



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Die Erhärtung der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung des Beitrags der Nationalen Kontaktstellen und des Investitionsausschusses“

Dissertation vorgelegt von Leo Krause-Wichmann

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Anne Peters

Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Juristische Fakultät

Die Erhärtung der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen

unter besonderer Berücksichtigung des Beitrags der Nationalen Kontaktstellen und des Investitionsausschusses

von Leo Krause-Wichmann

Teil A. Grundlagen

Kapitel 1

Gegenstand dieser Arbeit sind die Leitsätze für multinationale Unternehmen für verantwortungsvolle Unternehmensführung (Leitsätze)¹ der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD). Die erstmals 1976 verabschiedeten Leitsätze sind eines der führenden internationalen Regelwerke im Bereich verantwortungsvoller Unternehmensführung. Sie richten sich unmittelbar an multinationale Unternehmen (MNUen) und legen Standards sowohl in Bezug auf Menschen- und Arbeitsrechten als etwa auch in den Bereichen des Umweltschutzes, der Bekämpfung von Korruption und der Unternehmensberichterstattung fest. Über die Umsetzung der Leitsätze wachen der Investitionsausschuss auf Ebene der OECD und die sog. Nationalen Kontaktstellen (NKSen) auf Ebene der etwas über 50 Teilnehmerstaaten. Jedermann (wie Betroffene, Gewerkschaften, Nichtregierungsorganisationen) kann vor den NKSen Beschwerde gegen ein MNU erheben, wenn er der Ansicht ist, dass das MNU die Leitsätze missachtet. Der Investitionsausschuss führt die Aufsicht über die NKSen.

Bei der Ausarbeitung der Leitsätze in den 1970er Jahren wurde eine Strategie verfolgt, die einen auf (i) Freiwilligkeit beruhenden und (ii) pragmatischen Ansatz mit einem (iii) evolutiven Ansatz verband. Freiwilligkeit bedeutete in erster Linie, dass die Leitsätze für die von ihnen adressierten MNUen unverbindlich sein sollten. Zudem verzichtete man weitgehend auf eine zwangsweise Durchsetzung der Leitsätze. Der pragmatische Ansatz bedeutete, dass die Leitsätze inhaltlich vielfach auf vage und ausfüllungsbedürftige Vorgaben zurückgreifen sollten. Dadurch konnte man politische Differenzen zwischen den Teilnehmerstaaten überbrücken und unternehmens- und jurisdiktionsspezifischen Bedürfnissen gerecht werden. Der evolutive Ansatz steht beidem gegenüber: Er führt, im Verbund mit Entwicklungen außerhalb der OECD-Strukturen, zu einem inkrementellen Abrücken vom unverbindlichen Charakter der Leitsätze, ihrem Verzicht auf Zwangselemente und ihrer Unbestimmtheit: Sie werden präziser, interagieren mit hartem Recht (wenn sie nicht sogar Teil der Rechtsordnung werden) und weisen mehr Zwangselemente auf. Die Leitsätze sind ein anpassungsfähiges Instrument und ein ewig unvollendetes Projekt.

Fluchtpunkt dieses Entwicklungspfads und damit zugleich Vergleichspunkt sind herkömmliche Instrumente, die in gerichtlichen Verfahren durchgesetzt werden. Solche Instrumente werden auch als hartes Recht (*hard law*) bezeichnet, das dem weichen Recht (*soft law*) gegenübergestellt wird (näher: Kapitel 4). Den Entwicklungspfad der Leitsätze fasse ich deshalb unter die Überschrift der **Erhärtung**. Der Begriff der Erhärtung ist dabei an die englischsprachige Diktion des *hardening of soft law* angelehnt. Diese Erhärtung habe ich anhand mehrerer Dimensionen untersucht:

1. Erhärtung durch Nachverfolgung
2. Erhärtung durch Teilhabe an der Rechtsordnung
3. Erhärtung durch Präzisierung

¹ OECD. „OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct“ (Paris: OECD Publishing 2023). <https://doi.org/10.1787/81f92357-en>.

Diese Dimensionen werde ich in Kapitel 5 näher vorstellen und dort auch ihre Auswahl begründen. Ziel war eine Bestandsaufnahme in Form einer qualitativen Beschreibung und einer möglichst vollständigen und präzisen Erfassung von Erhärtungserscheinungen der Leitsätze. Meine Forschungsfrage lässt sich wie folgt formulieren:

Welche Erhärtungserscheinungen zeigen die Leitsätze und andere Instrumente aus ihrem Universum in den drei Dimensionen der Nachverfolgung, der Teilhabe an der Rechtsordnung und der Präzisierung?

Für die Ermittlung und Beschreibung der Erhärtungserscheinungen habe ich auf eine Kombination mehrerer Methoden zurückgegriffen und rechtsdogmatische Forschung mit rechtstheoretischen und rechtsempirischen Ansätzen verbunden. Für die ersten zwei Dimensionen (Nachverfolgung, Teilhabe an Rechtsordnung) bin ich tendenziell deduktiv, für die dritte Dimension (Präzisierung) eher induktiv vorgegangen. Ich habe außerdem eine datennahe *bottom up*-Forschung angestrebt.² Ein datennahes Vorgehen bietet sich gerade für ein noch weitgehend unerschlossenes Gebiet (wie die Leitsätze) an, da theoretische Aussagen schnell spekulativen Charakter annehmen können. Datennahe Forschung bedeutet für die vorliegende Arbeit vornehmlich eine enge Orientierung an der Arbeit von NKSen und Investitionsausschuss. In hunderten Fällen hatten NKSen Gelegenheit, Daten zur Auslegung und Anwendung der Leitsätze zu produzieren. Der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit lag in der Durchdringung dieses umfangreichen Fallmaterials. Dies gilt in erster Linie für die Dimension der Präzisierung: Hier bestand die Zielsetzung in einer möglichst umfassenden Auswertung des Fallmaterials, um festzustellen, ob sich ihm eine kohärente Entscheidungspraxis entnehmen lässt. Die Beobachtung und Beschreibung der Erhärtungserscheinungen in den anderen Dimensionen basierte zwar auch auf der Analyse des Fallmaterials, allerdings nicht schwerpunktmäßig und auch nicht mit der Zielsetzung einer umfassenden Auswertung. Berücksichtigt habe ich 647 Fälle der NKSen, die nach dem Jahr 2000 verhandelt wurden,³ und die etwa drei Dutzend Aussprüche des Investitionsausschusses bzw. seines Vorgängergremiums seit 1976.⁴ Von den 647 NKS-Fällen konnte ich 507 vertieft auswerten.⁵

Die Auswertung der Fälle für die Dimension der Präzisierung erfolgte unter dem Blickwinkel, ob ein Ausspruchstext (verwertbare) Aussagen zu bestimmten Auswertungskriterien enthielt. Bei der Wahl der Auswertungskriterien habe ich mich maßgeblich von den folgenden beiden Erwägungen leiten lassen: Die Kriterien mussten *erstens* die Einbeziehung der Fälle möglichst vieler NKSen erlauben, da das verfügbare Fallmaterial quantitativ von einigen wenigen NKSen dominiert wird. Das Fallmaterial ist daher strukturell verzerrt. Dieser Verzerrung galt es entgegenzuwirken, da eine kohärente Entscheidungspraxis meines Erachtens erst dann belastbar ist, wenn eine repräsentative Auswahl an NKSen an ihrer Entstehung beteiligt war. Spezialfragen, zu denen sich bislang nur wenige NKSen äußern konnten, haben sich deshalb

² Hierzu: Peters, Anne. „Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft: Wider den epistemischen Nationalismus“. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67 (2007), 721-776: Seiten 738-742.

³ Hinzu kommen die sehr wenigen Fälle der NKSen, die vor dem Jahr 2000 verhandelt wurden. Ich habe sie ebenfalls ausgewertet; ihre Zahl lässt sich wegen einer schlechten Dokumentation allerdings nicht seriös beziffern.

⁴ Für die NKS-Fälle galt folgende Stichtagsregelung: Für eine lückenlose und gründliche Prüfung mussten die Fälle bis zum 1. August 2023 in die offizielle OECD-Datenbank, der Webseite von OECD Watch oder den jeweiligen NKS-Webseiten eingetragen sein. Nach diesem Stichtag wurden Fälle nur ausnahmsweise berücksichtigt, wenn leicht erkennbare Anhaltspunkte auf einen besonders relevanten Fall hindeuteten. Zweiter Stichtag für diese oberflächliche Prüfung, die sich auf Fälle in der OECD-Datenbank beschränkte, war der 1. März 2025. Die OECD-Datenbank ist einsehbar unter: <https://www.oecd.org/en/networks/national-contact-points-for-responsible-business-conduct/database.html?orderBy=mostRecent&page=0> (zuletzt abgerufen am: 8. November 2025).

