

Teil E

Erhärtung durch Präzisierung

Die Präzisierung der Leitsätze durch das Fallmaterial der NKSen und des Investitionsausschusses bildet den Untersuchungsgegenstand der letzten der drei Dimensionen, in denen ich Erhärtungserscheinungen der Leitsätze beobachten möchte. Diese Dimension bezieht sich auf den Inhalt der Leitsätze oder bestimmter prozessualer Vorgaben. Zu untersuchen ist, ob sich im Fallmaterial eine kohärente Entscheidungspraxis herausbilden konnte, die Spielräume für eine eigennützige Auslegung und Anwendung der Leitsätze durch ihre Normadressaten verringert und Unklarheiten und Wissenslücken zum Inhalt der Leitsätze beseitigt.²⁴⁰⁰ Die präzisierende Wirkung einer kohärenten Entscheidungspraxis stützt sich nicht nur auf die Generierung einzelner Datenpunkte zum Inhalt der Leitsätze, sondern vornehmlich darauf, dass vergangene Fälle die Erwartung wecken, spätere Fälle würden auf gleiche Weise entschieden. Eine kohärente Entscheidungspraxis schafft argumentative Hürden, die mit jeder neu hinzukommenden, gleichlautenden Entscheidung schwerer zu überwinden sind und es unwahrscheinlicher werden lassen, dass eine abweichende – insbesondere auf einer eigennützigen Auslegung der Leitsätze beruhende – Ansicht erfolgreich gehört wird. Zugleich verfestigen sich Umsetzungsvarianten der Leitsätze, die in der Entscheidungspraxis gebilligt werden, als bekannt und bewährt und bieten dadurch eine stärkere Orientierung für die Adressaten der Leitsätze.

Damit ist die Frage aufgeworfen, welcher Natur eine solche Entscheidungspraxis sein muss, damit sie diese präzisierende Wirkung entfalten kann. Hierfür ist einzuschätzen, wie wahrscheinlich es ist, dass sich eine künftige Entscheidung inhaltlich an eine frühere Entscheidung anlehnt. Diese Wahrscheinlichkeit muss für jeden Nachverfolgungsmechanismus in-

2400 Hier und im Folgenden siehe: Kapitel 5 B. III.

dividuell eingeschätzt werden.²⁴⁰¹ Bei Mechanismen, die keine formale Bindung an Präjudizien kennen, speist grundsätzlich nicht schon eine einzige Entscheidung, sondern erst eine Reihe kohärenter Entscheidungen die Erwartung, spätere Entscheidungen würden sich an früheren orientieren.²⁴⁰² Eine solche Entscheidungslinie muss klar, beständig und dauerhaft sein.²⁴⁰³

Die Umsetzungsverfahren der Leitsätze kennen **kein System formaler Bindung an die Präjudizien anderer** NKSen.²⁴⁰⁴ Am klarsten hat sich die britische NKS geäußert:

„The OECD has not suggested to NCPs that their findings in complaints should establish precedents, unless these have been the subject of referrals to the relevant OECD committees, however. The UK NCP considers each individual complaint on its individual merits [...].“²⁴⁰⁵

Die Sprachregelung anderer NKSen ist vergleichbar. Für die koreanische NKS sind Aussprüche anderer NKSen nicht bindend, aber „*useful reference*“.²⁴⁰⁶ Die australische NKS klassifiziert sie als „*guidance or examples*“.²⁴⁰⁷ Konkrete Aussagen zum Wert früherer Aussprüche derselben NKS, also zu einer möglichen Bindung an *eigene* Präjudizien, finden sich

2401 Es geht hier um Regeln über die Relevanz von Präjudizien, die für jeden Nachverfolgungsmechanismus individuell zu bestimmen sind. Jeder Nachverfolgungsmechanismus hat solche Regeln, selbst wenn sie rudimentär sind oder nur darin bestehen, jegliche Präjudizwirkung auszuschließen (Jacob, in: von Bogdandy/Venzke (Hrsg.), *International Judicial Lawmaking* (2012), 35 (37)).

2402 Janig/Reinisch, in: Andenas u. a. (Hrsg.), *General Principles and the Coherence of International Law* (2019), 247 (282). Für das deutsche Recht siehe beispielsweise: BVerfGE 126, 369 (395): „Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist nicht Gesetzesrecht und erzeugt keine damit vergleichbare Rechtsbindung [...]. [...] Schutzwürdiges Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung kann allenfalls bei gefestigter, langjähriger Rechtsprechung entstehen [...]“

2403 Guillaume, JIDS 2 (2011), 5 (6).

2404 Buhmann, *Nordic J Human Rights* 36 (2018), 390 (397).

2405 OECD:UK-NCP:2014:UK-40-IA, Rn. 36.

2406 OECD:KR-NCP:2015:KR-12-IA, S. 213: „*The decision of a foreign NCP in similar or the same specific instance does not bind other country's NCP but it may provide useful reference.*“ Unklar bleibt allerdings, ob die NKS dies zugleich auf die Problematik der Vorbefassung bezog (vgl. *res iudicata*, dazu näher: Kapitel 13 B. II. 1.).

2407 OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 19: „*NCP cases and final statements can provide guidance or examples of the Guidelines' application.*“

noch seltener. Die UK-NKS hat insofern betont, dass sie sich um Widerspruchsfreiheit bemühe.²⁴⁰⁸

Klarstellungen des Investitionsausschusses sind hingegen autoritative Auslegungen der Leitsätze (siehe: Kapitel 10 C. II.) und deshalb zwingend von NKSen zu beachten. Für Klarstellungen des Investitionsausschusses besteht folglich eine Bindungswirkung. **Klarstellungen sind bindende Präjudizien.** Die Bezugnahme der UK-NKS im obigen Zitat auf „*referrals to the relevant OECD committees*“ ist so zu verstehen, dass der Investitionsausschuss in einem Klarstellungsverfahren die Ansichten einer NKS billigen kann: Klarstellungen können die Ansichten von NKSen inkorporieren und so zu autoritativen Auslegungen erstarken lassen. In *re British American Tobacco* hat der Investitionsausschuss wohl aus diesem Grund deutlich gemacht, dass er die von ihm in dieser Klarstellung zitierten NKS-Fälle nur der Illustration halber aufgeführt hat, also nicht mit Bindungswirkung ausstatten wollte.²⁴⁰⁹

Bemerkenswert ist dabei die Erwartungshaltung der Adressaten und Anwender der Leitsätze. Sie setzen mittlerweile häufig voraus, dass sich eine NKS mit Präjudizien auseinandersetzen muss. So weisen Parteien eines spA-Verfahrens NKSen mitunter auf andere Aussprüche hin und lösen so ihre Pflicht aus, sich mit diesen Aussprüchen zu befassen.²⁴¹⁰ In der Literatur wurden bereits „rückschrittliche Präzedenzfälle“ befürchtet.²⁴¹¹ Auch NKSen sind sich dieser Erwartungshaltung bewusst: Die australische NKS informiert bisweilen sogar darüber, dass sie erfolglos zu Präzedenzfällen

2408 OECD:UK-NCP:2018:UK-49-IA, Rn. 29: „*The material facts of that case are different to this complaint and therefore any direct comparisons are inappropriate. However, in considering this initial assessment, the NCP has sought to ensure that it has been consistent with the approach taken in the previous case.*“

2409 OECD:IC:2021:IC-3-CL, Fn. 15: „*Specific instances are discussed in this paper not as precedents that other NCPs must follow, but as illustrative examples that demonstrate one approach that has been taken by an NCP to particular situations and questions, while recognising that other approaches may be available, and may be adopted by other NCPs and in other situations.*“

2410 In den nachfolgenden Fällen erwähnen die NKSen, dass sich Parteien auf Präjudizien berufen. Es steht zu vermuten, dass Parteien dies auch in weiteren Fällen tun: OECD:UK-NCP:2012:UK-30-IA, Rn. 26, 35; OECD:NL-NCP:2013:NL-23-IA; OECD:UK-NCP:2014:UK-45-IA, Rn. 34; OECD:UK-NCP:2019:UK-53-IA, Rn. 29; OECD:UK-NCP:2020:UK-56-IA; OECD:AU-NCP:2022:AU-22-IA, Rn. 68 ff.; OECD:NL-NCP:2022:NL-35-FS, S. 6; OECD:US-NCP:2022:US-53-IA.

2411 Bugalski/*Pred*, BHRJ 2023, 448 (450): „*Had this draft decision gone unchallenged, it would have set back the cause of responsible business conduct by setting a regressive and poorly reasoned precedent in the field.*“

recherchiert hat.²⁴¹² Die eidgenössische NKS hat in einem komplexen Fall versucht, die Präjudizwirkung ihres Ausspruchs zu steuern: Sie wies darauf hin, welche allgemeine Schlussfolgerung sie nicht gezogen wissen wollte.²⁴¹³ Die irische NKS hat in einem Verfahren gegen ein Unternehmen mit Geschäftstätigkeiten in der Westsahara betont, dass ihre Empfehlungen auch für andere Unternehmen relevant sind, die Geschäftstätigkeiten in Hoheitsgebieten ohne Selbstregierung erwägen.²⁴¹⁴ Nur wenn man unterstellt, dass die eidgenössische und die irische NKS mit der Rezeption ihrer Aussagen rechnen,²⁴¹⁵ ergeben ihre Hinweise Sinn. Diese Hinweise waren klar an andere NKSen und weitere Anwender der Leitsätze gerichtet.

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten, dass nur von Klarstellungen des Investitionsausschusses eine (formale) Präjudizienbindung ausgeht. Nur **bei Klarstellungen kann folglich ein einzelner Ausspruch genügen**, um die Erwartung entstehen zu lassen, künftige Fälle werden sich an diesem Ausspruch orientieren. *Mutatis mutandis* wird das Gleiche für „Antworten“ in Rügeverfahren gem. Art. II-2. lit. b) S. 1 Verfahrensregelungen 2023 gelten, sofern sie ausnahmsweise Aussagen zur Anwendung und Auslegung der Leitsätze enthalten. Bei NKS-Aussprüchen ist das nicht der Fall. Hier bedarf es einer Reihe kohärenter Entscheidungen, um eine solche Erwartung zu rechtfertigen. Meines Erachtens sollte bei NKSen nicht vorschnell von einer kohärenten Entscheidungspraxis gesprochen werden. Wie anschließend in Kapitel 12 zu untersuchen sein wird, weist das NKS-System strukturelle Schwächen auf, die die Wahrscheinlichkeit senken, dass sich eine spätere Entscheidung an den Inhalt einer früheren Entscheidung anlehnt: Schwer wiegt, dass nicht alle NKSen klare Subsumtionsleistungen erbringen (Kapitel 12 C. I. 2.) und sich durch ihre Expertise und Unparteilichkeit auszeichnen (Kapitel 12 C. II. 3.). Entscheidend ist außerdem, dass das NKS-System aus über fünfzig, weltweit verteilten, gleichrangigen NKSen besteht.²⁴¹⁶ Die Auslegung und Anwendung der Leitsätze vollzieht

2412 OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 41.

2413 OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 7: „However, the application of the OECD Guidelines in this specific case does not allow the general conclusion that [...]“

2414 OECD:IE-NCP:2022:IE-6-FS, Rn. 29 f.

2415 Zur vorausschauenden Beeinflussung des Inhalts eines potenziellen Präjudizes durch einen Spruchkörper siehe auch: Jacob, in: von Bogdandy/Venzke (Hrsg.), *International Judicial Lawmaking* (2012), 35 (56).

2416 Siehe die Liste der Teilnehmerstaaten: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144#adherents> (zuletzt abgerufen am 6. Februar 2026).

sich dezentralisiert.²⁴¹⁷ Damit von einer kohärenten Entscheidungspraxis gesprochen werden kann, sind **deutliche Anzeichen einer Beständigkeit und Kohärenz** zu fordern: Bei den Umsetzungsverfahren der Leitsätze rechtfertigt meines Erachtens deshalb erst **eine (i) nicht geringe Anzahl (ii) kohärenter, (iii) sich rezipierender NKS-Aussprüche (iv) einer möglichst repräsentativen Auswahl der NKSen** die Erwartung, dass NKSen in Zukunft vergleichbare Fälle vergleichbar entscheiden werden. Zu diesen Voraussetzungen im Einzelnen:

- Kernvoraussetzung ist die Kohärenz der NKS-Aussprüche; hierauf liegt der Schwerpunkt der nachfolgenden Untersuchungen. An kohärenten Aussagen fehlt es nicht nur, wenn Aussprüche widersprüchlich sind, sondern auch dann, wenn sie keine extrahierbaren Aussagen (klare oder verallgemeinerungsfähige Subsumtionsleistungen) enthalten. Diese Kohärenz, so werden die nachfolgenden Untersuchungen zeigen, stellt eine erhebliche Hürde auf. Auf die restlichen drei Kriterien kommt es regelmäßig nicht mehr an. Ich werde sie deshalb nur selten würdigen müssen.
- Da es willkürlich wäre, konkrete Zahlenangaben zur von mir angenommenen Mindestzahl an Entscheidungen zu machen, möchte ich hiervon absehen. Für die Zwecke der in den Kapiteln 13 und 15 untersuchten Themen orientiere ich mich grob an einer Mindestanzahl, die bei etwa einem halben Dutzend Fällen liegt.
- Die Voraussetzung der Rezeption fragt danach, ob NKSen auf frühere Entscheidungen (möglichst einer anderen NKS) Bezug nehmen. Das geschieht in der Regel durch die Zitation eines früheren Ausspruchs in einem späteren Ausspruch. Es sollte aber auch jeder andere konsultative Akt zwischen NKSen genügen. Beispielsweise können NKSen in einer Entscheidung darauf hinweisen, dass ihr eine Besprechung des Falls im Rahmen des NKS-Treffens vorausging.²⁴¹⁸
- Die Repräsentativität der NKSen verstehe ich nicht als zwingende Voraussetzung, sondern als qualifizierenden Faktor; hier soll berücksichtigt werden, ob eine bestimmte Lösung auch von NKSen mit unterschiedlichem Mandatsverständnis und unterschiedlichem (rechts-)kulturellem Hintergrund vertreten wird.

2417 OECD, NCPs Providing Access to Remedy: 20 Years (2020), S. 42. Die dezentralisierte Nachverfolgung der Leitsätze betonte bereits: Schuler, GLJ 9 (2008), 1753 (1764 ff.).

2418 Zu den regelmäßigen NKS-Treffen siehe: Kapitel 3 A. II.

Auch wenn im Fallmaterial auf Basis dieser Voraussetzungen keine kohärente Entscheidungspraxis erkennbar ist, können Aussprüche immerhin einen geringen Beitrag zur Präzisierung leisten. Das ist erstens bei vereinzelt gebliebenen Entscheidungen der Fall, wenn die Entscheidungen kohärent sind und sich ggf. rezipieren (Kohärenz und ggf. Rezeption zu bejahen, aber Mindestzahl nicht erreicht): Es handelt sich dann um einzelne Datenpunkte, die – wie es auch wissenschaftliche Beiträge können – zum besseren Verständnis und zur Durchdringung der Leitsätze beitragen. Ein wenigstens geringer Beitrag zur Präzisierung liegt zweitens bei **thematischen Ballungen** vor. Hier beziehen mehrere Aussprüche zu einem bestimmten Thema oder Rechtsproblem (argumentativ) Stellung, widersprechen sich dabei aber und zitieren sich ggf. auch nicht (Mindestzahl erreicht, aber keine Kohärenz und ggf. keine Rezeption). Für die Erkenntnis, dass ein bestimmtes Thema praktisch relevant oder eine Fallgestaltung problematisch ist, kommt es nämlich nicht darauf an, ob sich die Aussprüche gegenseitig zitieren oder widersprechen. In solchen Fällen können die Adressaten der Leitsätze zwar nicht erwarten, dass eine NKS einen früheren Fall wie einen späteren entscheiden wird; sie können sich angesichts der klar hervorgetretenen Unsicherheiten allerdings auf die unsichere normative Lage einstellen und, falls möglich, die Unsicherheit durch Ausnutzung bestimmter Gestaltungsmöglichkeiten umgehen. Thematische Ballungen können auch die Initialzündung einer verstärkten wissenschaftlichen Befassung sein.

Nicht jeder Nachverfolgungsmechanismus, der Fallmaterial produziert, ist überhaupt fähig, eine solchermaßen definierte kohärente Entscheidungspraxis hervorzubringen. Ein Nachverfolgungsmechanismus beispielsweise, der aus einer Mehrzahl unkoordiniert entscheidender, einander ignorierender Foren besteht, wird eine solche kohärente Entscheidungspraxis kaum entstehen lassen können. Deshalb ist in Kapitel 12 zunächst zu untersuchen, ob die Umsetzungsverfahren der Leitsätze überhaupt *fähig und geeignet* sind, eine kohärente Entscheidungspraxis entstehen zu lassen. Diese Untersuchung wird, so viel sei an dieser Stelle vorweggenommen, positiv ausfallen.

In den sich anschließenden Kapiteln werde ich prüfen, ob eine kohärente Entscheidungspraxis *tatsächlich* entstanden ist. Bereits in Kapitel 1 C. habe ich begründet, weshalb ich die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis für (i) die Annahmenvoraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze und für (ii) die MNU-Definition der Leitsätze untersuchen werde. Kapitel 13 befasst sich mit der Entstehung

einer kohärenten Entscheidungspraxis zu besagter Annahmeveraussetzung, Kapitel 15 befasst sich mit dem Fallmaterial zur MNU-Definition.

Ein zweites (inzidentes) Ziel der nachfolgenden Untersuchungen besteht darin, ein besseres Verständnis sowohl von besagter Annahmeveraussetzung als auch der MNU-Definition der Leitsätze zu entwickeln. Deshalb werde ich in Bezug auf einzelne Fragen darlegen, was meines Erachtens die vorzugswürdige Auslegungsvariante der Leitsätze ist. Hierfür sind auch Quellen jenseits des Fallmaterials von NKSen und Investitionsausschuss zu konsultieren. Solche Untersuchungen ergänzen die induktive Analyse des Fallmaterials um deduktive Elemente. Um die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis adäquat würdigen zu können, sind außerdem Seitenblicke auf das allgemeine Völkerrecht und teilweise auch Nachbardisziplinen notwendig. Das gilt insbesondere für die MNU-Definition, bei der ich diesen Seitenblicken mit Kapitel 14 ein eigenständiges Kapitel widmen werde.

Kapitel 12 Eignung zur Produktion einer kohärenten Entscheidungspraxis

In diesem Kapitel möchte ich einen Blick auf die Voraussetzungen für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis werfen. Im Fokus stehen dabei nicht feingliedrige Unterscheidungen, die nach der Bedeutung und dem Gewicht eines einzelnen Ausspruchs differenzieren. Es geht um die Frage, ob die Umsetzungsverfahren der Leitsätze grundsätzlich geeignet sind, eine kohärente Entscheidungspraxis entstehen zu lassen. Deshalb möchte ich zunächst unabdingbare Voraussetzungen von begünstigenden Faktoren hierfür abschichten (A.). In einem weiteren Schritt werde ich untersuchen, in welchem Maße diese Voraussetzungen und Faktoren für den Umsetzungsmechanismus der Leitsätze zu bejahen oder zu verneinen sind (C. bis D.). Ziel dieses Kapitels ist nicht, zu untersuchen, ob auf Basis des Fallkorpus tatsächlich eine kohärente Entscheidungspraxis entstanden ist; diese Untersuchung ist den Kapiteln 13 und 15 vorbehalten. Das vorliegende Kapitel untersucht lediglich Rahmenbedingungen. Es setzt grundlegende Kenntnisse der Umsetzungsverfahren der Leitsätze voraus, wie ich sie in den Kapiteln 6 und 7 dargelegt habe.

A. Voraussetzungen für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis

Es gibt nur wenige völkerrechtliche Auseinandersetzungen zu den Faktoren, die für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis notwendig sind oder ihre Entstehung begünstigen. Dies wird primär darauf zurückzuführen sein, dass bestimmte Anforderungen nur dann diskussionswürdig erscheinen, wenn sie fehlen. Zahlreiche Faktoren dürften allein deshalb nicht diskutiert werden, weil sie von den einschlägigen Abhandlungen als gegeben vorausgesetzt werden. Hierzu gehört beispielsweise der Umstand, dass Gerichte und Schiedsgerichte einen Streit durch Auslegung und Anwendung von Normen entscheiden; für NKSen oder Schlichtungskommissionen ist das nicht selbstverständlich. Wiederum andere Faktoren sind für den Umsetzungsmechanismus der Leitsätze als gegeben anzunehmen, sind aber der völkerrechtlichen Gerichts- und Schiedsgerichtsarchitektur fremd. Hierzu gehört der Umstand, dass alle NKSen dieselben Normen

anwenden und nicht, wie etwa die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, lediglich ähnliche Normen in mehreren tausend unterschiedlichen Verträgen.²⁴¹⁹ Eine vollständige Untersuchung aller Faktoren über verschiedene Arten von Streitbeilegungsmechanismen hinweg lässt sich deshalb nicht finden. Auch die vorliegende Arbeit kann dieses Versäumnis nicht nachholen. Ich werde mich auf die Darstellung derjenigen Faktoren beschränken, die für den Umsetzungsmechanismus der Leitsätze bedeutsam sind.

Der hilfreichste Ansatz stammt von *König*. Sie bezieht sich auf den Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und trennt deutlich zwischen **unabdingbaren Voraussetzungen**, die für die Entstehung einer Präcedenzwirkung notwendig sind, und „qualifizierenden Faktoren“, die den Grad der Präcedenzwirkung beeinflussen.²⁴²⁰ Während die von *König* ermittelten qualifizierenden Faktoren wegen ihres abweichenden Forschungsinteresses für die Zwecke der vorliegenden Arbeit grundsätzlich nicht übernommen werden können,²⁴²¹ ist dies für die von ihr als unabdingbar identifizierten Voraussetzungen anders. Wegen meines abweichenden Forschungsinteresses werde ich von **begünstigenden Faktoren** (und nicht von qualifizierenden Faktoren) sprechen, welche die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis erleichtern. Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich an ihrem Ansatz. Zu unterscheiden sind die drei Aspekte der Zugänglichkeit einer Entscheidung (I.), ihres Inhalts (II.) und ihrer Rezeption (III.). Hierzu sind jeweils unabdingbare Voraussetzungen und begünstigende Faktoren zu ermitteln, die auf die Bedürfnisse der Leitsätze und ihres Umsetzungsmechanismus zugeschnitten sind. In der Literatur werden weitere Voraussetzungen und Faktoren diskutiert. Sie sind allerdings nicht überzeugend (etwa: Präzision der Regeln)²⁴²² oder können

2419 *Commission*, J Intl Arb 24 (2007), 129 (141f.) weist für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit darauf hin, dass die Schiedsgerichte zur Anwendung gleicher oder ähnlicher Normen berufen sein müssen. Diese Voraussetzung ist im Rahmen der Umsetzungsverfahren der Leitsätze erfüllt, da alle NKSen dieselben Regeln (nämlich die Leitsätze) auslegen und anwenden.

2420 *König*, Präcedenzwirkung (2013), S. 38 ff., 73 ff.

2421 Diese Faktoren interessieren vorliegend nicht, weil sie auf die Messung ausgerichtet sind, wie sehr einer *einzelnen* früheren Entscheidung für einen anderen, später verhandelten Fall eine Präcedenzwirkung zukommt (vgl. *König*, Präcedenzwirkung (2013), S. 29, 73 ff.). Vorliegend interessieren hingegen Faktoren, die das Entstehen einer kohärenten Entscheidungspraxis *in ihrer Gesamtheit* überhaupt ermöglichen oder begünstigen.

2422 Welche Rolle die Beschaffenheit der angewandten Normen spielt, ist (worauf *König*, Präcedenzwirkung (2013), S. 36 f. hinweist) umstritten. Muss es sich um „a closed set of rules“ mit einer begrenzten Anzahl an denkbaren Streitigkeiten

vorliegend als gegeben vorausgesetzt werden (etwa: Anwendung desselben Instruments,²⁴²³ Gerichtsbarkeit mit hinreichend großem Korpus an Fallmaterial²⁴²⁴).

I. Zugänglichkeit

Die Veröffentlichung einer Entscheidung ist eine unabdingbare Voraussetzung dafür, dass sie Anlass für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis geben kann.²⁴²⁵ Was anderen Foren und Rechtsanwendern nicht bekannt ist, kann von ihnen nicht berücksichtigt werden. Diese unabdingbare Voraussetzung, dass eine Entscheidung überhaupt veröffentlicht wurde, wird von begünstigenden Faktoren flankiert: Genannt werden können die Veröffentlichung in einer Vielzahl an Zeitschriften,²⁴²⁶ die Möglichkeit der Volltextsuche von Entscheidungen,²⁴²⁷ die datenbankmäßige Aufbereitung von Entscheidungen,²⁴²⁸ das Verhältnis kostenfreier zu kostenpflichtigen Angeboten²⁴²⁹ oder die Verfügbarkeit in weitverbreiteten Sprachen²⁴³⁰. Meines Erachtens ist auch die leichte Identifizierbarkeit einer Entscheidung (vermittelt über eine eindeutige und etablierte Zitierweise) ein begünstigender Faktor.

handeln (*Kessedjian*, in: Rogers/Alford (Hrsg.), *The Future of Investment Arbitration* (2009), 43 (62 f.)) oder erlaubt vielmehr das Gegenteil, also offen formulierte und vage Normen, eine kohärente Entscheidungspraxis (*Reed*, ICSID Review 25 (2010), 95 (96 f.); vgl. *Norton*, ICSID Review 33 (2018), 280 (290 ff.))? Allein die Tatsache, dass hierzu diametral verschiedene Ansichten vertreten werden, lässt daran zweifeln, dass es sich um unabdingbare Voraussetzungen handelt.

2423 Siehe Fußnote 2419.

2424 Vgl. *Bogdandy/Venzke*, GLJ 12 (2011), 979 (980).

2425 *Commission*, J Intl Arb 24 (2007), 129 (136); *Kessedjian*, in: Rogers/Alford (Hrsg.), *The Future of Investment Arbitration* (2009), 43 (66); *Reed*, ICSID Review 25 (2010), 95 (97); *Bogdandy/Venzke*, GLJ 12 (2011), 979 (987); *Guillaume*, JIDS 2 (2011), 5 (14 f.); *König*, Präzedenzwirkung (2013), S. 39 f.

2426 *Commission*, J Intl Arb 24 (2007), 129 (136, 157).

2427 *Kessedjian*, in: Rogers/Alford (Hrsg.), *The Future of Investment Arbitration* (2009), 43 (67).

2428 *Commission*, J Intl Arb 24 (2007), 129 (136, 157).

2429 Vgl. *Reed*, ICSID Review 25 (2010), 95 (100).

2430 *Reed*, ICSID Review 25 (2010), 95 (100).

II. Inhalt

Die Entscheidungen von Gerichten und anderen Foren haben mindestens zwei Funktionen: Sie sorgen für die Beilegung eines Streits und haben über die konkret-individuelle Streitbeilegung hinaus Bedeutung für die Auslegung und Anwendung des Rechts.²⁴³¹ Im IGHSt²⁴³² spiegeln sich diese beiden Funktionen in den Artikeln 59 und 38 Abs. 1 lit. d) wider. Bei Präjudizien steht die zweite Funktion im Fokus.²⁴³³ Damit eine Entscheidung eine solche Funktion ausüben kann, ist es unabdingbar, dass sie mehr enthält als nur die für die Beilegung des Streits relevanten operativen Teile. Es ist notwendig, dass der Entscheidung eine Begründung beigegeben wird.²⁴³⁴ Diese Begründung ist eine unabdingbare Voraussetzung. Im Bereich des Umsetzungsmechanismus der Leitsätze ist eine solche Begründung nicht selbstverständlich, weil eine NKS primär eine Einigung der Parteien anstrebt und ihren das Verfahren beschließenden Bericht in einem solchen Fall inhaltlich auf bruchstückhafte Aspekte beschränken darf (Art. I-C-4 lit. d) Verfahrensregelungen 2023).

Möglicherweise sind über die Existenz einer Begründung hinaus bestimmte Anforderungen an diese Begründung zu stellen. *Reed* weist auf die „Qualität“ einer Entscheidung hin: Darunter versteht sie den Grad Einschlägigkeit einer früheren Entscheidung (Tatsachen- und Rechtsgrundlage) im Vergleich zu einem später zu entscheidenden Fall.²⁴³⁵ *König* stellt demgegenüber auf die Überzeugungskraft der Entscheidungsbegründung als begünstigenden Faktor ab, die nicht nur von der Argumentation, sondern auch von der Autorität des Spruchkörpers ausgehen kann.²⁴³⁶ Beide Faktoren sind richtigerweise nur für eine feingliedrige Analyse geeignet. Sie

2431 *Dijk*, German YbIL 30 (1987), 9 (26 ff.); *Bogdandy/Venzke*, GLJ 12 (2011), 979 (979 ff., 986 f.); *Shany*, Effectiveness of International Adjudication, MPEiPro (2019), Rn. 27.

2432 „Statute of the International Court of Justice“ (*Statut des Internationalen Gerichtshofs*, IGHSt), Unterzeichnung: 26. Juni 1945, Inkrafttreten: 24. Oktober 1945. BGBl. 1973 II, 505–531.

2433 *Ungern-Sternberg*, AöR 138 (2013), 1 (6).

2434 *König*, Präcedenzwirkung (2013), S. 38 f.; vgl. *Bogdandy/Venzke*, GLJ 12 (2011), 979 (990).

2435 *Reed*, ICSID Review 25 (2010), 95 (98); *König*, Präcedenzwirkung (2013), S. 73 f. bezeichnet dies als Konnexität.

2436 *König*, Präcedenzwirkung (2013), S. 75 ff.; *Bogdandy/Venzke*, GLJ 12 (2011), 979 (990) stellen ebenfalls die Bedeutung der Überzeugungskraft heraus. Siehe für das deutsche Recht auch: BVerfGE 84, 212 (227) — „Aussperrung“: Der Geltungsanspruch höchstrichterlicher Urteile „[...] über den Einzelfall hinaus beruht allein auf

betrachten jeweils einzelne Entscheidungen oder (im Falle der Einschlägigkeit) die Konstellation zweier Entscheidungen zueinander.

Mein Forschungsinteresse ist jedoch grundsätzlicher. Für die hiesigen Forschungszwecke interessiert der Inhalt einer Begründung nur dann, wenn er geeignet ist, die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis *in ihrer Gesamtheit* (unabhängig von einer bestimmten Fallkonstellation) zu beeinflussen. Das ist der Fall, wenn „Qualität“ oder „Überzeugungskraft“ von strukturellen Fragen abhängen. Ein strukturelles Problem besteht darin, dass nicht jede Art von Begründung genügt. Die Entscheidung und ihre Begründung müssen auf der Auslegung und Anwendung des Rechts beruhen; eine Entscheidung *ex aequo et bono* (vgl. Art. 38 Abs. 2 IGHSt) kann nicht zu einer kohärenten Entscheidungspraxis beitragen.²⁴³⁷ Entscheidungen *ex aequo et bono* sind keine Entscheidungen auf Basis der Auslegung und Anwendung rechtlicher Normen, sondern ergebnisorientierte, im richterlichen Ermessen liegende Entscheidungen auf Basis von einzelfallbezogenen moralischen, sozialen oder politischen Erwägungen.²⁴³⁸ Für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis ist aber Voraussetzung, dass klar werden muss, wie ein Forum das einschlägige Regelwerk anwendet und auslegt; es muss eine Subsumtion erfolgen.²⁴³⁹ Stellt die frühere Entscheidung lediglich eine einzelfallbezogene Gerechtigkeit her, kann sie für ein nachfolgend angerufenes Forum keine Überzeugungskraft entfalten, wenn dieses Forum einen vergleichbaren, aber in seinen Einzelheiten anders gelagerten Einzelfall auf einer verschiedenen – nämlich einer rechtlichen – Grundlage entscheiden wird. Dass NKSen subsumtionsbasierten Begründungen vornehmen, ist deshalb eine unabdingbare Voraussetzung.

Begünstigende Faktoren ermöglichen, die Begründungen zu vertiefen. In Betracht kommen beispielsweise Sondervoten und *obiter dicta*. Als weiterer begünstigender Faktor kommen geringe Anonymisierungs- und Vertraulichkeitspflichten in Betracht: Je mehr Informationen über den streitgegenständlichen Sachverhalt bekannt sind, desto vertiefter kann eine Begründung analysiert werden. Die Wirkmächtigkeit einer Begründung hängt außerdem von der Expertise des Forums und der Wahrung gewisser

der Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts.“ Ebenso: BVerfGE 126, 369 (395).

2437 Vgl. *Guillaume*, JIDS 2 (2011), 5 (5).

2438 *IGH*, Judgment (24. Februar 1982), ICJ Reports 1982, 18 (Rn. 71) — „Continental Shelf“ (Tunisia ./ Libya); *Kotzur*, *Ex aequo et bono*, MPEPIL (2009), Rn. 1, 11, 13.

2439 *Krajewski* u. a., *ZaöRV* 76 (2016), 309 (333) fordern von NKSen zur Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis eine „klare Subsumtionsleistung“.

Qualitätsstandards ab. Begünstigende Faktoren sollten sich deshalb auch auf Aufsichts- und Schulungsmaßnahmen beziehen.

III. Rezeption

Ob eine Entscheidung über die Beilegung eines individuellen Streits hinaus eine Bedeutung haben wird, hängt davon ab, wie sie von den relevanten Akteuren rezipiert wird.²⁴⁴⁰ Unklar ist allerdings, wie diese Rezeption beschaffen sein muss, ob sie beispielsweise durch faktischen oder rechtlichen Druck oder gar Zwang induziert sein muss.

König stellt im Rahmen ihrer Betrachtung der Präzedenzwirkung einzelner Entscheidungen lediglich eine minimal-faktische Voraussetzung auf: Für sie ist nur die rein tatsächliche „Bezugnahme“, also die Zitation einer früheren Entscheidung in einer späteren Entscheidung, eine unabdingbare Voraussetzung.²⁴⁴¹ Alles, was – wie Druck, Ansehen, Autorität oder Überzeugungskraft – darüber hinausgeht, ordnet sie den qualifizierenden Faktoren zu.²⁴⁴²

Als Gegenposition ließe sich formulieren, dass es einer formalen Hierarchie zwischen verschiedenen Spruchkörpern bedarf, die untergeordnete Spruchkörper zur Befolgung der Aussprüche übergeordneter Spruchkörper zwingt. Nicht zu leugnen ist, dass eine fehlende Foren-Hierarchie die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis wesentlich erschwert.²⁴⁴³ Meines Erachtens handelt es sich hierbei jedoch nicht um eine unabdingbare Voraussetzung, sondern bloß um einen begünstigenden Faktor.²⁴⁴⁴ Es genügt die tatsächliche Bereitschaft der Foren, die Entscheidungen anderer Foren zu berücksichtigen und – so es denn zweckmäßig ist – zu befolgen. Auch ohne formelle Hierarchie konnte sich schließlich im Völker-

2440 *Bogdandy/Venzke*, GLJ 12 (2011), 979 (990 f.); vgl. *König*, Präzedenzwirkung (2013), S. 71 ff., 75 ff.

2441 *König*, Präzedenzwirkung (2013), S. 71 ff.

2442 *König*, Präzedenzwirkung (2013), S. 75 ff.

2443 Vgl. *Kessedjian*, in: *Rogers/Alford* (Hrsg.), *The Future of Investment Arbitration* (2009), 43 (63 ff.); vgl. *Andenas/Leiss*, *ZaöRV* 77 (2017), 907 (912, 917 f.); vgl. *Norton*, *ICSID Review* 33 (2018), 280 (286).

2444 So auch: *König*, Präzedenzwirkung (2013), S. 29 f.; vgl. *Andenas/Leiss*, *ZaöRV* 77 (2017), 907 (967); vgl. aber *Kessedjian*, in: *Rogers/Alford* (Hrsg.), *The Future of Investment Arbitration* (2009), 43 (63 ff., 66): Notwendig sei eine Hierarchie zwischen Foren oder, falls es keine Hierarchie gebe, bedürfe es Spruchkörper für spezielle Rechtsgebiete.

recht eine Entscheidungspraxis etablieren – wenn auch von unterschiedlichem Entwicklungsgrad.²⁴⁴⁵ Sogar der IGH, der als einziges Gericht den Anspruch erheben könnte, an der Spitze einer hypothetischen Hierarchie zu stehen, berücksichtigt die Aussprüche anderer Foren wie des Menschenrechtsausschusses.²⁴⁴⁶ Wer eine „Hierarchie“ zwischen Gerichten zu einer unabdingbaren Voraussetzung erklärt, orientiert sich zu sehr an idealisierten Vorbildern in voll entwickelten nationalen Rechtsordnungen.

Für eine vermittelnde Position kann der Ansatz von *Andenas* und *Leiss* berücksichtigt werden. Ihr Ansatz kann als Reaktion auf Sorgen über die Kohärenz und Legitimität der internationalen Forumsarchitektur gesehen werden, die ihren Ursprung in fehlenden Hierarchie- und Berufungsstrukturen zwischen internationalen Gerichten haben.²⁴⁴⁷ *Andenas* und *Leiss* diskutieren, inwiefern aus Art. 38 Abs. 1 lit. d) IGHSt ein Grundsatz der „*systemic institutional integration*“ gewonnen werden kann, der als Rahmen für eine Koordinierung und Harmonisierung der Entscheidungen internationaler Gerichte dienen kann.²⁴⁴⁸ In einer Auslegung dieser Norm gewinnen sie bestimmte Befassungs- und Beachtungspflichten internationaler Foren mit den Entscheidungen anderer Foren.²⁴⁴⁹ Dabei wird klar, dass sie derartige Pflichten nicht als unabdingbare Voraussetzungen, sondern als begünstigende Faktoren sehen.²⁴⁵⁰ Dem ist zuzustimmen, jede Art institutionalisierter „diskursiver Koordination“²⁴⁵¹ fördert die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis.

Demgegenüber setzt *Commission* im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit einen „Korpsgeist“ (*esprit de corps*) unter den Schiedsrichtern voraus, dessen Vorliegen er in Schiedsverfahren unter anderem damit begründet, dass häufig dieselben Personen oder Personen mit ähnlichen Berufs- und Bildungshintergründen zu Schiedsrichtern ernannt würden.²⁴⁵² Ein „Korps-

2445 Für einen kurzen Überblick siehe etwa: *Commission*, J Intl Arb 24 (2007), 129 (142 ff.); *Reed*, ICSID Review 25 (2010), 95 (96 ff.); *Guillaume*, JIDS 2 (2011), 5 (9 ff.); *Andenas/Leiss*, ZaöRV 77 (2017), 907 (938 f., 945 ff., 951 ff.); *Norton*, ICSID Review 33 (2018), 280 (285 ff.).

2446 IGH, Judgment (30. November 2010), ICJ Reports 2010, 639 (Rn. 66) — „Diallo“ (Guinea ./ DR Congo), Merits; siehe auch: *Andenas/Leiss*, ZaöRV 77 (2017), 907 (945 ff.).

2447 Vgl. *Andenas/Leiss*, ZaöRV 77 (2017), 907 (912, 915, 917 ff.).

2448 *Andenas/Leiss*, ZaöRV 77 (2017), 907 (908, 922 f.).

2449 *Andenas/Leiss*, ZaöRV 77 (2017), 907 (908, 935 ff.).

2450 Vgl. *Andenas/Leiss*, ZaöRV 77 (2017), 907 (967 ff.).

2451 *Andenas/Leiss*, ZaöRV 77 (2017), 907 (970).

2452 *Commission*, J Intl Arb 24 (2007), 129 (136 ff.).

geist“ ist für die Zwecke dieses Forschungsvorhabens als unabdingbare Voraussetzung abzulehnen, weil es sich um ein materiell-soziologisches und kein juristisch-formales Kriterium handelt.²⁴⁵³ Zudem ist der „Korpsgeist“ offenbar als Ersatz für die fehlende Permanenz unter *ad hoc* Schiedsgerichten konzipiert und damit zu stark auf diese Form der Streitbeilegung zugeschnitten.²⁴⁵⁴

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass für mich allein die Bereitschaft zur Berücksichtigung früherer Entscheidungen, die sich in der tatsächlichen Bezugnahme auf frühere Entscheidungen manifestieren muss, eine unabdingbare Voraussetzung für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis ist. Wenn sich Foren in der Vergangenheit tatsächlich gegenseitig zitieren, besteht die Erwartung, dass sie dies auch künftig tun werden. Begünstigende Faktoren sind eine formale Foren-Hierarchie oder verschiedene Varianten einer diskursiven Koordination zwischen Foren wie insbesondere Beachtungs- und Befassungspflichten mit Entscheidungen.

B. Zugänglichkeit

Die Zugänglichkeit einer Entscheidung ist die basalste Voraussetzung dafür, dass sie Eingang in eine kohärente Entscheidungspraxis finden und Prädenzwirkung haben kann. Sie geht den anderen beiden unabdingbaren Voraussetzungen voraus: Ist eine Entscheidung nicht veröffentlicht, ist notwendigerweise auch ihre Begründung anderen Foren nicht bekannt und kann sie auch nicht rezipiert werden.

I. Unabdingbare Voraussetzung der Veröffentlichung

Die Veröffentlichungspraxis des Umsetzungsmechanismus der Leitsätze war von Beginn an prekär. In Bezug auf den Investitionsausschuss hat sich dies nur unwesentlich verbessert. Mittlerweile jedoch besteht zumindest für

2453 Insbesondere lässt sich die Existenz eines Korpsgeists nur schlecht feststellen. Sie kann nicht klar verneint oder bejaht werden, was den Korpsgeist eher zu einem begünstigenden Faktor als einem unabdingbaren Faktor macht. Zudem stellt sich die Frage, ob ein diffuses Gemeinschaftsgefühl nicht eher zu Zitationskartellen als zu einer methodenehrlichen Entscheidungspraxis führt (ähnlich: König, Prädenzwirkung (2013), S. 81 f. mit Blick auf Eigenzitate von Schiedsrichtern).

2454 Vgl. zum Korpsgeist auch: *Guillaume*, JIDS 2 (2011), 5 (17).

NKSen kaum noch Spielraum, ob sie überhaupt einen Ausspruch veröffentlichen.

1. Investitionsausschuss

In den ersten drei Dekaden seiner Arbeit wurden Klarstellungen CIMEs (des Vorgängergremiums des heutigen Investitionsausschusses) nicht systematisch und vollständig veröffentlicht. Sie fanden in redigierter Form lediglich Eingang in die jeweiligen Überprüfungsberichte (1979,²⁴⁵⁵ 1982,²⁴⁵⁶ 1984,²⁴⁵⁷ 1991²⁴⁵⁸) und in annotierte Ausgaben der Leitsätze im Zeitraum eines laufenden Überprüfungsintervalls (etwa: 1986,²⁴⁵⁹ 1997²⁴⁶⁰).²⁴⁶¹ Die letzte konsolidierte Fassung aller Klarstellungen und Kommentierungen findet sich in einem Dokument des Jahres 2001.²⁴⁶² In diesen Veröffentlichungen wurden die Klarstellungen allerdings aus ihrem ursprünglichen Kontext herausgelöst und gekürzt; weder der ursprüngliche Sachverhalt, geschweige denn der Name des betroffenen Unternehmens wurde genannt.²⁴⁶³ Aus Sicht des Ausschusses ist dies nachvollziehbar: Er sah (und sieht) sich nicht als Streitbeilegungsinstanz, sondern als Instanz, die lediglich aus Anlass eines konkreten Falls, der ihm als Beispiel und Projektionsfläche dient, *in abstracto* über die korrekte Auslegung der Leitsätze befindet.²⁴⁶⁴

Der Bezug zu einem Ausgangsfall lässt sich nur über Sekundärliteratur herstellen. *Blanpain* ist die ausführliche Dokumentation der Aussprüche CIMEs mitsamt Begleitmaterial zu verdanken;²⁴⁶⁵ allerdings dokumentiert er lediglich die Jahre bis einschließlich 1984. Für den Zeitraum von 1985

2455 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 35 ff.

2456 OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Annex IV.

2457 OECD, MNE-Declaration Review (1984), Rn. 46 ff.

2458 OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 42 ff.

2459 OECD, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises (1986), S. 17 ff.

2460 OECD, OECD Guidelines for MNEs (1997), S. 19 ff.

2461 OECD, OECD Guidelines for MNEs (1997), S. 16, 19.

2462 OECD Dok. DAFE/IME/WPG(2000)15/FINAL.

2463 Vgl. auch das Schlussfolgerungsverbot (Art. 3 S. 2 RatsE-Leitsätze 1979, Art. II-4 S. 3 RatsE-Leitsätze 2023). Es untersagt dem Ausschuss, Schlussfolgerungen zum Verhalten eines einzelnen Unternehmens zu treffen.

2464 Näher: Kapitel 3 C. I., Kapitel 7 B. I. und II. I.

2465 *Blanpain*, Badger Case (1977); *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979); *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983); *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985).

bis 2000 fehlt eine ausführliche Dokumentation der Klarstellungen des Ausschusses. Ich habe mich in Tabelle 4 in Kapitel 7 um eine Rekonstruktion bemüht. Das halbe Dutzend Klarstellungen und Antworten in Rügeverfahren ab dem Jahr 2000 ist hingegen im Originalwortlaut verfügbar. Die Dokumente finden sich jedoch verstreut in den Jahresberichten der Leitsätze,²⁴⁶⁶ auf Webseiten Dritter²⁴⁶⁷ oder der OECD^{2468, 2469}. Zumindest für Klarstellungen ist eine Veröffentlichung auf der Webseite der OECD eigentlich explizit vorgesehen.²⁴⁷⁰ Diese Vorgabe wird bedauerlicherweise missachtet. Eine einfach zugängliche Auflistung aller Aussprüche des Investitionsausschusses fehlt,²⁴⁷¹ sodass die regelmäßige Durchsicht der Jahresberichte unerlässlich ist.

2. Nationale Kontaktstellen

Bis zur umfassenden 2000er Überarbeitung der Leitsätze, existierten viele NKSen faktisch nicht (vgl. Kapitel 3 C. I.). Die wenigen vorhandenen Aussprüche wurden von *Blanpain* bis zum Jahr 1984 dokumentiert.²⁴⁷² Für den Zeitraum von 1985 bis 2000 finden sich allenfalls grobe Schätzungen zur Anzahl der NKS-Fälle;²⁴⁷³ inhaltlich ist zu diesen Fällen kaum mehr als einzelne Schlagworte bekannt.

Mit der Novellierung des NKS-Systems durch die 2000er Überarbeitung hat sich die Situation grundlegend geändert. Heutzutage besteht ein spA-Verfahren aus drei Etappen (erste Evaluierung, vertiefte Prüfung, Wiedervorlage), zu denen idealerweise jeweils eine getrennte Veröffentlichung der NKS erfolgt. Die Entwicklung der Veröffentlichungspflichten in Bezug auf

2466 OECD:CIME:2004:CIME-20-CL; OECD:IC:2005:IC-1-CL.

2467 OECD:IC:2018:IC-2-SS ist über die Webseite der AU-NKS und OECD:IC:2021:IC-3-CL über TUACs Webseite zugänglich.

2468 OECD:IC:2022:IC-4-SS; OECD:IC:2024:IC-5-CL; OECD:IC:2024:IC-6-SS; OECD:IC:2024:IC-7-CL.

2469 Fundstellen gebe ich im Verzeichnis der zitierten Aussprüche zu Beginn dieser Arbeit an.

2470 UmVerf-Ko 2023, Rn. 59.

2471 Eine unvollständige Liste der Antworten in Rügeverfahren war bis zur Neugestaltung der OECD-Webseite im Jahr 2025 hier einsehbar: <https://web.archive.org/web/20250512233903/https://mneguidelines.oecd.org/ncps/ncp-capacity-building.htm>.

2472 Vgl. Fußnote 2465. Die Dokumentation ist aber möglicherweise unvollständig.

2473 Siehe Fußnote 506 in Kapitel 3.

diese drei Verfahrensetappen sind in der nachfolgenden Tabelle 7 übersichtlich dargestellt.²⁴⁷⁴

Für Veröffentlichungen zur ersten Evaluierung ist zwischen den Situationen zu unterscheiden, in denen die Beschwerde zur vertieften Prüfung angenommen wird, und denjenigen, in denen sie abgelehnt wird. Eine Veröffentlichung ist nur dann verpflichtend, wenn die Beschwerde abgelehnt wird. Die Vorgaben folgen hier dem Grundsatz, dass eine Veröffentlichung nur bei Beendigung des Falles (also bei Ablehnung der Beschwerde oder am Ende der vertieften Prüfung) erforderlich ist.²⁴⁷⁵ Wird die Beschwerde zur vertieften Prüfung als der zweiten Verfahrensetappe angenommen, ist eine Zwischenveröffentlichung zur ersten Evaluierung fakultativ,²⁴⁷⁶ wird aber empfohlen.²⁴⁷⁷ Für den Zeitraum von 2000 bis 2015 konnte die OECD feststellen, dass nur wenige NKSen von der Möglichkeit einer fakultativen Zwischenveröffentlichung zur ersten Evaluierung Gebrauch machen.²⁴⁷⁸ Erfolgt bei Annahme der Beschwerde keine fakultative Zwischenveröffentlichung zur ersten Evaluierung, ist zumindest für den Fall, dass sich die Parteien *nicht* einigen, sichergestellt, dass eine Subsumtion der NKS unter die Annahmeveraussetzungen in der das Verfahren beschließenden Abschlusserklärung erfolgt.²⁴⁷⁹ Einigen sich die Parteien hingegen, ist die Subsumtion unter die Annahmeveraussetzungen kein Pflichtbestandteil der Abschlusserklärung.²⁴⁸⁰

2474 Diese Tabelle bezieht sich nur auf die Pflicht zur Veröffentlichung eines Ausspruchs (das „Ob“), nicht aber die Vorgaben zum Inhalt dieses Ausspruchs. Letzteres ist eine Frage der Pflichtangaben in Aussprüchen, auf die unter C. I. 2. a) einzugehen sein wird.

2475 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 78.

2476 UmVerf-Ko 2023, Rn. 41; *Mestad*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 165 (168).

2477 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 43: „good practice“; siehe auch: *Mestad*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 165 (168): Die Veröffentlichung der ersten Evaluierung stelle Öffentlichkeit her und erschwere es so einem Beschwerdegegner, seine konstruktive Beteiligung an der vertieften Prüfung zu verweigern.

2478 OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 15.

2479 Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023: „*This statement should at a minimum describe [...] the reasons why the NCP decided that the issues raised warranted further examination [...].*“ Diese Pflichtangabe verlangt eine Subsumtion unter die Annahmeveraussetzungen (OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 46).

2480 Vgl. Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023.

Tabelle 7: Veröffentlichungspflichten der NKSen

Veröffentli- chungspflicht in Bezug auf	Veröffentlichungspflichten mit Stand der Regelungen der Umset- zungsverfahren aus dem Jahr		
	2000	2011	2023
Erste Evaluierung (<i>initial assessment</i>)	Bei Ablehnung der Beschwerde:		
	Nicht reguliert ²⁴⁸¹	Verpflichtend ²⁴⁸²	Verpflichtend ²⁴⁸³
	Bei Annahme der Beschwerde:		
	Nicht reguliert ²⁴⁸⁴	Erlaubt, aber nicht verpflichtend ²⁴⁸⁵	Erlaubt, aber nicht verpflichtend ²⁴⁸⁶
Abschlussklärung (<i>final statement</i>)	Bei Einigung der Parteien:		
	Nicht reguliert ²⁴⁸⁷	Verpflichtend ²⁴⁸⁸	Verpflichtend ²⁴⁸⁹
	Bei fehlender Einigung der Parteien:		
	Verpflichtend ²⁴⁹⁰	Verpflichtend ²⁴⁹¹	Verpflichtend ²⁴⁹²
Wiedervorlagebericht (<i>follow up report</i>)	Bereits das Wieder- vorlageverfahren an sich war nicht vorgese- hen ²⁴⁹³	Nicht reguliert ²⁴⁹⁴	Empfohlen ²⁴⁹⁵

Für Abschlussklärungen, also Veröffentlichungen zur zweiten Verfahrensetappe, war bis zur 2011er Überarbeitung zu unterscheiden, ob sich die Parteien einigen konnten oder nicht. Mittlerweile ist eine Veröffentlichung in beiden Situationen verpflichtend.²⁴⁹⁶ Ein Bericht zur Wiedervorlage wird

2481 Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 198 f.

2482 Art. I-C-3 lit. a) Verfahrensanleitungen 2011.

2483 Art. I-C-4 lit. a) Verfahrensregelungen 2023.

2484 Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 198 f.

2485 UmVerf-Ko 2011, Rn. 33: *may*; OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 14; OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 43: „*good practice*“.

2486 UmVerf-Ko 2023, Rn. 41: *may*. *Notabene*: *May* signalisiert einen Hinweis, ist also schwächer als eine Erwartung oder Empfehlung (UmVerf-Ko 2023, Rn. 1).

2487 Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 198 f.

2488 Art. I-C-3 lit. b) Verfahrensanleitungen 2011.

2489 Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023.

2490 Art. I-C-3 Verfahrensanleitungen 2000.

2491 Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensanleitungen 2011.

2492 Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023.

2493 Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 201 f.: Vereinzelte NKSen führten trotzdem ein Wiedervorlageverfahren durch.

2494 Vgl. OECD, Follow Up Guide (2019), S. 15 f.

2495 Art. I-C-5 S. 2 Verfahrensregelungen 2023: *should*. *Notabene*: *Should* signalisiert eine Empfehlung (UmVerf-Ko 2023, Rn. 1).

2496 Art. I-C-4 lit. b) und c) Verfahrensregelungen 2023.

erst seit der 2023er Überarbeitung empfohlen, ist aber immer noch nicht verpflichtend.²⁴⁹⁷ Wiedervorlageberichte wurden bis zur 2023er Überarbeitung nicht immer veröffentlicht. Eine Studie aus dem Jahr 2019 zeigt, dass von den 42 zur Wiedervorlage vorgesehen Verfahren aus dem Zeitraum zwischen 2011 und Oktober 2019 nur in 19 Fällen ein Wiedervorlagebericht veröffentlicht wurde, wobei die Frist für diesen Bericht in 13 Fällen noch nicht abgelaufen war.²⁴⁹⁸

Diese spezifischen Veröffentlichungsvorgaben für NKSen, wie sie in Tabelle 7 dargestellt sind, sind eingebettet in das Effektivitätskriterium der Transparenz (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 3 Verfahrensregelungen 2023). Diesem Kriterium kommt wegen der umfassenden Regelungen allerdings nur noch eine lückenfüllende Funktion zu.

Bis zur 2011er Überarbeitung konnten sich NKSen auf Vorgaben in den Verfahrensanleitungen 2000 berufen, die ihnen die Übergewichtung von Vertraulichkeitsbelangen ermöglicht²⁴⁹⁹ und, wie in Tabelle 7 gezeigt, keine klaren Veröffentlichungspflichten auferlegt haben. Für Verfahren ab dem Jahr 2011 hat sich die Lage bedeutend verbessert, da nunmehr detaillierte Veröffentlichungsvorgaben gemacht wurden. Außerdem wurde der Grundsatz aufgestellt, dass im Zweifel eine Veröffentlichung zu erfolgen hat.²⁵⁰⁰ Spätestens mit der 2023er Überarbeitung wurde deutlich, dass sich Vertraulichkeitserwägungen nur noch in Bezug auf vereinzelte Informationen oder zeitlich begrenzt (für die Dauer eines noch laufenden Verfahrens) durchsetzen sollen, nicht aber in Bezug auf die Veröffentlichung eines Ausspruchs in seiner Gesamtheit (vgl. Art. I-C-6 f. Verfahrensregelungen 2023).²⁵⁰¹

Diese schrittweise Verschärfung lässt sich auch in der Praxis nachvollziehen. Vor allem während der 2000er Jahre wurden nicht alle Ausspruchtexte veröffentlicht. Die zu Beginn dieser Arbeit in Kapitel 1 vorgestellte Tabelle 1 verdeutlicht, dass ungefähr einhundert Fälle existieren, zu denen sich (auch jenseits der OECD-Datenbank) keine Ausspruchtexte finden lassen.²⁵⁰² Zu diesen Verfahren ist der OECD-Datenbank über die Tatsache ihrer

2497 Art. I-C-5 S. 2 Verfahrensregelungen 2023.

2498 OECD, Follow Up Guide (2019), S. 6, II f., 15.

2499 Art. I-C-4 lit. a) und b) Verfahrensanleitungen 2000; UmVerf-Ko 2000, Rn. 19, 21.

2500 Vgl. UmVerf-Ko 2011, Rn. 31.

2501 Vergleiche die Formulierungen in Art. I-C-4 Verfahrensanleitungen 2011 (*The NCP will „[...] take appropriate steps to protect sensitive business and other information [...]“*) und in Art. I-C-6 Verfahrensregelungen 2023 (*The NCP will „[...] Act with transparency [...]“*) die ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis nahelegen.

2502 Diese Zahl beinhaltet allerdings noch einige laufende Verfahren, zu denen sich nur vorläufig keine Ausspruchtexte finden lassen.

Existenz hinaus nur das Verfahrensergebnis und allenfalls ein kurzer Satz zur Begründung zu entnehmen. Die prekäre Veröffentlichungspraxis der Nullerjahre spiegelt sich in kritischen Einlassungen der Literatur wider.²⁵⁰³ Etwas später konnte die OECD die etwas positivere Feststellung treffen, dass die meisten (aber nicht alle) NKSen ihren Veröffentlichungspflichten nachkämen.²⁵⁰⁴ Seither, so mein persönlicher Eindruck, hat sich die Veröffentlichungspraxis weiter verbessert.

Abschließend sei angemerkt, dass die Verletzung der Veröffentlichungspflichten rügefähig ist. Sie ist also tauglicher Antragsgegenstand eines Rügeverfahrens vor dem Investitionsausschuss (Art. II-2 lit. b) Verfahrensregelungen 2023; vgl. Kapitel 7 C.). Das von TUAC gegen die türkische NKS angestrengte Rügeverfahren belegt dies:²⁵⁰⁵ Der Investitionsausschuss stellte hier fest, dass die TR-NKS ihren Veröffentlichungspflichten unter anderem wegen Auslassung einzelner Pflichtangaben nicht nachgekommen sei,²⁵⁰⁶ und erinnerte sie daran, dass sie bei der Abfassung ihrer Veröffentlichungen einer Wahrheitspflicht unterliege.²⁵⁰⁷

II. Begünstigende Faktoren

Für begünstigende Faktoren im Bereich der Zugänglichkeit der Entscheidung fungiert das Effektivitätskriterium der Transparenz (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 3 Verfahrensregelungen 2023) als Leitgedanke, weil die Vorgaben der OECD für NKSen insofern unspezifisch sind. Für die begünstigenden Faktoren können folgende Punkte betrachtet werden:

2503 Utz, OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen (2006), S. 74; speziell zur damaligen Praxis der US-NKS: *Franciose*, Boston College International and Comparative Law Review 30 (2007), 223 (229 ff.); *Davarnejad*, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (366 ff.); *Schliemann*, GLJ 13 (2012), 51 (69); *Oshionebo*, Lewis & Clark Law Review 17 (2013), 545 (579 f.).

2504 OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 15.

2505 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 44 ff.

2506 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 46, 51.

2507 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 39.

1. Sprachfassungen

Die Veröffentlichung der Aussprüche in einer der Amtssprachen der OECD (Englisch und Französisch)²⁵⁰⁸, insbesondere Englisch, entspricht dem Effektivitätskriterium der Transparenz.²⁵⁰⁹ Einige NKSen (vor allem spanischsprachige) veröffentlichen ihre Aussprüche allerdings nicht in einer der offiziellen Sprachen der OECD und bieten nur in einzelnen Fällen Höflichkeitsübersetzungen an. Manche dieser NKSen veröffentlichen systematisch keine Dokumente in einer der offiziellen OECD-Sprachen, andere NKSen lassen nur einen größeren Teil ihrer Beschwerden nicht übersetzt. Wiederum andere NKSen verzichten nur im Einzelfall (etwa bei sehr kurzen Dokumenten wie bei Ablehnung einer Beschwerde) auf eine Übersetzung. In manchen Fällen werden Übersetzungen erst nach mehrmonatiger Verzögerung bereitgestellt. Bei Betrachtung aller spA-Verfahren ist die Quote der nicht in Englisch oder Französisch vorliegenden Dokumente allerdings eher gering.²⁵¹⁰ Tabelle 1 in Kapitel 1, in der ich die in dieser Arbeit ausgewerteten Fälle vorgestellt habe, unterstreicht dies.²⁵¹¹

2. Zitierweise

Die Zugänglichkeit der Aussprüche der NKSen wird dadurch gehemmt, dass sich noch keine einheitliche Zitierweise durchgesetzt hat.²⁵¹² Bis auf die brasilianische, die australische und die französische NKSen vergeben NKSen keine Aktenzeichen für ihre Fälle. Die Suche eines Falls auf Basis der Beschwerdeführer und -gegner ist aus mehreren Gründen häufig wenig

2508 OECD, Rules of Procedure (2013), Regel 27 lit. a). Ich stelle hier lediglich aus Gründen der Sachnähe auf die Amtssprachen der OECD ab, da sie zugleich die geläufigsten Sprachen des Völkerrechts sind. NKSen sind nicht an die Sprachregelungen der OECD gebunden.

2509 OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA, S. 17 (engl. Fassung); OECD:CL-NCP:2022:CL-17-FS, Rn. 62.

2510 Im Ergebnis auch: *Bağlayan*, Nordic J Human Rights 36 (2018), 371 (383 f.).

2511 In dieser Tabelle habe ich allerdings nur zwischen mir verständlichen Sprachen, zu denen neben den Amtssprachen der OECD auch Deutsch und Italienisch zählen, und unverständlichen Sprachen getrennt. Die Zahl der nur auf Deutsch und auf Italienisch verfassten Fälle dürfte aber nicht höher als drei Dutzend liegen.

2512 *Buhmann*, Nordic J Human Rights 36 (2018), 390 (402).

erfolgreich. So können die Parteien anonym bleiben.²⁵¹³ Häufig werden die Fälle auch unter verschiedenen Namen geführt, weil Abkürzungen institutioneller Namen benutzt werden, weil institutionelle Namen mal originalsprachlich oder mal übersetzt genannt werden oder auf Ko-Beschwerdeführer oder verschiedene Entitäten eines beklagten MNU abgestellt wird. Eine Identifizierung nach Datum ist gleichfalls nicht eindeutig, weil mal nach Beschlussdatum und mal nach Datum der Veröffentlichung der Entscheidung zitiert wird. Letztlich führt nur die kumulierte Anwendung mehrerer Kriterien zu einer eindeutigen Identifizierung der Dateien. Für dieses Forschungsprojekt habe ich deshalb ein eigenes Zitiersystem entwickeln müssen.²⁵¹⁴

Die Zitierbarkeit ist ferner dadurch beeinträchtigt, dass von manchen Dokumenten unterschiedliche Fassungen im Umlauf sind. Das betrifft insbesondere verschiedene Sprachfassungen oder Paginierungen. Die wenigsten NKSen versehen ihre Entscheidungen mit Rand- oder Absatznummern. Andere Entscheidungen sind weder paginiert noch nummeriert und können deshalb nur in ihrer Gesamtheit zitiert werden.

3. Langzeitarchivierung

Eine systematische Langzeitarchivierung der Aussprüche ist nicht gewährleistet. Die OECD stellt in ihrer Datenbank nur für einen Bruchteil der Entscheidungen Dokumente bereit. Regelmäßig verlinkt sie die Entscheidungen auf den Webseiten der NKSen. Diese Links werden häufig zu Totlinks. Dokumente gehen oft verloren. Nur manche NKSen verfügen über Archivseiten (insbesondere: US-NKS,²⁵¹⁵ UK-NKS²⁵¹⁶). Bei der dänischen NKS erfolgt das Löschen von Dokumenten sogar planmäßig: Konnte sie im Wiedervorlageverfahren feststellen, dass der Beschwerdegegner die empfohlenen Maßnahmen oder die Parteieinigung umgesetzt hat, entfernt

2513 Die Anonymisierung ist insbesondere möglich bei abgelehnten Beschwerden (UmVerf-Ko 2023, Rn. 40) oder zur Verhinderung von Repressalien gegen Verfahrensparteien (UmVerf-Ko 2023, Rn. 27).

2514 Siehe die Hinweise zur Zitierweise zu Beginn dieser Arbeit.

2515 <https://2009-2017.state.gov/e/eb/oecd/usncp/index.htm> (zuletzt abgerufen am 6. Februar 2026).

2516 <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20121024214216/http://www.bis.gov.uk/policies/business-sectors/green-economy/sustainable-development/corporate-responsibility/uk-ncp-oecd-guidelines/cases> (zuletzt abgerufen am 6. Februar 2026).

sie die Verfahrensdokumente von ihrer Webseite.²⁵¹⁷ Ein Abdruck von NKS-Aussprüchen in juristischen Fachzeitschriften erfolgt, soweit ersichtlich, nur sehr selten. Zu erwähnen ist die Zeitschrift *International Labor Rights Case Law* (ILARC), die etwa ein halbes Dutzend bis ein Dutzend an NKS-Entscheidungen veröffentlicht hat,²⁵¹⁸ sich dabei – ihrem Namen entsprechend – indes auf NKS-Entscheidungen zu arbeitsrechtlichen Fragen beschränkt. Ältere Entscheidungen sind bisweilen auch in den Jahresberichten der Leitsätze abgedruckt worden.²⁵¹⁹

Bemerkenswert ist, dass der Investitionsausschuss schon in zwei Rügeverfahren aufgerufen war, sich kritisch zur Praxis nachträglicher Änderungen an Aussprüchen durch NKSen zu äußern. Im Verfahren gegen die kanadische NKS hat er die nachträgliche Abänderung einer veröffentlichten Entscheidung untersagt, sofern nicht „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen (*exceptional circumstances*).²⁵²⁰ Im Verfahren gegen die türkische NKS präzisierte er dies dahingehend, dass ein Austausch veröffentlichter Aussprüche, die unrichtige Informationen enthalten, angezeigt ist, insbesondere wenn die Entscheidung der NKS auf diesen unrichtigen Informationen basiert.²⁵²¹

4. Falldatenbanken

Mittlerweile gibt es mehrere Falldatenbanken zu NKS-Aussprüchen. Zusätzlich zur umfassenden offiziellen OECD-Datenbank²⁵²² gibt es themenspezifische Datenbanken, die jeweils nur einen Ausschnitt aller Fälle erfassen.

2517 OECD, Follow Up Guide (2019), S. 17; <https://ncp-danmark.dk/complaints-handled> (Fälle seien maximal fünf Jahre abrufbar; zuletzt abgerufen am 6. Februar 2026). Die Dokumente bleiben dank der „Wayback Machine“ des „Internet Archive“ oder der Falldatenbank von OECD Watch oder der OECD meistens dennoch auffindbar.

2518 Siehe beispielsweise: OECD:CL-NCP:2015:CL-8-FS; OECD:KR-NCP:2015:KR-12-IA; OECD:DK-NCP:2016:DK-15-FS; OECD:BE-NCP:2020:BE-21-FS; OECD:CL-NCP:2020:CL-14-FS.

2519 Siehe beispielsweise OECD, Annual Report 2012 (2012), S. 59 ff. Der Jahresbericht für das Jahr 2013 enthielt hingegen nur noch Zusammenfassungen (OECD, Annual Report 2013 (2013), S. 82 ff.).

2520 OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 32.

2521 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 39.

2522 <https://mneguidelines.oecd.org/database/> (zuletzt abgerufen am 6. Februar 2026).

sen.²⁵²³ Zu nennen sind die Datenbank von OECD Watch, die von Nichtregierungsorganisationen initiierte Verfahren erfasst,²⁵²⁴ die Datenbank der Universität Erlangen-Nürnberg, insbesondere zu menschenrechtlichen und umweltbezogenen Verfahren,²⁵²⁵ und eine auf *Climate Change Litigation* spezialisierte Datenbank der Columbia Law School²⁵²⁶.

Mit der 2011er Überarbeitung wurde das OECD-Sekretariat beauftragt, die Falldatenbank der OECD zu errichten und aktuell zu halten (heute: Art. II-5 lit. b) Verfahrensregelungen 2023). Aus dem Transparenzgrundsatz (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 3 Verfahrensregelungen 2023) ergibt sich, dass NKSen dem OECD-Sekretariat zeitnah Informationen über ihre abgeschlossenen und gegebenenfalls auch ihre anhängigen Fälle zukommen lassen sollen.²⁵²⁷ Spätestens in ihrem Jahresbericht hat eine NKS über sämtliche ihrer Fälle Bericht zu erstatten (Art. I-E-2 Verfahrensregelungen 2023).²⁵²⁸ Seit einigen Jahren sind die Einträge der OECD-Datenbank durchsuchbar und thematisch verschlagwortet.²⁵²⁹

III. Fazit

Die Zugänglichkeit der NKS-Aussprüche hat sich in den letzten Jahren beständig verbessert. Die unabdingbare Voraussetzung, dass NKS-Aussprüche veröffentlicht werden, ist – anders als noch zu Beginn des Jahrtau-

2523 Eine Falldatenbank von TUAC zu den von Gewerkschaften initiierten Verfahren wurde zwischenzeitlich eingestellt (<http://web.archive.org/web/20190911143355/http://www.tuaoecdmguidelines.org:80/cases.asp>). Für eine Übersicht über die Unterschiede zwischen der OECD-Datenbank, der OECD Watch-Datenbank und der ehemaligen TUAC-Datenbank siehe: *OECD, The NCPs from 2000 to 2015* (2016), S. 34, 36 f.

2524 <https://www.oecdwatch.org/complaints-database/> (zuletzt abgerufen am 6. Februar 2026).

2525 <https://oecdaselaw.com/statements> und <https://oecdaselaw.com/statements/about> (zuletzt abgerufen am 6. Februar 2026).

2526 <https://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/oecd/> (zuletzt abgerufen am 6. Februar 2026).

2527 OECD:AR-NCP:2021:AR-5-FS, Rn. 27; OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA, S. 17 (engl. Fassung); OECD:CL-NCP:2022:CL-17-FS, Rn. 62.

2528 UmVerf-Ko 2023, Rn. 53.

2529 Vgl. *OECD, NCP Action Plan 2022–2024* (2022), S. 7, 13. Zur Datenqualität und zu praktischen Schwierigkeiten im Umgang mit früheren Versionen der Datenbank: *Buhmann*, *Nordic J Human Rights* 36 (2018), 390 (399 f.) und *Bağlayan*, *Nordic J Human Rights* 36 (2018), 371 (381 f.).

sends –²⁵³⁰ zu bejahen. Insofern besteht kein Hinderungsgrund mehr für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis.

Betrachtet man hingegen die begünstigenden Faktoren, besteht Raum für Verbesserung, wobei positive Entwicklungen erkennbar sind. Sollte das NKS-Fallrecht noch mehr Aufmerksamkeit erhalten, ist mit einer weiteren Professionalisierung zu rechnen und wird man auf einheitliche Standards für Zitierbarkeit und Langzeitarchivierung hoffen dürfen. Die Erstellung der OECD-Falldatenbank, die (soweit ich dies beurteilen kann) qualitativ hochwertige Daten enthält, hat die Informationsversorgung schon jetzt entscheidend verbessert und die Auffindbarkeit von Fällen erheblich gesteigert. Rezipieren NKSen die Fälle anderer NKSen, zitieren sie immer öfter nach dieser Datenbank.²⁵³¹ Wünschenswert wäre aber eine eindeutige Identifizierbarkeit der NKS-Fälle auf Basis eines offiziellen und permanenten Identifikators, der nach einem Ort der Langzeitarchivierung auflösbar ist (etwa: Europäischer Urteilsidentifikator, *Digital Object Identifier*). Idealerweise sollte dies gebündelt und einheitlich auf OECD-Ebene erfolgen. Zumindest sollte sich die Vergabe eindeutiger Aktenzeichen als Standard unter NKSen etablieren.

C. Inhalt

I. Unabdingbare Voraussetzung der subsumtionsbasierten Begründung

Damit der Ausspruch einer NKS zur Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis beitragen kann, muss eine NKS eine „klare Subsumtionsleistung“²⁵³² erbringen. Fehlende, oberflächliche oder in anderer Weise mangelhafte Subsumtionen durch NKSen sind ein seit Längerem beklagtes Problem.²⁵³³ Für eine Präcedenzwirkung bedarf es einer Begründung, die auf der Auslegung und Anwendung der Leitsätze beruht. Nur dann ist

2530 Beispielsweise *Franciose*, Boston College International and Comparative Law Review 30 (2007), 223 (233) hält fest, dass eine Analyse der Aussprüche der US-NKS wegen der ungenügenden Datenlage nicht möglich war.

2531 Siehe beispielsweise: OECD:FR-NCP:2016:FR-21-FS, Fn. 4 und 5; OECD:NL-NCP:2019:NL-33-IA, Fn. 4, 5, 11; OECD:UK-NCP:2020:UK-56-IA, Fn. 6, 8.

2532 *Krajewski* u. a., *ZaöRV* 76 (2016), 309 (333); vgl. auch *Davarnejad*, *Journal of Dispute Resolution* 2011, 351 (383), die eine „*professional examination*“ mit ausreichendem Informations- und Erklärungsgehalt verlangt.

2533 *Davarnejad*, *Journal of Dispute Resolution* 2011, 351 (368); *Schliemann*, *GLJ* 13 (2012), 51 (85).

eine verallgemeinerungsfähige inhaltliche Grundlage gegeben, die nachfolgenden NKSen als Referenzmaterial dienen kann.²⁵³⁴

1. Investitionsausschuss

Dass eine solche Begründung oder klare Subsumtionsleistung nicht vorausgesetzt werden kann, offenbart ein Blick in die Historie. Schon früh wurden die Klarstellungen CIMEs als vage und nicht weiterführend kritisiert.²⁵³⁵ Jüngeren Klarstellungen des Investitionsausschusses kann dieser Vorwurf indes nicht mehr gemacht werden. Darauf bin ich schon in Kapitel 7 B. IV. 3. eingegangen.

Wie schwierig es sein kann, aus einer Klarstellung eine Begründung zu extrahieren und ihre Präzedenzsignung festzustellen, illustriert die Diskussion zur Präzedenzwirkung des allerersten Falls der Umsetzungsverfahren der Leitsätze, des *Badger*-Falls²⁵³⁶ aus dem Jahr 1977. Nach öffentlichem Druck und einer Befassung von CIME wurde der zugrundeliegende Streit im Wege einer Einigung zwischen den Parteien beigelegt: *Badgers* Muttergesellschaft verpflichtete sich zu einer Kapitalerhöhung der von ihr beherrschten Tochter, damit die Abfindungsansprüche der von *Badger* massenhaft entlassenen Belegschaft nicht aus der Insolvenzmasse bedient werden mussten.²⁵³⁷ Inhaltlich betraf *Badger* die Frage, ob sich aus dem Kooperationsgebot²⁵³⁸ im heutigen Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023, das die Entitäten eines MNUs zur Zusammenarbeit anhält, eine finanzielle Einstandspflicht einer Muttergesellschaft ableiten lässt.²⁵³⁹ CIME ließ die Frage in einer gewundenen Formulierung letztlich offen, nahm die Einigung aber wohlwollend zur Kenntnis.²⁵⁴⁰ Während manche Autoren in dieser „Fallpraxis“

2534 Krajewski u. a., ZaöRV 76 (2016), 309 (333).

2535 Vogelaar, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 127 (139).

2536 Blanpain, *Badger Case* (1977).

2537 Blanpain, *Badger Case* (1977), S. 124 ff.

2538 Näher: Kapitel 15 C. III.

2539 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39, 41 f.

2540 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 42: „For this reason, in the view of the Committee, the behaviour recommended by the Guidelines in this context cannot be seen in a legal framework and does not imply an unqualified principle of parent company responsibility. Nonetheless, the Committee has noted that parent companies on a voluntary basis have assumed in certain cases such financial responsibility for a subsidiary. The Committee considers generalization in this area difficult, but the question of such responsibility as a matter of good management

erkennen wollen, dass sich „eine praktische Verfestigung der Verhaltenspflichten von herrschenden Unternehmen abzeichnet“;²⁵⁴¹ verwerfen andere die Relevanz dieses Falles kategorisch, weil die Lösung im Vergleichswege gefunden worden sei und keine normbasierte Auseinandersetzung mit der aufgeworfenen Streitfrage stattgefunden habe.²⁵⁴² Andere sehen in dem Umstand, dass eine billige Lösung im Vergleichs- oder Schlichtungswege gefunden worden sei, keinen Hinderungsgrund für eine Präzedenzwirkung, da die im Ausschuss vertretenen Staaten den (faktischen) Haftungsdurchgriff gebilligt hätten.²⁵⁴³ Steeg, erste Vorsitzende CIMEs,²⁵⁴⁴ hält fest, dass die Lösung des Haftungsdurchgriffs im *Badger*-Fall nicht zum Bestandteil der Leitsätze gemacht worden sei, dass sie aber späteren Diskussionen Orientierung bieten und Einfluss auf das Rechtsdenken nehmen werde.²⁵⁴⁵

2. Nationale Kontaktstellen

Die primäre Aufgabe einer NKS besteht darin, einen Streit einvernehmlich und auf pragmatische Weise zu lösen; das erfordert nicht zwingend eine gut begründete Auslegung und präzise Anwendung der Leitsätze.²⁵⁴⁶ Ob und inwieweit eine NKS gehalten ist, eine „klare Subsumtionsleistung“ zu erbringen, hängt vom Ausgang des Verfahrens und von ihrem Rollenverständnis ab. Dazu müssen die subsumtionsrelevanten Pflichtangaben in den Aussprüchen der NKSen (a)) wie auch die möglichen Verfahrensausgänge näher betrachtet werden (b)).

practice [...] consistent with observance of the Guidelines, could arise in special circumstances.“

2541 Horn, *RabelsZ* 44 (1980), 423 (437), aber vornehmlich in Bezug auf nichtfinanzielle Pflichten einer Muttergesellschaft.

2542 Kuntz, *Conceptualising Transnational Corporate Groups* (2017), S. 107 f.

2543 Seidl-Hohenveldern, *RdC* 163 (1979), 169 (209–211): Auch mit Überlegungen zur gewohnheitsrechtlichen Relevanz der Praxis des Ausschusses.

2544 OECD Observer Nr. 82 (Juli 1976), 9 (15).

2545 Steeg, *ZGR* 14 (1985), 1 (13 f.).

2546 Vgl. Kaufmann, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 175 (184).

a) Pflichtangaben in Aussprüchen

Grundsätzlich folgt aus den Effektivitätskriterien der Rechenschaftspflicht und der Transparenz,²⁵⁴⁷ dass eine NKS ihre Entscheidungen begründen sollte.²⁵⁴⁸ Welche Pflichtangaben in den Ausspruch einer NKS aufzunehmen sind, ist mit der 2011er und der 2023er Überarbeitung detailliert geregelt worden. Die Missachtung dieser Pflichtangaben kann vor dem Investitionsausschuss gerügt werden.²⁵⁴⁹ Einzig für Wiedervorlageberichte bestehen keine Pflichtangaben.²⁵⁵⁰ Insgesamt sind vier verschiedene Konstellationen (zwei in Bezug auf die erste Evaluierung und zwei in Bezug auf die vertiefte Prüfung) zu unterscheiden.

(i) Lehnt eine NKS eine Beschwerde ab, hat sie eine erste Evaluierung zu veröffentlichen (Art. I-C-4 lit. a) Verfahrensregelungen 2023). Zu den subsumtionsrelevanten Pflichtangaben zählen Angaben zu den Streitfragen, zu den Positionen der Parteien und zählt die Begründung der NKS für ihre ablehnende Entscheidung. Letzteres erfordert eine Subsumtion unter die Annahmeveraussetzungen. Laut Investitionsausschuss sind diese Angaben im Lichte des Effektivitätskriteriums der Transparenz (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 3 Verfahrensregelungen 2023) auszulegen und verlangen eine klare und umfassende Begründung (*clear and comprehensive reasoning*).²⁵⁵¹

(ii) Nimmt die NKS die Beschwerde zur vertieften Prüfung an, ist sie erst am Ende dieser dann folgenden zweiten Verfahrensetappe zu einer Veröffentlichung über die Ergebnisse des Verfahrens verpflichtet (Art. I-C-4 lit. b) und c) Verfahrensregelungen 2023). Die Mitteilung eines Zwischenstands, also der Veröffentlichung über die erste Evaluierung, ist hier fakultativ.²⁵⁵² Der Investitionsausschuss *empfiehlt* lediglich eine Subsumtion unter die Annahmeveraussetzungen.²⁵⁵³ Ob eine Subsumtion unter die Annahmeveraussetzungen verpflichtend ist, hängt damit vom Ausgang der vertieften Prüfung und den insofern bestehenden Pflichtangaben ab.

2547 Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 3 und 4 Verfahrensregelungen 2023.

2548 OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 31; OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 20; OECD:IE-NCP:2023:IE-8-1A, Rn. 21.

2549 Vgl. OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 44 ff.

2550 Üblich ist es aber, dass die NKS den Umsetzungsstand ihrer Empfehlungen durch den Beschwerdegegner angibt (OECD, Follow Up Guide (2019), S. 16).

2551 OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 31.

2552 UmVerf-Ko 2023, Rn. 41.

2553 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 43; OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 14.

Am Ende der vertieften Prüfung veröffentlicht die NKS eine Abschlusserklärung. (iii) Können sich die Parteien nicht einigen, ist die Abschlusserklärung ausführlicher abzufassen (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Zu den subsumtionsrelevanten Pflichtangaben zählt ebenfalls die Darstellung der Streitfragen und der Positionen der Parteien. Das verlangt eine detaillierte Beschreibung dieser Punkte und die Nennung der einschlägigen Leitsätze.²⁵⁵⁴ Darüber hinaus ist die Entscheidung, die Beschwerde zur vertieften Begründung anzunehmen, zu begründen. Das erfordert die Subsumtion der Beschwerde unter die Annahmeveraussetzungen.²⁵⁵⁵

(iv) Können sich die Parteien einigen, bestehen nur wenige Vorgaben für die Abschlusserklärung (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023). Jenseits der Darstellung der Streitfragen und der Positionen der Parteien gibt es keine subsumtionsrelevante Pflichtangaben. Insbesondere hat eine Darstellung des Inhalts der Einigung der Parteien zu unterbleiben, wenn die Parteien ihre Zustimmung hierzu verweigern. Es ist auch nicht erforderlich, dass die NKS begründet, weshalb sie die Beschwerde zur vertieften Prüfung angenommen hat.

Festzuhalten ist folglich: Wird die Beschwerde abgelehnt, ist eine Subsumtion unter die Annahmeveraussetzungen zu veröffentlichen. Wird sie angenommen, besteht nur dann keine Pflicht zur Veröffentlichung dieser Subsumtion, wenn sich die Parteien einigen. Eine klare Subsumtion der Streitfragen unter die Leitsätze wie auch eine inhaltliche Stellungnahme der NKS zur Begründetheit der Beschwerde, ist hingegen nie Teil der Pflichtangaben.

b) Verfahrensergebnisse

Ob und wie weit sich eine NKS auf eine meritorisch-inhaltliche Würdigung der Beschwerde einlässt, hängt vielmehr von ihrer Mandatsauffassung und davon ab, ob sie von ihrer Möglichkeit, Empfehlungen und Feststellungen auszusprechen, Gebrauch macht. Schon in Kapitel 6 C. III. habe ich die möglichen Ergebnisse eines spA-Verfahrens vor einer NKS untersucht. Auf diese Ausführungen sei an dieser Stelle nachdrücklich verwiesen. Es ist zwischen einer Einigung, einer Empfehlung und einer Feststellung zu unterscheiden. Während die Einigung im Wesentlichen in der Privatautono-

²⁵⁵⁴ OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 46.

²⁵⁵⁵ OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 46.

mie der Parteien steht und deshalb grundsätzlich keine Subsumtion unter die Leitsätze erfordert, sind Empfehlungen und Feststellungen unilateral festgelegte Verfahrensergebnisse der NKS.

Bei Empfehlungen ist eine klare Subsumtionsleistung aus vier Gründen nicht sichergestellt (vgl. näher: Kapitel 6 C. III. 2.). Erstens steht es im mal größeren²⁵⁵⁶ und mal kleineren²⁵⁵⁷ Ermessen der NKS, überhaupt eine Empfehlung auszusprechen. Zweitens bestehen keine inhaltlichen Vorgaben für Empfehlungen; der Präzisionsgrad schwankt stark, sodass auch sehr allgemeine und vage Empfehlungen ohne klare Subsumtionsleistung möglich sind.²⁵⁵⁸ Dazu zählt beispielsweise die nachgerade nichtssagende Empfehlung, ein Unternehmen möge seine internen Prozesse überprüfen, um Verbesserungspotenzial zu identifizieren.²⁵⁵⁹ Drittens verlangt eine Empfehlung nicht zwingend, dass die Streitfrage unter die Leitsätze subsumiert wird. Eine Empfehlung kann nämlich auch so gelesen werden, dass das streitgegenständliche Verhalten des Beschwerdegegners ein Optimum an möglichen Maßnahmen noch nicht ausgeschöpft hat, aber zugleich leitsatzkonform ist (Kapitel 6 C. III. 3 c)). Verschärft wird dies viertens dadurch, dass Empfehlungen regelmäßig prospektiv sind (Kapitel 6 C. III. 2.). NKSen sind deshalb nicht gezwungen, vergangenes Fehlverhalten präzise unter die Leitsätze zu subsumieren, da sie auch einfach vage Verhaltensverbesserungen (für die Zukunft) in den Raum stellen können.

Bei Feststellungen ist eine Subsumtionsleistung hingegen gesichert. Feststellungen sind nämlich Aussagen einer NKS darüber, ob das Verhalten eines Beschwerdegegners den Leitsätzen entspricht oder nicht.²⁵⁶⁰ Feststellungen stehen jedoch vollständig im Ermessen einer NKS (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Unter 211 abgeschlossenen Verfahren, die nach 2011 eingereicht und spätestens 2018 abgeschlossen wurden, konnte die OECD nur 37 NKS-Aussprüche erkennen, die Feststellungen enthielten.²⁵⁶¹ Feststellungen haben einen „pädagogischen Wert“, weil sie NKSen Gelegen-

2556 Bei einer Einigung der Parteien „kann“ die NKS eine Empfehlung aussprechen (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023).

2557 Bleibt eine Einigung der Parteien aus, „soll“ die NKS eine Empfehlung aussprechen (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023).

2558 OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 6, 20 ff.

2559 OECD:AT-NCP:2009:AT-3-FS, S. 9.

2560 Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023; OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 6.

2561 OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 12 f.

heit bieten, darzulegen, inwieweit ein Verhalten gegen die Leitsätze verstößt oder nicht.²⁵⁶²

Zu bedenken ist außerdem, dass es grundsätzlich²⁵⁶³ weder zu einer Einigung, Empfehlung oder Feststellung kommen wird, wenn eine NKS die Beschwerde ablehnt. Von allen zwischen 2000 und 2018 abgeschlossenen Verfahren wurden etwas mehr als ein Drittel aller Beschwerden zurückgewiesen.²⁵⁶⁴

Bei allen drei möglichen Verfahrensergebnissen (Empfehlungen, Feststellungen und insbesondere auch Einigungen) ist gleichwohl das Kriterium der „Leitsätze-Kompatibilität“ (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7 Verfahrensregelungen 2023) zu beachten. Die „Leitsätze-Kompatibilität“ bildet den äußeren Rahmen, innerhalb dessen sich die Verfahrensergebnisse bewegen müssen. Welche Anforderungen hieran im Einzelfall zu stellen sind, bleibt allerdings unklar (Kapitel 6 C. III.). Fest steht aber, dass Parteien sich nicht auf Maßnahmen einigen dürfen, die hinter den Erwartungen der Leitsätze zurückbleiben (Kapitel 6 C. III. 1.).²⁵⁶⁵ Eine NKS darf einem Beschwerdegegner außerdem keine Maßnahmen empfehlen, die darüber hinausgehen, was die Leitsätze von ihm verlangen (Kapitel 6 C. III. 2. b)). Für eine Feststellung liegt es in der Natur der Sache, dass die Leitsätze alleiniger Maßstab sind. Das Kriterium der „Leitsätze-Kompatibilität“ verlangt von NKSen deshalb zumindest die implizite Subsumtion, ob sich das fragliche Verfahrensergebnis innerhalb des weiten Rahmens der Leitsätze bewegt.

Die Rückkopplung von Einigungen und Empfehlungen an die Leitsätze über die Leitsätze-Kompatibilität erlaubt außerdem den Aufbau eines *best practice*-Repositoriums.²⁵⁶⁶ Auch darin liegt eine wertvolle Subsumtionsarbeit der NKSen. Die Tatsache, dass Einigungen und Empfehlungen keine strenge Subsumtion eines bestimmten Verhaltens unter die Leitsätze verlangen, sondern auch ausschließlich zukunftsbezogene Handlungsanregungen in den Raum stellen dürfen, wie die Ziele der Leitsätze besser ver-

2562 So: *OECD, Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 29.

2563 Man muss insofern von der *praeter legem* entwickelten und auf einer unsicheren Rechtsgrundlage beruhenden Praxis absehen, wonach auch bei abgelehnten Beschwerden Empfehlungen und Feststellungen ergehen (näher: Kapitel 6 C. III. 2. a) und 3. a); *OECD, Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 16 f., 26).

2564 *OECD, NCPs Providing Access to Remedy: 20 Years* (2020), S. 29 f.

2565 UmVerf-Ko 2023, Rn. 10 lit. g), 25 f.

2566 Vgl. *Buhmann*, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 38 (54); vgl. *Buhmann*, *Nordic J Human Rights* 36 (2018), 390 (396 f.).

folgt werden können, schmälert ihre Eignung als praktische Orientierungshilfe für gewünschtes Verhalten nicht.²⁵⁶⁷ Ich möchte das an einem Beispiel verdeutlichen. Fordern die Leitsätze beispielsweise, dass sich Unternehmen einer „ungebührlichen Einmischung“ (*improper involvement*) in politische Tätigkeiten enthalten (Ls II-A-16 Leitsätze 2023), werden Einigungen und Empfehlungen nur wenig zur Präzisierung der äußeren Grenzen einer „ungebührlichen“ Einmischung beitragen. Das liegt daran, dass die NKS nicht gezwungen wird zu erörtern, ob sich der Beschwerdegegner *in casu* „ungebührlich“ eingemischt hat. Die NKS könnte beispielsweise offenlassen, ob die konkret getätigte Spende in Höhe des halben Vorjahreswahlkampfetats der Empfängerpartei ungebührlich war.²⁵⁶⁸ Einigungen und Empfehlungen werden hier aber dazu führen, dass die Verfahrensbeteiligten und die NKS *best practices* zu politischen Aktivitäten eines MNU herausarbeiten, bei denen keine „ungebührliche“ Einmischung vorliegt. So könnte eine Einigung oder Empfehlung dahingehend lauten, dass Unternehmensspenden an Parteien ab einer bestimmten Höhe offengelegt werden sollten. In einem nachfolgenden Fall könnte sich ein Beschwerdegegner, der eine größere politische Spende getätigt und offengelegt hat, hierauf im Sinne eines *safe harbour*-Ansatzes berufen und argumentieren, dass die Spende keine „ungebührliche“ Einmischung war, weil sie zeitnah offengelegt wurde. Das Verfahrensergebnis dürfte gleichwohl nicht darin bestehen, einem Unternehmen nahezulegen, auf jegliche Spenden an Parteien zu verzichten, weil dies vom Wortlaut des Ls II-A-16 Leitsätze 2023 nicht verlangt wird.

II. Begünstigende Faktoren

Es gibt mehrere begünstigende Faktoren, die einer NKS die Vertiefung einzelner Aspekte in ihren Begründungen erlauben oder der Öffentlichkeit die vertiefte Analyse einzelner Aspekte ermöglichen. Hierzu zählt es, wenn NKSen *obiter dicta* oder Sondervoten in ihre Aussprüche aufnehmen dürfen (1.) und ihre Aussprüche nicht aus Gründen der Geheimhaltung zensiert werden (2.). Andere begünstigende Faktoren befähigen NKSen erst zu einer tragfähigen Begründung (3.).

2567 Buhmann, Nordic J Human Rights 36 (2018), 390 (409).

2568 Man beachte, dass Ls. VII-7 Leitsätze 2023 ebenfalls anwendbar wäre.

1. Zulässigkeit von obiter dicta und Sondervoten

Der Umstand, dass *obiter dicta* und Sondervoten nicht reguliert sind und von einigen NKSen deshalb als zulässig angesehen werden,²⁵⁶⁹ begünstigt die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis. *Obiter dicta* und Sondervoten ergänzen die Subsumtionsleistung der NKS (bzw. der Mehrheit ihrer Mitglieder) um weitere Gesichtspunkte oder präzisieren sie. Die Überlegung, dass *obiter dicta* von NKSen, wie im allgemeinen Völkerrecht,²⁵⁷⁰ eine geringere Präjudizwirkung entfalten, ist dabei unerheblich, weil das NKS-System für solche Unterscheidungen ohnehin zu unterentwickelt ist.

Obiter dicta und Sondervoten finden sich vergleichsweise selten. Im Fallmaterial bin ich nur auf zwei Sondervoten gestoßen, die beide jeweils von den gewerkschaftlichen Mitgliedern einer NKS verfasst wurden (NO-NKS,²⁵⁷¹ BE-NKS²⁵⁷²). *Obiter dicta* sind demgegenüber ein etwas häufigeres Phänomen.²⁵⁷³

2. Anonymisierung und Vertraulichkeit

Der Wert der Subsumtionsleistung wird beeinträchtigt, wenn die NKS einzelne Details zu dem von ihr entschiedenen Sachverhalt vertraulich halten kann (erlaubt durch: Art. I-C-4-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023)²⁵⁷⁴. In solchen Fällen wird für Außenstehende die Nachvollziehbarkeit ihrer Subsumtionsleistung erschwert. Dieses Problem wurde mittlerweile jedoch etwas entschärft, da grundsätzlich nur noch bei abgelehnten Beschwerden

2569 Sondervoten sind explizit in Art. 17 des Verfahrensleitfadens der belgischen NKS vorgesehen (*Belgische NKS, Règlement d'ordre intérieur* (2021), Art. 17).

2570 *Thirlway*, *Obiter Dictum*, MPEiPro (2019), Rn. 4, 19.

2571 OECD:NO-NCP:2009:NO-3-FS, S. 5–7.

2572 OECD:BE-NCP:2019:BE-20-IA, S. 8.

2573 OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 25; OECD:NL-NCP:2016:NL-24-FS, S. 4; OECD:US-NCP:2016:US-37-FS2, S. 8 f.; OECD:DE-NCP:2017:DE-25-FS, S. 5. Allerdings bedürfte es einer näheren Untersuchung, inwieweit einige der für die Streitbeilegung irrelevanten Aussagen, die in diesen Fällen getätigt wurden, echte *obiter dicta* sind, wenn das Verfahren im Einigungswege beendet wurde: Es könnte sich auch um die Begründung einer Empfehlung (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023) oder eine implizite Begründung der NKS handeln, weshalb sie die Einigung für Leitsätze-kompatibel hält. Zweifelsfrei als *obiter dicta* einzustufende Aussagen einer NKS sind seltener.

2574 UmVerf-Ko 2023, Rn. 40.

auf die Nennung der Parteien verzichtet werden kann.²⁵⁷⁵ Vertraulichkeits-erwägungen dürften sich nicht mehr pauschal und nur noch in Bezug auf vereinzelte Informationen oder für die Dauer des Verfahrens durchsetzen können (vgl. Art. I-C-6 f. Verfahrensregelungen 2023).²⁵⁷⁶ Ein größeres Problem ist hingegen, dass der Inhalt der Einigung zweier Parteien nur mit ihrer Zustimmung veröffentlicht werden darf (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023).²⁵⁷⁷ Ist der Inhalt der Einigung vertraulich, wird auch nicht publik, inwiefern die NKS überprüft hat, dass er Leitsätze-kompatibel ist (vgl. Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7 Verfahrensregelungen 2023). Der Fall kann auch nicht zum Aufbau eines *best practice*-Repositoriums beitragen.

3. Expertise und Unparteilichkeit

Die Qualität einer Begründung hängt von der Expertise des Spruchkörpers ab.²⁵⁷⁸ Die Anforderungen an diese Expertise sind in den letzten Jahren gestiegen. NKS-Mitglieder benötigen nicht nur mediatives Geschick, sondern auch Fachwissen, da sich das Gebiet verantwortungsvoller Unternehmensführung mittlerweile zu einem ausdifferenzierten und verrechtlichten Fachgebiet entwickelt hat.²⁵⁷⁹ Auch die aufmerksame Verfolgung der Aussprüche der jeweils etwa 50 anderen NKSen ist zeitaufwendig.²⁵⁸⁰ NKS-Mitglieder sind regelmäßig zusätzlich zu ihren NKS-bezogenen Aufgaben mit anderen Aufgaben betraut und verfügen nicht über spezielles Fachwissen in Menschenrechts- und Beschäftigungsfragen.²⁵⁸¹ Die weitaus überwiegende Zahl der NKS-Mitglieder arbeitet nur in Teilzeit für die NKS.²⁵⁸² Viele NKSen erleben außerdem hohe Personalfuktuationen, was zu ständigem Einarbeitungsaufwand und dem Verlust institutionellen Wissens führt.²⁵⁸³

2575 UmVerf-Ko 2023, Rn. 40, 43.

2576 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 40, 47 ff.

2577 OECD/NL-NCP:2017:NL-27-FS, S. 5: „*In this specific instance, the parties wished to maintain confidentiality on the agreement/outcome. [...] It [...] implicates that not all lessons learned from this case can be shared with other NCPs and relevant stakeholders. The NCP regrets this.*“

2578 Guillaume, JIDS 2 (2011), 5 (18).

2579 OECD, NCP Action Plan 2022–2024 (2022), S. 7.

2580 Buhmann, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 55 (60).

2581 Buhmann, in: Enneking u. a. (Hrsg.), Accountability, International Business Operations, and the Law (2019), 38 (48).

2582 OECD, Structures and Activities Guide (2019), S. 19.

2583 OECD, Structures and Activities Guide (2019), S. 19.

NKSen können außerdem nicht als mit unabhängigen Experten besetzte Spruchkörper eingestuft werden (vgl. Kapitel 9 A. I.). Häufig werden Zweifel an der Unabhängigkeit von NKS-Mitgliedern geäußert.²⁵⁸⁴ Zweifel an einer von sachfremden Erwägungen freien und qualitativ hochwertigen Begründung schmälern aber die Präjudizwirkung von Aussprüchen.²⁵⁸⁵

Die OECD ist sich dieser Herausforderungen allerdings bewusst. Sie werden in den Regelungen der Umsetzungsverfahren adressiert: Die Unparteilichkeit der NKSen ist als Effektivitätskriterium festgeschrieben (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 5 Verfahrensregelungen 2023), dessen Einhaltung im Wege des Rügeverfahrens vom Investitionsausschuss überprüft werden kann (Art. II-2 lit. b) Verfahrensregelungen 2023). Staaten sind ferner verpflichtet, ihre NKSen mit Zugang zum notwendigen Fachwissen auszustatten (Art. I-A-1 Verfahrensregelungen 2023).²⁵⁸⁶ NKSen, die sich über die Auslegung der Leitsätze unsicher sind, können eine informelle Assistenzanfrage an das zuständige Nebenorgan des Investitionsausschusses richten, um Informationen zu früheren Entscheidungen in ähnlichen Fällen zu erhalten (Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023).

Ob dieser normative Rahmen zu tatsächlichen Verbesserungen führt, ist allerdings eine andere Frage. Wegen der rein juristischen Perspektive dieser Arbeit kann ich darauf nicht näher eingehen. Besonders praxisnah zu sein erscheinen mir jedenfalls die Maßnahmen der OECD zum gemeinsamen Lernen (*peer learning*) und zur Entwicklung von Fähigkeiten (*capacity-building*) (vgl. Art. II-5 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Von entscheidender Bedeutung sind die zahlreichen Handreichungen der OECD für NKSen. Sie beantworten als ausführliches Nachschlagewerk praxisrelevante Fragen zur ersten Evaluierung,²⁵⁸⁷ zur Absprache verschiedener NKSen²⁵⁸⁸ und vielen anderen Themen. Diese Handreichungen werden von NKSen in ihren Aussprüchen immer häufiger zitiert, was sich der Illustration halber

2584 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 76, 81; Schliemann, GLJ 13 (2012), 51 (83); Oshionebo, Lewis & Clark Law Review 17 (2013), 545 (577 f.); Daniel u. a., Remedy Remains Rare (2015), S. 21; Khoury/Whyte, Journal of Human Rights 18 (2019), 363 (369 f.).

2585 Oshionebo, Lewis & Clark Law Review 17 (2013), 545 (585).

2586 UmVerf-Ko 2023, Rn. II.

2587 OECD, Initial Assessment Guide (2019).

2588 OECD, Coordination Guide (2019).

für die Handreichungen zur ersten Evaluierung²⁵⁸⁹ und zur Absprache²⁵⁹⁰ zeigen lässt.

III. Fazit und Würdigung

Betrachtet man den normativen Rahmen für NKSen, muss die Bewertung, ob sie zu ausreichenden Begründungsleistungen angehalten werden, gemischt ausfallen.²⁵⁹¹ Dagegen sprechen vor allem die geringen Pflichtangaben in einer Abschlusserklärung bei Einigung der Parteien und die Möglichkeit einer NKS, einer meritorischen Befassung mit der Beschwerde (insbesondere durch vage Empfehlungen) auszuweichen. Die Möglichkeit zu Feststellungen, die Freiheit, detaillierte Aussprüche zu veröffentlichen, eine zurückgedrängte Praxis der Anonymisierung von Aussprüchen wie auch das Kriterium der Leitsätze-Kompatibilität sprechen hingegen dafür. Expertise und Unparteilichkeit unterscheiden sich stark von NKS zu NKS, wobei Handreichungen der OECD mittlerweile ein Basisniveau an Expertise garantieren.

Im Ergebnis kommt es entscheidend auf das Selbstverständnis einer NKS und darauf an, wie sie ihr Mandat wahrnimmt: Subsumtionsleistungen werden von den anwendbaren Vorschriften zumindest rudimentär und implizit verlangt, klare Subsumtionsleistungen allerdings nicht. Wer die Aussprüche einer NKs untersucht, ist deshalb erstens in besonderem Maße zu einer Deutung der NKS-Aussprüche angehalten und zweitens auf die Aussprüche einiger weniger NKSen angewiesen, die regelmäßig belastbare Subsumtionsleistungen erbringen und sich durch Fachkenntnis auszeichnen. Hierher gehören nach meinem subjektiven und anekdotischen Eindruck in erster Reihe die niederländische (mit weitem Abstand),²⁵⁹² die norwegische, die australische (seit wenigen Jahren) und die britische NKS

2589 Siehe beispielhaft die Zitierungen in: OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Fn. 1, 5, 6 etc.; OECD:TR-NCP:2020:TR-5-IA, Fn. 3 und 4; OECD:IE-NCP:2021:IE-5-IA, S. 7; OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 9; OECD:US-NCP:2022:US-53-IA; OECD:AT-NCP:2023:AT-6-IA, Fn. 11 und 12.

2590 Siehe beispielhaft die Zitierungen in: OECD:FR-NCP:2019:FR-29-IA, S. 3, 8; OECD:IE-NCP:2021:IE-6-IA, S. 6; OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 6; OECD:BR-NCP:2022:BR-39-FS, Rn. 56.

2591 Vgl. auch: *Backer*, in: Mulder u. a. (Hrsg.), *Liber Amicorum Nieuwenkamp* (2018), 43 (47).

2592 Zur (vielleicht etwas zu wohlwollenden) Einstufung der niederländischen NKS als „Goldstandard“ siehe: *Foort*, Erasmus LR 12 (2019), 61 (64).

(zumindest bis vor wenigen Jahren) und in zweiter Reihe die französische, die Schweizer und die deutsche NKS und eventuell auch die kanadische und die chilenische NKS. NKSen, die sich klarer Subsumtionsleistungen verweigern, verhindern, dass ihre (womöglich abweichende) Meinung gesehen wird und in den Korpus der Aussprüche einfließt. Die Untersuchung des Fallmaterials ist in der Folge verzerrt: Die Ansichten mancher NKSen finden weniger Beachtung, weil sie nicht klar artikuliert und begründet werden.

Auffällig ist außerdem das Gefälle zwischen der ersten Verfahrensetappe der ersten Evaluierung (vgl. Zulässigkeit) und der zweiten Verfahrensetappe der vertieften Prüfung (vgl. Begründetheit). Nur in einem einzigen Fall, nämlich dass sich die Parteien auf eine Problemlösung einigen, kann die NKS darauf verzichten, ihre Subsumtion unter die Annahmeveraussetzungen zu veröffentlichen. In allen anderen Fällen gehört diese Subsumtion zu den Pflichtangaben. Es kann gleichwohl nur auf die Veröffentlichung verzichtet werden; zu erfolgen hat diese Subsumtion stets, weil sich die NKS andernfalls nicht auf ihre Vermittlungstätigkeiten im Rahmen der vertieften Prüfung hätte einlassen müssen. Dieses Gefälle zwischen einer verrechtlichten ersten Phase (erste Evaluierung), die klare Subsumtionsleistungen erfordert, und einer weniger verrechtlichten zweiten Phase (vertiefte Prüfung), die eine meritorische Befassung mit der Beschwerde nicht zwingend erfordert, ist keine einzigartige Eigenschaft des NKS-Systems. Ein Seitenblick auf die Streitbeilegungsform der obligatorischen Schlichtung (*compulsory conciliation*), wie sie beispielsweise in Art. 297 Abs. 3 lit. b) und anderen Stellen in Verbindung mit Art. II ff. Anhang V SRÜ²⁵⁹³ vorgesehen ist, unterstreicht dies. Wie bei einem spA-Verfahren ist der Ausgang eines solchen Verfahrens nicht bindend für die Parteien und wie bei einem spA-Verfahren steht die Vermittlungstätigkeit des angerufenen Forums im Mittelpunkt.²⁵⁹⁴ Entscheidend ist ferner, dass wie bei einem spA-Verfahren das Verfahren der obligatorischen Schlichtung (anders als eine freiwillige Schlichtung) ohne Zustimmung des Beschwerdegegners be-

2593 „United Nations Convention on the Law of the Sea“ (*Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen, SRÜ*), Unterzeichnung: 10. Dezember 1982, Inkrafttreten: 16. November 1994. UNTS 1833, 3.

2594 Vgl. PCA, Report and Recommendations (9. Mai 2018), UNRIAA XXXIV, 245 (Rn. 51) — „Timor Sea“ (Timor-Leste ./ Australia). Zum Vergleich eines spA-Verfahrens mit einem obligatorischen Schlichtungsverfahren siehe: Kapitel 9 A. II.

trieben werden kann, sofern die Verfahrensvoraussetzungen vorliegen.²⁵⁹⁵ Beide Streitbeilegungsformen ähneln sich deshalb insbesondere auch in dem Punkt, dass die Entscheidung darüber, ob das angerufene Forum tätig wird und der Beschwerdegegner gegen seinen Willen dem Verfahren unterworfen wird, eine rechtliche Entscheidung ist, die eine klare Subsumtion unter die jeweiligen Verfahrensvoraussetzungen verlangt.²⁵⁹⁶ Die anwendbaren Normen der Verfahrensvoraussetzungen sind hier nicht, wie für die während der späteren zweiten Verfahrensetappe erfolgenden Vermittlungstätigkeit des Forums, nur mehr oder wenige strenge Richtschnur oder Referenzrahmen, sondern unverwässert anwendbares Recht. Eine Subsumtion unter die Verfahrensvoraussetzungen, an deren Ende eine binäre Entscheidung steht (Annahme der Beschwerde oder nicht), ist unausweichlich.

D. Rezeption

Blendet man den Investitionsausschuss aus, besteht der Umsetzungsmechanismus der Leitsätze aus einem Netzwerk gleichgeordneter NKSen mit jeweils eigenem Mandatsverständnis und institutionellen Aufbau. Diese institutionelle und mandatsbezogene Vielfalt der einander in einem heterarchisch-koordinativen Verhältnis gegenüberstehenden Foren erschwert wegen ihrer dezentralisierten Natur die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis.²⁵⁹⁷ Diesen Widrigkeiten zum Trotz finden sich immer mehr Querbezüge zwischen Aussprüchen der NKSen und des Investitionsausschusses (I.). Formale Pflichten zur Auseinandersetzung mit früheren Aussprüchen bestehen zwar nicht, aber dennoch verfügen die einschlägigen prozessualen Regelungen über mehrere Mittel, um sicherzustellen, dass eine solche Auseinandersetzung tatsächlich stattfindet (II.).

2595 PCA, Report and Recommendations (9. Mai 2018), UNRIAA XXXIV, 245 (Rn. 52) — „Timor Sea“ (Timor-Leste ./ Australia); Treves, in: Götz u. a. (Hrsg.), *Liber amicorum Jaenicke* (1998), 611 (615 f.).

2596 PCA, Report and Recommendations (9. Mai 2018), UNRIAA XXXIV, 245 (Rn. 66) — „Timor Sea“ (Timor-Leste ./ Australia); *Le Moli/Viñuales*, in: Tomuschat/Kohen (Hrsg.), *Flexibility in International Dispute Settlement* (2020), 156 (173). Siehe auch Art. 13 Anhang V SRÜ; vgl. Treves, in: Götz u. a. (Hrsg.), *Liber amicorum Jaenicke* (1998), 611 (616): Für obligatorische Schlichtungsverfahren gelte der Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz.

2597 OECD, NCPs Providing Access to Remedy: 20 Years (2020), S. 42; Buhmann, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), *40 ans des lignes directrices* (2018), 55 (60).

I. Unabdingbare Voraussetzung der tatsächlichen Bezugnahme

Eine Einlassung im Schrifttum aus dem Jahr 2019 kam zum Schluss, dass NKSen nur selten die Entscheidungen anderer NKSen zitieren.²⁵⁹⁸ Rein quantitativ betrachtet ist diese Einschätzung nicht mehr richtig (1.). Gleichwohl besteht eine große qualitative Spreizung zwischen NKSen (2.).

1. Quantitative Betrachtungen

Es lassen sich dutzende Fälle finden, in denen sich NKSen auf eigene frühere Aussprüche oder die Aussprüche anderer NKSen bezogen haben.²⁵⁹⁹ Das Gleiche gilt in Bezug auf Klarstellungen und andere Aussprüche des

²⁵⁹⁸ Foort, Erasmus LR 12 (2019), 61 (74).

