

Landesbericht Österreich: Unmittelbare Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Verträgen und Völker gewohnheitsrecht

Karl Stöger*

Universität Wien, Wien, Österreich

karl.stoeger@univie.ac.at

Abstract	695
Keywords	696
I. Überblick über die differenzierten Modelle unmittelbarer Anwendbarkeit im österreichischen Verfassungsrecht	696
II. Unmittelbare Anwendbarkeit von Völker vertragsrecht in Österreich	698
1. Überblick über die Fälle der (fehlenden) unmittelbaren Anwendbarkeit von Völker vertragsrecht	698
2. Die Bedingungen der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völker vertragsrecht	699
3. Der Erfüllungsvorbehalt	704
4. Verpflichtung zur Anordnung eines Erfüllungsvorbehalts?	708
5. Staatsverträge der Bundesländer	710
6. Zwischenfazit: Unmittelbare Anwendbarkeit von Völker vertragsrecht in Österreich	710
III. Völker gewohnheitsrecht	711
1. Art. 9 Abs. 1 B-VG: Unmittelbare Anwendbarkeit nur eingeschränkt bedeutsam	711
2. Zwischenfazit: Art. 9 Abs. 1 B-VG ist dennoch Element der Völker rechtsfreundlichkeit	714
IV. Gesamtfazit: Völker rechtsfreundlichkeit mit Augenmaß	714
Summary: National Report Austria: Direct Applicability of International Treaties and Customary International Law	716
Keywords	716

Abstract

Der vorliegende Beitrag untersucht die Frage, inwieweit die Regeln der österreichischen Bundesverfassung über die unmittelbare Anwendbarkeit einerseits der völkerrechtlichen Verträge und andererseits des Völker gewohnheitsrechts „völkerrechtsfreundlichen“ Charakter aufweisen. Dies ist für beide Konstellationen weitgehend zu bejahen, auch wenn die unmittelbare Anwendbarkeit für das Völker vertragsrecht von größerer praktischer Bedeutung ist. Bei genauer Betrachtung erweist sich auch das österreichische

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Medizinrecht am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien. Für Unterstützung bei der Erstellung dieses Texts danke ich Frau Mag. *Manja Seebacher*.

Spezifikum des „Erfüllungsvorbehalts“ bei völkerrechtlichen Verträgen als ein potenziell völkerrechtsfreundliches Instrument. Somit kann man für Österreich in Hinblick auf die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht von „Völkerrechtsfreundlichkeit mit Augenmaß“ sprechen.

Keywords

Erfüllungsvorbehalt – unmittelbare Anwendbarkeit – Österreich – Völkervertragsrecht – Völkergewohnheitsrecht – Völkerrechtsfreundlichkeit

I. Überblick über die differenzierten Modelle unmittelbarer Anwendbarkeit im österreichischen Verfassungsrecht

Der Begriff der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ ist in der österreichischen Verfassungslehre wenig gebräuchlich.¹ Das, was etwa das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit dem Begriff meint,² findet sich materiell gesehen dennoch in der österreichischen Bundesverfassung: Es geht um die möglichst friktionsfreie Einbindung völkerrechtlicher Normen in das Rechtsquellsystem der Bundesverfassung.³

Auch in Bezug auf die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht ist das österreichische Bundesverfassungsrecht durchaus „freundlich“. Ob das dahinterstehende Konzept (gemäßigt) monistisch oder dualistisch ist, wurde schon immer unterschiedlich beurteilt,⁴ ist hier aber nicht zu erläutern, da zutreffend festgestellt wurde, dass sich die heutige positivrechtliche Ausgestaltung mit beiden Konstruktionen verträgt.⁵ Wesentlich ist, dass die

¹ Vgl. *Theo Öhlinger/Andreas Th. Müller*, in: Karl Korinek/Michael Holoubek/Christoph Bezemek/Claudia Fuchs/Andrea Martin/Ulrich Zellenberg (Hrsg.), B-VG, 14. Lfg., Wien: Verlag Österreich 2018, Art. 9/1 B-VG, Rn. 4; s aber auch Fn. 45 sowie *Markus Vašek*, Verfassungsrechtliche Grundlagen der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ – Österreich, ZaöRV 83 (2023), 629–646.

² Immer wieder genannt: BVerfGE 111, 307 (324) – Görgülü.

³ Vgl. auch *Theo Öhlinger*, Die Offenheit der österreichischen Bundesverfassung gegenüber dem Völkerrecht und dem Europarecht, in: Thomas Giegerich (Hrsg.), Der „offene Verfassungsstaat“ das Grundgesetz nach 60 Jahren, Berlin: Duncker & Humblot 2010, 367–386 (367).

⁴ Vgl. die Nachweise in *Öhlinger/Müller* (Fn. 1), Rn. 2.

⁵ *Öhlinger/Müller* (Fn. 1), Rn. 3; *Theo Öhlinger/Andreas Th. Müller*, in: Karl Korinek/Michael Holoubek/Christoph Bezemek/Claudia Fuchs/Andrea Martin/Ulrich Zellenberg (Hrsg.), B-VG, 14. Lfg., Wien: Verlag Österreich 2018, Art. 50 B-VG, Rn. 3 und Rn. 32–37. Ähnlich zu Art. 50 auch die Amtlichen Erläuterungen zur B-VG-Novelle BGBI I 1964/59, ErläutRV 287 BlgNR 10. GP 3.

Grundregel der Stammfassung des Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) sowohl gegenüber Völkergewohnheitsrecht⁶ als auch Völkervertragsrecht⁷ die unmittelbare Anwendbarkeit war, sofern die betroffene Vorschrift dies nicht ausschloss und sie ausreichend bestimmt war.⁸ Unmittelbare Anwendbarkeit („self-executing“) bedeutet dabei, dass die völkerrechtliche Vorschrift Grundlage gerichtlicher oder verwaltungsbehördlicher Tätigkeit sein konnte.⁹ Ihr Vorliegen war von den zuständigen innerstaatlichen Gerichten und Verwaltungsbehörden zu beurteilen. Diese Notwendigkeit einer „dezentralen Beurteilung“ der unmittelbaren Anwendbarkeit im Einzelfall führte wiederholt zu Rechtsunsicherheit, die der Verfassungsgesetzgeber für das Völkervertragsrecht im Jahre 1964¹⁰ mit der Schaffung des Erfüllungsvorbehalts löste: Wurde ein solcher beschlossen, ist der betreffende völkerrechtliche Vertrag in dessen Umfang jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar. Für das Völkergewohnheitsrecht wurde kein entsprechendes Pendant geschaffen, hier muss weiterhin die unmittelbare Anwendbarkeit im Einzelfall beurteilt werden.

Dementsprechend wird dieser Übersichtsbeitrag zur Rechtslage in Österreich zuerst die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Verträgen darstellen, anschließend dann die Rechtslage betreffend das Völkergewohnheitsrecht. Nicht behandelt wird das in Form völkerrechtlicher Verträge abgeschlossene Primärrecht der Europäischen Union (EU). Dessen unmittelbare Anwendbarkeit ergibt sich aus seinem Anwendungsvorrang, und zwar grundsätzlich¹¹ nur aus diesem und nicht aus nationalem (Verfassungs-)Recht. Dementsprechend besteht für diese Verträge ein eigenes Genehmigungsregime¹² ohne Möglichkeit eines Erfüllungsvorbehalts. Anders ist es beim „mitgliedstaatlichen Anteil“ gemischter Abkommen der Union

⁶ Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf Merkel, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, Wien: Verlag Österreich 2003, 76: „durch Bundesorgane zu vollziehen sind“.

⁷ Kelsen/Froehlich/Merkel (Fn. 6), Rn. 135; weitere Nachweise bei Öhlinger/Müller (Fn. 5), Rn. 34.

⁸ Vgl. hierzu noch näher unten II. 2. und III. 1. Speziell zur Bedeutung des Bestimmtheitsgebots des Art. 18 B-VG Öhlinger/Müller (Fn. 5), Rn. 101; komplexer die Beurteilung für Völkergewohnheitsrecht: m. w. N. Öhlinger/Müller (Fn. 1), Rn. 32 ff.

⁹ Bis heute zutreffend daher entsprechende Überlegungen in VfSlg. 12.558/1990. Vgl. die ähnliche Definition von Karen Kaiser, Treaties, Direct Applicability, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, Oxford: Oxford University Press 2013, Rn 1.

¹⁰ BGBI 1964/59.

¹¹ Vgl. dazu Theo Öhlinger/Harald Eberhard/Michael Potacs, EU-Recht und staatliches Recht, 8. Aufl., Wien: Lexis Nexis 2023, 59 ff. samt (60 ff.) Ausführungen zu den vom österreichischen Verfassungsrecht gesetzten Integrationschranken.