⁵ Nicht auswerten konnte ich 106 Fälle, bei denen kein Ausspruchstext verfügbar war, und sechs Fälle, die nicht in einer mir verständlichen Sprache verfügbar waren. 28 Fälle, die ausschließlich auf Spanisch verfügbar waren, konnte ich lediglich einer summarischen Relevanzprüfung unterziehen.

als Auswertungskriterien verboten. Angeboten haben sich demgegenüber die Annahmeveraussetzungen. Diese Voraussetzungen entsprechen funktional Zulässigkeitsvoraussetzungen und sind von jeder NKS in jedem Verfahren zu prüfen. Die Prüfung erfolgt in der Verfahrensetappe der ersten Evaluierung, die ihrerseits einer Zulässigkeitsprüfung ähnelt (siehe: Kapitel 6). *Zweitens* musste ein Mindestmaß an Subsumtionsleistung gesichert sein, da eine kohärente Entscheidungspraxis anderenfalls nicht entstehen kann (siehe: Kapitel 12). Wegen der mediativ-konsensualen Natur der Verfahren vor NKSen (siehe: Kapitel 6) ist eine Subsumtionsleistung nur während der Verfahrensetappe der ersten Evaluierung, nicht aber während der Hauptetappe des Verfahrens (der vertieften Prüfung) gesichert. Auch deshalb mussten die Auswertungskriterien die Annahmeveraussetzungen betreffen. Unter den insgesamt sechs Annahmeveraussetzungen fiel meine Wahl auf die MNU-Eigenschaft des Beschwerdegegners und die Voraussetzung eines „Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze“. Die erstgenannte Annahmeveraussetzung betrifft den persönlichen Anwendungsbereich der Leitsätze, da ein Verfahren nur gegen ein MNU betrieben werden kann. Die zweitgenannte Annahmeveraussetzung ist sehr praxisrelevant, äußerst deutungsoffen und verlangt unter anderem ein Bekenntnis der NKSen zu den Zielen ihres Verfahrens.

Kapitel 2

Regelungstechnik und Konstruktion der Leitsätze sind ungewöhnlich und komplex. Die Komplexität entsteht in erster Linie dadurch, dass zahlreiche Instrumente unterschiedlicher Natur und Hierarchiestufen miteinander verwoben sind. Grundlegend für das Verständnis der Leitsätze ist, dass sie kein eigenständiges Instrument sind, sondern in ein Universum aus verschiedenen Instrumenten eingebettet sind (Universum der Leitsätze). Sie sind Teil der Erklärung zu internationalen Investitionen und multinationalen Unternehmen (MNU-Erklärung). Die MNU-Erklärung regelt den Bereich internationaler Investitionen inhaltlich ausgewogen und umfassend und enthält beispielsweise auch Bestimmungen zur Inländerbehandlung. Die MNU-Erklärung und die Leitsätze werden von einer Vielzahl prozessualer und materieller Instrumente flankiert. In prozessualer Hinsicht werden die Leitsätze vor allem durch die Entscheidung des OECD-Rates zu den Leitsätzen (RatsE-Leitsätze) ergänzt, die die Teilnehmerstaaten unter anderem zur Einrichtung der NKSen verpflichtet. Der RatsE-Leitsätze als Anhang beigegeben sind die sog. Verfahrensregelungen. In materieller Hinsicht werden die Bestimmungen der Leitsätze zu unternehmerischen Sorgfaltspflichten durch Leitfäden ergänzt. Weiterführende prozessuale und materielle Hinweise enthalten die offiziellen Kommentierungen.

Bei Anwendung und Auslegung der Leitsätze sind mehrere Punkte zu bedenken. So ist *erstens* im Rahmen einer systematischen Auslegung der investitionspolitische Kontext der Leitsätze zu beachten, der insbesondere auf ihre Einbettung in die MNU-Erklärung zurückzuführen ist. Die Leitsätze knüpfen traditionell an das Vorliegen einer Investition mit internationaler Dimension an. Die Auslegungsrelevanz dieses investitionspolitischen Kontexts hat jedoch stark nachgelassen. *Zweitens* sind im Rahmen einer teleologischen Auslegung die Ziele der Leitsätze zu beachten, wie sie in ihrer Einführung (*preface*) zum Ausdruck kommen. Beispielsweise haben die Leitsätze den Anspruch, universelle Werte zu verkörpern und wollen zu gleichen Wettbewerbsbedingungen zwischen Unternehmen beitragen. Sie treten dabei einem Unterbietungswettbewerb um möglichst niedrige Standards entgegen. *Drittens* sind die Leitsätze autonom vom innerstaatlichen Recht auszulegen und anzuwenden. Weder können Begrifflichkeiten des innerstaatlichen Rechts zur Auslegung der Leitsätze herangezogen werden, noch garantiert die Befolgung innerstaatlichen Rechts die Beachtung der Leitsätze (vgl. Leitsatz (im Folgenden abgekürzt als: Ls.) I-2 Leitsätze 2023).

Kapitel 3

Die Umsetzung der Leitsätze erfolgt auf zwei Ebenen. Auf Ebene der OECD zeichnen der Rat der OECD als oberstes Beschlussorgan der OECD und insbesondere der Investitionsausschuss als Nebenorgan des Rates verantwortlich. Der Investitionsausschuss ist insbesondere für Klarstellungen, also die autoritative Auslegung der Leitsätze (siehe: Kapitel 7), zuständig und überwacht die Arbeit der NKSen.⁶ Im Investitionsausschuss sind die über 50 Teilnehmerstaaten der Leitsätze mit Sitz und Stimme vertreten. Zwar sind nicht alle Teilnehmerstaaten der Leitsätze zugleich Mitgliedsstaaten der OECD, doch werden beide Gruppen in Bezug auf die Arbeit an den Leitsätzen weitestgehend gleichgestellt. Wie alle Organe der OECD entscheidet der Investitionsausschuss im Konsens.⁷ Zu den zentralen Akteuren der Leitsätze zählen außerdem die sog. institutionellen Interessenträger; es handelt sich um drei von der OECD offiziell anerkannte Vereinigungen, die gewerkschaftliche, unternehmerische bzw. zivilgesellschaftliche Interessen vertreten und von der OECD in die Ausarbeitung und Umsetzung der Leitsätze privilegiert eingebunden werden.

Auf Ebene der Teilnehmerstaaten sorgen die NKSen für die Umsetzung der Leitsätze. Die Einrichtung einer NKS ist eine völkerrechtliche Pflicht der Teilnehmerstaaten.⁸ NKSen sind insbesondere für die schon angerissenen „Verfahren in einer spezifischen Angelegenheit“ verantwortlich (Art. I-1 S. 2 lit. b) RatsE-Leitsätze 2023). Diese Verfahren bieten Betroffenen eine niedrigschwellige und kostengünstige Möglichkeit, Beschwerde gegen ein MNU zu erheben. Die Teilnehmerstaaten genießen bei der Einrichtung ihrer NKSen Flexibilität.⁹ Die einschlägigen Regelungen beschränken sich auf eine Mindestharmonisierung und machen den Teilnehmerstaaten unter der Überschrift „funktionaler Gleichwertigkeit“¹⁰ lediglich Zielvorgaben. Zu diesen Zielvorgaben zählen die sog. grundlegenden Effektivitätskriterien.¹¹

Die Aufsicht der OECD über die NKSen ist insgesamt als schwach einzustufen. Erwähnenswert ist ein verpflichtendes *peer review*-Verfahren.¹² Zu den Aufsichtsmitteln des Investitionsausschusses zählen neben Beratungs- und Unterstützungsangeboten in erster Linie das Klarstellungs- und das Rügeverfahren. In diesen Verfahren prüft er, ob NKSen die Leitsätze korrekt ausgelegt (Klarstellungsverfahren) bzw. den verfahrensbezogenen Vorgaben der OECD entsprochen haben (Rügeverfahren).

Teil B. Erhärtung

Kapitel 4

Für die Frage der Erhärtung der Leitsätze bilden weiches Recht und hartes Recht entscheidende Bezugspunkte, weil sie als Ausgangs- bzw. Endpunkt des Entwicklungspfads der Leitsätze dienen. Abstrakt gesprochen geht es bei einer „Erhärtung“ um rechtliche und tatsächliche Konstellationen, in denen sich Normen, denen bestimmte Eigenschaften fehlen, an Normen annähern, die solche Eigenschaften besitzen. Herkömmlich herangezogene Eigenschaften betreffen die Form (das *instrumentum*) und den Inhalt (das *negotium*) einer Norm. Eine Norm hat eine weiche Form, wenn sie nicht rechtsverbindlich ist; ihre Form ist hart, wenn sie rechtsverbindlich ist. Ob ihr Inhalt weich oder hart ist, hängt von den in ihr enthaltenen Verpflichtungen ab. Aufweichungen des Inhalts entstehen beispielsweise durch deutungsoffene

⁶ Art. II-2 lit. a) bis d) Verfahrensregelungen 2023.