²⁵⁹⁹ Siehe insbesondere die folgenden etwa vier Dutzend Fälle: **AU-NKS:** OECD:AU-NCP:2022:AU-26-IA, Rn. 13.3; OECD:AU-NCP:2022:AU-22-IA, Rn. 68 ff.; OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 32; OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 18, 27 f., 32, 34; OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 19. **FR-NKS:** OECD:FR-NCP:2021:FR-34-IA, S. 4; OECD:FR-NCP:2020:FR-31-IA, S. 5; OECD:FR-NCP:2019:FR-29-IA, S. 2 f.; OECD:FR-NCP:2016:FR-21-FS. **IT-NKS:** OECD:IT-NCP:2019:IT-17-IA, Rn. 111 ff.; OECD:IT-NCP:2019:IT-12-IA, Rn. 33 ff.; OECD:IT-NCP:2018:IT-11-IA, Rn. 42 ff.; OECD:IT-NCP:2018:IT-10-IA, Rn. 74 ff.; OECD:IT-NCP:2017:IT-9-IA, Rn. 19; OECD:IT-NCP:2017:IT-9-FS, Rn. 55 („[...]/ in the light of [...] the consolidated practice of other NCPs [...]“). **KR-NKS:** OECD:KR-NCP:2021:KR-22-IA, S. 13 f.; OECD:KR-NCP:2020:KR-20-IA; OECD:KR-NCP:2018:KR-19-IA, S. 3; OECD:KR-NCP:2019:KR-17-IA; OECD:KR-NCP:2019:KR-16-IA, S. 5; OECD:KR-NCP:2012:KR-10-IA. **NL-NKS:** OECD:NL-NCP:2021:NL-42-IA, S. 8; OECD:NL-NCP:2020:NL-38-IA, S. 2; OECD:NL-NCP:2020:NL-36-FS, S. 8; OECD:NL-NCP:2022:NL-35-FS, S. 5, 10; OECD:NL-NCP:2019:NL-34-IA, S. 4; OECD:NL-NCP:2019:NL-33-IA, S. 3 f.; OECD:NL-NCP:2013:NL-23-IA; OECD:NL-NCP:2012:NL-19-FS. **UK-NKS:** OECD:UK-NCP:2020:UK-56-IA; OECD:UK-NCP:2019:UK-53-IA, Rn. 29; OECD:UK-NCP:2018:UK-49-IA, Rn. 29; OECD:UK-NCP:2014:UK-45-IA, Rn. 17, 34 f.; OECD:UK-NCP:2012:UK-30-IA, Rn. 26; OECD:UK-NCP:2008:UK-16-FS, Rn. 7 (vage Bezugnahme: „There is precedent“); OECD:UK-NCP:2008:UK-10-FS, Rn. 15 (vage Bezugnahme). **US-NKS:** OECD:US-NCP:2022:US-55-IA; OECD:US-NCP:2022:US-53-IA; OECD:US-NCP:2016:US-45-IA, S. 10 f. **Weitere NKSen:** OECD:BE-NCP:2019:BE-20-IA, S. 6; OECD:CO-NCP:2021:CO-6-IA, S. 22 f.; OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA, S. 10; OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 13; OECD:FI-NCP:2017:FI-4-FS, S. 2 (vage Bezugnahme: „previous application practice“); OECD:IE-NCP:2021:IE-6-IA, S. 6, 9; OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 4, 11–13; OECD:LU-NCP:2019:LU-3-IA; OECD:NO-NCP:2012:NO-8-IA, S. 5; OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 21 ff.; OECD:PL-NCP:2019:PL-6-FS, S. 6; OECD:PL-NCP:2021:PL-7-IA, S. 7; OECD:SE-NCP:2013:SE-4-IA, S. 6 f.

Investitionsausschusses.²⁶⁰⁰ Der Investitionsausschuss zitiert mittlerweile sowohl sich selbst²⁶⁰¹ als auch NKS-Aussprüche²⁶⁰². Diese Praxis nährt die Erwartung, dass sich NKSen und Investitionsausschuss auch künftig gegenseitig zitieren werden.

Auffällig ist, dass diese Bezugnahmen in den letzten Jahren zugenommen haben. Das könnte einerseits mit einer zunehmenden Professionalisierung und Standardisierung von spA-Verfahren zusammenhängen. Naheliegender ist jedoch, dass das zur Verfügung stehende Fallmaterial seit dem Jahr 2000 (Einführung des NKS-Systems in seiner heutigen Form) beträchtlich gewachsen ist und erst in den letzten Jahren die notwendige kritische Masse erreicht hat, ab der eine Bezugnahme auf *vergleichbare* vorherige Fälle möglich ist. Da in älteren Verfahren eine Bezugnahme auf frühere, vergleichbare Fälle mithin praktisch kaum möglich war, wäre es unzumutbar, die Gesamtzahl aller Verfahren (über 650)²⁶⁰³ ins Verhältnis zu den von mir identifizierten Fällen der Bezugnahme (etwa 50)²⁶⁰⁴ zu setzen. Um zu einer belastbaren quantitativen Aussage zu gelangen, müsste²⁶⁰⁵ das Fallmaterial getrennt nach Jahr (und idealerweise nach Kapitel, da nicht alle Kapitel gleichermaßen im Fallmaterial vertreten sind) ausgewertet werden.

Neben diesen Verfahren lassen sich noch weitere finden. In diesen Verfahren werden vorherige Aussprüche aber nicht zur Auslegung und Anwendung der Leitsätze zitiert, sondern weil eine Vorbefassung in gleicher Sache vorliegen könnte. Wie ich noch ausführen werde (Kapitel 13 B. II. 1.), ist die „Vorbefassung in gleicher Sache“ eine der Fallgruppen, in denen es an der Annahmeveraussetzung eines Beitrags zur Effektivität der Leitsätze fehlt (vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6). Die Fallgruppe dient hier als ein auf die Besonderheiten der spA-Verfahren zugeschnittener *res iudicata*-Ersatz.

2600 OECD:NL-NCP:2004:NL-7-IA, S. 3; OECD:AU-NCP:2006:AU-2-IA, Rn. 11; OECD:UK-NCP:2012:UK-30-IA, Rn. 26; OECD:IE-NCP:2021:IE-4-IA, S. 12 f.

2601 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 4; OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 23, 32, 39; OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 31; OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 40; OECD:CIME:1999:CIME-19-CL, Rn. 9 (vage Bezugnahme); OECD:CIME:1997:CIME-18-CL, S. 5 ff.; vgl. OECD:IC:2005:IC-1-CL, S. 81, 83.

2602 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 13 ff.; OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 16–27 (umfassende Auswertung von NKS-Aussprüchen); OECD:IC:2021:IC-3-CL, Rn. 16, 21 f., 28.

2603 <https://mneguidelines.oecd.org/database/> (zuletzt abgerufen am 6. Februar 2026).

2604 Siehe Fußnoten 2599 und 2600.

2605 Als Jurist kann ich eine solche Auswertung nicht leisten. Sie muss anderen Forschungsprojekten überlassen bleiben.

2. Qualitative Betrachtungen

Die Qualität der Auseinandersetzungen mit früheren Aussprüchen schwankt. Viele Bezugnahmen bestehen lediglich aus einem kurzen Hinweis darauf, dass einer NKS die Existenz eines anderen Ausspruchs bekannt ist.²⁶⁰⁶ In anderen Fällen findet hingegen eine ausführliche inhaltliche Auseinandersetzung mit früheren Entscheidungen, ihrer Vergleichbarkeit für die nun vorliegende Streitfrage und ihrer Argumentation statt.²⁶⁰⁷

Eine besonders gelungene gegenseitige Rezeption von NKS-Aussprüchen lässt sich beispielsweise in Bezug auf die Annahmeveraussetzung eines Zweckbeitrags beobachten: Eine Beschwerde kann unter anderem nur dann angenommen werden kann, wenn das nachfolgende Verfahren einen Beitrag zu den Zwecken der Leitsätze leisten würde.²⁶⁰⁸ Die gegenseitige Rezeption von Entscheidungen hat hier zur Herausbildung einer Fallgruppe geführt: Individuelle Arbeitsrechtsstreitigkeiten (*individual labour disputes*) können nicht vor NKSen verhandelt werden. Darauf werde ich noch ausführlich zurückkommen (Kapitel 13 A. I.).

Fälle misslungener Rezeption sind schwieriger zu identifizieren. Es besteht ein Vertretbarkeitsspielraum, innerhalb dessen sich eine NKS *lege artis* mit früheren Aussprüchen auseinandersetzen darf: Nicht jede schwache Argumentation ist auch unvertretbar. Trotzdem finden sich meines Erachtens viele unvertretbare Rezeptionen früherer Entscheidungen durch NKSen. Eindeutig misslungene Rezeptionen lassen sich beispielsweise in den folgenden drei Fällen identifizieren:

- Unvertretbar ist die Rezeption in einem Ausspruch der koreanischen NKS. Das Verfahren betraf die Geschäftsbeziehungen mehrerer koreanischer Unternehmen zur Militärregierung Myanmars.²⁶⁰⁹ Die insgesamt

2606 OECD:UK-NCP:2012:UK-30-IA, Rn. 26; OECD:UK-NCP:2014:UK-45-IA, Rn. 17, 34 f.; OECD:NL-NCP:2019:NL-34-IA, S. 4; OECD:PL-NCP:2019:PL-6-FS, S. 6; OECD:FR-NCP:2020:FR-31-IA, S. 5; OECD:IE-NCP:2021:IE-6-IA, S. 6, 9; OECD:FR-NCP:2021:FR-34-IA, S. 4.

2607 OECD:IT-NCP:2018:IT-10-IA, Rn. 74 ff.; OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 12 f.; OECD:BE-NCP:2019:BE-20-IA, S. 6; OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 19; OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 18, 27 f., 32, 34; OECD:AU-NCP:2022:AU-22-IA, Rn. 68 ff.; OECD:NL-NCP:2022:NL-35-FS, S. 10; OECD:US-NCP:2022:US-53-IA (mit konzisem *distinguishing*).

2608 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6.

2609 OECD:KR-NCP:2021:KR-22-IA, S. 4 ff.

unbrauchbare²⁶¹⁰ Argumentation der KR-NKS fußte unter anderem auf dem Argument, dass die NKS-seitige Überprüfung des Verhaltens der koreanischen Unternehmen inzident eine Überprüfung des Verhaltens der Militärregierung bedeute.²⁶¹¹ Hierzu berief sie sich auf frühere spA-Verfahren,²⁶¹² unter anderem ein Verfahren der australischen NKS²⁶¹³. Diese Rezeption ist unvertretbar, weil der Investitionsausschuss schon Jahre zuvor unmissverständlich klargestellt hatte, dass NKSen deutlich zwischen unternehmerischem Verhalten und staatlichem Verhalten differenzieren müssen und sich nicht pauschal auf das Risiko einer Inzidentprüfung berufen können.²⁶¹⁴ Die KR-NKS ignoriert hier also einen Anspruch des Investitionsausschusses, der zwingend von ihr zu beachten gewesen wäre. Hinzu kommt, dass ausgerechnet der von ihr zitierte Fall der australischen NKS den Anlass für das (von der KR-NKS ignorierte) Rügeverfahren vor dem Investitionsausschuss bildete und vom Ausschuss stark kritisiert wurde.²⁶¹⁵

- Ein zweites Beispiel unvertretbarer Rezeption ist ebenfalls auf die KR-NKS zurückzuführen. Sie berief sich in einem Verfahren gegen koreanische Baumwollunternehmen mit Tätigkeiten in Usbekistan auf eine Entscheidung der norwegischen NKS.²⁶¹⁶ Das Verfahren der NO-NKS betraf die Verantwortlichkeit des norwegischen Staatsfonds als Minderheitsaktionär eines der koreanischen Unternehmen.²⁶¹⁷ Die NO-NKS

2610 OECD:KR-NCP:2021:KR-22-IA, S. 15: Die KR-NKS behauptet beispielsweise, dass aus Ls. I-2 Leitsätze 2023 folge „[...] *that observance of domestic law is a top priority for businesses, and nothing can therefore supersede or overrule domestic law* [...]“. Sie behauptet also, dass nationales Recht über den Leitsätzen stehe. Schon der Wortlaut des Ls. I-2 S. 5 Leitsätze 2023 zeigt, dass das falsch ist: Allenfalls in Ausnahmefällen (bei schwer nachzuweisenden tatsächlichen Widersprüchen) treten die Leitsätze hinter nationales Recht zurück (näher: Kapitel 2 C. III.). Auch die Behauptung, dass Ls. II-A-16 Leitsätze 2023 einschlägig sei, weil er eine ungebührliche Einmischung in politische Aktivitäten missbillige, führt die Regelungsabsichten der Leitsätze *ad absurdum*. Diese Norm, wenn sie im Kontext der Ls. I-2 und IV-1 ff. Leitsätze 2023 gelesen wird, kann nicht so ausgelegt werden, dass sie ein Unternehmen zur Aufrechterhaltung einer Geschäftsbeziehung mit einer Militärregierung *verpflichtet*, der Menschenrechtsverstöße vorgeworfen werden.

2611 OECD:KR-NCP:2021:KR-22-IA, S. 12 ff.

2612 OECD:KR-NCP:2021:KR-22-IA, S. 13 f.

2613 OECD:AU-NCP:2015:AU-7-IA.

2614 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 41 ff. Das wird beispielsweise auch in Ls-Ko 2023, Rn. 43 deutlich.

2615 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 6 f. 41 ff., 53 ff.

2616 OECD:KR-NCP:2015:KR-12-IA, S. 213, 215.

2617 OECD:NO-NCP:2015:NO-13-IA, S. 3.

hatte die Beschwerde nicht zur vertieften Prüfung angenommen und hierfür Argumente vorgetragen, die sich dezidiert auf die Rolle des Staatsfonds als Minderheitsinvestor bezogen.²⁶¹⁸ Der Fall vor der koreanischen NKS bezog sich demgegenüber primär auf die Baumwollunternehmen als Portfoliounternehmen des Staatsfonds (und nur sekundär auf den Staatsfonds). Die koreanische NKS begründete die Einstellung des Verfahrens mit insgesamt schwachen Argumenten²⁶¹⁹ und berief sich dabei auch auf die Entscheidung der norwegischen NKS. Dieser letzte Teil ihrer Argumentation ist (mangels Differenzierung zwischen Portfoliounternehmen und Investor) unvertretbar, weil sich die investorenspezifischen Argumente der norwegischen NKS nicht auf die Situation der Portfoliounternehmen übertragen ließen.²⁶²⁰

- Ein drittes Beispiel bildet ein Fall (nicht offensichtlich unvertretbarer, aber zumindest) schwer vertretbarer Rezeption der brasilianischen NKS.²⁶²¹ Sie setzte sich in einem Ausspruch aus dem Jahr 2020 mit den Grenzen des Mandats einer NKS auseinander. Um ihre Haltung, keine Feststellungen (*determinations*) zur Leitsatzkonformität eines Beschwerdegegners zu treffen, argumentativ zu untermauern, berief sie sich auf eine Entscheidung der US-amerikanischen NKS.²⁶²² Damit missachtete sie die abweichende Praxis anderer NKSen.²⁶²³ Auch wenn die Schlussfolgerung der BR-NKS (keine Feststellungen treffen zu wollen) eine zulässige Deutung ihres Mandats ist,²⁶²⁴ ist ihre Rezeption der Entscheidungen anderer NKSen methodisch schwer vertretbar: Um kein Zerrbild entstehen zu lassen, hätte sie die Entscheidungen anderer NKSen, die ihrer Ansicht widersprechen, ebenfalls wiedergeben oder auf den Streit hinweisen müssen.

2618 OECD:NO-NCP:2015:NO-13-IA, S. 3, 10 ff.

2619 Vgl. OECD:KR-NCP:2015:KR-12-IA, S. 213 ff. Deshalb zu Recht kritisch: *Moreira Gomes*, ILARC 2 (2016), 216 (218 ff.).

2620 *Moreira Gomes*, ILARC 2 (2016), 216 (219).

2621 OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS.

2622 OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S. 33 f.

2623 Siehe die Übersicht in *OECD, Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 8 f.

2624 Die 2023er Überarbeitung der Leitsätze hat das Ermessen der NKSen in diesem Punkt kodifiziert (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023: „*may, at its own discretion*“).

II. Begünstigende Faktoren

Wie eingangs erwähnt, kennen die Umsetzungsverfahren nur die formale Bindung an Klarstellungen des Investitionsausschusses; NKSen sind jedoch nicht formal an Aussprüche anderer NKSen gebunden.²⁶²⁵ Die Feststellung, dass keine formale Präjudizienbindung an Aussprüche anderer NKSen besteht, sollte indes den Blick nicht dafür verstellen, dass sich die OECD mit verschiedenen Mitteln um Kohärenz der Aussprüche bemüht. Eine NKS-Entscheidung ist aus OECD-Sicht unabhängig von einem etwaigen Problemlösungsbeitrag wertvoll, weil die Entscheidung eine autoritative und instruktive Quelle für die Auslegung und Anwendung der Leitsätze ist.²⁶²⁶ Auf den nachfolgenden Seiten möchte ich diese Mittel kurz vorstellen (1., 2. und 3.); da ich jedes dieser Mittel an anderer Stelle ausführlich dargestellt habe oder noch darstellen werde, sind die nachfolgenden Erörterungen nur als *tour d'horizon* zu verstehen.

1. Annahmeveraussetzungen

Damit eine NKS eine Beschwerde zur vertieften Prüfung annehmen kann, muss die Beschwerde mehrere Annahmeveraussetzungen erfüllen.²⁶²⁷ Eine Beschwerde ist unter anderem nur dann annahmefähig, wenn die sich anschließende vertiefte Prüfung der Beschwerde einen Beitrag zur Effektivität der Leitsätze leisten würde.²⁶²⁸ Wie noch zu erörtern sein wird (Kapitel 13), ist hierfür die Streitfrage des Verfahrens mit den Zielen eines spA-Verfahrens zu vergleichen. Zu den Zielen eines spA-Verfahrens gehört die – nur von wenigen NKSen als Ziel anerkannte – exemplarische Erörterung einer abstrakt-generellen Frage auf Basis der im Verfahren aufgeworfenen Streitfrage.²⁶²⁹ Erkennt eine NKS dieses Ziel an, unterstreicht sie damit, dass sie ihre Aufgabe nicht einzig als Streitbeilegungsmechanismus sieht. Es ist für sie mithin nicht ausschlaggebend, ob das Verfahren einen Beitrag zur Problemlösung leisten würde. Sie hält ein spA-Verfahren allein deshalb für

2625 Siehe die Einleitung des vorliegenden Teils E.

2626 OECD, NCPs Providing Access to Remedy: 20 Years (2020), S. 24; OECD, Stock-taking Report (2022), S. 28, 75.

2627 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33.

2628 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6.

2629 Anerkannt in: OECD:SE-NCP:2013:SE-4-IA, S. 7; OECD:NL-NCP:2014:NL-24-IA, S. 3; OECD:NO-NCP:2021:NO-19-IA, S. 9; OECD:CH-NCP:2022:CH-24-IA, S. 6. Siehe allgemein: Kapitel 8 B. II. 1. b).

wertvoll, weil es zu einer fallbezogenen Präzisierung und Konkretisierung der Leitsätze führt. Mit anderen Worten sieht eine solche NKS einen Beitrag zur Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis als einen relevanten Nutzen an; sie wird geneigt sein, Fälle zur vertieften Prüfung anzunehmen, die für die Fortentwicklung der Leitsätze besonders aussichtsreich sind.

2. Verfahren vor dem Investitionsausschuss

In Kapitel 7 habe ich die Verfahren vor dem Investitionsausschuss vorgestellt. Zur Kohärenz der NKS-Aussprüche tragen die informelle Assistenzanfrage und das Klarstellungsverfahren bei.

Eine NKS kann gem. Art. I-C-3 lit. c), II-1, II-5 lit. a) Verfahrensregelungen 2023 eine informelle **Assistenzanfrage** an den Investitionsausschuss richten. Eine solche Assistenzanfrage ist unter anderem statthaft, wenn eine NKS Informationen oder eine Hilfestellung „*on similar specific instances*“ erbittet (Art. I-C-3 lit. c) S.1 Verfahrensregelungen 2023). Eine Vorlagepflicht einer NKS besteht zwar (soweit erkennbar) nicht,²⁶³⁰ doch signalisiert Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 mit seiner Wortwahl die klare Erwartung an NKSen, bei Zweifeln zur Auslegung der Leitsätze eine solche Assistenzanfrage tatsächlich zu stellen („*will [...] seek information [...] if it has doubt*“).²⁶³¹ Die Vorschrift hat damit mindestens einen Appellcharakter für NKSen. Assistenzanfragen tragen zur Kohärenz der NKS-Aussprüche bei, da Kontaktstellen in einem niedrigschwelligen Verfahren auf die bei der OECD gebündelte Expertise zu vorherigen Verfahren zurückgreifen können. Das Institut der Assistenzanfrage setzt gedanklich voraus, dass frühere Entscheidungen für eine später angerufene NKS hilfreich sind – sei es als Projektionsfläche für eigene Ideen der später angerufenen NKS oder als inhaltlich überzeugende, instruktive Anwendung der Leitsätze.

2630 Bestünde entgegen der jetzigen Rechtslage bei Zweifeln einer NKS, ob die eigene in Aussicht genommene Auslegung mit früheren Aussprüchen anderer NKSen konform ist, eine echte Vorlagepflicht an die OECD, könnte man von einer mittelbaren Präjudizienbindung sprechen (in diesem Sinne zu Vorlagepflichten im deutschen Recht: *Ungern-Sternberg*, AöR 138 (2013), 1 (36)).

2631 Der Gebrauch des Wortes „*will*“ signalisiert eine Erwartung und nicht bloß eine Empfehlung oder eine Orientierungshilfe (UmVerf-Ko 2023, Rn. I; Art. III-1 RatsE-Leitsätze 2023).

Informationen, die im Rahmen einer Assistenzanfrage auf informellem Wege bereitgestellt werden, berühren das Klarstellungsmonopol des Investitionsausschusses ausdrücklich nicht und haben nicht den autoritativen Wert einer **Klarstellung** (Art. I-C-3 lit. c) S. 2 Verfahrensregelungen 2023). Auf das Klarstellungsmonopol und den Wert der Klarstellungen des Investitionsausschusses als autoritative Auslegungen der Leitsätze bin ich schon an anderer Stelle eingegangen.²⁶³² Klarstellungen stehen als autoritative und somit verbindliche Auslegungen der Leitsätze hierarchisch über NKS-Aussprüchen und sind deshalb von NKSen zu beachten. In diesem Sinne besteht eine unmittelbare Präjudizienbindung. Klarstellungen sind somit der Inbegriff der Bemühungen um eine kohärente Entscheidungspraxis.²⁶³³ Das größte Hindernis für eine spürbare vereinheitlichende Wirkung von Klarstellungen ist die Tatsache, dass sie nur sporadisch erlassen werden. Tabelle 4 in Kapitel 7 enthält eine Übersicht über alle bisher ergangenen Klarstellungen. Seit dem Jahr 2000 sind weniger als ein halbes Dutzend Klarstellungen ergangen.

3. Kriterien für die Arbeit einer NKS

Bei Wahrnehmung ihrer Aufgaben müssen NKSen dem Effektivitätskriterium der Vorhersehbarkeit genügen und außerdem das Ziel funktionaler Gleichwertigkeit verfolgen. Trotz vereinzelter Vorstöße des Schrifttums halte ich es *de lege lata* für eher unwahrscheinlich, aus beidem Kohärenz-Anforderungen abzuleiten.

Gem. Art. I-*Chapeau* S.2 Nr.6 Verfahrensregelungen 2023 müssen NKSen auf eine **vorhersehbare Weise** (*predictable*) tätig sein. Vereinzelt wird behauptet, dass sich aus diesem Effektivitätskriterium eine Pflicht zur Befolgung früherer Aussprüche in vergleichbaren Fällen ableiten lasse.²⁶³⁴ Ich halte eine solche Auslegung für wenig überzeugend, weil ich die Effektivitätskriterien in erster Linie als verfahrens- und einrichtungsbezogene

2632 Siehe: Kapitel 7 B. III. 1., Kapitel 10. C. II. und zu Beginn des vorliegenden Teils E.

2633 So ausdrücklich UmVerf-Ko 2023, Rn. 59: „Clarifications [...] remain a key responsibility of the Committee to ensure that the interpretation of the Guidelines would not vary from country to country.“ (Textauszeichnung des Originals entfernt).

2634 Palombo, National Contact Point, MPEiPro (2019), Rn. 20; möglicherweise auch: Ingrams, BHRJ 8 (2023), 427 (432), die davon ausgeht, dass es die „Vorhersehbarkeit“ stärke, wenn NKSen in Assistenzverfahren um Hilfe bei der Anwendung der Leitsätze bitten.

Kriterien deute. Für den materiellen Gehalt der NKS-Aussprüche sind diese Kriterien grundsätzlich²⁶³⁵ nicht maßgeblich. Die Vorhersehbarkeit bezieht sich, wie in den Kommentierungen der Umsetzungsverfahren und den Aussprüchen des Investitionsausschusses deutlich wird, nur auf den Ablauf des Verfahrens: Eine NKS soll beispielsweise Aufgaben und Abläufe eines spA-Verfahrens deutlich kommunizieren und die Parteien regelmäßig über den Stand des Verfahrens unterrichten.²⁶³⁶ Der Vergleich mit den VN-Leitprinzipien bestätigt diese Verfahrensbezogenheit.²⁶³⁷ NKSen an Präjudizien zu binden oder früheren Entscheidungen ein bedeutendes Gewicht beizumessen, würde aber nicht den Ablauf des Verfahrens betreffen, sondern die inhaltliche Entscheidung der NKSen. Zuzugestehen ist allerdings, dass das Kriterium der „Vorhersehbarkeit“ deutungs offen ist. Mit einigem Argumentationsaufwand könnte man hierunter durchaus die Anforderung subsumieren, dass NKSen auch in inhaltlicher Hinsicht vorhersehbar entscheiden sollen, indem sie sich an vergleichbaren Aussprüchen anderer NKSen orientieren. Eine überzeugende Argumentation steht in dieser Hinsicht aber noch aus.

Funktionale Gleichwertigkeit gem. Art. I-*Chapeau* S. 4 Verfahrensregelungen 2023 ist das Korrelat zur Flexibilität der Teilnehmerstaaten bei Einrichtung ihrer NKSen und der Ausgestaltung ihrer Verfahren; sie ist deshalb auf die Effektivitätskriterien bezogen (näher: Kapitel 3 B. II.). Einzelheiten bleiben allerdings unklar. Manche Literaturstimmen beziehen das Ziel der funktionaler Gleichwertigkeit nicht nur auf die Effektivitätskriterien, sondern auch auf die Aussprüche der NKSen: Kämen NKSen in vergleichbaren Fällen zu divergierenden Ergebnissen, sei die funktionale Gleichwertigkeit gefährdet.²⁶³⁸ Die Idee einer solchen inhaltlichen Aufladung der Kriterien funktionaler Gleichwertigkeit über die in Art. I-*Chapeau* S. 4 Verfahrensregelungen 2023 genannten Effektivitätskriterien hinaus, lässt sich immer häufiger finden. Bei einer strengen Wortlautorien-

2635 Nur eines der Kriterien (die Leitsätze-Kompatibilität: Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7 Verfahrensregelungen 2023) ist sowohl formeller wie auch materieller Natur und regelt den Ausgang eines spA-Verfahrens (Otteburn, in: Davaanyam/Krajewski (Hrsg.), *Exploring Corporate Human Rights Responsibilities* (2025), 103 (109); vgl. *Scheltema*, *Dovenschmidt Quarterly* 2 (2013), 190 (190)).

2636 UmVerf-Ko 2023, Rn. 10 lit. f); OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 43; OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 25, 32 f.; OECD, *Initial Assessment Guide* (2019), S. 20.

2637 OHCHR, *UN Guiding Principles* (2011), Lp. 31 lit. c): „In order to ensure their effectiveness, non-judicial grievance mechanisms [...] should be: [...] (c) Predictable: providing a clear and known procedure [...]“ (Unterstreichung ergänzt).

2638 Foort, *Erasmus LR* 12 (2019), 61 (65, 74 f.).

tierung sind solche Vorstöße fragwürdig; ihnen liegen aber nachvollziehbare Interessen zugrunde (hierzu näher: Kapitel 3 B. II.).

III. Fazit

Die unabdingbare Voraussetzung einer tatsächlichen Rezeption der Aussprüche durch NKSen lässt sich mittlerweile eindeutig bejahen. Mit Blick auf die begünstigenden Faktoren ist eine formale Bindung von NKSen an Präjudizien anderer NKSen zwar abzulehnen, mit Blick auf die (indes nur selten ergehenden) Klarstellungen des Investitionsausschusses aber zu bejahen. Sehr positiv zu bewerten ist außerdem die Möglichkeit zu Assistenzanfragen. Die diskursive Koordination durch die Annahmeveraussetzung des Effektivitätsbeitrag weist Potenzial auf. Überlegungen, Beachtungspflichten aus dem Effektivitätskriterium der Vorhersehbarkeit oder der funktionalen Gleichwertigkeit abzuleiten, sind hingegen eher akademisch.

E. Gesamtfazit zu Kapitel 12

In diesem Kapitel war zu untersuchen, inwiefern die Umsetzungsverfahren der Leitsätze fähig sind, eine kohärente Entscheidungspraxis entstehen zu lassen. Damit diese Frage bejaht werden konnte, mussten drei unabdingbare Voraussetzungen (Veröffentlichung, subsumtionsbasierte Begründung, tatsächliche Bezugnahme) vorliegen. Kapitel 12 hat gezeigt, dass diese Voraussetzungen vorliegen: Der Investitionsausschuss und die NKSen veröffentlichen mittlerweile (fast) alle ihrer Aussprüche; nur in Einzelfällen ist eine Veröffentlichung nicht vorgeschrieben (Zwischenbericht zur ersten Evaluierung, Wiedervorlagebericht). Dass manche NKSen ihre Veröffentlichungspflichten verletzen, kann das Gesamtbild nicht maßgeblich trüben. Die Voraussetzung einer subsumtionsbasierten Begründung ist zumindest eingeschränkt zu bejahen; rudimentäre oder implizite Subsumtionsleistungen (im Rahmen von Empfehlungen) finden sich in fast jedem Ausspruch, komplexe Erwägungen oder belastbare argumentative Einlassungen hingegen nur bei wenigen NKSen. Es besteht ein Gefälle zwischen belastbareren Subsumtionsleistungen im Rahmen der ersten Evaluierung und schwächeren Leistungen im Rahmen der vertieften Prüfung. Schließlich ist auch die letzte unabdingbare Voraussetzung, eine tatsächliche Rezeption, zu bejahen. Die Zahl der Aussprüche, in denen NKSen (oder der

Investitionsausschuss) auf frühere Entscheidungen Bezug nehmen, wächst beständig.

Neben unabdingbaren Voraussetzungen waren in diesem Kapitel mehrere begünstigende Faktoren (jeweils zu den Aspekten der Zugänglichkeit, des Inhalts und der Rezeption) zu untersuchen, die für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis zwar nicht notwendig sind, sie aber erleichtern. Mit Blick auf diese begünstigenden Faktoren ergibt sich ein gemischtes Bild. Für die Zugänglichkeit ist die OECD-Datenbank zu *spA*-Verfahren ein großer Gewinn. Als größte Herausforderung ist die fehlende Langzeitarchivierung der NKS-Verfahren zu nennen. Inhaltsbezogene begünstigende Faktoren liegen gleichfalls nur teilweise vor. Dass Sondervoten und *obiter dicta* zulässig sind, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass NKSen bzw. ihre Mitglieder hiervon nur selten Gebrauch machen. Die Angebote der OECD für NKSen, zum Aus- und Aufbau ihrer Expertise und ihrer Fähigkeiten wie auch zur gegenseitigen Vernetzung sind willkommen; sie sind aber zugleich das Eingeständnis entsprechender struktureller Mängel. Obwohl – jenseits der Bindung an Klarstellungen des Investitionsausschusses – keine formale Befassungspflicht mit den Aussprüchen anderer NKSen besteht, liegen mehrere begünstigende Faktoren einer Rezeption vor. Insbesondere haben NKSen die Möglichkeit, informelle Assistenzanfragen an die OECD zu richten. Außerdem kann der Investitionsausschuss autoritative Klarstellungen erlassen.

Das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung fällt damit insgesamt positiv aus: Die Umsetzungsverfahren der Leitsätze haben die Fähigkeit, eine kohärente Entscheidungspraxis entstehen zu lassen, die zu einer fallbezogenen Präzisierung der Leitsätze führt. Dieses Ergebnis lässt sich durch die folgende Beobachtung absichern: Die Präzisierungskraft der kohärenten Entscheidungspraxis der NKSen und des Investitionsausschusses zeigt sich nämlich dann besonders stark, wenn die OECD die Entscheidungspraxis kodifiziert. Die Leitsätze kennen mehrere Beispiele für eine solche Kodifikation: Derjenige Teil des heutigen Ls. V-7 Leitsätze 2023, der den grenzüberschreitenden Einsatz von Streikbrechern untersagt, ist auf den *Hertz-Fall* des Investitionsausschusses zurückzuführen.²⁶³⁹ Die zeitliche Dimension der Pflicht in Ls. V-6 Leitsätze 2023 zur rechtzeitigen Information der Belegschaft und der Behörden bei Betriebsänderungen wurde schon 1979 vom Investitionsausschuss dahingehend präzisiert, dass Informatio-

2639 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 68–70; *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 227.

nen möglichst mitzuteilen sind, bevor endgültige Entscheidungen getroffen werden.²⁶⁴⁰ Mit der 2000er Überarbeitung wurde diese Klarstellung in den Text der Leitsätze aufgenommen (vgl. Ls. IV-6 S. 2 Leitsätze 2000). Die Ergänzung der Definition eines MNUs in Ls. I-4 Leitsätze 2023 um weitere Kriterien im Zuge der 2023er Überarbeitung kann ebenfalls als Kodifizierung der zugehörigen Entscheidungspraxis von NKSen betrachtet werden.²⁶⁴¹

2640 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 67; hierzu auch: OECD:CIME:1997:CIME-18-CL, S. 6 f.

2641 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 17.

Kapitel 13 Das Fallmaterial zum Zweck- und Effektivitätsbeitrag

In diesem Kapitel werde ich das Fallmaterial von NKSen und Investitionsausschuss darauf untersuchen, inwieweit sich eine kohärente Entscheidungspraxis zur Annahmeveraussetzung eines „Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze“ entwickeln konnte. Wie zu Beginn des vorliegenden Teils E. erläutert, setzt eine kohärente Entscheidungspraxis **eine (i) nicht geringe Anzahl (ii) kohärenter, (iii) sich rezipierender NKS-Aussprüche (iv) einer möglichst repräsentativen Auswahl der NKSen** voraus. Eine autoritative (und daher bindende) **Klarstellung** des Investitionsausschusses genügt ebenfalls. Wenn das Fallmaterial keine kohärente Entscheidungspraxis hervorgebracht hat, können Aussprüche der NKSen zumindest einen geringen Beitrag zur Präzisierung leisten. Das ist insbesondere der Fall bei **thematischen Ballungen**, bei denen eine Vielzahl inkohärenter Entscheidungen zu einem Thema vorliegt. Diese Entscheidungen können die Aufmerksamkeit auf praktisch relevante Probleme, Fallgestaltungen und Argumente lenken. Kapitel 13 soll allerdings nicht nur die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis untersuchen; das zweite Ziel dieses Kapitels besteht darin, die erwähnte Annahmeveraussetzung besser zu verstehen. Deshalb wird sich meine Untersuchung nicht auf die Auswertung des Fallmaterials beschränken, sondern weitere Erkenntnisquellen heranziehen.

Um sich besagter Annahmeveraussetzung zu nähern, sind die folgenden allgemeinen Hinweise angezeigt: Annahmeveraussetzungen sind funktional mit Zulässigkeitsvoraussetzungen vergleichbar. Nur wenn alle Annahmeveraussetzungen vorliegen, darf eine NKS einen Fall zur vertieften Prüfung annehmen.²⁶⁴² Die hier interessierende Annahmeveraussetzung ist in den Kommentierungen der Umsetzungsverfahren niedergelegt. In ihnen heißt es, dass NKSen im Zuge der ersten Evaluierung zu prüfen haben:

„[...] whether the examination of the issue would contribute to the purposes and effectiveness of the Guidelines.“²⁶⁴³

2642 Siehe: Kapitel 6 B.

2643 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6 (Textauszeichnung des Originals weggelassen).

Diese Annahmenvoraussetzung eines „Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze“ hat Residualcharakter: Sie ist bewusst weit gefasst, soll eine Vielzahl an Fallgestaltungen abdecken²⁶⁴⁴ und wird regelmäßig als letzte Annahmenvoraussetzung geprüft.²⁶⁴⁵ Sie ist amorph und einer Subsumtion nur schwer zugänglich.

Um ihr mehr Struktur zu verleihen, dient mir die Unterscheidung zwischen einem „Beitrag zu den Zwecken“ und einem „Beitrag zur Effektivität“. Diese Unterscheidung ist in den Umsetzungsverfahren angelegt.²⁶⁴⁶ Beide Beitragsarten basieren auf unterschiedlichen Erwägungen. Ich schlage folgende Differenzierung vor: Ob ein spA-Verfahren zu den „Zwecken“ der Leitsätze beiträgt, verlangt primär nach einer Evaluierung der Substanz der Beschwerde und ob sich diese mit den Zwecken der Leitsätze, wie sie in ihrer Einführung (*preface*) zum Ausdruck kommen, deckt. Beispielsweise wäre zu prüfen, ob die Unannehmlichkeiten, die ein einzelner Verbraucher erlitten hat, weil er wegen der falschen Auskunft seiner Fluggesellschaft (Verstoß gegen Ls. VIII-2 Leitsätze 2023) seinen Flug verpasst hat, Beeinträchtigungen sind, die unter den Leitsätzen verhandelt werden können. Hier geht es vornehmlich um die korrekte Auslegung des Anwendungsbezugs der Leitsätze unter Berücksichtigung ihrer Ziele. Demgegenüber zielt die Prüfung der „Effektivität“ nicht vordergründig auf den Inhalt der Beschwerde, sondern auf ihre prozessuale Einbettung. Zu fragen ist nicht nach den Zielen der Leitsätze als Instrument, sondern nach den Zielen eines einzelnen spA-Verfahrens.²⁶⁴⁷ Hierzu gehört etwa die Überlegung, ob eine mehr als drei Jahrzehnte nach dem erstmaligen Auftreten einer Umweltbeeinträchtigung eingereichte Beschwerde von einer NKS angenommen werden muss oder ob sie so verspätet ist, dass ein Verfahren nicht sinnvoll betrieben werden kann. NKSen ignorieren diese Unterscheidung zwischen einem Zweckbeitrag und einem Effektivitätsbeitrag allerdings regelmäßig, da sie in den meisten Fällen undifferenziert subsumieren. Die Übergänge sind fließend, was die amorphe Natur dieser Annahmenvoraussetzung unterstreicht.

2644 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 40; OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 10; OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Rn. 59; OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 42.

2645 Insbesondere wird sie in UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 als letzte Voraussetzung genannt.

2646 Auch die offizielle Handreichung für NKSen zur ersten Evaluierung unterscheidet zwischen diesen beiden Elementen: OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 10 ff. Die Unterscheidung wird auch in der französischen Fassung von UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6 recht deutlich.

2647 Zu den Verfahrenszielen siehe bereits: Kapitel 8.

Bevor ich in den nachfolgenden beiden Abschnitten das Fallmaterial zum „Beitrag zu den Zwecken“ (A.) und zum „Beitrag zur Effektivität“ (B.) vorstellen werde und ein Fazit (C.) ziehen kann, möchte ich an dieser Stelle vorab auf zwei Punkte hinweisen, die bei der Prüfung beider Beitragsarten zu beachten sind. Wenn ich mich auf einen „relevanten Beitrag“ beziehe, ist damit ein Beitrag sowohl zu den Zwecken und als auch zur Effektivität der Leitsätze gemeint.

Erstens hängt der relevante Beitrag von der **Streitfrage** (verstanden als Begehrt und normative Basis des behaupteten Fehlverhaltens des Beschwerdeführers in den Leitsätzen)²⁶⁴⁸ ab. Für die Feststellung, ob eine vertiefte Prüfung zu einem relevanten Beitrag führt, ist meines Erachtens ein Abgleich zwischen der Streitfrage²⁶⁴⁹ einerseits sowie den Zielen der Leitsätze bzw. eines spA-Verfahrens andererseits erforderlich.²⁶⁵⁰ Die Prüfung, ob ein relevanter Beitrag vorliegt, muss die materiellen Schwerpunkte der Beschwerde berücksichtigen. Insbesondere hängt die Möglichkeit, einen Beitrag zur Lösung einer Streitfrage zu leisten, davon ab, was der Beschwerdeführer als Begehrt (als Teilaspekt der Streitfrage) artikuliert.²⁶⁵¹ Das zeigt sich beispielsweise in den Fallgruppen, in denen der Beschwerdeführer ein unerfüllbares Begehrt (B. V. 1.) oder ein Begehrt vorträgt, das den Beschwerdeführer in seiner Existenz bedroht (A. III.).

Zweitens indiziert das Vorliegen der anderen Annahmenvoraussetzungen einen relevanten Beitrag. In den meisten Fällen ist seine Prüfung rudimentär. Dieser Prüfung wird regelmäßig so wenig Aufmerksamkeit gewidmet,

2648 Siehe: Glossar (Tabelle 2 in Kapitel 1).

2649 Die folgenden Wortmeldungen betreffen eher das Begehrt des Beschwerdeführers: OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Rn. 60: „*The assessment of whether ‘good offices’ could contribute to the purposes and effectiveness of the OECD Guidelines is informed by what the particular complaint seeks.*“; OECD:BE-NCP:2020:BE-22-IA, S. 7: „*In this context, the NCP takes into consideration the scope of the OECD Guidelines and the purpose of the complaint.*“; vgl. OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 11 ff. Hinzu kommen Wortmeldungen, die eher die normative Basis der behaupteten Verletzung der Leitsätze in den Vordergrund rücken: OECD:IT-NCP:2016:IT-8-IA, Rn. 14: „*The issue raised in the instance doesn’t seem to be relevant to the implementation of the Guidelines because it is not functional to the purposes and to the effectiveness of them.*“; OECD:IE-NCP:2021:IE-5-IA, S. 9: „*The objectives of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises are pertinent to the impacts alleged by the complainants.*“

2650 Hierbei handelt es sich um meine verallgemeinernde Zusammenfassung der Aussagen und Subsumtionen diverser NKSen (vgl. Fußnote 2649). Bislang hat keine NKS ihren Prüfungsmaßstab klar artikuliert.

2651 OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Rn. 60; vgl. OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 11 ff.; vgl. OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 44 ff.

dass sie den Charakter einer ritualisierten Bejahung gewinnt. Längere Ausführungen sind lediglich dann angezeigt, wenn eine der nachfolgend dargestellten Fallgruppen einschlägig sein könnte. Damit erübrigt sich vielfach eine positive Umschreibung der „Zwecke“ der Leitsätze oder ihrer „Effektivitätsziele“; praxistauglich ist eine Negativabgrenzung auf Basis von Fallgruppen, in denen das eine oder das andere zu verneinen ist.

A. Beitrag zu den Zwecken der Leitsätze

Obwohl ein Beitrag zu den Zwecken der Leitsätze regelmäßig indiziert und eine positive Umschreibung der Zwecke der Leitsätze damit selten notwendig sein wird, sollte sie den Ausgangspunkt aller fallgruppenspezifischen Überlegungen bilden. Eine positive Umschreibung der Zwecke bzw. Ziele der Leitsätze ergibt sich aus der Einführung (*preface*) der Leitsätze.²⁶⁵² Die Einführung hat eine Präambel-Ersatzfunktion (vgl. Art. IV Abs.1 MNU-Erklärung²⁶⁵³). Sie nennt zahlreiche, sehr detaillierte Einzelziele, auf die ich hier nicht eingehen kann. Hierzu gehören insbesondere die Schaffung global gleicher Wettbewerbsbedingungen (*level playing field across global markets*) und das Ziel, die positiven Beiträge zu fördern, die Unternehmen zum wirtschaftlichen, umweltlichen und sozialen Fortschritt leisten können, und zugleich die negativen Auswirkungen, die mit ihrer Geschäftstätigkeit, ihren Produkten und ihren Dienstleistungen verbunden sind, zu verringern (Ls. 1 der Einführung).²⁶⁵⁴ Zugleich wird man die Selbsteinschätzung, die Leitsätze seien das führende Instrument zu verantwortungsvoller Unternehmensführung (Ls. 10 der Einführung), auch als Anspruch deuten können, das führende Instrument zu bleiben.

In der Vergangenheit wurde unter der Rubrik des Beitrags zu den Zwecken der Leitsätze zusätzlich geprüft, ob der Anwendungsbereich der

2652 Unter Bezugnahme auf die (mit der 2023er Überarbeitung zwischenzeitlich abgewandelte) Einführung der 2011er Fassung: OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 10; OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 14; OECD:NO-NCP:2021:NO-19-IA, S. 9; vgl. OECD:UK-NCP:2014:UK-40-IA, Rn. 38.

2653 „Declaration on International Investment and Multinational Enterprises“ (*Erklärung zu internationalen Investitionen und multinationalen Unternehmen*, MNU-Erklärung), 21. Juni 1976, zuletzt geändert: 27. Oktober 2023. Verfügbar unter: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144> (zuletzt abgerufen am 7. Februar 2026).

2654 Vgl. außerdem: OECD:IC:2005:IC-1-CL, S. 81 f.

Leitsätze eröffnet ist.²⁶⁵⁵ Aus diesem Grund wurden auf Basis der 2011er Fassung die Prüfung der MNU-Eigenschaft des Beschwerdegegners (Frage der Beteiligtenfähigkeit) wie auch weitere Prüfpunkte hier verortet.²⁶⁵⁶ Die 2023er Überarbeitung der Leitsätze hat zumindest die Prüfung der MNU-Eigenschaft zu einem selbstständigen Prüfpunkt aufgewertet.²⁶⁵⁷ Heutzutage ist bei der Prüfung des „Beitrags zu den Zwecken der Leitsätze“ meines Erachtens vornehmlich eine *teleologische* Deutung des Anwendungsbereichs der Leitsätze gefragt.

In der Praxis relevanter als eine positive Umschreibung sind Fallgruppen. Zu den Fallgruppen, in denen es an einem Beitrag zu den Zwecken der Leitsätze fehlt, zählen individuelle Streitigkeiten (I.), kommerzielle Streitigkeiten (II.) und Beschwerden, bei denen der Beschwerdeführer ein Begehren an die NKS heranträgt, dessen Erfüllung die Existenz des Beschwerdegegners bedroht (III.). Während die ersten beiden Fallgruppen teilweise von einer kohärenten Entscheidungspraxis zeugen, ist der Status der letzten Fallgruppe zweifelhaft (IV.).

I. Individuelle Streitigkeiten

Eine Beschwerde, die eine ausschließlich individuelle Streitigkeit (*individual dispute*²⁶⁵⁸, *différend personnel*²⁶⁵⁹) zum Gegenstand hat, trägt nicht zu den Zwecken der Leitsätze bei und ist deshalb nicht annahmefähig. Die Annahmefähigkeit einer solchen Beschwerde könnte alternativ verneint

2655 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 40: „[...] whether consideration of a specific issue would contribute to the purposes and effectiveness of the Guidelines may call for a wide range of issues to be considered, including the scope of the Guidelines [...]“ (Textauszeichnung des Originals entfernt). Aus dem Fallkorpus der NKSen sprechen die folgenden Fälle für die Wechselbezüglichkeit zwischen Anwendungsbereich der Leitsätze, Schlüssigkeit der Beschwerde und Beitrag zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze: OECD:CH-NCP:2015:CH-12-IA, S. 5; OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 6; OECD:JP-NCP:2019:JP-2-FS, S. 4; OECD:BE-NCP:2020:BE-22-IA, S. 7; OECD:UK-NCP:2020:UK-56-IA; OECD:IE-NCP:2021:IE-5-IA, S. 9; vgl. OECD:IT-NCP:2016:IT-8-IA, Rn. 14; vgl. OECD:KR-NCP:2018:KR-19-IA, S. 4.

2656 Vgl. OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 10 f.

2657 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 3.

2658 OECD:NL-NCP:2020:NL-38-IA, S. 2; OECD:US-NCP:2022:US-53-IA.

2659 OECD:FR-NCP:2021:FR-33-IA, S. 4.

werden, weil die Beschwerde nicht schlüssig ist.²⁶⁶⁰ Die Voraussetzung eines berechtigten Interesses des Beschwerdeführers,²⁶⁶¹ an der man ebenfalls zweifeln könnte, wird von NKSen in solchen Konstellationen hingegen bejaht.²⁶⁶² Das Fallmaterial zu Individualstreitigkeiten zerfällt in zwei Stränge. Während sich in Bezug auf individuelle Arbeitsrechtsstreitigkeiten eine veritable Entscheidungsreihe finden lässt (1.), zeigen sich manche NKSen mit Blick auf andere individuelle Streitigkeiten (insbesondere zum Verbraucherkapitel der Leitsätze) etwas nachsichtiger (2.). Die Kriterien, auf deren Grundlage eine nicht annahmefähige individuelle Streitigkeit von einer annahmefähigen nicht-individuellen Streitigkeit abzugrenzen ist, sind erst in Grundzügen entwickelt (3.). Insgesamt ist das Vorliegen einer kohärenten Entscheidungspraxis teilweise zu bejahen (4.).

1. Individuelle Arbeitsrechtsstreitigkeiten

Der Entscheidungsstrang zu individuellen Arbeitsrechtsstreitigkeiten findet seinen Kristallisationspunkt in der *Bralima*-Entscheidungsreihe. In dieser Entscheidungsreihe waren nacheinander verschiedene NKSen berufen, sich zur Entlassung mehrerer Beschäftigter durch die kongolesische Brauerei *Bralima* zu äußern. *Bralima* ist gleichzeitig eine Tochter des niederländischen *Heineken*-Konzerns und ein Abfüller der US-amerikanischen *The Coca-Cola Company*.²⁶⁶³ Das erste *Bralima*-Verfahren wurde im August 2017 mit einer Abschlusserklärung²⁶⁶⁴ der niederländischen Kontaktstelle beendet. Es wird häufig positiv gewürdigt, weil sich die Parteien auf eine finanzielle Entschädigung einigen konnten.²⁶⁶⁵ Konkret betraf es existenz-

2660 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 2 Var. 1. Aus dem Fallmaterial: Vgl. OECD:CH-NCP:2015:CH-12-IA, S. 4 f.; vgl. OECD:UK-NCP:2016:UK-48-IA, Rn. 13 ff.; vgl. OECD:NL-NCP:2019:NL-34-IA, S. 3 f.; vgl. OECD:FR-NCP:2021:FR-33-IA, S. 4; vgl. OECD:US-NCP:2022:US-53-IA; vgl. OECD:US-NCP:2022:US-55-IA; vgl. OECD:CL-NCP:2023:CL-30-IA, Rn. 17.

2661 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 1 Var. 2.

2662 OECD:UK-NCP:2016:UK-48-IA, Rn. 12; OECD:CO-NCP:2021:CO-6-IA, S. 20; OECD:US-NCP:2022:US-55-IA; OECD:CL-NCP:2023:CL-30-IA, Rn. 16 (Das Interesse an der Rückerstattung einer Zahlung wurde offenbar für ausreichend gehalten, aber im Ergebnis verneint, da die Rückerstattung später erfolgte.).

2663 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA.

2664 OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS.

2665 *Nieuwenkamp*, OECD Observer vom 25. Januar 2018, 1 (1 ff.) — „Beer, conflict and compensation: Heineken-Congo agreement“, *Putten*, in: Mulder u. a. (Hrsg.), *Liber Amicorum Nieuwenkamp* (2018), 51 (52); vgl. *Buhmann*, in: Enneking u. a.

bedrohende Unregelmäßigkeiten bei der Massenentlassung von über einhundert Beschäftigten während eines Krieges in der DR Kongo.²⁶⁶⁶ Wenige Jahre später wandten sich andere ehemalige Beschäftigte *Bralimas*, deren Entlassungen in keinerlei Zusammenhang²⁶⁶⁷ mit der Massenentlassung des ersten *Bralima*-Falls standen, in zwei weiteren Verfahren an die NL-NKS.²⁶⁶⁸ Beide Male nahm die NL-NKS die Fälle nicht zur vertieften Prüfung an:

„The issues raised concern an individual labour dispute and these issues are in principle not covered by the Guidelines, unless there are wider aspects or implications to the case that are relevant to the Guidelines. The NCP has not found such wider aspects or implications in this case.”²⁶⁶⁹

Im Anschluss strengten diese Beschwerdeführer ein Verfahren vor der US-amerikanischen NKS gegen *The Coca-Cola Company* an.²⁶⁷⁰ Die US-amerikanische NKS wies die Beschwerde ebenfalls zurück; in ihrer Begründung bezog sie sich ausdrücklich auf die Entscheidungen der niederländischen Kontaktstelle und übernahm deren Argumentationslinie: Ohne das Vorliegen eines besonderen Grundes, der in der Betroffenheit von über den Einzelfall hinausgehenden Belangen oder einer größeren Tragweite der Streitfrage (*wider aspects or implications*) liegen könne, sei eine individuelle Arbeitsrechtsstreitigkeit nicht annahmefähig.²⁶⁷¹ In einem erneuten erfolglosen Versuch wandten sich die Beschwerdeführer schließlich an die irische Kontaktstelle, die sich den Entscheidungen der US- und der NL-NKS anschloss.²⁶⁷²

Einigkeit über die fehlende Annahmefähigkeit individueller Arbeitsrechtsstreitigkeiten besteht auch außerhalb der *Bralima*-Entscheidungsreihe. Bereits 2015 hatte sich die französische NKS, worauf sich

(Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 38 (42 f.).

2666 OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS, S. 2 f., 5.

2667 Ausnahme: In OECD:NL-NCP:2020:NL-38-IA, S. 2 wies die NL-NKS die Beschwerde eines Beschwerdeführers zurück, da sie seine Entlassung bereits im ersten *Bralima*-Fall behandelt hatte.

2668 OECD:NL-NCP:2019:NL-34-IA, S. 2 f.; OECD:NL-NCP:2020:NL-38-IA.

2669 OECD:NL-NCP:2019:NL-34-IA, S. 3; ähnlich: OECD:NL-NCP:2020:NL-38-IA, S. 2.

2670 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA.

2671 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA.

2672 OECD:IE-NCP:2022:IE-12-IA, S. 3.

sowohl die NL-NKS²⁶⁷³ wie auch die US-NKS²⁶⁷⁴ beriefen, gegen die Annahmefähigkeit einer persönlichen und beruflichen Streitigkeit (*conflit professionnel personnel*) entschieden.²⁶⁷⁵ In demselben Jahr wies die CH-NKS eine Beschwerde ab, in der der Beschwerdeführer die Kompensation von Überstunden begehrte, die ihm bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht vergütet worden seien.²⁶⁷⁶ Spätere Entscheidungen bekräftigen diese Argumentationslinie weiter.²⁶⁷⁷

2. Andere individuelle Streitigkeiten

Der zweite Entscheidungsstrang betrifft sonstige Individualstreitigkeiten und insbesondere Verbraucherstreitigkeiten. Unter Verweis auf die individuelle Natur der Meinungsverschiedenheit lehnte beispielsweise die französische Kontaktstelle die Beschwerde eines Individuums gegen ein Versicherungsunternehmen wegen der unvollständigen Übernahme von Behandlungskosten durch eine Krankenversicherung ab.²⁶⁷⁸ Gleichwohl bat die FR-NKS das betroffene Unternehmen, der Angelegenheit nachzugehen, und empfahl ihm, einen außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismus für Verbraucher einzurichten (Ls. VIII-3 Leitsätze 2023).²⁶⁷⁹ Die chilenische Kontaktstelle wies einen Fall, in der ein Verbraucher die verspätete Zahlung einer Rückerstattung geltend machte, unter anderem deshalb ab, weil eine Partikularstreitigkeit, die keine Mehrheit von Verbrauchern betreffe, nicht zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze beitrage.²⁶⁸⁰

2673 OECD:NL-NCP:2019:NL-34-IA, S. 4.

2674 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA; OECD:US-NCP:2022:US-55-IA.

2675 OECD:FR-NCP:2015:FR-20-IA, S. 3.

2676 OECD:CH-NCP:2015:CH-12-IA, S. 4 f.

2677 OECD:UK-NCP:2016:UK-48-IA, Rn. 38; OECD:CO-NCP:2021:CO-6-IA, S. 20 ff.; OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 4, 6 f. Allerdings betont die luxemburgische NKS, dass sich die Ablehnung der Beschwerde auf eine Gesamtschau mehrerer Gründe stützt und sie anerkennt, dass jeder dieser Gründe isoliert betrachtet möglicherweise nicht für die Ablehnung der Beschwerde ausreicht. Die britische und die luxemburgische NKS beziehen sich außerdem auf den genannten Fall der FR-NKS, jedoch eher unter dem Blickwinkel der Vorbefassung (zur Vorbefassung siehe: B. II. 1.).

2678 OECD:FR-NCP:2021:FR-33-IA, S. 2, 4.

2679 OECD:FR-NCP:2021:FR-33-IA, S. 3, 5.

2680 OECD:CL-NCP:2023:CL-30-IA, Rn. 6, 15 ff. Außerdem erfolgte die Rückerstattung noch während der ersten Evaluierung (aaO, Rn. 10).

Etwas nachsichtiger zeigten sich demgegenüber die belgische und die marokkanische Kontaktstelle, als der (in beiden Fällen identische) Beschwerdeführer Beschwerde gegen zwei Fluggesellschaften erhob: Im belgischen Fall verneinte die Kontaktstelle die Annahmefähigkeit der Beschwerde, in der der Beschwerdeführer behauptete, durch den Umgang der Fluggesellschaft mit einreiserechtlichen Bestimmungen Unannehmlichkeiten ausgesetzt gewesen zu sein, zwar nicht unter Verweis auf ihren individuellen Charakter, sah aber von Vermittlungsdiensten ab, nachdem die Fluggesellschaft in einem Brief förmlich um Entschuldigung gebeten hatte.²⁶⁸¹ Im marokkanischen Fall behauptete der Beschwerdeführer, dass ihm die Fluggesellschaft eine falsche Auskunft zu seinem Flug erteilt habe (vgl. Ls. VIII-2 Leitsätze 2023), er deshalb seinen Rückflug verpasst und 24 Stunden am Flughafen in Casablanca habe ausharren müssen.²⁶⁸² Nach Intervention der MA-NKS bot die Fluggesellschaft dem Beschwerdeführer einen Reisegutschein in Höhe von 100 Euro als Entschädigung an, was dieser annahm.²⁶⁸³ Obwohl die Streitigkeit dadurch noch vor Abschluss der ersten Evaluierung einer Lösung zugeführt werden konnte, gab die marokkanische NKS zu verstehen, dass sie die Beschwerde für annahmefähig hielt.²⁶⁸⁴ Ebenfalls nachsichtig zeigte sich die argentinische NKS, als sie die Annahmefähigkeit eines Falles bejahte, in dem ein ehemals Beschäftigter mit seinem früheren Arbeitgeber um eine finanzielle Entschädigung im Zusammenhang mit einem Patent an einer seiner Erfindungen stritt.²⁶⁸⁵

3. Unterscheidungskriterien

In den Aussprüchen zu individuellen Arbeitsrechtsstreitigkeiten wird oft darauf abgestellt, dass eine Streitfrage über den Einzelfall hinausgehende Belange betreffen oder eine größere Tragweite aufweisen müsse (*wider aspects or implications*) (NL-NKS, s. oben).²⁶⁸⁶ Nach der wohl inhaltsgleichen Formel der UK-NKS bedarf es Auswirkungen, die über die Umstände des einzelnen Beschwerdeführers hinausgehen (*impacts beyond the circumstan-*

2681 OECD:BE-NCP:2016:BE-17-IA, S. 1 f., 4 f.

2682 OECD:MA-NCP:2020:MA-4-FS, S. 3.

2683 OECD:MA-NCP:2020:MA-4-FS, S. 4.

2684 OECD:MA-NCP:2020:MA-4-FS, S. 5 f.

2685 OECD:AR-NCP:2016:AR-II-FS, S. 3.

2686 Aufgegriffen in: OECD:US-NCP:2022:US-53-IA und OECD:US-NCP:2022:US-55-IA.

ces of this individual complainant).²⁶⁸⁷ Die luxemburgische NKS ist der gleichen Ansicht (*broadier and/or more systemic deficiencies*).²⁶⁸⁸ Weder die britische noch die luxemburgische NKS leiten ihre Kriterien unter Berufung auf die Aussprüche anderer NKSen her. Der Ansatz der chilenischen Kontaktstelle akzentuiert leicht abweichend: Sie stellt darauf ab, ob eine verbreitete Vorgehensweise vorliegt, die alle oder einen erheblichen Teil der Verbraucher eines MNU bzw. eine Mehrheit von Verbrauchern betrifft.²⁶⁸⁹ Eine rein numerische Betrachtung der Betroffenen ist damit aber wahrscheinlich nicht verbunden; in jedem Falle wäre sie abzulehnen: Wenn ein MNU zehn Beschäftigten einen Lohn minimal unterhalb desjenigen eines vergleichbaren Arbeitgebers zahlt (vgl. Ls. V-4 lit. b) Leitsätze 2023), wird es an der größeren Tragweite fehlen, wohingegen sie auch nur bei einem einzigen Vorfall von Kinderarbeit (vgl. Ls. V-1 lit. c) Leitsätze 2023) vorliegen wird.

Wann genau über den Einzelfall hinausgehende Belange betroffen sind oder eine Streitfrage eine größere Tragweite aufweist, ist unklar. Im ersten *Bralima*-Fall der NL-NKS lässt sich hierfür wohl auf die Einbettung der Streitigkeit in einen Krieg, auf den Vorwurf der Zusammenarbeit mit einer Rebellen Gruppe und darauf stützen, dass es sich um eine Massenentlassung handelte.²⁶⁹⁰ Die Entlassung einer einzelnen Person könnte, worauf ein Fall der BR-NKS hindeutet, dann eine größere Tragweite aufweisen, wenn die entlassene Person Gewerkschaftsführerin ist.²⁶⁹¹ Demgegenüber dürfte es nicht genügen, dass die Entlassung einer Person ihre Existenz wie auch diejenige ihrer Familie bedroht.²⁶⁹² Relevant könnte aber sein, dass sich

2687 OECD:UK-NCP:2016:UK-48-IA, Rn. 38.

2688 OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 6.

2689 OECD:CL-NCP:2023:CL-30-IA, Rn. 17 f.

2690 Vgl. OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS, S. 2 f., 5; vgl. *Nieuwenkamp*, OECD Observer vom 25. Januar 2018, 1 (1f.) — „Beer, conflict and compensation: Heineken-Congo agreement“.

2691 Vgl. OECD:BR-NCP:2012:BR-7-FS. Da sich die Parteien dieses Verfahrens noch vor Abschluss der ersten Evaluierung auf eine Beilegung des Konflikts einigen konnten, trat die NKS nicht in eine vertiefte Prüfung ein (OECD:BR-NCP:2012:BR-7-FS, S. 2). Die US-NKS hält diesen Fall deshalb für nicht überzeugend (OECD:US-NCP:2022:US-53-IA).

2692 Vgl. OECD:US-NCP:2022:US-53-IA: Nachdem sie den Fall wegen des Fehlens einer größeren Tragweite abgelehnt hatte, drückte die US-NKS ihr Mitgefühl mit den Beschwerdeführern angesichts ihrer schweren Lebensumstände aus.

ein Arbeitgeber wiederholt oder systematisch leitsatzwidrig verhält.²⁶⁹³ Relevanz könnte auch der Erwägung zukommen, ob sich für den Beschwerdeführer rechtliche oder praktische Nachteile daraus ergeben, ihn an eine andere Stelle zu verweisen (etwa: Arbeitsgerichte, Verbraucherschlichtungsstellen).²⁶⁹⁴

Der Einführung (*preface*) der Leitsätze lassen sich jedenfalls kaum weiterführende Kriterien entnehmen. Seit dem Jahr 2023 nimmt sie Bezug auf das Konzept verantwortungsvoller Unternehmensführung (*responsible business conduct*; vgl. Ls. 1, 4, 5, 9, 10 der Einführung Leitsätze 2023) und den Beitrag eines Unternehmens zum wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Fortschritt (Ls. 1 S.2 der Einführung Leitsätze 2023). Insofern könnte man argumentieren, dass Fehlritte eines Unternehmens erst dann unter den Leitsätzen verhandelt werden können, wenn sie geeignet sind, das verantwortungsvolle Handeln eines Unternehmens oder seinen Beitrag zum wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Fortschritt grundsätzlich in Frage zu stellen. Eine solche Auslegung ist aber spekulativ und führt nicht zu subsumtionsfähigen Kriterien.

Eine nicht annahmefähige Individualstreitigkeit sollte meines Erachtens nicht vorschnell angenommen werden. So ist in Rechnung zu stellen, dass eine erste Evaluierung unter besonderer Beachtung des Effektivitätskriteriums der Zugänglichkeit (Art. I-*Chapeau* S.2 Nr.2 Verfahrensregelungen 2023) zu erfolgen hat.²⁶⁹⁵ Der Ausschluss von Individualstreitigkeiten ist deshalb restriktiv handzuhaben und in seiner Missbrauchsgefahr zu begrenzen. Es sind hohe Rechtfertigungsanforderungen an NKSen zu stellen. Wegen der Gefahr von Vergeltungsmaßnahmen für Beschwerdeführer und der Verurteilung solcher Praktiken durch die OECD²⁶⁹⁶ sollte eine NKS außerdem in Betracht ziehen, dass möglicherweise nicht alle der von einem Fehlverhalten Betroffenen den Mut aufbringen, sich durch ein Verfahren vor einer NKS zu exponieren – Einzelfälle mit anderen Worten keine Einzelfälle sind. Ebenso sollte durch eine derartige Anforderung nicht in Frage gestellt werden, dass die meisten der

2693 In OECD:US-NCP:2022:US-55-IA wies die US-NKS ein entsprechendes Argument nicht inhaltlich zurück, sondern nur, weil es nicht substantiiert werden konnte.

2694 Verweis an andere Stellen in: OECD:UK-NCP:2016:UK-48-IA, Rn. 37; OECD:CA-NCP:2018:CA-18-IA, Rn. 18 ff.; OECD:CL-NCP:2023:CL-30-IA, Rn. 17.

2695 Siehe: Kapitel 6 B.

2696 Siehe: Kapitel 6 B. I. 1.

mit den Leitsätzen verflochtenen Rechte (wie beispielsweise die meisten Menschenrechte)²⁶⁹⁷ Individualrechte sind und dass einzelne Individuen beteiligtenfähig sind.²⁶⁹⁸

4. Zwischenfazit

Das Fallmaterial zu Individualstreitigkeiten gehört zu den besten Beispielen einer kohärenten Entscheidungspraxis. In einer langen und widerspruchsfreien Reihe von Entscheidungen zahlreicher NKSen mehrerer Kontinente wird die Annahmefähigkeit einer Individualstreitigkeit abgelehnt. Während die Entscheidungen zu individuellen Arbeitsrechtsstreitigkeiten klar aufeinander Bezug nehmen und sich so gegenseitig validieren, fehlt eine derartige Bezugnahme im Bereich anderer Individualstreitigkeiten. Hier besteht (noch) keine kohärente Entscheidungspraxis. Den in Bezug auf Verbraucherstreitigkeiten abweichenden Entscheidungen der belgischen, marokkanischen und argentinischen Kontaktstellen sollte meines Erachtens gleichwohl nicht zu viel Bedeutung beigemessen werden. Sie enthalten keine Auseinandersetzung mit dem Problem der Individualstreitigkeit; teilweise waren die NKSen wegen der Einigung der Parteien auch nicht zu einer Auseinandersetzung mit diesem Problem berufen. Sie erweisen sich als zu oberflächlich. Das Fallmaterial zu den Kriterien, anhand derer die Individualität einer Streitigkeit bestimmt werden kann, würde ich nach jetzigem Stand erst an der Schwelle zu einer kohärenten Entscheidungspraxis sehen. Die vorgeschlagenen Kriterien ähneln sich, doch ist die Zahl der Entscheidungen noch etwas zu gering und eine gegenseitige Rezeption selten. Es steht zu erwarten, dass die Schwelle zur kohärenten Entscheidungspraxis zumindest mit Blick auf die groben Züge der anzuwendenden Kriterien bald überschritten sein wird.

II. Kommerzielle Streitigkeiten

Die Befassung einer NKS mit Streitigkeiten kommerziellen Charakters trägt ebenfalls nicht zu den Zwecken der Leitsätze bei.²⁶⁹⁹ Es besteht kein hin-

2697 Statt vieler: *Arnauld*, Völkerrecht (2022), Rn. 618 ff.

2698 Siehe Kapitel 6 B. I. 2.

2699 *OECD*, Initial Assessment Guide (2019), S. 11 und siehe die nachfolgend dargestellten Fälle.

reichend enger Bezug zur Förderung des wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Fortschritts durch unternehmerische Tätigkeiten (Ls. 1 S. 2 Einführung (*preface*) Leitsätze 2023).²⁷⁰⁰ Alternativ oder kumulativ könnte die Schlüssigkeit der Beschwerde verneint werden.²⁷⁰¹ Ein berechtigtes Interesse des Beschwerdeführers wird in Fällen kommerzieller Streitigkeiten indessen bisweilen bejaht.²⁷⁰²

Weil eine „kommerzielle Streitigkeit“ vorlag, wurden beispielsweise die folgenden Sachverhalte nicht zur vertieften Prüfung angenommen:

- Das gegenseitige Ausspielen mehrerer Zulieferer durch einen Abnehmer;²⁷⁰³
- das Bereitstellen eines Bankkontos für ein Unternehmen, das seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber seinen Zulieferern nicht nachkommt;²⁷⁰⁴
- die Verweigerung der Anerkennung eines Unternehmens als Vertrags-händler und die Vergabe von Aufträgen an ein anderes Unternehmen;²⁷⁰⁵
- die Vereinnahmung von Gebühren (Regalmieten) durch eine Supermarktkette zu Lasten eines Zulieferers im Widerspruch zur hauseigenen Regelung des Supermarkts;²⁷⁰⁶
- die Berechnung von Entschädigungszahlungen für Grundstücke, die von einem gesundheitsschädlichen, durch die Geschäftstätigkeit eines MNUs entstandenen Staubaufkommen beeinträchtigt werden;²⁷⁰⁷
- die Verletzung eines Patents.²⁷⁰⁸

2700 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 10; OECD:TR-NCP:2020:TR-5-IA, S. 1; OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA, S. 10 (engl. Fassung).

2701 Vgl. OECD:FI-NCP:2020:FI-5-IA, S. 6 f.; vgl. OECD:TR-NCP:2020:TR-5-IA, S. 1; vgl. OECD:CA-NCP:2023:CA-25-IA, Rn. 26 ff.; aA wohl: OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA, S. 9 ff. (engl. Fassung).

2702 OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 18 (Eigentumsbeeinträchtigung); OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA, S. 8 (engl. Fassung) (Rückzahlung von Gebühren); OECD:CL-NCP:2021:CL-16-IA, S. 7 (engl. Fassung) (begehrte Entschädigungszahlung); OECD:CA-NCP:2023:CA-25-IA, Rn. 29 (Beeinträchtigung der Geschäftsbeziehung).

2703 OECD:CA-NCP:2023:CA-25-IA, Rn. 13 ff.

2704 OECD:NL-NCP:2023:NL-51-IA, S. 1 ff.

2705 OECD:FI-NCP:2020:FI-5-IA, S. 1 ff.

2706 OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA, S. 3 f. (engl. Fassung), trotz ihrer Ablehnung bemühte sich die CL-NKS um eine Lösung des aufgeworfenen Problems (aaO, S. 10, 14 f.).

2707 OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 49 f.

2708 OECD:CL-NCP:2013:CL-6-IA, S. 1 f., 11 f.

Demgegenüber hat die argentinische Kontaktstelle, das Problem der kommerziellen Streitigkeit nicht würdigend, eine Beschwerde zur vertieften Prüfung angenommen, die die Beendigung der Geschäftsbeziehung zwischen einem Supermarkt und einem Lebensmittelkonzern betraf.²⁷⁰⁹ Eine kommerzielle Streitigkeit kann nicht nur zwischen zwei Unternehmen entstehen; auch eine Beziehung mit Individuen kann als kommerziell eingestuft werden, wenn die Individuen in kommerzieller Eigenschaft handeln.²⁷¹⁰ Hierbei ist darauf zu achten, dass es sich um genuine kommerzielle Beziehungen (und nicht etwa um Scheinselbstständigkeit) handelt.²⁷¹¹

Die NL-NKS macht auch im Zusammenhang mit kommerziellen Streitigkeiten ihre *wider aspects or implications*-Entscheidungspraxis fruchtbar: Handelt es sich um eine kommerzielle Streitigkeit zwischen zwei Parteien, ist die Beschwerde nur annahmefähig, wenn sie über den Einzelfall hinausgehende Belange betrifft oder eine größere Tragweite aufweist.²⁷¹² Für die CA-NKS sind Fälle, die lediglich Meinungsverschiedenheiten zweier Unternehmen über unternehmerische oder strategische Entscheidungen oder ihre Zusammenarbeit betreffen, nicht annahmefähig.²⁷¹³ Nach der Formel der chilenischen Kontaktstelle muss ein Interesse der Allgemeinheit (*general interest*) vorliegen, damit eine kommerzielle Streitigkeit ausreichend Relevanz für die Förderung des wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Fortschritts durch unternehmerische Tätigkeiten (vgl. Ls. 1 S. 2 Einführung Leitsätze 2023) aufweist.²⁷¹⁴ Letzteres komme in Betracht, wenn eine Mehrheit von Unternehmen durch die Praktiken des Beschwerdegegners betroffen sei.²⁷¹⁵ Die CL-NKS bejahte ein solches Interesse der Allgemeinheit in einem Verfahren, das von einem Insolvenzverwalter wegen der Verschiebung von Vermögenswerten in ausländische Gesellschaften

2709 OECD:AR-NCP:2019:AR-14-FS, S. 2 f.

2710 Vgl. OECD:FI-NCP:2020:FI-5-IA; vgl. OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 16 ff., 49 f.; vgl. OECD:NL-NCP:2023:NL-51-IA, S. 2.

2711 Vgl. Ls-Ko 2023, Rn. 55: Das Beschäftigungskapitel ist nicht anwendbar auf „*true civil and commercial relationships*“ (Hervorhebung ergänzt).

2712 OECD:NL-NCP:2023:NL-51-IA, S. 2 f.

2713 OECD:CA-NCP:2023:CA-25-IA, Rn. 46.

2714 OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA, S. 9 f. (engl. Fassung). Die CL-NKS schreibt hier eine eigene Entscheidungsreihe: OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA, S. 10 (engl. Fassung) verweist auf OECD:CL-NCP:2013:CL-6-IA, S. 11 f. und OECD:CL-NCP:2021:CL-16-IA, S. 7 f. (engl. Fassung), wobei die zuletzt genannte Entscheidung (aaO, S. 8) ihrerseits schon auf OECD:CL-NCP:2013:CL-6-IA verweist.

2715 OECD:CL-NCP:2013:CL-6-IA, S. 11 f.; OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA, S. 10 (engl. Fassung); OECD:CL-NCP:2021:CL-16-IA, S. 7 f. (engl. Fassung).

desselben Konzerns angestrengt worden war:²⁷¹⁶ Der Insolvenzverwalter vertrete mehrere natürliche und juristische Personen und der Sachverhalt betreffe die Art und Weise, wie sich ein Unternehmen aus einem Markt zurückziehe und seine Beziehungen zu Geschäftspartnern und anderen Interessenträgern gestalte.²⁷¹⁷

Die Formeln der chilenischen NKS und der NL-NKS weisen Parallelen zum Fallmaterial dieser NKSen zu Individualstreitigkeiten auf. Diese Parallelen unterstreichen, dass vergleichbaren Erwägungen maßgeblich sind. Sofern die in Rede stehende Streitigkeit nicht solcher Natur ist, dass ihr wegen des zugehörige Geschäftsgebahren eines Unternehmens verantwortungslos erscheint, können Probleme häufig durch andere Foren oder auf Basis des Privatrechts zufriedenstellend gelöst werden. Sie stellen den Beitrag eines Unternehmens zum wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Fortschritt (Ls. 1 S.2 der Einführung Leitsätze 2023) nicht in Frage und sind eher das Ergebnis legitimer, privatautonomer Entscheidungen der Beteiligten.

Die Ablehnung kommerzieller Streitigkeiten lässt sich auf ein weiteres Argument stützen: Die Leitsätze sind zu unspezifisch für Problemlösungen auf Basis ökonomischer Maßstäbe. So wurde in einem Verfahren der australischen NKS über die Beeinträchtigungen mehrerer Anwohner und ihrer Grundstücke durch ein Staubaufkommen verhandelt, das von den benachbarten Aktivitäten eines Bergbauunternehmens verursacht worden war.²⁷¹⁸ Da die gesamte Nachbarschaft betroffen war und sich sowohl die Regierung eines Bundesstaats wie auch die Medien dieser Problematik angenommen hatten,²⁷¹⁹ trägt die Argumentation der fehlenden Tragweite der Streitfrage nicht. Dass die AU-NKS den Fall dennoch als „kommerzielle Streitigkeit“ ablehnte, beruhte darauf, dass sich die Kontaktstelle außer Stande sah, angesichts schwankender Grundstückswerte eine gerechte Entschädigungssumme zu berechnen.²⁷²⁰

Abschließend ist auf die Ausgangsfrage dieses Kapitels zurückzukommen: Im Ergebnis wird man die Entstehung einer kohärenten Entschei-

2716 OECD:CL-NCP:2021:CL-16-IA, S. 3 f., 7 f. (engl. Fassung).

2717 OECD:CL-NCP:2021:CL-16-IA, S. 7 f. (engl. Fassung). *Notabene*: Im Ergebnis hat die Kontaktstelle dennoch nicht zur vertieften Prüfung angenommen, weil sie keine Relevanz des Menschenrechtskapitels sehen konnte, auf das sich der Beschwerdeführer berufen hatte (aaO, S. 11).

2718 Vgl. OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 24 ff.

2719 Vgl. OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 17 f., 33 ff.

2720 OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 49 f.

dungspraxis bei strenger Anwendung der eingangs dargestellten Kriterien ablehnen müssen. Obwohl eine Vielzahl gleichlautender Entscheidungen vorliegt, nehmen die Entscheidungen (von wenigen Ausnahmen abgesehen)²⁷²¹ nicht Bezug aufeinander. Diese mangelnde Rezeption wird zum Teil dadurch kompensiert, dass die einflussreiche Handreichung der OECD zur ersten Evaluierung kommerzielle Streitigkeiten als Beispiele nicht annahmefähiger Streitigkeiten aufführt.²⁷²² Deshalb steht zu erwarten, dass sich eine kohärente Entscheidungspraxis bald entwickeln wird.

III. Existenzbedrohendes Begehrt

Eine nur vereinzelt relevante (und gleichwohl umstrittene)²⁷²³ Fallgruppe ist diejenige, in der das Begehrt des Beschwerdeführers, wenn ihm stattgegeben würde, die Existenz des Beschwerdegegners bedrohen würde. Die Leitsätze zielen nämlich nicht darauf ab, dass bestimmte Geschäftstätigkeiten vollständig eingestellt, sondern nur darauf, dass sie verantwortungsvoll ausgeübt werden (vgl. Ls. 1, 3 der Einführung (*preface*) Leitsätze 2023).²⁷²⁴ Die Leitsätze richten sich auch nicht gegen bestimmte Branchen.²⁷²⁵ Die britische Kontaktstelle hat angesichts dieser Erwägungen einen Fall nicht zur vertieften Prüfung angenommen, in dem der Beschwerdeführer vom Beschwerdegegner verlangte, den Vertrieb eines bestimmten umweltschädlichen Produkts (Vertrieb eines Kraftstoffzusatzes für verbleites Benzin) einzustellen, weil es sich hierbei um das einzige Produkt des Beschwerdegegners handelte.²⁷²⁶ Die britische NKS hielt fest: „*Therefore, termination of the sale of X [= Kraftstoffzusatz] could have effectively required the termination of B [= Beschwerdegegner] as a company.*“²⁷²⁷ Die Existenzbedrohung ist dabei aber eine hohe Hürde; ein Beschwerdegegner kann sich nicht

2721 Eine Ausnahme ist die chilenische NKS (siehe Fußnote 2714).

2722 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. II. Hierauf bezieht sich: OECD:FI-NCP:2020:FI-5-IA, Fn. 2 auf S. 7.

2723 Die Beschwerdeführer des nachfolgend dargestellten Falls der britischen NKS sind der Ansicht, dass die Entscheidung einen „gefährlicher Präzedenzfall“ darstellt (<https://www.oecdwatch.org/complaint/the-lead-group-vs-xstrata-plc/> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026)).

2724 OECD:UK-NCP:2012:UK-27-IA, S. 7 f.

2725 OECD:NO-NCP:2012:NO-8-IA, S. 5 f.; vgl. OECD:DE-NCP:2010:DE-II-IA.

2726 OECD:UK-NCP:2012:UK-27-IA, S. 7 f., 9.

2727 OECD:UK-NCP:2012:UK-27-IA, S. 7.

einfach darauf berufen, dass das Begehre eine Wirtschaftstätigkeit behindere.²⁷²⁸

Die Entscheidung der UK-NKS ist meines Erachtens richtig, weil die Bewertung einer Wirtschaftstätigkeit durch die Leitsätze einzelfallbezogen zu erfolgen hat. Es ist zwar richtig, dass die Frage, ob eine Tätigkeit im Sinne der Leitsätze verantwortungsvoll ist oder nicht, im Ausgangspunkt nicht davon abhängt, ob sie die einzige Betätigung eines spezialisierten Unternehmens oder eine von zahlreichen eines Konglomerats ist. Da den Leitsätzen, wie auszuführen sein wird (Kapitel 15 C.), eine entitätsbasierte Zurechnungslösung zugrunde liegt, die auf der Zuweisung von Verantwortung an einen bestimmten Akteur beruht, ist es aber relevant, von welcher Entität eine Wirtschaftstätigkeit ausgeht. So können beispielsweise auch keine Beschwerdeverfahren gegen nationale Unternehmen (Ls. I-5 Leitsätze 2023) angestrengt werden (Kapitel 15 F. I. 1.). Es ist deshalb kein Systembruch, in Rechnung zu stellen, welche Entität eine Wirtschaftstätigkeit entfaltet. Zweitens ist nicht zu befürchten, dass diese Fallgruppe Fehlanreize für Unternehmen bietet, ihrer Verantwortung unter den Leitsätzen zu entgehen, indem sie ihre Geschäftsbereiche kleinteilig kompartimentieren. Wegen der Zurechnungslösung des Ls. I-4 Leitsätze 2023 (Kapitel 15 C.) sind die Aktivitäten aller MNU-Entitäten in einer Gesamtschau zu betrachten. Das Argument eines MNU, das Begehre des Beschwerdeführers führe zum Untergang einer einzelnen MNU-Entität, trägt deshalb nicht, sofern andere MNU-Entitäten profitabel bestehen bleiben könnten. Diese Fallgruppe kann deshalb nur bei besonders spezialisierten Unternehmen von Bedeutung sein. Zu bedenken ist drittens, dass Beschwerdeführer der Ablehnung ihrer Beschwerde zuvorkommen können. Sie brauchen ihr Begehre lediglich so abzuwandeln, dass es nicht die Existenz des Beschwerdegegners bedroht. In vielen Fällen wird das bedeuten, von einer unrealistischen Zielvorstellung abzurücken, die in einem mediativen Verfahren wie dem spA-Verfahren ohnehin nicht erreicht werden könnte. Denn die Prüfung eines Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität ist, wie bereits erwähnt,²⁷²⁹ in hohem Maße von der Streitfrage und damit vom Begehre des Beschwerdeführers abhängig. Es sollte Aufgabe einer NKS sein, gemeinsam mit dem

2728 In OECD:UK-NCP:2020:UK-57-IA, Rn. 34 setzt sich die UK-NKS zu Recht nicht vertieft mit dem Argument des Beschwerdegegners auseinander, die Leitsätze würden nicht darauf abzielen, Geschäftstätigkeiten zu behindern oder Unternehmen zu belasten.

2729 Siehe Fußnoten 2649 und 2651.

Beschwerdeführer zu eruieren, ob eine Abwandlung der Beschwerde für den Beschwerdeführer in Betracht kommt.²⁷³⁰

Mit Blick auf die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis bleibt festzuhalten, dass sich neben der vorgestellten Entscheidung der britischen NKS keine weiteren Entscheidungen zu dieser Fallgruppe finden lassen. Eine kohärente Entscheidungspraxis scheidet damit von vornherein aus.

IV. Fazit

Das Fallmaterial zur Annahmeveraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken der Leitsätze zeigt eindrücklich, dass die Umsetzungsverfahren der Leitsätze nicht nur fähig sind, eine kohärente Entscheidungspraxis entstehen zu lassen,²⁷³¹ sondern dass eine solche Entscheidungspraxis in Teilgebieten schon tatsächlich entstanden ist. In Bezug auf die fehlende Annahmefähigkeit von individuellen Arbeitsrechtsstreitigkeiten ist eindeutig eine kohärente Entscheidungspraxis mit präzisierender und damit die Leitsätze erhärtender Wirkung entstanden. Zu anderen Individualstreitigkeiten, zu den Kriterien, anhand derer Individualstreitigkeiten von anderen Streitigkeiten abgegrenzt werden können, und zu kommerziellen Streitigkeiten ist die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis alsbald zu erwarten. Demgegenüber ist in Bezug auf die Fallgruppe des existenzbedrohenden Begehrs weder eine kohärente Entscheidungspraxis entstanden, noch steht dies in Zukunft zu erwarten.

B. Beitrag zur Effektivität der Leitsätze

Die Annahmeveraussetzung eines „Beitrags zur Effektivität der Leitsätze“ verlangt einen Abgleich zwischen der im Verfahren aufgeworfenen Streitfrage und den Zielen eines spA-Verfahrens. Diese Verfahrensziele habe ich bereits in Kapitel 8 B. II. 1. hergeleitet. Unter Verweis auf die dortigen Ausführungen lässt sich festhalten, dass spA-Verfahren im Wesentlichen

2730 Vgl. unten die Fallgruppe des unbeirrbar festhalten an einem unerfüllbaren Begehr (B. V. 1.).

2731 Dazu Kapitel 12.

drei materielle Ziele verfolgen:²⁷³² Sie zielen primär darauf, die im Verfahren aufgeworfene Streitfrage für die Zukunft zu lösen; unternehmerisches Fehlverhalten soll beendet und künftig vermieden werden (**prospektiver Problemlösungsbeitrag**). Wiedergutmachende oder sanktionierende Formen von Abhilfe für negative Auswirkungen auf RBC-Belange werden zwar ebenfalls angestrebt (**retrospektiver Problemlösungsbeitrag**), stehen aber nicht im Vordergrund. Die **exemplarische Erörterung einer abstrakt-generellen Frage** auf Basis der im Verfahren aufgeworfenen konkret-individuellen Streitfrage ist das dritte Verfahrensziel. Dieses dritte Verfahrensziel erlaubt keine hypothetischen Erörterungen ohne Rückkopplung an eine tatsächliche Streitfrage.

2732 Soweit ersichtlich, stellen NKSen im Zusammenhang mit dem „Beitrag zur Effektivität der Leitsätze“ nicht (bzw. kaum) auf die „grundlegenden Effektivitätskriterien“ gem. Art. I-Chapeau S 2 Nr. 1 bis 7 Verfahrensregelungen 2023 ab. Diese Kriterien machen NKSen Vorgaben für die Modalitäten eines spA-Verfahrens; so soll ein Verfahren beispielsweise zugänglich (Nr. 2), transparent (Nr. 3) und ausgewogen (Nr. 5 Var. 2) sein. Sie stellen also prozessuale (und keine materiellen) Effektivitätsziele auf. Welche Rolle die grundlegenden Effektivitätskriterien im Zusammenhang mit der Annahmeveraussetzung eines Beitrags zur Effektivität der Leitsätze spielen, ist nicht eindeutig. Hier bedarf es weiterer Forschung. Ich vermute, dass die zurückhaltende bzw. fehlende Heranziehung der Effektivitätskriterien folgende Gründe hat: *Erstens* betreffen diese Kriterien (mit Ausnahme der Nr. 7) die Modalitäten des Verfahrens (prozessuale Effektivität), nicht aber dessen Ergebnisse (Otteburn, in: Davaanyam/Krajewski (Hrsg.), Exploring Corporate Human Rights Responsibilities (2025), 103 (109); vgl. Scheltema, Dovenschmidt Quarterly 2 (2013), 190 (190)). Die Annahmeveraussetzung „Beitrag zur Effektivität der Leitsätze“ könnte demgegenüber nur auf das Ergebnis der spA-Verfahren abstellen. *Zweitens* enthalten sie Vorgaben für die Ausgestaltung eines spA-Verfahrens und richten sich damit an NKSen. Sie stellen keine Verhaltensanforderungen für die Verfahrensbeteiligten und insbesondere den Beschwerdeführer und seine Beschwerde auf. Vielmehr ist es Aufgabe der NKS, die Einhaltung dieser Kriterien im sich anschließenden Verfahren sicherzustellen. Insofern kann zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung und der Entscheidung über die Annahmefähigkeit der Beschwerde regelmäßig nicht feststehen, dass diese Kriterien verletzt werden. Meines Erachtens sollten diese Kriterien von einer NKS gleichwohl als Abwägungsmaterial im Rahmen einer Ermessensentscheidung herangezogen werden dürfen. So ist bei einer mit einiger Verzögerung eingereichten Beschwerde das Kriterium der Zugänglichkeit (Nr. 2), das für die Annahmefähigkeit der Beschwerde spricht, mit dem Kriterium der Ausgewogenheit (Nr. 5 Var. 2), das wegen der durch die Verzögerung eingeschränkten Verteidigungsmöglichkeiten des Beschwerdegegners gegen die Annahmefähigkeit spricht, in eine Ermessensentscheidung einzustellen. Die Effektivitätskriterien entfalten für die Verfahrensparteien bei dieser Deutung eine nur mittelbare Bindung.

Diese drei Zielvorstellungen sind allerdings so unkonkret, dass sie die Annahmenvoraussetzung des Beitrags zur Effektivität der Leitsätze nur umrahmen können. Als positive Umschreibungen sind sie kaum subsumtionsfähig. Subsumtionsfähig sind hingegen negative Eingrenzungen auf Basis von Fallgruppen. Der Darstellung dieser Fallgruppen seien allgemeine Erwägungen vorangestellt (I.). Die Fallgruppen selbst offenbaren, dass die hier besprochene Annahmenvoraussetzung auf einer Vielzahl unterschiedlicher Wertungen basiert. Während es noch einsichtig ist, dass ein Verfahren, das keinen Nutzen stiftet, nichts zur Effektivität der Leitsätze beiträgt (II.) und dass ein Verfahren, das wegen einer Einmischung in innere Angelegenheiten das Wohlwollen ausländischer Regierungen herausfordert, der Effektivität der Leitsätze schaden könnte (III.), ist der Bezug anderer Fallgruppen zur Effektivität der Leitsätze mittelbarer. Die Erwägungen, eine Beschwerde zurückzuweisen, weil andere Abhilfemechanismen nicht erschöpft wurden (IV.) oder weil sie einen im Vergleich zur absehbaren Aussichtslosigkeit des Verfahrens unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten würde (V.), betrachten in Wahrheit nicht die Effektivität der Leitsätze, sondern die Effizienz eines Verfahrens. Es geht hier nicht um eine mechanische Betrachtung, ob ein Verfahren überhaupt einen Nutzen (egal welcher Größe) stiften kann oder ob es den Leitsätzen schadet; auch ein mit unverhältnismäßigem Aufwand betriebenes Verfahren kann für die Effektivität der Leitsätze nutzenstiftend sein. Diese Fallgruppen setzen stattdessen einen erwarteten Verfahrensausgang und den von ihm gestifteten Nutzen ins Verhältnis zu den eingesetzten Ressourcen. Diese beiden Fallgruppen sind, wie auch die nächste, in hohem Maße diskretionär. Die Fallgruppe der treuwidrigen Beschwerden (VI.) befasst sich weder mit Effektivität noch Effizienz. Sie verlangt die wertende Betrachtung, ob das Verhalten des Beschwerdeführers so sehr zu missbilligen ist, dass ihm der Zugang zu einem spA-Verfahren zu versagen ist. Dieser Facettenreichtum lässt sich am ehesten mit dem im deutschen Prozessrecht bekannten Institut des Rechtsschutzbedürfnisses vergleichen. Diese Sachentscheidungsvoraussetzung vereint ebenfalls Effektivitäts-, Effizienz- und Missbrauchs-Erwägungen unterschiedlichster Art in einem Institut.²⁷³³

2733 Siehe beispielsweise: *BVerfG*, Kammerbeschluss (10. Juni 2020), Az. 2 BvR 297/20, Rn. 13: „Diese allen Prozessordnungen gemeinsame Sachentscheidungsvoraussetzung [= Rechtsschutzbedürfnis] wird abgeleitet aus dem auch im Prozessrecht geltenden Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB), dem Verbot des Missbrauchs prozessualer Rechte sowie dem auch für die Gerichte geltenden Grundsatz der Effizienz staatlichen Handelns [...]. Ein Rechtsschutzinteresse ist zu bejahen, solange

Weil ein gefestigtes Fundament und klare Wertungsmaßstäbe fehlen, wird man gegenwärtig noch nicht sagen können, welche der Fallgruppen überzeugen können und welche nicht. Eine kohärente Entscheidungspraxis ist regelmäßig nicht entstanden (VII.). Außerdem ordnen nicht alle NKSen ihre Ausführungen einer der hier vorgestellten Fallgruppen (oder überhaupt der Annahmeveraussetzung eines Beitrags zur Effektivität) zu. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass künftig einige der Fallgruppen eine eigenständige Bedeutung außerhalb der Annahmeveraussetzung eines Beitrags zur Effektivität entwickeln.

I. Allgemeine Erwägungen

Obwohl sich im Fallmaterial noch kein gefestigtes dogmatisches Gerüst abzeichnet, ist es möglich, Abwägungsmaterial zu identifizieren. Wenn beispielsweise nutzlose oder ineffiziente Verfahren nicht betrieben werden sollen, stellt sich die Frage, was die Leitsätze als nutzbringend einstufen. Diese Frage habe ich zu Beginn des vorliegenden Abschnitts B. beantwortet: Mit einem prospektiven Problemlösungsbeitrag, einem retrospektiven Problemlösungsbeitrag und einer exemplarischen Erörterung einer abstrakt-

der Rechtsschutzsuchende gegenwärtig betroffen ist und mit seinem Rechtsmittel ein konkretes praktisches Ziel erreichen kann [...].“ Hier wird also abgestellt auf Treuwidrigkeit bzw. Rechtsmissbrauch, Effizienz staatlichen Handelns, eine gegenwärtige Betroffenheit und die Möglichkeit, ein praktisches Ziel zu erreichen. Muckel, JA 2020, 715 (716) nennt drei Fallgruppen, in denen das Rechtsschutzbedürfnis entfällt: Bei einem schnelleren und einfacheren Mittel zur Zielerreichung, bei nutz- oder aussichtslosem Rechtsschutz und bei querulatorischer oder missbräuchlicher Zielverfolgung. *Loyal*, Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht (2018), S. 34 ff. identifiziert als Fallgruppen des Rechtsschutzbedürfnisses eine Nutzenkontrolle, eine Erforderlichkeitskontrolle, eine Verhältnismäßigkeits- und Effizienzkontrolle, eine deontische Verhaltens- und Meinungskontrolle und objektive Ordnungsgesichtspunkte des Prozessrechts. Obwohl die Bezeichnung einiger der von mir nachfolgend vorgeschlagenen Fallgruppen an Fallgruppen des Rechtsschutzbedürfnisses erinnern, sind sie nicht vergleichbar. Das Rechtsschutzbedürfnis soll hier lediglich als Orientierungshilfe dienen. Insbesondere kommt es im Rahmen der Effektivität der Leitsätze nicht (wie beim Rechtsschutzbedürfnis (*Loyal*, aaO, S. 34 f.)) darauf an, ob das Verfahren für den Beschwerdeführer nützlich ist, sondern ob es einen Nutzen für das System der Leitsätze stiftet (vgl. I. 2.). Außerdem sind meines Erachtens nicht alle der nachfolgend besprochenen Fallgruppen anzuerkennen. Zudem ist ein spA-Verfahren kein rechtliches Verfahren (siehe: Kapitel 9 A.), sodass es von vornherein unangebracht ist, von einem Rechtsschutzbedürfnis zu sprechen.

generellen Frage kommen drei verschiedene nutzbringende Effektivitätsbeiträge in Betracht. Insofern möchte ich nun vertiefen, dass diese drei Effektivitätsbeiträge von der Verfahrensetappe der vertieften Prüfung ausgehen müssen (1.). Ebenfalls schon erörtert habe ich,²⁷³⁴ dass die Beurteilung, ob ein Effektivitätsbeitrag geleistet werden kann, von der Streitfrage des Beschwerdeführers (*issue*) abhängt. Das Fallmaterial zeigt allerdings, dass NKSen bisweilen bereit sind, eine Streitfrage eigenmächtig umzudeuten (2.). Zwei weitere abwägungsrelevante Aspekte habe ich noch nicht erwähnt: Dazu gehören die Ressourcenknappheit vieler NKSen (3.) und der Umstand, dass NKSen ihr Mandat sehr unterschiedlich interpretieren (4.).

1. Vertiefte Prüfung als maßgebliche Verfahrensetappe

Der Wortlaut der Kommentierungen der Umsetzungsverfahren zeigt, dass sich der Effektivitätsbeitrag auf die Verfahrensetappe der „vertieften Prüfung“ bezieht: „*whether the examination of the issue would contribute to the [...] effectiveness [...]*“.²⁷³⁵ Eine NKS hat folglich zu untersuchen, ob die „Prüfung“ (*examination*) der Streitfrage einen relevanten Beitrag leisten kann. Die französische Sprachfassung, die hier von *examen approfondi* spricht, verdeutlicht besser als die englische Fassung, dass der Effektivitätsbeitrag von einer (hypothetischen) vertieften Prüfung (Art. I-C-3 und I-C-4 Verfahrensregelungen 2023) geleistet werden muss. Gemeint ist also nicht eine Prüfung unbestimmter Art, sondern eine vertiefte Prüfung (*further examination*) als klar definierte Verfahrensetappe.²⁷³⁶

Der Effektivitätsbeitrag kann von allen Maßnahmen ausgehen, die einer NKS während des Verfahrensstadiums der vertieften Prüfung zur Verfügung stehen.²⁷³⁷ Im Rügeverfahren gegen die kanadische NKS hatte der Investitionsausschuss Gelegenheit, diesen Zusammenhang klarzustellen. Im Ausgangsverfahren hatte die kanadische NKS die Annahmefähigkeit der

2734 Siehe im einleitenden Teil des vorliegenden Kapitels 13.

2735 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6.

2736 Bis zur Überarbeitung der Leitsätze im Jahr 2023 war dieser Zusammenhang diffuser. In der vorherigen 2011er Fassung der Leitsätze hieß es, dass der relevante Beitrag von der „Prüfung der Streitfrage“ (*consideration of the specific issue* bzw. *l'examen de la question concernée*) ausgehen müsse (UmVerf-Ko 2011, Rn. 25 Punkt 6).

2737 Vgl. OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 60.

Beschwerde verneint, weil ein Angebot von Vermittlungsdiensten ihres Erachtens keinen Effektivitätsbeitrag geleistet hätte.²⁷³⁸ Damit verengte die Kontaktstelle (wie auch andere NKSen)²⁷³⁹ den Prüfungsmaßstab unzulässigerweise. Eine NKS kann den Parteien nämlich nicht nur ihre Vermittlungsdienste anbieten (Art. I-C-*Chapeau* S. 4 f., I-C-3 Verfahrensregelungen 2023), sondern könnte den Parteien auch Empfehlungen zur Umsetzung der Leitsätze unterbreiten.²⁷⁴⁰ Sofern sie ihr Mandat entsprechend interpretiert, könnte sie außerdem eine Feststellung zur Leitsätze-Konformität des Verhaltens des MNUS treffen (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Wollte man einzig auf den Beitrag etwaiger Vermittlungsdienste abstellen, könnte die Weigerung einer Partei, sich am spA-Verfahren zu beteiligen, die Annahmefähigkeit *jeder* Beschwerde verhindern.²⁷⁴¹ Das würde für Beschwerdegegner einen falschen Anreiz²⁷⁴² setzen und steht erkennbar nicht im Einklang mit den Umsetzungsverfahren der Leitsätze. Die Weigerung, sich an einem Verfahren zu beteiligen, ist nämlich ein als treuwidrig missbilligtes Verhalten.²⁷⁴³ Außerdem wurde für den Fall einer Verweigerung regulatorisch Vorsorge getroffen: In einem solchen Fall soll die NKS eine Empfehlung zur Umsetzung der Leitsätze durch das MNU abgeben (vgl. Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023).²⁷⁴⁴ Diese Regelung wäre überflüssig, wenn jede Weigerung ein Verfahren erfolgreich obstruieren könnte.

Ferner ist in Art. I-1 lit. b) RatsE-Leitsätze 2023 und in der eingangs im vorletzten Absatz zitierten Bestimmung der Kommentierungen der Umsetzungsverfahren der Gedanke angelegt, dass NKSen die Effektivität der Leitsätze bereits dadurch fördern, dass sie zur Lösung von Problemen „beitragen“ (*contribute*); es wird nicht postuliert, dass allein die Lösung

2738 OECD:CA-NCP:2018:CA-16-IA.

2739 Unvertretbar: OECD:KR-NCP:2023:KR-25-IA, S. 7: „[...] it is unlikely that further examination of the issues raised will contribute to the purposes and effectiveness of the Guidelines considering the fact that the enterprise is unwilling to engage in discussions with the complainant on the issues raised.“

2740 Vgl. OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 60.

2741 OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 61; OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 5; vgl. OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 49 f.

2742 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 49.

2743 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26.

2744 Vgl. OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 60 f.; vgl. OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 12.

des Problems die Effektivität fördert.²⁷⁴⁵ Deshalb kann auch von einem Vermittlungsversuch ein Effektivitätsbeitrag ausgehen.

2. Teilweise Entsubjektivierung

Auf Basis des bisher vorliegenden Fallkorpus lässt sich nicht mit Gewissheit sagen, welches Gewicht der Streitfrage (Begehr des Beschwerdeführers und normative Grundlage in den Leitsätzen)²⁷⁴⁶ beizumessen ist. Einerseits steht fest, dass sie ein entscheidender Parameter ist. Andererseits kann man nicht davon ausgehen, dass die Streitfrage für eine NKS eine unverrückbare Grenze wäre. Es kommt nicht ausschließlich darauf an, ob das spA-Verfahren gerade für den Beschwerdeführer nutzenstiftend ist. Das folgt erstens aus der Anerkennung einer exemplarischen Erörterung als relevantem Effektivitätsbeitrag. Hier bestimmt sich der Nutzen eines spA-Verfahrens nicht danach, ob das Verfahren für den Beschwerdeführer einen Mehrwert bietet, sondern danach, ob es die Leitsätze fortentwickelt und konkretisiert. Zweitens folgt es aus der Anerkennung eines Effektivitätsbeitrags in Form eines prospektiven Lösungsbeitrags. Hier ist nicht maßgeblich, ob gerade der Beschwerdeführer davon profitiert, dass sich ein MNU künftig Leitsätze-konform verhält. Drittens sind spA-Verfahren keine gerichtlichen Verfahren: Als Vermittlungsverfahren müssen sich spA-Verfahren nicht streng am ursprünglichen Verfahrensziel eines Beschwerdeführers orientieren.²⁷⁴⁷

Man kann insofern von einer Entsubjektivierung sprechen, weil sich die Prüfung des Effektivitätsbeitrags nur teilweise an der Person des Beschwerdeführers und seinen Wünschen orientiert. Die Förderung der Effektivität der Leitsätze mithilfe eines spA-Verfahrens ist nicht mit einer Dienstleistung für den Beschwerdeführer zu verwechseln. Das unterstreicht eine andere Annahmenvoraussetzung: So muss ein Beschwerdeführer keine Betroffenheit in individuellen Rechten oder eine Beschwerde nachweisen, um Beschwerde erheben zu können.²⁷⁴⁸ Das spA-Verfahren oszilliert vielmehr zwischen Hinweisgeber- und Beschwerdeverfahren.²⁷⁴⁹

2745 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 12.

2746 Siehe: Glossar (Tabelle 2 in Kapitel 1).

2747 Vgl. *Consensus Building Institute*, NCP Mediation Manual (2012), S. 17 f.: „[...] mediation can help parties address a range of related issues that may go beyond the problems enumerated in a specific instance.“

2748 Kapitel 6 B. I. 3.

2749 Kapitel 9 A. III.

Dennoch findet keine völlige Entsubjektivierung statt; die Entsubjektivierung ist nur teilweise. Die Streitfrage bildet schließlich die Basis, auf der die Prüfung eines Beitrags zur Effektivität vorzunehmen ist. Ein spA-Verfahren endet außerdem im Idealfall mit einer Einigung der Parteien (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023). Darüber hinaus ist auch die Fallgruppe treuwidriger Beschwerden in erster Linie eine Kontrolle der Beweggründe und des Verhaltens des Beschwerdeführers.

Das Spannungsverhältnis zwischen einer objektiven und einer subjektiven Prüfung des Effektivitätsbeitrags offenbart sich etwa im Umgang der NKSen mit gegenstandslos gewordenen Beschwerden (II. 2.), Beschwerderücknahmen (II. 3.) und einem unerfüllbaren Begehrt (V. 1.): Manche NKSen akzeptieren Beschwerderücknahmen und gegenstandslos gewordene Beschwerden, andere nicht. Beantragt ein Beschwerdeführer ein unerfüllbares Begehrt, sollte die Beschwerde nicht sofort, sondern erst dann zurückgewiesen werden, wenn er nach Aufklärung durch die Kontaktstelle an ihm festhalten möchte. Dieses Spannungsverhältnis ist noch nicht austariert und das Fallmaterial der NKSen widersprüchlich.

3. Ressourcenknappheit

NKSen werden vom Investitionsausschuss angehalten, keine Ressourcen auf überflüssige Verfahren zu verwenden. In einer Klarstellung aus dem Jahr 2005 erinnerte er die NKSen daran, dass sie ihr Mandat nur im Rahmen der ihnen allozierten Ressourcen wahrnehmen können.²⁷⁵⁰ Den Interessen der Leitsätze sei unter anderem am besten gedient:

„[...] by not using the scarce resources dedicated to the Guidelines to address problems that other national institutions have been specifically designed to address;“²⁷⁵¹

Ressourcenknappheit ist ein drängendes und seit längerer Zeit bekanntes Problem der meisten NKSen.²⁷⁵² In zahlreichen Staaten sind keine oder nur wenige Vollzeitstellen für die Aufgaben einer NKS vorgesehen,

2750 OECD:IC:2005:IC-1-CL, S. 81.

2751 OECD:IC:2005:IC-1-CL, S. 81.

2752 OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 13, 16 f.; OECD, Stocktaking Report (2022), S. 76, 81; Siehe auch die wiederholten Aufrufe BIACs, TUACs und OECD Watches: BIAC u. a., Joint statement calling for an effective peer review programme and adequately equipped NCPs (2015) und BIAC u. a., Joint Statement

ist die institutionelle Unterstützung schwach ausgeprägt und die Personalfluktuation hoch.²⁷⁵³ Auch Budgets für Vermittlungs- oder Übersetzungsdienstleistungen sind häufig knapp bemessen.²⁷⁵⁴ Ein ineffektives oder ineffizientes spA-Verfahren bindet knappe Ressourcen, die sinnvoller in anderen Verfahren eingesetzt werden könnten (Opportunitätskosten).

In vielen Fällen dürfte die Ressourcenknappheit der NKSen allerdings völkerrechtswidrig sein. Die Teilnehmerstaaten sind gem. Art. I-4 RatsE-Leitsätze 2023²⁷⁵⁵ schließlich völkerrechtsverbindlich (Art. 5 lit. a) OECD-Ü²⁷⁵⁶) verpflichtet, ihre NKSen mit aufgabenadäquaten personellen und finanziellen Mitteln auszustatten. In Anbetracht dieser Verpflichtung wäre es wenig überzeugend, die Ablehnung einer Beschwerde allein auf den Mangel an Ressourcen zu stützen. Knappe Ressourcen einer NKS setzen vielmehr den Fehlanreiz, Beschwerden nicht zur vertieften Prüfung anzunehmen, um die eigene Arbeitsbelastung zu verringern.²⁷⁵⁷ Gleichwohl sind Teilnehmerstaaten nicht verpflichtet, unbegrenzte Ressourcen bereitzustellen, sondern nur, soweit dies zur Wahrnehmung der Aufgaben einer NKS erforderlich ist; die Größe der Spielräume in staatlichen Etats ist zu berücksichtigen (Art. I-4 RatsE-Leitsätze 2023). NKSen sind außerdem gehalten, spA-Verfahren effizient und zügig zu betreiben (Art. I-C-*Chapeau* S. 4 Verfahrensregelungen 2023). Folglich ist NKSen zuzugestehen, in seltenen Fällen Beschwerden abzulehnen, insbesondere weil das Verfahren einen unverhältnismäßig hohen Aufwand bedeutet, weil der Beschwerdeführer keines Schutzes bedarf oder keines Schutzes würdig ist.

on NCP Effectiveness (2024). Aus der Literatur: *Khoury/Whyte*, Journal of Human Rights 18 (2019), 363 (376); *Svoboda*, European YbIEL II (2020), 31 (34).

2753 OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 16 f.; OECD, Structures and Activities Guide (2019), S. 19; OECD, NCPs Providing Access to Remedy: 20 Years (2020), S. 36 f.

2754 Vgl. OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 13, 15.

2755 Vgl. Art. I-A-1 Verfahrensregelungen 2023; vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 11, 13.

2756 „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.

