

## AUFsätze

Matthias Rossi\*

## Soft Law im Europarecht

## Auswirkungen auf die vertikale und horizontale Kompetenzverteilung

Soft Law wird im Europarecht in unterschiedlichen Erscheinungsformen von verschiedenen Akteuren eingesetzt. Stets bewegt es sich auf der Grenze zwischen Politik und Recht – es nutzt die Freiheit des Politischen und beansprucht doch die Verbindlichkeit des Rechts. Aus legistischer Perspektive kommt ihm insofern eine Experimentierfunktion zu, es lässt sich als »Recht im Werden« beschreiben. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive freilich gefährdet Soft Law die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten und als unmittelbare Folge die Kompetenzverteilung in den Mitgliedstaaten, meist zu Lasten der nationalen Parlamente. Doch sie verfügen über »Rückholrechte«, können ein Unterlaufen ihrer Befugnisse durch den Erlass förmlichen Rechts stets verhindern.

## I. Erinnerung: Soft Law im Recht der Europäischen Union

Seit sich die Europäische Kommission im Jahre 2001 in ihrem Weißbuch zum Europäischen Regieren<sup>1</sup> und dem Aktionsprogramm zur Vereinfachung und Verbesserung der Rechtsetzung<sup>2</sup> erstmals offiziell mit alternativer Regelsetzung befasst hat, ist die Frage nach dem Soft Law<sup>3</sup> zunehmend Gegenstand politischer und wissenschaftlicher Diskussionen.<sup>4</sup> Als »new mode of governance«<sup>5</sup> ist Soft Law in der Europäischen Union mittlerweile zu einem zentralen Regelungsinstrument geworden. Es wird in zahlreichen Politikbereichen als »Alternative zu traditionellen

\* Der Verfasser, Prof. Dr. Matthias Rossi, ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre an der Universität Augsburg. Frau Aqilah Sandhu, wiss. Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl, gebührt Dank für wertvolle Unterstützung.

1 Europäische Kommission, Europäisches Regieren – Ein Weißbuch, KOM (2001), 428 endg., ABl. EG 2001 C 287/1.

2 Europäische Kommission, Aktionsplan »Vereinfachung und Verbesserung der Rechtsetzung«, KOM (2002), 278 endg.

3 Der Begriff wird allgemein Lord McNair zugeschrieben, Wengler, JZ 1976, 193, 195; Tomuschat, VVDStRL (36) 1978, (7) 34.

4 Vgl. grundlegend Knauff, Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010, S. 228, m.w.N.; ders., Soft Law vor Gericht, jm 2018, S. 71 ff.; Schwarze, EuR 2011, 3 ff., zugleich abgedruckt in: Schwarze (Hrsg.), Europarecht, 2012, S. 128 ff.; v. Graevenitz, EuZW 2013, 169 ff.; ders., ZRP 2019, 75 ff.; Brohm, Die »Mitteilungen« der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum: Typologie, Rechtsnatur und Bindungswirkung für die Behörden der Mitgliedstaaten, 2012.

5 Peters/Pagotto, Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective, [http://www.eu-new.gov.org/database/DELIV/D04D11\\_Soft\\_Law\\_as\\_a\\_NMG-Legal\\_Perspective.pdf](http://www.eu-new.gov.org/database/DELIV/D04D11_Soft_Law_as_a_NMG-Legal_Perspective.pdf), Feb. 2006, S. 4.

Rechtsetzungsverfahren<sup>6</sup> eingesetzt.<sup>7</sup> Die ursprünglich aus dem Völkerrecht stammende Kategorie des Soft Law<sup>8</sup> spielt somit auch in der Europäischen Union eine wichtige Rolle, gerade auch in Zeiten und zur Bewältigung von Krisen.

Dies überrascht auf den ersten Blick. Denn während die Bedeutung des Soft Law im Völkerrecht vor allem der fehlenden formellen Rechtsetzungskompetenz eines zentralen Rechtsetzungsorgans geschuldet ist,<sup>9</sup> stehen der Europäischen Union nach den zahlreichen Änderungsverträgen umfassende Rechtsetzungskompetenzen zu. Das in Wahrnehmung dieser Kompetenzen erlassene Recht genießt zudem Anwendungsvorrang vor dem mitgliedstaatlichen Recht.<sup>10</sup> Die Union sollte insofern auf Soft Law nicht angewiesen sein. Vielmehr scheinen der Charakter der Union als Rechtsgemeinschaft und die besondere Methode der »Integration durch Recht«<sup>11</sup> einer »Integration ohne Recht« oder einer »Integration am Recht vorbei« grundsätzlich zu widersprechen. Insofern liegt die Vermutung nahe, dass Soft Law in der EU die vertikale Kompetenzverteilung und mit den nationalen Zuständigkeiten zugleich auch die Befugnisse der nationalen Parlamente unterläuft. Doch es bedarf eines genaueren Blicks.

### 1. Erscheinungsformen und Definitionsversuche

Zu vergegenwärtigen ist insofern zunächst, dass der Begriff des Soft Law als Sammelbegriff für eine Vielzahl von Regelungsformen<sup>12</sup> verstanden wird. Das gilt in besonderer Weise für das Völkerrecht, in dem die Begriffsbestimmung und die Einordnung von Soft Law umstritten sind.<sup>13</sup> Einigkeit besteht insoweit nur darin, dass das Soft Law nicht den klassischen völkerrechtlichen Rechtsquellen unterfällt und dass seine Verletzung nicht mit den üblichen Mechanismen sanktionierbar ist.<sup>14</sup>

6 Bericht der Kommission über Europäisches Regieren v. 11.12.2002, KOM (2002) 705 endg., S. 17, 23.

7 *Bonnor*, E.L.Rev. 2000, 25, 1, 39, 53 bezeichnet es als »established form of rule-making«; vgl. auch *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 8. Aufl. 2018, § 9 Rn. 130.

8 *Vitzthum/Bothe*, Völkerrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 14 f., 68; *Thürer*, Soft Law – Eine neue Form von Völkerrecht?, ZSR 1985, I. Halbband, S. 429, 434.

9 *Peters/Pagotto* (Fn. 5), S. 5.

10 EuGH, Rs. 6/24 (Costa/ENEL), Slg-1964, 1253; EuGH, Rs. 26/62 (Van Gend und Loos), Slg. 1963, S. 3.

11 So der gleichlautende Titel von *Cappelletti/Seccombe/Weiler* (Hrsg.), *Integration through Law*, Vol. 1: Methods, Tools and Institutions, Book 1, 1986; vgl. *Rossi*, Europäische Integration durch Gemeinschaftsrecht und europäische Gerichtsbarkeit?, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), *Der Zusammenhalt Europas – In Vielfalt geeint*, 2009, S. 107 ff.; *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999.

12 *Knauff*, Legitimität und Legitimation des europäischen Soft Law, in: *Iliopoulos-Strangas/Flauss* (Hrsg.), *Das Soft Law der europäischen Organisationen*, 2012, S. 373, 374; ähnlich *Schwarze* (Fn. 4), S. 128, 142; »Sammelbezeichnung in einer Grauzone zwischen Recht und Politik«.

13 Dazu *Hillgenberg*, Soft Law im Völkerrecht, ZEuS (1) 1998, 81; *Heusel*, »Weiches« Völkerrecht, 1991; *Schachter*, AJIL (71) 1977, 296; *Weil*, AJIL (77) 1983, 413; *Raustiala*, AJIL (99) 2005, 581, 586 zweifelt bereits die Existenz von »Soft Law« an. Ein Blick auf die Literatur legt nahe, dass das Konzept primär eine begriffliche Herausforderung zu sein scheint; von einem »wissenschaftlichen Minenfeld« spricht *Knauff* (Fn. 4), S. 212.

14 So zusammenfassend *Knauff* (Fn. 4), S. 215 m.w.N.

Doch schon die Frage, ob Soft Law auch rechtliche<sup>15</sup> oder nur faktische Wirkungen erzeugt, ist angesichts der Vielzahl seiner Erscheinungsformen im Völkerrecht nicht einheitlich zu beantworten.

Für das Recht des Europarates hat der EGMR Soft Law vor allem als politisches Instrument charakterisiert und insofern weniger auf die normativen denn auf die faktischen Wirkungen abgehoben.<sup>16</sup>

#### a) Normative Anknüpfungspunkte von Soft Law

Im Recht der Europäischen Union wird das Soft Law vor allem aus der Perspektive der Handlungsformenlehre<sup>17</sup> betrachtet. Insofern stehen zunächst die bereits primärrechtlich verankerten Formen der Empfehlungen und Stellungnahmen ins Auge, deren fehlende rechtliche Verbindlichkeit<sup>18</sup> ein Charakteristikum von Soft Law ist. Zwar werden die in Art. 288 Abs. 5 AEUV genannten unverbindlichen Handlungsformen zum Teil nicht oder jedenfalls nicht explizit dem Soft Law zugeordnet.<sup>19</sup> Vielmehr wird gefordert, sie als rechtsförmliche Rechtshandlungen von weichen Steuerungsformen abzugrenzen<sup>20</sup> oder sie doch, sollten sie überhaupt dem Soft Law zugerechnet werden, jedenfalls als dessen »härteste Form« zu bezeichnen.<sup>21</sup> Eine solche fein zisierte Differenzierung ist freilich nicht durchgängig möglich und deshalb auch nicht sinnvoll. Sie stellt zu sehr auf die formale Bezeichnung einer Maßnahme ab, die in der Praxis doch uneinheitlich, unsystematisch<sup>22</sup> und häufig zufällig erfolgt und deshalb allenfalls von indizierender Bedeutung sein kann. Insofern liegt es nahe, sowohl Empfehlungen<sup>23</sup> als auch Stellungnahmen<sup>24</sup> als exemplarisch kodifiziertes Soft Law zu begreifen.

15 *Knauff* (Fn. 4), S. 215 m.w.N.

16 EGMR, Ur. v. 26.6.2012, Az. 9300/07, Fn. 16.

17 *Bumke*, Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft. Bausteine einer gemeinschaftsrechtlichen Handlungsformenlehre, in: *Schuppert/Pernice/Halter* (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 643 ff.;

18 *Bast*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU entwickelt am Beschluss als praxisingenierter Handlungsform des Unions- und Gemeinschaftsrecht, 2004.

