

# TEIL I: ALLGEMEINES

## A. Problemaufriss

Das positive Recht ist nur ein Instrument der Verhaltenssteuerung. Vielfach werden gesellschaftliche Probleme durch alternative Steuerungsinstrumente gelöst. Einerseits wird Gesetzesrecht durch rechtsunverbindliche, staatliche Regelungen ergänzt; andererseits übernehmen Private die Regelsetzung bzw wird Gesetzesrecht durch private Regeln ausgefüllt. Derartige Regelungen sind keine generelle Rechtsquellen. Dennoch erzeugen sie generelle Rechtswirkungen, die von einer bloßen Berücksichtigung als Auslegungsbehelf bis hin zu einer zwangsweisen Durchsetzung reichen können. Sie sind kein Recht, aber mit Rechtswirkungen ausgestattet und damit Soft Law.<sup>1</sup>

- 1 Für eine allgemeine Definition K. Weber, Soft Law, in Creifelds (Hrsg), Rechtswörterbuch<sup>25</sup> (2020). Bei Soft Law handelt es sich keineswegs um ein neues Phänomen. Lange Tradition hat Soft Law im Völkerrecht, in dessen Kontext der Begriff Regelungen außerhalb der völkerrechtlichen Rechtsquellen gem Art 38 IGH-Statut bezeichnet (bspw Knauff, Der Regelungsverband: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem (2010) 214 ff, 258 ff; Ehrlicke, „Soft law“ – Aspekte einer neuen Rechtsquelle, NJW 1989, 1906). Ganz idS wurde der Begriff in das europäische Recht transformiert und für nicht-rechtsförmige Handlungen der EU-Organe gebraucht (EuGH 26/62, Van Gend und Loos, ECLI:EU:C:1963:1; Europäisches Parlament, Entschließung vom 4. 7. 2007 zu rechtlichen und institutionellen Auswirkungen der Verwendung von nicht zwingenden Rechtsinstrumenten („soft law“) (2007/2028(INI)), ABl C 2008/187E, 75; siehe exemplarisch Müller-Graff, Das „Soft Law“ der europäischen Organisationen, EuR 2012, 8; Schwarze, Soft Law im Recht der Europäischen Union, EuR 2011, 3; Soltész, Europäisches „Soft Law“ – Ein Wesen ohne Kuschelfaktor, EuZW 2013, 881; Martens, Methodenlehre des Unionsrechts (2013) 247 ff; von Graevenitz, Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkungswirkung, EuZW 2013, 169). Auch auf nationaler Ebene ist Soft Law an den Staat rückgekoppelt und bezeichnet Regelungen, die von grds zur Rechtsetzung befugten Instanzen erzeugt werden (vgl Jabloner, Was ist rechtlich am Soft Law? In FS Koetzki (2019) 241 (243); weiter wohl noch Jabloner/Okresek, Theoretische und praktische Anmerkungen zu Phänomenen des „soft law“, ZÖR 1983, 217). In jüngerer Zeit hat sich der Soft Law-Begriff von einer staatlichen Regelsetzung losgelöst und wurde um Regelungen Privater erweitert (allgemein zB Blutman, In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law, The International and Comparative Law Quarterly 2010, 605 (608); Strauß, Soft Law als Steuerungsinstrument in der Bankenaufsicht (2016) 59 ff; siehe exemplarisch zum Normenwesen: Lachmayer, Technokratische Rechtssetzung Privater, Juridikum 2013, 109; zur Corporate Governance: Krejci, Sind Corporate Governance Codes Soft Law? In Lang/Schuch/Staringer (Hrsg), Soft Law in der Praxis (2005) 53; zur Corporate Social Responsibility (CSR): Spießhofer, Unternehmerische Verantwortung: Zur Entstehung einer globalen Wirtschaftsordnung (2017) 38; von „intermediärer“ Rechtsetzung sprach bereits Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag (1981) 221. Abl aber etwa Knauff, Regelungsverband 217 ff, der den Begriff vorrangig auf hoheitliche Regelungen bezieht.). Der Begriffsinhalt von Soft Law ist aber nach wie vor umstr: näher Abschnitt B.1.a.

Die Rechtsnatur, Verbindlichkeit und Legitimation von Soft Law waren Gegenstand zahlreicher öffentlich-rechtlicher Studien.<sup>2</sup> Auch die Privatrechtswissenschaft kommt aber nicht mehr umhin, sich systematisch mit Soft Law auseinanderzusetzen. Denn Soft Law beeinflusst das Privatrecht im Allgemeinen, wie insb das Unternehmens- und Wirtschaftsrecht im Besonderen, in vielfältiger Hinsicht:

Zunächst sind mit Soft Law Reflexwirkungen für Privatrechtssubjekte verbunden. Legt eine Behörde ihrer Entscheidung ein internes Regelwerk zugrunde, gehen damit konsequenterweise Wirkungen für die der behördlichen Aufsicht unterworfenen Privatrechtssubjekte einher. Zu denken ist in diesem Zusammenhang insb an zur einheitlichen Gesetzesauslegung oder Gesetzesanwendung erzeugte Regelwerke, wie Empfehlungen und Leitlinien der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (*European Supervisory Authorities – ESA*)<sup>3</sup> oder Mitteilungen der Europäischen Kommission im Kartellrecht<sup>4</sup>. Indem diese Regelwerke angewendet werden, erzeugen sie Außenwirkungen;<sup>5</sup> sie sind Soft Law (in der Folge: behördliches Soft Law). Privatrechtssubjekte werden behördliches Soft Law befolgen, um eine allfällige Sanktionierung bereits im Vorfeld zu unterbinden. Damit eröffnet sich die Frage

- 2 Grundlegend *Thürer*, Soft Law, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 3/2009, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1469?prd=EPIIL> (abgefragt 1. 7. 2022); *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft: Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes (2003); *Fuchs/Merli/Pöschl/Sturn/Wiederin/Wimmer* (Hrsg), Staatliche Aufgaben, private Akteure I: Erscheinungsformen und Effekte (2015); *Grießer*, „Soft Law“ in der Europäischen Union und Österreich (unveröffentlichte Dissertation 2016) <https://diglib.uibk.ac.at/ulbtirolhs/download/pdf/1033358?originalFilename=true> (abgefragt 1. 7. 2022); breiter aus öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Sicht zB *Möllers* (Hrsg), Geltung und Faktizität von Standards (2009); *WiR* (Hrsg), Privatisierung der Rechtsetzung (2018); sowie die in FN 1 zitierte Lit.
- 3 Mit der Finanzkrise wurde diese gängige Verwaltungspraxis formalisiert und mit Art 16 ESA-VO (VO (EU) 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 11. 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission, ABl L 2010/331, 12; VO (EU) 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 11. 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission, ABl L 2010/331, 48; VO (EU) 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 11. 2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG der Kommission, ABl L 2010/331, 84) eine sekundärrechtliche Grundlage für Soft Law im Finanzmarktrecht geschaffen. Zur Selbstbindung der Behörden im Finanzmarktrecht zB *B. Raschauer*, „Leitlinien“ europäischer Agenturen, ÖZW 2013, 34 (37). Siehe hierzu Abschnitt D.
- 4 Insb das Kartellrecht zeichnet sich durch eine starke Verwendung von Soft Law aus; zur Rechtsqualität siehe zB *Thomas*, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, 423.
- 5 Unstr; siehe nur *B. Raschauer*, Ordnungsprinzipien im Bankaufsichtsrecht? Eine Einleitung, in *B. Raschauer* (Hrsg), Aktuelles Bankaufsichtsrecht (2012) 7 (11 f); ebenso *B. Raschauer*, ÖZW 2013, 34 (34).

nach der Einbettung von behördlichem Soft Law in die privatrechtlichen Pflichten. Kann eine Anwendung von behördlichem Soft Law privatrechtlich exkulpieren? Haben die aufsichtsunterworfenen Privatrechtssubjekte behördliches Soft Law im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten zu beachten und in welchem Umfang? Können sich dritte Personen auf behördliches Soft Law stützen, die in einem Rechtsverhältnis zum aufsichtsunterworfenen Privatrechtssubjekt stehen? Haben sich Gerichte in Zivilsachen an behördlichem Soft Law zu orientieren, es gar anzuwenden, oder kann Soft Law unberücksichtigt bleiben?

Noch deutlicher stellt sich die Frage nach der Einbettung von Soft Law in das Privatrecht, wenn behördliches Soft Law privatrechtliche Fragestellungen „mitregelt“. Dies geht teils so weit, dass behördliches Soft Law mit privatrechtlichen Bestimmungen kollidiert<sup>6</sup> oder Vertragsverhältnisse der aufsichtsunterworfenen Privatrechtssubjekte mit Dritten berührt.<sup>7</sup> Dann stellt sich ganz generell die Frage, ob aus behördlichem Soft Law eine neue Verpflichtung für Privatrechtssubjekte erzeugt und der privatrechtliche Pflichtenkatalog verändert werden kann. Soweit ein Widerspruch zum Privatrecht vorliegt, schließt die Folgefrage an, ob dem (verwaltungsrechtlichen) Soft Law-Akt der Vorrang einzuräumen ist, oder die Handlungen am Privatrecht auszurichten sind, womit uU eine behördliche Sanktionierung in Kauf genommen wird.

Mitunter ist Soft Law durch eine öffentlich-rechtliche Anwendungsverpflichtung abgesichert. So veröffentlicht etwa die als Körperschaft öffentlichen Rechts organisierte Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer (KSW) außerhalb ihrer Verordnungsermächtigung verschiedene Regelwerke, die den Berufsangehörigen die Erfüllung ihrer Berufspflichten erleichtern (in der Folge: berufsständisches Soft Law)<sup>8</sup>. Zugleich bilden diese aber auch die Basis der standesrechtlichen Beurteilung, ob die Berufspflichten erfüllt wurden. Abweichungen können als Berufsvergehen geahndet werden.<sup>9</sup> Aus privatrechtlicher Sicht ist damit von Interesse, ob die stan-

6 Zur Problematik *Ladler*, Informationsrechte der Compliance-Funktion in Wertpapierdienstleistungsunternehmen: Gesellschaftsrecht und Aufsichtsrecht im Konflikt? In *Behme/Fervers/Hofmann/Maute/Röder/Sattler/Schmidt/Seibl* (Hrsg), *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft* (2017) 133. Insb Abschnitte D.2., D.3.a.aa.3.ii., D.3.b.aa.3.

7 Zu *ESMA*, Leitlinien zu Querverkäufen vom 11. 7. 2016, *ESMA/2016/574*, [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-574\\_de.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-574_de.pdf) (Rz 26f, abgefragt 1. 7. 2022): *Wolfbauer*, Leitlinien der ESMA zu Querverkäufen („Cross Selling“), *ZFR* 2016, 566 (568). Zum Bankvertragsrecht: *Russ/Bollenberger*, Leitlinien der europäischen Aufsichtsbehörden im Rahmen des ESFS: Rechtsqualität und Auswirkungen auf Kundenverträge, *ÖBA* 2015, 806.

8 Dieses ist freilich nur eine Teilmenge beruflichen Soft Laws, das sowohl von gesetzlichen, aber auch von privaten Interessensvertretungen entwickelt werden kann; dazu Abschnitt E.1.

9 Gem § 71 Abs 1 *WTBG* (Wirtschaftstreuhandberufsgesetz 2017 *BGBI* I 2017/137) haben Wirtschaftstreuuhänder die gem § 72 *WTBG* zu erlassenden Richtlinie der KSW zu befolgen. Die Verordnung der KSW über die Allgemeine Richtlinie über die Ausübung der Wirtschaftstreuhandberufe der KSW (*WT-AARL* 2017-KSW), *ABl* der KSW Sondernummer II/17 vom 22. 12. 2017, [https://www.ksw.or.at/PortalData/1/Resources/berufsbild/berufsrecht/AB\\_Sondernummer\\_02\\_17\\_Final.pdf](https://www.ksw.or.at/PortalData/1/Resources/berufsbild/berufsrecht/AB_Sondernummer_02_17_Final.pdf) (abgefragt 1. 7. 2022) verpflichtet

desrechtliche Anwendungsverpflichtung auf das Privatrecht durchschlägt; maW ob aus einer Missachtung von beruflichem Soft Law notwendigerweise ein privatrechtlicher Pflichtenverstoß folgt. Damit einhergehend stellt sich auch die Frage, ob in dieser Beurteilung Unterschiede zu Soft Law bestehen, das nicht durch eine Anwendungsverpflichtung abgesichert ist.

Eine privatrechtliche Auseinandersetzung mit Soft Law ist auch immer dann erforderlich, wenn privatrechtliche Bestimmungen direkt auf Soft Law verweisen. So schreibt bspw § 243c UGB<sup>10</sup> die Nennung eines allgemein anerkannten Corporate Governance Kodex und eine Erklärungspflicht bei Abweichungen vor. Auch § 243b Abs 5 UGB verweist auf „Rahmenwerke“, auf die die nichtfinanzielle Erklärung gestützt werden kann. Als allgemein zivilrechtliche Bestimmung ist etwa § 1320 Abs 2 ABGB<sup>11</sup> zu nennen, der zur Ermittlung des Pflichteninhaltes an anerkannte „Standards“ der Tierhaltung anknüpft. Privatrechtlich relevant wird damit die Frage, welche Soft Law-Instrumente denn als Beurteilungsmaxime herangezogen werden dürfen und welche Anforderungen an die Regelbildung oder Regelanerkennung zu stellen sind.<sup>12</sup>

Schließlich eröffnen sich privatrechtliche Fragestellungen immer dann, wenn und weil Private Soft Law setzen. Ganz generell hat die Regelsetzung durch Private eine lange Tradition. Sie bestand bereits vor der Entwicklung der modernen Nationalstaaten; zu denken ist nur an die *lex mercatoria*, die ihren Ursprung im mittelalterlichen Handelsverkehr hat.<sup>13</sup> Durch moderne Regulierungskonzepte, die von einem Rückzug des Staates geprägt sind, und die Globalisierung hat sie wieder an besonderem wissenschaftlichem Interesse gewonnen.<sup>14</sup> Denn in der modernen Wirtschaftsrealität werden Regeln durch Interessenvertretungen oder andere Verbände erarbeitet. Grds binden private Regelungen nur diejenigen, die der Regelung zugestimmt bzw sich dieser unterworfen haben. Dennoch haben sich private Regelwerke „*verselbständigt*“ und entfalten mitunter auch rechtliche Wirkungen für Verbandsfremde. Nur exemplarisch an dieser Stelle anzuführen sind etwa die FIS-Regeln für Schifahrer,<sup>15</sup> die vom verbandsexternen Hobbysportler beachtet werden

---

Wirtschaftstreuhand ihrerseits gem § 2 „*die anerkannten fachlichen Regeln, insbesondere die Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhand, zu beachten*“. Eine Missachtung des Berufsrechts (und damit wohl auch eine Missachtung der Fachgutachten) stellt gem § 120 Z 25 WTBG ein Berufsvergehen dar, das disziplinar geahndet werden kann. Siehe bereits (allerdings noch zur alten Rechtslage) *Ladler*, Pflichten des Stiftungsprüfers, PSR 2014, 186.

10 Unternehmensgesetzbuch dRGI 1897, 219.

11 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946.

12 Diese sind nach dem Regelungswillen des Gesetzgebers „*von den gesetzlichen landwirtschaftlichen Interessenvertretungen ausgearbeitete Standards der Alm- und Weidetierhaltung*“: ErläutRV 623 BlgNR 26. GP 1. Krit zu einer solchen Auffüllung bspw *Dullinger*, Haftung für Schäden durch Weidetiere nach dem HaftRÄG 2019, JBl 2020, 686 (688).

