

VÖLKERRECHT EUROPARECHT UND INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT

Herausgegeben von Peter Hilpold und August Reinisch

Wolfgang Benedek

Hans-Peter Folz

Hubert Isak

Matthias C. Kettmann

Renate Kicker

(Hrsg.)

Bestand und Wandel des Völkerrechts

Beiträge zum 38. Österreichischen

Völkerrechtstag 2013 in Stadtschlaining

Der Dank der Organisatoren des Österreichischen Völkerrechtstages gilt der Burgenländischen Landesregierung und dem Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten für die gastfreundlichen Empfangs sowie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Institute für Völkerrecht und Internationale Beziehungen und für Europarecht für ihre Unterstützung bei der Vorbereitung und Durchführung des 38. Völkerrechtstages. Die Herausgeber dieses Bandes danken Manuela Ruß für die professionelle Bearbeitung der Beiträge und ihre Unterstützung bei der Finalisierung des Manuskripts. Wir bedanken uns schließlich bei Norbert Willenpart vom Peter Lang Verlag für die gute Kooperation und bei Peter Hilpold und August Reinisch, den Herausgebern der Reihe „Völkerrecht, Europarecht und Internationales Wirtschaftsrecht“ im Peter Lang Verlag, für die Aufnahme dieses Berichts als Band 19.

Graz, im Jänner 2014

Wolfgang Benedek, Hans-Peter Folz, Hubert Isak,
Mathias C. Kettmann, Renate Kicker

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Autoren- und HerausgeberInnenverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XV
Teil I. Frieden und Sicherheit	1
<i>Konrad Böhler</i>	
Aktuelle völkerrechtliche Fragen zu Frieden und Sicherheit in der Praxis – der Fall Syrien	3
<i>Ursula Werther-Pietsch</i>	
Menschliche Sicherheit im Spannungsverhältnis zwischen Souveränität, territorialer Integrität und Nicht-Intervention	27
<i>Tassilo Singer</i>	
Humanitär-völkerrechtliche Implikationen der Drohnenkriegsführung	55
Teil II. Völkerrechtspraxis 2012-2013	75
<i>Helmut Tschy</i>	
Die völkerrechtlichen Aspekte des ESM-Erkenntnisses des österreichischen Verfassungsgerichtshofs	77
<i>Pascal Hector</i>	
Maßgeschneiderte Zuständigkeitsabgrenzung statt Grenzziehung	87

<i>Valentin Zellweger</i>	Einblicke aus der schweizerischen Praxis.....	103
<i>Philipp Binner</i>	Vorbehalte in der Praxis: Die Erklärung Italiens zum Verkehrsprotokoll der Alpenkonvention	117
<i>Gregor Schusterschitz</i>	Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge in der Praxis Österreichs.....	131
<i>Gerald Hafner</i>	Die vorläufige Anwendung internationaler Verträge.....	145
<i>Andreas J. Kunin</i>	Rechtstaatlichkeit in Gefahr? Aktuelle Initiativen zur Stärkung der Grundwerte der Europäischen Union in den Mitgliedstaaten.....	157
Teil III. Bestand und Wandel im Völkerrecht und seiner Theorie..... 175		
<i>Christina Binder</i>	Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht – eine Bestandsaufnahme.....	177
<i>Lando Kirchmair</i>	Die Theorie des Rechtserzengerkrisses und der völkerrechtliche Vertag in der österreichischen Rechtsordnung.....	203
<i>Paul Gragl</i>	Obsolete Dichotomie? Die LU zwischen Monismus und Dualismus.....	229

Teil IV. Erfahrungsaustausch zur Lehre des Völkerrechts in Österreich..... 269		
<i>Ingrid Reimisch und Paula Resch</i>	Reinisch über die Studie zur Internationalrechtliche Lehre in Deutschland, Österreich und der Schweiz und die Situation an der Universität Wien.....	271
<i>Christina Binder und Conzel Özünik</i>	Die Lehre des Völkerrechts an der Universität Wien.....	275
<i>Berndt Eiblanks</i>	Lehre des Völkerrechts und seine Didaktik an der Wirtschaftsuniversität Wien.....	283
<i>Andreas Ellen Sidi</i>	Die Völkerrechtslehre an der Universität Innsbruck.....	289
<i>Ulrike Brandl</i>	Völkerrechtslehre an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg.....	295
<i>Sigmar Stadlmeier</i>	Lehre des Völkerrechts und seine Didaktik an der Johannes Kepler Universität Linz.....	301
<i>Christian Poppo</i>	Die Lehre des Völkerrechts an der Universität Graz.....	307

Die Theorie des Rechtserzeugerkreises und der völkerrechtliche Vertrag in der österreichischen Rechtsordnung

Lando Kirchmair*

Prolog

Bevor ich in *medias res* gehe, erlaube ich mir kurz offenzulegen, wie es dazu gekommen ist, dass ich mich als Doktorand an das alseits bekannte, vielerorts diskutierte, am nicht zu sagen heißt unstrittene, „Verhältnis von Völkerrecht zu Landesrecht“ herangewagt habe. Mein ursprüngliches Dissertationsthema war das „ambulante Gesundheitssystem Österreichs“. Da ich als Student ein besonders Interesse am Völkerrecht gefunden habe, lag es nahe, mein ursprüngliches Dissertationsvorhaben im Lichte der Einwirkungen des internationalen und europäischen Rechts zu analysieren. Dabei bin ich auf die – zugegebenermaßen für mich zuerst äußerst verwirrenden – Theoretizitäten zum Verhältnis von Völkerrecht und Staatsrecht im Allgemeinen und auch auf die divergierenden Rezeptionstechniken im Speziellen gestoßen. Eine tiefer gehende Neugierde war geweckt und ehe ich mich versch, war ich mitten in dem, was ich hier vorstellen darf: „Die Theorie des Rechtserzeugerkreises.“

I. Einleitung.....	204
II. Das zu Grunde liegende Rechtsverständnis	206
III. Der Rechtserzeugerkreis	209
1. Definition	209
2. Die Theorie des größeren Rechtserzeugerkreises	210
3. Rechtsfolge bei Bruch der Willensübereinkunft des größeren Rechtserzeugerkreises.....	213

* Mag. Dr. Lando Kirchmair. Dieser Beitrag ist die schriftliche Fassung des Vortrages, den ich am 8.6.2013 am 38. Österreichischen Völkerrechtstag gehalten habe. Der Vortrag stellt überblicksartig die in meiner Dissertation entwickelte Theorie des Rechtserzeugerkreises dar. Der Beitrag verzichtet auf spezifische Hinweise zur Dissertation und gibt bewusst nur einen Überblick. Insoweit Interesse an weiteren Details geweckt wurde, darf ich auf die im Oktober 2013 bei Duncker & Humblot unter dem Titel „Die Theorie des Rechtserzeugerkreises – eine rechtstheoretische Untersuchung des Verhältnisses von Völkerrecht zu Staatsrecht am Beispiel der österreichischen Rechtsordnung“ erschienene Monografie in der Schriftenreihe zur Rechtslehre verweisen.

IV. Praktische Anwendung der Theorie des Rechtsetzergkreises am Beispiel des völkerrechtlichen Vertrages in der österreichischen Rechtsordnung	214
1. Der völkerrechtliche Vertrag und die österreichische Rechtsordnung	215
2. Interpretation der herrschenden Lehre	216
3. Kritik an der herrschenden Lehre	216
4. Interpretation gemäß der Theorie des Rechtsetzergkreises	217
V. Schlussfolgerungen	227

Abstract

Der Beitrag skizziert eine Alternative zu den bestehenden Theorien über das Verhältnis von Völkerrecht zu Staatsrecht. Zuerst wird die Theorie des Rechtsetzergkreises (TREK) vorgestellt, welche als gemeinsamer Nenner von Völkerrecht und Staatsrecht identifiziert wird. In einem weiteren Schritt werden die Auswirkungen der TREK anhand des Beispiels des völkerrechtlichen Vertrages in der österreichischen Rechtsordnung analysiert. Während die herrschende Lehre die Rezeption, also die Adoption oder Transformation des völkerrechtlichen Vertrages in die österreichische Rechtsordnung vertritt, stellt die TREK die Integration des Völkerrechts in die nationale Stufenbeurteilung in Frage. Entsprechend der TREK werden die einschlägigen Bestimmungen der österreichischen Rechtsordnung als Ermächtigungsnormen zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge verstanden.

1. Einleitung

Meine Dissertation hat sich zum Ziel gesetzt folgende Frage zu erörtern: Hat es das nationale Recht in seinen Händen, welche Wirkung das Völkerrecht in der nationalen Rechtsordnung entfaltet? Das Thema des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht hat unterschiedliche Theorien hervorgebracht, um die komplexe und unstrittene Beziehung grundlegend zu erklären. Meine Dissertation folgt keiner der bestehenden Theorien. Es sei mir erlaubt, an dieser Stelle nicht näher auf die vorherrschenden Theorien und der Kritik daran einzugehen. Dies habe ich sowohl in der schriftlichen Ausfertigung meiner Arbeit als auch in ausgetragten Arbeiten¹ getan. Ich halte es aber ebenso wenig für angebracht zu

¹ Siehe dafür L. Kirchmair, The „Janus Face“ of the Court of Justice of the European

Union: A theoretical Appraisal of the EU Legal Order's Relationship with International and Member State Law, 4 Göttingen JIL (2012), 677ff.; und L. Kirchmair, Die autonome Rechtsordnung der EU und die Grenzen von Monismus und Dualismus, in: M. C. Kottmann (Hrsg.), Grenzen im Völkerrecht (2013), 275ff.

sagen, der langanhaltende und tiefstürfende Diskurs sei künstlich und führe an der Realität vorbei.² Allein die voranschreitende „Globalisierung des Rechts“³ zeigt die aktuelle und in Zukunft weiter zunehmende Brisanz des Themas.