18 Das Fehlen einer rechtlichen Verbindlichkeit steht rechtlichen Wirkungen freilich nicht entgegen.

19 *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 143; im Ergebnis wohl auch *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 102, der freilich den Begriff des Soft Law vermeidet und statt dessen formal von »ungekennzeichneten Rechtsakten« spricht; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 7), § 9 Rn. 130 ff.

20 *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 7), § 9 Rn. 130.

21 *Schwarze* (Fn. 4), S. 128, 129.

22 So *Knauff*, *EuR* 2011, 735, 735.

23 Nur Empfehlungen als »primärrechtlich näher konturiertes Soft Law-Instrument« begreifend; *Knauff* (Fn. 4), S. 302.; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *EUV/AEUV*, Stand Mai 2014 (53. EL), Art. 288 AEUV Rn. 201 bezeichnet lediglich Empfehlungen als Instrument, um »weiche« Rechtsangleichung zu betreiben; ebenso Berichterstatter *Ortega*, Europäisches Parlament, Rechtsausschuss, Arbeitsdokument zu institutionellen und rechtlichen Auswirkungen der Instrumente des »Soft Law« v. 22.2.2007, PE 384.581 v02-00 (Dok. 653346), S. 2.

24 *Brohm* (Fn. 4), S. 81 sieht Empfehlungen und Stellungnahmen in Art. 288 Abs. 5 AEUV als bereits »von vornherein in das System des Unionsrechts« integriertes Soft Law; *Grunwald*, in: *Hatje/Braun*, *Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht*, 1. Aufl. 2014, § 16 Rn. 55: Empfehlungen und Stellungnahmen als unverbindliche Maßnahmen des weichen Rechts; *Thürer*, *The Role of Soft Law*

Außerhalb des ohnehin nicht abschließend gedachten Art. 288 AEUV ist im Zusammenhang mit Soft Law-Maßnahmen insbesondere die Offene Methode der Koordinierung (OMK) zu nennen,<sup>25</sup> die zwar keine explizite normative Grundlage in den Verträgen hat, die aber trotz berechtigter Kritik<sup>26</sup> eine zulässige Konkretisierung bestimmter in den Verträgen angelegter Kooperationsverpflichtungen darstellt.<sup>27</sup> Freilich mag der Umstand, dass sie ursprünglich nur im Zusammenhang mit der Beschäftigungspolitik vorgesehen war, zwischenzeitlich aber in zahlreichen Politikbereichen zur Anwendung kommt, bereits als Indiz für ein Unterlaufen der Kompetenzordnung verstanden werden.

Im Zusammenhang mit der OMK sind weiterhin die zahlreichen Befugnisse zum Erlass von Leitlinien zu nennen, von denen die Kommission in erheblichem Umfang und überwiegend mit großem Erfolg Gebrauch macht. Gerade im Bereich der Kohäsionspolitik nutzt die Kommission Leitlinien als goldene Zügel, um über den ohnehin sehr weiten Begriff der Strukturpolitik hinaus an den Mitgliedstaaten vorbei direkt auf die Politik in den Regionen einzuwirken.<sup>28</sup> Obwohl mit der Handlungsform der Leitlinie an sich ein unverbindliches Instrument geschaffen werden sollte,<sup>29</sup> wird zum Teil vertreten, dass Leitlinien für Mitgliedstaaten rechtlich verbindlich seien.<sup>30</sup> Begründet wird dies funktional mit dem Grundsatz des *effet utile* sowie formal mit der Veröffentlichung der Leitlinien im Amtsblatt (Nr. L).<sup>31</sup> Das formale Argument überzeugt freilich nicht, zumal auch die ausdrücklich unverbindlichen Empfehlungen und Stellungnahmen in der Reihe L veröffentlicht werden.<sup>32</sup> Und das funktionale Argument trägt allenfalls der tatsächlichen und praktischen Bedeutung von Leitlinien sowie vor allem den besonderen Verfahrens-

in the Actual Process of European Integration, in: *Jacot-Guillarmod* (Hrsg.), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?*, 1990, S. 131 (133); *Senden*, *Soft Law in European Community Law*, 2004, S. 158-189; *Schwarze* (Fn. 4), S. 128, 129; *Bothe*, »Soft Law« in den Europäischen Gemeinschaften?, in: *von Münch* (Hrsg.), *Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, FS Schlochauer, 1981, S. 761; *Braams*, *Koordinierung als Kompetenzgrundlage*, 2013, S. 151.

25 Explizit und ausführlich *Peters*, *Typology, Utility and Legitimacy of European Soft Law*, in: FS *Bieber*, 2007, S. 405, 415 f.

26 BR-Drs. 274/00, Nr. 14; dazu *Bodewig/Voss*, *EuR* 2003, 310, 326; *Hill*, *Zur »Methode der offenen Koordinierung« in der Europäischen Union*, in: *Sommermann/Ziekow* (Hrsg.), *Perspektiven der Verwaltungsforschung*, 2002, S. 139, 143 ff.

27 Im Ergebnis wohl auch *Lang/Bergfeld*, *EuR* 2005, S. 381, 392; *Streinz/Ohler/Herrmann*, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 3. Aufl. 2010, § 11 Anm. 5.

28 Vgl. *Rossi*, *Kohäsionspolitik*, in: *Niedobitek* (Hrsg.), *Europarecht – Grundlagen und Politiken der Union*, 2. Aufl. 2019, § 16 Rn. 29, 36.

29 Dazu eingehend *Thomas*, *EuR* 2009, 423, 424; *Armbrüster*, *VW* 2012, 752, 752.

30 *Callies*, in: *ders./Ruffert*, *EUV/AEUV Kommentar*, 5. Aufl. 2016, Art. 171 Rn. 3 m.w.N., der jedoch insgesamt von einem hier nicht vertretenen wesentlich engeren Verständnis von Soft Law ausgeht, s. Art. 288 Rn. 102; differenzierend *Neumann*, in: *Lenz/Borchardt*, *EU-Verträge Kommentar*, 6. Aufl. 2013, Art. 171 Rn. 3 (gegen eine absolute Verbindlichkeit); grundsätzlich: v. *Bogdandy/Bast/Arndt*, *ZaöRV* 2002, 77, 118; weitere Bsp. für rechtlich verbindliche Leitlinien bei v. *Graevenitz* (Fn. 4), S. 169, 170 f.

31 Vgl. dazu v. *Graevenitz* (Fn. 4), S. 169, 170, der darauf hinweist, dass bei einer Veröffentlichung in Reihe L eher auf formale Verbindlichkeit geschlossen werden kann, als bei einer Veröffentlichung in Reihe C.

32 *Knauff* (Fn. 4), S. 301 f.; v. *Bogdandy/Bast/Arndt* (Fn. 30), S. 77, 118.

vorschriften zu ihrem Erlass im spezifischen Bereich der transnationalen Netze Rechnung, denn Leitlinien sind nach Art. 172 AEUV im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und unter obligatorischer Beteiligung der betroffenen Mitgliedstaaten zu erlassen.<sup>33</sup> Auf andere Politikbereiche lässt sich diese Argumentation aber nicht übertragen.<sup>34</sup> Leitlinien sind hier gerade durch ihre (rechtliche) Unverbindlichkeit gekennzeichnet.<sup>35</sup>

Auch der EuGH erachtet Leitlinien grundsätzlich als unverbindlich: Leitlinien über Geldbußen im Wettbewerbsrecht<sup>36</sup> könnten nicht als Rechtsnorm qualifiziert werden, die die Verwaltung auf jeden Fall zu beachten hätten. Sie könnten allerdings eine Verhaltensnorm darstellen, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthalte, so dass nicht auszuschließen sei, »dass derartige Verhaltensnormen mit allgemeiner Geltung unter bestimmten Voraussetzungen und je nach ihrem Inhalt Rechtswirkungen entfalten können.«<sup>37</sup> Ähnlich befand der EuGH bezüglich einer internen Leitlinie der Kommission für die Nettofinanzkorrekturen im Rahmen der Anwendung einer Verordnung,<sup>38</sup> dass diese nur die Absicht der Kommission kundtue, sich bei Ausübung der ihr durch die Koordinierungsverordnung zugewiesenen Befugnis in einer bestimmten Weise zu verhalten, nicht hingegen als eine Handlung angesehen werden könne, die Rechtswirkungen entfalte.<sup>39</sup>

Auch diese einzelfallbezogene Rechtsprechung veranschaulicht, dass eine differenzierende Betrachtung bei der Bestimmung von Soft Law vorzunehmen ist, die sich nicht ausschließlich an der Bezeichnung orientieren darf, sondern Inhalt, intendierte Wirkung und Verfahren der Verabschiedung mit in den Blick nehmen muss.<sup>40</sup> Entscheidend ist damit, Soft Law im Einzelfall anhand seiner Charakteristika festzumachen.

33 Vgl. Härtel, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 2006, S. 283.

34 Vgl. Lecheler, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 171 AEUV Rn. 2 ff.

35 Krebber, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 148 AEUV Rn. 6; Niedobitek, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 148 AEUV Rn. 11; Knauff (Fn. 4), S. 311 f.; a.A. Frenz, Hdb. Europarecht, Bd. 6, 2011, Rn. 827.

36 Vertiefend zu den Bußgeldleitlinien der Kommission s. Schwarze (Fn. 4), S. 128, 135 f.

37 EuGH, Urt. v. 28.6.2005, Rs. C-189/02 P, C-202/02 P u.a., (Dansk Rørindustri u.a./Kommission), Slg. 2005 I-5425, Rn. 211.

38 Verordnung (EWG) Nr. 4253/88 des Rates vom 19. Dezember 1988 zur Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 2052/88 hinsichtlich der Koordinierung der Interventionen der verschiedenen Strukturfonds einerseits und zwischen diesen und den Interventionen der Europäischen Investitionsbank und der sonstigen vorhandenen Finanzinstrumente andererseits (»Koordinierungsverordnung«), ABl. L 374/1 v. 31.12.1988.