¹² Art. 50 Abs. 1 Z 2 i. V. m. Abs. 4 B-VG; dazu z. B. Öhlinger/Müller (Fn. 5), Rn. 73-87; Philipp Lindermuth, Das Recht der Staatsverträge nach der Verfassungsbereinigung, ZÖR 64 (2009), 300-333 (328 ff.).

und ihrer Mitgliedstaaten: Dessen unmittelbare Anwendbarkeit richtet sich nach den allgemeinen Regeln.¹³

II. Unmittelbare Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht in Österreich

1. Überblick über die Fälle der (fehlenden) unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht

Seit der Stammfassung der Bundesverfassung regeln einige wenige Bestimmungen die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge des Bundes¹⁴: Zentral ist Art. 50 B-VG, wobei dieser stets von den Art. 49, Art. 65 bzw. Art. 66 (Abs. 2) B-VG flankiert wurde. Völkerrechtsfreudlich waren diese Bestimmungen von 1920 an insoweit, als sie der unmittelbaren innerstaatlichen Anwendbarkeit von Völkerrecht befürwortend gegenüberstanden. Diese Grundeinstellung änderten auch wesentliche Novellierungen der Bestimmungen nicht.¹⁵ Auf die erst später geschaffenen Regelungen betreffend Staatsverträge der Länder ist am Ende dieses Abschnitts einzugehen.

Je nachdem, ob ein Staatsvertrag inhaltlich innerstaatlich als Gesetz oder Verordnung einzustufen wäre, bedarf sein Abschluss – der grundsätzlich¹⁶ durch den Bundespräsidenten erfolgt – der Genehmigung des Parlaments (und zwar beider Kammern¹⁷) oder erfolgt ohne parlamentarische Genehmigung. Die Grundregeln betreffend die unmittelbare Anwendbarkeit sind in beiden Fällen gleich:

¹³ So Öhliger/Müller (Fn. 5), Rn. 87.

¹⁴ Zu beachten ist, dass nach der österreichischen Bundesverfassung dem Bund die Außenvertretung auch in Angelegenheiten obliegt, die in die Gesetzgebungs- bzw. Vollzugskompetenz der Länder fallen, allerdings ist die innerstaatliche Durchführung gem. Art. 16 Abs. 4 B-VG von den Ländern wahrzunehmen; vgl. Stefan Hammer, in: Karl Korinek/Michael Holoubek/Christoph Bezemek/Claudia Fuchs/Andrea Martin/Ulrich Zellenberg (Hrsg.), B-VG, 2. Lfg., Wien: Verlag Österreich 1999, Art. 16 B-VG, Rn. 70 ff.; Teresa Weber, in: Benjamin Kneihs/Georg Lienbacher (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 19. Lfg., Wien: Verlag Österreich 2017, Art. 16 B-VG, Rn. 64 ff.

¹⁵ Dennoch betont etwa Manfred Rotter, Die Staatsverträge, in: Herbert Schambeck (Hrsg.), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, Berlin: Duncker & Humblot 1980, 771-798 (778) (vor der Novelle 2008) die grundsätzliche Kontinuität der Verfassungsentwicklung betreffend Staatsverträge seit 1920.

¹⁶ Zur Weiterdelegation bei nicht parlamentarisch zu genehmigenden Staatsverträgen vgl. Art. 66 Abs. 2 und 3 B-VG.

¹⁷ Art. 50 Abs. 1 i. V. m Abs. 2 Z 1 bzw. Abs. 3 B-VG.

- Völkervertragsrecht, dessen unmittelbare Anwendbarkeit nicht intendiert ist bzw. das entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht hinreichend bestimmt für eine unmittelbare Anwendung durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden ist, ist nicht unmittelbar anwendbar. Es kann somit für sich allein nicht als Grundlage einer Entscheidung von Gerichten oder Verwaltungsbehörden dienen, es ist allerdings von diesen nach dem Grundsatz der völkerrechtskonformen Interpretation bei einer systematischen Auslegung nationalen Rechts zu berücksichtigen.¹⁸
- Völkervertragsrecht, dessen unmittelbare Anwendbarkeit intendiert ist und das hinreichend bestimmt ist, ist innerstaatlich unmittelbar anwendbar. Eine entsprechende Rechtsvorschrift kann daher ebenso wie eine (hinreichend bestimmte) Rechtsquelle nationaler Herkunft Grundlage einer Entscheidung von Gerichten oder Verwaltungsbehörden sein.¹⁹
- Völkervertragsrecht, das unter einem sog Erfüllungsvorbehalt „abgeschlossen“ wurde, ist innerstaatlich jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar, d.h. seine Bestimmtheit spielt insoweit keine Rolle. Den Erfüllungsvorbehalt beschließt dabei entweder bei Notwendigkeit parlamentarischer Genehmigung des Abschlusses des Staatsvertrags der Nationalrat als erste Parlamentskammer, sonst das abschließende Verwaltungsorgan. Folge ist auch hier, dass das vom Erfüllungsvorbehalt erfasste Völkervertragsrecht nur nach dem Grundsatz der völkerrechtskonformen Interpretation bei der Auslegung nationalen Rechts zu berücksichtigen ist.²⁰

Aus dieser Dreiteilung folgen zwei Fragen, nämlich erstens, was die Bedingungen für die hinreichende Bestimmtheit unmittelbar anwendbaren Völkervertragsrechts sind und zweitens, welche Bedeutung der Erfüllungsvorbehalt bei völkerrechtlichen Verträgen hat.

2. Die Bedingungen der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht

Ab seiner Beschlussfassung 1920 enthielt das B-VG einen deutlichen Hinweis auf die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge. Grund-

¹⁸ Die völkerrechtskonforme Interpretation wird von den österr. Gerichten regelmäßig herangezogen (z. B. VfSlg. 12.878/1991, 16.404/2001), wobei aber schon früh der Wortlaut als äußerste Grenze betont wurde (z. B. VwGH 20.2.1964, 493/63). Uneinigkeit besteht dahingehend, welche Rolle dabei das Rangverhältnis zwischen den anzuwendenden völkerrechtlichen und nationalen Normen spielt (vgl. einerseits am Beispiel der Derogation *Christoph Grabenwarter*, Völkerrecht, Recht der Europäischen Union und nationales Recht, in: August Reinisch [Hrsg.], Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Wien: Manz 2021, 128-158 [Rn. 568]; a. A. hingegen *Öhlinger/Müller* [Fn. 5], Rn. 57).

¹⁹ Vgl. nochmals die Definition bei *Kaiser* (Fn. 9), Rn 1.

²⁰ So z. B. unter Hinweis auf diverse Lehrmeinungen OGH 6.5.2008, 1 Ob 8/08w.

sätzlich war angeordnet, dass der Bundespräsident die Staatsverträge abschließt (Art. 65 Abs. 1 B-VG, mit Delegationsmöglichkeit in bestimmten Fällen nach Art. 66 Abs. 2) und dass bei politischen bzw. gesetzändernden Staatsverträgen zu ihrer Gültigkeit die Genehmigung des Parlaments erforderlich war. Die Möglichkeit der unmittelbaren Anwendbarkeit von Staatsverträgen wurde von Art. 49 B-VG angesprochen,²¹ welcher festhielt, dass die „verbindende Kraft“ parlamentarisch genehmigter Staatsverträge nach deren Kundmachung im Bundesgesetzblatt für das ganze Bundesgebiet begann,²² womit die innerstaatliche Verbindlichkeit im Gegensatz zur völkerrechtlichen Verbindlichkeit „nach außen“ gemeint war.

Damit wurde die erste wesentliche Voraussetzung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht normiert: Innerstaatlich darf Völkervertragsrecht nur dann zum Vor- oder Nachteil einzelner Personen durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden angewendet werden, wenn es nach Art. 49 B-VG im Bundesgesetzblatt²³ „gehörig kundgemacht“²⁴ wurde.

Auch der Wortlaut des Art. 50 B-VG sprach indirekt die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht an, indem er anordnete, dass zwar zur „Gültigkeit“ bestimmter Verträge, d. h. für den rechtmäßigen Abschluss durch das zuständige Verwaltungsorgan, die Zustimmung des Parlaments erforderlich war, dass aber keinerlei „Umsetzung“ der Verträge in innerstaatliche Rechtsformen erfolgen musste.²⁵

Grundsätzlich steht die österreichische Bundesverfassung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht somit „freundlich“ gegenüber. Dennoch ist es auch im heutigen Völkervertragsrecht so, dass der Großteil der Staatsverträge nicht unmittelbar anwendbar („self-executing“) ist, diese Eigenschaft bildet weiterhin eher die Ausnahme denn die Regel.²⁶ Insoweit bleibt die Herausforderung der Feststellung der Eignung eines Staatsvertrags zur unmittelbaren Anwendung regelmäßig bestehen. Dieses

²¹ Vgl. dazu Verfassungsrechtshandbücher der frühen 2. Republik *Ludwig Adamovich*, Grundriss des Österreichischen Verfassungsrechts, 4. Aufl., Wien: Springer 1947, 265: für Staatsorgane und Staatsbürger „unmittelbar wirksames Recht“.

