Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht
WiR

Thomas Eilmansberger †, Michael Holoubek,
Susanne Kalss, Michael Lang,
Georg Lienbacher, Brigitta Lurger,
Michael Potacs, Robert Rebhahn †

Privatisierung der Rechtsetzung

herausgegeben von

WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht

Linde

Zitiervorschlag: *Jabloner*, Private Rechtsetzung – Begriff und verfassungsrechtlicher Rahmen, in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Privatisierung der Rechtsetzung (2018) Seite

Für die Unterstützung danken wir:

Arbeiterkammer Wien; ASFINAG – Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG; Berger Daichendt Grobovschek Rechtsanwälte OG; bpv Hügel Rechtsanwälte OEG; Fiebinger, Polak, Leon & Partner – Rechtsanwälte GmbH; Freshfields Bruckhaus Deringer LLP; Haslinger, Nagele & Partner – Rechtsanwälte GmbH; ORF – Österreichischer Rundfunk; Österreichischer Städtebund; Rechtsakademie an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg; Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Salzburg; Rohregger Scheibner Bachmann Rechtsanwälte GmbH; Saxinger Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH; Schönherr Rechtsanwälte GmbH; Universität Salzburg; Weber & Co. – Rechtsanwälte GmbH; Wiener Städtische Versicherung AG; Wirtschaftskammer Österreich.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Hinweis: Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für beide Geschlechter.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere die Rechte der Verbreitung, der Vervielfältigung, der Übersetzung, des Nachdrucks und der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege, durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere elektronische Verfahren sowie der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, dem Verlag vorbehalten.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Fachbuch trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung der Herausgeber, der Autoren oder des Verlages ausgeschlossen ist.

ISBN 978-3-7073-3487-6

© Linde Verlag Ges.m.b.H., Wien 2018
1210 Wien, Scheydgasse 24, Tel.: 01/24 630
www.lindeverlag.at

Druck und Bindung: Prime Rate Kft.,
H-1044 Budapest, Megyeri út 53
I

Vorwort

Das Generalthema der Tagung der Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht im Jahr 2015 lautete „Privatisierung der Rechtsetzung". Aus dem Blickwinkel einzelner Rechtsbereiche sollte dem Phänomen nachgespürt werden, dass regulatorische Maßnahmen zunehmend vom Gesetzgeber Privaten übertragen werden, er sie Privaten überlässt, an deren Regeln anknüpft oder diese übernimmt. So entsteht ein differenziertes und vielschichtiges Bild „privater Rechtsetzung" in diesem spezifischen Verständnis.

Bei den Referentinnen und Referenten haben wir uns nicht nur für die Ausarbeitung ihrer Beiträge zu bedanken, sondern insbesondere auch für die Geduld, die sie in der langen Zeitspanne bis zur Fertigstellung dieses Buches aufgebracht, und die Mühe, die sie deswegen auf sich genommen haben. Unser Dank gilt wie immer auch dem Linde Verlag sowie Martina Ullrich und Irmgard Holoubek.

Während dieser Tagungsband der Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht auf den Weg gebracht wurde, ist Robert Rebhahn Anfang dieses Jahres verstorben. Er hat nicht nur das Programm und die Tagungen der Studiengesellschaft ganz maßgeblich geprägt. Er war für uns in vielfältiger Weise treibende Kraft, Reibebaum, Ideengeber, kritisches Gewissen und stets konstruktiver Geist, der nicht nur der Studiengesellschaft, sondern jedem Einzelnen von uns auch ganz persönlich gut getan hat. Robert, du fehlst und wir vermissen dich sehr!

Graz/Salzburg/Wien, im Mai 2018

Michael Holoubek, Susanne Kalss,
Michael Lang, Georg Lienbacher,
Brigitta Lurger, Michael Potacs

III. Probleme? ... 222
A. Rechtsstaatlich ... 222
B. Demokratisch ... 224
C. Grundrechtlich ... 225
D. Lösungen und bleibendes Unbehagen ... 225

Private Rechtsetzung – Medizinrecht – *Christian Kopetzki* ... 229

I. Einleitung ... 230
II. Besonderheiten im Medizinrecht? ... 231
III. Drei Beispiele ... 233
IV. Wurzeln und Gründe privater Regelbildung ... 235
V. Die privaten Akteure ... 238
A. Übersicht ... 238
1. Der „absorbierte" Private ... 238
2. Der bloß funktionell integrierte (beliehene) Private ... 240
3. „Pseudo-Private" und staatlich beherrschte Private ... 242
4. Hybride „Halbstaatliche" ... 245
5. Die „eigentlichen Privaten" ... 246
B. Art und Weise der Befugnisübertragung ... 247
C. Exkurs: Bloße Privatisierung der Handlungsformen ... 248
VI. Funktionen heteronomer privater Normsetzung ... 249
A. Generelle Normen ... 249
B. Individuelle Normen – Entscheidungen ... 252
C. Individuelle Normen – Zwangsakte ... 253
D. Bewertungsfunktionen ... 254
E. Kontroll- und Rechtsschutzfunktionen ... 255
VII. Transformationsprozesse und Kopplungsnormen ... 256
A. Thematische Abgrenzung ... 256
B. Verbindlicherklärung und Verweisung ... 257
C. Insbesondere Wissenschaftsklauseln ... 260
D. Konformitätsvermutungen ... 265
E. Heranziehung zur Auslegung ... 265
F. Ausfüllung undeterminierter Entscheidungsfreiräume ... 267
G. Wirkung ohne Geltung ... 268
VIII. Statt eines Ausblicks ... 270

Bisher erschienene Bände ... 272

Private Rechtsetzung – Begriff und verfassungsrechtlicher Rahmen

Clemens Jabloner

I. Einleitung
II. Gegenstand
A. Rechtsetzung
B. Private Rechtsetzung
III. Verfassungsrechtlicher Rahmen
A. Bedeutung des Unionsrechts
B. Grundprinzipien
C. Spannungsfelder
IV. Merkmale privater Rechtsetzung
V. Übertragene Rechtsetzung
A. Beleihungen
B. Verweisungen
C. Anknüpfungen
VI. Sanfte Rechtsetzung
VII. Plurale Rechtsetzung
VIII. Überbordende Rechtsetzung
A. Compliance
B. Codes of Conduct
IX. Fingierte Rechtsetzung
X. Unbehagen

I. Einleitung[1]

Unser Tagungsthema liegt in der Luft. Unter Kurzformeln wie „Privatisierung der Rechtsetzung", „Entstaatlichung des Rechts" oder „Verlust des staatlichen Rechtsetzungsmonopols" werden Tendenzen der gegenwärtigen Rechtsentwicklung festgestellt[2] und – vor allem von der Staatsrechtslehre – mit Unbehagen kommentiert.

Eine Besonderheit des Themas liegt darin, dass bereits seine nähere Bestimmung sehr schwierig ist. Denn in der Tat haben wir es mit einem „Normendschungel" zu tun – so die treffende Wendung von *Christian Kopetzki*,[3] dem wir gleichwohl ein paar präzise Luftaufnahmen verdanken.[4] Deshalb kann es auch leicht zu unscharfen Begriffen und zu einer Verquickung empirischer, rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Aspekte kommen.

Der folgende Beitrag kann weder alle in Betracht kommenden Phänomene systematisch erfassen noch eine Antwort darauf geben, ob sie verfassungskonform sind, dafür sind sie zu vielgestaltig und die Probleme zu subtil. Die Ambition geht daher nicht weiter als zu versuchen, den Boden für künftige Untersuchungen aufzubereiten. Im Folgenden werden also eher Tagungstitel als dogmatische Gewissheiten geliefert. Die relativ hohe Abstraktionsebene des Beitrages findet im Zusammenspiel mit den spezielleren Beiträgen dieses Sammelbands ihre Rechtfertigung. Das Unbehagen wird bleiben, so viel sei schon vorausgeschickt. Aber vielleicht kann es am Ende etwas besser artikuliert werden.

II. Gegenstand

A. Rechtsetzung

Als „Rechtsetzung" sei für den gegebenen Kontext und Bedacht nehmend auf den legistischen Sprachgebrauch die „Herstellung" generell abstrakter Rechtstexte, allenfalls Rechtsnormen, verstanden. Es geht also nicht um Urteile und Bescheide und auch nicht um privatrechtliche Vereinbarungen, obzwar auch in diesen Formen Recht erzeugt wird. Auch ein „Gewohnheitsrecht" bleibt außer Betracht, solange es nicht textlich greifbar ist. Der Ausdruck „Herstellung" dient dabei als neutraler Oberbegriff für drei rechtlich verschiedene Phänomene: Zunächst für die Übertragung von Normsetzungsbefugnissen: Dabei ermächtigt ein – seinerseits dazu ermächtigter – Rechtsetzer einen Privaten zur konkretisierenden Rechtsetzung. Weiters für die Adoption von Rechtstexten: Dabei verwendet ein Rechtsetzer die von einem Privaten vor- oder auch nachfabrizierten Normtexte.

1 Dieser Beitrag wurde im September 2016 abgeschlossen.

2 Vgl alle Aspekte ansprechend *Röthel*, Entstaatlichung des Rechts. Eine Einführung, in *ÖJK/Müller* (Hrsg), Entstaatlichung des Rechts (2014).

3 *Kopetzki*, „Normendschungel" im Medizinrecht, RdM 2013, 265.

4 *Kopetzki*, Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft", in *Pfeil* (Hrsg), Finanzielle Grenzen des Behandlungsanspruchs (2010) 10.

Schließlich kann es der Fall sein, dass der staatliche Rechtsetzer an solche Normtexte anknüpft.

