Was die Reform von 2005<sup>76</sup> für die *override*-Frage bedeutet, ist umstritten.<sup>77</sup> Viele sehen die Hierarchiefrage weiterhin als ungelöst an,<sup>78</sup> andere gehen davon aus, dass durch die neue Fassung klarer werde, dass Verträge nicht *als* Gesetze verabschiedet werden, sondern nur *wie* Gesetze.<sup>79</sup> Unabhängig von der Rangfrage sei ein *override* durch ein Gesetz also schon deswegen unmöglich, weil der Vertrag ein *aliud* zum Gesetz sei. Das Thema blieb kontrovers.<sup>80</sup> Ein Argument ist der von Artikel 96.1 der spanischen Verfassung inspirierte Artikel 54, Ziffer 1, V CPR in der jüngsten Fassung.<sup>81</sup> *Henríquez Viñas* interpretiert seinen Gehalt im Sinne eines Vorrangs des Völkervertragsrechts vor dem nationalen Recht.<sup>82</sup> Zwar äußert sie sich nicht detailliert zu der Art des Vorrangs, einfachgesetzliche Überschreibung muss aber wohl verboten sein. Auf vergleichbarer Linie liegen *Aldunate Lizana*<sup>83</sup> und *Nogueira*, der so starke Ausdrücke wie „Unantastbarkeit“ oder „Widerstand“ des Vertrags verwendet.<sup>84</sup> *Neumann* zufolge stehen die betroffenen Verträge normhierar-

<sup>75</sup> Etwa aus Anlass des Abkommens mit Deutschland zur Rentenversicherung (BGBl. II 1993, Nr. 28, 1225); *Teodoro Ribera Neumann*, El Derecho Internacional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno, in: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Hrsg.): Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional. Santiago: Lom Ediciones 2001, 25.

<sup>76</sup> Siehe die Änderung des damaligen Artikels 50 (heute 54). A. F.: <cprch.PDF (camara.cl)>; n. F.: <[https://cdn.digital.gob.cl/filer\\_public/ae/40/ae401a45-7e46-4ab7-b9d3-1f7cc5afa9d6/constitucion-politica-de-la-republica.pdf](https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/ae/40/ae401a45-7e46-4ab7-b9d3-1f7cc5afa9d6/constitucion-politica-de-la-republica.pdf)>, 20.9.2021.

<sup>77</sup> *Eduardo Aldunate Lizana*, La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo, *Ius et Praxis* 16 (2010), 185-210; *Karl Müller Guzmán*, Transferencia de atribuciones soberanas a organizaciones internacionales en el derecho chileno, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIV (2015), 493-529.

<sup>78</sup> *Henríquez* (Fn. 67), 323; *Fuentes/Pérez* (Fn. 68), 133 („en teoría, podía aplicarse el efecto de la derogación“).

<sup>79</sup> *Henríquez* (Fn. 67), 319. Auch in Österreich ist die entsprechende Mitwirkung des Gesetzgebers kein Zustimmungsgesetz (*Binder* (Fn. 59), 303).

<sup>80</sup> *Elisa Pérez Herrera*, Valor jurídico y jerarquía en el derecho chileno de los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales. (Abschlussarbeit), Universidad de Chile, Juristische Fakultät, Abteilung Internationales Recht, Santiago de Chile 2018.

<sup>81</sup> Auf Deutsch: Vertragsbestimmungen können nur in der durch den Vertrag selbst bestimmten Form oder in Übereinstimmung mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts dero- giert, modifiziert oder suspendiert werden.

<sup>82</sup> *Henríquez Viñas*, Tratados (Fn. 67), 320.

<sup>83</sup> *Aldunate Lizana* (Fn. 77), 208.

<sup>84</sup> *Humberto Nogueira Alcalá*, Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno, *Ius et Praxis* 2 (1997), 9-62 (18, 20), widersprüchlich zur Rangfrage: „[N]o hay una prevalencia jerárquica entre leyes y tratados“; „sólo prevalece la aplicabilidad de la norma internacional“, aber S. 21: „escalón supralegal“.

chisch nicht über den Gesetzen, genießen aber besonderen Schutz gegen *override*-Akte.<sup>85</sup>

Gewichtige chilenische Literaturstimmen sind einem einfachgesetzlichen *treaty override* gegenüber also weit weniger permissiv eingestellt, als das mit der herrschenden Meinung im Einklang befindliche deutsche Bundesverfassungsgericht.<sup>86</sup> Das besagt noch nicht, dass die neue *Verfassung* nicht überschreiben kann, aber zumindest kann sich ein solcher *override* nicht auf ein Erst-recht-Argument stützen; außerdem ist der Befund eines gewissen vertragstreuen verfassungsrechtlichen Klimas im konservativen Lager und die Verortung seiner Ursprünge im Kontext der wirtschaftspolitischen Ausrichtung der Diktatur ein Schlüssel zum Verständnis der Auslegungsdebatte, die im Mittelpunkt dieser Abhandlung steht.

## 2. Nachträgliche Normenkontrolle internationaler Verträge in Chile?

Ein weiterer Rückschluss auf die Verfassungswechselfestigkeit der Verträge kann aus der chilenischen Meinungslage zur *Superiorität* der Verfassung gegenüber dem inkorporierten Vertragsrecht gezogen werden. Ein Vertrag wurde inkorporiert und dabei ein Konflikt mit der Verfassung übersehen, wodurch die – in Chile<sup>87</sup> wie in Deutschland<sup>88</sup> bestehende – präventive Normenkontrolle unterblieb. Ob das Verfassungsgericht diesen Vertrag *nachträglich* für verfassungswidrig erklären und dadurch innerstaatlich dero gieren<sup>89</sup> kann, ist streitig. Nach ablehnenden Stimmen<sup>90</sup> ist der Vertrag kein normaler Rechtssatz im Sinne des Artikels 93 (Ziffern 6, 7: Gegenstände des nachträglichen Normenkontrollverfahrens). *Nogueira*<sup>91</sup> verficht diese Linie

<sup>85</sup> *Neumann* (Fn. 75), 103. Ihm zufolge schränkt Artikel 54 Ziffer 1 Absatz 5 CPR1980 die legislative Gewalt dahingehend ein, dass, solange der Vertrag nicht gekündigt werde, es zu einer Beendigung auf andere Weise oder zu Neuverhandlungen komme, ein mit dem Vertrag unvereinbares Gesetzgebungsprojekt nicht verabschiedet werden darf.

<sup>86</sup> Unbekannt ist jüngeres chilenisches Fallrecht zur *override*-Frage.

<sup>87</sup> Artikel 93 Ziffern 1, 3 CPR1980.

<sup>88</sup> BVerfGE 1, 396; 2, 143; 12, 281; 35, 257.

<sup>89</sup> Die völkerrechtliche Bindung bleibt dabei bestehen (BVerfGE 16, 220).

<sup>90</sup> *Ana María García Barzelatto*, Control de Constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo, Informe en Derecho presentado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado con motivo de la tramitación del Proyecto de Ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (Boletín N° 4.059-07).

<sup>91</sup> *Nogueira* (Fn. 84), 15. Der Verfasser argumentiert mit der Kohärenz zwischen Völker- und Verfassungsrecht. Die Entscheidung gegen die innerstaatliche Anwendbarkeit beinhaltet außerdem ein zu weit gehendes Beurteilen der Vertragsgeltung.

und plädiert, um Normenkonflikte zu vermeiden, für eine zwingende Präventivkontrolle aller zu inkorporierenden Verträge. In seiner Entscheidung zum Rom-Statut scheint sich das Verfassungsgericht das Recht nachträglicher Normenkontrolle vorzubehalten,<sup>92</sup> gemäß der völkerrechtsfreundlichen Literaturhaltung bleibt es dagegen selbst im Fall offensichtlicher Verfassungswidrigkeit bei der innerstaatlichen Anwendbarkeit des Vertragsrechts. Einzelstimmen gehen auch den letzten Schritt und verneinen die Möglichkeit des *treaty override* durch die (neue) Verfassung. Nach *Nogueira*, der die Verträge (etwas widersprüchlich zu vorangehend zitierten Aussagen) explizit in Verfassungsrang erhebt, hat der Staat seine Souveränität derart kompromittiert, dass der Vertrag nicht nur nicht seine völkerrechtliche Geltung, sondern auch nicht seine innerstaatliche Anwendbarkeit verliert. Der Vertrag verfüge über eine besondere passive Kraft<sup>93</sup> gegenüber der Verfassung.<sup>94</sup> *Nogueira* zufolge ist es also möglich, dass die Verfassung ihre ranghöchste Stellung an die Verträge abtritt, und es ist nicht das Völkerrecht, welches dies erzwingt, sondern es ist die Verfassung, die diese Stellung dem inkorporierten Völkerrecht zuweist. Diese weitgehende Garantie für internationale Verträge – möglicherweise sogar ein Weg ohne Rückkehr – sei geltendes Verfassungsrecht, entspreche dem Rechtsstaatsgebot und diene der Wahrung nationaler Ehre und Sicherheit.<sup>95</sup> In Teilen der chilenischen Verfassungslehre<sup>96</sup> ist somit heute noch eine Position sehr stark, die eine Tradition des absoluten und uneingeschränkten Respekts gegenüber den internationalen Verträgen betont.<sup>97</sup> Die Fragen des Ranges, des Override und der nachträglichen Verfassungskontrolle internationaler Verträge werden übrigens auch von dem Verfassungsentwurf vom Juli 2022 nicht angesprochen.

<sup>92</sup> STC 346, Absatz 69 (2002); zu Spanien *Luis Jimena Quesada*, La inconstitucionalidad del control de constitucionalidad sucesivo de los tratados internacionales (crítica a la postura mantenida por el tribunal constitucional español), in: Pablo Pérez Tremps (Hrsg.), *La Reforma del Tribunal Constitucional (Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España)*, Valencia: Tirant Lo Blanch 2007, 419-441.