39 EuGH, Urt. v. 6.4.2000, Rs. C-443/97, (Spanien/Kommission), Slg. 2000 I-2415, Rn. 34.

40 So auch die Rechtsprechung der Unionsgerichte, z.B. zur Bindungswirkung von Mitteilungen: EuG, Urt. v. 20.5.2010, Rs. T-158/06, (Deutschland/Kommission), Rn. 25 f.: »Um beurteilen zu können, ob die Mitteilung Rechtswirkungen erzeugen soll [...] ist daher ihr Inhalt zu prüfen. Somit ist zu prüfen, ob die Mitteilung nur die Bestimmungen [...] erläutert [...], oder ob sie gegenüber diesen Bestimmungen, Grundsätzen und Regeln spezifische oder neue Verpflichtungen festlegt«; EuG, Urt. v. 20.5.2010, T-258/06, Celex-Nr. 62006TJ0258. Vgl. zur Rechtsprechung der EU-Gerichte im Vergleich mit deutscher und französischer Rechtsprechung Knauff (Fn. 4), jm 2018, S. 71, 73 f.

### b) Sonstige Erscheinungsformen von Soft Law

Dies gilt auch für die sonstigen Erscheinungsformen von Soft Law. Das Europäische Parlament hat in seiner auf dem sog. Ortega-Bericht<sup>41</sup> beruhenden Entschließung aus dem Jahre 2007 die rechtsvorbereitenden Grün- und Weißbücher, die Schlussfolgerungen des Rates, Gemeinsame Erklärungen, Entschließungen, Verhaltenskodizes, Leitlinien, Mitteilungen und Empfehlungen« bis hin zu »dem als Ko-Regulierung bekannten Phänomen« als Soft Law benannt.<sup>42</sup> Diese Aufzählung deckt sich weitgehend mit dem Soft Law-Verständnis in der rechtswissenschaftlichen Literatur, die schon früh exemplarisch Entschließungen, insbesondere Entschließungen des Rates,<sup>43</sup> Gemeinsame Erklärungen, Deklarationen, Resolutionen und Vereinbarungen als Soft Law-Instrumente qualifizierte und etwa auch Aktionsprogramme, Bekanntmachungen und Auslegungshilfen der Kommission sowie die steuernden Vollzugsregeln, wie z.B. »Kodizes für gute Verwaltungspraxis«, dem Soft Law zugeordnet hat.<sup>44</sup> Schließlich sind auch Programme zu nennen, die insbesondere im Bereich der Wirtschaftspolitik zum Tragen kommen und die die Absicht der Organe und Mitgliedstaaten zum Ausdruck bringen, »auf dem vom Programm erfassten Gebiet entsprechend den darin vorgesehenen Leitgedanken zu handeln«.<sup>45</sup>

### c) Mitgliedstaatliche Maßnahmen

Zuletzt ist im Rahmen dieser (in keinster Weise Vollständigkeit beanspruchenden) Übersicht hervorzuheben, dass auch Akte der Mitgliedstaaten als Soft Law qualifiziert werden können. Sog. begleitendes oder kooperatives Unionsrecht, auch Komplementärrecht genannt,<sup>46</sup> kann in Form von »Übereinkünften, Beschlüssen und Stellungnahmen ergehen, durch die die Mitgliedstaaten zusammenarbeiten und ihre Tätigkeiten aufeinander abstimmen, um zum ordnungsgemäßen Funkti-

41 Ortega (Fn. 23), S. 2.

42 Europäisches Parlament, Entschließung vom 4.9.2007 zu rechtlichen und institutionellen Auswirkungen der Verwendung von nicht zwingenden Rechtsinstrumenten (»Soft Law«), 2007/2028(INI), ABl. 2008 C 187E, S. 75 ff.

43 Everling, Zur rechtlichen Wirkung von Beschlüssen, Entschließungen, Erklärungen und Vereinbarungen des Rates oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, in: GS Constantinesco, 1983, S. 133, 134.

44 Borchardt/K. Wellens, ELRev 1989, 267 ff.; Bievert, in: Schwarze u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 288 AEUV Rn. 4; beispielsweise wurde die feierliche Proklamation der Grundrechtecharta im Jahr 2000 bis zu ihrer Inkorporierung im Primärrecht explizit als Soft Law bezeichnet, vgl. GA Colomer, Schlussanträge v. 22.12.2008, Rs. C-553/07 (Rijkeboer), Slg. 2009, I-3889, Rn. 22, Fn. 23; Hill, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2008, S. 959, 1015; Vgl. die ausführliche Darstellung bei Braams (Fn. 24), S. 154 ff. m.w.N.; a.A. v. Graevenitz (Fn. 4), S. 169, 170, der »politische oder völkerrechtliche Verabbarungen« nicht dem Soft Law zuordnet.

45 Beschl. des Rates v. 8.5.1964 über die Einsetzung eines Ausschusses für mittelfristige Wirtschaftspolitik, ABl. 1964, S. 1031 (zit. bei Everling (Fn. 43), S. 133, 135).

46 v. Bogdandy/Bast/Arndt (Fn. 30), S. 77, 124 f.; Schroeder (Fn. 19), Art. 288 AEUV Rn. 25.

onieren der [Unions]organe beizutragen und diesen die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erleichtern«. <sup>47</sup>

## 2. Akteure von *Soft Law*

Wenn insofern die Akteursebene angesprochen ist, ist zunächst die Europäische Kommission in den Blick zu nehmen. Sie versteht sich gerne als Governance-Labor, in dem neuartige Formen des Regierens ausprobiert und namentlich auf Steuerungsmechanismen jenseits der rechtlichen Inanspruchnahme zurückgegriffen wird. <sup>48</sup> Dies kann, muss aber nicht in einem Widerspruch zum Anspruch als Rechtsgemeinschaft treten. Mit Blick auf die Kompetenzverteilung ist freilich schon anzumerken, dass der Gestaltungsspielraum der Kommission eben nicht nur durch die in diesem Beitrag im Vordergrund stehenden vertikale, sondern zusätzlich durch die horizontale Kompetenzverteilung begrenzt wird. Insbesondere das lange Rechtsetzungsverfahren mag der Kommission insoweit Motivation sein, auf nicht geregelte Steuerungsmechanismen auszuweichen.

Es ist allerdings nicht die Kommission alleine, die sich des *Soft Law* bedient. Vielmehr wird *Soft Law* von allen Organen und eben auch von den Mitgliedstaaten verwendet und betrifft deshalb auch alle möglichen Relationen: den Binnenbereich eines einzelnen Organs, den interinstitutionellen Binnenbereich zwischen den Organen der EU, das Verhältnis der EU zu den Mitgliedstaaten bzw. ihren Organen, das mitgliedstaatliche Verhältnis untereinander, das Außenverhältnis zu Bürgern und Unternehmen wie zuletzt auch das Binnenverhältnis zwischen Unternehmen. Mit Blick auf die Maßnahmen zur Überwindung der vertikalen Kompetenzverteilung sind freilich vor allem diejenigen *Soft Law*-Maßnahmen von Bedeutung, die das Verhältnis der EU zu den Mitgliedstaaten betreffen.

Auch in diesem kompetenzrelevanten Bereich wird *Soft Law* aber nicht und vielleicht noch nicht einmal in erster Linie von der Kommission erlassen. Vielmehr sind es auch die Mitgliedstaaten, die in unterschiedlicher Art und Weise handeln. <sup>49</sup> Freilich muss bei dieser Art des »policy making without legislating« <sup>50</sup> danach differenziert werden ob die Mitgliedstaaten durch ihre Regierungsvertreter im Rat bzw. durch ihre Staats- und Regierungschefs im Europäischen Rat oder eigenständig gemeinsam untereinander handeln. <sup>51</sup> Gegebenenfalls ist zu berücksichtigen, ob

<sup>47</sup> So der EuGH, Rs. 44/84 (Hurd), Slg. 1986, 29, Rn. 36, in Bezug auf die Satzung der Europäischen Schule und das Protokoll über die Gründung Europäischer Schulen.

<sup>48</sup> *Knauff* (Fn. 4), S. 298; unter Verweis auf *Bonnor* (Fn. 7), S. 39, 41.

<sup>49</sup> *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 7), Rn. 92 »intergouvernemental zustande gekommenes EU-Recht« das möglicherweise der innerstaatlichen Ratifikation bedarf; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*, 11. Aufl. 2018, Rn. 243 bezeichnet sie als völkerrechtliche Vereinbarungen; ähnl. *Frenz* (Fn. 35), Rn. 817; andere ordnen sie dem Unionsrecht zu, vgl. Nachw. bei *Everling* (Fn. 43), S. 133, 136.

<sup>50</sup> *Hill* (Fn. 44), § 34 Rn. 80; *Müller-Graff*, *Das Soft Law der Europäischen Organisationen: Einführung*, in: *Iliopoulos-Strangas/Flauss* (Hrsg.), *Das Soft Law der europäischen Organisationen*, 2012, S. 139, 157 sieht auch die Mitgliedstaaten als Autoren europäischen *Soft Laws*.

<sup>51</sup> *Bothe* (Fn. 24), S. 761, 762 f.

das komplementärrechtliche Handeln außerhalb einer Unionskompetenz stattfindet oder über eine solche hinausgeht.<sup>52</sup> Je nachdem sind ihre Beschlüsse, Schlussfolgerungen, Entschließungen oder Aktionsprogramme als Soft Law der EU, als »Mischform gemeinschaftsrechtlicher Integrationsakte und mitgliedstaatlicher Kooperation«,<sup>53</sup> als völkerrechtliches Soft Law oder als nationalrechtliches Soft Law zu qualifizieren.<sup>54</sup> Gemein ist ihnen regelmäßig ihr selbstverpflichtender Charakter.

Dass die Mitgliedstaaten bzw. ihre Regierungen an solchen Maßnahmen beteiligt sind, entbindet sie zwar grundsätzlich nicht von der unionsrechtlichen Kompetenzordnung. Aber die Frage, ob und in welchen Grenzen paralleles kollektives Handeln der Mitgliedstaaten neben dem Unionsrecht zulässig ist, ist umstritten.<sup>55</sup> Bei nur formeller Betrachtung dürfte der Geltungsgrund nach der Rechtsquellenlehre des Völkerrechts im Konsens der jeweiligen Vertragsparteien liegen, der nicht zwingend durch das konstitutionalisierte Vertragsrecht der EU ausgeschlossen wird.