Die Dissertation skizziert das Verhältnis von internationalem zu nationalem Recht in Form eines neuen Weges. Die Frage des Verhältnisses zwischen internationalem und nationalem Recht wird anhand von strukturellen Gemeinsamkeiten gedeutet. Demzufolge wird der Blick verstärkt darauf gelenkt, was als gemeinsamer Nenner des internationalen und des nationalen Rechts identifiziert wurde: Der Rechtsetzergkreis.⁴ Das hier entwickelte Denkmittel des Rechtsetzergkreises ist eine strukturelle Skizze, die den Blick idealtypisch auf den gemeinsamen Nenner des Völkerrechts und des nationalen Rechts zielt. Finen solchen gemeinsamen rechtstheoretischen Nenner erachte ich als notwendig. Das Postulat der Umsetzungsfreiheit von Völkerrecht im nationalen Recht steht ansonsten unbegründet als allgemein gültig im Raum.⁵ Genauso we-

² G. G. Fitzmaurice, The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law, 92 RdC, Bd. II (1957), 1 (71) bezeichnete den Diskurs als „arbitrary, artificial and strictly beside the point“ und behauptete darüber hinaus (71f.): „In the same way it would be idle to start a controversy about whether the English legal system was superior to or supreme over the French or vice-versa, because these systems do not pretend to have the same field of application.“

³ Vgl. für eine solche Bezeichnung J.-B. Auby, Globalisation et droit public, 14 European RPL (2002) 1219 (1219): „De tous les phénomènes qui ont affecté l'évolution de nos systèmes juridiques à la fin du siècle dernier, et qui détermineront le cours de leur évolution pendant celui-ci, la globalisation est l'un des plus importants; c'est probablement même le plus important.“

⁴ Siehe dazu unten III. Vgl. dazu bereits S. Griller, Völkerrecht und Landesrecht in: R. Walter/C. Jabloner/K. Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsen und das Völkerrecht – Ergebnisse eines internationalen Symposiums in Wien (2004) 83 (84): „Die [...] Annäherung zwischen den Theorien macht die Auseinandersetzung mit den Grundstrukturfragen nicht überflüssig. Man entkommt ihnen nicht, indem man sie für obsolet oder praxissystem erklärt. Welche Norm auf Grund welchen Rechtszeugungsansammelhanges in einer konkreten Situation verbindlich ist, ist eine in der Praxis vielleicht bisweilen vernachlässigte, aber im Grunde „unentzählbare“, allenfalls implizit beantwortete Frage.“ [Hervorhebung im Original; Fr. Auslassungen.]

⁵ Vgl. dazu J. Delbrück, Grundfragen der innerstaatlichen Geltung des Völkerrechts, in: G. Dann et al. (Hrsg.), Völkerrecht?, Bd. I/1 (1988) 98 (101) der eben dies wie folgt ausdrückt: „Das Völkerrecht fördert nur, dass es, aber sagt nicht, wie es im inländischen Recht durchgesetzt werden soll.“ Vgl. dazu J. Baergenthal, Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law, 235 RdC, Bd. IV (1992) 303 (317-321); A. Nollkaemper, The direct effect of public international law, in: J. M. Prins/W. A. Schauwen (Hrsg.), Direct effect – Rethinking a classic of EC legal doctrine (2002) 157 (179); sowie ebenso H. N. Fehrbach, Direct application of international

nig kann die Position, die unmittelbare Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Bestimmungen werde von innerstaatlichen Normen bestimmt, auf einen rechts-theoretisch fundierten Hintergrund verweisen.⁶

II. Das zu Grunde liegende Rechtsverständnis

Mit Blick auf das hier zu behandelnde Thema, den Verhältnis von Völkerrecht zu Staatsrecht, wird zuerst eine Arbeitshypothese aufgestellt. Dies geschieht in und methodisch nachvollziehbar darzustellen. D.h. ich wähle einen Rechtsbegriff, der speziell die Elemente in den Vordergrund rückt, die für dieses Thema von Relevanz sind. Dementsprechend wird ein möglichst abstraktes Rechtsverständnis als Arbeitshypothese zu Grunde gelegt, um den gemeinsamen Nenner der Rechtsgebiete des Völkerrechts und des nationalen Rechts zu finden. Erst dadurch ist die Vergleichbarkeit dieser Rechtsgebiete möglich. Es sei aber darauf hingewiesen, dass ich mir nicht anmaße, mit der gleich folgenden Definition den Versuch zu unternehmen, eine besser als woanders bereits vorgenommene allgemein gültige Rechtsdefinition vorzunehmen.

Die Definition des Begriffs Recht, das heißt die Entstehung des Rechts, beginnt in der rechtlichen Wüste.⁷ Um aber nicht Gefahr zu laufen soziologische, psychologische oder naturwissenschaftliche Behauptungen aufstellen zu müssen, wird dem hier vertretenen Rechtsverständnis eine hypothetische Basis vo-

⁶ al criminal law in national courts (2006) 137 m.w.N. Diese Aussage wird bei *Ferdinandusse* (135) allerdings dadurch abgeschwächt, dass auch er schreibt: „When the general rule of freedom comes into conflict with the basic principle that States must perform their international obligations in good faith (pacta sunt servanda), the latter must prevail.“ [Fn. ausgelassen.]

⁷ Siehe bspw. *A. Hickmann*, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge – Versuch einer Theorie des self-creating treaty auf rechtsvergleichender Grundlage (1970), 124ff. m.w.N. zur österreichischen und niederländischen Lehre in Fn. 19 und 20. Vgl. auch *A. Wolfenpeter*, Effect (Fn. 6), 164ff.; *K. Kötzler*, Treaties, direct applicability, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL*, online edition (2011) Rz. 6; *G. Buchs*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen – Am Beispiel der Rechtsprechung der Gerichte Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika (1993), 37, 43; *M. Franz*, Die unmittelbare Anwendbarkeit von TRIPS in Argentinien und Brasilien, 12 GRUR Int. (2002) 1001 (1004); und allg. dazu *H. Kötzler*, Rezeption des Völkerrechts (2003), 14, Fn. 40 m.w.N.

⁸ Vgl. dazu die diversen Theorien vom Gesellschaftsvertrag, überblicksartig dargestellt bei *P. Kötzler*, Neue Theorien des Sozialkontrakts (1987).

inungesetzl.⁸ Diesem liegt eine Annahme zu Grunde: In der rechtlichen Wüste ist die Willensbereinkunft zwischen zwei oder mehreren Individuen die einzige Variante, die eine objektive⁹ rechtliche Regel zulässt.¹⁰ Ähnlich wie dies in der Ideengeschichte des Gesellschaftsvertrages vorgefunden werden kann, wird auch hier das Element der Willensbereinkunft auf die abstrakten Prinzipien *pacta sunt servanda* und *pacta tertia* gestützt.¹¹ Diese werden aus vorrechtli-

⁸ Siehe hierzu auch *F. Lonoz*, Zur Wert- und Rechtslehre Webers (1970), 111: „Die logische Struktur der Rechtswissenschaft [von Kelsen] ist demgemäß dieselbe wie die der Sozialphilosophie i.S. *Freibers*, Rechtswissenschaft und Sozialphilosophie suchen von hypothetischen vorausgesetzten Werten aus sinnhafte Konsequenzen zu entfalten, sind also in diesem Sinne normative Wissenschaften.“ [Fn. ausgelassen.] Vgl. für den Schwank in den Lehren des Sozialkontrakts von einem in die Realität umzusetzenden Konstrukt zu einer „hypothetischen Konstruktion“ *P. Kötzler*, Theorien (Fn. 7) 14, welcher v.a. *L. Kamm*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793) 153 als die Stimme in der Gesellschaftslehre zitiert, welche die Fiktion der grundlegenden Willensbereinkunft als erste am klarsten zum Ausdruck brachte. Obwohl die Objektivität vielfach anstritten ist, kann eine gewisse, zumindest intersubjektiv begründete Objektivität angenommen werden. Siehe dazu *K. R. Popper*, Objektive Erkenntnis – Ein evolutionärer Entwurf (1974). Ob eine vollständige Objektivität auch durch eine übereinstimmende Willensbereinkunft zu erreichen ist, sei hier dahingestellt. Der Einfachheit halber wird aber dennoch der Begriff der Objektivität gebraucht. Vgl. dazu auch die Beschreibung der Diskurstheorie bei *R. Alenq*, Diskurstheorie und Menschenrechte, in: R. Alenq (Hrsg.), *Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie* (1995), 127 (129), welcher die Diskurstheorie, als „eine prozedurale Theorie der praktischen Richtigkeit [auszuschreiben]“ nach ihr ist eine Norm dann richtig und deshalb gültig, wenn sie das Ergebnis einer bestimmten Prozedur, nämlich der eines rationalen praktischen Diskurses, sein kann.“ [Fn. ausgelassen.] Vgl. dazu ebenso *J. Habermas*, Die Einbeziehung des Anderen (1997), 299f.; wie auch *id.*, Die postnationale Konstellation (1998) 175; wie auch *id.*, Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (1992), 138, wobei „genau die Regelungen Legitimität beanspruchen dürfen, denen alle möglichweise Betroffenen als Teilnehmer an rationaler Diskursen zustimmen können“. So ähnlich auch *S. Benhabib*, Another Universalism: On the Unity and Diversity of Human Rights, in: 81 *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association* (2007) 7 (21).

¹⁰ Vgl. dazu auch die Argumentation *Reinbergers* zum Abschluss düsseler Naturrechtslehren *O. Reinberger*, Norm und Institution – eine Einführung in die Theorie des Rechts (1988) 72f., wie auch 73: „Der Positivismus geht demgegenüber vom Non-Kognitivismus aus, demgemäß es keine Möglichkeit gibt, richtiges Recht zu erkennen und überhaupt Normen rein kognitiv – d.h. ohne willensmäßige Stellungnahme – zu begründen.“ [Hervorhebung im Original.]

¹¹ Vgl. hierzu überblicksartig *P. Kötzler*, Theorien (Fn. 7), 12f.: „Die Vorstellung, von der alle Konzeptionen des Gesellschaftsvertrages ausgehen, wie sehr sie sich sonst auch unterscheiden mögen, ist offenbar die folgende: Wenn jemand eine vertragliche Vereinba-

chem, vernünftigerweise nachvollziehbaren Gründen für geltend angesehen. In weiterer Anlehnung an die Theorien des Gesellschaftsvertrages werden die an der Willensübereinkunft beteiligten Individuen als gleich betrachtet.

Nach diesen kurzen Erläuterungen zu den vorrechtlichen Voraussetzungen des Rechtsbegriffs wird Recht abstrakt definiert: Recht ist der Konsens natürlicher Personen. Dieser Konsens spiegelt sich in einer für alle an der Konsensfindung beteiligten Individuen verbindlichen Willensübereinkunft wider. Das Element der Willensübereinkunft steht im Vordergrund. Es kann auf unterschiedliche Weise, wie durch explizite oder konkludente Zustimmung sowie durch stillschweigende Akzeptanz erfüllt sein.¹² Finzig durch die Willensübereinkunft

rang mit anderen trifft, so gibt er seine Zustimmung zu den Rechten und Pflichten, die ihm aus dieser Vereinbarung erwachsen. Sofern seine Zustimmung freiwillig und unter der Bedingung seiner gleichberechtigten Beteiligung an den Vertragsverhandlungen erfolgt, hat er kein Recht, sich über die aus der Vereinbarung resultierenden Rechte und Pflichten zu beklagen, und muss sie als für sich verbindlich akzeptieren, nach dem Motto: *Volenti non fit iniuria!* Dieser Art der Rechtfertigung von Rechten und Pflichten durch vertragliche Übereinkunft liegt die Annahme zugrunde, dass jemand, der freiwillig eine vertragliche Zustimmung erteilt, seine wohlverwogenen Interessen wahr und sich nicht auf etwas einlässt, was ihm zum Schaden gereicht. Voraussetzung hierfür ist, dass die Vertragspartner einander als gleichberechtigte Personen gegenüberstehen und ihre Übereinkunft unter freien Bedingungen herbeiführen, so dass eine Überwotlung des einen durch den anderen ausgeschlossen ist.¹³

