

gung läßt sich schließen, daß diese Auslegung nach § 914 ABGB Gewißheit über ein gewisses (Mindest-) Maß an Verpflichtung gebracht haben muß.

Abschließend sollte immerhin auch angeführt werden, daß Wolff, der die Vermutung des § 915 Satz 1 ABGB sowohl auf unentgeltliche als auch auf einseitig verbindliche Geschäfte bezieht, sie vermutlich schon bei der Berücksichtigung der „Übung des redlichen Verkehrs“, also schon im Anwendungsbereich des § 914 ABGB, zur Anwendung kommen läßt¹⁵⁾: „Stets aber kommt es dabei auf die Übung des redlichen Verkehrs an.“ Nicht vollends klar äußert sich Gschnitzer im Lehrbuch¹⁶⁾, wo er meint, daß beide Regeln des § 915 ABGB „im Rahmen des § 914 ABGB“ anzuwenden und „insoweit entbehrlich“ sind. Auch deutet Gschnitzer im Klang-Kommentar¹⁷⁾ die Möglichkeit des Mißbrauches der Regel des § 915 Satz 1 ABGB an und erwähnt auch hier deren Entbehr-

lichkeit. Es wird hier nicht gesagt, warum die Regel entbehrlich ist, doch ist zu vermuten, daß Gschnitzer ihre Geltung schon aus der „Übung des redlichen Verkehrs“ des § 914 ABGB ableiten möchte. Allerdings meint Gschnitzer hier auch wieder deutlich in der Subsidiarität von § 915 ABGB gegenüber § 914 ABGB, daß der Ausleger nach § 914 ABGB erst beurteilen müsse, ob § 915 ABGB anzuwenden sei, und er nach § 914 ABGB beurteilen müsse, ob eine Unklarheit des Vertrages noch verbessert werden könne. Denn „§ 915 ABGB soll eingreifen, um zweifelhafte und undeutliche Äußerungen zu klären, die sich aus der Parteiabsicht oder aus der Verkehrsübung nicht anderweitig klären lassen.“¹⁸⁾

Es dürfte richtig sein, in der hM an der These festzuhalten, daß § 915 Satz 1 ABGB gegenüber § 914 ABGB bloß subsidiäre Geltung hat und daher nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn die gesamte Auslegung nach § 914 ABGB einen Zweifel bestehen läßt.

¹⁵⁾ Wolff, Grundriß⁴, 79.

¹⁶⁾ Gschnitzer, Allgemeiner Teil 139.

¹⁷⁾ Gschnitzer in Klang² IV/1, 415.

¹⁸⁾ Gschnitzer in Klang² IV/1, 415.

Univ.-Ass. Dr. Alfred Grof, Linz

14

JBl 1986, 208 ff

Zum „Internationalen Verwaltungsrecht“

I. Begriff

Um Begriffsverwirrungen zu vermeiden, liegt es nahe, unter der Bezeichnung „Internationales Verwaltungsrecht“ (IVwR) in Analogie zum Internationalen Privatrecht (IPR)¹⁾, zum Internationalen Strafrecht (IStR)²⁾ und zum Internationalen Zivilprozeßrecht³⁾ jenen Normenteil des innerstaatlichen Verwaltungsrechts zusammenzufassen, der bei Sachverhalten mit Auslandsbeziehung regelt, ob die Behörde oder das Gericht österreichisches oder ausländisches (fremdes) Verwaltungsrecht anzuwenden hat. Das IVwR besteht daher in der Theorie nicht aus Sachnormen, sondern beinhaltet

lediglich Kollisionsrecht (Rechtsabgrenzungsrecht), wenngleich in der Praxis der Gesetzgebung diese in der Rechtsdogmatik streng durchzuführende Unterscheidung häufig dadurch verwischt wird, daß die Kollisionsnormen des IVwR mit Sachnormen kombiniert oder in diesen „versteckt“ oder von diesen stillschweigend vorausgesetzt werden (siehe dazu näher unten).

In der österreichischen rechtswissenschaftlichen Literatur hat man sich – soweit ersichtlich – bisher kaum mit diesem Problemkreis beschäftigt. Die von ihrer Thematik her für das IVwR an sich „unzuständigen“ Lehrbücher zum IPR stellen folgerichtig meist bloß in einem Nebensatz fest, daß auch so etwas wie ein IVwR existiert⁴⁾; die Lehrbücher zum öffentlichen Recht und Völkerrecht erwähnen derartiges auch nur am Rande⁵⁾ oder man lehnt die Existenz eines IVwR „wegen mangelnder Homogenität des Erkenntnisgegenstandes“ überhaupt ab⁶⁾.

¹⁾ Vgl dazu grundlegend Köhler, Internationales Privatrecht³ (1966); Schwind, Handbuch des österreichischen Internationalen Privatrechts (1975); Köhler-Gürtler, Internationales Privatrecht (1979); Schwimann, Grundriß des Internationalen Privatrechts (1982); derselbe in Rummel, ABGB II (1984) 2899 ff; Kegel, Internationales Privatrecht⁵ (1985).

²⁾ Vgl dazu Linke-Epp-Dokoupil-Felsenstein, Internationales Strafrecht (1981); Linke, Grundriß des Auslieferungsrechts (1983); Miklau, Der zeitliche und räumliche Geltungsbereich des österreichischen Strafrechts, ZNSTR 1973, 111 ff; Leukauf-Steininger, Kommentar zum StGB² (1979); Liebscher in Wiener Kommentar zum StGB §§ 61 bis 67 (1980); Triffterer, Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil (1985) 30 ff; Oehler, Internationales Strafrecht² (1983).

³⁾ Schwimann, Internationales Zivilverfahrensrecht (1979); Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts (1984) RN 2396 ff.

⁴⁾ Vgl Schwind, Handbuch 24; Schwimann, Grundriß 7.

⁵⁾ Vgl L. Adamovich, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts⁵ I (1954) 41; Neuhold-Seidl-Hohenveldern in: Neuhold-Hummer-Schreuer, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I RN 10, 667 und 672; Verdross-Simma, Universelles Völkerrecht² (1981) 573 f; Fischer-Köck, Allgemeines Völkerrecht² (1983) 15 und 113 f; Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht⁵ (1984) RN 1011 ff; am ausführlichsten noch Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts (1921) 101 ff.

⁶⁾ So Matscher, Gibt es ein Internationales Verwaltungsrecht? Beitzke-FS (1979) 641 ff.

Lediglich L. K. Adamovich und Funk übernehmen in ihrem Lehrbuch⁷⁾ eine im deutschen Recht entwickelte Begriffsbestimmung, wobei sie in Erweiterung zur 1. Auflage dieses Lehrbuches⁸⁾ zwischen 3 Bereichen, nämlich einem IVwR im engsten Sinn (entsprechend der obigen Begriffsbestimmung), einem IVwR im engeren Sinn („jene verwaltungsrechtlichen Normen völkerrechtlicher oder innerstaatlicher Herkunft, die Sachverhalte und Rechtsverhältnisse mit sachlichen, personellen oder territorialen Auslandsbezügen zum Gegenstand haben“) und einem IVwR im weitesten Sinn („alle verwaltungsrechtlichen Normen völkerrechtlicher Herkunft“) unterscheiden.