### 3. Charakteristika von Soft Law

Die Gründe, aus denen die unterschiedlichen Akteure zunehmend auf Soft Law-Maßnahmen zurückgreifen, sind in deren Charakteristika und Funktionen zu suchen:

Soft Law entstammt keinem förmlichen Rechtsetzungsprozess, ist rechtlich unverbindlich, entfaltet aber faktische, regelnde bzw. steuernde Wirkungen, indem es Verhaltenserwartungen begründet.<sup>56</sup> Ähnlich definiert *Matthias Knauff* Soft Law in dem Bemühen, es rechtlich fassbar zu machen, als »verhaltensbezogene Regelungen, die von Hoheitsträgern bzw. mit der Ausübung von Hoheitsgewalt befassten Stellen geschaffen werden,<sup>57</sup> die über keine oder nur eine auf die Innensphäre des Regelungsgebers bezogene Rechtsverbindlichkeit verfügen und die ihre Steu-

52 Vgl. EuGH, Rs. 44/84 (Hurd), Slg. 1986, 29, Rn. 20.

53 *Krausser*, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, 1991, S. 71.

54 Zur Qualifizierung der sog. »uneigentlichen Ratsbeschlüsse« vgl. *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 7), Rn. 92 »intergouvernemental zustande gekommenes EU-Recht« das mglw. der innerst. Ratifikation bedarf; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 4), Rn. 243 bezeichnet sie als völkerrechtliche Vereinbarungen; ähnl. *Frenz* (Fn. 35), Rn. 817; andere ordnen sie dem Unionsrecht zu, vgl. Nachw. bei *Everling* (Fn. 43), S. 133, 136.

55 Vgl. den Beitrag von *Streinz* in diesem Heft.

56 Vgl. *Bothe* (Fn. 24), S. 761, 169; *Snyder*, Soft Law and Institutional Practice in the European Community, in: *Martin* (Hrsg.), The Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noël, 1994, S. 197, 198, der soft law als »rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects« definiert; vgl. ferner die Definition von *Borchardt/Wellens* (Fn. 44), S. 267, 274; *Thürer* (Fn. 24), S. 131, 131 f.: »more than policy statements but less than law in its strict sense«; ähnl. *Schwarze* (Fn. 4), S. 128, 130: Merkmale des soft law sind, dass es »keine unmittelbare rechtliche Wirkung« erzeugt, jedoch »rechtlich nicht völlig irrelevant« ist, keine »vollziehbare oder vollstreckbare Handlungsanweisung« enthält und »Verhaltenserwartungen« formuliert; *Senden* (Fn. 24), S. 112; *Müller-Graff* (Fn. 50), S. 139, 144.

57 In Abgrenzung zur privaten Regelsetzung; diese Voraussetzung schließt jedoch die geläufige Beteiligung Privater nicht aus (Anm. d. Verf.).

rungswirkungen auf außerrechtlichem Wege erzielen.«<sup>58</sup> Und *Linda Senden* bezeichnet Soft Law als »Verhaltensregeln, die in Instrumenten enthalten sind, denen keine verbindliche Rechtswirkung als solche verliehen wurde, die aber dennoch bestimmte – indirekte – rechtliche Wirkungen haben und durch die Wirkungen in der Praxis bezweckt und unter Umständen ausgelöst werden«<sup>59</sup> – eine Definition, die vom Berichterstatter des Europäischen Parlaments, *Ortega*, in seinem vorbereitenden Arbeitsdokument für die EntschlieÙung des Parlaments übernommen wurde.<sup>60</sup>

Diese und ähnliche Definitionen sind offenkundig induktiv aus den Erscheinungsformen von Soft Law gewonnen worden und tragen, sollen sie anschließend deduktiv diese Erscheinungsformen wieder als Soft Law qualifizieren, die Gefahr eines Zirkelschlusses, jedenfalls aber der Bedeutungslosigkeit naturgemäß in sich. Vor allem sind sie insofern statisch, als sie nichts über die Motive verraten, aus denen Soft Law-Maßnahmen ergriffen werden.

#### 4. Funktionen

Hervorzuheben ist deshalb vor allem, dass Soft Law eine besondere Flexibilität ermöglicht. Indem von der fehlenden Rechtsverbindlichkeit (im Ergebnis nicht ganz zu Recht) auf eine fehlende Rechtsbindung geschlossen wird, erlaubt das Soft Law nicht nur in formeller, sondern gerade auch in materieller Hinsicht Maßnahmen, die mit den rechtsförmlichen Handlungsinstrumenten nicht oder jedenfalls nicht so schnell durchzusetzen wären. Insofern lässt sich von einer Testfunktion des Soft Law sprechen,<sup>61</sup> wobei das Grenzen bewusst auslotende und aushöhlende, zuweilen fast schon spielerisch anmutende Handeln im Begriff »Experimentierfunktion« noch besser zum Ausdruck kommt.

Neben dieser allgemeinen Experimentierfunktion lassen sich zahlreiche weitere Funktionen von Soft Law beschreiben.<sup>62</sup> Mit Blick auf die vertikale Kompetenzverteilung ist insofern eine Differenzierung hilfreich, die *Matthias Knauff* in seiner Habilitationsvorschrift vorgenommen hat. Er unterscheidet die Kategorien des rechtsvorbereitenden, rechtsbegleitenden und rechtsersetzenden Soft Laws.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> *Knauff* (Fn. 4), S. 228.

<sup>59</sup> *Senden*, EJCL 2005, 1, 22 f.

<sup>60</sup> *Ortega* (Fn. 23), S. 2; Europäisches Parlament, EntschlieÙung v. 4.9.2007 zu rechtlichen und institutionellen Auswirkungen der Verwendung von nicht zwingenden Rechtsinstrumenten (»soft law«), 2007/2028 (INI), ABl. 2008 C 187E, S. 75 unter K.; englische (vorzugswürdige) Originaldefinition: »Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain – indirect – legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects.«, *Senden* (Fn. 59), S. 1, 23; ähnlich *Peters/Pagotto* (Fn. 5), S. 4: »soft law characterizes texts which are on the one hand not legally binding in an ordinary sense, but are on the other hand not completely devoid of legal effects either.« (Hervorhebung original).

<sup>61</sup> *Marquier*, Soft Law: Das Beispiel des OSZE-Prozesses, 2004, S. 46; ihm folgend *Knauff* (Fn. 4), S. 379.

<sup>62</sup> Auf die Vielfalt der Funktionen von Soft Law hinweisend, ohne sie freilich im Einzelnen zu benennen, *Schwarze* (Fn. 4), S. 1, 7.

<sup>63</sup> *Knauff* (Fn. 4), S. 378 ff.

a) Rechtsbegleitendes Soft Law

Unproblematisch aus der Perspektive der vertikalen Kompetenzverteilung ist zunächst das rechtsbegleitende Soft Law. Hierbei handelt es sich um »ergänzendes administratives Soft Law«, das funktional den Verwaltungsvorschriften ähnelt und deshalb auch als »normerläuterndes oder normkonkretisierendes Soft Law« bezeichnet wird. Sofern der in Bezug genommene Rechtsakt kompetenzgerecht erlassen ist, wird die Kompetenzverteilung durch das Soft Law nicht berührt. Freilich bleibt dieses Soft Law nicht ohne rechtliche Wirkung, wie der EuGH in den Rechtsachen Deutsche Shell AG und Grimaldi exemplarisch deutlich gemacht hat. Nach diesen Entscheidungen können Empfehlungen »nicht als völlig wirkungslos angesehen werden«, sondern sind »insbesondere dann, wenn diese Aufschluss über die Auslegung zu ihrer Durchführung erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen«, von den nationalen Gerichten zu berücksichtigen.<sup>64</sup>

Auch das Europäische Parlament erachtet soft law, das lediglich als Auslegungshilfe und Anwendungserleichterung dient, grundsätzlich für zulässig, soweit es lediglich dem Zweck dient, Rechtssicherheit zu schaffen. Es betont gleichzeitig aber auch, dass Soft Law »in dieser Zweckbindung auch seine Grenze findet.«<sup>65</sup>

Solches rechtsbegleitendes Soft Law<sup>66</sup> findet sich vor allem in den Bereichen der Wettbewerbspolitik, des Beihilfen- und Kartellrechts, in denen die Kommission als Verwaltungsbehörde extensiv anhand von Mitteilungen, Leitlinien und Empfehlungen steuernd tätig wird. In diesen unionsrechtlich vereinheitlichten Bereichen ergreifen Soft Law-Maßnahmen primär zur Konkretisierung und einheitlichen Auslegung von bereits erlassenen,<sup>67</sup> zum Teil aber auch an Stelle von verbindlichem Sekundärrecht.<sup>68</sup> Dieses verwaltungsvollzugsbezogene Soft Law im Bereich des Kooperations- und Verbundverwaltungsrechts, das als »Instrument zur sanften Vollzugeffektuiierung und flexiblen Verbundsteuerung«<sup>69</sup> verstanden werden kann, mag für die Frage des Rechtsschutzes<sup>70</sup> oder für die Auslegung<sup>71</sup> von Bedeutung

64 EuGH, Rs. C-188/91 (Deutsche Shell AG/Hauptzollamt Hamburg-Harburg), Slg. 1993, I-363, Rn. 18; EuGH, Rs. C-322/88 (Grimaldi), Slg. 1989, 4407, Rn. 18.

65 Europäisches Parlament, Entschließung vom 4.9.2007 zu rechtlichen und institutionellen Auswirkungen der Verwendung von nicht zwingenden Rechtsinstrumenten (»soft law«), 2007/2028(INI), ABl. 2008 C 187E, S. 75 unter L, Ziff. 10: »wenn durch interpretierende Mitteilungen neue Verpflichtungen festgelegt werden, stellen sie eine unzulässige Rechtsfortbildung durch Soft Law dar.«

66 Dazu eingehend *Brohm* (Fn. 4), S. 152 ff.; *Schwarze* (Fn. 4), S. 128, 135 ff.

67 Beispielsweise erfolgte die »Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden« v. 27.4.2004, ABl. EG 2004 C 101/43 konkretisierend für die VO Nr. 1/2003 v. 16.12.2002 zur Schaffung eines »Europäischen Wettbewerbsnetzes«.

68 Z.B. die *de minimis*-Bekanntmachung der Kommission im Beihilferecht, ABl. 2001 C 368/13, die von GAin *Kokott* explizit als »soft law« bezeichnet wird, EuGH, Rs. C-226/11 (*Expedia*), Schlussanträge v. 6.9.2012, Rn. 35.