²² Vgl. ausdrücklich *Kelsen/Froehlich/Merkel* (Fn. 6), Rn. 129: Verbindliche Kraft der Staatsverträge durch Kundmachung im BGBl bedingt.

²³ Zuständig ist der Bundeskanzler; unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht Art. 49 Abs. 2 B-VG auch eine Kundmachung außerhalb des BGBl.

²⁴ Die in Art. 89 B-VG genannte „gehörige Kundmachung“ ist eine Voraussetzung dafür, dass eine Rechtsvorschrift rechtliche Existenz erlangt; vgl. dazu m. w. N. *Karl Stöger*, in: *Karl Korinek/Michael Holoubek/Christoph Bezemek/Claudia Fuchs/Andrea Martin/Ulrich Zellenberg* (Hrsg.), B-VG, 13. Lfg., Wien: Verlag Österreich 2017, Art. 89 B-VG, Rn. 31 ff. und speziell zu Staatsverträgen Rn. 43 und Rn. 46.

²⁵ *Kelsen/Froehlich/Merkel* (Fn. 6), Rn. 135: Kundgemachte Staatsverträge als rechtsverbindliche Norm.

²⁶ *Öhlinger/Müller* (Fn. 5), Rn. 106.

Thema hat im Übrigen schon vor etwas mehr als sechzig Jahren, nämlich im Jahr 1961, *Günther Winkler* angesprochen. Er wies anlässlich eines Urteils des Obersten Gerichtshof, in dem die unmittelbare Anwendbarkeit einer Vertragsbestimmung bejaht wurde, darauf hin, dass keinesfalls jeder abgeschlossene Staatsvertrag unmittelbar anwendbar sei, sondern dass dies von dessen hinreichender Bestimmtheit abhänge. Seines Erachtens wurde das in der Literatur nicht immer ausreichend verdeutlicht,²⁷ wodurch übersehen werde, dass viele Staatsverträge die Kriterien der unmittelbaren Anwendbarkeit gar nicht erfüllen.²⁸ Den Gerichten und Verwaltungsbehörden komme die schwierige Aufgabe zu, dies zu beurteilen. Diese Aussage trifft im Wesentlichen bis heute zu, nur ist seitdem das Instrument des Erfüllungsvorbehalts dazugekommen. Was ist somit der Maßstab für die Beurteilung der unmittelbaren Anwendbarkeit, welche ein Gericht bzw. eine Verwaltungsbehörde stets vorzunehmen hat, wenn hinsichtlich der betreffenden völkervertragsrechtlichen Vorschrift kein Erfüllungsvorbehalt erklärt wurde?

Hier muss man zwei Maßstäbe unterscheiden, einen völkerrechtlichen und einen verfassungsrechtlichen. Zum einen kann die völkervertragsrechtliche Vorschrift selbst zu erkennen geben, dass sie nicht „self-executing“ sein soll,²⁹ etwa wenn sie einen Auftrag an das Parlament formuliert, dies wird als „subjektives Kriterium“ bzw. „Wille der Vertragsparteien“³⁰ bezeichnet. Hier geht es entweder um die erkennbare Intention der Vertragsparteien oder um den Inhalt des Vertrages, der sich nicht zur unmittelbaren Anwendbarkeit eignet. Weitaus wichtiger ist aber das „objektive Kriterium“ der hinreichenden Bestimmtheit,³¹ welches sich aus dem österreichischen Verfassungsrecht ergibt. Anzulegender Maßstab ist hier, wie auch für nationales Recht, das Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG.³² Zwar legt der Verfassungsgerichtshof (VfGH) die Bestimmtheitanforderungen an Rechtsvorschriften in einzelnen Gebieten durchaus unterschiedlich streng aus („differenziertes Legalitätsprin-

²⁷ *Günther Winkler*, Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Staatsverträgen, *Juristische Blätter* 1961, 8-15 (9) mit Hinweisen auf damalige Literaturmeinungen.

²⁸ Etwas kritischer die Bewertung durch *Öhlinger*, Offenheit (Fn. 3), 370: „Gerichte und Verwaltungsbehörden hatten offensichtliche Schwierigkeiten mit der doch ganz anderen Sprache völkerrechtlicher Verträge und wendeten diese in der Praxis nicht annähernd in dem Ausmaß an, den der Verfassungstext eigentlich erwarten ließ.“

²⁹ *Öhlinger/Müller* (Fn. 5), Rn. 100 unter Hinweis auf Art. 30.6. („Privatrechte“) des „gemischten“ CETA-Abkommens zwischen EU, ihren Mitgliedstaaten und Kanada.

³⁰ Z. B. VfSlg. 11.585/1987; 12.281/1990; vgl. auch *Claudia Wutscher*, in: Arno Kahl/Lamiss Khakzadeh/Sebastian Schmid (Hrsg.), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Wien: Jan Sramek Verlag 2021, Art. 50 B-VG, Rn. 27.

³¹ Z. B. VfSlg. 12.281/1990; *Öhlinger/Müller* (Fn. 5), Rn. 101; weiters z. B. *Wutscher* (Fn. 30), Rn. 27.

³² *Öhlinger/Müller* (Fn. 5), Rn. 101.

zip“),³³ dennoch steht den Gerichten und Verwaltungsbehörden damit eine verfassungsrechtlich festgelegte Richtschnur zur Verfügung. Dies hat der österreichische VfGH in VfSlg. 12.558/1990 wie folgt zusammengefasst:

„[Auch bei Fehlen eines Erfüllungsvorbehalts kann sich] aus dem Inhalt und Zweck des Vertrags dessen Unanwendbarkeit durch Gerichte und Verwaltungsbehörden ergeben, etwa dann, wenn dies im Vertrag ausdrücklich so angeordnet ist oder wenn der subjektive Wille der Vertragsschließenden darauf gerichtet ist, ein nicht der unmittelbaren Vollziehung zugängliches Vertragswerk zu schaffen (sog. subjektive Gründe³⁴), aber auch dann, wenn unter Heranziehung der übrigen Rechtsordnung eine Bestimmung des zur Vollziehung zuständigen Organs nicht möglich ist oder wenn der Vertrag der inhaltlichen Bestimmung des Vollzugshandelns gänzlich ermangelt (in diesen Fällen ist der Vertrag objektiv ungeeignet, Grundlage von Vollzugsakten zu sein³⁵). In Fällen der genannten oder ähnlichen Art wäre auch ein ohne Erfüllungsvorbehalt genehmigter Vertrag nicht unmittelbar anwendbar.“

Hinsichtlich der ausreichenden Bestimmtheit besteht ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen Völkervertragsrecht und nationalem Recht: Treffen ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde auf eine nicht hinreichend bestimmte nationale Vorschrift, so müssen sie klären, ob diese gar nicht zur unmittelbaren Anwendung bestimmt war, wie etwa eine Staatszielbestimmung. Sofern aber klar ist, dass die Bestimmung zwar zur unmittelbaren Anwendbarkeit bestimmt ist, aber den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Bestimmtheitsgebots nicht entspricht, hat ein Gericht den VfGH anzurufen und diesen um Prüfung der Verfassungswidrigkeit der Bestimmung wegen Unbestimmtheit zu ersuchen.³⁶ Eine Verwaltungsbehörde hingegen ist nach herrschender Ansicht an kundgemachte Vorschriften auch bei vermuteter Verfassungswidrigkeit gebunden (sog. „Gehorsamsthese“³⁷) und hat diese bestmöglich anzuwenden, die Anrufung des VfGH ist erst einem Verwaltungsgericht möglich.

³³ Einen sehr guten – wenn auch etwas älteren – Überblick bietet Heinz Peter Rill, in: Benjamin Kneihs/Georg Lienbacher (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 1. Lfg., Wien: Verlag Österreich 2001, Art. 18 B-VG, Rn. 65 ff.; aktueller, aber kürzer Christian Ranacher/Niklas Sonntag, in: Arno Kahl/Lamiss Khakzadeh/Sebastian Schmid (Hrsg.), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Wien: Jan Sramek Verlag 2021, Art. 18 B-VG, Rn. 10 ff.; kritisch zur Systematik der verschiedenen Bestimmtheitsanforderungen Philipp Mörtl, Das Legalitätsprinzip, Wien: Verlag Österreich 2020, 189 ff.; vgl. zum Thema auch bereits speziell mit Blick auf die Rechtssatzform „gesetzändernder Staatsvertrag“ Theo Öhliger, Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Recht, Wien: Springer 1973, 188 ff.

³⁴ Hier folgt im Erk. ein Verweis auf Winkler (Fn. 27), 11 f.

³⁵ Hier folgt im Erk. ein Verweis auf Winkler (Fn. 27), 11 und Öhliger, Vertrag (Fn. 33), 141 ff.

³⁶ Art. 89 Abs. 2 B-VG.

³⁷ Zu dieser These und ihrer Unrichtigkeit z. B. näher m. w. N. Stöger (Fn. 24), Rn. 83 ff.