2757 OECD, NCPs Providing Access to Remedy: 20 Years (2020), S. 36.

4. Mandatsinterpretation

Die Umsetzungsverfahren lassen den Teilnehmerstaaten im Lichte des Grundsatzes der funktionalen Gleichwertigkeit einen großen Spielraum bei der Einrichtung ihrer NKSen und der Ausgestaltung ihrer Verfahren (Art. I-*Chapeau* S. 3 f., I-A Verfahrensregelungen 2023).²⁷⁵⁸ Wie schon in Kapitel 6 dargestellt, bestehen große Unterschiede, wie NKSen ihr Mandat interpretieren. Das Mandat einer NKS kann von einer bloßen Vermittlungsinstanz einerseits bis zu einem robusten Abhilfemechanismus andererseits reichen.²⁷⁵⁹ Insbesondere sind nicht alle NKSen bereit, eine Feststellung zur Leitsatzkonformität des Verhaltens des Beschwerdegegners zu treffen.²⁷⁶⁰ Andere Unterschiede betreffen beispielsweise Beweisstandards oder die Bereitschaft einer NKS zur Sachverhaltsaufklärung.²⁷⁶¹ Eine NKS mag ihre Grenzen, zur Problemlösung beitragen zu können, deshalb früher erreicht sehen als eine andere. Wegen derartiger Unterschiede zwischen NKSen können sich Fallgruppen nur schwer herausbilden. Die Fallgruppe des unerfüllbaren Begehrs des Beschwerdeführers beispielsweise hängt schließlich davon ab, welches Begehre eine NKS überhaupt zu erfüllen bereit ist.

II. Nützlichkeit

Zu den Fallgruppen, in denen ein Effektivitätsbeitrag wegen einer fehlenden Nützlichkeit des Verfahrens nicht vorliegen könnte, zählen die Vorbefassung einer anderen oder derselben NKS in gleicher Sache (1.), eine gegenstandslos gewordene Beschwerde (2.) und eine Beschwerderücknahme (3.). Diese Fallgruppen sind weder fest etabliert noch sind ihre Grenzen klar umrissen.

1. Vorbefassung in gleicher Sache

Die Ablehnung einer Beschwerde wegen Vorbefassung derselben oder einer anderen NKS in gleicher Sache widerspricht im Ausgangspunkt den Rege-

²⁷⁵⁸ UmVerf-Ko 2023, Rn. 10 ff.; Kapitel 6 C.

²⁷⁵⁹ OECD, Stocktaking Report (2022), S. 78.

²⁷⁶⁰ OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 8 f.

²⁷⁶¹ OECD, Stocktaking Report (2022), S. 77 f.

lungen der Umsetzungsverfahren: Die Tatsache, dass eine Beschwerde bereits von einer NKS behandelt wurde, hindert eine nachfolgend angerufene NKS nicht daran, in eine vertiefte Prüfung einzusteigen.²⁷⁶² Die Vorbefassung ist vielmehr ein Aspekt, der im Abspracheverfahren gem. Art. I-C-I Verfahrensregelungen 2023 zwischen der zuerst und der nachfolgend angerufenen NKS anzusprechen ist.²⁷⁶³

Die Praxis mancher NKSen offenbart jedoch ein **umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis**: Nur wenn ein besonderer Grund vorliegt, kann eine Beschwerde angenommen werden, nachdem bereits eine andere oder dieselbe NKS in gleicher Sache befasst war.²⁷⁶⁴ Teilweise wird vorgeschlagen, in solchen Fällen von einer widerleglichen Vermutung für die fehlende Annahmefähigkeit einer Beschwerde auszugehen.²⁷⁶⁵ Der besondere Grund kann nach Ansicht der US-NKS beispielsweise in einer geänderten Sachlage, in der Änderung der Nationalität oder der Akquisition eines Unternehmens oder darin liegen, dass eine andere NKS ein Problem identifiziert, es aber nicht habe behandeln können.²⁷⁶⁶ Alternativ wird von der AU-NKS ein deutlich anderer Beschwerdeinhalt (*markedly different substance*) gefordert, der unter Betrachtung der Parteien, der Probleme des Falles und des Begehrs zu beurteilen ist.²⁷⁶⁷ Eine andere Beschwerde oder neue Beweise sind auch aus Sicht der brasilianischen NKS ein hinreichender Grund.²⁷⁶⁸ Andere NKSen lassen es ebenfalls genügen, wenn im nachfolgenden Verfahren neue Informationen unterbreitet²⁷⁶⁹ oder andere „Aspekte“ beleuchtet werden²⁷⁷⁰ sollen. In Betracht kommt auch eine Vorbehaltsklausel einer NKS: Beispielsweise hat die DE-NKS in einem Verfahren, in dem sie den Parteien die Lösung einer bestimmten Streitfrage überantwortete, darauf

2762 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 9; Černič, ILARC 7 (2021), II (14).

2763 OECD, Coordination Guide (2019), S. 12.

2764 OECD:AU-NCP:2019:AU-15-IA, S. 7; OECD:US-NCP:2022:US-53-IA; vgl. auch die nachfolgend genannten Fälle.

2765 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA, Fn. 15.

2766 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA.

2767 Australische NKS, Complaint Procedures (2024), Rn. 23.1; OECD:AU-NCP:2019:AU-15-IA, S. 7.

2768 Brasilianische NKS, Procedure Manual for Specific Instances (2024), Rn. 4.6.2: „The non-acceptance of the Specific Instance does not prevent a new claim from being presented by the same Submitter in relation to the same company or multinational entity, with new data or different content from the previously formulated claim.“; OECD:BR-NCP:2012:BR-12-IA; OECD:BR-NCP:2022:BR-39-FS, Rn. 6, 19 ff.

2769 OECD:NL-NCP:2020:NL-38-IA, S. 2; OECD:IE-NCP:2022:IE-12-IA, S. 3.

2770 OECD:NO-NCP:2019:NO-15-IA, S. 8.

hingewiesen, dass dies einer erneuten Beschwerde in gleicher Sache nicht entgegenstehe, wenn sich die Parteien nicht einigen können.²⁷⁷¹

Inhaltlich können diese NKS-Aussprüche grundsätzlich überzeugen. Ihnen ist darin zuzustimmen, dass die Annahme einer Beschwerde, mit der bereits eine NKS befasst war, keinen Beitrag zur Effektivität der Leitsätze leistet (a)). Wie stark die Überschneidungen zwischen dem Ausgangsverfahren und dem nachfolgenden Verfahren sein dürfen, lässt sich auf Basis des Fallmaterials nicht eindeutig beantworten (b)). In der Flexibilität und im Ermessensspielraum, den NKSen für sich in dieser Frage beanspruchen, liegen zwei von mehreren wichtigen Unterschieden zum Grundsatz der *res iudicata* (c)). Auffällig ist, dass NKSen zur Ablehnung einer Beschwerde wegen Vorbefassung nicht gegenseitig auf ihre Entscheidungen Bezug nehmen.²⁷⁷² Trotz einer nicht geringen Anzahl ähnlicher Entscheidungen kann deshalb nicht von einer kohärenten Entscheidungspraxis gesprochen werden (d)).

a) Fehlender Beitrag zur Effektivität der Leitsätze

Wie zahlreiche Kontaktstellen²⁷⁷³ ordne ich die Fallgruppe der Vorbefassung der Annahmeveraussetzung eines Effektivitätsbeitrags zu. Eine Alternative wäre es, die Vorbefassung im Zusammenhang mit den Regelungen zu „Parallelverfahren“ zu behandeln;²⁷⁷⁴ diese Regelungen sind nämlich auch auf bereits abgeschlossene Verfahren vor NKSen anwendbar.²⁷⁷⁵ Letztlich ist die Zuordnung gleichgültig, weil beides die gleichen Erwägungen

2771 OECD:DE-NCP:2014:DE-14-FS, S. 12.

2772 Ausnahme: In OECD:IE-NCP:2022:IE-12-IA, Rn. 7–10 bezieht sich die IE-NKS nicht nur deshalb auf andere Beschwerden, um die Problematik der Vorbefassung darzulegen, sondern macht sich auch die Beurteilung und Argumente der US-NKS in OECD:US-NCP:2022:US-53-IA zu eigen.

2773 OECD:NO-NCP:2015:NO-12-IA, S. 12 f.; OECD:NO-NCP:2015:NO-13-IA, S. 12; OECD:AU-NCP:2019:AU-15-IA, S. 2, 7, 8; OECD:US-NCP:2021:US-50-IA, S. 7; OECD:US-NCP:2022:US-53-IA; vgl. OECD:JP-NCP:2022:JP-8-FS, S. 9.

2774 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA (Prüfung der Voraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze unter Bezugnahme auf die Vorgaben zur Behandlung von Parallelverfahren wie sie in *OECD, Initial Assessment Guide* (2019), S. 9 f. dargestellt werden); OECD:IE-NCP:2022:IE-12-IA, S. 3; vgl. OECD:AU-NCP:2019:AU-15-IA, S. 7.

2775 UmVerf-Ko 2023, Rn. 35; vgl. *OECD, Initial Assessment Guide* (2019), S. 9.

verlangen wird.²⁷⁷⁶ Die Aussprüche mancher NKSen (USA,²⁷⁷⁷ Australien²⁷⁷⁸) belegen, dass beide Annahmeveraussetzungen zumindest miteinander verschliffen werden können. Eine dritte Möglichkeit besteht darin, die Problematik der Vorbefassung als treuwidriges Verhalten zu deuten.²⁷⁷⁹ In den Extremfällen schikanös-querulatorischer Beschwerden ist der missbräuchliche Charakter der Beschwerde in Betracht zu ziehen.²⁷⁸⁰

Mit Blick auf die Annahmeveraussetzung eines Effektivitätsbeitrags ist Folgendes relevant: Es liegt auf der Hand, dass die Möglichkeit einer NKS, einen neuerlichen (retro- wie prospektiven) Problemlösungsbeitrag zu leisten, begrenzt ist, wenn bereits eine NKS mit derselben Streitfrage befasst war. Es besteht wenig Aussicht, dass sich die Parteien in einem erneuten spA-Verfahren erstmals auf eine Lösung oder auf eine andere Lösung ihres Problems einigen würden oder dass die erneute Befassung einer NKS einen gänzlich anderen Beitrag als denjenigen der vorbefassten NKS leistet.²⁷⁸¹

2776 Im Rahmen von Parallelverfahren ist grundsätzlich unter zwei Kriterien zu subsumieren (UmVerf-Ko 2023, Rn. 35). Das erste dieser beiden Kriterien (Fehlen schwerwiegender Nachteile) findet bei einem bereits abgeschlossenen Verfahren jedoch keine Anwendung (OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 10). Das verbleibende Kriterium, wonach das nachfolgende Verfahren einen „positiven Beitrag“ im Sinne eines Mehrwerts (i) zur Lösung der Streitfragen oder (ii) zur Umsetzung der Leitsätze leisten muss, entspricht meines Erachtens *grosso modo* den drei möglichen Formen eines relevanten Beitrags (pro- und retrospektiver Problemlösungsbeitrag, exemplarische Erörterung).

2777 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA: Prüfung der Parallelverfahrensproblematik in Bezug auf ein abgeschlossenes Verfahren als Unterpunkt der Annahmeveraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze.

2778 OECD:AU-NCP:2019:AU-15-IA, S. 7: Prüfung der Parallelverfahrensproblematik in Bezug auf ein abgeschlossenes Verfahren als Unterpunkt der Annahmeveraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze.

2779 Zur Treuwidrigkeit bzw. Redlichkeit siehe unter B. VI.

2780 Hierbei handelt es sich um eine der Fallgruppen, bei denen der EGMR und der Menschenrechtsausschuss von einer missbräuchlichen Beschwerde im Sinne des Art. 35 Abs. 3 lit. a) Var. 3 EMRK respektive Art. 3 IPbPr-FPI („Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights“ (*Fakultativprotokoll zu dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, IPbPr-FPI*), Unterzeichnung: 19. Dezember 1966, Inkrafttreten: 23. März 1976. UNTS 999, 302) ausgehen: *Menschenrechtsausschuss*, Decision (1. April 2008), Az. 1527/2006, Rn. 4.2 — Conde Conde ./ Spain; *EGMR*, Judgment (15. September 2009), Az. 798/05, Rn. 65 — Miroļubovs u. a. ./ Latvia; *Bayefsky*, How to Complain to the UN Human Rights Treaty System (2002), S. 53; *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz (2016), Rn. 826.

2781 Vgl. OECD:US-NCP:2021:US-50-IA, S. 7.

Die erneute Befassung einer NKS wäre regelmäßig eine Verschwendung begrenzter Ressourcen.²⁷⁸²

Ob ein Beitrag in Form einer exemplarischen Erörterung geleistet werden könnte, ist demgegenüber schwieriger zu beurteilen. Die Ansicht, wonach die Befassung einer weiteren NKS den Diskurs zu einer bestimmten Rechtsfrage nicht fördert,²⁷⁸³ ist in ihrer Pauschalität nicht überzeugend. Dieses Argument überzeugt, wenn dieselbe Kontaktstelle erneut angerufen wird. Werden indes nacheinander verschiedene Kontaktstellen angerufen, könnte ein Diskurs vom Austausch unterschiedlicher Ansichten profitieren. Allerdings sind auch hier die Grenzen einer exemplarischen Erörterung zu beachten: Eine exemplarische Erörterung hat auf Basis einer konkreten Frage zu erfolgen, um nicht in eine verbotene hypothetische Erörterung abzugleiten. Wurde die Streitfrage bereits behandelt, wurde ihr konkreter Fallbezug durch die erstmalige Befassung einer NKS erschöpft. Darüber hinaus ist die Einheitlichkeit der NKS-Aussprüche stark gefährdet, wenn zwei NKSen über den nämlichen (und nicht über einen nur ähnlichen) Sachverhalt verhandeln: Der später angerufenen Kontaktstelle bliebe kein Raum zur Differenzierung; *de facto* hätte sie die Entscheidung der vorbefassten NKS zu prüfen. NKSen sind allerdings keine Rechtsmittelinstanzen, die befugt wären, ihre Entscheidungen gegenseitig zu überprüfen.²⁷⁸⁴ Um die Einheitlichkeit der NKS-Aussprüche zu wahren, wurde das Klarstellungsverfahren vor dem Investitionsausschuss eingeführt.²⁷⁸⁵ Der Ausschuss hat ein Klarstellungsmonopol (Kapitel 7 B. III. 1.). Ein beständiges Prozessieren vor verschiedenen NKSen gefährdet dieses Klarstellungsmonopol.

Es dürfte jedoch nur in seltenen Fällen eindeutig sein, dass ein relevanter Beitrag fehlt. Die Annahmeveraussetzung des Effektivitätsbeitrags ist als offene Voraussetzung konzipiert.²⁷⁸⁶ So ist es denkbar, dass ein Beitrag zur Lösung einer konkret-individuellen Streitfrage trotz Vorbefassung möglich ist, wenn die Parteien in einem nachfolgenden Verfahren gemeinschaftlich um die Vermittlungsdienste der NKS bitten und genuines Engagement zeigen. Ein Beitrag in Form einer exemplarischen Erörterung wird beispielsweise möglich sein, wenn sich die NKS des Ausgangsverfahrens nicht inhaltlich zur Beschwerde äußern konnte; das ist beispielsweise denkbar,

2782 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA; vgl. OECD:IE-NCP:2022:IE-12-IA, S. 3.

2783 Vgl. OECD:US-NCP:2021:US-50-IA, S. 7.

2784 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA: „[...] NCPs are not meant to serve as an appellate body to review each other's decisions.“; vgl. OECD:IE-NCP:2022:IE-12-IA, S. 3.

2785 UmVerf-Ko 2023, Rn. 59.

2786 Siehe Fußnote 2644.

wenn sie die Beschwerde wegen eines Mangels abgelehnt hat, der zwischenzeitlich geheilt werden konnte.

b) Maßgebliche Kriterien

Zur Ablehnung einer Beschwerde wegen Vorbefassung ist es nicht erforderlich, dass die Parteien, die Streitfrage (verstanden als Begehr und normative Basis in den Leitsätzen) und der Sachverhalt im ersten und im nachfolgenden Verfahren identisch sind. Das Fallmaterial der NKSen belegt einen eher flexiblen Umgang mit diesen Kriterien, wie die nachfolgenden Beispiele zeigen:

Zur Identität des **Sachverhalts**: Die Ablehnung einer Beschwerde wegen Vorbefassung kann nicht dadurch verhindert werden, dass im ersten Verfahren zwei von einer Maßnahme Betroffene identifiziert werden und im anschließenden Verfahren ein dritter Betroffener benannt wird.²⁷⁸⁷ Werden die Sorgfaltspflichtmaßnahmen eines Vermögensverwalters in Bezug auf seine Portfoliounternehmen angegriffen, sind innerhalb kurzer Zeit aufeinanderfolgende Beschwerden in Bezug auf jeweils ein anderes Portfoliounternehmen unzulässig, wenn jeder Fall die gleichen Streitfragen aufwirft und die NKS die bereits an den Investor ausgesprochenen Empfehlungen nur wiederholen könnte.²⁷⁸⁸ Die Tatsache, dass es sich jeweils um ein anderes der (möglicherweise mehreren hundert) Portfoliounternehmen handelt, bringt hier keine ausreichende Varianz. Mit etwas zeitlichem Abstand und einer anderen inhaltlichen Akzentuierung können solche Beschwerden wieder annahmefähig werden.²⁷⁸⁹

Zur Identität der **Streitfrage**: Aus Sicht der US-NKS bedeutet es keinen Unterschied, dass Beschwerdeführer in einem ersten Verfahren unternehmensweite Strategien *aus Anlass* eines konkreten Projekts und in einem nachfolgenden Verfahren Fragen *zu* diesem Projekt behandeln lassen wollen.²⁷⁹⁰ Einen nachgiebigeren Maßstab könnten die japanische und die

2787 Vgl. OECD:AU-NCP:2019:AU-15-IA, S. 4, 7.

2788 OECD:NO-NCP:2015:NO-12-IA, S. 12 f.; OECD:NO-NCP:2015:NO-13-IA, S. 12. In beiden Fällen berief sich die NKS zudem darauf, dass zu diesem Zeitpunkt innerhalb der OECD neue Leitfäden für die Sorgfaltspflichten von Investoren ausgearbeitet würden, weshalb das Ergebnis dieses Prozesses abzuwarten sei.

2789 Einige Jahre später nahm die NO-NKS wieder eine vergleichbare Beschwerde an und hielt zudem fest, dass sich diese inhaltlich von vorherigen unterscheidet (OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 14).

2790 OECD:US-NCP:2021:US-50-IA, S. 7.

norwegische Kontaktstelle angewandt haben: Die JP-NKS nahm eine Beschwerde trotz Vorbefassung²⁷⁹¹ mit der Begründung zur vertieften Prüfung an, dass beide Verfahren unterschiedliche Vorschriften beträfen: Dem Vortrag der Beschwerdeführer folgend argumentierte sie, dass im ersten Verfahren die Sorgfaltspflichtvorschriften der Leitsätze nicht thematisiert worden seien, weshalb sich das nachfolgende Verfahren auf diese Vorschriften konzentrieren könne.²⁷⁹² Damit vergleichbar akzeptierte die NO-NKS zweimal nacheinander Fälle, die dieselbe Massenentlassung betrafen. Da der erste Fall²⁷⁹³ nur die Einhaltung der Ls. V-1, V-6 und V-8 Leitsätze 2023 zum Gegenstand gehabt habe, könne im zweiten Fall die Beachtung der Ls. I-2 und V-4 lit. b) Leitsätze 2023 überprüft werden.²⁷⁹⁴

Zur Identität der **Parteien**: Die US-NKS hat Fälle wegen Vorbefassung zurückgewiesen, bei denen eine Partei ausgetauscht wurde. In einem Verfahren gegen die *Crédit Suisse* trat lediglich ein anderer Beschwerdeführer auf. Die US-NKS lehnte hier die Beschwerde dreier Nichtregierungsorganisationen ab,²⁷⁹⁵ weil sich die *Crédit Suisse* bereits einige Jahre zuvor in einem Verfahren, das von einer anderen Nichtregierungsorganisation initiiert worden war, für denselben Sachverhalt zu verantworten hatte.²⁷⁹⁶ In der bereits im Zusammenhang mit Individualstreitigkeiten erwähnten *Bralima*-Entscheidungsreihe verneinte die US-NKS die Annahmefähigkeit der Beschwerde trotz verschiedener Beschwerdegegner. Sie lehnte die Beschwerde der Beschwerdeführer, die die NL-NKS in derselben Sache bereits zweimal angerufen hatten,²⁷⁹⁷ trotz eines unterschiedlichen Beschwerdegegners ab.²⁷⁹⁸ Es machte für die NKS keinen Unterschied, dass in den niederländischen Verfahren *Bralima* und *Bralimas* Muttergesellschaft als Beschwerdegegner aufgetreten waren und sich im Verfahren vor der US-NKS *The Coca-Cola Company* (TCCC), als deren Abfüller *Bralima* fungierte, zu verantworten hatte.²⁷⁹⁹ Als die Beschwerdeführer

2791 Beim ersten Verfahren handelt es sich um OECD:US-NCP:2015:US-40-FS.

2792 OECD:JP-NCP:2022:JP-8-FS, S. 6, 9.

2793 OECD:NO-NCP:2017:NO-14-IA; OECD:NO-NCP:2018:NO-14-FS.

2794 OECD:NO-NCP:2019:NO-15-IA, S. 7 f.; OECD:NO-NCP:2020:NO-15-FS, S. 10; vgl. OECD:NO-NCP:2018:NO-14-FS, S. 9 ff.

2795 OECD:US-NCP:2021:US-50-IA, S. 2 f., 7.

2796 OECD:CH-NCP:2017:CH-16-IA; OECD:CH-NCP:2019:CH-16-FS.

2797 OECD:NL-NCP:2019:NL-34-IA; OECD:NL-NCP:2020:NL-38-IA.

2798 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA.

2799 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA.

daraufhin mit fast identischer Beschwerdeschrift²⁸⁰⁰ die irische NKS in Bezug auf eine irische Tochtergesellschaft von TCCC anrufen, lehnte diese die Beschwerde ebenfalls wegen Vorbefassung ab.²⁸⁰¹ Auch die australische Kontaktstelle sah keinen hinreichenden Unterschied darin, wenn in einem ersten Verfahren TCCC und im nachfolgenden Verfahren einer ihrer Abfüller als Beschwerdegegner benannt wird, wenn in beiden Verfahren das Verhalten des Abfüllers verhandelt wird und der Abfüller bereits im ersten Verfahren involviert war.²⁸⁰² Damit ist die Haltung der luxemburgischen NKS vergleichbar, eine Beschwerde gegen eine finanzierende Bank abzulehnen, wenn in den Verfahren lediglich gegen jeweils eine andere finanzierende Bank vorgegangen wird und das den Kern des Streits bildende Verhalten von demselben finanzierten Unternehmen ausgeht.²⁸⁰³ Die, soweit ersichtlich, einzige abweichende Meinung vertritt die koreanische NKS. Sie hat eine Beschwerde gegen ein MNU nicht wegen Vorbefassung abgelehnt, obwohl die norwegische NKS eine Beschwerde derselben Beschwerdeführer gegen einen Investor dieses MNUs nicht zur vertieften Prüfung angenommen hatte.²⁸⁰⁴

NKSen zeigen hier sehr deutlich die Bereitschaft, über Entitätsgrenzen hinwegzusehen und MNUs und ihre Wertschöpfungsketten in ihrer Gesamtheit zu betrachten. Hier zeigt sich der flexible und ganzheitliche Umgang der Leitsätze mit Konzern- und Netzwerkstrukturen (vgl. Ls. I-4 S. 7 f., II-A-11 ff. Leitsätze 2023): Wenn die materiellen Vorgaben der Leitsätze eine ganzheitliche Betrachtung erlauben, ist sie auch während eines spA-Verfahrens geboten. Es ist sinnvoll, dass Beschwerdeführer in derselben Angelegenheit nicht so häufig Beschwerde einreichen dürfen, wie es ihnen gelingt, Entitäten der Wertschöpfungskette eines MNUs zu benennen. Das gilt zumindest unter der Voraussetzung, dass bereits im ersten Verfahren die Verantwortung all dieser Entitäten unmittelbar oder mittelbar verhandelt wurde. Ohne eine solch strenge Handhabe könnte sich das Tor zu einer

2800 Offenbar hatten die Beschwerdeführer in den vor der IE- und der US-NKS eingereichten Unterlagen nur den Namen des Beschwerdegegners und der angerufenen Kontaktstelle ausgetauscht (vgl. OECD:IE-NCP:2022:IE-12-IA, S. 3; vgl. OECD:US-NCP:2022:US-53-IA).

2801 OECD:IE-NCP:2022:IE-12-IA, S. 3.

2802 OECD:AU-NCP:2019:AU-15-IA, S. 2, 7 ff.; vgl. OECD:US-NCP:2018:US-46-FS, S. 2 f.

2803 OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 5 f.

2804 OECD:KR-NCP:2015:KR-12-IA, S. 213 (sie nahm die Beschwerde im Ergebnis dennoch nicht zur vertieften Prüfung an); vgl. OECD:NO-NCP:2015:NO-13-IA.

Vielzahl widersprechender Entscheidungen öffnen und das Vertrauen der beteiligten Parteien in die Sinnhaftigkeit des Verfahrens zerstört werden.

Darüber hinaus spielt es offenbar keine größere Rolle, welchen **Ausgang** das vorhergehende Verfahren genommen hat. Verfahren wurden wegen Vorbefassung abgelehnt, wenn im vorausgehenden Verfahren eine Einigung der Parteien erfolgte,²⁸⁰⁵ wenn die Kontaktstelle eine Feststellung zur Leitsatzkonformität des Verhaltens des Beschwerdegegners getroffen,²⁸⁰⁶ eine Empfehlung ausgesprochen²⁸⁰⁷ und wenn sie die Beschwerde abgelehnt²⁸⁰⁸ hatte.

Im **Ergebnis** lässt sich feststellen, dass NKSen keinen klaren Kriterien folgen. Im Vordergrund steht eine wenig strukturierte und von Einzelfallabwägungen geprägte Prüfung, die sich darauf konzentriert, welche Aspekte im Ursprungsverfahren verhandelt wurden und welchen Mehrwert die nachfolgend angerufene NKS leisten könnte. Daher kann man nicht von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen. Man wird vielmehr alle der oben genannten Überschneidungskriterien einer einzelfallbezogenen Gesamtbetrachtung zuführen müssen.

c) Unterschiede zum Grundsatz der res iudicata

Die Fallgruppe der Vorbefassung drängt den Vergleich mit der Rechtsfigur der *res iudicata* auf. Letztere ist im Völkerrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Sinne des Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGHSt²⁸⁰⁹ anerkannt.²⁸¹⁰ Beides

2805 OECD:US-NCP:2021:US-50-IA und vorausgehend: OECD:CH-NCP:2019:CH-16-FS.

2806 OECD:NO-NCP:2019:NO-15-IA, OECD:NO-NCP:2020:NO-15-FS und vorausgehend OECD:NO-NCP:2018:NO-14-FS, S. II f.

2807 OECD:AU-NCP:2019:AU-15-IA und vorausgehend OECD:US-NCP:2018:US-46-FS; OECD:JP-NCP:2022:JP-8-FS und vorausgehend OECD:US-NCP:2015:US-40-FS, S. II f.

2808 OECD:IE-NCP:2022:IE-12-IA und vorausgehend: OECD:US-NCP:2022:US-53-IA; dieser Entscheidung wiederum vorausgehend: OECD:NL-NCP:2019:NL-34-IA sowie OECD:NL-NCP:2020:NL-38-IA; vgl. OECD:BR-NCP:2012:BR-12-IA (Ablehnung der Beschwerde und Hinweis auf die Möglichkeit einer erneuten Beschwerde bei geänderter Sachlage).

2809 „Statute of the International Court of Justice“ (*Statut des Internationalen Gerichtshofs*, IGHSt), Unterzeichnung: 26. Juni 1945, Inkrafttreten: 24. Oktober 1945. BGBl. 1973 II, 505–531.

2810 IGH, Judgment (17. März 2016), ICJ Reports 2016, 100 (Rn. 58) — „Delimitation of the Continental Shelf“ (Nicaragua ./ Colombia), Preliminary Objections; StIGH,

zielt darauf, einen bereits behandelten Fall nicht erneut zu behandeln. Gleichwohl bestehen mehrere Unterschiede.

Erstens lässt der Grundsatz der *res iudicata* dem Forum keinen Ermessensspielraum, wenn seine Voraussetzungen erfüllt sind.²⁸¹¹ Die Ablehnung einer Beschwerde wegen Vorbefassung erweist sich in den Entscheidungen der NKSen jedoch als diskretionär. *Zweitens* greift der Grundsatz der *res iudicata* – ungeachtet einzelner Versuche einer Lockerung seiner Voraussetzungen –²⁸¹² nur bei einer Identität zwischen Parteien, Begehr und Rechtsgrundlage (*persona, petitem, causa petendi*).²⁸¹³ Die oben wiedergegebenen Fälle der NKSen illustrieren hingegen, dass für NKSen nicht Identität, sondern eine kriterien-übergreifend gewürdigte Ähnlichkeit der ausschlaggebende Maßstab ist.

Drittens kann nur eine rechtsverbindlich und endgültig entschiedene Sache eine *res iudicata* sein.²⁸¹⁴ In spA-Verfahren fehlt es regelmäßig hieran. Viele spA-Verfahren enden ohne eine Entscheidung in der Sache. Fehlt es an einer Entscheidung in der Sache, fehlt es an einem Gegenstand, der in Rechtskraft erwachsen könnte.²⁸¹⁵ In weniger als der Hälfte der Fälle der spA-Verfahren ergeht eine Entscheidung der NKS in Form einer Emp-

Anzilotti (Dissenting Opinion), Judgment (16. Dezember 1927), Series A No. 13, 23 (27) — „Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Chorzów Factory)“ (Germany ./ Poland); *Reinisch*, Law & Practice of Intl Courts and Tribunals 3 (2004), 37 (44 ff.); *Janig/Reinisch*, in: Andenas u. a. (Hrsg.), General Principles and the Coherence of International Law (2019), 247 (254 ff.); vgl. *Pauwelyn/Salles*, Cornell Intl Law Journal 42 (2009), 77 (102).

2811 *Pauwelyn/Salles*, Cornell Intl Law Journal 42 (2009), 77 (102).

2812 *Reinisch*, Law & Practice of Intl Courts and Tribunals 3 (2004), 37 (55 ff.).

2813 *IGH*, Judgment (17. März 2016), ICJ Reports 2016, 100 (Rn. 59) — „Delimitation of the Continental Shelf“ (Nicaragua ./ Colombia), Preliminary Objections; *StIGH*, Anzilotti (Dissenting Opinion), Judgment (16. Dezember 1927), Series A No. 13, 23 (23) — „Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Chorzów Factory)“ (Germany ./ Poland); *Reinisch*, Law & Practice of Intl Courts and Tribunals 3 (2004), 37 (50 ff.); *Pauwelyn/Salles*, Cornell Intl Law Journal 42 (2009), 77 (103); *Kulick*, Leiden JIL 28 (2015), 73 (74); *Crosato*, Res iudicata, MPEPIL (2025), Rn. 18 ff.

2814 *IGH*, Judgment (26. Februar 2007), ICJ Reports 2007, 43 (Rn. 126) — „Bosnian Genocide Case“ (Bosnia & Herzegovina ./ Serbia), Merits; *IGH*, Judgment (17. März 2016), ICJ Reports 2016, 100 (Rn. 59 f.) — „Delimitation of the Continental Shelf“ (Nicaragua ./ Colombia), Preliminary Objections; *Crosato*, Res iudicata, MPEPIL (2025), Rn. 4 ff.

2815 *IGH*, Judgment (26. Februar 2007), ICJ Reports 2007, 43 (Rn. 126) — „Bosnian Genocide Case“ (Bosnia & Herzegovina ./ Serbia), Merits; *IGH*, Judgment (17. März 2016), ICJ Reports 2016, 100 (Rn. 59 f.) — „Delimitation of the Continental Shelf“ (Nicaragua ./ Colombia), Preliminary Objections.

fehlung (Art. I-C-4 lit. b), c) Verfahrensregelungen 2023)²⁸¹⁶; in weniger als einem Fünftel der Fälle ergeht eine Entscheidung in Form einer Feststellung zur Leitsatzkonformität des Verhaltens des Beschwerdegegners (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023).²⁸¹⁷ Mit Regelmäßigkeit ergeht nur eine Entscheidung zur Annahmefähigkeit einer Beschwerde. Selbst wenn eine endgültige Entscheidung in der Sache vorliegt, fehlt es regelmäßig²⁸¹⁸ an der zweiten Voraussetzung: Entscheidungen einer NKS sind grundsätzlich unverbindlich und erwachsen nicht in Rechtskraft.²⁸¹⁹

Viertens und schließlich ist daran zu erinnern, dass im Ausgangspunkt – trotz der widersprechenden Entscheidungen – eigentlich gilt, dass die Annahmefähigkeit einer Beschwerde nicht wegen Vorbefassung abzulehnen ist.²⁸²⁰ Das Ende eines Verfahrens vor einer NKS ist deshalb, anders als der Grundsatz der *res iudicata*,²⁸²¹ konzeptionell nicht darauf ausgerichtet, einen Streit endgültig zu entscheiden und für Rechtsfrieden wie für Stabilität in den Beziehungen der Parteien zu sorgen. Stattdessen sind Erwägungen zu schützenswerten Erwartungen der Verfahrensparteien (vgl. Vorhersehbarkeit)²⁸²² und zur Ausgewogenheit²⁸²³ anzustellen. Insbesondere das Effektivitätskriterium der Ausgewogenheit ist von Bedeutung, da nur MNUs als Beschwerdegegner auftreten können.²⁸²⁴ Im Anschluss an ein Verfahren, bei dem sich – wie im Regelfall – nicht zwei MNUs, sondern eine Einzelperson, eine Gewerkschaft oder eine Nichtregierungsorganisation einerseits und ein MNU andererseits gegenüberstehen, hätte folglich nur die Beschwerdeführerin, nicht aber der Beschwerdegegner die

2816 UmVerf-Ko 2023, Rn. 43.

2817 Ergebnis einer Auswertung von 211 Fällen der Jahre 2011 bis 2018: 43 % der Fälle enthielten Empfehlungen und 18 % eine Feststellung (*OECD, Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 9 ff.).

2818 Etwas anderes kommt nur für eine verfahrensbeendende Einigung zwischen den Parteien in Betracht, wenn die Parteien diese Vereinbarung rechtsverbindlich ausgestalten.

2819 Allenfalls die Entscheidungen über die Annahme oder Ablehnung einer Beschwerde sind verbindlich; diese Bindungswirkung richtet sich dann aber nach der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung und ist für andere NKSen irrelevant (näher: Kapitel 10 C. I.). Außerdem handelt es sich gerade nicht um Entscheidungen in der Sache.

2820 *OECD, Initial Assessment Guide* (2019), S. 9.

2821 *IGH, Judgment* (26. Februar 2007), *ICJ Reports* 2007, 43 (Rn. 116) — „Bosnian Genocide Case“ (Bosnia & Herzegovina ./ Serbia), Merits; *Kulick, Leiden JIL* 28 (2015), 73 (79 f.).

2822 Effektivitätskriterium gem. Art. I-*Chapeau* Nr. 6 Verfahrensregelungen 2023.

2823 Effektivitätskriterium gem. Art. I-*Chapeau* Nr. 5 Verfahrensregelungen 2023.

2824 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 3; siehe: Kapitel 6 B. I. 2.

Möglichkeit, ein weiteres Verfahren in derselben Sache anzustrengen. Es herrscht keine Waffengleichheit. Die Zulassung einer Beschwerde trotz Vorbefassung ist damit grundsätzlich einseitig zum Nachteil des Beschwerdegegners des Ausgangsverfahrens.

d) Zwischenfazit

Das Fallmaterial zur Fallgruppe der Vorbefassung zeigt schon durch sein Volumen, dass es sich um eine äußerst praxisrelevante Fallgruppe handelt. Viele NKSen stimmen darin überein, dass eine Beschwerde in der Tendenz abzulehnen ist, wenn bereits eine andere NKS mit einer ähnlichen oder derselben Beschwerde befasst war. Schon deshalb ist diese Fallgruppe grundsätzlich anzuerkennen. Von einer kohärenten Entscheidungspraxis kann man jedoch nicht sprechen, da sich NKSen in ihren Entscheidungen nicht gegenseitig rezipieren. Zudem zeigt sich zwischen Theorie und Praxis ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis: In der Theorie ist die Annahmefähigkeit einer Beschwerde wegen Vorbefassung nämlich grundsätzlich nicht abzulehnen. Nur eine besonders gefestigte und eindeutige kohärente Entscheidungspraxis könnte die normativen Vorgaben überwinden. Die Entscheidung, eine Beschwerde wegen Vorbefassung abzulehnen, ist allerdings auch *in praxi* kein Automatismus, sondern diskretionär: NKSen würdigen unter Berücksichtigung mehrerer Kriterien (Sachverhalt, Streitfrage, Parteien, Ausgang), ob Beschwerden zu ähnlich sind, als dass eine erneute Befassung einen Mehrwert bieten könnte. Das Fallmaterial erweist sich mit Blick auf die im Einzelnen maßgeblichen Kriterien als sehr uneinheitlich; man kann auch insofern nicht von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen.

Die Fallgruppe der Vorbefassung ist das funktionale Äquivalent zum Rechtsgrundsatz der *res iudicata* gerichtlicher Verfahren. Der Grundsatz der *res iudicata* kann bei spA-Verfahren keine Anwendung finden, weil NKS-Aussprüche grundsätzlich nicht verbindlich sind. Zudem sind die Voraussetzungen dieses Grundsatzes weniger diffus und seine Rechtsfolge nicht diskretionär. Er hat auch eine andere Zielrichtung.

2. Gegenstandslosigkeit

Unter der Gegenstandslosigkeit der Beschwerde verstehe ich (im Sinne einer Arbeitsdefinition) die Situation, in der das Begehren des Beschwerdeführers aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr durch das spA-Verfahren erreicht werden kann. Dazu zählt insbesondere der Fall, in dem das Begehren bereits erreicht wurde (Erledigung). Die Ablehnung²⁸²⁵ einer Beschwerde wegen Gegenstandslosigkeit ist eindeutig der Prüfung eines Effektivitätsbeitrags zuzuordnen.²⁸²⁶

Anders als bei der Fallgruppe der Vorbefassung lässt sich die Beendigung der Auseinandersetzung zwischen den Parteien bei der Fallgruppe der Gegenstandslosigkeit nicht auf ein förmliches Verfahren oder die Intervention einer NKS zurückführen: Die Gegenstandslosigkeit tritt hier durch einen außerprozessualen Umstand ein. Gleichwohl kommt es bei der Fallgruppe der Gegenstandslosigkeit wie bei der Fallgruppe der Vorbefassung ebenfalls darauf an, zwischen einzelnen Aspekten einer Beschwerde zu unterscheiden: Die gegenstandslosen Aspekte einer Beschwerde sind herauszuarbeiten und ins Verhältnis zum verbleibenden Effektivitätsbeitrag zu setzen. Insofern zeigt sich erneut, dass die Prüfung des Effektivitätsbeitrags in Abhängigkeit der Streitfrage vorzunehmen ist.²⁸²⁷

Dass eine gegenstandslose Beschwerde abzulehnen ist, erweist sich im Grundsatz als unumstritten; insbesondere wurde sie vom Investitionsausschuss in einem *obiter dictum* innerhalb eines Rügeverfahrens anerkannt.²⁸²⁸ Im Detail zeigt das Fallmaterial der NKSen jedoch Widersprüche. Meines Erachtens dürfte die Gegenstandslosigkeit einer Beschwerde nur selten ein Verfahrenshindernis sein. Da die Gegenstandslosigkeit nicht auf die frühere Intervention einer NKS zurückzuführen ist, besteht – anders als bei der Fallgruppe der Vorbefassung – die Chance, dass die *erstma-*

2825 Tritt die Gegenstandslosigkeit während des Verfahrens ein, geht es nicht um die Ablehnung der Beschwerde, sondern um die Einstellung des Verfahrens. Ich unterscheide im Folgenden nicht zwischen beiden Varianten.

2826 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 40: „For example, whether consideration of a specific issue would contribute to the purposes and effectiveness of the Guidelines may call for a wide range of issues to be considered, including [...] whether the issues raised have already been resolved.“ (Textauszeichnung des Originals entfernt); OECD:KR-NCP:2015:KR-12-IA, S. 214; OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 12.

2827 Siehe Fußnoten 2649 und 2651.

2828 Siehe Fußnote 2826 und allgemein auch die nachfolgend besprochenen NKS-Aussprüche.

lige Befassung einer NKS einen Mehrwert gegenüber dem *status quo* bietet. Außerdem gilt es zu beachten, dass ein spA-Verfahren von vornherein nicht auf Durchsetzung einer Position durch einen Ausspruch zielt, der einem Leistungsurteil vergleichbar wäre. Das Verfahren vor einer NKS steht trotz vorhandener Unterschiede²⁸²⁹ einer Feststellungsklage deutlich näher als einer Leistungsklage: Lässt man eine Einigung der Verfahrensbeteiligten außen vor (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023), ist eine Feststellung das Maximalziel eines Beschwerdeführers. In einem spA-Verfahren ist eine Feststellung kein gegenüber einem auf Durchsetzung einer Rechtsposition gerichteten Ausspruch subsidiärer, sondern ein primärer Verfahrensausgang. Deshalb ist die Erwägung irrelevant, dass die Durchsetzung einer erledigten Rechtsposition via Leistungsurteil ins Leere liefе.

Im Einzelnen ist zwischen Fällen, in denen es an einem retrospektiven Lösungsbeitrag (a)) oder einem prospektiven (b)) Lösungsbeitrag fehlt, zu unterscheiden.²⁸³⁰ Die Gegenstandslosigkeit wird – die Fälle einer Einigung der Parteien ausgenommen (c)) – nur in sehr seltenen Fällen beide Dimensionen betreffen: Ist ein retrospektiver Lösungsbeitrag unmöglich, wird vielfach ein prospektiver Lösungsbeitrag in Betracht kommen – und umgekehrt. Das Fallmaterial der NKSen ist widersprüchlich (d)).

a) Retrospektive Gegenstandslosigkeit

Ob eine Beschwerde gegenstandslos geworden ist, hängt in erster Linie vom Inhalt der Beschwerde und der Streitfrage (Begehr und normative Grundlage) ab. Je weiter die Streitfrage formuliert ist – oder durch die NKS ausgelegt werden kann –, desto weniger Raum besteht, die Beschwerde wegen Gegenstandslosigkeit abzuweisen. Häufig lässt die retrospektive Gegenstandslosigkeit einer Beschwerde einen prospektiven Lösungsbeitrag unberührt. Die Streitfrage kann dann so formuliert oder ausgelegt werden, dass sie sich auf diese prospektive Dimension bezieht. Ein solcher prospektiver Problemlösungsbeitrag liegt bereits darin, dass zukünftig ne-

2829 Insbesondere steht eine Feststellung zur Leitsatzkonformität des Verhaltens des Beschwerdegegners ausdrücklich im Ermessen der Kontaktstelle (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Sie wird nur selten ausgesprochen und ist auch nicht rechtskräftig.

2830 Das dritte Verfahrensziel in Form einer exemplarischen Erörterung einer abstrakt-generellen Frage wurde im Fallmaterial zur Gegenstandslosigkeit noch nicht erörtert.

gative Auswirkungen auf RBC-Belange vermieden werden könnten. Hat sich beispielsweise eine Menschenrechtsverletzung erledigt, die durch ein Unternehmen verursacht wurde, hat das keine Auswirkungen auf die Frage, ob das Unternehmen sein Risikomanagement mit Blick auf künftige Menschenrechtsverletzungen anpassen muss. Wie die nachfolgenden Fälle zeigen, ist insbesondere die Schweizer NKS bereit, ein Begehr weit auszulegen und von einem gegenstandslos gewordenen, konkreten Vorfall auf weiterreichende und grundlegendere Probleme zu schließen. Hier offenbart sich deutlich, dass ein spA-Verfahren primär auf Vermittlungsdiensten der NKS beruht und kein formelles Untersuchungsverfahren ist (Kapitel 6 C.): NKSen sind nicht an die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Punkte gebunden.²⁸³¹ Ebenso deutlich tritt besagte prospektive und die damit verbundene präventive Natur (etwa: Ausräumung einer Wiederholungsgefahr)²⁸³² eines spA-Verfahrens hervor.

Besonders eindrücklich führt dies ein Fall der Schweizer NKS aus dem Jahr 2022 vor Augen. Die CH-NKS war hier von einer Gewerkschaft wegen (behaupteter) problematischer Arbeitsbedingungen in einem bestimmten Sportstadion, das die FIFA als Austragungsort für Spiele der Fußball-Weltmeisterschaft der Herren 2026 auswählen könnte, angerufen worden.²⁸³³ Nachdem die Beschwerde schon zur vertieften Prüfung angenommen worden war, gab die FIFA die Wahl eines anderen Stadions als Austragungsort bekannt.²⁸³⁴ Obwohl sie den Gegenstand der Beschwerde der Gewerkschaft für „nicht mehr relevant“ hielt, bot die CH-NKS beiden Parteien ihre Vermittlungsdienste an, um allgemein über Arbeitnehmerrechte und die Einbeziehung von Interessenträgern zu sprechen.²⁸³⁵ Beide Parteien nahmen das Angebot an.²⁸³⁶ Ausschlaggebend für die Entscheidung der CH-NKS war offenbar der von den Parteien selbst gelobte „konstruktive Austausch“

2831 *Consensus Building Institute*, NCP Mediation Manual (2012), S. 17 f.

2832 Vgl. die nachfolgende Aussage der DE-NKS, die offenbar auf der Erwägung beruht, dass bei drohenden künftigen Verletzungen keine Erledigung vorliegt: OECD:DE-NCP:2014:DE-14-FS, S. 2: „[...] the NCP did not accept the complaint as it considered the allegations to be not sufficiently specific or referring to cases already resolved which took place several years before the complaint was raised. The NCP did not consider that these cases gave rise to concerns of ongoing or future violations of trade union rights.“ (ähnlich auch aaO, S. 3).

2833 OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 1 f.

2834 OECD:CH-NCP:2022:CH-25-FS, S. 1 f.

2835 OECD:CH-NCP:2022:CH-25-FS, S. 2 f.

2836 OECD:CH-NCP:2022:CH-25-FS, S. 3.

und die (selbstbekundete) Wertschätzung der FIFA für Rückmeldungen lokaler Interessenträger.²⁸³⁷

In einem anderen Fall hatte eine Nichtregierungsorganisation Beschwerde gegen die Großbank UBS eingereicht, der sie eine Verbindung zu einem chinesischen Unternehmen nachsagte, das an der Überwachung der Uiguren in Xinjiang beteiligt gewesen sein sollte.²⁸³⁸ Die Nichtregierungsorganisation trug unter anderem vor, dass ein von der UBS verwalteter Indexfonds Aktien des betroffenen Unternehmens enthalte.²⁸³⁹ Die CH-NKS nahm die Beschwerde zur vertieften Prüfung an, obwohl der Fonds die betroffenen Aktien zwischenzeitlich veräußert hatte, nachdem sie vom Indexanbieter aus dem Index entfernt worden waren.²⁸⁴⁰ Ein Vermittlungsangebot könne, so die NKS, den Parteien helfen, ein gegenseitiges Verständnis der aufgeworfenen Fragen (Existenz einer Geschäftsbeziehung, UBS' interne Sorgfaltspflichtmaßnahmen) und eine beiderseitig annehmbare Lösung zu entwickeln.²⁸⁴¹ In der Abschlusserklärung wird deutlicher, dass die NKS die Beschwerde auf diese Weise teilweise zurückweisen wollte: Der Teil der Beschwerde, in dem die Bank aufgefordert wurde, die Aktien des chinesischen Unternehmens aus dem Fonds zu entfernen, sollte wegen seiner Gegenstandslosigkeit nicht Gegenstand der Vermittlungsgespräche sein; gesprochen wurde nur über Fragen zu Maßnahmen, die UBS in Bezug auf künftige, ähnliche Fälle ergreifen sollte.²⁸⁴² Beispielsweise betonte die Kontaktstelle das Risiko, dass die Aktien des betroffenen Unternehmens wieder in den Fonds aufgenommen werden könnten.²⁸⁴³

In anderen Fällen haben sich NKSen demgegenüber für eine enge Auslegung der Streitfrage entschieden und die Beschwerde wegen Gegenstandslosigkeit zurückgewiesen. Ein Beispiel hierfür ist die Ablehnung einer Beschwerde *Client Earths* gegen die Mineralölgesellschaft BP durch die britische Kontaktstelle.²⁸⁴⁴ *Client Earth* hatte sich an die NKS unter anderem mit dem Ziel gewandt, dass BP eine irreführende Werbekampagne (vgl. Ls. VIII-4 Leitsätze 2023) einstellen, die Einstellung öffentlich erklären und die Kampagne in Zukunft nicht ohne Warnhinweis zu den

2837 Vgl. OECD:CH-NCP:2022:CH-25-FS, S. 3.

2838 OECD:CH-NCP:2021:CH-21-IA, S. 1 f.

2839 OECD:CH-NCP:2021:CH-21-IA, S. 1 f.

2840 OECD:CH-NCP:2021:CH-21-IA, S. 1, 6 f.

2841 OECD:CH-NCP:2021:CH-21-IA, S. 7.

2842 OECD:CH-NCP:2021:CH-21-FS, S. 3.

2843 OECD:CH-NCP:2021:CH-21-IA, S. 6.

2844 Hier und im Folgenden: OECD:UK-NCP:2020:UK-54-IA.

Gefahren des Klimawandels erneut aufnehmen möge. Etwa zwei Monate nach Beschwerdeerhebung kündigte BP in einer öffentlichen Erklärung die Einstellung der Werbekampagne an und versprach, sie nicht zu wiederholen. Daraufhin wies die UK-NKS die Beschwerde wegen Gegenstandslosigkeit ab. Sie ging nicht darauf ein, dass BP, soweit ersichtlich, nicht wie gewünscht zugesagt hatte, künftige Werbekampagnen mit einem Warnhinweis zu versehen. Ein anderes Beispiel für eine enge Auslegung der Streitfrage liefert ein Fall der brasilianischen Kontaktstelle. Sie lehnte eine Beschwerde, in der der Beschwerdeführer die Herausgabe bestimmter Dokumente erreichen wollte, wegen Gegenstandslosigkeit ab, nachdem der Beschwerdegegner die gewünschten Dokumente überreicht hatte.²⁸⁴⁵ Eine nachträgliche Erweiterung der Beschwerde ließ die NKS nicht zu.²⁸⁴⁶ Die niederländische Kontaktstelle behandelte in einem etwas älteren Fall einzelne Teile einer Beschwerde nicht weiter, weil sie bestimmte umweltbezogene Probleme betrafen, die bereits lange vor Beschwerdeeinreichung gelöst worden waren.²⁸⁴⁷ Auch in weiteren Fällen wurden Beschwerden nicht weiterverfolgt und ganz oder teilweise zurückgewiesen, nachdem die Kontaktstelle die Forderungen der Beschwerdeführer für erfüllt hielt.²⁸⁴⁸ In vielen dieser Fälle wäre es möglich gewesen, allgemeinere oder grundlegendere Probleme anzusprechen. Da beispielsweise die Erfüllung unternehmerischer Sorgfaltspflichten kein statischer, sondern ein kontinuierlicher Vorgang ist,²⁸⁴⁹ hätte in den Verfahren über Verbesserungen einzelner Sorgfaltspflichtmaßnahmen gesprochen werden können. Solche Nachadjustierungen hätten insbesondere Erfahrungen berücksichtigen können, die die Verfahrensbeteiligten im Zuge des spA-Verfahrens gemacht hätten.

Für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis erweist sich dieses Fallmaterial insbesondere wegen des Gegensatzes zwischen der Schweizer NKS und den anderen NKSen als zu widersprüchlich.

2845 OECD:BR-NCP:2021:BR-32-FS, Rn. 22 ff.

2846 OECD:BR-NCP:2021:BR-32-FS, Rn. 27.

2847 OECD:NL-NCP:2010:NL-17-FS.

2848 OECD:KR-NCP:2015:KR-12-IA, S. 214; OECD:US-NCP:2015:US-41-FS, S. 3, 7; OECD:BE-NCP:2016:BE-17-IA, S. 5; OECD:KR-NCP:2024:KR-26-IA, S. 11 f.

2849 OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 17.

b) Prospektive Gegenstandslosigkeit

Die prospektive Gegenstandslosigkeit einer Beschwerde ist vor allem in Fällen gegeben, in denen der Beschwerdegegner seine Geschäftstätigkeit eingestellt oder sich von problematischen Geschäftseinheiten getrennt hat. Mit der Beendigung der Geschäftstätigkeit ist eine etwaige Wiederholungsgefahr ausgeräumt und einem Dialog über eine künftige Zusammenarbeit der Parteien der Boden entzogen.²⁸⁵⁰ Trennt sich ein MNU von einer problematischen Entität, ist das Kooperationsgebot (Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023) *ex nunc* nicht mehr anwendbar, sodass die ehemals in einem MNU verbundenen Entitäten für die Zukunft nicht mehr füreinander eintreten müssen. Deshalb kann für die Zukunft nicht mehr gefordert werden, die ehemalige Mutter-Entität möge auf ihre einstige Tochter-Entität einwirken.²⁸⁵¹ Diese Fälle prospektiver Gegenstandslosigkeit sind jedoch abzugrenzen von Fällen, in denen die Entscheidung einer Mutter-Entität zur Liquidation einer ihrer Tochter-Entitäten selbst Verfahrensgegenstand ist. Hier liegt keine Gegenstandslosigkeit vor, da die Mutter-Entität weiterhin für ihre Entscheidung eintreten kann.²⁸⁵² Das Gleiche gilt für den Beteiligungsverkauf selbst (Stichwort: *responsible exit, responsible divestment*), der ebenfalls im Lichte der Leitsätze evaluiert werden kann.²⁸⁵³

Bei ihrer Prüfung sollte eine NKS evaluieren, inwiefern ein Verfahren ohne prospektive Komponente einen Effektivitätsbeitrag leisten kann. Ein entsprechendes Verfahren könnte sich auf Wiedergutmachung, Beseitigung

2850 Darüber hinaus ist folgender weiterführender Hinweis wichtig, der jedoch Kapitel 15 D. II. vorgreift: Losgelöst von der Problematik der Gegenstandslosigkeit ist in derartigen Situationen zu beachten, dass nur ein MNU als Beschwerdegegner auftreten kann (UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 3 iVm Ls. I-4 Leitsätze 2023). Nur Entitäten mit kommerzieller Ausrichtung können Teil eines MNUS sein (Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 2 Leitsätze 2023). Eine erfolgreich liquidierte oder sterbende Entität ist nicht mehr kommerziell ausgerichtet und kann deshalb nicht mehr Teil eines MNUS sein (vgl. OECD:NZ-NCP:2016:NZ-5-IA). Meines Erachtens ist es in solchen Konstellationen zwingend, materielle von verfahrensbezogenen Betrachtungen zu trennen. Die Einstellung der Geschäftstätigkeit oder die Liquidation einer Entität führt meines Erachtens nicht dazu, dass sie ihre Eigenschaft als MNU rückwirkend verliert; für den Zeitraum, in dem eine kommerzielle Ausrichtung gem. Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 2 Leitsätze 2023 vorlag, ist die Entität als MNU zu behandeln.

2851 Kapitel 15 C. III.

2852 Vgl. OECD:PE-NCP:2021:PE-7-FS.

2853 Vgl. Ls-Ko 2023, Rn. 25; vgl. OECD:NO-NCP:2021:NO-19-IA; vgl. OECD:AU-NCP:2023:AU-22-FS.

eingetretener negativer Auswirkungen²⁸⁵⁴ und/oder auf eine Feststellung zur Leitsatzkonformität des Verhaltens des Beschwerdegegners (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023) beschränken. Ob hierfür Raum besteht, hängt maßgeblich vom Begehrt des Beschwerdeführers und der Bereitschaft der NKS ab, ein rein retrospektives Verfahren zu betreiben. Das Fallmaterial erweist sich als heterogen und wenig präzise. Man kann nicht von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen. Insbesondere werden materielle und verfahrensrechtliche Aspekte nicht klar voneinander getrennt.

Aus Sicht der UK-NKS kann ein MNU mit **eingestellter Geschäftstätigkeit** tauglicher Beschwerdegegner für seine vergangenen Aktivitäten sein.²⁸⁵⁵ Richtet eine NKS Empfehlungen an ein derartiges MNU, sollten sie allgemein und für den Fall einer künftigen Geschäftsaufnahme gelten, außer es handele sich um konkret empfohlene Abhilfemaßnahmen.²⁸⁵⁶ In einem anderen Fall hinderte die Tatsache, dass der Beschwerdegegner während des Verfahrens zunächst in ein Insolvenzverfahren, anschließend in ein Liquidationsverfahren eintrat und sich nicht mehr am Verfahren beteiligen konnte, die UK-NKS ebenfalls nicht daran, das Verfahren weiterzubetreiben.²⁸⁵⁷ Andere Kontaktstellen verneinten demgegenüber die Annahmefähigkeit einer Beschwerde, wenn der Beschwerdegegner seine Geschäftstätigkeit eingestellt hatte.²⁸⁵⁸ Die IE-NKS verwies hier explizit auf das Fehlen eines Beitrags zur Effektivität der Leitsätze.²⁸⁵⁹

Im Zusammenhang mit der **Veräußerung einer Beteiligung** an einer problematischen Entität finden sich ebenfalls widersprechende Fälle: Die niederländische Kontaktstelle stellte ein bereits zur vertieften Prüfung angenommenes Verfahren mit dem Argument ein, dass die ehemalige Muttergesellschaft durch den Verkauf der delinquenten Entität ihre praktischen Einflussmöglichkeiten auf ihre ehemalige Tochtergesellschaft verloren habe.²⁸⁶⁰ Wegen der Zukunftsgerichtetheit der Vermittlungsverfahren sei es für ein effektives Verfahren unabdingbar, dass die konkreten Streitfragen zum Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde noch von Belang seien.²⁸⁶¹

2854 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 37.

2855 So ist OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS, Rn. 72 implizit zu verstehen.

2856 OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS, Rn. 72.

2857 OECD:UK-NCP:2008:UK-10-FS, Rn. 8, 25. Vgl. auch: *Backer*, Melb JIL 10 (2009), 258 (274).

2858 OECD:BR-NCP:2015:BR-13-FS, S. 2 f.; OECD:IE-NCP:2022:IE-10-IA, Rn. 29.

2859 OECD:IE-NCP:2022:IE-10-IA, Rn. 29. Darüber hinaus wurden auch andere Annahmeveraussetzungen verneint (vgl. aaO, Rn. 22, 24).

2860 OECD:NL-NCP:2010:NL-17-FS.

2861 OECD:NL-NCP:2010:NL-17-FS.

Die NL-NKS konnte die Verneinung der Annahmefähigkeit der Beschwerde in diesem Verfahren jedoch auch auf weitere Argumente stützen.²⁸⁶² Ähnlich entschied die US-NKS in einem komplexen Fall, der ebenfalls den Verkauf einer Beteiligung an einer Entität betraf.²⁸⁶³ Die Schweizer NKS kam im Fall der Veräußerung einer Beteiligung an einer peruanischen Bergbaugesellschaft durch den Rohstoffkonzern *Glencore* ebenfalls zum Ergebnis, dass das Verfahren einzustellen war.²⁸⁶⁴ Sie arbeitete in ihrer Begründung das nunmehr gegenstandslos gewordene Begehrt der Beschwerdeführer heraus, mit *Glencore* einen zukunftsorientierten Dialog über mögliche Zusagen *Glencores* führen zu wollen, Einfluss auf die peruanische Bergbaugesellschaft zu nehmen.²⁸⁶⁵ Dieses Ergebnis überzeugt, da die CH-NKS aus Zuständigkeitsgründen an der denkbaren Alternative gehindert war, die peruanische Bergbaugesellschaft selbst, deren Verhalten Anlass zur Beschwerde gab, in das Verfahren einzubeziehen.²⁸⁶⁶ Hätten die Beschwerdeführer hingegen keinen zukunftsorientierten Dialog über *Glencores* Einflussmöglichkeiten führen wollen, sondern beispielsweise Wieder-

2862 OECD:NL-NCP:2010:NL-17-FS: Die Argumentation beruhte unter anderem auf dem durch den Beteiligungsverkauf bedingten Wegfall eines Investitionsbezugs (*investment nexus*). Ein Investitionsbezug ist seit der 2011er Überarbeitung keine Voraussetzung mehr für die Anwendung der Leitsätze auf Geschäftsbeziehungen (Kapitel 2 C. I. 3.). Die Argumentation der NKS ist deshalb überholt.

2863 OECD:US-NCP:2023:US-56-IA, S. 8 ff. Der Fall warf mehrere Probleme auf. Er betraf das Verbot der rückwirkenden Anwendung der Leitsätze (insbesondere bestand im Jahr 1997 die für den Fall relevante (menschenrechtliche) Sorgfaltspflicht nicht unter den Leitsätzen), die Haftung für Fehlverhalten einer Entität vor Aufbau einer Beteiligung an ihr, die Haftung für Fehlverhalten nach Verkauf der Beteiligung und die fehlenden Einwirkungsmöglichkeiten nach einem Verkauf. Die fehlenden Einflussmöglichkeiten waren wohl das für die NKS ausschlaggebende Argument.

2864 OECD:CH-NCP:2024:CH-29-FS, S. 1, 4 f. Die CH-NKS hatte das Verfahren zunächst angenommen, stellte es aber ein, nachdem sie vom Beteiligungsverkauf erfahren hatte.

2865 OECD:CH-NCP:2024:CH-29-FS, S. 4. Die NKS hätte allerdings näher begründen können, weshalb sie das Begehrt der Beschwerdeführer nicht wie in anderen Fällen (siehe B. II. 2. a)) weit auslegt. Beispielsweise hätte man über vergangenes Fehlverhalten *Glencores* oder allgemein über die im Fall ebenfalls aufgeworfene Frage der Sorgfaltspflichtverantwortung einer Mutterentität innerhalb eines dezentral organisierten MNU sprechen können.

2866 Wegen der parallel vor der peruanischen NKS anhängig gemachten Beschwerde gegen die Bergbaugesellschaft einigten sich die beiden NKSen im Abspracheverfahren (Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023) darauf, dass die CH-NKS nur Fragen zur Sorgfaltspflichtmaßnahmen von *Glencore*, nicht aber zum Bergbauunternehmen behandeln solle (OECD:CH-NCP:2024:CH-29-IA, S. 6).

gutmachung gefordert, hätte meines Erachtens Raum für die Annahme der Beschwerde bestanden. Für die Annahme der Beschwerde entschied sich die irische NKS in einem Verfahren, das gegen drei vormals als MNU verbundene Entitäten angestrengt worden war, von denen eine Entität durch Verkauf aus dem MNU herausgelöst wurde.²⁸⁶⁷ Die Beschwerdeführer strebten hier vornehmlich Wiedergutmachung an.²⁸⁶⁸ Die irische NKS hielt fest, dass die verbliebenen MNU-Entitäten gem. Ls. I-4 S. 7 f. Leitsätze 2023 die Verantwortung für das Verhalten der ehemaligen MNU-Entität bis zum Beteiligungsverkauf trügen.²⁸⁶⁹ Zugleich band sie die ehemalige Tochter als eigenständige Beschwerdegegnerin in das Verfahren ein und nahm die Beschwerde zur vertieften Prüfung an.²⁸⁷⁰ Diese Lösung der irischen Kontaktstelle, die ehemals dem MNU angehörige Entität als eigene Beschwerdegegnerin zu betrachten, ist pragmatisch und überzeugend.

c) Einigung der Parteien

In Fällen einer Einigung der Parteien bleibt wenig Raum für eine weite Deutung der Beschwerde seitens der Kontaktstelle. Ein spA-Verfahren leistet deshalb grundsätzlich keinen Effektivitätsbeitrag, wenn *beide* Parteien die NKS über eine Einigung informieren.²⁸⁷¹ Das Fallmaterial der NKSen zeigt, dass Ähnliches gelten dürfte, wenn die Mitteilung über eine Einigung einseitig durch den Beschwerdeführer²⁸⁷² oder den Beschwerdegegner²⁸⁷³ erfolgte. Eine Parteieinigung ist häufig das Ergebnis eines Parallelverfahrens.²⁸⁷⁴

Die Praxis der dänischen NKS weicht von dieser Praxis anderer NKSen ab und hindert die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis.

2867 OECD:IE-NCP:2023:IE-8-IA, Rn. 1 ff.

2868 OECD:IE-NCP:2023:IE-8-IA, Rn. 13.

2869 OECD:IE-NCP:2023:IE-8-IA, Rn. 26, 34.

2870 OECD:IE-NCP:2023:IE-8-IA, Rn. 14 ff., 21.

2871 OECD:JP-NCP:2012:JP-1-IA; OECD:AU-NCP:2023:AU-20-FS, Rn. 5 f., 33 f., 40; OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 12.

2872 OECD:BR-NCP:2012:BR-7-FS; OECD:BR-NCP:2012:BR-11-FS; OECD:DE-NCP:2014:DE-19-IA; OECD:DE-NCP:2014:DE-22-IA; OECD:DE-NCP:2017:DE-25-FS, S. 5.

2873 OECD:SE-NCP:2013:SE-6-IA; OECD:IT-NCP:2019:IT-12-IA, Rn. 12, 39 f.

2874 So etwa in: OECD:SE-NCP:2013:SE-6-IA; OECD:DE-NCP:2014:DE-22-IA; OECD:IT-NCP:2018:IT-11-IA, Rn. 48 f.; OECD:IT-NCP:2019:IT-12-IA, Rn. 12, 39 f.

Sie lässt darauf schließen, dass die Mitteilung über die Einigung für sie keinen konstitutiven, sondern informatorischen Charakter hat. In diesem Sinne wäre eine NKS gehalten, ihrerseits zu prüfen, ob und inwieweit tatsächlich eine Einigung erfolgt ist und ob und inwieweit diese Einigung der Annahme der Beschwerde entgegensteht. Das Recht zu einer solchen Prüfung wird von der dänischen NKS explizit beansprucht.²⁸⁷⁵ So prüfte sie in einem Verfahren, ob die Parteieinigung alle in der ursprünglichen Beschwerde aufgeworfenen Punkte erfasste.²⁸⁷⁶ Da sie dies verneinte, nahm sie die Beschwerde in Bezug auf die nicht von der Einigung erfassten Punkte sogar gegen den Willen des Beschwerdeführers²⁸⁷⁷ zur vertieften Prüfung an.²⁸⁷⁸ Der dänischen NKS ist zuzustimmen. Dass einer NKS diese Befugnis zustehen muss, folgt aus dem Kriterium der Leitsätze-Kompatibilität (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7 Verfahrensregelungen 2023): Es untersagt Einigungen zwischen den Parteien, die nicht mit den Leitsätzen übereinstimmen.²⁸⁷⁹ Eine NKS muss prüfen können, ob dieser Anforderung Genüge getan wurde. Insofern wird man festhalten können, dass die **Dispositionsmaxime** in spA-Verfahren allenfalls **eingeschränkt** gilt. Nicht die Parteien beenden das Verfahren, sondern die NKS. Bestätigung erfährt diese Schlussfolgerung durch einen Seitenblick auf die Praxis des EGMR. Vor dem EGMR gilt die Dispositionsmaxime ebenfalls nur eingeschränkt.²⁸⁸⁰ Nicht die Parteieinigung beendet das Verfahren, sondern die Entscheidung des EGMR.²⁸⁸¹ Der EGMR hat die Prüfung einer Beschwerde trotz Parteieinigung fortzusetzen, wenn die „Achtung der Menschenrechte“ dies fordert (Art. 37 Abs. 1 S. 2, 39 Abs. 1 EMRK).²⁸⁸²

d) Zwischenfazit

Es kann als unumstritten gelten, dass die Fallgruppe der Gegenstandslosigkeit als solche anzuerkennen ist. In diesem engen Sinne kann man auch

2875 OECD:DK-NCP:2014:DK-9-IA, S. 3: „*The Danish NCP notes that it is the decision of the Danish NCP when a case is closed on the basis of a settlement between the parties.*“; OECD:DK-NCP:2014:DK-9-FS, S. 3.

2876 OECD:DK-NCP:2014:DK-9-IA, S. 3.

2877 OECD:DK-NCP:2014:DK-9-FS, S. 4, 5 f.

2878 OECD:DK-NCP:2014:DK-9-IA, S. 3 f.

2879 UmVerf-Ko 2023, Rn. 10 lit. g).

2880 Ebert, Artikel 37, Handkommentar EMRK (2023), Rn. 1.

2881 Ebert, Artikel 39, Handkommentar EMRK (2023), Rn. 12.

2882 EGMR, Judgment (3. Dezember 2019), Az. 23190/17, Rn. 59 f. — Petrescu ./ Portugal; Ebert, Artikel 39, Handkommentar EMRK (2023), Rn. 11.

von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen: Die Fallgruppe wurde vom Investitionsausschuss anerkannt und, soweit ersichtlich, hat sich keine NKS gegen sie ausgesprochen. Einzelheiten zu dieser Fallgruppe müssen aber weiterhin als ungeklärt betrachtet werden; das Fallmaterial hierzu erweist sich als uneinheitlich und widersprüchlich. Eine kohärente Entscheidungspraxis ist nicht entstanden. Klare Wertungsgesichtspunkte haben sich im Fallmaterial insofern noch nicht herausgebildet, vermutlich weil NKSen eine jeweils andere Auffassung von ihrer Rolle haben und verschieden stark pragmatisch veranlagt sind.

3. Beschwerderücknahme

Die Rücknahme der Beschwerde durch den Beschwerdeführer wird in den Regelungen der Umsetzungsverfahren auf OECD-Ebene nicht explizit adressiert.²⁸⁸³ In der Regel stellen NKSen ein Verfahren ohne weitere Verfahrensschritte ein, wenn der Beschwerdeführer oder beide Parteien um Einstellung des Verfahrens bitten.²⁸⁸⁴ Dieses Vorgehen ist jedoch nicht zwingend. Die CH-NKS und die CL-NKS etwa unternahmen zwar, nachdem sie um Einstellung des Verfahrens gebeten wurden, keine weiteren Verfahrensschritte und stellten das Verfahren ein, richteten in ihrer Abschlusserklärung aber Empfehlungen an den Beschwerdegegner.²⁸⁸⁵

Im bislang einzigen Fall, in dem eine vertiefte Auseinandersetzung mit den auf eine Beschwerderücknahme anwendbaren Regelungen erfolgte, gelangte die niederländische Kontaktstelle zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer nicht über das spA-Verfahren disponieren könne. Die Beschwerderücknahme sei vielmehr als Weigerung, sich nach Treu und Glauben am Verfahren zu beteiligen, zu interpretieren.²⁸⁸⁶ In so einem Fall muss eine NKS eine Abschlusserklärung erlassen (Art. I-C-4 lit. c)

2883 OECD:NL-NCP:2014:NL-20-FS, S. 3.

2884 *Kanadische NKS*, Specific Instance Procedures (2022), Rn.11; *Deutsche NKS*, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 68; OECD:BR-NCP:2012:BR-8-FS; OECD:DE-NCP:2014:DE-15-FS; OECD:BR-NCP:2015:BR-18-FS; OECD:AU-NCP:2023:AU-21-IA, Rn. 17 ff. (vgl. auch aaO, Rn. 22: „No observations are made on the application of the OECD Guidelines here, as the complaint has been withdrawn.“).

2885 OECD:CH-NCP:2022:CH-24-FS, S. 4 f.; OECD:CL-NCP:2022:CL-18-FS, Rn. 30 ff.

2886 OECD:NL-NCP:2014:NL-20-FS, S. 3, 5: Bezugnahme auf UmVerf-Ko 2011, Rn. 35, der wortgleich UmVerf-Ko 2023, Rn. 43 entspricht.

Verfahrensregelungen 2023).²⁸⁸⁷ Auch die französische Kontaktstelle hat ein Verfahren trotz Rückzug der Beschwerdeführer fortgeführt.²⁸⁸⁸ Sie stellte lediglich ihre Vermittlungsdienste zwischen den Parteien ein, konsultierte aber internationale Partner und erließ eine Abschlusserklärung mit Empfehlungen und Feststellungen.²⁸⁸⁹ Später veröffentlichte sie sogar einen Folgebericht.²⁸⁹⁰ Die FR-NKS begründete ihre Entscheidung, anders als die NL-NKS, allerdings nicht. Es lässt sich spekulieren, ob ausschlaggebend war, dass die Parteien schon über ein Jahr in (offenbar konstruktiven)²⁸⁹¹ Gesprächen und Verhandlungen standen²⁸⁹² und die NKS den bisherigen Sach- und Streitstand nicht vergeblich erörtert sehen wollte. Bereits in einem früheren Verfahren hatte die FR-NKS ein Verfahren nach Beschwerderücknahme ebenfalls weitergeführt und sogar noch zwei Folgeberichte veröffentlicht.²⁸⁹³

Das Vorgehen der NL- und FR-NKS ist vom Wortlaut der einschlägigen Bestimmung gedeckt. Diese Bestimmung differenziert nicht danach, ob sich der Beschwerdeführer oder der -gegner nicht weiter am Verfahren beteiligt.²⁸⁹⁴ Dass sich der Beschwerdegegner nicht (mehr) beteiligt, wird der praktisch häufigere Fall sein; der Wortlaut der Bestimmung ist aber nicht auf dieses Szenario beschränkt. Für eine unterschiedliche Behandlung von Beschwerdeführer und -gegner ließe sich allenfalls anführen, dass der Beschwerdeführer durch die Einreichung der Beschwerde die Einleitung des Beschwerdeverfahrens in der Hand hat und ihm deshalb spiegelbildlich die Entscheidung über dessen Beendigung zustehen solle.²⁸⁹⁵ Im Verfahren

2887 UmVerf-Ko 2023, Rn. 43 f.

2888 OECD:FR-NCP:2019:FR-26-IS2, S. 2: „*Conséquemment à la décision des plaignants de se retirer de la procédure, le PCN français clôture ses bons offices et passe à la phase de conclusion de la procédure. Conformément à l'article 35 du règlement intérieur, il publiera un communiqué final sur son site internet.*“

2889 OECD:FR-NCP:2020:FR-26-FS, S. 2, 7 f., 12 ff.

2890 OECD:FR-NCP:2022:FR-26-FU.

2891 OECD:FR-NCP:2020:FR-26-FS, S. 7: Die Parteien seien einer Einigung nahe.

2892 OECD:FR-NCP:2020:FR-26-FS, S. 5 ff.

2893 OECD:FR-NCP:2013:FR-16-FS, S. 1; OECD:FR-NCP:2014:FR-16-FU1; OECD:FR-NCP:2016:FR-16-FU2.

2894 UmVerf-Ko 2023, Rn. 43: „[...] if one or both of the parties withdraws from the procedure, or if the NCP finds that one or more of the parties to the specific instance is unwilling to engage or to participate in good faith, the NCP will issue a statement, and make recommendations as appropriate [...]“; vgl. Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023.

2895 In VN Dok. A/HRC/38/20, S. 14 heißt es wenig überzeugend, dass das Effektivitätskriterium der Ausgewogenheit (Lp. 31 lit. d) VN-Leiprinzipien = Art. I-Cha-

vor der niederländischen NKS argumentierten die Beschwerdeführer, dass die Rücknahme ihrer Beschwerde die Beschwerde und damit das Verfahren rückwirkend beseitige.²⁸⁹⁶

Meines Erachtens sollte einem Beschwerdeführer keine uneingeschränkte Dispositionsbefugnis zustehen. Eine solche Befugnis wäre *erstens* un- ausgewogen (Verstoß gegen Art. I-*Chapeau* S.2 Nr.5 Verfahrensregelungen 2023). Da nur MNUen als Beschwerdegegner auftreten können,²⁸⁹⁷ wäre ein MNU, das sich einer Beschwerderücknahme ausgesetzt sieht, um die Errungenschaften des bisherigen Verfahrens gebracht: Sollte das Verfahren für das MNU eine günstige Entwicklung nehmen, wenn etwa eine Bejahung der Leitsatzkonformität des Verhaltens des MNUs zu erwarten ist, könnte eine Beschwerderücknahme diese Feststellung verhindern. Wenn es sich bei den ursprünglichen Beschwerdeführern nicht um ein MNU handelt (was der Regelfall ist), kann ein MNU im Nachgang keine Beschwerde gegen sie einreichen. Es ist auch nicht vorgesehen, dass sich ein MNU mit einer Art negativen Feststellungsklage an eine NKS wenden kann.²⁸⁹⁸ Ein unbeschränktes Recht zur Beschwerderücknahme gefährdet also einseitig die Interessen eines MNUs. *Zweitens* sollte die Befugnis zur Disposition über das Verfahren mit einem Recht zur Disposition über die streitgegenständlichen RBC-Belange zusammenhängen. Ein solcher Zusammenhang besteht jedoch nicht zwingend, da zur Annahme der Beschwerde nur der Nachweis eines berechtigten Interesses erforderlich ist.²⁸⁹⁹ Ein berechtigtes Interesse für ein bestimmtes Themenfeld (etwa: Umweltverschmutzung durch ein bestimmtes Bauprojekt) liegt bereits dann vor, wenn eine Nichtregierungsorganisation sich selbst für ein bestimmtes Themenfeld mandatiert (etwa: Umweltschutz).²⁹⁰⁰ In einer derartigen Konstellation verhandelt eine Nichtregierungsorganisation nicht über ihre eigenen Belange, sondern über die Belange anderer oder der Öffentlichkeit. Erhebt eine Nichtregierungsorganisation beispielsweise den Vorwurf der Kinderarbeit in der Wertschöpfungskette eines MNUs, besteht

peau S.2 Nr.5 Var. 2 Verfahrensregelungen 2023) verlange, dass die Verfahrensregeln eines Abhilfemechanismus das Recht der Betroffenen auf Beschwerderücknahme achten.

2896 OECD:NL-NCP:2014:NL-20-FS, S. 5.

2897 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 3.

2898 Vgl. *Spießhofer*, NJW 2014, 2473 (2476): „Ein Antrag seitens eines von zivilgesellschaftlichen Organisationen beschuldigten Unternehmens auf autoritative Klärung ist nicht vorgesehen.“

2899 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 1.

2900 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 6; näher: Kapitel 6 B. I. 3.

vornehmlich ein Interesse der betroffenen Kinder und auch ein großes öffentliches Interesse an der Aufklärung dieser Vorwürfe. In solchen Fällen ist es abwegig, dass eine Nichtregierungsorganisation die Beschwerde einseitig aus sachfremden Gründen²⁹⁰¹ zurücknehmen darf. Das Recht der NKS zu einer eigenständigen Prüfung, ob die Einstellung des Verfahrens gerechtfertigt ist, muss gewährleistet bleiben. Ähnliches gilt, wenn ein systemisches Problem behauptet wird: Es wäre unzumutbar, ein erstes Verfahren ohne Lösung einzustellen, obwohl das Risiko gleichgelagerter weiterer Verfahren besteht. Betrifft die Beschwerde den Teilbereich der Menschenrechte, drängt sich erneut der Vergleich mit Art. 37 Abs. 1 S. 2 EMRK auf: Trotz Beschwerderücknahme (Art. 37 Abs. 1 S. 1 lit. a) EMRK) kann der Gerichtshof die Prüfung der Beschwerde fortsetzen, wenn dies die Achtung der Menschenrechte erfordert, etwa weil strukturelle oder systemische Probleme bestehen.²⁹⁰²

Im Ergebnis sollte dem Beschwerdeführer deshalb kein uneingeschränktes Recht zur Beschwerderücknahme eingeräumt werden. Einzig die NKS hat über die Beendigung des Verfahrens zu entscheiden. Die NKS sollte in Rechnung stellen, ob das Verfahren (angesichts seines bisherigen Fortgangs) noch einen Beitrag zur Effektivität der Leitsätze leisten kann. Insbesondere sollte berücksichtigt werden, ob die Beschwerderücknahme noch vor Abschluss der ersten Evaluierung oder danach erfolgt.²⁹⁰³ Die Entscheidung der NKS wird maßgeblich davon geprägt sein, ob sie sich primär als Vermittlungsinstanz sieht oder ob sie bereit ist, eine Feststellung zur Leitsatzkonformität des Verhaltens des MNU zu treffen.

Drei Fälle anderer NKS belegen, dass der Beendigung des Verfahrens nach Beschwerderücknahme in der Tat eine solche *eigenständige* Entscheidung der NKS vorausgeht. Die DE-NKS beispielsweise stellte ein Verfahren, das von einem Betriebsrat initiiert worden war, nicht ein, obwohl der zwischenzeitlich *neu gewählte* Betriebsrat ein Mediationsverfahren – wie auch die Beschwerdegegnerin – für nicht mehr erforderlich hielt.²⁹⁰⁴ Ein

2901 Ein sachfremder Grund liegt beispielsweise vor, wenn die Nichtregierungsorganisation zur Beschwerderücknahme von dritter Seite genötigt wurde (Repressalien). Ebenso sachfremd ist es aber auch, wenn die Nichtregierungsorganisation die Beschwerde wegen mangelnder finanzieller Mittel nicht weiterverfolgt oder wenn sie sich wegen mangelnder Erfolgsaussichten umentscheidet.

2902 EGMR, Judgment (3. Dezember 2019), Az. 23190/17, Rn. 62 — Petrescu ./ Portugal.

2903 Norwegische NKS, Case-handling procedures (2025), S. 11.

2904 OECD:DE-NCP:2015:DE-20-FS, S. 2, 4. Fraglich ist jedoch, ob dies auf Basis des aktuellen Verfahrensleitfadens noch zulässig wäre (vgl. *Deutsche NKS*, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 68).

Mediationsverfahren der NKS könne dazu beitragen, künftige Konflikte mit dem Betriebsrat zu vermeiden und die Grundlagen für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zu legen.²⁹⁰⁵ Die deutsche Kontaktstelle stützte sich hier maßgeblich auf die prospektive Natur und präventive Funktion des Vermittlungsverfahrens. In einem zweiten Fall stellte die australische NKS das Verfahren nach Beschwerderücknahme erst ein, nachdem sie sich beim Beschwerdeführer rückversichert hatte, dass er seine Entscheidung zur Beschwerderücknahme nicht wegen Repressalien oder äußeren Drucks getroffen hatte.²⁹⁰⁶ Diese Vergewisserung ist zu begrüßen, da Repressalien gegen Beschwerdeführer ein reales Problem darstellen²⁹⁰⁷ und gem. Ls. II-A-10 Leitsätze 2023 verboten sind. Eine erhöhte Wachsamkeit seitens der NKSen ist geboten (vgl. Art. I-C-9 Verfahrensregelungen 2023).²⁹⁰⁸ Ein dritter Fall wurde vor der argentinischen NKS verhandelt: Obwohl sich weder Beschwerdeführer noch -gegner am Verfahren beteiligten und der Beschwerdeführer die Einstellung des Verfahrens verlangte, entschied sich die AR-NKS dagegen.²⁹⁰⁹ Auch wenn die Entscheidung der NKS in der Sache wenig überzeugend ist,²⁹¹⁰ verdeutlicht der Fall, dass eine NKS eine eigenständige Entscheidung treffen kann.

Dieser nicht geringen Zahl an Fällen, in denen die auch von mir favorisierte Lösung einer eigenständigen Entscheidung der NKS über die Verfahrensbeendigung vertreten wurde, steht jedoch die nicht geringe Anzahl an Fällen und Verfahrensleitfäden gegenüber, in denen die gegenteilige

2905 OECD:DE-NCP:2015:DE-20-FS, S. 4.

2906 OECD:AU-NCP:2023:AU-21-IA, Rn. 19–21; vgl. *Australische NKS*, Complaint Procedures (2024), Rn. 99 (Demnach prüft die AU-NKS im Fall einer Beschwerderücknahme, ob der Beschwerdeführer Repressalien ausgesetzt gewesen sein könnte, kontaktiert den Beschwerdegegner und beendet das Verfahren, wenn angebracht.).

2907 Vgl. *OECD Watch/Business & Human Rights Resource Centre*, Use with caution (2019); vgl. *OECD*, NCP Action Plan 2022–2024 (2022), S. 6.

2908 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 27.

2909 OECD:AR-NCP:2021:AR-5-FS, Rn. 17.

2910 Die NKS stellte das Verfahren mehr als fünf Jahre nach der Bitte des Beschwerdeführers um Verfahrensbeendigung ein. Die NKS war der Ansicht, dass sie die Parteien nach Abschluss eines Parallelverfahrens zu einem Dialog bewegen könnte und dass hierfür das spA-Verfahren ausgesetzt werden sollte (OECD:AR-NCP:2021:AR-5-FS, Rn. 15 ff., 23). Da das Verfahren seit Beschwerdeeinreichung im Mai 2008 (aaO, Rn. 3) insgesamt mehr als zwölf Jahre andauerte, ohne Fortschritte zu erzielen, und der Beschwerdeführer schon nach sieben Jahren um Einstellung bat (aaO, Rn. 17), war das Vorgehen der AR-NKS weder prozessökonomisch und noch zielführend.

Lösung vertreten wird.²⁹¹¹ Eine kohärente Entscheidungspraxis ist deshalb zu verneinen. Vielmehr offenbart sich hier ein großer Streitpunkt zwischen NKSen.

III. Unschädlichkeit

Manche NKSen achten darauf, sich nicht in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staats einzumischen. Wohl aus Sorge, den Leitsätzen schaden zu können, tendieren sie in diesen Fällen dazu, eine Beschwerde abzulehnen.

Meines Erachtens ist diese Fallgruppe nicht anzuerkennen. Viele NKS-Entscheidungen folgen dem (implizit).²⁹¹² Es lassen sich aber auch gegen-
teilige Entscheidungen finden. Argumentiert wird beispielsweise, dass eine Beschwerde *de facto*, mittelbar oder im Wesentlichen staatliches Verhalten betreffe, das nicht durch NKSen überprüft werden dürfe.²⁹¹³ Solche Entscheidungen finden sich vor allem in Bezug auf den Export von Verteidigungsgütern. NKSen wollen weder Exportgenehmigungen ihrer eigenen Regierung nachprüfen noch den Gebrauch der Verteidigungsgüter durch eine ausländische Regierung kommentieren.²⁹¹⁴ Deshalb wird die behördliche Menschenrechtsprüfung im Vorfeld einer Exportgenehmigung für ausreichend gehalten.²⁹¹⁵ Meines Erachtens überzeugt dieses Argument nur dann, wenn eine Äquivalenz zwischen der behördlichen Menschenrechtsprüfung und den Standards der Leitsätze nachgewiesen wird. Die Beachtung der Leitsätze ist von der Einhaltung des innerstaatlichen Rechts zu trennen; die Einhaltung des innerstaatlichen Rechts garantiert nicht die

2911 Siehe Fußnote 2884.

2912 Differenzierend etwa OECD:NO-NCP:2012:NO-8-IA, S. 4 ff. (Die Beschwerdeführer hätten nicht ausreichend dargetan, inwiefern sie ein Verhalten des Beschwerdegegners (Ölsandextraktion) und nicht staatliches Verhalten (Beitrag Kanadas zum Klimawandel) angreifen.) und OECD:CA-NCP:2014:CA-11-IA, Rn. 16 (Die Verbindung zwischen dem Unternehmen und dem staatlichen Verhalten sei nicht hinreichend substantiiert.). Siehe auch: OECD:NO-NCP:2005:NO-2-FS; OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS; OECD:UK-NCP:2014:UK-40-IA, Rn. 38.

2913 OECD:KR-NCP:2012:KR-10-IA; OECD:AU-NCP:2015:AU-7-IA; OECD:KR-NCP:2021:KR-22-IA, S. 15.

2914 OECD:US-NCP:2016:US-45-IA, S. 4 f.; OECD:UK-NCP:2016:UK-47-IA, Rn. 26, 28 ff.; vgl. OECD:FR-NCP:2016:FR-21-FS; vgl. Kapitel 2 C. III.

2915 OECD:UK-NCP:2016:UK-47-IA, Rn. 26, 28 ff.; OECD:FR-NCP:2016:FR-21-FS; vgl. OECD:US-NCP:2016:US-45-IA, S. 4.

Einhaltung der Leitsätze (Ls. I-2 Leitsätze 2023).²⁹¹⁶ Wie der Investitionsausschuss im Rügeverfahren gegen die australische NKS bereits 2018 unterstrichen hat, können sich NKSen auch nicht darauf berufen, dass es unstatthaft wäre, mittelbar das Verhalten eines anderen Staates zu prüfen: Staatliche Verantwortung ist von unternehmerischer Verantwortung zu trennen.²⁹¹⁷ Die Involvierung eines Staates in eine negative Auswirkung unterbricht eine Verantwortungskette nicht.²⁹¹⁸ Es ist Aufgabe einer NKS, unternehmerisches und staatliches Fehlverhalten sorgsam voneinander abzuschichten.²⁹¹⁹ Die Vorgaben der Leitsätze sind insofern klar; jedoch wird ihnen *in praxi* angesichts der Sensibilität mancher Fallgestaltungen mitunter mehr oder weniger explizit die Gefolgschaft durch NKSen verweigert. Da Beschwerdeführer die Entscheidung einer NKS deshalb nicht einigermaßen sicher antizipieren können, sollte man nicht von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen.

Das Argument einer Einmischung irritiert aus weiteren Gründen. Das völkerrechtliche Interventionsverbot kann jedenfalls nicht verletzt sein. Im Verhältnis zwischen den Teilnehmerstaaten lösen die Leitsätze wie auch ihre Umsetzungsverfahren eine entsprechende Angelegenheit aus dem *domaine réservé*. Hierbei spielt es keine Rolle, dass die Leitsätze völkerrechtlich unverbindlich sind.²⁹²⁰ In jedem Falle und auch im Verhältnis zu Nicht-Teilnehmerstaaten wird es an der zweiten Voraussetzung des Interventionsverbots, der Ausübung von Zwang,²⁹²¹ fehlen. NKSen stehen keinerlei Zwangsmittel zu. Außerdem ist die Gefahr einer „Einmischung“ in die Angelegenheiten von Drittstaaten eine Gefahr, die den Leitsätzen seit Ausdehnung ihres räumlichen Anwendungsbereichs auf Nicht-Teilnehmerstaaten im Jahr 2000 inhärent ist (Ls. I-3 S.2 Leitsätze 2023). Den Bedenken der Nicht-Teilnehmerstaaten kommen materielle Regelungen, in denen zur Beachtung der Prioritäten des Gaststaats aufgerufen wird,²⁹²²

2916 Siehe bereits Kapitel 2 C. III.

2917 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 41 f.

2918 Vgl. Ls. I-2 S.3 Leitsätze 2023; vgl. Ls-Ko 2023, Rn. 17 (Eine Geschäftsbeziehung kann auch zu einem Staat bestehen.).

2919 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 41 f.

2920 Siehe Kapitel 4 B. I. 1. b).

2921 *IGH*, Judgment (27. Juni 1986), ICJ Reports 1986, 14 (Rn. 205) — „Military and Paramilitary Activities“ (Nicaragua ./ USA), Merits.

2922 Beispielsweise: Ls. I-2 S. 4 f. (Vorrang innerstaatlichen Rechts im Konfliktfalle), Ls. I-3 S. 2 aE (Beachtung der Gegebenheiten des Gaststaats), Ls. I-7 (Verbot des Missbrauchs der Leitsätze für Protektionismus), Ls. I-8 (Anerkennung der Rege-

und prozessuale Regelungen zur Zusammenarbeit mit Nicht-Teilnehmerstaaten²⁹²³ entgegen.

Selbst wenn man diese Fallgruppe entgegen der hier vertretenen Meinung anerkennen wollte, ist zu beachten, dass NKSen dem Eindruck unzulässiger Einmischung mit einfachen Mitteln entgegenwirken können. Sie könnten von einer Feststellung zur Leitsatzkonformität des Verhaltens des Unternehmens abzusehen; diese Feststellung steht ohnehin vollständig im Ermessen einer NKS (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Eine NKS könnte sich außerdem, um den Eindruck einer eigenen Bewertung zu vermeiden, maßgeblich auf Veröffentlichungen ihrer Regierung, der Regierung des betroffenen Staates und internationaler Gremien (VN-Menschenrechtsorgane) stützen.²⁹²⁴ Sie könnte außerdem von der Streitfrage abstrahieren und einen Effektivitätsbeitrag in Form einer exemplarischen Erörterung leisten. In diesem Fall würde sie es vermeiden, zu einem konkreten Vorfall Stellung beziehen zu müssen, weil sie die aufgeworfenen Streitfragen nur als Beispiele würdigen muss.

IV. Notwendigkeit

Parallel zu den Voraussetzungen für Verfahren vor dem EGMR (Art. 35 Abs. 1 EMRK) oder dem Menschenrechtsausschuss (Art. 2, 5 Abs. 2 lit. b) IPbpr-FPI²⁹²⁵) stellt sich die Frage, ob ein Beschwerdeführer vor Beschwerdedeinreichung andere Wege zur Erlangung von Abhilfe erfolglos durchlaufen haben muss. Ein Beschwerdeführer, dem ein einfacheres und effektiveres Mittel zur Verfügung steht, um Abhilfe zu erlangen, ist nicht schutzbedürftig. Potenziellen Beschwerdeführern eines spA-Verfahrens wird sich re-

lungsgewalt eines Gaststaats über die dort tätigen Unternehmen), Ls. II-*Chapeau* (Beachtung der politischen Strategien des Gaststaats) Leitsätze 2023.

2923 Beispielsweise: Ls. I-3 S. 1 Leitsätze 2023 (Ziel internationaler Zusammenarbeit), Art. II-3 RatsE-Leitsätze 2023, Art. II-2 lit. f) Verfahrensregelungen 2023 (Zusammenarbeit des Investitionsausschusses mit Nicht-Teilnehmerstaaten), Art. II-5 lit. f) Verfahrensregelungen 2023 (Bewerbung der Leitsätze auf internationalen Foren), Art. II-6 RatsE-Leitsätze 2023 (Berichterstattung des Investitionsausschusses an den OECD-Rat unter Berücksichtigung der Ansichten von Nicht-Teilnehmerstaaten), Art. I-B-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 (NKSen sollen Anfragen von Nicht-Teilnehmerstaaten beantworten).

2924 OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS, Rn. 42; OECD:UK-NCP:2015:UK-40-FS, Rn. 25.

2925 Für eine Fundstelle siehe Fußnote 2780.

gelmäßig ein breites Angebot alternativer Beschwerdemechanismen bieten. In Betracht kommen sämtliche der in der dritten Säule der VN-Leitprinzipien erwähnten Mechanismen.²⁹²⁶ Vor allem nicht-staatliche Verfahren sind von Bedeutung. Zu letzteren zählen nicht nur Beschwerdemechanismen von Einrichtungen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung und Entwicklungshilfe,²⁹²⁷ sondern auch von Privaten unterhaltene Mechanismen: Die wichtigsten unter ihnen sind Abhilfemechanismen auf Unternehmensebene.²⁹²⁸ Unternehmen im Anwendungsbereich des LkSG sind zur Einrichtung eines solchen Beschwerdeverfahrens verpflichtet (§ 8 Abs. 1 LkSG). Daneben können Multi-Stakeholder-Initiativen Abhilfemechanismen zur Verfügung stellen (Lp. 30 VN-Leitprinzipien).

Die Leitsätze sehen jedoch nicht vor, dass ein Beschwerdeführer andere Wege der Abhilfe vor Beschwerdeerhebung erschöpft haben muss.²⁹²⁹ Andernfalls drohte eine Verletzung des Effektivitätskriterium der Zugänglichkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 2 Verfahrensregelungen 2023). Ein spA-Verfahren ist kein subsidiärer Schutz. Unternehmensinterne Beschwerdemechanismen sollten nicht in missbräuchlicher Weise vorgehalten werden können, um den Zugang zu einer NKS zu erschweren.²⁹³⁰ Die europäische Lieferkettenrichtlinie (CSDDD)²⁹³¹, die die Einrichtung unternehmensinterner Beschwerdeverfahren vorschreibt (Art. 14), hält dies in ihren Erwägungsgründen explizit fest.²⁹³² Es ist allerdings grundsätzlich sinnvoll,

2926 OHCHR, UN Guiding Principles (2011), Lp. 25–31.

2927 Zerk, Guiding Principle 28, UNGP Commentary (2023), Rn. 28.14.

2928 OHCHR, UN Guiding Principles (2011), Kommentierung zu Lp. 29; OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 35, 89 ff.

2929 UmVerf-Ko 2023, Rn. 35: „If parallel proceedings [...] are available to the parties concerned, this does not preclude the NCP from offering good offices to the parties.“; OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 10.

2930 Ls-Ko 2023, Rn. 51.

2931 „Richtlinie (EU) 2024/1760 über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 und der Verordnung (EU) 2023/2859“ (Corporate Sustainability Due Diligence Directive, CSDDD), 13. Juni 2024, zuletzt geändert: 17. April 2025. ABL L (5. Juli 2024). Verfügbar unter: <http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1760/oj>.

2932 ErwGr. 59: „Die Geltendmachung einer Meldung oder Beschwerde sollte weder eine Voraussetzung sein, noch ausschließen, dass die sie geltend machende Person Zugang [...] hat, etwa zu nationalen Kontaktstellen der [OECD], sofern solche bestehen.“

vor Beschwerdeeinreichung andere Wege, Abhilfe zu erlangen, auszuschöpfen; manche NKSen ermutigen deshalb hierzu.²⁹³³

Die Vorgaben der Leitsätze sind also klar. Die meisten NKSen gehen auf die Existenz unternehmensinterner Beschwerdemechanismen in ihrer ersten Evaluierung nicht ein. Alternative Beschwerdemechanismen werden allenfalls im Rahmen der Sachverhaltsschilderung erwähnt: Die Schweizer NKS hat beispielsweise ihre Bereitschaft erklärt, Verfahren vor Abhilfemechanismen einer Multi-Stakeholder-Initiative in zweiter Instanz nachzuprüfen.²⁹³⁴ Sie können zudem als eines von mehreren Argumenten (aber nicht als ausschlaggebendes Argument) einer NKS verwendet werden, um eine Beschwerde wegen Vorbefassung abzulehnen.²⁹³⁵ Bisweilen werden alternative Abhilfemechanismen auch im Rahmen eines sachdienlichen Hinweises für den Beschwerdeführer angesprochen, um ihm weitere Wege aufzuzeigen, wie er sein Begehrt verfolgen könnte.²⁹³⁶ Dennoch lassen sich Fälle finden, in denen die Verfügbarkeit alternativer Abhilfemechanismen eine NKS zur Ablehnung eines Falles bewogen hat. Abgesehen von einem wenig aussagekräftigen Fall der australischen NKS, in dem die fehlende Erschöpfung anderer Wege der Abhilfe nur eine von mehreren Erwägungen zur Ablehnung der Beschwerde war,²⁹³⁷ fällt ein Fall der kanadischen NKS auf. Hier erhob der Beschwerdegegner den Einwand, dass der Beschwerdeführer das unternehmensinterne Verfahren seiner Tochtergesellschaft vor Erhebung der Beschwerde nicht durchlaufen habe.²⁹³⁸ Die CA-NKS gab diesem Einwand statt.²⁹³⁹ Sie wies insbesondere das Argument des Beschwerdeführers zurück, er habe das unternehmensinterne Verfahren nicht durchlaufen, weil er ihm misstrauete.²⁹⁴⁰ Aus den oben genannten Gründen ist diese Entscheidung kritisch zu sehen. Wahrscheinlich hielt die kanadische NKS die Nutzung des unternehmenseigenen Abhilfemechanismus schlicht für sachgerechter, weil er ein Verfahren vor Ort unter Nutzung der Landesspra-

2933 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 10; vgl. *Brasilianische NKS*, Procedure Manual for Specific Instances (2024), S. 19; vgl. OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS, S. 2.

2934 OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA.

2935 In OECD:UK-NCP:2016:UK-48-IA, Rn. 35 f. und OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 5 f. rief der Beschwerdegegner erfolglos mehrere NKSen und die Ombudsstelle einer Organisation der Weltbankgruppe an.

2936 OECD:CH-NCP:2023:CH-28-IA; vgl. OECD:UK-NCP:2016:UK-48-IA, Rn. 37.

2937 OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 44 ff.

2938 OECD:CA-NCP:2022:CA-24-IA, Rn. 2.6.

2939 OECD:CA-NCP:2022:CA-24-IA, Rn. 3.5.

2940 OECD:CA-NCP:2022:CA-24-IA, Rn. 5.1.

che erlaubt hätte.²⁹⁴¹ Außerdem bot die CA-NKS den Parteien an, als Beobachterin am unternehmenseigenen Beschwerdeverfahren teilzunehmen, und stellte klar, dass der Beschwerdeführerin eine erneute Beschwerde vor der CA-NKS offenstehe, sollte sie mit dem unternehmensinternen Verfahren unzufrieden sein.²⁹⁴² Es wäre deshalb falsch, diesen beiden Fällen zu viel Bedeutung beizumessen. Soweit ersichtlich, handelt es sich um die einzigen beiden Fälle, in denen die Verfügbarkeit alternativer Abhilfemechanismen ein Grund für die Ablehnung der Beschwerde war. Ähnlich ist allenfalls noch ein Fall der niederländischen NKS. Die NL-NKS pausierte hier das spA-Verfahren, um den Parteien die Gelegenheit zur Beilegung ihrer Streitigkeit im Wege eines unternehmensinternen Beschwerdemechanismus zu geben; dies geschah jedoch (offenbar) ohne Widerstand des Beschwerdeführers.²⁹⁴³ Insgesamt kann man daher von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen. Da die Besonderheit dieser Entscheidungspraxis darin liegt, dass die Existenz alternativer Beschwerdemechanismen unerwähnt bleibt, erübrigt sich die für die Feststellung einer kohärenten Entscheidungspraxis eigentlich notwendige Prüfung, ob NKSen insofern gegenseitig ihre Entscheidungen rezipieren.

Bei rein nationalen Sachverhalten kommt demgegenüber tatsächlich eine Ablehnung der Beschwerde in Betracht. Der Investitionsausschuss hat im Jahr 2005 Sympathien dafür erkennen lassen, eine Beschwerde abzulehnen, bei der ein Beschwerdeführer die Heimat-NKS des Beschwerdegegners in Bezug auf einen rein nationalen Sachverhalt anruft.²⁹⁴⁴ Wenn sich in diesem Sinne ein MNU aus Staat A wegen seines Verhaltens in Staat A vor der NKS des Staates A verantworten muss, lässt sich in der Tat argumentieren, dass andere Einrichtungen des Staates A (wie vor allem seine Gerichte) besser als seine Kontaktstelle geeignet sind, die aufgeworfenen Probleme einer Lösung zuzuführen. Der Investitionsausschuss hat auf Anfrage der CH-NKS klargestellt:

„The Guidelines implementation procedures are designed to help fill a gap left between the largely national institutions of dialogue and the international character of many business transactions.“²⁹⁴⁵

2941 Vgl. OECD:CA-NCP:2022:CA-24-IA, Rn. 5.2.

2942 OECD:CA-NCP:2022:CA-24-IA, Rn. 5.2 f.

2943 OECD:NL-NCP:2020:NL-36-FS, S. 2, 3.

2944 OECD:IC:2005:IC-1-CL, S. 81 f.

2945 OECD:IC:2005:IC-1-CL, S. 82.

Verfahren vor einer NKS sollen demnach nicht betrieben werden, wenn die knappen Ressourcen einer NKS für Probleme aufgewandt würden, die auch auf Grundlage anderer, nationaler Verfahren gelöst werden können.²⁹⁴⁶ Anders ausgedrückt, liegt ein Effektivitätsbeitrag nur vor, wenn das Verfahren Probleme aufwirft, die nicht in einem rein nationalen Verfahren gelöst werden können. An solchen Problemen fehlt es, wenn sich die Beschwerde gegen ein rein nationales Unternehmen richtet oder wenn sich die Beschwerde gegen die Geschäftstätigkeit eines MNU in seinem Heimatstaat richtet. Die zweitgenannte Konstellation lag dem Klarstellungsantrag der Schweizer Kontaktstelle an den Investitionsausschuss zugrunde.²⁹⁴⁷

Zwei einschränkende Bemerkungen sind angezeigt. *Erstens* ist deutlich zwischen dieser prozessualen Einschränkung und einer materiellen Begrenzung des Anwendungsbereichs der Leitsätze zu unterscheiden.²⁹⁴⁸ Die Leitsätze sind von den Unternehmen, die dem persönlichen Anwendungsbereich der Leitsätze unterfallen, „weltweit“ (*wherever they operate*) einzuhalten (Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023). Die Leitsätze gelten deshalb auch für Geschäftstätigkeiten eines MNU in seinem Heimatstaat.²⁹⁴⁹ Außerdem wird ein MNU nicht dadurch zu einem nationalen Unternehmen, dass es sich vor seiner Heimat-NKS für Tätigkeiten in seinem Heimatstaat verantworten muss. Solange ein Unternehmen eine internationale Ausrichtung hat, ist es auch in Verfahren vor seiner Heimat-NKS ein MNU.²⁹⁵⁰ *Zweitens* steht NKS bei der Anwendung dieser Annahmeveraussetzung Ermessen zu.²⁹⁵¹ Die kanadische NKS beispielsweise hat ein Verfahren gegen ein kanadisches MNU in Kanada nicht wegen eines fehlenden internationalen Bezugs abgelehnt, wohl weil die verfahrensgegenständliche Tätigkeit grenzüberschreitende Umweltauswirkungen hatte.²⁹⁵²

Ganz allgemein lässt sich der Trend feststellen, dass die Beschränkung der Leitsätze auf internationale Sachverhalte zurücktritt; sie zielen darauf, verantwortungsvolle Unternehmensführung im Allgemeinen zu fördern (vgl. Kapitel 2 C. I.). Grundsätzlich läge daher der Schluss nahe, dass

2946 OECD:IC:2005:IC-1-CL, S. 81.

2947 Anfrage abgedruckt in: *OECD*, Annual Report 2005 (2005), S. 78–79.

2948 So die deutliche Differenzierung der CH-NKS: *OECD*, Annual Report 2005 (2005), S. 79.

2949 OECD:CA-NCP:2017:CA-19-IA, Rn. 33; vgl. *OECD*, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 51.

2950 *OECD*, Initial Assessment Guide (2019), S. 11.

2951 OECD:IC:2005:IC-1-CL, S. 82 f.; vgl. OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 32.

2952 OECD:CA-NCP:2017:CA-19-IA.

die oben erwähnte Klarstellung des Investitionsausschusses veraltet ist. In seinen jüngsten Klarstellungen aus dem Jahr 2024 hat der Ausschuss die fortgesetzte Bedeutung seiner Klarstellung aus dem Jahr 2005 allerdings unterstrichen und auf die Beurteilung der internationalen Ausrichtung einer Entität (Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 1 Leitsätze 2023) bezogen.²⁹⁵³ Der Ausschuss betonte, dass die Beurteilung der internationalen Ausrichtung unter anderem auf Basis strategischer Ziele wie der Steigerung der Effektivität der Leitsätze zu beurteilen sei.²⁹⁵⁴ Dabei hat er zugleich die Flexibilität der NKSen im Umgang mit solchen Fragen betont.²⁹⁵⁵ Daraus wird man wahrscheinlich schließen dürfen, dass NKSen weiterhin befugt sind, Beschwerden gegen ihre MNUen in Bezug auf deren Geschäftstätigkeiten auf ihrem Staatsgebiet zurückzuweisen. Die Reaktion der NKSen auf diesen Ausspruch bleibt abzuwarten. Eine kohärente Entscheidungspraxis ist noch nicht ersichtlich.

V. Verhältnismäßigkeit

Ist absehbar, dass ein Verfahren aussichtslos ist, ist es unverhältnismäßig, das Verfahren zu betreiben. Der Effektivitätsbeitrag, der geleistet werden könnte, ist hier so gering, dass es mit Blick auf die aufzuwendenden Ressourcen nicht verhältnismäßig wäre, das Verfahren zu betreiben. Ein erwartbar aussichtsloses Verfahren kommt in Betracht, wenn der Beschwerdeführer unbeirrbar an einem unerfüllbaren Begehrt festhält (1.) und wenn der der Beschwerde zugrundeliegende Sachverhalt so alt ist, dass er kaum aufgeklärt werden kann oder die Beschwerdeeinreichung treuwidrig erscheinen lässt (2.). Bislang nur vereinzelt wurde der Gedanke geäußert, dass ein Verfahren aussichtslos ist, wenn unentbehrliche Drittparteien nicht teilnehmen;²⁹⁵⁶ dieser Gedanke soll deshalb im Folgenden keine weitere Erwähnung finden.

2953 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 31; vgl. OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 11.

2954 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 31 f.

2955 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 31 f.

2956 Vgl. OECD:CA-NCP:2017:CA-15-FS (NKS nahm Beschwerde zur vertieften Prüfung an, bot aber keine Vermittlungsdienste an).

1. Unbeirrbares Festhalten an unerfüllbarem Begehre

Ein Verfahren ist aussichtslos, wenn der Beschwerdeführer ein unerfüllbares Begehre an die NKS heranträgt und auch nach Konsultation mit der NKS nicht bereit ist, sein Begehre so zu ändern, dass es erfüllbar ist.

Ob ein unerfüllbares Begehre an eine NKS herangetragen wird, richtet sich nach dem Mandat einer NKS. Hierfür ist der Blick auf die Regelungen der Umsetzungsverfahren (RatsE-Leitsätze, Verfahrensregelungen, Kommentierungen) und die internen Verfahrensleitfäden einer NKS zu richten. Da ich das Mandat der NKSen und das spA-Verfahren bereits in Kapitel 6 ausführlich beleuchtet habe, genügt an dieser Stelle eine kurze Auflistung von Verfahrenszielen, die das Mandat einer NKS regelmäßig überschreiten:

- NKSen können keine umfassende Sachverhaltsaufklärung leisten.
- Sie können einen Beschwerdegegner nicht zu einer bestimmten Abhilfemaßnahme verurteilen. NKSen können Beschwerdegegner insbesondere nicht zur Leistung finanzieller Entschädigung verpflichten.
- Viele NKSen möchten auch keine Feststellungen zur Leitsatzkonformität des Verhaltens des Beschwerdegegners treffen.²⁹⁵⁷
- Die Durchsetzung bzw. Vollstreckung nationaler Gerichtsentscheidungen ist nicht Aufgabe einer NKS.²⁹⁵⁸ Ebenso scheidet die Nachprüfung einer nationalen gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung von vornherein aus, weil NKSen eigenständig auf Basis der Leitsätze entscheiden und sie staatliches Verhalten nicht überprüfen dürfen.²⁹⁵⁹ Es ist auch nicht Aufgabe einer NKS, einem Beschwerdeführer bei der gerichtlichen Durchsetzung seiner Rechte zur Seite zu stehen.²⁹⁶⁰

Die Annahmeveraussetzung eines Effektivitätsbeitrags ist von der Streitfrage, also dem Begehre des Beschwerdeführers und dessen normativer Grundlage, abhängig.²⁹⁶¹ Es obliegt folglich dem Beschwerdeführer, ein erfüllbares Begehre an eine NKS zu tragen. Die von ihm initial gewählte Formulierung

2957 Eine Feststellung steht gem. Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 in ihrem Ermessen.

2958 OECD:MA-NCP:2016:MA-1-IA, S. 5; OECD:CA-NCP:2019:CA-20-IA, Rn. 20; mit einer wenig überzeugenden Differenzierung: OECD:NO-NCP:2020:NO-15-FS, S. 10, 13 ff.