13 Bspw *K. Berger*, Die Neue Lex Mercatoria: Ist Transnationales Wirtschaftsrecht kodifizierbar? In *Bumke/Röthel* (Hrsg), Privates Recht (2012) 119 (121 f).

14 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht (2010) 1 f.

15 *Fédération Internationale de Ski (FIS)*, 10 FIS Rules for Conduct idF 2016, [https://assets.fis-ski.com/image/upload/v1585812658/fis-prod/assets/10\\_fis\\_rules\\_for\\_conduct\\_and\\_](https://assets.fis-ski.com/image/upload/v1585812658/fis-prod/assets/10_fis_rules_for_conduct_and_)

sollen. Damit sind sie Soft Law. Typische privatrechtliche Fragestellungen beziehen sich demgemäß auf die Legitimation der Regeln, auf die Anforderungen an die Regelsetzung und die Regeldurchsetzung.<sup>16</sup>

Gleichsam „*doppelt*“ privatrechtlich relevant sind private Regelungen, wenn Rechtsnormen des Privatrechts durch privates Soft Law „*aufgefüllt*“ werden. Zu denken ist in diesem Zusammenhang einerseits an gesetzliche Bestimmungen, die auf einzelne Soft Law-Instrumente verweisen. Denkbare Beispiele sind vielfältig: Exemplarisch angeführt sei das Normenwesen: Private, aber staatlich anerkannte Normungsinstitutionen entwickeln technische Standards, die für verbindlich erklärt werden können.<sup>17</sup> Vielfach verweisen gesetzliche Generalklauseln auf den „*Stand der Technik*“ u.Ä, die einer Konkretisierung durch (auch rechtsunverbindliche) Normen<sup>18</sup> bedürfen.<sup>19</sup> Andererseits stellt sich auch hier die in Bezug auf behördliches und berufliches Soft Law aufgeworfene Frage, ob und inwieweit gesetzliche Bestimmungen durch privates Soft Law aufgefüllt werden und dieses in die Beurteilung privatrechtlicher Rechte und Pflichten einfließt. So werden etwa Normen auch abseits eines gesetzlichen Verweises als Auslegungsmaxime herangezogen und beeinflussen ua den zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstab.<sup>20</sup> Von wissenschaftlichem Interesse ist dabei ua die Vorfrage, unter welchen Voraussetzungen privates Soft Law Eingang in die privatrechtliche Beurteilung findet.

Der Einfluss von Soft Law auf das Privatrecht ist damit gleichermaßen vielfältig wie heterogen. Dies steht einer Systembildung aber nicht entgegen. Vielmehr zeigt bereits dieser kurze Abriss den Nutzen einer Systembildung auf. Denn auch, wenn Soft Law auf verschiedene Regelsetzer und Rechtsgebiete rückführbar ist, sind die sich eröffnenden privatrechtlichen Fragestellungen im Grunde ähnlich und damit einem Vergleich zugänglich.<sup>21</sup> So können Strukturunterschiede zwischen verschiedenen Soft Law-Komplexen herausgearbeitet, aber auch die zu einem Soft Law-Instrument oder Soft Law-Komplex erzielten Lösungsansätze für andere Bereiche fruchtbar gemacht werden.

Bislang fehlt es aber an einer solchen Systembildung. Ganz generell erscheinen die Wechselwirkungen zwischen Recht und Soft Law „*kaum juristisch durchdrun-*

---

environment\_02.08.2016\_gender\_neutral\_31032020.pdf (abgefragt 1. 7. 2022) (in der Folge: FIS-Regeln).

16 Siehe insb die Untersuchung bei *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung 255 ff.

17 § 9 NormG (Normengesetz 2016 BGBl I 2015/153).

18 Soweit in der Folge der Begriff der „*Norm*“ oder „*Normen*“ verwendet wird, sind damit im Rahmen des Normenwesens erzeugte Regelungen adressiert. Diese sind von rechtlich verbindlichen Regelungen zu unterscheiden. Rechtlich verbindliche Regelungen werden als „*Rechtsnorm*“ oder einen anderen Zusatz, wie „*Inklusionsnorm*“, ausgewiesen.

19 *Grundlegend Saria* (Hrsg), *Der „Stand der Technik“: Rechtliche und technische Aspekte der „Technikklauseln“* (2007). Näher insb Abschnitt C.

20 Näher Abschnitt C.2.

21 Dies macht sich auch der Gesetzgeber zu Nutze: So wurde etwa in den Materialien zu § 1320 Abs 2 ABGB, der die Haftung des Tierhalters regelt, ein Vergleich zu den FIS-Regeln gezogen, die Verhaltensregeln des Schiffahrers normieren, und die aus den FIS-Regeln gewonnenen Grundsätze für die Sorgfaltspflichten fruchtbar gemacht: ErläutRV 623 BlgNR 26. GP I.

gen“.<sup>22</sup> Auch wurde die privatrechtliche Bedeutung von Soft Law vorrangig in Teilbereichen aufgearbeitet: Besonderes Augenmerk hat die Regelsetzung durch Private erfahren; neben einzelnen privaten Regelwerken in Schwerpunktbereichen,<sup>23</sup> wurde die private Regelsetzung systematisch erfasst.<sup>24</sup> Auch diese Studien lassen aber Raum für Untersuchungen. So kommen etwa *Buck-Heeb/Dieckmann* zum Schluss „wie wenig die Potentiale der Selbstregulierung ausgelotet und aktiviert sind“.<sup>25</sup> Auch *Köndgen* weist auf die Notwendigkeit weiterführender Untersuchungen hin,<sup>26</sup> während *Leyens* die Grenzen seiner grundlegenden Systematisierung aufzeigt.<sup>27</sup> Nicht zuletzt die Prominenz privater Regelwerke in der rezenten wissenschaftlichen Debatte ist als ein Beleg zu werten, dass noch Klärungsbedarf besteht.<sup>28</sup> So erscheinen

22 Deutlich *Knauff*, Regelungsverbund 18. Jüngst Untersuchungsbedarf aufzeigend zB *Gmeiner*, Verhaltenskodizes und Ähnliches – oder: Anmerkungen zum „Hartkochen von Soft Law“, ZfV 2020, 215 (216).

23 Schwerpunktbereiche sind einerseits die „Klassiker“ der privaten Regelsetzung, wie das Normenwesen: exemplarisch *Saria* (Hrsg), Stand der Technik. Andererseits sind die literarischen Schwerpunkte auf „Wellen“ von Soft Law rückführbar. So rückte Soft Law spätestens ab 2000 durch die Entwicklung von Corporate Governance Kodizes in den Mittelpunkt privatrechtlichen Interesses: siehe aus österreichischer Sicht insb *Haberer*, Corporate Governance (2003); *Prändl/Geppert/Göth* (Hrsg), Corporate Governance Kodex: Praxishandbuch (2003); *Völkl*, Corporate Governance Enforcement: Mit einem Beitrag zur allgemeinen zivilrechtlichen Informationshaftung (2004) bzw mit der zunehmenden Prominenz der CSR: *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung. Weitere Schwerpunktsetzungen bestehen insb im Bereich der Rechnungslegung (bspw *Waldhoff*, Privatisierung der Rechtsetzung: Bilanzrecht, in *WiR* (Hrsg), Privatisierung 95; *J. Wüstemann/Bischof/S. Wüstemann*, The Economics of Private Law: Consequences of the Choice and Application of Accounting Standards From Institutional, Theoretical and Empirical Perspectives, in *Bumke/Röthel* (Hrsg), Privates Recht 157) oder im Finanzsektor (zur Bedeutung zB *van Aaken*, Variable Strukturen der kooperativen Aufgabenwahrnehmung in der Architektur der Finanzmarktaufsicht: Die Überformung europäischer Finanzmarktregulierung durch internationale Standards, in *Kadelbach* (Hrsg), 60 Jahre Integration in Europa (2011) 75; *Nobel*, Internationale Standards im Finanzmarktrecht: Im Allgemeinen und im Besonderen, in FS Wiegand (2005) 881). Lange Tradition hat Soft Law auch im transnationalen Wirtschaftsrecht; siehe nur zur Entwicklung der *lex mercatoria Piervogianini* (Hrsg), From lex mercatoria to commercial law (2005) oder zum Vertragsrecht *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz (2006) 182 ff.

24 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung; *Bachmann*, Private Ordnung: Grundlagen ziviler Regelsetzung (2006); grundlegend *Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987); zu Selbstverpflichtungen *Köndgen*, Selbstbindung; *Leyens*, Selbstbindungen an untergesetzliche Verhaltensregeln: Gesetz, Vertrag, Verband, Publizität und Aufsichtsrecht, AcP 2015, 611.

25 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung 311.

26 *Köndgen*, Privatisierung des Rechts: Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, AcP 2006, 477 (523).

27 *Leyens*, AcP 2015, 611 (621): „bestenfalls exemplarisch zu leisten“:

28 *WiR* (Hrsg), Privatisierung; *ÖJK/R. Müller* (Hrsg), Entstaatlichung des Rechts (2014); *Fuchs/Merli/Pöschl/Sturn/Wiederin/Wimmer* (Hrsg), Staatliche Aufgaben; siehe auch die Befassung mit der Thematik durch den Deutschen Anwaltstag: „Soft Law – Herausforderungen für den Rechtsstaat“ (*DeutscherAnwaltVerein*, Deutscher Anwaltstag 2019: „Rechtsstaat leben“ (2019), <https://anwaltstag.de/files/anwaltstag.de/2019/allgemeines/dat-2019-programmheft.pdf> (12, abgefragt 1. 7. 2022)) bzw durch die *Schweizer Gesell-*

insb die Außenwirkungen privater Regelwerke nur wenig erfasst. Teils werden die Außenwirkungen (bzw Drittwirkungen) – wenngleich anerkannt – scheinbar aus einer allgemeinen Systembildung privaten Rechts ausgeklammert;<sup>29</sup> teils als dogmatisch nicht erfassbar betrachtet;<sup>30</sup> teils als „*faktisch geltend*“ vorausgesetzt<sup>31</sup>. Entsprechend umstr ist auch die Einordnung privater Regelwerke mit Außenwirkung in die Rechtsquellenlehre.<sup>32</sup> Damit scheinen tiefere dogmatische Fragen aufzuwerfen zu sein, um die Außenwirkungen privater Regelwerke vollumfänglich erfassen zu können.

Dies zeigt sich auch in den speziellen Studien zu einzelnen privaten Soft Law-Komplexen. So wurde insb das Normenwesen tiefschürfend behandelt; vielfache Auseinandersetzungen hatten etwa die Rechtsqualität von Ö-Normen und privatrechtliche Problemkreise, wie das Verhältnis von Sorgfaltspflichten und dem „*Stand der Technik*“ zum Gegenstand.<sup>33</sup> Dennoch bestehen – ähnlich wie bei den allgemeinen Studien in Bezug auf die Außenwirkungen – noch offene Fragen insb im Hinblick auf die Voraussetzungen einer Einbeziehung von Normen in die Sorgfaltspflichten. Außerdem sind die Unterschiede zu nicht-technischen Normen, wie ONR, näher auszuloten, auf die die in Bezug auf technische Normen entwickelten Grundsätze mitunter nur eingeschränkt übertragbar sind. Daneben wurde bspw auch der Österreichische Corporate Governance Kodex (ÖCGK) umfassend im Hinblick auf seine Einbettung in die Rechtsordnung und seine Bedeutung für die Haftung der Gesellschaftsorgane analysiert.<sup>34</sup> Wie aber etwa die spätere Debatte um den Einfluss von Compliance Codes oder CSR-Rahmenwerken auf die Haftung der Gesellschaftsorgane belegt,<sup>35</sup> blieb dabei aber Vieles umstr, wenn nicht ungeklärt.

Allgemein ist zu beobachten, dass je „*staatsnäher*“ ein Soft Law-Instrument ist, desto dünner die Untersuchungen der privatrechtlichen Wirkungen ausfallen. So scheinen die privatrechtlichen Wirkungen von behördlichem Soft Law beinahe ausgeklammert zu werden. Dies wird insb in Bezug auf die jüngste große „*Welle*“ des Soft Law deutlich, die mit der Errichtung der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden als Reaktion auf die Finanzkrise ausgelöst wurde. Diese sind ermächtigt, an

---

*schaft für Gesetzgebung*, Grauzonen der Rechtsetzung – Von Weisungen, Rundschreiben und anderen Erscheinungen, LeGes 2018/3, <https://leges.weblaw.ch/legesissues/2018/3.html> (abgefragt 1. 7. 2022).

- 29 *Bachmann*, Private Ordnung 300ff widmet sich etwa „*Drittbindungen*“ und deren dogmatischen Grenzen, ohne die möglichen Drittwirkungen auszdifferenzieren.
- 30 Vgl zu FIS-Regeln *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung 89; zu Anstaltsordnungen privater Anstaltsträger *Kopetzki*, Private Rechtsetzung – Medizinrecht, in *WiR* (Hrsg), Privatisierung 229 (250 mwN).
- 31 Vgl *Köndgen*, AcP 2006, 477 (517); *Leyens*, AcP 2015, 611 (623).
- 32 Für eine Übersicht über den Meinungsstreit im Hinblick auf die *lex mercatoria* *K. Berger* in *Bumke/Röthel* 119; ebenso *Zumbansen*, Die Lehren der Lex Mercatoria: Notizen zur Emergenz und Methodologie privater Normsetzung in der Globalisierung, in *Bumke/Röthel* (Hrsg), Privates Recht 135; siehe näher den Diskussionsstand in Abschnitt B.1.a.bb.3. und die dortigen Nachweise.
- 33 Siehe die Nachweise in FN 23; Abschnitt C.1.
- 34 Siehe die Nachweise in FN 23; Abschnitt C.2.b.bb.
- 35 Zu Compliance bspw *Ladler*, Haftung und Compliance: Wie beeinflusst eine CMS-Zertifizierung den Sorgfaltsmaßstab? *ALJ* 2016, 78; näher zur Problematik Abschnitt C.2.

nationale Aufsichtsbehörden und individuelle Marktteilnehmer gerichtetes Soft Law zu erlassen. Wenngleich privatrechtliche Wirkungen dieser Soft Law-Instrumente anerkannt sind, setzte sich kaum jemand vertieft mit der Materie auseinander.<sup>36</sup> Geradezu bemerkenswert ist dabei, dass auch kaum diesbzgl relevante Vorarbeiten bestehen, die sich ganz generell mit der Einbettung von behördlichem Soft Law in das Privatrecht befassen. Entsprechend unscharf sind damit auch die (privatrechtlichen) Außenwirkungen von behördlichem Soft Law.<sup>37</sup>

Die vorliegende Untersuchung leistet anhand einer vergleichenden Betrachtung verschiedener Soft Law-Komplexe in ausgewählten privatrechtlichen Referenzgebieten<sup>38</sup> einen Beitrag, diese Lücken zu schließen.<sup>39</sup> Der Schwerpunkt der Unter-

36 *Frank*, Die Rechtswirkungen der Leitlinien und Empfehlungen der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (2012) unternimmt zwar eine Analyse der Bindungswirkung, geht dabei aber nur am Rande auf nationale Marktteilnehmer und Gerichte und damit privatrechtliche Fragestellungen ein; *Strauß*, Soft Law 59 schließt privatrechtliche Fragestellungen („Zurechnungs- und Haftungsfragen“) weitgehend aus. Ähnlich unterscheidet auch *Möllers*, Standards als sekundäre Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Bindungswirkung von Standards, in *Möllers* (Hrsg), Geltung 143 zwischen verschiedenen Wirkungen, lässt aber noch viel Raum, insb Haftungsfragen zu vertiefen. Hinzuweisen ist aber auf die Vorarbeiten insb von *Spindler/Hupka*, Bindungswirkung von Standards im Kapitalmarktrecht, in *Möllers* (Hrsg), Geltung 117 zu Verlautbarungen der Vorläufer der heutigen Finanzaufsichtsbehörden. Näher Abschnitt D.3.