⁷ Art. 6 Abs. 1 OECD-Ü („Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development“ (Übereinkommen über die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, OECD-Ü), Unterzeichnung: 14. Dezember 1960, Inkrafttreten: 30. September 1961. UNTS 888, 179).

⁸ Art. I-1 S. 1 RatsE-Leitsätze 2023.

⁹ Art. I-A-Chapeau S. 1 Verfahrensregelungen 2023.

¹⁰ „Functional equivalence“ (Art. I-A-Chapeau S. 1 Verfahrensregelungen 2023).

¹¹ Art. I-Chapeau S. 2 Nr. 1 bis 7 Verfahrensregelungen 2023.

¹² Art. I-5 RatsE-Leitsätze 2023.

und vage Bestimmungen, die es in das Ermessen des Verpflichteten legen, den Inhalt seiner Verpflichtung festzulegen, oder durch Fluchtklauseln, die es dem Verpflichteten erlauben, unter bestimmten Umständen eine Verpflichtung zu missachten. Außerdem gibt es Normen, die keinerlei Pflicht stipulieren, sondern lediglich ein Narrativ spinnen oder gemeinsame konzeptionelle Grundlagen der Vertragsparteien ausbuchstabieren.

Diese Gegenüberstellung steht in enger Verwandtschaft zur völkerrechtlichen Diskussion über den Begriff und die Eigenschaften des Rechts. Je nach zugrunde gelegtem Rechtsbegriff können bestimmte harte Eigenschaften als lediglich prototypisch empfunden oder als konstitutiv für einen Rechtscharakter vorausgesetzt werden. Auf der einen Seite steht die klassische, binäre Auffassung, die die Rechtsverbindlichkeit einer Norm für ein konstitutives Merkmal ihrer Rechtsqualität hält. Dieser binären Auffassung gegenüber stehen spektrale Beschreibungen des Rechts, die verschiedene Zwischenstufen („Grauschattierungen“) zwischen Recht und Nicht-Recht oder innerhalb des Rechts anerkennen. Während die binären Ansätze auf die vereinfachende Strenge ihrer Sichtweise („*simplifying rigor*“¹³) verweisen, die ein juristisches Arbeiten in einer komplexen Welt erst ermögliche, betonen die Vertreter spektraler Ansätze die Wirklichkeitsnähe ihres Ansatzes. Sie können unter anderem darauf verweisen, dass unverbindliche Normen nicht nur eine ähnliche Steuerungswirkung wie verbindliche Normen entfalten können, sondern auch rechtliche Wirkungen haben. Solche rechtlichen Wirkungen zeigen sich beispielsweise, wenn unverbindliche Normen Treuepflichten konturieren, zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe herangezogen werden oder in verbindlichen Normen rezipiert werden. Dem ist entgegenzuhalten, dass solche rechtlichen Wirkungen von verbindlichen Normen zugelassen oder provoziert werden müssen. Unverbindliche Normen entfalten diese Wirkungen nicht aus sich heraus (autonom); es sind heteronome Wirkungen.

Meines Erachtens kann weder dem einen noch dem anderen Ansatz generell der Vorzug gegeben werden; beide Ansätze sind zweckabhängig und verfolgen verschiedene Anliegen. Für die rechtsanwendungsorientierten Zwecke dieser Arbeit sind die deskriptiven und subsumtionsfeindlichen spektralen Beschreibungen nicht sinnvoll; sie führen zu uneindeutigen Ergebnissen und rufen Unsicherheit bei Normgebern und -anwendern hervor. Diese Arbeit folgt deshalb einem binären Verständnis von Recht und Nicht-Recht, das die Rechtsverbindlichkeit zum Unterscheidungsmerkmal erhebt. Unverbindliche Normen sind nicht Teil des Rechts. Der Begriff des „weichen *Rechts*“ ist folglich zugunsten des Begriffs „unverbindliches Instrument“ zu vermeiden. „Rechtliche Wirkungen“ unverbindlicher Normen fasse ich als „Interaktionen“ mit der Rechtsordnung auf. Gleichwohl weisen spektrale Auffassungen zu Recht darauf hin, dass sich gerade im Völkerrecht verbindliche und unverbindliche Normen in ihren realweltlichen Auswirkungen nicht kategorisch unterscheiden. Sie rücken, ebenfalls zu Recht, einen Vergleichsmaßstab zwischen weichen und harten Normen in den Vordergrund. In dieser Arbeit folge ich daher eine Auffassung, die die hier vertretene binäre Auffassung von Recht mit den Vorteilen spektraler Beschreibungen verbindet: Sie löst sich dazu von der Idee, dass spektrale Ansätze zwingend das „Recht“ beschreiben. Stattdessen ist davon auszugehen, dass sie weiche und harte „Normen“ gegenüberstellen (ungeachtet dessen, ob es sich um rechtliche oder außerrechtliche Normen handelt). Die Rechtsverbindlichkeit einer Norm ist nur eine von mehreren Dimensionen, um zu bestimmen, wie hart oder weich eine Norm ist.

Kapitel 5

Konkret habe ich Erhärtungserscheinungen der Leitsätze in den eingangs genannten drei Dimensionen untersucht:

¹³ Weil, Prosper. „Towards Relative Normativity in International Law?“. *American Journal of International Law* 77 (1983), 413–442. <https://doi.org/10.2307/2201073>; Seite 441.

Erhärtung durch Nachverfolgung: Nachverfolgungsmechanismen leisten einen Beitrag zur Erhärtung eines unverbindlichen Instruments, wenn sie ihm zu praktischer Wirksamkeit und realweltlichen Auswirkungen verhelfen. Als Einzelaspekte dieser Dimension habe ich die Ziele und die Natur der Verfahren vor den NKSen und dem Investitionsausschuss untersucht: Werden mit den Verfahren vor den NKSen und dem Investitionsausschuss weitreichende oder unambitionierte realweltliche Auswirkungen angestrebt (Verfahrensziele; siehe: Kapitel 8)? Wo sind die Verfahren vor den NKSen und dem Investitionsausschuss auf einem Spektrum bekannter Nachverfolgungsmechanismen einzuordnen (Verfahrensnatur; siehe: Kapitel 9)?

Erhärtung durch Teilhabe an der Rechtsordnung: Die Instrumente aus dem Universum der Leitsätze können entweder unmittelbar oder mittelbar an der Rechtsordnung teilhaben. Sie haben unmittelbar an der Rechtsordnung teil, wenn sie der Rechtsordnung angehören (Zuordnung zur Rechtsordnung; siehe: Kapitel 10): Welche der Instrumente aus dem Universum der Leitsätze sind rechtsverbindlich? Eine mittelbare Teilhabe an der Rechtsordnung liegt vor, wenn ein Instrument mit der Rechtsordnung interagiert (Interaktionen mit der Rechtsordnung; siehe: Kapitel 11).

Erhärtung durch Präzisierung: Diese Dimension betrifft die Größe eines verbliebenen Auslegungsspielraums und verbliebener Unklarheiten in Bezug auf die Leitsätze. Unpräzise Normen bieten den Normadressaten Raum für eigennützige Auslegungen und haben eine geringe Steuerungswirkung. Konkret untersucht habe ich, ob das Fallmaterial von NKSen und Investitionsausschuss zur Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis geführt hat. Eine kohärente Entscheidungspraxis präzisiert den Inhalt der Leitsätze, weil sie argumentative Hürden schafft; jede andere als die in einer kohärenten Entscheidungspraxis niedergelegte Auslegung der Leitsätze würde nicht mehr durchdringen können. Ich habe schon dargelegt, dass ich die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis an den Beispielen der Annahmeveraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze (siehe: Kapitel 13) und der MNU-Definition der Leitsätze (siehe: Kapitel 15) untersucht habe.

Aus rechtspraktischen Gründen handelt es sich um formal-juristische und keine soziologischen Dimensionen. Diese Dimensionen sind außerdem anschlussfähig, weil sie Parametern ähneln, die im Völkerrecht allgemein zur Gegenüberstellung harter und weicher Normen herangezogen werden.¹⁴ Gleichwohl handelt es sich um Leitsätze-spezifische Dimensionen, die den eingangs beschriebenen Ansatz der OECD mit seinen drei Ausprägungen (freiwillig, pragmatisch, evolutiv) nachzeichnen können: Die ersten beiden Dimensionen (Nachverfolgung, Teilhabe an der Rechtsordnung) betrachten die Evolution des auf Freiwilligkeit beruhenden Ansatzes; die Dimension der Präzisierung betrachtet die Evolution des pragmatischen Ansatzes. Zudem sind diese Dimensionen anwendungsorientiert, weil sie durch die Arbeit der NKSen und des Investitionsausschusses verändert oder elaboriert werden können.

Teil C. Erhärtung durch Nachverfolgung

Die Nachverfolgung der Leitsätze wird durch ihre Umsetzungsverfahren gewährleistet, die aus den Verfahren vor den NKSen (Kapitel 6) und denjenigen vor dem Investitionsausschuss (Kapitel 7) bestehen. Meine Analyse der Erhärtung durch Nachverfolgung hat die Ziele dieser Umsetzungsverfahren (Kapitel 8) betrachtet und sie mit herkömmlichen Nachverfolgungsmechanismen verglichen (Kapitel 9).