2959 OECD:SE-NCP:2016:SE-4-FS, S. 10; vgl. OECD:NO-NCP:2009:NO-3-FS, S. 4.

2960 OECD:UK-NCP:2016:UK-48-IA, Rn. 34.

2961 Siehe Fußnoten 2649 und 2651.

ist aber nicht entscheidend. Vielmehr wird von NKSen erwartet, dass sie Erwartungsmanagement betreiben und einem Beschwerdeführer ihre Rolle und die Grenzen ihres Mandats darlegen.²⁹⁶² Der Umstand allein, dass der Beschwerdeführer ein unerfüllbares Begehren an die NKS richtet, genügt folglich nicht für die Ablehnung der Beschwerde.²⁹⁶³

Meines Erachtens ist zu fordern, dass der Beschwerdeführer nach Aufklärung durch die Kontaktstelle unbeirrbar an seinem unerfüllbaren Begehren festhält. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Beschwerdeführer klarstellt, dass er sich auf keinerlei Vermittlungsgespräch oder Verfahren mit thematisch geweitetem Fokus einlasse, und zugleich verdeutlicht, dass sein einziges Ziel in der Erfüllung des unerfüllbaren Begehrens liegt.²⁹⁶⁴ In derartigen Fällen ist die Chance für einen Problemlösungsbeitrag oder für eine exemplarische Erörterung so gering, dass es nicht lohnt, das Verfahren zu betreiben. Solche Fälle dürften selten sein. Dies gilt insbesondere deshalb, weil eine NKS eine Beschwerde auch nur teilweise, etwa nur im Hinblick auf ein bestimmtes Begehren oder eine bestimmte Streitfrage, annehmen kann.²⁹⁶⁵ Mithin kann eine NKS auch nur die erfüllbaren Teile der Beschwerde für annahmefähig erklären.²⁹⁶⁶

Die Auswertung des Fallmaterials führt zum Ergebnis, dass keine kohärente Entscheidungspraxis entstanden ist. Soweit ersichtlich, rezipieren NKSen ihre Fälle im Zusammenhang mit dem unbeirrbar Festhalten an einem unerfüllbaren Begehren nicht.²⁹⁶⁷ Gleichwohl liegt zumindest zum Teilaspekt, dass eine NKS grundsätzlich keine Beschwerden annehmen muss, die von ihr die Erfüllung eines unerfüllbaren Begehrens verlangen, eine zahlenmäßig nicht geringe Reihe widerspruchsfreier Fälle vor. Das kann nicht überraschen (*impossibilium nulla est obligatio*). Der Teilaspekt, wonach die Ablehnung der Beschwerde nur bei einem unbeirrbar Festhalten nach Aufklärung durch die NKS in Betracht kommt, wird im Fall-

2962 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 13.

2963 OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Rn. 61; OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 13.

2964 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 13; OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA, S. 9, 14 (engl. Fassung); vgl. OECD:US-NCP:2012:US-29-IA(MNE1); vgl. OECD:US-NCP:2012:US-29-IA(MNE2); vgl. OECD:US-NCP:2012:US-29-IA(MNE3); vgl. OECD:US-NCP:2012:US-29-IA(MNE4).

2965 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 13.

2966 Vgl. OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Rn. 19, 22.1f., 43 ff.; vgl. OECD:PE-NCP:2021:PE-7-FS, S. 9 ff.; vgl. OECD:BE-NCP:2024:BE-23-IA, S. 7 f.

2967 Allerdings liegt OECD:SE-NCP:2016:SE-4-FS, S. 10 eine gemeinsame Entscheidung der schwedischen und der norwegischen NKS zugrunde.

material selten klar artikuliert. Er ist in einer Handreichung der OECD für NKSen zumindest insofern angelegt, als diese Handreichung von NKSen ein Erwartungsmanagement verlangt.²⁹⁶⁸ Diese Handreichung kommt als Kristallisationspunkt einer künftigen Entscheidungspraxis in Betracht.²⁹⁶⁹

2. Alter Sachverhalt

Bei der Einreichung einer Beschwerde ist keine Frist zu beachten. Dass manche NKSen dennoch eine Frist setzen, ist sehr kritisch zu sehen und wahrscheinlich ein Verstoß gegen das Effektivitätskriterium der Zugänglichkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 2 Verfahrensregelungen 2023). Einzig aus dem Verbot der rückwirkenden Anwendung der Leitsätze ergibt sich eine klare zeitliche Begrenzung: Sachverhalte aus der Zeit vor der erstmaligen Verabschiedung der Leitsätze im Jahr 1976 fallen aus dem zeitlichen Anwendungsbereich der Leitsätze heraus und können folglich auch nicht in einem spA-Verfahren verhandelt werden (zu allem näher: Kapitel 6 B. II. 1., IV.).

Abgesehen von dieser Ausnahme bestehen keine exakt definierten Fristen für die Beschwerdeeinreichung. Diese Fristenlosigkeit ist aus Sicht des Völkerrechts nichts Ungewöhnliches. Klagen vor dem IGH²⁹⁷⁰ oder dem ISGH²⁹⁷¹ haben keine Klagefrist zu beachten und die Vernichtung oder die Hinderung der Durchsetzung einer völkerrechtlichen Rechtsposition allein durch Ablauf einer exakt definierten Zeitspanne ist dem allgemeinen Völkerrecht unbekannt.²⁹⁷² Beschwerden vor dem Menschenrechtsausschuss

2968 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S.13: „Where a specific remedy is sought by submitters, NCPs can manage expectations by clarifying their role as a potential pathway towards remedy but not providers of remedy specifically. However, a submission should not be rejected on the basis that a specific remedy is sought, as this would not align with the Procedural Guidance nor the purposes and effectiveness of the Guidelines.“

2969 Die australische NKS etwa zitiert diese Handreichung in OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Rn. 61.

2970 IGH, Judgment (26. Juni 1992), ICJ Reports 1992, 240 (Rn. 32) — „Phosphate Lands in Nauru“ (Nauru ./ Australia); Higgins, ICLQ 46 (1997), 501 (513).

2971 ISGH, Judgment (4. November 2016), ITLOS Reports 2016, 44 (Rn. 311) — „M/V “Norstar““ (Panama ./ Italy), Preliminary Objections.

2972 IGH, Judgment (26. Juni 1992), ICJ Reports 1992, 240 (Rn. 32) — „Phosphate Lands in Nauru“ (Nauru ./ Australia); VN, Materials on the Responsibility of States (2023), Kommentar zu Art. 45, Rn. 9; Higgins, ICLQ 46 (1997), 501 (514); Wouters/Verhoeven, Prescription, MPEPIL (2008), Rn. 7.

unterliegen, anders als Beschwerden vor dem EGMR (Art. 35 Abs. 1 EMRK), ebenfalls keiner Frist.²⁹⁷³ Nichtsdestoweniger kann Zeitablauf in Verbindung mit anderen Umständen (Verhalten des Beschwerdeführers, Nachteile für den Beschwerdegegner, Bedeutung der betroffenen Rechte²⁹⁷⁴) auch im Völkerrecht zur Vernichtung einer Rechtsposition oder zur Verhinderung ihrer Durchsetzung beitragen.²⁹⁷⁵ Man kann den Blick hier auf einzelne Ausformungen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes Treu und Glauben (Verwirkung wegen treuwidriger Verspätung²⁹⁷⁶ bzw. *estoppel*²⁹⁷⁷ als Korrelate des Verbots *venire contra factum proprium*²⁹⁷⁸ einerseits und Rechtsmissbrauch²⁹⁷⁹ andererseits) oder auf die Rechtsfigur der *extinctive*

2973 Menschenrechtsausschuss, Decision (16. Juli 2001), Az. 787/1997, Rn. 6.3 — Gobin ./ Mauritius; Menschenrechtsausschuss, Decision (19. Juli 2023), Az. 2895/2016, 2896/2016, Rn. 6.6 — K. u. a. ./ Russia.

2974 Beispielsweise ist die Verwirkbarkeit von Menschenrechten fraglich (*Knops*, AöR 143 (2018), 554 (557)).

2975 VN, Materials on the Responsibility of States (2023), Kommentar zu Art. 45, Rn. 11; vgl. *IGH*, Judgment (26. Juni 1992), ICJ Reports 1992, 240 (Rn. 32) — „Phosphate Lands in Nauru“ (Nauru ./ Australia).

2976 Näher: *Knops*, AöR 143 (2018), 554 (554 ff., insbesondere 561 ff.). Verwirkung wegen treuwidriger Verzögerung ist „[...] die Versagung der Ausübung eines Rechts, wenn der Berechtigte dieses trotz Möglichkeit und Zumutbarkeit längere Zeit nicht geltend gemacht hat, der Verpflichtete sich darauf in redlicher Weise einrichten durfte und dies auch getan hat und nun weiterhin auf die Nichtausübung vertrauen können soll.“ (*Knops*, AöR 143 (2018), 554 (556)). Der BGH geht davon aus, dass die Verwirkung ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts ist (BGH, Urteil (24. Februar 2015), RIW 2015, 294 (295)); allgemein zur Verwirkung im Völkerrecht: *Doehring*, in: Böckstiegel u. a. (Hrsg.), FS Seidl-Hohenveldern (1988), 51 (51 ff.).

2977 *IGH*, Judgment (1. Oktober 2018), ICJ Reports 2018, 507 (Rn. 158) — „Obligation to Negotiate Access“ (Bolivia ./ Chile): „The Court recalls that the “essential elements required by estoppel” are “a statement or representation made by one party to another and reliance upon it by that other party to his detriment or to the advantage of the party making it” [...]“; *PCA*, Award (18. März 2015), UNRIAA XXI, 359 (Rn. 438) — „Chagos“ (Mauritius ./ UK); *Kulick*, AVR 52 (2014), 522 (526 ff.).

2978 *PCA*, Award (18. März 2015), UNRIAA XXI, 359 (Rn. 435) — „Chagos“ (Mauritius ./ UK); *Doehring*, in: Böckstiegel u. a. (Hrsg.), FS Seidl-Hohenveldern (1988), 51 (51 f.); *Kulick*, AVR 52 (2014), 522 (527); *Knops*, AöR 143 (2018), 554 (561 f.); *Cottier/Müller*, *Estoppel*, MPEPIL (2021), Rn. 2.

2979 Menschenrechtsausschuss, Decision (16. Juli 2001), Az. 787/1997, Rn. 6.3 — Gobin ./ Mauritius; Menschenrechtsausschuss, Decision (24. Juli 2007), Az. 1452/2006, Rn. 6.2 — Chytil ./ Czechia; Menschenrechtsausschuss, Decision (19. Juli 2023), Az. 2895/2016, 2896/2016, Rn. 6.6 — K. u. a. ./ Russia.

*prescription*²⁹⁸⁰ richten. Weder das Verhältnis dieser Institute zueinander noch ihre Voraussetzungen brauchen hier weiter verfolgt zu werden. Es genügt die Erkenntnis, dass es sich für NKSen anbietet, Anleihen zu nehmen. Zwei Erwägungen – die Verdunkelung des Sachverhalts (a)) und treuwidriges Verhalten (b)) – möchte ich näher nachgehen. Eine kohärente Entscheidungspraxis ist noch nicht entstanden, da NKSen bislang individuelle und pragmatische Lösungen bevorzugen (c)).

a) Sachverhaltsverdunkelung

Ebenso wie bei Verfahren vor anderen Foren²⁹⁸¹ wird die Sachverhaltsaufklärung im Rahmen von spA-Verfahren schwieriger, je weiter der Sachverhalt in der Vergangenheit liegt.²⁹⁸² So steht eine Verletzung des Effektivitätskriteriums der Ausgewogenheit im Raum: Unternehmerische Aufbewahrungspflichten reichen grundsätzlich nicht über ein Jahrzehnt hinaus.²⁹⁸³ Liegt der maßgebliche Sachverhalt mehrere Jahrzehnte in der Vergangenheit, sind die Verteidigungsmöglichkeiten des Beschwerdegegners eingeschränkt.²⁹⁸⁴ Hinzu kommt, dass NKSen ohnehin keine vollständige

2980 *IGH*, Judgment (26. Juni 1992), ICJ Reports 1992, 240 (Rn. 32) — „Phosphate Lands in Nauru“ (Nauru ./ Australia); *ISGH*, Judgment (4. November 2016), ITLOS Reports 2016, 44 (Rn. 303) — „M/V “Norstar”“ (Panama ./ Italy), Preliminary Objections. Unter anderem ist eine schuldhaftige Verzögerung bei der Geltendmachung der Rechtsposition notwendig; die Verzögerung muss so lange sein, dass die Vermutung der Inexistenz der Rechtsposition oder der Verdunkelung des Sachverhalts entsteht und der Beschwerdegegner dadurch in seiner Verteidigung benachteiligt ist (*Wouters/Verhoeven*, Prescription, MPEPIL (2008), Rn. 6; *Kolb*, Good Faith (2017), S. 129 ff.).

2981 Vgl. *IGH*, Judgment (26. Juni 1992), ICJ Reports 1992, 240 (Rn. 36) — „Phosphate Lands in Nauru“ (Nauru ./ Australia); vgl. *EGMR (GK)*, Judgment (29. Juni 2012), Az. 27396/06, Rn. 39 — Güneş ./ Türkiye. Die Figur der *extinctive prescription* ist ebenfalls stark von der Besorgnis um die Verdunkelung des Sachverhalts und den dadurch für den Beschwerdegegner entstehenden Nachteilen geprägt (vgl. *Wouters/Verhoeven*, Prescription, MPEPIL (2008), Rn. 6).

2982 OECD:FR-NCP:2013:FR-16-FS, S. 3; OECD:AU-NCP:2019:AU-14-IA, Rn. 7.2; OECD:BE-NCP:2019:BE-20-IA, S. 6; OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 7 ff.; OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 15.

2983 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 13; vgl. OECD:BR-NCP:2022:BR-39-FS, Rn. 75. Zum deutschen Recht: *Schober*, BC 2013, 528 (528 ff.); *Weichert*, VuR 2022, 59 (59 ff.).

2984 Vgl. *IGH*, Judgment (26. Juni 1992), ICJ Reports 1992, 240 (Rn. 36) — „Phosphate Lands in Nauru“ (Nauru ./ Australia) (Der IGH weist darauf hin, dass er sicher-

Aufklärung des Sachverhalts leisten können. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Sachverhaltsaufklärung im Rahmen der mediativen und konsensbasierten spA-Verfahren einen geringeren Stellenwert hat.²⁹⁸⁵ Deshalb besteht die Möglichkeit, dass sich ein Beschwerdegegner trotz seiner kupierten Verteidigungsmöglichkeiten auf ein Vermittlungsverfahren einlässt und redlich mit dem Beschwerdeführer auf eine Lösung hinarbeitet.

Das erste *Bralima*-Verfahren, das mit einer Einigung der Parteien endete,²⁹⁸⁶ war ein solcher Fall. Seit dem umstrittenen Ereignis (Entlassung mehrerer Beschäftigter) waren teilweise mehr als 14 Jahre vergangen.²⁹⁸⁷ Obwohl die Ereignisse damit weit in der Vergangenheit lagen, waren die Parteien bereit, sich auf ein Vermittlungsverfahren einzulassen.²⁹⁸⁸ Auch die französische Kontaktstelle hat schon eine Beschwerde zur vertieften Prüfung angenommen, die die Sorgfaltspflichten eines Unternehmens bei einem 13 Jahre in der Vergangenheit liegenden Grundstückserwerb betraf, deren Beachtung auf eine Enteignung während des zweiten Weltkriegs (oder kurz danach) hätte aufmerksam machen sollen.²⁹⁸⁹ Die italienische NKS zeigte sich alten Sachverhalten gegenüber ebenfalls aufgeschlossen.²⁹⁹⁰ Diese Fälle legen nahe, dass weit in der Vergangenheit liegende Sachverhalte kein zwingender Hinderungsgrund für ein spA-Verfahren sind; es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an.²⁹⁹¹

Anders verhielt es sich in zwei Verfahren vor der belgischen und der luxemburgischen Kontaktstelle. Diese Verfahren betrafen die (behauptete) Beteiligung einer belgischen respektive einer luxemburgischen Bank an der finanziellen Abwicklung von Waffenlieferungen an das südafrikanische Apartheidrégime unter Umgehung eines Embargos des VN-Sicherheitsrats.²⁹⁹² Die 2018 eingereichte Beschwerde bezog sich damit auf Ereignisse

stellen müsse, dass die späte Anrufung den Klagegegner nicht benachteilige.); vgl. OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 13; vgl. *Knops*, AöR 143 (2018), 554 (564).

2985 Siehe: Kapitel 6 C. II. 1.

2986 OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS, S. 5.

2987 OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS, S. 2.

2988 OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS, S. 6.

2989 OECD:FR-NCP:2022:FR-35-FS, S. 3. Die NKS weist lediglich darauf hin, dass die Komplexität der Ereignisse zu einer Verzögerung bei der Behandlung der Beschwerde geführt habe (aaO, S. 2).

2990 Vgl. OECD:IT-NCP:2017:IT-9-FS, Rn. 50 (kurze Erwähnung des Alters des Falls); ähnlich auch: OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 15.

2991 *Nieuwenkamp*, OECD Observer vom 25. Januar 2018, 1 (2) — „Beer, conflict and compensation: Heineken-Congo agreement“.

2992 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 3; OECD:BE-NCP:2019:BE-20-IA, S. 2.

von Ende der 1970er bis Anfang der 1990er Jahre.²⁹⁹³ Die LU-NKS begründete ihre Ablehnung der Beschwerde ausführlich. Sie hielt es für nicht überzeugend, dass die Beschwerdeführer ihre Beweisführung im Wesentlichen auf eine mehr als zehn Jahre alte Aussage eines einzigen Zeugen stützen wollten.²⁹⁹⁴ Die Untersuchung der aufgeworfenen Fragen sei nicht möglich, da die Beschwerdegegner jegliches Fehlverhalten verneinten und in ihrer Beweisführung eingeschränkt seien.²⁹⁹⁵ Nach mehreren Unternehmensumstrukturierungen und nach so langer Zeit sei es den Beschwerdegegnern so gut wie unmöglich, gegenteilige Beweise zu finden, Archive zu konsultieren oder ehemalige Mitarbeiter zu befragen.²⁹⁹⁶ Die LU-NKS hielt es für unstatthaft, sie als „*tribunal for history and politics*“ anzurufen.²⁹⁹⁷ Darüber hinaus hob die luxemburgische NKS die Unterschiede zum *Bralima*-Fall der niederländischen NKS hervor: *Bralima* habe seine Verantwortung grundsätzlich anerkannt und sich auf Verhandlungen eingelassen; außerdem habe es sich um einen weitaus weniger komplexen Sachverhalt mit eindeutigerer Faktenlage gehandelt.²⁹⁹⁸ Demgegenüber trage die Behandlung der Beschwerde vor der LU-NKS nicht zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze bei; sie sei auch nicht hinreichend substantiiert.²⁹⁹⁹ Die belgische NKS entschied in der Sache gleich, wenn auch mit einer weniger ausführlichen Begründung.³⁰⁰⁰

Man wird festhalten können, dass sich die Aufklärbarkeit eines Sachverhalts einer pauschalen Beurteilung entzieht. Maßgeblich ist eine einzelfallabhängige Prüfung. Deshalb lässt sich schwerlich von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen. Insofern sind die umfassenden Erwägungen der luxemburgischen Kontaktstelle noch durch eine weitere Erwägung zu ergänzen: Im belgisch-luxemburgische Fall war die Aufklärbarkeit des Sachverhalts entscheidend durch das Bankgeheimnis erschwert.³⁰⁰¹ Demgegenüber dürften im Enteignungsfall der französischen Kontaktstelle die Grundbuchpublizität und bereits geführte Gerichtsverfahren die Sachverhaltsfeststellung erleichtert haben.³⁰⁰² Relevanz könnte auch den einem

2993 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 2, 7, 12; OECD:BE-NCP:2019:BE-20-IA, S. 2.

2994 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 7 ff.

2995 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 13.

2996 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 8.

2997 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 13.

2998 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 13.

2999 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 8, 13.

3000 OECD:BE-NCP:2019:BE-20-IA, S. 7.

3001 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 8.

3002 Vgl. OECD:FR-NCP:2022:FR-35-FS, S. 5 f.

Unternehmen zur Verfügung stehenden finanziellen und personellen Ressourcen zukommen: Aus Sicht der NL-NKS können von einem großen Unternehmen mehr Anstrengungen zur Aufklärung eines alten Sachverhalts erwartet werden als von einem kleineren.³⁰⁰³

b) Treuwidrigkeit

Ist der Sachverhalt nicht durch die späte Beschwerdeeinreichung unaufklärbar geworden, könnten NKSen in Erwägung ziehen, eine spät eingereichte Beschwerde unter dem Blickwinkel des treuwidrigen Verhaltens zu einer verspäteten Beschwerde zu erklären. So wird von den Parteien eines *spA*-Verfahrens erwartet, sich während des Verfahrens nach Treu und Glauben zu beteiligen.³⁰⁰⁴ Das schließt ein, im Verfahren zeitnah zu antworten.³⁰⁰⁵ Diese Erwartung redlichen Verhaltens lässt sich meines Erachtens zeitlich auf die Einleitung des Verfahrens mit der Beschwerdeeinreichung³⁰⁰⁶ erstrecken und inhaltlich auf den Gedanken ausweiten, dass auch die Verfahrenseinleitung zeitnah erfolgen muss. Soweit ersichtlich, taucht dieser Gedanke indes noch nicht in den Entscheidungen der Kontaktstellen auf. Im Lichte des Effektivitätskriteriums der Zugänglichkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 2 Verfahrensregelungen 2023) wird die Bejahung einer treuwidrig verspäteten Beschwerdeeinreichung ohnehin nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen.

Hierfür bietet sich ein Seitenblick auf die Praxis des Menschenrechtsausschusses an. In Ermangelung einer besonderen Norm behandelt der Ausschuss spät erhobene Beschwerden unter der Figur der rechtsmissbräuchlichen Beschwerdeeinreichung gem. Art. 3 Var. 2 IPbPR-FPI.³⁰⁰⁷

3003 OECD/NL-NCP:2024/NL-47-FS, S.12: Der Fall betraf den Mineralölkonzern *Shell*. Die Aussage der NKS bezog sich allerdings auf eine Frage der Beweislast und nicht auf die Frage der Effektivitätsförderung als Annahmenvoraussetzung.

3004 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26.

3005 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26: „*The good faith engagement by all parties involved in the proceedings is expected. Good faith engagement in this context means responding in a timely fashion [...].*“

3006 Vgl. auch UmVerf-Ko 2011, Rn. 25: „*In making an initial assessment of whether the issue raised merits further examination, the NCP will need to determine whether the issue is bona fide [...].*“ (Textauszeichnung im Original).

3007 *Menschenrechtsausschuss*, Rules of procedure of the Human Rights Committee (2021), Regel 99 lit.c); *Menschenrechtsausschuss*, Decision (16. Juli 2001), Az. 787/1997, Rn. 6.3 — Gobin *./. Mauritius*; *Menschenrechtsausschuss*, Decision (19. Juli 2023), Az. 2895/2016, 2896/2016, Rn. 6.6 — K. u. a. *./. Russia*.

Eine Verzögerung an sich wird in seiner Entscheidungspraxis zwar nicht als rechtsmissbräuchlich eingestuft, der Ausschuss erwartet unter bestimmten Umständen³⁰⁰⁸ aber eine rechtfertigende Erklärung für die Verzögerung.³⁰⁰⁹ Es obliege einem Beschwerdeführer, auf die zeitnahe Geltendmachung seiner Beschwerde hinzuwirken, damit dem Paktstaat die Gelegenheit gegeben werde, rechtzeitig für Abhilfe zu sorgen.³⁰¹⁰ Ebenso wie ein Paktstaat seinen Verpflichtungen nach Treu und Glauben nachkommen müsse, habe ein Beschwerdeführer nachzuweisen, dass er beim Schutz seiner Rechte Sorgfalt habe walten lassen, um überflüssige Verzögerungen zu vermeiden.³⁰¹¹ Der EGMR hält in vergleichbarer Weise fest, dass eine zeitnahe Beschwerde zur Ordnung, zur Stabilität und zum Rechtsfrieden beitrage, unter anderem weil sie lange Schwebezustände vermeide.³⁰¹²

Die Idee, dass der nachlässige Umgang des Beschwerdeführers mit seinen Rechten nicht zu Lasten der Behebbarkeit von Problemen und der Position des Beschwerdegegners gehen darf, ist eine übergreifende Wertung und kann deshalb auch im Rahmen eines spA-Verfahrens Anwendung finden. Dies gilt insbesondere, wenn die Verteidigung subjektiver Rechtspositionen (vor allem aus dem Menschenrechts- oder Beschäftigungskapitel der Leitsätze) im Raum steht. Darüber hinaus schränkt eine spät eingereichte Beschwerde die Möglichkeiten ein, für Abhilfe zu sorgen: So dürfte die Reversibilität eines Zustands mit zunehmendem zeitlichem Abstand abnehmen, weshalb eine späte Beschwerdeeinreichung die Erfolgsaussichten eines Vermittlungsverfahrens schmälert.³⁰¹³ Dies gilt vor allem deshalb, weil sie die Bandbreite *prospektiver* Lösungen beschränkt; statt präventiver Maßnahmen kann primär nur noch über die Abmilderung der negativen Auswirkungen eines irreversiblen Zustands gesprochen werden.³⁰¹⁴ Eine

3008 *Menschenrechtsausschuss*, Rules of procedure of the Human Rights Committee (2021), Regel 99 lit. c): Fünf Jahre nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs bzw. drei Jahre nach dem Ende des Verfahrens vor einer anderen internationalen Instanz.

3009 Siehe Fußnote 3007.

3010 *Menschenrechtsausschuss*, Decision (19. Juli 2023), Az. 2895/2016, 2896/2016, Rn. 6.7 — K. u. a. ./ Russia.

3011 *Menschenrechtsausschuss*, Decision (19. Juli 2023), Az. 2895/2016, 2896/2016, Rn. 6.7 — K. u. a. ./ Russia.

3012 *EGMR (GK)*, Judgment (29. Juni 2012), Az. 27396/06, Rn. 39 f. — Güneş ./ Türkiye.

3013 OECD:NL-NCP:2013:NL-22-IA, S. 5; vgl. OECD:FR-NCP:2013:FR-16-FS, S. 4.

3014 Vgl. OECD:FR-NCP:2013:FR-16-FS, S. 4: Die Beschwerdeführer bezogen ihre Beschwerde primär auf die Sorgfaltspflichten des Beschwerdegegners im Umgang mit einem bestimmten Projekt. Da das umstrittene Projekt nunmehr (fast) voll-

retrospektive Erörterung (etwa zur Leitsatzkonformität des angegriffenen Verhaltens des Beschwerdegegners) ist zwar auch in solchen Konstellationen denkbar, hängt aber von der Bereitschaft der angerufenen NKS hierzu und ihrer Mandatsauffassung ab. Relevant ist außerdem, dass der Investitionsausschuss nicht bereit ist, eine Klarstellungsanfrage einer NKS zum Inhalt einer zwischenzeitlichen aufgehobenen Fassung der Leitsätze zu beantworten.³⁰¹⁵ Hat eine spät eingereichte Beschwerde also zur Folge, dass eine nicht mehr gültige Fassung der Leitsätze anzuwenden ist, können die Erwartungen, die die Leitsätze damals an das Verhalten des Beschwerdegegners gerichtet haben, nicht mehr in einer autoritativen Auslegung eindeutig festgestellt werden.

c) Zwischenfazit

Verzögerungen bei der Beschwerdeeinreichung vermindern die Erfolgsaussichten eines Verfahrens und steigern gleichzeitig den Aufwand des Verfahrens erheblich. NKSen sind gehalten, im Einzelfall zu prüfen, ob die Annahme der Beschwerde opportun wäre. Bei dieser Prüfung sollten sie flexibel sein und Anleihen bei allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Entscheidungspraxis anderer Foren nehmen, ohne dass es darauf ankäme, deren Voraussetzungen exakt zu parallelisieren. Wegen der noch geringen Zahl der einschlägigen NKS-Fälle sind feste Argumentationsmuster noch nicht etabliert. Eine kohärente Entscheidungspraxis ist bislang nicht entstanden. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

endet war, kritisierte die NKS, dass die Beschwerdeführer keine Bereitschaft zeigten, einen Dialog über Maßnahmen zur Verbesserung der Situation zu führen, sondern von der NKS eine Feststellung zur Leitsatzkonformität des Verhaltens des Beschwerdegegners verlangten. Vergleichbar: OECD:IT-NCP:2017:IT-9-FS, Rn.50–52: Der Auftrag für ein bestimmtes Bauprojekt wurde zehn Jahre vor Beschwerdeerhebung erteilt. Das Projekt war im Jahr der Beschwerdeerhebung bereits abgeschlossen. Die Forderung der Beschwerdeführer nach einer erneuten Umwelt- und Sozialverträglichkeitsprüfung war deshalb aus Sicht der IT-NKS verspätet und nicht annahmefähig.

3015 OECD:CIME:2004:CIME-20-CL, S. 64 f.

VI. Redlichkeit

Da die Effektivität eines spA-Verfahrens entscheidend von der Beteiligung der Parteien abhängt, wird von ihnen erwartet, sich nach Treu und Glauben (hier verwendetes Synonym: redlich; Gegenbegriffe: unredlich, treuwidrig) an einem spA-Verfahren vor einer NKS zu beteiligen (*good faith engagement*).³⁰¹⁶ Die Reaktions- und Sanktionsmöglichkeiten einer NKS auf unredliches Verhalten unterscheiden sich danach, ob das unredliche Verhalten vom Beschwerdegegner oder dem Beschwerdeführer ausgeht.

Beteiligt sich der **Beschwerdegegner** nicht redlich, verhält er sich Leitsätze-widrig (Verstoß gegen Ls. II-A-10 ff. Leitsätze 2023) und missachtet die Erwartungen der Umsetzungsverfahren, was von der Kontaktstelle gesondert festgestellt und getadelt werden kann.³⁰¹⁷ Die Weigerung ist damit sowohl ein Verstoß gegen materielle wie prozessuale Erwartungen. Angesichts dessen drängt sich auf, dass die Verfahrenseinstellung nicht das taugliche Reaktionsmittel auf treuwidriges Verhalten des Beschwerdegegners wäre; es würde sein Verhalten belohnen. Spätestens seit es vom Investitionsausschuss wiederholt betont wurde,³⁰¹⁸ steht in diesem Sinne außer Frage, dass die Weigerung eines Beschwerdegegners ein spA-Verfahren zwar sinnentstellend erschweren,³⁰¹⁹ aber nicht vollständig obstruieren kann.³⁰²⁰ Beteiligt sich eine Partei nicht oder verhält sich treuwidrig, soll eine NKS gem. Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 eine Abschlusserklärung mitsamt Empfehlungen und ggf. Feststellungen veröffentlichen.³⁰²¹ Könnte die Weigerung, sich zu beteiligen, das Verfahren beenden, bedürfte es die-

3016 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26; OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 7, 24; OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS, Rn. 70; OECD:IT-NCP:2017:IT-9-FS, Rn. 6; OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 52; OECD:NL-NCP:2023:NL-40-FS, S. 14.

3017 OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 6, 7 f., 24 (Ableitung auch aus dem heutigen Art. 4 MNU-Erklärung); OECD:FR-NCP:2022:FR-35-FS, S. 3 f., 7 (Verstoß wohl nur gegen den Geist der Leitsätze); OECD:NL-NCP:2023:NL-40-FS, S. 3, 13 f.; OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 12 ff. Siehe aber auch OECD:IE-NCP:2023:IE-8-IA, Rn. 6 mit einer überzeugenden Einschränkung: Wenn die Beteiligung an einem spA-Verfahren verweigert wird, liegt ein Verstoß erst vor, wenn auch die Beteiligung an jedem anderen äquivalenten Abhilfeverfahren verweigert wird; allgemein: OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 35, 90 f.

3018 OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 61; OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 49.

3019 Vgl. *Khoury/Whyte*, Journal of Human Rights 18 (2019), 363 (371 f.).

3020 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 5; vgl. zu älterer Praxis der NKSen: OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 47 und *Davarnejad*, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (370).

3021 UmVerf-Ko 2023, Rn. 43.

ser Regelung nicht. Ein Beschwerdegegner, der sich nicht oder treuwidrig beteiligt, geht außerdem das Risiko ein, dass er einer NKS dadurch entlassende Informationen vorenthält und sie deshalb die fehlende Leitsatzkonformität seines Verhaltens feststellt.³⁰²²

Weniger klar ist hingegen, welche Mittel einer NKS zur Verfügung stehen, wenn sich der **Beschwerdeführer** treuwidrig verhält. Stets möglich ist ein Tadel der Kontaktstelle.³⁰²³ Daneben ist auf den soeben erwähnten Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 zu verweisen, der von einer NKS die Veröffentlichung einer Abschlusserklärung verlangt, wenn sich eine Partei nicht redlich am Verfahren beteiligt. Diese Norm ist anwendbar, da sie nicht danach unterscheidet, ob das treuwidrige Verhalten vom Beschwerdeführer oder -gegner ausgeht.³⁰²⁴ In diesem Sinne kann eine NKS bei treuwidrigem Verhalten des Beschwerdeführers in Betracht ziehen, eine vertiefte Prüfung zu beenden (bei treuwidrigem Verhalten nach der ersten Evaluierung).³⁰²⁵ Denkbar ist auch, die Beschwerde nicht zur vertieften Prüfung anzunehmen (wenn bereits die Beschwerdeeinreichung treuwidrig ist).³⁰²⁶ Anders als für den Beschwerdegegner, den der Verfahrensabbruch oder die Nichtannahme der Beschwerde belohnen würde, haben diese beiden Maßnahmen für den Beschwerdeführer sanktionierende Wirkung. Der Verfahrensleitfaden der australischen NKS unterscheidet deshalb sehr deutlich, von welcher Partei das treuwidrige Verhalten ausgeht: Während die AU-NKS bei treuwidrigem Verhalten des Beschwerdegegners eine Abschlusserklärung mitsamt einer formalen Untersuchung (inhaltliche Bewertung seines Verhaltens als zweite Phase der vertieften Prüfung, vgl. Kapitel 6 C. I.) veröffentlichen wird, überspringt sie eine formale Untersuchung, wenn das treuwidrige Verhalten vom Beschwerdeführer ausgeht.³⁰²⁷

An dieser Stelle möchte ich untersuchen, inwiefern die Treuwidrigkeit der Beschwerdeeinreichung dazu führt, dass die Annahmenvoraussetzung eines Effektivitätsbeitrags zur verneinen ist. Richtigerweise erstreckt sich

3022 Vgl. OECD/NL-NCP:2023:NL-40-FS, S. 11 f.

3023 Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023: „[...] including information on parties' engagement in the proceedings.“; ähnlich: Art. I-C-4 lit. a) Verfahrensregelungen 2023; *Kanadische NKS*, Specific Instance Procedures (2022), Rn. 6.5, 9.4; *Australische NKS*, Complaint Procedures (2024), Rn. 60.4; vgl. OECD/IT-NCP:2017:IT-9-FS, Rn. 32.

3024 Siehe dazu bereits die Ausführungen zur Beschwerderücknahme: II. 3.

3025 Vgl. *Australische NKS*, Complaint Procedures (2024), Rn. 11.1, 51.2.

3026 Vgl. OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 47 (in Bezug auf eine saumselige oder unaufrichtige Beteiligung der Beschwerdeführer am Verfahren).

3027 Vgl. *Australische NKS*, Complaint Procedures (2024), Rn. 11, 51.

die Erwartung redlichen Verhaltens nicht nur auf das Verhalten der Parteien während des Verfahrens, sondern schon auf die Beschwerdeeinreichung.³⁰²⁸ So war eine NKS bis zur 2023er Überarbeitung der Leitsätze explizit gehalten zu prüfen, ob die einer Beschwerde zugrundeliegende Streitfrage „*bona fide*“ („echt oder authentisch“)³⁰²⁹ ist.³⁰³⁰ Auch wenn diese Bezugnahme auf die *bona fide*-Natur der Beschwerde mit der 2023er Revision entfallen ist, ist nicht davon auszugehen, dass von ihr abzurücken ist.³⁰³¹

Darüber hinaus ist es allgemein anerkannt, dass die Treuwidrigkeit einer Beschwerde oder Klage zu ihrer Unzulässigkeit führt: In der internationalen (Schieds-)Gerichtsbarkeit und von Menschenrechtsvertragsorganen wird auf die Figur des Verfahrensmissbrauchs (*abuse of process*) als besonderer Ausprägung des Rechtsgrundsatzes Treu und Glauben abgestellt.³⁰³² Bisweilen finden sich sogar Normen, die diesen Grundsatz explizit als Grund für die Unzulässigkeit einer Beschwerde nennen (Art. 35 Abs. 3 lit. a) Var. 3 EMRK; Art. 3 Var. 2 IPbPR-FPI, Art. 294 Abs. 1 SRÜ³⁰³³). In spA-Verfahren vor NKSen ist eine Unterscheidung zwischen Treu und Glauben und Verfahrensmissbrauch allerdings (noch) nicht etabliert, weshalb ich sie im Folgenden ignoriere.

Die Hürde für die Annahme eines Verfahrensmissbrauchs wird in der Spruchpraxis internationaler Foren sehr hoch gelegt.³⁰³⁴ Unter anderem

3028 Vgl. OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 15.

3029 So die Definition von *bona fide* in OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 5.

3030 UmVerf-Ko 2011, Rn. 25.

3031 Vgl. *Australische NKS*, Complaint Procedures (2024), Rn. 30: Der im Anschluss an die 2023er Revision überarbeitete interne Verfahrensleitfaden stellt diese Anforderung nach wie vor auf. Vgl. auch OECD:BE-NCP:2024:BE-23-IA, S. 7: „*The purpose of the initial assessment is to determine whether the request falls within the scope of the OECD Guidelines and whether it was made in good faith (bona fide).*“

3032 *Hottelier*, Rev Trim Dr H 1991 (1991), 301 (304); *Mitchell/Malone*, Abuse of Process in Inter-State Dispute Resolution, MPEiPro (2018), Rn. 2, 7 f.; *Lemey*, Law & Practice of Intl Courts and Tribunals 20 (2021), 5 (5 f.); differenzierend: *De Brabandere*, JIDS 3 (2012), 609 (612 ff.).

3033 „United Nations Convention on the Law of the Sea“ (*Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen*, SRÜ), Unterzeichnung: 10. Dezember 1982, Inkrafttreten: 16. November 1994. UNTS 1833, 3.

3034 „*exceptional circumstances*“ (IGH, Judgment (6. Juni 2018), ICJ Reports 2018, 292 (Rn. 150) — „Immunities and Criminal Proceedings“ (Equatorial Guinea ./ France), Preliminary Objections; IGH, Judgment (13. Februar 2019), ICJ Reports 2019, 7 (Rn. 113) — „Certain Iranian Assets“ (Iran ./ USA), Preliminary Objections); „*mesure procédurale exceptionnelle*“ (EGMR, Judgment (15. September 2009), Az. 798/05, Rn. 62 — *Miroļubovs u. a. ./ Latvia*); „*the most blatant cases*

wegen der Zurückhaltung internationaler Foren konnten sich noch keine (fest etablierten) Fallgruppen bilden; zumindest sind eventuell anzuerkennende Fallgruppen irrelevant für die vorliegenden Zwecke.³⁰³⁵ Stattdessen bietet sich ein Vergleich zwischen den Regelungen der Leitsätze und den Fallgruppen des EGMR³⁰³⁶ und denjenigen des Menschenrechtsausschusses³⁰³⁷ an. Zu den von den Umsetzungsverfahren der Leitsätze beispielhaft aufgezählten Verhaltensweisen einer Beteiligung nach Treu und Glauben gehören:

of abuse or harassment“ (PCA, Award (29. Oktober 2015), UNRIAA XXXIII, 1 (Rn. 128) — „South China Sea“ (Philippines ./ China), Jurisdiction and Admissibility); „[...] the threshold for finding an abusive initiation of an investment claim is high“ (PCA, Award (17. Dezember 2015), Az. 2012–12, Rn. 539 — Philip Morris Asia Ltd. ./ Australia, Jurisdiction and Admissibility).

Allgemein: *Mitchell/Malone*, Abuse of Process in Inter-State Dispute Resolution, MPEiPro (2018), Rn. 5; *Lemey*, Law & Practice of Intl Courts and Tribunals 20 (2021), 5 (6 ff.).

- 3035 Zum IGH und anderen zwischenstaatlichen Gerichten siehe: *Mitchell/Malone*, Abuse of Process in Inter-State Dispute Resolution, MPEiPro (2018), Rn. 24 ff.; *Lemey*, Law & Practice of Intl Courts and Tribunals 20 (2021), 5 (8 ff.).

Zu Investor-Staats-Schiedsgerichten siehe: *Linderfalk*, Nord JIL 86 (2017), 403 (406) (dieser Rechtsgrundsatz habe keine etablierte Bedeutung); *De Brabandere*, JIDS 3 (2012), 609 (621 ff.); *Gaillard*, ICSID Review 32 (2017), 17 (19 ff.).

- 3036 Der EGMR erkennt die folgenden Fallgruppen an: (i) Irreführung des Gerichts, (ii) besonders verletzend, beleidigend, bedrohend oder provokative Sprache, (iii) Medieninterviews, die eine unverantwortliche Einstellung gegenüber dem Gericht aus politischen Interessen erkennen lassen, (iv) schikanöse und offensichtlich unbegründete, wiederholte Beschwerden, (v) Verletzung der Vertraulichkeit von Vergleichsverhandlungen. Für eine Übersicht siehe: *EGMR*, Judgment (15. September 2009), Az. 798/05, Rn. 62 ff. — Miroļubovs u. a. ./ Latvia; *Hottelier*, Rev Trim Dr H 1991 (1991), 301 (307 ff.); *Peters*, Artikel 35, Handkommentar EMRK (2023), Rn. 53 ff.

- 3037 Neben den bereits erwähnten querulatorischen Beschwerden (siehe Fußnote 2780) und unbegründet verspäteten Beschwerden (siehe Fußnoten 3007 und 3008) sind die Irreführung des Ausschusses (*Menschenrechtsausschuss*, Decision (26. Juli 2019), Az. 2989/2017, Rn. 11.5 — A. ./ Lithuania; *Menschenrechtsausschuss*, Decision (19. Juli 2023), Az. 3198/2018, Rn. 9.7 — V. ./ Lithuania) und offensichtlich unbegründete Beschwerden (*Menschenrechtsausschuss*, Decision (25. März 2022), Az. 2959/2017, Rn. 7.5 — V. ./ Slovakia) als Fallgruppen etabliert. Die Fallgruppe einer beleidigenden Sprache ist weniger firm etabliert (*Menschenrechtsausschuss*, Decision (4. April 2018), Az. 2175/2012, Rn. 12.7 — Kim ./ Uzbekistan: „emotional but not abusive“; vgl. *Menschenrechtsausschuss*, Decision (4. November 2020), Az. 3593/2019, Rn. 6.5 — Farah ./ Djibouti; für diese Fallgruppe: *Bayefsky*, How to Complain to the UN Human Rights Treaty System (2002), S. 53; nicht erwähnt bei: *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz (2016), Rn. 826).

„[...] Good faith engagement in this context means (i) responding in a timely fashion, (ii) maintaining confidentiality where appropriate and consistent with the NCP's case-handling procedures, (iii) refraining from misrepresenting the issues and the process, notably in public communications, (iv) and from threatening or taking reprisals against parties involved in the procedure, or against the NCP itself, and (v) genuinely engaging in the proceedings with a view to finding a Guidelines-compatible solution to the issues raised, including giving serious consideration to any offer of good offices made by the NCP.“ (Zählmarken ergänzt, Textauszeichnung des Originals entfernt)³⁰³⁸

Insbesondere zur Rechtsprechung des EGMR bestehen einige Überschneidungen: Beide Foren halten die Verletzung von Vertraulichkeitsregeln während Vergleichsverhandlungen, eine beleidigende, bedrohende Sprache und verzerrende Medienäußerungen für grundsätzlich geeignet, die Treuwidrigkeit eines Verhaltens bzw. einen Verfahrensmisbrauch zu bejahen.³⁰³⁹ Die erste Fallgruppe, wonach zeitnah mit der NKS zu interagieren ist, findet, wenn man schon die zeitnahe Einreichung der Beschwerde fordert, eine Entsprechung in der Spruchpraxis des Menschenrechtsausschusses zu unbegründet verspäteten Beschwerden (siehe: B. V. 2. b)). Die letzte Fallgruppe, wonach eine aufrichtige Beteiligung am Verfahren (*genuinely engaging*) zu erwarten ist, hat keine unmittelbare Entsprechung in der EGMR-Rechtsprechung. Das wird der mediativen und außergerichtlichen Natur des spA-Verfahrens geschuldet sein.

Im Folgenden werde ich diese Fallgruppen nacheinander vorstellen (1. bis 5.) und ein Zwischenfazit ziehen (6.). Da die Annahmenvoraussetzung des Effektivitätsbeitrags den Rahmen dieser Erörterungen bildet, werde ich nachfolgend nur die Konsequenzen treuwidrigen Verhaltens des Beschwerdeführers (und nicht des Beschwerdegegners) untersuchen. Denn nur wenn das treuwidrige Verhalten vom Beschwerdeführer ausgeht, kommt die Ablehnung der Beschwerde als Sanktion in Betracht (siehe oben). Da das Fallmaterial zu diesen Fallgruppen andernfalls wenig ergiebig wäre, werde ich neben Fällen, in denen eine Beschwerde abgelehnt wurde, auch

3038 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26. Verschiedentlich aufgegriffen von NKSen, beispielsweise: *Kanadische NKS*, Specific Instance Procedures (2022), Rn. 9.1; *Deutsche NKS*, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 19; *Japanische NKS*, Case-Handling Procedures (2025), S. 2; OECD:IT-NCP:2017:IT-9-FS, Rn. 6; OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 52; OECD:NL-NCP:2023:NL-40-FS, S. 14.

3039 Siehe Fußnoten 3038 und 3036.

Fälle betrachten, in denen ein Verfahren nach initialer Annahme der Beschwerde später abgebrochen wurde.

1. Vertraulichkeitsverletzungen

Die Frage des richtigen Umgangs einer NKS mit Verschwiegenheitsverletzungen und öffentlichkeitswirksamen Kampagnen ist von solcher Relevanz und stellt NKSen vor so große Herausforderungen, dass sie die OECD im Jahr 2019 zur Veröffentlichung einer Handreichung zu „Vertraulichkeit und Kampagnen“ veranlasst hat.³⁰⁴⁰ Die 2023er Überarbeitung der Leitsätze hat zu weiteren Anpassungen der Vorgaben geführt.³⁰⁴¹ Wegen dieser mittlerweile recht detaillierten und erst kürzlich modifizierten Vorgaben kann ich aus forschungsökonomischen Gründen keine lückenlose Untersuchung des Fallmaterials leisten und nur schlaglichtartig die wesentlichen Gesichtspunkte³⁰⁴² hervorheben. Eine nähere Untersuchung des Fallmaterials erscheint mir erst wieder in einigen Jahren mit mehr Praxiserfahrung sinnvoll. Bislang konnte sich, wovon die Existenz der OECD-Handreichung zeugt, noch keine kohärente Entscheidungspraxis herausbilden.

Nur wenige Vorschriften der Umsetzungsverfahren, die sich mit der Vertraulichkeit einzelner Aspekte eines spA-Verfahrens befassen, richten sich nur an die Parteien (vgl. Art. I-C-7 Verfahrensregelungen 2023);³⁰⁴³ viele Vorschriften adressieren stattdessen die NKS oder sie und die Parteien gemeinsam (vgl. Art. I-C-6 Verfahrensregelungen 2023).³⁰⁴⁴ Es würde zu weit führen, auf letztere einzugehen, da das Verhältnis dieser Vorschriften zueinander nicht klar ist.³⁰⁴⁵ Die Pflicht zur Verschwiegenheit ist als Ausnahme vom Grundsatz der Transparenz (Art. I-*Chapeau* S. 2

3040 OECD, Confidentiality and Campaigning Guide (2019), S. 4.

3041 Beispielsweise wurde Art. I-C-4 Verfahrensanleitungen 2011 zu den präziseren Art. I-C-6 und I-C-7 Verfahrensregelungen 2023; UmVerf-Ko 2011, Rn. 38 wurde durch die ausführlicheren UmVerf-Ko 2023, Rn. 47–49 ersetzt.

3042 Ich kann beispielsweise nicht auf nationale Informationsfreiheitsgesetze oder Vertraulichkeitsvorschriften eingehen, deren Vorrang von den Umsetzungsverfahren anerkannt wird (Art. I-C-7 Verfahrensregelungen 2023; UmVerf-Ko 2023, Rn. 47). In OECD:BR-NCP:2022:BR-39-FS, Rn. 110 warnte die NKS den Beschwerdeführer deshalb vor den Konsequenzen nach nationalem Recht, den sein Bruch der Vertraulichkeit nach sich zieht.

3043 Etwa: UmVerf-Ko 2023, Rn. 42, 49.

3044 Etwa: UmVerf-Ko 2023, Rn. 39 ff., 47 f.

3045 Nach der 2023er Überarbeitung ist beispielsweise unklar, ob aus dem Recht einer NKS, die Namen der Parteien einer *abgelehnten* Beschwerde in ihrem Ausspruch

Nr. 3 Verfahrensregelungen 2023) zu sehen.³⁰⁴⁶ In einem spA-Verfahren ist deshalb ein angemessener Ausgleich zwischen Transparenz einerseits und Vertraulichkeitsbedürfnissen andererseits herzustellen.³⁰⁴⁷ Die Vertraulichkeit von Parteigesprächen fördert das Vertrauen beider Parteien zueinander.³⁰⁴⁸ Die Effektivität der Vermittlungsdienste einer NKS ist von ihrem gegenseitigen Vertrauen abhängig.³⁰⁴⁹ Vertrauen sie sich nicht, besteht die Gefahr, dass sie kaum Bereitschaft zeigen, interne Informationen mit der Gegenseite zu teilen.³⁰⁵⁰ Das ist von besonderer Relevanz, weil eine NKS grundlegende Aspekte ihrer Entscheidungen nur auf Informationen stützen darf, die beiden Parteien zur Verfügung standen.³⁰⁵¹

Nicht alle Aspekte eines spA-Verfahrens unterliegen einer Verschwiegenheitspflicht. Es kommt entscheidend darauf an, welche Informationen veröffentlicht wurden. Grundsätzlich ist es den Parteien, soweit nichts anderes vereinbart wurde, gestattet, mit Dritten und der Öffentlichkeit über die Existenz des Beschwerdeverfahrens und sein Verfahrensstadium zu sprechen.³⁰⁵² Auch die eigene Beschwerdeschrift bzw. Replik kann veröffentlicht werden.³⁰⁵³ Verboten ist es demgegenüber, Informationen und Argumente zu veröffentlichen, die einer Partei während des Verfahrens durch die NKS oder die Gegenseite bekannt geworden sind (Art. I-C-7 Verfahrensregelungen 2023);³⁰⁵⁴ solche Informationen können nur veröffentlicht werden, wenn sie bereits öffentlich zugänglich sind, die Zustimmung der NKS oder der Gegenseite vorliegt oder sie einer innerstaatlichen Offenlegungspflicht unterliegen (Art. I-C-7 Verfahrensregelungen 2023).³⁰⁵⁵ Die Kommunikati-

nicht zu nennen (UmVerf-Ko 2023, Rn. 40), eine korrespondierende Geheimhaltungspflicht der Parteien folgt oder nicht.

3046 OECD, Confidentiality and Campaigning Guide (2019), S. 4.

3047 UmVerf-Ko 2023, Rn. 47; *Japanische NKS*, Case-Handling Procedures (2025), S. 6.

3048 OECD:US-NCP:2013:US-33-FS; OECD:US-NCP:2015:US-41-FS, S. 10.

3049 OECD:US-NCP:2015:US-41-FS, S. 10.

3050 OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS, Rn. 27.

3051 UmVerf-Ko 2023, Rn. 48; vgl. die Stellungnahme OECD Watches in: OECD, Confidentiality and Campaigning Guide (2019), S. 22.

3052 UmVerf-Ko 2023, Rn. 49 (siehe aber auch die Qualifikation: „[...] NCPs are encouraged to allow [...]“); *Japanische NKS*, Case-Handling Procedures (2025), S. 6; OECD:US-NCP:2015:US-40-FS, S. 11; OECD:US-NCP:2022:US-51-FS.

3053 UmVerf-Ko 2023, Rn. 49; *Japanische NKS*, Case-Handling Procedures (2025), S. 6.

3054 UmVerf-Ko 2023, Rn. 49; *Japanische NKS*, Case-Handling Procedures (2025), S. 6; *Schweizer NKS*, Verfahrensanleitung (2024), S. 7; vgl. OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS, Rn. 25; vgl. OECD:US-NCP:2015:US-41-FS, S. 10 f.

3055 UmVerf-Ko 2023, Rn. 49; *Japanische NKS*, Case-Handling Procedures (2025), S. 6; *Schweizer NKS*, Verfahrensanleitung (2024), S. 7.

on mit einem Rechtsbeistand oder Berater ist hiervon ausgenommen.³⁰⁵⁶ Können die Parteien ihre Streitfrage durch eine Einigung lösen, sollten sie in ihrer Einigung deren Vertraulichkeit regeln.³⁰⁵⁷

Da die Missachtung von Verschwiegenheitspflichten das gegenseitige Vertrauen der Parteien massiv schädigen kann, bejahen einige NKSen ein treuwidriges Verhalten und sanktionieren es erforderlichenfalls mit dem Abbruch des spA-Verfahrens.³⁰⁵⁸ Hier zeigt sich in besonderem Maße, dass ein spA-Verfahren kein gerichtliches oder quasi-gerichtliches Verfahren ist, sondern primär auf eine Einigung der Parteien zielt (vgl. Art. I-C-3 lit. d), I-C-4 lit. b), c) Verfahrensregelungen 2023). Vergleichbar damit ist die Vertraulichkeit von Schlichtungsverfahren (*conciliation*)³⁰⁵⁹ und insbesondere der Vergleichsverhandlungen (*friendly settlement*) im Rahmen eines Verfahrens vor dem EGMR (Art. 39 Abs. 2 EMRK). Eine Vertraulichkeitsverletzung kann auch vor diesem Forum als Verfahrensmissbrauch (Art. 35 Abs. 3 lit. a) Var. 3 EMRK) gewertet werden und zur Unzulässigkeit der Beschwerde führen.³⁰⁶⁰ Ziel der Regelungen der EMRK ist es ebenfalls, eine Einigung zwischen den Parteien zu erleichtern und sie, wie auch den Gerichtshof selbst, vor unerwünschtem Druck von außen zu schützen.³⁰⁶¹ Es ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, ob ein Abbruch des Verfahrens tatsächlich gerechtfertigt ist. Andere NKSen bevorzugen es, bei einem Vertraulichkeitsbruch lediglich einen Tadel aussprechen.³⁰⁶²

NKSen sind wegen des Effektivitätskriteriums der Vorhersehbarkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 6 Verfahrensregelungen 2023) zudem gehalten, ihre Erwartungen an die von den Parteien zu wahrende Vertraulichkeit klar zu kommunizieren.³⁰⁶³ Um die Einhaltung dieser Verschwiegenheits-

3056 UmVerf-Ko 2023, Rn. 49.

3057 UmVerf-Ko 2023, Rn. 42; vgl. Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023.

3058 Kanadische NKS, Specific Instance Procedures (2022), Rn. 9.2; Brasilianische NKS, Procedure Manual for Specific Instances (2024), Rn. 9.4.2; Deutsche NKS, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 25; Schweizer NKS, Verfahrensanleitung (2024), S. 7; OECD, Confidentiality and Campaigning Guide (2019), S. 12 und Anhang B nennt weitere NKSen.

3059 Vgl. Kapitel 9 A. II.

3060 EGMR, Judgment (15. Dezember 2022), Az. 35511/20, Rn. 77 — Martiri ./ San Marino; EGMR, Judgment (12. Dezember 2023), Az. 25852/18, Rn. 26 — Deliktaş ./ Türkiye.

3061 EGMR, Judgment (15. Dezember 2022), Az. 35511/20, Rn. 78 — Martiri ./ San Marino; EGMR, Judgment (12. Dezember 2023), Az. 25852/18, Rn. 27 — Deliktaş ./ Türkiye.

3062 OECD, Confidentiality and Campaigning Guide (2019), S. 12.

3063 UmVerf-Ko 2023, Rn. 10 lit. f), 18.

pfllichten sicherzustellen, können NKSen die Parteien Vertraulichkeitsvereinbarungen unterzeichnen lassen.³⁰⁶⁴ Erklärt sich der Beschwerdeführer nicht mit einer Vertraulichkeitsvereinbarung einverstanden, weil er seine Medienkampagne gegen den Beschwerdegegner fortsetzen will, kann eine NKS dies als Weigerung, sich am Verfahren zu beteiligen, deuten und im Einklang mit Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 ihre Vermittlungsdienste einstellen und zur Veröffentlichung einer Abschlusserklärung übergehen.³⁰⁶⁵

2. Öffentlichkeitswirksame Kampagnen

Für öffentlichkeitswirksame Kampagnen gilt im Ausgangspunkt das Gleiche wie für Vertraulichkeitsverletzungen: Es handelt sich um ein praktisch sehr relevantes und zugleich mit Unsicherheit behaftetes Gebiet, das die OECD zur Erarbeitung der bereits im Zusammenhang mit Vertraulichkeitsverletzungen angesprochenen Handreichung veranlasst hat. Eine kohärente Entscheidungspraxis ist (noch) nicht ersichtlich. Öffentlichkeitswirksame Kampagnen werden in den Umsetzungsverfahren der Leitsätze (anders als Vertraulichkeitsverletzungen) nicht explizit angesprochen oder reguliert.³⁰⁶⁶

Kampagnen könnten beispielsweise Boykottaufrufe zum Gegenstand haben; zu den Adressaten einer Botschaft können neben der allgemeinen Öffentlichkeit auch Investoren des Unternehmens oder politische Entscheidungsträger zählen.³⁰⁶⁷ Grundsätzlich sollten NKSen eine Beschwerde nicht deshalb abweisen, weil sie hinter ihr eine politische Motivation vermuten.³⁰⁶⁸ Die tatsächliche Motivation hinter einer Beschwerde festzustellen, ist kaum möglich und riskiert, die Grenzen einer unparteiischen Behandlung der Beschwerde (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 5 Var. 1 Verfahrensregelungen 2023) zu überschreiten.³⁰⁶⁹ In diesem Sinne hat beispielsweise auch der IGH deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er sich nicht mit

3064 UmVerf-Ko 2023, Rn. 49; *Kanadische NKS*, Specific Instance Procedures (2022), Rn. 5.5.

3065 OECD:IT-NCP:2017:IT-9-FS, Rn. 40 ff.

3066 OECD, Confidentiality and Campaigning Guide (2019), S. 4 f. UmVerf-Ko 2023, Rn. 26 betrifft nur die verzerrte Darstellung des Verfahrens in der Öffentlichkeit.

3067 OECD, Confidentiality and Campaigning Guide (2019), S. 5.

3068 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 12.

3069 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 12.

politischen Hintergründen einer Klage befasst.³⁰⁷⁰ Der EGMR formuliert noch entschiedener, dass es keinen Verfahrensmissbrauch darstelle, wenn eine Beschwerde vom Wunsch nach öffentlicher Aufmerksamkeit getragen werde.³⁰⁷¹ Auch der Menschenrechtsausschuss zeigt sich Argumenten gegenüber, dass eine öffentlichkeitswirksame Beschwerde einen Verfahrensmissbrauch darstelle, eher verschlossen.³⁰⁷²

Kampagnen treten häufig gemeinsam mit der Verletzung von Verschwiegenheitspflichten auf. Die Verbindung beider Fallgruppen ist jedoch nicht zwingend. Insbesondere ist zu erwägen, ob eine Kampagne trotz Einhaltung aller Vertraulichkeitsregelungen für sich betrachtet als treuwidriges Verhalten einzustufen ist. Der destruktive Charakter einer Kampagne ist eine nicht zu unterschätzende Gefahr für die konsensuale Natur eines spA-Verfahrens.³⁰⁷³ So könnte ein Beschwerdegegner, der sich einer öffentlichkeitswirksamen Kampagne ausgesetzt sieht, weniger Bereitschaft zeigen, sich auf ein Vermittlungsverfahren vor einer NKS einzulassen.³⁰⁷⁴ Regelmäßig wird er die Kampagne als unzulässiges Mittel empfinden, Druck auf ihn aufzubauen.³⁰⁷⁵ Die öffentlichkeitswirksame Ankündigung der Beschwerdeeinreichung allein kann die Chancen einer erfolgreichen Vermittlung durch die NKS verringern.³⁰⁷⁶ Aus Sicht von Beschwerdeführern ist eine Kampagne hingegen ein probates Mittel, um

3070 *IGH*, Judgment (20. Dezember 1988), ICJ Reports 1988, 69 (Rn. 52) — „Border and Transborder Armed Actions“ (Nicaragua ./ Honduras), Jurisdiction and Admissibility; *IGH*, Judgment (3. Februar 2021), ICJ Reports 2021, 9 (Rn. 95) — „1955 Treaty of Amity“ (Iran ./ USA), Preliminary Objections.

3071 *EGMR*, Decision (22. Mai 2007), Az. 9103/04, S. 24 — Georgian Labour Party ./ Georgia, Admissibility; *EGMR*, Judgment (15. Dezember 2022), Az. 35511/20, Rn. 76 — Martiri ./ San Marino.

3072 Vgl. *Menschenrechtsausschuss*, Decision (7. November 1988), Az. 164/1984, Rn. 5.3, 6.4 — Croes ./ Netherlands; vgl. *Zwart*, Admissibility of Human Rights Petitions (1994), S. 158.

3073 *Deutsche NKS*, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 25; *Niederländische NKS*, Specific Instance Procedure (2024), S. 6 f.; *OECD*, Confidentiality and Campaigning Guide (2019), S. 11; vgl. *BIACs* Stellungnahme in: *OECD*, Confidentiality and Campaigning Guide (2019), S. 21.

3074 Vgl. die Reaktion des Beschwerdegegners in: *OECD:US-NCP:2015:US-40-FS*, S. 4, 8, 10.

3075 Vgl. *OECD:US-NCP:2015:US-40-FS*, S. 4, 8; vgl. *OECD*, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 46.

3076 *OECD:US-NCP:2022:US-51-FS*.

bestehende Machtgefälle auszugleichen.³⁰⁷⁷ In diesem Sinne ist die Kampagne einer Nichtregierungsorganisation mit dem Arbeitskampf einer Gewerkschaft vergleichbar, der das Machtgefälle zum Unternehmen ebenfalls nivelliert.³⁰⁷⁸ Schon aus Gründen der Ausgewogenheit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 5 Var. 2 Verfahrensregelungen 2023) kann sich eine Kampagne deshalb als zulässig erweisen.

Unternehmen *beide* Parteien Schritte, die Gegenseite öffentlich in Misskredit oder zum Schweigen zu bringen, ist eine Bejahung treuwidrigen Verhaltens wegen einer öffentlichkeitswirksamen Kampagne ebenfalls nicht angezeigt;³⁰⁷⁹ treuwidriges Verhalten kommt in einer derartigen Situation meines Erachtens jedoch in Betracht, wenn der zur Schau gestellte Antagonismus beider Parteien auf eine fehlende Kompromissbereitschaft schließen lässt. Die Kampagne bildet in dieser Situation indes nicht den Grund für die Bejahung der Treuwidrigkeit, sondern ist lediglich der Ausdruck eines treuwidrigen Antagonismus zwischen den Parteien.

Für sich betrachtet genügt die Tatsache allein, dass zwischen beiden Parteien ein öffentlicher Streit besteht, nicht für die Verneinung der Annahmefähigkeit der Beschwerde.³⁰⁸⁰ Auch Drohschreiben des Beschwerdeführers an Vertragspartner des Beschwerdegegners, spA-Verfahren gegen sie wegen ihrer Beziehung zum Beschwerdegegner einzuleiten, wurden nicht als Grund für einen Verfahrensabbruch gesehen.³⁰⁸¹ NKSen können Beschwerdeführer jedoch wegen ihrer Kampagne tadeln.³⁰⁸² Manche NKSen raten Beschwerdeführern von Kampagnen (mehr oder weniger eindringlich) ab³⁰⁸³ und behalten sich „geeignete Maßnahmen“³⁰⁸⁴ vor. Sinnvoll ist es, wenn sich die Parteien zu Beginn des Verfahrens über ihre Erwartungen

3077 Vgl. TUACs Stellungnahme in: *OECD, Confidentiality and Campaigning Guide* (2019), S. 20; vgl. die Stellungnahme OECD Watchs in: *OECD, Confidentiality and Campaigning Guide* (2019), S. 23.

3078 Vgl. *Khoury/Whyte*, *Journal of Human Rights* 18 (2019), 363 (377).

3079 Vgl. OECD:BR-NCP:2022:BR-39-FS, Rn. 18 ff., 51 ff.: Die NKS betrachtet das beiderseitig eskalierende Vorverhalten der Parteien nicht unter dem Blickwinkel der Treuwidrigkeit, sondern hält fest, dass es beiden Seiten schade und die NKS beide Parteien einer Lösung näherbringen könne.

3080 OECD:US-NCP:2015:US-40-FS, S. 10.

3081 OECD:US-NCP:2015:US-41-FS, S. 5 f., 10 f.

3082 OECD:FR-NCP:2013:FR-16-FS, S. 2, 4; OECD:DE-NCP:2017:DE-25-FS, S. 4.

3083 *Brasilianische NKS*, *Procedure Manual for Specific Instances* (2024), Rn. 9.4.2; *Deutsche NKS*, *Verfahrensleitfaden* (2024), Rn. 25; *Niederländische NKS*, *Specific Instance Procedure* (2024), S. 6 f.

3084 *Deutsche NKS*, *Verfahrensleitfaden* (2024), Rn. 25.

an den Umgang mit Medien austauschen.³⁰⁸⁵ Möglicherweise erklärt sich ein Beschwerdeführer auch auf Bitten des Beschwerdegegners bereit, seine Kampagne zumindest während der Zeit der Vermittlungsgespräche einzustellen.³⁰⁸⁶ Im Einklang mit den Kommentierungen der Umsetzungsverfahren wird die Schwelle zum treuwidrigen Verhalten jedenfalls dort überschritten sein, wo das spA-Verfahren und die Streitfragen in öffentlichen Verlautbarungen verzerrend dargestellt werden.³⁰⁸⁷ Klare Bewertungsmaßstäbe sind weder im Fallmaterial der NKSen noch in ihren Verfahrensleitfäden ersichtlich. Eine kohärente Entscheidungspraxis ist nicht entstanden. Tendenziell zeigen sich NKSen jedoch zurückhaltend, ein Verfahren wegen öffentlichkeitswirksamer Kampagnen abubrechen oder eine Beschwerde abzulehnen.

3. Beleidigungen, Bedrohungen und Repressalien

Dass Beleidigungen oder Bedrohungen vom Beschwerdeführer ausgehen und seine Beschwerdeeinreichung deshalb treuwidrig erscheinen lassen, ist selten. Die Zahl der einschlägigen Fälle ist begrenzt. Zu erwähnen ist ein Verfahren vor der US-amerikanischen NKS. Es wurde von ungarischen Beschwerdeführern gegen vier Unternehmen wegen einer behaupteten Missachtung von Umweltstandards angestrengt.³⁰⁸⁸ Parallel zum spA-Verfahren der US-NKS versandten die Beschwerdeführer mehrfach Schreiben an die Beschwerdegegner, in denen sie die Rücknahme der Beschwerde gegen Zahlung einer Entschädigung in mehrfacher Millionenhöhe in Aussicht stellten. Gleichzeitig verdeutlichten sie, dass sie jegliche Information, die sie im spA-Verfahren vom Beschwerdegegner erhalten würden, in einem späteren Gerichtsverfahren nutzen würden. Auch nach Ermahnung durch die NKS setzten sie den Versand der Schreiben fort. Nachdem ihr Verhalten in täglichen E-Mail-Nachrichten vergleichbaren Inhalts an die NKS und die Beschwerdegegner gipfelte, stellte die US-amerikanische NKS das Verfahren wegen eines fehlenden Effektivitätsbeitrags ein.

3085 Kanadische NKS, Specific Instance Procedures (2022), Rn. 5.5.

3086 Vgl. OECD:BR-NCP:2022:BR-39-FS, Rn. 94 ff.

3087 So ausdrücklich UmVerf-Ko 2023, Rn. 26.

3088 Hier und im Folgenden: OECD:US-NCP:2012:US-29-IA(MNE1); OECD:US-NCP:2012:US-29-IA(MNE2); OECD:US-NCP:2012:US-29-IA(MNE3); OECD:US-NCP:2012:US-29-IA(MNE4). Die US-NKS veröffentlichte für jeden der vier Beschwerdegegner eine getrennte, aber inhaltlich weitgehend identische Erklärung.

Der Fall der US-NKS bildet einen spannenden Kontrast zu einem Fall der französischen NKS. Nachdem die Beschwerdeführer dort um Einstellung des Verfahrens baten und in einer Pressemitteilung die NKS scharf kritisierten, veröffentlichte die NKS eine Mitteilung, in der sie die medialen Äußerungen als „diffamierend“ einstufte und die Fortführung des Verfahrens gegen den Willen der Beschwerdeführer ankündigte.³⁰⁸⁹ Anders als die US-amerikanische NKS stellte sie das Verfahren also nicht ein, sondern maßregelte die Beschwerdeführer mit der Fortführung des Verfahrens gegen ihren Willen.

Da die Zahl der einschlägigen Fälle begrenzt ist, wird man nicht von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen können. Die Fälle der US- und der FR-NKS verdeutlichen jedoch, dass beleidigendes und bedrohendes Verhalten treuwidrig ist und Konsequenzen (welcher Art auch immer) nach sich ziehen kann.

4. Keine zeitnahe Beteiligung

Eine redliche Beteiligung an einem spA-Verfahren setzt voraus, zeitnah mit der NKS und der Gegenseite zu interagieren.³⁰⁹⁰ Meines Erachtens fällt hierunter bereits die verspätete Einreichung einer Beschwerde (siehe oben B. V. 2. b)). Blickt man auf das Fallmaterial, kann eine verzögerte oder stockende Interaktion des Beschwerdeführers zur Ablehnung der Beschwerde bzw. einem Verfahrensabbruch³⁰⁹¹ führen, die Präklusion verspätet eingereichter Dokumente³⁰⁹² zur Folge haben oder wenigstens einen Tadel³⁰⁹³ nach sich ziehen. Auch insofern wird man mangels ausreichenden Fallmaterials (noch) nicht von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen können; es zeichnet sich aber ab, dass eine nachlässig-säumige Interaktion mit der NKS nicht folgenlos bleiben wird.

3089 OECD:FR-NCP:2019:FR-26-IS2.

3090 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26 und siehe Fußnote 3038.

3091 OECD:PE-NCP:2019:PE-6-FS, Rn. V.4 f.; OECD:CL-NCP:2023:CL-23-IA, Rn. 21 ff.

3092 OECD:UK-NCP:2016:UK-48-IA, Rn. 30 ff.

3093 Vgl. OECD:NO-NCP:2022:NO-17-FS, S. 6.

5. Keine aufrichtige Beteiligung

Zum redlichen Verhalten gehört die aufrichtige Beteiligung am Verfahren (*genuinely engaging*).³⁰⁹⁴ An einer aufrichtigen Beteiligung fehlt es, wenn der Beschwerdeführer keinerlei Kompromissbereitschaft zeigt (a)), also ein Vermittlungsangebot der NKS nicht ernsthaft in Betracht zieht.³⁰⁹⁵ Auch eine subtilere Verfahrensobstruktion kann treuwidrig sein.³⁰⁹⁶ Schwieriger zu beurteilen ist der Umgang mit strategischen Beschwerden. Beschwerdeführer können die Zuständigkeitsregelungen der NKS nämlich zu ihren Gunsten ausnutzen oder manipulieren (*forum shopping*, b)). Beschwerdeführer können sich außerdem aus sachfremden Gründen dafür entscheiden, ein bestimmtes Unternehmen auszusondern, obwohl eine Beschwerde auch gegen andere Unternehmen in Betracht kommt (c)). Meines Erachtens sind die letzten beiden Fallgruppen (anders als die erste) nicht anzuerkennen; zumindest sollte man hohe Hürden aufstellen, damit ein treuwidriges Verhalten bejaht werden kann.

a) Fehlende Kompromissbereitschaft

Die Verfahrensparteien müssen sich aufrichtig in das spA-Verfahren einbringen und das Vermittlungsangebot einer NKS ernsthaft in Betracht ziehen.³⁰⁹⁷ Das NKS-Fallmaterial zeigt, dass eine fehlende Kompromissbereitschaft des Beschwerdeführers zur Ablehnung der Beschwerde oder der Beendigung des Verfahrens führen kann.³⁰⁹⁸ Nachvollziehbar ist beispielsweise eine Entscheidung der australischen NKS, in der die Beschwerdeführer deutlich zum Ausdruck brachten, dass sie keinerlei Interesse an

3094 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26.

3095 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26.

3096 OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S.12 ff.: In diesem Verfahren forderte der Beschwerdegegner ein Gutachten zur Rechtslage nach innerstaatlichem Recht, wollte sich aber – anders als die NKS – nicht substanziell an den Kosten des Gutachtens beteiligen. Darüber hinaus mandatierte er externe Anwälte, stellte einen Befangenheitsantrag gegen ein NKS-Mitglied und bestand auf einem externen Mediator. In einem Vermittlungsverfahren ist es treuwidrig, auf diesen Verfahrensrechten zu beharren und den Prozess derartig zu verlangsamen und zu juridifizieren.

3097 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26 und siehe Fußnote 3038.

3098 OECD:AU-NCP:2013:AU-5-IA, Rn. 8.1; OECD:BE-NCP:2019:BE-20-IA, S. 7; vgl. OECD:IT-NCP:2015:IT-7-IA, S. 5; vgl. OECD:IT-NCP:2016:IT-8-IA, Rn. 15; vgl. OECD:IT-NCP:2016:IT-15-IA, Rn. 20; vgl. OECD:IT-NCP:2016:IT-16-IA, Rn. 20; vgl. OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 13.

einem Vermittlungsverfahren hätten „*that carries with it even the remotest possibility of accommodation*“ zwischen den Parteien.³⁰⁹⁹ Kritischer zu würdigen,³¹⁰⁰ aber vertretbar, ist eine Entscheidung der italienischen NKS, ein Verfahren abzulehnen, weil sich beide Parteien bereits seit einem Jahrzehnt medial und gerichtlich befehdeten.³¹⁰¹ Anders entschied die NO-NKS. Sie nahm eine Beschwerde zur vertieften Prüfung an, obwohl der Beschwerdeführer jeglichen Dialog mit dem Beschwerdegegner ablehnte, sich aber immerhin bereit erklärte, mit der NKS zu interagieren.³¹⁰² Betrachtet man das Fallmaterial, wird man festhalten können, dass die fehlende Kompromissbereitschaft des Beschwerdeführers den Abbruch des Verfahrens oder die Ablehnung der Beschwerde unter Umständen rechtfertigen kann. Da die NKSen ihre Entscheidungen in diesem Punkt nicht rezipieren, kann man aber nicht von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen. Das Fallmaterial bietet außerdem kaum Orientierung für die Frage, wann genau Umstände vorliegen, die einen Verfahrensabbruch oder die Ablehnung der Beschwerde rechtfertigen. Das wird sich darauf zurückführen lassen, dass NKSen ihr Mandat unterschiedlich interpretieren und mediative Elemente unterschiedlich stark betonen (Kapitel 6 C.).

Meines Erachtens sollte eine Verweigerungshaltung nicht leichtfertig angenommen werden. In Parallelität zur Fallgruppe des unerfüllbaren Begehrs (V. 1.) ist dem Beschwerdeführer eine Chance zur Revision seines unversöhnlichen Standpunkts einzuräumen, nachdem ihn die Kontaktstelle über ihr Mandatsverständnis aufgeklärt hat. Ein sachdienliches Erwartungsmanagement ist entscheidend: NKSen sollten den Beschwerdeführen darlegen, ob sie eine größere (wenn sie sich primär als Vermittlungsinstanz sehen) oder eine kleinere Kompromissbereitschaft (wenn sie sich primär als Abhilfemechanismus sehen) verlangen.

3099 OECD:AU-NCP:2013:AU-5-IA, Rn. 8.1 (von der NKS als Originalzitat der Beschwerdeführer wiedergegeben).

3100 Die nachfolgend angerufene BR-NKS widersprach der Einschätzung der IT-NKS (OECD:BR-NCP:2022:BR-39-FS, Rn. 51, 124: Nach langer Zeit ohne Gespräche zwischen den Parteien sei die Einschaltung einer neutralen dritten Instanz hilfreich), scheiterte im Ergebnis aber ebenfalls daran, einen hilfreichen Dialog zwischen den Parteien zu etablieren (vgl. OECD:BR-NCP:2022:BR-39-FS, Rn. 113 ff.).

3101 OECD:IT-NCP:2015:IT-7-IA.

3102 OECD:NO-NCP:2020:NO-17-IA, S. 9; OECD:NO-NCP:2022:NO-17-FS, S. 6.

b) Ausnutzen überlappender Zuständigkeiten

Das strategisch-manipulative Ausnutzen überlappender Zuständigkeiten durch Beschwerdeführer zu ihren Gunsten (im Folgenden auch: *forum shopping*) kann der Ausgewogenheit eines Verfahrens (etwa: höhere Kosten oder nachteiligere Regelungen zu Lasten des Beschwerdegegners) abträglich sein und einen geordneten Gang des Verfahrens sowie die Arbeitsteilung zwischen Foren stören.³¹⁰³ Auch von NKSen wird *forum shopping* als ernsthaftes Problem identifiziert.³¹⁰⁴ Da NKSen ihr Mandat unterschiedlich interpretieren (insbesondere: Möglichkeit einer Feststellung; Umgang mit Parallelverfahren; Beweisstandard; Vertraulichkeitsregelungen) und über eine unterschiedlich gute Ressourcenausstattung verfügen (insbesondere relevant für die Sachverhaltsaufklärung), beeinflusst die Identität der angerufenen NKS unmittelbar die Erfolgsaussichten eines Verfahrens.³¹⁰⁵

aa) Überlappende Zuständigkeiten

Unter Verweis auf die in Kapitel 6 A. umfassend dargestellten Zuständigkeitsregelungen möchte ich zwei Konstellationen vorstellen, in denen überlappende Zuständigkeiten zwischen NKSen bestehen. Primär ist die gaststaatliche NKS zuständig.³¹⁰⁶ Die gaststaatliche NKS ist die NKS, bei der der *locus* der Streitfrage liegt. Der Begriff der Streitfrage ist flexibel. Ein Beschwerdeführer kann die Streitfrage beispielsweise so formulieren, dass sie eine konkrete negative Auswirkung (etwa eine Umweltverschmutzung) im Gaststaat A betrifft. Er kann aber auch versuchen, die Streitfrage auf die unternehmerische Entscheidung am Hauptsitz des Beschwerdegegners (in Heimatstaat B), die zu dieser negativen Auswirkung geführt hat, zuzuspitzen. In diesem ersten Fall kann der Beschwerdeführer die (eigentlich) nachrangig zuständige heimatstaatliche NKS (NKS B) anrufen. In einem als Multi-Entitäten-Geflecht verfassten MNU können Beschwerdeführer zweitens zwischen den heimatstaatlichen NKSen einzelner MNU-Entitäten wählen. Besonders akut ist dieses Problem, wenn ein Unternehmen über hunderte Investoren unterschiedlicher Nationalitäten verfügt; hier kann die Heimat-NKS jedes Investors angerufen werden.

3103 Salles, *Forum Shopping in International Adjudication* (2014), S. 30 f., 35 ff.

3104 OECD, *Coordination Guide* (2019), S. 5; OECD, *Stocktaking Report* (2022), S. 71, 76 ff.

3105 Vgl. OECD, *Stocktaking Report* (2022), S. 77 f.

3106 UmVerf-Ko 2023, Rn. 30.

Insbesondere die niederländische NKS zeigt sich offen gegenüber solchen Prozessstrategien der Beschwerdeführer. Augenfällig war dies insbesondere im *Uber*-Fall, der den Umgang des Fahrdienstvermittlers mit den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf die *Uber*-Fahrer betraf.³¹⁰⁷ Das Unternehmen bestritt die Zuständigkeit der niederländischen NKS mit dem Argument, dass es ein Unternehmen mit Hauptsitz in den USA sei, das alle weitreichenden und für die Streitfrage relevanten Entscheidungen in San Francisco treffe.³¹⁰⁸ Die niederländische NKS wies dieses Argument zurück: Da Vertragspartner der *Uber*-Fahrer eine niederländische Gesellschaft sei und in einer Rechtswahlklausel niederländisches Recht zur Anwendung berufen werde, bestehe ein hinreichender Bezug zur NL-NKS.³¹⁰⁹ Die Tatsache, dass die Beschäftigten der niederländischen *Uber*-Gesellschaft unter Aufsicht der amerikanischen *Uber*-Obergesellschaft agierten, ändere daran nichts.³¹¹⁰ Die NL-NKS hielt lediglich fest, dass die US-NKS parallel zuständig gewesen sei.³¹¹¹ In einem der IKEA-Fälle, der die Schließung eines Werks in den USA zum Gegenstand hatte, bejahte die NL-NKS ebenfalls ihre Zuständigkeit.³¹¹² Intuitiver wäre hingegen die gaststaatliche Zuständigkeit der US-NKS (wegen der Werksschließung) oder der schwedischen NKS (wegen der Entscheidung zur Werksschließung durch eine schwedische IKEA-Gesellschaft) gewesen.³¹¹³ Hier berief sich die NL-NKS darauf, dass der Vorstandsvorsitzende und der Finanzvorstand einer übergeordneten niederländischen IKEA-Gesellschaft Mitglieder im Verwaltungsrat der schwedischen Gesellschaft seien und die niederländische IKEA-Gesellschaft deshalb am Entscheidungsprozess bezüglich der Werksschließung beteiligt gewesen sei.³¹¹⁴

bb) Reaktion der NKSen

Es lassen sich nur sehr wenige Fälle finden, in denen sich NKSen explizit oder andeutungsweise mit dem Vorwurf treuwidrigen Verhaltens der

3107 OECD:NL-NCP:2022:NL-48-IA, S. 4.

3108 OECD:NL-NCP:2022:NL-48-IA, S. 5.

3109 OECD:NL-NCP:2022:NL-48-IA, S. 8.

3110 OECD:NL-NCP:2022:NL-48-IA, S. 8.

3111 OECD:NL-NCP:2022:NL-48-IA, S. 8.

3112 Vgl. OECD:NL-NCP:2021:NL-44-IA, S. 2 ff.

3113 Vgl. OECD:NL-NCP:2021:NL-44-IA, S. 2 ff.

3114 OECD:NL-NCP:2021:NL-44-IA, S. 7.

Beschwerdeführer wegen *forum shoppings* auseinandergesetzt haben. Die meisten Fälle reichen nicht über missbilligende Bemerkungen hinaus. Die britische NKS hielt 2014 in einem *obiter dictum* fest, dass die Entscheidung der Beschwerdeführer, ein *spA*-Verfahren zu initiieren, nicht auf einer unangebrachten Erwartungshaltung gegenüber einer individuellen NKS beruhen dürfe.³¹¹⁵ In einem der Fälle der *Bralima*-Entscheidungsreihe, in der die Beschwerdegegner sukzessive mehrere NKSen in Bezug auf unterschiedliche Entitäten in der Wertschöpfungskette eines MNU erfolglos anriefen, wies die US-NKS die Beschwerde wegen Vorbefassung ab.³¹¹⁶ Allerdings leitete sie ihre Abwägungen mit der tadelnden Bemerkung ein, dass „*this seems to be a case of the submitters seeking an alternative venue following unwelcome decisions from one forum.*“³¹¹⁷

Die bislang einzige explizite Auseinandersetzung findet sich im Verfahren vor der norwegischen Kontaktstelle gegen NBIM, der Verwaltungsgesellschaft des norwegischen Staatsfonds. Die Beschwerdeführer wollten die Sorgfaltsmaßnahmen NBIMs in Bezug auf ihre Investition in *McDonald's* überprüfen lassen.³¹¹⁸ Parallel dazu hatten die Beschwerdeführer ein Verfahren vor der NL-NKS in Bezug auf einen niederländischen Investor von *McDonald's* angestrengt.³¹¹⁹ NBIM erhob mehrere verfahrensbezogene Einwände. Unter anderem machte sie geltend, dass ein Verfahren vor der NO-NKS nicht zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze beitrage.³¹²⁰ Die Beschwerdeführer hätten unter den zahlreichen Investoren von *McDonald's* und den in Betracht kommenden NKSen die NO-NKS und NBIM ausgewählt, weil dies die größten Erfolgsaussichten verspreche.³¹²¹ Die NO-NKS bejahte im Ergebnis ihre Zuständigkeit.³¹²² Allerdings setzte sie sich mit NBIMs Einwänden auseinander: Sie sei sich der Gefahr des *forum shoppings* bewusst. Da es jedoch schwer sei, Beweggründe von Beschwerdeführern zu erforschen, und die Beschwerdeführer sachliche Gründe für die Anrufung der NO-NKS vorgetragen hätten, sei die Beschwerde nicht treuwidrig.³¹²³ Im Verfahren der parallel zur NO-NKS angerufenen

3115 OECD:UK-NCP:2014:UK-41-IA, Rn. 41.

3116 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA.

3117 OECD:US-NCP:2022:US-53-IA.

3118 OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 2.

3119 OECD:NL-NCP:2021:NL-42-IA.

3120 OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 5.

3121 OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 15.

3122 OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 6 f.

3123 OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 15.

NL-NKS kam das Problem des *forum shoppings* nicht zur Sprache.³¹²⁴ Sowohl die NO-NKS als auch die NL-NKS widersetzten sich der Strategie der Beschwerdeführer aber zumindest teilweise: Obwohl die Beschwerdeführer eine Involvierung der US-NKS in Bezug auf *McDonald's* selbst vermeiden wollten, legten die betroffenen drei NKSen (NL-NKS, NO-NKS, US-NKS) in einem Abspracheverfahren (Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023) genau dies fest: Der US-NKS wurde die Zuständigkeit für die Teile der Beschwerde zugewiesen, die unmittelbar *McDonald's* betrafen.³¹²⁵

Angesichts der noch geringen Zahl der Fälle lässt sich noch nicht von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen. Festzuhalten ist jedoch die Tendenz, dass sich NKSen der Gefahr des *forum shoppings* bewusst sind und entsprechende Prozessstrategien missbilligen. Solche Prozessstrategien überschreiten jedoch grundsätzlich nicht die Schwelle zur Treuwidrigkeit und rechtfertigen nicht die Ablehnung der Beschwerde. Es ist nicht verwerflich, Zugang zu einem Forum zu suchen, das aus Sicht der Beschwerdeführer die größten Chancen auf Erfolg verspricht.³¹²⁶ Ich halte es auch nicht für treuwidrig, wenn sich Beschwerdeführer die Eigenschaft eines Beschwerdegegners als Multi-Entitäten-Geflecht zu Nutze machen. Sie nutzen hier Unternehmensstrukturen aus, die das Ergebnis autonomer Entscheidungen des Beschwerdegegners sind. Hierin liegt ein entscheidender Unterschied zu der von Investor-Staat-Schiedsgerichten als Verfahrensmisbrauch anerkannten Fallgruppe der Unternehmensumstrukturierung.³¹²⁷ In derartigen Fällen ist es das Verhalten des Beschwerdeführers, das ihm selbst Zugang zu einem Forum ermöglichen soll. Bei spA-Verfahren ziehen Beschwerdeführer hingegen Konsequenzen aus der Unternehmensorganisation, die das Ergebnis der autonomen Entscheidung des MNU ist.

Ausgehend von der Entscheidung der norwegischen Kontaktstelle käme eine Zurückweisung allenfalls in Betracht, wenn ein Beschwerdeführer sein Vorgehen nicht ausreichend begründen kann. Welche Gründe anzuerkennen sind, bleibt allerdings im Unklaren. Meines Erachtens bieten die Effektivitätskriterien (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 1 bis 7 Verfahrensregelungen 2023)

3124 Vgl. OECD:NL-NCP:2021:NL-42-IA.

3125 OECD:US-NCP:2022:US-51-FS.

3126 Gaillard, ICSID Review 32 (2017), 17 (22).

3127 ICSID, Award (10. Juni 2010), Az. ARB/07/27, Rn. 167 ff. — Mobil Corporation, Venezuela Holdings B.V. ./, Venezuela, Jurisdiction; PCA, Award (17. Dezember 2015), Az. 2012–12, Rn. 535 ff. — Philip Morris Asia Ltd. ./, Australia, Jurisdiction and Admissibility.

eine erste Orientierung: Kann der Beschwerdeführer glaubhaft machen, dass eine parallel zuständige NKS seine Beschwerde nicht im Einklang mit diesen Kriterien behandeln würde, kann er seine Prozessstrategie eindeutig ausreichend begründen. TUAC nennt als Gründe beispielsweise unterschiedliche Fähigkeiten und Einflussmöglichkeiten der NKSen und das fehlende Vertrauen eines gewerkschaftlichen Beschwerdeführers in die NKS eines Staats, der Gewerkschaften unterdrückt.³¹²⁸ Für Extremfälle wird sich das mit der 2023er Überarbeitung aufgewertete Abspracheverfahren zwischen NKSen (Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023) als probates Mittel für NKSen erweisen, einer manipulativen Ausnutzung überlappender Zuständigkeiten entgegenzutreten.

c) Ungerechtfertigte Aussonderung

Im soeben erwähnten Verfahren der norwegischen NKS gegen NBIM klingt ein weiterer Kritikpunkt NBIMs durch. Es geht um den Fall, in dem ein Beschwerdeführer nur gegen ein bestimmtes Unternehmen oder eine begrenzte Auswahl an Unternehmen vorgeht, obwohl die verfahrensgegenständlichen Missstände das Ergebnis eines branchenweiten Fehlverhaltens sind. Obwohl hier Beschwerdeverfahren gegen eine Vielzahl von Branchenvertretern angestrengt werden könnten, sondern die Beschwerdeführer ein einziges (oder wenige) Unternehmen aus. Das ausgesonderte Unternehmen wird sich im Branchenvergleich ungerechtfertigterweise an den Pranger gestellt sehen.³¹²⁹

Im NBIM-Fall ist beispielsweise zu bedenken, dass *McDonald's* über knapp fünf Millionen Anteilseigner³¹³⁰ verfügt und weder NBIM noch der niederländische Investor zu den größten und einflussreichsten Investoren zählten.³¹³¹ NBIM brachte vor, von den Beschwerdeführern einzig deshalb herausgegriffen worden zu sein, weil ein entsprechendes Verfahren am

3128 Zitiert nach: OECD, Coordination Guide (2019), S. 25.

3129 OECD:NO-NCP:2012:NO-8-IA, S.2: Die Beschwerdegegner bemängelten den „one-dimensional focus“, der auf sie gelegt werde. OECD:UK-NCP:2016:UK-47-IA, Rn. 34: Die UK-NKS hielt fest: „*This complaint is made on the pretext of a specific incident and link to the company [...].*“ OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 15: „NBIM [= Beschwerdegegner] notes that they are the only two of many OECD-based, institutional investors in McDonald's that are being singled out [...].“

3130 *McDonald's Corporation*, Form 10-K (2024 Annual Report) (2025), S. 27.

3131 Vgl. die Aktionariatszusammensetzung im ungefähren Zeitpunkt der Beschwerde: *McDonald's Corporation*, Proxy Statement (2020), S. 78; OECD:NO-

aussichtsreichsten sei.³¹³² Die NO-NKS würdigte diesen Einwand nicht gesondert vom Vorwurf des *forum shoppings* und verwies nur darauf, dass die Beschwerdeführer ihr Vorgehen hinreichend begründet hätten.³¹³³ Die bislang stärkste Form der Missbilligung geht von der britischen NKS aus. In einem Verfahren gegen ein Unternehmen der Verteidigungsbranche, das den Beschwerdeführern zufolge Waffen an Saudi-Arabien geliefert hatte,³¹³⁴ ordnete sie das Verfahren gegen den Beschwerdegegner in einem *obiter dictum* als einen Vorwand (*pretext*) ein:

„This complaint is made on the pretext of a specific incident and link to the company, but also includes general allegations about a supply to a government accused of human rights abuses. The company named will be one of numerous companies in Guidelines adhering countries that has a business relationship with that government. [...] it is arguable that it does not serve the purpose and effectiveness of the Guidelines – or the interests of fairness – to oblige a particular enterprise to account for activities that other enterprises also undertake on the pretext of a specific link that cannot be verified.“³¹³⁵

Im Ergebnis lehnte die UK-NKS den Fall zwar ab; hierfür waren aber vor allem andere Gründe maßgeblich.³¹³⁶

Eine ungerechtfertigte Aussonderung könnte ein Beschwerdeverfahren dem Beschwerdegegner gegenüber unausgewogen erscheinen lassen.³¹³⁷ Mit einer ungerechtfertigten Aussonderung zeigt ein Beschwerdeführer außerdem potenziell, dass er nicht ernsthaft daran interessiert ist, an der Behebung eines Missstands zu arbeiten. Denn wenn die Behebung des Missstands nur möglich ist, wenn der Großteil der Vertreter einer Branche beteiligt wird, wird die Beschwerde gegen nur einen Branchenvertreter wenig bewirken. Der Beschwerdegegner kann nicht für die anderen Branchenvertreter verhandeln. Möchten die Beschwerdeführer während des Beschwerdeverfahrens tatsächlich über das branchenweite Problem verhan-

NCP:2021:NO-18-IA, S.10: NBIM als siebt- oder achtgrößter Investor; vgl. OECD:NL-NCP:2021:NL-42-IA, S. 7.

3132 OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 5, 15.

3133 OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 15.

3134 OECD:UK-NCP:2016:UK-47-IA, Rn. 14 ff.

3135 OECD:UK-NCP:2016:UK-47-IA, Rn. 34 f. (Formatierungsfehler des Originals korrigiert).

3136 OECD:UK-NCP:2016:UK-47-IA, Rn. 20 f., 28 ff.

3137 Vgl. Effektivitätskriterium Art. I-*Chapeau* S.2 Nr. 5 Verfahrensregelungen 2023; vgl. OECD:UK-NCP:2016:UK-47-IA, Rn. 35.

deln, wollen sie im Grunde genommen über eine *andere* Streitfrage (Verhalten aller Branchenvertreter) verhandeln, als die Streitfrage (Verhalten nur des Beschwerdegegners) vorgibt, die ihnen Zugang zur NKS verschafft hat.

Meines Erachtens sollte die Fallgruppe einer ungerechtfertigten Aussonderung dennoch nicht anerkannt werden. Das spärliche Fallmaterial der NKSen lässt keine kohärente Entscheidungspraxis erkennen. Zudem ist die Alternative einer unterschiedslosen Initiierung von Verfahren gegen mehrere Unternehmen einer Branche ohne Berücksichtigung ihrer Beziehung zu einem systemischen oder branchenweiten Missstand nicht möglich. Eine Annahmeveraussetzung verlangt schließlich, dass die Beschwerdeführer einen Zusammenhang zwischen der Streitfrage und der Geschäftstätigkeit des Beschwerdegegners nachweisen.³¹³⁸ Wenn keine hinreichende Beteiligung des Beschwerdegegners an einer negativen Auswirkung nachgewiesen werden kann, sind außerdem die Grenzen der exemplarischen Erörterung einer abstrakt-generellen Frage überschritten.³¹³⁹ Ist die Beschwerde also zu allgemein gehalten oder bezieht sich nur auf die Missstände einer Branche, ohne ein konkretes Unternehmen zu benennen, ist sie bereits aus diesen Gründen nicht annahmefähig.

Außerdem sind Beschwerdeführer schon aus Gründen der Praktikabilität gezwungen, eine repräsentative Auswahl zwischen verschiedenen Branchenvertretern zu treffen. Es ist legitim, dass Beschwerdeführer ihre Ressourcen bündeln und sich auf ein Beschwerdeverfahren gegen ein einzelnes Unternehmen konzentrieren, dem sie die meisten Erfolgschancen einräumen – sei es, weil der präsumtive Beschwerdegegner solchen Verfahren gegenüber besonders aufgeschlossen ist (die Verfahren gegen die beiden Investoren von *McDonald's* endeten beispielsweise beide Male mit einer Parteieinigung)³¹⁴⁰, sei es, weil die NKS ihr Mandat besonders robust interpretiert und das Vertrauen der Interessenträger genießt, sei es, weil die Beschwerdeführer die Beteiligung eines bestimmten Unternehmens am besten nachweisen können, sei es, weil sie glaubhaft machen können, nachfolgend weitere Verfahren gegen andere Branchenvertreter anzustrengen. Gerade in komplexen Situationen kann von einem Beschwerdeführer nicht erwartet werden, gleichzeitig gegen alle Beteiligten vorzugehen. Erst wenn es einem Beschwerdeführer nicht mehr gelingt, legitime Gründe für die Aussonde-

3138 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Nr. 4.

3139 Vgl. OECD:BR-NCP:2020:BR-37-FS, Rn. 7.3 ff.; vgl. OECD:BR-NCP:2020:BR-38-FS, Rn. 7.3 ff.

3140 OECD:NL-NCP:2022:NL-42-FS, Anhang; OECD:NO-NCP:2022:NO-18-FS, S. 4.

rung eines Beschwerdegegners vorzubringen, sollte die Zurückweisung der Beschwerde in Betracht kommen. Der Maßstab für eine Ablehnung sollte hoch liegen.

Schließlich darf nicht aus dem Blickfeld geraten, dass die Tatsache, dass an einem Missstand mehrere Unternehmen beteiligt sind, die individuelle Verantwortlichkeit eines Unternehmens nicht verringert. Sofern eine Beteiligung nach der Konzeption der Ls. II-A-12 f. Leitsätze 2023 besteht, ist es nicht überzeugend, ein Unternehmen unter Verweis auf die Mit-Verantwortung anderer Unternehmen vor einem spA-Verfahren vor einer NKS zu bewahren.

6. Zwischenfazit

Welche Verhaltensweisen im Allgemeinen als unredlich einzustufen sind, lässt sich bereits den Kommentierungen der Umsetzungsverfahren entnehmen.³¹⁴¹ Das Fallmaterial der NKSen widerspricht dem nicht. Hierzu zählen Vertraulichkeitsverletzungen, öffentlichkeitswirksame Kampagnen, Beleidigungen, Bedrohungen und Repressalien, eine nicht zeitnahe Beteiligung und eine unaufrichtige Beteiligung am Verfahren. Die ersten beiden Fallgruppen sind besonders praxisrelevant. Die Regelungsdichte zur Frage, welche Informationen zu welchem Zeitpunkt der Vertraulichkeit unterliegen, hat in den letzten Jahren zugenommen.

Das unredliche Verhalten des Beschwerdeführers ist anders zu sanktionieren als dasjenige des Beschwerdegegners; für letzteren wäre die Ablehnung der Beschwerde oder der Abbruch des Verfahrens regelmäßig keine Bestrafung. Auch ein unredliches Verhalten des Beschwerdeführers führt indes nicht automatisch zum Abbruch des Verfahrens oder der Ablehnung der Beschwerde. Das Fallmaterial zeigt, dass es sich hierbei um einen zweiten Prüfschritt handelt, bei dem NKSen flexibel-pragmatisch vorgehen, ohne eine einheitliche Linie erkennen zu lassen. Sucht man im Fallmaterial nach konkreten Wertungsmaßstäben, wird man keine kohärente Entscheidungspraxis vorfinden. Manche NKSen ziehen dem Verfahrensabbruch oder der Ablehnung der Beschwerde einen bloßen Tadel vor. Bei vielen Fallgruppen ist die Zahl der einschlägigen Fälle für eine klare Aussage außerdem noch zu gering.

Zieht man neben dem Fallmaterial weitere Erkenntnisquellen (wie Handreichungen, Berichte und Kommentierungen der OECD) heran, las-

3141 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26.

sen sich aber Tendenzen erkennen. Abzulehnen oder zumindest an sehr hohe Hürden zu knüpfen ist die Ablehnung einer Beschwerde bzw. der Abbruch des Verfahrens wegen unaufrichtiger Beteiligung (mit ihren Unterfallgruppen der fehlenden Kompromissbereitschaft, des *forum shoppings* und der ungerechtfertigten Aussonderung). Demgegenüber sollten Beleidigungen, Bedrohungen oder Repressalien wie auch eine nicht zeitnahe Beteiligung am Verfahren durchaus sanktionsbewehrt sein. Vertraulichkeitsverletzungen und öffentlichkeitswirksame Kampagnen entziehen sich einer pauschalen Bewertung und fordern in erster Linie das Fingerspitzengefühl einer NKS heraus; es ist jedenfalls denkbar und in manchen Fällen auch angebracht, solche Verhaltensweisen mit dem Abbruch des Verfahrens oder der Ablehnung der Beschwerde zu sanktionieren.

VII. Fazit

Die Annahmeveraussetzung eines Beitrags zur Effektivität der Leitsätze verlangt einen Abgleich zwischen der im Verfahren aufgeworfenen Streitfrage und den Zielen eines spA-Verfahrens. SpA-Verfahren haben mit einem prospektiven Problemlösungsbeitrag, einem retrospektiven Problemlösungsbeitrag und der exemplarischen Erörterung einer abstrakt-generellen Frage drei Ziele.³¹⁴² Die Streitfrage ist keine unverrückbare Größe: Manche NKSen gestehen sich die erweiternde oder präzisierende Deutung der Streitfrage zu; bei manchen der (sogleich darzustellenden) Fallgruppen kann die NKS zudem über Erwartungsmanagement Einfluss auf die Streitfrage nehmen. Die Annahmeveraussetzung eines Beitrags zur Effektivität der Leitsätze folgt keinem eindeutig zu identifizierenden, übergeordneten Gedanken. Man kann sich ihr am besten auf Basis von Fallgruppen nähern, in denen es an einem Beitrag zur Effektivität der Leitsätze fehlt. Diese Fallgruppen rücken die Prüfung der Effektivität, der Effizienz oder des Verhaltens des Beschwerdeführers in den Vordergrund.

Sieht man von den eng umgrenzten Ausnahmen ab, dass es bei gegenstandslosen Beschwerden grundsätzlich an einem Effektivitätsbeitrag fehlt und dass vor Beschwerdeerhebung grundsätzlich keine anderen Wege, Abhilfe zu erlangen, erschöpft worden sein müssen, ist zu keiner der Fallgruppen eine kohärente Entscheidungspraxis entstanden, weil die Zahl der einschlägigen Fälle zu gering ist, weil NKSen ihre Entscheidungen nicht

3142 Siehe zu diesen Zielen bereits Kapitel 8 B II. 1.

gegenseitig rezipieren und/oder weil ihre Entscheidungen inkohärent bzw. zu stark von Einzelfallerwägungen geprägt sind. Die präzisierende und damit erhärtende Wirkung des Fallmaterials beschränkt sich auf thematische Ballungen. Es können also Fallgruppen als praktisch relevante Problemstellungen identifiziert werden, bei denen ein fehlender Beitrag zur Effektivität der Leitsätze ernsthaft in Betracht kommt. Wann genau und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Beitrag im Einzelnen tatsächlich zu verneinen ist, bleibt unklar: Das Fallmaterial hat sich hier noch nicht zu subsumtionsfähigen Aussagen und Wertungen verdichtet. Insofern zeigt sich in der Dimension der Präzisierung eine nur geringe Erhärtungserscheinung der Leitsätze. Unter Heranziehung weiterer Erkenntnisquellen neben dem Fallmaterial kann man zu den folgenden, präziseren Aussagen gelangen.

In der ersten Fallgruppe fehlt es an der Nützlichkeit einer Beschwerde; es bestehen mit der (i) Vorbefassung (als funktionales Äquivalent zur *res iudicata*), (ii) der Gegenstandslosigkeit und (iii) der Beschwerderücknahme drei Unterfallgruppen. Zu (i): Die Hürde für die Ablehnung einer Beschwerde wegen Vorbefassung, also der vorherigen Befassung derselben oder einer anderen NKS mit derselben oder einer ähnlichen Beschwerde, liegt hoch. Grundsätzlich sollten Beschwerden nicht wegen Vorbefassung abgelehnt werden. In der von einem Ermessensspielraum geprägten Prüfung der NKSen lässt sich erkennen, dass es nicht auf eine strenge Identität der Beschwerden ankommt. NKSen würdigen unter Berücksichtigung mehrerer Kriterien (Sachverhalt, Streitfrage, Parteien, Ausgang), ob Beschwerden zu ähnlich sind, als dass eine erneute Befassung einen Mehrwert bieten könnte. Zu (ii): Die Ablehnung einer Beschwerde wegen Gegenstandslosigkeit kommt ebenfalls nur selten in Betracht. Ist eine Beschwerde für die Vergangenheit gegenstandslos geworden (Beispiel: Erledigung), kommt ein prospektiver Problemlösungsbeitrag in Betracht (Beispiel: Verbesserung unternehmensinterner Abläufe); ist sie für die Zukunft gegenstandslos geworden (Beispiel: Liquidation eines Geschäftsbereichs), kommt ein retrospektiver Problemlösungsbeitrag in Betracht (Beispiel: Wiedergutmachung). Inwiefern sich eine NKS auf eine gegenstandslose Beschwerde einlässt, hängt von ihrem Mandatsverständnis ab, insbesondere inwieweit sie einen retrospektiven Problemlösungsbeitrag als Ziel eines spA-Verfahrens anerkennt. Zwischen NKSen umstritten ist, ob eine Einigung der Parteien das Verfahren *ipso iure* beendet oder ob hierfür richtigerweise eine Entscheidung der NKS zu fordern ist. Hieran zeigt sich, dass die Dispositionsmaxime nur eingeschränkt gilt. Zu (iii): Da die Dispositionsmaxime nur eingeschränkt gilt, sollte auch eine Beschwerderücknahme

nicht automatisch zur Ablehnung der Beschwerde führen; dieser Punkt ist jedoch ebenfalls zwischen NKSen umstritten.

In der zweiten Fallgruppe eines fehlenden Effektivitätsbeitrags steht die Unschädlichkeit eines Beschwerdeverfahrens in Frage. NKSen evaluieren hier, ob ein spA-Verfahren eine unzulässige Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines Staates bedeuten würde. Trotz mancher Tendenzen im Fallmaterial der NKSen ist diese Fallgruppe abzulehnen, weil sie keine normative Basis in den Leitsätzen findet. Sie ist außerdem nur schwer mit Aussagen des Investitionsausschusses zu vereinen.

Die dritte Fallgruppe betrifft die Notwendigkeit eines spA-Verfahrens. Zu erwägen ist, ob ein Beschwerdeführer vor Anrufung einer NKS zunächst erfolglos andere Wege (wie unternehmensinterne Beschwerdemechanismen) beschritten haben muss, um Abhilfe zu erlangen. Eine solche Anforderung ist abzulehnen, weil sie gegen das Effektivitätskriterium der Zugänglichkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 2 Verfahrensregelungen 2023) verstößt. Das Fallmaterial der NKSen widerspricht dem nicht. Im Lichte von Äußerungen des Investitionsausschusses ist eine Ausnahme allenfalls für einen rein nationalen Sachverhalt zu machen. Probleme, die sich bei rein nationalen Sachverhalten ergeben, können regelmäßig vor herkömmlichen nationalen Foren (wie Gerichten) einer adäquaten Lösung zugeführt werden. Die Einschaltung einer NKS ist hier nicht notwendig.

In der vierten Fallgruppe ist die Verhältnismäßigkeit einer Beschwerde zu prüfen. Ein Verfahren kann unverhältnismäßig sein, wenn die Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg hat oder das Verfahren nur mit unverhältnismäßigem Aufwand betrieben werden kann. Eine Beschwerde ist aussichtslos, wenn der Beschwerdeführer unbeirrbar (also nach Aufklärung durch die NKS) an einem unerfüllbaren Begehrt festhält. Ein unverhältnismäßiger Aufwand kann sich insbesondere bei sehr lange zurückliegenden Sachverhalten ergeben. Bei dieser Unterfallgruppe ist eine einzelfallbezogene Abwägung notwendig; insbesondere ist zu beachten, dass die Einreichung einer Beschwerde grundsätzlich nicht fristgebunden ist.

Die fünfte und letzte Fallgruppe befasst sich mit treuwidrigem Verhalten. Treuwidriges Verhalten kommt bei (i) Vertraulichkeitsverletzungen, (ii) öffentlichkeitswirksamen Kampagnen, (iii) Beleidigungen, Bedrohungen und Repressalien, (iv) einer ausbleibenden oder nicht zeitnahen Mitwirkung am Verfahren und (v) einer nicht aufrichtigen Beteiligung am Verfahren in Betracht. Eine Beteiligung könnte nicht aufrichtig sein, wenn der Beschwerdeführer keine Kompromissbereitschaft zeigt, überlappende Zuständigkeiten mehrerer NKSen strategisch ausgenutzt hat (*forum shop-*

ping) oder ein MNU ungerechtfertigterweise ausgesondert hat. Ein unredliches Verhalten des Beschwerdeführers wird nicht stets mit dem Abbruch des Verfahrens oder der Ablehnung der Beschwerde sanktioniert. NKSen lassen bei der Sanktionierung unredlichen Verhaltens keine einheitliche Linie oder klare Wertungsmaßstäbe erkennen.

Diese Fallgruppen zeugen von einem erhöhten Reife- und Professionalisierungsgrad der spA-Verfahren. SpA-Verfahren besitzen mittlerweile eine solche Praxisrelevanz und sind für Beschwerdeführer offenbar so attraktiv, dass sich NKSen angesichts knapper Ressourcen vor der unberechtigten Inanspruchnahme ihrer Dienste schützen müssen. Auffällig ist dabei, dass sie Fallgruppen entwickeln, die denjenigen gerichtlicher und gerichtsähnlicher Verfahren funktional entsprechen, aber flexibler und diskretionärer sind. Der Grundsatz der *res iudicata* findet beispielsweise eine Entsprechung in der Fallgruppe der Vorbefassung. Die Gegenstandslosigkeit stellt NKSen und Gerichtsverfahren vor ähnliche Probleme, zwingt NKSen aber nicht dazu, eine Beschwerde abzulehnen. Spät eingereichte Beschwerden sind nicht nach Ablauf einer streng definierten Frist nicht mehr annahmefähig, sondern verlangen eine Gesamtbetrachtung. Tendenziell strenger als gerichtliche Mechanismen gehen NKSen mit treuwidrigem Verhalten der Beschwerdeführer um, da ein spA-Verfahren auf die konstruktive Mitwirkung aller Beteiligten angewiesen ist.