12 Kritisch gegenüber dem Element der Willensübereinkunft – wenn auch im Rahmen der Gesellschaftsvertragstheorie und ihrem Ziel der Legitimierung des Staates – siehe *A. J. Simmons, Justification and Legitimacy*, 109 *Ethics* (1999), 739ff., wiederabgedruckt in: *A. J. Simmons, Justification and Legitimacy – Essays on rights and obligations* (2001), 122 (155f.). Für eine Auseinandersetzung mit dem *fact consent* in der Gesellschaftsvertragstheorie bei *Locke*, siehe ebenso *A. J. Simmons, „Deontions“ and „Aliens“*, *Locke’s Problem of Political Consent*, 24 *Social Theory & Practice*, 161ff., wiederabgedruckt in: *A. J. Simmons, Justification and Legitimacy – Essays on rights and obligations* (2001), 158ff. Für eine rechtspositivistische Definition des Rechts siehe *T. Hohmann, Lawstadium* (165f.), dt. Übersetzung von *J. Schäfer* (1996), 26, Kap. 223ff. Der *Southern* ist Gesetzgeber und befehlt den Untertanen durch staatliche Gesetze; wie auch *J. Austin*, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) 136f. getöteten werden. „Every law or rule [...] is a command“, 5f.: „Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, in a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme.“ Vgl. dazu auch *P. Koller, Mellesmeine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert*; Hans Kelsen *Reine Rechtslehre* und H. L. A. Hart *„Concept of Law“*, in: O. Weinberger/W. Krawietz (Hrsg.), *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker* (1988), 129 (136f. m.w.N.). Dieser als Imperativtheorie bezeichneten Definition des Rechts ist allerdings eine unbegrenzte Macht des Souveräns ohne Autorisierung durch die Unterworfenen eigen, die mittlerweile als „überholt“ bezeichnet werden kann

zwischen natürlichen Personen kann eine objektive, da gemeinsame Regel zu Stande kommen.¹⁴ Die Willensübereinkunft wird hier abstrakt verstanden. Zentral ist der Gemeinwille. Wie die Willensübereinkunft am besten ermittelbar wird, soll hier außer Acht gelassen werden.¹⁵ Die Willensübereinkunft wird somit als „quasi-Ausgangspunkt“ festgesetzt. Für die hier vorgebrachten Ausführungen wird vor allem eines als ausreichend stabilisierendes Merkmal dieses Rechtsbegriffs angesehen: Die Überzeugung der Rechtserzeuger, einen für beide bzw. alle Seiten positiven Kompromiss zu schließen, der dementsprechend als verbindlich erachtet wird.¹⁶ Darin spiegelt sich die aus vernünftigen Gründen zu beachtende *pacta sunt servanda* Regel wider.

III. Der Rechtserzeugerkreis

1. Definition

Als gemeinsamer Nenner des Verhältnisses von Völkerrecht zu Staatsrecht wird der Rechtserzeugerkreis identifiziert:

Der Rechtserzeugerkreis ist der Kreis von zwei oder mehreren Individuen, der sich durch die Schaffung auch nur einer einzigen verbindlichen Willensübereinkunft konstituiert. Die Individuen, die keinem gemeinsamen

und demnach auch von der hier gewählte Definition keinesfalls geteilt wird, wenn abstrakt bereits die Willensübereinkunft von natürlichen Personen als Recht definiert wird. Siehe zum Stichwort objektiv bereits oben Fn. 9, Vgl. auch O. Weinberger, *Norm* (Fn. 10) 73.

14 Für eine Kritik der juristisch vielfach vertretenen und selten hinterfragten repräsentativen Demokratie anhand ökonomischer Theorien, wie bspw. der „Social Choice Theory“, siehe *E. V. Towfigh/N. Petersen*, *Public Choice Theorie und Social Choice Theorie*, in: E. V. Towfigh/N. Petersen (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht* (2010), 133 (153ff.). Wie gesagt: Für das hier gewählte Thema ist nicht der Weg zur Willensübereinkunft sondern diese im Vergleich mit weiteren Willensübereinkünften von primärem Interesse.

15 Die Verbindlichkeit wird demzufolge als implizites Merkmal einer Willensübereinkunft, m.a.W. als schlichte rechtliche Pflicht angesehen vgl. dazu *E. Baygin*, *Das Problem der Geltung bei Kelsen*, in: S. L. Paulson/M. Stollis (Hrsg.), *Hans Kelsen – Staatsrechtler und Rechtssoziologe des 20. Jahrhunderts* (2004), 80 (88f. m.w.N. 95), der dies als begrifflich-rechtslehreliche Grundform des Rechts [...] als „unfassender und unbegreifend unangefochten(e)n Spezifikum des Rechts [...]“ als „unfassender und unbegreifend unangefochten(e)n Spezifikum des Rechts [...]“ als „unfassender und unbegreifend unangefochten(e)n Spezifikum des Rechts [...]“ vor allem zusätzliche Konvention [sic] spricht auch M. Grundmann [Berndt], sondern [...] vor allem zusätzliche Konvention [sic] spricht auch M. Grundmann [Berndt], sondern [...] vor allem zusätzliche Konvention [sic] spricht auch M. Grundmann [Berndt]. Der Regelungsverband: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem (2010), 25.

samen Rechtserzeugerkreis angehören, befinden sich untereinander in der rechtlichen Wüste.

Eine Willensübereinkunft eines Rechtserzeugerkreises darf nicht von einem Individuum allein durch den Schluss einer konfligierenden Willensübereinkunft in einem anderen Rechtserzeugerkreis beeinträchtigt werden. Zur Veranschaulichung: Wenn A, B und C untereinander zu der Willensübereinkunft gelangen, dass sie x als verbotene Handlungen erachten, ist es B, C und D nicht erlaubt, die Handlung x ganz oder auch nur zum Teil wieder zuzulassen. Konfliktlösungstechnisch befinden wir uns allerdings in der rechtlichen Wüste. Für unterschiedliche Rechtserzeugerkreise (A, B und C gegenüber B, C und D) können die tradierten Konfliktlösungsregeln keinen Lösungsansatz bieten. Anders gilt nur, wenn der Konfliktsituation zwischen zwei voneinander verschiedenen Rechtserzeugerkreisen durch einen die konfligierenden Kreise umfassenden, größeren Rechtserzeugerkreis (A, B, C und D) vorausgesetzt wird, indem Konfliktlösungsmechanismen bereitgestellt werden. D.h., dass altbekannte Konfliktlösungstechniken wie die *Maxime lex posterior* und *lex specialis* nur innerhalb ein und desselben Rechtserzeugerkreises Anwendung finden können.

2. Die Theorie des größeren Rechtserzeugerkreises

Die Theorie des größeren Rechtserzeugerkreises geht aus vorrechtlichen, vernunftbasierten Annahmen hervor. Sie stützt sich folglich auf aus vernünftigen Gründen für geltend angesehene Prinzipien *pacta sunt servanda* und *pacta tertiis*.¹⁶ Entsprechend diesen vorrechtlichen Prinzipien ist die Theorie des größeren Rechtserzeugerkreises grundlegend für jede getroffene Willensübereinkunft. Wird eine rechtliche Regel durch Willensübereinkunft geschaffen, kann nicht mehr einseitig davon abgewichen werden. Die Regel des größeren Rechtserzeugerkreises geht immer der Regel des kleineren Rechtserzeugerkreises vor, wenn die Mitglieder des kleineren Rechtserzeugerkreises sich in dem größeren Rechtserzeugerkreis wiederfinden.

Wenn A, B und C in ihrer Wohngemeinschaft das Rauchen verbieten (größerer Rechtserzeugerkreis), ist es A und B ohne Zustimmung von C nicht möglich das Rauchen in ihrer Wohngemeinschaft ganz oder auch nur zum Teil wieder zu erlauben (kleinerer Rechtserzeugerkreis). Es kommt folglich ganz entscheidend auf den Inhalt der Willensübereinkunft an. Die Willensübereinkunft des größeren Rechtserzeugerkreises darf nicht beeinträchtigt werden, indem der kleinere Rechtserzeugerkreis eine mit dieser Willensübereinkunft konfligierende Willensübereinkunft schafft. Nach der hier vertretenen Auffassung zum Norm-

konflikt, konfligiert eine Willensübereinkunft des kleineren Rechtserzeugerkreises bereits dann mit der Willensübereinkunft des größeren Rechtserzeugerkreises, wenn irgendein Recht oder eine Pflicht der Willensübereinkunft des größeren Rechtserzeugerkreises eingeschränkt wird. Der Konflikt tritt folglich auf, wenn für eine bestimmte Partei eines Rechtserzeugerkreises nicht alle Rechte und Pflichten aus diesem Rechtserzeugerkreis uneingeschränkt zur Anwendung kommen können, ohne dass andere Bestimmungen des anderen Rechtserzeugerkreises, dem dasselbe Individuum ebenfalls angehört, mit dieser Anwendung in irgendeiner Art konfligieren.¹⁷ Konfligiert die Willensübereinkunft des kleineren Rechtserzeugerkreises nicht mit der des größeren, werden also weder Rechte noch Pflichten der Mitglieder des größeren Rechtserzeugerkreises durch die Willensübereinkunft des kleineren Rechtserzeugerkreises berührt. Er kleinere Rechtserzeugerkreis frei weitere Willensübereinkünfte zu treffen. Er kann folglich beliebig viele weitere, bspw. speziellere Willensübereinkünfte

¹⁶ Vgl. dazu auch H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen (1979, post mortem herausgegeben von K. Ringhofer/R. Walter), 99: „Ein Konflikt zwischen zwei Normen liegt vor, wenn das, was die eine als Gesetz setzt, mit dem, was die andere als Gesetz setzt, unvereinbar ist, und daher die Befolgung oder Anwendung der einen Norm notwendig *herdiger* oder *inöglicherweise* die Verletzung der anderen involviert.“ Herdiger vorliegend im Original. [Bereits ähnlich id., Keine Rechtslehre (1966), 209. Im folgend E. Fredebein, Was ist und welche Konsequenzen hat ein Normkonflikt, 22 Rechtslehre (1990), 311 (318), der dies folgendermaßen konkretisiert (324): „Ein Konflikt zwischen zwei Normen liegt nach einer verbesserten Version dann vor, wenn die Selbsten durch die erste Norm umschriebene, d.h. gebotene oder erlaubte Verhaltensweise durch die zweite Norm verletzt wird.“ Dies gilt auch in Fällen rein faktischer Unmöglichkeit. Siehe dazu *ibid.* (316). Ebenso bevorzugt E. Fredebein, The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory, 17 European JIL (2006) 395 (418) eine weite Definition von Normkonflikten. So auch K. Schmelenbach, Article 53, in: O. Dörr/K. Schmelenbach (Hrsg.), Vienna convention on the law of treaties – A commentary (2012) Rz. 54. Vgl. des weiteren K. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung (1935) 46; wie auch id., Einführung in das juristische Denken (1977) 162, der einen Normkonflikt dann annimmt, wenn „ein Verhalten in abstracto oder in concreto zugleich als geboten und nicht als geboten oder als verboten und nicht verboten oder gar als geboten und verboten [wird].“ Vgl. überblicksartig dazu T. Zogianer, Normkonflikte – zur Logik und Rationalität ethischen Argumentierens (1998) 125ff.: „Für eine engere – international (noch) gerichtliche – Definition vgl. W. Jenks, The conflict of law-making treaties, 30 British YIL (1953) 401 (426): „A conflict in the strict sense of direct incompatibility arises only where a party to the two treaties cannot simultaneously comply with its obligations under both treaties.“ wie auch G. Marceau, Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions: The relationship between the WTO agreement and MEAs and other treaties, 35 JWIT (2001) 1081 (1084).