69 Vgl. *Brohm* (Fn. 4), S. 196.

70 Dazu *Lefevre*, E.L.Rev. 2004, 808, 815 ff.; EuG, Rs. T-258-06 (D/KOM), Slg. 2010, II-2027; *Gundel*, EuR 1998, 90.

71 *Knauß* (Fn. 12), S. 373, 392.

sein,<sup>72</sup> nicht jedoch für die Problematik der vertikalen Kompetenzverschiebung. Es bleibt im Folgenden deshalb außen vor.<sup>73</sup>

#### b) *Rechtsersetzendes Soft Law*

Anders verhält es sich mit dem sog. rechtsersetzenden Soft Law, das auch als »gesetzesvertretendes« Soft Law bezeichnet wird.<sup>74</sup> Es stellt im Gegensatz zum rechtsbegleitenden Soft Law eine eigenständige Regelung dar, die nicht lediglich bestehendes Recht ausgestaltet oder konkretisiert, sondern dauerhaft eine Regelung schafft, die auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht in einen formellen Rechtsakt überführt wird.<sup>75</sup> Solches Soft Law stößt sich naturgemäß an der vertikalen wie im Übrigen auch an der horizontalen Kompetenzverteilung, namentlich an dem aus dem Demokratieprinzip resultierenden Wesentlichkeitsprinzip, das gem. Art. 290 Abs. 1 AEUV auch für die EU gilt: Außer im Falle der ausdrücklichen Delegation darf die Exekutive nicht eigenständig rechtsetzend tätig werden.<sup>76</sup> Die Zulässigkeit solcher Soft Law Maßnahmen bestimmt sich aber nicht nur an den Vorschriften der Kompetenzverteilung, sondern – damit zusammenhängend – auch an dem rechtsstaatlichen Verbot des Formenmissbrauchs. Der EuGH hat in mehreren Fällen, in denen die Kommission Richtlinien- bzw. Verordnungsentwürfe wegen fehlender Zustimmung zurückzog, um anschließend die geplanten Inhalte in Form von Mitteilungen zu veröffentlichen und als Auslegung geltenden Unionsrechts darzustellen,<sup>77</sup> die Nichtigkeit dieser Maßnahmen festgestellt.<sup>78</sup> In der Literatur wird »*der Versuch, mit einer unverbindlichen Handlungsform Rechtswirkungen zu erzeugen*,« deshalb auch als »*Missbrauch dieser Handlungsform*« verstanden, der geeignet sei, »*das institutionelle Gleichgewicht und damit die Gewaltenteilung innerhalb der Union und gegenüber den Mitgliedstaaten zu gefährden*.«<sup>79</sup>

#### c) *Rechtsvorbereitendes Soft Law*

Eine Zwischenstellung nimmt das rechtsvorbereitende Soft Law ein, das im Kontext der Bekämpfung der Wirtschafts- und Staatsschuldenkrise eine große Rolle spielt. Es dient regelmäßig der Überwindung einer als defizitär empfundenen Rechtslage, häufig eben auch einer unzureichenden Kompetenzzuweisung. Ihm

<sup>72</sup> Vgl. Brohm (Fn. 4), S. 73 f.

<sup>73</sup> Sofern es als »legales« Soft Law bezeichnet wird, da es im Rahmen eines Regelungsverbunds angebunden an die Rechtsordnung erfolge (so Knauff (Fn. 12), S. 396 ff.), ist dies missverständlich, weil es eine Dichotomie zum »illegalen« Soft Law beschwört, die in dieser Radikalität jeder Grundlage entbehrt. Zur Unterscheidung zwischen »legal« und »non-legal« soft law vgl. Nasser, Sources and norms in international law: a study on soft law, 2008, S. 18, 108.

<sup>74</sup> Schwarze (Fn. 4), S. 128, 143.

<sup>75</sup> Knauff (Fn. 4), S. 384.

<sup>76</sup> Schwarze (Fn. 4), S. 3, 17.

<sup>77</sup> Brohm (Fn. 4), S. 73 f.

<sup>78</sup> EuGH, Urt. v. 13.11.1991, Rs. C-303/90 (Verhaltenskodex), Slg. 1991, I-5315; EuGH, Urt. v. 20.3.1997, C-57/95 (Frankreich/Kommission), Slg. 1997, I-1627.

<sup>79</sup> Brohm (Fn. 4), S. 73, Fn. 280.

kommt insofern eine (temporäre) Lückenfüll- und (materielle) Konkretisierungsfunktion zu, wobei es durchaus eine gewisse eigenständige interpretative Regelungswirkung für das bereits bestehende Recht entfaltet: Die Steuerungswirkungen stehen dem bestehenden »harten« Recht häufig nicht nach.<sup>80</sup>

### 5. *Soft Law als Recht im Werden*

In Bezug auf die (vertikale) Kompetenzverteilung manifestiert sich diese rechtsvorbereitende Funktion vor allem in einer »kompetenzerobernden« Wirkung.<sup>81</sup> Man mag insoweit von »primärrechtsvorbereitendem« Soft Law sprechen,<sup>82</sup> dem zuweilen ein großes Gefahrpotential für das Kompetenzsystem<sup>83</sup> zugesprochen wird. Bezogen auf die horizontale Kompetenzverteilung kritisierte das Europäische Parlament in seiner Entschließung aus dem Jahre 2007, Soft Law werde lediglich genutzt, um einem Mangel an formeller Rechtssetzungsbefugnis zu begegnen. Und in der Wissenschaft wird betont, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung auch für das Tätigwerden der Union mittels unverbindlicher Handlungsformen gelte.<sup>84</sup> Der informelle Charakter des Soft Law lasse befürchten, dass unter Umgehung des kompetentiellen und institutionellen Gefüges der Union relevante Verhaltensregeln und damit korrespondierende Pflichten begründet würden.<sup>85</sup>

Unabhängig von einer solchen Bewertung kommt in einer kompetenzerobernden Wirkung erneut die bereits angesprochene Experimentierfunktion von Soft Law zum Ausdruck. So lassen sich in der Vergangenheit Aktivitäten der Kommission beobachten, die in zunächst unverbindlichen Empfehlungen bestimmte Politikfelder besetzte, welche bei späteren Vertragsänderungen in die Kompetenz der EU überführt wurden.<sup>86</sup> Als Beispiele werden regelmäßig Kompetenztitel in den Bereichen Sport, Medien, Soziales, Forschung, Verbraucherschutz oder Umwelt genannt, die erst in das Primärrecht aufgenommen worden seien, nachdem auf diesen Feldern zuvor Soft Law erprobt wurde.<sup>87</sup> Als Zwischenschritt im Rahmen dieser

<sup>80</sup> *Knauff* (Fn. 4), S. 381 f.

<sup>81</sup> *Städter*, Noch Hüter der Verfassung? Das Bundesverfassungsgericht und die europäische Integration, 2013, S. 122 ff.; *Knauff* (Fn. 12), S. 373, 383, spricht treffend auch von »Regelungsmöglichkeitfunktion«, die mit Blick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 EUV in eine »Umgebungsfunktion« umzuschlagen drohe.

<sup>82</sup> *Städter* (Fn. 81), S. 112.

<sup>83</sup> *Städter* (Fn. 81), S. 126.

<sup>84</sup> *Bast*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 53. Erg.-Lfg. 2014, Art. 5 EUV Rn. 26; *Schroeder* (Fn. 19), Art. 288 AEUV Rn. 144; *Driessen*, E.L.Rev. (35) 2010, 837, 848; v. *Bogdandy/Bast/Arndt* (Fn. 30), S. 77, 114: »es liegt auch in der Konsequenz der Union als Rechtsgemeinschaft, alle hoheitlichen Maßnahmen, die zum Zusammenhalt des aus Union und Mitgliedstaaten bestehenden Verbunds beitragen, als Recht zu qualifizieren und den entsprechenden verfassungsrechtlichen Anforderungen zu unterwerfen«; a.A. *Biertvert*, in: *Schwarze u.a.* (Hrsg.), 4. Aufl. 2019, Art. 288 AEUV Rn. 36.

<sup>85</sup> Vgl. *Brohm* (Fn. 4), S. 77.

<sup>86</sup> *Städter* (Fn. 81), S. 112.

<sup>87</sup> Vgl. zu den zahlreichen Beispielen ausführlich *Städter* (Fn. 81), S. 64 ff.; vgl. auch die Aufzählung bei *Peters* (Fn. 25), S. 405, 423. Zur Bedeutung von Soft Law für die EU-Sportpolitik vgl. *Hellmund*, SpuRt 2017, 145 ff. einerseits und *Kornbeck*, SpuRt 2018, 194 ff. andererseits.

Kompetenzeroberung fungieren häufig die Querschnittsklauseln,<sup>88</sup> die eine »Ausweitung und Flexibilisierung der unionalen Kompetenzordnung« ermöglichen.<sup>89</sup> Sie dienen insoweit nicht nur der Verzahnung der bereits bestehenden unionalen Politiken,<sup>90</sup> sondern durchaus auch der legitimierten Kompetenzausweitung und Überwindung des Subsidiaritätsprinzips. Vergleichbares gilt für Entscheidungsverfahren, etwa für die Offene Methode der Koordinierung.<sup>91</sup>

Aus der ex-post-Perspektive der Mitgliedstaaten mag sich der durch Soft Law vorbereitete Kompetenzzuwachs der EU durchaus als Eroberung darstellen. Gleichwohl schwingt in dieser Qualifizierung etwas Unzulässiges, womöglich Vertragswidriges mit. Dabei ist der Ausloten von politischen Handlungsspielräumen nicht per se rechtswidrig. Wenn deshalb formuliert wird, die Kommission »erobere« sich in Fällen, in denen sie aus rechtlichen oder politischen Gründen noch nicht rechtsverbindlich handeln könne, bestimmte Felder für spätere »harte« Rechtsetzung,<sup>92</sup> ist dem zu entgegen, dass die Kommission sich ohne die Zustimmung der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge keine Politikfelder erobern kann. Anstelle von einer Eroberungsfunktion ist deshalb besser von einer Erprobungsfunktion zu sprechen:<sup>93</sup> Sofern sich ein unionsweites Handeln durch die Kommission auf einem Politikfeld bewährt, werden die Mitgliedstaaten bereit sein, ihre Kompetenzen insoweit auf die Union zu übertragen. Solch eine Wirkung ist für sich genommen aber weder vertragskonform noch vertragswidrig. Sie lässt sich nur als ein politischer Prozess beobachten, dem nicht zwangsläufig Erfolg im Sinne einer späteren Kompetenzänderung beschert sein muss. Soweit dem Soft Law insoweit eine Erprobungs- und Wegbereiterfunktion zugeschrieben wird, wird deutlich, dass Soft Law auch etwas Prozesshaftes sein kann,<sup>94</sup> dass es als »Recht im Werden« begriffen werden kann.