<sup>93</sup> Das Konzept der passiven (Gesetzes-)Kraft ist in der deutschen Rechtswissenschaft unterentwickelt, vgl. *Christoph Peter*, Darf der Bundesgesetzgeber zum Erlaß gesetzändernder Rechtsverordnungen ermächtigen? Zur Problematik gesetzändernder Rechtsverordnungen, *AöR* 92 (1967), 357-381 (369).

<sup>94</sup> *Nogueira* (Fn. 84), 12-14; allerdings nahezu rein völkerrechtlich argumentierend (*pacta sunt servanda, bona fides*), und so die verfassungsrechtliche Perspektive unzureichend erfasst.

<sup>95</sup> *Nogueira* (Fn. 84), 14, 16, 19, 42.

<sup>96</sup> Ebenso weitgehend der Argentinier *Germán Bidart Campos*, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires: Ediar 1995, 259 f.

<sup>97</sup> *Ortúzar* (Fn. 69), 371. Sitzung, 16. Mai 1978, Pdf-Bild 9.

### 3. Inkompétence des Verfassungskonvents zur Abgabe völkerrechtlicher Erklärungen

Die *Constituyente* war zwar kein bloßer verfassungsändernder Gesetzgeber, sie konnte aber selbst keine vertragsrechtliche *tabula rasa* schaffen. Das durch die „Normativitätsbrücke“<sup>98</sup> der Ley 21.200 geschaffene Organ durfte keine völkerrechtlich relevanten Handlungen vornehmen, also etwa Vertragskündigungen aussprechen.<sup>99</sup> Anders als in revolutionären Szenarien hatte das Gremium keinerlei Staatsgewalt inne, diese blieb vollständig bei den bisherigen Organisationen. Es handelte sich entgegen einer Mindermeinung<sup>100</sup> nicht um eine *assemblée souveraine*<sup>101</sup> mit völkerrechtlicher Handlungsmacht.<sup>102</sup> Völkerrechtlich wäre eine etwa durch die Konventspräsidentin<sup>103</sup> unterschriebene Kündigung nach Artikel 67 II WVK wirkungslos<sup>104</sup> und widerrufbar (Art. 68 WVK) gewesen.

### 4. Internationale Verträge als verfassungsrechtliche Grenze einer neuen chilenischen Verfassung?

#### a) Artikel 135 IV CPR1980

Artikel 135 IV CPR1980 aus dem Normenpaket zur Verfassungsbefreiung besagt, dass der Text der neuen Verfassung die von Chile ratifizierten und in Geltung befindlichen internationalen Verträge respektieren muss. Einige Autoren sahen in der Regelung erhebliche Beschränkungen der Gestaltungsfrei-

<sup>98</sup> Horst Dreier, Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat, München: Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung 2009, 93.

<sup>99</sup> Pablo Contreras/Domingo Lovera/Constanza Salgado, ¿Cláusula de Límites?, Mercurio, 17.1.2021, 2.

<sup>100</sup> Luis Mesina, Koordinator der Bewegung „No+AFP“, meinte, der Verfassungskonvent könne, einmal zusammengetreten, sich souverän erklären und den Kongress schließen, er könne zur originären verfassungsgebenden Gewalt werden <<http://www.nuevopoder.cl/asamblea-soberana-la-bravata-de-mesina/>>. Hernán Corral Talciani bestätigte, man müsse diese Möglichkeit durchaus ernst nehmen, Mercurio, 19.2.2020.

<sup>101</sup> Diese Ansicht vertreten Miriam Henríquez, Patricio Zapata und Víctor Manuel Avilés (gegen Mesina und Corral) nach Consuelo Ferrer/Francisca Martens, Artículos 135 y 136: El debate por las atribuciones que podría tener una eventual convención constitucional, 21.2.2020, <<https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/02/21/977372/Atribuciones-convencion-constituyente.html>>, 29.7.2021.

<sup>102</sup> Artikel 135 I, III CPR1980.

<sup>103</sup> Vom 4. Juli 2021 bis 5. Januar 2022 Elisa Loncon, seitdem María Elisa Quinteros.

<sup>104</sup> Heike Krieger, Art. 67, in: Oliver Dörr/Kirsten Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg: Springer 2018, Rn. 15; Mark E. Villiger, VCLT, Art. 67 Rn. 2. Siehe auch das Beispiel von Taslim O. Elias, YBILC 1963 I, 1965, Abs. 31.

heit der verfassungsgebenden Gewalt, beließen aber im Unklaren, wie die Restriktion rechtstechnisch wirkte.<sup>105</sup> Nach der extremsten Lesart durfte der Konvent, der Verträge selbst nicht kündigen konnte, diese auch nicht überschreiben, und es war ihm sogar verwehrt, den zu schaffenden Organen aufzugeben, inkompatibel werdende Verträge zu kündigen. Ein solches striktes Kündigungsverbot zementierte praktisch den gesamten in Chiles Verträgen verkörperten *materiellrechtlichen acquis*,<sup>106</sup> wodurch die Klausel einen enorm überschließenden Gehalt<sup>107</sup> gewann. Diese Lesart<sup>108</sup> forderte nicht Respekt vor den internationalen Verträgen als Ganzen (also inklusive der Verfahrensnormen), sondern Verewigung ihres sachlich-rechtlichen Inhalts.<sup>109</sup> Freier war der Konvent, wenn die Klausel nur den *treaty override* ausschloss, aber Regelungen unter Ausschöpfung der bestehenden vertragskonformen Lösungsmöglichkeiten erlaubte. Die am wenigsten einschränkende Lesart verpflichtete den Verfassungsgeber lediglich, völkerrechtliche Verträge überhaupt in seine Erwägungen einzubeziehen. Bei einem unauflösbaren Konflikt mit unkündbaren Abkommen hätte er aber sogar vertragswidrige Entscheidungen treffen können. Es fragt sich, welche Auslegung haltbar war.

## b) Unergiebige Auslegungsmethoden

*Grammatikalisch* meint „*los tratados*“ eher Verträge insgesamt. Ein Verweis nur auf das materielle Recht müsste deutlicher sein.<sup>110</sup> Vergleichend sei

---

<sup>105</sup> Exemplarisch *Andrés Culagovski*, der aussagt, eingegangene Verpflichtungen seien im Zuge des verfassungsgebenden Prozesses in ihren Wirkungen anzuerkennen, <<http://www.eldivisadero.cl/redac-55782>>.

<sup>106</sup> *Ansaldi/Pardo-Vergara* (Fn. 1), 29, sprechen von „substantive limits“.

<sup>107</sup> *Dreier* (Fn. 98), 67.

<sup>108</sup> Betrieben etwa von *Jean Pierre Matus*, *Nueva Constitución: una hoja en blanco con tinta invisible*, <<https://ciperchile.cl/2020/01/09/nueva-constitucion-una-hoja-en-blanco-con-tinta-invisible/>>, 31.7.2021 (zit. „Hoja“). *Matus* liest „respeto a lo establecido en todos los tratados“, aber die Wörter „lo establecido“ finden sich in der Verfassung nicht. Außerdem kann „lo establecido“ sowohl das materiellrechtlich als auch das verfahrensrechtlich Bestimmte sein. Gleicher gilt für die vom Autor in <<https://ciperchile.cl/2020/01/16/expropiese/>> verwendete Formulierung „lo dispuesto en los tratados“.

<sup>109</sup> Mit Ewigkeitsklauseln, darunter die deutsche, vergleicht die Vorschrift auch *Sebastián López Escarcena*, *Tratados vigentes y nueva Constitución*, <<https://estadodiarario.com/columnas/tratados-vigentes-y-nueva-constitucion/>>, 4.12.2020, 11.8.2021.

<sup>110</sup> Es geht fehl, wenn *Jean Pierre Matus*, *La revolución imposible (o por qué el nuevo pacto social deberá conservar el libre mercado en Chile)*, 23.1.2020, <*La revolución imposible (o por qué el nuevo pacto social deberá conservar el libre mercado en Chile)* – CIPER Chile>, 12.8.2021 (zit. „Revolución“), einem Mitglied der Kommission, die den Artikel redigiert hat, *Sebastián Aylwin Correa*, <<https://ciperchile.cl/2020/01/21/quorum-de-2-3-y-hoja-en-blanco-cuan-lejos-de-jaime-guzman-se-redactara-la-nueva-constitucion/>>, 21.7.2021, vorwirft, sich bewusst vom Wortlaut zu entfernen. Das Wortlautargument ist unergiebig.

Artikel 5 II CPR1980 herangezogen. Demnach sind im Menschenrechtsbereich die durch entsprechende Verträge geschützten Rechte zu respektieren. Der Artikel verweist also deutlicher auf das materielle Recht als Artikel 135 IV. Und selbst aus Artikel 5 CPR1980 lassen sich weder eine statische Inkorporation dieser Rechte in das nationale Recht, noch ein Kündigungsverbot herleiten. Der Wortlaut des Artikels 135 IV schließt eine Interpretation im Sinne des strikten Kündigungsverbots aber auch nicht aus. Die *innere Systematik* des Absatzes ist ebenso unergiebig. Die anderen beiden Schutzgüter, Republik und Demokratie, sind materiellrechtlicher Natur, so dass auch der Verweis auf Vertragsinhalte materiellrechtlich verstanden werden kann. Aus dem Satz als Ganzem ist aber auch das Gegenteil herleitbar, weil zwischen Republik und Demokratie einerseits und den völkerrechtlichen Verträgen andererseits die Unantastbarkeit rechtskräftiger Urteile eingeschoben ist, womit die Ebene der Staatsstrukturprinzipien verlassen ist. *Makrosystematisch* spricht gegen eine zu einer materiellrechtlichen Verfestigung führende Auslegung ihre Kollision mit den übrigen Normen der Altverfassung über das Verhältnis von nationalem und völkervertraglichem Recht. Eine statische Globalinkorporation, die sämtliche Vertragsinhalte gegen jegliche Verfassungsänderung schützen würde, sehen diese nämlich nicht vor. Eine *normgenetische* Betrachtung sowohl im weiteren Sinne (Spannungslage zwischen reformorientierten und konservativen Kräften), als auch im engeren Sinne (Aussagen etwa der Mitglieder der technischen Kommission)<sup>111</sup> bringt keine Klarheit, sondern erweist lediglich, dass „Verständnisse unterschiedlicher Art zur Rede standen, auf deren Fixierung man sich gerade nicht zu einigen vermochte“.<sup>112</sup>

### c) Hierarchisierung von Ablösungs- und Ewigkeitsnorm durch teleologische Auslegung

Entscheidend ist die *teleologische* Auslegung unter Berücksichtigung der Antinomie Verfassungsablösung-Ewigkeitsklausel. Eine Verfassungsablösung trägt formellen und materiellen Charakter, eine Ewigkeitsklausel ist

<sup>111</sup> Kommissionssitzung vom 2. Dezember 2019 <<https://tv.senado.cl/tvsenado/programas/especiales/proceso-constituyente-2-de-diciembre-2019/2019-12-02/094009.html>>, 2:11 h. Später äußerten sich *Aylwin*, Quorum (Fn. 110), einerseits, und *Arturo Fernández*: La cláusula de límites: marco y orientación, Mercurio, 16.1.2021, andererseits. *Fernández* bleibt bezüglich der Auslegung unklar wie *Matus*.