C. Gesamtfazit zu Kapitel 13

Dieses Kapitel hat erstmals umfassend gezeigt, wie die Annahmeveraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze zu verstehen ist. Sie erfasst eine Vielzahl unterschiedlichster Situationen. Sie kann – vornehmlich aus pragmatischen Gründen – in die Untervoraussetzungen eines Beitrags (i) zu den Zwecken der Leitsätze sowie (ii) zur Effektivität der Leitsätze unterteilt werden. Ersteres zielt auf den Vergleich der Streitfrage mit den Zielen der Leitsätze, zweiteres auf den Vergleich der Streitfrage mit den Zielen eines spA-Verfahrens.

Der Beitrag des Fallmaterials von NKSen und Investitionsausschuss zur Präzisierung der Leitsätze ist begrenzt und ungleich verteilt.³¹⁴³ Es sind nur Inseln der Präzisierung entstanden. Die größte Präzisierungsleistung findet sich bei der kohärenten Entscheidungspraxis zur Ablehnung von Individu-

3143 Für eine tabellarische Übersicht siehe Tabelle 8 am Ende des vorliegenden Teils E.

alstreitigkeiten. Hier zeigt sich eindrücklich, dass die Umsetzungsverfahren der Leitsätze nicht nur in der Theorie zu einer kohärenten Entscheidungspraxis fähig sind, sondern sie auch *in praxi* haben entstehen lassen. Eine kohärente Entscheidungspraxis zu den Kriterien, anhand derer Individualstreitigkeiten von anderen Streitigkeiten abgegrenzt werden können, und zur Ablehnung kommerzieller Streitigkeiten ist alsbald zu erwarten. Mit Blick auf andere Fallgruppen lässt sich im Fallmaterial keine kohärente Entscheidungspraxis erkennen, weil die Zahl der einschlägigen Fälle zu gering ist, weil NKSen in ihren Entscheidungen nicht aufeinander Bezug nehmen und/oder weil ihre Entscheidungen inkohärent bzw. zu stark von Einzelfallabwägungen geprägt sind. Dem Fallmaterial lassen sich aber immerhin bestimmte Tendenzen und thematische Ballungen entnehmen; es ist möglich, Fallgruppen zu bilden. So lässt sich zumindest eine Aussage darüber treffen, in welchen Situationen die fehlende Annahmefähigkeit einer Beschwerde ernsthaft zu diskutieren ist. Klare Wertungsmaßstäbe sind jedoch nicht ersichtlich. Es steht zu hoffen, dass sich die thematischen Ballungen im vorhandenen Fallmaterial zu einer kohärenten Entscheidungspraxis verdichten werden. Insgesamt zeigen sich daher nur geringe bis mittlere Erhärtungserscheinungen der Leitsätze in der Dimension der Präzisierung.

Kapitel 14 Ausgangspunkte einer Definition des multinationalen Unternehmens

Die MNU-Definition der Leitsätze kann nur mit ausreichendem Hintergrundwissen korrekt gewürdigt werden. Seitenblicke auf die Wirtschaftswissenschaften und das Völkerrecht helfen, Entstehungsgründe, Erscheinungsformen und rechtliche Herausforderungen eines MNUs besser zu verstehen. Bevor ich im nächsten Kapitel das Fallmaterial zur MNU-Definition der Leitsätze untersuchen kann, ist deshalb ein Blick auf das MNU als Phänomen der Wirtschaftswelt (A.) zu werfen. Für diesen Seitenblick spricht die enge konzeptionelle Verknüpfung zwischen MNUs und ausländischen Direktinvestitionen, die entstehungsgeschichtlich einen Niederschlag im investitionspolitischen Kontext der Leitsätze gefunden hat.³¹⁴⁴ Im Anschluss daran werde ich den Umgang des Völkerrechts mit einem MNU untersuchen (B.). Nur inzident betrachten werde ich den Umgang des innerstaatlichen Rechts mit MNUs. Der Rückgriff auf Institute des innerstaatlichen Privatrechts scheidet wegen der autonomen Auslegung der Leitsätze (Ls. I-2 Leitsätze 2023) nämlich von vornherein aus. Dieses Kapitel wird zeigen, dass die Leitsätze von wirtschaftswissenschaftlichen Erwägungen geprägt sind und nicht auf Basis des Völkerrechts ausgelegt werden können. Vielmehr präsentieren sich die Leitsätze als Gegenentwurf zur rudimentären und lückenhaften Völkerrechtsordnung (C.).

Zu Beginn bedarf es der Begriffsklärung. Der Begriff „multinationales Unternehmen“ (MNU) ist von anderen Begriffen abzugrenzen. Insbesondere die VN bedienen sich in ihren Publikationen vorzugsweise der Bezeichnung „*transnational corporation*“ (TNC).³¹⁴⁵ Beide Begriffe sind

3144 Zum investitionspolitischen Kontext der Leitsätze siehe bereits: Kapitel 2 C. I.

3145 Man beachte beispielsweise die *Transnational Corporations* genannte, bis 2024 erschienene Zeitschrift UNCTADs (<https://doi.org/10.18356/d3e73f33-en>). Ein anderes prominentes Beispiel ist das 1992 abgewickelte *UN Centre on Transnational Corporations* (näher: *Hamdani/Ruffing*, in: Deva/Bilchitz (Hrsg.), *Building a Treaty on Business and Human Rights* (2017), 27 (27 ff.)). *Tapiola*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 29 (29) legt humoristisch dar, weshalb sich die VN für den Begriff TNC entschieden hätten. So soll der Begriff „*corporation*“ auf Betreiben des Ostblocks gewählt worden sein, da er seine nicht-kapitalistischen Staatsunternehmen (*enterprises*) von den Regulierungsbestrebungen der VN ausnehmen wollte.

Synonyme.³¹⁴⁶ Die Bezeichnung TNC weckt indes falsche Assoziationen und sollte daher vermieden werden. *Corporation* ist juristisch korrekt mit „Körperschaft“ zu übersetzen. Auf eine „Körperschaft“ abzustellen, wäre allerdings unzulässig eng, weil beispielsweise Personengesellschaften nicht unter den Begriff der Körperschaft fallen.³¹⁴⁷ Außerdem rückt der Begriff „Körperschaft“ eine statische, rechtlich-formale Organisationseinheit in den Vordergrund, obwohl sich das hier untersuchte wirtschaftliche Phänomen gerade durch seine verflochtenen Strukturen und fluiden Netzwerke auszeichnet.³¹⁴⁸ Die vorzugswürdige Bezeichnung „Unternehmen“ stellt nicht auf formale Einrichtungen ab, sondern auf die Organisation personeller, produktiver und finanzieller Mittel für wirtschaftliche Tätigkeiten.³¹⁴⁹ Auch der zweite Begriffsbestandteil „Transnational“ ist irreführend. Er kann zweierlei bedeuten. Dahinter könnte der Gedanke stehen, dass von einem Staat aus agierend (*national*) über Grenzen hinweg (*trans-*) Tätigkeiten in einem anderen Staat aufgenommen werden.³¹⁵⁰ Dieser Gedanke ist jedoch eng mit einer ausländischen Direktinvestition und einem heimatstaatlich geprägten, monolithischen Unternehmen verbunden. Wie darzustellen sein wird (A. II.), ist beides kein konstitutives Merkmal des hier untersuchten wirtschaftlichen Phänomens mehr. Zweitens (und hilfsweise) könnte man „transnational“ auch als „jenseits des Nationalen“ deuten. Eine solche Deutung würde die Assoziation wecken, dass ein Unternehmen nationalstaatliche Grenzen, Prägungen und Denkmuster überwunden hat und in einer anationalen Sphäre operiert.³¹⁵¹ Es ist zu bezweifeln, dass es eine relevante Anzahl an Unternehmen gibt, die dieser Beschreibung genügen.

Das alternative Adjektiv „international“ (zwischenstaatlich) ist ebenfalls untauglich. Ein „internationales“ Unternehmen ist ein Unternehmen, das

3146 Krajewski, in: Giegerich (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise (2011), 35 (38); Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 41; Davarnejad, Menschenrechtsverantwortung von MNUen und CSR (2020), S. 41.

3147 Weissbrodt/Kruger, AJIL 97 (2003), 901 (908); Muchlinski, Corporations in International Law, MPEPIL (2014), Rn. 1, 4; vgl. IGH, Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 3 (Rn. 39 f.) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./ Spain), 2nd Phase.

3148 Vgl. Wallace, MNE and Legal Control (2002), S. 103 f.

3149 Spießhofer, Unternehmerische Verantwortung (2017), S. 471; Dörr, in: Reinisch u. a. (Hrsg.), BerDGIR 50 (2020), 133 (134).

3150 Blum u. a., Impact of Multinational Corporations (1974), Fn. 2 auf S. 25: Im relevanten Ausschuss herrsche „[...] a strong feeling that the word transnational would better convey the notion that these firms operate from their home bases across national borders.“

3151 Vgl. Wallace, MNE and Legal Control (2002), S. 105 ff.

seine Rechtsqualität aus dem Völkerrecht ableitet.³¹⁵² Solche Unternehmen sind selten³¹⁵³ und von sehr unterschiedlicher Gestalt.³¹⁵⁴ Ein Beispiel ist die ehemalige „Saar-Lothringische Kohlen-Union deutsch-französische Gesellschaft auf Aktien“ (Saarlör), deren Rechtsstatus durch Art. 84 des Saarvertrags³¹⁵⁵ bestimmt wurde.³¹⁵⁶ Es kann sich aber auch um Unternehmen mit staatlichen oder privaten Anteilseignern handeln, die durch einen völkerrechtlichen Vertrag beauftragt werden, aber einem innerstaatlichen Gesellschaftsstatut unterliegen.³¹⁵⁷ Auch das Adjektiv „supranational“ (überstaatlich) ist bereits besetzt, weil man darunter die Rechtsformen des EU-Gesellschaftsrechts wie die *Societas Europaea* verstehen kann.³¹⁵⁸ Insgesamt bleibt nur das Adjektiv „multinational“. Der Wortteil „multi-“ bringt dabei zum Ausdruck, dass das so beschriebene Unternehmen über mehrere (*multi*-) Wirkungsstätten in jeweils unterschiedlichen Staaten (*national*) verfügt.³¹⁵⁹

A. Das multinationale Unternehmen in den Wirtschaftswissenschaften

Das MNU ist ein komplexes Phänomen der Wirtschaftswelt. Eine Definition ist schwierig. Über grundlegende Kriterien sind sich Juristen³¹⁶⁰ wie Ökonomen³¹⁶¹ indes einig. Grundsätzlich weist ein MNU zwei Charakteris-

3152 Wallace, MNE and Legal Control (2002), S. 104 f.; vgl. Vagts, Harvard Law Review 83 (1970), 739 (740).

3153 Wallace, MNE and Legal Control (2002), S. 104 f.

3154 Darstellung verschiedener Gestaltungsvarianten bei: Seidl-Hohenveldern, in: Baer-Kaupert u. a. (Hrsg.), FS Aubin (1979), 193 (197 ff.); Shotaro, Joint Undertakings, MPEPIL (2013), Rn. 4 ff.

3155 Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik zur Regelung der Saarfrage, Unterzeichnung: 27. Oktober 1956, Inkrafttreten: 1. Januar 1957. BGBl. II 1956, 1589–1836.

3156 Näher: Rolshoven/Jehne, in: Baer-Kaupert u. a. (Hrsg.), FS Aubin (1979), 171 (171 ff.).

3157 Vgl. Seidl-Hohenveldern, in: Baer-Kaupert u. a. (Hrsg.), FS Aubin (1979), 193 (197 f.); vgl. Shotaro, Joint Undertakings, MPEPIL (2013), Rn. 7 ff.

3158 Muchlinski, Multinational Enterprises (2021), S. 74 ff.

3159 Wallace, MNE and Legal Control (2002), S. 105 f., 109.

3160 Wildhaber, in: Wildhaber u. a. (Hrsg.), BerDGVR 18 (1978) (13 ff.); Schmalenbach, AVR 39 (2001), 57 (59); Wallace, MNE and Legal Control (2002), S. 119; Hansen, Global Jurist 10–1 Beitrag-Nr. 9 (2010), 1 (8 f.); Krajewski, in: Giegerich (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise (2011), 35 (39); Davarnejad, Menschenrechtsverantwortung von MNUen und CSR (2020), S. 42–44; Dörr, in: Reinisch u. a. (Hrsg.), BerDGIR 50 (2020), 133 (134).

3161 Siehe allgemein die im nachfolgenden Teil zitierten Personen.

tika auf: Es handelt sich um Unternehmen, (i) die Wirkungsstätten in verschiedenen Staaten verbinden und die (ii) über diese Verbindung Einfluss auf die Tätigkeiten dieser Wirkungsstätten ausüben können. Zum ersten Punkt der grenzüberschreitenden Verbindung besteht Klarheit: Die Wirkungsstätten müssen in verschiedenen Staaten gelegen sein.³¹⁶² Insofern ist ein MNU von einem Unternehmen abzugrenzen, das lediglich Beziehungen zu mehreren Wirkungsstätten innerhalb desselben Staates aufweist.³¹⁶³ Der zweite Punkt ist hingegen schwerer zu erfassen und zu definieren. Es können ältere Ansätze zu Beginn der 1970er Jahre (I.) mit moderneren ab den 1990er Jahren (II.) kontrastiert werden.

I. Ältere Ansätze

Die nachfolgend wiedergegebene Definition von *Dunning* und *Lundan* bietet sich als Orientierungspunkt älterer Ansätze an.

„A multinational or transnational enterprise is an enterprise that engages in foreign direct investment (FDI) and owns or, in some way, controls value-added activities in more than one country.“³¹⁶⁴

Hier wird die Beziehung zu den im Ausland gelegenen Stätten als ausländische Direktinvestition (*foreign direct investment*, FDI) beschrieben, die Eigentum und Kontrolle vermittelt. Demnach ist eine ausländische Direktinvestition ein notwendiger, wenn nicht sogar ein hinreichender Faktor für die Entstehung eines MNU. MNUs (klassischen Verständnisses) und ausländische Direktinvestitionen stehen in einem äußerst engen Zusammenhang.³¹⁶⁵ Die Definition unterstreicht außerdem, dass Eigenschaften wie die internationale Zusammensetzung des Aktionariats eines Un-

3162 *Fatouros*, Columbia Journal of Transnational Law 10 (1971), 325 (327); *Brewer/Young*, Multilateral Investment System (1998), S. 11; *Dunning/Lundan*, Multinational Enterprises (2008), S. 5 f.; *Muchlinski*, Multinational Enterprises (2021), S. 7 f.

3163 *Muchlinski*, Multinational Enterprises (2021), S. 7.

3164 *Dunning/Lundan*, Multinational Enterprises (2008), S. 3.

3165 Neben *Dunning* und *Lundan* ziehen weitere Autoren eine enge und direkte Verbindung zwischen MNUs und FDI: *Brewer/Young*, Multilateral Investment System (1998), S. 11; *Narula* u. a., J Int Bus Stud 50 (2019), 1231 (1242): „[...] until the 1990s, FDI and MNE activity were considered synonymous [...]“; *Muchlinski*, Multinational Enterprises (2021), S. 5 f.; vgl. *Fatouros*, Columbia Journal of Transnational Law 10 (1971), 325 (327).

ternehmens,³¹⁶⁶ die Unternehmensgröße,³¹⁶⁷ die Zusammensetzung seiner Verwaltungorgane³¹⁶⁸ oder seine Rechtsform³¹⁶⁹ unmaßgeblich sind. Mit solchen Eigenschaften kann man gegebenenfalls den Grad an Multinationalität eines MNU's messen, es aber nicht definieren.³¹⁷⁰

Damit verbleibt die ausländische Direktinvestition als zentrales Merkmal eines MNU's klassischer Prägung. Sie ist von einer (ausländischen) Portfolioinvestition und von internationalem Handel abzugrenzen. Während bei Portfolioinvestitionen eine finanzielle Anlage im Vordergrund steht, geht einer Direktinvestition eine unternehmerisch-geschäftliche Entscheidung des Unternehmens voraus.³¹⁷¹ Bei einer Direktinvestition werden nicht nur finanzielle, sondern auch andere Vermögensgegenstände (Technologie, geistiges Eigentum, Managementfähigkeiten) übertragen.³¹⁷² Es soll eine strategische und langfristige Beziehung zwischen Investor und Zielgesellschaft etabliert werden.³¹⁷³ Das Unternehmen verfolgt das Ziel, durch die Direktinvestition einen **kontrollierenden** oder zumindest **wesentlichen Einfluss** über die Investition erlangen.³¹⁷⁴ Viele Institutionen, Organisationen und Forscher stellen deshalb zum Nachweis dieses Einflusses Mindestvorgaben zu (über eine Eigenkapitalbeteiligung vermittelten)

3166 Bayer, in: Bayer u. a. (Hrsg.), Aktuelle Fragen multinationaler Unternehmen (1975), 9 (17).

3167 Bayer, in: Bayer u. a. (Hrsg.), Aktuelle Fragen multinationaler Unternehmen (1975), 9 (17).

3168 Bayer, in: Bayer u. a. (Hrsg.), Aktuelle Fragen multinationaler Unternehmen (1975), 9 (17); vgl. *Fatouros*, Columbia Journal of Transnational Law 10 (1971), 325 (332 f.).

3169 *Fatouros*, Columbia Journal of Transnational Law 10 (1971), 325 (331); *Muchlinski*, Multinational Enterprises (2021), S. 6.

3170 Zu Klassifikationsansätzen von Multinationalität siehe auch: *Wallace*, MNE and Legal Control (2002), S. 119 ff.

3171 OECD, Benchmark Definition FDI (2025), Rn. 14; *Dunning/Dilyard*, Transnational Corporations 8–1 (1999), 1 (4); vgl. ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 80, 82, 227 — „Freihandelsabkommen Singapur“.

3172 *Brewer/Young*, Multilateral Investment System (1998), S. 11; *Dunning/Dilyard*, Transnational Corporations 8–1 (1999), 1 (4).

3173 OECD, Benchmark Definition FDI (2025), Rn. 14, 65.

3174 OECD, Benchmark Definition FDI (2025), Rn. 14, 65; UNCTAD, World Investment Report (2011), S. 127; ECLI:EU:C:2017:376, Rn. 80, 82, 227 — „Freihandelsabkommen Singapur“; *Dunning/Dilyard*, Transnational Corporations 8–1 (1999), 1 (4); *Wallace*, MNE and Legal Control (2002), S. 138; *Hennart*, in: *Rugman* (Hrsg.), Oxford Handbook Intl Business (2009), 125 (126).

Stimmrechten auf.³¹⁷⁵ Die OECD beispielsweise verwendet für ihre FDI-Statistiken³¹⁷⁶ eine starre Grenze von 10 % der Stimmrechte, bei deren Überschreiten das Vorliegen eines hinreichenden Einflusses und eine langfristige Beziehung unwiderleglich vermutet wird.³¹⁷⁷ Das ist nachvollziehbar, da es in vielen Fällen nicht notwendig ist, über einen Mehrheitsbesitz (> 50 %) zu verfügen, um ein Unternehmen zu kontrollieren.³¹⁷⁸

Durch das Kontrollelement grenzt sich eine ausländische Direktinvestition von internationalen Handelstransaktionen ab.³¹⁷⁹ Zwar finden in beiden Fällen grenzüberschreitende Transaktionen statt, aber nur ein MNU kontrolliert die den Handel treibenden Wirkungsstätten.³¹⁸⁰ Das MNU bezieht aus dem Ausland benötigte Waren also nicht von einem „anderen“ Unternehmen, sondern von einer seiner eigenen Auslandsniederlassungen oder -töchter; ein MNU **internalisiert** den grenzüberschreitenden Handel mit Zwischenprodukten, weil er innerhalb des MNUs und unter seine Kontrolle abgewickelt wird.³¹⁸¹ Folglich zeichnet sich ein MNU klassischer Prägung durch zwei fundamentale Eigenschaften aus: Es (i) kontrolliert in verschiedenen Staaten gelegene Wirkungsstätten, koordiniert deren Aktivitäten und (ii) internalisiert den Handel mit Zwischenprodukten, die aus den Aktivitäten dieser Wirkungsstätten stammen.³¹⁸² Das Gegenteil von

3175 UNCTAD, World Investment Report (2011), S. 127 (10 % Eigenkapitalbeteiligung); Dunning/Dilyard, Transnational Corporations 8–1 (1999), 1 (4) (Schwellenwerte lägen bei 10 % oder 25 %); Wallace, MNE and Legal Control (2002), S. 138 f.

3176 Man beachte, dass der Investitionsausschuss, der für die Leitsätze zuständig ist, ebenfalls für diese Statistik verantwortlich zeichnet (vgl. die einschlägige Ratsempfehlung abgedruckt in: OECD, Benchmark Definition FDI (2025), S. 11 f.).

3177 OECD, Benchmark Definition FDI (2025), Rn. 14, 65 f.

3178 Wallace, MNE and Legal Control (2002), S. 138; aus dem deutschen Recht zu § 17 AktG: BGH, Urteil (15. Dezember 2011), NZG 2012, 1033 (1034).

3179 UNCTAD, World Investment Report (2011), S. 124; Fatouros, Columbia Journal of Transnational Law 10 (1971), 325 (327); Dunning/Lundan, Multinational Enterprises (2008), S. 5.

3180 Dunning/Lundan, Multinational Enterprises (2008), S. 5.

3181 Brewer/Young, Multilateral Investment System (1998), S. 13; Dunning/Lundan, Multinational Enterprises (2008), S. 6; Casson, in: Casson (Hrsg.), The Multinational Enterprise (2018), 3 (32 f.); Muchlinski, Multinational Enterprises (2021), S. 7 f., 23 f.

3182 Dunning/Lundan, Multinational Enterprises (2008), S. 6: „First, it accesses, organises and coordinates multiple value-added activities across national boundaries and, second, it internalises at least some of the cross-border markets for the intermediate products arising from these activities. No other institution engages in both cross-border production and transactions.“ (Hervorhebung des Originals entfernt).

Internalisierung ist Externalisierung, also beispielsweise Handel zwischen Unternehmen.³¹⁸³

Dass die beiden Themenfelder MNUen und ausländische Direktinvestitionen zum Zeitpunkt der Entstehung der Leitsätze in den 1970er Jahren nachgerade untrennbar miteinander verbunden waren, erklärt weshalb die Leitsätze in einen investitionspolitischen Kontext eingebettet sind (dazu bereits: Kapitel 2 C. I.) und innerhalb der OECD der *Investitionsausschuss* für die Leitsätze verantwortlich zeichnet.

II. Neuere Ansätze

Der Zusammenhang zwischen ausländischen Direktinvestitionen und MNUen besteht heute nur noch in abgeschwächter Form. Auch die MNU-Definition der Leitsätze nennt eine Investition nicht als konstitutives Merkmal eines MNUs (vgl. Ls. I-4 S. 4 f. Leitsätze 2023). Es haben sich vielmehr elaborierte Netzwerkstrukturen mit Elementen unterschiedlichster Kontrollgrade entwickelt; die Bandbreite der Organisationsmodi hat sich erweitert.³¹⁸⁴ Diese Netzwerke werden in der Regel von einem Unternehmen koordiniert, das innerhalb des Netzwerks Geschäftstätigkeiten entweder selbst (also intern) oder mit anderen Netzwerkunternehmen zusammen (also extern) ausübt.³¹⁸⁵ Das koordinierende Unternehmen wird als Flaggschiffunternehmen (*flagship firm*)³¹⁸⁶ oder schlicht als führendes Unternehmen (*lead firm*)³¹⁸⁷ bezeichnet. Die MNU-Definition der Leitsätze greift diese Gedanken auf, wenn sie davon ausgeht, dass Entitäten ein MNU bilden, wenn sie ihre Geschäftstätigkeit auf unterschiedlichste Weise koordinieren können (*may co-ordinate their operations in various ways*, Ls. I-4 S. 4 Leitsätze 2023).

3183 UNCTAD, World Investment Report (2011), S. 124.

3184 UNCTAD, World Investment Report (2011), S. 124.

3185 Buckley/Enderwick, in: Buckley u. a. (Hrsg.), International Business (2022), 3 (10).

3186 Dunning/Lundan, Multinational Enterprises (2008), S. 117; Cantwell, in: Cantwell (Hrsg.), The Eclectic Paradigm (2015), 1 (11).

3187 Gereffi u. a., Review of International Political Economy 12 (2005), 78 (84 ff.); Strange/Humphrey, J Int Bus Stud 50 (2019), 1401 (Fn. 1 auf S. 1410) (mit weiteren Begrifflichkeiten); Maihold, SWP-Aktuell Nr. 45 (Juli 2022), 1 (5 ff.); Überblick über weitere Begrifflichkeiten bei: Forsgren/Holm, J Int Bus Stud 53 (2022), 1734 (1738).

Netzwerke sind zwischen den beiden Extremen Markt und Hierarchie zu verorten.³¹⁸⁸ Sie können verschiedene Formen annehmen, die sich durch den Grad des Einflusses eines Unternehmens auf seine Zulieferer unterscheiden.³¹⁸⁹ Diese Netzwerke werden über verschiedenste Organisationsmodi koordiniert. Neben den bereits bekannten Modi (Markt und ausländische Direktinvestitionen) gibt es beispielsweise Formen von Minderheitsanteilbesitz, Gemeinschaftsunternehmen (*joint ventures*), vertraglicher Beziehungen (Lizenzierung, Franchising, Managementverträge), strategischer Allianzen oder Modi, die schlicht auf der Ausübung von Macht basieren.³¹⁹⁰ Beruhen die Beziehungsformen nicht auf Eigenkapital, spricht man von „**Organisationsformen ohne Eigenkapitalbeteiligung**“ (*non-equity modes*).³¹⁹¹ Derartige Organisationsformen sind mittlerweile verbreiteter als ausländische Direktinvestitionen.³¹⁹² Wie sich in Kapitel 15 E. I. 1. zeigen wird, ist seit 1979 autoritativ entschieden, dass die Leitsätze für die Entstehung eines MNU ebenfalls keine Eigenkapitalbeziehung voraussetzen.³¹⁹³

Organisationsformen ohne Eigenkapitalbeteiligung sind zwar im Ausgangspunkt den externalisierten Formen zuzurechnen und damit von internalisierten Formen (Direktinvestitionen) abzugrenzen.³¹⁹⁴ Diese Zuordnung ist aber sehr formalistisch. Materiell betrachtet, teilen sie zahlreiche Eigenschaften internalisierter Formen: Wie bei einer Direktinvestition verfolgt ein MNU mit einer eigenkapitallosen Beziehung zu einem Partnerunternehmen in der Regel langfristige Interessen, weil das Partnerunternehmen in das globale Netzwerk des MNU aufgenommen werden soll.³¹⁹⁵ Außerdem ähneln sie Direktinvestitionen insofern, als sie mit Kontroll- und Koordinationsmöglichkeiten einhergehen; deshalb sind sie von der stärksten Form der Externalisierung, dem Handel zu marktüblichen Kon-

3188 Gereffi u. a., Review of International Political Economy 12 (2005), 78 (79, 83).

3189 Näher: Gereffi u. a., Review of International Political Economy 12 (2005), 78 (82 ff.).

3190 UNCTAD, World Investment Report (2011), S. 124, 128; Dunning/Lundan, Multinational Enterprises (2008), S. 260 f., 269 f., 277 ff.

3191 UNCTAD, World Investment Report (2011), S. 124.

3192 UNCTAD, World Investment Report (2011), S. 142; Buckley/Enderwick, in: Buckley u. a. (Hrsg.), International Business (2022), 3 (15); vgl. Dunning/Lundan, Multinational Enterprises (2008), S. 289.

3193 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39.

3194 Das wird regelmäßig eher implizit vorausgesetzt; vergleiche insofern: UNCTAD, World Investment Report (2011), S. 124; Narula u. a., J Int Bus Stud 50 (2019), 1231 (1237). Siehe auch: Dunning/Lundan, Multinational Enterprises (2008), S. 261.

3195 UNCTAD, World Investment Report (2011), S. 127.

ditionen ohne Kontrollmöglichkeit, abzugrenzen.³¹⁹⁶ Im Ergebnis kommt es auf die konkrete Ausgestaltung der Organisationsform an: Es gibt Formen, die Hierarchien näherstehen als dem Markt – und umgekehrt.³¹⁹⁷ Da Organisationsformen ohne Eigenkapitalbeteiligung zwischen Internalisierung und Externalisierung stehen,³¹⁹⁸ lässt sich von **Quasi-Internalisierung** sprechen.³¹⁹⁹ Die Folge ist, dass Quasi-Internalisierung und globale Netzwerke die Grenzen eines MNU verwischen.³²⁰⁰ Die Leitsätze berücksichtigen diese Grenzverwischung und streben an, solche und andere Veränderungen des internationalen Wirtschaftsumfelds abzubilden (Ls. 7 der Einführung (*preface*) der Leitsätze 2023).³²⁰¹ Zudem enthalten sie elaborierte Regelungen für die Beziehungen zwischen MNU und Geschäftspartnern (Ls. II-A-II ff. Leitsätze 2023).

Die Entstehung globaler Netzwerke und Wertschöpfungsketten ist eine Reaktion der Unternehmen auf radikal geänderte Rahmenbedingungen im globalen Wirtschaftsumfeld.³²⁰² Sie beruhen im Wesentlichen auf zwei Disruptionen: Zahlreiche Staaten haben in der Vergangenheit **wirtschaftsliberalere Politiken** verfolgt und ihre Märkte für ausländische Unternehmen geöffnet.³²⁰³ Zweitens sind dem **technischen Fortschritt** erhebliche Kosten-

3196 UNCTAD, World Investment Report (2011), S. 127.

3197 Dunning/Lundan, Multinational Enterprises (2008), S. 289.

3198 Vgl. UNCTAD, World Investment Report (2011), S. 125.

3199 Dunning/Lundan, Multinational Enterprises (2008), S. 8; Buckley, Multinational Business Review 22 (2014), 227 (234, 237); Narula u. a., J Int Bus Stud 50 (2019), 1231 (1237). Teubner unterscheidet zwischen einer „Quasi-Externalisierung“ (Lockerung einer Verbindung zu vormalig integrierten Unternehmensbestandteilen) und einer „Quasi-Internalisierung“ (Heranführen vormalig fremder Unternehmen) (Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 47).

3200 Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 63; Dunning/Lundan, Multinational Enterprises (2008), S. 117; Buckley, Multinational Business Review 22 (2014), 227 (237); Cantwell, in: Cantwell (Hrsg.), The Eclectic Paradigm (2015), 1 (12).

3201 Ls. 7 der Einführung (*preface*) der Leitsätze 2023: „*The political, economic, environmental, social, physical and technological environment for international business is undergoing far-reaching and rapid change. The Guidelines themselves have evolved to reflect these changes. [...] Multinational enterprises, like their domestic counterparts, have evolved to encompass a broader range of business arrangements and organisational forms. Technological developments as well as strategic alliances and closer relations with suppliers and contractors tend to blur the boundaries of the enterprise. [...]*“ (Textauszeichnung des Originals entfernt).

3202 Buckley/Enderwick, in: Buckley u. a. (Hrsg.), International Business (2022), 3 (9 f.).

3203 Amador/Cabral, ECB Working Paper Series Nr. 1739 (Oktober 2014), 1 (12 ff.); Buckley/Enderwick, in: Buckley u. a. (Hrsg.), International Business (2022), 3 (10 f.).

reduktionen zu verdanken. So sind Transportkosten und Kommunikationskosten in den letzten fünfzig Jahren stark gefallen.³²⁰⁴ Organisationsformen der Quasi-Internalisierung erlauben es Unternehmen, die Vorteile einer Internalisierung zu erlangen, ohne deren Nachteilen ausgesetzt zu sein. So sind die Vorteile einer Externalisierung (mit ihrer Unterform der Quasi-Internalisierung) – geringere Anfangsinvestitionen, Abwälzung von Kosten und Risiken auf Partnerunternehmen, höhere Flexibilität – noch attraktiver geworden, weil sie nicht mehr mit einem vollständigen Verzicht auf Kontrolle einhergehen.³²⁰⁵ Außerdem ist es denkbar, dass eine Quasi-Internalisierung im Rahmen eines globalen Netzwerks – etwa wegen besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten von Partnerunternehmen – Mehrwerte schafft.³²⁰⁶

III. Fazit

Kontrolle und Einfluss bilden das Leitmotiv eines MNUs. Zentral ist die Frage, wie ein Unternehmen Kontrolle über die Tätigkeiten und Abläufe eines Wertschöpfungsprozesses ausüben kann. Das Aufkommen quasi-internalisierter Organisationsformen führt dazu, dass die Gleichsetzung von Internalisierung, Hierarchie und Kontrolle einerseits und die Gleichsetzung von Externalisierung, Markt und Kontrolllosigkeit andererseits nicht mehr richtig ist.³²⁰⁷ Kontrolle und Eigentum sind konzeptionell zu trennen.³²⁰⁸ Netzwerke erschweren die Grenzziehung, weil nicht mehr (leicht feststellbare) Eigentumsverhältnisse, sondern Kontrolle und Einfluss die maßgeblichen Kriterien sind. Die Grenzen des von *The Coca-Cola Company* (TCCC) orchestrierten MNUs sind beispielsweise schwer zu bestimmen, da TCCC im Rahmen eines Franchising-Arrangements unabhängigen „Abfüllern“ (*bottlers*) Sirupe zur Abfüllung bereitstellt und Markennutzung

3204 Amador/Cabral, ECB Working Paper Series Nr.1739 (Oktober 2014), 1 (8 ff.); Buckley/Enderwick, in: Buckley u. a. (Hrsg.), *International Business* (2022), 3 (11 f.).

3205 UNCTAD, *World Investment Report* (2011), S.125, 142; Buckley/Enderwick, in: Buckley u. a. (Hrsg.), *International Business* (2022), 3 (15).

3206 Strange/Magnani, in: Cook u. a. (Hrsg.), *The Routledge Companion to the Geography of International Business* (2018), 60 (64).

3207 UNCTAD, *World Investment Report* (2011), S.125; Narula u. a., *J Int Bus Stud* 50 (2019), 1231 (1238).

3208 Buckley, *Multinational Business Review* 22 (2014), 227 (237); Narula u. a., *J Int Bus Stud* 50 (2019), 1231 (1238, 1245).

und Vertrieb gestattet, anstatt die Getränke selbst abzufüllen und zu vertreiben.³²⁰⁹ Setzt man voraus, dass die Leitsätze vom Gleichlauf zwischen Verantwortlichkeit und Einfluss ausgehen, ist die Frage nicht einfach zu beantworten, ob TCCC in Verantwortung zu nehmen ist, wenn einer ihrer Abfüller in Folge einer autonomen Entscheidung RBC-Belange beeinträchtigt, sein Geschäftsmodell aber in so hohem Maße von TCCCs Wohlwollen abhängt, dass er sich TCCCs Wünschen kaum widersetzen kann.³²¹⁰ Während man bis in die 1990er Jahre ausländische Direktinvestitionen und MNUs beinahe gleichsetzen konnte,³²¹¹ ist dies heutzutage nicht mehr möglich. Moderne Definitionen eines MNUs müssen sich von Eigentumsverhältnissen und Eigenkapitalbeteiligungen als maßgeblichen Kriterien lösen.³²¹² Zu betonen sind vielmehr die Fähigkeiten eines in ein globales und offenes Netzwerk integrierten Unternehmens zur Kontrolle und Orchestrierung der Teile dieses Netzwerks.³²¹³ Eine Betrachtung des MNUs muss immer auch eine Betrachtung seines Netzwerkes einschließen. Die Sichtweise eines MNUs als „monolithisches, hierarchisches und uniformes“ Unternehmen ist veraltet.³²¹⁴

Die Leitsätze sind für diese wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse empfänglich. Sie berücksichtigen die Verwischung der Grenzen des MNUs und die Veränderungen des internationalen Wirtschaftsumfelds (Ls. 7 der Einführung (*preface*) der Leitsätze 2023). Sie kennen Regelungen zu den Beziehungen zwischen MNUs und Geschäftspartnern (Ls. II-A-II ff. Leitsätze 2023). Trotz ihrer entstehungsgeschichtlichen Einbettung in einen investitionspolitischen Kontext setzen die Leitsätze zur Entstehung eines MNUs keine Eigenkapitalbeziehung voraus und lassen die Koordinierung mehrerer Entitäten genügen, ohne die Mittel einer solchen Koordination zu spezifizieren (Ls. I-4 S. 4 f. Leitsätze 2023).

3209 Vgl. *The Coca-Cola Company*, Form 10-K (Annual Report for 2024) (2025), S. 5 f., 18.

3210 Angelehnt an OECD:US-NCP:2018:US-46-FS.

3211 Siehe Fn. 3165.

3212 Narula u. a., J Int Bus Stud 50 (2019), 1231 (1241 f.).

3213 Cantwell, in: Cantwell (Hrsg.), *The Eclectic Paradigm* (2015), 1 (11); Buckley/Enderwick, in: Buckley u. a. (Hrsg.), *International Business* (2022), 24 (29).

3214 Buckley/Enderwick, in: Buckley u. a. (Hrsg.), *International Business* (2022), 24 (29).

B. Das multinationale Unternehmen im Völkerrecht

Das Völkerrecht ist keine elaborierte Rechtsordnung. Es erfasst das wirtschaftliche Phänomen des MNU nur rudimentär. Die mit wirtschaftswissenschaftlichem Rüstzeug beschreibbaren Erscheinungsformen eines MNU lassen sich nicht problemlos in völkerrechtliche Kategorien übersetzen. Der kleinste Baustein eines MNU ist die **juristische Person** (des nationalen Rechts), die als Einzelentität Träger eines Unternehmens ist (I.). Tätigt eine juristische Person des nationalen Rechts eine ausländische Direktinvestition, ist ihr diese Investition in Form einer Eigenkapitalbeteiligung als Eigentum zugewiesen. Die beste juristische Übersetzung einer solchen Konstellation ist der **Konzern** bzw. die Unternehmensgruppe (II.).³²¹⁵ Ein Konzern ist nicht zwingend mit einer mehrheitlichen Eigenkapitalbeteiligung gleichzusetzen;³²¹⁶ der Einfachheit halber soll eine solche Mehrheitsbeteiligung nachfolgend aber der Orientierung dienen. Für die moderne Erscheinungsform eines MNU als **Netzwerk** gibt es, soweit erkennbar, keine juristische Übersetzung (III.).

Der Umgang des Völkerrechts mit MNUs ist von Bedeutung für die Leitsätze, weil die Leitsätze selbst Teil des Völkerrechts sind. Sie sind deshalb im Lichte des Völkerrechts auszulegen.³²¹⁷ Die nachfolgenden Untersuchungen zeigen indes, dass das Völkerrecht für die Auslegung der MNU-Definition der Leitsätze unergiebig ist. Die Leitsätze sind vielmehr ein Gegenentwurf zur unzureichenden völkerrechtlichen Rechtslage und überwinden sie (IV.).

3215 Der Konzern ist ein *terminus technicus*, der im deutschen Gesellschaftsrecht für eine bestimmte Form „verbundener Unternehmen“ (§§ 15 ff. AktG) benutzt wird. Ich benutze den Begriff „Konzern“ im Folgenden nicht in diesem spezifischen deutschrechtlichen Sinne.

3216 Für das deutsche Recht: Neben einer mehrheitlichen Eigenkapitalbeteiligung (§ 16 Abs. 1 Var. 1 AktG) ist beispielsweise an Beherrschungsverträge (§ 291 AktG) oder Stimmrechtsmehrheiten ohne Kapitalmehrheit (§ 16 Abs. 1 Var. 2 AktG) zu denken.

3217 Vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK („Vienna Convention on the Law of Treaties“ (Wiener Konvention über das Recht der Verträge, WVRK), Unterzeichnung: 23. Mai 1969, Inkrafttreten: 27. Januar 1980, UNTS 1155, 331). Zur Anwendbarkeit dieser für verbindliche Regelungen geltenden Regel auf ein unverbindliches Instrument wie die Leitsätze siehe Kapitel 4 C. II.

I. Juristische Personen

Ein Unternehmen wird von formal organisierten Entitäten getragen und geformt. Zu diesen Entitäten gehören insbesondere Gesellschaften und andere juristische Personen des nationalen Rechts. Anders als die „natürliche Person“ ist die „juristische Person“ in erster Linie ein Gedankenkonstrukt. Während es fernliegt, dass das Völkerrecht ein gänzlich anderes Verständnis von einer natürlichen Person entwickelt als innerstaatliche Rechtsordnungen, ist dies bei der juristischen Person anders.³²¹⁸ Das Völkerrecht steht hier vor der Herausforderung, dass weder das „Unternehmen“ noch die „Gesellschaft“ hergebrachte Begriffe des Völkerrechts sind.³²¹⁹ Es wird stattdessen mit einer Rechtsfigur innerstaatlicher Rechtsordnungen konfrontiert, deren Existenz es nicht leugnen kann.³²²⁰ Das Völkerrecht weist in Bezug auf juristische Personen des nationalen Rechts einen niedrigen Entwicklungsstand auf, der sich allenfalls in Spezialmaterien verdichtet, aber klare allgemeine Regeln vermissen lässt.³²²¹ Das unvollständige Völkerrecht verweist zur Lückenschließung häufig auf das innerstaatliche Recht und enthält keine klare Antwort auf die Frage nach der Völkerrechtssubjektivität von Unternehmen (1.). Die völkerrechtlichen Pflichten (und Rechte) von juristischen Personen sind deshalb unklar (2.). Die Leitsätze stehen einem Verweis auf das innerstaatliche Recht entgegen und umgehen die Problematik der ungeklärten Völkerrechtssubjektivität von Unternehmen (3.).

1. Unvollständigkeit des Völkerrechts

Bereits die Anerkennung der völkerrechtlichen Rechtsfähigkeit (Völkerrechtssubjektivität) von Unternehmen im Sinne wirtschaftlich tätiger und

3218 Das Völkerrecht definiert seine juristischen Personen autonom vom innerstaatlichen Recht (*Peters*, *Jenseits der Menschenrechte* (2014), S. 3 f., 90). Ausdifferenzierungen des nationalen Rechts (wie etwa diejenige zwischen „juristischen Personen“ und „rechtsfähigen Personengesellschaften“ in § 14 BGB) sind irrelevant.

3219 Vgl. *Krajewski*, in: *Giegerich* (Hrsg.), *Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise* (2011), 35 (43): Es gebe keine genuin transnationale Unternehmens- oder Gesellschaftsrechtsordnung.

3220 *IGH*, Judgment (5. Februar 1970), *ICJ Reports* 1970, 3 (Rn. 38) — „*Barcelona Traction*“ (Belgium ./ Spain), 2nd Phase.

3221 *Muchlinski*, *Corporations in International Law*, *MPEPIL* (2014), Rn. 52.

formal organisierter Rechtsträger ist unklar.³²²² Nach traditioneller Ansicht ist sie zu versagen.³²²³ Nach einer überzeugenderen Ansicht besteht sie zumindest partiell.³²²⁴ Nach wiederum anderer Ansicht ist die Unterscheidung zwischen Subjekten und Objekten des Völkerrechts überholt.³²²⁵ Die zugehörige Debatte leidet unter anderem daran, dass kein subsumtionsfähiger Satz an Prüfkriterien existiert, anhand dessen die völkerrechtliche Rechtsfähigkeit festgestellt werden kann.³²²⁶ Fest steht, dass das Völkerrecht Unternehmen nicht außer Acht lässt. Denn auch wenn bezweifelt werden kann, dass Unternehmen Völkerrechtssubjekte sind, so kann nicht bezweifelt werden, dass das Völkerrecht – sowohl im Völkervertrags- als auch -gewohnheitsrecht – Normen kennt, die sich auf diese Entitäten beziehen.

Bezugnahmen auf juristische Personen des nationalen Rechts finden sich eher selten in völkerrechtlichen Verträgen.³²²⁷ Dennoch lassen sich einige Beispiele finden.³²²⁸ So enthält CETA³²²⁹ in seinem Art. I.1 eine Definition

3222 BVerfG, Beschluss (3. November 2015), Az. 2 BvR 2019/09, Rn. 47: „Ob und in welchem Umfang multi- oder transnational agierende Unternehmen beschränkte Völkerrechtssubjektivität besitzen oder besitzen können, ist völkerrechtlich nicht abschließend geklärt [...]“; vgl. Muchlinski, *Corporations in International Law*, MPEPIL (2014), Rn. 6 ff.

3223 *Cour d'appel de Versailles*, Jugement (22. März 2013), ILM 52, 1161 (1178, 1181) — AFPS u. a. ./ Alstom u. a. (aber differenzierend); Spießhofer, *Unternehmerische Verantwortung* (2017), S. 78; Crawford, *Brownlie's Principles* (2019), S. III f.; Arnault, *Völkerrecht* (2022), Rn. 637.

3224 ICSID, Award (8. Dezember 2016), Az. ARB/07/26, Rn. 1195 — Urbaser S.A. u. a. ./ Argentina: „[...] it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law.“; ICSID, Award (18. September 2018), Az. UNCT/15/3, Rn. 738 — Aven u. a. ./ Costa Rica; *Supreme Court of Canada*, Judgment (28. Februar 2020), ILM 59 (2020), 750 (774–776) — Nevsun Resources Ltd. ./ Araya; Ratner, *Yale LJ* 111 (2001), 443 (475 ff.); Schmalenbach, *AVR* 39 (2001), 57 (63 ff.); Hansen, *Global Jurist* 10–1 Beitrag-Nr. 9 (2010), 1 (6, 21); Köster, *Völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater Unternehmen* (2010), S. 267 ff.; Krajewski, in: Giegerich (Hrsg.), *Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise* (2011), 35 (44 f.); Peters, *Jenseits der Menschenrechte* (2014), S. 90 f.; Hoffberger-Pippan, *AVR* 58 (2020), 400 (416); Davarnejad, *Menschenrechtsverantwortung von MNUen und CSR* (2020), S. 66.

3225 Higgins, *RdC* 230 (1991), 9 (80 f.); Zerk, *Multinationals and CSR* (2006), S. 74.

3226 Peters, *Jenseits der Menschenrechte* (2014), S. 29.

3227 Kuntz, *Conceptualising Transnational Corporate Groups* (2017), S. 71 f.

3228 Siehe neben den folgenden Beispielen auch die Beispiele bei: Köster, *Völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater Unternehmen* (2010), S. 39 ff.; Kuntz, *Conceptualising Transnational Corporate Groups* (2017), S. 62 ff.; Dörr, in: Reinisch u. a. (Hrsg.), *BerDGIR* 50 (2020), 133 (139 ff.).

3229 „Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits“ (*Compre-*

eines „Unternehmens“. Art. 1 S. 1 EMRK-ZPI³²³⁰ garantiert den Schutz des Eigentums jeder natürlichen oder „juristischen Person“. Art. 25 Abs. 2 lit. b) ICSID-Ü³²³¹ regelt die Zuständigkeit des ICSID in Bezug auf „juristische Personen“. Art. VII Abs. 1 lit. b) der Claims Settlement Declaration³²³² definiert im Zusammenhang mit der Zuständigkeit des Iran-United States Claims Tribunals (IUSCT) einen „Staatsangehörigen“ unter anderem als „*corporation or other legal entity which is organized under the laws of Iran or the United States*“. Art. 137 SRÜ³²³³ verbietet es ausdrücklich natürlichen und „juristischen Personen“, sich einen Teil des Meeresbodens oder seiner Ressourcen anzueignen (Abs. 1 S. 1). Ob diese Norm unmittelbar juristische Personen adressiert³²³⁴ oder vielmehr den Vertragsstaaten eine Pflicht auferlegt, eine Aneignung durch juristische Personen zu verhindern,³²³⁵ kann hier dahinstehen. Es fällt auf, dass diese Verträge die juristische Person entweder gar nicht (vgl. SRÜ, EMRK-ZPI) oder unter Rückgriff auf das nationale Recht (vgl. CETA, Claims Settlement Declaration, ICSID) definieren.³²³⁶ Dieser Rückgriff führt beispielsweise dazu, dass Gebilde, die nach nationalem Recht keine Rechtsfähigkeit besitzen, vor dem ICSID

hensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, CETA), Unterzeichnung: 30. Oktober 2016, noch nicht in Kraft getreten. ABL L 11 (14. Januar 2017), 23–1079. Verfügbar unter: http://data.europa.eu/eli/agree_internation/2017/37/oj.

- 3230 „Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms“ (*Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, EMRK-ZPI*), Unterzeichnung: 20. März 1952, Inkrafttreten: 18. Mai 1954. ETS Nr. 9.
- 3231 „Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States“ (*Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten, ICSID-Ü*), Unterzeichnung: 18. März 1965, Inkrafttreten: 14. Oktober 1966. UNTS 575, 159.
- 3232 Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (*Claims Settlement Declaration*), Unterzeichnung: 19. Januar 1981, Inkrafttreten: 19. Januar 1981. ILM 20 (1981), 230–233.
- 3233 „United Nations Convention on the Law of the Sea“ (*Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen, SRÜ*), Unterzeichnung: 10. Dezember 1982, Inkrafttreten: 16. November 1994. UNTS 1833, 3.
- 3234 Dörr, in: Reinisch u. a. (Hrsg.), BerDGIR 50 (2020), 133 (139).
- 3235 Vöneky/Höfelmeier, Article 137, Proelß UNCLOS Commentary (2017), Rn. 10; vgl. auch Kuntz, Conceptualising Transnational Corporate Groups (2017), S. 70.
- 3236 Siehe auch: Kuntz, Conceptualising Transnational Corporate Groups (2017), S. 70.

nicht parteifähig sind.³²³⁷ In jüngerer Zeit hat der IGH die Passage im US-amerikanisch-iranischen Freundschaftsvertrag, wonach der „rechtliche Status“ (*juridical status*) von „Gesellschaften“ (*companies*) auf dem Gebiet der jeweils anderen Vertragspartei anerkannt werden solle, sehr weit ausgelegt.³²³⁸ Er verstand darunter, soweit ersichtlich, nicht nur die Pflicht der Vertragsparteien, die Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft anzuerkennen, sondern auch die Pflicht zur Beachtung ihrer vom Gründungsstatut vorgegebenen Eigenschaft als eigenständige juristische Person im Sinne des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips.³²³⁹

Die Rechtslage nach Völkergewohnheitsrecht ist ähnlich. Für den IGH bildet das nationale Recht stets den Ausgangspunkt.³²⁴⁰ Sofern das Völkerrecht keine eigenen Regeln ausgebildet habe, müsse es sich auf das innerstaatliche Recht stützen.³²⁴¹ Das betrifft insbesondere Fragen der Gründung und der Auflösung einer juristischen Person oder die Zuordnung von Rechten zur juristischen Person selbst oder zu ihren Anteilseignern.³²⁴² Insbesondere ist anerkannt, dass rechtsfähige Gebilde, die im nationalen Recht getrennt von ihren Anteilseignern existieren, auch im Völkerrecht eine gesonderte Existenz neben ihren Anteilseignern genießen.³²⁴³

3237 *ICSID*, Decision (22. April 2005), *ICSID Reports* 12, 242 (Rn. 131 ff.) — *Impregilo SpA ./. Pakistan*, Jurisdiction; *Schill* u. a., Article 25, Schreuer's *ICSID Commentary* (2022), Rn. 1173 ff.

3238 Vgl. *IGH*, Judgment (30. März 2023), *ICJ Reports* 2023, 51 (Rn. 123 ff.) — „Certain Iranian Assets“ (Iran ./. USA), Merits.

3239 *IGH*, Judgment (30. März 2023), *ICJ Reports* 2023, 51 (Rn. 135 ff.) — „Certain Iranian Assets“ (Iran ./. USA), Merits; kritisch: *IGH*, *Tomka* (Separate Opinion), Judgment (30. März 2023), *ICJ Reports* 2023, 131 (Rn. 2 ff.) — „Certain Iranian Assets“ (Iran ./. USA), Merits; *IGH*, *Nolte* (Separate Opinion), Judgment (30. März 2023), *ICJ Reports* 2023, 226 (Rn. 2 ff.) — „Certain Iranian Assets“ (Iran ./. USA), Merits.

3240 *IGH*, Judgment (5. Februar 1970), *ICJ Reports* 1970, 3 (Rn. 38) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./. Spain), 2nd Phase; *IGH*, Judgment (24. Mai 2007), *ICJ Reports* 2007, 582 (Rn. 61 f.) — „Diallo“ (Guinea ./. DR Congo), Preliminary Objections.

3241 *IGH*, Judgment (5. Februar 1970), *ICJ Reports* 1970, 3 (Rn. 38) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./. Spain), 2nd Phase.

3242 Vgl. die Prüfung des IGH in *Diallo*, die sich auf das Recht der DR Kongo stützte: *IGH*, Judgment (30. November 2010), *ICJ Reports* 2010, 639 (Rn. 103 ff.) — „Diallo“ (Guinea ./. DR Congo), Merits.

3243 *IGH*, Judgment (30. November 2010), *ICJ Reports* 2010, 639 (Rn. 103 ff.) — „Diallo“ (Guinea ./. DR Congo), Merits; vgl. *IGH*, Judgment (5. Februar 1970), *ICJ Reports* 1970, 3 (Rn. 41) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./. Spain), 2nd Phase; *Muchlinski*, *Corporations in International Law*, MPEPIL (2014), Rn. 2.

Dennoch dürfe das Völkerrecht, so der IGH, die nationalen Rechtsfiguren nicht unbeschadet parallelisieren oder die völkerrechtlichen Institutionen streng akzessorisch zu denen des nationalen Rechts ausgestalten; es hat autonom vorzugehen.³²⁴⁴ Wie weit diese Autonomie von den innerstaatlichen Rechtsordnungen im Einzelnen reicht, ist unklar; der Gerichtshof könnte gemeint haben, dass nicht ein bestimmtes innerstaatliches Gründungsstatut, sondern allgemein anerkannte Regelungen innerstaatlicher Rechte maßgeblich sind.³²⁴⁵ Klar ist, dass von der Rechtsfähigkeit einer juristischen Person im innerstaatlichen Recht nicht auf ihre Völkerrechtssubjektivität,³²⁴⁶ sondern nur auf ihre gesonderte Existenz geschlossen werden kann.

Zusammengefasst ergibt sich damit das folgende Bild: Juristische Personen des nationalen Rechts sind im Völkerrecht nach herkömmlicher (aber zurecht umstrittener) Ansicht zwar nicht rechtsfähig (keine Subjekte), sie genießen im Völkerrecht aber eine von ihren Anteilseignern oder Mitgliedern gesonderte Existenz. Obwohl bloße Fiktion des nationalen Rechts, sind sie kein völkerrechtliches Nullum.

2. Folgeprobleme

Der ungeklärte Status der Völkerrechtssubjektivität juristischer Personen des nationalen Rechts verschleiert ihre völkerrechtlichen Pflichten (und Rechte). Sofern man mit der traditionellen Ansicht eine Völkerrechtssubjektivität juristischer Personen des nationalen Rechts ablehnt, muss man auch deren Stellung als Subjekt völkerrechtlicher Pflichten ablehnen.³²⁴⁷

3244 IGH, Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 3 (Rn. 38) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./ Spain), 2nd Phase.

3245 Manche Literaturstimmen gehen offenbar davon aus, dass das Völkerrecht aus Sicht des IGHs niemals auf das Recht nur eines Staates, sondern immer nur auf allgemein akzeptierte Regeln (*rules generally accepted*) verweise: Dupuy, International Law and Domestic (Municipal) Law, MPEPIL (2011), Rn. 36 f.; vgl. Seidl-Hohenveldern, Corporations in and under International Law (1987), S. 2. Das bezieht sich auf eine Formulierung des IGH in *Barcelona Traction* (IGH, Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 3 (Rn. 50) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./ Spain), 2nd Phase.). Meines Erachtens steht eine solche Deutung mit der Vorgehensweise des IGH in *Diallo* im Widerspruch, da der IGH hier das Recht nur der DR Kongo heranzog (IGH, Judgment (24. Mai 2007), ICJ Reports 2007, 582 (Rn. 61 ff.) — „Diallo“ (Guinea ./ DR Congo), Preliminary Objections).

3246 Köster, Völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater Unternehmen (2010), S. 46.

3247 Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 78.

Wer eine partielle Völkerrechtssubjektivität anerkennt, muss darlegen, in Bezug auf welche Rechte und Pflichten eine unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung aus dem Völkerrecht besteht.³²⁴⁸ Da dieser Frage bereits durch andere Autoren³²⁴⁹ viel Raum gewidmet wurde, soll ihr an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden. Fraglos können derartige Pflichten (völkervertraglich) begründet werden.³²⁵⁰

Dagegen bejaht die überwiegende Meinung die Pflicht eines Staates, vor Beeinträchtigungen der Menschenrechte durch Unternehmen zu schützen.³²⁵¹ Nach einer weniger stark vertretenen Meinung gilt dies sogar für extraterritoriale Sachverhalte.³²⁵² Bejaht man eine extraterritoriale Schutzpflicht, ist die Frage aufgeworfen ob Heimatstaaten multinationaler Unternehmen Regelungen erlassen *müssen*, die darauf gerichtet sind, diese Unternehmen auch mit Blick auf ihre Aktivitäten im Ausland zu menschenrechtskonformem Verhalten anzuhalten.³²⁵³ Hierbei ist allerdings zu bedenken, dass dieser Diskurs auf Menschenrechte beschränkt ist. Er betrifft also nur

3248 Schmalenbach, AVR 39 (2001), 57 (65); Köster, Völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater Unternehmen (2010), S. 28 f.

3249 Siehe beispielsweise zur völkerrechtlichen Pflichtenstellung multinationaler Unternehmen: Schmalenbach, AVR 39 (2001), 57 (65 ff.); Zerk, Multinationals and CSR (2006), S. 76 ff.; Köster, Völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater Unternehmen (2010), S. 79 ff.; Hansen, Global Jurist 10–1 Beitrag-Nr. 9 (2010), 1 (47 ff.); Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 83 ff.

3250 Zerk, Multinationals and CSR (2006), S. 76 f.; Krajewski, BHRJ 5 (2020), 105 (110).

3251 WSK-Ausschuss, General Comment No. 24 (2017), Rn. 10 ff.; Zerk, Multinationals and CSR (2006), S. 84; Ruggie, Protect, Respect and Remedy Framework (2008), Rn. 18; Köster, Völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater Unternehmen (2010), S. 72 ff.; Papp, Extraterritoriale Schutzpflichten (2013); Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 94 f.; Krajewski, ZVglRWiss 122 (2023), 55 (61).

3252 Eher Bejahend: WSK-Ausschuss, General Comment No. 24 (2017), Rn. 25 ff.; WSK-Ausschuss, General Comment No. 26 (2023), Rn. 40 ff.; wohl auch: Menschenrechtsausschuss, Decision (26. Juli 2017), Az. 2285/2013, Rn. 6.5 — Issa Yassin u. a. ./ Canada; Papp, Extraterritoriale Schutzpflichten (2013) (ausführlich und differenzierend); Krajewski, ZVglRWiss 122 (2023), 55 (62 ff.).

Kritisch: Zerk, Multinationals and CSR (2006), S. 85 ff.; Ruggie, Protect, Respect and Remedy Framework (2008), Rn. 19; Knox, in: Mareş (Hrsg.), The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation (2012), 51 (78 ff.).

Ablehnend: OHCHR, UN Guiding Principles (2011), Lp. 2 und zugehöriger Kommentar; Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 75 f.

3253 Vgl. WSK-Ausschuss, General Comment No. 24 (2017), Rn. 33: „should also require corporations“; Krajewski, ZVglRWiss 122 (2023), 55 (65) (nur unter von ihm näher genannten Voraussetzungen bestehe eine solche Pflicht); kritisch: Zerk, Multinationals and CSR (2006), S. 89 ff.

einen Teil der Schutzgüter der Leitsätze und ist folglich nicht weiter zu vertiefen.

3. Juristische Personen in den Leitsätzen

Der Entwicklungsstand des Völkerrechts trägt vor allem zwei Fragen an die Leitsätze heran.

Erstens stellt sich die Frage, welche Relevanz der Diskurs zur Völkerrechtssubjektivität juristischer Personen für die Leitsätze besitzt. Meines Erachtens ist dieser Diskurs für die Leitsätze nur von begrenztem Wert: Im Rahmen der Leitsätze stellt sich die Frage der Völkerrechtssubjektivität von MNUen schlicht nicht. Als Instrument, das MNUen keine Pflichten auferlegt (Ls. I-1 Leitsätze 2023), können sie sich unmittelbar an MNUen richten, ohne dass es auf deren Völkerrechtssubjektivität ankäme. Unter anderem um die unmittelbare Ansprache der damals nicht als Völkerrechtssubjekte anerkannten MNUen zu ermöglichen, entschied man sich in den 1970er Jahren für eine unverbindliche Ausgestaltung der Leitsätze.³²⁵⁴

Zweitens stellt sich die Frage, ob die Auslegung der Leitsätze im Lichte des Völkerrechts³²⁵⁵ den Verweis des Völkerrechts auf die innerstaatlichen Rechtsordnungen umfasst. Meines Erachtens ist dies eindeutig abzulehnen, weil die Leitsätze autonom vom innerstaatlichen Recht auszulegen und anzuwenden (Ls. I-2 Leitsätze 2023) sind.³²⁵⁶ Allein deshalb sind nationale Vorstellungen von juristischen Personen nicht anwendbar.³²⁵⁷ Die Idee eines solchen Verweises ist aber auch zu verwerfen, ohne dass es eines Rückgriffs auf Ls. I-2 Leitsätze 2023 bedarf. Der Verweis des Völkerrechts auf das jeweilige Gründungsstatut einer juristischen Person birgt nämlich das Risiko, Wertungen des innerstaatlichen Rechts in das Völkerrecht einzutragen, die diesem fremd sind.³²⁵⁸ Das betrifft insbesondere die gesonderte Existenz einer juristischen Person des nationalen Rechts, weil die Rechtsfä-

3254 *Fatouros*, The OECD Guidelines in a Globalising World (1999), Rn. 19; vgl. *Lévy*, in: Rubin/Hufbauer (Hrsg.), *Emerging Standards of International Trade and Investment* (1984), 47 (50).

3255 Analog Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK; zur Anwendung der Auslegungskanonens auf die Leitsätze siehe: Kapitel 4 C. II.

3256 Siehe: Kapitel 2 C. III.

3257 *Backer*, *Melb JIL* 10 (2009), 258 (265 f., 295 ff.).

3258 *De Visscher*, *RBDI* 1971, 1 (2).

higkeit einer Gesellschaft im innerstaatlichen Recht bestimmten Zwecken dient.³²⁵⁹ Sie wurde im Kontext des Privatrechtsverkehrs zwischen Privatrechtssubjekten geschaffen, um Fragen der Haftung, des Verkehrsschutzes, der Gründung oder der Unternehmensführung zu klären.³²⁶⁰ Keiner der zugehörigen Regelungszwecke sollte ohne gesonderte Begründung in das Völkerrecht allgemein und erst recht nicht in ein besonderes Rechtsgebiet des Völkerrechts übertragen werden.³²⁶¹ Bei einer „juristischen Person“ kommt hinzu, dass es sich um eine reine Fiktion handelt. Es gibt keinen gemeinsamen realweltlichen Ausgangspunkt, an dem sich nationale Zivilrechte und das Völkerrecht zu orientieren haben. Auf die MNU-Definition im Bereich verantwortungsvoller Unternehmensführung übertragen, leuchtet es nicht ein, weshalb der Schutz von Menschenrechten, Arbeitnehmerrechten, der Umwelt oder die Reduzierung von Steuervermeidung von innerstaatlichen Regeln des Gesellschaftsrechts abhängen sollen, die in erster Linie für den Privatrechtsverkehr konzipiert wurden. Teleologische Anknüpfungspunkte sind eigenständig aus den OECD-Leitsätzen zu entwickeln. Zu bedenken ist außerdem, dass Konzepte wie die gesonderte Existenz einer juristischen Person des nationalen Rechts einer verbindlichen Rechtsordnung entstammen; die Leitsätze sind demgegenüber ein unverbindliches Instrument, das größere konzeptionelle Freiheiten genießt.³²⁶² Ferner riskiert ein derartiger Verweis, das Völkerrecht dem innerstaatlichen Recht unterzuordnen.³²⁶³ Das birgt die Gefahr des Missbrauchs durch Staaten wie durch Unternehmen, die die für sie günstigen innerstaatlichen Rechtsordnungen ausnutzen könnten.³²⁶⁴

Schließlich ist in Erinnerung zu rufen, dass der völkerrechtliche Verweis auf das innerstaatliche Recht kein vollständiger ist. Der Verweis ist nur eine Verlegenheitslösung, um völkerrechtliche Regelungslücken sinnvoll und rechtssicher³²⁶⁵ zu füllen. Dem Völkerrecht liegt eine autonome Entscheidung zugrunde, wie mit juristischen Personen des nationalen Rechts auf

3259 *IGH, Tanaka* (Separate Opinion), Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 114 (124) — „Barcelona Traction“, 2nd Phase.

3260 *IGH, Tanaka* (Separate Opinion), Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 114 (121) — „Barcelona Traction“, 2nd Phase.

3261 *IGH, Tanaka* (Separate Opinion), Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 114 (121) — „Barcelona Traction“, 2nd Phase; vgl. *De Visscher*, RBDI 1971, 1 (3).

3262 Vgl. *Backer*, Melb JIL 10 (2009), 258 (297).

3263 *IGH, Gros* (Separate Opinion), (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 267 (272) — „Barcelona Traction“, 2nd Phase; *De Visscher*, RBDI 1971, 1 (2).

3264 *Kuntz*, *Conceptualising Transnational Corporate Groups* (2017), S. 37.

3265 Vgl. *De Visscher*, RBDI 1971, 1 (6).

internationaler Ebene umzugehen ist.³²⁶⁶ In jedem Teilbereich des Völkerrechts ist diese Entscheidung gesondert zu treffen. Der Verweis auf innerstaatliches Recht kann mithin jederzeit revidiert werden und ist nicht für jeden Teilbereich des Völkerrechts anzuerkennen. Die MNU-Definition der Leitsätze ist beispielsweise recht umfassend und kennt wenig Lücken; sie benötigt keine Verlegenheitslösung wie einen Verweis auf innerstaatliches Recht.

Eine Auslegung der Leitsätze im Einklang mit dem Völkerrecht ist in Bezug auf juristische Personen damit im Ergebnis unergiebig. Es enthält selbst kaum anwendbare Regelungen; sein Verweis auf innerstaatliches Recht sollte für die Leitsätze nicht übernommen werden. Das schließt allerdings nicht gänzlich aus, nationalrechtliche Regelungen im Rahmen eines autonomen Konzepts der Leitsätze als bloße Fakten zu beachten. Auch unter den Leitsätzen kann innerstaatliches Recht relevant sein. Wenn die Leitsätze beispielsweise darauf abstellen, dass eine Entität wesentlichen Einfluss auf eine andere ausübt (Ls. I-4 S. 5 Leitsätze 2023), wird sich das nach den Einflussmöglichkeiten richten, die das innerstaatliche Gesellschafts- oder Vertragsrecht verleiht.

II. Konzerne

Konzerne werden im innerstaatlichen Recht üblicherweise nicht als eigenes Rechtssubjekt, sondern als Verbindung jeweils einzelner Rechtssubjekte gesehen.³²⁶⁷ So betont das deutsche Konzernrecht die „rechtliche Selbstständigkeit“ der Konzernglieder.³²⁶⁸ Das schließt jedoch nicht aus, Konzerne in konzerndimensional erdachten Regelungen als einheitliches Rechtsobjekt zu behandeln. Beispiele solcher konzerndimensional gedachten Regelungen finden sich im deutschen Recht etwa im Bilanzrecht³²⁶⁹ und Mitbestimmungsrecht³²⁷⁰. Das Völkerrecht geht bislang keinen der bei-

3266 Peters, *Jenseits der Menschenrechte* (2014), S. 3 f., 90.

3267 Aus internationaler Perspektive: Zerk, *Multinationals and CSR* (2006), S. 52; Weidmann, *OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz* (2014), S. 45 f.; Kuntz, *Conceptualising Transnational Corporate Groups* (2017), S. 34 f.; Massoud, *Menschenrechtsverletzungen transnationaler Unternehmen* (2018), S. 40.

Für das deutsche Recht: Lutter, AG 2006, 517 (517): „[...] der Konzern ist keine selbstständige Einheit, ist wirtschaftliche Einheit, nicht Person.“

3268 Vgl. §§ 15, 16 Abs. 1, 17 Abs. 1 AktG.

3269 Etwa: §§ 290 ff. HGB.

3270 Etwa: § 5 MitbestG.

den Schritte: Da schon die Völkerrechtssubjektivität juristischer Personen des nationalen Rechts nicht fest etabliert ist, muss dies *a fortiori* für Konzerne gelten. Außerdem werden Konzernsachverhalte von Völkerrechtsnormen oder internationalen Gerichten nur selten angesprochen. Eine Behandlung des Konzerns als einheitliches Rechtsobjekt durch völkerrechtliche Normen *de lege lata* gibt es, soweit ersichtlich, nicht.³²⁷¹ Sofern sich völkerrechtliche Verträge mit Unternehmen befassen (vgl. die obigen Beispiele), befassen sie sich grundsätzlich nur mit Einzelentitäten und sind nicht konzerndimensional konzipiert.³²⁷² Eine Ausnahme bildet das Investitionsschutzrecht. Seiner konzerndimensionalen Betrachtungsweise steht das Recht des diplomatischen Schutzes, zumindest in seiner Auslegung durch den IGH, diametral entgegen. Beide Rechtsgebiete möchte ich deshalb beispielhaft für den Umgang des Völkerrechts mit Konzernstrukturen vorstellen (1.). Werden Konzerne nicht als einheitliches Rechtsobjekt (*en bloc*) betrachtet, hat das eine Zersplitterung staatlicher Regelungsgewalt zur Folge (2.). Erneut präsentieren sich die Leitsätze als Gegenmodell, das derartigen Unzulänglichkeiten entgegenwirkt (3.).

1. Konzerndimensionale Regelungen im Völkerrecht

Das Investitionsschutzrecht und das Recht des diplomatischen Schutzes gehen mit Konzernstrukturen unterschiedlich um. An zwei Punkten, der Inhaberschaft von Rechten und der Bestimmung der Staatszugehörigkeit, lässt sich das eingängig illustrieren.

Konzernstrukturen werfen die Frage auf, ob nur eine juristische Person, die **rechtlicher Inhaber eines Rechts** ist, oder auch eine juristische Person, die sein wirtschaftlicher Inhaber ist, dieses Recht gelten machen kann. Man nehme an, dass eine Gesellschaft *Alpha* bedeutende Anteile an der Gesellschaft *Beta* hält und *Beta* ein Schaden entsteht, weil ein Staat ein Grundstück der *Beta* enteignet. Es bestehen drei Möglichkeiten: (i) *Alpha* könnte aus eigenem Recht unmittelbar gegen die Enteignung vorgehen, weil die Grundstücke rechtlich gesehen zwar in *Betas* Eigentum, wirtschaftlich gesehen jedoch im Eigentum der *Alpha* standen. (ii) *Alpha* könnte geltend machen, dass ihre Anteile an *Beta* durch die Enteignung an Wert verloren

3271 Zerk, *Multinationals and CSR* (2006), S. 74; Ruggie, *AJIL* 101 (2007), 819 (824); vgl. schon: Vagts, *Harvard Law Review* 83 (1970), 739 (743).

3272 Kuntz, *Conceptualising Transnational Corporate Groups* (2017), S. 71 f.

haben. (iii) *Alpha* könnte darauf verwiesen sein, nur ihre unmittelbar in der Anteilseignerstellung wurzelnden Rechte wie das Recht auf Gewinnausschüttung ausüben zu können. Im Bereich des Investitionsschutzrechts ist Art. 25 des ICSID-Ü auf derartige Fragen anwendbar. Gemäß Art. 25 ICSID-Ü ist das ICSID nur für Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer „Investition“ zuständig. Die „Investition“ ist im ICSID-Ü nicht definiert.³²⁷³ Üblicherweise wird das Vorliegen einer Investition auf Basis des sog. *Salini*-Tests bestimmt.³²⁷⁴ Dabei hat sich die allgemeine Ansicht herausgebildet, dass auch der bloße Anteilsbesitz einer Entität an einer anderen in der Regel eine „Investition“ darstellt.³²⁷⁵ Als Schaden kann vor dem ICSID folglich eine Beeinträchtigung des bloßen Werts der Anteile geltend gemacht werden (vgl. Möglichkeit (ii)).³²⁷⁶ Umstritten ist nur, ob eine Anteilseignerin auch unmittelbar Schäden an den Vermögensgegenständen der Tochtergesellschaft (vgl. (i)) geltend machen kann.³²⁷⁷ Die entgegengesetzte Position vertritt der *IGH* im Bereich des diplomatischen Schutzes. Er folgt dem Trennungsprinzip und behandelt den Schaden einer juristischen Person nur als Schaden der juristischen Person und nicht auch als Schaden ihrer Anteilseigner.³²⁷⁸ In obigem Fall könnte allein *Beta* gegen die Enteignung vorgehen. *Alpha* könnte sich nur auf eine Verletzung der unmittelbar in ihrer Anteilseignerstellung wurzelnden Rechte berufen (vgl. (iii)).³²⁷⁹ Es ist (vorbehaltlich etwaiger Ausnahmen)³²⁸⁰ ausgeschlossen, dass *Alpha* eine

3273 ICSID, Award (17. Juli 2003), ILM 42, 788 (Rn. 49) — CMS Gas ./. Argentina; Schill u. a., Article 25, Schreuer's ICSID Commentary (2022), Rn. 162.

3274 ICSID, Decision (23. Juli 2001), ILM 42, 609 (Rn. 52) — Salini Costruttori u. a. ./. Morocco, Jurisdiction: Eine Investition setzt voraus: „[...] contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction [...] [...] one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.“; vgl. Schill u. a., Article 25, Schreuer's ICSID Commentary (2022), Rn. 235 ff.

3275 Statt vieler: ICSID, Award (17. Juli 2003), ILM 42, 788 (Rn. 51 ff.) — CMS Gas ./. Argentina; *Dumberry*, Michigan State International Law Review 18 (2010), 353 (357); Schill u. a., Article 25, Schreuer's ICSID Commentary (2022), Rn. 284.

3276 Schill u. a., Article 25, Schreuer's ICSID Commentary (2022), Rn. 284 ff.

3277 Schill u. a., Article 25, Schreuer's ICSID Commentary (2022), Rn. 343 ff.

3278 IGH, Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 3 (Rn. 44) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./. Spain), 2nd Phase.

3279 IGH, Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 3 (Rn. 47) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./. Spain), 2nd Phase; IGH, Judgment (30. November 2010), ICJ Reports 2010, 639 (Rn. 114 ff.) — „Diallo“ (Guinea ./. DR Congo), Merits.

3280 Vgl. IGH, Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 3 (Rn. 64 ff.) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./. Spain), 2nd Phase; vgl. IGH, Judgment

Wertminderung ihrer Anteile an *Beta* geltend macht (vgl. (ii)).³²⁸¹ Erst recht kann sich *Alpha* nicht unmittelbar auf die Verletzung der Vermögensgegenstände der *Beta* berufen (vgl. (i)).³²⁸² Im Ergebnis trifft hier die wirtschaftlich-materielle Betrachtung des ICSID auf die juristisch-formale Betrachtung des IGH. Der IGH betrachtet Anteilseigner und ihre Gesellschaften separat. Er sieht Konzerne nicht *in toto*, sondern nur die einzelnen Konzernglieder.³²⁸³

Die Frage, ob zur Bestimmung der **Staatszugehörigkeit** einer juristischen Person nur auf sie selbst oder auch auf ihre Anteilseigner abgestellt werden darf, wird vom IGH und von ICSID-Tribunalen ebenfalls unterschiedlich beantwortet. Aus Sicht des IGH bestimmt sich die Nationalität einer juristischen Person für den Bereich des diplomatischen Schutzes grundsätzlich nach der Gründungstheorie.³²⁸⁴ Der IGH lehnt es grundsätzlich ab, die Ausübung diplomatischen Schutzes dem Staat zu gestatten, dessen Nationalität die Anteilseigner einer juristischen Person besitzen.³²⁸⁵ Insofern betrachtet der IGH jedes Konzernglied einzeln und losgelöst von seiner Einbettung in einen Konzern.³²⁸⁶ Die gegensätzliche Lösung findet

(30. März 2023), ICJ Reports 2023, 51 (Rn.137, 155) — „Certain Iranian Assets“ (Iran ./ USA), Merits.

3281 IGH, Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 3 (Rn. 44, 46) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./ Spain), 2nd Phase; IGH, Judgment (24. Mai 2007), ICJ Reports 2007, 582 (Rn. 86) — „Diallo“ (Guinea ./ DR Congo), Preliminary Objections.

3282 IGH, Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 3 (Rn. 41) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./ Spain), 2nd Phase; IGH, Judgment (30. November 2010), ICJ Reports 2010, 639 (Rn. 155) — „Diallo“ (Guinea ./ DR Congo), Merits.

3283 Kuntz, Conceptualising Transnational Corporate Groups (2017), S. 78.

3284 IGH, Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 3 (Rn. 70) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./ Spain), 2nd Phase; Muchlinski, Corporations in International Law, MPEPIL (2014), Rn. 18; Yilmaz Vastardis, Nationality of Corporate Investors (2020), S. 113 f.

Die Völkerrechtskommission deutet die Aussagen des IGH in *Barcelona Traction* so, dass auf die Sitztheorie zurückgegriffen werden kann, wenn drei Voraussetzungen vorliegen ((i) Kontrolle durch Anteilseigner eines anderen Staats, (ii) keine wesentlichen Geschäftstätigkeiten im Gründungsstaat, (iii) Verwaltungssitz und finanzielle Kontrolle in einem anderen Staat): *International Law Commission*, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries (2006), Art. 9 und zugehörige Kommentierungen.

3285 IGH, Judgment (5. Februar 1970), ICJ Reports 1970, 3 (Rn. 92 ff.) — „Barcelona Traction“ (Belgium ./ Spain), 2nd Phase; IGH, Judgment (24. Mai 2007), ICJ Reports 2007, 582 (Rn. 89 ff.) — „Diallo“ (Guinea ./ DR Congo), Preliminary Objections.

3286 Yilmaz Vastardis, Nationality of Corporate Investors (2020), S. 124.

sich in Art. 25 Abs. 2 lit. b) ICSID-Ü. Diese Norm regelt die Zuständigkeit des ICSID. Sie hängt unter anderem von der Staatszugehörigkeit des Investors ab, da diese nicht derjenigen des beklagten Staats entsprechen darf. Sofern die Verfahrensparteien der Anwendbarkeit dieser Regelung zugestimmt haben, wird eine juristische Person, die formal die Staatszugehörigkeit des beklagten Staats A hat, so behandelt, als ob sie die Staatszugehörigkeit desjenigen Staates B hätte, von dessen Angehörigen sie beherrscht wird. In der Sache *TSA Spectrum* wandte ein ICSID-Schiedsgericht diese Regelung zulasten des Klägers an.³²⁸⁷ Der (deutsch-)argentinische Eigner der argentinischen *TSA Spectrum* hatte kurz vor dem maßgeblichen Stichtag seine Anteile an eine niederländische Gesellschaft übertragen. Das Schiedsgericht gab hier dem Einwand des beklagten Argentinien statt: Die Zwischenschaltung der niederländischen Gesellschaft ändere nichts daran, dass *TSA Spectrum* unter argentinischer und nicht unter ausländischer Kontrolle stehe. Art. 25 Abs. 2 lit. b) ICSID-Ü ist also konzerndimensional konzipiert; die Erforschung der Beherrschung einer juristischen Person verlangt nämlich, ihr über Eigenkapitalbeteiligungen vermitteltes Verhältnis zu anderen Personen zu erkunden. Art. 25 ICSID-Ü erlaubt indes nicht, dass Konzerne als eigenständige Kläger auftreten.³²⁸⁸ Es werden lediglich Eigenschaften eines Konzernglieds (insbesondere der Konzernmutter) anderen Konzerngliedern zugerechnet.³²⁸⁹

Es stellt sich die Frage, welcher der beiden soeben dargestellten Ansätze eher den Anspruch erheben könnte, einer allgemeinen völkergewohnheitsrechtlichen Regelung zu entsprechen. Die Rechtslage unter bilateralen Investitionsschutzverträgen und dem ICSID-Ü könnte in Teilbereichen Ausdruck einer allgemeinen völkergewohnheitsrechtlichen Regelung sein. Angesichts der weiten Verbreitung investitionsschutzrechtlicher Verträge liegt es fern, in ihren inhaltlich sehr ähnlichen Regelungen lediglich *leges speciales* zu sehen.³²⁹⁰ Selbst der IGH hat zugegeben, dass die praktische Bedeutung der Institution des diplomatischen Schutzes gegenüber

3287 Hier und im Folgenden: *ICSID*, Award (19. Dezember 2008), ILM 48, 496 (Rn. 133 ff.) — *TSA Spectrum de Argentina SA* ./ Argentina.

3288 *Acconci*, JWIT 5 (2004), 139 (159); *Kuntz*, Conceptualising Transnational Corporate Groups (2017), S. 75, 93.

3289 *Kuntz*, Conceptualising Transnational Corporate Groups (2017), S. 93.

3290 *ICSID*, Award (17. Juli 2003), ILM 42, 788 (Rn. 48) — *CMS Gas* ./ Argentina; *Hansen*, Global Jurist 10–1 Beitrag-Nr. 9 (2010), 1 (3 ff.) (Hansen argumentiert allerdings im speziellen Zusammenhang mit der Frage der Völkerrechtssubjektivität multinationaler Unternehmen.).

dem modernen Investitionsschutzrecht deutlich abfällt.³²⁹¹ Die Formulierungen in bilateralen Investitionsschutzverträgen sind für die Entstehung einer völkergewohnheitsrechtlichen Regelung indes zu uneinheitlich und die vom Geflecht dieser Verträge gelassenen Lücken zu groß.³²⁹² Zudem belegt, worauf unter anderem der IGH hinweist, die Tatsache, dass Staaten Investitionsschutzverträge schließen, vielmehr das Fehlen einer *opinio iuris*: Es wäre überflüssig derartige Vertragsklauseln zu verwenden, wenn sie das andernfalls anwendbare Völkergewohnheitsrecht wiedergäben.³²⁹³ Stattdessen könnte die Rechtsprechung des IGH im Bereich des diplomatischen Schutzes einer allgemeinen völkergewohnheitsrechtlichen Regel entsprechen. Dem steht möglicherweise entgegen, dass sich der IGH nicht allgemein, sondern nur zur Rechtslage im Bereich des diplomatischen Schutzes geäußert hat.³²⁹⁴ Für die Verallgemeinerungsfähigkeit der Lösung des IGH, lässt sich die Rechtsprechung des EGMR anführen. Der EGMR hat sich für die EMRK der Ansicht des IGHs angeschlossen: Die für die Zulässigkeit einer Individualbeschwerde notwendige unmittelbare persönliche Beschwer (Art. 34 EMRK) ist für Anteilseigner einer geschädigten Gesellschaft zu verneinen.³²⁹⁵ Wenn ein Konventionsstaat eine Maßnahme gegenüber einer Gesellschaft trifft, muss die Gesellschaft selbst und dürfen nicht ihre Anteilseigner Beschwerde erheben.³²⁹⁶ Tendenziell dürfte daher eher der Trennungsgrundsatz aus der IGH-Rechtsprechung einer allgemeinen völkergewohnheitsrechtlichen Regelung entsprechen.

3291 *IGH*, Judgment (24. Mai 2007), ICJ Reports 2007, 582 (Rn. 88) — „Diallo“ (Guinea ./ DR Congo), Preliminary Objections.

3292 *Dumberry*, Michigan State International Law Review 18 (2010), 353 (366 ff., 371 f.); vgl. *McLachlan*, ICLQ 57 (2008), 361 (392 ff., 400 f.).

3293 *IGH*, Judgment (24. Mai 2007), ICJ Reports 2007, 582 (Rn. 90) — „Diallo“ (Guinea ./ DR Congo), Preliminary Objections; *Dumberry*, Michigan State International Law Review 18 (2010), 353 (368 f.); vgl. *McLachlan*, ICLQ 57 (2008), 361 (393).

3294 *ICSID*, Award (17. Juli 2003), ILM 42, 788 (Rn. 43) — CMS Gas ./ Argentina; vgl. *Zerk*, Multinationals and CSR (2006), S. 149.

3295 *EGMR*, Judgment (24. Oktober 1995), Series A no 330-A (Rn. 59 ff., 66) — Agrotexim u. a. ./ Greece. Der EGMR erkennt Ausnahmen an.

3296 *EGMR (GK)*, Judgment (7. Juli 2020), Az. 5294/14, Rn. 139 f. — Albert u. a. ./ Hungary; vgl. *EGMR*, Judgment (24. Oktober 1995), Series A no 330-A (Rn. 66, 71) — Agrotexim u. a. ./ Greece.

2. Folgeprobleme

Die Betrachtung einzelner Konzernglieder im Völkerrecht, bei der Konzerne nie *en bloc* adressiert werden, führt zur Zersplitterung von Regelungsgewalt, die sich im Risiko konfligierender Regelungen fortsetzt.

Die Krux staatlicher Regulierung weltweit tätiger Konzerne ergibt sich aus der Spannung zwischen der in ihrer Ortsgebundenheit verhafteten staatlichen Regelungsgewalt und dem flexiblen Agieren der Konzerne, das im Einzelnen zwar lokalisierbar, in seiner Gesamtheit jedoch ortsungebunden ist.³²⁹⁷ Staaten können sich, anders als Konzerne, nicht aus der westfälischen Ordnung befreien. Konzerne profitieren von der **Zersplitterung staatlicher Regelungsgewalt**. Dank ihrer Fähigkeit, eine Tochtergesellschaft beliebiger Staatszugehörigkeit zu gründen, und dank ihrer Fähigkeit, weltumspannende Netzwerke zu orchestrieren, die es ihnen ermöglichen, Finanz-, Personal- oder Betriebsmittel in freundliche Jurisdiktionen zu verschieben, können sie unvorteilhafter Regulierung ausweichen.³²⁹⁸ Völkerrechtliche Voraussetzung für die Ausübung rechtssetzender (*prescriptive jurisdiction*) oder rechtsprechender Regelungsgewalt (*adjudicative jurisdiction*) ist bekanntlich, dass sie sich auf das Hoheitsgebiet des Staates beschränkt (Territorialitätsprinzip), oder – bei extraterritorialer Ausübung –, dass ein besonderer Anknüpfungspunkt wie beispielsweise das Personalitätsprinzip vorliegt.³²⁹⁹ Der Heimatstaat hat somit Regelungsgewalt über die Verhältnisse der Konzernmutter (Personalitätsprinzip) wie deren heimatstaatlichen Tätigkeiten (Territorialitätsprinzip); der Gaststaat hat Regelungsgewalt über die Tätigkeiten einer Konzerntochter (Territorialitätsprinzip) und, sofern sie seinem Gründungsstatut unterliegt, auch über deren Verhältnisse (Personalitätsprinzip).³³⁰⁰ Jedes dieser Konzern-

3297 Hansen, *Global Jurist* 10–1 Beitrag-Nr. 9 (2010), 1 (76); Muchlinski, *Multinational Enterprises* (2021), S. III; Krisch, *EJIL* 33 (2022), 481 (481 ff.).

3298 Blum u. a., *Impact of Multinational Corporations* (1974), S. 30 f.; Wildhaber, in: Wildhaber u. a. (Hrsg.), *BerDGVR* 18 (1978) (22 ff.); Krajewski, in: Giegerich (Hrsg.), *Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise* (2011), 35 (55); Weidmann, *OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz* (2014), S. 45 f.; etwas kritischer: Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law* (1987), S. 12 f.

3299 Schmalenbach, *AVR* 39 (2001), 57 (73); Kamminga, *Extraterritoriality*, *MPEPIL* (2020), Rn. 9 ff.; Muchlinski, *Multinational Enterprises* (2021), S. 119; Arnault, *Völkerrecht* (2022), Rn. 351 f.

3300 WSK-Ausschuss, *General Comment No. 24* (2017), Rn. 31; Schmalenbach, *AVR* 39 (2001), 57 (73 f.); Zerk, *Multinationals and CSR* (2006), S. 105 ff.; Krajewski, in:

glieder unterliegt dann der Regelungsgewalt eines anderen Staates und kein Staat hat Zugriff auf alle Glieder des Konzerns.³³⁰¹ Es obliegt damit dem Gaststaat, einer auf seinem Staatsgebiet operierenden Konzern-tochter Arbeitsschutz-, Sozial- oder Umweltauflagen zu machen (Ls. I-8 S.1 Leitsätze 2023).³³⁰² Manche Gaststaaten machen von dieser Möglichkeit nur unvollständig Gebrauch: Einer wirkungsvollen Regulierung kann ein durchsetzungsschwaches und korruptes Rechts- und Verwaltungssystem wie auch der Wille der Regierung im Wege stehen, da fehlende staatliche Intervention ein Standortvorteil im Ringen um ausländische Direktinvestitionen sein kann.³³⁰³ Der Heimatstaat einer Konzernmutter darf folglich die ausländischen Aktivitäten ihrer ausländischen Tochtergesellschaften nicht (zumindest nicht unmittelbar) regulieren.³³⁰⁴ Läge hingegen kein Konzern vor, weil die juristische Person nicht über Tochtergesellschaften, sondern selbst (etwa über Niederlassungen) im Gaststaat operierte, könnte der Heimatstaat kraft des Personalitätsprinzip unter Beachtung des Interventionsverbots grundsätzlich auch deren ausländische Aktivitäten im Gaststaat regulieren.³³⁰⁵

Innerhalb des vergangenen Jahrzehnts haben sich neue Regulierungsmodelle herausgebildet. Beispielsweise verpflichten Heimatstaaten Konzernmütter zu konzernweiter Nachhaltigkeitsberichterstattung³³⁰⁶ oder liefer-

Giegerich (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise (2011), 35 (46 ff.); vgl. *Feliciano*, RdC 118 (1966), 209 (235 f.); vgl. *Ruggie*, Protect, Respect and Remedy Framework (2008), Rn. 14.

3301 *Ruggie*, AJIL 101 (2007), 819 (824); *Krajewski*, in: Giegerich (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise (2011), 35 (44); vgl. Ls. I-8 S.2 Leitsätze 2023.

3302 *Krajewski*, in: Giegerich (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise (2011), 35 (47).

3303 *Zerk*, Multinationals and CSR (2006), S. 84 f.; *Ruggie*, Protect, Respect and Remedy Framework (2008), Rn. 14; *Krajewski*, in: Giegerich (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise (2011), 35 (47 f.); *Muchlinski*, Multinational Enterprises (2021), S. 111.

3304 *Schmalenbach*, AVR 39 (2001), 57 (74); *Zerk*, Multinationals and CSR (2006), S. 106; *Krajewski*, in: Giegerich (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise (2011), 35 (49).

3305 *Seck*, Yale HR & Development LJ 11 (2008), 177 (187 f.); *Krajewski*, in: Giegerich (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise (2011), 35 (49); *Muchlinski*, Multinational Enterprises (2021), S. 120.

3306 Zu Nachhaltigkeitsberichterstattungspflichten siehe bereits Kapitel II C. 1. 3.; vgl. etwa Art. 19a, 29a der Bilanz-RL (Richtlinie 2013/34/EU über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG und zur

kettenweiten Sorgfaltspflichten³³⁰⁷. Formal betrachtet, richtet der Heimatstaat derartige Regelungen nur an die Konzernmutter und wird sie auch nur gegenüber der Konzernmutter durchsetzen.³³⁰⁸ Es ist aber abzusehen, dass die Konzernmutter zur Erfüllung ihrer heimatstaatlichen Pflichten auf ihre Töchter und Geschäftspartner einwirken muss.³³⁰⁹ Insofern regulieren Heimatstaaten die ausländischen Tochtergesellschaften mittelbar. In solchen Verpflichtungen liegt regelmäßig kein Verstoß gegen die völkerrechtlichen Grenzen der Ausübung rechtssetzender Regelungsgewalt. Entweder fehlt es bereits an einer problematischen und damit einen besonderen Anknüpfungspunkt fordernden Extraterritorialität, weil es sich nur um faktische Auswirkungen handelt,³³¹⁰ oder aber der notwendige Anknüpfungspunkt (etwa in Form des Personalitätsprinzips) liegt vor.³³¹¹ Das Interventionsverbot ist nicht verletzt.³³¹²

Realpolitisch dürfte sich die Regulierung des mächtigeren Akteurs (EU, USA, VR China) zu Lasten des schwächeren (oft globaler Süden) durchsetzen.³³¹³ Nur wenn es darum geht, weltweit operierende Konzerne zur Einhaltung universal akzeptierter Werte (Menschenrechte) und meines Erachtens auch zur Bewältigung existenzbedrohender Herausforderungen anzuhalten (Klimawandel), kann man über dieses Legitimitätsproblem

Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG (*Bilanz-RL*), 26. Juni 2013, zuletzt geändert: 28. Mai 2024. ABl. L 182 (29. Juni 2013), 19–76).

3307 §§ 3 ff. LkSG; Art. 3 ff. Konfliktmineralien-VO (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>).

3308 Schmalenbach, AVR 39 (2001), 57 (74 f.); Zerk, *Multinationals and CSR* (2006), S. 108.

3309 Hoffberger-Pippan, AVR 58 (2020), 400 (419); siehe beispielsweise auch §§ 6 Abs. 4, 7 bis 9 LkSG.

3310 WSK-Ausschuss, General Comment No. 24 (2017), Rn. 33; Hoffberger-Pippan, AVR 58 (2020), 400 (419); vgl. Krisch, EJIL 33 (2022), 481 (501).

3311 McCorquodale/Simons, *Modern Law Review* 70 (2007), 598 (616 f.); Grado, *Italian YbIL* 27 (2017), 235 (251 f.); Krajewski, *ZVglRWiss* 122 (2023), 55 (59 f.).

3312 Schmalenbach, AVR 39 (2001), 57 (75 f.); Grado, *Italian YbIL* 27 (2017), 235 (252 f.); Weidmann, *OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz* (2014), S. 70; Krajewski, *ZVglRWiss* 122 (2023), 55 (60 f.); vgl. Zerk, *Multinationals and CSR* (2006), S. 136 ff.

3313 Backer, *VJTL* 50 (2017), 827 (880 f.); Krisch, EJIL 33 (2022), 481 (504 f.); vgl. Muchlinski, *Multinational Enterprises* (2021), S. 112.

hinwegsehen.³³¹⁴ Da es sich hierbei allerdings regelmäßig nicht um Fragen der Legalität, sondern der Legitimität handelt, würde es zu weit führen, hierauf näher einzugehen. Eine Vertiefung dieser Frage erübrigt sich auch deshalb, weil die Leitsätze als unverbindliches Instrument die Jurisdiktion von Nicht-Teilnehmerstaaten weniger herausfordern als ein verbindliches Instrument.

Da extraterritorial wirkende Regulierung völkerrechtlich zulässig ist, unterliegen die Glieder eines Konzerns überlappenden Jurisdiktionen und sind **konfligierenden Regelungen** ausgesetzt: Jeder weltweit operierende Konzern muss in seiner Gesamtheit zugleich sowohl den Ansprüchen seines Heimatstaats als auch seiner Gaststaaten genügen.³³¹⁵ Eines der jüngsten Beispiele konfligierender Regelungen ist der Konflikt zwischen US-amerikanischen Präsidialdekreten, die sich gegen unternehmenseigene Diversitätsprogramme richten, und Vorgaben des deutschen Gesellschaftsrechts (wie zur Frauenzielquote gem. § 76 Abs. 4 AktG).³³¹⁶ Vorausgesetzt, dass keine Lösung gefunden werden kann und beide Staaten gleich durchsetzungsstark sind, ergibt sich für weltweit operierende Konzerne eine nachteilige und von Unsicherheit geprägte Lage.³³¹⁷ Schlimmstenfalls kann ein solcher Konzern nicht anders, als eine der beiden Regelungen zu verletzen.³³¹⁸

3. Konzerne in den Leitsätzen

Die vorherigen Abschnitte haben gezeigt, dass das Völkerrecht Konzerne nie als einheitliche Entität, also *en bloc* betrachtet. Äußerstenfalls erlaubt das Völkerrecht (wie beispielsweise im Investitionsschutzrecht), Konzernsachverhalte zu berücksichtigen, und betrachtet den Konzern als Verbindung mehrerer Einzelentitäten. Der IGH folgt dem ausdrücklich

3314 Vgl. *Seck*, Yale HR & Development LJ 11 (2008), 177 (194 ff.); vgl. *Krisch*, EJIL 33 (2022), 481 (509 ff.). *Zerk*, Multinationals and CSR (2006), S. 135 f. weist zu Recht auf die Problematik hin, dass herkömmliche Jurisdiktionsregelungen primär dem Schutz staatlicher Souveränität und nicht dem Schutz der Menschenrechte dienen.

3315 OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 58 f.; *Krisch*, EJIL 33 (2022), 481 (501 f.).

3316 *Müller-Bonanni/Seibt*, FAZ vom 12. März 2025, 16 (16) — „Der lange Hebel der ‚Woke‘-Verbote“. Diese Kollision ist allerdings auflösbar, da auch eine Zielquote Null zulässig ist (vgl. § 76 Abs. 4 S. 3 AktG).

3317 OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 57.

3318 OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 59; *Muchlinski*, Multinational Enterprises (2021), S. 111.

nicht; er ignoriert Konzernsachverhalte und betrachtet juristische Personen isoliert. Seine Rechtsprechung könnte durchaus einer allgemeinen völkergewohnheitsrechtlichen Regel entsprechen. Erneut stellt sich die Frage, welche Bedeutung der Umgang des Völkerrechts mit Konzernsachverhalten für die Leitsätze hat.

Gegen die Übertragung der IGH-Rechtsprechung auf die Leitsätze spricht die investitionspolitische Einbettung der Leitsätze (vgl. Kapitel 2 C. I.). Wegen der inhaltlichen Verwandtschaft zwischen Investitionsschutzrecht und den Leitsätzen liegt es näher, die konzerndimensionale Betrachtung dieses Rechtsgebiets zu übernehmen. Die Anwendung der IGH-Rechtsprechung auf die Leitsätze scheitert in jedem Falle daran, dass die Leitsätze explizit abweichende Regelungen enthalten. Sie verfolgen ein gegensätzliches Konzept: In Kapitel 15 C. wird insofern darzustellen sein, dass die Leitsätze konzerndimensional konzipiert sind; dabei muss, da die Leitsätze den Begriff des Konzerns nicht und stattdessen den Begriff des MNUs kennen, von einer **MNU-dimensionalen Konzeption** gesprochen werden. Kern der MNU-dimensionalen Konzeption der Leitsätze sind Ls. I-4 S.7 und 8 Leitsätze 2023. S.7 hält fest, dass sich die Leitsätze an sämtliche Entitäten eines MNUs richten. S.8 enthält das von mir so genannte Kooperationsgebot. Es verpflichtet alle Entitäten eines MNUS zur Zusammenarbeit, damit jede MNU-Entität ihrer Verantwortung und damit auch das MNU in seiner Gesamtheit seiner Verantwortung unter den Leitsätzen nachkommen kann. Eine gemeinsame Verantwortung der in einem MNU zusammengeschlossenen Entitäten zu etablieren, gehört zu den wichtigsten regulatorischen Anliegen der Leitsätze.³³¹⁹ Diese gemeinsame Verantwortung aller MNU-Entitäten stellt sicher, dass sich MNUs nicht so organisieren können, dass sie ihrer Verantwortung unter den Leitsätzen entgehen.³³²⁰

Die Leitsätze adressieren außerdem die oben skizzierten Folgeprobleme des Völkerrechts. Sie treten der Jurisdiktionszersplitterung insofern entgegen, als sie weltweit anwendbare, einheitliche Standards verantwortungsvoller Unternehmensführung widerspiegeln (wollen) (Ls. I-3 S.2 Leitsätze 2023). Sie verkörpern mit anderen Worten universell geltende Werte (Ls. 4, 5 und 10 der Einführung (*preface*) Leitsätze 2023), die sie höher gewichten als womöglich abweichende Interessen von Nicht-Teilnehmer-

3319 Vgl. *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 145.

3320 OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 13.

staaten.³³²¹ Außerdem gehen die Leitsätze auf Nicht-Teilnehmerstaaten zu, indem sie den Teilnehmerstaaten untersagen, die Leitsätze für Protektionismus zu missbrauchen (Ls. I-7 Leitsätze 2023), und indem sie Nicht-Teilnehmerstaaten zur Zusammenarbeit einladen (etwa: Ls. I-3 S. 1, Art. II-3 RatsE-Leitsätze 2023). Zuständigkeitskonflikte zwischen NKSen, die ihre Zuständigkeit jeweils als Heimat- oder Gast-NKS begründen können, werden in einem pragmatischen Abspracheverfahren gelöst (Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023).

Die Teilnehmerstaaten der Leitsätze sind sich sogar des Risikos konfligierender Regelungen bewusst. Sie haben sich zur Lösung derartiger Probleme auf Konsultationen im Rahmen der OECD geeinigt. Dieser Konsultationsmechanismus ist Teil der MNU-Erklärung³³²² (Art. VI, Anhang 2), zu der auch die Leitsätze gehören. Er wird in einer Ratsentscheidung der OECD³³²³ ausgestaltet. Für Regulierungskonflikte zwischen Teilnehmer- und Nicht-Teilnehmerstaaten legen die Leitsätze eine Zusammenarbeit nach Treu und Glauben (Ls. I-8 S. 3 Leitsätze 2023) nahe.³³²⁴

III. Netzwerke

Unternehmerische Netzwerke stehen zwischen Markt und Hierarchie (vgl. oben A. II.). Zu ihrer Entstehung ist keine Eigenkapitalbeziehung notwendig. Für innerstaatliche Rechtsordnungen und erst recht das Völkerrecht ist die Qualifikation von Netzwerkstrukturen (I.) und der Umgang

3321 Siehe insbesondere Ls. I-2 S. 3 Leitsätze 2023; *Fatouros*, in: OECD (Hrsg.), *FDI, Development and Corporate Responsibility* (1999), 71 (74); vgl. OECD:IC:2005:IC-I-CL, S. 81 f.

3322 „Declaration on International Investment and Multinational Enterprises“ (*Erklärung zu internationalen Investitionen und multinationalen Unternehmen, MNU-Erklärung*), 21. Juni 1976, zuletzt geändert: 27. Oktober 2023. Verfügbar unter: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3323 „Decision of the Council on Conflicting Requirements being imposed on Multinational Enterprises“ (*Entscheidung des Rates zu widersprüchlichen Anforderungen an multinationale Unternehmen, RatsE-Widersprüche*), 5. Juni 1991. Verfügbar unter: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0261> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3324 Dieser Leitsatz ist zwar von seinem Wortlaut her auch auf Konflikte zwischen Teilnehmerstaaten anwendbar, doch dürfte Ls. I-8 S. 3 Leitsätze 2023 insofern vom strengeren Art. VI, Anhang 2 MNU-Erklärung 2023 als *lex specialis* verdrängt werden.

mit ihnen (2.) eine Herausforderung. Die Leitsätze stellen sich diesen Herausforderungen zumindest in Ansätzen (3.)

1. Rechtliche Qualifizierung von Netzwerken

Für das Völkerrecht sind Netzwerke *terra incognita*. Schon für das innerstaatliche Privatrecht ist das unternehmerische Netzwerk allenfalls in Teilbereichen ein Rechtsbegriff.³³²⁵ Teubner hat überzeugend dargelegt, dass Netzwerke weder als Vielzahl bilateraler Verträge, als Gesellschaften noch als Konzerne adäquat qualifiziert werden können.³³²⁶

Bei einer rein formalistischen Betrachtung sind Netzwerke zwar nichts anderes als eine Vielzahl zweiseitiger Verträge, die von einigen aber nicht allen Netzwerkmitgliedern untereinander geschlossen wurden.³³²⁷ Eine vertragliche Qualifizierung steht aber vor der Herausforderung, dass die Relativität der Schuldverhältnisse auf mehrpolige Strukturen trifft, deren Einteilung in eine Vielzahl jeweils zweiseitiger Verhältnisse unangebracht wäre.³³²⁸ Eine derartige Bilateralisierung multilateraler Strukturen würde die kooperativen und organisatorischen Elemente des Netzwerks und die Existenz gemeinsamer oder zumindest gleichgelagerter Interessen ausblenden.³³²⁹ Überdies ist fraglich, in welcher Beziehung solche Netzwerkknoten zueinander stehen sollen, die zwar Teil desselben Netzwerks sind, bei denen sich aber (etwa weil sie weit voneinander entfernt sind oder weil sie, wie zwei Franchisenehmer, auf gleicher Hierarchiestufe stehen) keine vertragliche Verbindung feststellen lässt.³³³⁰ Wie könnte beispielsweise ein Schnellrestaurant-Franchisenehmer A gegen einen Franchisenehmer B der-

3325 Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 17; Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 43 weist auf § 319 Abs. 1 S. 3 HGB und den damit zusammenhängenden Art. 2 Nr. 7 Abschlussprüfungs-RL hin (Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates (*Abschlussprüfungs-RL*), 17. Mai 2006, zuletzt geändert: 9. Januar 2024. ABl. L 157 (9. Juni 2006), 87–107. Verfügbar unter: <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/43/oj>).

3326 Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 66, 85 f., 91, 103. Auf Teubners Lösung, Netzwerke als Vertragsverbund zu behandeln, kann ich hier nicht eingehen.

3327 Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 58, 61, 105 f.

3328 Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 58 f.

3329 Vgl. Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 72 ff., 84.

3330 Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 50, 105 f., 181 ff.

selben Restaurantkette vorgehen, wenn dessen Unterstützung der israelischen Armee im Rahmen des Gaza-Konflikts zu umsatzrelevanten Boykotten und Brandanschlägen gegen von A betriebene Filialen in muslimisch geprägten Staaten geführt hat?³³³¹

Auch wenn es vielversprechende Ansätze zeigt, erfasst auch das LkSG Netzwerke nur ausschnittsweise. Bereits die Bezeichnung als Lieferkette verdeutlicht, dass es um hintereinandergeschaltete Entitäten und nicht ihre netzwerkartige Beziehung zueinander geht (vgl. die Definition der Lieferkette in § 2 Abs. 5 LkSG, die auf die zur Herstellung erforderlichen Schritte abstellt; ähnlich: § 2 Abs. 7 und 8 LkSG). Das Regelungsmodell des LkSG setzt ebenfalls bei der vertraglichen Beziehung zwischen einem Unternehmen und seinen Zulieferern an (vgl. § 2 Abs. 5 bis 7 LkSG).³³³² Netzwerkmitglieder, die nicht in einer vertraglichen Beziehung zueinander stehen, werden nur unter der Voraussetzung angesprochen, dass es sich um mittelbare Zulieferer handelt; der Pflichtenkanon in Bezug auf mittelbare Zulieferer ist reduziert (§§ 2 Abs. 8, 9 LkSG). Außerdem betrachtet das LkSG diese Zuliefererbeziehungen regelmäßig nur unidirektional, da die nachgelagerte Lieferkette (Vertrieb, Distribution) nur unter bislang ungeklärten Voraussetzungen und die Verwendung eines Produkts durch einen Endkunden grundsätzlich nicht erfasst wird (§ 2 Abs. 5 LkSG).³³³³ Hinzu kommen Schwellenwerte und Ausnahmen für die Anwendung des LkSG (§ 1 LkSG).

Bei einer Qualifizierung von Netzwerken als Gesellschaft drohen demgegenüber die Selbstständigkeit und die (ebenfalls präsenten) *individuellen* Interessen und Risiken der Netzwerkteilnehmer unterschätzt zu werden.³³³⁴ Netzwerkmitglieder verfolgen zugleich eigene wie auch Interessen des Netzes.³³³⁵ In einer Gesellschaft hingegen steht der gemeinsame Zweck unter Ausschluss individueller Interessenverfolgung im Vordergrund.³³³⁶ Netzwerke haben regelmäßig aber kein gemeinsames Vermögen, das Eigentum verbleibt bei den Netzwerkmitgliedern.³³³⁷ Überdies gibt es in Netzwerken

3331 Beispiel angelehnt an: *Peer/Rogg*, Handelsblatt vom 28. August 2024, 24 (24) — „Boykottaufrufe setzen Weltkonzernen zu“.

3332 *Uwer/Späth*, § 2 LkSG, *BerlKo LkSG* (2024), Rn. 153.

3333 Einzelheiten sind unklar: *Uwer/Späth*, § 2 LkSG, *BerlKo LkSG* (2024), Rn. 166, 178 ff.; *Grabosch*, § 2 LkSG, *Grabosch LkSG* (2021), Rn. 50 ff.; *Goßler/Palder*, BB 2022, 906 (908 ff.).

3334 Vgl. *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 71–78.

3335 *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 78, 86.

3336 *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 86 f.

3337 *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 88.

anders als in Gesellschaften keinen zentralen Akteur, der alle Entscheidungen trifft, sondern mehrere selbstständige und untereinander verknüpfte Netzwerkmitglieder mit Entscheidungsgewalt.³³³⁸

Auch die Einstufung von Netzwerken als Konzern ist schwierig. Insofern verdient der Punkt Aufmerksamkeit, dass sich ein Netzwerk im Ausgangspunkt als vertraglich-marktbasiertes Geflecht erweist, das erst nachträglich durch hierarchisch-organisationsbezogene Elemente ergänzt wurde; beim Konzern ist es umgekehrt.³³³⁹ Vertrag, Macht und Austausch sind die Mittel der Einflussnahme in Netzwerken – Eigentum, Weisungsrechte und Kompetenzen sind diejenigen des Konzerns.³³⁴⁰ Zudem, würde man annehmen, dass das Flaggschiffunternehmen eines Netzwerks mit seinen Netzwerkmitgliedern einen Konzern bildete, würde man die Möglichkeit opportunistischen Verhaltens der Mitglieder sowie Machtasymmetrien zu *Lasten* des Flaggschiffunternehmens unterschlagen.³³⁴¹ Insbesondere Franchising-Netzwerke, bei denen Franchisegeber und -nehmer aufeinander angewiesen sind,³³⁴² würden bei einer Einstufung als Konzern nur unzureichend erfasst.