## II. Soft Law in der vertikalen Kompetenzverteilung der Europäischen Union

Schon diese kurze tour d'horizon durch das Soft Law der EU zeigt, dass sich eine pauschale Bewertung des Soft Law am Maßstab der vertikalen Kompetenzverteilung und der Befugnisse der mitgliedstaatlichen Parlamente verbietet. Geboten ist eine Differenzierung nach den Funktionen, nach den genauen Formen und nicht zuletzt auch nach den konkreten Wirkungen des jeweiligen Soft Law.

Umgekehrt zeigt sich bei allgemeiner Betrachtung, dass die Flexibilität von Soft Law gerade auch zur Überwindung kompetenzieller Schranken eingesetzt wird. Im

<sup>88</sup> Zu diesen eingehend *Wegener*, in: *ders.* (Hrsg.), *Europäische Querschnittspolitiken* (EnzEuR Bd. 8), 2014, § 1 Rn. 14 ff. (»Integrationsstand und Kompetenzordnung«).

<sup>89</sup> *Wegener* (Fn. 88), § 1 Rn. 8.

<sup>90</sup> So aber *Wegener* (Fn. 88), § 1 Rn. 10.

<sup>91</sup> *Bodewig/T. Voss* (Fn. 26), S. 310; *Knauff* (Fn. 4), S. 305 ff.; *Hill* (Fn. 26), S. 139, 143 ff.

<sup>92</sup> Vgl. *Hill* (Fn. 44), § 34 Rn. 76.

<sup>93</sup> Dies neben der Eroberung betonend *Hill* (Fn. 44), § 34 Rn. 76; *Brohm* (Fn. 4), S. 45 f.; S. 81.

<sup>94</sup> Ähnlich *Kremser*, »Soft Law« der UNESCO und Grundgesetz, 1996, S. 125: Soft Law als »normative Aussagen [...] im Stadium der Rechtswerdung.«

Verhältnis von Soft Law zur (vertikalen) Kompetenzverteilung ist die Kompetenzverteilung insofern nicht nur Grenze, sondern häufig zunächst einmal Grund für die Inanspruchnahme von Soft Law. Empirisch lässt sich deshalb eine Divergenz zwischen den begrenzten rechtlichen Kompetenzgrundlagen und der tatsächlichen EU-Governance ausmachen – der tatsächliche Einfluss der EU-Politik reicht weiter als ihr vertraglich zugewiesener Zuständigkeitsbereich. Darüber hinaus ist das Verhältnis zwischen Soft Law und Kompetenzverteilung vielschichtig.

### 1. Übersicht über die Relationen von Soft Law und vertikaler Kompetenzverteilung

Hervorzuheben ist ganz allgemein, dass Soft Law nicht stets kompetenzerobernd,<sup>95</sup> sondern umgekehrt auch kompetenzsichernd eingesetzt werden kann. Wenn etwa die Mitgliedstaaten den Erlass kompetenzgerechten Rechts blockieren, hat die Kommission die Möglichkeit, mittels Soft Law den gewünschten Steuerungseffekt zu bewirken. Gerade unter Berücksichtigung der finalen Grundstruktur des Europarechts trägt das Soft Law auf diese Weise in erheblichem Umfang dazu bei, dass die Ziele der Union überhaupt verwirklicht werden.

Zudem kann ihm eine souveränitätsschonende Wirkung zukommen, indem Soft Law als »Kompromiss zwischen Souveränität und Ordnung«, als eine Regelung also verstanden wird, die einen *modus vivendi* zur Ordnung eines Sachkomplexes schafft, den Staaten dabei aber die Möglichkeit (oder deutlicher: die souveräne Freiheit) für einen Rückzug offen hält.<sup>96</sup> Der Einsatz von Soft Law mag neben den Verordnungen und Richtlinien insofern als eine dritte Handlungsmöglichkeit verstanden werden, die weder – wie die Verordnungen – in allen Teilen noch – wie die Richtlinien – in ihren Zielen verbindlich ist, sondern die umgekehrt schon die Zielverwirklichung in das Belieben der Mitgliedstaaten stellt. Diese Bedeutung spiegelt sich letztlich auch im Inhalt und der Systematik des Art. 288 AEUV wider.

Schließlich werden durch Soft Law in vielen Bereichen keine neuen sachlichen Vorgaben normiert, sondern – quasi auf einer sekundären Ebene – in erster Linie die Sicherung und gleichmäßige Durchsetzung des Europarechts in den Blick genommen, was durchaus der Rechtssicherheit zu Gute kommen kann.

### 2. Soft Law und Subsidiaritätsprinzip

Ähnliches gilt für die Kompetenzausübungsregel des Subsidiaritätsprinzips: ihr Verhältnis zum Soft Law ist ambivalent. Nur im Einzelfall kann deshalb geklärt werden, ob Soft Law lediglich als Reaktion auf ein zu stringentes Verständnis des Subsidiaritätsprinzips zu verstehen ist<sup>97</sup> oder vielmehr selbst ein »Subsidiaritätsri-

<sup>95</sup> Städter (Fn. 81), S. 112.

<sup>96</sup> So Bothe (Fn. 24), S. 761, 770.

<sup>97</sup> Snyder (Fn. 56), S. 197 ff.; Senden (Fn. 59), S. 1 ff.; Brohm (Fn. 4), S. 78 f.

siko« darstellt, wenn im Bereich der geteilten Zuständigkeiten unabhängig von der Erforderlichkeit einer europaweiten Regulierung Maßnahmen ergriffen werden.<sup>98</sup> Soft Law kann also auf der einen Seite subsidiaritätsfördernd sein, wenn es an Stelle von – kompetenzgerecht erlassenen – Recht verwendet wird und den Mitgliedstaaten insofern einen größeren Gestaltungsspielraum belässt; es kann auf der anderen Seite aber auch subsidiaritätskonträr wirken, wenn es dort verwendet wird, wo förmlich gesetztes Recht am Subsidiaritätsprinzip scheitern würde.

### 3. Bindung von Soft Law an die Kompetenzverteilung?

Mit diesen möglichen unterschiedlichen Wirkungsweisen von Soft Law soll die Bedeutung der vertikalen Kompetenzverteilung nicht nivelliert werden. Im Gegenteil: Die Kompetenzzuweisung ist mehr als eine politische Machtverteilung, sie ist in einem demokratischen Gemeinwesen nicht nur eine rechtsstaatliche Förmel, sondern vor allem eine Legitimation vermittelnde und zugleich Verantwortung zuweisende Grundvoraussetzung demokratischen Handelns. Sie ist nicht zuletzt, wie das Bundesverfassungsgericht im Grundsatz richtig hervorgehoben hat,<sup>99</sup> maßgeblich für die Verfassungsidentität, und zwar sowohl für die der Mitgliedstaaten wie letztlich auch für die der Europäischen Union. Denn eine Rechtsetzung außerhalb der ihr übertragenen Kompetenzen ist als Handeln *ultra vires* zu qualifizieren und erzeugt für die Mitgliedstaaten – jedenfalls aber für die Bundesrepublik Deutschland – keine Bindungswirkung,<sup>100</sup> die ihrerseits nicht nur charakteristisch für das Unionsrecht, sondern konstitutiv für die Identität der Europäischen Union ist.

Gerade wegen dieser Folgen eines kompetenzlos und deshalb kompetenzwidrig erlassenen Rechtsakts weicht die Europäische Union mitunter auf Soft Law aus – wobei die »Europäische Union« nicht (immer) gleichzusetzen ist mit der Europäischen Kommission, sondern oftmals gerade auch der Europäische Rat – letztlich also die Mitgliedstaaten – zu Soft Law Maßnahmen greift. Ob sich die Mitgliedstaaten der Kompetenzproblematik dabei immer bewusst sind oder ob sie nicht schlicht in der Überzeugung handeln, zur Erreichung gemeinsam beschlossener und definierter Ziele jedenfalls zur Formulierung »rein politischer« Maßnahmen befugt zu sein, wird eines Tages eine historische Untersuchung klären müssen. Bereits heute kann festgehalten werden, dass sowohl »die Politik« als auch »die Öffentlichkeit« weniger sensibilisiert ist, wenn die Union mittels rechtlich unverbindlicher Maßnahmen agiert.

Fraglich ist indes, ob nicht auch der Erlass von Soft Law an die unionsrechtliche Kompetenzverteilung gebunden ist und also unter dem Vorbehalt des Prinzips der beschränkten Einzelermächtigung steht. In der Literatur wird dies zum Teil mit der Begründung behauptet, dass es ansonsten zu einer unzulässigen Umgehung der Gewaltenteilung und vor allem zu einer unzulässigen Verkürzung des Geltungsan-

<sup>98</sup> Dazu *Knauff* (Fn. 4), S. 415 f.

<sup>99</sup> BVerfGE 123, 267, 359 – Lissabon; Hervorhebung nicht im Original.

<sup>100</sup> Zum Handeln *ultra vires* BVerfGE 126, 286, 304; 129, 124; 133, 277; 134, 366; 140, 317; 142, 123.

spruchs des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung führe.<sup>101</sup> Bei abstrakt-theoretischer Betrachtung lässt sich eine vertragliche Bindung von Soft Law leicht begründen, weil die Verträge mehrfach und insbesondere in Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 EUV den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung normieren, der sich als ausnahmslos darstellt. Dementsprechend wird die Befugnis zum Erlass von Soft Law zum Teil explizit verneint, wenn es nicht mehr von den Kompetenzen der Unionsorgane gedeckt sei.<sup>102</sup> Sofern entgegen der Kompetenzordnung gleichwohl Soft Law erlassen würde, ließe sich terminologisch von »ultra vires«-Soft Law sprechen.<sup>103</sup> Etwas vorsichtiger mahnte auch das Europäische Parlament noch im Jahre 2010 zur Wahrung »der größten Vorsicht« und Einhaltung des Erfordernisses »einer gebührend gerechtfertigten Grundlage«<sup>104</sup> beim Erlass von Soft Law.

