

Unmittelbare und mittelbare Anwendung und Wirkung des Energieprotokolls der Alpenkonvention

Andreas Th. Müller

I. Einleitung

Das Energieprotokoll der Alpenkonvention¹ hat gegenwärtig sieben Vertragsparteien, nämlich sechs der acht Alpenstaaten² sowie die EU. Wie aus dem Titel erhellt, verläuft die folgende Untersuchung entlang von zwei Achsen: Einmal geht es um die Frage der Wirkung in Abhebung von der Anwendung des Energieprotokolls, und zweitens darum, ob Wirkung und Anwendung unmittelbar oder mittelbar erfolgen.

In der ersten Achse der Untersuchung manifestiert sich die Doppelnatur des Energieprotokolls. Denn einerseits ist die Republik Österreich Vertragspartei des Protokolls; es handelt sich insofern um einen Staatsvertrag im Sinne des Art 50 Abs 1 Z 1 B-VG. Andererseits ist auch die EU Vertragspartei des Protokolls; insoweit liegt eine internationale Übereinkunft der Union im Sinne des Art 216 AEUV vor. Das Energieprotokoll der Alpenkonvention gilt vor diesem Hintergrund in Österreich doppelt: einmal als Staatsvertrag nach dem B-VG und gleichzeitig als internationale Übereinkunft der Union.³ Mit dieser doppelten Geltung ist auch eine zweifache Wirkweise verbunden, und es macht Sinn, diese beiden Wirkweisen auch sprachlich zu unterscheiden. Für ersteres hat sich im österreichischen Verfassungsjargon die Rede von der „Anwendung“ oder „Anwendbarkeit“ eines Staatsvertrags eingebürgert.⁴

1 BGBl III 2002/237 idF BGBl III 2005/110.

2 Lediglich die Schweiz und Monaco haben das Energieprotokoll nicht ratifiziert.

3 Gem Art 216 Abs 2 AEUV binden die von der Union geschlossenen Übereinkünfte nicht nur die Unionsorgane, sondern auch die Mitgliedstaaten.

4 Vgl Öhlinger, Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Recht (1973) 140; *idem*, Art 50 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (9. Lfg 2009) Rz 78.

Im Unionsrecht ist die Terminologie weniger einheitlich.⁵ Schon allein zum Zweck der leichteren Unterscheidbarkeit der beiden Phänomene ist jedoch die Rede von der „Wirkung“ einer internationalen Übereinkunft der Union zu bevorzugen.

Die zweite Achse der Untersuchung hat mit der Intensität⁶ der Rechtswirkungen von Staatsverträgen und internationalen Übereinkünften im innerstaatlichen Recht zu tun. Die Entgegensetzung von unmittelbarer und mittelbarer Anwendung bzw Wirkung suggeriert zwei deutlich voneinander abgrenzbare Intensitätsstufen. Die Lage ist aber, wie wir sehen werden, komplizierter und nuancenreicher.

Zunächst ist die Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Anwendung bzw Wirkung genauer zu untersuchen (II.). Sodann ist sie nacheinander auf die beiden Geltungsformen des Energieprotokolls in Österreich anzuwenden, also auf das Energieprotokoll als Staatsvertrag im Sinne des Art 50 B-VG (III.) und als internationale Übereinkunft im Sinne des Art 216 AEUV (IV.), um mit einem Fazit zu schließen (V.).

II. Unmittelbare und mittelbare Anwendung (und Wirkung)

A. Keine *verba constitutionalia*, sondern Schöpfungen der Rechtswissenschaft

„Unmittelbare“ und „mittelbare“ Anwendung (und Wirkung) sind keine *verba constitutionalia*, dh diese Begriffe sind in der Verfassung und im Übrigen auch sonst in der österreichischen Rechtsordnung nicht als solche positiviert.⁷ Das zeichnet auch für die in diesem Bereich oft anzutreffende Begriffsvarietät, ja -verwirrung mitverantwortlich. Aber auch jenseits der Frage der Begriffe sind Verfassungen überhaupt oft sparsam in der inhaltlichen Festlegung, wie völkerrechtliche Verträge in der innerstaatlichen Rechtsordnung wirken. Hier bildet das B-VG keine Ausnahme.

Dieser Zurückhaltung zum Trotz ist für jede Verfassungsordnung die Frage unabweislich, unter welchen Voraussetzungen sowie in welchem Umfang und

5 Vgl Müller, Effet direct. Die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts (erscheint 2017) I. B. 3. und II. B. 4 zur Heterogenität der Begriffsverwendung in der Rsp und im Schrifttum.