¹⁶ Siehe dazu oben II.

schließen, wenn sie nicht mit einer Willensübereinkunft des größeren Rechtserzeugerkreises konfligieren.

Zur Illustration soll das zuvor genannte Beispiel abgewandelt werden: A, B und C verbieten sich das Rauchen nicht in ihrer Wohnungsgemeinschaft, sondern in ihrem Stammlokal. Nach dieser Abwandelung erscheint es auf den ersten Blick weniger einleuchtend, weshalb es A und B an einem Abend ohne C auch bei noch so starkem Verlangen untersagt bleiben soll eine Zigarette zu rauchen. Für die Auflösung dieses Beispiels ist eine exakte Analyse der Willensübereinkunft, die von A, B und C getroffen wurde zielführend. Es kommt entscheidend darauf an, ob die Willensübereinkunft darauf abzielt, dass keiner der drei, weder in der Gesellschaft der jeweils anderen oder auch alleine raucht. Inkludiert die Willensübereinkunft ein derartiges Verbot, – unabhängig davon, ob der Ort des Verbots die Wohnungsgemeinschaft oder das Stammlokal ist – kann das Aufheben des Rauchverbots nur von A, B und C gemeinsam beschlossen werden. Durch die Abwandelung wird klar, dass der Befehl unter keinen Umständen vom Verbot abzuweichen, je nach Willensübereinkunft variieren kann. Bei der Willensübereinkunft, welche das Rauchen in der Wohnungsgemeinschaft verbietet, wird davon ausgegangen werden können, dass ein solcher Befehl implizit mitaufgenommen wurde. D.h. es ist ohne weitere Spezifikation der Willensübereinkunft davon auszugehen, dass A und B ohne C das Verbot in ihrer Wohnungsgemeinschaft nicht mehr verändern können.

Hingegen erscheint ein expliziter Befehl, der das Abwandeln des Rauchverbots weder in Begleitung der anderen Normsetzer noch alleine im Stammlokal erlaubt, dann entscheidend, insofern das Verbot das Stammlokal betrifft. Ohne einen expliziten derartigen Befehl ist wohl eher davon auszugehen, dass A und B alleine in ihrem Stammlokal ohne weiteres zur Zigarette greifen dürfen. Ist hingegen der explizite Befehl eines vollkommenen Rauchverbots für die drei Normsetzer in ihrem Stammlokal von der Willensübereinkunft umfasst, kann kein kleinerer Rechtserzeugerkreis bspw. bestehend aus A und B das Rauchen im Lokal ohne C wieder erlauben, ohne gegen die Willensübereinkunft des größeren Rechtserzeugerkreises (A, B und C) zu verstoßen. Entscheidend ist folglich, ob durch eine Willensübereinkunft im kleineren Rechtserzeugerkreis schlicht eine speziellere Bestimmung geschaffen wird, ohne die Willensübereinkunft des größeren Rechtserzeugerkreises zu beeinträchtigen, oder ob die Willensübereinkunft im kleineren Rechtserzeugerkreis mit der Willensübereinkunft des größeren Rechtserzeugerkreises konfligiert. Während ersteres unproblematisch ist, widerspricht letzteres der Theorie des größeren Rechtserzeugerkreises. Weil eine konfligierende Norm eines kleineren Rechtserzeugerkreises dem vornehmtesten, aus vorrechtlichen Gründen geltenden *pacta sunt servanda* Grundsatz widerspricht, gibt der größere Rechtserzeugerkreis dem kleineren

Rechtserzeugerkreis einen materiellen Befehl, hat der kleinere Rechtserzeugerkreis diesen zu befolgen. Die Willensübereinkunft ist nur mehr auf der Ebene des größeren Rechtserzeugerkreises veränderbar. Dies inkludiert auch die Wirkung dieser Willensübereinkunft.

3. Rechtsfolge bei Bruch der Willensübereinkunft des größeren Rechtserzeugerkreises

Im Kontext des Verhältnisses von Völkerrecht zu Staatsrecht führt die Theorie des Rechtserzeugerkreises dazu, dass auf die jeweilige Willensübereinkunft im des Rechtserzeugerkreises abgestellt werden muss. Im Gegensatz zu vorher größeren Rechtserzeugerkreis abgestellt werden muss. Im Gegensatz zu vorher schenden Theorien wird folglich nicht pauschal allen Regelungen des Völkerrechts eine bzw. keine bestimmte Wirkung oder rechtliche Konsequenz im nationalen Recht zugeschrieben. Das heißt, die Theorie des Rechtserzeugerkreises wartet nicht mit einer bestimmten, unveränderbaren Rechtsfolge auf. Prinzipiell kann zwar der kleinere Rechtserzeugerkreis keine Willensübereinkunft schaffen, die mit einer Willensübereinkunft des größeren Rechtserzeugerkreises konfligiert. Dem größeren Rechtserzeugerkreis steht es jedoch frei anderes zu bestimmen. So kann kein kleinerer, nationaler Rechtserzeugerkreis Bestimmungen schaffen, die mit zwingendem Völkerrecht (*ius cogens*) konfligieren. Der Existenz von *ius cogens* ist es aber geschuldet, dass bei anderweitigem Völkerrecht die wiederlegbare Vermutung besteht, dass der kleinere, staatliche Rechtserzeugerkreis zwar eine konfligierende Bestimmung schaffen kann, aber dies nicht darf. Der Fokus wird somit auf die Entstehung von völkerrechtlichen Bestimmungen gerichtet. Nachträglich darf keine einseitige Korrektur bzw. Änderung durch nationale Rezeption mehr erfolgen.

Dies lenkt den Blick auf die Inhalte des größeren Rechtserzeugerkreises. Die Willensübereinkunft des größeren internationalen Rechtserzeugerkreises ist ausschlaggebend, wenn geklärt werden soll, wie internationales und nationales Recht zusammenhängen, bzw. wie das Eine auf das Andere wirkt. Die Unterscheidung von völkerrechtlichen Bestimmungen in schlicht anwendbare, unmittelbar anwendbare und individualisierende Bestimmungen, tritt somit in den Vordergrund. Schlicht anwendbare, rein zwischenstaatliche völkerrechtliche Bestimmungen lassen den Staaten nach wie vor Umsetzungsfreiheit bei der Erfüllung der völkerrechtlichen Verpflichtung. Unmittelbar anwendbare Bestimmungen hingegen, welche ohne Dazwischenreten eines weiteren staatlichen Rechtssetzungs-Aktes außer der Ratifikation innerstaatliche Wirkung entfalten,¹⁸

¹⁸ Vgl. auch A. Perrossi/B. Simma, *Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis* (1984), 550; wie S. Griller, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen (1989), 355, der die unmittelbare Anwendbarkeit [wenn auch bezogen

tun dies nicht. Ist eine Bestimmung des größeren internationalen Rechtserzeugerkreises unmittelbar anwendbar, muss sie nach der hier vertretenen Auffassung von nationalen rechtsanwendenden Organen direkt angewendet werden. Frage: Individualisierende Bestimmungen sind völkerrechtliche Normen, die Individuen direkt zur Verantwortung ziehen, bzw. ihnen Rechte zugestehen, ohne dass der Staat als Mediator dazwischentritt.²⁰

IV. Praktische Anwendung der Theorie des Rechtserzeugerkreises am Beispiel des völkerrechtlichen Vertrages in der österreichischen Rechtsordnung

Teil B) meiner Dissertation hat die Fruchtbarmachung der Theorie des Rechtserzeugerkreises zum Ziel. Das Verhältnis des Völkerrechts zum österreichischen Recht dient dafür als Beispiel. Der Aufbau der Arbeit orientiert sich an den Rechtsquellen des Völkerrechts. Hier beschränke ich mich auf die Rechtsquelle des völkerrechtlichen Vertrages.²¹

20 auf die EU] als: „die innerstaatliche Geltung der einzelnen Völkerrechtsnormen [...] ohne Dazwischenreten eines weiteren staatlichen Aktes“ mit „Durchgriffswirkung“ unschlecht. Vgl. auch A. Reinisch, Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von EWR-Recht, ZRv (1993) 11 (15) m.w.N. in Fn. 40; und Y. Iwasawa, The doctrine of self-executing treaties in the United States: A critical analysis, 26 Virginia JIL (1986) 627 (632, Fn. 27); vgl. auch T. Buergenthal, 235 RdC Bd. IV (Fn. 5), 317.

19 Siehe dazu auch K. Kaiser, Treaties (Fn. 6) Rz. 1: „A treaty is ‚self-executing‘ or ‚directly applicable‘ in domestic law, when its provisions will be applied by courts or executive agencies as provisions of domestic law without the need of further legislative or administrative measures.“ Auch wenn Kaiser zwei unterschiedliche Inhalte unter dem Begriff „self-executing“ subsumiert, scheint er ebenso diesem Begriffsverständnis zuzugeneigt zu sein. K. Kaiser, Was bedeutet die Aussage, ein Staatsvertrag sei ‚self-executing‘? – Zum Erkenntnis des Verfassungsgerichts vom 27.6.1960, B 469/59, 24 JBl (1961), 352 (352).

20 Vgl. dazu auch die Aufzählung bei J. Debelnick, Das Individuum im Völkerrecht, in: G. Dahm et al. (Hrsg.), Völkerrecht, Bd. 1/2 (2002), 259 (263f. m.w.N.). Vgl. ebenso S. Griller, Völkerrecht (Fn. 4), 96, 98ff.

21 Leser, die sich besonders für die Ausführungen zum zwingenden Völkerrecht (141f.), dem Völkergebotheitsrecht (180ff.), den allgemeinen Rechtsgrundätzen (216ff.), dem einschlägigen Rechtsgeschäften (232ff.) wie den Rechtsakten internationaler Organisationen (245ff.) interessieren, seien auf die Lektüre der Dissertation verwiesen: Lando Kirchmair, Die Theorie des Rechtserzeugerkreises: Eine rechts-theoretische Untersuchung des Verhältnisses von Völkerrecht zu Staatsrecht am Beispiel der österreichischen Rechtsordnung (2013).