Gleichwohl ist aus verschiedenen Gründen Skepsis gegenüber einer Sperrwirkung der vertikalen Kompetenzverteilung in Bezug auf Soft Law angebracht. Unabhängig von der grundsätzlichen Frage, ob sich das Informale überhaupt formal regeln lässt,<sup>105</sup> unabhängig auch von der Frage, welche besonderen Konsequenzen aus der Qualifizierung von »ultra vires«-Soft Law folgen sollen (die fehlende Bindungswirkung ergibt sich ja schon aus dem Soft Law-Charakter und muss deshalb nicht zusätzlich mit der Kompetenzüberschreitung begründet werden), ist den Verträgen nicht zu entnehmen, dass Soft Law nur erlassen werden kann, wenn eine entsprechende Rechtsetzungskompetenz besteht. Wollte man dies aus den allgemeinen Prinzipien des Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 EUV ableiten, wäre insbesondere die Kommission in zahlreichen Politikfeldern gelähmt und könnte ihre Funktion als »Motor der Integration« nicht erfüllen. Gleiches gilt für den Europäischen Rat, der schon nach seiner allgemeinen Aufgabenumschreibung in Art. 15 EUV doch die für die Entwicklung der Union erforderlichen Impulse geben und hierfür die allgemeinen politischen Zielvorstellungen und Prioritäten festlegen soll, ohne gesetzgeberisch – also in rechtsverbindlicher Weise – tätig zu werden.

Und auch umgekehrt lässt sich der Existenz einer Rechtsetzungskompetenz nicht das generelle Verbot entnehmen, in diesen Bereich Soft Law-Maßnahmen zu ergreifen. Insgesamt entzieht sich das Soft Law gerade wegen seiner fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit der Kompetenzverteilung. Gerade weil Soft Law keine rechtliche Verbindlichkeit erzeugt, bedarf es keiner rechtlichen Einhegung. Die vertikale Gewaltenteilung ist bezüglich des Soft Law nicht auf einen vertraglichen (also »verfassungsrechtlichen«) Schutz angewiesen, weil sich die einzelnen Gewalten dem Soft Law ohne (rechtliche) Folgen verweigern können. Dass bei einem konsensualen Vorgehen der beteiligten Organe eine Verschiebung der vertraglichen Kompetenzordnung zu befürchten ist, begründet ebenfalls keinen »objektiven«

101 Vgl. *Brohm* (Fn. 4), S. 124; vgl. auch *Müller-Graff* (Fn. 50), S. 139, 147.

102 Vgl. v. *Graevenitz* (Fn. 4), S. 169, 170.

103 So die Bezeichnung bei *Peters/Pagotto* (Fn. 5), S. 23: »So-to-speak-«ultra vires«- soft law«.

104 Europäisches Parlament, Entschließung vom 9.9.2010 zu dem Thema *Bessere Rechtsetzung – 15. Jahresbericht der Kommission gemäß Artikel 9 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit*, ABl. EU 2011 C 308E, S. 66, 72.

105 Vgl. dazu jüngst BVerfG, Urt. v. 22.9.2015, Az. 2 BvE 1/11.

Schutzbedarf. Denn zum »harten«, also zum verbindlichen Recht wird auch primärrechtsvorgeifendes Soft Law erst im Zuge der nächsten Vertragsrechtsrevision,<sup>106</sup> dann freilich aber nur mit explizitem Willen der Mitgliedstaaten und insofern vorbehaltlich des Art. 79 Abs. 3 GG weder unions- noch verfassungsrechtswidrig. Anstelle von Kompetenzeroberung muss in solchen Fällen von einer konsensualen Kompetenzverlagerung gesprochen werden.

Nur soweit ausnahmsweise zu erkennen sein sollte, dass eine Rechtsetzungskompetenz die mit ihr einhergehende Gestaltungsmacht abschließend zuweisen will, mag hieraus ein Verbot von Soft Law Maßnahmen folgen. Zudem können sich aus dem allgemeinen unionalen Loyalitätsgebot Grenzen für Soft Law-Maßnahmen ergeben.<sup>107</sup>

#### 4. Koordinierung als Soft Law

Im Übrigen stößt die Regelungskraft des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung ohnehin an seine Grenzen, wo die Verträge generell zu einer »Koordinierung« ermächtigen, wie dies insbesondere auch für den Bereich der Wirtschaftspolitik von Art. 121 AEUV vorgesehen ist. Maßnahmen der Koordinierung stellen, so sie nicht ausnahmsweise bewusst in rechtsverbindlichen Handlungsformen ergehen, nichts anderes als Soft Law dar.<sup>108</sup> Zwar werden sie zuweilen als eine eigenständige Handlungsform neben verbindlichen Rechtsakten und Soft Law qualifiziert und etwa als »soft governance« bezeichnet.<sup>109</sup> Doch diese – schon begrifflich nur sehr vage) Unterscheidung mutet beliebig an und schafft mehr Abgrenzungsschwierigkeiten als sie zu einer rechtlichen Klärung und Einhegung von Koordinierungsmaßnahmen beiträgt. Und sofern Koordinierungen nach ihrer Intention dadurch von Soft Law zu unterscheiden versucht werden, dass diese auf »eine nicht rechtliche Steuerung der Politiken der Mitgliedstaaten« zielten, während jenes auf eine weitere Kompetenzübertragung zu Gunsten der EU gerichtet sei,<sup>110</sup> rekuriert diese Auffassung mit einem (zu) engen Begriffsverständnis allein auf die kompetenzerobernde Funktion von Soft Law.

Vor allem aber scheint der Befund nicht richtig, dass Koordinierungen anders als Soft Law die mitgliedstaatlichen Kompetenzen weniger beeinträchtigen als Soft Law. Vielmehr bewahrheitet sich gerade in der Krise die schon von *Eberhard Grabitz* in der Frühzeit der Übertragung der Kompetenz formulierte Erkenntnis: »Was in der EG ›koordiniert‹ wird, ist, wenn es formuliert wird, eine den einzelnen

<sup>106</sup> *Borchardt/Wellens*, E.L.Rev. 1989, 267, 303.

<sup>107</sup> Umgekehrt werden eben aus dem Loyalitätsgebot auch mittelbare Wirkungen von Soft Law abgeleitet, weil und sofern Verletzungen gegen Soft Law zugleich auch als Verstoß gegen die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit betrachtet werden. Vgl. *Thürer* (Fn. 24), S. 131, 134; für entsprechende EuGH-Rspr. siehe *Everling* (Fn. 43), S. 133, 138; *Bothe* (Fn. 24), S. 761 (773); v. *Bogdandy/Bast/Arndt* (Fn. 30), S. 77, 122.

<sup>108</sup> So auch *de la Rosa*, ELJ 2005, 618 (619); a.A. *Braams*, *Koordinierung als Kompetenzkategorie*, S. 149 f.

<sup>109</sup> So *Jacobssen*, in: *Mörth* (Hrsg.), *Soft Law*, 2004, S. 81 ff.

<sup>110</sup> *Braams*, *Koordinierung als Kompetenzkategorie*, 2013, S. 157.

Staaten oktroyierte Wirtschaftspolitik. [...] Ich will völlig offen lassen, ob die EG zu viel oder zu wenig koordinieren. Aber wenn sie es tun, und sie können es, ist das eine Determination der Politik, die sich von dem, was etwa im Bereich der Landwirtschaftspolitik der Europäischen Gemeinschaften »Gemeinsame Politik« genannt wird, doch gar nicht unterscheidet.«<sup>111</sup>

### III. Soft Law in der horizontalen Kompetenzverteilung der Mitgliedstaaten

#### 1. Soft Law als außerparlamentarische Regelsetzung?

Jede Modifizierung der vertikalen Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten berührt zwangsläufig auch die horizontale Gewaltenteilung innerhalb der Mitgliedstaaten. Diese Erkenntnis ist nicht neu, sondern präzise von *Christian Tomuschat* und *Reiner Schmidt* in ihren Vorträgen auf der Staatsrechtslehretagung 1977 herausgearbeitet worden.<sup>112</sup>

*Tomuschat* erkannte ganz allgemein, dass die über Art. 59 Abs. 2 GG abgesicherte parlamentarische Mitentscheidungsbefugnis in der Außenpolitik durch die Rechtsetzung in internationalen Organisationen »einer fortschreitenden Aushöhlung ausgesetzt«<sup>113</sup> ist, und konstatierte, dass die Praxis eines »zwischenstaatlichen Quasi-Parlamentarismus«<sup>114</sup> zwangsläufig zur Schwächung der nationalen Parlamente führe. Wörtlich führte er aus: »So kommt es zu dem Paradox, dass die progressive Fortschreibung der großen Strukturprinzipien der heutigen und der künftigen Weltordnung in den vor den Augen des Juristen zerfließenden Formen des Soft Law völlig aus dem parlamentarischen Mitverantwortungsbereich herausfällt.«<sup>115</sup>

Und *Reiner Schmidt* konstatierte verschiedene konkrete »Strukturverschiebungen im Verfassungsstaat durch internationale Wirtschafts- und Währungsbeziehungen«. <sup>116</sup> Er prognostizierte mit fortschreitender Integration einen »schwindenden parlamentarischen Einfluss, eine Gewichtsverlagerung zugunsten der Regierung sowie als föderales Problem die zunehmende Bedeutungslosigkeit der Länder.<sup>117</sup> Abstrahierend erkannte er, dass größere Flexibilitätsanforderungen [die einer der Gründe für die zunehmende Inanspruchnahme von Soft Law sind], tendenziell zu Lasten rechtsstaatlicher Grundsätze wie eben auch dem Gesetzesvorbehalt, der Gesetzesbestimmtheit sowie der Begrenzung der Rechtsetzungsbefugnisse der Exeku-

111 *Grabitz*, in der Aussprache über den Verhandlungsgegenstand »Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen«, VVDStRL (36) 1977, S. 133; umfassend *Schulze-Steinen*, Rechtsfragen zur Wirtschaftsunion, 1998, S. 51 ff.

112 *Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL (36) 1977, S. 7 ff., *Schmidt*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL (36) 1977, S. 65 ff.

113 *Tomuschat* (Fn. 112), S. 7, 61.