6 Zum Begriff vgl Öblinger, Vertrag 139; *idem*, Art 50 B-VG, in Korinek/Holoubek, Rz 78.

7 Dieser Befund gilt auch für zahlreiche andere Rechtsordnungen, insb auch das Unionsrecht.

Rang völkerrechtliche Verträge innerstaatliche Rechtswirkungen entfalten. Diesbezüglich hat in Österreich die Rechtswissenschaft wichtige systematisierende Leistungen vollbracht. Dabei handelt es sich beileibe nicht bloß um blutleere Theoriegebilde. Vielmehr wurden die Konzepte der unmittelbaren und mittelbaren Anwendung von den Höchstgerichten dankbar rezipiert. Das wiederum ist für die Verwaltungsbehörden und Gerichte als rechtsanwendende Organe bedeutsam. Sie sind ja immer wieder mit der Frage konfrontiert, welche Rechtswirkungen ein völkerrechtlicher Vertrag wie das Energieprotokoll im österreichischen Recht entfaltet.

B. Objektive und subjektive Rechtswirkungen völkerrechtlicher Verträge

In Bezug auf diese Rechtswirkungen ist es zunächst hilfreich, zwischen objektiven und subjektiven Rechtswirkungen eines völkerrechtlichen Vertrags im innerstaatlichen Recht zu unterscheiden. Denn auf der einen Seite ist zu fragen, inwieweit die staatlichen Behörden – dh die Verwaltungsbehörden und Gerichte – Rechtsvorschriften völkervertragsrechtlichen Ursprungs in den von ihnen zu führenden Verfahren anwenden müssen: das ist die objektive Perspektive. Auf der anderen Seite ist zu klären, inwieweit sich die an diesen Verfahren beteiligten Rechtsunterworfenen auf diese Rechtsvorschriften berufen können: das ist die subjektive Perspektive.

Zwischen den beiden gibt es offensichtlich einen Zusammenhang: Erstarben die subjektiven Wirkungen eines völkerrechtlichen Vertrags zu einem subjektiv-öffentlichen Recht, sind die Behörden auf der objektiven Ebene insoweit jedenfalls zur Anwendung verpflichtet. Andererseits decken sich objektive und subjektive Rechtswirkungen nicht völlig. Es kann zB auch rein objektive Anwendungspflichten geben, denen kein subjektives Recht korreliert,⁸ oder aber nur ein subjektives Recht bestimmter, aber nicht anderer Verfahrensbeteiligter. Das genaue Verhältnis zwischen objektiven und subjektiven Rechtswirkungen hängt dabei nicht bloß vom völkerrechtlichen Vertrag und dem durch die Verfassung normierten Rezeptionsregime ins innerstaatliche Recht ab, sondern auch von der übrigen innerstaatlichen Rechtsordnung, zB den Bestimmungen über die Parteistellung im Verwaltungsverfahren (§ 8 AVG).

⁸ Vgl schon *Lawrer*, Die unmittelbare Anwendbarkeit genereller Normen, ÖJZ 1976, 35 (36), unter Verweis auf *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 138; ähnlich auch *Schmid*, Anmerkung zu BVwG 28. 8. 2014, W104 2000178-1/63E, ZVG 2014, 695 (696, Fn 13). Vgl dagegen zum Gleichlauf individueller Rechte und objektiver Anwendungspflichten aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts *Müller*, Effet direct, V.E.3.b.iii.

C. Unmittelbare Anwendung (und Wirkung) als Subsumptionsfähigkeit

Für die intensivste⁹ Form der Rechtswirkungen eines völkerrechtlichen Vertrags hat sich im Schrifttum und in der Folge auch in der Judikatur der Begriff der Unmittelbarkeit eingebürgert. Unmittelbare Anwendung¹⁰ bedeutet demnach die Fähigkeit einer Vertragsbestimmung, von einer Verwaltungsbehörde oder einem Gericht ohne weiteres zur Entscheidung eines Einzelfalls herangezogen zu werden,¹¹ mithin Subsumptionsfähigkeit. Der Verfassungsgerichtshof formuliert es folgendermaßen (und nimmt noch die Erlassung von Durchführungsverordnungen in den Begriff der unmittelbaren Anwendbarkeit hinein): „Eine Bestimmung eines Staatsvertrages ist dann unmittelbar anwendbar, wenn sie sich an die Rechtsunterworfenen oder an die Vollzugsorgane des Staates richtet, wenn sie also unmittelbare Grundlage für einen (generellen oder individuellen) Verwaltungsakt oder für ein Urteil sein kann.“¹² Anders gesagt funktioniert eine unmittelbar anwendbare Vertragsbestimmung aus Sicht der staatlichen Behörden im Wesentlichen wie ein Gesetz.¹³