Bei Völkervertragsrecht, das nicht hinreichend bestimmt und somit nicht „self-executing“ ist, kann hingegen der Vorwurf der Verletzung des nationalen Bestimmtheitsgebots nicht erhoben werden: Die Völkerrechtssubjekte als Vertragspartner sind an dieses ja nicht gebunden. Ein solcher völkervertragsrechtlicher Akt, der für Österreich verbindlich und ohne Erfüllungsvorbehalt abgeschlossen wurde, hat daher von nationalen Gerichten oder Verwaltungsbehörden als Grundlage von Rechten und Pflichten Privater unangewendet zu bleiben und kann allenfalls als Interpretationsmaßstab herangezogen werden. Verfassungswidrig ist er aber nicht.

Wenn Gerichte oder Verwaltungsbehörden dennoch einen „non self-executing“ Vertrag unmittelbar anwenden, ist dies rechtswidrig und kann im Instanzenzug bekämpft werden. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass letztlich der VfGH angerufen werden kann.³⁸ Dieser kann nach Art. 140a B-VG die Verfassungs- oder Gesetzwidrigkeit von Staatsverträgen feststellen, mit der Folge, dass diese dann „von den zu [ihrer] Vollziehung berufenen Organen nicht mehr anzuwenden“ sind. Damit wäre zweifelsfrei festgestellt, dass ein Vertrag nicht unmittelbar anwendbar ist.³⁹ Diese Ansicht ist allerdings vielmehr pragmatisch als dogmatisch korrekt: Ein nicht hinreichend bestimmter völkerrechtlicher Vertrag ist ja nicht verfassungswidrig, nur die auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsakte. Die verfassungsgerichtliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines solchen Vertrags wäre deshalb eigentlich nicht zulässig.⁴⁰ Zwar hat sie eine „erga omnes“-Wirkung und würde daher im Gegensatz zu einer Einzelfallentscheidung alle Gerichte und Verwaltungsbehörden binden, dennoch kann der VfGH nach dem Wortlaut der Verfassung nur die Verfassungs- oder Rechtswidrigkeit des Vertrages selbst, nicht aber die Unzulässigkeit seiner unmittelbaren Anwendung feststellen. Diese Aufgabe kommt dem Nationalrat bzw. dem abschließenden Organ durch Erlassung eines Erfüllungsvorbehalts zu. Vor diesem Hintergrund erschiene es rechtspolitisch für die Zukunft durchaus zweckmäßig, die Kompetenz des VfGH nach Art. 140a B-VG ausdrücklich auf die Feststellung der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit zu erweitern.

³⁸ Öhlinger/Müller (Fn. 5), Rn. 101, 110.

³⁹ Zu zahlreichen Detailfragen der durch Erkenntnis des VfGH bewirkten Unanwendbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrages, die weiter geht als ein Erfüllungsvorbehalt (siehe Theo Öhlinger, in: Karl Korinek/Michael Holoubek/Christoph Bezemek/Claudia Fuchs/Andrea Martin/Ulrich Zellenberg (Hrsg.), B-VG, 7. Lfg., Wien: Verlag Österreich 2005, Art. 140a B-VG, Rn. 14.) vgl. Gisela Kristoferitsch, Die Prüfung von Staatsverträgen durch den Verfassungsgerichtshof, Dissertation WU Wien 2018, 127 ff.

⁴⁰ Zutreffend Öhlinger/Müller (Fn. 5), Rn. 109: Ein auf Aufhebung eines offensichtlich nicht zur unmittelbaren Anwendung geeigneten Staatsvertrages wegen nicht hinreichender Bestimmtheit wäre abzuweisen. Vgl. aber Öhlinger/Müller (Fn. 5), Rn. 110: Bei Zweifeln an der unmittelbaren Anwendbarkeit ist ein Vorgehen nach Art. 140a B-VG zulässig.

Insgesamt ist festzuhalten: Maßstab für die Beurteilung der unmittelbaren Anwendbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrages bildet, sofern der Vertrag selbst sie nicht ausschließt, das Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG. Entspricht der Vertrag diesem nicht, ist er zwar nicht verfassungswidrig, darf aber innerstaatlich von Verwaltungsbehörden und Gerichten nicht direkt angewendet werden, sondern allenfalls im Wege der völkerrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts berücksichtigt werden. Diese Frage ist von den betroffenen Verwaltungsbehörden bzw. Gerichten selbständig zu beurteilen, wenden sie den Staatsvertrag trotz fehlender Bestimmtheit dennoch an, sind darauf gestützte Rechtsakte rechtswidrig und können im Instanzenzug bekämpft werden. In der Literatur wird darüber hinaus angenommen, dass auch der VfGH einen nicht hinreichend bestimmten Staatsvertrag nach Art. 140a B-VG für rechtswidrig und damit in konstitutiver Weise für unanwendbar erklären kann – eine Überlegung, die, wie gezeigt, dogmatisch nicht überzeugend ist.

3. Der Erfüllungsvorbehalt

Die Schwierigkeiten der Feststellung der hinreichenden Bestimmtheit und der daraus resultierenden unmittelbaren Anwendbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrages führten im Jahr 1964⁴¹ zur Schaffung einer österreichischen Besonderheit, des Erfüllungsvorbehalts.⁴² Dieser ist bei parlamentarisch zu genehmigenden Staatsverträgen vom Nationalrat als erster Parlamentskammer zu beschließen, bei allen anderen vom Bundespräsidenten bzw. dem von ihm zum Vertragsabschluss ermächtigten Organ (Art. 66 Abs. 2 B-VG).

Wird ein solcher Erfüllungsvorbehalt erklärt, ändert dies nichts an der völkerrechtlichen Bindung Österreichs im Außenverhältnis, dementsprechend ist auch bei der Auslegung einschlägigen innerstaatlichen Rechts, soweit möglich, ein solcher völkerrechtlicher Vertrag zu beachten.⁴³ Eine unmittelbare Anwendbarkeit durch Gerichte und Verwaltungsbehörden ist aber ausgeschlossen.⁴⁴ Es tritt somit dieselbe Rechtsfolge ein wie bei einem

⁴¹ Zum Hintergrund der Nov. *Öhlinger/Müller* (Fn. 5), Rn. 7-9; *Rotter* (Fn. 15), 778 ff.

⁴² *Lando Kirchmair*, Die Theorie des Rechtserzeugerkreises, Berlin: Duncker & Humblot 2013, 173 spricht von einem „österreichischen Spezifikum“.

⁴³ Vgl. bereits bei Fn. 19. Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit nationaler Rechtsakte können solche Staatsverträge hingegen nicht sein: z. B. m. w. N. OGH 24.1.2017, 10 ObS 162/16w.

⁴⁴ Deutlich VfSlg. 12.258/1990; vgl. auch *Kirchmair* (Fn. 42), 175, der den unter Erfüllungsvorbehalt genehmigten Vertrag mit einem „schlicht anwendbaren“, d. h. non self-executing Vertrag, gleichsetzt. Weiters *Wutscher* (Fn. 30), Rn. 26.

Staatsvertrag, der sich nach der Intention der Vertragsparteien, seinem Ge genstand oder aufgrund seiner nicht ausreichenden Bestimmtheit nicht zur unmittelbaren Anwendbarkeit eignet. Der Erfüllungsvorbehalt schließt aber jeden diesbezüglichen Zweifel aus, ein von ihm erfasster völkerrechtlicher Vertrag (bzw. die vom Erfüllungsvorbehalt erfassten Bestimmungen, wenn dieser nicht für den ganzen Vertrag erklärt wurde) ist jedenfalls „non self-executing“. Bei primärrechtlichen Verträgen ist ein Erfüllungsvorbehalt nicht möglich, da dieser mit der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts kollidieren würde (siehe schon I.).

Die Frage, warum das Instrument des Erfüllungsvorbehalts geschaffen wurde, legen die amtlichen Erläuterungen in klarer, im völkerrechtlichen Kontext durchaus auch als undiplomatisch zu bezeichnender, Sprache offen:

„Die Annahme der zweifellos völkerrechtsfreundlicheren generellen Transformation durch die österreichische Rechtsordnung bringt den Nachteil mit sich, daß infolge der unveränderten und direkten Übernahme staatsvertraglicher Normen das unkontrollierte Einfließen von der österreichischen Rechtsordnung artfremden Rechtes in Österreich nur schwer abgewendet werden kann. [...] Zunächst würde ein Übergang von der durchaus völkerrechtsfreundlichen generellen Transformation zur mehr statistischen und souveränitätsbetonten individuellen Transformation die Stellung Österreichs in der Völkergemeinschaft ungünstig beeinflussen. Dies verdient gerade im Zuge der Integrationsbestrebungen auf den verschiedensten Gebieten, von denen sich auch Österreich, soweit dies seine Stellung als ständig neutraler Staat zuläßt, nicht ausschließen will, Beachtung. Außerdem würde ein Übergang zur speziellen Transformation gerade bei der derzeit großen Zahl von Staatsverträgen zu einer Überforderung des Gesetzgebers führen müssen.“⁴⁵

Bemerkenswert ist hier einmal die Verwendung des Begriffes der „Völkerrechtsfreundlichkeit“, der in der österr. Staatsrechtslehre sonst unüblich ist. Während die Schaffung des Instruments des Erfüllungsvorbehalts auf den ersten Blick als „völkerrechtsunfreundlicher Akt“ gewertet werden könnte, geht es nach den Erläuterungen um das Gegenteil, nämlich die Verhinderung von Rechtsunsicherheit einerseits und von politisch nicht gewollter und somit den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages letztlich vielleicht sogar verhindernder unmittelbarer Anwendbarkeit andererseits. So dient der Erfüllungsvorbehalt einer frictionsfreien Einbindung völkerrechtlicher Normen in das Rechtsquellsystem der Bundesverfassung und kann durchaus als völkerrechtsfreundliches Instrument verstanden werden. Letztlich soll ein

⁴⁵ 287 BlgNR 10. GP 4. Auf diese durchaus „auffälligen“ Formulierungen weist auch Markus Vašek (Fn. 1) hin.

Ausgleich zwischen völkerrechtlicher Integration und Wahrung „nationaler Interessen“ stattfinden.

Seit dem Jahr 1964 gibt es in Österreich somit den Erfüllungsvorbehalt, und es wurde von ihm auch regelmäßig⁴⁶ Gebrauch gemacht (siehe auch noch unten II. 4.). Eine in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzende Änderung erfuhren die Regelungen betr. Staatsverträge im Jahr 2008,⁴⁷ diese betraf auch die Rolle des Erfüllungsvorbehalts. Zum einen war es bis dahin nach der Staatspraxis⁴⁸ nur üblich, einen Erfüllungsvorbehalt für einen völkerrechtlichen Vertrag zur Gänze zu erklären, seit der Nov 2008 ist nunmehr in Art. 50 Abs. 2 Z. 3 B-VG vorgesehen, dass der Nationalrat erklären kann, „in welchem Umfang dieser Staatsvertrag durch Erlassung von Gesetzen zu erfüllen ist“. Damit ist ein Erfüllungsvorbehalt auch nur für einzelne Bestimmungen eines parlamentarisch genehmigten Staatsvertrags möglich.⁴⁹ Bemerkenswerterweise wurde die Formulierung bei den nicht parlamentarisch zu genehmigenden Staatsverträgen in Art. 66 Abs. 2 B-VG (sowie auch bei den Länderstaatsverträgen in Abs. 3 leg. cit.; zu diesen noch unten) nicht angepasst, dort ist weiterhin von der „Anordnung, dass diese Staatsverträge durch Erlassung von Verordnungen zu erfüllen sind“, die Rede. Unter dem Aspekt der Völkerrechtsfreundlichkeit ist die Möglichkeit der präziseren Abgrenzung des Erfüllungsvorbehalts ein Gewinn, ermöglicht sie doch, den Ausschluss der unmittelbaren Wirkung punktgenau und damit auf das politisch als zwingend notwendig Erachtete einzugrenzen.

Die zweite Änderung des Jahres 2008 war tiefgreifend und bedarf einer Vorbemerkung: Ein ganz wesentliches Motiv für die B-VG-Nov 1964, mit der auch das Instrument des Erfüllungsvorbehalts geschaffen wurde, war die Schaffung von Klarheit betreffend der Genehmigung von Staatsverträgen als verfassungsändernd bzw. verfassungsergänzend.⁵⁰ Dies wurde dadurch erreicht, dass klargestellt wurde, dass solche Staatsverträge oder einzelne Bestimmungen derselben mit Zweidrittelmehrheit und ausdrücklicher Bezeichnung als verfassungsergänzend bzw. -ändernd durch das Parlament genehmigt werden mussten. Ein Genehmigungsvorbehalt war auch hier möglich. Das Modell der als verfassungsändernd bzw. -ergänzend genehmigten Staatsverträge, mit der Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte

⁴⁶ Dazu vgl. *Öhlinger/Müller* (Fn. 5), Rn. 106 mit FN 278.

⁴⁷ BGBl I 2008/2; in Kraft getreten 1.1.2008.

⁴⁸ Nachweise bei *Öhlinger/Müller* (Fn. 5), Rn. 106 mit FN 277.

⁴⁹ Vgl. *Christian Ranacher*, Mitwirkung des Nationalrates und Bundesrates am Abschluss von Staatsverträgen, in: Andreas Müller/Werner Schroeder (Hrsg.), Demokratische Kontrolle völkerrechtlicher Verträge, Wien: facultas 2017, 16 f.

⁵⁰ *Öhlinger/Müller* (Fn. 5), Rn. 7.

und Grundfreiheiten (EMRK) als wichtigstem Beispiel,⁵¹ trug jedoch zur zunehmenden Unübersichtlichkeit des Bestandes des österreichischen Bundesverfassungsrechts bei. In Reaktion darauf wurde mit der B-VG-Nov BGBl I 2008/2 die Möglichkeit der verfassungsändernden bzw. -ergänzenden Genehmigung eines Staatsvertrages für die Zukunft⁵² aufgehoben.⁵³ Dies bedeutet, dass ein vom Parlament genehmigter Staatsvertrag nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes aufweist. Widerspricht er Verfassungsrecht, wäre er daher ab dem Moment seines Abschlusses verfassungswidrig i. S. d. Art. 140a B-VG und könnte vom VfGH für unanwendbar erklärt werden.⁵⁴ Um dieses Ergebnis zu verhindern, genügt aber nicht die Erlassung eines Erfüllungsvorbehalts, es muss jedenfalls „zuvor oder zeitgleich“⁵⁵ eine nationale verfassungsgesetzliche Bestimmung zur „Abbildung“ des Staatsvertragsinhalts im nationalen Verfassungsrecht erlassen werden. Dafür genügt freilich auch eine bundesverfassungsgesetzliche Anordnung, dass ein bestimmter völkerrechtlicher Vertrag Bundesverfassungsrecht darstellen soll.⁵⁶

Wie ist diese Neuerung speziell aus Sicht der Völkerrechtsfreundlichkeit zu bewerten? Primär jedenfalls zwiespältig: Konnte bislang Völkervertragsrecht als Teil der Genehmigung durch das Parlament in einem Schritt zu nationalem Verfassungsrecht erklärt werden, ist dies nun nicht mehr möglich, vielmehr bedarf es nun als zweitem Schritt einer speziellen Transformation

⁵¹ Dazu z. B. Öhlinger, Offenheit (Fn. 3), 373 ff.

⁵² Dies geschah in der Art, dass vor 2008 als verfassungsändernd bzw. -ergänzend genehmigte Staatsverträge diesen Rang grundsätzlich behalten, allerdings stufte die Verfassungsbestimmung des § 7 Erstes Bundesverfassungsbereinigungsgesetz, BGBl I 2008/2, zahlreiche ausdrücklich genannte Staatsverträge zu einfacherem Bundesrecht hinab.

⁵³ Ausdrücklich hinzuweisen ist aber auch darauf, dass mit derselben Novelle durch eine Änderung der Art. 3 B-VG (Festlegung von Staatsgrenzen), Art. 9 Abs. 2 B-VG (Übertragung von Hoheitsgewalt auf andere Staaten oder zwischenstaatliche Einrichtungen bzw. Möglichkeit von deren Tätigkeiten im Inland und jeweils auch umgekehrt betreffend österreichische Organe) und Art. 50 Abs. 2 Z. 1 (vereinfachte Änderungsverfahren für Staatsverträge) im B-VG Rechtsgrundlagen geschaffen wurden, mit denen in zahlreichen Fällen ein abzuschließender Staatsvertrag nicht mehr als verfassungsändernd anzusehen ist (dazu auch die Gesetzesmaterialien ErläutRV 314 der Beilagen XXIII. GP 2 f.).

⁵⁴ Dies war in der Entscheidung VfGH 29.9.2022, SV 1/2021, beim OPEC-Amtssitzabkommen insoweit der Fall, als einige seiner Bestimmungen (betreffend Immunität gegenüber nationaler Gerichtsbarkeit) gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstießen. Da die EMRK im Verfassungsrang genehmigt wurde, steht sie bereits aus nationaler Sicht über dem Amtssitzabkommen, darüber hinaus berücksichtigte der VfGH auch die Rsp. des EGMR zu dienstrechtlichen Streitigkeiten Internationaler Organisationen.

⁵⁵ Öhlinger/Müller (Fn. 5), Rn. 66; vgl. auch Kirchmair (Fn. 42), 170. Großzügiger hingegen Andreas Janko, Staatsverträge und Bundesverfassung nach Art. 50 B-VG i. d. F. BGBl I 2008/2, in: Peter Fischer/Margit Karollus/Sigmar Stadlmeier (Hrsg.), Die Welt im Spannungsverhältnis zwischen Regionalisierung und Globalisierung: FS für Heribert Franz Köck, Wien: Linde 2009, 501-525 (511).