Den folgenden Ausführungen möchte ich eine Klarstellung vorausschieken. Die hier präzisierte Arbeit hat nicht zum Ziel, das historisch gewachsene und rechtstheoretisch fundierte österreichische Bundesverfassungsgesetz einer intensiven Kritik zu unterziehen. Vielmehr liegt mir daran mit dem entwickelten theoretischen Konstrukt eine andere Perspektive aufzuzeigen. Werden Verfassungsbestimmungen in weiterer Folge uminterpretiert, so sehe ich die Theorie des Rechtserzeugerkreises und deren praktische Anwendung als einen alternativen Rechserzeugerkreises nicht nahtlos in das vorhandene Verfassungsgefüge rein-gezwängt werden soll. Insofern Änderungen erforderlich wären, wird dies als Vorschlag verstanden. Obwohl sich die folgende Veranschaulichung ausschließlich auf die österreichische Rechtsordnung konzentriert, so wird dennoch das Gedankensexperiment vorgeschlagen, anstelle der österreichischen Bestimmungen andere – oftmals sehr ähnliche – nationale Verfassungsbestimmungen einzusetzen.

1. Der völkerrechtliche Vertrag und die österreichische Rechtsordnung

Aus historischen Gründen ist die auswärtige Gewalt des Staates Sache der Exekutive.²² Dementsprechend vertritt der Bundespräsident die Republik Österreich nach außen und schließt Staatsverträge²³ ab (Art. 65 Abs. 1 B-VG). Art. 50 B-VG normiert als Voraussetzung zum Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen, die einen gesetzesändernden oder ergänzenden Inhalt haben, eine verpflichtende Genehmigung durch den Nationalrat. Die folgenden Ausführungen werden auf dieses sogenannte zusammengesetzte Verfahren beschränkt.²⁴

22 Vgl. dazu ausführlich T. Ohlinger, Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Rechts – Eine theoretische, dogmatische und vergleichende Untersuchung am Beispiel Österreichs (1973) 1ff., und insbes. 12f.

23 Verwendet das B-VG durchwegs den Begriff der Staatsverträge, so sind damit doch alle völkerrechtlichen Verträge gemeint. Siehe dazu T. Ohlinger, Vertrag (Fn. 22), 103 m.w.N. Dementsprechend werden hier die Termini Staatsvertrag und völkerrechtlicher Vertrag synonym verwendet.

24 Vgl. dazu allg. F. Hoffmeister, Article 14, in: O. Dörr/K. Schmaltzbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary (2012) Rz. 14ff. Siehe dazu Art. 50 B-VG, welcher für alle „politischen Staatsverträge und Staatsverträge, die gesetzesändernden oder gesetzesergänzenden Inhalt haben“, das zusammengesetzte Verfahren verlangt.

2. Interpretation der herrschenden Lehre

Art. 50 B-VG wird von der herrschenden Lehre entweder als Adoptionsprinzip²⁷ oder auch als generelle Transformationsnorm²⁸ bezeichnet. Gemeint ist jeweils dasselbe.²⁹ Die „Identität“ der völkerrechtlichen und der innerstaatlichen Rechtsatzform des Staatsvertrages in der österreichischen Rechtsordnung. Das ist nichts anderes als die „Integration“³⁰ des völkerrechtlichen Vertrages in die nationale Rechtsordnung. Diese Synchronisation der Rechtsatzformen führt dazu, dass dem völkerrechtlichen Vertrag ein bestimmter Rang in der nationalen Stufenbauordnung zugewiesen wird.

3. Kritik an der herrschenden Lehre

Im Rahmen meiner Dissertation wird das Verständnis des völkerrechtlichen Vertrages in Form einer innerstaatlichen Rechtsatzform als fiktiv kritisiert. Durch die Integration wird nicht auf die ursprüngliche Quelle verwiesen, sondern eine neue begründet. Die Rangzuweisung führt dazu, dass die ursprüngliche Willensüberinkunft des größeren Rechtserzeugerkreises einseitigen nationalen Änderungen ausgesetzt wird. Ein mögliches Resultat dieser Fiktion ist, die Anwendung der Derogationsregel *lex posterior derogat legi priori* auf das Verhältnis von (einlichen) nationalen Gesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen.²⁹

25 Siehe dazu T. Öhlinger, Art. 50 B-VG, in: K. Korinek/M. Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht: Textsammlung und Kommentar², Bd. II (9. Lfg. 2009), Rz. 28 m.w.N. in Fn. 87; id., Vertrag (Fn. 22) 131 ff.; J. Seif-Fladenfeldner, Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law, 12 TCLO (1963) 38 (103); K. Zemanek, Das Völkervertragsrecht, in: H. Neuhold et al. (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts⁴, Bd. I (2004), 45 (61).

26 Siehe bspw. S. Griller, Übertragung (Fn. 18) 352; so wohl auch P. Lindner, Das Recht der Staatsverträge nach der Verfassungsübertragung – Eine verfassungsrechtliche Analyse der Neuregelung des Art. 50 B-VG durch die Novelle BGBl. I 2/2008, 64 ZÖR (2009) 209 (302).

27 T. Öhlinger, Art. 50 B-VG (Fn. 25) Rz. 27 m.w.N. in Fn. 84.

28 Für eine damals progressive Untersuchung dieser Identität siehe G. Wrätkler, Der Verfassungstrang von Staatsverträgen, 10 Österreichische ZföR (1959/1960) 514 (528ff.), wie auch id., Orientierungen im öffentlichen Recht (1979) 511f. und insbes. 57; T. Öhlinger, Vertrag (Fn. 22) 166ff. und insbes. 174ff., 177. Beide sehen für diese Identität als wesentlichen Kriterium die Qualität der an ihrem Zustandekommen jeweils beteiligten Organe und ignorieren oder übersehen dabei die unterschiedliche Größe des Rechtserzeugerkreises schlichtweg.

29 Vgl. dazu T. Öhlinger, Art. 50 B-VG (Fn. 25) Rz. 43, der einer jüngeren gleich- oder höherartigen staatlichen Rechtsnorm gegenüber einem geltenden Staatsvertrag die Derogationswirkung eines Anwendungsvorranges u.a. gestützt auf die Identität der völk-

Gemäß der herrschenden Lehre ist es dem kleineren nationalen Rechtserzeugerkreis möglich, die Willensüberinkunft des größeren internationalen Rechtserzeugerkreises einseitig zu derogieren.³⁰ Dies wird basierend auf der Theorie des größeren Rechtserzeugerkreises als unzulässig abgelehnt.³¹ Diese Kritik beruht darauf, dass wir es mit unterschiedlichen Rechtserzeugerkreisen zu tun haben. Eine Abänderung von völkerrechtlichen Verträgen darf dementsprechend nur auf internationaler Ebene erfolgen.

4. Interpretation gemäß der Theorie des Rechtserzeugerkreises

Die Abgabe der Willensäußerung eines Staates, die einen völkerrechtlichen Vertrag zu Stande kommen lässt, ist den Staatsorganen vorbehalten. Diese geben die Willensäußerung in Vertretung der diesen Willen begründenden natürlichen Personen ab. Das nationale Recht stellt die Ermächtigungsnormen für die jeweiligen Staatsorgane zur Abgabe dieses Willens. Einmal in Kraft getreten ist ein völkerrechtlicher Vertrag eine Willensüberinkunft auf der Ebene des internationalen Rechtserzeugerkreises, welche den Gemeinwillen mehrerer nationaler Rechtserzeugerkreise darstellt. Aufbauend auf der Theorie des Rechtserzeugerkreises wird vorgeschlagen, den völkerrechtlichen Vertrag auch bei seiner Anwendung im nationalen Rechtserzeugerkreis als das zu belassen, was er ist: Völkerrecht und damit eine Willensüberinkunft eines größeren Rechtserzeugerkreises. Art. 50 B-VG wird als Ermächtigungsnorm zum Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen und nicht als dem internationalen Vertragsabschluss nachgelagerte Rezeptions-, Adoptions- oder Transformationsnorm verstanden. Legitimierte Vertreter werden durch Art. 50 B-VG bevollmächtigt, für Österreich völkerrechtliche Verträge abzuschließen.

Werden die innerstaatlichen Bestimmungen des B-VG zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Sinne der hier vertretenen Auffassung als innerstaat-

kerrechtlichen mit der staatlichen Rechtsatzform zurechnen; so ähnlich auch R. Thiele, Art. 48, 49 B-VG, in: K. Korinek/M. Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht: Textsammlung und Kommentar², Bd. II (1. Lfg. 1999), Rz. 70; siehe dazu bereits kritisch H. Triegel, Völkerrecht und Landesrecht (1899), 258: „Denn der jüngere Rechtsatz hebt den älteren nur dann auf, wenn er derselben oder wenn er einer höheren Rechtsetzungsgewalt entspringt, die über die Gültigkeit des älteren entscheiden kann.“

30 Ibid.

31 Siehe dazu kritisch auch schon A. J. Merk, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927), 113f.: „[E]s mangelt jedoch umgekehrt zumindest dem einlichen Gesetze derogatorische Kraft gegenüber einem formellen Staatsverträge, weil die zweiseitige Bindung nicht durch betriebligen einseitigen Akt aufgelöst werden kann.“

liche Ermächtigungsnormen verstanden, so gilt es die Grenzen dieser Ermächtigung aufzuzeigen. Sind der Vollmacht zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge nach nationalem Recht inhaltliche Grenzen gesetzt, muss sich der bevollmächtigte Vertreter des nationalen Rechtserzeugerkreises selbstverständlich daran halten. Tut er dies nicht, handelt er verfassungswidrig. Eine innerstaatliche Einschränkung der Vollmacht zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge muss in den besonders geschützten Baugesetzen des B-VG gesehen werden. Eine Änderung dieser Grundprinzipien ist gem. Art. 44 Abs. 3 B-VG als Gesamtänderung des B-VG zu verstehen³² und muss dementsprechend einer Volksabstimmung unterzogen werden.³³ Die innerstaatliche Ermächtigung zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge, die an diesen Grundfesten etwas ändern würde, ist folglich gleichmaßen an eine Volksabstimmung gebunden. Das eindrucksvollste Beispiel dafür war der Beitritt Österreichs zur EU.³⁴

Des Weiteren wurde mit der B-VG-Novelle 2008³⁵ die Ermächtigung zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge auf einfachgesetzliche Materien eingeschränkt. Genauer gesagt, wurde durch die B-VGN 2/2008 die Möglichkeit der Genehmigung von völkerrechtlichen Verträgen durch das nationale Parlament in der Stammfassung des B-VG vom 2. Jänner 1930,³⁶ konkretisiert durch das B-VGN vom 4. März 1964 (Art. 50 Abs. 3 B-VG a.F.),³⁷ die Genehmigung von Staatsverträgen im Verfassungsstrang, Art. 50 Abs. 2 B-VG in der Stammfassung verwies für Genehmigungsbeschlüsse von Staatsverträgen, die „verfassungsändernd“ waren, auf die Voraussetzungen für den Beschluss von Verfassungssetzen (Art. 44 Abs. 1 B-VG). Die B-VGN vom 4. März 1964 ergänzte sodann in Art. 50 Abs. 3 B-VG a.F. die ausdrückliche Bezeichnungspflicht eines „verfassungsändernden“ oder „verfassungsergänzenden“ Staatsvertrages. Dementsprechend musste die Zustimmung des nationalen Parlaments mit erhöhten Quoren erfolgen, um den Abschluss des völkerrechtlichen Vertrages genehmigen zu können. Ob ein völkerrechtlicher Vertrag einer Genehmigung nach Art. 50 Abs. 1 und Abs. 3 B-VG bedürfte, entschied sich nicht allein nach dem mate-

riellen Gehalt des zu genehmigenden Vertrages. Vielmehr stand die Rangfrage des völkerrechtlichen Vertrages im innerstaatlichen Recht im Vordergrund. Die Rangfrage wurde aber nicht anhand des materiellen Verfassungsbegriffs geklärt, sondern auf Basis des formellen Verfassungsbegriffs entschieden.³⁸