37 *Strauß*, Soft Law 179 kommt gar zum Schluss, dass „die Vorschläge, die das Soft Law in das Recht integrieren wollen, hier nicht weiter verfolgt werden.“

38 Zu den Auswahlkriterien Abschnitt B.2.c.

39 Diese Untersuchung stellt damit einen Beitrag zum Privatrecht dar. Nur am Rande werden folglich öffentlich-rechtliche Überlegungen angestellt (insb dort, wo sich die verfassungsrechtliche Ausgangslage als nicht gesichert erweist: Hinzuweisen ist nur auf den Diskurs zur Einordnung von Erlässen nach dem Erk des VfGH 28. 6. 2017, V 4/2017: *Kopetzki*, Erlässe am Prüfstand der Gerichte, RdM 2017, 161, oder zu dynamischen Verweisen: zB *Handstanger*, Verweisung: Phänomen und Typologie, in *Irresberger/W. Steiner/Uebe* (Hrsg), Linzer Legistik-Gespräche 2015 (2016) 83 (91 ff mwN); weitgehend ausgeklammert wird die – auch den Privaten betreffende – Frage nach dem Rechtsschutz gegen Soft Law: Dazu allgemein *Knauff*, Regelungsverbund 508 ff; *Jablonek*, Private Rechtsetzung – Begriff und verfassungsrechtlicher Rahmen, in *WiR* (Hrsg), Privatisierung 1 (11 f). Zum Rechtsschutz gegen europäisches Soft Law bspw *Gundel*, Rechtsschutz gegen „Soft Law“ – Regulierungsmaßnahmen der Union mit dem Instrument der Gültigkeitsvorlage, EWS 2021, 317; *Knauff*, Europäisches Soft Law als Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens, EuR 2011, 735; *Storr*, Rechtsschutz gegen Regulierungsmaßnahmen in der Europäischen Union, in *Gramlich/Manger-Nestler* (Hrsg), Europäisierte Regulierungsstrukturen und -netzwerke: Basis einer künftigen Infrastrukturvorsorge (2011) 107; *Thiele*, Das Rechtsschutzsystem nach dem Vertrag von Lissabon – (K)ein Schritt nach vorn? EuR 2010, 30; *Sonder*, Rechtsschutz gegen Maßnahmen der neuen europäischen Finanzaufsichtsgenturen, BKR 2012, 8; *Schellner/Dellinger*, EBA-Leitlinien – rechtlich verbindliches, (un)anfechtbares soft law? ÖBA 2020, 18; siehe auch *B. Raschauer*, ÖZW 2013, 34 (37 f). Aus der Rsp: EuGH C-57/95, *Frankreich/Kommission*, ECLI:EU:C:1997:164; EuGH C-911/19, *FBF/ACPR*, ECLI:EU:C:2021:599. Zum Rechtsschutz im Normenwesen im Ansatz zB *Holoubek/Potacs*, Technikrecht, in *WiR* (Hrsg), Privatisierung 57 (60). Siehe zum Rechtsschutz und weiteren verfassungsrechtlichen Problembereichen behördlichen Soft Laws auch *B. Raschauer*, Subnormative Verhaltenssteuerungen, in FS Schäffer (2006) 685 (699 ff).



suchung liegt dabei auf Fragestellungen des Wirtschaftsverkehrs, dh des Unternehmens- und Wirtschaftsrechts. Diese Schwerpunktsetzung ist gerechtfertigt, weil Soft Law im Unternehmens- und Wirtschaftsrecht eine lange Tradition hat<sup>40</sup> und eine besonders starke Rolle einnimmt: Denn Wirtschaftstätigkeit ist dynamisch und bedarf flexibel anzupassender Regelungen. Dies kann durch das (rigidere) positive Recht nur bedingt erreicht werden, sodass sowohl der Gesetzgeber als auch die Wirtschaftstreibenden selbst auf Soft Law zurückgreifen. Darüber hinaus bedarf grenzüberschreitender Wirtschaftsverkehr einheitlicher Bedingungen, die überwiegend durch Soft Law hergestellt werden.

Ziel der Untersuchung ist es, allgemeine Strukturprinzipien zu Soft Law im Unternehmens- und Wirtschaftsrecht herauszuarbeiten und zu einer Systembildung beizutragen. Zu diesem Zweck werden in einem ersten TEIL I: ALLGEMEINES der Begriff des Soft Law und der allgemeine (verfassungs-)rechtliche Rahmen abgesteckt. Darauf aufbauend werden in TEIL II: BESONDERES die Wirkungen ausgewählter Soft Law-Komplexe im Unternehmens- und Wirtschaftsrecht ausgelotet. Im Anschluss werden in TEIL III: STRUKTURELLES is eines „bottom up“-Ansatzes aus den im besonderen Teil erzielten Ergebnissen allgemeine Strukturprinzipien zu Soft Law im Unternehmens- und Wirtschaftsrecht herausgearbeitet und der Einsatz von Soft Law aus ökonomischer Sicht krit reflektiert. Abgerundet wird die Arbeit in TEIL IV: SCHLUSSFOLGERUNGEN mit einer zusammenfassenden Würdigung der Thesen und der Entwicklung von Beziehungsmodellen von Soft Law und Unternehmens- und Wirtschaftsrecht.

Damit schließt es die hier gewählte Schwerpunktsetzung auch nicht aus, die angestellten Grundüberlegungen und erzielten Ergebnisse auf ähnlich gelagerte Problemstellungen und damit auch auf allgemein privatrechtliche Fragestellungen zu übertragen. Durch die Entwicklung allgemeiner Kriterien zu den Außenwirkungen von Soft Law wird zugleich die Rechtssicherheit in der Anwendung erhöht, sodass die Untersuchung gleichermaßen von theoretischem und praktischem Nutzen ist.

## B. Grundlegung

### 1. Soft Law: Eine Begriffsabgrenzung

#### a) Rechtstheoretische Vorüberlegungen

##### aa) Notwendigkeit einer Begriffsabgrenzung

Der Begriff des Soft Law wird als Sammelbegriff für eine Vielzahl rechtsähnlicher Phänomene verwendet. Trotz umfangreicher Auseinandersetzungen im Schrifttum sind sein Inhalt und seine rechtliche Einordnung nach wie vor umstr.<sup>41</sup> Während

---

40 So wurzelt die *lex mercatoria* im mittelalterlichen Handelsverkehr: K. Berger in *Bumke/Röthel* 119 (121f).

41 Siehe nur in jüngerer Zeit *Arndt*, Sinn und Unsinn von Soft Law: Prolegomena zur Zukunft eines indeterminierten Paradigmas (2011) 39ff; *Blutman*, The International and

Manche Soft Law als ein unbestimmtes „Phänomen“<sup>42</sup> begreifen, sprechen Andere gar von einer „neuen Rechtsquelle“<sup>43</sup>. Diese Verwirrung verwundert nicht. Denn bereits die Bezeichnung „Soft Law“ ist widersprüchlich. Einerseits birgt Soft Law den Begriff „Recht“ in sich, das andererseits „weich“ ist. Dies sind zwei gegenläufige Elemente: Recht ist ein Regelungssystem, das durch äußeren Zwang durchgesetzt wird. Es bedarf einer Geltungsgrundlage, einer im Stufenbau der Rechtsordnung höherrangigen Norm.<sup>44</sup> Recht ist „hart“, weil Handlungen entgegen den Verhaltensanordnungen sanktioniert werden; seine Durchsetzung ist „wesentliches Strukturmerkmal des positiven Rechts“<sup>45</sup>. „Soft“ bezeichnet demgegenüber ua die Adjektive „weich“, „nachgiebig“ oder „schwach“. Soft Law ist damit kein Recht im positivistischen Verständnis. Dennoch ist es offenbar mehr als „no law“.<sup>46</sup>

Diese terminologischen Schwierigkeiten deuten auf ein tieferes dogmatisches Problem hin:<sup>47</sup> Soft Law könnte eine Variante von Recht sein, es könnte eine neue Rechtsform sein, oder Nichtrecht mit rechtlichen Bezügen. So wird Soft Law (als „weiches Recht“) nach vereinzelter Ansicht als Gegenstück zu zwingendem Recht begriffen.<sup>48</sup> Vom Begriff umfasst wäre demnach dispositives Recht.<sup>49</sup> Nach aA bezeichnet Soft Law (auch) positives Recht, das nicht durchgesetzt wird und konsequenterweise einen geringeren „Härtegrad“ hat, wie bspw die Wette gem § 1271 ABGB.<sup>50</sup> Nicht ganz so weit gehen jene, die Soft Law im „Gewand des Rechts“ unter den Begriff des Soft Law subsumieren. Dabei wird eine Rechtssatzform gebraucht, inhaltlich aber rechtlich irrelevanter Inhalt geschaffen, bspw eine Empfehlung im Rahmen eines Bundesgesetzes ausgesprochen.<sup>51</sup> Den Boden des harten Rechts verlassen jene, die Soft Law als Verlautbarungen außerhalb (bzw unterhalb) der Rechtssatzformen begreifen. Der Begriff des Soft Law wird damit iS einer Negativdefinition für Regelungen gebraucht, die abseits des formalen Rechtsetzungsprozesses ergehen.<sup>52</sup> Diese Regelungen können wiederum auf positives Recht rückführbar

Comparative Law Quarterly 2010, 605; *Knauff*, Regelungsverband 214 ff mwN; *Martens*, Methodenlehre 247 ff; *Strauß*, Soft Law 21 ff.

42 Bspw *Jabloner* in FS *Kopetzki* 241 (241).

43 *Ehricke*, NJW 1989, 1906; sogleich Abschnitt B.1.a.bb.3.

44 Siehe nur *P. Koller*, Theorie des Rechts<sup>2</sup> (1997) 41 ff; *Rill*, Grundlegende Fragen bei der Entwicklung eines Rechtsbegriffs, in *Griller/Rill* (Hrsg), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung (2011) 1.

45 *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 191; *Jabloner* in FS *Kopetzki* 241 (244f).

46 *Schwarze*, EuR 2011, 3 (6).

47 *Blutman*, The International and Comparative Law Quarterly 2010, 605 (611).

48 In diese Richtung 2007/2028(INI) ABl C 2008/187E, 75, A.

49 Diesem Verständnis wird zu Recht entgegengetreten: Denn bei einer solchen Betrachtung wäre Soft Law dann nur eine Abstufung innerhalb des positiven Rechtsbegriffes, womit aber wiederum keine Unterscheidung zu „Law“ getroffen würde: *Krejci* in *Lang/Schuch/Staringer* 53 (64).

50 *Walter*, Soft Law aus rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), Soft Law 21 (23f); vgl auch *Terpan*, Soft Law in the European Union – The Changing Nature of EU Law, *ELJ* 2015, 68 (70 ff).

51 *Jabloner* in FS *Kopetzki* 241 (243); vgl auch bereits *Jabloner/Okresek*, *ZÖR* 1983, 217 (219, 226ff).

52 *Strauß*, Soft Law 49; dies inkludieren auch *Jabloner/Okresek*, *ZÖR* 1983, 217 (220).

sein, – indem das Recht „*Quasi-Rechtssatzformen*“ oder „*Soft Law-Formen*“ vor-sieht<sup>53</sup> –, oder autonom entstehen.<sup>54</sup> Innerhalb dieser Regelwerke wird wieder eine Abstufung im Hinblick auf den „*Härtegrad*“ der Sanktion vorgenommen. So soll Soft Law – trotz seiner formalen Rechtsunverbindlichkeit – einer Form einer nachgiebigeren Durchsetzung unterliegen.<sup>55</sup> Erfasst ist dann bspw Verwaltungs-handeln außerhalb der Verordnungsermächtigung, das zwar keine unmittelbare Grundlage für eine Sanktionierung bietet, aber mittelbar in die verwaltungsbe-hördliche Beurteilung anderer Sanktionsgrundlagen einfließt. Schließlich wird der Begriff des Soft Law teils auch für rechtsunverbindliche Regelwerke gebraucht, ohne dass es auf eine – wenn auch nur nachgiebigere – Durchsetzung ankommen soll.<sup>56</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, den Begriff des Soft Law näher zu kontu-rieren. Dies dient allein dazu, den Untersuchungsgegenstand abzustecken. Es wird kein Anspruch auf eine abschließende wissenschaftliche Durchdringung erhoben und nicht in Konkurrenz zu anderen Versuchen einer Begriffsfindung getreten. Denn „*an exact and meaningful definition of soft law borders on the impossible*“;<sup>57</sup> die Regelungsgegenstände, die Regelungsinstrumente und die Anzahl der Soft Law-Akte sind mittlerweile kaum mehr überschaubar.

Eingangs werden Überlegungen zum positiven Rechtsbegriff und einer Einbettung von Soft Law in die Rechtsquellenlehre angestellt. Soft Law wird dabei zunächst negativ definiert und vom positiven Recht („*Hard Law*“) abgegrenzt. Gefolgt wird damit jener Auffassung im Schrifttum, die Soft Law als Verlautbarungen außerhalb bzw unterhalb der Rechtssatzformen begreift. Eine solche Herangehensweise er-möglicht es, jene Regelungen auszuschließen, die jedenfalls kein Soft Law sind. Zugleich können auch erste Rückschlüsse auf den allgemeinen rechtlichen Rahmen gezogen werden, innerhalb dessen sich Soft Law bewegt. Aufbauend darauf können die solcherart verbleibenden Instrumente positiv konturiert werden. Wie die obige *tour d’horizon* über die Definitionsansätze deutlich macht, wird bei der Begriffsbil-dung aus einer rechtstheoretischen Sicht betrachtet entweder an eine nachgiebigere Sanktion angeknüpft, und/oder die Geltungsgrundlage „*abgeschwächt*“. Diese Ele-mente sollen als Ausgangspunkt dienen, um die erfassten Phänomene sichtbarer zu machen.

---

53 Jabloner in FS Kopetzki 241 (243).

54 Dies anerkennt dem Grunde nach auch Jabloner in FS Kopetzki 241 (242), der aber nur erstere als Soft Law begreift, maW nur solche Regelungen, die in einem Bedingungs-zusammenhang zum Recht stehen.

55 Bspw Strauß, Soft Law 51 ff.

56 Möllers in Möllers 143 (145) begreift Soft Law als gänzlich rechtsunverbindlich und grenzt dieses von „*sekundären Rechtsquellen*“ ab bzw von „*hoft law*“ (Möllers, Sources of Law in European Securities Regulation – Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxo-nomy from Lamfalussy to de Larosière, EBOR 2010, 379 (400)). Inhaltlich bezeichnet aber Letzteres das in dieser Untersuchung zugrunde gelegte Verständnis von Soft Law, das mehr als „*no law*“ ist und rechtliche Wirkungen erzeugt.

57 Blutman, International and Comparative Law Quarterly 2010, 605 (610). Siehe auch Strauß, Soft Law 85, wonach es „*den’ Begriff des Soft Law nicht gibt*“. Der Begriff ist „*merkwürdig unbestimmt*“: Jabloner in FS Kopetzki 241 (241).