⁵⁶ Öhlinger/Müller (Fn. 5), Rn. 66 mit FN 185.

durch Schaffung einer bundesverfassungsrechtlichen Regelung. Man könnte dies als erfolgreichen Versuch einer Verfassungsbereinigung sehen, da nun mehr verfassungsändernde Staatsverträge als eigene Rechtssatzform nicht mehr vorkommen. Da aber im Falle des Abschlusses eines materiell verfassungsändernden Staatsvertrages nunmehr zeitgleich eine ergänzende nationale Umsetzungsregelung im Verfassungsrang erlassen werden muss, ist dieser Vorteil sehr deutlich zu relativieren.⁵⁷ Aus Sicht der unmittelbaren Anwendbarkeit schließlich ist die Neuerung m. E. ein „Nullsummenspiel“: Wurde ein völkerrechtlicher Vertrag als verfassungsändernd oder -ergänzend genehmigt, war ja schon bisher die Frage seiner unmittelbaren Anwendbarkeit zu klären, da Verfassungsrecht selbst ja nicht am verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG zu messen ist⁵⁸ und regelmäßig nicht unmittelbar anwendbare Programmsätze enthält. Nichts Anderes gilt aber nun, wenn der Inhalt des Staatsvertrags durch nationales Bundesverfassungsrecht „umgesetzt“ wird oder ein Verfassungsgesetz den Staatsvertrag zum Bundesverfassungsgesetz erklärt – auch dann sind die zur Anwendung des „umgesetzten“ Bundesverfassungsrechts berufenen Organe vor die Aufgabe gestellt, dessen unmittelbare Anwendbarkeit zu beurteilen. Aus Sicht der Völkerrechtsfreundlichkeit bringt das Verbot, Verfassungsrecht in Form eines Staatsvertrages zu schaffen, somit keinen Mehrwert.

In der Folge soll nun noch auf einige Fragen eingegangen werden, die im Zusammenhang mit dem Rechtsinstrument des Erfüllungsvorbehalts in der österr. Staatsrechtslehre diskutiert werden.

4. Verpflichtung zur Anordnung eines Erfüllungsvorbehalts?

In der Literatur wird die Meinung vertreten, bei fehlender ausreichender Bestimmtheit eines Staatsvertrages müsse ein Erfüllungsvorbehalt geschaffen werden. Diese bis in die jüngste Zeit⁵⁹ vertretene Auffassung hat sich in der Praxis nicht durchgesetzt, auch der VfGH hielt insb. in VfSlg. 12.558/1990 im Anschluss an Öhlänger⁶⁰ ausdrücklich fest, dass bei Fehlen eines Erfüll-

⁵⁷ Vgl. dazu Barbara Weichselbaum, „Staatsverträge neu“ im Geist von Verfassungsbereinigung und völkerrechtlicher Handlungsfähigkeit: eine kritische Analyse, *Journal für Rechtspolitik* 4 (2007) 211–221 (213); mit anderen Argumenten auch Janko (Fn. 55), 505 ff. Siehe aber auch Fn 53.

⁵⁸ So etwa VfSlg. 12.281/1990 zum im Verfassungsrang genehmigten Abkommen „Accordino“.

⁵⁹ Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Karl Stöger, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, 11. Aufl., Wien: Manz 2015, Rn. 239 (Pkt. 2 und Pkt. 3).

⁶⁰ Öhlänger, Vertrag (Fn. 33), 152 ff., insb. 157.

lungsvorbehalts zwar von einer Vermutung für die unmittelbare Anwendbarkeit gesprochen werden könnte, dass aber etwa bei erkennbar nicht ausreichender Bestimmtheit auch ein ohne Erfüllungsvorbehalt genehmigter Vertrag nicht unmittelbar anwendbar ist.⁶¹ Nach dieser Lesart kommt dem Erfüllungsvorbehalt somit einerseits nur eine klarstellende Rolle zu für Fälle, bei denen potenzielle Unklarheiten hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit befürchtet werden bzw. andererseits die Aufgabe, politisch definitiv nicht gewollte Fälle einer unmittelbaren Anwendbarkeit auszuschließen. Tatsächlich deuten die Erläuterungen zur B-VG-Nov 1964 in diese Richtung:

„Um eine Überfremdung [sic!] der österreichischen Rechtsordnung einerseits möglichst hintanzuhalten und andererseits die mit einem Übergang zur speziellen Transformation verbundenen Nachteile auszuschließen, erscheint es zweckmäßig, unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Systems der generellen Transformation die Möglichkeit zu schaffen, die generelle Transformation im Einzelfall zugunsten der speziellen Umwandlungsmethode auszuschließen. Damit wäre gewährleistet, daß in jenen Fällen, in denen die direkte und unveränderte Übernahme einer staatsvertraglichen Norm in die innerstaatliche Rechtsordnung eine eminente Gefahr für die Einheit der österreichischen Rechtsordnung und damit die Rechtssicherheit darstellen würde, die Folgen der generellen Transformation auszuschließen und in einem solchen Fall die staatsvertraglich übernommene Verpflichtung durch spezielle, den Erfordernissen der österreichischen Rechtstechnik formell entsprechende innerstaatliche Normsetzungsakte zu erfüllen.“⁶². Es ist also nur von Einzelfällen die Rede.

Öhlinger/Müller haben in diesem Zusammenhang auf zwei weitere Punkte hingewiesen: Zum einen bildet der Erfüllungsvorbehalt in der österreichischen Staatspraxis weiterhin die Ausnahme.⁶³ Zum anderen ist der Großteil der Staatsverträge ohnehin nicht unmittelbar anwendbar, diese Eigenschaft bildet auch im heutigen Völkervertragsrecht eher die Ausnahme.⁶⁴ Anders gesprochen: Die Notwendigkeit des „flächendeckenden“ Einsatzes von Erfüllungsvorbehalten lässt sich kaum begründen, was – auch angesichts der oben zitierten Aussagen in den Gesetzesmaterialien – ein starkes Indiz dafür ist, dass bei Schaffung dieses Instruments tatsächlich an einen Sonderfall und nicht an den Regelfall gedacht wurde. Insoweit ist einzuräumen, dass sich für die Staatspraxis, nach der Erfüllungsvorbehalte bei „non self-exe-

⁶¹ Zustimmend etwa OGH 6.5.2008, 1 Ob 8/08w.

⁶² ErläutRV 287 der Beilagen X. GP 4 f.

⁶³ *Öhlinger/Müller* (Fn. 5), Rn. 106 mit FN 278.

⁶⁴ *Öhlinger/Müller* (Fn. 5), Rn. 106. Vgl. auch für eine Differenzierung innerhalb eines Staatsvertrages bereits *Öhlinger*, Vertrag (Fn. 33), 155, der die regelmäßig nicht unmittelbar anwendbaren Schlussklauseln hervorhebt.

cuting“ treaties nicht stets zu erklären sind, durchaus überzeugende Argumente finden lassen.

5. Staatsverträge der Bundesländer

In der Stammfassung des B-VG nicht vorgesehen waren Staatsverträge der Länder, diese Möglichkeit wurde erst mit der Novelle BGBl 1988/685 in Art. 16 B-VG geschaffen, dann aber gleich angepasst an die damals schon geänderte, den Erfüllungsvorbehalt vorsehende, Rechtslage. Dies erkennt man einerseits an Art. 16 Abs. 4 B-VG, der eine „Durchführung“ des Staatsvertrags durch „Erlassung von Gesetzen“ ausdrücklich vorsieht, andererseits an der zeitgleich erlassenen Begleitbestimmung des Art. 66 Abs. 3 B-VG, die es den Bundesländern ausdrücklich ermöglicht, einen Erfüllungsvorbehalt auch bei Landesstaatsverträgen vorzusehen. Dies bedeutet somit, dass die Bundesverfassung zwingend davon ausgeht, dass auch Staatsverträge der Länder unmittelbar anwendbar sein können, und die Landesverfassungsgesetzgebung hier auch einen Erfüllungsvorbehalt aussprechen kann, aber nicht muss. Von der Völkerrechtsfreundlichkeit der Bundesverfassung dürfen die Landesverfassungen dementsprechend nicht abweichen. So schließt keine Landesverfassung die unmittelbare Anwendbarkeit von Staatsverträgen aus, allerdings sehen fünf Landesverfassungen die Erklärung von Erfüllungsvorbehalten durch den Landtag⁶⁵ und drei einen Erfüllungsvorbehalt der Landesregierung bei Staatsverträgen, die nicht der Genehmigung des Landtages bedürfen,⁶⁶ vor.

6. Zwischenfazit: Unmittelbare Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht in Österreich

Festzuhalten ist, dass die österreichische Bundesverfassung von Anfang an der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht in der nationalen Rechtsordnung positiv gegenüberstand. Das sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass die unmittelbare Anwendbarkeit im Völkervertragsrecht bis heute nicht der Standardfall ist, sondern grundsätzlich im Einzelfall von Gerichten bzw. Verwaltungsbehörden geprüft werden muss. Maßstab der unmittelbaren

⁶⁵ Art. 57 Abs. 4 oö Landesverfassung, Art. 49 Abs. 2 Sbg Landes-Verfassungsgesetz, Art. 9 Abs. 5 Stmk Landes-Verfassungsgesetz, Art. 71a Abs. 5 Tir Landesordnung, Art. 54 Abs. 5 Vbg Landesverfassung.