Wie ein Gesetz funktioniert eine unmittelbar anwendbare Vorschrift auch aus Sicht der Rechtsunterworfenen. Unmittelbare Anwendbarkeit bedeutet hier, dass die subjektiven Rechtswirkungen einer Vertragsbestimmung so verdichtet sind, dass sich die Rechtsunterworfenen gegenüber den Verwaltungsbehörden und Gerichten ohne weiteres darauf berufen können. Eine unmittelbar anwendbare Bestimmung ist insofern unmittelbare Quelle von Rechten und/oder Pflichten von Privatpersonen.¹⁴

Zur Beurteilung, ob und inwieweit ein Staatsvertrag unmittelbar anwendbar ist oder nicht, ist zunächst zu prüfen, ob der Nationalrat anlässlich von dessen Genehmigung gemäß Art 50 Abs 2 Z 4 B-VG beschlossen hat, dass dieser „durch Erlassung von Gesetzen zu erfüllen ist“. Wurde ein solcher sogenannter Erfüllungsvorbehalt beschlossen, ist die unmittelbare Anwendung des Staatsvertrags ausgeschlossen.¹⁵ Seine Vorschriften dürfen daher nicht die alleinige

9 Vgl die Nachweise in *supra* Fn 6.

10 Hier und im sogleich Folgenden ist lediglich von der (un)mittelbaren Anwendbarkeit die Rede, da der Schwerpunkt der Untersuchung auf der Beurteilung des Energieprotokolls als Staatsvertrag iSd Art 50 B-VG liegt; vgl aber die Ausführungen zur (un)mittelbaren Wirkung aus unionsrechtlicher Sicht *infra* IV.

11 Vgl *Öhlinger*, Vertrag 139f; *idem*, Art 50 B-VG, in Korinek/Holoubek, Rz 78.

12 VfSlg 12.558/1990.

13 Vgl *Öhlinger*, Art 50 B-VG, in Korinek/Holoubek, Rz 78f, 86.

14 *Ibid*, Rz 78.

15 VfSlg 12.558/1990; zur stRsp vgl auch VfSlg 11.585/1987, 12.281/1990, 13.952/1994, 15.157/1998; vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 119: „begründet keinesfalls subjektive Rechte und Verpflichtungen von Privatpersonen“. Das

Grundlage für einen generellen oder individuellen Verwaltungsakt oder ein gerichtliches Urteil oder Erkenntnis bilden.¹⁶ Für die unmittelbare Wirkung einer internationalen Übereinkunft der Union dagegen gilt, wie jetzt schon anzumerken ist, anderes.¹⁷

Wurde vom Nationalrat kein Erfüllungsvorbehalt beschlossen (wie im Falle des Energieprotokolls¹⁸) und soll nach dem Willen der Vertragsparteien die unmittelbare Anwendbarkeit nicht ausgeschlossen sein¹⁹ (auch hier gibt es in Bezug auf das Energieprotokoll kein Problem²⁰), so gilt nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung die Vermutung, dass der fragliche Staatsvertrag unmittelbar anwendbar ist.²¹ Allerdings ist dies eine widerlegbare Vermutung. Ob eine Vertragsvorschrift konkret unmittelbar anwendbar ist, hängt von ihrem „Inhalt und Zweck“²² ab, und dabei wiederum vor allem davon, ob die jeweilige Vorschrift hinreichend bestimmt ist, um unmittelbar angewendet zu werden, dh einer Verwaltungsbehörde oder einem Gericht zu erlauben, einen Einzelfall auf Grundlage eben dieser Vorschrift zu entscheiden.²³

Was bedeutet nun aber „hinreichend bestimmt“? Ein guter Teil der Streitigkeit und Unklarheit über Begriff und Reichweite der unmittelbaren Anwendbarkeit von Staatsverträgen dreht sich genau um die richtige Handhabung die-

Anbringen eines Erfüllungsvorbehalts ist hingegen für die Beurteilung der unmittelbaren Wirkung einer internationalen Übereinkunft der Union unbeachtlich; vgl *infra* IV. A.

16 VfSlg 12.558/1990; Öhlinger, Art 50 B-VG, in Korinek/Holoubek, Rz 85.

17 Siehe dazu *infra* IV. A.

18 BGBl III 2002/237.

19 Der Wille der Vertragsparteien ist das sog subjektive Kriterium der unmittelbaren Anwendbarkeit; vgl VfSlg 12.558/1990 („subjektive Gründe“; „wenn der subjektive Wille der Vertragsschließenden darauf gerichtet ist, ein nicht der unmittelbaren Vollziehung zugängliches Vertragswerk zu schaffen“), unter Verweis auf Winkler, Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Staatsverträgen, JBl 1961, 8 (11 f); vgl auch Öhlinger, Art 50 B-VG, in Korinek/Holoubek, Rz 81.

