

Bedeutungsgewinn des "soft law": Chance oder Risiko für Rechtsstaat und Demokratie?

Jahreskonferenz 2012 des Vereins Unser Recht – Konferenzbericht

Am 27. Juni 2012 fand im Hotel Kreuz in Bern die Jahreskonferenz des Vereins Unser Recht zum Schwerpunktthema "Bedeutungsgewinn des 'soft law': Chance oder Risiko für Rechtsstaat und Demokratie?" statt.

Vor den Beiträgen zum "soft law" orientierte Nationalrat *Kurt Fluri* (FDP, SO) die Teilnehmenden über die auf Bundesebene aktuell behandelten Geschäfte von rechtsstaatlicher und völkerrechtlicher Bedeutung. Verschiedene aus grund- und völkerrechtlicher Perspektive problematische Volksinitiativen müssen momentan umgesetzt werden, so die Unverjährbarkeits-, die Verwahrungs-, die Minarett- und die Ausschaffungsinitiative. Die Räte beschlossen bezüglich der Unverjährbarkeitsinitiative im Differenzbereinigungsverfahren, dass sich der Begriff "Kinder vor der Pubertät" im Initiativtext auf Minderjährige unter zwölf Jahren beziehen soll; dieser Beschluss bleibt voraussichtlich unangefochten. Vom Gesetzgeber bereits umgesetzt wurde die Verwahrungsinitiative. In den Art. 64 ff. StGB wird nun zwischen der schon bis anhin möglichen und der neuen lebenslänglichen Verwahrung unterschieden. Da letztere aus Sicht der Grundrechte nicht unbedenklich ist, ordnen die Gerichte in der Regel die "herkömmliche" Verwahrung an. Zur Minarettinitiative hätten sich die Behörden bisher erst in einem Fall ("Langenthal") äussern können. Sowohl die zuständige Baubehörde als auch das Verwaltungsgericht Bern stützten ihre Argumentation jedoch auf Baurecht und nicht auf die Grundrechte – der weitere Verlauf des Verfahrens bleibt abzuwarten. Im Zusammenhang mit der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative liegen heute zwei Vorschläge des Bundesrates vor: Der eine orientiert sich am Gegenvorschlag zur Initiative und sieht für bestimmte Fälle eine Verhältnismässigkeitsprüfung bei Ausschaffungsentscheiden vor; der andere, welcher sich stärker an den Initiativtext anlehnt, beinhaltet einen absoluten "Ausschaffungs-Automatismus". Das Parlament wird in seinen Beratungen berücksichtigen müssen, dass die Initiative vom Volk deutlich angenommen und der Gegenvorschlag deutlich verworfen wurde. Ein denkbare Szenario wäre die Entscheidung für den eng an die Initiative gelehnten Text, gegen welchen das Referendum ergriffen werden könnte, womit eine "zweite Chance" für das Volk geschaffen würde, sich für eine grundrechtskonforme Ausschaffungspraxis zu entscheiden.

Im Zusammenhang mit den aktuellen Konflikten zwischen Volksrechten und Völkerrecht publizierte der Bundesrat am 30. März 2011 einen Zusatzbericht (BBl 2011 3613) zu seinem Bericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010 (BBl 2010 2263)¹. Der Bundesrat diskutiert darin unter anderem eine präventive Kontrolle der Verfassungsmässigkeit von Volksinitiativen durch einen zentralisierten staatlichen Rechtsdienst oder durch das Bundesgericht. Letztere Variante würde allerdings die Rolle des Bundesgerichts von einer urteilenden Instanz in die Richtung eines Kontrollorgans, das eine Art abstrakte Normenkontrolle vornähme, verschieben. Zwei Motionen (11.3468; 11.3751) der beiden Staatspolitischen Kommissionen auf der Basis des Zusatzberichtes, welche die bundesrätlichen Vorschläge eines verwaltungsinternen Vorprüfungsverfahrens für Volksinitiativen sowie einer Ausdehnung der Ungültigkeitsgründe aufnahmen, wurden in den Räten befürwortet. Insbesondere eine dritte vom Bundesrat angeführte Möglichkeit, die Verankerung der "Schubert-Praxis" in der Bundesverfassung, ist stets auch im Kontext mit einer allfälligen Streichung von Art. 190 BV zu sehen.