<sup>112</sup> Peter Lerche, Verfassungsnachholung, insbesondere im Kleide der Interpretation, in: Alexander Blankenagel/Ingolf Pernice/Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt: Liber Amicorum für Peter Häberle, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, 631-644 (641). Sinngemäß auch *Aylwin* (Fn. 111), (erwähnte Sitzung, ca. 2:18 h).

ausschließlich materiellrechtlicher Natur. Auf der formellen Ebene sind Verfahrens- und Kompetenzrecht unterscheidbar. *Kompetenzrechtlich* kann die verfassungs ablösende Gewalt originär oder abgeleitet sein, also unmittelbar auf die Volkssovereinheit gestützt oder auf die Autorisierung durch eine Verfassung. Im aktuellen Fall begegnet uns kein *pouvoir constituant originaire*,<sup>113</sup> sondern ein *pouvoir constituant institué*. Die Wahlen zum Konvent, das Abschlussplebisit usw. regelte die Altverfassung und übertrug die Überwachung der *Suprema Corte*.<sup>114</sup> Revolutionärere Meinungen, dass der Konvent diese Vorgaben abändern konnte, blieben vereinzelt. Dass die Verfassung Ablösungskompetenz verleiht, führt also zu einem zuweilen unterschiedenen dritten Weg neben *revolutionärer Überwindung* durch einen *pouvoir constituant originaire* und *revolutionärer Umformung* durch einen *pouvoir constituant derivé* – zur *revolutionären Überwindung* durch einen ebenfalls instituierten *pouvoir*.<sup>115</sup> Dass Chiles Konvent in Artikel 1 seiner Geschäftsordnung<sup>116</sup> behauptete, er übe „poder constituyente originario“ aus, war eine *falsa demonstratio*, da die Konventsmitglieder den ihnen von der alten Verfassung gesteckten Rahmen nicht verließen, also ihre Rolle als instituierte Gewalt respektieren. Politisch ist dieses originär-instituierte Chamäleon erklärbar, verfassungstheoretisch existiert ein „*pouvoir originaire institué*“ aber nicht. *Verfahrensmäßig* ist die Arbeit am bestehenden Text (Verfassungsänderung, Amendement) von der Redaktion eines neuen Textes (Verfassungsgebung) zu unterscheiden. In Chile handelte es sich um letzteres.

*Materiellrechtlich* interessiert, ob der *pouvoir* durch einen „Identitätskern“ gebunden ist oder nicht. Ungebunden kann auch die instituierte verfassungs ablösende Gewalt sein, weshalb *Thourets* Unterscheidung zwischen *pouvoir complet* und *incomplet*<sup>117</sup> hinzuzufügen ist (z. B. „*pouvoir constituant institué mais complet*“). Technisch ist die Verfassungsablösung nur als Verfassungs gebung möglich, materiell kann das unter Änderungen und Beibehaltungen

<sup>113</sup> Emmanuel Joseph Sieyes, Politische Schriften 1788-1790, übersetzt und hrsgg. von Eberhard Schmitt/Rolf Reichardt. 2. Aufl. München/Wien: Oldenbourg 1981, 117-195; s.a. die Debatten in Jérôme Mavidal/Émile Laurent (Hrsg.), Archives Parlamentaires Première série, Bd. 30, Paris: Librairie Administrative P. Dupont 1888, 35-56, 61-71, 93-118, 131-135, 186 f.

<sup>114</sup> Nicht dem Verfassungsgericht.

<sup>115</sup> Dreier (Fn. 98), 46; Arnaud le Pillouer, Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant derivé: à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle. Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, SHFD/ Librairie générale de droit et de jurisprudence, 25-26 (2006), 123-141 (124).

<sup>116</sup> <<https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo.pdf>>, 11.10.2021.

<sup>117</sup> Archives Parlementaires Première série 30 (Fn. 113), (Sitzung vom 3.9.1791).

geschehen. Von einer „Verfassungsablösung durch Verfassungsänderung“<sup>118</sup> zu sprechen ist irreführend, da es beide Ebenen verwischt.

Das Spannungsverhältnis zwischen Ablösungs- und Ewigkeitsnorm liegt darin, dass die kompetenzrechtlich und verfahrenstechnisch als Verfassungsgeberin instituierte Gewalt materiellrechtlich unvollständig bleibt. Dass die *Form*, Verfassungsgebung, eine totale Derogationskompetenz suggeriert, reibt sich an dem *materiellen* Gebot, einen Altbestand beizubehalten. Unbemerkt bleibt diese Spannung, wenn der Neuentwurf ohnehin den Altbestandskern nicht antastet. Der *pouvoir constituant* dieser beibehaltenen Verfassungsablösung betreibt, obwohl materiellrechtlich *incomplet*, *politisch* doch echte Verfassungsgestaltung. Erst ein der Ewigkeitsklausel widersprechender Entwurf wird interessant. Zwei in Deutschland diskutierte Extreme – nämlich, dass die Verfassung überhaupt nicht abgelöst werden darf, oder dass die Ewigkeitsklausel für den Fall der Verfassungsablösung nicht gilt – schieden in Chile aus, denn die Verfassung durfte offensichtlich abgelöst werden, und aus Stellung,<sup>119</sup> Genese und Wortlaut ergibt sich, dass sich die Ewigkeitsklausel genau auf diese Situation bezog. Ihre angemessenste Auslegung ergibt sich also aus dem Zusammenspiel beider Normziele. Entscheidend ist die Funktion der 2019 erfolgten Instituierung der Verfassungsablösung. Chiles Situation erinnerte nicht nur ikonographisch<sup>120</sup> an historische Revolutionen. Es ging dem verfassungsändernden Gesetzgeber um Zähmung des *pouvoir originaire*, der sich umstürzlerisch entlud. Die Instituierung der Verfassungsablösung ähnelt folglich nicht der Ausnahmebewilligung, sondern vielmehr der Kontrollerlaubnis,<sup>121</sup> da sie dem Volk nur das gab, was ihm als Souverän ohnehin zustand. Der Verfassungswechsel ist die Hauptregelung, die zum Respekt völkerrechtlicher Verträge mahnende Klausel dagegen eine in die Volkssouveränität eingreifende *Nebenbestimmung*.<sup>122</sup> Hätte Chiles Konvent die Einhaltung der materiellen Schranken als *Wirksamkeitsbedingung* des neuen Textes interpretiert und sie eben deswegen – also etwa aus bloßem Respekt oder aus Furcht vor einer (Teil-)Nichtigkeit oder jedenfalls einem Legitimitätsdefizit wegen materieller Verfassungswidrigkeit gemessen an der Altverfassung – eingehalten, hätte es sich zwar dennoch um formelle Verfassungsablösung ge-

<sup>118</sup> So aber *Isensee* (Fn. 3).

<sup>119</sup> In Deutschland wird zuweilen umgekehrt argumentiert, dass Artikel 79 III entfernt von Artikel 146 kodifiziert wurde (*Dreier* (Fn. 98), 90; *Sebastian Blasche*, Die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung, Baden-Baden: Nomos 2006, 34).

<sup>120</sup> <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50239591>>, 28.2.2022.

<sup>121</sup> *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München: C. H. Beck 2011, 229.

<sup>122</sup> *Maurer* (Fn. 121), 351.

handelt, materiell aber rechtlich wie politisch nur um eine unvollständige, da nur *äußerliche*, nicht aber auch von innerer Überzeugung getragene Verfassungsgebung. Eine solche Beachtung der Ewigkeitsklausel ist nicht ausgeschlossen, sie kann „normativ binden“.<sup>123</sup> *Blasches* Bemerkung, dass „etwas, das außer Kraft tritt“ nicht „weitergelten kann“,<sup>124</sup> ist nur zutreffend, wenn man einen rein formellen Geltungsbegriff vertritt. Eine Ewigkeitsklausel kann inhaltliche Perpetuierung durchaus erreichen. Durch ihre Respektierung beraubt die materielle *Bedingung* aber eventuell die formelle Erlaubnis ihres politischen *Zwecks*. Denn dieser besteht eben nicht nur darin, das „Gehäuse“<sup>125</sup> wechseln zu dürfen.

Wozu sollte ein Volk eine Verfassungsablösung ohne Ablösung der Verfassung durchführen? Den Chilenen war die Außerkraftsetzung der *constitución tramposa*<sup>126</sup> der *Pinochet*-Diktatur *aus symbolischen Gründen* wichtig, aber neben diesem Bedürfnis, welches auch durch die Neuauflage einer nahezu wortgleichen Urkunde befriedigt worden wäre, richtete sich das Unbehagen auch gegen den sachlichen Gehalt der Altverfassung nach ihrer herrschenden Auslegung.<sup>127</sup> In Artikel 135 IV CPR eine Unantastbarkeit materiellrechtlicher Inhalte der für Chile in Kraft befindlichen völkerrechtlichen Verträge als Wirksamkeitsbedingung des neuen Verfassungstexts hineinlesen zu wollen, war im politischen Kontext inakzeptabel. Aus demokratischem Prinzip konnte und durfte die alte Generation die neue nicht auf diese Weise binden.<sup>128</sup> Der Konvent hätte, wenn die Auslegung der Ewigkeitsklausel als strenges Kündigungsverbot bestehender Verträge die einzige mögliche gewesen wäre und er die Verfassungsablösung nicht als Verfassungsbruch betreiben wollte, die Ewigkeitsklausel als *zweckwidrige* und daher nach einem allgemeinen Rechtsprinzip<sup>129</sup> *nichtige Bedingung* ansehen können, weil die damit verbundene

<sup>123</sup> BVerfGE 89, 155 (180) – *Maastricht*, von *Isensee*, Schlussbestimmung, Rn. 81, *contra producentem* angeführt; wie hier dagegen *Henning Moelle*, Der Verfassungsbeschluss nach Artikel 146 Grundgesetz, Paderborn/München (u. a.): Schöningh 1996, 61.

<sup>124</sup> *Blasche* (Fn. 119), 27. *Jorge Baquerizo Minuche*, On ‘Legal Continuity’ in the Post-Sovereign Model of Constitution-Making. Three Problems, Revus 41 (2020) (online), 26.7.2021, meint ebenfalls, „what is replaced does not remain at all“. Richtiger ist „what is formally replaced, may substantially remain“.

<sup>125</sup> *Dreier* (Fn. 98), 90.

<sup>126</sup> *Fernando Atria Lemaitre*, La Constitución Tramposa, Santiago: LOM 2013.

<sup>127</sup> *Emilios Christodoulidis/Marco Goldoni*, Introduction: Chile’s ‘Constituent Moment’, Law and Critique 31 (2020), 1-5 (2) erwähnen die Verankerung radikalen Marktdenkens in der Verfassungsordnung durch brutalen militärischen Zwang.

<sup>128</sup> *Horst Dreier*, Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat, JZ 49 (1994), 741-752 (748).

<sup>129</sup> Kodifiziert in § 36 I VwVfG; § 32 III SGB X; § 120 III AO.

zu weitgehende Entmündigung<sup>130</sup> verfassungspolitisch<sup>131</sup> ein Paradoxon<sup>132</sup> gewesen wäre.

#### d) Insbesondere: Normenwahrheit als Auslegungsmaßstab

Neben der Zweckwidrigkeit könnte bei der Auslegung als striktes Kündigungsverbot ein weiterer Nichtigkeitsgrund vorliegen, nämlich das aus dem etwaigen Vorgeschobensein des Regelungszwecks<sup>133</sup> resultierende Fehlen der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden, miteinander verzahnten *Normenklarheit* und *Normenwahrheit*.<sup>134</sup> Sieht man den Zweck darin, zu vermeiden, dass sich Chile durch seine Verfassungsablösung in eine vertragswidrige Lage bringt, wäre eine Auslegung des Respekts vor den Verträgen *unter Einschluss der in ihnen kodifizierten Rückzugsmöglichkeiten* ausreichend, übrigens auch zur Wahrung des Vertrauensschutzprinzips.<sup>135</sup> Die Gegenansicht, die ein striktes Kündigungsverbot suggeriert, hätte daneben noch ein weiteres Ziel angeben müssen, und hier liegt der Grund dafür, dass der auf den ersten Blick recht technisch anmutende Passus Gegenstand öffentlicher Polemik wurde. Das Reformlager verdächtigte die Norm nämlich, über die Bande völkerrechtlicher Verträge spielend den Erhalt der neoliberalen Wirtschaftsverfassung<sup>136</sup> zu betreiben, was auf konservativer Seite nicht geleugnet wurde. Nach López diente die Klausel der „Vermeidung venezolanischer, ecuadorianischer oder bolivianischer Exzesse“.<sup>137</sup> Wenn die Verfahrensnormen von 2019 neben der Republik und der Demokratie auch – zugespitzt formuliert – den Neoliberalismus hätten verewigen oder eine wie auch immer geartete Form des Sozialismus verbieten wollen, hätte dies neben den beiden anderen

<sup>130</sup> Zur Entmündigung durch Ewigkeitsklauseln *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Horst Ehmke/Carlo Schmid/Hans Scharoun (Hrsg.), FS für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, Frankfurt/M.: Europäische Verlagsanstalt 1969, 53–76 (75); *Marcel Krumm*, Legislativer Völkervertragsbruch im demokratischen Rechtsstaat, AöR 138 (2013), 363–410 (402).

<sup>131</sup> Wegen des Spannungsverhältnisses zur „Idee der freien demokratischen Selbstbestimmung“ sieht Dreier (Fn. 98), 5, Ewigkeitsklauseln als problematisch an, „wenn sie mehr als den harten Kern freiheitlicher demokratischer Ordnungen umfassen“.

<sup>132</sup> Dreier (Fn. 98), 27.

<sup>133</sup> *Saber Megalu*, Vorgeschobene Gesetzeszwecke und der Grundsatz der Normenwahrheit am Beispiel des neuen Vereinsrechts („Kuttengesetz“), JR 2018, 223–232.

<sup>134</sup> BVerfGE 108, 1 (20); 114, 196 (236).

<sup>135</sup> *Fernandois* (Fn. 111), Sitzung vom 2. November 2019, 2:13 h.

<sup>136</sup> Zuspitzend vereinfacht. Die chilenische Wirtschaftsverfassung lässt sich derart schlagwortartig nicht erfassen.

<sup>137</sup> *López Escarcena* (Fn. 109). Das Zitat erweist sich als Paradebeispiel des ideologisch aufgeladenen Instrumentalisierungsversuchs. Es war für die chilenische Demokratie eine Zuladung, statt in offener Debatte durch einen verklausulierten Übergangsverfassungsartikel über internationale Verträge solche Grundsatzfragen manipulieren zu wollen.

klaren Begriffen ebenso deutlich ausgedrückt werden müssen. Wäre dagegen die (angebliche) Bindung an völkerrechtliche Verträge als Vorwand benutzt worden, um in Wirklichkeit eine bestimmte Wirtschaftsordnung abzuschirmen, müsste aus Sicht des Konvents ein Defizit an „Übereinstimmung von Normerwartung und Normgehalt“<sup>138</sup> bestehen. Es wäre ein „über seine wahren Motive täuschender Gesetzgeber“<sup>139</sup> am Werk gewesen, einer, der seine „Absichten [...] verschleiert“,<sup>140</sup> bzw. bereits eine unlautere<sup>141</sup> technische Kommission. Der Versuch, *indirekt* über den Verweis auf den *Inhalt* der Verträge das „neoliberale Modell“ aufrecht zu erhalten, ist aber nicht nachweisbar. Einen „empirischen Willen“ der technischen Kommission (oder gar der deren Entwurf verabschiedenden Kongressmehrheit), die Beibehaltung des materiellrechtlichen Gehalts der Verträge durch eine Interpretation des problematischen Halbsatzes als absolutes Kündigungsverbot zur Bedingung der Verfassungsablösung zu machen, können Vertreter dieser Auslegung aufgrund der Gespaltenheit der Kommission gerade nicht belegen. Die *Comisión* bestand aus je sieben Vertretern des Regierungs- und des Oppositionslagers,<sup>142</sup> und schon während der Sitzungen und im Nachgang interpretieren beide Seiten die Norm in ihrem Sinne.<sup>143</sup>

Einige derer, die sie als „neoliberale Geistklausel“<sup>144</sup> betrachteten, sahen die Norm wegen der durch sie möglicherweise herbeigeführten Abschirmung des *Status quo* als verfassungswidrige Einschränkung der verfassunggebenden Gewalt an.<sup>145</sup> Der Option, die Norm so auszulegen, dass sie

<sup>138</sup> Klaus-Dieter Drüen, Normenwahrheit als Verfassungspflicht?, *ZG* 24 (2009), 60-74 (66).

<sup>139</sup> Zu dieser Figur *Dirk Uwer*, Die unwahre Gesetzesbegründung. Rechtsstaatliche Fragen an die Auslegungsmaxime des „objektivierten Willens des Gesetzgebers“ am Beispiel des Glücksspielstaatsvertrags, in: Claudio Franzius/Stefanie Lejeune/Kai von Lewinski et al. (Hrsg.), *Beharren. Bewegen – FS für Michael Kloepfer zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot 2013, 867 ff.

<sup>140</sup> Stephan Meyer, Die Verfassungswidrigkeit symbolischer und ungeeigneter Gesetze. Die Normenwahrheit – ein neuer Verfassungsrechtsbegriff und dessen Folgen für ein altes Problem, *Der Staat* 48 (2009), 278-303 (278).

<sup>141</sup> *Uwer* (Fn. 139).

<sup>142</sup> Zu den Kommissionsmitgliedern siehe Nicolás Sepúlveda/Benjamín Miranda, Los vínculos con el poder político y empresarial de los miembros de la comisión técnica constituyente, 27.11.2019, <<https://www.ciperchile.cl/2019/11/27/los-vinculos-con-el-poder-politico-y-empresarial-de-los-miembros-de-la-comision-tecnica-constituyente/>>, 9.8.2021.

<sup>143</sup> Vgl. Nachweise in Fn. 111.

<sup>144</sup> Zu Geistklauseln *Dreier* (Fn. 98), 60.

<sup>145</sup> Tomás F. González, „Es inconstitucional“: Expertos critican blindaje a los TLC en redacción del acuerdo constituyente, <<https://radio.uchile.cl/2019/12/29/es-inconstitucional-expertos-critican-blindaje-a-los-tlc-en-redaccion-del-acuerdo-constituyente/>>, 8.8.2021. Es wundert allerdings, dass keiner der in dem Beitrag zitierten Juristen den Ausweg (wie hier vorgeschlagen) in der Auslegung sucht. Kritisch gegenüber Artikel 135 auch Lucía Sepúlveda,

zweckwidrigen oder täuschenden Charakter annähme, um sie dann als verfassungswidrig abzulehnen, ist aber eine verfassungskonforme Lesart vorzuziehen, etwa ihre Interpretation als bloße *Auflage*. Die Argumentationsmöglichkeit mit einer Nichtigkeit wegen Zweckwidrigkeit bliebe zwar erhalten, anders als bei der Interpretation als Bedingung wäre ihre Nichtigkeitsklärung bei der Auflage aber unnötig, um eine Nonkonformität mit der Altverfassung zu vermeiden. Der Konvent konnte die Auflage einfach ignorieren, denn bekanntlich suspendiert sie nicht, sondern zwingt nur. Hier liegt die Crux: Das Verhältnis zwischen Ablösungs- und Ewigkeitsklausel bestimmt sich letztlich nach dem Grad ihrer Operationalität bzw. Justizierbarkeit. Während für die Verfassungsablösung ein Programm bestand, ist die Ewigkeitsgarantie nicht justizierbar. Wer wird die in Kraft gesetzte neue Verfassung noch der Verfassungswidrigkeit nach dem Maßstab der alten Klausel zeihen, die Einhaltung der Auflage erzwingen? *Isensee* konstatiert, dass „die nachträgliche Kontrolle der bereits beschlossenen Verfassung, wenn überhaupt, nur unter dem Risiko schwerer politischer Konflikte zu haben ist“,<sup>146</sup> weshalb er Deutschland zum Einbau präventiver Normenkontrolle rät. Diesen Schritt verbaute sich die CPR1980/2019 (Art. 136). Eventuelle Klagen (durch *convencionales*) vor der *Suprema Corte* konnten nur Verfahrensfragen betreffen, nicht aber den Inhalt der auszuarbeitenden Texte, insbesondere nicht, wenn sie Artikel 135 IV CPR betrafen.<sup>147</sup> Der Verzicht auf eine präventive Normenkontrolle ist ein hartes Argument für eine weiche Auslegung der Norm.

Bei der Auslegungsvariante, die einen textuellen *treaty override* verbietet, nicht aber eine verfahrensrechtlich geordnete Vertragsanpassung oder -kündigung, wird zwar ein erwartbarer und der Verfassungsablösung auch nicht zuwiderlaufender Zweck verfolgt, so dass sie jedenfalls nicht zur Nichtigkeit führt, auch in dieser Variante fehlt es aber, abgesehen von *völkerrechtlichen* Konsequenzen, an einer Durchsetzbarkeit nach erfolgreicher Verfassungsablösung, so dass die Norm selbst bei dieser Interpretation *verfassungsrecht-*

---

La ley de Reforma Constitucional incluye un veto a demandas sociales, <<https://www.eldesconcierto.cl/2020/01/25/la-ley-de-reforma-constitucional-incluye-un-veto-a-demandas-sociales/>>, 8.8.2021. Von Freihandels- und insbesondere TPP-Gegnern wird der Artikel gar als neue „Falle“ bezeichnet: *Paulina Acevedo*, ¡Ojo con la Trampa constituyente del Congreso! <<https://observatorio.cl/ocio-con-la-trampa-constituyente-del-congreso/>>, vom 14.1.2020, 8.8.2021.

<sup>146</sup> Schlußbestimmung, Rn. 87.

<sup>147</sup> Dies sieht auch *Fernandois*, *Cláusula* (Fn. 111). Es ist daher besorgniserregend, wenn er meint, dass der Staat geeignete Wege finden werde, einen aus einem Verstoß gegen die Klausel resultierenden Geburtsmakel der neuen Verfassung zu beheben. *Isensees* Bemerkung zu schweren politischen Konflikten hätte für Chile zum Menetekel werden können. Ihre Urheber schienen der Klausel schon eine Sekundärfunktion als nachträgliches Delegitimierungsinstrument der neuen Verfassung zugeschrieben zu haben.

lich nur Programmsatzcharakter gehabt und ein vertragsüberschreibender Verfassungstext volle Wirksamkeit genossen hätte.<sup>148</sup>

### e) Verallgemeinernde Zusammenfassung der Wirkweise von Ewigkeitsklauseln und Ergebnis

Eine Verfassung kann ihren Wesenskern beibehalten, wenn sie sich auch formell beibehält, also die Verfassungsablösung verbietet. Im Ablösungsfall gelingt ihr die Perpetuierung, soweit sie die neue Verfassung vor deren Inkrafttreten noch einer altrechtlichen Normenkontrolle unterwirft. Unterlässt sie dies, besteht noch die Chance, dass der Verfassungsggeber inhaltlich nicht von ihren Grundlinien abweichen will oder jedenfalls aus bloßem Respekt vor der Verewigungsnorm diese einhält,<sup>149</sup> und zwar, weil er sie nicht wegen Zweckwidrigkeit (wobei diese insbesondere anzunehmen ist, wenn die Verfassungsablösung sich gerade gegen den Wesenskern der Altverfassung richtet) oder fehlender Normenwahrheit als nichtig ansieht, und auch nicht als injustiziablen Auflage auslegt. Im chilenischen Fall schieden das Verbot der Verfassungsablösung und die präventive Normenkontrolle aus; der Konvent verhinderte eine Kollision mit bestehenden Verträgen auch nicht aus bloßem Respekt vor Artikel 135 IV. Die Klausel wurde aber auch nicht rundheraus als nichtig angesehen, da dies politisch unelegant gegenüber dem verfassungsändernden Gesetzgeber des Dezembers 2019 gewesen wäre. Die meisten realpolitischen Chancen hatte die Auslegung als Auflage oder Programmsatz,<sup>150</sup> weil sie sowohl dem reformwilligen als auch dem konservativen Lager Gesichtswahrung erlaubte, gleichzeitig dem Konvent aber Autonomie beließ, selbst wenn seine Entwürfe eine Änderung der bestehenden Verträge erforderlich machten.<sup>151</sup> Artikel 135 IV CPR hatte „Wunschcharakter“,<sup>152</sup> eine „Warn- und Appellfunktion“,<sup>153</sup> war nur „ein Stück ‚Prinzip Hoffnung‘ auf ein Dauern bestimmter Inhalte“.<sup>154</sup>

<sup>148</sup> Auch *Jorge Contesse* stellt fest, dass ungeachtet der internationalen Staatenverantwortlichkeit Chiles der Konvent nicht gehindert war, völker(vertrags)rechtswidrige Inhalte zu kodifizieren (*apud Ana María Sanhueza, Los tratados internacionales en tiempos constituyentes, <https://www.pauta.cl/nacional/tratados-internacionales-en-chile-constitucion-asamblea-constituyente>*, vom 29.12.2019, 25.7.2021).

<sup>149</sup> Vor allem in diese Richtung – Respekt einflößung – zielte die Taktik der geistigen Väter des Artikels 135 IV CPR 1980/2019.

<sup>150</sup> So *Aylwin* (Fn. 111), in der Sitzung vom 2.12.2019 (2:20 h), unter Verweis auf die Nichtjustiziabilität.

<sup>151</sup> *Aylwin, Quorum* (Fn. 110) – „carácter programático“.

<sup>152</sup> *Dreier* (Fn. 128), 746.

<sup>153</sup> *Dreier* (Fn. 128), 747, gestützt auf *Peter Häberle, Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien*, in: *Yvo Hangartner/Stefan Trechsel (Hrsg.), Völkerrecht im Dienste des Menschen: FS Hans Haug, Bern/Stuttgart: Paul Haupt 1986*, 81 ff. (103).

<sup>154</sup> *Häberle* (Fn. 153), 82.

Vor dem Hintergrund der vom verfassungsändernden Gesetzgeber durch den dilatorischen Formelkompromiss provozierten Unklarheit sprach nichts dagegen, dass letztendlich die *Convención*, in der sich der Auslegungsstreit fortsetzte,<sup>155</sup> die Norm interpretierte. Dabei hatte ein Ansatz, ihr ein Einfrieren des ordnungspolitischen *Status quo* als *telos* hinter dem naheliegenderen *telos*, Völkerrechtswidrigkeit zu vermeiden, unterzuschieben, keine Aussicht auf Erfolg. Der Kontext (Reformen verlangende Sozialproteste) verbot eine Auslegung des Artikels 135 IV CPR in einem Sinne, der internationale Verträge innerstaatlich zu engeren und ewigeren Fesseln mache, als sie dies ihrer völkerrechtlichen Natur nach sind. Der Versammlung mussten Gestaltungen erlaubt sein, die die Kündigung des Kündbaren<sup>156</sup> verlangten.<sup>157</sup> Am 1. Februar 2022 kam es in der Kommission Umwelt des Verfassungskonvents zum Schwur; in einem Normentwurf<sup>158</sup> erklärte sie Freihandels- und ähnliche Abkommen, die den Staat in seiner Souveränität in Bereichen wie Ernährung, Gesundheit, Bildung, Umwelt, Sozialpolitik, Rechte der indigenen Völker, wirtschaftliche Betätigung des Staates usw. beschränken, für verfassungswidrig. Innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten der neuen Verfassung sollten entsprechende Verträge einer Revision bezüglich ihrer Verfassungskonformität zu unterziehen und bei Verfassungswidrigkeit Vertragsanpassung, Kündigung oder Rücktritt einzuleiten sein. Konservative führten Artikel 135 IV CPR vergeblich dagegen ins Feld. Der Normentwurf wurde mit 14:5 Stimmen angenommen, allerdings später vom Plenum abgelehnt. Dass in der Schlussfassung vom Juli 2022 ein ernsthafter Konflikt mit internationalen Verträgen – sei es durch Überschreibung, sei es durch explizite Kündigungsvorgaben – ausblieb, ist nicht auf ein Wirken der Klausel zurückzuführen, sondern auf die autonome politische Entscheidung der Konventsmehrheit.

<sup>155</sup> Carlos Ignacio Uauy Quirós, <Convención Constitucional. ¿Qué tan limitados estarán los Convencionales Constituyentes a la hora de redactar la nueva Constitución? – Diario Constitucional>, 14.4.2021, 12.8.2021.

<sup>156</sup> Auch López (Fn. 109) interpretiert Artikel 135 IV so, dass er auf die Verträge inklusive ihrer Kündigungs- und Anpassungsmöglichkeiten verweist.