Einen Schritt voraus ist – was das Erkennen und Aufzeigen der Probleme des Komplexes „IVwR“ betrifft – die deutsche Literatur; jedoch ist man – wie stellenweise resignierend festgestellt wird – auch dort noch nicht soweit, daß das IVwR inzwischen vollständig rechtsdogmatisch bewältigt worden wäre⁹⁾. In der Praxis ist hingegen unbestritten, daß das IVwR an Bedeutung ständig zunimmt¹⁰⁾ und insofern ist auch die Forderung nach einer wissenschaftlichen Durchdringung und Systematisierung des IVwR verständlich¹¹⁾. Einigkeit besteht dort auch darüber – und damit soll wieder zum Ausgangspunkt zurückgegangen werden –, daß man unter dem IVwR den „Inbegriff derjenigen Rechtsnormen eines Staates, die eine Bestimmung darüber enthalten, welches Recht – eigenes oder fremdes – von seinen Verwaltungsbehörden und Gerichten in auslandsbezogenen („internationalen“) Fällen anzuwenden ist“, zu verstehen habe¹²⁾.

⁷⁾ L. K. Adamovich–Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1984) 49.

⁸⁾ Adamovich–Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht¹ (1980) 45, unterscheiden zwischen IVwR als Summe verwaltungsrechtlicher Kollisions- und Sachnormen mit Auslandsbezügen einerseits und IVwR als das durch transformiertes Völkerrecht geschaffene Verwaltungsrecht andererseits.

⁹⁾ Vgl. insb. Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, 4 Bände (1910–1936); Isay, Internationales Verwaltungsrecht, in: Stier-Somlo–Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft III (1928); Vogel, Qualifikationsfragen im Internationalen Verwaltungsrecht, AÖR 84 (1959) 54 ff.; Steindorff, Verwaltungsrecht, Internationales, in: Strupp–Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts III (1962) 581 ff.; Vogel, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm (1965); Schulze, Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht (1972); Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht (1981) 138 bis 166; Hoffmann, Internationales Verwaltungsrecht, in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht⁶ (1982) 989 ff. (in der inzwischen erschienenen 7. Aufl. [1985] 851 ff. teilweise stark verkürzt!); Siehr, RabelsZ 1982, 357 ff.

¹⁰⁾ So der Vizepräsident des Hessischen VGH, E. Rasch, in seiner Besprechung zu Hoffmanns Beitrag in v. Münchs „Besonderes Verwaltungsrecht“ (DVBl 1983, 60), nachdem er in seiner Besprechung zu einer Vorauffage noch bemängelt hatte, daß in diesem Buch wichtigere Teile des Besonderen Verwaltungsrechts als das IVwR fehlen (DVBl 1977, 264).

¹¹⁾ Vgl. etwa Schurig, Kollisionsnorm 165 f.

¹²⁾ Vgl. Hoffmann, Internationales Verwaltungsrecht 997.

Davon soll auch – wie eingangs bereits angedeutet – in dieser Untersuchung ausgegangen werden.

Nicht zum IVwR zählen danach Sachnormen mit auslandsbezogenem Sachverhalt, soweit es sich dabei nicht um Rechtsanwendungsnormen, sondern nur um materielles Recht handelt; derartige Sachnormen werden unter dem Oberbegriff „Fremdenrecht“ zusammengefaßt und sind vom IVwR streng zu unterscheiden¹³⁾. Diese Unterscheidung ist allerdings insofern etwas vordergründig, wenn man bedenkt, daß auch einer reinen Sachnorm des Fremdenrechts stets ein impliziter Rechtsanwendungsbefehl vorgeschaltet ist, nämlich dergestalt, daß jedenfalls inländisches Verwaltungsrecht anzuwenden ist; so beispielsweise, wenn § 25 Abs 1–3 PaßG bestimmt, daß Fremden unter bestimmten Voraussetzungen ein Sichtvermerk erteilt werden kann. Die Unterscheidung dient aber der plastischen Veranschaulichung, daß es sich dennoch um etwas Verschiedenes handelt: Sachnormen mit impliziten, auf inländisches Recht verweisenden und insoweit „unechten“ Kollisionsnormen einerseits und reine „echte“ Kollisionsnormen, die tatsächlich eine Entscheidung darüber treffen, welche von mehreren in Betracht kommenden Rechtsordnungen anzuwenden ist, andererseits. Sie sollte daher beibehalten werden. Die Unterscheidung wird teilweise schwierig, wenn seitens des Gesetzgebers Sachnorm und Kollisionsnorm ineinander verwoben werden, so zB wenn § 25 Abs 4 lit b PaßG bestimmt, daß die Behörde vom Sichtvermerkswerber die Vorlage einer Strafregisterbescheinigung des Heimatstaates verlangen kann: Hier wird in einer Sachnorm (Erteilung eines Sichtvermerks) auf ausländisches Verwaltungsrecht (Erteilung einer nach ausländischem Verwaltungsrecht gültigen Strafregisterbescheinigung) verwiesen; ersterer Teil der Norm zählt daher zum Fremdenrecht¹⁴⁾, letzter zum IVwR. Ferner ist das IVwR vom Völkerrecht insofern zu unterscheiden, als sich beim IVwR in der Regel um Rechtsnormen nationaler Provenienz handelt (hierher zählen auch die transformierten Rechtsquellen des Völker-

¹³⁾ Vgl. Hoffmann, Internationales Verwaltungsrecht 1000 f.; Schwimann, Grundriß 7.

¹⁴⁾ Von den Veröffentlichungen zum Fremdenrecht seien insbesondere genannt Fröhler–Oberndorfer–Zehetner, Rechtsprobleme grenzüberschreitender Raumplanung (1977); Fröhler–Zehetner, Rechtsprobleme bei grenzüberschreitenden Umweltbeeinträchtigungen, 3 Bände (1979–1981), insb. Band II 45 ff.; Rebhahn, Österreichisches Arbeitsrecht bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, Strasser-FS (1983) 59 ff., insb. 68; Seidl-Hohenveldern, Probleme der Anerkennung ausländischer Devisenbewirtschaftungsmaßnahmen, ÖZÖR VIII (1957/58) 82 ff. und 385; Doralt–Ruppe, Grundriß des österreichischen Steuerrechts II (1981) 190 ff.; Stolzlechner, Die politischen Rechte der Ausländer in Österreich (1980); derselbe, Die Stellung der Ausländer in der Universitätsorganisation, in: Strasser (Hrsg.), Universitätsrecht zwischen Reform und Bewährung (1984) 45 ff.; Schwimann, Internationale Zuständigkeit und anzuwendendes Recht in Amtshaftungssachen, JBl 1959, 585 ff.; Schurig, Eine neue Entwicklung im österreichischen internationalen Amtshafungsrecht, JBl 1983, 234 ff.

rechts!)¹⁵⁾, die Rechtsbeziehungen des Einzelnen zum Staat regeln, während Gegenstand des Völkerrechts grundsätzlich nur Rechtsbeziehungen zwischen den Staaten untereinander sind. Doch steckt das Völkerrecht die rechtliche Umgebung des IVwR ab und schafft so für dieses gewisse rechtliche Rahmenbedingungen, die im folgenden näher erläutert werden soll.

II. Internationales Verwaltungsrecht und Völkerrecht

Aus rechtstheoretischer Sicht beeinflusst das Völkerrecht das IVwR nicht mehr und nicht weniger als die anderen nationalen Rechtsbereiche. In der Praxis spielt jedoch aus rechtspolitischen Überlegungen der Grundsatz der Gegenseitigkeit eine weitaus größere Rolle als etwa im IPR, weil sich im IVwR dann, wenn im Bereich der Hoheitsverwaltung eine ausländische Rechtsordnung zur Anwendung befohlen wird, der Staat – grundlegend anders als im IPR, wo es dem Staat grundsätzlich gleichgültig sein kann, nach welcher Rechtsordnung die *autonom* erzeugten Normen zu beurteilen sind (der Staat fungiert hier als außenstehender Dritter, gleichsam als Schiedsrichter) – dort eines Teiles seines Imperiums begibt, wo er infolge der Heteronomität der verwaltungsrechtlichen Normen notwendigerweise unmittelbar am Rechtsverhältnis beteiligt wäre. Wenn der Staat also die Anwendung fremder heteronomer Normen befiehlt, so wird er dies in der Regel nur dann tun, wenn auch der andere Staat in analogen Fällen, wo Staatsbürger des ersten Staates involviert sind, das Verwaltungsrecht des ersten Staates zur Anwendung befiehlt. Die Sicherung derartiger gegenseitiger Pflichten erfolgt üblicherweise durch den Abschluß eines völkerrechtlichen Vertrages (vgl zB die „Rechtshilfeabkommen“¹⁶⁾) und insoweit beruht ein Großteil des IVwR auf speziell oder generell transformiertem Völkerrecht, das auf alle Bereiche des Besonderen Verwaltungsrechts verstreut ist.

Obwohl dies den großen Vorteil einer Vereinheitlichung hätte, gibt es – abgesehen von diesen sich jeweils auf eine besondere Verwaltungsmaterie beziehenden völkerrechtlichen Verträgen – vornehmlich wegen eines historisch tradierten Souveränitätsverständnisses keine speziell internationalverwaltungsrechtlichen Regeln völkergewohnheitsrechtlicher Natur oder in Form von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, welche dem Staat bei der Erlassung internationalverwaltungsrechtlicher Normen besondere Bindungen auferlegen. Doch sind wie in sonstigen Normbereichen auch im IVwR bei der staatlichen Normsetzung im besonderen die folgenden völkerrechtlichen Grundsätze zu beachten.

- An erster Stelle ist der Grundsatz zu nennen, daß ein Staat keine Hoheitsakte auf fremdem Staats-

gebiet setzen darf. Die Verwaltungsbehörden dürfen demnach im Ausland nicht mit Zwangsmitteln tätig werden, doch sind andere Verwaltungstätigkeiten im Ausland nicht ausgeschlossen, teilweise sogar üblich (beispielsweise die Tätigkeit diplomatischer Vertretungen). Dem entspricht umgekehrt, daß jeder Staat – ohne gegen Völkerrecht zu verstoßen – fremden Staaten die Ausübung von Verwaltungstätigkeiten auf seinem Gebiet durch eigenes nationales Recht unmöglich machen kann (vgl zB die Strafdrohung für den militärischen Nachrichtendienst für einen fremden Staat in § 319 StGB¹⁷⁾) – Grundsatz der territorialen Souveränität.

- Weiters darf nach allgemeinem Völkerrecht ein Staat solche Sachverhalte nicht normativ regeln, zu denen er in keinerlei Beziehung steht¹⁸⁾. Als völkerrechtlich ausreichende Beziehung gelten die Territorialhoheit, die Personalhoheit, der Schutz wichtigster Staatsinteressen und subsidiär das Universalitätsprinzip. Ein Staat ist also berechtigt, kraft seiner Territorialhoheit mit geringfügigen Ausnahmen alle Vorgänge zu regeln, die sich auf seinem Gebiet ereignen und die Befolgung dieser Regelung zu erzwingen; er ist ferner berechtigt, das Verhalten seiner eigenen Staatsangehörigen im Ausland zu regeln, wenn gleich er die Befolgung dieser Regelung selbst nicht erzwingen kann. Nach dem Schutzprinzip kann ein Staat – insbesondere für den Bereich des IstR relevant – auch einen von Ausländern im Ausland gesetzten Tatbestand mit Strafe bedrohen (vgl zB den Vierzehnten Abschnitt des StGB, § 242 ff: Hochverrat und andere Angriffe gegen den Staat iVm § 64 StGB)¹⁹⁾. Schließlich ist kraft des Universalitätsprinzips jeder Staat berechtigt, sein nationales Strafrecht so zu gestalten, daß er im Ausland begangene Straftaten von Ausländern subsidiär dann aburteilen kann, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist, der Täter dort aber nicht seiner Strafe zugeführt werden kann, weil er (aus politischen Gründen) nicht ausgeliefert wird²⁰⁾. Aus dem vorstehend Gesagten stellen sich für das nationale IVwR vor allem das Territorialitäts- und Personalitätsprinzip als maßgebliche Anknüpfungspunkte dar.

- Übereinstimmung besteht weiters darin, daß die von einem Staat nach dessen Recht völkerrechtskonform verliehene Staatsangehörigkeit völkerrechtlich von jedem anderen Staat zu respek-

¹⁷⁾ Siehe auch §§ 316 ff StGB und vgl zum Ganzen Steindorff, Internationales Verwaltungsrecht 583; Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht RN 1014; Fischer-Köck, Völkerrecht 114; Verdross-Simma, Völkerrecht 502 ff; Neuhold-Hummer-Schreuer, Handbuch RN 650 ff.

¹⁸⁾ Vgl Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht RN 1016 ff; Fischer-Köck, Völkerrecht 108; Verdross-Simma, Völkerrecht 571 ff; Neuhold-Hummer-Schreuer, Handbuch RN 650 ff; für das IVwR damals noch ablehnend Steindorff, Internationales Verwaltungsrecht 589.

¹⁹⁾ Vgl Liebscher in Wiener Kommentar, RN 2 und 3 zu § 64 StGB.

²⁰⁾ Vgl Liebscher aaO RN 4 zu § 64.

¹⁵⁾ Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts³ (1985) 75 ff; Adamovich-Funk, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985) 148.

¹⁶⁾ Vgl Gaerte, Rechtshilfe (internationale) in Verwaltungssachen, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts³ III 58 f.

- tieren ist. Damit ist jeder Staat aus allgemeinem Völkerrecht verpflichtet, seine Organe in deren diesbezüglichen Entscheidungen ausländisches öffentliches Recht zugrundelegen zu lassen ²¹⁾.
- Schließlich verpflichtet das allgemeine Völkerrecht jeden Staat allgemein, Ausländer nach dem völkerrechtlich vorgeschriebenen Mindeststandard zu behandeln, entsprechendes materielles und prozessuales Recht zu schaffen und seinen Vollzugsorganen zur Anwendung zu befehlen ²²⁾.
 - Wenn oben bereits angedeutet wurde, daß sich die Mehrheit völkerrechtlicher Verpflichtungen zur Regelung des IVwR nicht im Völkergewohnheitsrecht oder in allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsgrundsätzen, sondern in völkerrechtlichen Verträgen findet ²³⁾, so ist an dieser Stelle auch darauf hinzuweisen, daß sich aus diesen völkerrechtlichen Verträgen bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen allgemeines oder partikuläres Völkergewohnheitsrecht herausbilden kann ²⁴⁾.

Besteht nach dem vorstehend Ausgeführten eine allgemeine völkerrechtliche Verpflichtung, eine internationalverwaltungsrechtliche Norm in bestimmter Weise zu gestalten, insbesondere die Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts anzuordnen, so ist damit aber noch nicht endgültig festgelegt, daß tatsächlich die Anwendung des ausländischen Rechts befohlen werden muß. In diesem Zusammenhang sind nämlich jeweils noch die ebenfalls allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätze über die Nichtanwendung völkerrechtswidrigen ausländischen (öffentlichen) Rechts bzw. die Nichtanwendung ausländischen öffentlichen Rechts bei Unvereinbarkeit mit höherrangigem inländischen Recht zu beachten, welche hier als *leges speciales* den Staat bei der Gestaltung seines IVwR von den oben genannten allgemeinen oder vertragsvölkerrechtlichen Grundsätzen entbinden ²⁵⁾ (siehe dazu näher unten V.).

III. Der Grundsatz der „Nichtanwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts“ – Einseitigkeit öffentlich-rechtlicher Kollisionsnormen?

Entscheidendes Hindernis für die rechtstheoretische Durchdringung des IVwR war (und ist) nicht zuletzt der seit langem tradierte Grundsatz, nach dem ausländisches öffentliches Recht keinesfalls im nationalen Recht anzuwenden ist. Dies deshalb, weil das öffentliche Recht früher weitgehend als internes Organisationsrecht des Staates, als „Hausrecht“ eines bestimmten, von einem Souverän beherrschten Territoriums verstanden wurde und sich insofern schon rein tatsächlich an die so gezogenen

Grenzen hielt. Dagegen hat sich auf dem Gebiet des Privatrechts schon früh die Anerkennung ausländischer Rechtsordnungen in ihrer Qualität als Rechtsordnungen durchgesetzt, weil die häufige Berührung mit dem Rechtsleben anderer Staaten infolge der dem Privatrecht wesenseigenen und grenzüberschreitenden Fluktuation von Menschen und Gütern zwangsläufig zu dieser Anerkennung führen mußte ²⁶⁾. Auf diesem Grundsatz der Nichtanwendbarkeit basierend wurde dagegen für das IVwR von K. Neumeyer die Lehre von der Einseitigkeit internationalverwaltungsrechtlicher Normen entwickelt ²⁷⁾ und in der Folge auch übernommen ²⁸⁾. Danach genügt es, wenn die internationalverwaltungsrechtliche Norm den Anwendungsbereich des inländischen Rechts festlegt, ohne – falls man zum Ergebnis kommt, daß das inländische Verwaltungsrecht unanwendbar ist – in einem zweiten Schritt – wie etwa im IPR – auch anzuordnen, welches ausländische Recht anzuwenden ist; denn inländische Behörden dürfen ja nach dem Grundsatz der Nichtanwendbarkeit nur inländisches öffentliches Recht anwenden bzw. dürfen ausländisches öffentliches Recht nicht anwenden. Die nationalen Normen des IVwR haben demnach vor allem die Aufgabe, die Zuständigkeit nationaler Verwaltungsbehörden und den Geltungs- oder Anwendungsbereich nationalen Verwaltungsrechts zu begründen und zu begrenzen ²⁹⁾. Durchbrochen wird diese Regel von der Einseitigkeit der Kollisionsnormen des IVwR allerdings in den Fällen der „*Verweisung*“, dh. dort, wo innerstaatliche Sachnormen entweder ausdrücklich auf Vorschriften des ausländischen öffentlichen Rechts Bezug nehmen oder in ihrem Tatbestand Rechtsbegriffe enthalten, die in bestimmten Fällen nur durch eine Anwendung ausländischer Vorschriften ausgefüllt werden können, mit denen also die Existenz entsprechender Normen des ausländischen Rechts vorausgesetzt wird ³⁰⁾. Berücksichtigt man ferner, daß eine Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts auf Vorfragen in Fällen des IPR von der Lehre und Judikatur akzeptiert wird, so beschränkt sich die behauptete Einseitigkeit des IVwR nur auf diejenigen Fälle, in denen es jeweils auf die Anwendung fremder öffentlich-rechtlicher Normen auf die von der Behörde oder von dem Gericht zu entscheidende „*Hauptfrage*“, dh. auf die von ihnen im betreffenden Fall anzusprechende oder zur Anwendung zu bringende Rechtsfolge geht ³¹⁾.

²⁶⁾ Schurig, Kollisionsnorm 142.

²⁷⁾ Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht IV 115 ff und 201 ff.

²⁸⁾ Isay, Internationales Verwaltungsrecht 345 f; Steindorff, Internationales Verwaltungsrecht 581; Vogel, Anwendungsbereich 194 ff, insb 239; Schulze, Öffentliches Recht 46.

²⁹⁾ Isay, Internationales Verwaltungsrecht 345 f; Steindorff, Internationales Verwaltungsrecht 581; für das IStR so wohl auch Liebscher in Wiener Kommentar, RN 12 zu Vorbem zu §§ 62 bis 66 StGB.

³⁰⁾ Vogel, Anwendungsbereich 196 f mwN.

³¹⁾ Vogel, Anwendungsbereich 197 f; Schurig, Kollisionsnorm 144.

²¹⁾ Vgl. Verdross-Simma, Völkerrecht 586 ff.

²²⁾ Vgl. Hoffmann, Internationales Verwaltungsrecht 1003 f; Verdross-Simma, Völkerrecht 586 ff.

²³⁾ Vgl. Steindorff, Internationales Verwaltungsrecht 583 f; Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht RN 1026 a; Fischer-Köck, Völkerrecht 108.

²⁴⁾ Hoffmann, Internationales Verwaltungsrecht 1004 f.

²⁵⁾ Hoffmann, Internationales Verwaltungsrecht 1002 f.

Gegen eine Übernahme der tradierten Auffassung von einer im Wesen des öffentlichen Rechts und damit des IVwR liegenden Einseitigkeit seiner Kollisionsnormen sind schwerwiegende Bedenken vorgetragen worden³²⁾. Mit „Nichtanwendung ausländischen öffentlichen Rechts“ und daraus folgender „Einseitigkeit internationalverwaltungsrechtlicher Kollisionsnormen“ wird nicht scharf genug zwischen zwei verschiedenen Erscheinungsformen der Nichtanwendbarkeit unterschieden. Eine absolute, *primäre* Unanwendbarkeit fremden öffentlichen Rechts würde einen im modernen Rechtsleben zwischenstaatlicher Beziehungen kaum durchzuhaltenden juristischen Egoismus voraussetzen: Fremdes Recht kommt deshalb nicht in Betracht, weil dieses von einem bestimmten Staat nicht zur Kenntnis genommen, nicht beachtet, nicht als „Recht“ anerkannt wird. Für Kollisionsnormen als „Auswahlnormen“ zwischen mehreren nationalen Rechtsnormen ist somit tatsächlich kein Platz, es kann folglich nur noch um die räumliche Tragweite des eigenen Sachnorm gehen. Gänzlich anders stellt sich jedoch dieses Problem dar, wenn die Nichtanwendung öffentlichen Rechts als eine „*sekundäre*“ Erscheinung auftritt und zwar so, daß infolge der Beschaffenheit vorhandener Kollisionsnormen und besonders wegen der Konkurrenz von eigener internationaler Zuständigkeit mit den Fällen der Anwendbarkeit internen Rechts die Berufung fremder öffentlicher Sachnormen *faktisch* nicht oder kaum in Frage kommt. Diese Sichtweise schließt im Gegensatz zu obiger Theorie die wenigstens potentielle Berufung ausländischer Normen in besonderen Fällen niemals aus und steht damit einer kollisionsrechtlichen Denkweise wie im IPR a priori nicht im Wege. Eine totale Ignoranz ausländischen öffentlichen Rechts ist dagegen heute nicht mehr diskutabel und wird auch in der Lehre nicht vertreten; vielmehr wird – wie oben bereits angedeutet – in Vorfragen privatrechtlicher Entscheidungen immer wieder ausländisches öffentliches Recht angewendet und die Lehre von der Nichtanwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts beruht insoweit auf einem Gutteil auf der nicht exakt durchgeführten Unterscheidung zwischen primärer und sekundärer Nichtanwendbarkeit³³⁾.

Wenn demnach der Grundsatz der Nichtanwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts nur im Sinne einer sekundären Nichtanwendbarkeit verstanden werden kann, so folgt daraus gleichzeitig eine zumindest potentielle Zweiseitigkeit internationalverwaltungsrechtlicher Normen. Die Einseitigkeit der Kollisionsnormen des IVwR ließe sich jetzt nämlich nur mehr damit begründen, daß diese a priori oder axiomatisch festgelegt ist. Nur in diesem Fall wären nämlich andere als einseitige Kollisionsnormen wesensmäßig ausgeschlossen, ein Ausbau dieser Normen zu allseitigen Kollisionsnormen

erschiene unter keinen Umständen denkmöglich; die „Andersartigkeit“ des öffentlichen Kollisionsrechts (wozu auch das IStR zählt) im Vergleich zum IPR wäre gleichsam vorprogrammiert. Nachdem sich ein derartiges Dogma aber nicht belegen läßt³⁴⁾, sondern man im Gegenteil vielmehr davon auszugehen hat, daß die prinzipielle Anerkennung und gelegentliche Anwendung öffentlichen Rechts nicht wegzuleugnen ist, kann bestenfalls ein *faktisches* Überwiegen einseitiger Normen festgestellt werden. Die Gründe hierfür können verschiedener – wohl primär rechtspolitischer (Grundsatz der Gegenseitigkeit; siehe oben II.) – Natur sein; sie liegen auch darin, daß die Anknüpfungen fast immer zum eigenen Recht führen und daß die internationale Zuständigkeit so abgestimmt ist, daß die Gerichte und Behörden, wenn sie tätig werden, dies grundsätzlich nur in den Fällen tun, in denen auch das eigene Recht berufen wird. Dann werden aus praktischen Gründen Kollisionsnormen für ausländische Sachnormen nicht entwickelt, weil man sie (vorläufig noch) nicht braucht. Es bleibt aber stets der Weg für eine andere Entwicklung offen: Sobald sich aus irgendwelchen Gründen das Bedürfnis ergeben sollte, können (ganz oder unvollkommen) zweiseitige Normen herausgebildet werden. Damit ist aber die Ausgangslage dieselbe wie im IPR: Auch im IVwR geht es darum, aus den existierenden und infolge der Beziehung des Falles in Betracht kommenden Rechtsordnungen jeweils die anzuwendende herauszuwählen³⁵⁾. Die Anwendung welchen Rechts – eigenen oder fremden – nun die Regel, den Normalfall bildet und die Anwendung welchen Rechts die Ausnahme, ist eine Frage der Quantität und spielt insofern nur eine statistische Rolle.

IV. Verweisung und Qualifikation

Ein Hauptproblem jedes „internationalen“ Rechts bilden die sogenannte „Verweisung“ und die „Qualifikation“.

Einzigste Aufgabe und gleichzeitig *Rechtsfolge* der Kollisionsnormen ist die „*Verweisung*“ auf die berufene Rechtsordnung; die eigentliche Sachentscheidung über subjektive Rechte und Pflichten trifft dann erst das materielle Recht derjenigen Rechtsordnung, auf die in der Kollisionsnorm verwiesen wurde. Die vom internationalen Recht hergestellte Verbindung von Rechtsverhältnis und berufener Rechtsordnung wird als „*Anknüpfung*“ bezeichnet. Internationales Recht ist in der Regel zwingendes Recht, nur ausnahmsweise dürfen die am Rechtsverhältnis Beteiligten das anzuwendende Recht durch Vereinbarung wählen³⁶⁾. Bei der „*Qualifikation*“ geht es dagegen um das Verständnis von Inhalt und Funktion jener Verweisungsbegriffe, die den *Tatbestand* der internationalrechtlichen Normen, also den Anknüpfungsgegenstand, beschreiben. Die Schwierigkeiten sind demnach vorprogrammiert, wenn man sich vor Augen hält, daß

³²⁾ Vogel, Anwendungsbereich 198 ff., der aber am Ende doch wieder der Lehre von der Einseitigkeit der Kollisionsnorm zustimmt; dagegen Schurig, Kollisionsnorm 145 ff.

³³⁾ Schurig, Kollisionsnorm 142 ff mwN.

³⁴⁾ Vgl ausführlich Schurig, Kollisionsnorm 147 ff.

³⁵⁾ Schurig, Kollisionsnorm 151.

³⁶⁾ So insb im IPR; vgl Schwimann, Grundriß 2.

Inhalt und Funktion eines Rechtsbegriffes regelmäßig auch durch seine Stellung im System der nationalen Gesamtrechtsordnung determiniert werden und inländische Verweisungsbegriffe so auf das abweichende Begriffsverständnis oder eine andere systematische Einordnung fremder Rechtsordnungen stoßen³⁷⁾.

Soweit ersichtlich, hat sich auch im deutschen Recht bisher lediglich K. Vogel³⁸⁾ mit der Problematik von Qualifikationsfragen im IVwR auseinandergesetzt. Ausgehend von dem Faktum, daß – anders als im IPR – Sachnormen, die auf ausländisches Recht verweisen, im Gegensatz zu den reinen Kollisionsnormen keine Ausnahmen, sondern durchaus die Regel darstellen, kommt er auch zu einem auf diesem Faktum basierenden theoretischen Unterschied in der Behandlung der Sachnormen mit Auslandsbeziehung einerseits und den echten Kollisionsnormen andererseits. Dieser besteht darin, daß es sich bei den reinen Kollisionsnormen ausschließlich um eine sogenannte „primäre“ Qualifikation handelt, während Verweisungsbegriffe in Sachnormen – und somit das gesamte derzeitige IVwR – immer nachfolgende („sekundäre“) Qualifikation darstellen³⁹⁾. Die Verschiedenartigkeit besteht demnach darin, in welcher Phase der Subsumtion die Qualifikation einzusetzen hat: Bei der primären Qualifikation geht diese der Bestimmung des anwendbaren Rechts voraus, sie ist kennzeichnend für echte Qualifikationsnormen; bei der sekundären Qualifikation taucht hingegen das Qualifikationsproblem erst auf, nachdem die anwendbare Rechtsordnung bereits feststeht, sie ist typisch für Sachnormen mit Verweisungen auf ausländisches Recht. Solange also das IVwR hauptsächlich aus solchen Sachnormen mit Verweisungen auf ausländisches Recht besteht, ist für das IVwR die sekundäre Qualifikation kennzeichnend und insofern bildet das IVwR hier einen echten Gegensatz zum IPR, wo Sachnormen mit Verweisungen auf ausländisches Recht eigentlich nicht bestehen. Erst wenn auch für das IVwR echte zweiseitige Kollisionsnormen bestehen (und diese wie im IPR in Form eines Gesetzes zusammengefaßt werden⁴⁰⁾) wird dieser Gegensatz zwischen IVwR und IPR beseitigt werden.

Zur Lösung der Problematik der sekundären Qualifikation selbst kann für das IVwR daher nicht auf die Grundsätze des IPR zurückgegriffen werden. Nach Vogel gibt es (noch) keine allgemein gültige Methodik, sondern es ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, welche Qualifikationsmethode (*lex fori*, *lex causae* etc.⁴¹⁾) mit Rücksicht auf die Interessenlage, den Willen des Gesetzgebers und den gesamten Gehalt der jeweiligen gesetzlichen Regelung den sachlichen Gegebenheiten am besten gerecht wird. Der Grund für das Fehlen einer Methode

einheitlicher Behandlung gewisser Typen von Qualifikationsfällen liegt wohl darin, daß die Sachnormen mit Verweisungen auf ausländisches Recht wesentlich konkreter sind als die abstrakt – weil für eine Vielzahl von Fällen konstruiert – gefaßten reinen Kollisionsnormen des IPR⁴²⁾.

V. Im besonderen: Verweisung auf ausländisches Recht – Einordnung im nationalen österreichischen Recht

Anerkennt man nach dem oben Ausgeführten auch für das IVwR die prinzipielle Möglichkeit zweiseitiger Kollisionsnormen, so stellt sich im Falle, daß die Kollisionsnorm auf ausländisches Recht verweist (und die entsprechende ausländische Kollisionsnorm keine Rückverweisungen enthält oder sich infolge einer Weiterverweisung ergibt, daß das öffentliche Recht eines dritten Staates anzuwenden ist), in gleicher Weise wie im IPR das Problem, ob damit das verwiesene ausländische öffentliche Recht von den inländischen Vollzugsorganen tatsächlich angewendet werden muß. Dies wird in der Regel wohl der Fall sein, besteht doch darin gerade der Sinn der (zweiseitigen) Kollisionsnormen. In bestimmten Fällen verbietet sich im IPR dennoch die Anwendung fremden Rechts, dann nämlich, wenn daraus ein Verstoß gegen die Grundsätze der nationalen Rechtsordnung („*ordre public*“) resultieren würde⁴³⁾.

Im öffentlichen Recht stellt sich die analoge Konstellation dagegen als ein Problem des Stufenbaus der Rechtsordnung dar. Anders als im (internationalen) Privatrecht, das ja nicht von Behörden und Gerichten, sondern von Privaten im Rahmen der Privatautonomie frei von gesetzlichen Bindungen vollzogen wird und wo der Staat gleichsam nur in der Funktion eines Schiedsrichters auftritt, dominiert der Grundsatz von der Gesetzesbindung der Vollziehung, wie er etwa in der österreichischen Verfassung in Art 18 Abs 1 B-VG seinen Ausdruck gefunden hat, das gesamte öffentliche Recht jeder rechtsstaatlichen Verfassung⁴⁴⁾. Daraus resultiert unter anderem, daß ein öffentlich-rechtlicher Individualakt nur dann rechtmäßig zustande kommt, wenn er im Stufenbau der Rechtsordnung keiner höherrangigen Norm widerspricht. Für den Bereich des IVwR bedeutet dies nichts anderes, als daß das zur Anwendung befohlene Recht, in concreto der zur Anwendung befohlene Rechtsakt, in den Stufenbau der nationalen Rechtsordnung einzuordnen und an höherrangigen Normen der nationalen Rechtsordnung auf seine Vereinbarkeit hin zu überprüfen ist. In einem ersten Schritt ist dabei die zur Anwendung befohlene ausländische Rechtsnorm zu qualifizieren, dh im Schema der Rechtsatzformen des nationalen öffentlichen Rechts einer dieser Ka-

³⁷⁾ Schwimann, Grundriß 19.

³⁸⁾ Vogel, Qualifikationsfragen 54 ff.

³⁹⁾ Vogel, Qualifikationsfragen 64.

⁴⁰⁾ Vgl das österr IPR-Gesetz BGBl 1978/304.

⁴¹⁾ Vgl Schwimann, Grundriß 3 ff; Vogel, Qualifikationsfragen 59 ff.

⁴²⁾ Vogel, Qualifikationsfragen 65.

⁴³⁾ Vgl dazu ausführlich Schwimann, Grundriß 47 ff.

⁴⁴⁾ Für die BRD vgl Art 20 III GG; siehe im übrigen die Übersicht bei Mayer-Tasch, Die Verfassungen der nicht-kommunistischen Staaten Europas² (1975); für die Schweiz vgl Häfelin-Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (1984) 42 ff.

tegorien (Gesetz, Verordnung, Bescheid, faktische Amtshandlung, verwaltungsrechtlicher Vertrag [?], Weisung) zuzuordnen. Danach ist – soweit dies nach der nationalen Rechtsordnung dem Vollzugsorgan zusteht – zu überprüfen, ob die zur Anwendung befohlene ausländische Rechtsnorm des öffentlichen Rechts höherrangigerem nationalen öffentlichen Recht widerspricht. Wird ein derartiger Widerspruch festgestellt, so kommt es schließlich zuletzt wiederum darauf an, welche Rechtsfolge die nationale Rechtsordnung an diesen Umstand knüpft: Der Logik des Stufenbaus der Rechtsordnungen entspricht es, daß dabei der Rechtsqualität der Norm, die den Verweisungsbefehl enthält, entscheidende Bedeutung zukommt. Ein Beispiel: Befiehlt eine inländische Norm im Gesetzesrang (einfaches Gesetz oder generell transformierter Staatsvertrag im Rang eines einfachen Gesetzes), eine ausländische Norm im Range einer Verordnung anzuwenden, so ist diese an der inländischen Verfassung und an den inländischen Gesetzen zu messen. Widerspricht sie einem inländischen einfachen Gesetz, nicht aber der Verfassung, so ist die einfachgesetzliche Norm, die eine solcherart „rechtswidrige“ Verweisung enthält, als *lex specialis* zu dem Gesetz, dem die ausländische Verordnung widerspricht, zu werten. Die Verweisung ist damit rechtskonform, die ausländische Verordnung – weil sie Deckung im verweisenden Gesetz findet – rechtmäßigerweise anzuwenden. Widerspricht die Verordnung im obigen Beispiel hingegen der Verfassung (insbesondere den Grundrechten), so ist eine entsprechende Verweisung in einem einfachen Gesetz rechtswidrig, dementsprechend auch die Anwendung der ausländischen Norm rechtswidrig. Ob nun bereits das Vollzugsorgan oder erst der von einer derartigen rechtswidrigen Verweisung betroffene Normadressat die entsprechende Rechtswidrigkeit geltend machen kann und wer letztendlich zur Überprüfung und verbindlichen Feststellung dieser Rechtswidrigkeit zuständig ist, richtet sich wiederum nach nationalem Recht ⁴⁵⁾.

VI. Rechtswahl

Aufgrund der besonderen Natur des öffentlichen Rechts bedürfen auch andere Grundsätze, die inzwischen im IPR entwickelt wurden, vor deren Übernahme in das IVwR genauerer Betrachtung, so insbesondere das für einen Teil des IPR anerkannte Prinzip der Rechtswahl. Nach dem österreichischen IPR-Gesetz haben die Vertragsparteien im Ehegüter- und Schuldrecht grundsätzlich Wahlfreiheit, d.h. es kann jede beliebige Rechtsordnung gewählt werden, auch eine solche, zu der keine Beziehung besteht ⁴⁶⁾. Einer derartigen Privatautonomie steht

das die Verwaltung bindende Legalitätsprinzip zunächst diametral entgegen. Hielte es der Gesetzgeber anlässlich einer zukünftigen Kodifikation aber für wünschenswert, das Prinzip der Rechtswahl auch im IVwR zu institutionalisieren – was theoretisch insbesondere für den der Privatwirtschaftsverwaltung nahestehenden Bereich der hoheitlichen Leistungsverwaltung zu überlegen wäre –, so müßte dies gleichzeitig einen Ausbau des Rechtsinstituts des öffentlich-rechtlichen Vertrages nach sich ziehen: Eine Rechtswahl dergestalt, daß sich Vollzugsorgan und Normadressat über das anzuwendende öffentliche Recht einigen, ist schon theoretisch nur denkbar, wenn die Rechtsordnung auch eine über die heteronomen Rechtssatzformen hinausreichende, nämlich autonome Rechtserzeugungsregel zuläßt. Während das Rechtsinstitut eines in diesem Sinne *koordinationsrechtlichen* verwaltungsrechtlichen Vertrages im deutschen Recht bereits vollständig entwickelt ist ⁴⁷⁾, hat in Österreich bisher lediglich – in Anlehnung an die Literatur ⁴⁸⁾ – der Verfassungsgerichtshof in einem Erkenntnis angedeutet, daß derartige öffentlich-rechtliche Verträge unter gewissen Voraussetzungen vom einfachen Gesetzgeber vorgesehen werden können ⁴⁹⁾. Daß sich diese Rechtswahl – wie im IPR – auch auf die Anwendung öffentlichen Rechts eines Staates, zu dem überhaupt keine Beziehung (Territorial- oder Personalhoheit) besteht, erstreckt, erscheint aber nach dem völkerrechtlichen Grundsatz, wonach kein Staat Sachverhalte regeln darf, zu der er in keiner ausreichenden Beziehung steht (siehe oben II.), ausgeschlossen; denn nur der Akt der Rechtswahl selbst ist koordinationsrechtlicher, also autonomer Natur; dies ändert jedoch nichts daran, daß – nachdem die Auswahl getroffen wurde – wieder ein heteronomes Rechtsverhältnis besteht, auf den der genannte völkerrechtliche Grundsatz in vollem Umfang anwendbar ist.

VII. Ausblick

Die vorliegende Untersuchung kann nicht mehr als einen Denkanstoß zu einem seit langem verwaisten Teilgebiet des öffentlichen Rechts liefern. Im Vergleich zum IPR steckt das IVwR noch in seinen Anfängen und ist mangels rechtstheoretischer Durchdringung auch noch weit davon entfernt, einer abschließenden gesetzlichen Regelung zugeführt zu werden (wie etwa das IPR im IPR-Gesetz).

Rechtslage vor dem IPR-Gesetz – *Schwind*, Handbuch 287 ff.

⁴⁵⁾ Vgl etwa *Erichsen-Martens*, Das Verwaltungshandeln, in: *Erichsen-Martens* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (1983) 268 ff; *Kopp*, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar³ (1983) RN 1 zu § 54, RN 4 zu § 55 und RN 4 zu § 56; *Knack*, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar² (1981) 672.