Betrachtet man Netzwerke im Lichte des Völkerrechts, fällt das im Vergleich zum innerstaatlichen Privatrecht noch begrenztere Instrumentarium auf. Zur inadäquaten Residualqualifizierung solcher Netzwerke im innerstaatlichen Privatrecht als Geflecht bilateraler Verträge, als Gesellschaft oder als Konzern tritt die Problematik hinzu, dass das Völkerrecht (wie oben aufgezeigt) bereits Gesellschaften (bzw. juristischen Personen) und Konzernen häufig nicht gerecht wird. Insofern ist es *a priori* ausgeschlossen, dass das Völkerrecht ein Netzwerk *en bloc* als Regelungsobjekt oder Zurechnungseinheit behandelt.³³⁴³ Auf die Frage, ob eine solche Behandlung überhaupt sachgerecht wäre, kommt es damit schon gar nicht mehr an. Eine Erfassung unternehmerischer Netzwerke als ein dem Völkerrecht unterliegendes Vertragsgeflecht ist erst recht abwegig. Das würde voraussetzen, dass das Völkerrecht belastbare Regeln für komplexe bilaterale Verträge privater Akteure untereinander und die Folgen solcher Verträge für die

3338 Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 88.

3339 Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 98–101.

3340 Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 101.

3341 Vgl. Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 59 f.

3342 Vergleiche beispielsweise die Risikoberichte von McDonald's (*McDonald's Corporation*, Form 10-K (2024 Annual Report) (2025), S. 30) und des Franchisenehmers Arcos Dorados (*Arcos Dorados Holdings Inc.*, Form 20-F (Annual Report for 2024) (2025), S. 14 f.).

3343 Vgl. Ruggie, AJIL 101 (2007), 819 (824).

vertragliche wie außervertragliche Haftung gegenüber netzwerkfremden Dritten kennt. Beides liegt dem Völkerrecht als zwischenstaatlich verwurzeltem Recht fern.

2. Folgeprobleme

Je mehr sich ein multinationales Unternehmen von der Struktur eines pyramidalen Konzerns entfernt, desto schwerer ist seine adäquate rechtliche Behandlung.³³⁴⁴ In einem Netzwerk verbundene Gesellschaften können noch weniger als Konzerne als Einheit behandelt werden.³³⁴⁵ Das Netzwerk tritt netzwerkfremden Dritten gegenüber als organisatorische Einheit auf, entsteht aber grundsätzlich durch den Abschluss zweiseitiger Verträge.³³⁴⁶ Zur getrennten rechtlichen Existenz einzelner Netzwerkmitglieder (die auch zwischen Konzerngliedern in Konzernen besteht, *corporate veil*), tritt eine lediglich vertragliche Verbindung der Netzwerkmitglieder (und nicht eigenkapitalbasierte bzw. gesellschaftsrechtliche Verbindung wie in Konzernen) hinzu (*contractual veil*).³³⁴⁷ Netzwerkstrukturen haben deshalb besondere Nachteile für netzwerkfremde Dritte. Ist ein Dritter vom konzertierten Handeln der Netzwerkmitglieder A, B, C und D betroffen, steht er selbst oft nur in (vertraglicher oder deliktischer) Beziehung zu einem einzigen Netzwerkmitglied A und nicht in Beziehung zu den anderen Netzwerkmitgliedern B, C und D.³³⁴⁸ Dem Dritten gegenüber haftet nicht die Handlungseinheit des Netzwerks, sondern nur das gegenüber ihm aufgetretene einzelne Netzwerkmitglied.³³⁴⁹ Häufiger noch als in Konzernen, wo der Trennungsgrundsatz in Ausnahmefällen überwunden werden kann, kann ein orchestrierendes Flaggschiffunternehmen eines Netzwerks auf die gesonderte rechtliche Existenz der Netzwerkmitglieder verweisen.³³⁵⁰

Die Regulierung von Netzwerken durch unilaterale, extraterritoriale Regeln oder durch neue völkerrechtliche Normen ist besonders herausfor-

3344 *Krajewski*, in: Giegerich (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise (2011), 35 (40).

3345 *Massoud*, Menschenrechtsverletzungen transnationaler Unternehmen (2018), S. 41 f.

3346 *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 60–63.

3347 Vgl. *Muchlinski*, Multinational Enterprises (2021), S. 77.

3348 *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 61.

3349 *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund (2004), S. 61.

3350 *Muchlinski*, Multinational Enterprises (2021), S. 317 ff.; vgl. *Hoffberger-Pippan*, AVR 58 (2020), 400 (412).

dernd. Die Grenzen eines Netzwerks sind schwerer zu bestimmen als diejenigen eines Konzerns.³³⁵¹ Die Kriterien „Eigentum“ einerseits und „Einfluss“ andererseits sind in Netzwerken nicht deckungsgleich.³³⁵² Das ist bei traditionellen Konzernhierarchien, wo das Kriterium „Eigentum“ die meisten Fälle zufriedenstellend lösen kann, anders. Hinzu kommt, dass Unternehmen oft in mehreren Netzwerken Mitglieder sind, was es erschwert, die Handlungen eines Unternehmens (und die Verantwortung dafür) dem einen oder dem anderen Netzwerk zuzuweisen.³³⁵³ Insofern besteht ein erhöhtes Risiko konfligierender oder ausfallender Ausübung von Regelungsgewalt.

3. Netzwerke in den Leitsätzen

Die Leitsätze kennen zumindest manche der oben dargestellten Schwächen des Völkerrechts und innerstaatlicher Rechte nicht. So gehen sie in Ls. 7 ihrer Einführung auf die Vielgestaltigkeit unternehmerischer Organisationsformen ein und berücksichtigen sie in ihrer MNU-Definition und ihren Sorgfaltspflichten: Die MNU-Definition ist sehr flexibel gehalten (Ls. I-4 S. 1 f. Leitsätze 2023) und lässt die Koordination verschiedener Entitäten für die Entstehung eines MNUs genügen (Ls. I-4 S. 4 f. Leitsätze 2023). Eine Eigenkapitalbeziehung ist keine Voraussetzung für die Bildung eines MNUs.³³⁵⁴ Die Leitsätze können auch Schwestergesellschaften innerhalb eines MNUs Verantwortung füreinander zuweisen,³³⁵⁵ weisen Verantwortung also auch Entitäten außerhalb klassischer pyramidaler Strukturen zu. Außerdem unterwerfen sie Geschäftsbeziehungen (anders als das LkSG) umfassenden, bidirektionalen Sorgfaltspflichten (Ls. II-A-II ff. Leitsätze 2023), die mehrere Glieder der Lieferkette, die nachgelagerten Lieferkette und die Verwendung gelieferter Produkte erfassen.³³⁵⁶ Eine vertragliche Beziehung zwischen Entitäten ist für die Anwendbarkeit der Sorgfaltspflichten nicht erforderlich.³³⁵⁷

3351 Narula u. a., J Int Bus Stud 50 (2019), 1231 (1245); vgl. bereits oben: A. II.

3352 Narula u. a., J Int Bus Stud 50 (2019), 1231 (1238, 1245); vgl. bereits oben: A. II.

3353 Enderwick, IBR 27 (2018), 410 (415); Narula u. a., J Int Bus Stud 50 (2019), 1231 (1245).

3354 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39. Ausführlich: Kapitel 15 E. I. 1.

3355 Vgl. OECD:FR-NCP:2022:FR-29-FS, S. 9 f.

3356 Ls-Ko 2023, Rn. 17.

3357 Ls-Ko 2023, Rn. 17.

IV. Fazit

Das Völkerrecht kennt keine adäquaten Regelungen zum Umgang mit MNUen, weil es keine eigenen und belastbaren Regelungen zu juristischen Personen des innerstaatlichen Rechts (als Bausteine eines MNU) sowie zu Konzernen und Netzwerken (als Organisationsformen eines MNU) kennt.

Für juristische Personen verweist es im Wesentlichen auf das innerstaatliche Recht. Konzernsachverhalte werden im Völkerrecht – mit Ausnahme des Investitionsschutzrechts – weitestgehend ignoriert und Konzernglieder isoliert (also ohne Berücksichtigung ihrer Konzernzugehörigkeit) betrachtet. Für den Umgang mit Netzwerken fehlen dem Völkerrecht jegliche Regelungen. Allerdings ist die adäquate Qualifizierung von Netzwerken auch im innerstaatlichen Recht herausfordernd. Der inadäquate Umgang des Völkerrechts mit MNUen führt zu Folgeproblemen. Beispielsweise ist die Völkerrechtssubjektivität juristischer Personen des innerstaatlichen Rechts und damit auch die Frage ihrer völkerrechtlichen Pflichten ungeklärt. Bei Konzernen führt die getrennte Betrachtung der Konzernglieder zur Zersplitterung staatlicher Regelungsgewalt und damit zu potenziell widersprüchlichen Anforderungen an Konzerne. Bei Netzwerken stellen sich diese Probleme in besonders scharfer Form; die Grenzen des MNU verschwimmen, da zur Bestimmung der MNU-Zugehörigkeit (anders als bei Konzernen) nicht einfach auf Eigentümerstrukturen zurückgegriffen werden kann.

Die Leitsätze müssen deshalb ein eigenes, vom allgemeinen Völkerrecht losgelöstes Verständnis von einem MNU entwickeln. Sie sind dafür gut positioniert, weil sie die Vielgestaltigkeit unternehmerischer Organisationsformen berücksichtigen (Ls. 7 der Einführung Leitsätze 2023). Die Leitsätze präsentieren sich vielmehr als Gegenentwurf zum Völkerrecht: Da die Leitsätze autonom vom innerstaatlichen Recht auszulegen und anzuwenden sind (Ls. I-2 Leitsätze 2023), ist (anders als im Völkerrecht) ein Rückgriff auf das innerstaatliche (Gesellschafts-)Recht nicht zulässig. Als unverbindliches Instrument können die Leitsätze außerdem unmittelbar Erwartungen an MNUen richten, ohne dass hierfür die schwierige Frage ihrer Völkerrechtssubjektivität beantwortet werden müsste. Im Unterschied zum Völkerrecht sind die Leitsätze konzerndimensional (bzw. MNU-dimensional)³³⁵⁸ konzipiert; sie verlangen von allen Entitäten eines MNU, die Beachtung der Leitsätze durch ihre Kooperation sicherzustellen (Ls. I-4

3358 Der „Konzern“ ist kein *terminus technicus* der Leitsätze.

S. 8 Leitsätze 2023). Der Gefahr der Zersplitterung staatlicher Regelungsgewalt begegnen die Leitsätze dadurch, dass sie einheitliche, weltweit anwendbare Regelungen aufstellen (Ls- I-3 S. 2 Leitsätze 2023). Schließlich ist die MNU-Definition der Leitsätze sogar flexibel genug, um als Netzwerk organisierte MNUs zu erfassen: Diese Definition lässt für die Entstehung eines MNUs die Koordinierung verschiedener Entitäten genügen und setzt keine Eigenkapitalbeziehung voraus (Ls. I-4 S. 1f., 4f. Leitsätze 2023). Die MNU-Definition wird dabei durch die umfassenden Regelungen zu Sorgfaltspflichten (Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023) flankiert, die weitere Regelungslücken schließen.

C. Gesamtfazit zu Kapitel 14

Aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive lassen sich zwei Generationen der Organisationsformen eines MNUs unterscheiden. Früher wurde die Entstehung eines MNUs mit der Eingehung einer ausländischen Direktinvestition gleichgesetzt. Das Ergebnis einer solchen ausländischen Direktinvestition waren pyramidal verfasste Konzerne, in denen übergeordnete Konzernglieder über Eigenkapitalbeziehungen bestimmenden Einfluss auf andere Konzernglieder (ausländische Tochtergesellschaften) nahmen. Mittlerweile sind netzwerkbasierte Organisationsformen eines MNUs vorherrschend. Bei ihnen koordiniert und orchestriert ein Flaggschiffunternehmen die Tätigkeiten der anderen Netzwerkmitglieder, ohne auf über Eigenkapitalbeteiligungen vermittelte Einflussmöglichkeiten zurückgreifen zu müssen. Die Leitsätze sind für diese wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse empfänglich und setzen in ihrer MNU-Definition keinen pyramidal verfassten Konzern voraus, der auf Basis einer ausländischen Direktinvestition entstanden ist.

Da das Völkerrecht lediglich unvollständige Regelungen zu juristischen Personen des innerstaatlichen Rechts (als Bausteine eines MNUs) und zu Konzernen und Netzwerken (als Organisationsformen eines MNUs) enthält, ist auch sein Umgang mit MNUs inadäquat. Das Völkerrecht kann und sollte deshalb nicht für die Auslegung und Anwendung der Leitsätze herangezogen werden. Die Leitsätze erweisen sich vielmehr als Gegenentwurf zum Völkerrecht, der viele seiner Unzulänglichkeiten in einer flexiblen und umfassenden Definition eines MNUs adressiert (Ls. I-4 Leitsätze 2023). Wie sich MNUs im Einzelnen unter die MNU-Definition der Leitsätze fassen lassen, zeigt das nun folgende Kapitel 15.

Kapitel 15 Das Fallmaterial zur Definition des multinationalen Unternehmens

In diesem längsten und wichtigsten Kapitel der vorliegenden Arbeit werde ich das Fallmaterial der NKSen und des Investitionsausschusses zur Definition eines multinationalen Unternehmens (MNU-Definition) in den Leitsätzen untersuchen. Ziel ist es, Präzisierungen und damit Erhärtungserscheinungen der Leitsätze durch dieses Fallmaterial zu beschreiben und zu beobachten. Das Fallmaterial leistet vor allem dann einen Beitrag zur Präzisierung, wenn es eine kohärente Entscheidungspraxis entstehen lässt. Wie zu Beginn des vorliegenden Teils E. dargestellt, kann nach dem hier verwendeten Maßstab nur dann von einer kohärenten Entscheidungspraxis gesprochen werden, wenn NKS-Aussprüche **deutliche Anzeichen einer Beständigkeit und Kohärenz** aufweisen: Erst **eine (i) nicht geringe Anzahl (ii) kohärenter, (iii) sich rezipierender NKS-Aussprüche (iv) einer möglichst repräsentativen Auswahl der NKSen** lässt eine solche kohärente Entscheidungspraxis entstehen. Da Klarstellungen des Investitionsausschusses bindende Präjudizien sind,³³⁵⁹ genügt auch eine einzelne **Klarstellung** zur Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis. Wenn das Fallmaterial keine kohärente Entscheidungspraxis hervorgebracht hat, kann es zumindest einen geringen Beitrag zur Präzisierung leisten. Das ist insbesondere der Fall bei **thematischen Ballungen**, bei denen eine Vielzahl inkohärenter Entscheidungen zu einem Thema vorliegt. Diese Entscheidungen können die Aufmerksamkeit auf praktisch relevante Probleme, Fallgestaltungen und Argumente lenken.

Das zweite Ziel des vorliegenden Kapitels besteht darin, die MNU-Definition der Leitsätze besser zu verstehen. Die Ausarbeitung einer einigungsfähigen und klaren Definition eines MNUs galt und gilt als kaum erreichbar.³³⁶⁰ Wegen dieses zweiten Ziels wird sich meine Untersuchung zur MNU-Definition nicht auf die Auswertung des Fallmaterials beschränken und vielmehr weitere Erkenntnisquellen heranziehen. Wirtschaftswissenschaftliche und völkerrechtliche Ausgangspunkte zum Phänomen des

3359 Siehe zu Beginn von Teil E. und Kapitel 10 C. II.

3360 Wallace, MNE and Legal Control (2002), S. 118; *Huarte Melgar* u. a., The 2011 Update of the OECD Guidelines (2011), S. 22; vgl. *Rojot*, BJIR 23 (1985), 379 (392).

MNUs und seiner völkerrechtlichen Qualifizierung lassen sich dem vorherigen Kapitel 14 entnehmen: MNUen sind Unternehmen, die grenzüberschreitend mehrere Wirkungsstätten verbinden und über diese Verbindung Einfluss auf diese Wirkungsstätten ausüben. Typische Erscheinungsformen sind Konzerne und Netzwerke. MNUen setzen sich demnach aus mehreren Wirkungsstätten als Bausteinen zusammen. Diese einzelnen Bausteine eines MNUs werde ich, in Anlehnung an den Originaltext der Leitsätze (Ls. I-4 Leitsätze 2023), als „Entitäten“ (*entities, entités*) bezeichnen, weil Alternativbegriffe wie „Rechtsträger“³³⁶¹ oder „Gesellschaft“³³⁶² falsche Assoziationen wecken und sich die Autonomie der Leitsätze vom innerstaatlichen (Gesellschafts-)Recht (Ls. I-2 Leitsätze 2023) sprachlich so am besten nachvollziehen lässt. Die naheliegende Übersetzung der *entity* mit „Einheit“ könnte Verwirrung stiften.³³⁶³

Im vorliegenden Kapitel werde ich mich zunächst mit der Behauptung auseinandersetzen, dass Ls. I-4 keine Definition enthalte und eine Definition entbehrlich sei (A.). Anschließend behandle ich konzeptionelle Grundfragen wie die Eigenschaft des MNUs als Multi-Entitäten-Geflecht (B.) und die Zurechnungslösung der Leitsätze (C.). In den beiden Hauptabschnitten dieses Kapitels werde ich mich mit den konstitutiven Merkmalen von MNU-Entitäten – wie insbesondere deren internationaler und kommerzieller Ausrichtung (D.) – und mit der Frage befassen, welche Qualität die Verbindung verschiedener Entitäten aufweisen muss, damit diese ein MNU bilden (E.). Ergänzende Blicke auf nationale sowie kleine und mittlere Unternehmen (F.) und den Anwendungsbereich der Leitsätze (G.) vervollständigen dieses Kapitel. Ich schließe mit einem Fazit, das die beiden Ausgangsfragen – inwieweit eine kohärente Entscheidungspraxis entstanden ist und wie die MNU-Definition der Leitsätze zu verstehen ist – beantwortet (H.).

3361 Meines Erachtens kommt es nur auf eine organisatorische Verselbstständigung, nicht aber darauf an, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (vgl. D. II. 2.). Außerdem stellen die Leitsätze als unverbindliches Instrument weder Rechte noch Pflichten auf.

3362 Es ist nicht *a priori* ausgeschlossen, dass auch Entitäten, die keine „Gesellschaften“ sind, Teil eines MNUs sein können (vgl. D. II. 2.).

3363 Unter einer „Einheit“ könnte man auch mehrere Bausteine eines MNUs verstehen.

A. Der (fehlende) Definitionscharakter des Ls. I-4

Die MNU-Definition der Leitsätze in Ls. I-4 Leitsätze 2023 wird in ihrem S. 1 mit dem Hinweis eröffnet, dass die Leitsätze keiner präzisen Definition eines MNUs bedürften. Implizit ist darin die Aussage enthalten, dass Ls. I-4 Leitsätze 2023 keine Definition ist. Dieser Hinweis war schon Teil der Ursprungsfassung der Leitsätze aus 1976.³³⁶⁴ Im Jahr 1976 wurde das Fehlen einer Definition damit gerechtfertigt, dass man einen pragmatischen Ansatz verfolgt und längere Diskussionen habe vermeiden wollen.³³⁶⁵ Dass die Leitsätze keine Definition enthalten, wurde von CIME³³⁶⁶ und dem Investitionsausschuss³³⁶⁷ mehrfach bekräftigt. Mit der 2023er Überarbeitung wurde der nicht-definitorsche Charakter des Ls. I-4 Leitsätze 2023 erneut unterstrichen. Im neu eingefügten Ls. I-4 S. 2 Leitsätze 2023 heißt es nun, dass die Leitsätze einem breiten Ansatz bei der Ermittlung multinationaler Unternehmen folgen (S. 2 Hs. 1).

Meines Erachtens ist die Behauptung, dass die Leitsätze keiner präzisen Definition eines MNUs bedürften, falsch. Zumindest enthält Ls. I-4 eine für die allermeisten Fälle hinreichend präzise MNU-Beschreibung. Die Bedeutung des Ls. I-4 S. 1 Leitsätze 2023 erschöpft sich deshalb darin, eine weite Auslegung des Ls. I-4 Leitsätze 2023 zu erlauben.

I. Entbehrlichkeit einer Definition?

Die für die Entbehrlichkeit einer MNU-Definition vorgebrachten Argumente sind kritisch zu bewerten (1.). Ich halte sie für nicht überzeugend; eine MNU-Definition ist nicht entbehrlich. Ls. I-4 Leitsätze 2023 entspricht funktional aber einer Definition, sodass die Debatte weitestgehend überflüssig ist (2.).

3364 Bis zur 2000er Überarbeitung „*A precise legal definition [...]*“ (Ls. 8 S. 1 der Einleitung der Leitsätze 1976) statt heute „*A precise definition [...]*“.

3365 OECD, OECD Observer Nr. 82 (Juli 1976), 9 (12 f.).

3366 OECD, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises (1986), S. 19; OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 48; OECD, OECD Guidelines for MNEs (1997), S. 21; OECD Dok. DAFE/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 9.

3367 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 10; OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 10.

1. Argumente für eine Entbehrlichkeit

Für die Entbehrlichkeit einer MNU-Definition werden im Wesentlichen zwei Argumente angeführt: Die Leitsätze seien nicht rechtsverbindlich und würden einem inklusiven Ansatz folgen.

Ein in Literatur³³⁶⁸ und Fallmaterial³³⁶⁹ oft vorgetragenes Argument für die Entbehrlichkeit einer Definition ist der **nicht rechtsverbindliche Charakter** der Leitsätze. Hinter diesem Argument steht wohl der Gedanke, dass ein rechtsverbindliches Instrument einem (rechtsstaatlichen) Bestimmtheitsgebot unterliegt, unverbindliche Instrumente jedoch nicht. Dieser Gedanke greift zu kurz: Rechtsverbindliche und nicht-rechtsverbindliche Instrumente dürfen nicht auf derartige Weise kontrastiert werden. Wie in Kapitel 4 dargelegt, ist es zwar formal korrekt, rechtsverbindliche und unverbindliche Instrumente gegenüberzustellen. Diese Gegenüberstellung läuft jedoch Gefahr zu übersehen, dass sich beide Arten von Instrumenten in ihren Wirkungen nahestehen können. Wie in Kapitel 11 dargelegt, interagieren die Leitsätze beispielsweise zunehmend mit der Rechtsordnung. Die Leitsätze, die ihre Umsetzungsverfahren unter die Maxime der Effektivität stellen (Art. I-1 S.1 RatsE-Leitsätze 2023; vgl. Kapitel 8 A.), verfolgen zudem das Ziel, Wirkkraft zu entfalten. Ein Weniger an Präzision bedingt ein Weniger an Steuerungswirkung und Wirkkraft.³³⁷⁰ Ein Unternehmen, bei dem unsicher ist, ob es in den Anwendungsbereich der Leitsätze fällt, würde im Zweifel keine Ressourcen in die Beachtung der Leitsätze investieren.³³⁷¹ Verbindliche wie unverbindliche Instrumente zielen darauf ab, menschliches Verhalten zu steuern und müssen deshalb so formuliert sein, dass sie durchsetzbar sind.³³⁷² Über spA-Verfahren können Unternehmen

3368 Seidl-Hohenveldern, RdC 163 (1979), 169 (209); Wallace, MNE and Legal Control (2002), S. 116; Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 44; vgl. (in anderem Zusammenhang): Zerk, Multinationals and CSR (2006), S. 93.

3369 Im Zusammenhang mit der fehlenden Definition einer Geschäftsbeziehung (vgl. Ls. II-A-13 f. Leitsätze 2023) bevor dieser Begriff mit der 2023er Überarbeitung größere Präzisierung erfahren hat (vgl. Ls-Ko 2023, Rn. 17): OECD:CH-NCP:2021:CH-21-IA, S. 5 und OECD:CH-NCP:2023:CH-26-IA, S. 5, jeweils unter Bezugnahme auf: Gillard u. a., Scope and application of 'business relationships' in the financial sector (2014), S. 3.

3370 OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 46.

3371 Vgl. OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 46.

3372 OECD:BR-NCP:2020:BR-37-FS, Rn. 6.14; OECD:BR-NCP:2020:BR-38-FS, Rn. 6.15.

außerdem an den Pranger gestellt werden. Die fehlende Rechtsverbindlichkeit der Leitsätze ist nicht mit der „Freiwilligkeit“ ihrer Einhaltung gleichzusetzen und macht eine Definition nicht entbehrlich.³³⁷³ Einer Wohlfahrtsorganisation, die nur bei einer expansiven Auslegung des Begriffs des MNUs unter die Leitsätze fällt,³³⁷⁴ ist mit einem Verweis auf den formal unverbindlichen Charakter der Leitsätze wenig geholfen, wenn infolge eines öffentlichkeitswirksamen spA-Verfahrens Spendengelder ausbleiben. Das Gleiche gilt für einen kleinen, lokalen Eventmanager, der prüfen muss, ob er durch den Abschluss eines Sponsorenvertrags mit einem ausländischen Unternehmen zu einem multinationalen Unternehmen wird.³³⁷⁵ Alle potenziell den Leitsätzen Unterworfenen haben Anspruch darauf, dass sie einem spA-Verfahren nicht willkürlich ausgesetzt werden können, weil die Definition des MNUs unklar ist.³³⁷⁶ Insofern sei daran erinnert, dass die Tätigkeit der NKSen den verfassungsrechtlichen Anforderungen des jeweiligen Teilnehmerstaats zu genügen hat.

Das zweite Argument bezieht sich auf den **inklusiven Ansatz** der Leitsätze. Da die Leitsätze, so das Argument, ihren Anwendungsbereich im Zweifel auf jedes Unternehmen erstrecken würden, sei eine Definition überflüssig.³³⁷⁷ In der Tat ergibt sich aus der Gesamtschau mehrerer Normen ein inklusiver Ansatz: Zuzugestehen ist, dass die Leitsätze einen umfassenden Ansatz verfolgen (*broad approach*, Ls. I-4 S.2 Hs.1 Leitsätze 2023), ihre Beachtung durch möglichst viele Unternehmen anstreben (Ls. I-6 S.1 Leitsätze 2023), sich gegen die Diskriminierung multinationaler gegenüber nationalen Unternehmen wenden (Ls. I-5 S.1 Hs.1 Leitsätze 2023) und Geschäftsbeziehungen zwischen verschiedenen Unternehmen umfassend

3373 Siehe dazu Kapitel 16 und allgemein die Kritik bei: *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung (2017), S. 184-204.

3374 Angelehnt an: OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA.

3375 Angelehnt an: OECD:UK-NCP:2018:UK-49-IA und OECD:UK-NCP:2020:UK-49-FS.

3376 Das Vorliegen eines MNUs im Sinne der Leitsätze ist eine Annahmeveraussetzung für ein NKS-Verfahren (UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 3).

3377 *Stockmann*, MichJIL 2 (1981), 223 (225); *Huarte Melgar* u. a., The 2011 Update of the OECD Guidelines (2011), S. 22; *Gillard* u. a., Scope and application of 'business relationships' in the financial sector (2014), S. 2; *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 44; *Backer*, in: Mulder u. a. (Hrsg.), *Liber Amicorum Nieuwenkamp* (2018), 43 (46); vgl. im Zusammenhang mit der entsprechenden Definition in den gescheiterten *UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights* (VN Dok. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2): *Weissbrodt/Kruger*, AJIL 97 (2003), 901 (909).

regulieren (Ls. II-A-12 ff. Leitsätze 2023).³³⁷⁸ Bei diesem inklusiven Ansatz gerät das MNU als Anknüpfungspunkt aus dem Blickfeld.³³⁷⁹ Diesem Argument ist zweierlei entgegenzuhalten:

Erstens übersieht es die Doppelfunktionalität des Ls. I-4 Leitsätze 2023. Denn einerseits beschreibt diese Norm den Anwendungsbereich der Leitsätze, dient aber andererseits der Abgrenzung verschiedener MNUs untereinander. Das Argument der Inklusivität bezieht sich nur auf die erste Funktion, den Anwendungsbereich der Leitsätze. Selbst wenn aber sämtliche Unternehmen in den Anwendungsbereich der Leitsätze fielen, würde weiterhin eine Definition benötigt, um Entitäten einem bestimmten MNU zuzuordnen und von Entitäten anderer MNUs abzugrenzen.

Zweitens ist der inklusive Ansatz der Leitsätze nicht mit Beliebigkeit gleichzusetzen. Er hat Grenzen.³³⁸⁰ Wie die nachfolgenden Ausführungen dieses Kapitels zu Ls. I-4 Leitsätze 2023 zeigen, wurde die Anwendbarkeit der Leitsätze bereits häufig verneint. Außerdem trägt die Heranziehung der Ls. I-4 S. 2 Hs. 1, I-5 S. 1 Hs. 1, I-6 S. 1 und II-A-13 f. Leitsätze 2023 nicht. Korrekt ist, dass sich diesen Normen in einer Gesamtschau ein inklusiver Ansatz der Leitsätze entnehmen lässt, der in Zweifelsfällen verlangt, einen MNU-Charakter zu bejahen. Nicht richtig ist jedoch, dass diese Normen Abgrenzungsentscheidungen zwischen MNUs und anderen Entitäten entbehrlich machen, weil all diesen Normen solche Abgrenzungsentscheidungen zugrunde liegen. Der 2023 eingefügte Ls. I-4 S. 2 mit seinem Hinweis auf den umfassenden Ansatz bei der Identifizierung eines MNUs (Hs. 1) ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass zugleich nähere Kriterien für die Identifizierung eines MNUs eingefügt wurden (Hs. 2). Nationale Unternehmen haben die Leitsätze nur dann einzuhalten, wenn die Leitsätze für sie relevant sind (Relevanzvorbehalt, Ls. I-5 Leitsätze 2023); zudem kann ein spA-Verfahren nicht gegen sie angestrengt werden (näher: F. I. 1.). Ls. I-6 S. 1 Leitsätze 2023 kann nicht entnommen werden, dass die Leitsätze auf jedes Unternehmen Anwendung finden. Diese Bestimmung bedeutet

3378 Stockmann, MichJIL 2 (1981), 223 (225) (Hinweis auf damalige Entsprechung des Ls. I-5 Leitsätze 2023); Gillard u. a., Scope and application of 'business relationships' in the financial sector (2014), S. 2 (Hinweis auf Ls. I-4 und I-6 Leitsätze 2023); Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 44 (Hinweis auf Ls. I-5 und II-A-12 ff. Leitsätze 2023).

3379 Backer, in: Mulder u. a. (Hrsg.), Liber Amicorum Nieuwenkamp (2018), 43 (46).

3380 Vgl. OECD:NZ-NCP:2016:NZ-5-1A: Die NZ-NKS argumentierte hier, dass ein bestimmter Sachverhalt nicht zur Bejahung der MNU-Eigenschaft genügen könne, da die MNU-Definition anderenfalls uferlos werde („[...] there would be very few entities that could ever be excluded from the scope of the Procedure[.]“).

im Zusammenspiel mit S.2 lediglich, dass die Unternehmensgröße nur eine Rolle für die Art und Weise der Anwendung der Leitsätze, nicht aber für die Anwendbarkeit (das Ob) der Leitsätze spielt. Dass die Ls. II-A-12 ff. Leitsätze 2023 Geschäftsbeziehungen regulieren, heißt nicht, dass sie die Geschäftspartner regulieren und in den persönlichen Anwendungsbereich der Leitsätze einbeziehen. Das zeigt sich daran, dass die Leitsätze die Geschäftsbeziehungen eines MNU, das unter die Leitsätze fällt, unabhängig davon regulieren, ob sein Geschäftspartner ebenfalls in den Anwendungsbereich fällt.³³⁸¹ Der Geschäftspartner selbst wird erst dann reguliert, wenn er als MNU ein Adressat der Leitsätze ist.

2. Würdigung und Stellungnahme

Im Ergebnis sollte nicht verkannt werden, dass sich Ls. I-4 zwar offiziell dagegen verwahrt, eine Definition eines MNU zu sein, er aber gleichzeitig ein MNU mit einem gewissen Grad an Präzision beschreibt. Die eigentliche Frage ist deshalb, ob Ls. I-4 Leitsätze 2023 für die Zwecke der Leitsätze hinreichend präzise ist. Ob man Ls. I-4 Leitsätze 2023 (wie ich) als Definition bezeichnen will,³³⁸² ist eine nachrangige Frage.

Dass manche der Zwecke der Leitsätze durch die mangelnde Präzision des Ls. I-4 Leitsätze 2023 gefährdet sind, belegt ein Blick in die Praxis. Aus der Praxis sind zwar Stimmen bekannt, die die Flexibilität dieses Leitsatzes loben.³³⁸³ Die Vorteile der Flexibilität des Ls. I-4 Leitsätze 2023 werden in seiner Entwicklungsoffenheit und Anpassungsfähigkeit an nationale Gegebenheiten gesehen.³³⁸⁴ Viele Interessenträger wie auch NKSen beklagen aber seine Unschärfe.³³⁸⁵ Zu den größten Schwächen des Ls. I-4 zählt, dass er ungleichen Wettbewerbsbedingungen, uneinheitlichen oder gar widersprüchlichen Aussprüchen der NKSen sowie *forum shopping* durch Beschwerdeführer Vorschub leistet.³³⁸⁶ Solche Gefahren stehen im

3381 Ls-Ko 2023, Rn.17: „Entities with which an enterprise has a business relationship may or may not be operating in or from Adherents.“ Damit ist der Anwendungsbereich der Leitsätze in Ls. I-3 S.2 Leitsätze 2023 beschrieben.

3382 Für die Zubilligung von Definitionsqualität: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 58: „The Guidelines indicate [...] that a precise legal definition [...] is not required [...]. In fact, paragraph 8 contains a definition [...].“

3383 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 32, 34, 84.

3384 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 32.

3385 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 32, 39, 84.

3386 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 32, 39, 84.

Widerspruch zum inklusiven Ansatz der Leitsätze und zu ihrer Absicht, gleiche Wettbewerbsbedingungen³³⁸⁷ für alle Unternehmen zu schaffen.

Zuzugestehen ist jedoch, dass die beiden Argumente (fehlende Rechtsverbindlichkeit und Inklusivität) den Grad an benötigter Präzision verringern. Ein Text mit schärferen Konsequenzen bei Nichtbeachtung würde eine größere Genauigkeit bei der Beschreibung seiner Adressaten erfordern.³³⁸⁸ Im Jahr 1976 meinte man mit dem Verzicht auf eine Definition vornehmlich, dass man neben einer genauen Vermessung der Autonomie einzelner MNU-Entitäten auch davon absehen wollte, Eigenkapitalbeteiligungsschwellen konkret zu beziffern.³³⁸⁹ Eine solch trennscharfe Definition halte ich in der Tat für entbehrlich. Ls. I-4 Leitsätze 2023 ist meines Erachtens (insbesondere nach der 2023 Überarbeitung) hinreichend präzise.

II. Konsequenzen

Die Leugnung des Definitionscharakters bedeutet, dass die Leitsätze lediglich allgemeine Charakteristika beschreiben, die eine Vielzahl relevanter Sachverhalte erfassen.³³⁹⁰ Die Beschreibungen sind nicht abschließend (*open-ended*),³³⁹¹ weshalb auch Akteure unter den Begriff des MNUs fallen können, die traditionell nicht hierzu gerechnet würden.³³⁹² S. 2 Hs. 2 nennt lediglich wesentliche Faktoren, die zu berücksichtigen sind, bei S. 4 handelt es sich um ein Regelbeispiel („*usually*“) und S. 5 Hs. 2 erkennt an, dass deutliche Unterschiede („*may vary widely*“) im Autonomiegrad verschiedener Entitäten bestehen können. Der an mehreren Stellen³³⁹³ zum Vorschein kommende inklusive Ansatz der Leitsätze untermauert dies. Notwendig ist

3387 Ls. 1 der Einführung (*preface*) der Leitsätze 2023.

3388 *Rojot*, BJIR 23 (1985), 379 (392); vgl. (in anderem Zusammenhang): *Zerk*, *Multinationals and CSR* (2006), S. 93. Siehe außerdem die vergleichbaren Gedanken bei *Wallace*, *MNE and Legal Control* (2002), S. 119; *Kuntz*, *Conceptualising Transnational Corporate Groups* (2017), S. 101.

3389 OECD Observer Nr. 82 (Juli 1976), 9 (13).

3390 OECD, *MNE-Declaration Review* (1979), Rn. 39; OECD, *OECD Guidelines for MNEs* (1997), S. 21; OECD Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 9.

3391 Siehe Fn. 3369.

3392 Vgl. OECD, *Stocktaking Report* (2022), S. 33 f.

3393 Ls. I-4 S. 2 Hs. 1, I-5 S. 1 Hs. 1, I-6 S. 1 und II-A-12 ff. Leitsätze 2023.

ein einzelfallbasiertes Vorgehen.³³⁹⁴ Eine flexible Handhabung des Ls. I-4 Leitsätze 2023 ist zulässig und gewünscht,³³⁹⁵ da in den Leitsätzen bewusst auf eine rechtliche Sprache verzichtet wurde.³³⁹⁶ Der Investitionsausschuss formuliert diesen Gedanken wie folgt:

„The Guidelines start from the premise that a precise definition of Multi-national Enterprise is not necessary and suggest that the concept should be broadly interpreted, noting that the concept of MNEs is continually evolving.“³³⁹⁷

Die MNU-Definition der Leitsätze ist demnach weit auszulegen. In diesem Sinne würde ich ergänzen, dass teleologische Argumente mehr Gewicht als Wortlautargumente genießen. In der Aussage des Ausschusses wird außerdem der evolutive Ansatz der Leitsätze deutlich.³³⁹⁸ Ls. I-4 S. 1 Leitsätze 2023 steht einer Präzisierung durch die kohärente Entscheidungspraxis der Kontaktstellen und des Investitionsausschusses deshalb nicht entgegen; eine solche Präzisierung war die Hoffnung bei Verabschiedung der Leitsätze im Jahr 1976.³³⁹⁹ Wie der mit der 2023er Überarbeitung erfolgte Einschub des S. 2 zeigt, ist Ls. I-4 Leitsätze 2023 ein lebendiger Text, der Gegenstand fortlaufender Beobachtung ist und erforderlichenfalls angepasst wird.

III. Fazit

Ls. I-4 S. 1 Leitsätze 2023 hält fest, dass die Leitsätze keiner präzisen Definition eines MNUs bedürfen; implizit lässt sich der Norm entnehmen, dass Ls. I-4 Leitsätze 2023 auch keine Definition enthält. Einige Stimmen gehen deshalb unter Verweis auf die fehlende Rechtsverbindlichkeit der Leitsätze und den in mehreren Normen zum Ausdruck kommenden inklusiven An-

3394 OECD:IC:2005:IC-1-CL, 82 f.; OECD:UK-NCP:2020:UK-56-1A; vgl. *CIME*, Annual Report 2003 (2003), 21 (22).

3395 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39; *CIME*, Annual Report 2003 (2003), 21 (22); OECD:IC:2005:IC-1-CL, S. 82 f.; OECD, Stocktaking Report (2022), S. 32, 34, 84.

3396 Vgl. OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39.

3397 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 10.

3398 Zum evolutiven Ansatz siehe bereits Kapitel I A.

3399 OECD, OECD Observer Nr. 82 (Juli 1976), 9 (13); *Vogelaar*, OECD Observer Nr. 86 (Mai 1977), 7 (7).

satz³⁴⁰⁰ der Leitsätze davon aus, dass die Definition eines MNU in den Leitsätzen in der Tat entbehrlich sei. Dem ist zu widersprechen. Beide Argumente können allenfalls den benötigten Präzisionsgrad absenken, machen eine Definition aber nicht entbehrlich. Zuzugestehen ist jedoch, dass die Frage, ob man Ls. I-4 Leitsätze 2023 als Beschreibung oder (wie hier vertreten) als Definition einstuft, kaum relevant ist. Entscheidend ist, ob Ls. I-4 Leitsätze 2023 für die Zwecke der Leitsätze hinreichend präzise ist. Das ist meines Erachtens, insbesondere nach den im Jahr 2023 erfolgten Ergänzungen, zu bejahen.

Ls. I-4 S.1 Leitsätze 2023 ist mithin vor allem für die Auslegung des Ls. I-4 Leitsätze 2023 von Bedeutung: Ls. I-4 Leitsätze 2023 ist demnach als nicht abschließende Definition aufzufassen; die Norm ist einer weiten Auslegung zugänglich. Das hat der Investitionsausschuss in einer Klarstellung festgehalten, die als autoritative Auslegung bindend ist und damit für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis genügt. Der MNU-Charakter eines zu betrachtenden Geflechts mehrerer Entitäten ist im Zweifel zu bejahen. Teleologische Argumente haben größeres Gewicht als Wortlautargumente.

B. Das MNU als Multi-Entitäten-Geflecht

In Kapitel 14 habe ich verschiedene Erscheinungsformen eines MNU – wie Konzerne und Netzwerke – vorgestellt. All diese Erörterungen basierten auf der Prämisse, dass ein MNU mehrere Wirkungsstätten miteinander verbindet, also ein aus mehreren Entitäten als Bausteinen zusammengesetztes Geflecht (Multi-Entitäten-Geflecht) ist. Eine einzelne Entität ist ebenso wenig ein MNU, wie eine Muttergesellschaft nach nationalem Recht mit einem Konzern oder ein Netzwerkmitglied mit einem Netzwerk gleichgesetzt werden kann. Meines Erachtens ist an dieser Prämisse auch für die Leitsätze festzuhalten.

Aus dem Wortlaut der Leitsätze ergibt sich eindeutig, dass ein MNU ein Geflecht ist, das aus mehreren Entitäten besteht. Die Ls. I-4 S. 4 („*They usually comprise companies or other entities established in more than one country and so linked that they may co- ordinate their operations in various ways.*“), S. 5 („*[...] one or more of these entities may be able to exercise a significant influence over the activities of other entities in a group [...]*“),

3400 Ls. I-4 S. 2 Hs. 1, I-5 S. 1 Hs. 1, I-6 S. 1 und II-A-12 ff. Leitsätze 2023.

S. 7 („[...] all the entities within the multinational enterprise [...]“) und S. 8 („[...] the different entities are expected to co-operate and to assist one another [...]“) Leitsätze 2023 setzen voraus, dass in Geflechten, in denen mehrere hinreichend eng miteinander verbundene Entitäten vorliegen, nicht die einzelne Entität ein MNU ist, sondern die Gesamtheit bzw. Summe dieser Entitäten. Das Gleiche gilt für Ls. I-8 S. 2 Leitsätze 2023 und Ls. 7 der Einführung (*preface*) Leitsätze 2023.

Den Aussagen vieler NKSen kann unterstellt werden, dass sie diesen Vorgaben folgen und von einem MNU als Multi-Entitäten-Geflecht ausgehen. Hierzu zählen unter anderem die österreichische, die australische, die eidgenössische, die chilenische, die norwegische und die polnische NKS.³⁴⁰¹ Gleichwohl lassen sich Äußerungen von NKSen finden, in denen eine einzelne Entität mit einem MNU gleichgesetzt wird. Beispielsweise die französische NKS äußert sich widersprüchlich. So geht sie von einem MNU als Multi-Entitäten-Geflecht aus, wenn sie in einer Entscheidung, die die Voraussetzungen zur Bildung einer Art Konzernbetriebsrat betraf,³⁴⁰² die beklagte Unternehmensgruppe als eine Einheit behandelt.³⁴⁰³ In anderen Fällen setzt sie *groupe* und *entreprise multinationale* zumindest sprachlich gleich.³⁴⁰⁴ Allerdings gibt es auch Aussprüche, in denen sie eine einzelne

3401 **AT-NKS:** Vgl. OECD:AT-NCP:2023:AT-6-IA, S. 8; **AU-NKS:** Vgl. OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 16 ff.; **CH-NKS:** Vgl. OECD:CH-NCP:2015:CH-13-IA, S. 6; vgl. OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 7 f.; vgl. OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 4; vgl. OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 7 f.; vgl. OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 6 f.; vgl. OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 4 f.; **CL-NKS:** Vgl. OECD:CL-NCP:2015:CL-8-FS, S. 170 f.; vgl. OECD:CL-NCP:2021:CL-16-IA, S. 8 (engl. Übersetzung); **NO-NKS:** vgl. OECD:NO-NCP:2021:NO-19-IA, S. 6; **PL-NKS:** Vgl. OECD:PL-NCP:2021:PL-7-IA, S. 5 f.

3402 Der Entscheidung lag ein Streit auf Basis des französischen Kollektivarbeitsrechts und der Anerkennung der beklagten Unternehmensgruppe als wirtschaftliche und soziale Einheit (*unité économique et sociale*) zugrunde. Diese Anerkennung ist relevant für das betriebliche Niveau, auf dem ein Betriebsrat gebildet werden kann (vgl. Art. L2313–8 Code du travail). Eine solche wirtschaftliche und soziale Einheit setzt unter anderem eine einheitliche Leitung voraus („*concentration des pouvoirs de direction*“, vgl. ECLI:FR:CCASS:2018:SO01693) und ist damit zugleich relevant für die Definition eines multinationalen Unternehmens im Sinne der Leitsätze.

3403 Vgl. OECD:FR-NCP:2014:FR-17-FS; siehe auch den vergleichbaren Fall: OECD:FR-NCP:2022:FR-36-FS.

3404 OECD:FR-NCP:2022:FR-29-FS, S. 7: „*Le Groupe Perenco est une entreprise multinationale composée de sociétés autonomes.*“; vgl. OECD:FR-NCP:2015:FR-19-FS, S. 4.

Entität (innerhalb eines Konzerns) als MNU bezeichnet.³⁴⁰⁵ Besonders häufig finden sich kritikwürdige Äußerungen, in denen eine einzelne Entität mit einem MNU gleichgesetzt wird, bei der niederländischen NKS. Dabei handelt es sich mal um Äußerungen, denen man lediglich eine verzeihliche sprachliche Ungenauigkeit unterstellen kann,³⁴⁰⁶ und mal um eine rechtfertigungsbedürftige Anwendung von Vorschriften der Leitsätze.³⁴⁰⁷ Anderen Fällen der NL-NKS könnte die gegenteilige Auffassung unterstellt werden, wonach ein MNU aus mehreren Entitäten besteht.³⁴⁰⁸ Wiederum andere Fälle sind in sich widersprüchlich formuliert.³⁴⁰⁹

Es bleibt der Eindruck eines widersprüchlichen Fallmaterials oder zumindest eines Desinteresses der NKSen für derartige Fragen; geht man von einem Desinteresse aus, besteht das Risiko, zu viel Bedeutung in sprachliche Ungenauigkeiten einer NKS hineinzulegen. Der Wortlaut der MNU-Definition beschreibt ein MNU jedenfalls klar als Multi-Entitäten-Geflecht. Die Verwirrung der NKSen lässt sich meines Erachtens auf die 2011er Überarbeitung zurückführen. Mit dieser Überarbeitung wurde das Konzept der Sorgfaltspflichten in die Leitsätze eingeführt (Ls. II-A-10 ff.

3405 Vgl. OECD:FR-NCP:2019:FR-29-IA, S. 6 (Bezeichnung sowohl einer Gruppe als auch einer Tochtergesellschaft als MNU); vgl. OECD:FR-NCP:2021:FR-33-IA, S. 4.

3406 So schreibt die NL-NKS beispielsweise: „SPDC JV is owned for 30 % by a company in the Shell Group, whose parent company RDS, a multinational enterprise, is headquartered in the Netherlands.“ (OECD:NL-NCP:2020:NL-36-FS, S. 6). Hier bezeichnet die NL-NKS weder die „Shell Group“ noch die Gesamtheit aus Mutter- und der Tochtergesellschaft, sondern einzig die Muttergesellschaft „RDS“ als MNU.

3407 Einer Rechtfertigung bedürfen insbesondere solche Aussprüche der NL-NKS, in denen sie auf die Beziehung verschiedener Entitäten, die eindeutig demselben MNU angehören, die Vorgaben zu Sorgfaltspflichten (Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023) anwendet (dazu sogleich): Vgl. OECD:NL-NCP:2019:NL-33-IA, S. 3; vgl. OECD:NL-NCP:2020:NL-36-FS, S. 8; vgl. OECD:NL-NCP:2023:NL-33-FS, S. 8.

3408 OECD:NL-NCP:2020:NL-37-IA, S. 4; OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 17; OECD:NL-NCP:2023:NL-40-FS, S. 2, 13: *Shell* und seine Tochter werden kollektiv als „the enterprise“ bezeichnet; vgl. OECD:NL-NCP:2024:NL-47-FS, S. 15, 18.

3409 Vgl. OECD:NL-NCP:2018:NL-32-IA, S. 5; vgl. OECD:NL-NCP:2021:NL-40-IA, S. 2: „SPDC and Shell HQ are multinational enterprises within the meaning of the Guidelines as the GL [sic] are applicable to all entities in a group;“; OECD:NL-NCP:2023:NL-44-FS, S. 2: „Inter IKEA Holding BV (hereinafter: ‘Dutch parent entity’) has involved its Swedish subsidiary IKEA Industry AB (hereinafter: ‘Swedish subsidiary’) throughout the procedure before the NCP (collectively they will be referred to as ‘the enterprise’). [...] The Dutch parent entity is a multinational enterprise within the meaning of the Guidelines;“.

Leitsätze 2011, Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023). Die Sorgfaltspflichten trafen auf die seit Anbeginn in den Leitsätzen enthaltene MNU-Definition.³⁴¹⁰ Beide Normkomplexe stehen in Konkurrenz zueinander, weil sie sich mit Konstellationen befassen, die mehrere Entitäten betreffen. Das Konzept des MNUs wird seither ausgehöhlt und in problematischer Weise mit den Vorschriften zu Sorgfaltspflichten verschliffen. Die Folge ist eine konzeptionelle Kakophonie, die im Widerspruch zum Wortlaut der Leitsätze steht (I.). Meines Erachtens besteht aber nur eine klare und systematisch korrekte Möglichkeit zur Abgrenzung beider Normkomplexe; diese Abgrenzung sorgt für ein Leitsätze-weites einheitliches Begriffsverständnis (II.). Eine kohärente Entscheidungspraxis ist angesichts der widersprüchlichen Vielstimmigkeit des Fallmaterials und zahlreicher ungeklärter Fragen eindeutig nicht entstanden (III.).

I. Abgrenzung zwischen MNU-Entitäten und Geschäftspartnern

Der wohl praktisch bedeutendste Regelungskomplex der Leitsätze ist derjenige zum Umgang mit negativen Auswirkungen auf RBC-Belange (wie einer Beeinträchtigung von Menschenrechten oder Umweltschäden). Der Regelungskomplex findet sich im allgemeinen Teil der Leitsätze (Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023).³⁴¹¹ Sonderregelungen im Menschenrechtskapitel der Leitsätze (Ls. IV-1 ff. Leitsätze 2023) werde ich wegen ihres *lex specialis*-Charakters im Folgenden unterschlagen.³⁴¹²

Den Regelungen der Sorgfaltspflichten liegt eine dreifache Abstufung der Beteiligungsformen eines MNUs zugrunde, die sich nach der Stärke der Beteiligung des MNUs an der negativen Auswirkung richtet. Es ist zwischen einer „**Verursachung**“ (Ls. II-A-12 Var. 1 Leitsätze 2023), einem „**Beitrag**“ (Ls. II-A-12 Var. 2 Leitsätze 2023) und einer „**unmittelbaren Verbindung über eine Geschäftsbeziehung**“ zu einer negativen Auswirkung (Ls. II-A-13 Leitsätze 2023) zu trennen.³⁴¹³ Ist die über eine Geschäftsbeziehung vermit-

3410 Siehe Ls. 8 der Einleitung (*introduction*) der Leitsätze 1976.

3411 Diese Vorschriften gelten für alle Kapitel der Leitsätze mit Ausnahme des Wettbewerbs- und des Steuerkapitels (Ls-Ko 2023, Rn.18). In der 2011er Fassung der Leitsätze bestand eine zusätzliche Bereichsausnahme für das Wissenschaftskapitel (Ls-Ko 2011, Rn. 14).

3412 Beide Teile sind in wesentlichen Teilen identisch und ergänzen sich, vgl. Ls-Ko 2023, Rn. 18, 50.

3413 Man beachte, dass hier ein großer Unterschied zur Konzeption des LkSG liegt. Die Leitsätze kennen (anders als § 2 Abs. 5 bis 8 LkSG) keine Unterscheidung zwischen

telte Verbindung zu einer negativen Auswirkung nur mittelbar, ist als Auf-
fangtatbestand Ls. II-A-14 Leitsätze 2023 zu prüfen.³⁴¹⁴ Auf diesen Auf-
fangtatbestand ist hier nicht weiter einzugehen. Bei der stärksten Beteiligungs-
form („Verursachung“) wird von einem MNU erwartet, eine negative Aus-
wirkung zu vermeiden und eine bereits eingetretene negative Auswirkung
wiedergutzumachen.³⁴¹⁵ Bei der mittleren Beteiligungsform („Beitrag“) ist
nur der Beitrag zur negativen Auswirkung zu vermeiden und ist zur Wie-
dergutmachung nur ein Beitrag im Rahmen der Einflussmöglichkeiten des
Unternehmens zu leisten.³⁴¹⁶ Im Rahmen der schwächsten Beteiligungsform
(„unmittelbare Verbindung“) ist im Rahmen der Einflussmöglichkeiten auf
eine andere Entität zwecks Vermeidung und Minderung der negativen
Auswirkung einzuwirken; eine Wiedergutmachung wird nicht erwartet.³⁴¹⁷

Sowohl dieser Regelungskomplex wie auch die Definition eines MNUs
in Ls. I-4 Leitsätze 2023 befassen sich mit der Beziehung verschiedener
Entitäten zueinander. Im Rahmen des Ls. I-4 Leitsätze 2023 ist bei Sach-
verhalten, die mehrere Entitäten betreffen, für die Binnenbeziehungen
eines MNUs auf das Kooperationsgebot in S. 8 zurückzugreifen (dazu spä-
ter ausführlich: C. III.). Es bestehen aber Unterschiede zwischen beiden
Regelungskomplexen. Für die Definition eines MNUs ist entscheidend, ob
die Verbindungen zwischen verschiedenen Entitäten hinreichend eng sind
(vgl. Ls. I-4 S. 4 f. Leitsätze 2023). Bei den Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023
steht im Ausgangspunkt die Beziehung eines MNUs zu einer negativen
Auswirkung – und nicht die Beziehung verschiedener Entitäten unterein-
ander – im Vordergrund; gleichwohl hängt auch die Nähe zu einer nega-
tiven Auswirkung davon ab, inwieweit weitere Entitäten in eine Kausal-
oder Zurechnungskette eingebunden sind und damit welcher Gestalt die
Beziehung verschiedener Entitäten untereinander ist. Das Verhältnis beider
Regelungskomplexe zueinander ist uneindeutig; insbesondere ist ungeklärt,
ob Entitäten, die im Sinne des Ls. I-4 Leitsätze 2023 Teil desselben MNUs

unmittelbaren und mittelbaren Zulieferern. Bezugspunkt ist die Nähe oder Ferne
zu einer negativen Auswirkung auf einen RBC-Belang und nicht die Anzahl der
Glieder in der Lieferkette.

3414 Gillard u. a., Due Diligence in the Financial Sector (2014), S. 8.

3415 Ls-Ko 2023, Rn. 21; OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 72; Gillard u. a.,
Due Diligence in the Financial Sector (2014), S. 7.

3416 Ls-Ko 2023, Rn. 22; OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 72; Gillard u. a.,
Due Diligence in the Financial Sector (2014), S. 7.

3417 Ls-Ko 2023, Rn. 23; OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 72; Nietsch,
ZBB 35 (2023), 264 (269).

sind, für die Zwecke der Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023 als Teil derselben oder als andere Entität gelten.

Die Abgrenzung der drei Beteiligungsformen gestaltet sich im Einzelfall schwierig. Ihre große praktische Bedeutung steht in keinem Verhältnis zur eher geringen Aufmerksamkeit, die ihr in der Forschung zuteilwird.³⁴¹⁸ Taugliche Abgrenzungskriterien fehlen.³⁴¹⁹ Zahlreiche Einlassungen beschränken sich auf die Nennung von Beispielen.³⁴²⁰ Als weitgehend³⁴²¹ gesichert kann gelten, dass die Beteiligungsform „Verursachung“ nur dann in Betracht kommt, wenn die Aktivitäten eines Akteurs *für sich genommen* ausreichen, um die negativen Auswirkungen herbeizuführen.³⁴²² Ls. II-A-12 Var. 1 Leitsätze 2023 bezieht sich auf die „eigenen Aktivitäten“ eines Akteurs. Bei den Beteiligungsformen „Beitrag“³⁴²³ und „unmittelbare Verbindung über eine Geschäftsbeziehung“³⁴²⁴ tritt zu den „eigenen Aktivitäten“ der Beitrag eines *anderen* Akteurs hinzu. Diese anderen Akteure werde ich im Folgenden als Geschäftspartner bezeichnen, wenn zu ihnen eine Geschäftsbeziehung besteht. Unstrittig ist, dass zwischen den letzten beiden Beteiligungsformen „Beitrag“ und „unmittelbare Verbindung über eine Geschäftsbeziehung“ ein fließender Übergang (*continuum*) besteht.³⁴²⁵ Beide Beteiligungsformen sind strukturell ähnlich; eine einmal vorliegen-

3418 Vgl. Van Ho, Human Rights Quarterly 43 (2021), 625 (627).

3419 Mareş, in: Mareş (Hrsg.), UNGP: Foundations and Implementation (2012), 169 (173); *Fasterling*, Guiding Principle 19, UNGP Commentary (2023), Rn. 19.13. *Fasterling* hält diesen Umstand für annehmbar, weil die VN-Leitprinzipien keinen Syllogismus mit juristischer Schärfe verlangen würden (aaO, Rn. 19.14).

3420 So die Kritik bei: Van Ho, Human Rights Quarterly 43 (2021), 625 (637).

3421 Anderer Ansicht: Van Ho, Human Rights Quarterly 43 (2021), 625 (644 ff.).

3422 OECD:NO-NCP:2023:NO-16-FS, S. 15 f.; OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 70: „An enterprise *“causes” an adverse impact if the enterprise’s activities on their own are sufficient to result in the adverse impact.*“; OHCHR, Application of the UNGPs in the context of the banking sector (2017), S. 5.

3423 Ls-Ko 2023, Rn. 16; OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 70: „An enterprise *“contributes to” an impact if its activities, in combination with the activities of other entities cause the impact, or if the activities of the enterprise cause, facilitate or incentivise another entity to cause an adverse impact.*“; OHCHR, Application of the UNGPs in the context of the banking sector (2017), S. 5.

3424 OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 70; OHCHR, Application of the UNGPs in the context of the banking sector (2017), S. 6; die Beteiligung einer *anderen* Entität setzt auch Ls. II-A-13 S. 2 Leitsätze 2023 voraus.

3425 OECD:NL-NCP:2022:NL-35-FS, S. 9; OHCHR, Application of the UNGPs in the context of the banking sector (2017), S. 6 f.; *Fasterling*, Guiding Principle 19, UNGP Commentary (2023), Rn. 19.15; vgl. Van Ho, Human Rights Quarterly 43 (2021), 625 (635).

de Beteiligungsform kann sich über einen Betrachtungszeitraum hinweg – je nach Verhalten des MNU, seinem Wissen und seiner Position im Marktumfeld – wandeln.³⁴²⁶ Ein Kontinuum zwischen den stärkeren beiden Beteiligungsformen „Verursachung“ und „Beitrag“ wird demgegenüber seltener behauptet.³⁴²⁷ Einem solchen Kontinuum steht jedenfalls entgegen, dass schwerlich von einer strukturellen Ähnlichkeit ausgegangen werden kann, wenn der entscheidende Unterschied zwischen diesen Beteiligungsformen die Existenz des Beitrags eines *anderen* Akteurs ist.³⁴²⁸ Der Übergang zwischen „Verursachung“ und „Beitrag“ ist deshalb richtigerweise nicht fließend.

Wann ein *anderer* Akteur im Sinne der zwei schwächsten Beteiligungsformen hinzutritt, der eine Subsumtion unter die „eigenen Aktivitäten“ der stärksten Beteiligungsform verhindert, ist vollständig ungeklärt. Verschiedene Herangehensweisen sind denkbar: Bei einer **einzelentitätsbasierten Lösung** würden die Aktivitäten jeder Entität isoliert betrachtet. Zu den „eigenen Aktivitäten“ (Ls. II-A-12 Leitsätze 2023) würden ausschließlich diejenigen einer einzelnen Entität (also beispielsweise einer einzelnen Tochtergesellschaft oder Niederlassung) zählen. Die Einbettung einer Entität in ein MNU würde ignoriert. Die Grenze zwischen eigenen und fremden Aktivitäten würde dort verlaufen, wo die Grenze zwischen verschiedenen Entitäten verläuft. Bei einer **MNU-basierten Lösung** würden die Aktivitäten aller Entitäten eines MNU als „eigene Aktivitäten“ gelten. Zu den eigenen Aktivitäten würden dann beispielsweise die Aktivitäten einer Tochtergesellschaft *und* die einer Muttergesellschaft zählen. Das Fallmaterial von NKSen und Investitionsausschuss bietet diesbezüglich nur wenig Orientierung. Es herrscht eine konzeptionelle Kakophonie (1.). Meines Erachtens verfolgen die Leitsätze eine MNU-basierte Lösung, bei der die Reichweite der „eigenen Aktivitäten“ auf Basis der MNU-Definition der Leitsätze bestimmt wird (2.).

3426 Ls-Ko 2023, Rn. 16; OECD:NL-NCP:2022:NL-35-FS, S. 9; OECD:NO-NCP:2023:NO-16-FS, S. 17; *OHCHR*, Application of the UNGPs in the context of the banking sector (2017), S. 6 f.; vgl. *Fasterling*, Guiding Principle 19, UNGP Commentary (2023), Rn. 19.16.

3427 Für ein solches Kontinuum: *Van Ho*, Human Rights Quarterly 43 (2021), 625 (654); *Fasterling*, Guiding Principle 19, UNGP Commentary (2023), Rn. 19.15.

3428 Vgl. die (selbst)kritischen Betrachtungen bei: *Van Ho*, Human Rights Quarterly 43 (2021), 625 (635, 638, 650).

1. Uneindeutigkeit des Fallmaterials

Im Fallmaterial der NKSen und des Investitionsausschusses finden sich sowohl Hinweise auf eine einzelentitätsbasierte Lösung (a)) als auch Hinweise auf eine MNU-basierte Lösung (b)). Eine klare Linie ist nicht erkennbar (c)).

a) Hinweise auf eine einzelentitätsbasierte Lösung

Einige Kontaktstellen gehen offenbar von einer einzelentitätsbasierten Lösung aus. Zu ihnen zählen insbesondere die niederländische und die französische NKS. Die NL-NKS beispielsweise klassifizierte eine 95 %-ige Tochtergesellschaft (*Bralima*) als Geschäftsbeziehung ihrer Muttergesellschaft (*Heineken*):

„The Guidelines are applicable to Heineken as it is a Dutch multinational enterprise. The Guidelines (2000) do not mention enterprise groups. However, they do refer to ‘business partners, including suppliers and sub-contractors’, and state that the enterprise should encourage them, where practicable, to apply principles of corporate conduct compatible with the Guidelines (Chapter II, paragraph 10). The NCP therefore concluded that the Guidelines apply equally to Bralima, as it is a 95 % subsidiary of Heineken, which implies a very strong business partner relationship.“³⁴²⁹

Eine MNU-basierte Lösung wäre demgegenüber zum Schluss gekommen, dass *Heineken* und *Bralima* angesichts der 95 %-igen Beteiligung ein MNU bilden. Bei einer MNU-basierten Lösung bestünde demnach kein Raum für die Annahme einer Geschäftsbeziehung. Die niederländische NKS wendet auch in weiteren Entscheidungen die Regelungen der Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023 auf die Beziehungen zwischen einer Muttergesellschaft und ihren Tochtergesellschaften an.³⁴³⁰ Das deutet darauf hin, dass sie bei der Anwendung der Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023 einer einzelentitätsbasierten Lösung folgt. Der soeben zitierte Ausspruch der NL-NKS ist außerdem interessant, weil er die Behauptung enthält, dass die Leitsätze 2000 keine Unternehmensgruppen erwähnen. Das ist falsch: Unternehmensgruppen

3429 OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS, S. 3.

3430 OECD:NL-NCP:2019:NL-33-IA, S. 3; OECD:NL-NCP:2023:NL-43-FS, S. 9 f.

werden schon seit 1976 in der MNU-Definition der Leitsätze erwähnt;³⁴³¹ wie zu Beginn des Abschnitts B. erwähnt, gehen sie von einem MNU als Multi-Entitäten-Geflecht aus. Offenbar jedoch hält die NL-NKS diese Norm für unerheblich,³⁴³² geht also möglicherweise davon aus, dass die MNU-Definition der Leitsätze ein MNU nicht als Multi-Entitäten-Geflecht versteht.

Näherer Betrachtung bedarf außerdem der Ausspruch der französischen NKS in der Sache *Natixis*. Unter den mittlerweile hunderten spA-Verfahren sticht dieser Ausspruch durch seine bemerkenswert detaillierte Analyse der verschachtelten und verwobenen Beziehungen mehrerer Akteure heraus. Mit großer Präzision subsumiert Kontaktstelle unter die Beteiligungsformen der Ls. II-A-II ff. Leitsätze 2023. Die spezifische Angelegenheit betraf die unzulässige Erschwerung gewerkschaftlicher Aktivitäten durch den Betreiber eines Hotels in Kalifornien (vgl. unter anderem Ls. V-1 lit. a) Leitsätze 2023).³⁴³³ Das Hotel selbst stand nur indirekt im Eigentum zweier amerikanischer Fonds, die gemeinsam die Anteile eines Gemeinschaftsunternehmens hielten, dem die Anteile an einer Holding gehörten, in deren Eigentum das Hotel stand und die auch den Hotelbetreiber engagiert hatte.³⁴³⁴ Das US-amerikanische Immobilienmanagement-Unternehmen AEW erbrachte Beratungsdienstleistungen für den Hotelbetreiber in finanziellen wie wohl auch betrieblichen Fragen.³⁴³⁵ Bei AEW handelt es sich um eine hundertprozentige Tochter der NGAM, die wiederum eine Tochtergesellschaft des französischen Vermögensverwalters *Natixis* ist.³⁴³⁶ Im Verfahren vor der NKS traten NGAM und *Natixis* als Beschwerdegegner auf.³⁴³⁷ Wenig überraschend stufte die französische NKS den Betreiber des Hotels, von dem die gewerkschaftsfeindlichen Bestrebungen ausgingen, als Verursacher der negativen Auswirkung (Ls. II-A-12 Var. 1 Leitsätze 2023) ein und klassifizierte die Beteiligungsform der Fonds als Beitrag (Ls. II-A-12

3431 Ls. 8 der Einleitung (*introduction*) der Leitsätze 1976 bzw. Ls. I-3 Leitsätze 2000 (insbesondere dessen Satz 5).

3432 Bei einer wohlwollenden Deutung ist demgegenüber zu unterstellen, dass die NL-NKS sprachlich ungeschickt darauf hinweisen wollte, dass erst mit der 2011er Überarbeitung umfassende Regelungen zu den Geschäftsbeziehungen eines MNUs in die Leitsätze aufgenommen wurden (siehe: Ls. II-10 Leitsätze 2000 und Ls. II-A-10 ff. Leitsätze 2011).

3433 OECD:FR-NCP:2017:FR-23-FS(Detailed), S. 1 f.

3434 OECD:FR-NCP:2017:FR-23-FS(Detailed), S. 5 f.

3435 Vgl. OECD:FR-NCP:2017:FR-23-FS(Detailed), S. 5 ff.

3436 Vgl. OECD:FR-NCP:2017:FR-23-FS(Detailed), S. 5 ff.

3437 Vgl. OECD:FR-NCP:2017:FR-23-FS(Detailed), S. 1.

Var. 2 Leitsätze 2023). AEW, NGAM und *Natixis* seien hingegen unmittelbar über eine Geschäftsbeziehung mit der negativen Auswirkung verbunden (Ls. II-A-13 Leitsätze 2023).³⁴³⁸

Die hier interessierende Frage, ob zu den „eigenen Aktivitäten“ des „Verursachers“ die Aktivitäten aller Entitäten eines MNUs zählen, konnte die FR-NKS nicht unmittelbar beantworten. Der Hotelbetreiber, der am Ursprung der negativen Auswirkungen stand, konnte offenkundig kein MNU mit *Natixis* bilden. Die Aussagen der NKS lassen deshalb nur mittelbare Schlüsse auf die Abgrenzung der Beteiligungsformen zu. Relevant sind insofern die Einlassungen der FR-NKS zu den Beziehungen zwischen AEW, NGAM und *Natixis*. Da kaum zu bestreiten ist, dass eine Tochtergesellschaft mit ihrer hundertprozentigen Mutter ein MNU bildet, ist davon auszugehen, dass AEW, NGAM und *Natixis* gemeinsam ein MNU bilden. Die NKS formuliert hierzu:

„Selon l’OCDE, dans le cas de détention à 100 %, la maison-mère est liée aux activités de ses filiales. Ainsi, NGAM est directement liée aux impacts liés aux activités de sa société AEW. Natixis, regroupant et les détenant à 100 %, est également liée aux impacts des activités de ces deux filiales.“³⁴³⁹

Bei isolierter Lektüre kann die Aussage der NKS so verstanden werden, dass eine Muttergesellschaft stets nur über die schwächste Beteiligungsform „direkte Verbindung“ (vgl. Ls. II-A-13 Leitsätze 2023) in Beziehung zu einer negativen Auswirkung steht, wenn ihre Beteiligung über eine Tochtergesellschaft mediatisiert wird – und zwar auch dann, wenn die Tochter (oder Enkelin) stärker an der negativen Auswirkung beteiligt ist. Die Zwischenschaltung einer Tochtergesellschaft würde die Mutter dann von einer stärkeren Beteiligungsform abschirmen. Eine solche Deutung widerspricht jedoch wahrscheinlich³⁴⁴⁰ den Aussagen der Kontaktstelle in Bezug auf die Beteiligung der beiden amerikanischen Fonds: Denn auch das Hotel stand nicht unmittelbar im Eigentum der Fonds, sondern im Eigentum der Holding eines Gemeinschaftsunternehmens beider Fonds. Trotz dieser zweifachen

3438 OECD:FR-NCP:2017:FR-23-FS(Detailed), S. 6 f.

3439 OECD:FR-NCP:2017:FR-23-FS(Detailed), S. 7.

3440 Da die Beteiligungsverhältnisse wie auch die Beziehungen dieser Entitäten zum Hotelbetreiber verworren sind, ließe sich argumentieren, dass nicht zwingend ein Widerspruch besteht, weil die FR-NKS auf Basis von Hypothesen arbeitet. Auf S. 7 schreibt sie auch, dass einer der Fonds, wenn er keinen „Beitrag“ geleistet hat, so doch mit der negativen Auswirkung mindestens „direkt verbunden“ sei.

Mediatisierung stuft die französische NKS die Beteiligungsform der Fonds hier als „Beitrag“ und damit als stärkere Beteiligungsform ein.³⁴⁴¹ Widerspruchlich ist auch, dass die FR-NKS darüber hinwegsieht, dass der damals anwendbare Ls. V-1 lit. a) und b) Leitsätze 2011 MNUen nur verpflichtete, die Koalitionsfreiheit der bei ihnen selbst (und nicht bei MNU-fremden Dritten) angestellten Arbeiter zu beachten („*employed by the multinational enterprise*“).³⁴⁴² Das MNU *Natixis* war demnach nicht verantwortlich für die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer des Hotels, da der Hotelbetreiber nicht zum MNU *Natixis* gehörte. Sieht man über diese Inkonsistenzen hinweg und betrachtet die oben wiedergegebene Aussage der Kontaktstelle isoliert, ist sie jedoch hinreichend deutlich formuliert: Die NKS betrachtet jede Entität – auch wenn sie gemeinsam ein MNU bilden – einzeln und gesteht einer Muttergesellschaft maximal eine „unmittelbare Verbindung“ an der über ihre Tochtergesellschaft vermittelten negativen Auswirkung zu. Sie geht daher wohl von einer einzelentitätsbasierten Betrachtung aus. Eine andere Entscheidung der FR-NKS bestätigt eine solche Auslegung.³⁴⁴³

Gleichwohl verfolgen weder die niederländische noch die französische NKS durchgängig eine einzelentitätsbasierte Auslegung der „eigenen Aktivitäten“ des Ls. II-A-12 Leitsätze 2023. Manche ihrer Entscheidungen weisen in eine andere Richtung oder sind zumindest missverständlich. So subsumierte die FR-NKS in einem anderen Fall offenbar unter die „eigenen Aktivitäten“ des Ls. II-A-11 Leitsätze 2011 (entspricht Ls. II-A-12 Leitsätze 2023), als sie festhielt, dass einer Unternehmensgruppe als Eigentümerin eines Werks gewisse Pflichten bei der beabsichtigten Schließung

3441 OECD:FR-NCP:2017:FR-23-FS(Detailed), S. 6: „*Les deux fonds d'investissement, et la joint-venture qu'ils possèdent, contribueraient potentiellement aux incidences négatives alléguées soit par décision soit par omission [...]*.“

3442 Ls-Ko 2011, Rn. 49. Der verwirrende Hinweis in Ls-Ko 2011, Rn. 50, dass die Sorgfaltspflichten trotzdem anwendbar sein sollten, war wohl so zu lesen, dass die Sorgfaltspflichten auch auf Vertragsverhältnisse anwendbar waren, die (wie informelle Vertragsbeziehungen) nicht die besondere Natur eines Arbeitsverhältnisses aufweisen (vgl. Ls-Ko 2023, Rn. 54 am Ende). Ls-Ko 2011, Rn. 50 verlangte demnach wohl nicht, die Sorgfaltspflichten auch auf die Arbeitnehmer eines Geschäftspartners anzuwenden.

3443 OECD:FR-NCP:2017:FR-25-IA, S. 3: „*Cambodia Airports est une filiale de VINCI AIRPORTS qui fait partie du Groupe VINCI; Cambodia Airports est une relation d'affaires du Groupe VINCI au sens des Principes directeurs.*“ Hier wird also eine Tochtergesellschaft als Geschäftspartnerin und damit als außerhalb des originären Verantwortungsverbunds der Muttergesellschaft stehende Entität bezeichnet. Vgl. ferner OECD:FR-NCP:2019:FR-29-IA, S. 6 f.; vgl. OECD:FR-NCP:2021:FR-33-IA, S. 4.

dieses Werks zukämen.³⁴⁴⁴ Die NL-NKS hielt in einer Abschlusserklärung jüngerer Datums fest, dass die Vorschriften der Leitsätze über Sorgfaltspflichten MNU-weit anzuwenden seien; hierfür berief sie sich aber nicht ausschließlich auf diese Vorschriften, sondern zusätzlich auf das (meines Erachtens) nur innerhalb eines MNU geltende Kooperationsgebot.³⁴⁴⁵ Das legt eine MNU-basierte Auslegung der „eigenen Aktivitäten“ des Ls. II-A-12 Leitsätze 2023 zumindest nahe. In einem anderen Fall wandte die NL-NKS auf die Verantwortlichkeit einer Muttergesellschaft für die Geschäftstätigkeit ihrer Tochtergesellschaft vor und nach dem Verkauf der Tochtergesellschaft unterschiedliche Regelungen an: Für den Zeitraum vor dem Verkauf verwies sie auf das Kooperationsgebot (Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023), für den Zeitraum danach auf eine Geschäftsbeziehung (vgl. Ls. II-A-13 Leitsätze 2023).³⁴⁴⁶

b) Hinweise auf eine MNU-basierte Lösung

Bei einem MNU-basierten Ansatz verlaufen die Grenzen zwischen eigenen und fremden Aktivitäten im Sinne des Ls. II-A-12 Leitsätze 2023 entlang der Grenzen MNU-eigener und MNU-fremder Aktivitäten. Die Aktivitäten jeder MNU-Entität sind „eigene“ Aktivitäten. Ein solcher Ansatz wurde im Fallmaterial erstmals im Jahr 2024 mit einer Entscheidung der dänischen NKS mehr oder weniger explizit vertreten.³⁴⁴⁷ Die meisten NKSen legen ihren Entscheidungen eine MNU-basierte Lösung nur implizit zugrunde.

In einer ihrer älteren Entscheidungen behandelte die UK-NKS mehrere personell und familiär verflochtene Unternehmen als „amalgamierte Entität“³⁴⁴⁸ und grenzte sie von Zulieferern als andere Entitäten ab.³⁴⁴⁹ Sie

3444 Vgl. OECD:FR-NCP:2015:FR-19-FS, S. 4. Die NKS legte sich aber nicht fest, welche der beiden in dieser Norm erwähnten Beteiligungsformen vorlag.

3445 OECD:NL-NCP:2023:NL-44-FS, S. 9.

3446 OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 17 f.; allerdings wandte die NL-NKS in diesem Fall die 2000er Fassung der Leitsätze an.

3447 OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 13: „[...] if a subsidiary of a parent company – where the parent company owns the majority of the subsidiary – is connected to an adverse impact, the parent company will be connected to the impact in a similar way.“ Zur Unterstützung ihrer Sicht beruft sich die DK-NKS auf Fälle der norwegischen und der niederländischen NKS; diese Fälle sind meines Erachtens aber weniger eindeutig, als es die DK-NKS darstellt.

3448 So die Beurteilung von Backer, Melb JIL 10 (2009), 258 (281): „amalgamated entity“.

3449 OECD:UK-NCP:2008:UK-16-FS, Rn. 27, 39 f., 45 ff.

entschied dabei auf Basis der Leitsätze 2000, die nur die rudimentäre Unterscheidung zwischen Entitäten eines MNU (Ls. I-3 Leitsätze 2000) und Geschäftspartnern (Ls. II-10 Leitsätze 2000) kannten. In einem späteren Fall differenzierte die UK-NKS für die Verantwortung einer Muttergesellschaft zwischen dem Zeitraum, in dem sie nur 50,5 % der Anteile an einer Tochtergesellschaft besaß, und dem Zeitraum nach der Übernahme der restlichen Anteile.³⁴⁵⁰

Die schwedische Kontaktstelle trennte in einer spezifischen Angelegenheit aus dem Jahr 2016 explizit nicht zwischen Mutter- und 60 %-iger Tochtergesellschaft, wenn sie den Namen des Konzerns benutzte;³⁴⁵¹ unter Verwendung des Konzernnamens prüfte sie sodann nur die Beteiligungsform der Verursachung (Ls. II-A-12 Var. 1 Leitsätze 2023), also die Beteiligungsform, die ausschließlich „eigene Aktivitäten“ betrachtet.³⁴⁵² Sie behandelte Mutter- und Tochtergesellschaft hier als eine Einheit. Die Schweizer Kontaktstelle äußerte sich unklar. So stufte sie in der Sache *Lombard Odier* die Beziehung zwischen einer Bank (als Beschwerdegegnerin) und einer ihr zugehörigen Kapitalverwaltungsgesellschaft als Geschäftsbeziehung ein.³⁴⁵³ Auffällig ist der Kontext dieser Beurteilung. Wenige Sätze zuvor hatte die NKS den Vortrag der Bank wiederholt, wonach die Bank keinerlei Einfluss auf die Verwaltungstätigkeiten der Kapitalverwaltungsgesellschaft nehmen könne.³⁴⁵⁴ Das könnte darauf hindeuten, dass die NKS mangels Einflussmöglichkeiten (die von der MNU-Definition in Ls. I-4 S. 4 f. Leitsätze 2023 vorausgesetzt werden) nicht von einem MNU im Sinne des Ls. I-4 Leitsätze 2023 ausging.

Als sich die US-NKS zu Vorwürfen geschlechtsspezifischer Gewalt und Belästigung in *McDonald's*-Restaurants äußern musste, legte sie Wert auf die Feststellung, dass es einen Unterschied bedeute, ob die Restaurants von Franchisenehmern oder der Muttergesellschaft selbst³⁴⁵⁵ betrieben

3450 OECD:UK-NCP:2016:UK-35-FS, Rn. 28, 47 f. Der Fall betraf ein komplexes Firmengeflecht und die Tätigkeiten nicht vollständig gehaltener Enkelgesellschaften. Im Großteil ihrer Prüfung geht die UK-NKS daher von der Beteiligungsform „direkte Verbindung“ aus (vgl. OECD:UK-NCP:2016:UK-35-FS, Rn. 57 ff.).

3451 OECD:SE-NCP:2016:SE-4-FS, S. 4.

3452 OECD:SE-NCP:2016:SE-4-FS, S. 13 f.

3453 OECD:CH-NCP:2023:CH-26-IA, S. 5.

3454 OECD:CH-NCP:2023:CH-26-IA, S. 5.

3455 Das ist insofern ungenau, als die durch McDonald's selbst betriebenen Schnellrestaurants häufig nicht von der Muttergesellschaft selbst, sondern durch deren hundertprozentige Tochtergesellschaften betrieben werden (vgl. *McDonald's Corporation*, Form 10-K (2024 Annual Report) (2025), Erläuterung zu Exhibit 21).

werden; sie hob die Bedeutung der Eigentumsverhältnisse für die Subsumtion unter die Beteiligungsformen hervor.³⁴⁵⁶ Eine genaue Subsumtion unter die Beteiligungsformen unterblieb allerdings. Die NKS begnügte sich damit, dass zumindest die schwächste Beteiligungsform („unmittelbare Verbindung über eine Geschäftsbeziehung“) vorliege.³⁴⁵⁷

Manche Kontaktstellen paraphrasieren die Unterscheidung zwischen den drei Beteiligungsformen als Unterscheidung zwischen Tätigkeiten „des Unternehmens“ und „von Zulieferern“³⁴⁵⁸ oder als Unterscheidung zwischen Tätigkeiten „unter unmittelbarer rechtlicher Kontrolle“ und anderen Tätigkeiten³⁴⁵⁹.

c) Zwischenfazit

Im Fallmaterial ist keine einheitliche Linie erkennbar. Daher lässt sich das Verhältnis zwischen Ls. I-4 Leitsätze 2023 und den Ls. II-A-II ff. Leitsätze 2023 auf Basis des Fallmaterials nicht konturieren. Schon die in den Leitsätzen klar angelegte Eigenschaft eines MNUs als Multi-Entitäten-Geflecht tritt im Fallmaterial nicht deutlich hervor. Vielmehr offenbart sich eine konzeptionelle Vielstimmigkeit mit Widersprüchen, die sich teilweise sogar innerhalb eines einzigen Ausspruchs zeigen. Kontaktstellen gehen erkennbar nicht von einer gefestigten dogmatischen Grundlage aus; sie schenken solchen Grundlagenfragen keine Beachtung. Insofern besteht das Risiko, unbedachte Aussagen oder terminologische Ungenauigkeiten einer NKS zu überinterpretieren.³⁴⁶⁰ Hier zeigt sich deutlich, dass Kontaktstellen in einvernehmlichen und mediativen Verfahren praxisgerechte Lösungen erzielen können, ohne dogmatische Fragen lösen zu müssen oder zu belastbaren Subsumtionsleistungen verpflichtet zu sein (vgl. Kapitel 12 C. I. 2.): Ob man bei Sachverhalten, an denen mehrere Entitäten beteiligt sind, auf den seit 1976 in den Leitsätzen enthaltenen³⁴⁶¹ Instrumentenkasten des Ls. I-4 Leitsätze 2023 (und insbesondere dessen Kooperationsgebot) oder

3456 OECD:US-NCP:2022:US-51-FS.

3457 OECD:US-NCP:2022:US-51-FS.

3458 OECD:DK-NCP:2016:DK-15-FS, S. 236 f.

3459 Vgl. OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 31: „*within a company's direct legal control*“. Siehe auch: OECD:AU-NCP:2022:AU-25-IA, Rn. 31.

3460 Auch meine oben vorgestellte Deutung dieser Fälle steht deshalb unter Vorbehalt.

3461 Ls. 8 der Einleitung (*introduction*) der Leitsätze 1976.

auf den erst im Jahr 2011 in die Leitsätze aufgenommenen³⁴⁶² Instrumentenkasten der Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023 zurückgreift, ist aus Sicht vieler NKSen offenbar unerheblich. Eine kohärente Entscheidungspraxis hat sich eindeutig nicht entwickelt; vielmehr stiftet das Fallmaterial Verwirrung.

2. Stellungnahme

Eine reine Wortlautauslegung der Leitsätze bietet keinen Erkenntnisgewinn, da sich die „eigenen Aktivitäten“ des Ls. II-A-12 Leitsätze 2023 auf ein „Unternehmen“ (Ls. II-A-*Chapeau* Leitsätze 2023) beziehen. Der Sprachgebrauch der Leitsätze ist insofern uneinheitlich; das Wort „Unternehmen“ kann sich sowohl auf ein MNU als auch auf eine einzelne MNU-Entität beziehen.³⁴⁶³ Orientierungshilfen der OECD sind widersprüchlich. Während in manchen Sorgfaltsleitfäden der OECD eine MNU-basierte Lösung durchbricht,³⁴⁶⁴ beruhen andere Orientierungshilfen auf einer entitätsbasierten Lösung.³⁴⁶⁵

In der offiziellen Kommentierung werden als Geschäftspartner – also als Entitäten, zu denen eine Geschäftsbeziehung im Sinne des Ls. II-A-13 Leitsätze 2023 bestehen kann – Entitäten genannt, die typischerweise nicht zu einem MNU im Sinne der Definition des Ls. I-4 Leitsätze 2023 zählen.³⁴⁶⁶ Insbesondere Tochtergesellschaften, die prototypische MNU-Entitäten sind, werden nicht als solche aufgeführt.³⁴⁶⁷ Das deutet darauf hin, dass die Handlungen solcher Entitäten keine Handlungen *anderer* Entitäten sind, sondern eigene Handlungen des MNUs gem. Ls. II-A-12 Leitsätze 2023. Die Auflistung der Kommentierung ist allerdings nicht abschlie-

3462 Damals Ls. II-A-10 ff. Leitsätze 2011.

3463 Siehe dazu noch unten: C. I. 2. b).

3464 Vgl. OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 65: „How can an enterprise assess risks of adverse impacts in its own activities? [...] FOR EXAMPLE, a subsidiary may conduct environmental impact assessments related to its activities and share them with a parent company.“; vgl. OECD, OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector (2018), S. 180 f.

3465 Gillard u. a., Due Diligence in the Financial Sector (2014), S. 9; vgl. OECD, RBC for Institutional Investors (2017), S. 20, 35.

3466 Vgl. Ls-Ko 2023, Rn. 17.

3467 Damit meine ich, dass der Begriff „subsidiaries“ fehlt. Tochtergesellschaften können durchaus unter die aufgeführten Begriffe subsumiert werden. Aufgeführt werden beispielsweise „entities in the supply chain“, worunter in einem vertikal integrierten Konzern auch Tochtergesellschaften fallen.

ßend.³⁴⁶⁸ Eine entitätsbasierte Lösung könnte außerdem Ls. II-A-13 S. 2 Leitsätze 2023, dem Verbot der Verantwortungsverlagerung, zugrunde liegen.

Meines Erachtens, wie aus Sicht einzelner Literaturstimmen,³⁴⁶⁹ ist eine MNU-basierte Lösung vorzugswürdig. Die MNU-basierte Lösung baut auf der MNU-Definition in Ls. I-4 Leitsätze 2023 auf. Ls. I-4 S. 7 Leitsätze 2023 hält schließlich fest, dass sich die Leitsätze an alle Entitäten eines MNUs richten. Zu den „eigenen Aktivitäten“ zählen demnach die Aktivitäten aller Entitäten eines MNUs; ob eine Entität zu einem MNU gehört, bestimmt sich nach Ls. I-4 Leitsätze 2023. Hierfür sprechen Systematik und Kohärenz. Jede andere Auslegung leistet einer konzeptionellen Fragmentierung der Leitsätze Vorschub. Zudem befindet sich die MNU-Definition im Kapitel I und damit im allgemeinen Teil der Leitsätze. Üblicherweise beansprucht eine Definition Geltung für ein gesamtes Instrument. Eine einzelentitätsbasierte Auslegung wäre für die Leitsätze auch ungewöhnlich formalistisch.

Allerdings ist zu beachten, dass die Beteiligungsformen keine Eigenkreation der Leitsätze sind. Sie bauen auf den entsprechenden Vorschriften der VN-Leitprinzipien³⁴⁷⁰ auf.³⁴⁷¹ Das Konzept der VN-Leitprinzipien wurde erst im Jahr 2011 in die Leitsätze übertragen; es traf damals auf die jahrzehntealte MNU-Definition der Leitsätze. Konzeptionelle Fiktionen zwischen dieser althergebrachten Definition und einem fremden Konzept sind nicht verwunderlich. Da das Konzept der VN-Leitprinzipien aber (wenn auch offenbar unreflektiert) übernommen wurde, sind die Leitsätze unter Berücksichtigung der VN-Leitprinzipien anzuwenden und auszulegen.³⁴⁷² Insofern ist auch zu berücksichtigen, was die VN-Leitprinzipien unter

3468 OECD:NL-NCP:2013:NL-23-FS, S. 5; OECD:CH-NCP:2021:CH-21-IA, S. 5; OECD:CH-NCP:2023:CH-26-IA, S. 5.

3469 So wohl: *Huarte Melgar* u. a., The 2011 Update of the OECD Guidelines (2011), S. 25 f.

3470 OHCHR, UN Guiding Principles (2011), Lp. 13 ff.

3471 Ls-Ko 2023, Rn. 41; OECD:DK-NCP:2016:DK-15-FS, S. 236; OECD:DK-NCP:2021:DK-19-FS, S. 6; OECD:AU-NCP:2022:AU-22-IA, Rn. 62; *Huarte Melgar* u. a., The 2011 Update of the OECD Guidelines (2011), S. 28; *Liberti*, Business Law International 13 (2012), 35 (37); *Angelet*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 197 (198).

3472 OECD:NL-NCP:2013:NL-23-FS, S. 5; OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 26; OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 52; OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 31; *Gillard* u. a., Scope and application of ‘business relationships’ in the financial sector (2014), S. 5; vgl. OECD:US-NCP:2016:US-37-FS2, S. 8; vgl. OECD:NL-NCP:2018:NL-31-FS, S. 4; vgl. OECD:DK-NCP:2021:DK-19-FS, S. 6.

„eigenen Aktivitäten“ verstehen. Die VN-Leitprinzipien wie auch ihre Kommentierungen und Handreichungen³⁴⁷³ sind in dieser Hinsicht jedoch offen formuliert.³⁴⁷⁴ Manche Literaturstimmen (darunter wohl auch *Ruggie*) gehen in Bezug auf die VN-Leitprinzipien allerdings von einem MNU-basierten Ansatz, teilweise unter expliziter Bezugnahme auf die MNU-Definition der Leitsätze, aus.³⁴⁷⁵ Die VN-Leitprinzipien stehen einem MNU-basierten Ansatz also nicht entgegen, streiten eher für ihn.

Insgesamt sprechen daher meines Erachtens die besseren Gründe dafür, unter den „eigenen Aktivitäten“ (Ls. II-A-12 Leitsätze 2023) die Aktivitäten aller Entitäten eines MNUs, wie es in den Ls. I-4 Leitsätze 2023 definiert wird, zu verstehen.

II. Konsequenzen

Geht man davon aus, dass die Leitsätze von einem MNU als Multi-Entitäten-Geflecht ausgehen, ist grundsätzlich nicht eine einzelne Entität (wie eine Muttergesellschaft), sondern sind alle Entitäten eines MNUs oder das MNU in seiner Gesamtheit gemeint, wenn die Leitsätze auf ein Unternehmen abstellen.³⁴⁷⁶ Beispielsweise fordert Ls. V-5 Leitsätze 2023 von MNUs die Beschäftigung lokaler Arbeitnehmer „im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit“ (*in their operations*) und stellt Ls. V-6 Leitsätze 2023 Informations-

3473 Vgl. *OHCHR*, Interpretive Guide (2012), S.22. Siehe aber auch aaO, S.5: Geschäftsbeziehungen zu einer anderen Entität bestehen auch zu Gemeinschaftsunternehmen, an denen ein MNU eine Mehrheitsbeteiligung hält.

3474 Vgl. *Mareş*, in: *Mareş* (Hrsg.), UNGP: Foundations and Implementation (2012), 169 (173 f.): Die Eigenständigkeit verschiedener MNU-Entitäten werde nur in Lp. 26 VN-Leitprinzipien und damit in Säule III angesprochen.

3475 *Ruggie*, Just Business (2013), S. 97 f.: „Thus, the Framework defines scope in terms of the actual and potential adverse human rights impacts arising from a business enterprise’s own activities and from the relationships with third parties [...]. In the case of multinational corporations the “enterprise” is understood to include the entire corporate group, however it is structured.“; Wohl auch: *Seck*, Guiding Principle 11, UNGP Commentary (2023), Rn. 11.06. Andere Literaturstimmen treten für andere Konzepte ein. Für einen mit den Leitsätzen unvereinbaren (dazu noch: C. I. 2. a)) tätigkeitsbasierten Ansatz: *Fasterling*, in: *Enneking u. a.* (Hrsg.), Accountability, International Business Operations, and the Law (2019), 18 (22 ff.). Offenbar einen entitätsbasierten Ansatz unterstellend: *Mareş*, in: *Mareş* (Hrsg.), UNGP: Foundations and Implementation (2012), 169 (170 ff.).

3476 Die Frage ob hier alle Entitäten eines MNUs einzeln oder das MNU in seiner Gesamtheit (*en bloc*) angesprochen wird, soll an dieser Stelle noch offenbleiben. Ich gehe dieser Frage in Abschnitt C. nach.

pfllichten bei Betriebsänderungen „im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit“ (*in their operations*) auf. MNUs müssen hier wegen der Beschränkung auf „*their operations*“ zwar nicht dafür sorgen, dass MNU-externe Geschäftspartner lokale Arbeitnehmer beschäftigen und ihren Informationspflichten bei Betriebsänderungen nachkommen; eine Mutter-Entität muss aber sicherstellen, dass ihre Tochter diesen Anforderungen entspricht. Dabei handelt es sich gleichwohl nur um einen Grundsatz oder eine Faustformel, aus qualifizierenden Zusätzen oder einer Auslegung kann sich anderes ergeben.³⁴⁷⁷

Wenn Ls. II-A-12 Var. 1 Leitsätze 2023 für die Sorgfaltspflichten auf die „eigenen Aktivitäten“ eines Unternehmens abstellt, sind darunter die Aktivitäten aller Entitäten eines MNUs und nicht nur einer einzigen Entität zu verstehen. Eine solche MNU-basierte Lösung führt, im Vergleich zu einer einzelentitätsbasierten Lösung, zu einer häufigeren Subsumtion unter die stärkste Beteiligungsform der Verursachung (Ls. II-A-12 Var. 1 Leitsätze 2023). Eine MNU-basierte Lösung stellt deshalb höhere Erwartungen an MNUs, da bei der Beteiligungsform der Verursachung die stärksten Abhilfemaßnahmen erwartet werden. Insbesondere würde von jeder MNU-Entität verlangt, die negative Auswirkung zu beenden, die sie oder eine andere MNU-Entität verursacht hat.³⁴⁷⁸ Ob das erstrebenswert ist, ist eine Wertungsentscheidung, die den Teilnehmerstaaten obliegt. Das deutsche LkSG hat in § 7 Abs. 1 S. 4 in Verbindung mit § 2 Abs. 6 S. 3 LkSG jedenfalls eine sehr ähnliche Wertungsentscheidung getroffen: Die Abhilfemaßnahme einer Konzernobergesellschaft muss „in der Regel“ zur Beendigung einer Verletzung führen, die bei einer Tochtergesellschaft aufgetreten ist. Die Pflichten der Konzernobergesellschaft sind in dieser Situation zwar schwächer, als wenn die Verletzung bei der Konzernobergesellschaft selbst aufgetreten ist (§ 7 Abs. 1 S. 1 LkSG: keine Einschränkung „in der Regel“), aber stärker, als wenn die Verletzung bei einem unmittelbaren Zulieferer aufgetreten ist (vgl. § 7 Abs. 2 LkSG).

Die Grenze zwischen den Beteiligungsformen der Verursachung (für die Herbeiführung einer negativen Auswirkung allein durch Entitäten eines

3477 In manchen Fällen enthalten die Leitsätze präzisierende Zusätze, die klarstellen, dass tatsächlich nur einzelne Entitäten gemeint sind. So bezieht sich Ls. VII-5 Leitsätze 2023 unter anderem auf „*foreign subsidiaries*“, also nur ausländische Tochtergesellschaften eines MNUs. Ausschließlich am Wortlaut der Leitsätze darf man sich wegen uneinheitlicher Terminologie nicht festhalten (siehe dazu noch: C. I. 2. b)).

3478 Vgl. Ls-Ko 2023, Rn. 21.

MNUs) einerseits und des Beitrags und der unmittelbaren Verbindung (für die gemeinsame Beteiligung der Entitäten eines MNUs und der Entitäten anderer MNUs an einer negativen Auswirkung) andererseits verlaufen somit entlang der MNU-Definition in Ls. I-4 Leitsätze 2023. Damit ist zugleich ausgeschlossen, die Beteiligungsformen des Beitrags und der unmittelbaren Verbindung auf die Binnenordnung eines MNUs anzuwenden. Beeinträchtigt eine Tochter-Entität Menschenrechte, ist diese Beeinträchtigung eine „eigene“ Aktivität des MNUs, für die im Ergebnis gleichermaßen auch die Mutter-Entität des MNUs einzustehen hat. Es besteht hier kein Raum für einen „Beitrag“ oder eine „unmittelbare Verbindung“, da diese Beteiligungsformen davon ausgehen, dass zu einem eigenen Beitrag ein fremder Beitrag hinzutritt.³⁴⁷⁹ Die Frage nach der Arbeitsteilung zwischen Mutter- und Tochter-Entität (also nach der Binnenordnung eines MNUs) richtet sich nach Ls. I-4 Leitsätze 2023 und vor allem dem in dieser Norm enthaltenen Kooperationsgebot.

III. Fazit

MNUs sind Multi-Entitäten-Geflechte, setzen sich also aus mehreren Entitäten zusammen. Eine einzelne Entität, wie etwa eine Muttergesellschaft oder Tochtergesellschaft, kann nicht mit dem MNU gleichgesetzt werden. In der MNU-Definition der Leitsätze wird dies sehr deutlich. Dass MNUs Multi-Entitäten-Geflechte sind, ist bei Anwendung der Leitsätze zu beachten, wenn sie auf ein Unternehmen abstellen. Hier ist nicht eine einzelne Entität eines MNUs, sondern sind sämtliche Entitäten eines MNUs oder ist das MNU in seiner Gesamtheit gemeint (vgl. Ls. I-4 S. 7 Leitsätze 2023).³⁴⁸⁰ Beispielsweise zählen zu den „eigenen Aktivitäten“ im Sinne der stärksten Beteiligungsform der Verursachung (Ls. II-A-12 Var. 1 Leitsätze 2023) die Aktivitäten aller MNU-Entitäten. Nur so ist eine kohärente Auslegung der Leitsätze sichergestellt. Auf Basis dieser Präzisierung lassen sich die beiden konkurrierenden Regelungskomplexe des Ls. I-4 Leitsätze 2023 und der Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023 klar und konsistent voneinander abgrenzen: Sind nur Entitäten eines MNUs an einer negativen Auswirkung beteiligt, liegt die Beteiligungsform der Verursachung (Ls. II-A-12 Var. 1

3479 Siehe Fußnoten 3423 und 3424.

3480 Die Frage ob hier alle Entitäten eines MNUs einzeln oder das MNU in seiner Gesamtheit (*en bloc*) angesprochen wird, soll an dieser Stelle noch offenbleiben. Ich gehe dieser Frage in Abschnitt C. nach.

Leitsätze 2023) vor. Erst wenn eine MNU-fremde Entität hinzutritt, kommen die schwächeren beiden Beteiligungsformen des Beitrags (Ls. II-A-12 Var. 2 Leitsätze 2023) und der unmittelbaren Verbindung (Ls. II-A-13 Leitsätze 2023) in Betracht. Welche Beteiligungsform vorliegt, hat Relevanz für die Abhilfemaßnahmen, die von einer Entität erwartet werden. Auf die Binnenbeziehungen eines MNUs sind die schwächeren beiden Beteiligungsformen nicht anwendbar. Hier ist Ls. I-4 Leitsätze 2023 und insbesondere dessen Kooperationsgebot in S. 8 maßgeblich.

Im Fallmaterial der NKSen tritt keiner dieser Zusammenhänge klar hervor: Das Fallmaterial ist sowohl in Bezug auf die Eigenschaft eines MNUs als Multi-Entitäten-Geflecht als auch in Bezug auf die Reichweite der „eigenen Aktivitäten“ widersprüchlich. Von einer kohärenten Entscheidungspraxis ist es weit entfernt. Es ist so verwirrend, dass es vielmehr eine Präzisierung der Leitsätze verhindert. Viele NKSen zeigen ein offenkundiges Desinteresse für solche grundlegenden Fragen. Meine im zurückliegenden Abschnitt vorgenommenen Abgrenzungs- und Präzisierungsbemühungen sind deshalb nur als Vorschläge aufzufassen; angesichts des widersprüchlichen Fallmaterials und des bisherigen Desinteresses der Wissenschaft können sie nicht als gesichert gelten.

C. Die Zurechnungslösung der Leitsätze

Wie im vorherigen Abschnitt herausgearbeitet, ist ein MNU ein Geflecht mehrerer Entitäten (Multi-Entitäten-Geflecht); eine einzelne Entität ist nicht mit dem MNU gleichzusetzen. Allenfalls angedeutet habe ich im vorherigen Abschnitt die Frage, ob die Leitsätze bereit sind, hinter die Fassade eines MNUs zu blicken und ein MNU auch als Verbindung mehrerer Entitäten anerkennen. Ls. I-1 S.1 Leitsätze 2023 lässt sich zwar deutlich entnehmen, dass sich die Leitsätze unmittelbar an MNUs richten; Ls. I-1 enthält jedoch keine Antwort auf die Frage, ob sich die Leitsätze an ein MNU in seiner Gesamtheit (*en bloc*, als einheitliche Gruppe) oder an die einzelnen Entitäten eines MNUs richten und dabei erforderlichenfalls ihre Verbindung innerhalb eines MNUs berücksichtigen. Insofern können mehrere Lösungsmöglichkeiten unterschieden werden (I.). Die Leitsätze folgen einer (von mir als solcher bezeichneten) Zurechnungslösung, die sich insbesondere in der differenzierten Ansprache nach Ls. I-4 S. 7 (II.) und im Kooperationsgebot nach Ls. I-4 S. 8 (III.) zeigt. Obwohl es sich um grundlegende Fragen handelt, enthält das Fallmaterial kaum explizite Aussagen zu diesen Fragen (IV.).

I. Grundsätzliche Modelle zur Behandlung eines MNU

Als Multi-Entitäten-Geflechte setzen sich MNUs aus mehreren Entitäten als ihren Bausteinen zusammen. Es lassen sich mehrere Modelle zum Umgang mit diesen Bausteinen identifizieren. Auf der obersten Ebene ist zwischen einer tätigkeitsbasierten Lösung und einer entitätsbasierten Lösung, die mehrere Unterfälle kennt, zu unterscheiden (1.). Auch wenn es sich den Leitsätzen selbst und dem Fallmaterial nicht explizit entnehmen lässt (2.), kann man recht sicher davon ausgehen, dass sie einer Zurechnungslösung, einem Unterfall der entitätsbasierten Lösung, folgen (3.).

1. Denkbare Lösungen

Eine **tätigkeitsbasierte Lösung**, die sich entlang von Wertschöpfungsketten und Netzwerkbeziehungen entitätsübergreifend auf Geschäftsaktivitäten und Unternehmensführungsstrukturen konzentriert, würde es erübrigen, eine einzelne Entität für ein bestimmtes Fehlverhalten haftbar zu machen oder zu bestimmen, bei welcher Entität eine angegriffene Fehlentscheidung getroffen wurde.³⁴⁸¹ Vielmehr genügte die Feststellung, dass *irgendwo* innerhalb der auf ein bestimmtes Geschäftsmodell ausgerichteten Wertschöpfungskette oder innerhalb des Netzwerks ein vorwerfbares Verhalten zu verorten ist.³⁴⁸² Sie macht die schwierige Entscheidung entbehrlich, ob eine Entität Teil innerhalb oder außerhalb eines bestimmten MNU steht.

Einer tätigkeitsbasierten Lösung steht die entitätsbasierte Lösung gegenüber. Es lassen sich mit der Einheitslösung, der Trennungslösung und der Zurechnungslösung drei Unterfälle der entitätsbasierten Lösung identifizieren.

Bei der **Einheitslösung** wird das MNU *en bloc* („*in toto*“³⁴⁸³, als „Unikum“³⁴⁸⁴) adressiert, bildet also neben seinen einzelnen Entitäten (wie juristischen Personen, Niederlassungen, verfestigten Organisationseinheiten und anderen Entitäten) einen weiteren Adressaten, der alle zum MNU ge-

3481 *Fasterling*, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 18 (22 ff., 27 f.).

3482 Vgl. *Fasterling*, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 18 (22, 27 f.).

3483 Wortwahl von: *Stockmann*, MichJIL 2 (1981), 223 (226).

3484 Wortwahl von: *Acconci*, JWIT 5 (2004), 139 (155 ff.).

hörenden Entitäten umschließt. Im Außenverhältnis trifft die Verantwortlichkeit das MNU an sich. Ob und wie das MNU, nachdem es im Außenverhältnis zur Verantwortung gezogen wird, im Innenverhältnis Konsequenzen zieht, bleibt ihm überlassen. Eine ähnliche Lösung kennt das EU-Kartellrecht (in Art. 101 AEUV) zur Behandlung von Konzernen.³⁴⁸⁵

Demgegenüber wird bei der **Trennungslösung** jede Entität für sich betrachtet. Eine entitätsübergreifende Zurechnung, ein Durchgriff oder eine Verantwortungsübernahme finden hier nicht statt. Die Zugehörigkeit einer Entität zu einem MNU wäre hier lediglich Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Leitsätze.³⁴⁸⁶ Jede MNU-angehörige Entität hätte demnach sämtliche Pflichten unter den Leitsätzen zu erfüllen. Diese Lösung kommt dem traditionellen Völkerrecht in der Rechtsprechung des IGH nahe (vgl. Kapitel 14 B. II. 1.).

Bei der **Zurechnungslösung** wird das MNU nicht *en bloc* adressiert. Es wird kein neuer Verantwortungsträger durch die Leitsätze geschaffen. Im Unterschied zur Einheitslösung wird nicht die Gesamtheit aller MNU-Entitäten angesprochen, sondern jede MNU-Entität einzeln. Im Außenverhältnis existieren nur die das MNU konstituierenden Entitäten. Wegen ihrer Zugehörigkeit zu einem MNU ist es aber möglich, wechselseitige Zurechnungen vorzunehmen, von einer Entität auf eine andere durchzugreifen oder einer Entität die Verantwortung für eine andere aufzugeben. Die Entitäten sind *mit-verantwortlich*. Die Zurechnungslösung ist **MNU-dimensional**,³⁴⁸⁷ weil sie zwar einzelne Entitäten anspricht, aber die Zuordnung und Stellung einer Entität zu bzw. in einem MNU berücksichtigt. Die Zurechnungslösung erlaubt es beispielweise, Vorgaben an die Muttergesellschaft eines Konzerns zu richten, die sie MNU-weit durchzusetzen hat. Beispiele hierfür sind die Konzernrechnungslegung (vgl. § 290 HGB) oder § 5 MitbestG. Gem. § 5 MitBestG werden der Muttergesellschaft eines Konzerns die Arbeitnehmer der Tochtergesellschaften zugerechnet; Arbeitnehmer üben ihre Mitbestimmungsrechte auf Ebene der Muttergesellschaft aus. Die Zurechnungslösung ist auch die Lösung des Investitionsschutzrechts, wo beispielsweise die Staatszugehörigkeit einer Entität einer anderen Entität zugerechnet werden kann (Kapitel 14 B. II. 1.).

3485 Kling/Thomas, KartellR (2016), § 5 Rn. 17; Kuntz, Conceptualising Transnational Corporate Groups (2017), S. 113 f.

3486 Die Zugehörigkeit einer Entität zu einem MNU würde die Entität insbesondere von Entitäten abgrenzen, die lediglich einem nationalen Unternehmen zuzuordnen sind (Ls. I-5 Leitsätze 2023).

3487 Der Begriff ist angelehnt an den Begriff der „Konzerndimensionalität“ im deutschen Gesellschaftsrecht.

2. Die Lösung der Leitsätze

Meines Erachtens folgen die Leitsätze einer Zurechnungslösung. Eine tätigkeitsbasierte Lösung und eine Trennungslösung sind jedenfalls im Rahmen der Leitsätze unvertretbar (a)). Die Wahl der Zurechnungslösung zu Lasten einer Einheitslösung ist weniger eindeutig, liegt den Ls. I-4 S. 7 und 8 Leitsätze 2023 aber zugrunde (b)). Beispiele aus dem Fallmaterial bestätigen diese Erkenntnis (c)).

a) Ablehnung der tätigkeitsbasierten und der Trennungslösung

Im Rahmen der VN-Leitprinzipien wird erörtert, ob das von den Leitprinzipien adressierte *business enterprise* über eine **tätigkeitsbasierte Lösung** definiert werden sollte.³⁴⁸⁸ Unabhängig davon, ob diese Lösung für die VN-Leitprinzipien überzeugend ist oder nicht, ist eine derartig praxisferne und nicht operationalisierbare Lösung jedenfalls für die Leitsätze abzulehnen. Sie widerspricht dem Wortlaut der Leitsätze. So werden in Ls. I-1 S. 1 Leitsätze 2023 MNUs als Adressaten der Leitsätze benannt, was in Ls. I-4 S. 7 Leitsätze 2023 auf die einzelnen Entitäten eines MNUs aufgeschlüsselt wird. Mit ihrer direkten Ansprache von Unternehmen unterscheiden sich die Leitsätze von Instrumenten, die sich nicht an unternehmerische Akteure, sondern an Staaten richten.³⁴⁸⁹ Bei solchen Instrumenten besteht, anders als in den Leitsätzen, erstens schon nicht das Bedürfnis, Unternehmen als Träger von Pflichten zu individualisieren. Zweitens setzen die Vorschriften der Leitsätze zu unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Wertschöpfungsketten eine Individualisierbarkeit verschiedener Entitäten voraus. So wird in den Ls. II-A-II ff. Leitsätze 2023 zwischen der Verantwortung eines MNUs und seinen Geschäftspartnern unterschieden und je nach Beteiligungsform an einer negativen Auswirkung eine ande-

3488 *Fasterling*, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 18 (22 ff.). In jedem Falle wird man festhalten können, dass die VN-Leitprinzipien sehr tätigkeitsfokussiert sind (*Backer*, *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L J* 25 (2012), 69 (126 f.); vgl. *Backer*, *VJTL* 50 (2017), 827 (877 f.)).