¹⁴ Sehr bekannt ist das Modell von Abbott et al.: Abbott, Kenneth W., Robert O. Keohane, Andrew Moravcsik, Anne-Marie Slaughter und Duncan Snidal. „The Concept of Legalization“. *International Organization* 54 (2000), 401–419. <https://doi.org/10.1162/002081800551271>.

Kapitel 6

Die wichtigste Verfahrensart vor NKSen sind die „Verfahren in einer spezifischen Angelegenheit“ (spA-Verfahren, Art. I-1 S. 2 lit. b) RatsE-Leitsätze 2023). Das spA-Verfahren kennt bis zu vier Etappen. Die erste Evaluierung und die vertiefte Prüfung sind die wichtigsten beiden Etappen.

In der ersten Evaluierung (*initial assessment*, Art. I-C-2 Verfahrensregelungen 2023) prüft die NKS, ob die Voraussetzungen für die Annahme einer Beschwerde vorliegen;¹⁵ diese Annahmenvoraussetzungen entsprechen funktional Zulässigkeitsvoraussetzungen. Sie sind wohlwollend zu prüfen¹⁶ und stellen keine hohen Hürden auf. Insbesondere muss der Beschwerdeführer keine Beschwer in eigenen, subjektiven Rechten vortragen; ein berechtigtes Interesse genügt. Als Beschwerdegegner kommen nur MNUen in Betracht; damit scheiden insbesondere nationale Unternehmen aus. Ferner muss die Beschwerde substantiiert werden; hierbei gilt der Maßstab einer Plausibilisierung.

Die vertiefte Prüfung bildet die Hauptetappe des spA-Verfahrens (*further examination*, Art. I-C-3 f. Verfahrensregelungen 2023). Die Vorgaben für diese Verfahrensetappe sind so unbestimmt, dass große Unterschiede zwischen den NKSen bestehen. Die vertiefte Prüfung besteht demnach entweder aus einer Phase oder aus zwei Phasen. In einer ersten Phase wird die NKS den Parteien Vermittlungsdienste anbieten. Diese einvernehmliche und nicht-kontradiktorische Phase ist zwingend. Kommt keine Einigung zustande, nehmen manche NKSen in einer optionalen zweiten Phase eine formale Untersuchung des Falles vor; andere NKSen beschränken sich darauf, sich lediglich informell eine Position zum Inhalt der Beschwerde zu erarbeiten. Wiederum andere NKSen kennen keine zweite Phase. Mögliche Verfahrensergebnisse sind eine Einigung der Parteien, eine an die Parteien gerichtete Empfehlung der NKS, eine Feststellung, ob das Verhalten des Beschwerdegegners den Leitsätzen entspricht oder nicht, und ein rein deskriptiver Bericht der NKS.¹⁷ Eine Feststellung steht vollständig im Ermessen einer NKS und muss von ihrem Mandat vorgesehen sein.¹⁸

Kapitel 7

Der Investitionsausschuss kennt insgesamt vier Verfahrensarten. Die wichtigsten beiden sind das Klarstellungsverfahren¹⁹ und das (von mir als solches bezeichnete) Rügeverfahren²⁰. Seit 1976 wurde das Klarstellungsverfahren etwa drei Dutzend Mal betrieben; das erst im Jahr 2000 eingeführte Rügeverfahren wurde bislang drei Mal betrieben.

Mit dem Klarstellungsverfahren stellt der Investitionsausschuss sicher, dass die Leitsätze von den NKSen kohärent ausgelegt werden.²¹ Meines Erachtens sind Klarstellungen als autoritative Auslegungen der Leitsätze für die Teilnehmerstaaten verbindlich (siehe: Kapitel 10). Der Ausschuss genießt ein Klarstellungsmonopol; sofern NKSen die Leitsätze auslegen, kommt diesen Auslegungen nicht der Charakter einer Klarstellung zu. Der Ausschuss fungiert im Klarstellungsverfahren nicht als Streitbeilegungsinstanz; das Klarstellungsverfahren zielt auf die Auslegung der Leitsätze *in abstracto*. Eine Klarstellung ist allgemeiner Natur und zeigt auf, wie die Leitsätze in künftigen Fällen anzuwenden sind. Der Antrag auf Erlass einer Klarstellung kann von einem der institutionellen Interessenträger oder einem Teilnehmerstaat ausgehen. Die

¹⁵ Diese Voraussetzungen sind nur in den Kommentierungen der Umsetzungsverfahren 2023, Rn. 33 aufgelistet. Diese Kommentierungen sind Teil der in Fußnote 1 genannten Textausgabe der Leitsätze.

¹⁶ Das folgt aus dem Effektivitätskriterium der Zugänglichkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 2 Verfahrensregelungen 2023).

¹⁷ Vgl. Art. I-C-4 lit. b) und c) Verfahrensregelungen 2023.

¹⁸ Art. I-C-4 lit. c) am Ende Verfahrensregelungen 2023.

¹⁹ Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023.

²⁰ Art. II-2 lit. b) Verfahrensregelungen 2023.

²¹ Kommentierungen der Umsetzungsverfahren 2023, Rn. 59.

Parteien eines Verfahrens vor einer NKS, das Anlass zu einer Klarstellung gegeben haben mag, können nicht selbst eine Klarstellung beantragen. Das Klarstellungsverfahren ist als politisches Verfahren einzuschätzen, da der Ausschuss nur im Konsens entscheidet. Jeder Teilnehmerstaat genießt daher ein faktisches Vetorecht gegen eine ihm unliebsame Klarstellung. Früher schlug sich der politische Charakter des Verfahrens auch im Text einer Klarstellung nieder, der entsprechend vage und ausweichend formuliert war. Heutzutage zeichnen sich Klarstellungen meines Erachtens durch größere Präzision und juristisch-methodisch belastbare Ergebnisse aus.

Das Rügeverfahren zählt zu den schärfsten Aufsichtsmaßnahmen des Investitionsausschusses gegenüber den NKSen. Eine NKS muss sich in diesem Verfahren gegenüber dem Vorwurf konkreten Fehlverhaltens verteidigen. Wie das Klarstellungsverfahren zielt das Rügeverfahren ebenfalls nicht auf die Überprüfung unternehmerischen (Fehl-)Verhaltens; anders als das Klarstellungsverfahren ist das Rügeverfahren jedoch nicht abstrakt und allgemein, sondern kontradiktorisch und betrifft ein konkretes Fehlverhalten einer NKS. Der Kreis der Antragsteller entspricht demjenigen des Klarstellungsverfahrens. Das vorgeworfene Fehlverhalten muss prozessualer Natur sein. So könnte der Vorwurf verhandelt werden, dass die NKS parteiisch oder intransparent agierte.²² Der Investitionsausschuss wird feststellen, ob die NKS die prozessualen Vorgaben eingehalten hat oder nicht. Der Investitionsausschuss entscheidet auch hier im Konsens, sodass der Teilnehmerstaat, dessen NKS ein Fehlverhalten vorgeworfen wird, ein Vetorecht genießt. Seit dem Jahr 2023 kennen die einschlägigen Regelungen jedoch eine Bestimmung, die missbräuchlichem Verhalten vorbeugen soll (Art. II-2 lit. b) S. 3 Verfahrensregelungen 2023).

Kapitel 8

Für den ersten der beiden Einzelaspekte, den ich in der Dimension der Erhärtung durch Nachverfolgung untersucht habe, habe ich das Ambitionsniveau der Verfahren vor den NKSen und dem Investitionsausschuss betrachtet.

Die Verfahren vor NKSen verfolgen drei inhaltliche Ziele. Primäres Verfahrensziel ist der prospektive Problemlösungsbeitrag. Ein Verfahren trägt folglich bereits dann zur Effektivität bei, wenn es hilft, potenzielle negative Auswirkungen auf die von den Leitsätzen geschützten Belange (wie etwa Menschenrechte) zu vermeiden oder zu beenden. Ein retrospektiver Problemlösungsbeitrag ist demgegenüber nur untergeordnetes Verfahrensziel und hängt vom Mandatsverständnis der jeweils angerufenen NKS ab. Er betrifft wiedergutmachende oder sanktionierende Abhilfe für bereits eingetretene negative Auswirkungen. Die exemplarische Erörterung einer abstrakt-generellen Frage als drittes Verfahrensziel wird nur von wenigen NKSen explizit erwähnt. Sie zielt auf die Fortentwicklung und Konkretisierung der Leitsätze durch die Gewinnung anwendungs- und fallbezogener Erkenntnisse. Diese drei inhaltlichen Ziele werden ergänzt durch prozessuale Ziele, die sich nicht mit dem Ausgang des Verfahrens, sondern der Art und Weise des Verfahrens befassen (etwa: das Verfahren soll zugänglich und transparent sein); sie ergeben sich aus den grundlegenden Effektivitätskriterien.