## bb) Rechtsquellenlehre und Soft Law

### (1) Soft Law vs Hard Law

Als Ausgangspunkt ist Soft Law vom positiven Rechtsbegriff abzugrenzen. Zwar sollen nach Ansicht Mancher auch nicht sanktionsbewehrte Rechtsnormen und Soft Law im Gewand einer Rechtsnorm dem Begriff des Soft Law unterfallen. Traditionellerweise geht der Begriff des Soft Law aber auf das Völkerrecht zurück, in dessen Kontext er Verlautbarungen außerhalb des völkerrechtlichen Rechtsquellenkanons bezeichnete.<sup>58</sup> Auch liegt die eigentliche Problematik in der Erfassung von „Phänomenen“ außerhalb oder unterhalb des Rechts; von wissenschaftlichem Interesse sind maW gerade Regelwerke, die nicht eindeutig im Kleid einer Rechtsnorm stehen. Daher sollen Soft Law und Recht im Weiteren gegenübergestellt werden. Die traditionellen Rechtsquellen einerseits und Soft Law andererseits schließen dann einander aus.<sup>59</sup>

Auch eine solche Negativdefinition von Soft Law erscheint aber nicht immer eindeutig. Denn unterschiedliche Regelordnungen kennen auch unterschiedliche Rechtsquellen.<sup>60</sup> Unschärfen tun sich bereits im Völkerrecht auf, das gleichsam als „Wiege“ des Soft Law bezeichnet werden kann: Aus einer völkerrechtlichen Perspektive bestehen die in Art 38 Abs 1 IGH-Statut<sup>61</sup> genannten Rechtsquellen. Diese sind internationale Übereinkünfte, dh völkerrechtliche Verträge; internationales Gewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze.<sup>62</sup> Soft Law sind Regelungen, die nicht von Art 38 Abs 1 IGH-Statut umfasst sind.<sup>63</sup> Eine Abgrenzung von Soft Law zu diesen ist grds tunlich: Auch Soft Law kann durch eine Übereinkunft der Staatengemeinschaft entstehen; von einem völkerrechtlichen Vertrag unterscheidet es seine Rechtsunverbindlichkeit. Auch ist Soft Law von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgrenzbar, weil sich diese wiederum aus dem geltenden Recht, also hartem Recht, ergeben.<sup>64</sup> Allerdings soll Art 38 Abs 1 IGH-Statut nach Ansicht Mancher nicht abschließend sein.<sup>65</sup> Folgte man dieser Auffassung, so könnte auch Soft Law als eine Rechtsquelle des Völkerrechts betrachtet werden. Allerdings ist auch bei einer nicht abschließenden Betrachtung von Art 38 Abs 1 IGH-Statut Rechtsverbindlichkeit eines Instruments notwendig, um als Rechtsquelle des Völkerrechts betrachtet zu werden.<sup>66</sup> Da-

58 *Knauff*, Regelungsverbund 214 ff; *Krejci* in *Lang/Schuch/Staringer* 53 (63).

59 Zu diesem Gegensatz auch *Knauff*, Regelungsverbund 221 ff; *Strauß*, Soft Law 65 ff; *Müller-Graff*, EuR 2012, 8 (22); zu „sekundären Rechtsquellen“ *Möllers*, EBOR 2010, 379 (388 ff); zu dieser Herangehensweise im Hinblick auf den ÖCGK *Geppert*, Die Rechtsnatur und Durchsetzbarkeit von Corporate Governance-Regeln, in *Prändl/Geppert/Göth* (Hrsg), Corporate Governance 139 (140 ff); deutlich zur *lex mercatoria* *Bachmann*, Private Ordnung 38 f.

60 *Potacs*, Rechtstheorie<sup>2</sup> (2019) 57 f.

61 Statut des Internationalen Gerichtshofs BGBl 1956/120.

62 *Potacs*, Rechtstheorie<sup>2</sup> 69.

63 Bspw *Knauff*, Regelungsverbund 214 ff, 258 ff.

64 *Strauß*, Soft Law 71 f.

65 Vgl *Potacs*, Rechtstheorie<sup>2</sup> 70, der auch Beschlüsse internationaler Organisationen als völkerrechtliche Rechtsquelle betrachtet, weil diese wiederum auf völkerrechtliche Verträge rückführbar sind.

66 *Strauß*, Soft Law 73 mit entsprechenden Bsp.

her soll für das Völkerrecht im Weiteren unterstellt werden, dass sich die Rechtsquellen einerseits und Soft Law andererseits einander ausschließen.

Präzisionsbedarf besteht auch im Unionsrecht: Rechtsquellen des Unionsrechts sind das Primär- und Sekundärrecht, die von der EU abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge sowie die ungeschriebenen Rechtsquellen.<sup>67</sup> Sekundärrechtliche Rechtsakte sind gem Art 288 AEUV<sup>68</sup> neben der VO und RL aber auch die Empfehlung und die Stellungnahme. Gerade die Empfehlung und die Stellungnahme sind aber kein „hartes“ Recht. Sie sind rechtsunverbindlich und Paradebeispiel für europäisches Soft Law.<sup>69</sup> Die Prämisse, dass sich die Rechtsquellen und Soft Law einander ausschließen, ist im Unionsrecht damit zumindest unpräzise. Abzustellen ist damit für die weitere Untersuchung auf den „Härtegrad“; nur dem Grunde nach rechtsunverbindlichen Instrumenten kann Soft Law-Charakter überhaupt zukommen.<sup>70</sup>

Nationale (generelle) Rechtsquellen sind das Gesetz (im materiellen Sinn) und das Gewohnheitsrecht.<sup>71</sup> Dementsprechend ist Soft Law von den hoheitlich gesetzten Rechtsregeln, Bundesgesetzen und Verordnungen, sowie Gewohnheitsrecht abzugrenzen. Die These von der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems besagt, dass der verfassungsrechtlich vorgegebene Kanon der Rechtsquellen abschließend ist; maW keine dem Verfassungsrecht unbekanntem Rechtsquellen erzeugt werden dürfen. Die zur Rechtsetzung befugten Organe dürfen damit keine Akte mit normativem Inhalt setzen, die nicht einer der verfassungsrechtlichen Rechtsatzformen entsprechen.<sup>72</sup> Oder anders formuliert: Soweit die zur Rechtsetzung befugten Organe Handlungsformen außerhalb der verfassungsrechtlichen Rechtsatzformen wählen, sind diese nicht normativ, also rechtsunverbindlich. Daraus kann einerseits die prinzipielle Zulässigkeit solcher Handlungsformen abgeleitet werden. Soft Law ist dann auf Instanzen rückführbar, die zur Rechtsetzung befugt sind, aber eine andere Handlungsform wählen.<sup>73</sup> Des Weiteren zeigt sich, dass Soft Law

67 Statt Vieler *Obwexer* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur: Kommentar, Art 1 EUV Rz 95 ff (Stand 1. 12. 2020, rdb.at); *Schröder* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV<sup>3</sup> (2018) Art 288 AEUV Rz 15 ff.

68 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 2008/115, 47.

69 2007/2028(INI) ABl C 2008/187E, 75; siehe exemplarisch *Schwarze*, EuR 2011, 3 (3, 7 ff); *Martens*, Methodenlehre 248; *Knauff*, Regelungsverbund 296 ff, 302 ff; *von Graevenitz*, EuZW 2013, 169 (169 ff); anders *Strauß*, Soft Law 75.

70 Vgl die Überlegungen bei *Knauff*, Regelungsverbund 301. Vgl aber EuGH 8/81, *Becker*, ECLI:EU:C:1982:7, Rn 21. Demnach ist nicht ausgeschlossen, dass auch andere in Art 288 AEUV genannte Rechtsakte (und damit wohl auch Empfehlungen und Stellungnahmen) ähnliche Wirkungen wie eine VO erzeugen können; siehe auch noch Abschnitt D.1.

71 *F. Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> 214; siehe auch *Posch* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar I<sup>5</sup> (2018) § 10 Rz 1 f.

72 Grundlegend *Schäffer*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung: Gutachten I/1/B 5. ÖJT 1973 (1973) 34 ff; *Eberhard*, Altes und Neues zur „Geschlossenheit des Rechtsquellensystems“, ÖJZ 2007, 679.

73 *Jablonec* in FS *Kopetzki* 241 (243); *Knauff*, Regelungsverbund 1; restriktiv unter Verweis auf das Transparenzgebot aber wohl *Korinek*, Staatsrechtliche Ansätze für eine Deregulierung im Wirtschaftsrecht, JBl 1991, 409 (420).

keine Rechtsquelle ist und damit zutr als Gegensatz zum Recht begriffen werden kann.<sup>74</sup>

## (2) Wechselbeziehungen zwischen Soft Law und Hard Law

Aus den Überlegungen zur Einpassung von Soft Law in die Rechtsquellenlehre können erste Rückschlüsse auf die Interdependenzen zwischen Soft Law und Recht gezogen werden. Wird Soft Law als Gegensatz zu Recht begriffen, so bleibt für Soft Law konsequenterweise nur Raum, wo keine rechtliche Regelung besteht. Soweit ein Soft Law-Instrument gesetzliche Bestimmungen wiedergibt, gelten diese kraft Gesetzes.<sup>75</sup> Keine Regelung gilt „doppelt“.<sup>76</sup> Kodifiziert ein Soft Law-Instrument bestehendes Gewohnheitsrecht, so gelten die kodifizierten Regelungen kraft *usus* und *opinio iuris*, ohne dass es auf die Verschriftlichung ankommt.<sup>77</sup> In keiner dieser Konstellationen entfaltet Soft Law aus sich heraus eine normative Wirkung. Soft Law kann damit nur in Abwesenheit einer rechtlichen Regelung bzw über die Vorgaben einer rechtlichen Regelung hinaus eigenständige Relevanz entfalten.<sup>78</sup> Umgekehrt kann aber Recht aus Soft Law heraus entstehen, indem es durch den Gesetzgeber positiviert wird.<sup>79</sup> Daneben kann Soft Law bei langandauernder tatsächlicher Übung und einer allgemeinen Rechtsüberzeugung zu Gewohnheitsrecht erstarken.<sup>80</sup>

Außerdem kann und wird Recht den allgemeinen Rahmen für die Bildung und Anwendung von Soft Law vorgeben. IS einer positiven Rahmenregelung enthält das Recht eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zur Schaffung von Soft Law. Nur beispielhaft angeführt sei auf völkerrechtlicher Ebene die in Art 18 UN-Satzung<sup>81</sup> normierte Kompetenz der Generalversammlung Empfehlungen abseits einer völkerrechtlichen Verpflichtung abzugeben.<sup>82</sup> Auf europäischer Ebene ist bspw die Kompetenz der ESA zur Entwicklung formal rechtsunverbindlicher Leitlinien gem Art 16 ESA-VO zu nennen. Auch das österreichische Verfassungsrecht enthält bspw mit Art 148c B-VG<sup>83</sup> eine Regelung, wonach die Volksanwaltschaft Empfehlungen an andere Organe des Bundes bzgl der zu setzenden Maßnahmen ausspre-

74 Siehe aber zur Durchbrechung der These der Geschlossenheit des Rechtsquellensystem *Eberhard*, ÖJZ 2007, 679 (679ff), sowie die Frage nach der Verordnungseigenschaft von behördlichem Soft Law in den Abschnitten B.2.a.cc.1 und D.3.a.bb.2.

75 So enthält bspw der ÖCGK auch L-Regeln, die lediglich das Gesetz wiedergeben.

76 *Krejci* in *Lang/Schuch/Staringer* 53 (58); vgl auch zur *lex mercatoria* *Bachmann*, Private Ordnung 38.

77 Als Gewohnheitsrecht wurde bspw der Standard Compliance Code (SCC) der Kreditwirtschaft qualifiziert: VwGH 5. 11. 2003, 2003/17/0212.

78 *Krejci* in *Lang/Schuch/Staringer* 53 (58f). Im Bereich der Corporate Governance wären dies nicht die L-Regeln des ÖCGK, sondern die formal rechtsunverbindlichen C-Regeln oder R-Regeln.

79 Siehe *Möllers* in *Möllers* 143 (148); *Jabloner* in FS Kopetzki 241 (247); näher Abschnitt B.2.a.aa.

80 Allgemein *F. Bydliński*, Methodenlehre<sup>2</sup> 215. Zur Corporate Governance *Krejci* in *Lang/Schuch/Staringer* 53 (58); zur *lex mercatoria* *Bachmann*, Private Ordnung 39.

81 Satzung der Vereinten Nationen BGBl 1956/120.

82 Bsp entnommen aus *Walter* in *Lang/Schuch/Staringer* 21 (25).

83 Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1.

chen kann. Das Recht gibt damit die bereits angesprochenen „*Quasi-Rechtssatzformen*“ bzw. „*Soft Law-Formen*“ vor.<sup>84</sup>

Häufiger wird Soft Law aber wohl ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage entwickelt. Auch dabei wird die Zulässigkeit der Regelbildung bzw. die Frage nach der rechtlichen Relevanz derart entwickelter Regeln aber wiederum durch das Recht vorgegeben; Soft Law befindet sich in keinem rechtsfreien Raum.<sup>85</sup> So wird etwa die Entwicklung von Regelwerken durch Private von der Rechtsordnung geschützt und ermöglicht. Inwieweit diese Regelwerke aber wiederum Geltungsanspruch erheben können, bemisst sich nach den Vorgaben der Rechtsordnung. So ist Soft Law bspw. nicht aus sich heraus für die Sorgfaltspflichten relevant, sondern nur wenn und weil die Rechtsordnung in der Beurteilung der Sorgfaltspflichten auf die Grundsätze der *lege artis* abstellt, die sich wiederum aus Soft Law ergeben können.<sup>86</sup> Ist Soft Law kein Recht, ist sowohl zu seiner allgemeinen Geltung als auch zu anderer rechtlicher Relevanz eine Form eines Delegationszusammenhangs notwendig, der nur durch die Rechtsordnung hergestellt werden kann.<sup>87</sup>

### (3) Exkurs: Soft Law als „*neue*“ Rechtsquelle?

Wohl bedingt durch die formellen Abgrenzungsschwierigkeiten im Europa- und Völkerrecht wird Soft Law mitunter als eine „*neue Rechtsquelle*“ bezeichnet.<sup>88</sup> Aus einer methodischen Perspektive wird von Manchen eine Öffnung des Rechtsbegriffs bzw. die Anerkennung einer neuen Kategorie zwischen Rechtsquelle und Rechtserkenntnisquelle gefordert. So vertritt *Meder* die These, dass bestimmte private Regelwerke, wie AGB oder Vereinssatzungen, als Rechtsquelle zwischen Gesetz und Vertrag treten sollen.<sup>89</sup> Nach *Möllers* sollen sog. „*sekundäre Rechtsquellen*“ zwischen verbindlichem Recht und unverbindlichen Regelungen bestehen und eine „*Trichotomie der Rechtsquellen*“ gelten.<sup>90</sup> „*Sekundäre Rechtsquellen*“ zeichnen sich nach *Möllers* durch Rechtswirkungen aus, die sich in einer Richtigkeitsvermutung und einer daraus abgeleiteten Befassungs- und Befolgungspflicht für Gerichte sowie einem Vertrauensschutz manifestieren.<sup>91</sup> Diese wird mit der subsidiären Befolgungspflicht der Gerichte an vergangene Rsp begründet.<sup>92</sup> Die Einstufung eines Regelwerks als „*sekundäre Rechtsquelle*“ (und die damit verbundene Zuerkennung von Rechtswirkungen) soll anhand eines beweglichen Systems erfolgen. Die maßgeblichen Kriterien sind Transparenz und Publizität des Regelbildungsprozesses, Partizipation der Betroffenen an der Regelbildung, Revisibilität und

84 *Jablonek* in FS Kopetzki 241 (243); Abschnitt B.1.a.aa.