20 Zum Energieprotokoll und den anderen Protokollen der Alpenkonvention heißt es in den Materialien, sie seien „der unmittelbaren Anwendung im innerstaatlichen Rechtsbereich“ zugänglich; 1069 BlgNR 21. GP 33. Vgl in diesem Sinne auch VfGH 22. 9. 2003, B 1049/03-4; VwGH 8. 6. 2005, 2004/03/0116; vgl auch BMLFUW, Die Alpenkonvention: Handbuch für ihre Umsetzung (2007) 14, Fn 1.

21 Wurde kein Erfüllungsvorbehalt beschlossen, „so spricht das zunächst dafür, daß der Vertrag unmittelbar anzuwenden ist, was in der Lehre als Vermutung für die unmittelbare Anwendbarkeit bezeichnet wird“; VfSlg 12.558/1990, unter Verweis auf Öhlinger, Vertrag 157.

22 VfSlg 12.558/1990; vgl auch VfSlg 12.281/1990 („objektive[] Eignung [...], innerstaatlich unmittelbar angewendet zu werden, demnach [...] inhaltliche[], sich aus der staatlichen Rechtsordnung ergebende[] Kriterien“).

23 Vgl Winkler, JBl 1961, 12; Öhlinger, Art 50 B-VG, in Korinek/Holoubek, Rz 82.

ses Kriteriums.²⁴ Außer Zweifel steht, dass Art 18 B-VG dabei entscheidende Bedeutung als Richtschnur zukommt. Denn schließlich gibt der Legalitätsgrundsatz dem Gesetzgeber den Maßstab vor, wie präzise er das Verwaltungs- (und Gerichts-²⁵) Handeln regeln muss, damit es hinreichend bestimmt ist.²⁶ Und insofern unmittelbar anwendbare Vertragsbestimmungen wie Gesetze funktionieren²⁷, muss auch für ihren Bestimmtheitsgrad der gleiche oder zumindest ein vergleichbarer Maßstab gelten.²⁸

Teilweise wird behauptet, dass der Verfassungsgerichtshof bei der unmittelbaren Anwendung von einem gelockerten Determinierungsgebot ausgeht.²⁹ Das ist nicht falsch, zumal der Verfassungsgerichtshof sich in seiner einschlägigen Judikatur nicht ausdrücklich auf Art 18 B-VG beruft, bedarf aber der Erläuterung. Als Grund für eine derartige Lockerung ließen sich etwa die Eigenheiten der Rechtssatzform Staatsvertrag anführen, die gegenüber dem innerstaatlichen Gesetz durch Sprachenvielfalt gekennzeichnet ist.³⁰ Das gestattet aber für sich genommen noch keine Ausdünnung des Legalitätsgrundsatzes, denn das Rechtsschutzbedürfnis der Einzelnen wird dadurch ja nicht geringer.³¹ Wenn

24 Siehe dazu die verschiedenen Versuche, Unterkriterien der hinreichenden Bestimmtheit auszdifferenzieren. *Winkler*, JBl 1961, 11 nennt etwa: 1. die Bestimmbarkeit des zuständigen Vollzugsorgans, 2. der bei der Durchsetzung des Anspruchs einzuhaltenden Vorgangsweise, 3. des Adressatenkreises sowie 4. die ausreichende inhaltliche Bestimmtheit der Regelung. Zu diesem Kriterienquartett siehe auch VfSlg 12.281/1990.

25 Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 572.

26 Vgl *ibid*, Rz 573; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 601 ff.

27 Vgl *Rill*, Art 18 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (1. Lfg 2001) Rz 14; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 119, 599, 602, wonach gesetzesrangige (dh parlamentarisch genehmigte) Staatsverträge als „Gesetze“ iSd Art 18 Abs 1 und 2 B-VG gelten.

28 So auch *Winkler*, JBl 1961, 12; *Rill*, Art 18 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher*, Rz 14; *Öhlinger*, Art 50 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Rz 82; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 120, 599; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht, Rz 239. Vgl in dieser Richtung auch *Schmid*, Alpenkonvention und Moorschutz, RdU 2007, 158 (161), allerdings unter Anführung von abweichenden Auffassungen in Fn 62; vgl dazu *idem*, ZVG 2014, 696, Fn 10.

29 Vgl *Holoubek/Lang*, Rechtsprechungsübersicht Verfassungsgerichtshof, ecolo 1991, 289 (290) in Bezug auf VfSlg 12.558/1990.

30 Vgl *Schmid*, Das Natur- und Bodenschutzrecht der Alpenkonvention, in *CIPRA Österreich* (Hrsg), *Die Alpenkonvention und ihre rechtliche Umsetzung in Österreich*. Stand 2009 (2010) 33 (35), mit Verweis auf *Walter*, Die Neuregelung der Transformation völkerrechtlicher Verträge in das österreichische Recht, ÖJZ 1964, 449 (451).

31 Vgl, wenn auch in anderem Zusammenhang, *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 612 sowie *Rill*, Art 18 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher*, Rz 54.