Welche Effektivitätsziele der Investitionsausschuss verfolgt, lässt sich nur schwer feststellen. Meines Erachtens wird man die Effektivitätsziele des Investitionsausschusses, sofern er als Aufsichtsinstanz gegenüber den NKSen fungiert und deren Leistung verbessern will, akzessorisch zu den Effektivitätszielen der NKSen bestimmen können.

Betrachtet man das Ambitionsniveau dieser Ziele, zeigt sich, dass die Umsetzungsverfahren keine weitreichenden realweltlichen Auswirkungen anstreben. Sie sind eher unambitioniert, insbesondere weil die Gewährung von Abhilfe und die Sanktionierung von Fehlverhalten nicht im Vordergrund stehen. Im Vordergrund steht die Lösung des in der Beschwerde aufgeworfenen Problems für die Zukunft, ohne dass der Beschwerdeführer hiervon profitieren müsste.

²² Vgl. Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 3 und 5 Var. 1 Verfahrensregelungen 2023.

Gleichwohl sind die Verfahrensziele nicht vollständig unambitioniert, weil auch sie Verbesserungen in der echten Welt anstreben; ein noch weniger ambitioniertes Ziel hätte beispielsweise darin bestanden, lediglich einen Bericht über einen bestimmten Vorfall abzufassen, der sich jeglicher Bewertung der Vorkommnisse enthält.

Kapitel 9

Der zweite Einzelaspekt, den ich für die Erhärtungsdimension der Nachverfolgung untersucht habe, bezog sich auf einen Vergleich mit anderen Arten von Nachverfolgungsmechanismen. Dieser Vergleich basiert auf der Untersuchung bestimmter Erhärtungsindikatoren.²³ Eine bestimmte Art von Nachverfolgungsmechanismus basiert auf einer feststehenden Kombination dieser Erhärtungsindikatoren.

In Bezug auf spA-Verfahren ist Folgendes festzuhalten: Sofern man spA-Verfahren nicht als Verfahren *sui generis* einstufen möchte, bietet sich meines Erachtens ein Vergleich mit obligatorischen Schlichtungsverfahren (*compulsory conciliation*) an. Beide Verfahrensarten verbinden mediative und juristische Elemente miteinander. In Bezug auf den Indikator der autonomen Gestaltung des Verfahrens durch den Mechanismus zu Lasten der Verfahrensherrschaft der Parteien zeigen sich viele Gemeinsamkeiten. Beide Verfahren verlangen grundsätzlich nach einer Untersuchung des Sachverhalts, die gleichwohl nur dienende Funktion hat: Was der Annäherung der Parteien nicht nützt, braucht nicht ermittelt zu werden. Beide Verfahren verlangen von den Parteien, redlich und pragmatisch auf eine Lösung hinzuarbeiten. Die Tatsache, dass die Weigerung des Beschwerdegegners, am Verfahren teilzunehmen, das spA-Verfahren nicht verhindert, lässt von einem Teilnahmezwang sprechen. Ein solcher Teilnahmezwang besteht ebenfalls bei *obligatorischen* Schlichtungsverfahren (*compulsory conciliation*). Es gibt jedoch auch Unterschiede: Obwohl beide Verfahrensarten Raum für Vertraulichkeit lassen, dürfte ein spA-Verfahren durchschnittlich transparenter als ein Schlichtungsverfahren sein. Zudem haben die Parteien eines spA-Verfahrens weniger Einfluss auf die personelle Zusammensetzung des Spruchkörpers oder die anwendbaren Verfahrensregelungen. In Bezug auf den Indikator der verfahrensergebnisbezogenen Durchsetzungsbefugnisse zeigen sich erneut Gemeinsamkeiten, da der Ausgang beider Verfahrensarten unverbindlich ist. Der wichtigste Unterschied zwischen spA- und Schlichtungsverfahren zeigt sich beim Indikator der Regelbasiertheit der Entscheidungsfindung. Ein Schlichtungsverfahren steht zwar an der Schwelle zu gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Verfahren, ist im Kern aber ein diplomatisches Verfahren; die Rolle, die eine Schlichtungskommission dem Völkerrecht beimisst, ist einzelfallabhängig und lässt sich schwer allgemein fassen. Die Entscheidungsfindung im Rahmen eines durchschnittlichen spA-Verfahrens wird demgegenüber stärker regelbasiert sein. Die Aufgabe der NKSen besteht weder darin, den Parteien auf Billigkeit beruhende Einigungsvorschläge zu unterbreiten, noch darin, in ihren Einigungsvorschlägen die Leitsätze lediglich zu würdigen. Ihre Aussprüche müssen Leitsätzekompatibel sein.²⁴

Wegen ihrer Vergleichbarkeit mit Schlichtungsverfahren sind spA-Verfahren, wenn man sie auf dem Spektrum völkerrechtlicher Nachverfolgungsmechanismen, das von Verhandlungen bis zu Gerichtsverfahren reicht, einordnen will, eindeutig in der Hälfte der härteren Nachverfolgungsmechanismen einzustufen.

²³ Es handelt sich um die folgenden Indikatoren: (i) Zugänglichkeit des Mechanismus; (ii) autonome Gestaltung des Verfahrens durch den Mechanismus zu Lasten der Herrschaft der Parteien über das Verfahren; (iii) Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Expertise des Mechanismus; (iv) verfahrensergebnisbezogene Durchsetzungsbefugnisse; (v) Regelbasiertheit der Entscheidungsfindung.

²⁴ Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7 Verfahrensregelungen 2023.

Teil D. Erhärtung durch Teilhabe an der Rechtsordnung

In der Dimension der Erhärtung durch Teilhabe an der Rechtsordnung habe ich untersucht, ob die Instrumente aus dem Universum der Leitsätze selbst Teil der Rechtsordnung sind (Kapitel 10) oder mit ihr interagieren (Kapitel 11).

Kapitel 10

Für die Frage der Zuordnung zur Rechtsordnung ist in Erinnerung zu rufen, dass die Leitsätze in ein komplexes Regelungsgeflecht mehrerer Instrumente eingebunden sind (siehe: Kapitel 2). Es war also nicht nur die Rechtsqualität der Leitsätze selbst, sondern die Rechtsqualität aller Instrumente aus dem Universum der Leitsätze zu prüfen. Prüfstein für die Zuordnung zur Rechtsordnung ist nach dem von mir zugrunde gelegten Rechtsbegriff die Rechtsverbindlichkeit eines Instruments (siehe: Kapitel 4). Hierfür ist auf den Rechtsbindungswillen seiner Autoren abzustellen. Dieser Rechtsbindungswille ist auf Basis objektiver Indizien zu bestimmen.

Im Grundsatz ist festzuhalten, dass die Instrumente aus dem Universum der Leitsätze nicht Teil der Rechtsordnung sind. Insbesondere die Leitsätze selbst sind nicht Teil der Rechtsordnung; sie spiegeln auch kein Völkergewohnheitsrecht wider. Bei manchen Instrumenten ist die Zuordnung zur Rechtsordnung jedoch unter Umständen zu bejahen. Verbindlich und damit Teil der Völkerrechtsordnung ist die RatsE-Leitsätze, die als Entscheidung des OECD-Rates verabschiedet wurde.²⁵ Die Verfahrensregelungen sind meines Erachtens insbesondere wegen ihres Art. III demgegenüber nicht rechtsverbindlich, obwohl sie ein Anhang der RatsE-Leitsätze sind. Klarstellungen des Investitionsausschusses hingegen haben den Charakter einer autoritativen Auslegung der Leitsätze und sind für die Teilnehmerstaaten völkerrechtsverbindlich. Sie binden allerdings nicht MNUen als die Adressaten der Leitsätze. Die Aussprüche einer NKS entbehren grundsätzlich einer Bindungswirkung. Anders liegt es möglicherweise in Bezug auf die Entscheidung über die Annahme oder Ablehnung einer Beschwerde: Diese Entscheidung, die am Ende der ersten Evaluierung steht, könnte verbindlich sein. Ob dies der Fall ist, richtet sich allerdings nach dem innerstaatlichen (Verwaltungs-)Recht und nicht dem Völkerrecht.

Da daher nur wenige der Instrumente aus dem Universum der Leitsätze Teil der Rechtsordnung sind, sind hier insgesamt nur schwache Erhärtungserscheinungen festzustellen.

Kapitel 11

Instrumente, die nicht Teil der Rechtsordnung sind, können mit der Rechtsordnung interagieren. Je intensiver und häufiger ein solches Instrument mit der Rechtsordnung interagiert, desto härter ist es.

Die Instrumente aus dem Universum der Leitsätze interagieren in vielfältiger Weise mit der Rechtsordnung. Zu vernachlässigen sind Erhärtungserscheinungen, die durch die Interaktion mit dem allgemeinen Völkerrecht (wie beispielsweise auf Basis von Treu und Glauben) entstehen. Zwar nicht zu vernachlässigen, aber begrenzt ist die Auslegungsrelevanz der Leitsätze und anderer unverbindlicher Instrumente aus dem Universum der Leitsätze. Sie ist dort am größten, wo ein völkerrechtlicher Vertrag auf die Leitsätze verweist oder sich ein innerstaatliches Gesetz inhaltlich an den Leitsätzen orientiert. Letzteres ist insbesondere im Lieferkettenrecht oder im Recht der Nachhaltigkeitsberichterstattung der Fall.

Demgegenüber bemerkenswert ist die Erhärtung der Leitsätze durch ihre Rezeption in verbindlichen Instrumenten. Während sich im Investitionsschutzrecht nach wie vor nur schwache Formen der Rezeption zeigen, hat die Rezeption der Leitsätze im EU-Recht in den

²⁵ Art. 5 lit. a) OECD-Ü. Für eine Fundstelle des OECD-Ü siehe bereits Fußnote 7.

vergangenen Jahren eine beachtliche Dynamik entwickelt. Insofern lassen sich im EU-Recht – in Abhängigkeit der rezipierenden Regelungsmaterie – quantitativ (wenn auch nicht qualitativ) oder qualitativ (wenn auch nicht quantitativ) signifikante Erhärtungserscheinungen feststellen. Zwei Beispiele sind besonders erwähnenswert: Die Taxonomie-VO²⁶ etabliert ein Klassifizierungssystem, auf Grund dessen Wirtschaftstätigkeiten als ökologisch nachhaltig oder nicht eingestuft werden können. Verstößt ein Unternehmen gegen die Leitsätze, sind seine Wirtschaftstätigkeiten nicht mehr taxonomiekonform (Art. 18 Abs. 1 besagter Verordnung); in diesem Zusammenhang sind auch Aussprüche von NKSen zu beachten. Die Konflikt-mineralien-VO²⁷ orientiert sich so eng an einem Sorgfaltspflichtleitfaden aus dem Universum der Leitsätze und verweist so oft auf ihn, dass kaum noch Unterschiede zu einem Szenario bestehen, in dem besagter Leitfaden selbst verbindlich wäre. Sie richtet sich allerdings nur an wenige Importeure bestimmter Mineralien.

Insbesondere wegen dieser Interaktionen mit dem EU-Recht sind in Bezug auf die Interaktion der Leitsätze mit der Rechtsordnung signifikante Erhärtungserscheinungen festzustellen.

Teil E. Erhärtung durch Präzisierung

Im Rahmen der letzten Erhärtungsdimension habe ich untersucht, ob das Fallmaterial der NKSen und des Investitionsausschusses zu einer inhaltlichen Präzisierung der Leitsätze geführt hat. Die Leitsätze werden inhaltlich präzisiert, wenn eine kohärente Entscheidungspraxis entstanden ist, die die Erwartung nährt, dass künftige Fälle im Sinne vergleichbarer früherer Fälle entschieden werden. Wegen der Besonderheiten der spA-Verfahren habe ich einen tendenziell strengen Maßstab an die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis durch die Aussprüche der NKSen angelegt.²⁸ Ein anderer Maßstab gilt für den Investitionsausschuss: Da seine Klarstellungen als autoritative Auslegungen der Leitsätze verbindlich sind (siehe: Kapitel 10), besteht eine formale Präjudizienbindung; bereits eine Klarstellung genügt deshalb für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis. Ist keine kohärente Entscheidungspraxis entstanden, können die Aussprüche von NKSen und Investitionsausschuss immerhin einen geringen Beitrag zur Präzisierung leisten. Das ist der Fall, wenn sich Aussprüche zu einzelnen Themen (wie einem Rechtsproblem) ballen und so die Aufmerksamkeit auf bestimmte Problempunkte, Fallgestaltungen und Argumente lenken (thematische Ballungen). Die Adressaten der Leitsätze können dann zwar nicht erwarten, dass ein künftiger Fall wie ein früherer Fall entschieden wird, können sich aber auf entsprechende Unsicherheiten einrichten.

Vor der Untersuchung, ob zur Annahmenvoraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze (Kapitel 13) und zur Definition eines MNUs (Kapitel 15) eine kohärente Entscheidungspraxis entstanden ist, war die Frage zu klären, ob die Umsetzungsverfahren hierzu überhaupt fähig sind (Kapitel 12). Die Untersuchung des Fallmaterials zur MNU-Definition verlangte außerdem, vorab einige Grundkoordinaten zum Begriff und Phänomen des MNUs zu klären (Kapitel 14).

²⁶ Verordnung (EU) 2020/852 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088 (*Taxonomie-VO*), 18. Juni 2020. ABl. L 198 (22. Juni 2020), 13–43. Verfügbar unter: <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/852/oj>.

²⁷ Verordnung (EU) 2017/821 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten (*Konfliktmineralien-VO*), 17. Mai 2017, zuletzt geändert: 19. November 2020. ABl. L 130 (19. Mai 2017), 1–20. Verfügbar unter: <http://data.europa.eu/eli/reg/2017/821/oj>.

²⁸ Erst eine (i) nicht geringe Anzahl, (ii) kohärenter, (iii) sich gegenseitig rezipierender NKS-Aussprüche einer (iv) möglichst repräsentativen Auswahl der NKSen rechtfertigt die Erwartung, dass NKSen in Zukunft vergleichbare Fälle vergleichbar entscheiden werden. Die letzte Voraussetzung (Repräsentativität) ist keine zwingende Voraussetzung, sondern ein qualifizierender Faktor.

Kapitel 12

Es kann nicht als gegeben vorausgesetzt werden, dass die Umsetzungsverfahren der Leitsätze überhaupt die Fähigkeit besitzen, eine kohärente Entscheidungspraxis entstehen zu lassen. Diese Fähigkeit setzt voraus, dass bestimmte Voraussetzungen in Bezug auf die Zugänglichkeit einer Entscheidung, ihren Inhalt und ihre Rezeption zu bejahen sind.

Zugänglichkeit: Die Veröffentlichung einer Entscheidung ist eine unabdingbare Voraussetzung für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis. Nach einer über einen langen Zeitraum prekären Veröffentlichungspraxis, ist diese Voraussetzung mittlerweile zu bejahen.

Inhalt: Eine weitere unabdingbare Voraussetzung ist, dass einer Entscheidung eine Begründung beigegeben wird, die auf Anwendung und Auslegung von Normen beruht. Entscheidungen *ex aequo et bono* genügen beispielsweise nicht, da sich ihnen keine verallgemeinerungsfähigen Grundsätze entnehmen lassen, die für nachfolgende Entscheidungen von Bedeutung sind. Festzuhalten ist, dass fehlende oder mangelhafte Subsumtionen ein bekanntes Problem der Umsetzungsverfahren sind. Eine Subsumtion ist lediglich für die Annahmeveraussetzungen im Rahmen der ersten Evaluierung sichergestellt. Dass eine inhaltliche Würdigung der Beschwerde im Rahmen der vertieften Prüfung erfolgt, ist nicht gewiss. Ob hier eine belastbare Subsumtion erfolgt, hängt vom Mandatsverständnis einer NKS ab; rudimentäre Subsumtionen finden sich aber regelmäßig. Die Subsumtionsleistungen des Investitionsausschusses haben sich in den letzten Jahren verbessert. Insgesamt kann diese unabdingbare Voraussetzung deshalb zumindest eingeschränkt bejaht werden.

Rezeption: Eine weitere unabdingbare Voraussetzung ist die tatsächliche Bereitschaft zur Berücksichtigung früherer Entscheidungen; sie muss sich in der tatsächlichen Bezugnahme auf frühere Entscheidungen niederschlagen. Nach meiner umfassenden Auswertung des Fallmaterials konnte ich feststellen, dass sich NKSen mittlerweile häufig gegenseitig zitieren. Ähnliches gilt für den Investitionsausschuss. Die Qualität dieser Bezugnahmen schwankt allerdings. Gleichwohl ist die unabdingbare Voraussetzung der tatsächlichen Bezugnahme eindeutig zu bejahen.

Da im Ergebnis alle unabdingbaren Voraussetzungen vorliegen, ist die Fähigkeit der Umsetzungsverfahren zu bejahen, eine kohärente Entscheidungspraxis entstehen zu lassen.

Kapitel 13

NKSen dürfen eine Beschwerde nur dann zur vertieften Prüfung annehmen, wenn sie im Rahmen der ersten Evaluierung zum Schluss gekommen sind, dass „die Prüfung der Streitfrage zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze beitragen würde“.²⁹ Diese Annahmeveraussetzung ist bewusst weit gefasst und hat Auffangcharakter. Ich schlage vor, zwischen einem Beitrag zu den Zwecken (Zweckbeitrag) und einem Beitrag zur Effektivität (Effektivitätsbeitrag) zu unterscheiden. Der Zweckbeitrag verlangt einen Abgleich zwischen dem materiellen Gehalt der Streitfrage und den Zwecken der Leitsätze, wie sie unter anderem in ihrer Einführung zum Ausdruck kommen. Der Effektivitätsbeitrag rückt den Abgleich zwischen der prozessualen Einbettung der Streitfrage und den Zielen eines spA-Verfahrens (prospektiver Problemlösungsbeitrag, retrospektiver Problemlösungsbeitrag, exemplarische Erörterung einer abstrakt-generellen Frage)³⁰ in den Vordergrund.

Zum **Zweckbeitrag** ist vielfach eine kohärente Entscheidungspraxis entstanden. So ist mittlerweile fest etabliert, dass individuelle Arbeitsrechtsstreitigkeiten nicht vor einer NKS verhandelt werden können. Das Fallmaterial deutet außerdem darauf hin, dass auch keine

²⁹ Kommentierungen der Umsetzungsverfahren 2023, Rn. 33 Punkt 6: „[...] the examination of the issue would contribute to the purposes and effectiveness of the Guidelines.“ (Textauszeichnung des Originals entfernt).

³⁰ Zu den Zielen eines spA-Verfahrens siehe: Kapitel 8.

anderen Individualstreitigkeiten vor einer NKS verhandelt werden können, hat sich aber noch nicht zu einer kohärenten Entscheidungspraxis verdichtet. Außerdem ist alsbald zu erwarten, dass eine kohärente Entscheidungspraxis zu den Voraussetzungen vorliegen wird, anhand derer eine individuelle von einer nicht-individuellen Streitigkeit abzugrenzen ist. Vergleichbares gilt für die im Entstehen befindliche kohärente Entscheidungspraxis, dass rein kommerzielle Streitigkeiten ebenfalls nicht annahmefähig sind. Hierzu liegen zwar einige kohärente Entscheidungen vor; diese nehmen jedoch (noch) nicht Bezug aufeinander.

Zum **Effektivitätsbeitrag** ist eine kohärente Entscheidungspraxis hingegen nur selten entstanden. Wegen thematischer Ballungen der Aussprüche lassen sich aber verschiedene Fallgruppen identifizieren, in denen das Fehlen eines Beitrags zur Effektivität diskutabel ist. Zu den am ehesten zu diskutierenden Fallgruppen zählen beispielsweise die nachfolgenden:

Es kommt in Betracht, eine Beschwerde abzulehnen, wenn das spA-Verfahren nicht nützlich wäre. Das ist beispielsweise der Fall, wenn bereits eine NKS mit derselben Beschwerde befasst war (Vorbefassung). Eine kohärente Entscheidungspraxis ist jedoch noch nicht entstanden. Die einschlägigen Regelungen der Umsetzungsverfahren lassen vielmehr erkennen, dass Vorbefassung eigentlich kein Grund für die Ablehnung einer Beschwerde sein sollte. Demgegenüber ist, unter anderem weil es vom Investitionsausschuss anerkannt wurde, eine kohärente Entscheidungspraxis dazu entstanden, dass gegenstandslos gewordene Beschwerden nicht annahmefähig sind. Dass eine Beschwerde gegenstandslos geworden ist, ist wegen der drei alternativ zu prüfenden Verfahrensziele jedoch nicht leichtfertig festzustellen; insbesondere ein prospektiver Problemlösungsbeitrag wird regelmäßig in Betracht kommen, auch wenn ein Problem für die Vergangenheit gelöst wurde. Über den Grundsatz hinaus, dass gegenstandslos gewordene Beschwerden nicht annahmefähig sind, hat sich folglich keine kohärente Entscheidungspraxis gebildet. Keine kohärente Entscheidungspraxis ist außerdem mit Blick auf die Rücknahme einer Beschwerde entstanden: Es ist zwischen NKSen umstritten, ob die Rücknahme der Beschwerde durch den Beschwerdeführer die Einstellung des Verfahrens verlangt oder nicht.

Unredliche (also treuwidrige) Beschwerden könnten ebenfalls nicht annahmefähig sein. Eine saumselige Beteiligung am Verfahren, Vertraulichkeitsverletzungen, verzerrende öffentlichkeitswirksame Kampagnen, Beleidigungen oder Bedrohungen der anderen Partei oder der NKS und eine nicht aufrichtige Beteiligung am Verfahren sind grundsätzlich als unredliche Verhaltensweisen einzustufen. Dies lässt sich bereits den Regelungen der Umsetzungsverfahren entnehmen.³¹ Unter welchen Umständen unredliches Verhalten jedoch die Ablehnung der Beschwerde rechtfertigt (oder stattdessen nur mildere Mittel wie einen Tadel durch die NKS nach sich zieht), ist allerdings unklar; das Fallmaterial hat keine kohärente Entscheidungspraxis mit klaren Bewertungsmaßstäben entstehen lassen. Bei manchen dieser Unterfallgruppen unterstreichen die vielen einschlägigen Fälle jedoch im Sinne thematischer Ballungen die Praxisrelevanz dieser Unterfallgruppen; bei anderen Unterfallgruppen fehlt es hingegen bereits an einer nennenswerten Zahl einschlägiger Fälle.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass das Fallmaterial zur Annahmenvoraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze keinen flächendeckenden Beitrag zur Präzisierung der Leitsätze leistet. In eng umgrenzten Bereichen sind allerdings beachtliche Präzisierungsleistungen festzustellen (insbesondere zur fehlenden Annahmefähigkeit individueller Arbeitsrechtsstreitigkeiten).

³¹ Kommentierungen der Umsetzungsverfahren 2023, Rn. 26.

Kapitel 14

Für die im nachfolgenden Kapitel vorzunehmende Untersuchung, ob zur MNU-Definition der Leitsätze eine kohärente Entscheidungspraxis entstanden ist, ist es unabdingbar, zunächst einige Grundkoordinaten zum Begriff und Phänomen des MNUs zu gewinnen. MNUs sind Unternehmen, (i) die Wirkungsstätten in verschiedenen Staaten verbinden und die (ii) über diese Verbindung Einfluss auf die Tätigkeiten dieser Wirkungsstätten ausüben können. Als die Leitsätze 1976 erstmals verabschiedet wurden, war das durch eine ausländische Direktinvestition entstandene MNU (Mutter- mit einer oder mehreren ausländischen Tochtergesellschaft(en)) vorherrschend; dadurch erklärt sich der investitionspolitische Kontext der Leitsätze (siehe: Kapitel 2). Ein solches MNU lässt sich am besten in der juristischen Kategorie des Konzerns erfassen. Heutzutage sind Netzwerke (wie beispielsweise Franchising) bedeutender als klassisch-pyramidale Konzerne.

Da das Völkerrecht weder mit einzelnen juristischen Personen des nationalen Rechts als den Bausteinen eines MNUs noch mit Konzernen noch mit Netzwerken adäquat umgehen kann, ist es für die Auslegung und Anwendung der Leitsätze unergiebig. Die Leitsätze stellen vielmehr einen Gegenentwurf zum Völkerrecht dar, da sie sowohl auf Konzerne als auch Netzwerke eingehen. Darüber hinaus sind die Leitsätze autonom vom innerstaatlichen Recht auszulegen und anzuwenden (Ls. I-2 Leitsätze 2023; siehe: Kapitel 2), weshalb sich auch ein Rückgriff auf innerstaatliches Gesellschaftsrecht grundsätzlich verbietet.

Kapitel 15

Die MNU-Definition der Leitsätze in Ls. I-4 Leitsätze 2023 nimmt eine zentrale Bedeutung ein, weil sie den persönlichen Anwendungsbereich der Leitsätze bestimmt und zugleich der Abgrenzung verschiedener MNUs untereinander dient. Ls. I-4 Leitsätze beschreibt, wie auch in seinem S. 1 zum Ausdruck kommt, dabei eher allgemeine Charakteristika von MNUs und ist einer weiten und dynamischen Auslegung zugänglich. Schon bei der Verabschiedung der Leitsätze im Jahr 1976 bestand die Hoffnung, dass diese offene Definition in den Umsetzungsverfahren der Leitsätze eine Präzisierung erfahren würde. Eine kohärente Entscheidungspraxis ist allerdings bislang nur in Bezug auf wenige Aspekte entstanden.

MNUs sind ein Geflecht mehrerer Entitäten (**Multi-Entitäten-Geflecht**). Eine Muttergesellschaft ist deshalb ebenso wenig mit einem MNU gleichzusetzen, wie es eine einzelne Tochtergesellschaft wäre. Das tritt in Ls. I-4 Leitsätze 2023 deutlich hervor. Den Aussprüchen mancher NKSen liegt ein solches Verständnis zu Grunde. Es lassen sich aber auch einige Aussprüche von NKSen finden, die eine einzelne Entität mit einem MNU gleichsetzen. Das Fallmaterial schafft hier keine Präzisierung, sondern stiftet Verwirrung. Ich führe diese Verwirrung der NKSen auf die Einführung der Sorgfaltspflichtregelungen (Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023) im Jahr 2011 zurück, die in Konkurrenz zu der bereits seit 1976 in den Leitsätzen enthaltenen MNU-Definition treten.