85 Zu den Regelungsmodellen und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen Abschnitt B.1.a.

86 Vgl. *Krejci* in *Lang/Schuch/Staringer* 53 (58 ff.); zu dieser Herangehensweise auch *Arndt*, *Soft Law* 46 ff.

87 Im Detail Abschnitt B.2.b.

88 *Ehrlicke*, *NJW* 1989, 1906; vgl. auch *Schwarze*, *EuR* 2011, 3 (6).

89 *Meder*, *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung*<sup>2</sup> (2009) 92 ff.

90 *Möllers* in *Möllers* 143; im Ansatz *Möllers*, *EBOR* 2010, 379 (390 f., 400); diesen Ansatz legt *Frank*, *Rechtswirkungen* 121 ff. seiner Untersuchung zugrunde.

91 *Möllers* in *Möllers* 143 (150 ff.).

92 *Möllers* in *Möllers* 143 (152 ff.); *Möllers*, *EBOR* 2010, 379 (390 f.).

Überzeugungskraft des Regelwerks sowie dessen Akzeptanz durch die Betroffenen.<sup>93</sup>

Diesen Ansatz führt *Arndt* fort, der das Konzept „*adaptiver Rechtsquellen*“ einführt.<sup>94</sup> Auch *Arndt* unterstellt eine neue Rechtsquellenkategorie, die zwischen „*hartem*“ Recht und vollständig rechtsunverbindlichen Regelungen (hier: „*alternative Steuerungsinstrumente*“<sup>95</sup>) besteht. Abweichend von *Möllers* sollen „*adaptive Rechtsquellen*“ aber sowohl der einen oder anderen Kategorie zugeordnet werden können, also sowohl verbindlichen und unverbindlichen Charakter einnehmen können und eine Schnittmenge bilden.<sup>96</sup> Eine Identifikation der „*adaptiven Rechtsquellen*“ erfolgt auch hier nach einem beweglichen System: Abzustellen ist auf die Bestimmtheit einer Regelung, den Bindungswillen der Adressaten, Vollzugsmöglichkeiten, die Legitimation der Regelbildung, soziale Nützlichkeit der Regelung, ihre Intensität und Wirkungskraft sowie – um die Offenheit des beweglichen Systems abzusichern – sonstige Elemente.<sup>97</sup> Mit einer Einstufung einer Regelung als „*adaptive Rechtsquelle*“ geht eine „*Geltungswirkung*“<sup>98</sup> einher. Daher dürfen „*adaptive Rechtsquellen*“ nicht ignoriert werden, sie sind entweder als Orientierungshilfe beachtlich; von einer rechtlichen Befassungspflicht begleitet, die ihrerseits Abweichungen zulässt; oder es besteht eine Befolgungspflicht, die einen „*safe harbour*“ impliziert und nur stichhaltige Abweichungen erlaubt.<sup>99</sup>

Auch *Fekonja* unternimmt durch eine Weiterentwicklung der These von den „*sekundären Rechtsquellen*“ den Versuch einer dogmatischen Neuvermessung von Soft Law, beschränkt sich dabei aber auf Verwaltungsvorschriften, also behördliches Soft Law. Verwaltungsvorschriften sollen dogmatisch zu einer eigenen rechtlichen Kategorie aufgewertet und ihnen eine „*präsumtive Verbindlichkeit*“ zuerkannt werden. Dies hat dann zur Folge, dass für Verwaltungsvorschriften eine Richtigkeitsvermutung besteht, die allerdings – aber auch nur – mit triftigen Argumenten widerlegbar ist.<sup>100</sup> Abweichungen sind bei Änderungen der der Verwaltungsvorschrift zugrunde liegenden Rahmenbedingungen, Rechtswidrigkeit der Verwaltungsvorschrift oder einer besser vertretbaren Rechtsansicht zulässig.<sup>101</sup>

Die dahinterstehende, viel grundlegendere Diskussion über den Umgang mit nicht-staatlichen bzw verfassungsfremden Regelungen und die damit verbundene Suche nach einem Begriff des Rechts ist aber keineswegs neu: Zu denken ist an soziologische Strömungen, die immer wieder als Gegenbegriff zum positivistischen Begriffsverständnis aufgegriffen wurden.<sup>102</sup> Zu denken ist etwa auch an das Arbeitsrecht,

93 *Möllers* in *Möllers* 143 (163).

94 *Arndt*, Soft Law 124 ff.

95 *Arndt*, Soft Law 155.

96 *Arndt*, Soft Law 127 f.

97 *Arndt*, Soft Law 134 ff.

98 *Arndt*, Soft Law 163.

99 *Arndt*, Soft Law 164 ff.

100 *Fekonja*, BaFin-Verlautbarungen (2014) 93 ff.

101 *Fekonja*, BaFin-Verlautbarungen 100 ff; zur Bindung im Zivilrecht 154 ff.

102 Siehe bspw *Ehrlich*, The Sociology of Law, Harvard Law Review 1922, 130. Dieser kritisierte, dass die Geschlossenheit des Rechtquellensystems die Realität nicht abbilde und



das mit dem Kollektivvertrag eine dem Verfassungsrecht unbekannte Rechtsquelle kennt: Der Kollektivvertrag ist eine „*Rechtsquelle eigener Art*“, die der Verfassungsgesetzgeber schweigend anerkannt hat.<sup>103</sup> Damit wird die (nationale) Theorie von der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems ebenso durchbrochen, wie von europarechtlichen Vorgaben.<sup>104</sup> Es erscheint daher zumindest nachvollziehbar, auch in Bezug auf Soft Law ein Aufbrechen des Rechtsbegriffs nicht per se abzulehnen. So hob bereits *Schäffer* hervor, dass es „*kein ein für alle Male feststehendes Rechtsquellensystem gibt*“.<sup>105</sup> Ebenso nachvollziehbar ist es dann aber auch, einer Öffnung des Rechtsbegriffs entgegenzutreten;<sup>106</sup> und vielmehr Möglichkeiten aufzuzeigen, Soft Law in den bestehenden dogmatischen Rahmen einzupassen.<sup>107</sup> Nur dieser bildet den Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen; den vorangeführten Ansätzen wird daher (vorerst) nicht gefolgt.

### cc) Soft Law als ein Regelungssystem

Die aus einer Negativdefinition zum Recht ausgefilterten Regelungen können nun näher konturiert werden. Um dem rechtlichen Element von Soft Law gerecht zu werden, sollen die Elemente des Rechtsbegriffes für Soft Law fruchtbar gemacht werden: Dementsprechend kann Soft Law wie Recht als ein Regelungssystem begriffen werden, das eine Geltungsgrundlage hat und dessen Missachtung sanktioniert wird.<sup>108</sup> Eine der Komponenten wird aber durch das Adjektiv „*soft*“ zu relativieren sein; in Betracht kommen folgende Konstellationen:<sup>109</sup> Zunächst könnte das Regelungssystem „*schwach*“ sein, weil es nicht durchgesetzt wird bzw die Durchsetzung „*nachgiebiger*“ – zB nicht-staatlich – ist. Auch könnten „*schwächere*“ Anforderungen an die Geltungsgrundlage gestellt werden; maW auf eine formelle Geltungsgrundlage verzichtet bzw alternative Geltungsgrundlagen gesucht werden. Schließlich könnten beide Komponenten abgeschwächt werden.<sup>110</sup>

verlangte eine Aufbrechung des staatszentrierten Rechtsbegriffes und eine Erweiterung um privat gesetzte Regelwerke. Siehe auch *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie* (1972) 181ff; *Teubner*, *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* 1996, 255.

103 Siehe hierzu *Eberhard*, *ÖJZ* 2007, 679 (681 mwN).

104 *Eberhard*, *ÖJZ* 2007, 679 (681 ff).

105 *Schäffer*, *Rechtsquellen* 7.

106 Deutlich *Schäffer*, *Rechtsquellen* 9f; siehe zB auch *Bachmann*, *Private Ordnung* 330f; *Strauß*, *Soft Law* 178f. Zu keinem anderen Ergebnis kommt wohl auch *B. Raschauer* in FS *Schäffer* 685 (700): (Behördliches) Soft Law entspricht zwar keiner verfassungsgesetzlich vorgesehenen Rechtssatzform; es ist damit aber keine neue Rechtsquelle, sondern verfassungswidrig. Verfassungskonformität soll vielmehr durch die Einführung von Verantwortlichkeit und Transparenz des Regelerzeugungs- und -veröffentlichungsverfahrens erreicht werden.

107 Näher Abschnitt B.2.b.

108 Diese Herangehensweise wählen auch *Walter* in *Lang/Schuch/Staringer* 21 (22); *Strauß*, *Soft Law* 65ff; vgl auch *Gmeiner*, *ZfV* 2020, 215 (217).

109 Vgl *Terpan*, *ELJ* 2015, 68 (70ff).

110 Ein gänzlicher Verzicht auf beide Komponenten zugleich scheidet aus, weil dann kein rechtliches Element mehr gegeben wäre: vgl *Jablonek* in FS *Kopetzki* 241 (247).

## (1) Geltung

Rechtsnormen sind auf höherrangige Normen rückführbar. Sie erlangen Geltung, wenn sie von einem legitimierten Organ im verfassungsgesetzlich vorgesehenen Weg erlassen werden.<sup>111</sup> Ausgehend vom Rechtsbegriff kann demnach das rechtliche Element von Soft Law eine formelle Geltungsgrundlage erfordern, eine im Stufenbau der Rechtsordnung höherrangige Norm. Soft Law kann dann nur gelten, wenn und weil es die Rechtsordnung so vorsieht; fehlt es an einem staatlichen Geltungsbefehl, gilt Soft Law nicht.<sup>112</sup> Noch weiter: Gibt es keine staatliche Rechtsvorschrift, die Soft Law irgendeine Form einer „*rechtliche[n] Erheblichkeit beimitst*“<sup>113</sup>, ist es rechtlich „*irrelevant*“<sup>114, 115</sup>

Teils wird aber gerade eine fehlende formelle Geltungsgrundlage als ein Kennzeichen von Soft Law begriffen: So soll der Bestand einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage Soft Law ausschließen;<sup>116</sup> maW kann von Soft Law nicht mehr gesprochen werden, wenn eine höherrangige Norm „*Quasi-Rechtssatzformen*“ vorsieht und es auf den Boden des harten Rechts zurückgeführt werden kann. Andere kennen Soft Law mangels einer formellen Geltungsgrundlage eine „*faktische Geltung*“ zu.<sup>117</sup> In beiden Fällen werden „*schwächere*“ Anforderungen an die Geltungsgrundlage gestellt und auf eine formelle Geltungsgrundlage verzichtet. Eine Regelung kann aber nur gelten, oder nicht gelten; es gibt keine „*schwache*“ Geltung. Allerdings kann eine Regelung auch auf alternative Geltungsgrundlagen rückführbar sein, insb Sitte und Moral. So gilt etwa eine Tischsitte, ohne dass es eines staatlichen Geltungsbefehls bedarf.<sup>118</sup> IdS könnte Soft Law „*schwach*“ sein, weil es seinen Herrschaftsanspruch auf eine alternative Geltungsgrundlage stützt.

Überlegungen zu alternativen Geltungsgrundlagen sind auch aus einer rechtspositivistischen Perspektive nicht obsolet: Denn vielfach werden die aus den Geltungsgrundlagen der Sitte und Moral gewonnenen Wertungen in der gesamten Rechtsordnung reflektiert; bspw durch die Gute-Sitten-Klausel gem § 879 Abs 3 ABGB, den auf diesen Wertungen gründenden gesetzlichen Tatbeständen, wie zB Wucher gem Abs 2 leg cit, oder durch die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in Einklang mit sittlichen Wertungen, die sich auch im Zeitablauf dynamisch verändern können.

Diese sittlichen und moralischen Wertungen können mitunter wiederum aus Soft Law gewonnen werden. Regeln der Moral und Sitte sind aber – anders als Rechtsnormen – auch auf nicht-staatliche Akteure rückführbar.<sup>119</sup> Dies zeigt, dass auch

111 Potacs, *Rechtstheorie*<sup>2</sup> 57 f; P. Koller, *Theorie*<sup>2</sup> 109; F. Bydliński, *Methodenlehre*<sup>2</sup> 213 f.

112 Vgl Jabloner in FS Kopetzki 241 (242).

113 Jabloner in *WiR* 1 (12).

114 *Wiederin*, Stellungnahme zum Referat Prof. Dr. Röthels, in *ÖJK/R. Müller* (Hrsg), *Entstaatlichung* 31 (34).

115 Im Detail Abschnitt B.2.b.aa.

116 So Strauß, *Soft Law* 76 (in Bezug auf Empfehlungen und Stellungnahmen der EU) und 77 (in Bezug auf Grün- und Weißbücher der EU).

117 Bspw Möllers in *Möllers* 143 (144).

118 Siehe zu all dem Walter in *Lang/Schuch/Staringer* 21 (22 f).

119 Siehe nur Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln* (1971) 92 ff.

nicht-staatliche Regelungen dem Begriff des Soft Law unterfallen können. Damit ermöglichen die Gedanken zu einer „schwachen“ Geltungsgrundlage, den Kreis jener Regelsetzer näher zu konturieren, die Soft Law setzen können. Der Kreis der vom Soft Law-Begriff erfassten Regelwerke umfasst dann solche staatlicher und nicht-staatlicher Herkunft. Dann ist es auch – wie teils vertreten – zu eng, Soft Law nur als hoheitliche Regelungen ohne Gesetzesqualität zu begreifen.<sup>120</sup> Vielmehr werden auch die private Rechtsetzung<sup>121</sup> oder die unter dem Schlagwort „Entstaatlichung des Rechts“<sup>122</sup> zusammengefassten Phänomene für diese Untersuchung relevant.

### (2) Durchsetzung

Kennzeichen harten Rechts ist seine Durchsetzung durch äußeren Zwang. Zumindest ein Mindestmaß an Sanktionierung ist notwendig, dass Rechtsnormen wirksam sind.<sup>123</sup> Wird Soft Law wie Recht als ein mit einem Sanktionsmechanismus versehenes Regelungssystem begriffen, verlangt auch Soft Law eine Möglichkeit der Durchsetzung. Fraglich ist, ob diese „hart“ ist, also durch äußeren Zwang erfolgt, oder aber eine Sanktionierung durch „softe“ Mittel vorgenommen wird. Insgesamt ist der Kanon an denkbaren Sanktionsmethoden breit: Er umfasst eine „harte“ gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Sanktionierung, wie auch eine „softe“ durch die Gesellschaft verübte sittliche oder moralische Sanktionierung.<sup>124</sup>

Im Schrifttum wird teils vertreten, dass bei einer („harten“) Durchsetzung durch organisierten Zwang kein Soft Law, sondern vielmehr „Strict Law“ vorliege.<sup>125</sup> MaW schließt dann eine harte Durchsetzung Soft Law aus. Eine solche Betrachtungsweise überzeugt aber nicht vollständig. Denn die Grenzen zwischen den Sanktionsmöglichkeiten sind durchaus fließend: So unterliegen Unternehmen bspw einem sozialen Druck, eine gesellschaftliche Verantwortung wahrzunehmen (CSR). Sozialer Druck ist eine bloß „softe“ Sanktion. Näher ausgestaltet ist die Dimension gesellschaftlicher Verantwortung idR durch rechtsunverbindliche Regelwerke mit Verhaltensempfehlungen.<sup>126</sup> Zur gesellschaftlichen Anerkennung kann ein Unternehmen auf Basis solcher Regelwerke eine Zertifizierung erlangen.<sup>127</sup> Als Folge wird die Sanktionierung verstärkt,<sup>128</sup> weil Handlungen entgegen der Verhaltensanordnung (der Zertifizierung) zugleich haftungsrechtliche Konsequenzen für die

---

120 Eingeschränkt auf hoheitliche Regelungen etwa *Knauff*, Regelungsverbund 217f, insb 241 ff.

121 Siehe etwa *Lachmayer*, *juridikum* 2013, 109 (110); *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung; *Strauß*, Soft Law 61 f.

122 Siehe exemplarisch *Röthel*, Entstaatlichung des Rechts. Eine Einführung, in *ÖJK/R. Müller* (Hrsg), Entstaatlichung 17.

123 ZB *Jabloner* in FS *Kopetzki* 241 (244).

124 Vgl *Walter* in *Lang/Schuch/Staringer* 21 (22f).

125 So deutlich *Walter* in *Lang/Schuch/Staringer* 21 (23, 27); *Strauß*, Soft Law 69; in diese Richtung wohl auch *Jabloner* in FS *Kopetzki* 241 (248), der in diesem Zusammenhang von „scheinbarem“ Soft Law spricht.

126 Umfassend insb *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung 61 ff.

127 Abschnitt C.2.b.

128 *Lachmayer*, *juridikum* 2013, 109 (116) spricht von „verstärkter rechtlicher Relevanz“.

Geschäftsleiter nach sich ziehen könnten.<sup>129</sup> Damit wird eine gerichtliche Sanktionierung ermöglicht und das dem Rechtsbegriff inhärente Element des äußeren Zwanges erfüllt. Es erschiene aber nicht konsequent, Regelwerke zur CSR bei einer härteren Sanktionierung nicht mehr dem Soft Law-Begriff zu unterstellen. Denn ein zunächst nur als Empfehlung formuliertes Regelwerk gilt nicht. Es wird erst rechtlich relevant, wenn und weil es von einer „harten“ Sanktionierung begleitet ist. Erst seine Durchsetzung macht es damit zu mehr als „no law“ und erhebt ein formal rechtsunverbindliches Regelwerk zu Soft Law. Damit ist es aber noch nicht zugleich „Strict Law“ oder Hard Law, weil es nicht – wie Recht – allgemeinen Geltungsanspruch erhebt.

Ein anderes Bsp bilden Corporate Governance Kodizes: Auch diese sind nicht-staatliche Regelungen, die aber gesetzlich anerkannt sind. Gem § 243c UGB haben börsennotierte AG zu erklären, welcher Corporate Governance Kodex eingehalten wird und greift eine Begründungspflicht bei Abweichungen. Damit ist das Regelwerk bereits „in die Rechtsordnung eingebaut“ und nach Ansicht Mancher „nicht zum ‚Soft Law‘ zu rechnen“.<sup>130</sup> Auch sind andere Formen der Sanktionierung gesellschafts-, haftungs- oder wettbewerbsrechtlicher Natur infolge einer Unterwerfung unter einen Corporate Governance Kodex denkbar.<sup>131</sup> Auch eine Ausklammerung von Corporate Governance Kodizes aus dem Soft Law-Begriff aufgrund der harten Sanktionierung erscheint aber nicht überzeugend. Wie im oben angeführten Bsp zeigt sich auch hier, dass Soft Law erst durch eine „harte“ Sanktionierung entsteht. Andernfalls wären Corporate Governance Kodizes als bloße Empfehlung rechtlich gänzlich unbeachtlich und damit „no law“. Zugleich sind sie kein Hard Law; es fehlt am allgemeinen Geltungsanspruch; Abweichungen sind sogar explizit zulässig.

Aus beiden Bsp kann gefolgert werden, dass eine „harte“ Durchsetzung und Soft Law einander nicht ausschließen. Ohne Bedeutung ist es dabei zunächst, ob Soft Law überhaupt die Grundlage für eine unmittelbare Sanktionierung bilden darf. Eine Durchsetzung von Soft Law kann auch indirekt über andere Rechtsnormen erfolgen. Eine Form der Durchsetzung kann auch bereits darin erblickt werden, wenn eine Rechtsnorm eine wie auch immer geartete Berücksichtigung von Soft Law oder rechtliche Verantwortlichkeit bei Missachtung von Soft Law, wie eine Erklärungspflicht bei Abweichungen, verlangt. Die Rechtssphäre wird auch immer dann betreten, wenn eine freiwillige Selbstverpflichtung an Soft Law durch privat-autonome Entscheidung eingegangen wird, die wiederum durchsetzbar ist bzw an die Rechtsfolgen geknüpft sind.

Zu überprüfen bleibt, ob auch von Soft Law gesprochen werden kann, wenn „softe“ Geltung auf nur „softe“ Durchsetzungsmechanismen trifft. Zu denken ist dabei bspw an soziale Sanktionen, wie ein Wettbewerbsnachteil und Reputationsverlust eines Unternehmens, das keine Verantwortung für CSR übernimmt und ein Regelwerk zur CSR negiert. Hierdurch wird ein Verstoß gegen ein Verhalten sanktioniert, „das sich gehört“. Die Sanktionierung ist aber von der rechtlichen Sphäre los-

129 Näher Abschnitt C.2.b.dd.

130 Walter in Lang/Schuch/Staringer 21 (26) zu Empfehlungen gem Art 148c B-VG.

131 Abschnitte C.2.b.bb, C.3.b.

gelöst und dabei rein faktischer Natur. Wenn aber die Rechtssphäre noch nicht berührt wird, bestehen keine rechtlichen Wirkungen; es fehlt an „law“, dem rechtlichen Element.<sup>132</sup>

Daraus könnte gefolgert werden, dass Regelwerke mit „softer“ Geltung und „softer“ Sanktion nicht vom Soft Law-Begriff umfasst sind. Auch hierbei sind die Grenzen aber wiederum fließend; denn auch durch „softe“ Sanktionen kann ein Regelwerk durchgesetzt werden und damit im Zeitablauf an Wirksamkeit gewinnen. Hierdurch kann wiederum die Rechtssphäre betreten werden: Denn durch soziale Sanktionen entsteht ein Druck, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten; hier: ein unverbindliches Regelwerk zu befolgen. Dadurch gewinnt ein Regelwerk an Breitenwirkung und der Befolgungsdruck wird immer größer, bis irgendwann ein faktischer Befolgungszwang besteht, weil die Nachteile aus einer Missachtung zu groß werden. Damit wird ein Regelwerk faktisch als „richtig“ betrachtet und faktisch anerkannt. Bei einer entsprechenden Anerkennung kann wiederum eine rechtliche Geltung zB über Verkehrssitte und Handelsbrauch bzw bei *opinio iuris* sogar Gewohnheitsrecht entstehen.<sup>133</sup> Nichts anders meint wohl die Bezeichnung „faktische Geltung“, womit aber im Kern nur die faktische Wirksamkeit eines Soft Law-Instruments beschrieben werden kann, das keine formelle Geltungsgrundlage hat, aus dem heraus aber eine rechtliche Geltung entstehen kann, wenn und weil es das positive Recht so vorsieht.<sup>134</sup>

### dd) Erste Folgerungen

Aufbauend auf diesen Vorüberlegungen können erste Rückschlüsse auf die Regelsetzer von Soft Law gezogen werden: Aus den Vorüberlegungen zur Geltungsgrundlage ergibt sich, dass Soft Law zunächst von Hoheitsträgern erlassen werden kann. Soft Law ist damit auf Akteure rückführbar, die (auch) zur Rechtsetzung befähigt sind. Soft Law wird aber auch von Privaten erlassen. Privater ist jeder, der kein Organ der Hoheitsverwaltung und kein Beliehener ist.<sup>135</sup> Dementsprechend kann grds zwischen staatlichem und privatem Soft Law unterschieden werden,<sup>136</sup> was nicht zuletzt auch die Regelungsmodelle und Zulässigkeit des Einsatzes von

132 Vgl zu Regeln, die aufgrund fehlender rechtlicher Sanktion kein Soft Law sind: *Knauff*, Regelungsverbund 238 ff; sowie die Überlegungen zu den Außenwirkungen in Abschnitt B.1.c.

133 Vgl in diese Richtung wohl auch *Jabloner* in FS Kopetzki 241 (249), der Soft Law über die Auslegung und Rechtsanwendung in die Rechtsordnung zieht.

134 IdS zu einer „faktischen Geltung“ von Normen zu Compliance Management Systemen (CMS) *Ladler*, ALJ 2016, 78 (87 f).

135 *Kneihls*, Privater Befehl und Zwang (2004) 23.

136 Eine solche Einteilung wählend auch *Kirchhof*, Private Rechtsetzung 102 f. Allerdings ist die Grenze zwischen Staat und Privat nicht immer eindeutig zu ziehen. So wird der Staat privatwirtschaftlich tätig oder haben Private Verwaltungsaufgaben inne. Umgekehrt sind Hoheitsträger an der privaten Regelsetzung beteiligt. Die Mitwirkung kann von einem staatlichen Auftrag zur privaten Regelsetzung, einer Mitwirkung an der privaten Regelsetzung oder staatlichen Vorgaben zur privaten Regelsetzung reichen. Demgemäß unterscheiden *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung 33 zwischen autonomer und heteronomer Selbstregulierung; zur Typologie bei *Augsberg*, Rechtsetzung 124 ff; „Mischformen privater und staatlicher Regelsetzung“: *Möllers* in *Möllers* 143 (144).

Soft Law determiniert.<sup>137</sup> Die staatliche oder private Herkunft eines Soft Law-Instruments ist teils auch für die Art und Stärke der rechtlichen Wirkungen maßgeblich.<sup>138</sup> Der Soft Law-Begriff ist damit in weiterer Folge durch eine exemplarische Darstellung staatlicher und privater Regelungen aufzufüllen (B.1.b.).

Aus den Vorüberlegungen zur Durchsetzung folgt, dass auch Soft Law von einer Sanktionierung begleitet ist. Die Sanktionierung ist Voraussetzung, dass ein Regelwerk wirksam ist. Näher zu beleuchten ist damit die Frage, welche Sanktionen welche Wirkungen für welche Betroffenen erzeugen. Die Wirkungen und Regelbetroffenen werden von den Regelsetzern getrennt ebenfalls anhand von Bsp näher ausdifferenziert (B.1.c).

## b) Regelsetzer und Erscheinungsformen

Die rechtstheoretischen Vorüberlegungen ermöglichen es, den Kreis der regelsetzenden Akteure abzugrenzen. Als mögliche Regelsetzer wurden der Staat und diesem zuzurechnende Akteure, als auch Private identifiziert. In weiterer Folge sollen die bedeutendsten Regelsetzer exemplarisch genannt und damit einhergehend mögliche Erscheinungsformen von Soft Law aufgezeigt werden. Damit wird weder ein Anspruch auf eine vollständige Auflistung aller denkbaren Soft Law-Instrumente erhoben noch eine Negativdefinition vorgenommen, welche Instrumente (noch) kein Soft Law und von diesem abzugrenzen sind. Vielmehr soll nur das für diese Untersuchung notwendige Grundgerüst geschaffen werden.

### aa) Staaten, internationale Organisationen und öffentliche Rechtsträger

#### (1) Nationalstaaten

Nach seinem traditionellen Begriffsverständnis ist Soft Law staatlicher Herkunft. Ursprünglich wurde der Begriff im Völkerrecht für Regelungen gebraucht, die nicht von Art 38 IGH-Statut umfasst sind, also außerhalb der völkerrechtlichen Rechtsquellen ergehen.<sup>139</sup> Denn häufig war – und ist – es einfacher, eine informelle Einigung in der Staatengemeinschaft zu erzielen, als Völker(vertrags- oder -gewohnheits)recht zu schaffen.<sup>140</sup> Bedeutende Regelsetzer auf internationaler Ebene sind die Nationalstaaten. Soft Law sind bspw rechtsunverbindliche zwischenstaatliche Vereinbarungen, wie die Rio-Deklaration als Ergebnis der Konferenz über Umwelt und Entwicklung.<sup>141</sup> Auch der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte wurde ursprünglich Soft Law-Charakter beigemessen.<sup>142</sup> Internationales Soft Law

137 Abschnitt B.2.a.

138 Abschnitt B.1.c.

139 Bspw *Knauff*, Regelungsverbund 214 ff, 258 ff; Abschnitt B.1.a.bb.1.

140 *Knauff*, Regelungsverbund 259; *Strauß*, Soft Law 23.

141 Bsp entnommen aus *Knauff*, Regelungsverbund 264.

142 *Strauß*, Soft Law 24f. Zur „Härtung“ im Zeitablauf *Kapelańska-Pręgowska*, The Legal Authority and Recognition of the Universal Declaration of Human Rights: Conceptions, Developments and Practice, in *Czech/Heschl/Lukas/Nowak/Oberleitner* (Hrsg), European Yearbook on Human Rights (2020) 471. Zur Bedeutung von Soft Law für die Men-

kann auch die Form einer Empfehlung, Absichtserklärung oder anderer Übereinkommen annehmen.<sup>143</sup> Zu beobachten sind auch „*softe*“ Verpflichtungen, die sich aus grds „*hartem*“ Völkervertragsrecht ergeben, aber keiner „*harten*“ Sanktionierung unterliegen; wie zB die auf das Pariser Klimaschutzübereinkommen rückführbare nationale Berichterstattung über die Umsetzung nationaler Aktionspläne.<sup>144</sup>

### (2) Internationale Organisationen

Bedeutende Regelsetzer sind auf internationaler Ebene aber nicht nur Staaten, sondern internationale Organisationen. Soft Law-Charakter wird bspw rechtsunverbindlichen UN-Resolutionen und Empfehlungen beigemessen;<sup>145</sup> zu denken ist ganz generell an rechtsunverbindliche Leitlinien, Deklarationen, Aktionspläne, Stellungnahmen uÄ.<sup>146</sup> Diskutiert wird Soft Law etwa auch in Bezug auf die Verlautbarungen des Internationalen Währungsfonds (IWF).<sup>147</sup> Insb entsteht Soft Law aber durch die zur internationalen Rechtsvereinheitlichung gegründeten internationalen Organisationen UNCITRAL und UNIDROIT: Im Rahmen der UNCITRAL werden primär Modellgesetze am Gebiet des Wirtschaftsrechts erarbeitet, die den Nationalstaaten als Vorbild dienen sollen.<sup>148</sup> Mitunter werden die Regelwerke der UNCITRAL auch unabhängig von einer nationalen Adoption angewendet, zB von Gerichten in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren berücksichtigt.<sup>149</sup> Soft Law-Charakter wird etwa auch dem *Model Law on Secured Transactions*<sup>150</sup> beigemessen,<sup>151</sup> das Kollisionsregeln über Sicherungsrechte an Sachen enthält. Aufgabe der UNIDROIT ist demgegenüber die Vereinheitlichung des

schenrechte *Tichy*, Die Rule of Law im Völker- und im Europarecht: Aktuelle Probleme, ALJ 2015, 176 (181 f).

143 *Blutman*, International and Comparative Law Quarterly 2010, 605 (607).

144 *Stäsche*, Entwicklungen des Klimaschutzrechts und der Klimaschutzpolitik 2016/2017: Internationale und europäische Ebene (Teil 1), EnWZ 2017, 308 (309 f).

145 Bsp entnommen aus *Knauff*, Regelungsverbund 270 ff.

146 *Blutman*, International and Comparative Law Quarterly 2010, 605 (607). Bspw unlängst zum Soft Law-Charakter von Leitlinien, Hinweisen, Stellungnahmen des UNHCR: Schlussanträge des GA *Tanchev*, C-507/19, *Deutschland/XT*, ECLI:EU:C:2020:768, Rn 41.

147 *A. Schäfer*, Resolving Deadlock: Why International Organisations Introduce Soft Law, ELJ 2006, 194 (201 ff).

148 Allesamt abrufbar unter <https://uncitral.un.org/en/texts> (abgefragt 1. 7. 2022).

149 „Bei ihrer Zusammenarbeit sollten Verwalter und Gerichte die bewährten Praktiken für grenzüberschreitende Insolvenzfälle berücksichtigen, wie sie in den Kommunikations- und Kooperationsgrundsätzen und -leitlinien, die von europäischen und internationalen Organisationen auf dem Gebiet des Insolvenzrechts ausgearbeitet worden sind, niedergelegt sind, insbesondere den einschlägigen Leitlinien der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (UNCITRAL).“: ErwGr 48 VO (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 2015 über Insolvenzverfahren, ABl L 2015/141, 19.

150 UNCITRAL, Model Law on Secured Transactions (2019), [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf) (abgefragt 1. 7. 2022).

151 So *Wendehorst* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperc* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB XIII<sup>8</sup> (2021) Vor Art 43 EGBGB Rz 9, 13.

Privatrechts.<sup>152</sup> Besondere Bedeutung haben die *UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts (UPICC)*<sup>153</sup> erlangt. Diese enthalten Grundregeln für internationale Handelsgeschäfte, die von den am Wirtschaftsverkehr Beteiligten Anwendung finden sowie in der Rechtsdurchsetzung von Schiedsgerichten und ordentlichen Gerichten berücksichtigt werden.<sup>154</sup> Damit sind sie Soft Law.<sup>155</sup>

Soft Law ergeht aber auch durch die den internationalen Organisationen nachgeordneten Einheiten ohne Völkerrechtssubjektivität, wie bspw der *Codex Alimentarius*<sup>156</sup> der Codex-Alimentarius-Kommission als Unterorganisation zweier UN-Organisationen.<sup>157</sup> Teils wird in diesem Zusammenhang auch die internationale Behördenkooperation genannt, die sich bspw in der Erarbeitung gemeinsamer Standards im Rahmen von Rechtsformen des Privatrechts oder gänzlich informeller Gremien manifestiert.<sup>158</sup> Soweit die Zusammenarbeit allerdings innerhalb privatrechtlicher Rechtsträger stattfindet, sind die Grenzen zu privatem Soft Law fließend und werden in dieser Untersuchung als Letzteres begriffen.

### (3) Europäische Union

Auch im Europarecht ist der Begriff des Soft Law gleichsam an den Staat rückgekoppelt und bezeichnet nicht-rechtsförmige Handlungen der EU-Organe.<sup>159</sup> Diese sind zunächst die primärrechtlichen, rechtsunverbindlichen „Rechtsakte“ der Empfehlung und Stellungnahme gem Art 288 AEUV. Daneben umfasst der Begriff des Soft Law auf europäischer Ebene weitere sekundärrechtlich vorgesehene Instrumente, wie Leitlinien der Finanzaufsichtsbehörden.<sup>160</sup> Der Begriff wird auch für weitere dem Primär- und Sekundärrecht unbekannt Instrumente gebraucht: Diese werden zur Vorbereitung späterer Gesetzesvorhaben eingesetzt (Soft Law mit „*pre-law function*“), wie Grün- oder Weißbücher; zur Auslegung des Unionsrechts (Soft Law mit „*post-law function*“), wie Mitteilungen oder Rahmenwerke, oder zur Ver-

152 Art 1 *UNIDROIT*, Statute incorporating the amendment to Article 6 (1) which entered into force on 26 March 1993, <https://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf> (abgefragt 1. 7. 2022).

153 *UNIDROIT*, Principles of International Commercial Contracts (2016), <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> (abgefragt 1. 7. 2022).

154 Zu den Effekten *Zimmermann*, „Wissenschaftliches Recht“ am Beispiel (vor allem) des europäischen Vertragsrechts, in *Bumke/Röthel* (Hrsg), Privates Recht 21 (42f).

155 Zum Soft Law-Charakter *Bachmann*, Private Ordnung 37 mwN; *Kramer*, Internationale, europäische und schweizerische Perspektiven des Vertragsrechts, JBl 2012, 750 (755); *Menne*, Verbindungsrichter – Öl im Räderwerk des internationalen Familienrechts: Rechtsprechung in internationalen Familienrechtssachen, iFamZ 2019, 280 (285).

156 Dieser besteht aus einer Kompilation verschiedener Standards zur Lebensmittelsicherheit, allesamt abrufbar unter <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/codex-texts/all-standards/en/> (abgefragt 1. 7. 2022).

157 Bsp entnommen aus *Strauß*, Soft Law 26 f.

158 Siehe nur *Knauff*, Regelungsverbund 285 ff.

159 EuGH 26/62, *Van Gend und Loos*, ECLI:EU:C:1963:1; 2007/2028(INI) ABl C 2008/187E, 75; siehe exemplarisch *Müller-Graff*, EuR 2012, 8; *Schwarze*, EuR 2011, 3; *Soltész*, EuZW 2013, 881; *Martens*, Methodenlehre 247 ff; *Knauff*, Regelungsverbund 217, 296 ff; *von Graevenitz*, EuZW 2013, 169.

160 Art 16 ESA-VO; näher Abschnitt D.



haltenssteuerung (Soft Law mit „*para-law function*“), wie Deklarationen.<sup>161</sup> Praktisch besonders sichtbar ist europäisches Soft Law im Bereich des unmittelbar anwendbaren und von europäischen Organen oder Agenturen (auch subsidiär) durchgesetzten Unionsrechts, wie im Kartell-<sup>162</sup> und Beihilfenrecht<sup>163</sup> oder Finanzmarkt-<sup>164</sup> und Datenschutzrecht<sup>165</sup>. Inhaltlich ergeht Soft Law aber in sämtlichen Kompetenzbereichen der EU, wie auch sogar in Politikbereichen, die mangels Kompetenz der EU keiner rechtsverbindlichen, europäischen Lösung zugeführt werden können und damit nur Soft Law zugänglich sind.<sup>166</sup>

### (4) Staatliche Organe

Auf nationaler Ebene machen die grds zur Gesetzgebung befugten Organe von Soft Law Gebrauch, indem sie Regelungen erlassen, ohne sich einer Rechtssatzform zu bedienen.<sup>167</sup> Als Regelsetzer in Betracht kommt damit insb die Legislative, aber auch das legislative Handeln der Ministerialverwaltung, oder die im Rahmen des „*Gesetzgebungsoutsourcings*“ eingebundenen Privaten.<sup>168</sup> Soft Law-Charakter könnte etwa Erläuterungen zur Regierungsvorlage oder parlamentarischen Verhandlungsprotokollen zukommen; insb wenn und weil sie als Auslegungsbefehl<sup>169</sup> Auskunft über den historischen Regelungswillen des Gesetzgebers geben.<sup>170</sup> Als Soft Law gelten daneben auch Regeln, die den Gesetzgebungsprozess an sich zum Gegenstand haben:<sup>171</sup> Die Legistischen Richtlinien des Bundeskanzleramts konkretisieren die Rechtsetzungstechnik und enthalten Qualitätsstandards von Gesetzen.<sup>172</sup>

Die praktisch bedeutenderen Regelsetzer sind aber Verwaltungsbehörden, die Regelwerke unterhalb der Verordnungform veröffentlichen, in der Folge: behördliches Soft Law. Die Bezeichnungen und Einsatzgebiete sind vielfältig; eine jede Auflistung schon dem Grunde nach unvollständig: Die Verwaltungsbehörden kon-

---

161 Zu dieser Klassifizierung *Senden*, *Soft Law and its implications for institutional balance in the EC*, *Utrecht Law Review* 2005, 79 (81 f); dieser folgend *Andone/Greco*, *Evading the Burden of Proof in European Union Soft Law Instruments: The Case of Commission Recommendations*, *Int J Semiot Law* 2018, 79 (85).

162 Bspw *Zimmer* in *Körper/Schweitzer/Zimmer* (Hrsg), *Wettbewerbsrecht* (Immenga/Mestmäcker) I<sup>6</sup> (2019) Art 101 Abs 1 AEUV Rz 141.

163 Bspw *Rusche* in Immenga/Mestmäcker I<sup>5</sup> Art 107 Abs 3 AEUV Rz 9 ff; *Sutter* in *May-er/Stöger*, *EUV/AEUV* Art 107 AEUV Rz 117 ff (Stand 1. 1. 2014, rdb.at).

164 Im Detail Abschnitt D.

165 Zur diesbzgl Rolle des Europäischen Datenschutzausschusses zB *Dopplinger* in *Knyrim* (Hrsg), *Praxiskommentar zum Datenschutzrecht – DSGVO und DSG*, Art 70 DSGVO Rz 11 ff (Stand 1. 9. 2019, rdb.at).

166 So zur offenen Methode der Koordinierung: *Schwarze*, *EuR* 2011, 3 (4).

167 *Jabloner* in *FS Kopetzki* 241 (243); weiter wohl noch *Jabloner/Okresek*, *ZÖR* 1983, 217.

168 Dazu *Lachmayer*, *Gesetzgebungsoutsourcing – Wenn Anwälte Gesetze schreiben ...*, *ZfV* 2020, 24 (24).

169 Außenwirkung durch Auslegung: allgemein Abschnitt B.1.c.aa.

170 Aus US-amerikanischer Sicht *Gersen/E. Posner*, *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*, *Stanford Law Review* 2008, 573.

171 *Gmeiner*, *ZfV* 2020, 215 (223 f).

172 Allesamt abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/agenda/verfassung/legistik/e-recht-legistische-richtlinien.html> (abgefragt 1. 7. 2022).

kretisieren in verschiedenen Verlautbarungen ihre Ermessensspielräume oder die verfahrensrechtliche Vorgangsweise und erläutern Prüfungshandlungen – entweder für andere Verwaltungsbehörden oder für die Rechtsunterworfenen. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang bspw die Richtlinien des BMF, mittels derer die Handlungsweise der Abgabenbehörden vereinheitlicht wird.<sup>173</sup> So sind etwa die EStR 2000 nach Auffassung des BMF eine „Zusammenfassung des geltenden Einkommensteuerrechts und damit [...] Nachschlagewerk für die Verwaltungspraxis und die betriebliche Praxis“.<sup>174</sup> Auch die FMA veröffentlicht umfangreiche Rundschreiben, Mindeststandards und Stellungnahmen. Diese geben ihre Rechtsauffassung wieder und dienen den Rechtsunterworfenen als Orientierungshilfe. Darüber hinaus etablieren sie nach dem Selbstverständnis der FMA aber auch neue Standards.<sup>175</sup> Lange Tradition hat Soft Law auch im Kartellrecht: Auf nationaler Ebene publiziert die BWB Standpunkte oder Leitlinien, in denen sie ihre Rechtsauffassung darlegt;<sup>176</sup> im europäischen Verwaltungsverbund sind neben bzw anstelle der staatlichen Verwaltung freilich europäische Verwaltungsbehörden zu berücksichtigen. Für das Finanzmarktrecht sind korrespondierend zur FMA die Verlautbarungen der ESA zu nennen; für das Wettbewerbsrecht korrespondierend zur BWB die Verlautbarungen der Europäischen Kommission. Auch diese werden in dieser Arbeit unter dem Begriff des behördlichen Soft Law mitbehandelt.<sup>177</sup>

Auch im Kernbereich des Regulierungsrechts ist Soft Law ein beliebtes Instrument der Verhaltenssteuerung, das von grds verordnungsermächtigten beliehenen Rechtsträgern genutzt wird. Die E-Control GmbH erlässt – auf gesetzlicher Grundlage gem § 9 Abs 1 E-RBG<sup>178</sup> – Marktregeln und sog Technische und organisatorische Regeln. Diese sind keine Verordnungen, aber haben eine „normative Relevanz“.<sup>179</sup> Denn eine Teilhabe am Elektrizitätsmarkt ist wohl nur bei Beachtung der in den Regeln spezifizierten technischen Voraussetzungen möglich, die den Marktteilnehmern durch die Behörde gleichsam aufoktroiyert werden.<sup>180</sup> Auch die RTR-GmbH erarbeitet – ebenso auf gesetzlicher Grundlage gem § 128 TKG<sup>181</sup> – unter Mitwirkung der Marktbeteiligten Konsultationspapiere, die unterhalb der Verordnungsform eine gemeinsame Rechtsauffassung darlegen und in Streitfällen Berück-

173 Für eine Liste siehe <https://findok.bmf.gv.at/findok?execution=e1s3> (abgefragt 1. 7. 2022); siehe auch *Arnold*, Die Erlassung von Normen am Gesetzgeber vorbei – aus der Sicht des Abgabepflichtigen, in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), *Soft Law* 101 (102f).

174 *BMF*, Einkommenssteuerrichtlinien 2000 vom 22. 3. 2005, 06 0104/9-IV/6/00 idF *BMF-010200/0024-IV/6/2019* vom 14. 5. 2019, <https://findok.bmf.gv.at/findok/resources/pdf/1eceb83b-8314-445f-aeb1-4d4d43094863/19973.18.1.pdf> (Einleitung, abgefragt 1. 7. 2022).

175 Siehe die allgemeinen Erläuterungen der FMA zu Mindeststandards <https://www.fma.gv.at/fma/fma-mindeststandards/> bzw Rundschreiben <https://www.fma.gv.at/fma/fma-rundschreiben/> (abgefragt 1. 7. 2022).

176 Siehe das Selbstverständnis der BWB [https://www.bwb.gv.at/recht\\_publicationen/standpunkte/](https://www.bwb.gv.at/recht_publicationen/standpunkte/) (abgefragt 1. 7. 2022).

177 Abschnitt D.

178 *Energie-Regulierungsbehördengesetz* BGBl I 2000/12.

179 *B. Raschauer* in FS Schäffer 685 (690).

180 Deutlich *B. Raschauer* in FS Schäffer 685 (690).

181 *Telekommunikationsgesetz* 2003 BGBl I 2003/70.

sichtigung finden sollen.<sup>182</sup> Darüber hinaus legt die RTR-GmbH – ohne gesetzliche Grundlage – in Positionspapieren ihre Rechtsauffassung dar, die eine verhaltenssteuernde Wirkung entfalten sollen.<sup>183</sup>

### (5) Körperschaften öffentlichen Rechts: Kammern

Ähnlich wie Verwaltungsbehörden machen auch Körperschaften des öffentlichen Rechts von Soft Law Gebrauch. Insb die Kammern der freien Berufe veröffentlichen abseits ihrer Verordnungsermächtigung Fachgutachten,<sup>184</sup> Richtlinien oder Musterbedingungen<sup>185</sup>. Auch die Wirtschaftskammer oder Arbeiterkammer werden idS regulierend tätig. Exemplarisch sind die Allgemeinen Versicherungsbedingungen des Versicherungsverbandes der WKÖ zu nennen.<sup>186</sup> Berufsständisches Soft Law dient vorrangig der Förderung der Mitgliederinteressen in der Funktion als Interessenvertretung; die berufliche Tätigkeit soll durch einheitliche Standards erleichtert werden.<sup>187</sup> Wie behördliches Soft Law bildet berufsständisches Soft Law teils die gesetzlichen Bestimmungen zusammenfassend ab; geht aber mitunter auch über die gesetzlichen Regelungen hinaus und enthält damit ergänzende Vorgaben. Im Unterschied zu behördlichem Soft Law zeichnet sich berufsständisches Soft Law dadurch aus, dass die ergänzenden Vorgaben durch Berufsangehörige geschaffen werden; der Berufsstand reguliert sich selbst. Berufsständisches Soft Law ist damit eine Form der Selbstregulierung, die durch gesetzliche Interessenvertretungen vorgenommen wird.<sup>188</sup>

### bb) Private

#### (1) Private Regeln als Soft Law

Der Begriff des Soft Law erfasst auch Regelungen privater Akteure.<sup>189</sup> Die Regelsetzung durch Private wird im Schrifttum auch unter den Titeln der „Selbstregulierung“<sup>190</sup>, „Privatisierung der Rechtsetzung“<sup>191</sup>, „Privates Recht“<sup>192</sup>, „Entstaatlichung

182 RTR, Kommunikationsbericht 2004 (2005), <https://www.rtr.at/TKP/aktuelles/publikationen/publikationen/kommunikationsbericht/KBericht2004.de.html> (74, abgefragt 1. 7. 2022).