¹ Vgl. dazu den Konferenzbericht zur Jahreskonferenz 2011, abrufbar unter http://www.unser-recht.ch/fileadmin/user_upload/files/Jahreskonferenzbericht_2011.pdf.

In die Beiträge zum Thema "soft law" wurden die Zuhörenden von Dr. *Marco Jagmetti* (Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich; vormals Präsident des Kassationsgerichts des Kantons Zürich) eingeführt. Er bemerkte, dass unter dem relativ ungenauen Begriff "soft law" formell unverbindliche Akte verschiedenster, weder staatsvertraglich noch konstitutionell legitimer Gremien und Institutionen verstanden werden und ihre Erscheinungsformen äusserst vielfältig seien (Deklarationen, Chartas, Empfehlungen, Standards etc.). Ihre Zahl und Bedeutung nähmen stetig zu und ihre politische Dimension sei bedeutsam: Oft werde zum Mittel des "soft law" gegriffen, wenn eine verbindliche Regelung nicht mehrheitsfähig wäre – prominentes Beispiel ist die Allgemeine Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen aus dem Jahr 1948. In jüngerer Zeit greife das "soft law" zunehmend stärker in die Rechtspositionen der Einzelnen ein: Beispiele wie die "Bologna-Erklärung", die Empfehlungen des Committee on Fiscal Affairs der OECD oder der Financial Action Task Force on Money Laundering, das "Basel III"-Regelwerk sowie der Code of Conduct on Business Taxation der EU haben gemein, dass sie zwar formell unverbindlich sind, der Druck, sie zu übernehmen, aber trotzdem gross ist. Obschon es sich in der Regel um wichtige, von sachkundigen Experten ausgearbeitete und in einer globalisierten Welt sehr nützliche Akte handle, dürfe nicht vergessen werden, dass sie von demokratisch nicht legitimierten Akteuren ohne Mitwirkung des Parlaments oder der Bürger ausserhalb der institutionalisierten, transparenten Normsetzungsverfahren erstellt werden. Nicht selten hätten die mächtigsten Länder den grössten Einfluss auf den Inhalt von internationalem "soft law" und verfügen zu dessen Durchsetzung über die nötigen Druckmittel, welche an die Stelle der formellen Rechtsverbindlichkeit der Regelungen treten. In der Schweiz werde sowohl internationales als auch national geschaffenes "soft law" häufig auf Grund einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen durch das Parlament durch die Exekutive bzw. die Verwaltung in unser Rechtssystem übernommen und damit zu verbindlichem Recht – unter Umgehung des Referendums. Die Tendenz gehe dahin, die Regelung von komplexen eher technischen Materien zunehmend Fachleuten zu überlassen, mit dem Argument, dass die Regelungen dadurch sachgerechter würden und bei Änderung der Verhältnisse auch leichter anpassbar seien. Der Referent hält diese Entwicklung für höchst problematisch. Wenn Aufsichts- oder Verwaltungsbehörden das Recht, welches sie selbst schaffen, im konkreten Fall anwenden, entstünden ernstzunehmende Probleme der Gewaltentrennung. Die zu beobachtende Überhandnahme des „soft law“ und die damit verbundene Verwischung des Bewusstseins, wer zur Rechtsetzung legitimiert sei, erodiere bis zu einem gewissen Grade den demokratisch legitimierten Rechtsstaat.