Ein ebenso widersprüchliches Fallmaterial zeigt sich beim Blick auf die Frage, ob die Leitsätze ein MNU *en bloc* als eigenständigen Verantwortungsträger adressieren, der neben die Entitäten des MNUs tritt, oder sich an die einzelnen Entitäten eines MNUs richten. Meines Erachtens folgen die Leitsätze einer **Zurechnungslösung**, die die Entitäten eines MNUs zwar einzeln adressiert, dabei aber berücksichtigt, dass sie Teil eines MNUs sind (vgl. Ls. I-4 S. 7 und 8 Leitsätze 2023). In Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 kommt in diesem Sinne sehr deutlich zum Ausdruck, dass MNU-Entitäten füreinander verantwortlich sind und zusammenarbeiten müssen, um für die Beachtung der Leitsätze zu sorgen (**Kooperationsgebot**). Erneut gilt aber: Das Fallmaterial trägt (fast) nichts zu dieser Erkenntnis bei, weil NKSen das Kooperationsgebot häufig mit den Vorschriften über die Sorgfaltspflichten verschleifen. Immerhin liegen zur Anwendung des Kooperationsgebots auf das Beschäftigungskapitel der Leitsätze mehrere Klarstellungen aus den 1970er und 80er Jahren vor. Obwohl diese Klarstellungen theoretisch

zur Begründung einer kohärenten Entscheidungspraxis genügen, ist eine kohärente Entscheidungspraxis zu verneinen, weil diese nur schwer zugänglichen Klarstellungen in Vergessenheit geraten sind. Sie bilden eine tote Entscheidungspraxis.

Nur Entitäten, die bestimmte **konstitutive Merkmale** aufweisen, können ein MNU bilden. Es entspricht kohärenter Entscheidungspraxis, dass die internationale und die kommerzielle Ausrichtung zu diesen konstitutiven Merkmalen zählen. Mit der 2023er Überarbeitung wurde diese Entscheidungspraxis kodifiziert (Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 1 bzw. 2 Leitsätze 2023). Wie eine kommerzielle und eine internationale Ausrichtung im Detail zu bestimmen ist, lässt sich dem Fallmaterial der NKSen jedoch nicht eindeutig entnehmen. Es ist deshalb zu begrüßen, dass der Investitionsausschuss im Jahr 2024 hierzu zwei Klarstellungen erlassen hat. Sie bilden den Nukleus einer kohärenten Entscheidungspraxis. Außerdem entspricht es einer kohärenten Entscheidungspraxis, dass es für die Qualifikation als MNU im Sinne der Leitsätze keine Rolle spielt, in welchem Sektor eine Entität tätig ist (Ls. I-4 S. 3 Leitsätze 2023); die Leitsätze sind auch auf Unternehmen der Finanzbranche anwendbar. Mit Blick auf diese konstitutiven Merkmale eines MNUs zeigen sich daher deutliche Erhärtungserscheinungen in Form von Präzisierungen der Leitsätze.

Auch **Staatsunternehmen** können als MNU im Sinne der Leitsätze einzustufen sein (Ls. I-4 S. 6 Leitsätze 2023). Der Umstand, dass sämtliche Anteile eines Unternehmens in der Hand des Fiskus vereinigt werden, ist für die Anwendbarkeit der Leitsätze grundsätzlich unmaßgeblich. Dank einer kohärenten Entscheidungspraxis ist ebenfalls klar, dass der Staat selbst kein MNU im Sinne der Leitsätze ist. Ob ein Staatsunternehmen ein MNU im Sinne der Leitsätze ist, hängt maßgeblich von seiner kommerziellen Ausrichtung ab. Einzelheiten sind hierbei jedoch unklar. Größere Kontroversen zwischen NKSen hat insofern die Einstufung von Einrichtungen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung (wie insbesondere Exportkreditagenturen) oder der Entwicklungshilfe hervorgerufen; in einer Klarstellung hat der Investitionsausschuss zumindest grobe Leitplanken für die Behandlung solcher Einrichtungen aufgestellt. Insgesamt lässt sich daher auch hier, wenn auch nur auf einer grobmaschigen Ebene, eine Präzisierung durch eine kohärente Entscheidungspraxis bejahen.

Als Geflecht mehrerer Entitäten setzt sich ein MNU aus verschiedenen, **hinreichend eng miteinander verbundenen** Entitäten zusammen (Ls. I-4 S. 4 und 5 Leitsätze 2023). Zwar lassen sich Klarstellungen zum Thema der erforderlichen Verbindungsqualität und -stärke finden; diese sind jedoch offenbar in Vergessenheit geraten und können lediglich grundlegende Fragen beantworten. Aus dem Wortlaut des Ls. I-4 S. 4 Leitsätze 2023 („*may co-ordinate their operations in various ways*“) und diesen Klarstellungen ergibt sich beispielsweise, dass kein *numerus clausus* der Verbindungsmodalitäten existiert; ein MNU kann demnach auch auf andere Weise als durch Eigenkapitalbeteiligungen entstehen. Welche Intensität die Verbindung aufweisen muss, lässt sich abstrakt kaum sagen. Das Fallmaterial der NKSen, das sich mit den Anforderungen an die Verbindungsqualität auseinandersetzt, ist insgesamt zu dünn und widersprüchlich, als dass eine kohärente Entscheidungspraxis bejaht werden könnte.

Insgesamt zeigt sich im Rahmen der MNU-Definition die gesamte Bandbreite denkbarer Präzisierungsbeiträge des Fallmaterials. Sie reichen von Fallmaterial, das Verwirrung stiftet und einen negativen Präzisierungsbeitrag leistet (Beispiel: Fallmaterial zur Eigenschaft eines MNUs als Multi-Entitäten-Geflecht), bis zu Fallmaterial, das eine klare und kohärente Entscheidungspraxis hervorgebracht hat und deshalb sogar kodifiziert wurde (Beispiel: internationale und kommerzielle Ausrichtung als konstitutive Merkmale eines MNUs). Eine flächendeckende Präzisierung der MNU-Definition hat durch das Fallmaterial aber nicht stattgefunden. Es finden sich vielmehr Inseln der Präzisierung in Bezug auf eher praktische Fallgruppen und weniger in Bezug auf dogmatische Fragen.

Teil F. Schluss

Kapitel 16

In allen untersuchten Dimensionen finden sich Erhärtungserscheinungen. Insbesondere in Bezug auf die Verfahrensnatur der Umsetzungsverfahren und die Interaktion der Leitsätze mit der Rechtsordnung sind diese Erhärtungserscheinungen beachtlich. Eine Präzisierung der Leitsätze durch eine kohärente Entscheidungspraxis hat demgegenüber nur in ausgesuchten Bereichen stattgefunden. Eher geringe Erhärtungserscheinungen finden sich in Bezug auf die Ziele der Umsetzungsverfahren und die Rechtsverbindlichkeit der Instrumente aus dem Universum der Leitsätze.

Bezugnehmend auf den in Kapitel 1 dargestellten Ansatz der OECD, einen auf Freiwilligkeit beruhenden und pragmatischen Ansatz mit einem evolutiven Ansatz zu verbinden, lässt sich daher festhalten, dass die Leitsätze zwar nach wie vor eher unbestimmt und deshalb pragmatisch sind. Sie sind aber nicht mehr freiwillig und entfalten eine spürbare Steuerungswirkung. Folglich lässt sich davon sprechen, dass die Leitsätze eine eigene Sollensordnung bilden, die neben der Rechtsordnung besteht, aber nicht auf Freiwilligkeit beruht.

Bemerkenswert ist, dass manche Strukturen, Figuren und Institute der Rechtsordnung funktionale Entsprechungen in dieser Sollensordnung der Leitsätze haben. Neben der insofern ins Auge fallenden hierarchischen Gliederung der Instrumente aus dem Universum der Leitsätze (siehe: Kapitel 2) können von den in Kapitel 13 genannten Aspekten die Fallgruppe der Vorbefassung als funktionales Äquivalent des Grundsatzes der *res iudicata* und die Annahmenvoraussetzung eines Effektivitätsbeitrags als Äquivalent eines Rechtsschutzbedürfnisses genannt werden. Es lässt sich auch auf die Ähnlichkeit zwischen Klarstellungs- und Rügeverfahren vor dem Investitionsausschuss (siehe: Kapitel 3) einerseits und Vorlage- und Revisionsverfahren andererseits oder darauf hinweisen, dass die Leitsätze statt einer Präambel eine Einführung (*preface*) mit gleicher Funktion besitzen. Die Sollensordnung der Leitsätze ähnelt folglich auch in inponderablen Aspekten der Rechtsordnung.

**

Die Dissertation wird voraussichtlich im Jahr 2026 in der Schriftenreihe der „Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht“ (Nomos: Baden-Baden) erscheinen und als *Open Access*-Publikation verfügbar sein.