⁴⁶⁾ *Eyermann-Fröhler*, Verwaltungsgerichtsordnung⁸ (1980) RN 9 ff zu § 40; *Öhlinger*, Das Problem des verwaltungsrechtlichen Vertrages (1974) 34; *Doralt*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in: *Rill* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 205 ff; *Puck*, Nichthoheitliche Verwaltung – Typen und Formen, ebd 275 ff.

⁴⁷⁾ VfSlg 9226/1981.

⁴⁵⁾ Für Österreich wäre insofern eine – wegen der eindeutigen Diktion der Bestimmung allerdings bloß eine analoge – Anwendung des Art 89 B-VG zu überlegen.

⁴⁶⁾ *Schwiemann*, Grundriß 65 ff; danach können die Parteien, weil ihnen die Kombination von Normen verschiedener Rechtsordnungen freisteht, sogar nicht existentes, selbst erfundenes Sachrecht als maßgeblich vereinbaren, sofern es inhaltlich genügend bestimmt ist; aA – zur

Vieles ist noch im Fluß; internationalverwaltungsrechtliche Normen sind in Sachnormen über das unüberschaubare Gebiet des Besonderen Verwaltungsrechts und entsprechender völkerrechtlicher Verträge verstreut. Die Aufgabe wird daher darin bestehen, diese Sachnormen zu sichten, zu systematisieren und zu abstrahieren; insoweit erweist sich das IVwR als ein Teil des allgemeinen Verwaltungsrechts⁵⁰). Die aus mehreren Gründen gegebene Notwendigkeit, das IVwR vom IPR abzugrenzen, bringt es notwendigerweise auch mit sich, die teilweise schwierige Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht auch in das internationale Recht zu übertragen, was in der Praxis große

Schwierigkeiten bereitet⁵¹). Das daraus resultierende Problem ist offensichtlich: Hat die Behörde, wenn ein Sachverhalt nach inländischem Recht dem Bereich des öffentlichen Rechts zuzuordnen wäre, infolge einer Verweisung auf ausländisches Recht aber in den Bereich des Privatrechts fällt, (ausländisches) Privatrecht anzuwenden, und wenn ja, in welcher Rechtssatzform müßte sie entscheiden?

⁵⁰) Vgl. Zacher, Buchbesprechung, DÖV 1970, 505.

⁵¹) Vgl. etwa OGH 17. 2. 1982, 1 Ob 49/81 (= JBI 1983, 260 ff), der im Zuge einer Amtshaftungsklage zu entscheiden hatte, welches nationale Amtshaftungsrecht auf den Fall der Tötung des französischen Botschafters durch den österreichischen Botschafter bei einer offiziellen Jagd auf jugoslawischem Staatsgebiet anzuwenden ist, und dazu Schurig, JBI 1983, 234, der das Amtshaftungsrecht als „Graubereich“ zwischen privatem und öffentlichem Recht bezeichnet.

Univ.-Ass. Dr. Einhard Steininger, Linz

Die Neuorientierung des strafprozessualen Legalitätsprinzips

1. Einleitung
2. Die geschichtliche Entwicklung des Legalitätsprinzips
3. Das Legalitätsprinzip in der Literatur
 - a) Die Definition des Legalitätsprinzips
 1. Prozessuale Reichweite
 2. Der Begriff strafbare Handlung
 - b) Durchbrechungen des Legalitätsprinzips
4. Die Ermessensproblematik
 - a) Rechtstheoretisches Ermessen
 - b) Positivrechtliches Ermessen
 - c) Gebundenheit und Ermessen bei § 34 Abs 1 StPO und ihre Bedeutung für das Legalitätsprinzip
5. Die Legitimitätskrise des Legalitätsprinzips
 - a) Die Unterwanderung durch informelle Verhaltensstrategien im materiellen Ermessensbereich
 - b) Definitionsverhalten des Staatsanwalts
 - c) Verlust des traditionellen philosophischen Bezugspunktes
 - d) Dunkelfeldforschung
6. Die Neuorientierung des Legalitätsprinzips
 - a) Geistesgeschichtliche Ableitung vom Zweckstrafrecht
 - b) Staatsrechtliche Ableitung vom Gleichheitsgrundsatz
 - c) Der Inhalt des Legalitätsprinzips
 - d) Legalitätsprinzip und Berechenbarkeit des Strafrechts
7. Die Wechselbeziehung des Legalitätsprinzips zum Officialprinzip
8. Das Rollenbild des Staatsanwalts
 - a) Staatsrechtliche Stellung
 - b) Anklagegrundsatz und Einstellungsbefugnis
9. Zusammenfassung

1. Einleitung

Nach heute *einhelliger Meinung* liegt der geltenden Strafprozeßordnung das (strenge) Legalitäts-

prinzip zugrunde¹). Unter diesem Prozeßgrundsatz wird die Pflicht des Staatsanwalts verstanden, jedes gerichtlich strafbare Geschehen, das zu seiner Kenntnis gelangt, zu verfolgen und durch die Erhebung der Anklage vor den erkennenden Richter zu bringen, der über Schuld und Strafe entscheidet²). Dabei ist es dem StA verwehrt, sich von Ermessens- oder Zweckmäßigkeitsüberlegungen leiten zu lassen. Nur dadurch könne die vollständige Durchsetzung des materiellen Strafrechts erzielt und zudem der Grundsatz, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln, wie er von Verfassungen wegen geboten ist³), auch in das Strafverfahren hineinge-

¹) Bertel, Grundriß des österreichischen Strafprozeßrechts², Rz 54 ff; Foregger-Serini, Die österreichische Strafprozeßordnung³, 5 und § 34 Anm I; Kodek-Germ, Strafprozeßordnung³, 48 (44); Liebscher, Eigenständigkeit der Staatsanwaltschaft – ein Verfassungsproblem? Klecatsky-FS I 554; Moos, Zur Reform des Strafprozeßrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelikte 195 ff; Nowakowski, Die Behandlung der Bagatelldelinquenz in Österreich, ZStW 92 (1980) 272 ff; Pallin, Die Grenzen des Weisungsrechtes gegenüber den Staatsanwälten und die Kontrolle der Ausübung dieses Rechtes, ÖRZ 1966, 193; Platzgummer, Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens 13; Roeder, Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrens², 21; Seiler, Legalitätsprinzip und Weisungsrecht im Strafprozeß 5 ff (7), 23.

²) Vgl. etwa Foregger-Serini, StPO³, § 34 Anm I („unbedingten Verfolgungs- und Anklagezwang“); ferner Bertel, Grundriß², Rz 54; Foregger, In welche Richtung soll die Reform der Strafprozeßordnung weitergeführt werden? Gutachten 9. ÖJT 1985, Bd I/3, 22 f; Platzgummer, Strafverfahren 13.

³) Art 7 Abs 1 B-VG, Art 2 StGG 1867, Art 66 und 67 StV von St. Germain 1919, Art 6 StV von Wien 1955,