Im ersten Referat zum Platz des "soft law" im Rechtssystem sprach Prof. Dr. *Alexandre Flückiger* (Professeur ordinaire au département de droit public de l'Université de Genève; Directeur du département de droit public; Directeur du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL); Membre du comité de l'association "Notre Droit") über die rechtliche Relevanz des "soft law" und warf insbesondere in Bezug auf dessen innerstaatliche Formen die Fragen auf, um was es sich dabei konkret handle, von wem es geschaffen werde und ob man es als ein neu entstandenes "Governance-Instrument" bezeichnen könne.

"Soft law" könne formell (*im Referat nicht weiter behandelt; Anm. der Verfasserin*) wie auch materiell sein und werde sowohl von staatlichen als auch von privaten nationalen und internationalen Organisationen zum Teil unilateral, zum Teil gemeinsam bzw. aufeinander abgestimmt erlassen. Oft betreffe es den Rechtskreis des öffentlichen Rechts. Abzugrenzen sei es von den Realakten und von Akten der Selbstregulierung; zuweilen werde es mit relativ viel Druck durchgesetzt. Der Begriff "soft law" könne irreführend sein: Die fraglichen Akte wirken weder besonders "soft", noch handle es sich um "law" im technischen Sinne. Schon seit langer Zeit werde zu "soft law"-ähnlichen Instrumenten gegriffen (vgl. bspw. die Akte betreffend die Anerkennung und Gewährleistung der immerwährenden Neutralität der Schweiz und der Unverletzlichkeit ihres Gebietes aus dem Jahr 1815 oder die Allgemeine Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen von 1948). In jüngerer Zeit gebe es jedoch einige Neuerungsbestrebungen, insbesondere im Zusammenhang mit Rechtsmittelmöglichkeiten gegen "soft law" und mit der besseren Statuierung seiner Rahmenbedingungen. Man wolle das "soft law" in Zukunft nicht mehr unter Berufung auf seinen unverbindlichen Charakter aus der Rechtssphäre ausschliessen.

In der Folge diskutierte der Referent drei Thesen zum "soft law". Die erste davon fragte nach dessen Normativität. Da "soft law" in diversen Formen vorkomme, sei eine Antwort darauf nicht einfach. Es lassen sich aber verschiedene, nach ihrer Eingriffsintensität abgestufte Gruppen bilden. Manche Arten von Empfehlungen hätten nur den Charakter eines "Vorschlages", ihre Eingriffsintensität sei schwach. Andere Akte des "soft law" würden dagegen zu Erkenntnisquellen für den Gesetzgeber oder zu Gewohnheitsrecht und erhalten dadurch schliesslich normativen Charakter.

Die zweite These besagte, dass die Flexibilität des "soft law" in einem Rechtsstaat ein zweischneidiges Schwert sei. Dies sei zu bejahen: Den diversen Vorteilen (bspw. grosse Effizienz, Experimentiermöglichkeiten, evtl. bessere Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit) stünden ebenso viele Nachteile (bspw. mangelnde oder nicht eindeutige Zuständigkeiten, Schaffung von verbindlichen Regelungen wird durch Erlass einer Empfehlung, Richtlinie o.ä. umgangen) gegenüber.

Die letzte These betraf die Frage, ob "soft law" zwingend sei. Auch hier müsse differenziert werden: So werde beispielsweise die "Bologna-Erklärung" als relativ zwingend betrachtet, bei den Empfehlungen zur Parteienfinanzierung der *Groupe d'Etats contre la Corruption* sei dies viel weniger der Fall. Wie im "normalen" Recht gebe es zwingende und nicht zwingende Normen. Es bestünden allerdings psychologische, juristische, ökonomische und politische Mechanismen, welche dazu beitragen würden, dass "soft law" als zwingend empfunden werde, z.B. die Befürchtung, dass der Staat eine verbindliche Norm erlassen könnte, wenn das "soft law" nicht eingehalten würde.