Dementsprechend war es eine rechtspolitische Entscheidung, ob völkerrechtliche Verträge im Verfassungs- oder im schlichten Gesetzesrang genehmigt wurden.³⁹ M.a.W.: Es war Gegenstand der freien Entscheidung des österreichischen Parlaments, ob ein bestimmter völkerrechtlicher Vertrag im Verfassungsrang genehmigt werden sollte und nicht, ob dieser Vertrag auf Grund seines Inhaltes im Verfassungsrang genehmigt werden müsste. War man sich uneinig, so konnte ein bestimmter Vertrag ohne weiteres im einfachen Gesetzesrang genehmigt werden und zwar unabhängig von seinem Inhalt und einer etwaigen Zustimmung durch den Volkskörper. Die B-VGN 2/2008 hat die Rangfrage, dass der rezipierte völkerrechtliche Vertrag kraft der Entscheidung des österreichischen Parlaments ohne weiteres von einem nachträglichen ranggleichen oder höheren Gesetz abgeändert werden konnte. Würde hingegen vermutet, dass ein Vertrag oder gewisse Bestimmungen daraus nicht Gesetzes- oder Verfassungskonform sein werden, war es oft Bequemlichkeit des österreichischen Parlaments einen möglichen Konflikt aus dem Weg zu gehen, indem der Vertrag im Verfassungsstrang genehmigt wurde und damit gerichtliche Unantastbarkeit dieses Vertrages bewirkt wurde.⁴⁰ Nicht der materielle Regelungsgehalt völkerrechtlicher Verträge, sondern pragmatische Entscheidungen im Parlament waren der Hauptgrund für eine unüberschaubare Quantität an völkerrechtlichen Verträgen bzw. einzelnen Bestimmungen eines völkerrechtlichen Vertrages im Verfassungsstrang.⁴¹ Die B-VGN 2/2008 hat diesen Ausverkauf des Verfassungsrechts beendet.

Die B-VGN 2/2008 hat die Möglichkeit völkerrechtliche Verträge im Verfassungsstrang zu genehmigen durch die Neugestaltung des Art. 50 B-VG beseitigt. Art. 50 B-VG fehlt nunmehr der Verweis auf Art. 44 Abs. 1 B-VG, welcher die Entstehungsvoraussetzungen für Verfassungsgesetze regelt. Auch wenn dadurch – erfolgreich – die Unübersichtlichkeit von Bestimmungen mit Verfassungsstrang zumindest in Zukunft eingeschränkt werden kann, bleibt der neue Art.

32 Siehe dafür H. P. Riff/H. Schöffler, Art. 44 B-VG, in: B. Kaslitsch/G. Lienbacher (Hrsg.), Riff/Schöffler-Kommentar Bundesverfassungsrecht (1. Lfg. 2001), Rz. 14 m.w.N.

33 Vgl. dazu ibid., Rz. 12, die in Art. 44 Abs. 3 B-VG einen vollständigen Ausschluss einer Gesamtänderung durch Staatsvertrag erblicken.

34 Vgl. dazu statt vieler T. Öhlinger, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG (1988).

35 „Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein erstes Bundesverfassungsrechtserleichterungsgesetz erlassen wird“ (BGBl. I 2008/2).

36 BGBl. 1930/1.

37 BGBl. 1964/59.

38 Vgl. dazu bspw. H. Florenza/T. Öhlinger, Die Menschenrechtsakte der Vereinten Nationen – Ein Beitrag zum Stand der Grundrechte in Österreich, insbesondere zu den sozialen Grundrechten (1978) 17ff. sowie 35ff.

39 *Ibid.*

40 Vgl. dazu Art. 145 B-VG, wobei dieser noch immer seine Wirkung auf Grund eines fehlenden Bundesgesetzes nicht entfalten kann.

41 Vgl. dazu P. Lindermuth, 64 ZÖR (Fn. 26) 306ff.; wie auch R. Nowak/B. Wenzel, Zur Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1994), 204ff.

50 B-VG nicht frei von Kritik. Das gewünschte Ziel der Novelle 2008 ergibt sich erst durch die erläuternden Bemerkungen bzw. aus der Kenntnis des alten Art. 50 B-VG mit seinem Verweis auf Art. 44 Abs. 1 B-VG.⁴² Schwere wiegt allerdings die durch die Novelle 2008 erfolgte innerstaatliche Beschränkung der Vollmacht zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages. Kein völkerrechtlicher Vertrag der in Zukunft abgeschlossen wird, darf nunmehr einer bereits bestehenden Norm im Verfassungsrang widersprechen oder diese ergänzen. Soll ein völkerrechtlicher Vertrag künftig Verfassungsrang haben, ist dies nach den Rezeptionstheorien nur noch durch ein vor der Genehmigung des Vertrages zu erlassendes, identes Bundesverfassungsgesetz zu bewerkstelligen.

Wird Art. 50 B-VG nach der hier vertretenen Theorie des größeren Rechtserzeugerkreises als Ermächtigungsnorm verstanden, so ist die innerstaatliche Ermächtigung (Art. 50 B-VG) auf völkerrechtliche Verträge im einfachesetzlichen Regelungsbereich begrenzt. Soll folglich ein völkerrechtlicher, verfassungsändernder Vertrag abgeschlossen werden, müsste der völkerrechtliche Vertrag bei der Ratifikation mit dem Vorbehalt des gesamten österreichischen Verfassungsrechts versehen werden. Dem steht Art. 19 III. c) WVK entgegen, der einen derart allgemeinen Vertragsvorbehalt nicht zulässt.⁴³ Im Rahmen der Ermächtigungsnorm (Art. 50 B-VG) müsste folglich vor Abschluss des völkerrechtlichen Vertrages eine weitere Ermächtigungsnorm für den betroffenen Regelungsbereich im Rang eines Verfassungsgesetzes geschaffen werden. Die herrschende Rezeptionstheorie verlangt hingegen nach der B-VGN 2008 eine idente Umsetzung des völkerrechtlichen Vertrages in einem nationalen Verfassungsgesetz vor dessen Ratifikation. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Beurteilung der materiell-rechtlichen Relevanz eines Staatsvertrages für das B-VG in dieser Konstellation zukünftig von noch größerer Bedeutung sein könnte, da eine Abkehr von dem absoluten formellen Verfassungsbegriff des B-VGs erkennbar ist.⁴⁴ Geht man von der Abkehr des formellen Verfassungsbe-

42 Siehe RV 314 BfGNr. 23. Vgl. dazu auch *A. Janke*, Staatsverträge und Bundesverfassung nach Art. 50 B-VG Idf BGBl. I 2008/2, in: P. Fischer et al. (Hrsg.), FS Herbert Franz Kneč (2009), 501 (505f.). Ähnlich kritisch *B. Wechselböck*, „Staatsverträge neu“ im Geist von Verfassungsberichtigung und völkerrechtlicher Handlungsfähigkeit: eine kritische Analyse, 15 JRP (2007) 211 (215ff.), *A.A. T. Öhlinger*, Art. 50 B-VG (Fn. 25) Rz. 55, der die „Ermächtigung der Rechtsatzform, verfassungsändernder Staatsvertrag“ [als] hinreichend klar“ ansieht.

43 Vgl. dazu *C. Graber*, Article 19, in: O. Dörr/K. Schmelenbach (Hrsg.), Vienna convention on the law of treaties – A Commentary, (2012) Rz. 66f., sowie insbes. Rz. 85ff. und 88ff.

44 Siehe dazu jüngst VGH, Erkenntnis vom 14.3.2012, U 466/11, U 1836/11; wie auch *J. Adamowicz*, Das österreichische Verfassungsverständnis und die Menschenrechte, in: G. Hafner et al. (Hrsg.), Völkerrecht und die Dynamik der Menschenrechte – Liber Amicorum

griffs aus, wird der Inhalt der völkerrechtlichen Bestimmung und nicht ausschließlich die Entscheidung des Parlaments ausschlaggebend für die Beurteilung der Notwendigkeit eines Ermächtigungsgesetzes im Verfassungsrang für einen Staatsvertrag.

Wird ein entsprechendes Bundesverfassungsgesetz nicht vor Inkrafttreten des völkerrechtlichen Vertrages verabschiedet, kann dies im Fall von „verfassungsändernden“ Bestimmungen zu potentiellen Konflikten zwischen der völkerrechtlichen Bestimmung und der nationalen Verfassungsbestimmung führen. Nach der Theorie der Identität der Rechtsatzform der völkerrechtlichen und nationalen Rechtsquelle des völkerrechtlichen Vertrages liegt dies darin begründet, dass die im Gesetzrang rezipierten völkerrechtlichen Vertragsbestimmungen mit aktuellem österreichischem Verfassungsrecht konfliktieren würden, was zur Derogation des gerade eben ratifizierten völkerrechtlichen Vertrages führen würde.⁴⁵ Im Rahmen der Interpretation der nationalen Verfassungsbestimmung als Ermächtigungsnorm wäre dies eine Überschreitung der innerstaatlichen Vollmacht zum Abschluss des Vertrages. Würde nämlich eine internationale Willensübereinkunft geschlossen die materiell verfassungsändernden oder ergänzenden Inhalt hat, konfiguriert diese mit den entsprechenden bestehenden Verfassungsbestimmungen. Die Ermächtigung zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge wurde überschritten und die an der internationalen Willensübereinkunft beteiligten österreichischen Organe handelten auf Grund dieser fehlenden Vollmacht verfassungswidrig. Zum Unterschied zur Interpretation der Identitätstheorie wird der völkerrechtliche Vertrag aber nicht von der nationalen Verfassungsbestimmung derogiert. Die Überschreitung der nationalen Ermächtigung wird nämlich nicht eins zu eins auf internationaler Ebene reflektiert. Dies liegt in dem Unterschied der nationalen Ermächtigungsnormen verschiedener Länder begründet. Auf völkerrechtlicher Ebene besteht keine Willensübereinkunft, welche die Vertragsautonomie der Staaten begrenzt. Gemäß Art. 46 WVK können nur grundlegende Verletzung der nationalen Zuständigkeitsregelungen genügt werden.⁴⁶ Art. 46 WVK beschränkt sich also auf prozessuale Zuständigkeitsnormen

nun Wolfgramm Karl (2012), 253 (258). Vgl. aber *E. Wiedler*, Verfassungsinterpretation im Österreich, in: G. Liebhafer (Hrsg.), Verfassungsinterpretation in Europa – Heinz Schäffer Gedächtnissymposium (2011), 81 (106f.), m.w.N. in Fn. 121).