183 B. Raschauer in FS Schäffer 685 (689).

184 So die KSW: abrufbar unter [https://www.ksw.or.at/desktopdefault.aspx/tabid-118/274\\_view-17/](https://www.ksw.or.at/desktopdefault.aspx/tabid-118/274_view-17/) (abgefragt 1. 7. 2022).

185 Bspw KSW, Allgemeine Auftragsbedingungen für Wirtschaftstreuhandberufe (AAB 2018) vom 18. 4. 2018, [https://www.ksw.or.at/PortalData/1/Resources/aab/AAB\\_2018\\_de.pdf](https://www.ksw.or.at/PortalData/1/Resources/aab/AAB_2018_de.pdf) (abgefragt 1. 7. 2022).

186 Allesamt abrufbar unter [https://www.vvo.at/vvo/vvo.nsf/sysPages/Musterbedingungen\\_Personensparten.html](https://www.vvo.at/vvo/vvo.nsf/sysPages/Musterbedingungen_Personensparten.html) (abgefragt 1. 7. 2022).

187 So findet sich etwa Soft Law auf der Homepage der KSW nicht unter der Rubrik „Berufsrecht“, sondern unter „Services“.

188 Näher Abschnitt E.1.

189 Bspw Müller-Graff, EuR 2012, 8 (27 f); Köndgen, AcP 2006, 477 (478); Lachmayer, Juridikum 2013, 109 (110); Walter in Lang/Schuch/Staringer 21 (23 ff); zu Corporate Governance Kodizes: Krejci in Lang/Schuch/Staringer 53; vgl auch Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung 22 mwN.

190 Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung 8 ff; als Oberbegriff 21.

191 WiR (Hrsg), Privatisierung.

192 Bumke/Röthel, Auf der Suche nach einem Recht des privaten Rechts, in Bumke/Röthel (Hrsg), Privates Recht 1.

des Rechts<sup>193</sup> oder „Private Governance“<sup>194</sup> diskutiert. In Abgrenzung zu Organen der Hoheitsverwaltung und Beliehenen<sup>195</sup> sind Private individuelle Marktteilnehmer, aber auch deren Zusammenschlüsse und Interessenvertretungen. Dies beinhaltet auch private Rechtsträger, insb Vereine, die aber wiederum durch Hoheitsträger gebildet werden. Die Motivation zur Regelsetzung kann dabei entweder bei privaten Akteuren liegen, oder beim Staat, der eine Rahmenregel erlässt, die ihrerseits durch private Regelungen aufzufüllen ist.<sup>196</sup>

Das Grundmodell einer privaten Regelsetzung ist der Vertrag. Private gehen im Rahmen ihrer Privatautonomie rechtsgeschäftliche Bindungen ein. Der Vertrag begründet ein Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien; Regelsetzer und Regeladressat sind ident.<sup>197</sup> Nicht an der Regelbildung Beteiligte können sich im Rahmen ihrer Privatautonomie durch entsprechende Erklärung anschließen.<sup>198</sup> In der Wirtschaftsrealität werden private Regelungen mitunter nicht unter Einbeziehung sämtlicher Marktteilnehmer geschaffen, sondern von Personengruppen, insb Interessenvertretungen, erarbeitet. Regelsetzer und Regeladressat sind damit nicht mehr ident. Solange Zugehörige eines Berufsstandes aber die vom Berufsverband entwickelten Regelungen als Ausfluss der Verbandsmitgliedschaft oder freiwillig befolgen, agieren sie noch im Rahmen ihrer Privatautonomie.<sup>199</sup> Derartige Regelungen sind zwar Teil der „privaten Rechtsetzung“, allerdings noch kein hier untersuchungsgegenständliches Soft Law. Denn Soft Law ist durch seine Außenwirkung gekennzeichnet; es hat rechtliche Wirkungen für Dritte. Es gilt nicht mehr bloß individuell, sondern generell. Privates Soft Law bezeichnet damit nur private Regelwerke, die Wirkungen für Dritte, nicht an der Regelbildung Beteiligte entfalten, die sich dem Regelwerk auch nicht freiwillig unterworfen haben. Dieses Phänomen wird im Schrifttum auch unter der Problematik der Drittwirkung oder Fremdbindung privater Regelsetzung und der damit einhergehenden Legitimationsproblematik privater Ordnung diskutiert.<sup>200</sup> Ob ein privates Regelwerk Soft Law ist, wird damit für den jeweiligen Regelungskomplex gesondert zu beurteilen sein. Im Grunde genommen hat aber jede private Regelung das Potenzial, zu Soft Law zu erstarken und eine Außen- bzw Drittwirkung zu entfalten.

## (2) Berufsverbände

IdS wird privates Soft Law insb durch Berufsverbände gesetzt. Als Private sind hier aber nur jene Berufsverbände relevant, die nicht als Körperschaft öffentlichen Rechts gesetzlich eingesetzt sind. Organisiert sind solch freiwillige Interessenvertretungen insb als Verein. Die von Berufsvertretungen erlassenen Regelwerke sind

193 ÖJK/R. Müller (Hrsg), Entstaatlichung.

194 Köndgen, AcP 2006, 477 (478).

195 Kneihls, Privater Befehl 23.

196 Augsberg, Rechtsetzung 124 ff; Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung 33 ff. Zu einer Kategorisierung bspw auch Baldwin/Cave/Lodge, Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice<sup>2</sup> (2012) 146 ff mwN.

197 Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung 256.

198 Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung 257.

199 Näher Abschnitt B.2.a.dd.

200 Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung 265 ff; Bachmann, Private Ordnung 300 ff.

## 1. Soft Law: Eine Begriffsabgrenzung

---

durchaus vielfältig und durchziehen im Grunde alle Branchen. Eine Einordnung dieser Regelwerke kann insb nach ihrer Zielrichtung vorgenommen werden: Die Verlautbarungen bezwecken einerseits häufig eine Erleichterung der Tätigkeit der Berufsangehörigen. Bereits hingewiesen wurde auf Musterbedingungen. Diese können als Vorbild wirken und damit die Tätigkeit der Berufsangehörigen vereinfachen.<sup>201</sup> In diese Kategorie fallen bspw auch Musterverträge. Soft Law sind solche Verlautbarungen dann, wenn der Berufsangehörige einem Befolungsdruck unterliegt, die Verbandsregeln den einzelnen Verträgen mit Dritten, bspw Kunden, zugrunde zu legen.<sup>202</sup>

Andererseits entwickeln Berufsverbände Verhaltenskodizes, die das Gesetz ergänzende Vorgaben enthalten. Diese sind Soft Law, wenn sie abseits einer privatautonom Unterwerfung rechtlich relevant sind. Besonders deutlich wird dies etwa bei den Verhaltenskodizes der Pharma- und Medizinprodukteunternehmen. So veröffentlicht der Verband der pharmazeutischen Industrie Österreich (PHARMIG) für seine Verbandsmitglieder Verhaltensregeln,<sup>203</sup> die bei Verstößen gegen das AMG<sup>204</sup> anzuwenden sind und darüber hinaus – über eine verbandsinterne Bindung hinaus – für das Korruptionsstrafrecht von Bedeutung sein können.<sup>205</sup> Als weiteres berufliches Regelwerk mit Soft Law-Charakter sei exemplarisch der „*Ehrenkodex für die österreichische Presse*“ genannt, der die Grundsätze für die journalistische Arbeit festlegt.<sup>206</sup> Der Ehrenkodex wurde vom Österreichischen Presserat entwickelt, dessen Mitglieder gem § 4 Z 2 der Statuten<sup>207</sup> wiederum Verbände sind. Auch unabhängig von einer Mitgliedschaft wird die Einhaltung des Ehrenkodex aber vom einzelnen Journalisten erwartet.<sup>208</sup> MaW entfaltet der Ehrenkodex Wirkungen (auch) für verbandsexterne Dritte. Ganz ähnlich wirkt der „*Ehrenkodex des Public Relations Verband Austria (PRVA)*“<sup>209</sup>. Dieser ist grds nur für Verbandsmitglieder bindend. Dennoch wird seine Einhaltung ua durch den PR-Ethik-Rat überwacht.

201 Näher Abschnitt G.1.c.aa.

202 Vgl zu durch Verbände ausgesprochene Gebrauchsempfehlungen *Köndgen*, AcP 2006, 477 (481).

203 PHARMIG, Verhaltenskodex & Verfahrensordnung der Fachausschüsse VHC I. und II. Instanz vom 1. 7. 2007, <https://www.pharmig.at/media/2889/pharmig-verhaltenskodex-072020.pdf> (abgefragt 1. 7. 2022).

204 Arzneimittelgesetz BGBl 1983/185.

205 Gmeiner, ZfV 2020, 215 (221).

206 *Österreichischer Presserat*, Grundsätze für die publizistische Arbeit (Ehrenkodex für die österreichische Presse) vom 7. 3. 2019, [https://www.presserat.at/rte/upload/pdfs/grundsätze\\_fuer\\_die\\_publizistische\\_arbeit\\_ehrenkodex\\_fuer\\_die\\_oesterreichische\\_presse\\_idf\\_vom\\_07.03.2019.pdf](https://www.presserat.at/rte/upload/pdfs/grundsätze_fuer_die_publizistische_arbeit_ehrenkodex_fuer_die_oesterreichische_presse_idf_vom_07.03.2019.pdf) (abgefragt 1. 7. 2022).

207 *Österreichischer Presserat*, Statuten des Vereins zur Selbstkontrolle der österreichischen Presse – Österreichischer Presserat vom 22. 11. 2021, [https://www.presserat.at/rte/upload/pdfs/statuten\\_beschlossen\\_am\\_22.11.2021\\_genehmigt\\_mit\\_bescheid\\_vom\\_24.11.2021.pdf](https://www.presserat.at/rte/upload/pdfs/statuten_beschlossen_am_22.11.2021_genehmigt_mit_bescheid_vom_24.11.2021.pdf) (abgefragt 1. 7. 2022).

208 Dieser wurde wiederholt der Beurteilung zugrunde gelegt, ob den beruflichen Sorgfaltsanforderungen entsprechend gehandelt wurde: siehe insb die Analyse der Rsp in Abschnitt E.3.

209 PRVA, Ehrenkodex des PRVA: Beschluss der Generalversammlung des PRVA vom 23. 3. 2017, [https://prva.at/itrfile/\\_1\\_/f374e32baed34b17a56be9336308685c/20170323\\_Ehrenkodex%20des%20PRVA.pdf](https://prva.at/itrfile/_1_/f374e32baed34b17a56be9336308685c/20170323_Ehrenkodex%20des%20PRVA.pdf) (abgefragt 1. 7. 2022).

Dessen Tätigkeit erstreckt sich nicht nur auf die PR-Branche, sondern auf die gesamte Öffentlichkeitsarbeit.<sup>210</sup>

Mitunter entwickeln Verbände auch Regeln, die Dritten außerhalb einer Branchenzugehörigkeit oder eines anderen beruflichen Konnexes Verhaltenspflichten auferlegen. Dies ist insb im Hinblick auf die Regeln des Sports beobachtbar. Exemplarisch angeführt seien die FIS-Regeln, die vom Internationalen Schiverband<sup>211</sup> entwickelt wurden. Dieser wird wiederum aus nationalen Schiverbänden gebildet. Sein Zweck ist ua die Förderung des Schisports, die Organisation von Wettkämpfen und die Streitbeilegung auf einer professionellen Ebene.<sup>212</sup> Bemerkenswerterweise kodifizieren die FIS-Regeln Verhaltenspflichten nicht nur für professionelle Sportler, die wiederum Mitglied der nationalen Schiverbände sind. Vielmehr enthalten die FIS-Regeln allgemeine Verhaltenspflichten, die auch vom einzelnen Hobbyschifahrer beachtet werden sollen.<sup>213</sup> Dieser war aber nicht an der Regelsetzung beteiligt und hat sich diesen auch nicht unterworfen.<sup>214</sup>

Ein ähnlicher Effekt ist im Rechnungslegungsrecht zu beobachten: Wirtschaftsprüfer organisieren sich mitunter in privaten Verbänden, wie dem IWP,<sup>215</sup> oder dem IDW e.V. in D. Diese Verbände dienen der Förderung der Interessen ihrer Mitglieder; ein Ziel, das ua durch die Verlautbarung einheitlicher Standards zur Prüfung der Rechnungslegung erreicht wird.<sup>216</sup> Relevanz entfalten diese aber nicht nur für die Berufsangehörigen, die einer Bindung an diese Standards unterliegen können. Vielmehr entfalten sie Rückwirkungen auf den einzelnen Rechnungslegungspflichtigen: Denn dieser ist gesetzlich zur Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung verpflichtet, die sich wiederum aus den für Wirtschaftsprüfer entwickelten Standards ergeben können.<sup>217</sup> Auch dabei tritt das Phänomen auf, dass der einzelne Rechnungslegungspflichtige an ein Regelwerk gebunden wird, dem er nicht zugestimmt und dem er sich nicht unterworfen hat.

### (3) Hybride Regelsetzung

Eine private Regelsetzung schließt eine Mitwirkung von Hoheitsträgern aber nicht aus. Insb die internationale Rechtsangleichung bzw Rechtsvereinheitlichung ist nicht nur von internationalen Organisationen, sondern von privaten Rechtsträgern, idR in

210 <http://www.prethikrat.at/ueber-den-rat/aufgaben-des-rats/> (abgefragt 1. 7. 2022); siehe zur Soft Law-Qualität zB *Gmeiner*, ZfV 2020, 215 (219).

211 FIS, Statuten idF 6/2018, [https://assets.fis-ski.com/image/upload/v1589269928/fis-prod/assets/fis\\_statutes\\_2018\\_-\\_clean\\_gender\\_neutral\\_12052020.pdf](https://assets.fis-ski.com/image/upload/v1589269928/fis-prod/assets/fis_statutes_2018_-_clean_gender_neutral_12052020.pdf) (abgefragt 1. 7. 2022).

212 Z 3 FIS-Statuten.

213 StRsp; OGH 29. 4. 1986, 11 Os 70/86; 8. 4. 1987, 9 Os 10/87; 13. 6. 1990, 11 Os 60/90; RIS-Justiz RS0023410; siehe bspw ferner OGH 22. 11. 2005, 1 Ob 219/05w. Zum dt Recht *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung 87 ff.

214 Näher zu den Außenwirkungen Abschnitt B.2.c.cc.

215 IWP, Statuten des Vereins „Institut Österreichischer Wirtschaftsprüfer“ vom 20. 4. 2022, [https://www.iwp.or.at/wp-content/uploads/2022/05/220420\\_Vereinsstatuten-iwp-FINAL.pdf](https://www.iwp.or.at/wp-content/uploads/2022/05/220420_Vereinsstatuten-iwp-FINAL.pdf) (abgefragt 1. 7. 2022).

216 Näher Abschnitt E.1. und E.2.a.bb.; zum dt Recht *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung 124.

217 Zum dt Recht *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung 131 f.