Das Referat schloss mit der Feststellung, dass für alle Arten von "soft law" geprüft werden sollte, wie man den Prinzipien des Rechtsstaats jeweils zum Durchbruch verhelfen könne, damit die nicht in formellen Rechtssetzungsprozessen geschaffenen Regelungen dennoch genügend legitimiert seien.

Prof. Dr. *Anne Peters* (Ordinaria für Völker- und Staatsrecht an der Universität Basel; Forschungsdekanin) beleuchtete – insbesondere im internationalen Kontext – die Chancen und Risiken von "soft law" als Steuerungsinstrument. Sie definierte die Akte des "soft law" als Normen nicht per se strikt rechtsverbindlicher Natur, die aber dennoch rechtliche (nicht nur faktische) Wirkungen entfalten. Sogenanntes "formelles soft law" (z.B. EU-Richtlinien nach Art. 288 AEUV) subsumierte sie ebenso wenig unter den Begriff "soft law" wie programmatische und inhaltlich schwammige Rechtsnormen (z.B. gewisse Menschenrechtsverträge).

Als erstes stellte sie die Frage nach der Legalität des "soft law": Handelt es sich dabei um Recht? Nach einer strikt binären Auffassung gebe es nur Recht oder Nicht-Recht. Zur Einordnung der verschiedenen Formen von "soft law" genüge diese einfache Einteilung jedoch nicht. Besser geeignet sei eine Kontinuitätsthese, eine gleitende Skala von Normativität und Verbindlichkeit, welche auch Grauzonen berücksichtige. Verschiedene Elemente (bspw. inhaltliche Genauigkeit, formale Aspekte, Rechtsbindungswille, Sanktionspotential) können Hinweise darauf geben, wo auf der Skala ein bestimmter Akt einzuordnen sei – eine eindeutige Kategorisierung lasse sich aber nur schwerlich vornehmen. Auch der Blick auf die Erzeuger von "soft law" (neben den Staaten handelt es sich dabei um internationale Organisationen, NGOs, Berufsverbände, Schiedsgerichte, Wirtschaftsakteure etc.) lasse keine eindeutigen Rückschlüsse zu. Während staatlich erzeugte Normen vermutungsweise Recht seien, werde bei nichtstaatlichen das Gegenteil vermutet. Dennoch können letzteren im Einzelfall normative Wirkungen zukommen, welche vor allem von der Nähe zum Prototyp "Recht" abhängen. Der Begriff "soft law" sei jedenfalls missverständlich: Er "erschleiche" Legitimität, indem er davon ablenke, dass es sich nicht um "law" handle.

Weiter behandelte die Referentin die Funktionalität des "soft law". Dieses könne unwirksam sein, beispielsweise wenn es unbestimmt und unklar formuliert sei oder einzig zur Vermeidung einer "hard law"-Regelung ergehe und nur kaschiere, dass man gar nicht gewillt sei, Regelungen einzuhalten. Andererseits werde "soft law" oft von Experten in relativ langen Erarbeitungsprozessen gut reflektiert erzeugt und ihr Fachwissen schaffe eine grosse Akzeptanz der Regelungen (so z.B. im Medizinalbereich); in Gebieten mit raschem technischen Fortschritt seien die flexiblen Regelungen des "soft law" gut geeignet und in einem internationalen Umfeld tragen sie zudem zur Rechtsvereinheitlichung bei. Aus pragmatischen Grün-

den könne man ausserdem zu Gunsten dieser Regelungen ins Feld führen, dass es besser sei, weiche Normen zu haben, als ein allfälliges Regelungsvakuum – und in manchen Fällen sei es sogar besser, nur so viele "harte" staatliche Normen wie absolut nötig zu erlassen. Im Verhältnis zum staatlichen Recht könne das "soft law" zuweilen eine Vorreiter- oder Ergänzungsrolle einnehmen. Grundsätzlich sei eine Norm wirksam, wenn sie das Verhalten der Normunterworfenen tatsächlich im Sinne des Regelungsziels beeinflusse. Beim "soft law" gebe es verschiedene Befolgungsgarantien: Sanktionierbarkeit, Einsicht in die Güte und Interessengerechtigkeit einer Regelung oder auch Angst vor Reputationsverlust im Fall der Verfehlung.