45 Siehe dazu *A. Janke*, Staatsverträge (Fn. 42), 510f.

46 *So T. Remonon*, Article 46, in: O. Dörr/K. Schmelenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary (2012), Rz. 33, Fn. 86. So wohl auch *M. E. Pflüger*, Article 46, in: *M. E. Pflüger*, Commentary on the 1969 Vienna convention on the law of treaties (2009) Rz. 8. Siehe dazu auch *G. Ress*, Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: G. Ress/C. Schreuer (Hrsg.), Wechselwirkungen zwischen Völkerrecht und Verfassung bei

und exkludiert materielle Verletzungen des nationalen Rechts. Ist Art. 46 WVK nicht anwendbar, gilt Art. 27 WVK vollumfänglich.⁴⁷ D.h., nationales Recht darf nicht eingewendet werden, um die Nichterfüllung völkerrechtlicher Verträge zu rechtfertigen.

Fällt die beschriebene kompetenzwidrige Handlung nicht unter Art. 46 WVK, findet sich auf internationaler Ebene keine Bestimmung mehr, welche die Geltung und auch Anwendbarkeit dieser Bestimmung verhindern könnte. Die Anwendung von Art. 46 WVK wird in diesem Fall zu verneinen sein.

Eine weitere Folge der Sichtweise des Art. 50 B-VG als Ermächtigungsnorm ist, dass die schlichte wie die unmittelbare Anwendbarkeit oder die individualisierende Wirkung, also jedwede rechtliche Wirkung die auf der Willensübereinkunft des internationalen Rechtszweigs beruht, auch nach den von diesem Rechtszweigs aufgestellten Erfordernissen ohne Unterschied zwischen der internationalen und der nationalen Ebene in Kraft tritt. Dies ist gedeckt durch Art. 49 Abs. 2 B-VG, der die Kundmachung der gem. Art. 50 B-VG abgeschlossenen Staatsverträge im Bundesgesetzblatt zumindest zeitlich nur subsidiär für das Inkrafttreten des Vertrages als konstitutives Element normiert.⁴⁸ Regelt der völkerrechtliche Vertrag, was i.d.R. der Fall ist, Bedingungen

der Auslegung völkerrechtlicher Verträge (1982), 7 (23f. m.w.N. in Fn. 78 und 102f.). Vgl. auch den Kommentar von K. Zemanek (101), zur im Anschluss abgedruckten Diskussion zum Referat von G. Ress, A.A. B. Simma (110f.), mit einem Verweis auf den „geistigen Vater [...] des II.C.-Entwurfs“. Siehe dazu den Special Rapporteur der ILC zur WVK *Waldock*, VIII C Bd. II (1965), 71 Rz. 6. Vgl. des Weiteren L. Wilchauer, *Treaty-making power and constitution – An international and comparative study* (1971) 347f., der zahlreiche Hinweise auf unterschiedliche Standpunkte gibt, aber selbst unmissverständlich klarstellt: „It is rightly feared that to make the validity of agreements depend on their accord with each and every norm of constitutional law, written or customary, notorious or obscure, would gravely endanger the security of international transactions. States would feel encouraged to invoke their constitutional law to get rid of undesirable agreements or to ‘internationalize’ conflicts between municipal state organs or interest groups.“

47 Siehe nur K. Schmelenbach, Article 27, in: O. Dörr/K. Schmelenbach (Hrsg.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (2012) Rz. 2; T. Remonon, Art. 46 (Fn. 46) Rz. 22.

48 Vgl. dazu auch H. Thiemel, Art. 48, 49 B-VG (Fn. 29) Rz. 59, wie auch T. Ohlinger, Vertrag (Fn. 22) 317 m.w.N. in Fn. 289; „Ein Heispiel für diese Praxis liefert die MRK. Sie wurde zusammen mit dem (1.) Zusatzprotokoll am 24.9.1958 im BGBl. 1958 unter der Nummer 210 kundgemacht. In ihrem Art. 66 wird als Datum des Inkrafttretens der Tag nach der Hinterlegung von 10 Ratifikationsurkunden (Abs. 2) und für jeden Unterzeichner, dessen Ratifikation später erfolgt – zu dessen gehörte auch Österreich – der Tag der Hinterlegung seiner Ratifikationsurkunde (Abs. 3) bestimmt. Das gleiche normiert Art. 6 des Zusatzprotokolls. Im Anschluss an den Vertragstext und die Ratifi-

wie die Art und Weise des Inkrafttretens selbst, richtet sich die rechtliche Wirksamkeit gemäß der Theorie des größeren Rechtszweigs nach der innernationalen Willensübereinkunft.⁴⁹ Wird ein Staatsvertrag allerdings gar nicht im nationalen Willensübereinkunft, führt dies nach der herrschenden Lehre in Österreich zur BGBl kundgemacht, führt dies nach der herrschenden Lehre in Österreich zur Verneinung der innerstaatlichen Wirkung des Staatsvertrages.⁵⁰ Dem kann aller-

kationsklausel heißt es im BGBl.: „Die vorliegende Konvention und das Zusatzprotokoll treten gemäß Art. 66 der Konvention und gemäß Art. 6 des Zusatzprotokolls am 3.9.1958 für Österreich in Kraft“. Es war dies der Tag der Hinterlegung der österreichischen Ratifikationsurkunde. Dieses Datum muss sowohl für den zwischenstaatlichen als auch für den innerstaatlichen Bereich als maßgebend angesehen werden.“ So auch VfGH, Erkenntnis vom 14.10.1965, VSlg. 5.102, Slg. Bd. 30, 628, 629, Rz. 1; Kraft Art. 11 des Bundesverfassungsgesetzes vom 4.3.1964, BGBl. Nr. 59, mit dem Bestimmungen des Bundesverfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 über Staatsverträge abgeändert und ergänzt worden, hat die Konvention Verfassungsrang und zwar vertilige abgeändert und ergänzt worden, hat die Konvention Verfassungsrang (3.9.1958) [...] schon seit ihrer Zugänglichkeit zur österreichischen Rechtsordnung [...] [Hervorhebung vom Verfasser.]

49 Vgl. *ibid.*, siehe aber VfGH, Beschluss vom 30.9.2008, VSlg. 18.576, Rz. 2.1, wobei trotz einer klaren Regelung im völkerrechtlichen Vertrag über das Inkrafttreten auf die innerstaatliche Kundmachung abgestellt wird: „Der Staatsvertrag ist [...] noch nicht im Bundesgesetzblatt kundgemacht worden. Erst mit der Kundmachung im Bundesgesetzblatt liegt auch ein innerstaatlich verbindlicher Staatsvertrag vor [...] der Auswirkung auf die Rechtssphäre der Antragsteller zeitigen könnte.“ Nur „[E]m Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Vertrag nach seinem Art. 6 höchstens mit 1.1.2009 in Kraft treten kann und seine Kundmachung im Bundesgesetzblatt erst nach seinem völkerrechtlichen Inkraft-Treten bzw. nach erfolgter Ratifikation durch alle Mitgliedsstaaten [...] erfolgen kann.“ Dem folgend VfGH, Beschluss vom 11.3.2009, VSlg. 18.740, Rz. 4.

47 Vgl. auch R. Thiemel, Art. 48, 49 B-VG (Fn. 29), Rz. 11, welcher für die Wirkung von Staatsverträgen in der österreichischen Rechtsordnung die Publikation im BGBl. als „letzter[er] Schritt des innerstaatlichen Rechtssetzungsverfahrens“ ansieht und daher als ein „essentielle des Rechtssetzungsverfahrens“ (Rz. 83), bezeichnet. Siehe wohl ebenso VfGH, Beschluss vom 12.6.2010, SV/1/10; VfGH, Beschluss vom 27.9.2010, SV/2/10, Rz. 2.1: „An sinngemäßer Anwendung des Art. 140 B-VG liege für die Prüfung nach Art. 140a B-VG bereits ein anfechtungsrechtes „Endprodukt“ vor, da die Kundmachung im BGBl. III 132/2009 nach dem erfolgten völkerrechtlichen Inkraft-Treten bzw. nach erfolgter Ratifikation durch alle Mitgliedsstaaten stattgefunden habe.“ Siehe auch T. Ohlinger, Art. 50 B-VG (Fn. 25), Rz. 27; Vgl. dazu ebenso VfGH, Erkenntnis vom 2.7.1992, 91/16/0077; „Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes“ stelle ein bestimmtes Regierungsbereitschaftens „schon mangels Kundmachung im Bundesgesetzblatt keine verbindliche Rechtsquelle dar [...]“. So wohl auch E. Hanak-Petz, *Auswirkungen*, in: D. Shelton (Hrsg.), *International Law and Domestic Legal Systems – Incorporation, Transformation, and Persuasion* (2011), 55 (67).

50 Vgl. *ibid.* Dass dies kein hypothetischer Fall ist zeigt F. Prantmannsdorff, Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge – einige Streitfragen aus der österreichischen Praxis,

dings im Rahmen der Theorie des größeren Rechtserzeugerkreises nur dann zugestimmt werden, insofern die innerstaatliche Kundmachung unter Art. 46 WVK subsumiert werden kann. Zu diskutieren wäre demgemäß, ob die Kundmachung den formellen Entstehungsvoraussetzungen, d.h. den innerstaatlichen Kompetenzbestimmungen zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge (Art. 46 WVK) zurechnet werden kann. Diese Ansicht würde eine großzügige Interpretation von Art. 46 WVK erfordern. Bestimmungen über die Kundmachung völkerrechtlicher Verträge sind nämlich nur schwer als Bestimmung des innerstaatlichen Rechts „über die Zuständigkeit zum Abschluss von Verträgen“ (Art. 46 WVK) zu interpretieren. Die geforderte grundlegende Bedeutung der betroffenen innerstaatlichen Rechtsvorschrift, welche sich in der Offenkundigkeit der Verletzung äußert, wird hingegen bei Vorschriften über die Kundmachung gegeben sein. Parallel dazu können diese Ausführungen auf die Staatsverträge angewendet werden, welche nicht gem. Art. 50 B-VG vom Nationalrat genehmigt werden müssen. Gem. § 5 Abs. 1 Z. 1 Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 2004 ist „[d]as Bundesgesetzblatt III (BGBl. III) [...] bestimmt zur Verlautbarung [...] der Staatsverträge des Bundes“. Insofern § 5 Abs. 1 Z. 1 als Kundmachungspflichtung verstanden wird, ist dieser ähnlich den Ausführungen zu Art. 49 Abs. 2 B-VG ebenso an Art. 46 WVK zu messen, wenn keine Kundmachung erfolgt ist.⁵¹

Schlagend wird die Interpretation von Art. 50 B-VG als Ermächtigungsnorm vor allem dann, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag oder einzelne Bestimmungen daraus unmittelbar anwendbar sind. Dann nämlich hat der kleinere nationale Rechtserzeugerkreis diese Durchschlagkraft bereits mit der Willensübereinkunft auf der Ebene des größeren Rechtserzeugerkreises akzeptiert. Einer nachträglichen nationalen, also einschüßigen Verteilung einer gewissen unmittelbaren Anwendbarkeit wird hier somit entgegengetreten. Von dieser Kritik wird das Institut des Erfüllungsvorbehalts gem. Art. 50 Abs. 2 Z. 3 B-VG ausgenommen. Die Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages unter Erfüllungsvorbehalt bedeutet, dass die Wirkung der unmittelbaren Anwendbarkeit nachfolgenden oder bereits existenten innerstaatlichen Bestimmungen vorbehalten wird.⁵²

in: W. Kaufel/Ü. Brandl (Hrsg.), *Völker- und Europarecht*, 24. Österreichischer Völkerrechtstag und 9. Heibert-Meißler-Gedächtnisvortrag (2000), 127 (132f.), für den Fall von nicht gem. Art. 50 B-VG zu genehmigenden Staatsverträgen.