<sup>157</sup> So auch, am Beispiel der Wiedervereinigung nach Artikel 23 II GG a.F., Christian Tomuschat, Wege zur Deutschen Einheit, VVDStRL 49 (1990), 82-95 (82): Es gelte, mit den Vertragspartnern „einvernehmliche Ablösungs- oder Fortführungsvereinbarungen zu treffen“. Jüngst auch Dietrich Murswiek, BK zum GG, Präambel, Rn. 135 bis 135 b.

<sup>158</sup> <[www.cconstituyente.cl](http://www.cconstituyente.cl)>, (unter Comisiones, Comisión 5, Medio Ambiente, unter „Sesiones“, Sitzung 38 vom 1.2.2022, unter „Acta“), 24.2.2022.

## IV. Zusammenführung der völkerrechtlichen und der verfassungsrechtlichen Perspektive

### 1. Praktische Konkordanz

Im vertragstreuen<sup>159</sup> Chile befinden sich ca. 27 Konventionen des universellen und zwölf des interamerikanischen Menschenrechtsschutzsystems in Kraft, außerdem rund dreißig Freihandels- bzw. Wirtschaftsabkommen und über dreißig bilaterale Investitionsschutzabkommen (BITs). Im Rahmen der Vereinten Nationen (UN) hat Chile 407 Verträge ratifiziert.<sup>160</sup> Das Spannungsverhältnis zwischen der Stabilität dieser Vertragsregime und einem Verfassungswechsel in einem von einer breiten Bevölkerungsmehrheit unterstützten zweiten Anlauf wird im Wege praktischer Konkordanz zu lösen sein.<sup>161</sup> Artikel 135 IV CPR wird auf diese neue Situation nicht mehr anwendbar sein, unabhängig von dem Streit um seine Auslegung wird es also allein auf die vertraglichen Regelungen ankommen, die zumeist einen Vertragsausstieg ermöglichen, wenn auch häufig durch Kündigungs- und *sunset*-Fristen etwas verzögert.<sup>162</sup> Der geforderte Respekt vor dem Völkerrecht kann sich außerdem auf der Rechtsfolgenseite zeigen, indem etwaig anfallende „Entschädigungs-, Schadensersatz- oder gar Strafzahlungsverpflichtungen“ erfüllt werden. Verweigert Chile dies, steht ein Arsenal an Retorsionen und Gegenmaßnahmen<sup>163</sup> zur Verfügung, etwa das Einfrieren von Zahlungen oder Konten, die Enteignung von chilenischem Staatsgut in betroffenen Staaten oder die Einführung von Strafzöllen gegenüber chilenischen Exportprodukten. Die sich im Verfassungswechsel manifestierende Demokratie kann „durchaus ihren Preis haben“!<sup>164</sup> Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden einige Vertragsregime auf entsprechende Klauseln hin untersucht.

<sup>159</sup> Kündigungen/Rücktritte seit 1987: 1987 – Übereinkommen über die Anerkennung von Studien, Diplomen und Graden im Hochschulbereich in den Staaten Lateinamerikas und der Karibik, 1999 – Schiedsvertrag mit Spanien von 1926, 2001 – Abkommen über das Inter-American Center for the Teaching of Statistics von 1962 nebst Zusatzabkommen, 2016 – Abkommen mit Bolivien zur Visumspflicht bei Diplomatenpässen von 1995.

<sup>160</sup> *Marcela Paillape/Andres Muñoz*, <<https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/que-significa-que-la-nueva-constitucion-debera-respetar-los-tratados-internacionales-firmados-por-chile/NT3Z3EEUG5FYVG3QRONTA5XBO4/>>, 7.7.2021; <[https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28223/1/Acuerdos\\_internacionales\\_e\\_incidencia\\_constitucional\\_rev\\_BH.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28223/1/Acuerdos_internacionales_e_incidencia_constitucional_rev_BH.pdf)>, 7.7.2021.

<sup>161</sup> *Krumm* (Fn. 130), 379.

<sup>162</sup> *Aylwin* (Fn. 111), 2.12.2019; 2:19 h („medidas de transición“).

<sup>163</sup> *Burkhard Schöbener*, Gegenmaßnahmen (Repressalien), in: *Burkhard Schöbener* (Hrsg.), *Völkerrecht: Lexikon zentraler Begriffe und Themen*, Heidelberg: C. F. Müller 2014, Juris 16.8.2021.

<sup>164</sup> *Krumm* (Fn. 130), 373 (auch für die aufgeführten Maßnahmen).

## 2. Menschenrechtsschutz

Artikel 15 des Verfassungsentwurfs erhebt für Chile gültige Menschenrechtsverträge explizit in Verfassungsrang<sup>165</sup> und auch abgesehen davon hat ein Kündigen von Menschenrechtsinstrumenten in Chile aktuell keine Praxisrelevanz. Dennoch darf die Suggestion ihrer Eignung als indirekte Ewigkeitsklauseln nicht ungeprüft bleiben. Die Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK) kann, wie bereits am 26. Mai 1998 durch Trinidad und Tobago<sup>166</sup> sowie 2012 durch Venezuela, gekündigt werden (Art. 78).<sup>167</sup> Der Interamerikanische Gerichtshof (IGMR) bestätigt dies in einem Gutachten vom 9. November 2020.<sup>168</sup> Nach Wirksamwerden der Kündigung der AMRK ist deren Standard nicht mehr verbindlich, soweit er nicht *ius cogens* wiedergibt. Welcher Kernbestand hierzu gehört, ist unklar, aber jedenfalls das Verbot von Völkermord, Folter, Sklaverei und Rassendiskriminierung.<sup>169</sup> Der IGMR weist darauf hin, dass die interamerikanische Menschenrechtskommission unmittelbar durch die Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) ins Leben gerufen wurde, ein Staat allein durch die Kündigung der AMRK der Kontrolle durch *sie* also nicht entkommen kann.<sup>170</sup> Mit Zweijahresfrist kann die OAS jedoch verlassen werden (Art. 143 OAS-Charta),<sup>171</sup> wobei der iso-

<sup>165</sup> Auch Kinder- und Behindertenrechte, Rechte neurodivergenter und älterer Menschen u.a., sowie Prozessgrundrechte werden im Verfassungsentwurf explizit auch auf die entsprechenden Konventionen gestützt (Art. 26, 28, 29, 33, 109).

<sup>166</sup> Wirksam zum 26. Mai 1999. Bis dahin eingegangene Individualbeschwerden wurden noch bearbeitet; vgl. Juan Carlos Sainz Borgo, Denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos. Una revisión a partir de tres intentos, in: Joaquín González Ibáñez (Hrsg.), Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho (Studia in honorem Nelson Mandela), Bogotá: Ibáñez 2009, 209-235.

<sup>167</sup> Die Unterwerfung unter die Kompetenz von Kommission und Gerichtshof kann dagegen nicht isoliert zurückgezogen werden; IGMR, Tribunal Constitucional vs. Perú <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_55\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_55_esp.pdf)>, sowie Douglass Cassel, El Perú se retira de la Corte: ¿Afrontará el reto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?, IIDH 29 (1999), 69-94; César Landa Arroyo: Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista peruana de Derecho Público, 1 (2000), 27-52; Ariel Dulitzky, El retiro de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Perú, Pensamiento Constitucional 6 (1999), 705-727; Thilo Rensmann, Menschenrechtsschutz im Inter-Amerikanischen System: Modell für Europa?, Verfassung und Recht in Übersee 33 (2000), 137-156 (142).

<sup>168</sup> OC-26/20, Teil IV.B, Abs. 59-65.

<sup>169</sup> Antje von Ungern-Sternberg, Völkerrechtsquellen im Wandel, Teil 2, JURA 33 (2011), 39-43 (42); IGMR-Gutachten C.6, Abs. 100-110.

<sup>170</sup> IGMR Gutachten, C.5, Abs. 94-99.

<sup>171</sup> Zur Situation Venezuelas Silvia Steininger, Don't Leave Me This Way: Regulating Treaty Withdrawal in the Inter-American Human Rights System, EJIL: Talk, 5.3.2021, <<https://www.ejiltalk.org/dont-leave-me-this-way-regulating-treaty-withdrawal-in-the-inter-american-human-rights-system/>>, 28.5.2022.

lierte Austritt aus der OAS wiederum keine Auswirkung auf die Vertragsstaatsqualität im interamerikanischen Menschenrechtssystem hat. In diesem sind jede Konvention und jedes Protokoll einzeln zu kündigen.<sup>172</sup> Die Amerikanische Erklärung der Rechte und Pflichten des Menschen von 1948 ist als bloße Deklaration rechtlich unverbindlich, aber auch unkündbar. Sie wurde immer enger mit dem AMRK-System verflochten<sup>173</sup> und dem IGMR zufolge bleiben in einem aus dem AMRK-System ausscheidenden Staat die Menschenrechte auf der Basis der Resolution wirksam.<sup>174</sup> Fraglich ist, worin nach einem OAS-Austritt der Geltungsgrund liegt. Der Gesamtbestand der Erklärung wird kaum regionales *ius cogens* geworden sein.

*Kündbar* sind die UN-Rassendiskriminierungskonvention von 1965/69, die Anti-Folterkonvention, die Kinderrechtekonvention, die Wanderarbeiterkonvention und die Behindertenrechtskonvention (jeweils nebst Fakultativprotokollen). *Unkündbar* sind dagegen der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte<sup>175</sup> und das zweite<sup>176</sup> Fakultativprotokoll,<sup>177</sup> im interamerikanischen System das Protokoll über ökonomische, soziale und kulturelle Rechte<sup>178</sup> und das Protokoll über die Abschaffung der Todesstrafe. Die Wiedereinführung derselben wäre in Chile daher nur noch auf völkervertragswidrigem Wege<sup>179</sup> möglich, worauf die Regierung 2021 hinwies, als die Debatte um sie aufflammte.<sup>180</sup> Das Thema gewann im Konvent nie Relevanz, aber es dürfte einleuchten, dass jedenfalls Artikel 135 IV CPR einer zu einem so radikalen Schritt wie der Wiedereinführung der Todesstrafe entschlossenen Konventsmehrheit nicht als Hürde erschienen wäre. Staaten

<sup>172</sup> OC-26/20, Abs. 87.