3489 Vgl. die oft gewählte Formulierung: „*State Parties shall*“ im aktuellen Entwurf des rechtsverbindlichen Instruments für Unternehmen und Menschenrechte der unbefristeten Arbeitsgruppe des VN-Menschenrechtsrats: *OEIGWG*, *Updated Draft Legally Binding Instrument* (2025)); *Dreier*, *HuV* 3 (2020), 35 (38); *Peters* u. a., *MPIL Research Paper Series* 2020–06 (2020) (5).

re Handlung verlangt.³⁴⁹⁰ In Ls. II-A-13 S.2 Leitsätze 2023 wird sogar eine Verantwortungsverlagerung zwischen Geschäftspartnern verboten.³⁴⁹¹ Diese Bestimmungen setzen die Individualisierbarkeit der Akteure einer Wertschöpfungskette voraus und verbieten die Haftbarmachung eines undefinierten Amalgams an Akteuren.

Schließlich stehen auch die prozeduralen Regelungen der Leitsätze einer tätigkeitsbasierten Lösung entgegen. Eine tätigkeitsbasierte Lösung macht die Identifizierung eines Akteurs, der innerhalb eines Geschäftsmodells für ein Fehlverhalten haftbar gemacht werden kann, unmöglich. Eine Identifizierbarkeit ist aber Grundvoraussetzung für ein spA-Verfahren. Die Beschwerdeführer müssen einen bestimmten Akteur als Beschwerdegegner benennen, der im Verfahren mit der Kontaktstelle und den Beschwerdeführern interagieren kann.³⁴⁹² Darüber hinaus hängt die Zuständigkeit einer NKS als Heimat-NKS davon ab, welcher Akteur als Beschwerdegegner benannt wird.³⁴⁹³ Ein weltumspannendes Geschäftsmodell, auf das die tätigkeitsbasierte Lösung rekurriert, ist nicht parteifähig. Eine tätigkeitsbasierte Lösung ist schlicht nicht sinnvoll, wenn Verhaltensstandards nicht nur festgelegt, sondern auch durchgesetzt werden sollen.³⁴⁹⁴

Von den drei Unterfällen der entitätsbasierten Lösung kann die **Trennungslösung** mit einiger Gewissheit abgelehnt werden.³⁴⁹⁵ Das ergibt sich insbesondere aus Ls. I-4 S. 7 und S. 8 Leitsätze 2023.³⁴⁹⁶ S. 7 hält fest, dass die Leitsätze auf alle Entitäten innerhalb eines MNUs Anwendung finden; S. 8 verlangt, dass sämtliche Entitäten eines MNUs zusammenarbeiten. In beiden Leitsätzen wird die Verbindung verschiedener Entitäten innerhalb eines MNUs nicht ignoriert und in S. 8 sogar zur *raison d'être* einer Kooperationspflicht gemacht.

3490 OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 70 ff.

3491 Ls-Ko 2023, Rn. 23.

3492 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 1.

3493 UmVerf-Ko 2023, Rn. 29 f.

3494 *Fasterling*, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 18 (29).

3495 Einlassungen in der Literatur betonen ganz in diesem Sinne, dass die Leitsätze die getrennte rechtliche Existenz verschiedener Entitäten für überwindbar halten: *Acconci*, JWIT 5 (2004), 139 (157); *Backer*, Melb JIL 10 (2009), 258 (266, 295 ff.); *Spießhofer*, *Unternehmerische Verantwortung* (2017), S. 498.

3496 Vgl. *Blanpain*, *Badger Case* (1977), S.131; vgl. *Horn*, *RabelsZ* 44 (1980), 423 (435 ff.).

b) Einheits- oder Zurechnungslösung

Weniger eindeutig ist, ob die Leitsätze einer Einheits- oder Zurechnungslösung folgen. Die Leitsätze sind nicht kohärent und eindeutig formuliert.³⁴⁹⁷ Das Schrifttum zu den Leitsätzen lässt sich so deuten, dass in der Tendenz eine Einheitslösung abgelehnt³⁴⁹⁸ und eine Zurechnungslösung bevorzugt wird³⁴⁹⁹. Insbesondere der Sprachgebrauch der Leitsätze ist uneindeutig. Es lässt sich keine stringente sprachliche Unterscheidung zwischen einem MNU *en bloc* und all seinen einzelnen Entitäten erkennen. Die Verhaltensvorgaben der Leitsätze sind regelmäßig an „Unternehmen“ (*enterprises*) gerichtet. Häufig heißt es „*enterprises should*“³⁵⁰⁰ oder „*enterprises are encouraged to*“³⁵⁰¹. Bislang habe ich unter B. II. lediglich dargelegt, dass sich solche Aussagen grundsätzlich auf ein MNU als Multi-Entitäten-Geflecht beziehen, aber offengelassen, ob hier ein MNU *en bloc* oder lediglich all seine Entitäten angesprochen werden. Bis zur 2000er Überarbeitung kannte die MNU-Definition eine Bestimmung, die diese Bezugnahme auf „Unternehmen“ (*enterprises*) als Bezugnahme auf die einzelnen Entitäten (*entities*) aufschlüsselte (Zurechnungslösung). So hieß es bis zum Jahr 2000:

„The word “enterprise” as used in these guidelines refers to these various entities in accordance with their responsibilities.“ (Ls. 8 S. 5 der Einleitung Leitsätze 1991)

Warum diese Bestimmung im Zuge der Überarbeitung der MNU-Definition im Jahr 2000 gestrichen wurde, bleibt im Unklaren. Es ist denkbar,

3497 Stockmann, MichJIL 2 (1981), 223 (226): „*somewhat enigmatic*“; Kuntz, Conceptualising Transnational Corporate Groups (2017), S. 105 ff.

3498 Hawk, Fordham Law Review 46 (1977), 241 (250): Die Leitsätze fänden auf die einzelnen Entitäten Anwendung, es sei aber unklar, inwieweit die verschiedenen Entitäten füreinander verantwortlich seien; Stockmann, MichJIL 2 (1981), 223 (226).

3499 Niklasson, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises (1980), 141 (143): Für Niklasson verfolgen die Leitsätze in einer „cleveren Definition“ eine „duale“ Herangehensweise, die ein MNU als Ganzes und zugleich seine Entitäten (auf Basis ihrer Stellung innerhalb des MNUs) isoliert voneinander behandelt. Damit dürfte das hier als Zurechnungslösung bezeichnete Modell gemeint sein. Seiner Aussage ist besonderes Gewicht beizumessen, da er zeitweise als stellvertretender Vorsitzender CIMEs amtierte (Geiger, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 21 (Fn. 1 auf S. 22)).

3500 Siehe die *Chapeaux* der Kapitel II-A, V, VI, VII, VIII, IX, X und siehe Ls. III-1, III-4, XI-1, XI-2 der Leitsätze 2023.

3501 Ls. II-B-*Chapeau* Leitsätze 2023.

dass sie für überflüssig gehalten wurde, weil sich ihr Inhalt in seinen Grundzügen auch aus einem Satzteil ergibt, der im Wesentlichen als der heutige Ls. I-4 S. 7 Leitsätze 2023³⁵⁰² beibehalten wurde. Eine inhaltliche Änderung wäre dann mit dieser Streichung nicht verbunden gewesen. Die dreigliedrige ILO-MNU-Erklärung enthält bis heute eine vergleichbare Formulierung;³⁵⁰³ auch deshalb erscheint es unwahrscheinlich, dass im Rahmen der Leitsätze eine inhaltliche Änderung beabsichtigt war. Die Streichung ist trotzdem ungünstig, weil sie terminologischen Unklarheiten Vorschub leistet. Allein aus der Tatsache, dass die Leitsätze das Wort „enterprises“ benutzen, lassen sich nämlich keine Schlüsse ziehen. Die Leitsätze bezeichnen Gleiches nicht immer gleich. Bereits in der MNU-Definition des Ls. I-4 Leitsätze 2023 lassen sich zahlreiche Bezeichnungen unternehmerischer Bezugseinheiten finden. Für die Bausteine eines MNUs finden sich die Bezeichnungen „entity“ (Ls. I-4 S. 4, 5, 7 Leitsätze 2023) und „(parent) company“ (Ls. I-4 S. 4, 7 Leitsätze 2023). Für das MNU in seiner Gesamtheit wird ebenfalls das Wort „entity“ (Ls. I-4 S. 2 Leitsätze 2023)³⁵⁰⁴ verwandt, aber ebenso die Worte „(multinational) enterprise“ (Ls. I-4 S. 4 („They“ bezieht sich hier auf „enterprises“ des S. 3), 7 Leitsätze 2023) und „group“ (Ls. I-4 S. 5 Leitsätze 2023) gebraucht. Während sich die „company“ aus dem Wortlaut des Ls. I-4 S. 4 Leitsätze 2023 noch eindeutig als Sonderform einer „entity“ deuten lässt,³⁵⁰⁵ und das Wort „group“ eine Mehrzahl von Gruppenmitgliedern begrifflich bedingt, ist eine klare Bedeutungsbestimmung bei den anderen Bezeichnungen nicht möglich. Allein in Ls. I-4 Leitsätze 2023 wird die „entity“ sowohl als Bezeichnung für das MNU in seiner Gesamtheit (S. 2, 4, 5) als auch als Bezeichnung für einen konstitutiven Baustein eines MNUs benutzt (S. 4, 7). Diese terminologische Vielfalt findet sich an weiteren Stellen jenseits der MNU-Definition.³⁵⁰⁶ Es ist deshalb nicht sinnvoll, sich am Wortlaut der Leitsätze und ihrer Kommentierungen zu orientieren; dem Wortlaut lässt sich nicht

3502 Ls. I-4 S. 7 Leitsätze 2023: „The Guidelines are addressed to all the entities within the multinational enterprise (parent companies and/or local entities).“ (Textauszeichnung des Originals entfernt).

3503 ILO, Tripartite MNE Declaration (2022), Rn. 6: „Unless otherwise specified, the term “multinational enterprise” is used in this Declaration to designate the various entities (parent companies or local entities or both or the organization as a whole) according to the distribution of responsibilities among them, [...]“

3504 Ls. I-4 S. 2: „identifying which entities may be considered multinational enterprises“.

3505 „companies or other entities“.

3506 Für die Bausteine eines MNUs: „member of a multinational enterprise group“ (Ls-Ko 2023, Rn. 126 f.), „subsidiaries“ und „subsidiary enterprises“ (Ls. VII-5 Leitsätze 2023; Ls-Ko 2023, Rn. 9), „company“ (Ls. II-A-8, VII-3 Leitsätze 2023). Für

entnehmen, ob die Leitsätze einer Einheits- oder Trennungslösung folgen. Hier zeigt sich eindrucksvoll, dass die Leitsätze ihre MNU-Definition nicht als sprachlich präzise Definition, sondern eher als Beschreibung deuten (Ls. I-4 S. 1 Leitsätze 2023).

Manche Leitsätze fordern dezidiert eine ganzheitliche Betrachtung eines MNUs. Beispielsweise wird von Unternehmen gefordert, gewisse Informationen für „*the entire enterprise*“ (Ls. III-1 S. 3 Leitsätze 2023), zu „*group structures and their control arrangements*“ (Ls. III-2 lit. c) Leitsätze 2023) oder Informationen bereitzustellen, die es erlauben „*to obtain a true and fair view of the performance of the entity or, where appropriate, the enterprise as a whole*“ (Ls. V-2 lit. c) Leitsätze 2023). Implizit wird eine ganzheitliche Betrachtung auch im Steuerkapitel gefordert. In Ls. XI-1 aE Leitsätze 2023 heißt es, dass Unternehmen bei der Festlegung von Verrechnungspreisen den Fremdvergleichsgrundsatz beachten sollten. Die steuerliche Gestaltung von Geldflüssen zwischen den Entitäten eines MNUs ist eine Frage, die das MNU insgesamt und nicht nur einzelne seiner Entitäten betrifft. Obwohl diese Leitsätze auf den ersten Blick für die Einheitslösung streiten, sind sie zugleich mit der Zurechnungslösung kompatibel. Man braucht lediglich zu unterstellen, dass diese Leitsätze von derjenigen Entität erfüllt werden, die den besten Überblick über die Aktivitäten des MNUs hat. Bei pyramidal-hierarchischen Strukturen wird das die Muttergesellschaft sein. Fehlen ihr Informationen über das gesamte MNU, kann sie sie über das Kooperationsgebot in Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 von den anderen MNU-Entitäten anfordern. Die Zurechnungslösung verneint zwar, dass ein MNU *en bloc* Adressat (Regelungssubjekt) der Leitsätze ist. Sie verbietet aber nicht, ein MNU zum Regelungsobjekt der Leitsätze zu machen und einzelnen Entitäten (als Regelungssubjekten) MNU-dimensionale Pflichten aufzuerlegen. Überdies gibt es Leitsätze, die eindeutig einer Zurechnungslösung folgen. In diesem Sinne verlangt Ls. II-A-6 Leitsätze 2023 die Einhaltung guter Unternehmensführungspraktiken „*throughout enterprise groups*“. Die zugehörige Kommentierung unterscheidet hierfür zwischen Praktiken, die die

das MNU in seiner Gesamtheit: „*(multinational) enterprise group*“ (Ls. II-A-6 Leitsätze 2023; Ls-Ko 2023, Rn. 9.), „*groups*“ (ebenfalls Ls-Ko 2023, Rn. 9), oder als „*corporate entities*“ (OECD, Coordination Guide (2019), S. 7).

Fragen wirft auch Ls. I-8 Leitsätze 2023 auf. In S.1 spricht er „multinationale Unternehmen“ im darauffolgenden S. 2 aber „Entitäten“ explizit als Teil eines multinationalen Unternehmens an.

Führungsorgane der Muttergesellschaft einzuhalten haben, und solchen, die sich an die Führungsorgane der Tochtergesellschaften richten.³⁵⁰⁷

Meines Erachtens ergibt sich vornehmlich aus den bereits angesprochenen Ls. I-4 S. 7 und 8 Leitsätze 2023, dass die Leitsätze der Zurechnungslösung folgen. Sie lauten:

„The Guidelines are addressed to all the entities within the multinational enterprise (parent companies and/or local entities). According to the actual distribution of responsibilities among them, the different entities are expected to co-operate and to assist one another to facilitate observance of the Guidelines.“ (Ls. I-4 S. 7 und 8 Leitsätze 2023, Textauszeichnungen des Originals entfernt)

Beide Bestimmungen sind eng miteinander verbunden. Ihre Genese weist auf einen gemeinsamen Ursprung hin. Vor der 2000er Überarbeitung bildeten sie nämlich einen gemeinsamen Satz, der erst mit der Überarbeitung des Jahres 2000 auf die heutigen beiden Sätze aufgeteilt wurde.³⁵⁰⁸ Sie sind als Sinneinheit und als Ergebnis einer Abwägungsentscheidung zu lesen: Einerseits beziehen sich die Leitsätze auf die einzelnen Entitäten eines MNUS (S. 7), andererseits werden diese Entitäten zu einer Zusammenarbeit verpflichtet (S. 8). Damit kommt zum Ausdruck, dass die Leitsätze die Entitäten eines MNUs als getrennte Adressaten der Leitsätze würdigen (und so die Einheitslösung ablehnen), zugleich aber die Probleme einer Trennungslösung (juristische Aufspaltung eines einheitlichen wirtschaftlichen Lebenssachverhalts) dadurch umgehen wollen, dass sie die einzelnen Entitäten eines MNUs nicht isoliert betrachten. Sie beschreiben damit den Mittelweg der Zurechnungslösung, da sie die Einbettung einer Entität in ein MNU berücksichtigen und darauf basierend Pflichten festlegen. Die Anforderungen der Leitsätze sind mithin gem. S. 7 nicht von einem MNU als Einheit zu erfüllen, sondern von seinen einzelnen Entitäten (etwa: Mutter- und Tochtergesellschaften). Dem Kooperationsgebot in S. 8 folgend ist eine MNU-dimensionale Betrachtung anzustellen und von den MNU-Entitäten eine Zusammenarbeit zu verlangen, die es dem MNU in seiner Gesamtheit erlaubt, den Anforderungen der Leitsätze nachzukommen.

3507 Ls-Ko 2023, Rn. 8 und 9.

3508 Ls. 8 S. 4 Einleitung Leitsätze 1991: „For these reasons, the Guidelines are addressed to the various entities within the multinational enterprise (parent companies and/or local entities) according to the actual distribution of responsibilities among them on the understanding that they will co-operate and provide assistance to one another as necessary to facilitate observance of the Guidelines.“

c) Beispiele aus dem Fallmaterial

Das Fallmaterial der NKSen und des Investitionsausschusses bzw. seiner Vorgängerin CIME zur Frage, ob die Leitsätze einer Einheits- oder Zurechnungslösung folgen, ist nicht eindeutig. Sehr oft werden zugehörige Probleme von den NKSen pragmatisch gelöst. Deshalb besteht die Gefahr der Überinterpretation. Von einer kohärenten Entscheidungspraxis kann man jedenfalls nicht sprechen. Einschlägiges Fallmaterial lässt sich zu einer Vielzahl an Normen finden, wobei vornehmlich die Ls. I-4 S. 7 und 8 Leitsätze 2023 zu nennen sind. Das Fallmaterial zu beiden Normen werde ich gesondert im Rahmen des vorliegenden Abschnitts C. unter II. und III. auswerten. An dieser Stelle möchte ich vorab (ohne den Anspruch einer systematischen Auswertung zu erheben) beispielhaft Fälle herausgreifen, die die Bedeutung der Zurechnungslösung vor Augen führen. Diese Fälle zeigen, was es bedeutet, dass die Leitsätze wegen der Zurechnungslösung ein MNU nicht *en bloc*, sondern seine einzelnen Entitäten ansprechen (aa)), und dass sie die Verbindung verschiedener Entitäten innerhalb eines MNUs nicht ignorieren (bb)).

aa) Ansprache einzelner Entitäten

Die Zurechnungslösung setzt eine einzelne MNU-Entität als Adressat der Leitsätze voraus, da sie ein MNU nicht *en bloc* ansprechen kann. Besonders augenfällig ist das bei horizontal strukturierten MNUs.³⁵⁰⁹ Hier zei-

3509 Im Rahmen von Fusionen und Übernahmen zeigen sich die Unterschiede zwischen der Zurechnungs- und der Einheitslösung ebenfalls deutlich. Aus Sicht der Zurechnungslösung führt die Zusammenfassung zweier Entitäten unter eine neue Mutter-Entität oder die Übernahme einer Entität durch eine andere grundsätzlich nicht zu einem Wechsel des Adressaten. Das Ergebnis der Einheitslösung müsste anders ausfallen: Wird eine delinquente Entität, die zuvor mit anderen Entitäten zum MNU A verbunden war, in das MNU B aufgenommen, wechselt der Adressat von MNU A zu MNU B. Die UK-NKS beispielsweise stellte in einem Fall im Sinne der Zurechnungslösung kurz fest, dass der Beschwerdegegner übernommen worden sei und seine Börsennotiz eingestellt habe (OECD:UK-NCP:2016:UK-35-FS, Rn. 4). Ein ähnlicher Fall ist: OECD:AR-NCP:2021:AR-5-FS, Rn. 19 f. Ein Adressatenwechsel findet bei der Zurechnungslösung nur statt, wenn auch die Entität selbst (und nicht nur ihr ehemaliges MNU) durch die Fusion oder Übernahme untergeht. In OECD:DE-NCP:2018:DE-28-IA, Rn. 23 und OECD:FI-NCP:2021:FI-7-IA, S. 3 f. gingen die NKSen beispielsweise von einem solchen fusionsbedingten Untergang aus.

gen sich die Unterschiede zwischen einer Zurechnungslösung und einer Einheitslösung deshalb, weil es nicht – wie in den allermeisten anderen Fällen – möglich ist, ein hierarchisch verfassten MNU *pars pro toto* über seine Mutter-Entität zu adressieren. Eine unsaubere sprachliche Arbeit erlaubt es NKSen in diesen Standardfällen hierarchischer Strukturen zu verschleiern, ob die Mutter-Entität als solche (Zurechnungslösung) oder *pars pro toto* für das MNU *en bloc* (Einheitslösung) angesprochen wird; in diesen Fällen werde beide Ansätze außerdem regelmäßig zu gleichen Ergebnissen kommen. Bei horizontalen Strukturen ist eine unsaubere Arbeit seltener möglich. Gleichwohl gilt es auch bei horizontalen Strukturen zu unterscheiden. Manche dieser horizontalen Strukturen sind schwieriger zu behandeln als andere. Zu den weniger problematischen Strukturen gehören Gemeinschaftsunternehmen (*Equity Joint Ventures*), bei denen die Zusammenarbeit verschiedener Entitäten korporativ institutionalisiert ist und gemeinsam Eigenkapitalteile an einem anderen Rechtsträger – dem Gemeinschaftsunternehmen – gehalten werden. Das Gemeinschaftsunternehmen ist grundsätzlich tauglicher Adressat der Leitsätze, der *pars pro toto* angesprochen werden kann.³⁵¹⁰ Problematischere Fälle betreffen demgegenüber horizontale Strukturen, bei denen die Zusammenarbeit wie bei Konsortien, Gleichordnungskonzernen und Netzwerken nicht korporativ verfestigt ist. In diesen Fällen erfolgt die Koordinierung der verschiedenen MNU-Entitäten nicht über einen zentralen Knotenpunkt oder eine beherrschende Obergesellschaft, die *pars pro toto* für das MNU angesprochen werden kann. Hier zeigen sich deutliche Unterschiede zwischen einer Zurechnungs- und einer Einheitslösung. Da „das Netzwerk“, „das Konsortium“ oder „der Gleichordnungskonzern“ (anders als bei der Einheitslösung) nach der Zurechnungslösung nicht *en bloc* oder als solches (als solcher) adressiert werden kann, muss sich die Zurechnungslösung dazu bekennen, welche MNU-Entität(en) sie stattdessen anspricht.

Das Klarstellungsverfahren in der Sache *Europäische Luftfahrtkonsortien* (*European Airline Groupings*)³⁵¹¹ ist ein instruktiver Fall zu einer horizontalen Struktur. Bei den betroffenen Luftfahrtkonsortien handelte es sich um KSSU und ATLAS, wobei der Fall nur am Beispiel von KSSU verhandelt wurde. Diese Konsortien waren von Fluggesellschaften gegründet worden,

3510 So wohl bei: OECD:UK-NCP:2017:UK-36-FS, Rn. 5.

3511 Der Fall verlief in zwei Phasen. Die Klarstellung der ersten Phase findet sich in *OECD, MNE-Declaration Review* (1979), Rn. 39; die Klarstellung der zweiten Phase findet sich in *OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report* (1982), Annex IV, Rn. 23.

um durch die gemeinsame Beschaffung möglichst gleicher Flugzeugmuster Wartungs- und Anschaffungskosten auf mehrere Fluggesellschaften zu verteilen.³⁵¹² TUAC hatte das Verfahren vor CIME initiiert, weil Gewerkschaften einen Verlust von Mitsprache- und Beteiligungsrechten fürchteten. Sie machten unter anderem eine Verletzung der Ls. 1, 2 und 9 des Beschäftigungskapitels der Leitsätze 1979³⁵¹³ geltend.³⁵¹⁴ Hierfür trugen sie vor, dass die beteiligten Fluggesellschaften ein Mitspracherecht über die Konfiguration des Cockpits des neu zu bestellenden Airbus A310 mit dem Argument verweigert hätten, dass die zugehörige Entscheidung zuvor bereits endgültig auf Konsortialebene getroffen worden sei und von den einzelnen Fluggesellschaften unter Rücksichtnahme auf die anderen Fluggesellschaften nicht mehr revidiert werden könne.³⁵¹⁵ Um aber Beteiligungsrechte gegenüber KSSU, also der Ebene, auf der die Gewerkschaften die Entscheidungsmacht verorteten, geltend machen zu können, musste es sich bei KSSU um ein MNU im Sinne der Leitsätze handeln.³⁵¹⁶ Der Fall warf diesbezüglich zwei Probleme auf. Erstens war die Konsortialverbindung zwischen den einzelnen Fluggesellschaften möglicherweise zu schwach, als dass KSSU mit seinen Fluggesellschaften ein MNU bildete. Zweitens ergab sich das Problem, dass es keine zentrale KSSU-Entität gab, die man anstelle der einzelnen Fluggesellschaften hätte ansprechen können.

Die Gewerkschaften trugen insofern vor, dass KSSU multinational tätig sei und bedeutsame Entscheidungen auf Konsortialebene getroffen würden.³⁵¹⁷ KSSU weise eine erkennbare Organisationsstruktur auf, an die

3512 OECD Dok. DAF/IME/79.25, Rn. 3; *Campbell/Rowan*, MNEs and the OECD Guidelines (1983), S. 228; *Burton/Hanlon*, Journal of Air Transport Management 1 (1994), 209 (213).

3513 Vgl. die heutigen Ls. V-1 lit. a) und b), V-2 lit. a) und b) und V-8 Leitsätze 2023.

3514 TUACs Schriftsatz zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 122 f.

3515 Schriftsätze TUACs und der KLM-Flugingenieursvereinigung zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 122 und 124 f. Man beachte, dass hier um die Einführung eines Zweipersonencockpits gerungen wurde, wodurch das bis dahin übliche dritte Cockpitmitglied (der Flugingenieur) durch den Computer überflüssig gemacht wurde.

3516 Vgl. *Campbell/Rowan*, MNEs and the OECD Guidelines (1983), S. 227 f.

3517 Schriftsatz der Gewerkschaft ITF zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 231; Schriftsatz der Niederlande (unter Wiedergabe der Ansicht von Gewerkschaften) zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 126.

Entscheidungsträger abgeordnet seien.³⁵¹⁸ Die beteiligten Fluggesellschaften traten dem entgegen. Sie bestritten sowohl, dass die Konsortien mit ihren Fluggesellschaften ein MNU im Sinne der Leitsätze formten, als auch, dass die Koordinationsgremien des Konsortiums ein eigenständiges Unternehmen bildeten.³⁵¹⁹ Es handele sich nur um gefestigte Formen der Zusammenarbeit zwischen autonomen Fluggesellschaften.³⁵²⁰ Die Konsortien würden weder über ein ständiges Sekretariat oder Büro verfügen, noch hätten sie Weisungs- oder Einflussrechte gegenüber den beteiligten Fluggesellschaften.³⁵²¹ Es gebe kein Unternehmen, das im Sinne des Art. 3 RatsE-Leitsätze 1979 im Verfahren vor CIME beigeladen werden könnte.³⁵²² Die Letztentscheidungsbefugnis verbleibe bei den jeweiligen Fluggesellschaften.³⁵²³ Unstreitig war, dass Entscheidungen auf Konsortialebene nachfolgend in bilateralen Verträgen umgesetzt wurden.³⁵²⁴ Im Rahmen der Konsortien bestanden auch keine Eigenkapitalbeteiligungen zwischen den Fluggesellschaften.³⁵²⁵ KSSU und ATLAS waren nicht rechtsfähig und verfügten nicht über eigene Angestellte.³⁵²⁶

Die Anwendung der Zurechnungslösung führt hier zum Ergebnis, dass Verhandlungen mit „KSSU“ nicht verlangt werden konnten, weil „KSSU“ nicht als eine gesonderte, ansprechbare Entität existierte. Taugliche Ansprechpartner der Gewerkschaften konnten daher nur die Fluggesellschaften sein. Würde man die Konsortialverbindungen als so eng ansehen, dass sie die Einstufung des Konsortiums als MNU gestatteten,

3518 Schriftsatz der Niederlande (unter Wiedergabe der Ansicht von Gewerkschaften) zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 126.

3519 Schriftsatz von SAS zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 131, 133; vgl. Schriftsatz der Niederlande (unter Wiedergabe von KLMs Ansicht) zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 126.

3520 Schriftsatz der Niederlande (unter Wiedergabe von KLMs Ansicht) zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 126.

3521 Schriftsatz von SAS zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 133; Schriftsatz der Niederlande (unter Wiedergabe von KLMs Ansicht) zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 126.

3522 Schriftsatz von SAS zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 133.

3523 Schriftsatz der Niederlande (unter Wiedergabe von KLMs Ansicht) zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 126.

3524 OECD Dok. DAF/IME/79.25, Rn. 3; Schriftsatz von SAS zitiert nach *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 131.

3525 OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Annex IV Rn. 23.

3526 OECD Dok. DAF/IME/79.25, Rn. 3.

hätte die einzelnen Fluggesellschaften zumindest das Kooperationsgebot des heutigen Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 getroffen. Dieses Kooperationsgebot hätte dann sichergestellt, dass die Fluggesellschaften durch die Verlagerung von Entscheidungen auf die Konsortialebene ihrer gemeinsamen Verantwortung unter den Leitsätzen nicht hätten entgehen können. Zu einer anderen Lösung wäre die Einheitslösung gelangt. Unter der Voraussetzung, dass die Konsortialverbindungen hinreichend eng sind, hätte man das KSSU-Konsortium als MNU einstufen und damit in seiner Gesamtheit ansprechen können. Indes legte keine der Parteien ihren Schriftsätzen ein derartiges Verständnis zugrunde.

Unglücklicherweise sind CIMEs Klarstellungen (wie so oft) auch in *Europäische Luftfahrtkonsortien* vieldeutig und gehen nicht explizit auf die von den Parteien diskutierten Probleme ein.³⁵²⁷ Der Ausschuss suchte die Lösung des Falles in der zeitlichen Dimension der Konsultationsrechte auf Ebene jeder Fluggesellschaft: Die Fluggesellschaften hätten sich nicht auf Konsortialebene festlegen dürfen, ohne zuvor die Gewerkschaften konsultiert zu haben.³⁵²⁸ Die Klarstellung *in re Europäische Luftfahrtkonsortien* beantwortet deshalb nicht die Frage, ob die Leitsätze einer Zurechnungs- oder Einheitslösung folgen; sie führt die Unterschiede zwischen beiden Lösungen aber deutlich vor Augen.

Ein weiteres Beispiel problematischer horizontaler Strukturen bilden die eher seltenen *dual listed companies*. Die oberste Führungsebene dieser Unternehmen wird von zwei rechtlich selbstständigen Gesellschaften gebildet.³⁵²⁹ Aus deutschrechtlicher Sicht ließe sich ihre Verbindung am ehesten als Gleichordnungskonzernvertrag (§§ 18 Abs. 2, 291 Abs. 2 AktG) qualifizieren.³⁵³⁰ Zu Unternehmen, die auf diese Weise verfasst sind (bzw. waren) und Gegenstand der Umsetzungsverfahren der Leitsätze waren, zählen *Rio Tinto*, *Unilever* (britisch-niederländisch, bis 2020)³⁵³¹ und BHP

3527 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39 f.; OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Annex IV Rn. 23. CIME verweist unter anderem auf die damalige Entsprechung des heutigen Ls. I-5 Leitsätze 2023.

3528 OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Annex IV Rn. 23; vgl. OECD Dok. DAFFE/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 24. Seit der 2000er Überarbeitung ist diese Klarstellung in Ls. V-6 S. 2 Leitsätze 2000 (Ls. V-6 S. 2 Leitsätze 2023) kodifiziert.

3529 Harbarth, AG 2004, 573 (574).

3530 Harbarth, AG 2004, 573 (580 f.).

3531 <https://www.unilever.com/investors/corporate-governance/unification/> (zuletzt abgerufen am 8. Dezember 2025).

(britisch-australisch, bis 2022)³⁵³². *Rio Tinto* beispielsweise ist seit 1995 als *dual listed company* verfasst.³⁵³³ Die Unternehmensspitze besteht aus der britischen *Rio Tinto plc* und der australischen *Rio Tinto Limited*, die vertraglich so miteinander verbunden sind, dass sie *Rio Tinto* als wirtschaftliche Einheit führen können.³⁵³⁴ Beispielsweise sind Verwaltungsgremien personenidentisch besetzt.³⁵³⁵ NKSen lösen diese Fälle regelmäßig so, dass das spA-Verfahren gegen die jeweils verantwortliche der beiden Entitäten an der Spitze des MNUs zu führen ist.³⁵³⁶ Das entspricht der Zurechnungslösung. Bei einer Einheitslösung wäre das Verfahren hingegen gegen das gesamte MNU zu führen.

3532 <https://www.bhp.com/about/our-businesses/unified-corporate-structure> (zuletzt abgerufen am 8. Dezember 2025).

3533 <https://www.riotinto.com/en/invest/corporate-governance> (zuletzt abgerufen am 8. Dezember 2025).

3534 Vergleiche den Link in der vorherigen Fußnote und Harbarth, AG 2004, 573 (580).

3535 *Rio Tinto plc/Rio Tinto Limited*, DLC Merger Sharing Agreement (2009), S. 6.

3536 Dass NKSen hier einer Zurechnungslösung folgen, wird allerdings kaum expliziert. Es gibt lediglich Hinweise. Der wichtigste Hinweis ist die Zuständigkeitsaufteilung zwischen den beiden heimatstaatlichen NKSen: Während beispielsweise in manchen der Verfahren gegen *Unilever* Tochtergesellschaften als Beschwerdegegner vor einer gaststaatlichen NKS auftraten (OECD:BR-NCP:2015:BR-15-FS; wohl auch: OECD:CL-NCP:2020:CL-14-FS), wurden in anderen Fällen die heimatstaatlichen NKSen in Bezug auf die Muttergesellschaften angerufen. Die NL-NKS und die UK-NKS koordinierten hier ihr Vorgehen und beurteilten ihre Zuständigkeit danach, welche der Muttergesellschaften für das verfahrensgegenständliche Verhalten der betroffenen Tochtergesellschaft verantwortlich zeichnete (OECD:UK-NCP:2007:UK-14-IA; OECD:NL-NCP:2020:NL-37-IA, Fn. 2 auf S. 2 und S. 3; OECD:UK-NCP:2008:UK-19-IA). Ähnlich ging die UK-NKS in einem Verfahren gegen das australisch-britische Bergbauunternehmen BHP vor: Ohne die Problematik einer *dual listed company* auch nur zu erwähnen, hielt die UK-NKS in ihrer Abschlusserklärung fest, dass sie sich mit der AU-NKS darauf verständigt habe, die federführende NKS zu sein (OECD:UK-NCP:2012:UK-23-FS, Rn. 12). Gründe dafür werden nicht genannt; sie könnten aber darin liegen, dass die verantwortliche Tochtergesellschaft zur britischen BHP gehörte (OECD:UK-NCP:2012:UK-23-FS, Rn. 7). Zu erwähnen ist schließlich ein frühes Klarstellungsverfahren, das *Rio Tinto* betraf, für die hier interessierende Frage allerdings wenig ergiebig ist (OECD:CIME:1999:CIME-19-CL).

bb) MNU-dimensionale Zusammenarbeits- und Einstandspflichten

Schon in CIMEs allererstem Fall, dem *Badger-Fall*,³⁵³⁷ wurde deutlich, dass die Leitsätze Entitäten eines MNUs zwar gesondert ansprechen, aber keiner Trennungslösung folgen. In der *cause célèbre*³⁵³⁸ ging es um die Verantwortung einer Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten einer Tochtergesellschaft. Die US-amerikanische *Badger Inc.* hatte beschlossen, ihre belgische Tochter *Badger NV* in die Insolvenz gleiten zu lassen.³⁵³⁹ Die nun arbeitslos gewordene Belegschaft der *Badger NV* sah sich damit konfrontiert, dass ihre insolvente Arbeitgeberin die gesetzlich vorgeschriebenen Entschädigungszahlungen nicht mehr leisten konnte. Als sich die Belegschaft daraufhin an die Muttergesellschaft *Badger Inc.* wandte, zog sich diese auf den Grundsatz der beschränkten Haftung zurück: Die Muttergesellschaft hafte nicht für Schulden der als Kapitalgesellschaft verfassten Tochter.³⁵⁴⁰ Nach einigem öffentlichen Druck, der nicht zuletzt durch das Verfahren vor CIME erzeugt wurde, einigte sich die *Badger Inc.* schließlich mit den Arbeitnehmern der *Badger NV* im Wege eines Vergleiches auf eine Kapitalerhöhung der Tochter.³⁵⁴¹

CIME nutzte die Gelegenheit, sich über eine finanzielle Einstandspflicht hinaus allgemein zur Verantwortung einer Muttergesellschaft zu äußern. Der Ausschuss unterschied in seiner Klarstellung finanzielle von nicht-finanziellen Verantwortlichkeiten. In Bezug auf eine finanzielle Einstandspflicht der Muttergesellschaft vermied CIME eine klare Stellungnahme; der Ausschuss billigte jedoch die im Wege der Einigung gefundene Lösung der

3537 Ausführliche Dokumentation in: *Blanpain, Badger Case* (1977). Der Fall weist Parallelen zum ELSI-Fall vor dem IGH auf. Zu den Parallelen siehe: *Seidl-Hohenveldern*, in: *Seidl-Hohenveldern* (Hrsg.), *Collected Essays* (1998), 399 (399 ff.).

Die zum *Badger-Fall* gehörenden Klarstellungen CIMEs finden sich im 1979er Überprüfungsbericht (*OECD, MNE-Declaration Review* (1979)): *Blanpain*, *OECD Guidelines Experience 1976–1979* (1979), S. 142 verweist auf die Rn. 39, 41 und 42 dieses 1979er Überprüfungsberichts. Notabene: Rn. 39 des 1979er Überprüfungsberichts beinhaltet auch Erwägungen, die zum Fall *Europäische Luftfahrtkonsortien* gehören.

3538 So der Ausdruck bei: *Campbell/Rowan, MNEs and the OECD Guidelines* (1983), S. 152.

3539 Vgl. Entscheidung des Handelsgerichts Antwerpen, zitiert nach: *Blanpain, Badger Case* (1977), S. 75 ff.; vgl. *Seidl-Hohenveldern*, in: *Seidl-Hohenveldern* (Hrsg.), *Collected Essays* (1998), 399 (400 f.).

3540 *Blanpain, Badger Case* (1977), S. 80 f., 109.

3541 *Blanpain, Badger Case* (1977), S. 121 ff.

Parteien.³⁵⁴² In Bezug auf nichtfinanzielle Verantwortlichkeiten hielt CIME beispielsweise fest, dass sich das Offenlegungskapitel primär an die Muttergesellschaft eines MNU's richte, der aber die Aufgabe zufalle, Informationen zu sammeln und auszuwerten, um über die Lage des gesamten MNU's zu informieren.³⁵⁴³ Der Ausschuss betrachtete das MNU hier folglich als wirtschaftliche Einheit, über die in ihrer Gesamtheit Bericht zu erstatten ist, differenzierte aber bei der Verantwortlichkeitszuweisung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften. Das entspricht der Zurechnungslösung.

3. Zwischenfazit

Die Leitsätze folgen einer Zurechnungslösung; sie ist in Ls. I-4 S. 7 und S. 8 Leitsätze 2023 verankert. Beide Normen sind damit zentrale Bestimmungen der Leitsätze. Die Zurechnungslösung bedeutet erstens, dass die von den Leitsätzen als Regelungssubjekte angesprochenen Bezugseinheiten die jeweiligen Entitäten eines MNU's sind. Die Leitsätze sprechen nicht das MNU in seiner Gesamtheit *en bloc* als eigenständiges Regelungssubjekt, sondern sämtliche Entitäten eines MNU's jeweils einzeln an. Zweitens bedeutet die Zurechnungslösung, dass die Leitsätze MNU-dimensional konzipiert sind; sie berücksichtigen also, dass eine einzelne Entität Teil eines MNU's ist. MNU-Entitäten müssen Verantwortung füreinander übernehmen. Bei institutionell nicht verfestigten horizontalen Strukturen wie Konsortien oder Gleichordnungskonzernen bedeutet die Zurechnungslösung beispielsweise, dass die Leitsätze den Gleichordnungskonzern oder das Konsortium nicht als solchen (solches) adressieren; sie adressieren stattdessen die einzelnen Konzernglieder oder Konsorten. Gleichzeitig müssen die Konzernglieder oder Konsorten aber Verantwortung füreinander übernehmen.

3542 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 42. Die Bewertungen dieser Aussage in der Literatur gehen auseinander (vgl. Kapitel 12 C. I. 1.): *Seidl-Hohenveldern*, RdC 163 (1979), 169 (209–211); *Horn*, RabelsZ 44 (1980), 423 (437); *Steeg*, ZGR 14 (1985), 1 (13 f.).

3543 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 41.

II. Ls. I-4 S. 7 (Differenzierte Ansprache)

Der Wortlaut des Ls. I-4 S. 7 Leitsätze 2023 ist konzis:

„The Guidelines are addressed to all the entities within the multinational enterprise (parent companies and/or local entities).“ (Ls. I-4 S. 7 Leitsätze 2023, Textauszeichnungen des Originals entfernt)

Die Bestimmung hält lediglich fest, dass die Leitsätze an alle Entitäten innerhalb eines MNUs adressiert werden. „Adressieren“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Leitsätze auf alle Entitäten eines MNUs anzuwenden sind.³⁵⁴⁴ Die Entitäten werden in einem Klammerzusatz näher aufgeschlüsselt in Muttergesellschaften (*parent companies*) und lokale Entitäten (*local entities*). Der Klammerzusatz enthält allerdings nur Regelbeispiele. Die Leitsätze richten sich an alle Entitäten eines MNUs gleich welcher Hierarchiestufe, also insbesondere auch an Entitäten auf mittleren Hierarchiestufen.³⁵⁴⁵

Meines Erachtens enthält Ls. I-4 S. 7 Leitsätze 2023 – über diese soeben dargestellten Grundsätze hinaus – eine ungeschriebene Anwendungsvoraussetzung. Der mit der 2000er Überarbeitung in den nachfolgenden S. 8 (das Kooperationsgebot) verschobene Zusatz „[a]ccording to the actual distribution of responsibilities among them“ ist meines Erachtens ebenfalls in S. 7 hineinzulesen. Der Zusatz gilt demnach für die Sätze 7 und 8. Die Leitsätze sprechen die einzelnen Entitäten eines MNUs also in Abhängigkeit ihrer Verantwortlichkeiten an. Für eine solche differenzierte Ansprache streitet vor allem die Genese der Norm (1.). Diese differenzierte Ansprache verlangt, dass die faktische Stellung einer Entität im Gefüge eines MNUs berücksichtigt wird (2.).

1. Herleitung der differenzierten Ansprache

Bis zur 2000er Überarbeitung der Leitsätze bildeten die heutigen Sätze 7 und 8 einen gemeinsamen Satz. Dieser Satz war so formuliert, dass sich der Zusatz „[a]ccording to the actual distribution of responsibilities among them“ nicht wie heute auf das Kooperationsgebot, sondern die Adressierung der

3544 Vgl. OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 6.

3545 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39; OECD:CIME:1997:CIME-18-CL, S. 5.

MNU-Entitäten bezog. Der mit der 2000er Überarbeitung entfernte unmittelbar folgende Satz unterstrich diese Zuordnung. Es hieß:

„[...] the Guidelines are addressed to the various entities within the multinational enterprise (parent companies and/or local entities) according to the actual distribution of responsibilities among them on the understanding that they will co-operate and provide assistance to one another as necessary to facilitate observance of the Guidelines. The word “enterprise” as used in these Guidelines refers to these various entities in accordance with their responsibilities.“ (Ls. 8 S. 4 und 5 der Einleitung Leitsätze 1991)

Demnach hatten MNU-Entitäten lediglich für die Einhaltung der Leitsätze einzustehen, soweit sie organisatorisch verantwortlich zeichneten. Die Binnenstrukturen eines MNUs hatten also Auswirkungen auf die Erwartungen, die die Leitsätze an eine einzelne MNU-Entität richteten. Ich plädiere dafür, bei der Überarbeitung der MNU-Definition im Jahr 2000 nur von einer redaktionellen Änderung auszugehen, die die bisherige differenzierte Ansprache beibehalten hat. Ein Vergleich mit der dreigliedrigen ILO-MNU-Erklärung unterstützt diese Schlussfolgerung, da diese Erklärung bis heute eine Passage beibehalten hat, die der prä-2000er Formulierung der Leitsätze ähnelt.³⁵⁴⁶ Im Übrigen bestätigen einige Fälle aus der Zeit vor³⁵⁴⁷ und nach³⁵⁴⁸ der Novelle des Jahres 2000, dass die Leitsätze unterschiedliche Erwartungen an die Entitäten eines MNUs richten. So entschied die finnische Kontaktstelle in den 1980er Jahren in einem Fall, dass die finnische Tochtergesellschaft die Leitsätze beachtet habe, nicht jedoch ihre Muttergesellschaft.³⁵⁴⁹ Angesichts der geringen Zahl der Fälle lässt sich zugegebenermaßen jedoch nicht von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen.

3546 ILO, Tripartite MNE Declaration (2022), Rn. 6.

3547 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 41 (Verantwortung für Offenkundigkeitskapitel liege primär bei Muttergesellschaft; im Beschäftigungskapitel sei der Verteilung der Verantwortlichkeiten zwischen den MNU-Entitäten besondere Aufmerksamkeit zu widmen).

3548 OECD:DE-NCP:2003:DE-33-IA (Muttergesellschaft sei nicht für Tochtergesellschaft verantwortlich); vgl. OECD:FR-NCP:2019:FR-29-IA, S. 6 ff. (vertiefte Auseinandersetzung mit der Rolle verschiedener Entitäten innerhalb eines MNUs); vgl. OECD:DK-NCP:2014:DK-10-IA, S. 3 (Untersuchung der Beziehungen der beklagten dänischen Gesellschaft zu Tätigkeiten einer Schwestergesellschaft; allerdings nicht auf Basis der Leitsätze, sondern der der NKS eigenen Vorschriften).

3549 Ausspruch der finnischen NKS in der Sache Philips, enthalten in: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 146.

Die differenzierte Adressierung der MNU-Entitäten auf Basis ihrer Verantwortlichkeit ist auch sinnvoll, weil sie dazu führt, dass die Verantwortlichkeit einer Entität und die Erwartungen, die die Leitsätze an sie richten, parallel laufen. Die Leitsätze stellen in diesem Sinne die Übereinstimmung zwischen Einflussmöglichkeiten und Einstandspflicht als Leitbild auf.³⁵⁵⁰ Legt etwa eine Mutter-Entität verbindlich und ohne Einwirkungsmöglichkeiten der Tochter-Entität fest, zu welchen Preisen eine Tochter-Entität Produkte zu verkaufen hat, sollte die Tochter in diesem Punkt auch nicht für die Einhaltung des Wettbewerbskapitels der Leitsätze verantwortlich sein.³⁵⁵¹

2. Konsequenzen der differenzierten Ansprache

Es ist also davon auszugehen, dass sich die Leitsätze nicht unterschiedslos an die Entitäten eines MNUs richten, sondern in ihrer Erwartungshaltung nach der „tatsächlichen Zuständigkeitsverteilung“ (*actual distribution of responsibilities*) differenzieren.

Das Wort *responsibilities* wird im Sinne von Kompetenzen,³⁵⁵² Zuständigkeiten und zugestandenen Einflussbereichen benutzt. Dafür spricht die Verwendung des Wortes im Plural – *responsibilities*. Es geht also nicht um eine *ex post* Verantwortungsübernahme für tatsächlich eingetretenes Fehlverhalten, sondern um eine *ex ante* und abstrakt zu bestimmende Zuständigkeitsverteilung. Die Leitsätze umreißen allerdings nicht näher, was darunter zu verstehen ist. Das Fallmaterial hierzu ist unergiebig. Ich schlage eine Annäherung auf Basis einer systematischen Deutung vor, die die den Sätzen 7 und 8 vorangehenden Sätze 4 und 5 des Ls. I-4 Leitsätze 2023 berücksichtigt. In den Sätzen 4 und 5 werden die Anforderungen an Art und Ausmaß der Verbindung verschiedener Entitäten aufgeführt, damit sie als Teil eines MNUs eingestuft werden können. Die Verantwortlichkeiten des S. 8 könnten deshalb im Sinne von *may co-ordinate, significant influence* und *autonomy* der Sätze 4 und 5 gelesen werden. Damit bestimmen sich die „Verantwortlichkeiten“ auf Basis von Einflussmöglichkeiten und

3550 Horn, RabelsZ 44 (1980), 423 (435).

3551 Stockmann, MichJIL 2 (1981), 223 (226).

3552 Vgl. OECD:AT-NCP:2009:AT-3-FS, S. 8: Übersetzung der zugehörigen Passage mit „entsprechend der effektiv zwischen ihnen bestehenden Kompetenzaufteilung“ (wie auch in der offiziellen (aber nicht authentischen) deutschen Übersetzung der Leitsätze).

Entscheidungsmacht einer Entität.³⁵⁵³ Wo Kontrolle oder wesentlicher Einfluss vorliegt, liegt auch eine Verantwortlichkeit vor.³⁵⁵⁴

Es ist meines Erachtens gleichwohl nicht erforderlich, dass eine Entität „Kontrolle“ oder „wesentlichen Einfluss“ ausübt oder ausüben kann, damit ihre Verantwortlichkeit vorliegt. Vielmehr ist von einem fließenden Konzept auszugehen, in dem mehr oder weniger starke Einflussmöglichkeiten mehr oder weniger hohen Verantwortlichkeiten entsprechen. Es ist also keine Schwellenwertbetrachtung anzustellen, bei der eine Verantwortlichkeit erst ab einem gewissen Grad an Einfluss vorliegt. CIMEs frühere Aussprüche stellen zwar eine Verbindung zwischen Verantwortlichkeiten und „Kontrolle“ her,³⁵⁵⁵ sie können aber nach Änderung der Leitsätze im Jahr 2000 nur eingeschränkt übernommen werden. Mit dieser Überarbeitung wurden die Anforderungen an das notwendige Maß der Einflussmöglichkeiten zwischen verschiedenen Entitäten gelockert; die Koordinierungsfähigkeit ist nunmehr der maßgebliche Standard (vgl. E. I. 2.). Auch in MNUen, deren Entitäten einen hohen Grad an Autonomie genießen (vgl. Ls. I-4 S. 5 Leitsätze 2023) und in denen keine Entität eine Kontrolle über eine andere ausübt, muss schließlich eine Verteilung von Verantwortlichkeiten möglich sein.

Dass keine Schwellenwertbetrachtung vorzunehmen ist, wird außerdem dadurch unterstrichen, dass es auf die „Verteilung“ (*distribution*) der Verantwortlichkeiten ankommt. Nach der *Badger*-Klarstellung sind der Grad der Eigenständigkeit bzw. der Abhängigkeit der verschiedenen Entitäten maßgebliche Kriterien.³⁵⁵⁶ Im 1991er Überprüfungsbericht hielt CIME gleichsinnig (aber in einem allgemeineren Kontext) fest, dass die Aus-

3553 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 58; *Horn*, RabelsZ 44 (1980), 423 (435); *Stockmann*, MichJIL 2 (1981), 223 (226).

3554 Vgl. OECD:NO-NCP:2009:NO-3-FS, S. 6 (Sondervotum): „[...] it is important as a matter of principle to examine the scope of Norwegian parent companies' responsibility. As far as the OECD Guidelines are concerned, it is natural to start by looking at matters companies are able to influence. Responsibility can be most clearly attributed to companies for matters over which they have a decisive influence or control.“

3555 Siehe etwa die *Badger*-Klarstellung (OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39): „To the extent that parent companies actually exercise control over the activities of their subsidiaries they have a responsibility for the observance of the Guidelines by those subsidiaries.“ Bestätigt beispielsweise in *Renault Vilvoorde* (OECD:CIME:1997:CIME-18-CL, S. 5) und OECD Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 9.

3556 *Badger*-Klarstellung (OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39): „[...] taking into account the degree of autonomy or of dependence of each entity in practice.“

gestaltung der Beziehungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften und insbesondere der Zentralisierungs- oder Dezentralisierungsgrad von Entscheidungsstrukturen relevante Fragen für die Leitsätze seien.³⁵⁵⁷ Im Fallmaterial der NKSen lassen sich mittlerweile hilfreiche Beispiele für Zuständigkeitsaufteilungen und ihre Bedeutung unter den Leitsätzen finden:

- Eine „generelle Verantwortung einer Tochtergesellschaft für ihre Muttergesellschaft“ ist abzulehnen.³⁵⁵⁸ Die Tochtergesellschaft ist nicht verantwortlich, wenn ihre Muttergesellschaft die Leitsätze bei Projekten missachtet, bei denen die Tochtergesellschaft nicht involviert ist.³⁵⁵⁹ Das Gleiche gilt für eine Zweigniederlassung im Verhältnis zu ihrer Hauptniederlassung.³⁵⁶⁰
- Eine Muttergesellschaft dürfte demgegenüber stets eine residuale Gesamtverantwortung gegenüber ihren Tochtergesellschaften haben. Eine dezentrale kaufmännische und rechtliche Verantwortungsverteilung innerhalb eines MNU befreet die Muttergesellschaft hiervon nicht.³⁵⁶¹ Die oberste Führungsebene muss die Beachtung der Leitsätze durch die Tochtergesellschaften im Zweifelsfall aktiv einfordern.³⁵⁶² Verwandt damit ist die Erwartung der Leitsätze, dass die Menschenrechtserklärung eines MNU von oberster Stelle innerhalb des Unternehmens verabschiedet wird (Ls. IV-4 Leitsätze 2023).³⁵⁶³
- Die Verteilung der Verantwortlichkeiten zwischen Schwester-Entitäten oder Entitäten, die in keinem hierarchischen Verhältnis zueinanderstehen, ist weniger eindeutig. Schwester-Entitäten könnten beispielsweise innerhalb eines MNU als Stabsstelle agieren, die für ihre Schwester-Entitäten zentrale Dienste erbringt.³⁵⁶⁴ In solchen Fällen ist es angebracht, einer Entität Verantwortung für die Tätigkeiten ihrer Schwester zuzuweisen. Sollten Schwester-Entitäten innerhalb eines MNU hingegen nicht interagieren, liegt eine gegenseitige Verantwortungszuweisung fern.³⁵⁶⁵

3557 OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 49 f.

3558 OECD:DE-NCP:2003:DE-33-IA.

3559 Vgl. OECD:DE-NCP:2003:DE-33-IA.

3560 OECD:BE-NCP:2018:BE-19-IA, S. 5.

3561 OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 25; OECD:NL-NCP:2013:NL-18-FS, S. 5; OECD:NL-NCP:2020:NL-36-FS, S. 8.

3562 OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 25.

3563 Ls-Ko 2023, Rn. 49; OHCHR, UN Guiding Principles (2011), Lp. 16 lit. a).

3564 Vgl. OECD:FR-NCP:2022:FR-29-FS, S. 9 f.

3565 Vgl. OECD:DK-NCP:2014:DK-10-IA, S. 3. Die DK-NKS lehnte die Annahme eines Falls mit der Begründung ab, dass zwischen der beklagten dänischen Gesellschaft und ihrer (mutmaßlich) delinquenten israelischen Schwestergesellschaft keine

In Bezug auf Abschlussprüfernetzwerke hat die britische NKS beispielsweise zur Kenntnis genommen, dass einzelne Mitgliedsgesellschaften die Tätigkeiten (wie etwa Prüfungsleistungen) anderer Mitgliedsgesellschaften nicht beaufsichtigen oder genehmigen.³⁵⁶⁶ Sollte sich das Netzwerk jedoch einen gemeinschaftlichen Verhaltenskodex geben, müssen die Netzwerkgesellschaften auf die Übereinstimmung dieses Kodex mit den Leitsätzen hinwirken.³⁵⁶⁷

Die Zahl dieser Fälle ist für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis noch zu gering. Außerdem lassen sich auch Aussagen von NKSen finden, in denen NKSen zum Ausdruck bringen, dass die Anwendung der Leitsätze nicht von Managementstrukturen abhängt.³⁵⁶⁸

Bei der Verteilung der Verantwortlichkeiten kommt es überdies nicht auf eine rechtlich-formale Betrachtung von Organisationsstrukturen an. Das Wort *actual* verdeutlicht, dass eine Betrachtung der konkret gelebten Gegebenheiten anzustellen ist.³⁵⁶⁹ Diese Aussage wird durch eine systematische Auslegung bestätigt, welche Ls. 7 der Einführung (*preface*) berücksichtigt.³⁵⁷⁰ In diesem Leitsatz wird auf neue, netzwerkbasierte Erscheinungsformen eines MNUs und das Verwischen der Grenzen eines MNUs hingewiesen. Die Leitsätze unterscheiden deshalb nicht zwischen „Divisionen“, „Niederlassungen“ und „Tochtergesellschaften“ und erlauben es, Kategori-

hinreichende Beziehung bestehe. Daraus kann man schließen, dass die Zugehörigkeit zweier Entitäten zu einem MNU für sich genommen keine gegenseitige Verantwortung beider Schwestergesellschaften begründet. Allerdings subsumierte die DK-NKS nicht unter die Bestimmungen der Leitsätze, sondern unter ihre eigenen internen Verfahrensregeln, weshalb der Aussage nicht zu viel Gewicht beigemessen werden darf.

3566 OECD:UK-NCP:2020:UK-50-FS, Rn. 38 f.; OECD:UK-NCP:2020:UK-55-IA; OECD:UK-NCP:2021:UK-55-FS, Rn. 11.

3567 OECD:UK-NCP:2020:UK-50-FS, Rn. 41.

3568 OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 19: „*The Guidelines apply throughout corporate structures, and do not envisage different standards depending on a particular entity's management.*“ aufgegriffen bei: OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 13; siehe hierzu auch noch Fußnote 3577. Möglicherweise beziehen sich diese Aussagen aber nicht auf die differenzierte Ansprache (Ls. I-4 S. 7 Leitsätze 2023), sondern nur auf das Kooperationsgebot (Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023). Im Zusammenhang mit dem Kooperationsgebot sind solche Aussagen eindeutig angebracht, weil dieses Gebot verhindert, dass sich MNUen so organisieren, dass sie ihrer Verantwortung unter den Leitsätzen entgegen (dazu sogleich unter: III).

3569 Siehe auch die *Badger*-Klarstellung (OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39): „[...] *taking into account the degree of autonomy or of dependence of each entity in practice.*“ (Hervorhebung ergänzt).

3570 Zur Präambelersatzfunktion der Einführung (*preface*): Kapitel 2 C. II.

en des innerstaatlichen Gesellschaftsrechts zu ignorieren.³⁵⁷¹ Rechtliche Strukturen sind nur mittelbar relevant, weil eine Tochtergesellschaft beispielsweise größere Freiräume als eine Niederlassung genießen könnte.³⁵⁷² Wichtiger als die Frage, welche Entität (ob Mutter oder Tochter) eine Entscheidung formell zu treffen hat, ist die Frage, wie die verschiedenen Managementebenen zusammenwirken.³⁵⁷³

III. Ls. I-4 S. 8 (Kooperationsgebot)

Das in Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 verankerte und von mir als solches bezeichnete Kooperationsgebot ist der zweite Bestandteil der Zurechnungslösung. Es erweitert die Ansprache einzelner Entitäten nach S. 7 um eine MNU-dimensionale Perspektive. Den MNU-Entitäten wird eine gemeinsame Verantwortung („*co-responsibility*“³⁵⁷⁴; „*shared responsibility*“³⁵⁷⁵) für die Beachtung der Leitsätze zugewiesen. Vereinzelt wird in dieser gemeinsamen Verantwortung, die dem allgemeinen Völkerrecht und vielen nationalen Rechtsordnungen unbekannt ist, sogar die *raison d'être* der Leitsätze gesehen.³⁵⁷⁶ Sie stellt sicher, dass sich MNUs nicht so organisieren können, dass sie ihrer Verantwortung unter den Leitsätzen entgehen.³⁵⁷⁷

Während sich aus der differenzierten Ansprache (S. 7) meines Erachtens ergibt, dass die einzelnen MNU-Entitäten nicht unterschiedslos und unbedingt alle Leitsätze zu beachten haben, sondern nur, sofern sie hierfür innerhalb des MNUs verantwortlich zeichnen, ergibt sich aus dem Kooperationsgebot (S. 8), dass die Leitsätze ihre unterschiedslose und unbedingte Beachtung von allen MNU-Entitäten *gemeinschaftlich* erwarten: Als Summe aller einzelnen MNU-Entitäten und folglich als Summe aller einzelnen

3571 Stockmann, MichJIL 2 (1981), 223 (226); vgl. Rojot, BJIR 23 (1985), 379 (391).

3572 Stockmann, MichJIL 2 (1981), 223 (226).

3573 OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 51.

3574 Blanpain, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 145.

3575 OECD:NL-NCP:2023:NL-44-FS, S. 9; OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 13; ähnlich: Vogelaar, OECD Observer Nr. 86 (Mai 1977), 7 (7): „*parent and subsidiary share the responsibility*“.

3576 Blanpain, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 145.

3577 OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 13: „*The OECD Guidelines thus apply throughout corporate structures and geographies and – as the Australian NCP phrases it – the OECD Guidelines do not envisage different standards depending on a particular entity’s management. In other words, enterprises cannot choose to organise in a way that exempts them from responsibility.*“ (Fußnoten des Originals entfernt; die DK-NKS bezieht sich auf OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 19).

Verantwortlichkeiten (und damit zu 100 % Verantwortlicher) muss das MNU die Leitsätze unbedingt und uneingeschränkt beachten. Was sie einzeln nicht müssen, müssen die Entitäten eines MNUs also gemeinschaftlich. Das ist nicht mit der hier abgelehnten Einheitslösung zu verwechseln, sondern entspricht der Zurechnungslösung, da sich das Kooperationsgebot an jede MNU-Entität einzeln richtet. Auf diese Weise wird ein „**Verantwortungsverbund**“³⁵⁷⁸ **der MNU-Entitäten** etabliert. Gegenwärtig lässt sich nicht sagen, wie das Verhältnis dieses Verantwortungsverbunds gegenüber Dritten (wie beispielsweise dem Opfer einer Menschenrechtsverletzung) dogmatisch zu verstehen ist.³⁵⁷⁹

3578 So der Begriff bei *Spießhofer*, die den „Verantwortungsverbund“ jedoch weiter versteht und darunter auch MNU-fremde Entitäten in der Wertschöpfungskette des MNUs fasst: *Spießhofer*, *Unternehmerische Verantwortung* (2017), S. 489, 502–504.

3579 Denkbar ist erstens eine Art Gesamtschuld, bei der sich das Opfer im Außenverhältnis an irgendeine MNU-Entität wenden kann, damit diese der Gesamtverantwortung des MNUs nachkommt; die angerufene MNU-Entität müsste ihrerseits im Innenverhältnis des MNUs über das Kooperationsgebot die hierfür notwendige Unterstützung der anderen MNU-Entitäten anfordern. Vorstellbar wäre zweitens, dass ein Opfer von einer MNU-Entität nur verlangen kann, dass es (i) seiner Teilverantwortung (entsprechend der tatsächlichen Kompetenzverteilung innerhalb des MNUs) nachkommt und dass es (ii) mit den anderen MNU-Entitäten zusammenarbeitet und diese dabei unterstützt und ermutigt, ihren jeweiligen Teilverantwortungen nachzukommen. Ich tendiere zur zweiten Variante und gegen die Lösung als Gesamtschuld. Dafür sprechen die differenzierte Ansprache nach Ls. I-4 S.7 Leitsätze 2023 und der Gleichlauf zwischen Einstandspflicht und Zuständigkeit. Die Gesamtschuldlösung kann zu realitätsfremden Ergebnissen führen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die MNU-Gesamtverantwortung nicht von einer einzelnen MNU-Entität erfüllt werden kann und die zur Erfüllung notwendigen anderen MNU-Entitäten nicht in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen (zum Anwendungsbereich der Leitsätze siehe auch: G. I. 2.). Das zeigt das folgende Beispiel: Innerhalb eines MNUs hat MNU-Entität A bei einem bestimmten Bauprojekt eine Menschenrechtsverletzung verursacht. Entität A fällt nicht in den Anwendungsbereich der Leitsätze und muss deshalb keine Vorgaben der Leitsätze beachten. Sie muss deshalb auch nicht mit anderen MNU-Entitäten kooperieren. Einzig ihre subalterne Tochter-Entität B fällt in den Anwendungsbereich der Leitsätze; B war allerdings weder in das Bauprojekt involviert noch kann sie auf A einwirken. Von B die Einstellung des Bauprojekts zu verlangen (wie es bei einer Deutung des Verantwortungsverbunds als Gesamtschuldnerschaft möglich wäre), hieße Unmögliches zu verlangen. Eine Teilverantwortung hat B nicht. Über das Kooperationsgebot wäre in diesem Fall allenfalls zu verlangen, dass B den Kontakt mit A aufnimmt. Fallen hingegen sowohl A als auch B in den Anwendungsbereich der Leitsätze, würden sich *faktisch* keine Unterschiede zwischen der Gesamtschuldlösung und der anderen Lösung ergeben.

Der Verantwortungsverbund besteht nur zwischen Entitäten desselben MNU. Entitäten fremder MNUs werden nicht zur Zusammenarbeit aufgefordert. Das ergibt sich aus der Verortung des S. 8 in der MNU-Definition der Leitsätze und aus seiner Stellung im unmittelbaren Anschluss an S. 7. Der bestimmte Artikel in S. 8 („*the different entities*“) bezieht sich auf die in S. 7 angesprochenen Entitäten eines MNU („*the entities within the multinational enterprise*“). Beteiligungskäufe erweitern die Verantwortlichkeiten des übernehmenden Verantwortungsverbunds zumindest *ex nunc*.³⁵⁸⁰ Eine RBC-Einstandspflicht für Verhalten der in den Verantwortungsverbund neu aufgenommenen Entität, das vor der Aufnahme in den Verbund angefallen ist (Verantwortungserweiterung *ex tunc*), ist demgegenüber möglicherweise zu verneinen. Die deutsche NKS hat sie jedenfalls für den Fall einer Entlassung, die vor der Übernahme einer Entität ausgesprochen wurde, abgelehnt.³⁵⁸¹ Bei einem Beteiligungsverkauf geht die irische NKS von einer Art RBC-Nachhaftung der ehemaligen Muttergesellschaft aus: Aus den Ls. I-4 S. 7 f. Leitsätze 2023 folge, dass die verbliebenen MNU-Entitäten die Verantwortung für das Verhalten der ehemaligen MNU-Entität, das bis zum Beteiligungsverkauf angefallen ist, tragen.³⁵⁸² Auch nach einem Beteiligungsverkauf kann ein Betroffener also ein spA-Verfahren gegen eine frühere Mutter-Entität betreiben und ihr Verhalten gegenüber ihrer damaligen Tochter-Entität bis zum Beteiligungsverkauf überprüfen lassen. Das Ausscheiden einer Entität aus einem MNU beendet den Verantwortungsverbund demnach nur *ex nunc*. Das bedeutet aber zugleich, dass von der früheren Mutter-Entität *für die Zukunft* nicht mehr verlangt werden kann, auf ihre ehemalige Tochter einzuwirken. Für den Fall, dass eine gemeinsames Vorgänger-MNU auf mehrere Nachfolger aufgespalten wird, hat sich die luxemburgische NKS offener gezeigt, die

3580 So ist wahrscheinlich OECD:UK-NCP:2016:UK-35-FS, Rn. 47 f. zu verstehen; die UK-NKS bezieht sich nicht auf das Kooperationsgebot.

3581 OECD:DE-NCP:2014:DE-14-FS, S. 6: „*To the NCP the two dismissals that occurred when the respondent's subsidiary had not yet taken over the company need not be considered further in this specific instance as the dismissals cannot be attributed to the respondent or its subsidiary.*“ (ohne Bezugnahme auf das Kooperationsgebot).

3582 OECD:IE-NCP:2023:IE-8-1A, Rn. 26, 34 (Bezugnahme auf das Kooperationsgebot); ebenso auch: OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 15 ff. (Bezugnahme auf das Kooperationsgebot); in diesem Fall konnte die NL-NKS allerdings keine Subsumtion vornehmen, weil sie den Sachverhalt nicht ermitteln konnte.

Verantwortung eines Nachfolgers auf das Verhalten des Vorgängers zu erstrecken.³⁵⁸³

Der genaue Inhalt des Kooperationsgebots erschließt sich nicht aus dem Wortlaut des S. 8. Es handelt sich um eine Generalklausel, die ebenso den Informationsfluss innerhalb eines MNUs wie auch Haftungsfragen betreffen kann. Im Fallmaterial lassen sich zumindest präzisere Anforderungen an die einzelnen Kooperationshandlungen (1.) und die Ziele der Kooperation erkennen. Die wichtigste Erkenntnis liegt darin, dass das Kooperationsgebot grundsätzlich unselbstständig (akzessorisch) ist, also nur in Verbindung mit einer anderen Norm angewandt werden kann (2.). Ob zusätzlich ein eigenständiges (nicht akzessorisches) Kooperationsgebot besteht, lässt sich nicht mit Gewissheit sagen (3.). Die Abgrenzung des Kooperationsgebots von den Sorgfaltspflichtvorschriften ist schwierig. Schon in Abschnitt B. habe ich erläutert, dass die im Jahr 2011 in die Leitsätze aufgenommenen Sorgfaltspflichtvorschriften die MNU-Definition (und damit auch das in ihr enthaltene Kooperationsgebot) verdrängen. Ab dem Jahr 2011 wurden die Sorgfaltspflichtvorschriften von NKSen zunehmend anstelle des (meines Erachtens) einschlägigen Kooperationsgebots bemüht. Das spärliche Fallmaterial zum Kooperationsgebot nach dem Jahr 2011 genügt nicht, um die Existenz einer kohärenten Entscheidungspraxis zu bejahen, obwohl ein reichhaltiges Fallmaterial CIMEs zum Kooperationsgebot aus den Frühzeiten der Leitsätze überliefert ist (4.). Die schwer zugänglichen Aussprüche CIMEs sind nämlich in Vergessenheit geraten.

1. Kooperationshandlungen

Die einzelnen Kooperationshandlungen werden von S. 8 nicht beschrieben. Verlangt wird nicht nur eine Zusammenarbeit (*co-operate*), sondern auch Beistand (*assist*). Der Unterschied zwischen beidem wird nicht erläutert. Ersteres könnte im Gegensatz zu Letzterem eine gewisse Gleichrangigkeit der Arbeitsbeiträge im Blick haben. Darauf kommt es aber nicht an. Wie

3583 Vgl. OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 7: „[...] even as distinct legal entities in their own right, [they] are tied by any actions inherited from the former structures from which they stem. Taking over a legal structure implies taking over assets as well as liabilities, even across a not inconsiderable timespan with numerous schemes leading in the end to the present structures. [...] [They] must as a matter of principle face accountability for any deeds that would have originated in their past structures, [...]“ (ohne Bezugnahme auf das Kooperationsgebot).

das Fallmaterial zeigt, haben MNU-Entitäten große Freiräume bei der Erfüllung des Kooperationsgebots.

Im Fall *Renault Vilvoorde*³⁵⁸⁴ äußerte sich CIME umfassend zum Kooperationsgebot. Das Verfahren betraf das Verhalten des französischen Kraftfahrzeugherstellers bei der Schließung eines Werks im flämischen Vilvoorde. Die Art der Ankündigung der Werksschließung rief starke Reaktionen seitens der belgischen Regierung, der Gewerkschaften und sogar des Europäischen Parlaments hervor.³⁵⁸⁵ Anstoß wurde insbesondere daran genommen, dass die Entscheidung äußerst kurzfristig und ohne vorherige Konsultation mit der Belegschaft getroffen wurde; Belegschaft und Presse erfuhren gleichzeitig von ihr.³⁵⁸⁶ Dies wurde weithin so gelesen, dass die Führungsebene die Entscheidung für unumkehrbar hielt.³⁵⁸⁷ Die Entscheidung zur Werksschließung wurde von der „zentralen Unternehmensleitung“³⁵⁸⁸ (mithin der französischen Mutter) unilateral getroffen.³⁵⁸⁹ Die erstinstanzlich angerufene BE-NKS stellte nicht nur eine Missachtung (der damaligen Entsprechung) des Ls. V-6 Leitsätze 2023 fest, sondern bemerkte überdies: Das Erfordernis einer „[...] cooperation between the home company and the local entity was not sufficiently respected with regard to the effective division of their responsibilities“.³⁵⁹⁰

CIME betonte in seiner Klarstellung, dass die Leitsätze keine spezifischen Empfehlungen zur Aufteilung der Verantwortlichkeiten zwischen Mutter- und Tochter-Entitäten enthalten würden.³⁵⁹¹ Solange ein MNU die

3584 OECD:CIME:1997:CIME-18-CL.

3585 *Bruyninckx*, The closure of Renault-Vilvoorde, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (27. März 1997); *Europäisches Parlament*, Entschließung zur Stillegung des Renault-Werks Vilvoorde (Belgien) (1997).

3586 *TUAC*, Stellungnahme TUACs zur Werksschließung (1997), S. 2; *Bruyninckx*, The closure of Renault-Vilvoorde, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (27. März 1997); *Europäisches Parlament*, Entschließung zur Stillegung des Renault-Werks Vilvoorde (Belgien) (1997).

3587 *Bruyninckx*, The closure of Renault-Vilvoorde, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (27. März 1997).

3588 *Europäisches Parlament*, Entschließung zur Stillegung des Renault-Werks Vilvoorde (Belgien) (1997).

3589 Vgl. *Kolvenbach/Kolvenbach*, NZA 1997, 695 (695); vgl. *Bruyninckx*, The closure of Renault-Vilvoorde, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (27. März 1997).

3590 Erklärung der BE-NKS, zitiert nach: *TUAC*, Stellungnahme TUACs zur Werkschließung (1997), S. 9.

3591 OECD:CIME:1997:CIME-18-CL, S. 4.

Einhaltung des Kooperationsgebots garantieren könne, habe es die Wahl, wie es die Verantwortlichkeiten aufteile.³⁵⁹² Die Leitsätze würden, so CIME weiter, keine *expliziten* Vorgaben dazu enthalten, wann Konsultationen zwischen den verschiedenen MNU-Entitäten notwendig seien.³⁵⁹³ Der Ausschuss dürfte sich damit einer **zielorientierten Betrachtung** angeschlossen haben. Maßgeblich ist demnach nur, dass das Kooperationsgebot im Ergebnis eingehalten wird; mit welchen unternehmensinternen Prozessen dieses Ziel erreicht wird, bleibt einem MNU anheimgestellt. Keinesfalls beabsichtigen die Leitsätze, zur Erstarrung organisatorischer Strukturen beizutragen.³⁵⁹⁴ Das Kooperationsgebot ist außerdem **formlos**. Es ist grundsätzlich nicht notwendig, planmäßig durchgeführte, institutionalisierte Corporate Governance-Systeme einzurichten, die eine hinreichende Kooperation zwischen den verschiedenen MNU-Entitäten sicherstellen. Die Leitsätze enthalten, wie CIME in *Renault Vilvoorde* formulierte, keine Vorgaben zu „internen Verfahren“.³⁵⁹⁵ Sie setzen keine bestimmten internen Verfahren zur Entscheidungsfindung oder zur Kommunikation der verschiedenen Entitäten miteinander voraus.³⁵⁹⁶ Dennoch ist die Einrichtung von Corporate Governance-Systemen empfehlenswert. Ein „umsichtiges“ (*prudent*) MNU würde laut CIME interne Verfahren zur Einhaltung der Leitsätze aufsetzen.³⁵⁹⁷ Ich halte es für denkbar, dass sich die Einführung interner Verfahren für ein MNU unter Berücksichtigung seiner individuellen Situation³⁵⁹⁸ als unumgänglich erweisen kann.

Um Missverständnissen vorzubeugen, ist allerdings der begrenzte Anwendungsbereich des Kooperationsgebots in Erinnerung zu rufen. Es ist auf die Binnenordnung eines MNUs beschränkt und greift spezielleren Leitsätzen nicht vor. Weder betrifft es das Zusammenwirken eines MNUs mit externen Geschäftspartnern noch ist es ausgeschlossen, dass aus spezielleren Leitsätzen weiterreichende Vorgaben für interne Verfahren fließen. Beispielhaft sei darauf hingewiesen, dass Ls. II-A-6 Leitsätze 2023 die

3592 OECD:CIME:1997:CIME-18-CL, S. 5.

3593 OECD:CIME:1997:CIME-18-CL, S. 5.

3594 OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 50.

3595 OECD:CIME:1997:CIME-18-CL, S. 5.

3596 OECD:CIME:1997:CIME-18-CL, S. 5.

3597 OECD:CIME:1997:CIME-18-CL, S. 5: „[...] would set up whatever internal procedures would be necessary to ensure that the Guidelines are known and applied by its various entities.“

3598 Relevante Erwägungen könnten nicht nur vorhandene Organisations- und Governancestrukturen eines Unternehmens sein, sondern auch seine Risikoexposition mit Blick auf Verstöße gegen die Leitsätze.

MNU-weite Einhaltung guter Unternehmensführungspraktiken erwartet; das schließt die Einführung von Compliance-Management- und Internen Kontrollsystemen mit ein.³⁵⁹⁹ Hinzuweisen ist außerdem darauf, dass die *Renault*-Klarstellung offenbar in Vergessenheit geraten ist; es handelt sich um tote Entscheidungspraxis.

2. Unselbstständiges Kooperationsgebot

Der dritte Teil des S. 8 („*to facilitate observance of the Guidelines*“) drückt die Finalität der geforderten Kooperation aus: Die Kooperation ist auf die Erleichterung der Beachtung der Leitsätze ausgerichtet. Diese Finalität führt dazu, dass das Kooperationsgebot grundsätzlich nur in Verbindung mit einem spezielleren Leitsatz Anwendung findet. Grundsätzlich bestimmt sich der Inhalt des Kooperationsgebots also in Abhängigkeit eines zweiten Leitsatzes, der eine konkrete materielle Verhaltenserwartung an das MNU richtet. Das Kooperationsgebot ist in diesem Sinne unselbstständig und akzessorisch. Fallmaterial existiert vornehmlich zum Beschäftigungskapitel (c)). Zum Grundsatz- (a)) und Offenlegungskapitel (b)) lassen sich dem Fallmaterial aber ebenfalls Hinweise zur Anwendung des Kooperationsgebots entnehmen. Die meisten der einschlägigen Aussprüche stammen von CIME und sind jahrzehntealt.

a) Grundsatzkapitel (Kapitel II)

Im Rahmen des Grundsatzkapitels finden sich vor allem Konkretisierungen des Kooperationsgebots mit Blick auf unternehmerische Sorgfaltspflichten (Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023). Legt man die meines Erachtens vorzugswürdige MNU-basierte Lösung zugrunde (siehe: B.), verdrängt das Kooperationsgebot als *lex specialis* die Anwendbarkeit der Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023 im Binnenbereich eines MNU. Im Binnenbereich ist grundsätzlich nur das Kooperationsgebot anwendbar, weil die Beziehungen zwischen MNU-Entitäten keine Beziehungen zwischen „fremden“ Entitäten sind, wie es für die Beteiligungsformen des Beitrags (Ls. II-A-12 Var. 2 Leitsätze 2023)

3599 Ls-Ko 2023, Rn. 9. Compliance- und Interne Kontrollsysteme werden im Bestechungskapitel mit engerem thematischem Fokus erneut aufgegriffen (Ls. VII-2 Leitsätze 2023). Auch im Wettbewerbskapitel werden Mitarbeiterschulungen, die häufig Teil von Compliance-Systemen sind, empfohlen (Ls. X-4 Leitsätze 2023).

und der unmittelbaren Verbindung (Ls. II-A-13 Leitsätze 2023) notwendig wäre. Sind nur Entitäten desselben MNUs in eine negative Auswirkung involviert, liegt die Beteiligungsform der Verursachung vor, bei der es konzeptionell ausgeschlossen ist,³⁶⁰⁰ dass sie Regelungen für die Beziehungen zweier Entitäten zueinander aufstellt (Ls. II-A-12 Var. 1 Leitsätze 2023). Da das Kooperationsgebot jedoch akzessorisch ist, muss es hier *in Verbindung mit* den Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023 angewandt werden.³⁶⁰¹ Deshalb folgt, wie es auch in neueren Entscheidungen bestätigt wird,³⁶⁰² aus dem Kooperationsgebot in Verbindung mit den Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023 die Pflicht der MNU-Entitäten zusammenzuarbeiten, um die Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023 zu beachten, also MNU-weite Sorgfaltspflichtprüfungen durchzuführen und für Abhilfe zu sorgen. Aus dem Kooperationsgebot ergibt sich, dass es sich dabei um eine gemeinsame Verantwortung aller MNU-Entitäten handelt; die Erwartung ist also nicht ausschließlich an die Mutter-Entität gerichtet.³⁶⁰³

Wie bereits in Abschnitt B. dargestellt, folgen jedoch nicht alle NKSen dieser Abgrenzung. Zu den „eigenen“ Aktivitäten rechnen sie nur die Aktivitäten einer einzelnen Entität, sodass sie auch auf den Binnenbereich eines MNUs die Sorgfaltspflichtvorschriften anwenden.³⁶⁰⁴ Das ist möglich, da

3600 Es ist deshalb konzeptionell ausgeschlossen, weil diese Beteiligungsform davon ausgeht, dass nur „eigene“ Aktivitäten an der Entstehung einer negativen Auswirkung auf einen RBC-Belang beteiligt sind. Sie kann deshalb keine Regelungen für das Zusammenwirken verschiedener Akteure (und damit auch für die Entitäten eines MNUs) aufstellen.

3601 Man beachte, dass die Sorgfaltspflichtvorschriften einen allgemeinen Teil der Leitsätze bilden (Ls-Ko 2023, Rn.18) und nur das Konzept der Sorgfaltspflichten enthalten; sie legen nicht fest, welche RBC-Belange geschützt werden. Deshalb müssen die Sorgfaltspflichtvorschriften ihrerseits in Verbindung mit Vorschriften angewandt werden, die die geschützten Belange spezifizieren. Führt beispielsweise die Tätigkeit der Tochter-Entität eines MNUs zu Kinderarbeit, ergeben sich die Pflichten der Mutter-Entität aus Ls. I-4 S.8 (Kooperationsgebot) in Verbindung mit Ls. II-A-12 Var. 1 (Verursachung) in Verbindung mit Ls. V-1 lit. c) Leitsätze 2023 (Verbot der Kinderarbeit als geschützter Belang).

3602 OECD:NL-NCP:2023:NL-44-FS, S. 9; OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 13 f.

3603 Vgl. OECD:NL-NCP:2023:NL-44-FS, S. 9: „[...] each corporate entity, including the parent entity, is expected to carry out risk-based due diligence throughout its corporate group as well as its supply chain [...]“

3604 Vgl. OECD:NL-NCP:2019:NL-33-IA, S. 3 („[...] the head office has the duty of due diligence and is therefore accountable for responsible business conduct in its branches worldwide.“); vgl. OECD:NL-NCP:2020:NL-36-FS, S. 8 („[...] if a company is directly linked to an impact, for example in the role of mother company [...]“); vgl. OECD:NL-NCP:2023:NL-33-FS, S. 8 („It is part of the due diligence expected

man auch den Beteiligungsformen des Beitrags und der unmittelbaren Verbindung Regeln zum Verhältnis verschiedener Entitäten entnehmen kann; so soll beispielsweise im Rahmen des Ls. II-A-13 Leitsätze 2023 Einfluss auf eine andere Entität geltend gemacht werden, um eine negative Auswirkung abzumildern und diese Entität zur Gewährung von Abhilfe zu bewegen.³⁶⁰⁵

Beide Ansätze führen in der Theorie zu unterschiedlichen Ergebnissen. Schon erwähnt habe ich, dass nur ein MNU-basierter Ansatz, der zu den „eigenen“ Aktivitäten des Ls. II-A-12 Var. 1 Leitsätze 2023 die Aktivitäten aller MNU-Entitäten zählt, die stärkste Beteiligungsform der Verursachung bejahen kann, wenn an einer negativen Auswirkung ausschließlich Entitäten desselben MNUs beteiligt sind. Beim gegenteiligen Ansatz, der auch Entitäten innerhalb eines MNUs als „andere“ Entitäten sieht, kommen nur die beiden schwächeren Beteiligungsformen in Betracht. Außerdem stehen die Sorgfaltspflichtvorschriften unter der Prämisse, dass die Verantwortung einer Entität nicht auf eine andere Entität verlagert werden darf (Ls. II-A-13 S. 2 Leitsätze 2023). Das bedeutet unter anderem, dass eine Entität, die nur über die schwächste Beteiligungsform mit einer negativen Auswirkung verbunden ist, nicht für die Gewährung von Abhilfe verantwortlich ist.³⁶⁰⁶ Wendet man hierauf einen MNU-basierten Ansatz und das Kooperationsgebot an, greift dieses Verbot der Verantwortungsverlagerung im Binnenbereich eines MNUs nicht; das Kooperationsgebot etabliert nämlich einen Verantwortungsverbund aller MNU-Entitäten. Der gegenteilige Ansatz würde es hingegen der Mutter-Entität eines MNUs erlauben, auf das Verbot der Verantwortungsverlagerung hinzuweisen, wenn ihre Tochter eine negative Auswirkung verursacht.

In der Praxis werden beide Ansätze allerdings regelmäßig vergleichbare Ergebnisse erzielen. Häufig ist das leitsatzwidrige Verhalten einer Entität nämlich so eklatant, dass sich die Prüfung eines Verstoßes gegen die strengereren Verhaltensanforderungen der stärksten Beteiligungsform erübrigt: In diesen Fällen ist schon ein Verstoß gegen die Minimal-Anforderungen der schwächsten Beteiligungsform evident. Das hat bedeutende Auswirkungen auf die Subsumtion der NKSen, weil eine **Prüfung, ob verschiedene Entitäten in Form eines MNUs verbunden sind, entbehrlich** sein kann: **Da man regelmäßig davon ausgehen kann, dass verschiedene Entitäten**

of Ingka Group as the parent company under the OECD Guidelines to ensure that the conditions to realize these fundamental labour rights are fulfilled in the countries where IKEA is operating.“); vgl. OECD/NL-NCP:2023/NL-43-FS, S. 3, 9 f.

3605 Ls-Ko 2023, Rn. 22 f.

3606 Ls-Ko 2023, Rn. 23.

mindestens als Geschäftspartner verbunden sind, ist zumindest Ls. II-A-13 Leitsätze 2023 anwendbar.³⁶⁰⁷ Es ist pragmatisch von einer NKS, ihre begrenzten finanziellen und personellen Ressourcen in derartigen Fällen nicht auf eine genaue Prüfung zu verschwenden, wenn ihr konsensbasiertes Mediationsverfahren auch mit dieser Prüfung keinen anderen Verlauf nehmen würde.

Das Kooperationsgebot, das zu den Kernbestandteilen der Urfassung der Leitsätze zählte (Ls. 8 S. 4 der Einleitung Leitsätze 1976), wird deshalb seit 2011 von den Vorschriften zu den Sorgfaltspflichten überstrahlt. Dies zeigt die Vernachlässigung des Kooperationsgebots in Entscheidungen der Kontaktstellen nach 2011; jedenfalls nahm, so mein Eindruck, die Zahl expliziter Bezugnahmen auf das Kooperationsgebot seit diesem Zeitpunkt rapide ab. Gegenbeispiele aus dem jüngeren Fallmaterial³⁶⁰⁸ belegen allerdings die fortbestehende Bedeutung des Kooperationsgebots. Das Kooperationsgebot hat einen autonomen dogmatischen Gehalt und wird konzeptionell nicht von den Sorgfaltspflichtvorschriften konsumiert: So ist das Kooperationsgebot auf die Zusammenarbeit verschiedener Entitäten ausgerichtet. Es bezieht sich deshalb mindestens auf zwei Entitäten und ihr Zusammenwirken; es berechtigt und verpflichtet beide. Demgegenüber liegt den Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023 (wenn zwar nicht exklusiv, so doch) primär der Gedanke einer unilateralen Einwirkung eines MNU auf eine andere Entität zugrunde.³⁶⁰⁹ Die andere Entität wird in dieser Konzeption nicht als Inhaber von Pflichten unter den Leitsätzen betrachtet, was sich unter anderem daran zeigt, dass sie nicht in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen muss.³⁶¹⁰ Darüber hinaus kann im Bereich der Kapitel zum Wettbewerb und zur Besteuerung ausschließlich auf das Kooperationsgebot

3607 Insbesondere im Rahmen der ersten Evaluierung kann eine solche Prüfung entbehrlich sein: OECD:US-NCP:2022:US-51-FS. *OECD*, Initial Assessment Guide (2019), S. 6 f.

3608 OECD:NL-NCP:2020:NL-37-IA, S. 4; OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 18 f.; OECD:IE-NCP:2023:IE-8-IA, Rn. 26; OECD:NL-NCP:2023:NL-40-FS, S. 13 f., 15; OECD:NL-NCP:2023:NL-44-FS, S. 9; OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 17; OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 13; vgl. OECD:NL-NCP:2024:NL-47-FS, S. 15.

3609 Vgl. Ls-Ko 2023, Rn. 22 f.

3610 Ls-Ko 2023, Rn. 17. Diese Entität braucht deshalb auch nicht an einem spA-Verfahren beteiligt zu sein (vgl. OECD:UK-NCP:2022:UK-53-FS). Dennoch empfehlen die NL-NKS und die AU-NKS Beschwerdeführern, denen die gesellschaftlichen Strukturen innerhalb eines MNU unbekannt sind, gegen mehrere in Betracht kommende Entitäten vorzugehen (OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 25; OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 59).

zurückgegriffen werden, da die Sorgfaltspflichten keine Anwendung auf diese Kapitel finden.³⁶¹¹ Außerdem stehen nicht bei jedem unternehmerischen Fehlverhalten Fragen der Sorgfaltspflicht im Raum.

Da folglich kein Konsens zwischen NKSen über die anzuwendenden Normen (oder auch nur über Grundlagenfragen in diesem Zusammenhang) besteht und weil die Zahl der einschlägigen Fälle noch recht gering ist, ist die Existenz einer kohärenten Entscheidungspraxis in diesem Zusammenhang klar zu verneinen. Blickt man über die konkrete normative Verankerung der zugehörigen Aussagen hinweg, lassen sich den einschlägigen Fällen aber zumindest einige Beispiele dafür entnehmen, welche Art von Zusammenarbeit zwischen MNU-Entitäten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten notwendig ist.

Die FR-NKS beispielsweise empfahl der Tochter-Entität eines MNUs, die ihren operativen Schwestergesellschaften Beratungs- und Personalienstleistungen anbietet, MNU-weite Standards zur Erfüllung der unternehmerischen Sorgfaltspflicht aufzustellen.³⁶¹² Einmal erstellt, müssten diese Dokumente die Unterstützung aber der obersten Führungsebene des MNUs erfahren.³⁶¹³ Bei der Durchführung der Risikoanalyse (als Kernbestandteil einer Sorgfaltspflichtprüfung) kann das Kooperationsgebot bedeuten, dass eine Tochter-Entität eine Prüfung durchführt und deren Ergebnisse an die Mutter-Entität weiterleitet.³⁶¹⁴

Regelmäßig wird die Hauptverantwortung zur Durchführung der Sorgfaltspflichtmaßnahmen aber der Mutter-Entität zufallen, weil nur sie die Möglichkeiten zur Steuerung des gesamten MNUs hat. Sie wird deshalb MNU-weite Verhaltenskodizes aufstellen und deren Einhaltung durch geeignete Kontrollmaßnahmen sicherstellen müssen.³⁶¹⁵ Die Mutter-Entität kann dabei einzelne Maßnahmen auf andere MNU-Entitäten delegieren. Diese Delegation entlässt die Mutter-Entität allerdings nicht aus dem Verantwortungsverbund. Im klassischen pyramidalen MNU kommt der Mutter-Entität deshalb eine Residual- oder Letztverantwortung für die Sorgfaltspflichtmaßnahmen ihrer Tochter-Entitäten zu. Die dänische NKS ermahnt die Mutter-Entitäten in diesem Sinne dazu, die Delegation der Sorgfaltspflichtmaßnahmen eindeutig zu dokumentieren und zu überwachen, und erinnert sie daran, dass sie weiterhin für die Durchführung der

3611 Ls-Ko 2023, Rn. 18.

3612 OECD:FR-NCP:2022:FR-29-FS, S. 9 f.

3613 OECD:FR-NCP:2022:FR-29-FS, S. 10.

3614 Vgl. OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 65.

3615 OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 13.

Sorgfaltspflichtmaßnahmen verantwortlich zeichnet.³⁶¹⁶ Beispielsweise darf sich eine Mutter-Entität nicht unbesehen auf Berichte ihrer Tochter-Entität verlassen, wenn die Zuverlässigkeit der Berichtsinhalte bezweifelt werden muss.³⁶¹⁷ Erforderlichenfalls hat eine Mutter-Entität örtliche Interessenträger einzubeziehen (vgl. Ls. II-A-15 Leitsätze 2023), wenn die Tochtergesellschaft dieser Erwartung der Leitsätze nicht selbst nachkommt.³⁶¹⁸ Im Zusammenhang mit Abhilfemaßnahmen hat eine Mutter-Entität entweder über ihren Einfluss auf eine Tochter-Entität sicherzustellen, dass Abhilfe durch die Tochter-Entität gewährt wird, oder sich selbst bei der Gewährung von Abhilfe einzubringen.³⁶¹⁹

b) Offenlegungskapitel (Kapitel III)

Die Leitsätze enthalten eine Vielzahl an Vorschriften, die sich entweder explizit oder implizit mit der Offenlegung und Weiterleitung von Informationen beschäftigen. Für die Anwendung des Kooperationsgebots aus Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 ist relevant, bei welchen Entitäten des MNUs Informationen erhoben werden, welche Berichtswege bestehen, wie die Informationen verarbeitet werden und welche Entität sie gegenüber den jeweiligen Adressaten offenlegt.

Bereits die *Badger*-Klarstellung enthielt den Hinweis darauf, dass sich das Offenlegungskapitel der Leitsätze primär an die Muttergesellschaft eines MNUs richtet, weil die Veröffentlichung von Informationen für „*the entire enterprise*“ (vgl. Ls. III-1 S. 3 Leitsätze 2023) in der Regel einen Gesamtüberblick voraussetzt, der häufig nur bei der Muttergesellschaft vorliegt.³⁶²⁰ Die Informationen müssen von der Muttergesellschaft gesammelt und verarbeitet werden.³⁶²¹

Verwandt mit den Bestimmungen im Offenlegungskapitel sind Bestimmungen im Beschäftigungskapitel (Ls. V-2 lit. b) und c) Leitsätze 2023) zur Offenlegung von Informationen, die einen Gesamtüberblick über ein MNU

3616 OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 14.

3617 Vgl. OECD:NL-NCP:2013:NL-18-FS, S. 5.

3618 OECD:NL-NCP:2023:NL-43-FS, S. 3, 9 f.

3619 OECD:NL-NCP:2020:NL-36-FS, S. 8.

3620 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 41; OECD Dok. DAF/FE/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 10.

3621 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 41; OECD Dok. DAF/FE/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 10.

erforderlich machen: So sollen die Arbeitnehmervertreter Informationen erhalten, die für fruchtbare Verhandlungen über Arbeitsbedingungen erforderlich sind (lit. b)), und solche, die es ihnen erlauben, ein wahrheitsgetreues Bild von der Lage ihrer Entität und des Gesamtunternehmens zu erhalten (lit. c)). Hier werden nicht primär Mutter-Entitäten adressiert, sondern diejenigen MNU-Entitäten, gegenüber deren Belegschaft die Informationen offenzulegen sind. Hierbei dürfte es sich meistens um Tochter-Entitäten handeln: Regelmäßig werden die zugehörigen Informationen jedoch einen Überblick voraussetzen, der lediglich bei der Mutter-Entität vorhanden ist.³⁶²² Der Berichtsweg verläuft in diesem Fall von oben nach unten, sodass die Mutter-Entität Informationen an eine Tochter-Entität weiterreichen muss. CIME betonte bereits 1979 die Bedeutung des Kooperationsgebots in diesem Zusammenhang.³⁶²³

c) Beschäftigungskapitel (Kapitel V)

Grundsätzlich gilt, dass Mutter- und Tochtergesellschaft in Bezug auf die Beschäftigungsbedingungen der Tochtergesellschaft in einem engen und regelmäßigen Austausch zu stehen haben, da die Muttergesellschaft ebenfalls Verantwortung für die Beachtung der Leitsätze trägt.³⁶²⁴ Im Fallmaterial hat jedoch nicht das Kooperationsgebot in Verbindung mit Vorschriften zu Beschäftigungsbedingungen die größte Aufmerksamkeit erfahren, sondern das Kooperationsgebot in Verbindung mit Vorschriften, die bei Werkschließungen einschlägig sind. Von den in diesen Fällen einschlägigen Ls. V-2 lit. b) Leitsätze 2023³⁶²⁵, Ls. V-2 lit. c) Leitsätze 2023³⁶²⁶, Ls. V-6

3622 Vgl. auch Ausspruch der NL-NKS, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S.192: „[...] in situations in which a subsidiary of a multinational enterprise clearly is to be considered [...] as an integrated part of a larger entity (so that information that is only available within the subsidiary cannot give an [sic] true and fair view of the situation of the subsidiary) information that is available within the enterprise as a whole [...], should be provided.“

3623 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 65.

3624 OECD:DE-NCP:2017:DE-25-FS, S. 7.

3625 Zur Zeit der Werksschließungsfälle: Ls. 2 lit. b) des Kapitels „Beschäftigung und Beziehungen zwischen den Sozialpartnern“.

3626 Zur Zeit der Werksschließungsfälle: Ls. 3 des Kapitels „Beschäftigung und Beziehungen zwischen den Sozialpartnern“.

Leitsätze 2023³⁶²⁷ und Ls. V-8 Leitsätze 2023³⁶²⁸ habe ich die beiden zuerst genannten Leitsätze soeben unter b) im Zusammenhang mit dem Offenlegungskapitel angesprochen. Im Folgenden bleiben noch Ls. V-8 (Zugang zu den wahren Entscheidungsträgern) unter aa) und Ls. V-6 (Betriebsänderungen) unter bb) zu besprechen. Hierzu findet sich eine bemerkenswert umfassende Entscheidungspraxis CIMEs. Sie ist jedoch mittlerweile mehrere Jahrzehnte alt und offensichtlich in Vergessenheit geraten. Entscheidungen jüngerer Datums existieren kaum.

In Werksschließungsfällen geht es in der Regel um die Verteilung der Verantwortlichkeiten zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft in Bezug auf die Entscheidungsfindung, die Kommunikation einer Entscheidung und zugehörige Gespräche mit den Gewerkschaften. Gewerkschaften streben dabei regelmäßig an, mit den wahren Entscheidungsträgern zu verhandeln, und möchten nicht auf Gespräche mit weisungsgebundenen Managern lokaler Tochtergesellschaften verwiesen werden, wenn das eigentliche Entscheidungszentrum am Hauptsitz der Muttergesellschaft liegt.³⁶²⁹ Schließlich kann es vorkommen, dass dem lokalen Management nicht nur die maßgeblichen Entscheidungsbefugnisse fehlen, sondern auch wertvolle Informationen vorenthalten werden.³⁶³⁰ Dies gilt umso mehr, als Informationsfäden regelmäßig am Hauptsitz des MNU zusammenlaufen und nur dort alle relevanten Kennzahlen zum gesamten MNU vorhanden sind. Für die Gewerkschaften ist der Zugang zu MNU-weiten Informationen gerade in Restrukturierungsangelegenheiten hilfreiches Argumentationsmaterial,³⁶³¹ da sie ermöglichen, die Auslastung verschiedener Werke miteinander zu vergleichen.³⁶³²

3627 Zur Zeit der Werksschließungsfälle: Ls. 6 des Kapitels „Beschäftigung und Beziehungen zwischen den Sozialpartnern“.

3628 Zur Zeit der Werksschließungsfälle: Ls. 9 des Kapitels „Beschäftigung und Beziehungen zwischen den Sozialpartnern“.

3629 Vgl. *OECD*, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 71; vgl. *OECD* Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 24; vgl. *Rojot*, BJIR 23 (1985), 379 (387).

3630 Vgl. *OECD*, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 65; vgl. *OECD* Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 22.

3631 Vgl. *OECD* Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 23.

3632 Vgl. *OECD*, MNE-Declaration Review (1984), Rn. 52.

aa) Zugang zu den wahren Entscheidungsträgern

Ls. V-8 Leitsätze 2023 betrifft Verhandlungen zwischen Gewerkschaften und Unternehmensvertretern, die auch zur Beschlussfassung über die verhandelten Themen befugt sind (wahre Entscheidungsträger, „*real decision makers*“³⁶³³).

Der erste Fall, in dem diese Vorschrift eine vertiefte Erörterung CIMEs erfuhr, ist der *Firestone*-Fall aus dem Jahr 1978. Er betraf die erste Massenentlassung der Schweiz.³⁶³⁴ Das Management vor Ort verfügte gegenüber der US-amerikanischen Konzernspitze offenkundig nicht über eigene Entscheidungsfreiräume.³⁶³⁵ Erst nach Bekanntgabe der Schließungspläne erklärte sich die amerikanische Konzernspitze bereit, mit einer Delegation Schweizer Regierungsvertreter in Verhandlungen zu treten, was sich letztlich als erfolglos erweisen sollte.³⁶³⁶ CIMEs Klarstellung zu diesem Fall ist im 1979er Überprüfungsbericht zu finden.³⁶³⁷ Der Ausschuss stellte klar, dass die Möglichkeit der Arbeitnehmervertreter, mit Unternehmensvertretern zu verhandeln, die tatsächlich zur Beschlussfassung ermächtigt sind, den Kern (der damaligen Entsprechung) des Ls. V-8 Leitsätze 2023 ausmache.³⁶³⁸ Die Beachtung dieser Bestimmung sei in jedem einzelnen Fall durch die Unternehmensspitze sicherzustellen.³⁶³⁹ CIMEs Äußerung lässt sich im Sinne einer Ergebnisverpflichtung deuten. Demnach kann sich die Unternehmensspitze nicht darauf zurückziehen, dass sie Managementsysteme eingerichtet habe, die im Regelfall sicherstellen, dass das örtliche Management entsprechend ermächtigt ist. In Verbindung mit dem Kooperationsgebot leitete der Ausschuss aus dieser Bestimmung ab, dass

3633 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 149.

3634 *Der Spiegel*, Lug und Trug, *Der Spiegel* (4. Juni 1978); *Rolli*, Heute vor 40 Jahren: Das Ende von Firestone in der Schweiz, SRF (22. März 2018).

3635 *Der Spiegel*, Lug und Trug, *Der Spiegel* (4. Juni 1978); verfahrenseinleitender Schriftsatz des Schweizer Gewerkschaftsbundes, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 148.

3636 *Der Spiegel*, Lug und Trug, *Der Spiegel* (4. Juni 1978); verfahrenseinleitender Schriftsatz des Schweizer Gewerkschaftsbundes, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 148; *Rolli*, Heute vor 40 Jahren: Das Ende von Firestone in der Schweiz, SRF (22. März 2018).

3637 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 148 f. verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 71 f.

3638 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 71.

3639 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 71: „[...] the management of an MNE should see that this is observed in the circumstances of each case.“; OECD Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 24.

das örtliche Management nicht lediglich zu Verhandlungen zu ermächtigen, sondern auch angemessen und rechtzeitig mit Informationen zu versorgen sei.³⁶⁴⁰

Im schwedischen *Viggo*-Fall hatte CIME wenige Jahre später Gelegenheit, seine Klarstellung in Sachen *Firestone* zu vertiefen. *Viggo* betraf keine Werksschließung im engeren Sinne, sondern antizipierte Investitionsentscheidungen, von denen – so die Befürchtungen der Gewerkschaften – die von ihnen vertretene Belegschaft nicht profitieren würden.³⁶⁴¹ Die Klarstellung des Ausschusses findet sich im 1982er Überprüfungsbericht.³⁶⁴² Ls. V-8 Leitsätze 2023 sei, so der Ausschuss, absichtlich so formuliert, dass er keine bestimmte Managementebene bestimme, auf der die Verhandlungen stattzufinden haben.³⁶⁴³ Er bilde keine unbedingte Anspruchsgrundlage für Verhandlungen mit der obersten Managementebene; auch stehe die Wahl, mit welcher Ebene Verhandlungen geführt werden, nicht den Arbeitnehmervertretern, sondern dem Unternehmen zu.³⁶⁴⁴ Vom Ziel ausgehend, den Arbeitnehmervertretern einen Anspruch auf aussichtsreiche Verhandlungen zu verschaffen, habe ein MNU insbesondere die folgenden drei Möglichkeiten, den Anforderungen des Ls. V-8 Leitsätze 2023 nachzukommen:³⁶⁴⁵

- Das örtliche Management könne zu Verhandlungen bevollmächtigt und adäquat und rechtzeitig informiert werden.
- Verhandlungen könnten in einem gemischten Team aus örtlichen Managern und solchen des übergeordneten Entscheidungszentrums geführt werden.
- Das übergeordnete Entscheidungszentrum könne die Verhandlungen selbst führen.

3640 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn.72; OECD Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 24; vgl. OECD:CIME:1997:CIME-18-CL, S. 5.

3641 Vgl. den Schriftsatz TUACs, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 195 ff.; *Campbell/Rowan*, MNEs and the OECD Guidelines (1983), S. 205 f.

3642 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 208 verweist auf OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Annex IV Rn. 14 ff.

3643 OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Annex IV Rn. 21; OECD Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 26.

3644 Vgl. OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Annex IV Rn. 22; vgl. OECD Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 26.

3645 OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Annex IV Rn. 22; OECD Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 26.

Maßgeblich muss sein, dass das Gegenüber der Arbeitnehmervertreter nicht nur Botschafter der Entscheidungen übergeordneter Ebenen ist, sondern die Befugnis hat, den Inhalt der Entscheidung mitzubestimmen.³⁶⁴⁶

Später bestätigte CIME die *Viggo*-Klarstellung *in re Ford*.³⁶⁴⁷ Im *Ford*-Fall hatte darüber hinaus die erstinstanzlich angerufene NL-NKS Gelegenheit zur Stellungnahme. Sie war der Ansicht, dass für die Beurteilung, ob die Verhandlungsführer des Unternehmens hinreichend bevollmächtigt sind, materielle und nicht formell-rechtliche Kriterien maßgeblich seien.³⁶⁴⁸ Sei beispielsweise eine Tochtergesellschaft zwar rein rechtlich in der Lage, eine bestimmte Entscheidung zu treffen, aber wirtschaftlich und finanziell so abhängig von der Muttergesellschaft, dass sie diese Entscheidung nicht ohne die Unterstützung und Erlaubnis der Muttergesellschaft umsetzen könne, sei die Muttergesellschaft im Sinne der letzten beiden der oben genannten drei Beispiele in den Prozess einzubeziehen.³⁶⁴⁹ Diese Ansicht ist meines Erachtens überzeugend, weil Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 von der „tatsächlichen“ (*actual*) Verteilung von Verantwortlichkeiten spricht.

bb) Betriebsänderungen

Ls. V-6 Leitsätze 2023 lassen sich zwei hier relevante Aspekte entnehmen. Zunächst verlangt er die Mitteilung folgenreicher Betriebsänderungen in „angemessener“ Frist (*id est*: bevor die endgültige Entscheidung getroffen wurde, vgl. Ls. V-6 S. 2 Leitsätze 2023)³⁶⁵⁰. Zweitens fordert er eine Zusammenarbeit zwischen Unternehmen, Arbeitnehmervertretern und Behörden, um die negativen Folgen der Betriebsänderung soweit wie möglich abzumildern

Die Bedeutung des Kooperationsgebots in diesem Zusammenhang wurde erstmals im *Ford*-Fall CIMEs konkretisiert. Die Gewerkschaften warfen hier sowohl der US-amerikanischen Unternehmensspitze als auch

3646 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 217.

3647 OECD, MNE-Declaration Review (1984), Rn. 52.

3648 Ausspruch der NL-NKS, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 193.

3649 Vgl. Ausspruch der NL-NKS, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 193.

3650 Ursprünglich wurde dies in teleologischer Auslegung durch CIME (OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 67) entwickelt: Die „reasonable notice“ sei im Lichte des „so as to mitigate to the maximum extent practicable adverse effects“ auszulegen. Mittlerweile ist es in Ls. V-6 S. 2 Leitsätze 2023 kodifiziert.

den Managern vor Ort vor, im Vorfeld der Werksschließung weder mit Arbeitnehmervertretern noch mit Behörden zusammengearbeitet zu haben.³⁶⁵¹ Überdies hätten die Manager vor Ort die Werksschließung nicht rechtzeitig mitgeteilt; die Mitteilung sei erst erfolgt, nachdem die endgültige Entscheidung von der Unternehmensspitze getroffen worden sei.³⁶⁵² Die Klarstellung CIMEs ist im 1984er Überprüfungsbericht wiedergegeben.³⁶⁵³ Der Ausschuss bezieht sich zunächst auf seine *Viggo*-Klarstellung und hält es für im Einklang mit dem Telos (der damaligen Entsprechung) des Ls. V-6 Leitsätze 2023 stehend, wenn die Unternehmensvertreter

„[...] had sufficient authority to co-operate in good faith and consistent with paragraph 8 of the introduction to the Guidelines [entspricht Ls. I-4 Leitsätze 2023], to take the decisions that might be called for as required by the circumstances.“³⁶⁵⁴

Die *Ford*-Klarstellung lässt aber die Detailtiefe der *Viggo*-Klarstellung vermissen, weil sie keine konkreten Möglichkeiten auflistet, wie ein MNU die ausreichenden Befugnisse seiner Vertreter sicherstellen kann.³⁶⁵⁵ Es spricht indes wenig dagegen, die drei Möglichkeiten der *Viggo*-Klarstellung auch hier anzuwenden.³⁶⁵⁶ Etwas anders gelagert ist eine Entscheidung der französischen NKS aus dem Jahr 2003. Die NKS entschied (allerdings ohne Bezugnahme auf CIMEs Klarstellung oder das Kooperationsgebot), dass eine Mutter-Entität die Leitsätze missachtet, wenn sie ihre Tochtergesellschaft einen Sozialplan mit den Arbeitnehmervertretern vereinbaren lässt, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt Kenntnis von der desaströsen wirtschaftlichen Lage der Tochter-Entität hat, die die tatsächliche Umsetzung des Sozialplans unmöglich macht.³⁶⁵⁷ Daraus kann man schließen, dass eine

3651 Stellungnahme TUACs, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 148 f.

3652 Stellungnahme TUACs, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 148 f.

3653 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 158 f. verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1984), Rn. 52. Diese Klarstellung ist allerdings nicht in demjenigen separaten Teil des 1984er Überprüfungsberichts enthalten, der sich den Klarstellungen widmet. Sie wurde deshalb in späteren Ausgaben der Leitsätze, die die Klarstellungen enthalten, ausgeklammert (vgl. OECD, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises (1986), Rn. 82 ff.; vgl. OECD Dok. DAFNE/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 23 f.).

3654 OECD, MNE-Declaration Review (1984), Rn. 52.

3655 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 159.