B. Private Rechtsetzung

Fragt man nach dem Attribut „privat", so lässt sich zunächst daran ansetzen, dass die Herstellung von Rechtstexten, im Sinne einer Entwurfserstellung, eine legistische Tätigkeit ist, die funktionell der Verwaltung zugeordnet werden kann.[5] Das Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1930/1 idgF, sieht zu deren Besorgung bestimmte Organe vor – Beamte, politische Funktionäre und Vertragsbedienstete –, ist aber – unabhängig von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit weiterer Kategorien – von einem „organisatorischen" Organverständnis geleitet. Sobald allerdings – einmal auf den Bund bezogen – die Begriffswelt der Art 20 Abs 1 und 77 Abs 1 B-VG und damit die traditionelle Vorstellung einer Verwaltung durch Beamte in Bundesministerien und Bundesämtern verlassen wird, zeigt sich der Unterschied „staatlich–privat" als fließend und relativ.[6] Relevant für uns ist offenbar eine Tätigkeit von Menschen, die nicht dauerhaft in die staatliche Organisation der Vollziehung eingebunden sind, genauer geht es nicht.

Darüber hinaus spielen – wie schon der Aufbau unserer Tagung zeigt – generell abstrakte Rechtstexte eine bedeutende Rolle für den privatrechtlichen Gebrauch. Sie treten dort etwa als „allgemeine Geschäftsbedingungen" oder als „compliance guidelines" auf. Sie können kraft Binnenverweisung Vertragsteil, also inkorporiert werden, das sind die „Anlagen", es kann aber auch auf sie verwiesen werden. Verwandt sind „Vertragsmuster" und ähnliche Instrumente. Für unser Thema werden diese Texte relevant, wenn – wie dies oft der Fall ist – eine staatliche Rechtsquelle auf sie Bezug nimmt und sie deshalb Vertragsinhalt werden.[7]

III. Verfassungsrechtlicher Rahmen

A. Bedeutung des Unionsrechts

Nicht alle, doch viele der hier zur Sprache kommenden Phänomene privater Rechtsetzung haben ihre Grundlage im Unionsrecht. Das Unionsrecht genießt aber gegenüber dem österreichischen Verfassungsrecht den Vorrang, sodass sich manche verfassungsrechtliche Probleme von vornherein nicht stellen. Dabei muss freilich bedacht werden, dass das Primärrecht materiell verfassungsrechtliche Regelun-

5 Vgl zB § 3 Abs 1 Z 2 Bundesministeriengesetz 1986, BGBl 1986/76.

6 Vgl grundlegend *Pöschl*, Private Verwalter als Problem des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in FS Mayer (2011) 516 (523) und weiters zB *Wimmer*, Leistungserbringung durch Private, in *Fuchs/Merli/Pöschl* ua (Hrsg), Staatliche Aufgaben, private Akteure I: Erscheinungsformen und Effekte (2015) 117, passim.

7 So sieht etwa § 2 Abs 3 der auf Grund des Stellenbesetzungsgesetzes BGBl I 1998/26 ergangenen Bundes-VertragsschablonenVO BGBl II 1998/254 vor, dass allfällige Compliance-Richtlinien zu überbinden sind.

gen enthält, die etwaige Verluste wieder wettmachen. Zu denken ist hier in erster Linie an die Unionsgrundrechte, doch auch an die Herausbildung eines unionsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips.[8] Diese Aspekte – die unionsrechtlichen Rahmenbedingungen – werden indessen in einem eigenen Beitrag behandelt.

B. Grundprinzipien

Nun ist Österreich Mitglied der Europäischen Union unter Vorbehalt der „Grundprinzipien der Bundesverfassung". Dabei handelt es sich aber notorisch um ein höchst unsicheres Gelände. Es besteht ja weder über die Zahl der Grundprinzipien Einhelligkeit noch über ihre Rechtsnatur, und auch die Judikatur des VfGH wirft nur vereinzelte Schlaglichter auf diese Rechtsschicht.

C. Spannungsfelder

Verfassungswidrige Rechtsetzungsakte Privater lassen sich leicht ausdenken, zum Beispiel wenn die EU die Resultate einer Arbeitsgruppe über die beste territoriale Organisation der Mitgliedstaaten für verbindlich erklärte und Österreich die Auflassung der Bundesländer vorschriebe oder dergleichen. Diese Szenarien sind aber nicht realistisch und auch nicht spezifisch. Zu fragen ist danach, wie weit gerade die hier relevanten Konstruktionen zu verfassungsrechtliche Problemen führen können. Offensichtlich verdienen drei Spannungsfelder unsere besondere Aufmerksamkeit: die Verletzung von Grundrechten, der Widerspruch zu rechtsstaatlichen Anforderungen und ein Mangel an demokratischer Legitimation.

IV. Merkmale privater Rechtsetzung

Mit den Formeln „private Rechtsetzung" oder „Entstaatlichung des Rechts" rücken assoziativ bestimmte Phänomene respektive deren Kumulation in den Brennpunkt: Erstens wird die ursprünglich staatliche Regelbildung breitflächig übertragen oder übernommen, zweitens sind diese Regeln einerseits bisweilen nicht mehr so richtig „normativ", andererseits – drittens – aber wiederum „überbordend", viertens scheint die Einheit der Rechtsordnung auf dem Spiel zu stehen und fünftens verstärkt sich der Eindruck, dass die staatliche Willensbildung nur mehr fingiert werde.

Im Folgenden sollen diese fünf Phänomene jeweils für sich kurz skizziert werden, immer mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Rahmen. Dass damit keine trennscharfe Zuordnung positiv-rechtlicher Konstruktionen verbunden sein kann, liegt auf der Hand, zumal es ja zu Kumulationen kommen kann, es handelt sich also um eine Typologie.

8 Vgl *Eberhard*, Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, ZÖR 2008, 49 (58).

V. Übertragene Rechtsetzung

A. Beleihungen

Eine „Beleihung" liegt vor, wenn ein Privater gesetzlich ermächtigt wird, hoheitliche Akte – für unseren Zusammenhang generell-abstrakte Rechtsnormen – zu setzen. Beleihungen erfolgen oft im Zuge der „Ausgliederung von Staatsaufgaben", doch können es auch neue Aufgaben sein.[9] Bei den Rechtsnormen kann es sich im Grunde des B-VG nur um Verordnungen im Sinne der Art 18 Abs 2 und 139 handeln.[10] Der Beliehene wird soweit zu einer funktionalen Bundes- oder Landesbehörde. Wesentlich ist dabei, dass dies im Rahmen des Stufenbaus der Rechtsordnung erfolgt, also im Geltungszusammenhang von bedingenden und bedingten Normen.

Eine verfassungsrechtliche Grundlage dafür ist zwar grundsätzlich, aber nicht schrankenlos gegeben. Wie schon eingangs betont, räumen die expressiven bundesverfassungsrechtlichen Regelungen für die Organisation der Bundes- und Landesverwaltung Beleihungen keinen Platz ein.[11] Der VfGH hat freilich bereits 1932 die Übertragung hoheitlicher Befugnisse an die Oesterreichische Nationalbank und somit – jedenfalls hier – die Einbindung eines Privaten in die Hoheitsverwaltung als unbedenklich qualifiziert, wenn auch so gut wie ohne Begründung.[12] Den Grundgedanke teilte auch *Merkl*, der allerdings die „Eingliederung" Beliehener in das System der Verwaltungsorganisation nach Art 20 Abs 1 und 77 Abs 1 B-VG verlangte – und der deshalb die *„Finanzdiktatur der Nationalbank"* für verfassungswidrig hielt.[13] Erst in seiner Nachkriegsjudikatur rechtfertigte der VfGH Beleihungen mit der Denkfigur, derlei sei vom B-VG vorgefunden worden, allerdings stets beschränkt auf *„einzelne Aufgaben der Bundes- oder Landesverwaltung"*.[14]

Um die Jahrtausendwende kam es zu einem teils unionsrechtlich determinierten, neoliberal inspirierten Staatsumbau mit beträchtlichen Ausgliederungen von Staatsaufgaben und speziell mit Beleihungen.[15] In einem Versuch, die Büchse der

9 Vgl umfassend *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, 15. ÖJT (2003) I/1, 1, aus rezenter Sicht *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht² (2014) Rz 859 ff.

10 Generelle Weisungen kommen wohl nicht in Betracht.

11 So wieder *Pernthaler*, Regeln für die Entstaatlichung, ZfV 2015, 216 (222).

12 VfSlg 1455/1932.

13 *Merkl*, Die Finanzdiktatur der Nationalbank, JBl 1932, 185, zit nach *Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann* (Hrsg), Adolf Julius Merkl – Gesammelte Schriften II/2 (2002) 161. In kommunikativer Hinsicht stellt die Beleihung einen „Double-bind"-Akt dar – vgl auch *Wiederin*, Stellungnahme, in *ÖJK/Müller* (Hrsg), Entstaatlichung des Rechts (2014) 43.

14 Vgl grundlegend VfSlg 3685/1960, weiters 10.213/1984, 16.400/2001.

15 Vgl *Kucsko-Stadlmayer* (FN 8) 4. Die Zweckmäßigkeit wird heute kritischer gesehen – vgl die hinsichtlich einzelner Ausgliederungen kritischen Berichte des Rechnungshofs http://www.rechnungshof.gv.at/berichte/berichte-nach-themen/ausgliederungen.html und jüngst etwa die Forderung nach einer „Wiedereingliederung" des Bundesinstituts für Bildungsforschung, Innovation und Entwicklung des österreichischen Schulwesens.

Pandora zu schließen, entwickelte der VfGH verfassungsrechtliche Kriterien für Beleihungen: Neben der quantitativen Schranke[16] geht es um die Wahrung der *„Kernfunktionen"* des Staates und es spielen die Elemente *„Sachlichkeit"* und *„Effizienz"* ihre Rolle.[17] Für die demokratisch notwendige *„Eingliederung"* des Beliehenen soll der Gesetzgeber Ingerenzen des zuständigen obersten Organs, die ihrerseits eine Verantwortlichkeit gegenüber dem Nationalrat oder Landtag auslösen, insbesondere ein Weisungsrecht, vorkehren.[18]

Bezeichnet man diese Kriterien als *„bewegliches System"*,[19] liegt man nicht falsch, wirft damit aber zugleich ein Licht auf die Problematik, im organisationsrechtlichen Teil des B-VG zu einer solchen Methode Zuflucht zu nehmen.[20] Dieses Manko ist freilich darauf zurückzuführen, dass es der Bundesverfassungsgesetzgeber, auch im Zuge des Verfassungskonvents, bisher unterlassen hat, die entsprechende Rechtsgrundlage zu schaffen – wobei auch diese nicht darum herumkäme, der Judikatur des VfGH beträchtlichen Spielraum einzuräumen.

Als verfassungsrechtlich respektive verfassungsgerichtlich[21] *„noch nicht vollständig geklärt"* gilt die Frage, ob nach Art 20 Abs 2 B-VG auch eine Beleihung weisungsfreier Einrichtungen zulässig sei.[22] Dieses Problem wird aktuell, wenn der Gesetzgeber vom Modell unabhängiger Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, die organisatorisch zum Bund oder einem Land zählen, zu einer Anstaltskonstruktion übergeht, wie bei der Energieregulierung.[23] Das Unionsrecht bleibt hier wohl neutral, weil es zwar Funktionen solcher Behörden, besonders deren Unabhängigkeit, verlangen kann (Art 20 Abs 2 Z 8 B-VG), aber nicht vorgibt, ob der Staat die Aufgabe durch eigene Behörden oder durch Private wahrnimmt.[24] *Holoubek* kommt – vorsichtig – zum Ergebnis, dass die Konstruktion der Beleihung hier an ihre verfassungsrechtliche Grenze stößt: Der Organbegriff des Art 20 Abs 2 B-VG sei organisatorisch zu verstehen, erfasse daher nicht auch Beliehene.[25] Dem widerspricht ein anderer Teil der Lehre, in erster Linie *Öhlinger*, der es für selbstverständlich hält, dass – unter den sonstigen verfassungsrechtlichen Bedingungen – auch ausgegliederte Rechtsträger und Beliehene weisungsfrei gestellt werden können.[26] Diese Argumentation ist deshalb nicht überzeugend, weil Art 20 Abs 1 B-VG keinesfalls einen „organisatorischen" Organbegriff gebraucht – deshalb müssen ja etwa Beleihungen ergänzend „hineingelesen" werden – und daher nur schwer einzusehen wäre, weshalb dann in Abs 2 derselben Bestimmung ein anderer Organbegriff gemeint sein sollte. Für unseren Zusammenhang bedeutet das, dass ein weisungsfreier Beliehener nicht ermächtigt werden darf, Verordnungen zu erlassen.

16 Zur Problematik der Quantifizierung vgl *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung, JBl 2007, 750 (756).

17 Vgl etwa VfSlg 14.473/1996, 19.307/2011 und dazu zB *Grabenwarter/Holoubek* (FN 8) Rz 861, *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10], Rz 565.

18 Zum Aspekt der ministeriellen Ingerenz, die ja über das Weisungsrecht hinausgeht, im Einzelnen *Kucsko-Stadlmayer* (FN 9) 80.

19 So zB *Lachmayer* (FN 16) 761.

20 Kritisch etwa *Kucsko-Stadlmayer* (FN 9) 125.

21 *Holoubek*, Die Neuorganisation der Energieregulierung, in *Storr* (Hrsg), Neue Impulse für die Energiewirtschaft (2009) 99 (114).

22 So *Grabenwarter/Holoubek* (FN 9) Rz 862.

23 Vgl *Holoubek* (FN 21) 101, 108.

24 So *Holoubek* (FN 21) 110. Das Unionsrecht kann wohl auch kaum vorschreiben, dass der Staat eine Aufgabe einer bestimmten Gebietskörperschaft zu übertragen hat.

25 *Holoubek* (FN 21) 114.

Bemerkenswerterweise sind wir so wieder bei der schon von *Merkl* thematisierten Spannungslage der „Eingliederung" Beliehener durch Weisungsbindung gelandet. Besonders interessant ist, dass auf Grund des neuen Art 20 Abs 2 B-VG nun auch die Einrichtung eines weisungsfreien „Bundesamtes" nach Art 77 Abs 1 B-VG ins Spiel kommt.[27] Auch *Merkl* erwog ja die Konstruktion der Notenbank als Bundesamt, freilich in weisungsgebundener Form.[28]

Näherhin ist noch zu beachten, dass die Erzeugung von Verordnungen durch Private buchstäblich als *„besonders sensibel"* gilt.[29] Seit dem Erk VfSlg 16.995/2003 besteht dazu eine Leitentscheidung des VfGH: Zusätzlich zu den allgemeinen Beleihungsschranken wird nun klargestellt, dass die generelle Ermächtigung, Verordnungen auf der Grundlage des Art 18 Abs 2 B-VG zu erlassen, nur für Verwaltungsbehörden im organisatorischen Sinn, nicht auch für Beliehene gilt. Es genügt also nicht, dass einem Privaten hoheitliche Befugnisse übertragen sind, aus denen sich dann auch die Kompetenz nach Artikel 18 Abs 2 B-VG ergeben würde, sondern die Verordnungserlassung muss jeweils besonders ausgesprochen werden. Zudem darf es in dieser Ermächtigung auch inhaltlich nur um die Regelung vereinzelter Aufgaben gehen.[30] ME ist wohl auch abzuleiten, dass der Gesetzgeber klar erkennen lassen muss, ob er überhaupt zu einer generellen hoheitlichen Normsetzung ermächtigt.[31]

26 *Öhlinger*, Weisungsfreie Verwaltungsbehörden nach der B-VG-Novelle BGBl I 2008/2, JRP 2008, 85 (89). So wohl auch *Öhlinger/Eberhard* (FN 17) Rz 512, die im Zusammenhang mit den Regulierungsbehörden auf Art 20 Abs 2 Z 8 Bezug nehmen. Prima vista scheint dem entgegenzustehen, dass es ja die Intention der „verfassungsbereinigenden" B-VG-Nov 2008 war, „frei schwebende" Verfassungsbestimmungen aufzulassen und pro futuro überflüssig zu machen. Die Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes, BGBl I 2001/97 idgF, in der die Weisungsfreiheit der FMA als Beliehene verankert ist – Art III BGBl I 2004/45 –, wurde aber im Übergangsrecht der B-VG-Novelle 2008 gerade nicht aufgehoben (Art II des 1. BVBRG BGBl I 2002/2). Allerdings liegt der Grund des Verfassungsrangs der in Rede stehenden Vorschrift darin, dass der FMA Kernaufgaben im Sinne der Jud des VfGH, insbesondere Strafbefugnisse, übertragen sind (so *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht [2015] 93).

27 So bei *Holoubek* (FN 21) 113.

28 *Merkl* (FN 13) 169 f.

29 VfSlg 16.995/2003.

30 Zu diesem Erk vgl eingehend und zustimmend *Walzel von Wiesentreu*, Entscheidungsbesprechung, ÖZW 2004, 123.

31 Zur Problematik der Deutung solcher Akte im Lichte des verfassungsgerichtlichen Rechtschutzes vgl VfSlg 19.728/2012 und dazu kritisch *Wiederin* (FN 13) 35.

B. Verweisungen

Wenn wir von der „Privatisierung der Rechtsetzung" sprechen, so beziehen wir uns in vielen Fällen auf Verweisungen. Manche der damit verbundenen Probleme hängen mit eher formellen verfassungstechnischen Fragen zusammen; darauf soll hier zunächst eingegangen werden. Ein zweiter Problemkreis betrifft Themen, die man vorläufig als „Legitimationsdefizite" bezeichnen könnte. Auf sie wird später unter dem Gesichtspunkt der „fingierten Rechtsetzung" zurückgekommen.[32]

Die Verweisung ist ein normökonomisches Instrument der Rechtsetzung.[33] Sie gehört zu einer Familie ähnlicher Konstruktionen wie die Rezeption und die Transformation.[34] Bei einer Verweisung ergibt sich der Regelungsinhalt erst aus einem anderen – mehr oder weniger – bestimmten Text,[35] auf den der Leser gelenkt wird. Diese Einfügung erfolgt durch den Interpreten (allenfalls Rechtsanwender), der Text bleibt örtlich zerstreut.[36]

Statischen Verweisungen hat der VfGH ziemlich klare Grenzen gezogen: Sie sind nur zulässig, wenn die Verweisung ausreichend bestimmt und der verwiesene Text zugänglich verlautbart ist.[37] Die einschlägigen Erkenntnisse sind „Klassiker", denen hier nichts hinzuzufügen ist.[38] Stets unter dem Gesichtspunkt der formalen Grenzen dürfte diese Schranke im Zeitalter der überbordenden Bereithaltung von Texten im Internet kaum praktische Bedeutung haben. Freilich führt diese Kommunikationsform umgekehrt auch wieder dazu, eben beliebig verweisen zu können, doch fällt dieser Gesichtspunkt bereits unter die „Legitimitätsfragen".

Im Unterschied zu einer Delegation wird der verwiesene Text als solcher durch die Verweisung nicht zu einer Rechtsnorm, er ist daher auch nicht derogierbar, hat keinen Fehlerkalkül etc. Ganz deutlich ist dies etwa bei Verweisungen auf technische Normen.[39]

32 Es wird dabei nicht übersehen, dass eine exakte Abschichtung rein formaler Fragen nicht möglich ist.

33 Vgl grundlegend *Walter*, Die Lehre von der Gesetzgebungstechnik, ÖJZ 1963, 84 (86); *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik (1970) 11 und *Thienel*, Verweisungen auf ÖNORMEN (1990) passim; weiters die vom BKA-VD hg Legistischen Richtlinien 1990 www.bundeskanzleramt.at/site/3513/default.aspx.

34 Bei einer Rezeption wird älteres, seine Geltung verlierendes Recht übergeleitet (zB in Art 149 Abs 1 B-VG), bei der Transformation Recht aus einem anderen Rechtskreis, namentlich dem Völkerrecht (zB in Art 9 Abs 1 B-VG).

35 Vgl die Formen der *„dynamischen Verweisung 1. und 2. Grades"* (Legistische Richtlinien 61–64).

36 Woran auch eine Wiederverlautbarung nichts ändern kann. Wenn der Gesetzgeber einen Normtext wiederholt, ihn „inkorporiert", liegt keine Verweisung vor – vgl *Korinek*, Die Verbindlichkeit technischer Normen, in FS Landi (1993) 315 (319).

37 Vgl zB VfSlg 13.274/1992.

38 Vgl etwa VfSlg 12.420/1990, 13.740/1993. Zur Verweisungsjudikatur kritisch differenzierend und mit früherer Lit *Bezemek*, Verweisungen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, JRP 2014, 26 (28).

39 Vgl etwa den Anhang 2.1 der RecyclingVO BGBl II 2012/166 und VwGH 28.11.1995, 94/5/0365 sowie *Thienel* (FN 33) 14. Verweisungen können unterschiedlich formuliert sein, meist wird der verwiesene Text für „verbindlich" erklärt (so § 5 NormenG, BGBl 1971/240 idgF). Vgl dazu auch das Rundschreiben

Diese Differenz droht freilich zu verschwimmen, wenn das Objekt, auf das verwiesen wird, selbst schon eine Rechtsnorm ist. In solchen Fällen gebraucht der Gesetzgeber meist die Terminologie der *„Geltung"* oder *„Anwendung"*.[40] Verweisungen dieser Art können auch als Erweiterung des Anwendungsbereichs der verwiesenen Norm gelesen werden.[41] Problematisch sind dynamische Verweisungen etwa zwischen Gesetzgebern im Bundesstaat. Der VfGH sieht eine dynamische Verweisung dieser Art als unzulässige Delegation der Rechtsetzungskompetenz.[42] Dynamische Verweisungen wären dann von Haus aus nur im Rahmen derselben Rechtssatzform zulässig.[43] *Bezemek* hat zutreffend herausgearbeitet, dass es sich genau betrachtet nicht um eine Delegation handelt, weder würde eine Kompetenz aufgegeben noch eine solche begründet.[44] Grund für die Verfassungswidrigkeit sei vielmehr die mangelnde Determination, also eine Verletzung des Art 18 Abs 1 B-VG.[45]

C. Anknüpfungen

Eine Sonderstellung kommt Konstruktionen zu, bei denen der Gesetzgeber an Rechtsnormen anderer Rechtsetzer bloß „anknüpft" oder „auf sie Bedacht nimmt" etc. Nach der Formel des VfGH wird bei der Anknüpfung eine fremde Norm nur zum Tatbestandselement erhoben. Sie wird *„nicht im verfassungsrechtlichen Sinn vollzogen"*, sondern *„lediglich ihre vorläufige inhaltliche Beurteilung dem Vollzug der eigenen Norm zugrunde gelegt"*.[46]

In rechtstheoretischer Hinsicht liegt zwar auch hier eine Verweisung vor,[47] sie ist aber schon deshalb verfassungskonform, weil sie mit dem arbeitsteiligen Aufbau der Rechtsordnung zwangsläufig verbunden ist, so wenn der Landesgesetzgeber normiert, dass die Ausübung eines Rechts voraussetzt, dass der Betreffende Staatsbürger ist.

Für unsere Erkenntnisrichtung – Rechtsetzung durch Private – sind Anknüpfungskonstruktionen dann relevant, wenn der Gesetzgeber auf (generelle) Akte

zur Verbindlicherklärung von ÖNORMEN und elektrotechnischen Sicherheitsvorschriften, GZ-BKA 601323/001-V/2010 v 16.6.2010.

40 Vgl zB § 13 Volksbegehrengesetz 1973, BGBl 1973/344 idgF.

41 Vgl *Walter* (FN 33) 87 und *Thienel* (FN 33) 23.

42 Vgl zB VfSlg 17.479/2005.

43 Ob dynamische Verweisungen auf das Unionsrecht grundsätzlich zulässig sind, ist noch offen. In VfSlg 16.999/2003 hat der Gerichtshof eine dynamische Verweisung „2. Grades" (*„Mangelnde Drittstaatssicherheit kann auf Grund eines Sachverhaltes, der einem bestehenden Rechtsakt des Rates der Europäischen Union entspricht, nicht eingewendet werden"*) als zu unbestimmt aufgehoben. Vgl dazu das Rundschreiben des BKA-VD vom 3.10.2003, BKA-600.938/001-V/A/5/2004 und die dort zit Literatur.

44 *Bezemek* (FN 38) 32.

45 Freilich wird auch dieser Aspekt in der Judikatur des VfGH durchaus beachtet. VfSlg 17.335/2004 und dazu *Bezemek* (FN 38) 34.

46 Vgl zuletzt VfSlg 18.101/2007. Zur Abgrenzung des Phänomens vgl *Attlmayr*, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der „Bezugnahme" auf Normen anderer Rechtssetzungsautoritäten, ÖJZ 2000, 96.

47 Vgl *Mayer*, Genehmigungskonkurrenz und Verfahrenskonzentration (1985) 33.

privater Rechtsgestaltung Bezug nimmt. Dies erfolgt häufig in der Form, dass der Gesetz- oder dazu ermächtigte Verordnungsgeber einen Privaten, ein Unternehmen, verpflichtet, bestimmte Regelwerke anzuerkennen, besser: anzuwenden. Das trifft vor allem für die Corporate-Governance-Instrumente zu. Dabei handelt es sich um standardisierte Regelwerke, auf die das Unternehmen dann seinerseits verweist und sie durch Transformation in die Arbeitsrechtsverhältnisse umsetzt.[48] Manchmal möchte der Gesetzgeber zu solchen Vereinbarungen geradezu motivieren, wenn etwa seine Regelung nur verbindlich ist, wenn keine Vereinbarung geschlossen wird, er also dispositives Recht schafft.[49]

VI. Sanfte Rechtsetzung

Zu den Merkmalen der heutigen Rechtsentwicklung zählt, dass das Recht teilweise sein normatives Konzept verliert.[50] Es wird durch *„edukatorisches Staatshandeln"* ersetzt,[51] der Staat tritt empfehlend, beratend, warnend etc. auf. Dass er dabei gern auf private, übertragene Regelbildung zugreift, macht diesen Aspekt hier zum Thema.[52] Ein Paradebeispiel für eine solche Konstruktion enthält etwa das Medizinproduktegesetz, BGBl 1996/657 idgF, das für die Durchführung medizinischer Versuche ganz generell auf die Helsinki-Deklaration der World Medical Association von 2008 verweist.[53]

Solche Emanationen werden gerne als Spielarten eines „soft law" qualifiziert.[54] Aus einer rechtstheoretischen, ordnenden Sicht wäre zunächst zu fragen, wie weit dieser – etwas inflationär gebrauchte – Begriff überhaupt konturiert werden kann.

Grundsätzlich basiert eine Rechtsnorm – wenn wir die Verhaltensnorm fixieren[55] – auf dem Sprechakt der „Drohung", das ist das Wesen einer „Zwangsnorm". Drohungen gehören zu einer Familie von direktiven Akten,[56] also Sprechakten, die intentional auf das Verhalten anderer Menschen gerichtet sind, sie sind manchmal performativ.[57] Ihre nächsten Verwandten sind „Warnungen", „Empfehlungen", „Ersuchen" etc. Wie wir schon allein aus der Rechtsgeschichte wissen, kommt es keineswegs nur auf die Selbstdeutung, auf die Bezeichnung des Aktes an,[58] sondern vielmehr auf den pragmatischen Zusammenhang[59] und – vor allem – auf die Deutung des Aktes im Erzeugungszusammenhang.

Es ginge zu weit, jede dem Staat zuzurechnende Kommunikation mit den Normadressaten, die nicht drohend, wohl aber direktiv ist, schon als „soft law" zu qualifizieren. Handelt der Staat respektive seine Organe als Träger von Privatrechten, dann sind diese Akte als Sachverhalte allenfalls zivil- oder strafrechtlich relevant, aber deshalb noch kein „soft law". Auf die bloße Wirksamkeit kann es nicht ankommen.[60] Mit einem Bein muss unser Phänomen im rechtlichen Kreis stehen, sondern verliert sich das Recht in der Politik.