<sup>173</sup> Grace Nacimiento, Die Amerikanische Deklaration der Rechte und Pflichten des Menschen. Zum Prozess der Rechtserzeugung durch Resolutionen internationaler Organisationen, Berlin/Heidelberg: Springer 1997.

<sup>174</sup> OC-26/20, Abs. 90.

<sup>175</sup> Von Chile 1966 unterzeichnet, 1972 ratifiziert, 1976 promulgiert, 1989 veröffentlicht. Nordkorea versuchte im August 1997 die Kündigung, was zum General Comment No. 26 des UN-Menschenrechtsausschusses führte (Matthias Valta, Staatenbezogene Wirtschaftssanktionen zwischen Souveränität und Menschenrechten, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 210). Ebenso wenig verfügen der UN-Sozialpakt, der Frauenpakt von 1979 oder die Konvention gegen Verschwindenlassen über Kündigungsklauseln.

<sup>176</sup> Nicht dagegen das erste, dieses wurde erfolgreich etwa durch Trinidad und Tobago, Guyana (1999) und Jamaika (1997) gekündigt (teilweise, um mit Vorbehalt wieder beizutreten).

<sup>177</sup> Von Chile 2001 unterzeichnet, 2008 ratifiziert und im selben Jahr für das Land wirksam, mit dem Vorbehalt der Beibehaltung der kriegsrechtlichen Todesstrafe für Militärstrafaten in Kriegszeiten.

<sup>178</sup> Das am 10. Juli 2021 den Senat passierte.

<sup>179</sup> Sanhueza (Fn. 148).

<sup>180</sup> Andrea C. Bustos, Pena de muerte en Chile, un debate sin futuro resucitado desde el descontento social, <<https://radio.uchile.cl/2021/03/02/pena-de-muerte-en-chile-un-debate-sin-futuro-resucitado-desde-el-descontento-social/>>, 2.3.2021, 26.7.2021.

wie die Philippinen<sup>181</sup> oder die Türkei<sup>182</sup> erwägen diesen völkerrechtswidrigen Schritt wohl.

### 3. „Verewigung der Marktgesellschaft“ durch OECD, Freihandelsabkommen und BITs?

Artikel 135 IV CPR hätte weder eine Abkehr von der Marktgesellschaft noch die Vollverstaatlichung von Unternehmen verhindert.<sup>183</sup> Die Mitgliedschaft in der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) kann beendet werden (Art. 17 OECD-Konvention),<sup>184</sup> aber eine Sozialisierung erforderte den Ausstieg womöglich nicht. Anlässlich der Umwandlung der Organisation für europäische wirtschaftliche Zusammenarbeit (OEEC) in die OECD 1960 weist *Hahn* 1962 auf die „ein wirtschaftspolitisches Leitbild vermeidenden Formulierungen“ hin.<sup>185</sup> 2010 tagte die Sozialistische Internationale bei der OECD.<sup>186</sup> Hundertprozentige Staatsunternehmen existieren in Chile<sup>187</sup> und anderen OECD-Mitgliedstaaten.<sup>188</sup> Auch der Wortlaut der Artikel 1 c) und 2 der OECD-Konvention stützt eine sozialisierungsfeindliche Auslegung nicht, die OECD könnte Chile deswegen nicht ausschließen. Das Assoziationsabkommen Chile-Europäische Union<sup>189</sup> ist mit Sechsmonatsfrist kündbar (Art. 199). Auch hier müssten Sozialisierungsspielräume untersucht werden. Etwa Artikel 179 I erlaubt neue Staatsmonopole.

<sup>181</sup> *Jose M. Jose/Maria Corazon A. De Ungria*, Death in the Time of Covid-19: Efforts to Restore the Death Penalty in the Philippines, *Forensic Science International: Mind and Law* 2 (2021), 1-5.

<sup>182</sup> *Mehmet Ciger*, Re-Establishment of Capital Punishment in Turkey in The Light of Human Rights Treaties' Interpretation, *İMGELEM*, 4 (2020), 399-422.

<sup>183</sup> So aber *Matus* (Fn. 110).

<sup>184</sup> *Hugo J. Hahn*, Die Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD). Entstehung und Rechtsordnung, *ZaöRV* 22 (1962), 49-112 (106).

<sup>185</sup> *Hahn* (Fn. 184), 62.

<sup>186</sup> <<https://www.oecd.org/about/secretary-general/towardsbetterpoliciesforbetterlives.htm>>, 6.8.2021.

<sup>187</sup> <<http://www.dipres.gob.cl/599/w3-propertyvalue-20858.html>>, 6.8.2021. Neben den Ausrüstern des Heeres (Famae), der Marine (Asmar) und der Luftwaffe (Enaer), der Eisenbahnsgesellschaft (Efe), der Post, der Betreiberinnen der wichtigen Häfen, der Mineralölgesellschaft Enap und der Fernsehanstalt TVN vor allem Bergbauunternehmen wie Codelco, Enami.

<sup>188</sup> In Frankreich, Stand Ende 2018, etwa SNFC, RATP, France Télévisions und Radio France <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/4277841?sommaire=4318291>>, 6.8.2021; in Belgien die Belfius-Bank <<https://www.lesoir.be/251622/article/2019-10-04/belfius-vers-une-vraie-banque-au-service-du-public>>.

<sup>189</sup> <[https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I\\_00549/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00549/index.shtml)>, 8.8.2021.

Die rund dreißig *Freihandelsabkommen* Chiles sind durchweg kündbar, regelmäßig mit nur halbjähriger Frist,<sup>190</sup> auch das Trans-Pazifische Partnerschafts (TPP)-11-Abkommen enthält eine entsprechende Klausel (Art. 30.6). *Ceterum censeo*, dass auch hier Verstaatlichungsmöglichkeiten bestehen. Aktuell hat Chile immerhin Freihandelsabkommen mit Kuba, Venezuela und der Sozialistischen Republik Vietnam.<sup>191</sup>

Im Bereich des *investor-state-dispute settlement* (ISDS) ist die Konvention des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) kündbar (Art. 71).<sup>192</sup> Chile verfügt über acht abgelaufene, zwölf noch nicht in Kraft getretene und 34 gültige *Bilateral Investment Treaties* (BITs),<sup>193</sup> die ebenfalls kündbar sind,<sup>194</sup> allerdings regelmäßig mit Kündigungsfristen und Fortgeltungsklauseln<sup>195</sup> („*survival*“ oder „*sunset-clauses*“)<sup>196</sup> zwischen zehn und zwanzig Jahren für vor der Kündigung getätigte Investitionen. Präzedenzfälle für BIT-Beendigungen sind Südafrika, Indonesien<sup>197</sup>, Venezuela, Ecuador<sup>198</sup> und Bolivien.<sup>199</sup>

Chile kann auch versuchen, BITs durch einvernehmliche Aufhebung zu beenden. Es ist umstritten, ob die Fortgeltungsklauseln auch in dem Fall wirksam sind.<sup>200</sup> Erwähnenswert ist das Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen

<sup>190</sup> <<https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes>>, 23.2.2022.

<sup>191</sup> <[http://www.sice.oas.org/Trade/CHL\\_VNM/CHL\\_VNM\\_e/CHL\\_VNM\\_text\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/Trade/CHL_VNM/CHL_VNM_e/CHL_VNM_text_e.asp)>, 28.5.2022.

<sup>192</sup> Mit einer Übergangsphase für erfolgte Investitionen. Zum Auslegungsstreit um Artikel 72 ICSID-Konvention *Christian Tietje/Karsten Nowrot/Clemens Wackernagel*, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, *Transnational Dispute Management* 1 (2009), <[www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)>.

<sup>193</sup> <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/41/chile>>, 11.7.2021.

<sup>194</sup> Zum Zusammenhang von ICSID-Austritt und BIT-Kündigung *Katharina Gatzsche*, Aufhebungen und Abänderungen von Investitionsschutzabkommen. Eine Untersuchung zur Reichweite von Survival Clauses in BITs. Baden-Baden (u. a.): Nomos 2017 (zugl. Diss., Köln.), 18-20.

<sup>195</sup> *James Harrison*, The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties, *Journal of World Investment and Trade* 13 (2012), 928-950.

<sup>196</sup> <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/41/chile>>, 12.7.2021.

<sup>197</sup> *Gatzsche* (Fn. 194), 20; *Hamzah Hamzah*, Bilateral Investment Treaties (BITs) in Indonesia: A Paradigm Shift, Issues and Challenges, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 21 (2018), 1-13.

<sup>198</sup> *Alexander B. Avtgis*, Rethinking Article 422, *Indiana Journal of Constitutional Design* 2 (2016), Article 2 (nicht durchpaginiert).

<sup>199</sup> *Gatzsche* (Fn. 194), 20; *Binder*, Grenzen (Fn. 10), 559-561.

<sup>200</sup> Verneindend *Gatzsche* (Fn. 194).

Union vom 5. Mai 2020, welches die Sunset-Clauses (trotz erheblicher Bedenken unter dem Aspekt des Vertrauenschutzes) explizit aufhebt. Wie könnten die 23 unterzeichnenden Kapitalexportore Chile nun eine solche Argumentation verwehren? Ein zeitlich geringerer Investorenschutz besteht bei Integration in ein Freihandelsabkommen (FTA) ohne *survival clause*.<sup>201</sup> Der Ausstieg aus Investitionsschutzabkommen und aus ISDS-Mechanismen hat im chilenischen Fall an Praxisrelevanz verloren. Schon der gescheiterte Verfassungsentwurf enthielt keine gegen BITs gerichtete Passagen mehr.