⁶⁶ Art. 42 Abs. 5 Ktn Landesverfassung, Art. 57 Abs. 5 oö Landesverfassung, Art. 54 Abs. 5 Vbg Landesverfassung.

Anwendbarkeit sind dabei einerseits aus völkerrechtlicher Sicht Intention der Vertragspartner bzw. Inhalt des Vertrages, andererseits aus verfassungsrechtlicher Sicht die hinreichende Bestimmtheit. Eine österreichische Besonderheit ist die Möglichkeit entweder des Nationalrats (erste Parlamentskammer) oder bei fehlender Notwendigkeit einer parlamentarischen Genehmigung des vertragsschließenden Verwaltungsorgans, einen Erfüllungsvorbehalt zu erklären, der die unmittelbare Anwendbarkeit jedenfalls ausschließt. Damit sollen Zweifelsfälle bzw. politisch nicht erwünschte unmittelbare Anwendbarkeit in verbindlicher Weise geregelt werden, die Staatspraxis verneint die Notwendigkeit eines Erfüllungsvorbehalts bei offensichtlich fehlender unmittelbarer Anwendbarkeit. Während der Erfüllungsvorbehalt auf den ersten Blick als „völkerrechtsfeindlich“ verstanden werden könnte, ist er bei genauerer Betrachtung ein Kompromiss,⁶⁷ der die Möglichkeit der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht grundsätzlich befürwortet, diese aber in bestimmten Konstellationen auch verbindlich ausschließen soll. Einen gewissen Rückschritt aus Sicht der Völkerrechtsfreundlichkeit hat schließlich eine Verfassungsnovelle im Jahr 2008 gebracht: Konnten Staatsverträge bis dahin im Verfassungsrang genehmigt und dann auch unmittelbar anwendbar sein, ist für solche verfassungsändernden Staatsverträge nunmehr stets ein Umsetzungsakt erforderlich, der dann als Maßstab für die unmittelbare Anwendbarkeit heranzuziehen ist.

In der Folge ist auf das Völkergewohnheitsrecht einzugehen, bei dem ein dem Erfüllungsvorbehalt vergleichbares Instrument nicht existiert.

III. Völkergewohnheitsrecht

1. Art. 9 Abs. 1 B-VG: Unmittelbare Anwendbarkeit nur eingeschränkt bedeutsam

Bei der Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht trifft man mit Art. 9 Abs 1 B-VG auf eine Bestimmung, deren Wortlaut seit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung unverändert geblieben ist.⁶⁸ Sie ordnet an, dass „die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts“ als „Bestandteile des Bundesrechts“ gelten.⁶⁹ Die Kontinuität des Wortlauts

⁶⁷ Von einem „kompromißhaften Charakter der Bundesverfassungsnovelle 1964“ schrieb bereits Öhlinger, Vertrag (Fn. 33), 158.

⁶⁸ Öhlinger/Müller (Fn. 1), Rn. 1.

⁶⁹ Zur Vorbildwirkung der Weimarer Verfassung vgl. Öhlinger/Müller (Fn. 1), Rn. 1; Öhlinger, Offenheit (Fn. 3), 368.

über mehr als 100 Jahre bedeutet jedoch nicht, dass die Auslegung dieser Bestimmung – etwa, ob sie ein Beispiel für Adoption oder generelle Transformation ist oder welchen Rang das Völkergewohnheitsrecht im österreichischen Bundesrecht einnimmt – unumstritten war bzw. ist. Während sich das Verständnis des Art. 9 Abs. 1 als Anordnung einer Adoption jedenfalls materiell durchgesetzt haben darf,⁷⁰ besteht bis heute keine Einigkeit darüber, ob die Regeln je nach Inhalt dem Bundesverfassungsrecht oder dem einfachen Bundesrecht zuzuordnen sind oder im Rang stets dazwischen stehen (wobei die Höchstgerichte⁷¹ tendenziell die Gleichsetzung mit einfachem Bundesrecht vertreten).⁷² Auch ist nicht eindeutig geklärt, was zu den „allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts“ zählt: Universelles und Österreich betreffendes partikuläres Völkergewohnheitsrecht werden (heute) allgemein dazugezählt, bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen hingegen besteht keine Einigkeit.⁷³

Bei der Thematik der unmittelbaren Anwendbarkeit der durch Art. 9 B-VG allgemein anerkannten Regeln besteht hingegen deutlich mehr Einigkeit, wobei hier differenziert wird zwischen der Anwendbarkeit dieser Regeln durch die Verwaltung bei außenpolitischen Handlungen einerseits und ihrer innerstaatlichen Anwendung als Grundlage von subjektiven Rechten oder Pflichten im Verhältnis zwischen Staat und Privatpersonen andererseits. Hintergrund ist auch hier das Legalitätsprinzip des Art. 18 Abs. 1 B-VG, nach dem Verwaltung und Gerichtsbarkeit nur auf Grundlage hinreichend bestimmter Rechtsgrundlagen tätig werden dürfen. Da die meisten Regeln des Völkergewohnheitsrechts naturgemäß „den vagen Gehalt von ungeschriebenem Recht“⁷⁴ aufweisen, würde ein allzu striktes Bestimmtheitsverständnis diese weitgehend

⁷⁰ Öhlinger/Müller (Fn. 1), Rn. 14 f.

⁷¹ So hat sich auch der VfGH nicht eindeutig festgelegt: In einem frühen Erk. hat er den Rechtsgrundsätzen verfassungsrechtlichen Rang abgesprochen und sie dem Bundesrecht gleichgesetzt (VfSlg. 2680/1954), in späteren Erk. hat er die – diesfalls konsequenterweise zu verneinende – Frage, ob diese Regeln Maßstab für die Gesetzmäßigkeit von Bundesrecht sein können, aber offengelassen (z. B. VfSlg. 8872/1980, 9291/1981). Der VwGH hingegen hält bis heute am VfGH-Erk. VfSlg. 2650/1954 fest: zuletzt VwGH 13.7.2017, Ra 2014/17/0018. Der OGH hält sich mit Festlegungen zur Rangfrage überhaupt zurück (obwohl er Art. 9 Abs. 1 B-VG verhältnismäßig häufig anwendet, dazu die Nachweise in Fn. 78), vgl. nur OGH 9.11. 2004, 5 Ob 152/04w.

⁷² Vgl. zu den in der Lehre vertretenen Meinungen Öhlinger/Müller (Fn. 1), Rn. 22-29 m. w. N.

⁷³ Öhlinger/Müller (Fn. 1), Rn. 6; Claudia Wutscher, in: Arno Kahl/Lamiss Khakzadeh/Sebastian Schmid (Hrsg.), Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Wien: Jan Sramek Verlag (2021), Art. 9 B-VG, Rn. 8; zweifelnd z. B. Gerhard Muzak, Bundes-Verfassungsrecht B-VG, 6. Aufl., Wien: Manz 2021, Art. 9 B-VG, Rn. 1. Unionsrecht fällt nicht darunter: Öhlinger/Müller (Fn. 1), Rn. 12; Wutscher (Fn. 73), Rn. 11.

⁷⁴ Öhlinger/Müller (Fn. 1), Rn. 32.

unanwendbar machen und damit das „völkerrechtsfreundliche“ Ziel des Art. 9 Abs. 1 B-VG, nämlich eine weitgehende Adoption des Völkergewohnheitsrechts in die innerstaatliche Rechtsordnung, vereiteln. Zugleich gilt es darauf zu achten, dass die Rechtsunterworfenen durch die innerstaatliche Anwendung dieses nicht im österreichischen BGBl kundgemachten Rechts nicht überrascht werden. Dementsprechend wird im Ergebnis ein „differenziertes Legalitätsprinzip“ hinsichtlich des von Art. 9 Abs. 1 B-VG erfassten Völkergewohnheitsrechts vertreten: Als Grundlage für das außenpolitische Handeln staatlicher Organe – also etwa diesbezügliche Handlungen des Bundespräsidenten, des Außenministers oder eines Diplomaten – wird es als ausreichend angesehen. Als Grundlage subjektiver Rechte bzw. Pflichten Einzelner wird das Völkergewohnheitsrecht von den Gerichten (und Verwaltungsbehörden) hingegen äußerst zurückhaltend angewendet.⁷⁵ Die Lehre ist hier etwas großzügiger und befürwortet eine unmittelbare Anwendbarkeit, wenn die entsprechende Regel des Völkergewohnheitsrechts auf den Schutz bzw. Verpflichtung Einzelner abstellt – etwa bei menschenrechtlichen Garantien⁷⁶ oder im Völkerstrafrecht – und hinreichend bestimmt ist.⁷⁷ Allerdings sind sie hier inzwischen zunehmend von Völkervertragsrecht „überlagert“, so dass sich die praktische Frage der Anwendbarkeit eigentlich nicht stellt. Deutlich mehr Bedeutung haben die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts als Bestandteil des Bundesrechts wiederum, sofern eine solche nicht etwa durch einen eindeutigen Wortlaut unmöglich wird, als Grundlage einer harmonisierenden, und damit völkerrechtskonformen, Interpretation des (sonstigen) nationalen Rechts.⁷⁸