Schliesslich sei nach der Legitimität des "soft law", insbesondere des nichtstaatlichen, zu fragen. Aus der Privatautonomie sei jedenfalls keine Legitimität von "soft law" mit Bindung für Dritte abzuleiten. Sehr häufig werde mit der Figur der Normsetzungsdelegation gearbeitet. Hierbei sei nebst dem Gesetzesvorbehalt auch ein Staatsvorbehalt zu fordern. Insbesondere bei Grundrechtsbetroffenheit sei es wichtig, dass die Normsetzung im öffentlichen, parlamentarischen Verfahren vonstattengehe (Art. 164 Abs. 1 lit. b BV) und bei dynamischen Verweisen auf "soft law" sei zu beachten, dass die Gefahr von illegitimen Blankettermächtigungen gross sei. Um die Legitimitätsprobleme, den fehlenden Rechtsschutz, Rechtsgleichheitsprobleme und Tendenzen zur "Expertokratie" auszugleichen, sei es wichtig, "soft law" in transparenten Verfahren zu erzeugen, an denen sich nach Möglichkeit alle Betroffenen beteiligen können. Wird dadurch die Funktionalität einer Regelung erhöht, steigere dies auch ihre Legitimität. Unter Zuhilfenahme geeigneter Meta-Regulierungstechniken könne sich ein guter Mix aus harten und weichen Normen als sinnvolle rechtspluralistische Steuerungsstrategie erweisen.

Im Anschluss an die Referate folgten Stellungnahmen von Vertreterinnen und Vertretern aus Wissenschaft und Praxis sowie Fragen und Diskussionen mit allen Teilnehmenden. Dr. *Claudia Schoch* (Rechtsanwältin, Stiffler & Partner, Zürich; Redaktorin der Neuen Zürcher Zeitung) moderierte diesen Teil der Veranstaltung und betonte noch einmal die Problematik der Vereinbarkeit von Rechtsstaat und Demokratie mit dem an Bedeutung gewinnenden "soft law", insbesondere auch im Zusammenhang mit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit: In diesem Bereich werde von global tätigen Unternehmen Zivilrecht erzeugt – und zwar mehr oder weniger im Verborgenen. Oft werde Vertraulichkeit über die Schiedssprüche vereinbart, weshalb nur wenige Eingeweihte das dabei entwickelte internationale "Expertenrecht" kennen, welches – obschon "soft" erzeugt – hart durchgesetzt werde.

RA *Jennifer Osborn Kop* (Rechtsanwältin, Dr. J. Bollag & Cie., Zug) sprach zum Thema "Soft law und NGO's: demokratische Bedenken" und erklärte, inwiefern solche "soften" Regelungen die Praxis betreffen. In den letzten Jahren entstanden zunehmend mehr NGOs (wobei die Definition von "NGO" schwierig sei), die auch zunehmend mehr "soft law" erzeugen. Es sei für die Schweiz unmöglich, sich dem Einfluss dieser Normen zu entziehen, sie müssen in der Praxis beachtet werden (insbesondere bspw. im Zusammenhang mit Fragen zur Geldwäscherei). Das Thema sei sehr vielschichtig; nebst Juristen beschäftigten sich auch Soziologen und Politologen damit. Man könne beobachten, dass mehr "soft law" entstehe, wenn der Staat den Bezug zu den Bürgerinnen und Bürgern verliere. Daher sei es wichtig, dass der Gesetzgeber stets überprüfe, ob das bestehende Recht im Einklang mit der Realität stehe. Im internationalen Kontext fülle "soft law" zudem häufig ein Regelungsvakuum. Trotz der dabei entstehenden rechtsstaatlichen Probleme können die NGOs durch ihre Normerzeugungstätigkeit vernachlässigte Themen aufgreifen, Missstände nach Möglichkeit beseitigen und die Politik "zurück in die Gesellschaft bringen". Allerdings gelte es, "soft law" nicht blindlings zu übernehmen, nur weil andere Akteure es anwenden. In manchen Fällen sei ein wenig "demokratischer Ungehorsam" richtig.