114 *Tomuschat* (Fn. 112), S. 7, 32.

115 *Tomuschat* (Fn. 112), S. 7, 34.

116 *Schmidt* (Fn. 112), S. 65, 97, der gar die »innerstaatliche Entmachtung des Parlaments« prognostiziert, S. 100.

117 *Schmidt* (Fn. 112), S. 65, 98.

tive gehen.<sup>118</sup> Und nüchtern analysierte er, dass gerade die Öffentlichkeitsbeteiligung und die den regelmäßigen Parlamentswahlen geschuldete »periodische Aktionsunfähigkeit der Regierung« als Hindernis bzw. »strukturelle Schwächen« eines demokratisch ausgestalteten wirtschaftspolitischen Entscheidungsprozesses gesehen werden.<sup>119</sup>

Die Gefahren von außerrechtlichen Regulationsformen für die Organe der rechtlichen Regelsetzung sind naturgemäß nicht von der Hand zu weisen. Indes hat die Erkenntnis dieser Gefahr maßgeblich dazu beitragen, sie jedenfalls in dem Sinne zu bannen, dass nicht jede Soft Law-Maßnahme als eine Form der außerparlamentarischen Regelsetzung zu charakterisieren ist, unabhängig von der Frage, ob ein Bedeutungsverlust der nationalen Parlamente im Einzelfall durch eine Beteiligung des Europäischen Parlaments demokratisch kompensiert wird.

## 2. Informationsrechte als Kompensation für Kompetenzverluste?

Der Gesetzgeber selbst hat auf den mit einer Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union einhergehenden Bedeutungsverlust der gesetzgebenden Körperschaften in erster Linie mit der Begründung von Informationsrechten reagiert, die in Art. 23 Abs. 2 bis Abs. 6 GG verfassungsrechtlich angelegt und im Übrigen einfachgesetzlich ausgestaltet sind.<sup>120</sup> Das Bundesverfassungsgericht wird nicht müde zu betonen, dass die demokratische und vor allem auch legitimations- und verantwortungsvermittelnde Bedeutung dieser Mitwirkungsbefugnisse von Bundestag und Bundesrat um so größer ist, »je komplexer ein Vorgang ist, je tiefer er in den Zuständigkeitsbereich der Legislative eingreift und je mehr er sich einer förmlichen Beschlussfassung oder Vereinbarung annähert.«<sup>121</sup> »Das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG gebietet, dass der Deutsche Bundestag an diejenigen Informationen gelangen kann, die er für eine Abschätzung der wesentlichen Grundlagen und Konsequenzen seiner Entscheidung benötigt. In seinem Kern ist dieser parlamentarische Unterrichtsanspruch deshalb auch in Art. 79 Abs. 3 GG verankert. Die ausreichende Information des Parlaments durch die Regierung ist daher notwendige Voraussetzung einer effektiven Vorbereitung seiner Entscheidungen und der Ausübung seiner Kontrollfunktion. Dieser Grundsatz gilt nicht nur im nationalen Haushaltsrecht (vgl. etwa Art. 114 GG), sondern auch in Angelegenheiten der Europäischen Union (vgl. Art. 23 Abs. 2 Satz 2 GG).«<sup>122</sup>

Dass diese parlamentarischen Informationsrechte sich nicht nur auf die geplanten rechtlichen Maßnahmen, sondern auch auf Soft Law-Maßnahmen beziehen müssen, um nicht leer zu laufen, hatte bereits der Gesetzgeber selbst erkannt. Um

<sup>118</sup> Schmidt (Fn. 112), S. 65, 100.

<sup>119</sup> Schmidt (Fn. 112), S. 65, 101: »taktische Nachteile der Demokratie«.

<sup>120</sup> Vgl. Rossi, Interparlamentarische Demokratie? Zur Einbindung der nationalen Parlamente in die Rechtsetzung der Europäischen Union, in: Kloepfer (Hrsg.), Gesetzgebung als wissenschaftliche Herausforderung, 2011, S. 47 ff.

<sup>121</sup> BVerfG, Urt. v. 19.6.2012 – 2 BvE 4/11, Rn. 117.

<sup>122</sup> BVerfG, Urt. v. 12.9.2012, 2 BvR 1390/12, Rn. 111.

der gestiegenen Bedeutung unverbindlicher Rechtsakte Rechnung zu tragen und mit Blick auf »die vorprägende Kraft des europäischen Soft Law«<sup>123</sup> ist der Begriff des »Vorhabens«<sup>124</sup> im Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBLG)<sup>125</sup> neu gefasst worden. Die Anlage zu § 9 unter Ziffer I.2. bestimmt nunmehr, dass sich die Informations- und Mitwirkungsrechte der Länder im Hinblick auf Vorhaben der Europäischen Union »nicht auf rechtsverbindliche Handlungsinstrumente der Europäischen Union [beschränken], sondern [...] sich auch auf Grünbücher, Weißbücher, Aktionsprogramme, Mitteilungen und Empfehlungen«, mithin auf typische Soft-Law-Instrumente, erstrecken. Gleiches gilt für § 5 EuZBBG,<sup>126</sup> der insbesondere zahlreiche unverbindliche, vorbereitende Handlungsinstrumente, wie Mitteilungen und Stellungnahmen der Kommission, Berichte der Organe, Grünbücher, Weißbücher, Politische Programme, Empfehlungen, Beratungsgegenstände, Initiativen u.v.m. umfasst.

### 3. Parlamentarische »Rückholrechte«

Dass auch solche verfassungsrechtlich begründeten und rechtlich konkretisierten Beteiligungsrechte der gesetzgebenden Körperschaften ihren Bedeutungsverlust nicht vollständig zu kompensieren vermögen, der mit der Wahl solcher Regelungsinstrumente einhergeht, die gerade nicht der Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften bedürfen, ist nicht von der Hand zu weisen. Doch umgekehrt sind es vor allem zwei Argumente, die den Einsatz von Soft Law mit Blick auf die horizontale Kompetenzverteilung (rechtlich) unbedenklich erscheinen lassen:

Zum einen ist erneut mit *Reiner Schmidt* daran zu erinnern, dass die Gefahr, dass der Einfluss nationaler Parlamente bei der Rechtsetzung durch internationale bzw. supranationale Organisationen geschwächt bzw. gänzlich verloren geht, ihrer Struktur inhärent ist:<sup>127</sup> Eine Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union ist ohne Bedeutungsverlust für die nationalen Gesetzgeber nicht denkbar. Sind die Weichen insofern mit der bisherigen Entwicklung der Europäischen Union und mit Art. 23 Abs. 1 GG einmal gestellt, lässt sich allenfalls – mit Art. 79 Abs. 3 GG und seiner Interpretation durch das Bundesverfassungsgericht – die Frage nach den Grenzen stellen. Dass diese Grenzen nun aber überschritten werden, begegnet angesichts fehlender rechtlicher Verbindlichkeit großen Bedenken.

123 *Schwarze*, Soft Law im Recht der Europäischen Union, in: *Iliopoulos-Strangas/Flauss* (Hrsg.), Das soft law der europäischen Organisationen, SIPE 7, 2012, S. 233, 250.

124 Dazu *Schwarze*, Soft Law im Recht der Europäischen Union, in: *Iliopoulos-Strangas/Flauss* (Fn. 123), S. 233, 249 f.; *ders.*, Soft Law im Recht der Europäischen Union, in: *ders.* (Hrsg.), *Europarecht*, 2012, S. 128, 141; *Zoller*, Die Weiterentwicklung der Bund-Länder-Zusammenarbeit in EU-Angelegenheiten vor dem Hintergrund des Vertrags von Lissabon, in: *Jahrbuch des Föderalismus*, 2008, S. 578.

125 BGBl. I 313, geändert durch Gesetz v. 22.9.2009, BGBl. I 3031.

126 Vertiefend *Schröder*, ZParl 2013, 803.

127 *Schmidt*, VVDStRL (36) 1977, S. 65, 82.

Denn diese fehlende rechtliche Verbindlichkeit führt zur zweiten Überlegung: Durch europäische Organe erlassenes Soft Law partizipiert schon mangels Bindungswirkung nicht an dem Anwendungsvorrang des Europarechts. Es erzeugt deshalb schon unabhängig von der Frage, ob es im Einklang mit den der Union übertragenen Kompetenzen geschaffen wurde oder nicht, regelmäßig keine Sperrwirkung gegenüber mitgliedstaatlich gesetztem »harten« Recht. Den mitgliedstaatlichen Organen und allen voran den mitgliedstaatlichen Parlamenten kommt insofern ein »Rückholrecht« in dem Sinne zu, dass sie eine durch Soft Law auf europäischer Ebene geregelte Materie ihrerseits durch Gesetze oder andere rechtsförmliche Handlungsformen regeln können. Hierzu bedarf es freilich eines Selbstbewusstseins, an dem es mit Blick auf parteipolitische Zusammenhänge mitunter zwar fehlen mag, an dem es mit Blick auf die unmittelbare demokratische Legitimation allerdings nie fehlen sollte.

#### IV. Ausblick

Soft Law-Maßnahmen können ohne Frage zu einer Erodierung der vertikalen Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten sowie als unmittelbare Folge hiervon zu einer Umgehung der horizontalen Gewaltenteilung in den Mitgliedstaaten führen. Diese Wirkungen von Soft Law lassen sich ex ante aber nicht (verfassungs-)rechtlich ausschließen. Wie sich Wasser seinen Weg sucht und sich in seinem Lauf nicht immer durch Dämme, Kanäle und Becken kontrollieren lässt, so lässt sich auch der politische Regelungswille nicht allein durch Kompetenz-, Verfahrens- und Formvorschriften bändigen. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Lissabon-Entscheidung insofern sehr realistisch festgehalten: »Wer auf Integration baut, muss mit der eigenständigen Willensbildung der Unionsorgane rechnen.«<sup>128</sup> Jeder Versuch, bereits die Zulässigkeit von Soft Law rechtlich zu unterbinden oder jedenfalls doch zu regeln, ist von vorneherein zum Scheitern verurteilt. Ob Soft Law sich die normative bzw. normierende Kraft des Faktischen zu eigen machen kann oder nicht, hängt deshalb vielmehr davon ab, ob die Rechtsetzungsakteure dem politischen Druck standhalten, der von Soft Law ausgehen kann.

<sup>128</sup> BVerfGE 123, 267, 351.