51 *P. Lemberger*, 64 ZOR (Fn. 26) 303, sieht für diese Staatsverträge kein Publikationsanfordernis an. Anderer Ansicht *R. Thiele*, Art. 48, 49 B-VG (Fn. 29) Rz. 83, insbes. Fn. 290.

52 Vgl. dazu *T. Öhlinger*, Vertrag (Fn. 22) 146f., welcher allerdings darauf verweist, dass dadurch der Staatsvertrag dennoch „transformiert“ werde und nicht jegliche innerstaatliche Wirkung aufgehoben werde. Als Beispiel führt er die Überprüfungsmöglichkeit

Gemäß der herrschenden Rezeptionspraxis wird der Erfüllungsvorbehalt allerdings als nationales Konstrukt betrachtet.⁵³ Es wird als ausreichend angesehen, bei der innerstaatlichen Kundmachung des völkerrechtlichen Vertrages darauf hinzuweisen, dass dieser Vertrag unter Erfüllungsvorbehalt ratifiziert wurde. Nach der hier vertretenen Theorie des größeren Rechtserzeugerkreises muss der Erfüllungsvorbehalt aber wie ein völkerrechtlicher Vorbehalt behandelt werden, damit die unmittelbare Anwendbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrages wirksam für den nationalen Rechtserzeugerkreis aufgehoben wird. Dementsprechend muss der internationale Vorbehalt spätestens mit dem letzten Akt, der die Bindungswirkung ausgelöst hat, also mit der Ratifikation, angebracht und international kommuniziert werden.⁵⁴ Ein nachträglicher oder international gar nicht vorgebrachter innerstaatlicher Einwand gegen die Wirkung der internationalen Willensübereinkunft darf gemäß der hier vertretenen Theorie des größeren Rechtserzeugerkreises nicht vorgebracht werden. Nachträglich müsste ein die Willensübereinkunft abändernder oder aufhebender internationaler Vorbehalt wiederum von allen Vertragsparteien der Willensübereinkunft abgesegnet werden, um wirksam zu werden.⁵⁵

Art. 140a B-VG statuiert die Überprüfbarkeit völkerrechtlicher Verträge durch den VfGH auf eine etwaige Verfassungswidrigkeit. Nach der Rechtsprechung des VfGH kann ein völkerrechtlicher Vertrag gem. Art. 140a B-VG erst überprüft werden, wenn der Vertrag innerstaatlich kundgemacht wurde.⁵⁶ Bei festgestellter Verfassungswidrigkeit – was wohlgenau bis dato noch nie eintrat⁵⁷ – folgt die rechtliche Konsequenz der innerstaatlichen Unanwendbarkeit

von Staatsverträgen durch den VfGH an. Dies trifft auch dann zu, insofern die hier vorgemennene Interpretation eines Ermächtigungsvorgangs anstelle des Transformationsprozesses vertreten wird. Einem unter Erfüllungsvorbehalt ratifizierten Staatsvertrag wird ausschließlich dessen unmittelbare Anwendbarkeit abgedungen. Nicht mehr und nicht weniger.

53 Siehe dafür *T. Öhlinger*, Art. 50 B-VG (Fn. 25) Rz. 77 m.w.N. *K. Zemanek*, *Völkervertragsrecht* (Fn. 25) 61.

54 Siehe dazu auch *M. Heintschel von Heinegg*, Die völkerrechtlichen Verträge als Hauptrechtsquelle des Völkerrechts, in: *K. Ipsen* (Hrsg.), *Völkerrecht*² (2004), 112 (167).

55 Siehe allg. zu nachträglichen Vertragsvorbehalten *C. Köfeler*, Article 19, in: *O. Dörmik*, *Schmalenbach* (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary* (2012), Rz. 53f.

56 Siehe dazu *VfGH, VSStG*, 18.576 (Fn. 49) Rz. 11.2.1; und *VfGH, VSStG*, 18.740 (Fn. 49), Rz. B14.

57 *T. Öhlinger*, Art. 140a B-VG, in: *K. Korinek/M. Holoubek* (Hrsg.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht: Textsammlung und Kommentar*⁵, Bd. II (7. Lfg., 2005), Rz. 5.

des Vertrages.⁵⁸ Nicht zuletzt die außenpolitische Brisanz, die ein Erkenntnis mit sich bringen würde das einen wirksamen völkerrechtlichen Vertrag für verfassungswidrig erklärt, ist ein Grund dafür, weshalb Verfahren gem. Art. 140a B-VG höchst selten sind. Auf Grund dieser Brisanz wurde Art. 140a B-VG aus völkerrechtlicher Perspektive bereits kritisch kommentiert.⁵⁹ Nach der Theorie des Rechtszweigerkreises ist Art. 140a B-VG ebenfalls zu problematisieren. Art. 140a B-VG ermöglicht es dem nationalen Rechtszweigerkreis eine Willensüberkunft des größeren internationalen Rechtszweigerkreises im Nachhinein einseitig die intendierte Wirkung zu verwehren. Insofern die festgestellte Verfassungswidrigkeit auf Grund der Verletzung von innerstaatlichen Zuständigkeiten beim Abschluss des völkerrechtlichen Vertrages beruht, kann eine Verletzung von Art. 46 WVK geprüft werden. Würde eine grundlegende nationale Zuständigkeitsregelung für die völkerrechtlichen Vertragspartner offenkundig verletzt, so entspräche die Unanwendbarkeitsklärung gem. Art. 140a B-VG Art. 46 WVK. Somit wäre die Rechtsfolge von Art. 140a B-VG vom internationalen Rechtszweigerkreis gedeckt und damit unproblematisch. Betrifft die Verfassungswidrigkeit allerdings eine materielle Verletzung des B-VG, so widerspricht eine darauf folgende nationale Unanwendbarkeitsklärung der völkerrechtlichen Bestimmung der aktuellen Rechtslage des größeren internationalen Rechtszweigerkreises. Verletzungen des materiellen nationalen Rechts sind bewuszt von Art. 46 WVK nicht umfasst.⁶⁰ Entsprechend der Theorie des Rechtszweigerkreises wäre dementsprechend Art. 140a B-VG anders ausgestaltet. Entweder müsste die Kontrolle auf Zuständigkeitsverletzungen eingeschränkt oder anstelle der Kontrolle post-Ratifikation ein „Gutachtenverfahren“ vor der Ratifikation vorgenommen werden, um eine potentielle national legitimierte Völkerrechtsverletzung ausschließen zu können. D.h., der VfGH müsste vor der Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages diesen auf eine etwaige Verfassungswidrigkeit überprüfen. Vorstellbar und mit der Theorie des Rechtszweigerkreises vereinbar wäre auch eine Abänderung der Rechtsfolge. Anstelle der nationalen Unanwendbarkeit des völkerrechtlichen Vertrages könnte die Pflicht der österreichischen Vertreter treuen, eine verfassungskonforme Regelung, also eine Reparation auf internationaler Ebene herzustellen. Gegen den Einwand, et-

⁵⁸ So die statuierte Rechtsfolge von Art. 140a Z. 1 B-VG, gem. Art. 140a Z. 1 B-VG kann der VfGH auch ein bestimmtes Datum für das Einsetzen der Unanwendbarkeit bestimmen. Vgl. dazu T. *Obilinger*, Art. 140a B-VG (Fn. 57), Rz. 13.

⁵⁹ Siehe dazu K. *Zemanek*, Völkervertragsrecht (Fn. 25), 73; R. *Menzler*, Alfred Verdross' Theorie des gemäßigten Monismus und das Bundesverfassungsgesetz vom 4.3.1964, BÜBl. Nr. 59, JBl. (1965) 566 (573); sowie T. *Obilinger*, Art. 140a B-VG (Fn. 57) Rz. 6 m.w.N. in Fn. 10.

⁶⁰ Siehe oben, Fn. 46.

ne solche Rechtsfolge ist dem österreichischen Rechtsschutzsystem fremd, kann eingewandt werden, dass auch die Rechtsfolge der Unanwendbarkeit atypisch ist. Eine für die österreichische Rechtsordnung fremde Rechtsfolge ist deshalb notwendig, da die betroffenen Regelungen dem Verhältnis von Völkerrecht zu Staatsrecht und nicht ausschließlich dem nationalen Recht zuzuordnen sind. Eine kompromisslose Regelung, welche ausschließlich der österreichischen Rechtsordnung entspricht, muss demzufolge den Anforderungen an das Verhältnis des internationalen zum nationalen Rechtszweigerkreis Rechnung zollen. Dass dies bereits von der aktuellen Rechtslage anerkannt wird, zeigt die atypische Rechtsfolge der Unanwendbarkeit gem. Art. 140a B-VG.

V. Schlussfolgerungen

Insgesamt zielt die theoretische Analyse des Verhältnisses von internationalen zu nationalen Recht darauf ab, durch die Theorie des größeren Rechtszweigerkreises den komplexen und diversen Strukturen des Völkerrechts Rechnung zu zollen. Dies geschieht dadurch, indem das Völkerrecht nicht in ein zu enges Korsett einer bestimmten, vordefinierten rechtlichen Wirkung gedrängt wird. Dies ist notwendig, weil das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Staatsrecht aktuell keiner einheitlichen (politischen) Ordnung, d.h. keiner Rechtsordnung folgt.⁶¹ Dementsprechend unterscheidet sich die Theorie des Rechtszweigerkreises von den vorherrschenden Erklärungsstrukturen. Fest steht, dass von der Willensüberkunft im größeren Rechtszweigerkreis im Nachhinein nicht mehr einseitig abgewichen werden darf. D.h., der größere internationale Rechtszweigerkreis genießt zwar Vorrang gegenüber dem kleineren nationalen Rechtszweigerkreis, wie sich dieser Vorrang ausstrahlt, hängt aber jeweils von den einzelnen Bestimmungen des Völkerrechts selbst ab.

⁶¹ Für eine ausführliche Begründung dieses Geburtstellers beider Theorien siehe L. *Kirchmayr*, Rechtsordnung (Fn. 1) 281; für eine Kritik bezogen auf die Territorialität dieser Theorien siehe C. *Bretmann*, Deterritorialization in International Law: Moving Away from the Divide Between National and International Law, in: J. Nijman/A. Nolte (Hrsg.), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* (2007) 84ff.