#### 4. Internationale Verträge und Enteignungen

Bei eingehender Begutachtung, ob Chiles völkervertragliche Bindungen Enteignungen *lato sensu*<sup>202</sup> durch den neuen Verfassungstext verbieten, müsste zwischen der Enteignung Fremder und eigener Staatsbürger differenziert werden, außerdem zwischen dem Schutz nach den verschiedenen Regimen, also nach der AMRK (die chilenische Eigentümer umfasst), dem völkervertragsrechtlichen Investitionsschutz, dem aus Investor-Staat-Verträgen resultierenden und dem diplomatischen Schutz des traditionellen Fremdenrechts.<sup>203</sup> Schutzmfang und Voraussetzungen sind jeweils unterschiedlich. *Law (ley)* in Artikel 21 AMRK scheint eine gesetzliche Grundlage zu verlangen, also reine Administrativenteignungen zu verbieten. *Matus*,<sup>204</sup> behauptet diesbezüglich, der Verfassungskonvent hätte das aus der Diktatur stammende Enteignungsgesetz<sup>205</sup> übergangsweise in Kraft lassen müssen. Eine Verfassung dürfte aber Gesetzeskraft im Sinne der AMRK haben, so dass Enteignungen sowohl als unmittelbare „Konstitutionalenteignungen“ hätten stattfinden können, als auch aufgrund der in der Verfassung zu treffenden Bestimmungen. Das bislang geltende Enteignungsgesetz hätte zur Wahrung des Artikels 21 der AMRK nicht übergangsweise weitergelten müssen. In

<sup>201</sup> Das Freihandelsabkommen Chile-Kolumbien (in Kraft seit 2009) ist mit einer Frist von 180 Tagen kündbar (Art. 22.5.1), dehnt aber den Investitionsschutz auf zehn Jahre nach der Kündigung aus (Art. 22.5.2).

<sup>202</sup> Vgl. Ursula Kriebaum/August Reinisch, Right to Property, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Online Edition, Oxford: Oxford University Press (2009).

<sup>203</sup> Siehe Burkhard Schöbener, Fremdenrecht, in: Burkhard Schöbener (Hrsg.), Völkerrecht: Lexikon zentraler Begriffe und Themen, Heidelberg: C. F. Müller 2014, 101-104; Burkhard Schöbener, Diplomatischer Schutz, in: Burkhard Schöbener (Hrsg.), Völkerrecht: Lexikon zentraler Begriffe und Themen, Heidelberg: C. F. Müller 2014, 61-68; Jörn Griebel, Investitionsrecht, internationales, in: Burkhard Schöbener (Hrsg.), Völkerrecht: Lexikon zentraler Begriffe und Themen, Heidelberg: C. F. Müller 2014, 243-247; Markus Perkams, Enteignungsrecht, internationales, in: Burkhard Schöbener (Hrsg.), Völkerrecht: Lexikon zentraler Begriffe und Themen, Heidelberg: C. F. Müller 2014, 78-82.

<sup>204</sup> Matus, Expropriese (Fn. 108).

<sup>205</sup> <Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones (D. L. N° 2.168)>, 16.8.2021.

vielen International Investment Agreements (IIAs) bzw. BITs findet sich die Voraussetzung der gesetzlichen Grundlage nicht, so dass nach diesen auch Administrativenteignungen zulässig wären. Auch die Entschädigungsstandards sind je nach Regime unterschiedlich.

Enteignungen aufgrund einer Landreform (etwa zugunsten indigener Bevölkerungsteile) oder Verstaatlichungen aufgrund sozialistischer Umgestaltungen der Volkswirtschaft Chiles dürfen unstreitig ohnehin aufgrund eines legitimen Zwecks (Gemeinwohl), durch rechtsstaatliches Verfahren und gegen angemessene Entschädigungen erfolgen,<sup>206</sup> ohne mit Völkervertragsrecht zu kollidieren. Ähnliches gilt im Fall einer Verstaatlichung der privaten Rentenpflichtversicherungen (AFPs), Krankenversicherungen bzw. nicht konsumtiver Wasserrechte.

## 5. Sonstige Verträge

Chile könnte aus der Welthandelsorganisation austreten und die Annexverträge kündigen.<sup>207</sup> Ebenso enthält das Seerechtsübereinkommen von 1982 eine Ausstiegsklausel.<sup>208</sup> Ein weiterer Bereich ist das internationale bzw. transnationale Strafrecht. Die CPR1980 enthält einen gegen Widerstand „von links“ gerichteten Terrorismusartikel (Art. 9) mit autoritärer, grundrechtseinschränkender Stoßrichtung.<sup>209</sup> Der Verfassungsentwurf enthielt diesen nicht mehr. Völkerrechtliche Verträge zur Terrorismusbekämpfung verbieten dies keinesfalls, schließlich wären nahezu alle Instrumente zum Thema kündbar. Ein ähnliches Bild bieten die Bereiche organisiertes Verbrechen,<sup>210</sup> Drogen,<sup>211</sup>

---

<sup>206</sup> *Matus, Exprópiese* (Fn. 108).

<sup>207</sup> Gem. Artikel XV des WTO-Übereinkommens.

<sup>208</sup> Gem. Artikel 317 SRÜ. Die mit ihm zusammenhängenden Abkommen enthalten Kündigungsklauseln mit Jahresfrist. Die vier Genfer Übereinkommen von 1958, die keine Kündigungsmöglichkeit vorsehen, hat Chile nicht ratifiziert.

<sup>209</sup> *Myrna Villegas Díaz, El terrorismo en la Constitución chilena, Revista de derecho* (Valdivia) 29 (2016), 295-319.

<sup>210</sup> Das Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom November 2000 ist nach Artikel 40 kündbar (Jahresfrist). Hier sind auch bilaterale Kooperationsverträge zu verzeichnen, etwa mit der Tschechischen Republik (in Kraft seit 2009) und mit Italien (vom Oktober 1992). Im italienisch-chilenischen Fall findet sich keine einseitige Beendigungsklausel, möglicherweise ist es als Kooperationsabkommen kündbar (Art. 56 WVK).

<sup>211</sup> Das Einheits-Übereinkommen von 1961 über die Betäubungsmittel (= Einzige Suchtgiftkonvention) ist nach Artikel 46 kündbar. Bolivien kündigte 2012, um einen Vorbehalt bezüglich des Koka-Blatts anzubringen, (BR Drs. 18/4204, 44). Das Übereinkommen über psychotrope Stoffe vom 21.2.1971 enthält eine Kündigungsklausel (Art. 29), ebenso das UN-Übereinkommen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen vom 20.12.1988 (Art. 30).

Menschenhandel,<sup>212</sup> Kinderprostitution und -pornographie<sup>213</sup> sowie Korruption.<sup>214</sup> Sogar die Völkermord-Konvention von 1948 ist kündbar.<sup>215</sup>

## V. Ergebnis

Es handelte sich bei dem problematischen Artikel 135 IV CPR und seiner bewusst nebulösen Auslegung in den öffentlichen Debatten eher um den Versuch von Iuspublizisten gewisser Couleur, dem Verfassungskonvent *mind forged manacles* anzulegen, als um ein Aufzeigen drohender Völkerrechtswidrigkeiten harter Natur. Wer die Ablehnung zu tiefer Reformschnitte zusätzlich mit dem Argument drohender außenpolitischer und ökonomischer Folgekosten untermauerte,<sup>216</sup> argumentierte schon nicht mehr mit der rechtlichen Möglichkeit, sondern mit der Opportunität. Und gerade hierin – und nicht so sehr im Artikel 135 IV CPR – lag letztendlich die wirkliche Beschränkung des Verfassungskonvents. Hätte der Verfassungsentwurf zu radikale Einschnitte (auch im Völkervertragsrecht) verlangt, wäre die Gefahr, aus Angst vor „venezolanischen Verhältnissen“ oder jedenfalls negativen makroökonomischen Folgen im Abschlussplebisitz zu scheitern, noch größer gewesen, als sie es ohnehin schon war.

Für Chiles nächsten Anlauf bleibt es bei dem Befund, dass ein Verfassungswandel kein Grund für eine Flexibilisierung völkerrechtlicher Vertragsverpflichtungen ist, sondern dass die Anpassungs- und Ausstiegsmöglichkeiten nach jedem Vertragsregime getrennt zu prüfen sind, wobei im harten Kollisionsfall nach aktuell herrschender Lehre zum Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht eine völkerrechtswidrige Verfassungsoption wegen des damit verbundenen Bruchs der Harmonie zwar unschön, aber möglich wäre.

---

<sup>212</sup> Die VN-Konvention hiergegen vom Dezember 1949 ist kündbar (Art. 25), ebenso das Zusatzprotokoll zur Palermo-Konvention von 2000 (Art. 19).

<sup>213</sup> Das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes, vom 25.5. 2000, betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie kann nach Artikel 15 gekündigt werden.

<sup>214</sup> Das UN-Übereinkommen gegen Korruption vom 31.10.2003 ist mit Jahresfrist kündbar (Art. 70), das Interamerikanische Übereinkommen zum selben Thema von 1996 ebenfalls (Art. XXVI).

<sup>215</sup> Artikel XIV Völkermord-Konvention.

<sup>216</sup> Jean Pierre Matus, <<https://ciperchile.cl/2020/01/28/nueva-constitucion-derechos-sociales-y-el-peligro-de-sanciones-economicas-por-incumplir-tratados/>>, 18.8.2021.

## **Summary: Chile's International Treaties in the Context of the Replacement of the Constitution**

From a public international law perspective, the domestic process ideally does not affect treaty obligations. Already in normal times, however, there are innumerable options to retreat from treaties. The exceptional case of constitutional replacement hardly extends these. Could the 'eternity clause' of 2019 (Art. 135 IV of the Chilean Constitution), which states that the contents of international treaties are to be respected, subject the Constitutional Convention to stronger ties than international treaty law itself? This article rejects readings that tried to perpetuate the substantive content of the treaties or to forbid changes that would make termination of treaties necessary. The lack of justiciability and the principle of truthfulness of norms speak against them. The clause only warned to proceed in a manner that is gentle on international law. Based on this, the third part shows Chile's wide margin to cancel or alter existing treaty regimes and sees opportunities for respect of treaties by practical concordance and the activation of secondary legal protection in accordance with international law in the event of contradictions that cannot be resolved in accordance with treaties.

### **Keywords**

Chile – new constitution – international treaty law – eternity clause