Deshalb sei der folgende Gedankengang vorgeschlagen: Zur Erzeugung einer Rechtsnorm („strict law") bedarf es ja zweier Elemente, erstens eines normativen (drohenden) Inhalts, der zweitens in einer Rechtssatzform erzeugt wird. Mit der B-VG-Novelle 2012 hat die ominöse *„schlichte Hoheitsverwaltung"*[61] nunmehr eine verfassungsrechtliche Verankerung gefunden,[62] sodass hier eine entsprechende Erweiterung statthat. Fehlt eines der beiden Elemente, können wir von „soft law" sprechen. Das ist gegeben, wenn etwa eine VO eine Empfehlung enthält. (Die umgekehrte Variante, dass ein strikt formulierter Text nicht in einer Rechtsatzform erzeugt wird, wird im demnächst zu behandelnden Phänomen pluraler Rechtsetzung [siehe VII.] besprochen.)

So verstandene Akte eines „soft law" sind definitionsgemäß nicht verbindlich. Sie können aber als „beachtlich" qualifiziert werden, wenn sie so konstruiert sind, dass sie entweder befolgt oder nachweisbar bearbeitet werden müssen: *„comply or explain"*.[63,64]

Das verfassungsrechtliche Problem liegt darin, dass Soft-law-Akte ein Rechtsschutzbedürfnis auslösen können. So hat der VfGH „Warnungen" als hoheitliche, grundrechtseingriffige Akte qualifiziert[65] und zur Kontrolle ihrer Rechtmäßigkeit ein adäquates Verfahren gefordert. Rechtsvorschriften, die auf Soft-law-Akte, etwa die Helsinki-Deklaration, verweisen, können unter verschiedenen Gesichtspunkten ins verfassungsrechtliche Visier kommen, etwa wenn sie zu vage sind

48 Siehe zB § 12 der Emittenten-Compliance-Verordnung 2007, BGBl II 2007/30.
49 Zu den Motiven der Vermeidung staatlicher Regelsetzung vgl *Schulev-Steindl*, Instrumente des Umweltrechts – Wirksamkeit und Grenzen, in FS Raschauer (2013) 527 (541).
50 *„De-Normativierung"* – vgl *Lachmayer*, Technokratische Rechtsetzung Privater, juridikum 2013, 109 (110).
51 Vgl *Röthel* (FN 1) 28; *Stöger*, Verhaltensökonomische Steuerungsinstrumente und Verfassungsrecht – einige Gedanken, ALJ 1/2014, 89.
52 Aus rechtssoziologischer Perspektive vgl *Damm*, Wie wirkt „Nichtrecht"? Genesis und Geltung privater Regeln am Beispiel medizinischer Professionsnormen, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2009, 3.
53 § 41 Abs 6. Zur Entstehung und Weiterbildung dieses Instruments vgl *Boytschev/Feldwisch-Drentrup*, Spielregeln für die Medizinforschung, NZZ 22.7.2015, 34.
54 Oder symbolisiert – vgl *Lachmayer* (FN 50) 190.
55 Vgl *Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung² (1974) 25.
56 Vgl allgemein *Opalek*, Theorie der Direktiven und der Normen (1986) 11.
57 Dh dass das, was ausgesprochen damit zugleich auch ausgeführt wird – vgl *Searle*, zuletzt: Making the Social World (2010) 12. „Ich lobe dich" ist performativ, „Ich beleidige dich" nicht.
58 ZB „Richtlinien" und dazu *Kopetzki* (FN 4) 26.
59 Vgl *Potacs*, Rechtstheorie (2015) 160.
60 Wobei der „Befolgungsdruck" nicht gering geschätzt werden soll – vgl anschaulich *Raschauer*, Leitlinien europäischer Agenturen, ÖZW 2013, 34 (38).
61 Zum Begriff und zur Problematik vgl besonders *Grabenwarter/Holoubek* (FN 9) Rz 1013.
62 Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG.
63 Diese „Beachtlichkeit" kann auch erst Ergebnis der Judikatur sein – vgl VwGH 29.2.2007, 2004/03/0210, unter Hinweis auf eine Rechtsprechung des EuGH. Zu Abgrenzungsproblemen vgl *Zumbansen*, The Privatization of Corporate Law? juridikum 2001, 136 (139 f).
64 So gesehen unterscheiden sich diese Direktiven nicht von schlichten „Anträgen" oder „Vorschlägen", wie sich in der Rechtsordnung zuhauf finden.
65 VfSlg 18.747/2009.

oder ihre Inhalte Grundrechte verletzen, allenfalls sind diese Regeln dann eben im Einzelfall „unbeachtlich".

Geht es hingegen um unmittelbare behördliche Akte, also etwa um eine Empfehlung im Einzelfall, lautet die Frage, ab welcher Intensität ein solcher Akt eben nicht mehr als Privatwirtschaftsverwaltung zu verstehen ist, sondern bereits als „schlichte Hoheitsverwaltung", ein spezifisch öffentlich-rechtliches Rechtsschutzbedürfnis auslösend. Wir geraten hier in die Diskussion um den Begriff des „Verwaltungsaktes" schlechthin, auf die hier nur hinzuweisen ist. Soweit der Gesetzgeber von seiner Ermächtigung Gebrauch machen wird, Akte dieser Art umweglos bekämpfbar zu machen, ist anzunehmen, dass die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit die Grenzlinie in die Richtung des hoheitlichen Handelns verschieben wird.[66]

VII. Plurale Rechtsetzung

Bisher waren wir ganz selbstverständlich vom Konzept geleitet, dass die österreichische Rechtsordnung einen einheitlichen Delegationszusammenhang bildet. Dies entspricht der von *Schäffer* ausformulierten und jedenfalls im öffentlichen Recht unstrittigen Rechtsquellenlehre.[67] Sie stellt nicht in Abrede, dass es regelhaftes Sozialverhalten gibt und staatsferne Autoritäten *„Normsetzungsbefugnisse behaupten"*, doch ohne Delegationsnorm können diese Phänomene nicht in das Recht einbezogen werden.[68] Jede „Rechtsetzung" dieser Art bleibt also mit dem Wort *Ewald Wiederins*[69] *„irrelevant"*, solange ihr nicht eine staatliche Rechtsvorschrift rechtliche Erheblichkeit beimisst, also den Bedingungszusammenhang herstellt.

Man könnte nun einwenden, dass so die schiere Qualität und Quantität privater Rechtsetzung unbeachtet bleibt, dass es Zeit wäre, von einem zu historisierenden „etatistischen" Rechtsverständnis Abschied zu nehmen.[70] Ist der moderne Territorialstaat, der diese Rechtseinheit verkörpert, nicht in postmoderner Auflösung begriffen? Lassen sich heutige Phänomene wie die ausgedehnten Regelungsfelder in der Ethik, im internationalen Handel, im Sport, in der Wissenschaft und in der Informatik[71] überhaupt noch in ein homogenes Gefüge einordnen?

Unübersehbar ist zunächst eine Tendenz, Regeln jedweder Art zu kodifizieren. Der Bedarf danach entsteht wohl aus der „Transnationaliät" menschlichen Wir-

66 Vgl *Lenzbauer*, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung, JAP 2014/15, 21. Nach *Holoubek*, Handlungsformen, Legalitätsprinzip und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in FS Raschauer (2013) 181 (194 f), hat der Gesetzgeber, wenn er nicht typengebundenes Verwaltungshandeln vorsieht, zugleich dafür den Rechtsschutzweg zu den Verwaltungsgerichten zu eröffnen.

67 *Schäffer*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, 5. ÖJT (1973) I/1, 3.

68 *Schäffer* (FN 67) 37.

69 *Wiederin* (FN 13) 34. Vgl *Kopetzki* (FN 4) 29, 31.

70 Zur rechtshistorischen Perspektive, also zur Geschichtlichkeit der hier exponierten Einheitsthese, vgl *Vec*, Staatliche Aufgaben und private Akteure in der Rechtsgeschichte, in *Fuchs/Merli/Pöschl* ua (Hrsg), Staatliche Aufgaben, private Akteure I: Erscheinungsformen und Effekte (2015) 1.

71 Vgl *Meder*, Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung[2] (2009) 112.

kens: Größere Geltungsräume bis zur Globalisierung bewirken einen Verlust von Homogenität. Bestimmte Werte oder Regeln gelten nicht selbstverständlich, sondern müssen festgelegt und gelernt werden. In diffizilen, etwa bioethischen Bereichen, geht die moralische Eindeutigkeit verloren. Es kommt zu einem Regeldiskurs, der nach der Herstellung von Gewissheit durch Standardisierung und Verschriftlichung heischt.[72]

Freilich gibt es eine Regelbildung im Rahmen von Verbänden und Vereinen schon lange, bis zu einem bestimmten Grad ist sie auch verfassungsrechtlich garantiert. Geändert haben sich vielleicht die Quantitäten, nicht die Qualität. In formaler Hinsicht bleibt die Relation zum genuin staatlichen Recht unverändert: Man kann dies negativ beurteilen und, je weniger man vom Staat hält, solche Phänomene desto lieber als Vorboten des verfallenden Territorialstaates deuten, im Sinne eines Paläoliberalismus. Aber eine so eindeutige Entwicklung gibt es nicht, und der Staat ist noch lange nicht tot.[73]

Dennoch sollten wir das Problem nicht zu rasch abtun. Zwar wäre es wie stets verfehlt, allein auf die regulative Wirksamkeit solcher Regelkreise abzustellen Denn es ist zwischen den Elementen „Zwang" und „Wirksamkeit" zu unterscheiden: Das Zwangselement ist ein Definitionsmerkmal der Rechtsnorm, die Wirksamkeit eine Geltungsbedingung der Rechtsnorm (der Rechtsordnung).

Die Rechtsordnung ist eine *„regelmäßig wirksame, zwangsandrohende Ordnung"* – unter der Voraussetzung der Grundnorm, versteht sich. Das Recht sei eine Zwangsordnung – so *Kelsen*[74] – *„in dem Sinne, daß es Zwangsakte, nämlich die Entziehung von Leben, Freiheit, wirtschaftlichen und anderen Gütern als Folge der von ihm bestimmten Bedingungen statuiert"*. Diese Sichtweise hat nichts mit einer Wesensbetrachtung des Rechts zu tun, sondern entspringt einer empirischen Betrachtung. Es bleibe hier dahingestellt, wie weit das Recht auch anders „funktionieren" kann.[75] Wesentlich ist nämlich, dass der Staat, die personifizierte Rechtsordnung – und nur der Staat – Zwang anordnen oder zumindest erlauben darf. So gesehen mündet aber jede scheinbar private Rechtsetzung wieder beim Staat.[76]

Zu bedenken ist allerdings, dass manche dieser Vereine und Verbände, notorisch etwa die Sportverbände,[77] mit geradezu paragerichtlichen Institutionen ausgerüstet sind, wie einer zwingenden Disziplinargerichtsbarkeit, oder sich im Wege von Schiedsgerichtsklauseln von der Justiz abkoppeln und dass die von ihnen verhäng-

72 *„Subnormative Instrumente der Verhaltensteuerung"* s bei *Kopetzki* (FN 4) 32.

73 Zu den durchaus widersprüchlichen Tendenzen der neueren Rechtsentwicklung, besonders zur schwankenden Rolle des Staates, vgl eingehend *Röthel* (FN 2) 27.

74 *Kelsen*, Reine Rechtslehre[2] (1960) 36.

75 Abwägend zuletzt *Potacs* (FN 59) 50.

76 Vgl *Kneihs*, Privater Befehl und Zwang (2004) 52.

77 Zu den Sportverbänden vgl die Beiträge von *Haas* und *Adolphsen* in *ÖJK/Müller* (Hrsg), Entstaatlichung des Rechts (2014) 121, sowie die darauf folgende Diskussion. Zu Österreich vgl nun auch die umfangreiche Schrift von *Thomasser*, Staat und Sportverband (2015).

ten Sanktionen die Sportler existenziell bedrohen können. So wie die Exkommunikation über den kirchenrechtlichen Aspekt hinaus zum Ausschluss aus der Gesellschaft führen kann, so führt die Sperre eines Fußballers für mehrere Saisonen zur beruflichen Katastrophe. Nun sind zwar alle diese Konstruktionen keineswegs völlig aus der Rechtsordnung herausgelöst, ein gerichtlicher Rechtsschutz, für Fußballer etwa durch die Arbeitsgerichte, besteht ja.[78] Allerdings ist die mögliche faktische Schwierigkeit zu beachten, einen zeitnahen staatlichen Rechtsschutz zu genießen. Im Ergebnis kann dies zu einer Kollision mit dem Rechtsstaatsprinzip führen, das ja einen effektiven Rechtsschutz verlangt.[79] Noch sensibler sind allerdings Schiedsgerichtsvereinbarungen, zumal es sich ja um wirtschaftlich ungleiche Vertragspartner handelt. Tritt hier ein Sportverband auf, der mit dem Sportler kein direktes Vertragsverhältnis hat, fehlt der arbeitsgerichtliche Schutz.[80] Art 6 EMRK garantiert aber den Zugang zu einem Gericht.[81]

Fehlen ausreichende Rechtschutzinstrumente oder laufen sie leer, dann liegt aus der Perspektive der staatlichen Rechtsordnung eine zu weite Verselbständigung vor. Ähnlich wie bei der „überbordenden" Rechtsetzung liegt dann auch hier der Ball bei den Gerichten[82] und letztlich beim Gesetzgeber. Die Folgerung, dass wir es mit autarkem Recht, bei den Sportverbänden quasi mit neuartigen „Personalstaaten" zu tun haben, mag rechtssoziologisch interessant sein, in juristischer Betrachtung trifft sie nicht zu.

VIII. Überbordende Rechtsetzung

A. Compliance

Ein hervorstechendes Phänomen der jüngsten Rechtsevolution ist die Karriere der „Compliance-Regelungen". Sie sind hier zu erwähnen, da sie regelmäßig in generell-abstrakter Form erscheinen und – wie schon bemerkt – die staatliche Rechtsetzung daran anknüpft. Systematisch gesehen handelt es sich um einen prominenten Unterfall gesellschaftlicher „Selbstregulierung", verwandt sind Vereinssatzungen, Haus- und Anstaltsordnungen etc.[83] Das Folgende gilt sinngemäß auch für jene Emanationen.

Compliance-Regelungen sind im Kern arbeitsrechtliche Normen, welche die Befolgung der Gesetze im Unternehmen sicherstellen sollen.[84] Rechtstechnisch

78 Vgl zB *Schrammel*, Disziplinargerichtsbarkeit im Fußballsport, in *Büchele* ua (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen im Fußballsport (2015) 35.
79 VfSlg 11.196/1986.
80 Vgl *Schrammel* (FN 78) 44.
81 Zu Art 6 EMRK vgl *Wiederin* (FN 13) 143.
82 Vgl das gegen die Sperrwirkung von Schiedsklauseln gerichtete Urteil des LG München im Fall *Pechstein*, I 26.2.2014, 37 O 28331/12, zit in causa sport 2014, 154.
83 Vgl nur *Kirchhof*, Diskussionsbeitrag, in *ÖJK/Müller* (Hrsg), Entstaatlichung des Rechts (2014) 41.
84 Vgl zum Folgenden *Schima*, Arbeitsrechtliche Grenzen der Compliance, RdA 2014, 197; *Hohmann-Denhorst*, Rechtsetzung in Konkurrenz? in *ÖJK/Müller* (Hrsg), Entstaatlichung des Rechts (2014) 59.

gesehen haben wir es also damit zu tun, dass in einem Unternehmen – allenfalls im Wege der kollektiven Rechtsetzung (Betriebsvereinbarungen) – Regelungen allgemeiner Art in die einzelnen Arbeitsrechtsrechtsverhältnisse transformiert werden.[85] Zudem werden zusätzliche Verantwortlichkeiten, also Garantenstellungen, geschaffen und allenfalls auch unternehmenseigene Verfahren eingerichtet. Derlei hat Vorläufer im öffentlich-rechtlichen Dienstrecht wie in den Standesrechten diverser Berufe, auch die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 9 VStG gehört zur Verwandtschaft.[86]

Die oft vorangestellten Bekenntnisse zur Gesetzestreue sind – wenn wir es etwas sarkastisch sehen – freilich ambivalent. Sie könnten auch die Grundeinstellung sichtbar machen, dass sich ein Unternehmen zunächst als *legibus solutus* sieht und erst aus freien Stücken dem positiven Recht unterstellt. Bei transnationalen Unternehmen mag der Wert solcher Beteuerungen denn auch nicht darin liegen, sich der eigenen Rechtsordnung (des „Stammsitzes") zu unterwerfen, als vielmehr auch den fremden Rechtsordnungen, also auch in der Dritten Welt etc.

Auf neuestes literarisches Terrain führt uns das Verhältnis zwischen unternehmensinternen Untersuchungen, dem strafrechtlichen Verfolgungsanspruch und den Rechten des Beschuldigten.[87] Betriebliche Verfahrensregelungen sind problematisch, insoweit sie auf betriebsinterne Überwachungsmaßnahmen und Sachverhaltsermittlungen abzielen. Unter Compliance wird auch verstanden, dass Unternehmen versuchen, den staatlichen Untersuchungsbehörden die Arbeit durch kooperative betriebsinterne Untersuchungen abzunehmen.[88] Dass bei diesen Verfahrensweisen vor allem – aber nicht nur – Verfahrensrechte der Betroffenen gefährdet sind, liegt auf der Hand. Bei einer qualitativen Überforderung der Ermittlungsbehörden und dem Mangel an Ressourcen einerseits und der Übertragung der internen Ermittlungen auf spezialisierte Anwaltskanzleien andererseits ist eine Situation nicht auszuschließen, in der die Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK leerlaufen, um es etwas unscharf zu sagen.

B. Codes of Conduct

Compliance-Regelungen erschöpfen sich aber nicht darin, dem positiven Recht entlang zu normieren, sondern können – in ihren „codes of conduct" – auch moralische und sittliche Regeln enthalten, die zu einer „Moralisierung des Rechts" oder

85 Vgl *Knafl*, Arbeitsrechtliche Instrumentarien zur Einführung von Compliance-Regelungen, ASoK 2015, 242.
86 Vgl treffend *Schima* (FN 84) 198.
87 Dazu grundlegend *Wimmer*, Die Verwertung unternehmensinterner Untersuchungen, in FS Imme Roxin (2012) 537.
88 Compliance-Regelungen als *„Versicherungspolice für strafrechtliche Schadensfälle"* – so der deutsche Justizminister *Maas*, s www.convent.de/veranstaltungen/details.html?tx_cagevents_pi1[event]=218&tx_cagevents_pi1[action]=detail&tx_cagevents_pi1[controller]=Event&cHash=1a93459c31967e989ef68c6e717054ae.

zu einer „Verrechtlichung der Moral" führen – je nachdem, woher man die Sache sieht.[89] Dabei treten diese Codes nicht nur im Verband der Compliance auf, also als unternehmensspezifisches Instrument. Vielmehr begegnen wir derlei auch überall dort, wo sich Entitäten, zB Universitäten, „Leitbilder" und dergleichen geben.

Zu dieser Mode mag zunächst die psychologische Trivialität beitragen, dass das Aufstellen genereller Regelungen schon per se dazu verführt, die Herrschaft über andere Menschen auszukosten. Paart sich dies mit dem Sendungsbewusstsein, wie es großen Konzernen manchmal zu eigen ist, und/oder mit einem besonderen Hang zur Korrektheit in allen Lebenslagen, so können schon ziemlich weitgehende Regelungen entstehen.[90]

Aus dem Blickwinkel der verfassungsrechtlichen Schranken wird es daher nicht überraschen, dass die Codes of Conduct, soweit sie die Privatsphäre der Dienstnehmer betreffen, an den Grundrechten anecken.[91] Die Frage ist hier, wie weit ein Unternehmen das korrekte Verhalten im Dienst regeln und auch überwachen darf – Kleidungsregeln, Flirtverbote etc – oder sogar außerdienstlich: sittsame Lebensführung, Auftreten in den sozialen Medien. Beispiele aus jüngster Zeit sind die Kündigung eines Managers, der alkoholisiert sein Auto gelenkt hat, oder die Entlassung eines Lehrlings nach einem – freilich unsäglichen – Eintrag auf Facebook.[92] Art 8 und 10 EMRK und wohl noch etliche andere Positionen setzen hier Schranken.

In der österreichischen Arbeitswelt werden diese Grenzfälle als arbeitsrechtliche Konflikte abgehandelt.[93] Ob dabei die Grundrechte expressis verbis angesprochen werden, ist nicht von vorrangiger Bedeutung. Im gestuften österreichischen Rechtsschutzsystem berühren diese Fragen die Verfassungssphäre erst dann, wenn sie nicht mehr auf der Basis des Arbeitsrechts gelöst werden könnten und der Gesetzgeber auf den Plan treten müsste. Wie immer man zur Problematik der Drittwirkung der Grundrechte steht, in der Kurzformel *Johannes Masings* sollen sie jedenfalls verhindern, *„dass im Verhältnis vom Privaten strukturelle Ungleichgewichte eine reale Freiheitswahrnehmung in Gleichheit unterlaufen können"*.[94]

89 Vgl *Schima* (FN 84) 200.

90 Ein zufällig gefundenes Beispiel: http://www.strabag.com/databases/internet/_public/files.nsf/SearchView/07AE269EF97A7B1FC1257E28001DF37D/$File/Code%20of%20Conduct_dt.-01.01.2015.pdf.

91 Vgl für die deutsche Rechtslage *Schlieker*, Compliance-Maßnahmen auf dem Prüfstand von Grundrechten und verfassungsrechtlicher Ordnung (Dissertation, Goethe-Universität Frankfurt am Main 2015) passim.

92 Alkohol am Steuer sei mit der Firmenleitung eines Brauereikonzerns nicht vereinbar. Vgl Die Welt 2.6.2015, www.welt.de/wirtschaft/article/41794784/Becks-Deutschland-Chef-nach-Alkoholunfall-entlassen.html; Spiegel online 24.7.2015, www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/oesterreich-porsche-enlaesst-lehrling-wegen-hass-kommentars-a-1045306.html.

93 Vgl *Rebhahn*, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf das österreichische Arbeitsrecht, in *Rebhahn* (Hrsg), Grundrechte statt Arbeitsrecht (2012) 9 (30).

94 *Masing*, Grundrechtschutz trotz Privatisierung, in FS Bryde (2012) 410 (423). Zum Ganzen grundsätzlich *Pöschl*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVdStRL 74 (2014) 405, insb 412, und *Röthel* (FN 2) 23: *„Der Staat muss sicherstellen, dass die Grundrechte des Einzelnen nicht durch Private und private Regelbildung verletzt werden."*

IX. Fingierte Rechtsetzung

Nun noch ein anderer, wichtiger Aspekt des Themas „private Rechtsetzung": Vieles spricht dafür, dass es im Zusammenwirken aller Faktoren dazu kommt, dass der Staat schrittweise den Willen, die Fähigkeit, ja die Freude verliert, das Recht zu gestalten. Man gewinnt den Eindruck, dass – längs der Konkretisierung der Rechtsentstehung – diejenigen Menschen, denen die Rechtsordnung Rechtsmacht verleiht, nicht jene sind, welche die „eigentlichen" Willensakte setzen. Dass dies von vielen Menschen so wahrgenommen wird, äußert sich zB in der inflationären, eigentlich albernen Abqualifikation parlamentarischer Akte als „Absegnen", „Durchwinken" etc. Wie auch immer, eine anscheinend nur mehr fingierte Rechtsetzung bedeutet in unserer demokratischen Verfassungsordnung ein gravierendes verfassungspolitisches und – vielleicht auch – rechtliches Problem.[95]

Es sind zwei basale Elemente des Rechts, die diese Entwicklung vorantreiben: zum einen das Problem der Normsetzung und zum anderen die Einbettung des Sachverstands in die Rechtsanwendung:

Der Normsetzung liegt kein festzumachender realpsychischer Akt zugrunde. Schon auf der linguistischen Ebene ist ein im subjektiven Sinn befehlender Akt das Ergebnis eines geglückten Sprechaktes, dessen Resultat die Zurechnung eines bestimmten Inhalts zu einer bestimmten Person ist. Um dieses „subjektive Sollen", diesen Sprechakt, als Erzeugung einer auch „objektiv" gesollten Rechtsnorm zu deuten, bedarf es dann noch der entsprechenden Ermächtigungsnorm.[96] Der für die Normsetzung zuständige Mensch braucht also nichts zu wollen, er muss nur wissen, dass sein Verhalten als Normsetzung gedeutet werden kann, kurz: Er muss sich den Befehl zurechnen lassen.

Dass andere Personen das Sagen haben als die, die dazu bestimmt wären, ist eine Trivialität. Ist es der König, der befiehlt, oder die *„maîtresse du roi"*, wie viel Macht versteckt sich in den Vorzimmern, wer sind eigentlich die Menschen, die uns beherrschen? Alte Fragen. Wollen wir mehr wissen, stoßen wir allerdings darauf, dass es sich mit einer kausalwissenschaftlichen Untersuchung so ähnlich verhält wie bei der Vermessung der englischen Küste:[97] Je genauer man die natürlichen Vorgänge untersucht, desto komplexer werden sie, weshalb auch die Politologie nur mit standardisierten Begriffen arbeiten kann. In gewisser Weise widmet das Recht dieser Problematik heute mehr Aufmerksamkeit als früher: Die

95 Schon *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 320, schreibt, dass bisweilen hinter dem fiktivnominellen „Gesetzgeber", der von dem Inhalt des Gesetzes, das er „gibt", oft keine Ahnung hat, der wirkliche Gesetzgeber stünde. Dabei hat *Merkl* ja noch das harmlose – und auch verfassungsrechtlich abgesicherte – Wirken der Ministerien im Auge. Zur heutigen Lage vgl FN 104.

96 Vgl *Jabloner*, Kein Imperativ ohne Imperator – Anmerkungen zu einer These Kelsens, in *Walter* (Hrsg), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (1988) 75 unter Berufung auf die Sprechaktlehre von *Searle*. Zu deren letzter Version vgl *Searle* (FN 57) 111.Vgl nun auch *Potacs* (FN 59) 46.

97 *Mandelbrot*, Die fraktale Geometrie der Natur (1987) 37.

Verrechtlichung des Lobbyismus[98] oder die Verschärfung von Antikorruptionsvorschriften[99] können – wohlmeinend – in diese Richtung gedeutet werden.

Im Allgemeinen sind diese Diskrepanzen – im politologischen Jargon sprichwörtlich zwischen der „Formalverfassung" und der „Realverfassung" – als unabwendbar hinzunehmen. Sie können allerdings ein Ausmaß erreichen, bei dem bereits die gesamte Rechtsordnung oder jedenfalls die Verfassung auf dem Spiel steht: Wenn es nämlich so weit geht, dass die eigentlich ermächtigten Menschen expressiv keinen Willensakt mehr setzen, dh zu erkennen geben, dass sie mit dem Recht nichts mehr zu tun haben möchten, und dass dafür gleichzeitig andere Menschen für sich in Anspruch nehmen, Recht zu erzeugen, hätten wir es am Ende mit einer anderen „regelmäßig wirksamen Zwangsordnung", einer neuen Verfassung, zu tun. Diese Diskrepanz ist für die kommunistischen Staaten typisch, in denen ganz offensichtlich die Parteispitze entschied, doch darauf geachtet wurde, formale Prozeduren einzuhalten. Für Österreich kennen wir – nicht so dramatisch – eine solche Diskussion bis in die 1980er Jahre, als gegen den „Kammern- und Verbändestaat" gewettert wurde.[100] Besonders hatte man damals die „Paritätische Kommission" im Blick, die geradezu rechtsetzend tätig war. Die Sozialpartner sind heute geschwächt, ihre Rolle als informelle Kraft nehmen heute wohl die Landeshauptleute ein.[101] Ganz unabhängig von der Europäischen Union sind wir in Österreich manchmal einem Zustand nicht mehr fern, in dem wir uns schon mit einer anderen Verfassung befassen müssten. So weit sind wir noch nicht, aber denken wir uns einen Extremfall aus: eine „Agentur für Gesetzgebung", in der alle Rechtsnormen von Fachleuten entworfen werden, auf die der Nationalrat dann stets und kommentarlos verweist, die er also bestenfalls nur mehr „sanktioniert".

Das zweite Strukturproblem ist die ebenfalls stets latente, in letzter Zeit aber manifestere Spannung zwischen Sachverstand und Rechtsanwendung. Auf der Ebene der individuellen Vollziehung tritt das Problem zwischen der Richterin (der Behörde) und dem Sachverständigen auf, auf legistischer Ebene in den hier in Rede stehenden Formen privatisierter Rechtsetzung. Die Gründe dafür liegen einerseits in der zunehmenden Komplexität der Lebensverhältnisse und dem

98 Vgl nunmehr das Bundesgesetz zur Sicherung der Transparenz bei der Wahrnehmung politischer und wirtschaftlicher Interessen (Lobbying- und Interessenvertretungs-Transparenz-Gesetz – LobbyG), BGBl I 2012/64 und dazu *Zellenberg*, Parlamentarische Rechtsetzung und Lobbyismus: Der rechtliche Rahmen, in *Lienbacher/Pürgy* (Hrsg), Parlamentarische Rechtsetzung in der Krise (2014) 47.

99 Vgl das Strafrechtsänderungsgesetz 2008, BGBl I 2008/109.

100 Vgl *Klecatsky*, Bundes-Verfassungsgesetz und Bundesverfassungsrecht, in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) 83 (84).

101 Tatsächlich hat es den Anschein, als würde die Landeshauptleutekonferenz – eine durchaus private Veranstaltung – für sich Regelungszuständigkeit in Anspruch nehmen. Deutlich wurde das vor einiger Zeit im Zusammenhang mit der Bildungsreform, als der Landeshauptmann des Burgenlandes meinte, die *„Grundlage der vereinbarten Reformen seien die Beschlüsse der Landeshauptleutekonferenz von Frauenkirchen"* – vgl Der Standard 2.6.2015.

damit *„steigenden Bedarf an Sachverstand"*,[102] andererseits im Abbau staatlicher Expertise zu deren Bewältigung. Geradezu symbolisch dafür ist die Diskussion um den Einsatz von Rechtsanwälten zur Erarbeitung von Gesetzesentwürfen.[103]

In den letzten Jahren ist in Österreich die Sensibilität für diese *„zweite normative Welt"* hinter der unseren,[104] für die *„Schattengesetzgebung"*[105], merklich gestiegen. *Konrad Lachmayer* spricht von einer *„Verlagerung substanzieller Wertentscheidungen in einen Vorfeldprozess"*.[106] Vor allem das ausufernde Normenwesen beunruhigt die akademischen Geister. Die Diskussion darüber hatte zunächst einen eher verfassungspolitischen Charakter. So forderte *Korinek* unter demokratischen Aspekten eine *„umfassende Beteiligung der interessierten und betroffenen Kreise"* an der Herstellung von Normen und ein offenes und transparentes Verfahren.[107] In der aktuellen Diskussion geht es nun schon deutlicher um die verfassungsrechtlichen Grenzen der Normierung. *Hauer* sieht diese Schranken unmittelbar in Art 1 und im Rechtsschutzsystem der Art 129 ff B-VG dort, wo es nicht mehr um den technischen Bereich, sondern *„um rechtspolitisch-gestaltende Regelsetzung [...] mit Quasi-Verbindlichkeitscharakter der geschaffenen Regeln in der Praxis geht"*.[108]

Meiner Ansicht nach lässt sich verfassungsrechtlich am ehesten argumentieren, wenn das Legalitätsprinzip noch deutlicher als Teil des demokratischen Prinzips verstanden wird; dies hätte nämlich zur Konsequenz, vom Gesetzgeber in sensiblen Bereichen zu verlangen, dass *„er"* sich *„selbst-bewusst"* auf die Materie einlässt.[109] Vielleicht lässt sich so die Argumentation in die bisherige Linie des VfGH einfügen. So hat es der VfGH als verfassungswidrig angesehen, dass der AsylGH seine Entscheidungen nicht selbst begründete, sondern kursorisch auf die Be-

102 Vgl *Merli*, Instrumente der Integration von Sachverstand, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht – WiR* (Hrsg), Sachverstand im Wirtschaftsrecht (2013) 173 (174).

103 Der Umstand, dass das Bundesjustizministerium zur Vorbereitung von Regierungsvorlagen spezialisierte Rechtsanwaltskanzleien herangezogen hat oder es auch heute noch tut – in Österreich wird es nicht anders sein –, sorgte bei der Tagung „Entstaatlichung des Rechts" für eine intensive Diskussion – vgl *ÖJK/Müller* (FN 2), *Röthel* (FN 2) 29, *Wiederin* (FN 13) 36, *Jabloner* (FN 96), 39, *Röthel* (FN 2) 42, *Streinz* (FN 13) 51, *Wiederin* (FN 13) 53. Vgl weiters *Reese-Schäffer*, Privatisierung und politische Macht, in *Fuchs/Merli/Pöschl* ua (Hrsg), Staatliche Aufgaben, private Akteure I: Erscheinungsformen und Effekte (2015) 83 (93). Die Aufregung gründet wohl darin, dass es bei der Umsetzung von Sachverstand in einen Gesetzesentwurf um eine Domäne der Ministerialbürokratie geht.

104 *Merli*, Private Vorgaben für den Staat; Akkreditierung nach technischen Normen und Verbandsregeln, in FS Raschauer (2013) 383 (397).

105 *Kahl*, Grenzenlose Normung? in FS Stolzlechner (2013) 329 (339).

106 Demokratierechtliche Analyse des Österreichischen Corporate Governance Kodex, abrufbar unter https://media.arbeiterkammer.at/PDF/Analyse_des_Corporate_Governance_Kodex.pdf.

107 *Korinek*, Zum Erfordernis einer demokratischen Legitimation des Normenschaffens, ÖZW 2009, 40 (42). *Holoubek*, Aktuelle Legitimationsfragen der Normung, in FS Reich-Rohrwig (2014) 453 (455) sieht diese Erfordernisse bereits als verfassungsrechtliche Vorgaben.

108 *Hauer*, Rechtliche Grenzen der Normierung, ZTK 2014, 102 (111). Verfassungsrechtliche Bedenken auch bei *Kahl* (FN 106) 339.

109 Vgl zB *Öhlinger/Eberhard* (FN 9) Rz 66, 345.

gründung des letztinstanzlichen Bescheids verwies.[110] Kurzum: Der VfGH könnte diese Grenzen noch enger ziehen.[111]

Ansonsten bleibt es ein verfassungspolitisches Problem: Wäre es so, dass neutraler Sachverstand tatsächlich zwingende Lösungen lieferte, könnte man Bedenken dagegen als „Staatsnostalgie" abtun. Das eigentliche Problem liegt ja darin, dass hinter den scheinbar sachgerechten Lösungen politische und wirtschaftliche Interessen stecken können, dass also die Entrechtlichung zugleich auch eine „Entpolitisierung", in Wahrheit also eine ideologische Verschleierung sei.

Die Gegenstrategien bauen im Wesentlichen darauf, dass die Vorbereitung der privaten Regelwerke durch die Beteiligung der Stakeholder demokratisiert und für die Öffentlichkeit transparenter wird; „Ersatz", freilich so, wie dieser Ausdruck im Englischen gebraucht wird: „inferior quality".[112]

X. Unbehagen

Ich habe Ihnen zu Anfang versprochen, dass das Unbehagen bleiben wird. Den primären und inhaltlichen Grund dafür hat *Oliver Lepsius* besonders anschaulich formuliert:

> „Das herkömmliche Verteilungsmuster, in dem die Macht beim Staat und die Freiheit bei der Gesellschaft lagen, stimmt lange nicht mehr. Auf Grund der umfassenden Rechts- und Verfassungsbindung stellt sich in vielen Beziehungen die hoheitliche Sphäre als freiheitlicher dar als die gesellschaftliche, weil sich in letzterer private Macht nicht rechtlich rechtfertigen muss."[113]

Der zweite Grund ist formaler: Die Wahl des Rechtsbegriffs ist nicht ganz frei von ästhetischen Präferenzen. Wer die Reine Rechtslehre gewählt hat, genießt den Bonus, dass deren Schöpfer auch eine angenehm aufgeräumte Verfassung geprägt hat. Dagegen wirkt die Rechtsordnung heute wie ein Kinderzimmer: Ständig fallen wir über etwas drüber. Aber ein Rechtspositivist kann das positive Recht nur beschreiben, wie es ist.

110 VfSlg 18.752/2009 und 18.753/2009. Vgl einen analogen Gedanken in VfSlg 15.718/2000.

111 Dies allerdings nur, wenn man sich auf die steige Anreicherung des rechtsstaatlichen Prinzips mit normativen Inhalten einlässt – vgl *Jabloner*, Das „Denksporterkenntnis" des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in FS Adamovich (1992) 189.

112 Zur unionsrechtlichen Ebene vgl *Eisenberger*, Regelbildung durch Private, in *Fuchs/Merli/Pöschl* ua (Hrsg), Staatliche Aufgaben, private Akteure I: Erscheinungsformen und Effekte (2015) 103; kritisch *Wagner*, Wie Konzerne (noch immer) europäische Entscheidungen beeinflussen: ExpertInnengruppen der EU-Kommission revisited, juridikum 2015, 417.

113 *Lepsius*, Funktion und Wandel von Staatsverständnissen, in *Voßkuhle/Bumke/Meinel* (Hrsg), Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, Der Staat 2013, Beiheft 21, 37 (54).

Privatisierung der Rechtsetzung und Schiedsverfahren

Moritz Renner

I. **Einführung**
II. **Schiedsgerichte und private Ordnung**
III. **Schiedsgerichte als private Gerichte**
A. Verfahrensrechtliche Autonomie der Schiedsgerichtsbarkeit
B. Autonomes materielles Recht der Schiedsgerichtsbarkeit
C. Zwischenergebnis
IV. **Schiedsgerichte als Rechtsetzer**
V. **Bewertung und Thesen**