Zusammenfassend kann man somit für die unmittelbare Anwendbarkeit des Völkergewohnheitsrechts in Österreich festhalten:

- Es wird im Regelfall als hinreichend bestimmte Grundlage außenpolitischen Handelns der Verwaltungsorgane angesehen.
- Im Verhältnis zwischen dem Staat und Privaten bzw. zwischen Privaten wird es im Regelfall nur als Leitlinie für eine völkerrechtskonforme Interpretation sonstigen nationalen Rechts herangezogen.
- Ausnahmsweise geht die Lehre, im Gegensatz zur zurückhaltenderen Rechtsprechung, davon aus, dass Völkergewohnheitsrecht auch für Private subjektive Rechte bzw. Pflichten begründen kann: Als Beispiele werden etwa Menschen-

⁷⁵ Vgl. Öhlinger, Offenheit (Fn. 3), 370: „Die anerkannten Regeln des Völkerrechts spielten in der Rechtspraxis kaum eine Rolle“; weiters Öhlinger/Müller (Fn. 1), Rn. 33.

⁷⁶ Grabenwarter (Fn. 18), Rn. 556.

⁷⁷ Öhlinger/Müller (Fn. 1), Rn. 33; Christoph Grabenwarter/Stefan Leo Frank, Bundes-Verfassungsgesetz und Grundrechte B-VG, Wien: Manz 2020, Art. 9 B-VG, Rn. 3.

⁷⁸ Vgl. die zahlreichen Nachweise aus der Rechtsprechung der österr. Höchstgerichte bei Öhlinger/Müller (Fn. 1), Rn. 34-36; weiters Wutscher (Fn. 73), Rn. 12. Zur völkerrechtskonformen Interpretation vgl. bereits bei Fn. 18.

rechte und das Völkerstrafrecht genannt, wobei die praktische Bedeutung schon deswegen gering ist, weil hier inzwischen regelmäßig Völkervertragsrecht besteht, das daher in der Anwendung als „bestimmter“ („doubtlessly self-executing“) vorgehen würde.

2. Zwischenfazit: Art. 9 Abs. 1 B-VG ist dennoch Element der Völkerrechtsfreundlichkeit

Was bedeutet das nun in Hinblick auf die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ bzw. „Offenheit“ der Bundesverfassung, für die gerade Art. 9 Abs. 1 B-VG als zentraler Baustein angesehen wird.⁷⁹ Hier muss man die dogmatische und die praktische Dimension unterscheiden. Aus ersterer ist Art. 9 Abs. 1 B-VG ein klares Bekenntnis zur Völkerrechtsfreundlichkeit und damit verbunden zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht in Österreich zu entnehmen, die praktische Bedeutung der Bestimmung hingegen „hält mit [ihrer] theoretischen Attraktivität nicht ganz Schritt“.⁸⁰ Dies liegt aber – wie *Öhlinger/Müller* bereits festgestellt haben – vor allem daran, dass Völkergewohnheitsrecht, wie erwähnt, selten subjektive Rechte bzw. Pflichten des Einzelnen begründet und der Bereich der außenpolitischen Tätigkeit wiederum selten Gegenstand gerichtlicher Kontrolle wird. Deutlich größere Bedeutung hat das Völkergewohnheitsrecht hingegen, wie ebenfalls bereits erwähnt, bei der Auslegung sonstigen nationalen Rechts durch Gerichte (und Verwaltungsbehörden), womit die Gerichte dem Art. 9 Abs. 1 einen durchaus völkerrechtsfreundlichen Charakter zumessen. Einzig die unmittelbare Anwendbarkeit ist im Vergleich zum Völkervertragsrecht von deutlich untergeordneter Bedeutung und damit letztlich auch die „Sichtbarkeit“ des Völkergewohnheitsrechts in der innerstaatlichen Rechtsanwendung.

IV. Gesamtfazit: Völkerrechtsfreundlichkeit mit Augenmaß

Was bleibt somit als Gesamtfazit in Hinblick auf die Völkerrechtsfreundlichkeit der österreichischen Rechtsordnung, wenn es um die unmittelbare Anwendbarkeit geht?

Grundsätzlich ist die österreichische Bundesverfassung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrecht gegenüber bereits seit 1920 sehr aufgeschlossen, und zwar sowohl in Hinblick auf das Völkergewohnheitsrecht

⁷⁹ *Öhlinger*, Offenheit (Fn. 3), 367.

⁸⁰ So treffend *Öhlinger/Müller* (Fn. 1), Rn. 5.

als auch auf das Völkervertragsrecht. Bei ersterem hat diese „Freundlichkeit“ dennoch zu einem nicht unerheblichen Ausmaß symbolischen Charakter: Zwar ist das Völker gewohnheitsrecht wichtige Rechtsquelle für das Handeln von Staatsorganen in der Außenvertretung des Staates, im Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Bürgern bzw. zwischen den Bürgern spielte und spielt es aber nur eine sehr überschaubare Rolle; die österreichischen Gerichte wenden Völker gewohnheitsrecht kaum in diesem Sinne an.

Beim Völkervertragsrecht spielt die unmittelbare Anwendbarkeit eine größere Rolle, auch wenn diese nicht überschätzt werden sollte. Dennoch ist es hier so, dass der österreichische Verfassungsgesetzgeber die mit der Feststellung der unmittelbaren Anwendbarkeit verbundenen Unsicherheiten als potenzielles Problem einstufte. Die Aufgabe, die unmittelbare Anwendbarkeit festzustellen, obliegt nämlich dezentral den Gerichten und Verwaltungsbehörden, die dabei festzustellen haben, ob der Vertrag sich nach Absicht der Vertragsparteien und seinem Inhalt überhaupt zur unmittelbaren Anwendbarkeit eignet und, falls ja, ob er dazu hinreichend bestimmt im Sinne der österreichischen Bundesverfassung (Art. 18 B-VG) ist. Um diese Frage einheitlich und verbindlich beantworten zu können, aber auch, um die unmittelbare Anwendbarkeit in bestimmten Konstellationen aus politischen Gründen auszuschließen, hat der Verfassungsgesetzgeber in den 1960er Jahren den Erfüllungsvorbehalt geschaffen: Wurde dieser erklärt, ist die unmittelbare Anwendbarkeit im nationalen Recht ausgeschlossen. 2008 schließlich wurde die Möglichkeit gestrichen, verfassungsändernde Staatsverträge für unmittelbar anwendbar zu erklären, diese bedürfen nunmehr eines nationalen Umsetzungskaktes. Schließlich hat der Bundesverfassungsgesetzgeber den Bundesländern bei Abschluss ihrer Staatsverträge als Grundregel die Möglichkeit der unmittelbaren Anwendbarkeit, aber mit Möglichkeit eines Erfüllungsvorbehalts, vorgegeben. In Bezug auf das Völkervertragsrecht kann man somit, wie auch beim Völker gewohnheitsrecht, von unmittelbarer Anwendbarkeit – und auch Völkerrechtsfreundlichkeit – „mit Augenmaß“ sprechen: Zwar ist sie die Grundregel, aber die Staatsorgane der Gesetzgebung bzw. Vollziehung haben im Einzelfall die Möglichkeit, sie auszuschließen. Letztlich ist dies durchaus völkerrechtsfreundlich: Statt der Unterlassung des Abschlusses eines Staatsvertrages wegen nicht gewünschter unmittelbarer Anwendbarkeit ermöglicht der Erfüllungsvorbehalt den Abschluss, aber mit einer gewissen Kontrolle der innerstaatlichen Konsequenzen.

Insgesamt kann man in Hinblick auf die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht in Österreich von einem ausgewogenen Regelungssystem sprechen, das sich das – in der österreichischen Staatsrechtlehre wenig verwendete – Attribut der Völkerrechtsfreundlichkeit durchaus verdient hat.

Summary: National Report Austria: Direct Applicability of International Treaties and Customary International Law

This article examines the question to what extent the provisions of the Austrian Federal Constitution on the direct applicability of international treaties on the one hand and customary international law on the other can be regarded as “open” (or “friendly”) towards public international law. The question can, in principle, be answered in the affirmative for both constellations, even if direct applicability is of greater practical importance for international treaty law. On closer examination, the specific Austrian instrument of the “reservation of (statutory) implementation” for international treaties also proves to be an instrument that is potentially “friendly” to international law. Consequently, it can be concluded that, with regard to the direct applicability of international law, the Austrian constitution is “relatively” open (or “friendly”) towards public international law.

Keywords

Austria – customary international law – direct applicability – friendliness towards public international law – openness towards public international law – reservation of (statutory) implementation – treaty law