Dr. *Xavier Comtesse* (Dr. sc.; directeur romand d'Avenir Suisse) konnte ebenfalls aus der Perspektive des Praktikers von eigenen Erfahrungen mit "soft law" erzählen und hielt sein Referat zum Thema "Soft law: un droit pour les soft institutions". "Soft institutions" können in verschiedenen Formen vorkommen, beispielsweise als NGOs, aber auch als Zusammenschlüsse aus der Wirtschaft oder der Zivilgesellschaft. Im Gegensatz zu den "hard institutions" arbeiten sie nicht mit formalen, sondern eher mit sozialen Normen – Normen, die

nicht in demokratischen Prozessen, sondern aus Nützlichkeitsüberlegungen entstehen. Aufgrund der zunehmend internetbasierten Gesellschaft geschehe dies heute sehr häufig online. Das Internet mache dabei nicht an den Staatsgrenzen halt, die Territorien "überlappen" sich. Im Zuge dieses Prozesses werden insbesondere von "soft institutions" enorme Mengen von "soft law" erzeugt. Es durchdringe heute viele gesellschaftliche Bereiche (Gesundheitswesen, Arbeit, IT, Umwelt etc.) und spiele eine wichtige Rolle bei der Schaffung von internationalen Standards sowie bei der Qualitätskontrolle. Umzugehen sei damit in erster Linie pragmatisch, da die Entwicklung kaum rückgängig zu machen sei.

Im letzten Beitrag mit dem Titel "Einen Rahmen für das soft law?" erörterte Prof. Dr. *Georg Müller* (Emeritierter Professor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Gesetzgebungslehre der Universität Zürich; Dr. h.c.) die Frage, wie das Zusammenspiel des staatlich erlassenen Rechts mit dem "soft law" gestaltet werden kann. Der Staat könne auf die "soften" Regelungen nicht mehr verzichten, er könne nicht die gesamte Regulierungslast alleine tragen. Eine Generallösung für den Umgang des Staates mit dem "soft law" sei jedoch nicht realisierbar; eine Verfassungsnorm im Stil von "unter den folgenden Voraussetzungen ist 'soft law' möglich" würde dessen vielfältigen Erscheinungsformen nicht genügend Rechnung tragen. Dennoch dürfe der Staat nicht blosser Zuschauer sein, den Erzeugern von "soft law" praktisch alle Regelungstätigkeit überlassen und dadurch zu viel Einfluss verlieren. Er müsse die positiven Effekte des "soft law" anerkennen, dessen diverse Erscheinungsformen differenziert betrachten und seine Aufgaben im Zusammenspiel mit den Regelungen des "soft law" wahrnehmen.

In diesem Sinne wurde anschliessend auch von Stimmen aus dem Publikum betont, dass es "das soft law" nicht gebe. Um mit den vielfältigen Formen richtig umgehen zu können, müssen Kategorien gebildet werden. Obschon das Themengebiet "soft law" aus verschiedenen Gründen nicht unproblematisch sei, können durch den richtigen, pragmatischen Umgang damit seine positiven Effekte gut genutzt werden.

Als Abschluss der Jahreskonferenz wies Vereinspräsident Dr. *Ulrich E. Gut* auf die Verantwortlichkeit des Parlaments hin: Es sei dessen Aufgabe, darauf zu achten, wo die durch das "soft law" geschaffenen Lösungen nicht befriedigen, diese Bereiche herauszugreifen und tätig zu werden.

Regina Meier, lic. iur., Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich