

FESTSCHRIFT CHRISTIAN KOPETZKI



Festschrift

CHRISTIAN KOPETZKI

zum 65. Geburtstag

herausgegeben von

Erwin Bernat
Christoph Grabenwarter
Benjamin Kneihls
Magdalena Pöschl
Karl Stöger
Ewald Wiederin
Johannes Zahrl



Wien 2019
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-12836-4

© 2019 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@manz.at

www.manz.at

Fotonachweis: © Bernhard Noll

Satzherstellung: Christian Taufer

Druck: FINIDR, s. r. o., Český Těšín

Vorwort

Am 22. Oktober 2019 vollendete *Christian Kopetzki* das 65. Lebensjahr. Dieses Jubiläum haben Schüler, Kollegen, Freunde und Weggefährten zum Anlass genommen, ihm eine Festschrift zu widmen. Nicht weniger als 57 Autorinnen und Autoren beleuchten in 52 Beiträgen interessante Fragestellungen aus nahezu allen Bereichen des Öffentlichen Rechts. Mit ihren Beiträgen und Themen bilden sie gleichsam einen Spiegel des akademischen Wirkens von *Christian Kopetzki*. Als promovierter Jurist und Mediziner hat er seine gesamte akademische Laufbahn an der Universität Wien zurückgelegt. Als Assistent, Dozent und schließlich Professor hat er – unterbrochen nur durch Praktika und eine einjährige Lehrtätigkeit an der Verwaltungsakademie des Bundes – die Rechtswissenschaftliche Fakultät über vier Jahrzehnte in Forschung und Lehre mitgeprägt. Untrennbar und bleibend mit ihm in Verbindung stehen die Entwicklung des Faches Medizinrecht an der Universität und der Aufbau des Instituts für Ethik und Recht in der Medizin gemeinsam mit der Medizinischen Universität Wien. In publizistischer Hinsicht ist neben seinen eigenen Veröffentlichungen, die außerhalb wie innerhalb des Medizinrechts bleibende Standards gesetzt haben, die bereits langjährige Leitung der Zeitschrift „Recht der Medizin“ hervorzuheben. Es nimmt nicht wunder, dass seine wissenschaftliche Arbeit größte Auswirkungen auf die Praxis des Medizinrechts hatte und hat.

Im vorliegenden Band finden sich mehrheitlich Beiträge zum Medizinrecht. Die einzelnen Themen bleiben aber nicht bei Spezialfragen stehen, sondern greifen häufig in andere Rechtsgebiete über, sei es das Verfassungsrecht, sei es das Allgemeine Verwaltungsrecht, sei es das Verfahrensrecht, sei es das Zivilrecht oder das Strafrecht. Innerhalb des Medizinrechts ist auch die gesamte Bandbreite vertreten: Das ärztliche Berufsrecht wird ebenso behandelt wie das Krankenanstaltenrecht, das Gesundheitsrecht, das Arzneimittelrecht oder das Sozialversicherungsrecht. Mit und ohne Bezug zum Medizinrecht finden sich Beiträge zum Strafrecht und zum Verwaltungsstrafrecht, zur bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, zum Staatsorganisationsrecht und last but not least zu den Grundrechten. Dass fast jeder dieser Beiträge an Arbeiten von *Christian Kopetzki* wenigstens anknüpft, verdeutlicht die Breite des Werks des Jubilars.

Mit dem vorliegenden Band wird daher nicht bloß ein Kompendium lose nebeneinander stehender Beiträge mit medizinrechtlichem Schwerpunkt vorgelegt, sondern ein wesentliches Stück Rechtsdogmatik an der Schnittstelle von Medizinrecht, Öffentlichem Recht, Strafrecht und Zivilrecht. Wir, die Herausgeberin und die Herausgeber sowie Autorinnen und Autoren dieses Bandes, hoffen, mit den vorgelegten Beiträgen nicht nur Arbeiten und Gedanken von *Christian Kopetzki* ein Stück weitergedacht zu haben, sondern dem Jubilar auch ein wenig Freude bereiten zu können.

Mit dieser Hoffnung verbinden wir die besten Glückwünsche zum Geburtstag: Möge die Freude an der Rechtswissenschaft wie an den anderen vielfältigen Interessen lange erhalten bleiben und der Wissenschaft noch viel Bereicherndes bescheren.

Wien, im Herbst 2019

*Erwin Bernat
Christoph Grabenwarter
Benjamin Kneihls
Magdalena Pöschl
Karl Stöger
Ewald Wiederin
Johannes Zahrl*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Gerhard Aigner</i> Telemedizin und ärztliches Berufsrecht	1
<i>Peter Barth</i> Zwangsbehandlung von psychisch kranken Menschen	11
<i>Erwin Bernat</i> Gewissen und Verantwortung in Arthur Schnitzlers „Professor Bernhardi“ – Zugleich ein Beitrag zum Delikt der Religionsstörung	51
<i>Alois Birklbauer</i> Das Unterlassen lebensverlängernder Maßnahmen im Spannungsfeld zwischen medizinischer Indikation, Patientenwille und Mord	83
<i>Wolfgang Brandstetter/Johannes Zahrl</i> Rechtspolitische Anmerkungen zu Reformen der strafrechtlichen Haftung von Angehörigen der Gesundheitsberufe	97
<i>Reinhard Damm</i> Empirie der Einwilligungsfähigkeit	105
<i>Elisabeth Dujmovits</i> Zur Anwendbarkeit der EEA und unionsrechtlicher Beschuldigtenrechte im (österreichischen) Verwaltungsstrafverfahren	119
<i>Gunnar Duttge</i> Patientenautonomie auch zur Vorbeugung gegen Infektionskrankheiten?	129
<i>Harald Eberhard</i> Judicial activism und judicial self restraint in der Judikatur des VfGH	141
<i>Christoph Grabenwarter</i> Kerne im öffentlichen Recht	153
<i>Markus Grimm</i> Die rechtlichen Rahmenbedingungen der Tätigkeit von Studierenden der Medizin in Lehrkrankenhäusern und Lehrordinationen	167
<i>Christoph Herbst</i> Überlegungen zu Art 12 B-VG	193

<i>Michael Holoubek</i> Grundrechtliche Schutzpflichten	207
<i>Gerhard Hopf/Georg Kathrein</i> Der Einfluss von <i>Christian Kopetzki</i> auf die Rechtsentwicklung im Unterbringungs- und Heimaufenthaltsrecht	227
<i>Clemens Jabloner</i> Was ist rechtlich am Soft Law?	241
<i>Benjamin Kneihs</i> Ethikkommissionen im Recht	253
<i>Ulrich H.J. Körtner</i> Solidarität und Kooperation in Bioethik und Biopolitik	281
<i>Aline Leischner-Lenzhofer</i> Ärztliche Aufklärung – Judikaturlinien des OGH in den letzten zehn Jahren	295
<i>Georg Lienbacher</i> Grenzen der Ermittlungspflichten im Asylverfahren in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes	309
<i>Gerhard Luf</i> Die Diagnose „Krebs“ als rechtsethische Herausforderung an die ärztliche Aufklärung	323
<i>Heinz Mayer</i> Das PRIKRAF-System und die Fiskalgeltung des Gleichheitssatzes	331
<i>Wolfgang Mazal</i> Krankenanstaltenrechtliche Schranken sozialversicherungsrechtlicher Leistungsansprüche	339
<i>Franz-Stefan Meissel/Stefan Wedrac</i> Richterliche Unabhängigkeit und Selbstverwaltung	351
<i>Michael Memmer</i> Vom Reklamewesen im 19. Jahrhundert zur WerbeRL der Österreichischen Ärztekammer	371
<i>Franz Merli</i> Gehörige Kundmachung, generelle Weisungen und Verordnungen	391
<i>Gerhard Muzak</i> Die Blutabnahme nach Verkehrsunfällen zwischen der StPO und Verfassungsbestimmungen in der StVO	399
<i>Carina Neugebauer</i> Aktuelle datenschutzrechtliche Fragen im Parlament	415

<i>Matthias Neumayr</i> <i>Christian Kopetzki</i> und der Oberste Gerichtshof	429
<i>Paul Oberhammer</i> Sukzessive Zuständigkeit und Schiedsgerichtsbarkeit – am Beispiel des Energerechts	437
<i>Helmut Ofner</i> Rechtsfragen zum Abschluss des Behandlungsvertrages	451
<i>Katharina Pabel/Felix Wallner</i> Kompetenzen der Ärztekammern zur Erlassung von Verordnungen	459
<i>Bettina Perthold-Stoitzner</i> Überlegungen zur „Effektivität“ der Leitungs- und Steuerungsfunktion von Beliehenen nach der B-VG-Novelle BGBl I 2008/2	475
<i>Maria-Luise Plank</i> Kostenexplosion Arzneimittel: Mythos oder Bedrohung für unser System?	485
<i>Magdalena Pöschl</i> Wieviel Prävention verträgt Art 5 EMRK?	499
<i>Michael Potacs</i> Weisungen an Universitätskliniken	515
<i>Bernhard Raschauer</i> † Die Änderung des Verwendungszwecks	525
<i>Martin Rehborn</i> Aktuelle Fragen der Lebendorganspende	537
<i>Reinhard Resch</i> Auslagerung von Aufgaben einer Krankenanstalt und Kollektivvertragsangehörigkeit	555
<i>Henning Rosenau</i> Das Menschenrecht zur reproduktiven Selbstbestimmung: Eizellspende und Leihmutterchaft	565
<i>Peter J. Schick</i> Die körperliche Untersuchung zu forensischen Zwecken (§ 117 Z 4, § 123 StPO)	579
<i>Kurt Schmoller</i> Grenzen der Strafbarkeit bei Begleitung zur Selbsttötung	591
<i>Ulrich Schroth</i> Zur Legitimation der Organlebendspende von Nieren	605

<i>Hannes Schütz</i> Leidenslindernde Maßnahmen am Lebensende aus strafrechtlicher Sicht	617
<i>Walter Schwartz/Jacqueline Kachlyr-Poppe</i> Der Fall Dornbirn	631
<i>Andreas Spickhoff</i> Zur „Angemessenheit“ ärztlicher Vergütungen	639
<i>Lukas Stärker</i> Dienstnehmervertretung in Betrieben sowie Dienststellen, insbesondere in Krankenanstalten	653
<i>Claudia Steinböck (vormals Zeinhofer)</i> Die Bedeutung der arzneimittel- und medizinproduktrechtlichen Vorschriften für die Produkthaftung	667
<i>Manfred Stelzer</i> Der zukünftige Umgang mit Gesundheitsdaten? – Eine Skizze	679
<i>Karl Stöger</i> Überlegungen zur Beleihung in Anstalt und Heim	689
<i>Gudrun Strickmann</i> Schutz der persönlichen Freiheit – quo vadis?	705
<i>Jochen Taupitz</i> Die Bedeutung des ärztlichen Heilauftrags	713
<i>Ewald Wiederin</i> Verbandskompetenzen, Behördenzuständigkeiten und Organbefugnisse in der sonstigen Selbstverwaltung	723
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	737
Publikationsverzeichnis Christian Kopetzki	741

Was ist rechtlich am Soft Law?*)

Clemens Jabloner, Wien

Übersicht:

- I. Einleitung
 - A. Erste Annäherung
 - B. Begriffliche Einengung
 - C. Erkenntnisinteresse
- II. Das Recht als Zwangsordnung
 - A. Zwang als spezifische Differenz
 - B. Zwang und Wirksamkeit
 - C. Positive Anreize
- III. Der subjektive Faktor
 - A. Willensakt und Sprechakt
 - B. Drohungen und andere Direktiven
- IV. Der objektive Faktor
 - A. Direktiven im Rahmen einer Rechtsatzform
 - B. Die Direktiven im Rahmen einer Soft Law-Form
 - C. Scheinbares Soft Law
 - D. Umwandlung von Soft Law in Ermessen
- V. Der zwiespältige Nutzen von Soft Law
- VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

A. Erste Annäherung

Meisterhaft analysiert *Christian Kopetzki* Phänomene des Soft Law im Medizin- und Forschungsrecht.¹⁾ Diese Rechtsgebiete sind typische Fundstellen für eine immer häufiger anzutreffende Sozialtechnik zur Steuerung menschlichen Verhaltens.²⁾ Dabei bleibt der Begriff des „Soft Law“ merkwürdig unbestimmt und markiert eher die Verlegenheit, Phänomene im Zwischen- oder Übergangsbereichen von Recht und Politik zu qualifizieren.³⁾ Oft findet man eine skepti-

*) Herrn Dr. Ulrich Wagrاندl sei für wertvolle Unterstützung gedankt.

¹⁾ *Kopetzki*, Braucht Österreich eine Kodifikation des biomedizinischen Forschungsrechts? in *Körtner/Kopetzki/Druml*, Ethik und Recht in der Humanforschung (2010) 56 (63); *ders.*, Private Rechtsetzung – Medizinrecht, in *WiR*, Privatisierung der Rechtsetzung (2018) 229.

²⁾ Vgl. *Pöschl*, Von der Forschungsethik zum Forschungsrecht: Wieviel Regulierung verträgt die Forschungsfreiheit? in *Körtner/Kopetzki/Druml* 90; *Richter*, Soft Law in International Health Law – The Case of the WHO's Global Code on the International Recruitment of Health Personnel (2017) 65.

³⁾ Zum Thema Soft Law besteht eine umfangreiche internationale Literatur, zumal im Völkerrecht. Die hier vorgelegte Skizze erhebt keinen Anspruch auf eine Durchdringung des Themas, die aufgegriffenen Gesichtspunkte gleichwie die dazu zit. Literatur sind durchaus selektiv. Grundlegend: *Thürer*, Soft Law, in *Max Planck Encyclopedia of Public International*

sche oder abschätzig Haltung, so wenn von Soft Law als dem „bastard child“ des Rechts gesprochen wird.⁴⁾ Gemeinsam ist diesen Formen der Steuerung ihre – zumindest prima vista – fehlende „Verbindlichkeit“.⁵⁾ Diese wird aber seit jeher als ein essenzielles Merkmal ernstzunehmenden Rechts angesehen.⁶⁾

Vorläufig und allgemein gesprochen tritt Soft Law zunächst dann ins Bild, wenn innerhalb einer Rechtsordnung (gleichsam unter einem rechtlichen Vorzeichen) anstelle verbindlicher Rechtsnormen unverbindliche Direktiven erzeugt werden.⁷⁾ Sodann könnte man von Soft Law sprechen, wenn außerhalb einer Rechtsordnung (gleichsam ohne ein rechtliches Vorzeichen) Direktiven erzeugt werden, mögen sie verbindlich intendiert sein oder unverbindlich bleiben wollen. Doch gehören sie nicht zum Recht, so lange sie nicht in seinen Bedingungs Zusammenhang gestellt werden können.⁸⁾

Diese erste Annäherung ermöglicht es, nicht zum Recht gehörige Direktiven in die Kategorie Soft Law zu verweisen, um sie vom Recht begrifflich abzuschotten. Doch sollte es dieser Begriff auch leisten, Soft Law positiv zu bestimmen, um eine Abgrenzung zu beliebigen anderen direktiven Phänomene zu finden. Mit anderen Worten: Von Soft Law soll hier nur dann die Rede sein, wenn zum Recht eine bestimmbar Beziehung besteht.⁹⁾

B. Begriffliche Einengung

Dass das Recht ein Kommunikationsmedium ist, in dem andere Sinngehalte als Rechtsnormen erzeugt werden können, ist keine neue Einsicht. So weist etwa *Kelsen* darauf hin, dass ein Parlament die Geburtstagswünsche an den Monarchen, um deren Ferlichkeit zu heben, auch in Gesetzesform kleiden kann.¹⁰⁾ Mag also auch die „Verbindlichkeit“ für das Recht essenziell sein, so ermöglicht es doch der

Law (2009), <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1469?rskey=6f9aEY&result=1&prd=EPIL>>. Vgl den umfassenden Problemaufriss bei *Knauff*, Der Regelungsvorbund. Recht und Soft Law im Mehrebenensystem (2010); die in *Westerman/Hage/Kirste/Mackor* (eds), *Legal Validity and Soft Law* (2018) gesammelten Beiträge und weiters *Gersen/Posner*, *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, *Stanford Law Review* 2008, 573. Aus dem Blickpunkt der Reinen Rechtslehre: *Walter*, Soft Law aus rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in *Lang/Schuch/Staringer*, *Soft Law in der Praxis* (2005) 21.

⁴⁾ So die Wendung bei *Van Klink/Lembke*, A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law, in *Westerman/Hage/Kirste/Mackor* 145 (217).

⁵⁾ „Verbindlichkeit“ ist ein rechtstheoretisch mehrdeutiger Begriff – vgl etwa *Lip-pold*, Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen, *Rechtstheorie* 1998, 463 (469). Im Zusammenhang der vorliegenden Reflexionen wird „Verbindlichkeit“ im Sinn eines unbedingten Befolungsanspruchs gebraucht.

⁶⁾ Vgl nur *F. Schauer*, *The Force of Law* (2015) 20.

⁷⁾ „Direktiven“ bezeichnet im Folgenden jede auf Verhaltenssteuerung gerichtete Äußerung. Vgl *M. Schramm*, Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht (2016) 2 spricht von „influzierend wirkenden Instrumenten“.

⁸⁾ Oft wird Soft Law auch für Phänomene außerhalb der (im weitesten Sinn) staatlichen Rechtserzeugung verstanden – vgl etwa *Jabloner/Okresek*, Theoretische und praktische Anmerkungen zu Phänomenen des „Soft Law“, *ZÖR* 1983, 217, oder *Kopetzki* in *WiR* 237. Ein so weiter Begriff ist aber unzuweckmäßig, schwimmt doch so die Grenze zu anderen direktiven Steuerungen, zB zur Sitte. Die in Rede stehenden extrarechtlichen Direktiven ließen sich besser als „Para-Recht“ oder „Pseudo-Recht“ bezeichnen.

⁹⁾ Vgl *Kirste*, *Concept and Validity of Law*, in *Westerman/Hage/Kirste/Mackor* 47 (50).

¹⁰⁾ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (1960) 53.

Apparat zu seiner Erzeugung anderes herzustellen und darunter auch – und für den gegebenen Zusammenhang wesentlich – direktive Akte minderer Verbindlichkeit. In diese Richtung bestimmt auch *Knauff*, dass es sich bei Soft Law um die „Aktivität von Instanzen (handelt), die zur Rechtsetzung zumindest grundsätzlich fähig sind“.¹¹⁾¹²⁾ Diese Begriffsbildung schließt die oben erwähnten „privaten“ Normen und Direktiven bereits aus – jedenfalls solange sie nicht in die Rechtsordnung rezipiert werden – doch ist eine Präzisierung zweckmäßig: Zwar trifft es zu, dass die besagten „Instanzen“ stets in der Lage sind, verbindliches Recht zu schaffen. Doch sehen entwickelte Rechtsordnungen mit explizierter Rechtsetzung dafür bestimmte Rechtsatzformen vor.¹³⁾ Von daher liegt Soft Law also zunächst etwa vor, wenn im Rahmen eines Bundesgesetzes eine Empfehlung erteilt wird.¹⁴⁾

Indessen kann eine Rechtsordnung noch einen Schritt weitergehen und für die Erzeugung von Soft Law „Quasi-Rechtsatzformen“ oder „Soft Law-Formen“ einrichten. Beispiele dafür finden sich im österreichische Verfassungsrecht: Die „Wünsche“ des Nationalrats oder die „Empfehlungen“ der Volksanwaltschaft.¹⁵⁾ Im Völkerrecht kommen einem sogleich die „recommendations“ der Generalversammlung der Vereinten Nationen in den Sinn, im Unionsrecht die „Empfehlungen und Stellungnahmen“.¹⁶⁾ Mit dieser Differenzierung ist die *Knauff*’sche Definition passend. Sie betrifft dann Instanzen, die zur Rechtsetzung zwar grundsätzlich fähig sind, die verfügbaren Formen aber lieber dazu gebrauchen, um unverbindliche Direktiven herzustellen.

C. Erkenntnisinteresse

Soft Law kann leicht abgetan werden.¹⁷⁾ Denn wird auf seiner Verbindlichkeit bestanden, dann handelt es sich dabei – ungeachtet der allfälligen sozialen Wirksamkeit – schlichtweg nicht um Recht. Das ist aber mit dem Nachteil verbunden, dass ein jedenfalls rechtserheblicher Bereich aus dem Fokus verschwindet. Einer stets allein von der Empirie geleiteten soziologischen Betrachtung des Rechts bedeutet das schiere Phänomen Soft Law indessen Wasser auf die Mühlen.¹⁸⁾ Für die folgende Betrachtung werden diese Ansätze nicht weiterverfolgt, vielmehr

¹¹⁾ *Knauff*, Regelungsverbund 1. In die gleiche Richtung: *Gersen/Posner*, Stanford Law Review 2008, 579.

¹²⁾ Soft Law ist in erster Linie mit generell-abstrakten Direktiven verbunden (arg „Law“), tritt der Sache nach aber auch im Rahmen der individuell-konkreten Rechtsetzung (Vollziehung) auf. Auf Verwaltungsebene werden sanfte Direktiven unter den Titeln „Informelles Verwaltungshandeln“ (vgl. *M. Schramm*, Verwaltungshandeln, passim) resp. „Schlichte Hoheitsverwaltung“ (vgl. *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ [2009] Rz 699ff) mitbehandelt.

¹³⁾ Will ein Bundesminister generelles außenwirksames Recht schaffen, so steht ihm dafür (nur) die „Verordnung“ (Art 18 Abs 2 B-VG) zur Verfügung. Grundlegend *Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in *FS Kelsen* (1931) 252. Verfassungsdogmatisch vgl. *Schäffer*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, 5. ÖJT, 1/1/B (1973).

¹⁴⁾ Vgl etwa in § 8 des Bildungsinvestitionsgesetzes BGBl I 2017/8.

¹⁵⁾ Art 52 Abs 1 und 148c B-VG. Vgl auch *Korinek*, Diskussionsbemerkung, in *Lang/Schuch/Staringer* 31.

¹⁶⁾ Art 11ff der UN-Charta; Art 288 Abs 5 AEUV.

¹⁷⁾ Zur „Paradoxie“ der Begriffsbildung vgl. *Knauff*, Regelungsverbund, 214; Soft Law als genaugenommen „irreführenden“ Begriff: *Kopetzki* in *WiR* 236.

¹⁸⁾ Was hier kein Urteil über ihre Qualität einschließt. Für eine Gegenposition vgl. die ausgefeilte Studie von *Goldmann*, Internationale öffentliche Gewalt (2015), insb 165.

wird ein rechtspositivistischer Standpunkt eingenommen, wie er von der Reinen Rechtslehre geprägt wird: Er gilt dem Versuch, Soft Law ernst zu nehmen.

Damit aber stellt sich aber die Frage des Erkenntnisinteresses. Was macht denn das Soft Law auch rechtstheoretisch interessant? Erstens handelt es sich eben um Phänomene, die mit dem Recht auf eine zu bestimmende Weise zusammenhängen. Zweitens erweisen sie bei näherer Betrachtung nicht selten als normales, letztlich verbindliches Recht. Drittens können – wenn man das Soft Law in seinem Eigenstand wahrnimmt – bestimmte strukturelle Einsichten, die man aus dem Recht gewinnt, analog übertragen werden.¹⁹⁾

II. Das Recht als Zwangsordnung

A. *Zwang als spezifische Differenz*

Nicht allein für *Kelsen* ist das Recht die spezifische Sozialtechnik einer Zwangsordnung. Dass eine Normenordnung als Recht qualifiziert wird, folgt allein aus ihrer Regelungstechnik.²⁰⁾ Nur das Recht ist als Zwangsordnung beim Zuwiderhandeln mit einer gesellschaftlich organisierten Sanktion verknüpft. Die Androhung von Zwang wird so zur *differentia specifica* des Rechts gegenüber anderen Normenordnungen. Die Rechtsnorm ist die Zwangsnorm. Mit Zwang ist dabei der gesellschaftlich organisierte, äußeren Zwang, der auf den Menschen ausgeübt wird, gemeint. Davon ist – stets der Reinen Rechtslehre folgend – der psychische Zwang als Merkmal aller sozialen Ordnungen zu unterscheiden. Dieser sei eine Form der Motivation, dh des Zwangs in einem psychologischen Sinn. *Kelsen* unterscheidet also die Zwangstechnik der indirekten Motivation durch Strafe von der direkten Motivation als Technik der freiwilligen Befolgung von Normen.²¹⁾

B. *Zwang und Wirksamkeit*

Das Zwangselement spielt auf der normativen Ebene. Zwang „soll“ ausgeübt werden, ob er tatsächlich ausgeübt wird, wenn die Sanktion fällig ist, ist eine Frage der Wirksamkeit. Dennoch besteht zwischen dem Zwangscharakter des Rechts und seiner Wirksamkeit ein enger Zusammenhang. Denn die Verhaltenssteuerung durch Zwangsandrohung – mit dahinterstehendem realen Zwangsapparat – macht das Recht zur wirksamsten Sozialtechnik.

Dabei wird nicht übersehen, dass die Wirksamkeit einer Rechtsordnung hauptsächlich auf der Zwangsandrohung, also auf der Befolgung von Rechtsnormen und nicht auf dem Ausnahmefall der zwangsweisen Herstellung des gesollten Zustandes beruhen muss. Von da her betrachtet hat das Recht also eine „regulative“ Funktion und ist nicht nur eine Apparatur zur Steuerung der Zwangsausübung.²²⁾

¹⁹⁾ Dazu *Walter* in *Lang/Schuch/Staringer* 28.

²⁰⁾ Zum Folgenden: *Kelsen*, Reine Rechtslehre 64.

²¹⁾ Vgl *Kelsen*, *Law as a Specific Social Technique*, *The University of Chicago Law Review* 1941/42, 75.

²²⁾ Dass sich das Recht dabei der Technik bedient, primär Menschen zur Ausübung von Sanktionen zu ermächtigen – vgl *Kelsen*, Reine Rechtslehre 34 – steht der Beschreibung von Verhaltensnormen nicht entgegen – vgl *Thienel*, *Rechtswissenschaft ohne Sollen?* in *FS Albert* (2006) 574 oder *Jabloner*, *Objektive Normativität*, in *Walter/Ogris/Olechowski*, *Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit* (2009) 169, 175.

C. Positive Anreize

Allerdings ist Zwang kein denkbare notwendiges Element des Rechts. Vorstellbar wäre auch ein Recht, das ohne zwangsweise Sanktionen auskäme. Ein solches Recht würde ausschließlich auf die intrinsische Motivation seiner Adressaten setzen, wie in Ovids „goldenem Zeitalter“. Die Verknüpfung von Recht und Zwang entspricht also der empirischen Beobachtung, dass bisher noch kein Rechtssystem ohne Zwang ausgekommen ist, dass Zwang also (nur) ein typisches Merkmal des Rechts ist.²³⁾

Zudem enthält das Recht von jeher auch positive Ansporne, sich normgemäß zu verhalten. *Kelsen* misst solchen Bestimmungen allerdings eine nur „ganz untergeordnete“ Rolle zu und verknüpft sie überdies mit zwangsbewehrten Normen. So ist die Verleihung eines Ehrenzeichens an eine Person zwar eine positive Sanktion, doch ist es einem anderen rechtlich verboten, sich dieses Ehrenzeichens zu rühmen.²⁴⁾ Doch gleichwie es sinnvoll sein kann, Verhaltensnormen (und nicht nur Sanktionsnormen) in den Vordergrund zu rücken,²⁵⁾ so auch, die positiven Akte zum Nennwert zu nehmen.²⁶⁾ Solche positive Motivationen stehen heute hoch im Kurs.²⁷⁾ Doch zu meinen, das Recht habe deshalb seinen Charakter als Zwangsordnung verloren, wäre naiv.²⁸⁾

III. Der subjektive Faktor

A. Willensakt und Sprechakt

Die Setzung einer Rechtsnorm ist stets von einem Befehl getragen: „Kein Sollen ohne Wollen“, „Kein Imperativ ohne Imperator“.²⁹⁾ Kombiniert man den Befehl damit, dass dem Befehlenden wie dem Befohlenen der Zwang bewusst ist, wird der Befehl zur (bedingten) Drohung.

Angesichts der Schwierigkeit, den „Willensakt“ empirisch festzumachen, erscheint es vorteilhaft, den zugrundeliegenden Akt als „Sprechakt“ zu deuten.³⁰⁾ Wenn also von der „Verbindlichkeit“ des Rechts die Rede ist, so ist damit gemeint, dass auf der subjektiven Ebene Menschen anderen Menschen ein Übel, nämlich einen Zwangsakt, androhen, falls sie nicht entsprechen.

Zunächst geht es also allein um das subjektive Sollen. Hat man sich von der Vorstellung eines realpsychischen Willensaktes gelöst, so bleibt also ein Sprechakt über; der freilich seinerseits wiederum aus einer subjektiven und ei-

²³⁾ Vgl. *F. Schauer*, Force 93.

²⁴⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre 35.

²⁵⁾ Vgl. näher *Jablöner*, Der Rechtsbegriff bei Hans *Kelsen*, in *Griller/Rill*, Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung (2011) 21 (33).

²⁶⁾ Es ist ja auch kontraintuitiv, in einer Belohnung primär den Ausschluss einer anderen Person von dieser Wohlfahrt zu sehen.

²⁷⁾ Das verhaltenstheoretische Konzept des „nudging“ stammt von *Thaler/Sunstein*, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness* (2008). Kritisch zur Verhaltenssteuerung durch Nudges: *Lepenies/Malecka*, Nudges, Recht und Politik: Institutionelle Implikationen, *Zeitschrift für praktische Philosophie* 2016, 487.

²⁸⁾ Vgl. *F. Schauer*, Force 98 oder *Knauff*, Regelungsverbund 25.

²⁹⁾ *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (1979) 33.

³⁰⁾ Vgl. *Jablöner*, Kein Imperativ ohne Imperator, Anmerkungen zu einer These *Kelsens*, in *Walter*, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (1988) 75 (82); *Van der Pfordten*, Validity in Positive Law: A mere summary Concept, in *Westermann/Hage/Kirste/Mackor* 1 (2).

ner objektiven Komponente besteht: Subjektiv setzt der „Sprecher“ bestimmte Zeichen, äußert etwas; objektiv werden die so gesetzten Zeichen am Maßstab einer sprachlichen Konvention als bestimmte Sprechakte gedeutet.³¹⁾

Dabei ist ein Unterschied zwischen jenen Sprechakten, die dadurch „performativ“ sind, als sie ganz bestimmte Zeichen gebrauchen, mit denen sie den Sprechakt auch tatsächlich setzen und jenen, die nur beschreibender Natur sind und daher keine soziale Tatsache setzen.³²⁾ Dafür bestehen subtile Regelungen der sprachlichen Semantik und Pragmatik: Einerseits kann mit dem Ausspruch „Ich lobe dich“ tatsächlich gelobt werden, andererseits mit „Ich beleidige dich“ keine Beleidigung erfolgen.

Semantik und Pragmatik sind – wie das folgende Beispiel zeigt – höchst differenziert: Die Drohung ist dem Sprechakt „Warnung“ eng verwandt. Während aber bei der Drohung das Übel unmittelbar vom Drohenden veranlasst wird, kommt es bei der Warnung – etwa vor einer ansteckenden Krankheit – von dritter Seite. Zudem braucht der Sprechakt, mit dem eine Handlung vollzogen wird, nicht seiner Semantik zu entsprechen.³³⁾

B. Drohungen und andere Direktiven

„Direktiven“ sind also Sprechakte, mittels derer das Verhalten eines anderen oder mehrerer anderer Menschen in eine bestimmte Richtung gelenkt, „gesteuert“ werden soll. Direktiven bestehen in einer großen Vielfalt.³⁴⁾ Auf einer Skala der Intensität sind Drohungen die äußerste Grenze vor der Anwendung physischer Gewalt.³⁵⁾ Aus der Fülle sonstiger direktiver Akte: Empfehlungen, Ratschläge, Muster, Wünsche, Ersuchen, Bitten etc.

Es ist die Intention des „Direktors“ – oder es ist ihm zumindest zuzusinnen – das Verhalten anderer Menschen tatsächlich wirksam steuern zu wollen, ungeachtet bloßer Redensarten oder Scherze. Hat der Direktor nun aber keine Zwangsmittel, die seine Drohung unterstützen oder möchte er – vielleicht aus Höflichkeit – von der Drohung keinen Gebrauch machen (können), worauf gründet er dann die Hoffnung, dass seine Direktive befolgt würde?

Tatsächlich können die „sanften Direktoren“ mit mannigfachen Erwartungen spekulieren:³⁶⁾ So kann auf die Vernunft des Adressaten gesetzt werden. Mit einer „Empfehlung“ wird die Präferenz des – offenkundig sachkundigeren –

³¹⁾ Die Sprechakttheorie – auf die hier nur allgemein verwiesen werden kann – wurde von *John L. Austin*, *How to Do Things with Words* (1962) begründet und von *Searle*, *Sprechakte. Ein sprachphilosophischer Essay* (1971) weiterentwickelt. Vgl dazu *Opalek*, *Theorie der Direktiven und der Normen* (1986) 121 und *Hindelang*, *Einführung in die Sprechakttheorie*⁵ (2010).

³²⁾ Vgl im Einzelnen *Hindelang*, *Einführung* 24.

³³⁾ So kann eine Drohung auch mittels des Verbs „warnen“ erfolgen und umgekehrt: „Die Polizei warnt: Wer zu schnell fährt, wird bestraft“ rsp „Wer heute das Haus verlässt, dem droht ein schweres Unwetter“. Der pragmatische Kontext ist stets relevant: So kann die Feststellung, dass es gerade regnet, jemanden zur Mitnahme eines Schirmes bewegen.

³⁴⁾ Vgl die Aufzählung bei *Hindelang*, *Einführung* 52. Aus rechtsdogmatischer Sicht vgl nur die Beispiele bei *M. Schramm*, *Verwaltungshandeln* 49.

³⁵⁾ Vgl nur den Terminus „Unmittelbare verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt“ (Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG).

³⁶⁾ Vgl *M. Schramm*, *Verwaltungshandeln* 102.

Empfehlenden offengelegt, es ist vernünftig, der Empfehlung zu folgen. Bei „Ermahnungen“ wird das – gleichsam sekundäre – Drohpotenzial der dem Adressaten später winkenden „rechtsförmlichen Belastung“ ausgespielt.³⁷⁾ Überall dort, wo Direktiven Ausdruck verbreiteter moralischer oder sittlicher Maßstäbe sind, kann der Sprecher auf eine intrinsische Motivation setzen. Es handelt sich dann um eine Art des „Aufrufs“, des „Ins-Gewissen-Redens“.³⁸⁾ Ein weiteres wichtiges Mittel ist die Bloßstellung: „Naming and Shaming“ der säumigen Adressaten. Man wird damit zwar nur gelegentlich menschliche Schuld- oder Schamgefühle erzeugen, wohl aber den Verlust von Reputation und allfällige Marktnachteile herbeiführen.³⁹⁾ Auch könnte der Adressat fürchten müssen, Vorteile in anderen Segmenten der Beziehung zu verlieren. Schließlich geht es eben um jene große Kategorie von Direktiven, die mit der Aussicht auf „positive“ Sanktionen verbunden sind: Belobigungen, Ehrungen, Erwähnungen etc. Soft Law spielt auf der ganzen Skala dieser Formen.

IV. Der objektive Faktor

A. Direktiven im Rahmen einer Rechtsatzform

Recht wird auf zwei nacheinander liegenden Ebenen erzeugt: Da die Rechtsetzung ein kommunikativer Vorgang ist, der mehrere Menschen voraussetzt, muss zunächst ein auf einem subjektiven Wollen beruhendes subjektives Sollen erzeugt werden. Damit dieses subjektive Sollen als Rechtsnorm objektive Geltung erlangt, muss es in den Deutungszusammenhang der bedingenden Normen gestellt werden: Der – mit der entsprechenden Drohung unterfütterte – Befehl des Exekutivorgans, anzuhalten, muss am Maßstab einer das Exekutivorgan dazu ermächtigenden Rechtsnorm etc. gedeutet werden: Das Recht als Deutungsschema.⁴⁰⁾

Nicht anderes gilt auch für sanfte Direktiven: Denn besteht für sie überhaupt kein Bezug zum Recht, so fallen sie – wie schon eingangs festgelegt – aus einem zweckmäßigen Begriff des Soft Law hinaus. Zwar können sie – etwa als bioethische Standards – sozial wirksam,⁴¹⁾ sogar für die Feststellung der Tatsachen im Rahmen der Rechtsanwendung relevant sein,⁴²⁾ doch werden sie dadurch noch nicht zu Rechtsquellen.⁴³⁾ Dies ist erst dann der Fall, wenn sie von einer Rechtsquelle rezipiert werden, sei es unter Beibehaltung ihres sanften Charakters, sei es unter Umwandlung in strenges Recht.⁴⁴⁾

³⁷⁾ Vgl M. Schramm, Verwaltungshandeln 119.

³⁸⁾ Vgl etwa die „Washington Principles on Nazi-Confiscated Art“ vom 3. November 1998. Vielleicht trifft diese Motivation auch auf den „Migrationspakt“ zu.

³⁹⁾ Vgl Knauff, Regelungsverband 295, 309.

⁴⁰⁾ Kelsen, Reine Rechtslehre 3. Zur gleichen Einsicht kommt im Übrigen auch Searle, Making the Social World (2010) 11: „There must be some outside convention, some extra-linguistic convention beyond the conventions of the language itself.“

⁴¹⁾ Vgl Kopetzki in Körtner/Kopetzki/Druml 63

⁴²⁾ Vgl Kopetzki in Körtner/Kopetzki/Druml 64.

⁴³⁾ Es wird nicht übersehen, dass die Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatfragen manchmal nicht möglich ist – vgl zB Funk, Aufgaben des Sachverständigen im Rahmen rechtlicher Entscheidungen, in Aicher/Funk, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1 (11).

⁴⁴⁾ Vgl Beispiele bei Kopetzki in WiR 235.

B. Die Direktiven im Rahmen einer Soft Law-Form

Wie schon ausgeführt, kehren entwickelte Rechtsordnungen spezielle Erzeugungsformen für Soft Law vor. Diesfalls wird der subjektive Sinn der Direktiven – oder zumindest ihre Semantik – gleichsam „überschrieben“. Das ist vor allem dort relevant, wo die Direktiven selbst als – oder wie – strenges Recht formuliert sind – etwa wenn von „Verpflichtungen“ die Rede ist, der Sinn aber vom Deutungsschema umgelenkt wird.⁴⁵⁾⁴⁶⁾ Besteht ein solches spezielles Deutungsschema, so kann von der Geltung des Soft Law gesprochen werden, bewirken Erzeugungsfehler aber auch die absolute Nichtigkeit dieser Akte in ihrer spezifischen Geltung als Soft Law: Fehlt einer parlamentarischen Resolution die Mehrheit, so kommt sie eben nicht zustande.⁴⁷⁾

C. Scheinbares Soft Law

Vor allem im Unionsrecht findet Soft Law häufig eine rechtstechnisch adäquate Quasi-Sanktion nach dem Prinzip „Comply or Explain“: Empfehlungen, Standards etc. lösen, falls ihnen nicht entsprochen wird, die Verpflichtung zu begründeten Berichten aus.⁴⁸⁾ In der Parallelwelt des Soft Law könnte man dann – statt von der „Verbindlichkeit“ – von einer „Beachtlichkeit“ dieser Akte sprechen.⁴⁹⁾ Allerdings ist auf indirekte Sanktionen zu achten: Löst die Nichtbefolgung der Berichtspflicht letztlich eine Sanktion aus, die über die politische Missbilligung hinausgeht – etwa den Verlust von Zuständigkeiten – so finden diese Akte umwegig wieder Eingang in das normale Recht.⁵⁰⁾

In diese Gruppe gehören auch Direktiven, die – wie „Warnungen“ eines Bundesministers vor bestimmten Produkten – ihre intendierte Wirkung zwar gegenüber den gewarnten Personen entfalten. Aus der Perspektive des Rechtsschutzes her betrachtet können Warnungen jedoch gegenüber jenen Dritten, die das Produkt, vor dessen Kauf gewarnt wird, am Markt anbieten, eine verbindlichem Recht entsprechende Wirkung zeitigen.⁵¹⁾

D. Umwandlung von Soft Law in Ermessen

Es liegt an der Struktur der Rechtsordnung, dass die Unterscheidung von Soft Law und Ermessensdeterminanten schwer fällt, ist doch jede Individualisie-

⁴⁵⁾ Wie beim Migrationspakt.

⁴⁶⁾ Die Deutung kann auch umgekehrt verlaufen: Ein Beispiel dafür sind auf Amtshilfe gerichtete Ersuchen (Art 22 B-VG). Das Wort „Ersuchen“ steht im bürokratischen Sprachgebrauch an der Grenze zwischen „Behördencourtoisie“ und „Veranlassung“. Das ersuchende Organ mag die Intention haben, die Hilfe eines anderen Organs zu „erbitten“. Betrachtet man aber etwa die Folgen eines Amtshilfeersuchens in der Strafprozessordnung (§ 76 StPO) so zeigt sich sogleich, dass damit eine Handlungspflicht des ersuchten Organs ausgelöst wird, denn „solchen Ersuchen ist ehest möglich zu entsprechen“.

⁴⁷⁾ Vgl. *Walter in Lang/Schuch/Staringer* 26.

⁴⁸⁾ Vgl. zunächst Art 148c B-VG, dann etwa § 69 Abs 5 Bankwesengesetz.

⁴⁹⁾ Die Wirkungen können dabei ziemlich intensiv sein. Zu den Abstufungen vgl. *Knauff, Regelungsverbund* 256, 277.

⁵⁰⁾ Vgl. *Walter in Lang/Schuch/Staringer* 26. So könnte etwa die Verweigerung eines Berichtes durch ein adressiertes Organ (Art 148c B-VG) eine Dienstplichtverletzung darstellen.

⁵¹⁾ VfSlg 18.747/2009.

rung und Konkretisierung des generellen Rechts mit der Eröffnung von Ermessensräumen verbunden – die berühmte Merkl'sche Lehre vom „doppelten Rechtsantlitz“. ⁵²⁾ Die Konsequenz daraus ist so etwas wie ein „König Midas-Phänomen“, in dem Sinn, dass alles, was im Rahmen einer Rechtsordnung produziert wird, auch geeignet ist, als Rechtsquelle herangezogen zu werden. ⁵³⁾ Damit wird aber die Grenze zwischen eigentlichen Akten des Soft Law und etwa Präambeln, Grundsatzserklärungen, Deklarationen, Bekenntnissen unscharf, ⁵⁴⁾ insb dann, wenn jene Akte auf einer höheren Stufe gelten und im Wege „rechtskonformer Interpretationen“ von den Gerichten gleichsam ins strikte Recht importiert werden. Bei der Diskussion um den Rechtscharakter des UN-Migrationspaktes ist genau hier der heikle Punkt: Es geht nicht darum, dass diese Regeln im Wege des Gewohnheitsrechtes zu strengem Recht werden, sondern vielmehr darum, dass sich die Gerichte bei ihrer Ermessensausübung auf diese Regeln beziehen könnten. ⁵⁵⁾⁵⁶⁾

Innerstaatlich kann Soft Law dort eine verfassungsrechtliche Schranke finden, wo ihm das Legalitätsprinzip einen Riegel vorschiebt: Eine an die Gerichte gerichtete Empfehlung, ein Delikt zu bestrafen, wäre zweifellos verfassungswidrig. ⁵⁷⁾

Damit stehen wir aber vor einer grundsätzlichen Schwierigkeit: Bisher ging es ja darum, Soft Law vom Recht abzugrenzen und zugleich positiv zu erfassen. Doch bewirkt die „Großzügigkeit“ des Apparates, mit dem Recht erzeugt wird, dass sich zugleich der direktive Stoff immer weiter ausdehnt. Aus der Perspektive der rechtsanwendenden Gerichte wird alles, was wie Recht „erscheint“, zur potenziellen Determinante eines Urteils: Das ganze Material wird förmlich in den Trichter der Rechtsprechung gezogen.

Der tiefere Grund dafür liegt in einem Strukturwandel des Rechts: Während in einer gestuften, quasi sortierten Rechtsordnung die auf den jeweiligen Stufen bestehenden Rechtsnormen klar hervortreten, bewirkt die „Entstufung“, dass in jedem Konkretisierungsfall immer das „Ganze“ zur Anwendung kommt. Rechtssoziologisch läuft dies auf einen Kompetenzzuwachs der Gerichte hinaus, der rechtspolitisch zu beurteilen ist. Das daraus resultierende Spannungspotenzial indessen ist notorisch, kann hier aber angedeutet bleiben.

⁵²⁾ Vgl Merkl, Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes, abgedruckt in *Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann*, Adolf Julius Merkl, *Gesammelte Schriften I/1* (1993) 227.

⁵³⁾ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925) 44.

⁵⁴⁾ Vgl Westermann, *Validity: The Reputation of Rules*, in *Westerman/Hage/Kirste/Mackor* 165 (166).

⁵⁵⁾ Es wäre methodologisch angezeigt, eigentliche Rechtsquellen und Rechtsanwendungsmaximen zu trennen – Vgl Jabloner, *Die Zusage an den Gesetzgeber: Interpretation oder Rechtsanwendung?* ZÖR 2018, 459 (471). Diese Differenz spielt aber in der Innensicht der Gerichte fast keine Rolle, da sie stetig Ermessen, also Entscheidungsressourcen, in Rechtskenntnisfunktionen umdeuten. Ein klassisches Beispiel dafür ist das Verständnis sog „Kannbestimmungen“ als gebundene Entscheidungen – vgl nur VwGH 28.3.2018, Ro 2016/09/0004.

⁵⁶⁾ Diese Tendenz ist ansatzweise beim EGMR, der sich ja zu einer Lesart der EMRK als „living Instrument“ versteht, festzustellen: So scheint er die Empfehlungen der „Venedig-Kommission“ für bindend zu erachten oder sie zumindest als Vermutungsregel zu betrachten – vgl etwa EGMR 7.9.2007, 71251/01, *Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale d'Iparralde v France*; EGMR 11.9.2009, 77568/01, 178/02, 505/02, *Petkov and others v Bulgaria*. Für das Unionsrecht vgl EuGH 13.12.1989, Rs C-322/88 (*Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles*), Slg 1989, 4407 hinsichtlich Empfehlungen der Kommission.

⁵⁷⁾ Vgl Walter in *Lang/Schuch/Staringer* 26.

VI. Der zwiespältige Nutzen von Soft Law

Soft Law ist also eine Steuerungsform, die sich den Rechtsapparat zunutze macht, ein eigenes normatives Instrument,⁵⁸⁾ das mit dem Recht eine Symbiose eingeht⁵⁹⁾ oder – maliziös gesprochen – parasitärer Natur ist. Seine Konjunktur kommt nicht von ungefähr, da mit dem Soft Law offensichtliche Defizite des Rechts – aber auch Legitimationsprobleme der Politik – kompensiert werden sollen. Wozu dient also Soft Law?⁶⁰⁾

Soft Law dient zunächst zur Entlastung der Rechtserzeugung, wenn Direktiven im Wege von Rezeptionen oder Verweisungen in das Recht inkorporiert werden. Dies ist dort zu finden, wo hohe Expertise und/oder internationale Homogenität notwendig sind, um Standards zu erarbeiten. Bleiben sie unverbindlich, so werden sie zu Soft Law, ansonsten zu strengem Recht.⁶¹⁾

Ein weiterer Einsatzbereich eröffnet sich als „Ersatzrecht“ oder besser: „Rechtsersatz“. Der Rechtsetzer möchte hier, bevor er zwingendes Recht erlässt, bestimmte Anschauungen fördern, in der Hoffnung, später eine Rezeption vornehmen zu können.⁶²⁾ Soft Law kann aber auch eingesetzt werden, um ganz explizit die Bildung von Gewohnheitsrecht zu verhindern.⁶³⁾

Manchmal kann der Rechtsetzer bei realistischer Einschätzung nicht (mehr) damit rechnen, seine Normen zwangsweise durchsetzen zu können.⁶⁴⁾ Dann es ist schädlicher, wenn intendiertes Recht unwirksam bleibt, als wenn Normen von vornherein als Soft Law erzeugt werden.

Schließlich kann – namentlich im Völkerrecht – Soft Law dazu dienen, gegenseitiges Erwartungen zu stabilisieren⁶⁵⁾ oder ganz allgemein politisches Streben zu „veredeln“: Um politischen Akten ein höheres Maß an Würde zu geben, werden sie in Rechtsformen gegossen.⁶⁶⁾

Allerdings: Der juristische Argwohn gegen Soft Law bleibt bestehen. Es hat wohl eher seinen Platz im internationalen Recht. Im staatlichen Recht kann es manipulativ wirken und den Rechtsschutz ausschalten.⁶⁷⁾

⁵⁸⁾ Das – wenn wirksam – zweckmäßigerweise auch normativ beschrieben werden kann; vgl. *Walter in Lang/Schuch/Staringer* 27.

⁵⁹⁾ Beispiele bei *Williamsen*, *Hard Law, Soft Law, and Non-Law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypotheses*, *Chicago Journal of International Law* 2003, 59.

⁶⁰⁾ Vgl. zum Folgenden: *Knauff*, *Regelungsverbund* 378.

⁶¹⁾ Vgl. *Eisenberger*, *Regelbildung durch Private*, in *Fuchs ua*, *Staatliche Aufgaben, private Akteure* (2015) 103.

⁶²⁾ So etwa die 2000 erfolgte feierliche Proklamation der Grundrechtecharta bis zu ihrer Inkorporierung in das Primärrecht. Vgl. auch *Gersen/Posner*, *Stanford Law Review* 2008, 586.

⁶³⁾ Vgl. *Knauff*, *Regelungsverbund* 233.

⁶⁴⁾ Vgl. die ungemein komplexen Überlegungen zur „Compliance“ mit Abkommen zur Rüstungsbegrenzung bei *Williamsen*, *Chicago Journal of International Law* 2003, 59, *passim*.

⁶⁵⁾ Vgl. *Zemanek*, *Is the Term „Soft Law“ convenient?* in *FS Seidl-Hohenveldern* (1998) 843 (864).

⁶⁶⁾ Vgl. den im Militär üblichen „Tagesbefehl“, etwa des Bundespräsidenten.

⁶⁷⁾ Soft Law kann – in der Formulierung von *Anne Ruth Mackor* – „undermine trust that the powers and obligations of the most powerful organizations of the state (...) are well defined and therewith restricted“ – vgl. *Mackor*, *What is Legal Validity and is it important?* in *Westerman/Hage/Kirste/Mackor* 125 (138); *M. Schramm*, *Verwaltungshandeln* 144. Vgl. indessen schon *Korinek in Lang/Schuch/Staringer* 31: „Es sind diese Zwischenformen und Übergänge, die mich beunruhigen“.

VII. Zusammenfassung

1. Soft Law ist ein Oberbegriff für soziale Steuerungen, die zwar in einer Beziehung zum Recht stehen, dessen Verbindlichkeit aber nicht teilen.
2. Soft Law wird durch Instanzen erzeugt, die zwar kompetent wären, auch Recht zu setzen, sich indessen der verfügbaren Rechtserzeugungsformen oder spezieller Formen bedienen, um damit das Verhalten der Adressaten „sanft“ zu steuern.
3. „Direktiven“ ist der Oberbegriff über verhaltenssteuernde Sprechakte. Die Drohung nimmt in dieser Klasse die strengste Position ein, sie bleibt der zwangsgestützten Rechtserzeugung vorbehalten. Soft Law liegt vor, wenn mildere Direktiven gesetzt werden – etwa Empfehlungen etc. Ihre Wirksamkeit beruht auf anderen Faktoren als dem Zwang.
5. Die subjektive Setzung jedes direktiven Aktes wird durch seine Deutung im Rechtsdingungszusammenhang gleichsam überschrieben. Die objektive Deutung kann zur Bestätigung, zur Verneinung oder zur Herstellung des Charakters einer Direktive als Soft Law führen.
6. Direktiven können sich bei näherem Hinsehen als Teile des strengen Rechts herausstellen: Indirekte Sanktionen; weiche, aber nicht unverbindliche Sanktionen; Drittwirkungen.
7. Soft Law-Phänomene zeigen eine nahe Verwandtschaft zu Rechtsinhalten deklarativer Natur, wie Bekenntnisse etc. Mit der fortschreitenden Entstufung des Rechts verschwimmt auch der Unterschied zwischen Recht und Soft Law. Auf diese Weise kann es zu einer richterrechtlichen Transformation von Soft Law in strenges Recht kommen.
8. Die hauptsächlichen Einsatzgebiete von Soft Law sind die Rechtsvorbereitung, der Rechtsersatz und die Veredelung politischer Akte.