3656 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 159.

3657 OECD:FR-NCP:2003:FR-4-FS.

Mutter-Entität auch nicht zulassen darf, dass ihre Tochter fälschlicherweise vorgibt, tatsächlich, wie von Ls. V-6 Leitsätze 2023 gefordert, mit Arbeitnehmervertretern und Behörden zusammenarbeiten zu können.

3. Selbstständiges Kooperationsgebot?

Ob sich aus Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 zusätzlich ein selbst- oder eigenständiges Kooperationsgebot ergibt, dessen Inhalt sich nicht in Abhängigkeit eines speziellen Leitsatzes bestimmt, ist nicht leicht zu beantworten. Gegen ein eigenständiges Kooperationsgebot lässt sich der Wortlaut des Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 nicht anführen. Die Finalität der Zusammenarbeit („*to facilitate observance of the Guidelines*“, Textauszeichnung im Original) bezieht sich auf die Leitsätze als Instrument und nicht jeden Leitsatz einzeln (deshalb die Kursivsetzung von *Guidelines* im Original). Folglich lässt sich argumentieren, dass das Finalitätserfordernis des Kooperationsgebots erfüllt ist, wenn das Telos der Leitsätze insgesamt gefördert wird. In diesem Sinne kommt dem Kooperationsgebot aus Sicht CIMEs Bedeutung sowohl für einzelne Leitsätze („*specific paragraphs*“) als auch für die Leitsätze in ihrer Gesamtheit („*as a whole*“) zu.³⁶⁵⁸

Der bislang einzig diskutierte Anwendungsbereich eines solchen selbstständigen Kooperationsgebots bezieht sich auf finanzielle Einstandspflichten der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft. Über diese Frage hatte CIME in seinem allerersten Fall, dem *Badger*-Fall, zu befinden, auf den ich bereits eingegangen bin (siehe: I. 2. c) bb)). In Sondersituationen und in Abhängigkeit der Beziehung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft und dem Verhalten der Muttergesellschaft kann eine solche Haftungsübernahme aus Sicht des Ausschusses einer guten Unternehmensführung entsprechen.³⁶⁵⁹ Wie derartige Situationen beschaffen sein müssen, lässt sich der Klarstellung nicht entnehmen. Im *Badger*-Fall hatte die Muttergesellschaft schließlich auf freiwilliger Basis einer Kapitalerhöhung der Tochter zugestimmt.³⁶⁶⁰ Der Ausschuss nahm dies in seiner

3658 OECD Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 10; vgl. *Badger*-Klarstellung: OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 41.

3659 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 42.

3660 Vgl. Einigung der Streitparteien, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 140 f.

Klarstellung wohlwollend zur Kenntnis.³⁶⁶¹ Im Fallmaterial (von CIME, Investitionsausschuss und NKSen) sind keine weiteren Versuche ersichtlich, eine finanzielle Einstandspflicht einer Mutter-Entität näher zu untersuchen.

4. Zwischenfazit

Das in Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 normierte Kooperationsgebot zählt zu den Kernbestimmungen der Leitsätze. Dieses auf den Binnenbereich eines MNU anwendbare Gebot etabliert einen Verantwortungsverbund aller MNU-Entitäten. Sie sind zur Zusammenarbeit verpflichtet, damit ihr MNU als Summe aller MNU-Entitäten die Leitsätze beachten kann. Das Kooperationsgebot ergänzt insofern die differenzierte Ansprache (Ls. I-4 S. 7 Leitsätze 2023), die von Entitäten eines MNU die Beachtung der Leitsätze nur insofern verlangt, wie sie hierfür innerhalb des MNU verantwortlich zeichnen. Was eine einzelne Entität nicht muss (differenzierte Ansprache), muss sie mit anderen Entitäten des MNU gemeinschaftlich (Kooperationsgebot).

Die Leitsätze geben keine einzelnen Kooperationshandlungen vor; das Kooperationsgebot kann auch durch formlose Zusammenarbeit erfüllt werden. Da das Kooperationsgebot eine Zusammenarbeit der MNU-Entitäten zur Beachtung der Leitsätze verlangt, ist es grundsätzlich unselbstständig (akzessorisch); die Zielrichtung der Kooperation ergibt sich aus den materiellen Verhaltensstandards der Leitsätze. Wenn beispielsweise eine Tochter-Entität ihrer Belegschaft Informationen zur wirtschaftlichen Lage des MNU in seiner Gesamtheit zu geben hat (Ls. V-2 lit. c) Leitsätze 2023), muss die Mutter-Entität der Tochter-Entität diese Informationen zukommen lassen, wenn nur die Mutter über sie verfügt (Ls. I-4 S. 8 in Verbindung mit Ls. V-2 lit. c) Leitsätze 2023). Ob darüber hinaus ein selbstständiges (nicht-akzessorisches) Kooperationsgebot anzuerkennen ist, dessen Gehalt sich nicht in Abhängigkeit eines speziellen Leitsatzes ergibt, ist unklar. Diskutabel ist eine finanzielle Einstandspflicht einer Mutter-Entität für Verbindlichkeiten ihrer Tochter.

Die Abgrenzung zwischen dem Kooperationsgebot und den Sorgfaltspflichtvorschriften (Ls. II-A-II ff. Leitsätze 2023) fällt schwer. Schon in Abschnitt B. habe ich darauf hingewiesen, dass manche NKSen einer einzelentitätsbasierten Lösung folgen und bei Anwendung der Sorgfaltspflicht-

3661 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 42; OECD Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 10.

vorschriften jede Entität isoliert betrachten. Sie blenden ihre Einbettung in ein MNU also aus und unterscheiden nicht zwischen der Anwendung der Sorgfaltspflichten auf Entitäten desselben MNUs oder verschiedener MNUs. Diese NKSen wenden auf das Zusammenwirken von Entitäten desselben MNUs regelmäßig die Sorgfaltspflichtvorschriften und nicht das Kooperationsgebot an. Ich halte das für falsch. Beide Ansätze führen in der Theorie zu unterschiedlichen Ergebnissen, da die Anwendung des Kooperationsgebot die Entitäten eines MNUs stärker und häufiger in Verantwortung nimmt als die Anwendung nur der Sorgfaltspflichtvorschriften. Da MNUs die Leitsätze aber häufig so eklatant verletzen, dass auch die geringeren Anforderungen der Sorgfaltspflichtvorschriften missachtet werden, führen beide Ansätze in der Praxis regelmäßig zu gleichen Ergebnissen. NKSen verfolgen meistens pragmatische Lösungen und schenken Grundlagenfragen keine Beachtung. Seit Einführung der Sorgfaltspflichtvorschriften in die Leitsätze im Jahr 2011 haben die Bezugnahmen auf das Kooperationsgebot stark abgenommen; erst in jüngeren Entscheidungen wird es wieder häufiger erwähnt.

Festzuhalten bleibt, dass sich NKSen nicht über die normativen Grundlagen einig sind, die auf die Beziehungen verschiedener Entitäten desselben MNUs anwendbar sind. Viele Aussprüche von NKSen bleiben vage und kommen ohne normative Verankerung ihrer Argumente aus. Herauskristallisieren lässt sich lediglich der Gedanke, dass Entitäten eines MNUs überhaupt füreinander verantwortlich sind.³⁶⁶² Jenseits dessen fällt es schwer, klare und stringente Gedanken zu isolieren, die in mehreren Aussprüchen Erwähnung finden; vielmehr besteht die Gefahr der Überinterpretation der NKS-Aussprüche. Bereits deshalb kann nicht von der Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis gesprochen werden. Hinzu kommt, dass sich NKSen in diesen Fragen selten gegenseitig zitieren. Ich halte es aber für nicht ausgeschlossen, dass sich künftig eine kohärente Entscheidungspraxis entwickeln wird, wenn sich die durch die Einführung der Sorgfaltspflichtvorschriften im Jahr 2011 entstandene Verwirrung gelegt hat.³⁶⁶³ Bemerkenswert ist außerdem, dass in der Vergangenheit eine kohärente Entscheidungspraxis CIMEs zum Kooperationsgebot existierte. Der Ausschuss war

3662 Das ergibt sich aber bereits aus dem Wortlaut des Kooperationsgebots oder (nach der hier abgelehnten Ansicht) den Sorgfaltspflichtvorschriften, ist also keine Präziserungsleistung des Fallmaterials.

3663 Anlass zur Hoffnung gibt ein vorbildlicher Ausspruch der dänischen NKS (OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 13), in dem sie sich vertieft mit dem Kooperationsgebot auseinandersetzt und hierfür mehrere andere Aussprüche zitiert.

in mehreren Klarstellungen aufgerufen, sich zur Anwendung und Bedeutung des Kooperationsgebots zu äußern und konnte eine Entscheidungslinie entwickeln und verfeinern. Diese Entscheidungspraxis CIMEs beansprucht meines Erachtens theoretisch auch heute noch Gültigkeit. In der Praxis wird sie allerdings seit dem Jahr 2000 vollständig ignoriert und insbesondere von NKSen nicht mehr aufgegriffen. Das wird seinen Grund darin haben, dass die verklausuliert formulierten Klarstellungen CIMEs in kaum zugänglichen Berichten enthalten und deshalb in Vergessenheit geraten sind.³⁶⁶⁴ Es handelt sich um eine tote Entscheidungspraxis.

IV. Fazit

Die Leitsätze folgen meines Erachtens einer Zurechnungslösung. Das bedeutet, dass sich die Leitsätze an die einzelnen Entitäten eines MNU und nicht ein MNU in seiner Gesamtheit (*en bloc*) richten, aber zugleich die Einbettung einer Entität in ein MNU berücksichtigen. Die Zurechnungslösung ist in Ls. I-4 S. 7 und 8 Leitsätze 2023 verankert. Die differenzierte Ansprache in S. 7 verlangt von Entitäten eines MNU die Beachtung der Leitsätze nur insoweit, wie sie innerhalb des MNU hierfür verantwortlich sind. Das Kooperationsgebot in S. 8 etabliert einen Verantwortungsverbund zwischen den Entitäten eines MNU. Von ihnen wird erwartet, dass sie zusammenarbeiten, um ihrem MNU als Summe aller MNU-Entitäten zu ermöglichen, die Leitsätze zu beachten. Während also von einzelnen Entitäten nicht die unbedingte Beachtung der Leitsätze verlangt wird, wird dies vom MNU als Summe aller MNU-Entitäten erwartet.

Zu keiner dieser Fragen ist bislang eine kohärente Entscheidungspraxis ersichtlich. Das Fallmaterial ist zu verworren oder enthält zu wenig klare und eindeutige Aussagen. Die Existenz der differenzierten Ansprache kann wegen der geringen Zahl einschlägiger Fälle nicht als gesichert gelten. Unklar ist außerdem, ob die Beteiligungsformen der Sorgfaltpflichtvorschriften anstelle des Kooperationsgebots Anwendung auf den Binnenbereich eines MNU finden können. Eine Ausnahme besteht nur für die Anwendung des Kooperationsgebots im Bereich des Beschäftigungskapitels der Leitsätze. Hierzu bestand eine kohärente Entscheidungspraxis CIMEs. Sie ist allerdings in Vergessenheit geraten und rechtfertigt deshalb nicht die

3664 Hier zeigt sich deutlich, dass der Grad der Zugänglichkeit eines Ausspruchs ein begünstigender Faktor für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis ist (siehe dazu: Kapitel 12 B. II.).

Erwartung, dass sich NKSen in künftigen Entscheidungen an ihr orientieren werden.

D. Konstitutive Merkmale

Nicht alle Entitäten, die hinreichend eng miteinander verbunden sind, bilden gemeinsam ein MNU. Nur solche Entitäten, die – allein oder qua Zurechnung in Verbindung mit anderen MNU-Entitäten – gewisse Merkmale aufweisen, kommen hierfür in Betracht. Seit der 2023er Überarbeitung sind die zwei wichtigsten Merkmale in Ls. I-4 S. 2 Leitsätze 2023 kodifiziert: Nur Entitäten mit einer internationalen (I.) und einer kommerziellen (II.) Ausrichtung können ein MNU im Sinne der Leitsätze bilden. Keine Rolle spielt demgegenüber gem. Ls. I-4 S. 3 Leitsätze 2023 der Sektor (Branche, Wirtschaftszweig), in dem eine Entität tätig ist (III.). Auch Staatsunternehmen fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Leitsätze (Ls. I-4 S. 6 Leitsätze 2023); sie verursachen aber diffizile Abgrenzungsprobleme (IV.). Insgesamt gilt, dass nur kontext- und einzelfallabhängig bestimmt werden kann, ob eine Entität Teil eines MNUs sein kann.³⁶⁶⁵ Wegen der Vielschichtigkeit und Komplexität der relevanten Erwägungen konnte sich regelmäßig nur zu grundlegenden Fragen und nur dank Klarstellungen des Investitionsausschusses eine kohärente Entscheidungspraxis bilden; jenseits grundlegender Fragen zeigt das Fallmaterial der NKSen tendenziell Widersprüche (V.).

I. Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 1 (Internationale Ausrichtung)

Gem. Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 1 Leitsätze 2023 sind die internationale Natur der Struktur und der Tätigkeiten einer Entität („*international nature of an enterprise's structure or activities*“) die entscheidenden Merkmale zur Bestimmung der internationalen Ausrichtung (1.). Diese Merkmale sind MNU-dimensional und einzelfallunabhängig zu eruieren (2.). Insbesondere da der Investitionsausschuss jüngst Klarstellungen zu diesen Merkmalen erlassen hat, kann die Existenz einer kohärenten Entscheidungspraxis zum Teil bejaht werden (3.).

3665 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 15.

1. Merkmale

Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 1 Leitsätze 2023 nennt zwei Arten von Merkmalen, die in Betracht zu ziehen sind: Die internationale Struktur einer Entität (a)) und ihre internationale Geschäftstätigkeit (b)). Unter Ersteres fällt das Vorhandensein einer physischen Präsenz im Ausland; unter Letzteres fällt eine wirtschaftliche Betätigung mit Auslandsbezug ohne dortige physische Präsenz.³⁶⁶⁶ Beide Merkmale (internationale Struktur und Geschäftstätigkeit) sind, soweit ersichtlich, nicht kumulativ, sondern alternativ zu erfüllen.³⁶⁶⁷ Im Fallmaterial der NKSen finden sich lediglich zahlreiche Einzelfallbeispiele, denen sich kaum übergeordnete Erwägungen entnehmen lassen. In den meisten Fällen referieren NKSen lediglich in einem Halbsatz bestimmte Eigenschaften des Beschwerdegegners, um apodiktisch festzuhalten, dass eine Entität ein MNU im Sinne der Leitsätze bilden könne. Es lässt sich nicht mit Sicherheit sagen, ob NKSen die von ihnen erwähnten Eigenschaften für hinreichende oder notwendige Merkmale halten oder ob sie von einer bestimmten Rangfolge zwischen den Merkmalen ausgehen. Es ist deshalb zu begrüßen, dass der Investitionsausschuss im Jahr 2024 zwei Klarstellungen unter anderem zur internationalen Ausrichtung erlassen hat. Die Beurteilung der internationalen Ausrichtung einer Entität hat laut Investitionsausschuss „flexibel“ und „dynamisch“ zu erfolgen.³⁶⁶⁸

a) Internationale Struktur

Das Kriterium der internationalen Struktur zielt in erster Linie auf die dauerhafte physische Präsenz einer Entität im Ausland. Funktional gesehen kann es sich dabei um Produktions-, Vertriebs-, Dienstleistungs- oder sonstige Einrichtungen handeln.³⁶⁶⁹

Aus Ls. I-4 S. 4 lässt sich ableiten, dass die Präsenz einer Tochtergesellschaft oder einer Niederlassung im Ausland ausreichend ist; in diesen Fällen ist das Regelbeispiel des Ls. I-4 S. 1 (*„usually comprise companies or other entities established in more than one country“*) erfüllt. Das Fallmaterial

3666 Vgl. OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 13.

3667 Angedeutet in: OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 13.

3668 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 32; bestätigt in OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 12. Die vom Ausschuss ebenfalls erwähnte Erwägung der Steigerung der Effektivität der Leitsätze halte ich hingegen eher für eine verfahrensrechtliche Erwägung.

3669 Vgl. ILO, Tripartite MNE Declaration (2022), Rn. 6.

bestätigt dies.³⁶⁷⁰ Ob hingegen eine Präsenz im Ausland genügt, die in einem geringeren Maße verselbstständigt ist als eine Tochtergesellschaft oder Niederlassung, ist umstritten. Die koreanische³⁶⁷¹ und die brasilianische³⁶⁷² Kontaktstelle verneinen dies. Andere Kontaktstellen begnügen sich mit Büros im Ausland³⁶⁷³ oder einer weltweiten Verteilung oder Herkunft von Angestellten³⁶⁷⁴. Bei internationalen Sportverbänden genügen der CH-NKS mehrere nationale Mitgliedsverbände.³⁶⁷⁵ In seiner Klarstellung billigte der Investitionsausschuss nicht nur NKS-Entscheidungen, die auf Niederlassungen und Tochtergesellschaften im Ausland abstellen, sondern auch die NKS-Praxis, auf „internationale Projekte oder Vermögensgegenstände“ abzustellen.³⁶⁷⁶

b) Internationale Geschäftstätigkeit

In Bezug auf die internationale Geschäftstätigkeit verhandelt das Fallmaterial der NKSen im Wesentlichen zwei Merkmale: Eine wirtschaftliche

3670 Siehe nur: OECD:DE-NCP:2018:DE-28-IA, Rn.14; OECD:CL-NCP:2022:CL-17-FS, Rn.19; vgl. OECD:CH-NCP:2015:CH-13-IA, S.6; vgl. OECD:NO-NCP:2015:NO-11-IA, S.4; vgl. OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S.5.

3671 OECD:KR-NCP:2018:KR-19-IA, S.2 f.; OECD:KR-NCP:2021:KR-22-IA, S.11; vgl. OECD:KR-NCP:2019:KR-17-IA, Teil 5., 1.

In folgendem Fall zeigt sich die KR-NKS weniger streng und würde wohl eine wirtschaftliche Betätigung im Ausland oder aber jegliche physische Präsenz genügen lassen: OECD:KR-NCP:2014:KR-11-IA, Teil IV, 5.: „[...] *minimum requirement of simultaneously conducting manufacturing or sales operations in multiple countries outside the border of its country of origin.*“, aaO, Teil V.: „[...] *cannot be judged as a multinational enterprise simply because it exports its products to another country when it does not have a single office or branch overseas.*“

3672 OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S.8: „*In this light, the NCP considered that it could not act either, since the port is not a multinational enterprise since it has no subsidiaries abroad.*“ (Offenbar sogar Beschränkung auf Tochtergesellschaften).

3673 **CH-NKS:** OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S.7 f.; OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S.5; OECD:CH-NCP:2021:CH-21-IA, S.5; OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S.6 f.; OECD:CH-NCP:2023:CH-26-IA, S.4; **FR-NKS:** OECD:FR-NCP:2019:FR-29-IA, S.6; **NO-NKS:** OECD:NO-NCP:2012:NO-9-IA; OECD:NO-NCP:2015:NO-11-IA, S.4.

3674 **CH-NKS:** OECD:CH-NCP:2015:CH-13-IA, S.6; OECD:CH-NCP:2020:CH-22-IA, S.4; OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S.6 f.; OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S.5; **FR-NKS:** OECD:FR-NCP:2019:FR-29-IA, S.6; **NO-NKS:** OECD:NO-NCP:2012:NO-9-IA; **SE-NKS:** OECD:SE-NCP:2013:SE-4-IA, S.4.

3675 OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S.7 f.

3676 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn.14.

Betätigung im Ausland (ohne dauerhafte physische Präsenz) sowie eine inländische Betätigung, die einen Auslandsbezug aufweist. Unter Ersteres könnte beispielsweise die (sporadische) Organisation von Veranstaltungen im Ausland durch einen inländischen Veranstaltungsdienstleister fallen. Unter Letzteres fallen die Ein- und Ausfuhr von Waren und Dienstleistungen. Die Übergänge sind fließend.

Sofern die NKSen abstrakte Aussagen zu diesem Merkmal treffen, wird von manchen NKSen eine Geschäftstätigkeit im Ausland (Kanada,³⁶⁷⁷ Niederlande³⁶⁷⁸, ggf. Deutschland³⁶⁷⁹) oder eine „grenzüberschreitende Dimension“³⁶⁸⁰ für erforderlich gehalten. Die britische und die australische Kontaktstelle deuten das Erfordernis einer internationalen Geschäftstätigkeit sehr weit. Die AU-NKS bejahte den MNU-Charakter einer Agentur für Öffentlichkeitsarbeit, weil diese einen ausländischen Kunden angenommen hatte und auf ihrer Webseite Informationen für die Kontaktaufnahme aus dem Ausland (internationale Telefonnummer) vorhielt.³⁶⁸¹ Sämtliche Dienstleistungen der vier Angestellten der Agentur wurden dabei von Australien aus erbracht.³⁶⁸² Die UK-NKS geht noch darüber hinaus, indem sie die Leitsätze auf Unternehmen mit internationalen Auswirkungen („*that have international impacts*“) anwenden will.³⁶⁸³ Eine physische Präsenz im Ausland setzt sie nicht voraus.³⁶⁸⁴

Viele Kontaktstellen sprechen einer inländischen Betätigung, die einen Auslandsbezug aufweist, das notwendige Maß an internationaler Ausrichtung ab. Die niederländische Kontaktstelle beispielsweise bezweifelte den MNU-Charakter eines Auktionshauses mit regionaler Ausrichtung, das zu

3677 OECD:CA-NCP:2019:CA-20-IA, Rn. 6, 20 f.: Präsenz oder Geschäftstätigkeit im Ausland.

3678 OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS, S. 3; OECD:NL-NCP:2018:NL-31-FS, S. 4: „*The NCP observes that all Dutch companies that conduct business abroad are expected to adhere to the Guidelines.*“

3679 OECD:DE-NCP:2018:DE-28-IA, Rn. 14: Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung wurde kurz festgestellt, dass das betreffende Unternehmen auch außerhalb seines Heimatmarkts geschäftstätig war.

3680 OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA, S. 8.

3681 OECD:AU-NCP:2019:AU-13-FS, Rn. 27.

3682 OECD:AU-NCP:2019:AU-13-FS, Rn. 17.

3683 OECD:UK-NCP:2016:UK-47-IA, Rn. 27; ähnlich: OECD:UK-NCP:2018:UK-49-IA, Rn. 21 (Beschwerdegegner organisierte weltweit Veranstaltungen, OECD:UK-NCP:2018:UK-49-IA, Rn. 2).

3684 Vgl. OECD:UK-NCP:2016:UK-47-IA, Rn. 27.

versteigernde Blumen sporadisch aus dem Ausland bezog.³⁶⁸⁵ Für die neuseeländische Kontaktstelle genügt der Einkauf von Rückversicherungsleistungen aus dem Ausland eines ansonsten rein national tätigen Versicherers nicht, um den Versicherer in ein MNU zu verwandeln.³⁶⁸⁶ Die koreanische Kontaktstelle, die das Vorliegen einer Tochtergesellschaft oder Niederlassung im Ausland verlangt (s. oben), lehnt konsequenterweise auch die Ausfuhr von Waren als unzureichend ab.³⁶⁸⁷

Angesichts dieser widersprüchlichen Ansätze sind die Klarstellungen des Investitionsausschusses sehr willkommen. Er schlägt vor, das (i) Ausmaß der internationalen Geschäftstätigkeit und (ii) ihre Bedeutung für das Geschäftsmodell der Entität zu betrachten: Wo das Volumen der internationalen Geschäftstätigkeit im Verhältnis zum Volumen der gesamten Geschäftstätigkeit der Entität ein bedeutendes Ausmaß erreiche, sei die internationale Ausrichtung zu bejahen.³⁶⁸⁸ Gleiches gelte, wenn die internationale Geschäftstätigkeit unabdingbar für das Geschäftsmodell des Unternehmens sei.³⁶⁸⁹ Ein nur begrenztes Maß grenzüberschreitender Transaktionen genüge hingegen nicht für eine internationale Ausrichtung.³⁶⁹⁰ Die Ansichten der australischen und britischen NKSen gehen auf Basis dieses Maßstabs also klar zu weit.

c) Bewertung

Es richtig, dass es bei der Anwendung des Kriteriums der „internationalen Struktur“ nicht auf die konkrete rechtliche Ausgestaltung der Präsenz im Ausland ankommt. Im Lichte des Ls. I-4 S. 1 Leitsätze 2023 ist eine scharfe Trennung zwischen Tochtergesellschaften und Niederlassungen einerseits und anderen Formen einer physischen Präsenz im Ausland unangebracht. Sobald eine physische Präsenz im Ausland mit einer Tochtergesellschaft oder einer Niederlassung wesensmäßig vergleichbar ist, liegt ein hinreichendes Maß an internationaler Ausrichtung vor. Das gilt auch in Bezug

3685 OECD/NL-NCP:2023:NL-49-IA, S. 8: Der Fall wurde nicht zur vertieften Prüfung angenommen, weil es in einer Gesamtschau an einem Beitrag zum Zweck der Leitsätze (vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 33) fehlte.

3686 OECD/NZ-NCP:2016:NZ-5-IA.

3687 OECD/KR-NCP:2014:KR-II-IA, Teil IV. 5., Teil V.; OECD/KR-NCP:2018:KR-19-IA, S. 3.

3688 OECD/IC:2024:IC-7-CL, Rn. 17.

3689 OECD/IC:2024:IC-7-CL, Rn. 17.

3690 OECD/IC:2024:IC-7-CL, Rn. 17.

auf die weltweite (räumliche) Verteilung von Angestellten. Das alleinige Abstellen auf die internationale (ethnische) Herkunft von Angestellten ist indes kein taugliches Kriterium, da es kaum Unternehmen geben wird, die über eine vollständig homogene landsmannschaftliche Zusammensetzung ihrer Belegschaft verfügen; dieses Kriterium hätte keinerlei Unterscheidungsfunktion.

Dass die Leitsätze neben dem Kriterium der internationalen Struktur mit dem Kriterium der internationalen Geschäftstätigkeit ein weiteres Kriterium aufstellen, überrascht. Wie in Kapitel 14 A. ausgeführt, ist der Begriff des MNUs stark mit ausländischen Direktinvestitionen verbunden. Urtypische Erscheinungsform der ausländischen Direktinvestition ist eine ausländische Tochtergesellschaft. Indem die Leitsätze das Kriterium der internationalen Geschäftstätigkeit anerkennen, entfernen sie sich vom MNU klassischer Prägung. Dass dies gewollt ist, belegt ihre Einführung (*preface*),³⁶⁹¹ die explizit auf die vielgestaltigen Erscheinungsformen eines MNU und das Verschwimmen seiner Grenzen hinweist.³⁶⁹²

Diese Abkehr vom klassischen MNU ändert auch die Bedeutung anderer Bestandteile der MNU-Definition. Dem klassischen MNU liegt, wie im Regelbeispiel des Ls. I-4 S. 4 Leitsätze 2023 ersichtlich wird, die Vorstellung zugrunde, dass eine inländische Entität (Muttergesellschaft) hinreichend eng mit einer ausländischen Entität (Auslandstochter) verbunden ist; die internationale Ausrichtung der Muttergesellschaft (ihre Multinationalität) wird beim klassischen MNU ausschließlich durch ihre Verbindung mit ihrer Auslandstochter vermittelt. Nur wenn die Verbindung der inländischen Entität mit der ausländischen Entität hinreichend eng ist, weist die inländische Entität eine internationale (multinationale) Ausrichtung auf. Je mehr man jedoch das Kriterium der internationalen Geschäftstätigkeit für eine internationale Ausrichtung genügen lässt, desto stärker wird die Prüfung der internationalen Ausrichtung einer Entität von der Prüfung ihrer Verbindung mit anderen Entitäten **entkoppelt**. Ist beides vollständig entkoppelt, braucht sich die internationale Ausrichtung einer Entität (Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 1 Leitsätze 2023) nicht mehr durch ihre hinreichend enge Verbindung mit einer anderen Entität (Ls. I-4 S. 5 Leitsätze 2023) zu ergeben. Beides ist nunmehr getrennt zu prüfen.

3691 Die Einführung (*preface*) ist integraler Bestandteil der Leitsätze und bei deren Auslegung zu beachten (vgl. Art. I MNU-Erklärung).

3692 Ls. 7 der Einführung (*preface*) der Leitsätze 2023; OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 29.

Die Tatsache, dass die Leitsätze beide Prüfschritte nicht explizit voneinander getrennt haben, mag ein Grund sein, einer Betonung des Kriteriums der internationalen Geschäftstätigkeit skeptisch gegenüberzustehen. Hierfür spricht auch die Tatsache, dass die dreigliedrige ILO-MNU-Erklärung die internationale Geschäftstätigkeit, soweit ersichtlich, nicht als Kriterium anerkennt, sondern die physische Präsenz im Ausland betont.³⁶⁹³ In jedem Falle ist meines Erachtens denjenigen Kontaktstellen beizupflichten, die eine internationale Ausrichtung verneinen, wenn eine Entität lediglich Waren aus dem Ausland bezieht oder in das Ausland exportiert. In derartigen Fällen besteht kein Bezug mehr zu einem wirtschaftswissenschaftlichen Verständnis des Phänomens MNU: Bei einer physischen Präsenz im Ausland sind die grenzüberschreitenden Beziehungen zwischen den verschiedenen Tätigkeitsstätten des MNUs vollständig internalisiert. Daran fehlt es bei der bloßen Aus- und Einfuhr von Waren oder Dienstleistungen. Auch bei moderneren Theorien des MNUs, auf denen die Leitsätze wohl basieren,³⁶⁹⁴ wird Wert auf die Quasi-Internalisierung der Beziehungen der Entitäten innerhalb der netzwerkbasierten Wertschöpfungsketten gelegt. Im Gegensatz dazu findet bei grenzüberschreitenden Handelstransaktionen auf Basis marktüblicher Konditionen keinerlei Internalisierung oder Quasi-Internalisierung statt. Bei marktbasierten Transaktionen fehlt es an der Möglichkeit einer Entität zur Kontrolle der anderen (vgl. Kapitel 14 A.). Es läge ein vollständiger Bruch mit dem Regelbeispiel des Ls. I-4 S. 4 vor („[...] *so linked that they may co-ordinate their operations [...]*“), der eine Koordinierungsfähigkeit der verschiedenen Entitäten verlangt.

Dieser hier von mir vorgeschlagenen Auslegung steht allerdings die (vorrangige) Klarstellung des Investitionsausschusses entgegen. Er stellt nicht auf eine Quasi-Internalisierung ab, sondern darauf, wie sehr internationalen Bezüge die untersuchte Entität prägen. Es geht offenbar darum, ob die internationale Geschäftstätigkeit ein solches Ausmaß annimmt, dass sie für die Entität eine vergleichbare Bedeutung besitzt wie eine hypothetische physische Präsenz im Ausland. Diese Prägung kann auch bei grenzüberschreitenden Transaktionen auf Basis marktüblicher Konditionen gegeben sein, sofern sie ein bedeutendes Ausmaß annehmen.

3693 ILO, Tripartite MNE Declaration (2022), Rn. 6: „*Multinational enterprises include enterprises [...] which own or control production, distribution, services or other facilities outside the country in which they are based.*“

3694 Vgl. Ls. 7 der Einführung (*preface*) der Leitsätze 2023; vgl. OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 29.

2. Anwendungsmodalitäten

Schon die klassische Form eines MNU, die inländische Muttergesellschaft mit ausländischer Tochtergesellschaft, zeigt, dass bei der Bestimmung der internationalen Ausrichtung einer Entität auf ihre Verbindung zu anderen MNU-Entitäten zu achten ist. **Das Merkmal der internationalen Ausrichtung ist also MNU-dimensional zu bestimmen.** Dabei sind nicht nur abhängige Entitäten zu betrachten. Der Auslandsbezug kann auch durch übergeordnete Entitäten hergestellt werden. Aus verschiedenen Bestimmungen der Leitsätze ergibt sich, dass vor der Kontaktstelle eines Gaststaats auch gegen gaststaatliche Töchter ausländischer Muttergesellschaften vorgegangen werden kann: Die Zuständigkeit der gaststaatlichen NKS (zu Lasten der Heimat-NKS des MNU) ist der vorgesehene Regelfall,³⁶⁹⁵ die Leitsätze gelten auch für die Tätigkeiten von MNUs in Gaststaaten (Ls. I-3 S. 2 Var. 1 Leitsätze 2023 (*operating in*)) und sind unterschiedslos auf alle Entitäten eines MNUS anwendbar (Ls. I-4 S. 7 Leitsätze 2023)³⁶⁹⁶. Deshalb ist es nicht notwendig, gegen die in solchen Fällen im Ausland beheimatete Muttergesellschaft vorzugehen; auch die inländische Tochtergesellschaft ist ein tauglicher Beschwerdegegner. Es genügt, dass die inländische Tochtergesellschaft aus Sicht ihrer ausländischen Muttergesellschaft eine Präsenz im Ausland ist. Die Tochtergesellschaft muss nicht selbst über ausländische Tochtergesellschaften verfügen. Die NKS-Fallpraxis kennt hierfür mehrere Beispiele.³⁶⁹⁷ So war eine Beschwerde vor der niederländischen NKS gegen eine in den Niederlanden tätige und nach dortigem Recht gegründete Energiegesellschaft annahmefähig, weil sie eine Tochtergesellschaft des schwedischen Vattenfall-Konzerns war.³⁶⁹⁸

Die internationale Ausrichtung ist außerdem **nicht in Abhängigkeit einer bestimmten Streitfrage zu bestimmen.** Es ist nicht notwendig, dass gerade die Aktivitäten, die Anlass zu einem spA-Verfahren gaben, international ausgerichtet sind. Die internationale Dimension kann sich aus Zusammenhängen ergeben, die keinerlei Verbindung zu den Fragen eines spA-Verfahrens aufweisen. Beispielsweise hat die koreanische NKS, die die internationale Ausrichtung einer Entität verneint, wenn sie lediglich

3695 Siehe Ls. I-3 S. 2 Var. 1 Leitsätze 2023 (*operating in*) und UmVerf-Ko 2023, Rn. 29 f. (Zuständigkeit Gast-NKS).

3696 Vgl. OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 19.

3697 OECD:CL-NCP:2015:CL-8-FS, S. 170 f.; OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 17–19; OECD:CL-NCP:2022:CL-17-FS, Rn. 19.

3698 OECD:NL-NCP:2018:NL-32-IA, S. 5.

Waren oder Dienstleistungen exportiert,³⁶⁹⁹ den MNU-Charakter einer koreanischen Tochtergesellschaft der US-amerikanischen *General Motors* bejaht,³⁷⁰⁰ obwohl der zugrunde liegende Fall den Export eines Fahrzeugs betraf.³⁷⁰¹

3. Zwischenfazit

Seit das Merkmal der internationalen Ausrichtung im Jahr 2023 kodifiziert wurde, besteht kein Zweifel daran, dass nur Entitäten mit einer internationalen Ausrichtung ein MNU bilden können (Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 1 Leitsätze 2023). Dieses konstitutive Merkmal hatte sich schon zuvor im Fallmaterial der NKSen herausgebildet. Die Fälle, die explizit oder implizit die internationale Ausrichtung als konstitutives Merkmal aufstellen, sind Legion; dass diese Aussprüche nicht aufeinander Bezug nehmen, fällt deshalb kaum ins Gewicht.³⁷⁰² Man darf die Kodifizierung dieses Merkmals vielmehr als offizielle Anerkennung einer bestehenden kohärenten Entscheidungspraxis betrachten.³⁷⁰³

Jenseits der grundsätzlichen Anerkennung dieses Merkmals zeigt das Fallmaterial jedoch Widersprüche; vor der Kodifikation der zwei maßgeblichen Kriterien – der internationalen Struktur und Geschäftstätigkeit – bestand keine Gewissheit, wie eine internationale Ausrichtung zu bestimmen ist. Die Anerkennung der internationalen Geschäftstätigkeit als maßgebliches Kriterium bedeutet, dass die Prüfung der internationalen Ausrichtung einer Entität (Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 1 Leitsätze 2023) von der Prüfung der hinreichenden Verbindung mehrerer Entitäten (Ls. I-4 S. 5 Leitsätze 2023) entkoppelt ist; die internationale Ausrichtung muss also beispielsweise nicht über eine Tochter-Entität vermittelt werden.

Die beiden Kriterien (internationale Geschäftstätigkeit und Struktur) sind aber dennoch vage. Es ist deshalb zu begrüßen, dass der Investitionsausschuss jüngst um eine nähere Spezifikation gebeten wurde. Der Investitionsausschuss legte fest, dass für die Internationalität der Geschäftstätig-

3699 Siehe oben, Fn. 3687.

3700 OECD:KR-NCP:2023:KR-25-IA, S. 5.

3701 OECD:KR-NCP:2023:KR-25-IA, S. 3 f.

3702 Ausnahmen: OECD:UK-NCP:2016:UK-47-IA, Rn. 27 und OECD:UK-NCP:2018:UK-49-IA, Rn. 21 (beide Male aber nur vage Bezugnahme: „*The OECD has previously applied...*“).

3703 Vgl. OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 17.

keit das (i) Ausmaß der internationalen Geschäftstätigkeit und (ii) ihre Bedeutung für das Geschäftsmodell der Entität zu betrachten sind.³⁷⁰⁴ Für das Merkmal der internationalen Struktur beschränkte sich der Investitionsausschuss auf eine Billigung früherer Aussprüche von NKSen; demnach ist auf Niederlassungen und Tochtergesellschaften im Ausland und auf internationale Projekte oder Vermögensgegenstände abzustellen.³⁷⁰⁵ Auch wenn abzuwarten bleibt, welche Resonanz die Klarstellungen des Investitionsausschusses finden werden, ist die Existenz einer kohärenten Entscheidungspraxis zu bejahen, da Klarstellungen als autoritative Auslegungen³⁷⁰⁶ bindende Präjudizien sind. Hier zeigen sich deutliche Erhärtungserscheinungen der Leitsätze in der Dimension der Präzisierung.

II. Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 2 (Kommerzielle Ausrichtung)

Vor der 2023er Überarbeitung enthielten die Leitsätze keinen expliziten Hinweis auf die kommerzielle Ausrichtung als konstitutives Merkmal eines MNUs. Aus dem Begriff „multinationales Unternehmen“ und dem Ziel der Leitsätze, verantwortungsvolle Unternehmensführung zu fördern, sowie ihrem investitionspolitischen Kontext (vgl. Kapitel 2 C. I.) leiteten zahlreiche Kontaktstellen allerdings schon vor 2023 die Notwendigkeit einer kommerziellen Ausrichtung ab. Das Fallmaterial zur kommerziellen Ausrichtung als konstitutives Merkmal eines MNUs, findet seinen Ausgang in einer Entscheidung der norwegischen Kontaktstelle aus dem Jahr 2011,³⁷⁰⁷ wurde durch zahlreiche Entscheidungen der Schweizer Kontaktstelle geprägt³⁷⁰⁸ und kulminierte (vorläufig) in zwei Klarstellungen des Investitionsausschusses³⁷⁰⁹ aus dem Jahr 2024. Die Fälle zeigen klar, dass Entitäten ohne kommerzielle Ausrichtung nicht in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen.³⁷¹⁰ Auch aus der Formulierung des Ls. I-4 S. 4 Leitsät-

3704 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 17.

3705 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 14.

3706 Siehe: Kapitel 10 C. II.

3707 OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA.

3708 OECD:CH-NCP:2015:CH-13-IA; OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA; OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA; OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA; OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA; OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA; OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA.

3709 OECD:IC:2024:IC-5-CL; OECD:IC:2024:IC-7-CL.

3710 **BE-NKS:** OECD:BE-NCP:2020:BE-22-IA, S. 7; **CH-NKS:** OECD:CH-NCP:2015:CH-13-IA, S. 6; OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 7; OECD:CH-

ze 2023 („[...] usually comprise companies or other entities [...]“) lässt sich eine kommerzielle Dimension lesen, wobei offenbleibt, welche Eigenschaften „andere Entitäten“ aufweisen müssen.³⁷¹¹ Mit der 2023er Überarbeitung wurde diese Entscheidungspraxis der NKSen in einem neu eingefügten Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 2 Leitsätze 2023 kodifiziert.³⁷¹² Nunmehr ist vornehmlich auf eine Kriterientrias aus „commercial form, purpose, or activities“, also Rechtsform, Zweck der Entität und Geschäftstätigkeit, abzustellen. Auch wenn sich aus dem Wortlaut nicht zwingend ergibt, dass sich das Adjektiv *commercial* auf alle drei Substantive und nicht nur das erste bezieht,³⁷¹³ lässt sich dem Fallmaterial entnehmen, dass sich *commercial* in der Tat auf alle drei Substantive bezieht.³⁷¹⁴

Die Gewichtung dieser drei Kriterien – Entitätszweck (1.), Rechtsform (2.) und Geschäftstätigkeit (3.) – und ihre MNU-dimensionale Anwendung sind nicht abschließend geklärt; gesichert ist aber, dass die kommerzielle Natur der Geschäftstätigkeit in Abhängigkeit einer konkreten Streitfrage und die anderen beiden Kriterien unabhängig von einer solchen Streitfrage zu bestimmen sind (4.). Beispiele aus dem Fallmaterial zeigen, dass es sich um schwierige Abwägungsentscheidungen handelt (5.). Da mittlerweile zwei einschlägige Klarstellungen des Investitionsausschusses existieren, kann das Vorliegen einer kohärenten Entscheidungspraxis bejaht werden, auch wenn die Rezeption dieser Klarstellungen durch NKSen abzuwarten bleibt (6.).

NCP:2016:CH-15-IA, S. 4; OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S. 5; OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 7; OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 6; OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 4 f.; **KR-NKS**: OECD:KR-NCP:2019:KR-16-IA, S. 5 f.; **LV-NKS**: OECD:LV-NCP:2016:LV-1-IA; **NL-NKS**: OECD:NL-NCP:2020:NL-52-IA, S. 2; OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA, S. 8; **NO-NKS**: OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA, S. 5 ff. Aus der Literatur: *Achtouk-Spivak/Garden*, JIDS 13 (2022), 608 (615).

3711 Vgl. OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 13.

3712 Vgl. OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 17.

3713 Die gleichfalls authentische französische Version deutet darauf hin, dass sich das Adjektiv nur auf das erste Substantiv bezieht („sa forme commerciale, son objet ou ses activités“).

3714 Vgl. OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 11–27; vgl. OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA, S. 8.

1. Entitätszweck

Für die Eruierung des Entitätszwecks ist auf Satzungen, die Firmenphilosophie oder Registereintragungen abzustellen (*charters, mission statements or legal registrations*).³⁷¹⁵ Wichtigste Quelle wird dabei die Satzung (Gesellschaftsvertrag, Verfassung, Statuten) der betreffenden Entität sein.³⁷¹⁶ Als Gründungsdokument hält sie den Zweck rechtssicher und wegen ihrer Registereintragung auch leicht ermittelbar fest; außerdem wird sie weniger als die Firmenphilosophie von Erwägungen der Öffentlichkeitsarbeit verfälscht sein. Im deutschen Recht beispielsweise bedeutet das Schweigen der Satzung einer GmbH oder AG, dass ihr Zweck erwerbswirtschaftlich ist; ein abweichender Zweck (wie etwa ein ideeller) muss explizit angegeben werden.³⁷¹⁷ In Ermangelung einer Satzung kann auf die Eigencharakterisierung des Beschwerdegegners in seiner Firmenphilosophie abgestellt werden: Die belgische NKS stützte sich beispielsweise auf den Vortrag eines beklagten Gewerkschaftsbundes.³⁷¹⁸ Die CH-NKS hat sich auch bereits auf Eigencharakterisierungen auf den Webseiten der Beschwerdegegner bezogen.³⁷¹⁹

Grundsätzlich gilt, dass kommerzielle Zwecke die widerlegliche **Vermutung** etablieren, dass es sich um ein Unternehmen im Sinne der Leitsätze handelt.³⁷²⁰ Die Leitsätze geben allerdings keine Hilfestellung, welche Zwecke genau für oder gegen eine Unternehmenseigenschaft sprechen. Zu den nicht-wirtschaftlichen Zwecken, die in der NKS-Praxis als Negativkriterien gewertet wurden, zählen karitative bzw. humanitäre Zwecke,³⁷²¹ Natur- und Umweltschutz³⁷²² und die Förderung von Sport bzw. bestimmter Sportarten³⁷²³.

3715 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 21.

3716 In den folgenden Fällen wurde primär oder ausschließlich die Satzung herangezogen: OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 4; OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 7 f.; OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA, S. 8.

3717 Vetter, ZGR 47 (2018), 338 (347); Wicke, DNotZ 2020, 448 (449); Magers u. a., Sustainable Corporate Governance (2022), S. 62.

3718 OECD:BE-NCP:2020:BE-22-IA, S. 5, 7.

3719 Vgl. OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 6 f.

3720 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 21.

3721 OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA, S. 5 ff.

3722 OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 7 f.

3723 OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 4 f.; OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 8; OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 7.

Zu bedenken ist, dass das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht nicht zwingend bedeutet, dass der Entitätswert nicht-wirtschaftlicher Art ist bzw. die in der Entität zusammengeschlossenen Akteure nicht-wirtschaftliche Interessen verfolgen.³⁷²⁴ Ob ein wirtschaftlicher Zweck ohne Gewinnerzielungsabsicht einer Klassifizierung als MNU entgegensteht, wird von den NKSen uneinheitlich beantwortet: Relevant ist insofern die Behandlung eines Dachverbands niederländischer Blumenauktionshäuser³⁷²⁵ durch die NL-NKS. Aus Sicht der Kontaktstelle sprach dessen Zweck als Interessenvertretung seiner Mitglieder gegen seine MNU-Eigenschaft, obwohl seine Mitglieder (wie die NKS festhält) ein wirtschaftliches Interesse an ihrer Mitgliedschaft im Dachverband haben.³⁷²⁶ Ebenso wurde Gewerkschaftsverbänden die MNU-Eigenschaft abgesprochen,³⁷²⁷ obwohl auch Gewerkschaften die Verbesserung der wirtschaftlichen Stellung ihrer Gewerkschaftsmitglieder anstreben. Demgegenüber haben die CH-NKS³⁷²⁸ und die UK-NKS³⁷²⁹ jeweils eine Multi-Stakeholder-Initiative als MNU eingestuft.³⁷³⁰ In solchen Initiativen schließen sich verschiedene Interessenträger (darunter in der Regel Unternehmen und Nichtregierungsorganisationen) zusammen, um bestimmten Herausforderungen beispielsweise durch Festlegung und Überwachung von Verhaltensstandards zu begegnen.³⁷³¹ Auch hier können den beteiligten Unternehmen wirtschaftliche Interessen unterstellt werden, da etwa eine von einer solchen Initiative ausgegebene Zertifizierung nicht nur die Marktstellung eines Unternehmens verbessert, sondern bisweilen auch Zugang zu bestimmten Wertschöpfungsketten eröffnet.³⁷³²

3724 Carolei, Nonprofit Policy Forum 13 (2022), 31 (43); vgl. die „sonstigen wirtschaftlichen Zwecke“ in Abgrenzung zu „erwerbswirtschaftlichen Zwecken“ im deutschen Recht: Bayer, § 1 GmbHG, Lutter/Hommelhoff (2023), Rn. 6 ff.; Fleischer, § 1 GmbHG, MüKo GmbHG (2025), Rn. 19 ff.

3725 <https://www.vbn.nl/de/> (zuletzt abgerufen am 13. Dezember 2025).

3726 Vgl. OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA, S. 8.

3727 OECD:BE-NCP:2020:BE-22-IA, S. 7; OECD:NL-NCP:2020:NL-52-IA, S. 2.

3728 OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S. 4 ff.

3729 OECD:UK-NCP:2019:UK-53-IA, Rn. 29, OECD:UK-NCP:2022:UK-53-FS.

3730 Besprechung beider Fälle bei: Corcione, BHRJ 8 (2023), 271 (271 ff.).

3731 Tramontana, in: Buscemi u. a. (Hrsg.), Legal Sources in Business and Human Rights (2020), 145 (145 ff.); Baumann-Pauly/Trabelsi, in: Choudhury (Hrsg.), The UN Guiding Principles on Business and Human Rights (2023), 232 (Rn. 30.02).

3732 Vgl. Corcione, BHRJ 8 (2023), 271 (273); vgl. auch die Feststellungen der UK-NKS zum Einfluss von *Bonsucro* auf seine Mitglieder (OECD:UK-NCP:2022:UK-53-FS).

2. Rechtsform

Laut Investitionsausschuss besteht bei einer Entität, die als Handels- oder allgemeiner als unternehmerische Gesellschaft gegründet wurde (*incorporated as a commercial company*), die in einem Handels- oder Unternehmensregister (*commercial register*) eingetragen wurde oder börsennotiert ist, die widerlegliche **Vermutung**, dass es sich um ein Unternehmen im Sinne der Leitsätze handelt.³⁷³³

Ohne dass dies vom Ausschuss oder den Kontaktstellen klar ausgesprochen würde, ist bei der Evaluierung der Rechtsform vor allem entscheidend, ob diese den Zweck der Entität einschränkt. Es besteht deshalb ein enger Zusammenhang zwischen Rechtsform und Entitätszweck; beides braucht nicht scharf voneinander abgegrenzt zu werden. Eine Rechtsform, bei der ein nicht-wirtschaftlicher oder zumindest ein Zweck ohne Gewinnerzielungsabsicht zwingend ist, spricht gegen die Klassifizierung als MNU. Das Gleiche dürfte gelten, wenn die Rechtsform solche Zwecke zwar nicht zwingend verlangt, sie aber üblicherweise für solche Zwecke eingesetzt wird. In Aussprüchen von NKSen sind die Rechtsformen einer Stiftung³⁷³⁴ oder eines Idealvereins³⁷³⁵ als Negativkriterien für das Vorliegen eines MNUs gewertet worden. Die Rechtsform einer Genossenschaft dürfte hingegen nicht gegen die kommerzielle Natur der betreffenden Entität sprechen.³⁷³⁶ Speziell aus Sicht des deutschen Rechts ist das Kriterium der Rechtsform isoliert betrachtet mitunter wenig aufschlussreich, wie zwei Beispiele zeigen: Die Rechtsform der GmbH kann zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden, wozu auch gemeinnützige Zwecke zählen

3733 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 13, 18, 43.

3734 Vgl. OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 7.

3735 OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA, S. 6 f. („Register for Voluntary Organisations“); siehe auch die Aussprüche der CH-NKS, die die Rechtsform als Verein zwar erwähnen, aber nicht für entscheidend halten: OECD:CH-NCP:2015:CH-13-IA, S. 6; OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 4; OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S. 5; OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 7; OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 6; OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 5.

3736 Die NL-NKS erwähnte diese Rechtsform in zwei Entscheidungen, ging aber nicht näher darauf ein: OECD:NL-NCP:2016:NL-24-FS, S. 2 (Bejahung MNU-Charakter der Rabobank); OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA, S. 8 (Verneinung MNU-Charakter mangels internationaler Ausrichtung).

(vgl. §§ 1, 4 S. 2 GmbHG).³⁷³⁷ Ein Idealverein (§ 21 BGB) kann sich in gewissem Umfang wirtschaftlich betätigen.³⁷³⁸

Darüber hinaus kommt der Rechtsform keine große Relevanz zu, weil die Leitsätze einem inklusiven Ansatz³⁷³⁹ folgen, die MNU-Definition flexibel zu handhaben ist (Ls. I-4 S. 1 Leitsätze 2023) und die Leitsätze autonom vom nationalen Recht auszulegen sind (Ls. I-2 Leitsätze 2023). Die Leitsätze sind nicht in Abhängigkeit der Einstufung einer Entität nach innerstaatlichem Recht anzuwenden.³⁷⁴⁰ Es spielt deshalb keine Rolle, ob eine Entität als Kommanditgesellschaft, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaft oder in einer sonstigen Rechtsform mit oder ohne eigene Rechtspersönlichkeit verfasst ist. Auch Niederlassungen sind Entitäten im Sinne der Leitsätze.³⁷⁴¹ Maßgeblich ist meines Erachtens nur eine gewisse **organisatorische Verselbstständigung** und Verstetigung gegenüber Bezugseinheiten, die (wie der Staat) nicht in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen.³⁷⁴² Eine Entität, deren Existenz beendet ist, ist keine Entität im Sinne der Leitsätze mehr.³⁷⁴³

Dennoch hat der inklusive Ansatz der Leitsätze Grenzen. Natürliche Personen können grundsätzlich kein MNU im Sinne der Leitsätze sein. Die deutsche Kontaktstelle hat insofern die MNU-Eigenschaft eines Geschäftsführers verneint.³⁷⁴⁴ Das ist insofern richtig, als ein Geschäftsführer nicht mit dem von ihm geführten Unternehmen gleichgesetzt werden kann. Dieser Ausschluss ist aber möglicherweise auf natürliche Personen in der Rolle des Verbrauchers oder Organwalters zu beschränken, wie die Wertung der Sorgfaltspflichtvorschriften zeigt: Eine Geschäftsbeziehung im Sinne der Ls. II-A-13 f. Leitsätze 2023 kann nämlich auch zu natürlichen Personen

3737 Statt vieler: *Weitemeyer*, GmbHR 2021, 57 (57 ff.).

3738 Vgl. BGHZ 215, 69 (73 ff.) — „Kita“; dazu näher: *Schockenhoff*, NZG 2017, 931 (931 ff.).

3739 Ls. I-4 S. 2 Hs. 1, I-5 S. 1 Hs. 1, I-6 S. 1 und II-A-12 ff. Leitsätze 2023.

3740 OECD:LU-NCP:2019:LU-3-IA.

3741 Vgl. *Hawk*, Fordham Law Review 46 (1977), 241 (251); vgl. *Stockmann*, MichJIL 2 (1981), 223 (226) (*Stockmann* weist aber darauf hin, dass der Unterschied zwischen einer Niederlassung und einer Tochtergesellschaft Relevanz für die Verteilung der Verantwortlichkeiten innerhalb eines MNU hat. Das ist für Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 relevant.).

3742 Das ist insbesondere relevant bei Exportkreditagenturen, die unmittelbar Teil des Staats sind (siehe unten IV. 4. a) und hierzu im Besonderen: OECD:UK-NCP:2020:UK-56-IA).

3743 OECD:DE-NCP:2018:DE-28-IA, Rn. 23.

3744 OECD:DE-NCP:2018:DE-28-IA, Rn. 24.

bestehen, die keine Verbraucher sind.³⁷⁴⁵ Unternehmen, die durch Einzelkaufleute betrieben werden, können eine beachtliche Größe erreichen und die anderen von den Leitsätzen geforderten Eigenschaften eines MNUs erfüllen.

3. Geschäftstätigkeit

Bei der Geschäftstätigkeit handelt es sich um das wichtigste der drei Kriterien.³⁷⁴⁶ Die Leitsätze präzisieren dieses Kriterium nicht näher. Im Fallkorpus der NKSen tritt der Gedanke hervor, dass es darauf ankommt, ob und wie eine Entität am Markt auftritt. Dieses Argument findet sich nicht nur bei der Schweizer NKS,³⁷⁴⁷ sondern auch bei der neuseeländischen und der britischen NKS. So basierte die Verneinung des MNU-Charakters einer Abwicklungsgesellschaft durch die neuseeländische NKS auf dem Argument, dass diese nicht mehr dem Wettbewerb des Versicherungsmarkts ausgesetzt sei, also nicht mehr werbend tätig sei.³⁷⁴⁸ Die britische NKS lehnte den kommerziellen Charakter der Geschäftstätigkeit ihrer Exportkreditagentur mit einem ähnlichen Argument ab: Die Agentur stelle Finanzprodukte bereit, die anderweitig nicht auf dem privaten Markt verfügbar seien.³⁷⁴⁹ Der Investitionsausschuss hat im Jahr 2024 bestätigt, dass ein Marktverfügbarkeits- oder Marktangebots-Test maßgeblich ist. Er hielt fest:

„[...] the question of whether activity can be considered a commercial activity is contingent upon whether market actors can or do engage in the same type of activity. Mere “resemblance” to activities, products or services offered by the private sector, has not been considered sufficient to render an activity “commercial” for the purposes of the application of the Guidelines.“³⁷⁵⁰

3745 Das erlaubt der Umkehrschluss aus Ls-Ko 2023, Rn. 17: *„Relationships with individual consumers, who are natural persons acting for purposes that are unrelated to a business, commercial, or governmental activity, are not generally considered ‘business relationships’ under the Guidelines [...]“* (Textauszeichnung des Originals entfernt).

3746 Zur Höhergewichtung dieses Kriteriums: II. 4. a).

3747 Wahrscheinlich ist die Aussage der CH-NKS, wonach WWFs Herangehensweise an den Umweltschutz „marktbasiert“ sei, so zu verstehen, OECD:CH-NCP:2016:CH-14-1A, S. 8.

3748 OECD:NZ-NCP:2016:NZ-5-1A.

3749 OECD:UK-NCP:2020:UK-56-1A.

3750 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 36.

Damit wies er ausdrücklich das Argument TUACs und OECD Watchs zurück, die mit Blick auf staatliche Einrichtungen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung vorgebracht hatten, dass diese als MNUen einzustufen seien, weil (i) sie Produkte und Dienstleistungen mit *vergleichbaren oder ähnlichen Eigenschaften* zu denjenigen im Privatsektor anböten und weil (ii) ihre Produkte und Dienstleistungen wirtschaftliche Tätigkeiten *unterstützen* würden.³⁷⁵¹ Für den Ausschuss kommt es beispielsweise bei der Vergabe eines Studiendarlehens nicht darauf an, dass auch private Akteure Darlehen vergeben. Maßgeblich ist, ob eine staatliche Förderbank ein Darlehen zu Vorzugskonditionen (etwa: günstige Zinsen) anbietet, die für private Akteure wirtschaftlich nicht darstellbar wären; ein solches konzessionäres Darlehen ist keine Geschäftstätigkeit im Sinne der Leitsätze.³⁷⁵² Auch die Tatsache, dass administrative Tätigkeiten des Staates (etwa: Vergabe von Patenten oder Konzessionen) Geschäftstätigkeiten des Privatsektors unterstützen, ist nicht ausreichend für die Einstufung dieser Tätigkeiten als Geschäftstätigkeiten; entscheidend ist, dass derartige Tätigkeiten nicht auf dem Markt angeboten werden.³⁷⁵³ Insgesamt jedoch sei eine einzelfallabhängige Betrachtung maßgeblich.³⁷⁵⁴ So lässt der Ausschuss Sympathien für die Einstufung eines konzessionären Darlehens als kommerzielle Tätigkeit erkennen, wenn die Vorzugskonditionen nur unwesentlich besser als die Konditionen marktverfügbarer Darlehen sind und der Darlehensgeber erhebliche Einnahmen mit der Darlehensvergabe erzielt.³⁷⁵⁵

In einer sehr willkommenen Orientierungshilfe stellt der Ausschuss in seiner Klarstellung einen Katalog an sechs Kriterien auf. Diese Kriterien sind dabei in ihrer Gesamtheit zu betrachten und nicht jeweils einzeln ausschlaggebend.³⁷⁵⁶ Der Einfachheit halber lässt sich der Katalog in Kriterien zur Natur einer Tätigkeit (a)) und Kriterien zum Zweck einer Tätigkeit aufspalten (b)).

3751 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 35.

3752 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 37.

3753 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 38.

3754 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 39.

3755 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 39.

3756 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 41.

a) Natur

Zu den Kriterien des Ausschusses, die auf die Natur einer Tätigkeit abstellen, zählen (i) die Wettbewerbsfähigkeit der Dienstleistung oder des Produkts und der (ii) Grad des wirtschaftlichen Risikos.³⁷⁵⁷ Bei beiden Kriterien kommt es auf einen Vergleich mit den marktverfügbaren Produkten und Dienstleistungen an: Steht das Produkt oder die Dienstleistung mit anderen Angeboten auf dem Markt im Wettbewerb und kann es mit ihnen mithalten?³⁷⁵⁸ Ist das wirtschaftliche Risiko vergleichbar mit demjenigen von anderen Angeboten auf dem Markt?³⁷⁵⁹ Bei Tätigkeiten eines Lobby- oder Interessenverbands wäre demnach zu eruieren, ob entsprechende Tätigkeiten auch durch profitorientierte Akteure auf dem Markt angeboten werden.³⁷⁶⁰

In ihren Aussprüchen vor Erlass dieser Klarstellung bediente sich die Schweizer NKS regelmäßig eines ähnlichen Katalogs an Kriterien. Zu den von der CH-NKS verwendeten Kriterien zählt etwa die Herkunft von Einkommensströmen, die einer bestimmten Tätigkeit zugrunde liegen. Wird Einkommen durch Beteiligungen an Handelsgeschäften durch Partner,³⁷⁶¹ durch Lizenzgebühren bzw. Gebühren für Ausstrahlungsrechte³⁷⁶² oder mit Werbung, Vermarktung und Merchandising³⁷⁶³ erzielt? Oder finanziert sich die Entität über Mitgliedsbeiträge?³⁷⁶⁴ Darüber hinaus spielt die Beschaffenheit der von der Entität in Verfolgung ihres Zwecks abgeschlossenen Verträge sowie ihrer Produkte und Dienstleistungen eine Rolle. Medienverwertungsrechte, Lizenzverträge, Finanzierungsgeschäfte und Versicherungen sind Positivkriterien,³⁷⁶⁵ ebenso wie Produkte und Dienstleistungen, die einen wirtschaftlichen Mehrwert für den Kunden schaf-

3757 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 41.

3758 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 41.

3759 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 41.

3760 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Box 3 auf S. 9. Der Investitionsausschuss war hier von TUAC in Bezug auf OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA angerufen worden. In besagtem Fall hatte die NL-NKS die MNU-Eigenschaft des Dachverbands niederländischer Blumenauktionshäuser abgelehnt.

3761 Vgl. OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S. 5 f.

3762 OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 8; OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 7.

3763 Vgl. OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 8; OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 5.

3764 Vgl. OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S. 5 f.

3765 OECD:CH-NCP:2015:CH-13-IA, S. 6; vgl. OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 8.

fen.³⁷⁶⁶ Die Durchführung von Umweltschutzprojekten ist hingegen ein Negativkriterium.³⁷⁶⁷

Nicht maßgeblich ist demnach, ob die Geschäftstätigkeiten von solcher Komplexität sind, dass sie einen so hohen Professionalisierungsgrad der Geschäftsorganisation erforderlich machen, dass standardisierte, rationalisierte Abläufe ein gesteigertes Risiko für RBC-Belange verursachen. So hält es die CH-NKS für irrelevant, dass eine Entität mit großen Finanzströmen umgehen muss.³⁷⁶⁸ Meines Erachtens ist dieses Kriterium der risikoerhöhenden Komplexität und Standardisierung durchaus erwägenswert. Andererseits lässt sich argumentieren, dass auch eine sporadische Geschäftstätigkeit in die von den Leitsätzen geschützten Belange eingreifen kann.³⁷⁶⁹

b) Zweck

Zur Bestimmung des kommerziellen Charakters einer Geschäftstätigkeit ist neben ihrer Natur auch ihr Zweck heranzuziehen. Der Tatsache, dass die Leitsätze bereits die Berücksichtigung des Zweckes einer Entität erlauben (vgl. Ls. I-4 S.2 Hs.2 Var. 2 Leitsätze 2023)³⁷⁷⁰, lässt sich entnehmen, dass auch der Zweck einer *einzelnen* Tätigkeit berücksichtigungsfähig sein dürfte. Gleichwohl besteht ein Unterschied zwischen dem in den Leitsätzen explizit angesprochenen Entitätszweck und dem nicht angesprochen Tätigkeitszweck. Während ersterer Fixpunkt sämtlicher Tätigkeiten einer Entität ist, ist letzterer auf eine einzelne Tätigkeit beschränkt. Das folgende Beispiel verdeutlicht dies: Eine einzelne Aufforstungsmaßnahme kann unterschiedliche Zwecke verfolgen. Sie könnte als naturschutzrechtlich vorgeschriebene Ausgleichsmaßnahme für ein gewinnorientiertes Bauprojekt, als Treibhausgas-Kompensationsprojekt oder als freiwillige Naturschutzaktion vorgesehen sein. Der Entitätszweck hingegen würde betrachten, ob in diesen Fällen eine GmbH mit erwerbswirtschaftlichem Zweck oder eine gemeinnützige Stiftung agiert.

3766 OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S. 5 f. (Der Gebrauch eines Nachhaltigkeits Siegels einer Multi-Stakeholder-Initiative steigert den erzielbaren Verkaufspreis eines damit ausgezeichneten Produkts.).

3767 Vgl. OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 8.

3768 OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 5; OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 8.

3769 *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung (2017), S. 475.

3770 Das „its“ in „its purpose“ bezieht sich auf „enterprise“.

Der Investitionsausschuss führt in seinem Kriterienkatalog die folgenden Punkte auf: Maßgeblich ist (i) der Grad des Gewinnpotenzials oder der Gewinnerzielungsabsicht in Bezug auf eine Geschäftstätigkeit.³⁷⁷¹ Zu fragen ist außerdem, (ii) ob die Entität einen erheblichen Teil ihrer Einkünfte aus der Geschäftstätigkeit erzielt und ob (iii) die Entität diese Einkünfte für geschäftliche Zwecke verwendet.³⁷⁷² Hierzu ist zu bedenken, dass Nicht-regierungsorganisationen ihre gemeinnützigen Tätigkeiten häufig durch gewinnorientierte Aktivitäten quersubventionieren.³⁷⁷³ Bei der Verwendung der Einnahmen wurde die Deckung eigener Verwaltungskosten auch im NKS-Fallmaterial als ein Positivkriterium³⁷⁷⁴ und die Abführung von Geldern an Interessenträger, die keine Investoren sind, als ein Negativkriterium³⁷⁷⁵ für eine kommerzielle Ausrichtung gewertet.

Schließlich fragt der Investitionsausschuss danach, (iv) ob nicht-kommerzielle Ziele bestehen und ob nicht-kommerzielle Ziele Vorrang vor kommerziellen Zielen haben oder diese beeinflussen.³⁷⁷⁶ Hier kommt es darauf an, ob solche Ziele die Wettbewerbsfähigkeit, Profitabilität oder das wirtschaftliche Risiko, die jeweils mit der Geschäftstätigkeit verbunden sind, beeinflussen.³⁷⁷⁷

4. Anwendungsmodalitäten

Die praktische Anwendung dieser drei Kriterien sieht sich mehreren Unklarheiten ausgesetzt. Gewichtung und Relevanz der drei Kriterien bleiben ungeklärt (a)). Auch die MNU-dimensionale Anwendung dieser Kriterien wirft Fragen auf; überraschend ist, dass das Kriterium der Geschäftstätigkeit in Abhängigkeit der jeweiligen Streitfrage bestimmt wird, die anderen beiden Kriterien jedoch nicht (b)).

3771 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 41.

3772 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 41.

3773 Carolei, Nonprofit Policy Forum 13 (2022), 31 (43).

3774 Vgl. OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 7.

3775 Vgl. OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 7 (Abführung von Einnahmen des Internationalen Olympischen Komitees an Athleten).

3776 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 41.

3777 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 41.

a) Gewichtung und Relevanz der Kriterien

Das Fallmaterial ist widersprüchlich, was die Gewichtung der einzelnen Kriterien betrifft. Auf Basis der 2011er Fassung der Leitsätze ist die Schweizer NKS davon ausgegangen, dass das Kriterium der Geschäftstätigkeit Vorrang gegenüber den anderen Kriterien genießen, wenn nicht sogar das allein maßgebliche Kriterium sein sollte.³⁷⁷⁸ Mit der 2023er Fassung der Leitsätze, die alle drei Kriterien als „*main factors to consider*“ bezeichnet, ist dieser Standpunkt nicht mehr vereinbar. Außerdem hat auch die Schweizer NKS bereits die Gemeinnützigkeit eines Beschwerdegegners berücksichtigt.³⁷⁷⁹ Zudem gibt es Kontaktstellen, die schon vor der 2023er Überarbeitung mehrere Kriterien beachtet haben.³⁷⁸⁰ Die NO-NKS betrachtete sogar ausschließlich die Rechtsform,³⁷⁸¹ wohingegen die LU-NKS in ihren internen Verfahrensregeln Entitäten ohne Gewinnerzielungsabsicht ausdrücklich zu den Entitäten zählt, die ein MNU bilden können.³⁷⁸² Während manche NKSen befürchten, dass die Anwendung der Leitsätze auf Nichtregierungsorganisationen die MNU-Definition der Leitsätze uferlos weiten würde, sind andere der Ansicht, dass die Tätigkeiten eines Akteurs wichtiger seien als sein formaler Status.³⁷⁸³

Pauschale Aussagen verbieten sich. Geboten ist stattdessen eine Analyse in Abhängigkeit der jeweiligen Umstände des Einzelfalls.³⁷⁸⁴ Auch die CH-NKS warnte vor „allgemeinen Schlüssen“ auf Basis ihrer Aussprüche

3778 OECD:CH-NCP:2015:CH-13-IA, S. 6; OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 7; OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 4; OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S. 5; OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 7; OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 6; OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 4 f. Diesen Standard übernimmt Carolei, Nonprofit Policy Forum 13 (2022), 31 (43) ohne ihn zu hinterfragen.

3779 OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 7.

3780 OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA, S. 8: Führt alle drei Kriterien auf. Siehe auch: OECD:BE-NCP:2020:BE-22-IA, S. 7: Die BE-NKS äußert sich (wegen eines Tippfehlers?) perplex, da sie zunächst auf den kommerziellen Zweck der Geschäftstätigkeit abstellt („*commercial purpose of activity*“) und einen Absatz später unter den kommerziellen Zweck oder die kommerzielle Geschäftstätigkeit („*commercial purpose or activity*“) subsumiert.

3781 OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA, S. 6 f.

3782 Luxemburgische NKS, Procédure pour soumettre des cas spécifiques (2022), S. 2.

3783 OECD, Annual Report 2011 (2012), S. 39.

3784 OECD:CH-NCP:2015:CH-13-IA, S. 6; OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 7; OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 5; OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S. 5; OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 7; OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 6; OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 4 f. Aus der Literatur: Carolei, Nonprofit Policy Forum 13 (2022), 31 (41).

zu internationalen Sportverbänden.³⁷⁸⁵ Das Verhältnis der drei Elemente der Kriterientrias bleibt im Fallmaterial der NKSen unklar. Ihm lässt sich beispielsweise nicht entnehmen, ob der MNU-Charakter einer Entität zu verneinen ist, wenn die Kommerzialität nur bei zwei der drei Kriterien zu verneinen ist.³⁷⁸⁶

Meines Erachtens ist eine Gesamtbetrachtung aller drei Kriterien vorzunehmen. Eine starre Hierarchie sieht der Wortlaut des Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 2 Leitsätze 2023 nicht vor. Sie widerspräche auch Ls. I-4 S. 1 Leitsätze 2023, der zur Flexibilität bei Anwendung der MNU-Definition mahnt. Dass alle drei Kriterien zu berücksichtigen sind, ergibt sich ebenfalls aus Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 2 Leitsätze 2023; diese Bestimmung sieht nicht vor, eines oder mehrere der darin genannten Kriterien zu missachten. Für die Beachtung der Rechtsform und des Entitätszwecks lässt sich anführen, dass diese eher als das Kriterium der Geschäftstätigkeit einer uferlosen Weite der Leitsätze entgegenzuwirken vermögen.³⁷⁸⁷ Gleichwohl ist es sinnvoll, **dem Kriterium der Geschäftstätigkeit besondere Bedeutung beizulegen**. Erstens verlangt der Verzicht der Leitsätze auf eine trennscharfe Definition (Ls. I-4 S. 1 Leitsätze 2023) einen flexiblen Umgang mit der MNU-Definition. Eine Untergewichtung der beiden formellen Kriterien (Rechtsform und Entitätszweck) erhöht diese Flexibilität. Zweitens dient eine Höhergewichtung des Kriteriums der Geschäftstätigkeit dem größtmöglichen Schutz von RBC-Belangen. Aus Sicht der Betroffenen ist es unmaßgeblich, welche Rechtsform und welchen Zweck eine Entität hat, wenn sie ihre von den Leitsätzen geschützten Positionen beeinträchtigt.³⁷⁸⁸ Hinzu kommt, dass auch gemeinnützige Entitäten Geschäftstätigkeiten in einem Umfang entwickeln können, der demjenigen traditioneller MNUs nicht nachsteht.³⁷⁸⁹ Drittens liegen der Berücksichtigung der Rechtsform und des Entitätszwecks offenbar bestimmte Annahmen zugrunde, die zu hinterfragen sind.³⁷⁹⁰ Die Verfolgung eines nicht auf Gewinnerzielung gerichteten Zwecks, wie die

3785 OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 7; OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 5.

3786 OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA, S. 8: Verneinung der Kommerzialität von Rechtsform und Entitätszweck und Verneinung des MNU-Charakters. Demgegenüber Bejahung des MNU-Charakters allein auf Basis der Geschäftstätigkeit trotz nicht-kommerzieller Rechtsform und nicht-kommerziellen Entitätszwecks beispielsweise in: OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 7 f. und OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 6 f.

3787 OECD, Annual Report 2011 (2012), S. 39.

3788 Spießhofer, Unternehmerische Verantwortung (2017), S. 474 f.

3789 Spießhofer, Unternehmerische Verantwortung (2017), S. 475 ff.

3790 Vgl. Spießhofer, Unternehmerische Verantwortung (2017), S. 475 f.

Förderung einer Sportart oder des Umweltschutzes, kann ebenfalls zur Folge haben, dass die Anliegen von Interessenträgern untergehen. Das Fallmaterial der NKSen zeigt, dass Beschwerdeführer legitime Anliegen vortragen, wenn sie dem WWF im Rahmen seiner Projekte gegen Wilderei den Einsatz von Gewalt gegen Jäger indigener Völker³⁷⁹¹ oder der FIFA die Beteiligung an Verletzungen von Arbeitnehmer³⁷⁹² und Menschenrechten³⁷⁹³ bei Vergabe und Organisation von Fußballweltmeisterschaften vorwerfen.

Der Investitionsausschuss vertritt ganz in diesem Sinne die Ansicht, dass eine kommerzielle Rechtsform und ein kommerzieller Entitätswert *keine notwendigen* Kriterien sind; mit anderen Worten kann eine Entität wegen ihrer Geschäftstätigkeit eine kommerzielle Ausrichtung haben, auch wenn ihre Rechtsform und ihr Zweck auf keine kommerzielle Ausrichtung hindeuten.³⁷⁹⁴ Eine kommerzielle Rechtsform und ein kommerzieller Entitätswert etablieren aber jeweils die widerlegbare Vermutung, dass die Entität eine kommerzielle Ausrichtung aufweist.³⁷⁹⁵

b) MNU-Dimensionalität und Abhängigkeit von einer konkreten Streitfrage

Eine gemeinnützige Entität oder eine Entität ohne Gewinnerzielungsabsicht kann die Spitze eines MNUs bilden. Die Zurechnungslösung verlangt, dass die kommerzielle Ausrichtung aller Entitäten eines MNUs berücksichtigt wird. Die Schweizer NKS bezog folglich die Geschäftstätigkeit mehrerer Tochtergesellschaften der FIFA³⁷⁹⁶ und des Internationalen Olympischen Komitees³⁷⁹⁷ in ihre Prüfung ein. Demgegenüber hat es die DE-NKS im Verfahren gegen die *TÜV Rheinland AG*³⁷⁹⁸ unterlassen, sich damit auseinanderzusetzen, dass sämtliche Anteile der *TÜV Rheinland AG* von

3791 OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 1 ff.

3792 OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 1 f.

3793 OECD:CH-NCP:2015:CH-13-IA, S. 1 ff.

3794 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 22, 45.

3795 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 13, 18, 21, 43.

3796 OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 4 f.; in den folgenden Fällen wurden die Tochtergesellschaften wohl primär im Zusammenhang mit der Prüfung der internationalen Ausrichtung erwähnt: OECD:CH-NCP:2015:CH-13-IA, S. 6; OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 4 f.

3797 OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 6 f.

3798 OECD:DE-NCP:2018:DE-27-FS.

einem eingetragenen Verein gehalten werden.³⁷⁹⁹ Vertiefte Auseinandersetzungen zur MNU-dimensionalen Anwendung dieser Kriterien finden sich im Fallmaterial nicht; wie die Kriterien MNU-dimensional anzuwenden sind, muss als ungeklärt gelten.

Unter den Kontaktstellen herrscht aber zumindest Einigkeit darüber, dass es bei der Anwendung des Kriteriums der Geschäftstätigkeit auf die kommerzielle Ausrichtung gerade derjenigen Tätigkeiten ankommt, die den Gegenstand der Streitfrage bilden.³⁸⁰⁰ Maßgeblich ist demnach, ob die vom Beschwerdeführer angegriffenen Tätigkeiten des Beschwerdegegners kommerzieller Natur sind. Sind die Tätigkeiten des Beschwerdegegners nicht „*per se*“ wirtschaftlicher Natur, kann er dennoch für die Zwecke des Verfahrens als MNU eingestuft werden.³⁸⁰¹ Diese Anwendung in Abhängigkeit der jeweiligen Streitfrage hat jedoch auch Schwächen. Sie führt zu einer schlechteren Vorhersehbarkeit, weil die kommerzielle Ausrichtung derselben Entität mal bejaht und mal verneint werden kann.³⁸⁰² Festzuhalten ist außerdem, dass die anderen beiden Kriterien der Rechtsform und des Entitätszwecks (wie auch die internationale Ausrichtung) nicht in Abhängigkeit einer konkreten Streitfrage, sondern nur abstrakt und in Bezug auf eine Entität als Ganzes bestimmt werden können.

5. Beispiele aus dem Fallmaterial

Bei der Anwendung der Leitsätze auf **Sportverbände** differenziert die Schweizer NKS in ihren mittlerweile dazu ergangenen fünf Entscheidungen auf Basis des von ihr bevorzugten Kriteriums der Geschäftstätigkeit. Sie hielt fest, dass sich der Weltfußballverband FIFA nicht *per se* wirtschaftlich

3799 <https://www.tuv.com/germany/de/über-uns-de/tüv-rheinland-berlin-brandenburg-pfalz-e.v/navigation/der-verein/organisation-und-gremien/> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3800 OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 4; OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 7; OECD:KR-NCP:2019:KR-16-IA, S. 6; OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 6; OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 5; OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA, S. 8: „[...] whether the activities that are the focus of the notification are commercial in nature [...]“. Siehe auch: OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 27. Aus der Literatur: Carolei, Nonprofit Policy Forum 13 (2022), 31 (44).

3801 OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 8; OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 8; vgl. OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 4 f.; vgl. OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S. 5; vgl. Bağlayan, Challenging the Olympic Charter, EJIL: Talk! (2. Oktober 2020).

3802 Achtouk-Spivak/Garden, JIDS 13 (2022), 608 (616).

betätige.³⁸⁰³ Dennoch bejahte sie die Anwendung der Leitsätze auf die FIFA in Bezug auf ihre Rolle bei der Vergabe und Organisation von Fußball-Weltmeisterschaften insbesondere in Anbetracht der hierfür abgeschlossenen Verträge (mediale Verwertungsrechte, Versicherungen, Finanzen).³⁸⁰⁴ Auch die Vergabe und Organisation der Eishockey-Weltmeisterschaft³⁸⁰⁵ und der Olympischen Winterspiele³⁸⁰⁶ wurde als wirtschaftliche Betätigung der Internationalen Eishockey-Föderation respektive des Internationalen Olympischen Komitees eingestuft. In einem anderen Verfahren verneinte die CH-NKS den MNU-Charakter der FIFA.³⁸⁰⁷ Hier griff der Beschwerdeführer die FIFA dafür an, dass sie zu ihren Präsidentschaftswahlen einen Kandidaten zugelassen hatte, dem Menschenrechtsverstöße gegenüber Fußballspielern seines Heimatverbands nachgesagt wurden.³⁸⁰⁸ Die NKS sah – unter Betonung der vereinsrechtlichen Organisationsfreiheit in inneren Angelegenheiten – in internen Wahlen weder eine wirtschaftliche Betätigung der FIFA noch eine hinreichend enge Verbindung zu einer anderen wirtschaftlichen Betätigung der FIFA.³⁸⁰⁹ Diese Beispiele zeigen deutlich, dass die kommerzielle Natur der Geschäftstätigkeit in Abhängigkeit einer konkreten Streitfrage zu bestimmen ist (vgl. II. 4. b)).

In einem Verfahren gegen die Umweltschutzorganisation WWF (*World Wide Fund For Nature*) hielt die CH-NKS zunächst ebenfalls fest, dass die Tätigkeiten der **Umweltschutzorganisation** nicht „per se“ kommerzieller Natur seien.³⁸¹⁰ Im Verfahren ging es um die Involvierung des WWF in die Ausweisung und Unterhaltung von Umweltschutzgebieten; insbesondere wurde Mitgliedern indigener Völker das Jagen untersagt und der Zutritt offenbar gewaltsam verweigert.³⁸¹¹ Umweltschutzprojekte dieser Art seien, so die CH-NKS, für den WWF unerlässlich, um sich etwa über den Verkauf von Sammleralben oder die Lizenzierung des Panda-Logos wirtschaftlich betätigen zu können.³⁸¹² Deshalb sei die kommerzielle Ausrichtung

3803 OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 4.

3804 OECD:CH-NCP:2015:CH-13-IA, S. 6 (Weltmeisterschaft 2022); OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 5 (Weltmeisterschaft 2026).

3805 OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 8.

3806 OECD:CH-NCP:2021:CH-23-IA, S. 6 f.

3807 OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 5.

3808 OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 1 f.

3809 OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 5.

3810 OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 8.

3811 OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 1 f.

3812 OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 8.

des WWF *in casu* zu bejahen.³⁸¹³ Angesichts des sehr mittelbaren Bezugs zwischen Umweltschutzprojekten und der Lizenzierung des WWF-Logos wirkt die Subsumtion der Schweizer Kontaktstelle bemüht. Der WWF-Fall vermittelt den Eindruck, dass sich die NKS in diesem Verfahren von der Betrachtung nur der im Verfahren angegriffenen Tätigkeit (Unterhaltung Umweltschutzgebiet) gelöst hat und eine lose Verbindung zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit (Sammleralben, Lizenzierung) genügen ließ.

Auf Grundlage eines ähnlichen Gedankengangs bejahte die Schweizer Kontaktstelle in einem Verfahren gegen eine **Multi-Stakeholder-Initiative** der Palmölmwirtschaft die kommerzielle Ausrichtung der Initiative. Der Initiative wurde vorgeworfen, im Rahmen ihres eigenen Beschwerdemechanismus nichts zur Beilegung eines Konflikts zwischen einem Mitgliedsunternehmen und der lokalen Bevölkerung beigetragen und das betroffene Unternehmen trotz dieses Konflikts zertifiziert zu haben.³⁸¹⁴ Die Zertifizierung nachhaltiger Palmölplantagen und die Vergabe von Lizenzen seien, so die CH-NKS, unerlässlich, um Einkommen für die Initiative zu generieren (Mitgliedsbeiträge, Lizenzgebühren, Beteiligung am Palmölhandel).³⁸¹⁵ Die britische NKS schloss sich dieser Beurteilung wenig später in Bezug auf eine andere Multi-Stakeholder-Initiative an.³⁸¹⁶ Diese Fälle überzeugen.

Verneint wurde die Anwendung der Leitsätze überdies durch die norwegische NKS auf eine **Hilfsorganisation** der norwegischen Kirche, die im Kosovo ein Lager für Roma im Auftrag der VN-Mission im Kosovo betrieb.³⁸¹⁷ Diese Entscheidung der NO-NKS traf damals auf Zustimmung anderer NKSen.³⁸¹⁸

6. Zwischenfazit

Die Antwort auf die Frage, ob zur kommerziellen Ausrichtung als konstitutivem Merkmal eines MNU eine kohärente Entscheidungspraxis entstanden ist, fällt weitestgehend parallel zur entsprechenden Frage mit Blick auf

3813 OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 8.

3814 OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S. 1 f.

3815 OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S. 5 f.

3816 Vgl. OECD:UK-NCP:2019:UK-53-IA, Rn. 29.

3817 OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA. Dabei handelte es sich um den allerersten Fall, der ein nicht gewinnorientiertes Unternehmen betraf (*Carolei*, Nonprofit Policy Forum 13 (2022), 31 (35)).

3818 OECD, Annual Report 2011 (2012), S. 39.

die internationale Ausrichtung aus (siehe: I. 3.): Dass nur Entitäten mit kommerzieller Ausrichtung ein MNU bilden können, ist seit Langem Inhalt einer kohärenten Entscheidungspraxis. Zugehörige Aussagen finden sich in Dutzenden Aussprüchen von NKSen, die sich zumindest in Ansätzen (und damit etwas häufiger als in Bezug auf die internationale Ausrichtung) gegenseitig zitieren.³⁸¹⁹ Dass die kommerzielle Ausrichtung seit dem Jahr 2023 auch explizit als konstitutives Merkmal in den Leitsätzen aufgeführt wird, ist als Kodifikation dieser Entscheidungspraxis zu sehen.³⁸²⁰ Jenseits der grundlegenden Frage, ob überhaupt eine kommerzielle Ausrichtung notwendig ist, lässt sich dem Fallmaterial der NKSen kaum eine einheitliche Linie entnehmen. Abgesehen davon, dass die kommerzielle Natur der Geschäftstätigkeit in Abhängigkeit einer konkreten Streitfrage zu bestimmen ist, sind viele Einzelheiten ungeklärt. Eine kohärente Entscheidungspraxis bestand bis zum Eingreifen des Investitionsausschusses nicht. Es ist deshalb sehr zu begrüßen, dass die Leitsätze seit ihrer Überarbeitung im Jahr 2023 mit der Rechtsform, dem Zweck der Entität und der Geschäftstätigkeit nun drei relevante Kriterien aufführen und dass diese Kriterien schon im Folgejahr Gegenstand von Klarstellungen des Investitionsausschusses waren. Diese Überarbeitung und diese Klarstellungen erlauben es, das Fallmaterial der NKSen (wie oben gezeigt) übergeordneten Wertungsgesichtspunkten zuzuordnen. Da Klarstellungen des Investitionsausschusses als autoritative Auslegungen³⁸²¹ bindende Präjudizien sind, lässt sich von einer kohärenten Entscheidungspraxis sprechen; die Rezeption dieser Klarstellungen durch NKSen bleibt aber abzuwarten.

Die kommerzielle Natur des Entitätszwecks ist auf Basis von Satzungen, einer Firmenphilosophie oder Registereintragungen zu bestimmen. Welche Zwecke für oder gegen eine Kommerzialität sprechen, lässt sich in Randbereichen nicht genau sagen; eine Gewinnerzielungsabsicht oder ein erwerbswirtschaftlicher Zweck sprechen jedoch für einen kommerziellen Entitätszweck im Sinne der Leitsätze. Für die Rechtsform ist auf die Eigenschaft als unternehmerische Gesellschaft, eine Eintragung in einem Unternehmensregister oder eine Börsennotierung abzustellen. Da die Leit-

3819 OECD:UK-NCP:2019:UK-53-IA, Rn. 29; OECD:KR-NCP:2019:KR-16-IA, S. 5 (vage Bezugnahme); vgl. OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA, S. 6 f. (Bezugnahme auf eine Stellungnahme CIMEs und Vorstellung des Falles beim NKS-Jahrestreffen). Auffällig ist, dass die Schweizer NKS, die in ihren zahlreichen, thematisch einschlägigen Aussprüchen die gleichen Textbausteine benutzt, nicht auf ihre früheren Entscheidungen Bezug nimmt.

3820 Vgl. OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 17.

3821 Siehe: Kapitel 10 C. II.

sätze autonom vom innerstaatlichen Recht anzuwenden sind (Ls. I-2 Leitsätze 2023), kommt der Rechtsform keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Grundvoraussetzung ist aber, dass eine Entität ungeachtet ihrer innerstaatlichen Rechtsform eine gewisse organisatorische Verselbstständigung gegenüber Bezugseinheiten aufweist, die wie Staaten oder natürliche Personen nicht in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen. Für die Bestimmung der kommerziellen Natur der Geschäftstätigkeit ist ein Marktverfügbarkeitstest maßgeblich: Es kommt darauf an, ob Akteure am Markt dieselben Geschäftstätigkeiten anbieten (können); eine Ähnlichkeit genügt nicht. Für diese Prüfung hat der Investitionsausschuss einen Katalog relevanter Kriterien aufgestellt, der nach der Natur einer Tätigkeit (Wettbewerbsfähigkeit eines Produkts, Grad des wirtschaftlichen Risikos) oder ihrem Zweck fragt (Gewinnpotenzial, Anteil am Gewinn der Entität, Verwendung des Gewinns, nicht-kommerzielle Ziele der Tätigkeit).

Wie diese drei Kriterien (Entitätszweck, Rechtsform, Geschäftstätigkeit) zu gewichten sind, ist nicht abschließend geklärt. Da das Kriterium der Geschäftstätigkeit dem flexiblen Charakter der MNU-Definition (Ls. I-4 S.1 Leitsätze 2023) am besten Rechnung trägt, ist es wahrscheinlich höher als die anderen Kriterien zu gewichten.

III. Ls. I-4 S. 3 (Sektorindifferenz)

Es steht außer Frage, dass die Leitsätze grundsätzlich in allen Sektoren Anwendung finden.³⁸²² Ls. I-4 S.3 Leitsätze 2023 lässt sich in diesem Sinne entnehmen, dass die Entitäten eines MNUs in allen Sektoren (also Branchen, Wirtschaftszweigen) tätig sein können. Diese Bestimmung wurde mit der 2011er Überarbeitung der Leitsätze eingefügt; sie kodifizierte die geltende Rechtslage.³⁸²³ Die Kodifikation erschien notwendig, weil der Wortlaut der Leitsätze damals vom Leitbild klassischer Lieferketten der

3822 Siehe beispielsweise zur Anwendbarkeit der Leitsätze auf den Dienstleistungs- und Finanzsektor: *OECD*, Clarification of the Accounting Terms in the OECD Guidelines (1983), Rn. 6; *OECD*, Stocktaking Report (2022), S. 35 f.

3823 Vgl. *Nieuwenkamp* in: *OECD*, Expert Letters and Statements on the Application in the context of the financial sector (2014), Brief 3 S. 3: Im Rahmen der 2011er Überarbeitung sei es „glasklar“ gewesen, dass die Leitsätze auf den Finanzsektor wie auf jeden anderen Sektor anwendbar seien; vgl. *OECD*:SE-NCP:2008:SE-2-FS (Anwendbarkeit auf Finanzsektor); vgl. *OECD*:NL-NCP:2020:NL-30-FS, S. 4 (die 2011er Überarbeitung habe die Anwendbarkeit der Leitsätze auf alle Branchen „bestätigt“).

Industrie geprägt war.³⁸²⁴ So waren die Kommentierungen der Sorgfaltspflichtvorschriften (Ls. II-A-10 ff. Leitsätze 2011) sprachlich auf „Zulieferer“ und „Lieferketten“ ausgerichtet.³⁸²⁵ Der Dienstleistungssektor wurde kaum umrissen.³⁸²⁶ Das hätte den Schluss erlaubt, dass diese Sektoren nicht von den Leitsätzen erfasst würden. Mit der 2023er Überarbeitung wurden neutralere Formulierungen gewählt.³⁸²⁷ Im Zeitraum zwischen 2000 und 2011 lag ein weiteres Hindernis für die branchenübergreifende Anwendung der Leitsätze in der Beschränkung ihres Anwendungsbereichs auf investive Verhältnisse (*investment nexus*);³⁸²⁸ erst mit der 2011er Novelle wurde diese Voraussetzung fallen gelassen (Kapitel 2 C. I. 3.).

Die Anwendung der Leitsätze auf Unternehmen einiger Branchen kann allerdings herausfordernd sein, weil es an Erfahrungen fehlt. Jeder Sektor hat spezifische Anforderungen. Um Unsicherheiten vorzubeugen, begleitet die OECD die Leitsätze durch sektorspezifische Studien oder Bestandsaufnahmen aktueller Entwicklungen (etwa: Digitalisierung,³⁸²⁹ Korruption bei Sportveranstaltungen,³⁸³⁰ Künstliche Intelligenz³⁸³¹) und vor allem durch ihre sektorspezifischen Leitfäden (zu diesen Leitfäden: Kapitel 2 B. II. 2, Kapitel 10 A. IV.). Besonders herausfordernd ist die Anwendung der Leitsätze auf den **Finanzsektor**. Die Einfügung des S. 3 in Ls. I-4 im Jahr 2011 ist maßgeblich auf Unsicherheiten im Umgang mit dem Finanzsektor zurückzuführen.³⁸³² Es entspricht aber einer kohärenten Entscheidungspraxis, dass die Leitsätze auf den Finanzsektor anwendbar sind.³⁸³³ Hierfür lassen

3824 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 35; vgl. OECD:UK-NCP:2012:UK-30-IA, Rn. 25; vgl. OECD, RBC for Institutional Investors (2017), S. 7.

3825 Ls-Ko 2011, Rn. 14 ff.

3826 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 35.

3827 Vgl. Ls-Ko 2023, Rn. 15 ff.

3828 OECD:UK-NCP:2012:UK-30-IA, Rn. 20 ff.: Um die Leitsätze (2000er Fassung) auf die Beziehung einer Bank zu einem Darlehensnehmer anwenden zu können, lehnt die UK-NKS die Geltung des *Investment Nexus*-Test ab; vgl. auch Oshionebo, Lewis & Clark Law Review 17 (2013), 545 (584 f.).

3829 OECD, Digitalisation and RBC (2020).

3830 OECD, Organising Sporting Events: Preventing Corruption and Promoting RBC (2016).

3831 OECD, Artificial Intelligence & RBC (2019).

3832 Huarte Melgar u. a., The 2011 Update of the OECD Guidelines (2011), S. 23.

3833 OECD:SE-NCP:2008:SE-2-FS; OECD:UK-NCP:2012:UK-30-IA, Rn. 25; OECD:NL-NCP:2013:NL-23-FS, S. 4 f.; OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 7, 21 ff.; OECD:NL-NCP:2016:NL-24-FS, S. 2; OECD:NL-NCP:2016:NL-26-FS, S. 3; OECD:CH-NCP:2017:CH-16-IA, S. 8; OECD:PL-NCP:2019:PL-6-FS, S. 5; OECD:CH-NCP:2021:CH-21-IA, S. 5; OECD:US-NCP:2021:US-50-IA, S. 5; OECD:CH-NCP:2023:CH-26-IA, S. 4. In ihren Aussprüchen nehmen NKSen

sich neben S.3 auch die Kommentierungen anführen.³⁸³⁴ Die Frage ist nicht, *ob* die Leitsätze auf Finanzunternehmen Anwendung finden, sondern *wie* sie es tun.³⁸³⁵

Soweit ersichtlich, wurde die Anwendung der Leitsätze auf ein Unternehmen des Finanzsektors erstmals im Jahr 2008 durch die schwedische Kontaktstelle bejaht.³⁸³⁶ Der Fall betraf die Anwendung der Leitsätze auf eine Bank, die die Finanzierung des Baus einer Zellstofffabrik in Uruguay arrangiert hatte.³⁸³⁷ Einen weiteren Schub erfuhr die Diskussion, als die norwegische und die niederländische Kontaktstelle in einem richtungsweisenden³⁸³⁸ Fall über die Verantwortung zweier Minderheitsinvestoren (niederländischer Beamtenpensionsfonds und norwegischer Staatsfonds) in Bezug auf ihre Investition in einen Stahlkonzern zu befinden hatten.³⁸³⁹ Angesichts des äußerst geringen Anteilsbesitzes (niederländischer Fonds: 0,084 %;³⁸⁴⁰ norwegischer Fonds: 0,9 %³⁸⁴¹) verweigerte der norwegische Staatsfonds (anders als der niederländische Fonds)³⁸⁴² seine Teilnahme am Verfahren. Er begründete dies damit, dass Minderheitsinvestoren nicht von den Leitsätzen erfasst seien.³⁸⁴³ Daraufhin wurde das Thema erneut

nur selten Bezug auf frühere Fälle (OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 7, 21 ff.). Sie beziehen sich häufiger auf Leitfäden oder sonstige Auslegungshilfen der OECD (OECD:US-NCP:2021:US-50-IA, S. 5; OECD:CH-NCP:2021:CH-21-IA, S. 5; OECD:CH-NCP:2023:CH-26-IA, S. 4) oder darauf, dass sie sich mit anderen NKSen (etwa während des Jahrestreffens der NKSen auf Ebene der OECD) zur Einbeziehung von Finanzunternehmen in den Anwendungsbereich der Leitsätze ausgetauscht hätten und insofern Konsens herrsche (OECD:NL-NCP:2013:NL-23-FS, S. 5; OECD:SE-NCP:2008:SE-2-FS).

3834 Ls-Ko 2023, Rn. 12 und 17.

3835 OECD:NL-NCP:2013:NL-23-FS, S. 5.

3836 OECD:SE-NCP:2008:SE-2-FS. Dieser Entscheidung ging ihre Billigung durch das NKS-Treffen im Sommer 2007 voraus (OECD:SE-NCP:2008:SE-2-FS; vgl. *OECD*, Annual Report 2007 (2007), S. 120).

3837 OECD:SE-NCP:2008:SE-2-FS. Der Fall ist verwandt mit *IGH*, Judgment (20. April 2010), ICJ Reports 2010, 14 — „Pulp Mills“ (Argentinien ./ Uruguay). In einem späteren Fall bejahte die UK-NKS die Anwendbarkeit der Leitsätze auf eine ein Darlehen ausreichende Bank (OECD:UK-NCP:2012:UK-30-IA, Rn. 25 f.).

3838 So *Ruggie/Nelson*, Brown Journal of World Affairs 22 (2015), 99 (119 f.); vgl. *OHCHR*, Remedy in Development Finance (2022), S. 17.

3839 OECD:NL-NCP:2013:NL-23-FS; OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS.

3840 OECD:NL-NCP:2013:NL-23-FS, S. 4.

3841 OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 16.

3842 Dieser Fall endete mit einer Einigung der Parteien, vgl. OECD:NL-NCP:2013:NL-23-FS, S. 6.

3843 OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 21.

unter den Kontaktstellen diskutiert und die Anwendbarkeit der Leitsätze bekräftigt.³⁸⁴⁴

Diese Entscheidungen waren nicht selbstverständlich. Insbesondere die Sorgfaltspflichtvorschriften stellen Unternehmen der Finanzbranche vor besondere Herausforderungen, weil sie allgemein und nicht mit Blick auf die speziellen Bedürfnisse dieser Unternehmen formuliert sind.³⁸⁴⁵ Viele Unternehmen der Finanzbranche sahen die Beziehungen zu ihren Kunden und Portfoliogesellschaften nicht von der Begrifflichkeit der „Geschäftsbeziehung“ (Ls. II-A-13 f. Leitsätze 2023) erfasst.³⁸⁴⁶ Für die Finanzbranche sind komplexe und weitläufige Geschäftsbeziehungen und mit hoher Geschwindigkeit ausgeführte Transaktionen typisch.³⁸⁴⁷ So gibt es Investoren mit mehreren tausend Portfoliogesellschaften, an denen jeweils Anteile jenseits des Promillbereichs gehalten werden; einem solchen Investor wird es oft kaum möglich sein, seine Portfoliogesellschaften zu überwachen.³⁸⁴⁸ Angesichts dieser Unsicherheiten entschloss sich die OECD, mehrere Studien zur Anwendung der Leitsätze im Finanzsektor in Auftrag zu geben³⁸⁴⁹, was schließlich in mehreren sektorspezifischen Leitfäden für die Finanzbranche mündete.³⁸⁵⁰

In concreto fassen die Leitsätze die Beziehungen zwischen Finanzunternehmen und ihren Kunden, Partnern oder Portfoliogesellschaften als Geschäftsbeziehung (Ls. II-A-13 f. Leitsätze 2023) auf. Die Beteiligung am Eigenkapital,³⁸⁵¹ die Vergabe eines Kredits³⁸⁵² oder die Erbringung anderer Finanzdienstleistungen³⁸⁵³ führt grundsätzlich zum Vorliegen einer Ge-

3844 OECD, Annual Report 2013 (2013), S. 150 ff.

3845 Vgl. OECD, Annual Report 2009 (2010), S. 99; vgl. OECD, Annual Report 2013 (2013), S. 114, 152 f.; vgl. OECD, Annual Report 2014 (2014), S. 117.

3846 Gillard u. a., Scope and application of ‘business relationships’ in the financial sector (2014), S. 4.

3847 OECD, Annual Report 2019 (2020), S. 54.

3848 Gillard u. a., Due Diligence in the Financial Sector (2014), S. 7.

3849 Gillard u. a., Scope and application of ‘business relationships’ in the financial sector (2014); Gillard u. a., Due Diligence in the Financial Sector (2014).

3850 OECD, RBC for Institutional Investors (2017); OECD, Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting (2019) (besprochen von: Nietsch, ZBB 35 (2023), 264 (275 ff.)); OECD, Responsible Business Conduct Due Diligence for Project and Asset Finance Transactions (2022).

3851 Ls-Ko 2023, Rn. 17; OECD:NL-NCP:2013:NL-23-FS, S. 4 f.; OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 7; OECD, RBC for Institutional Investors (2017), S. 34 f.

3852 OECD:NL-NCP:2016:NL-24-FS, S. 2; OECD:NL-NCP:2022:NL-35-FS, S. 5.

3853 Vgl. OECD:NL-NCP:2013:NL-23-FS, S. 5: „lending, investing or other financial services“.

schäftsbeziehung zwischen dem finanzierten und dem finanzierenden bzw. dienstleistenden Unternehmen. Die Anwendbarkeit der Leitsätze hängt dabei nicht von einer Mindestgröße der Beteiligung ab; die Leitsätze sind auch auf sehr kleine Beteiligungen anwendbar.³⁸⁵⁴ Bei sehr kleinen Beteiligungen ist aber das Ausmaß der Einflussmöglichkeiten (vgl. Ls. II-A-13 Leitsätze 2023) des Investors geringer und darf seine Risikoanalyse anderweitige Prioritäten setzen.³⁸⁵⁵ Die Begründung von Geschäftsbeziehungen ist allerdings nicht grenzenlos: Die Verwahrung von Wertpapieren durch eine Bank für ihre Kunden begründet richtigerweise nur eine Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und ihren Kunden, nicht aber zwischen der Bank und der Emittentin.³⁸⁵⁶

IV. Ls. I-4 S. 6 (Staatsunternehmen)

Ls. I-4 S. 6 Leitsätze 2023 befasst sich mit Staatsunternehmen. Staatsunternehmen, die hier bewusst weit und rechtsformunabhängig als wirtschaftlich tätige Entitäten unter wesentlichem staatlichem Einfluss oder unter staatlicher Kontrolle verstanden werden,³⁸⁵⁷ engagieren sich vor allem in Branchen, auf deren ordnungsgemäßes Funktionieren privatwirtschaftliche Unternehmen angewiesen sind; hierzu zählen etwa Transportunternehmen, Versorger und Finanzunternehmen.³⁸⁵⁸ Zu nicht-traditionellen Erscheinungsformen von Staatsunternehmen zählen unter anderem Staatsfonds, Exportkreditagenturen und Entwicklungshilfeagenturen, die eng mit Staaten verbunden sind.³⁸⁵⁹

3854 OECD:NL-NCP:2013:NL-23-FS, S. 5: *In casu* ging es um eine Beteiligung in Höhe von 0,084 % (aaO, S. 4); vgl. OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 22 f.

3855 OECD:NL-NCP:2013:NL-23-FS, S. 5; OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 30, 34 f.

3856 OECD:CH-NCP:2021:CH-21-IA, S. 6; anderer Ansicht: *OHCHR*, Application of the UNGPs where private sector banks act as nominee shareholders (2021), S. 3 f.

3857 Vgl. Definitionen und Beschreibungen bei: *OECD*, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises (2015), S. 14 f.; VN Dok. A/HRC/32/45, Rn. 9–11; *Backer*, VJTL 50 (2017), 827 (858 f.); *Barnes*, State-Owned Entities and Human Rights (2022), S. 21 ff. Auch Minderheitsbeteiligungen oder goldene Aktien in Staatshand können ein Unternehmen zu einem staatlichen werden lassen.

3858 *OECD*, The Size and Sectoral Distribution of State-Owned Enterprises (2017), S. 7, 17; VN Dok. A/HRC/32/45, Rn. 13.

3859 Lp 4 VN-Leitprinzipien unterscheidet zwischen (i) Unternehmen in staatlicher Hand oder unter staatlicher Kontrolle sowie (ii) Unternehmen, die erhebliche staatliche Unterstützung oder staatliche Dienstleistungen erhalten. Zu letzteren

Ist ein Staatsunternehmen oder eine staatsnahe Entität in einen Sachverhalt involviert, ist stets die doppelte Verantwortungsträgerschaft von Unternehmen und Staaten in den Blick zu nehmen (1.). Die Regelungen der Leitsätze zu Staatsunternehmen bzw. zur Abgrenzung von (unter die Leitsätze fallenden) Staatsunternehmen und dem (nicht unter die Leitsätze fallenden) Staat sind insgesamt rudimentär (2.). Das Fallmaterial der NKSen zu Staatsunternehmen im Allgemeinen (3.) und zu den sehr relevanten Fällen finanzieller Außenwirtschaftsförderung und Entwicklungshilfe im Besonderen (4.) ist häufig widersprüchlich. Eine kohärente Entscheidungspraxis ist nur in eng umgrenzten Bereichen entstanden (5.).

1. Doppelte Verantwortungsträgerschaft

Unter den Leitsätzen sind staatliche Pflichten streng von unternehmerischer Verantwortung zu trennen.³⁸⁶⁰ Staatsunternehmen belegen jedoch den Bereich, an dem sich staatliche Pflichten und unternehmerische Verantwortung kreuzen.³⁸⁶¹ Ist ein Staatsunternehmen in einen Vorfall involviert, kommt sowohl eine Verantwortlichkeit des Staats als auch des Staatsunternehmens in Betracht.

Im Bereich der Interaktion zwischen Staaten und Wirtschaft (*state-business-nexus* im Sprachgebrauch der VN-Leitprinzipien)³⁸⁶² ist primär die Pflichtenstellung der Staaten selbst angesprochen. Staaten müssen ihre Verantwortung sowohl als solche wie auch als Eigentümer von Staatsunternehmen wahrnehmen.³⁸⁶³ In Bezug auf das Verhalten staatlicher Unternehmen verlangen die VN-Leitprinzipien von Staaten Zusatzanstrengungen (*additional steps*) zum Schutz von Menschenrechten (Lp. 4 VN-Leitprinzi-

zählen Exportkreditagenturen und Entwicklungshilfeagenturen. Staatsfonds fallen in die erste Kategorie, werden jedoch teilweise gesondert behandelt, da sie in der Regel nur Portfolioinvestitionen tätigen: *OHCHR*, UN Guiding Principles (2011), Lp. 4 und zugehöriger Kommentar; VN Dok. A/HRC/32/45, Rn. 18 f.; *Barnes*, *State-Owned Entities and Human Rights* (2022), S. 21 ff.; kritisch zu etwaigen Folgen dieser Unterscheidung in Lp. 4: *Backer*, *VJTL* 50 (2017), 827 (859 f., 884).

3860 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 41.

3861 *Backer*, *VJTL* 50 (2017), 827 (832).

3862 Vgl. *OHCHR*, UN Guiding Principles (2011), Lp. 4–6.

3863 *Backer*, *VJTL* 50 (2017), 827 (857); vgl. *Krajewski*, in: Giegerich (Hrsg.), *Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise* (2011), 35 (41).

pien).³⁸⁶⁴ Aus Sicht der OECD sollen Staaten die eindeutige Erwartung an ihre Staatsunternehmen formulieren, RBC-Standards einzuhalten.³⁸⁶⁵ Staaten müssen ihre Staatsunternehmen außerdem zu einer konstruktiven Beteiligung an spA-Verfahren bewegen.³⁸⁶⁶ Letzteres lässt sich für die Teilnehmerstaaten auch aus der RatsE-Leitsätze ableiten und ist daher eine völkerrechtsverbindliche Pflicht.³⁸⁶⁷

Darüber hinaus sind Staatsunternehmen selbst als Verantwortungsträger zu identifizieren (Ls. I-4 S. 6 Leitsätze 2023).³⁸⁶⁸ Auch wenn ihre Verantwortung im Lichte staatlicher Pflichten zu sehen ist, handelt es sich um eine eigenständige Verantwortung.³⁸⁶⁹ Die Leitsätze differenzieren nicht zwischen der Verantwortung von Staats- und Privatunternehmen. Sie weisen aber darauf hin, dass die Öffentlichkeit die Einhaltung der Leitsätze durch Staatsunternehmen besonders streng kontrolliert.³⁸⁷⁰ Staatsunternehmen haben eine Vorbildfunktion.³⁸⁷¹ Um ihrer Vorbildfunktion gerecht zu werden, sollten Staatsunternehmen danach streben, im Bereich differenzierter Anforderungen an Privatunternehmen die höchsten Anforderungen zu erfüllen. Ist ein Staatsunternehmen nicht börsennotiert, sollte es sich beispielsweise dennoch an den strengeren Bilanzierungs- und *Compliance*-

3864 Näher: VN Dok. A/HRC/32/45, Rn. 22 ff. Für eine inter-amerikanische Perspektive siehe: *Schönsteiner*, BHRJ 7 (2022), 397 (397 ff.).

3865 Art. IV Abs. 2 „Recommendation of the Council on the Role of Government in Promoting Responsible Business Conduct“ (*Empfehlung des Rates zur Rolle der Regierungen bei der Förderung verantwortungsvoller Unternehmensführung*), 12. Dezember 2022. Verfügbar unter: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0486> (zuletzt abgerufen am 23. Januar 2026).

3866 VN Dok. A/HRC/32/45, Rn. 86.

3867 Die Pflicht eines Staates, auf die Kooperation seines Staatsunternehmens mit einer NKS hinzuwirken, fließt aus Sicht der norwegischen NKS aus Art. I-1 RatsE-Leitsätze 2023 (OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 24; die NKS nennt diese Norm nicht explizit, paraphrasiert sie aber).

3868 OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 23.

3869 Vgl. *Backer*, VJTL 50 (2017), 827 (856, 864).

3870 Ls-Ko 2023, Rn. 10; vgl. auch OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 23.

3871 Art. IV Ratsempfehlung zur Rolle der Regierungen im Bereich unternehmerischer Verantwortung (für eine Fundstelle dieser Ratsempfehlung siehe bereits Fußnote 3865); vgl. VN Dok. A/HRC/32/45, Rn. 52 (abgeleitet aus *OHCHR*, UN Guiding Principles (2011), Lp. 4: Aus den Zusatzanstrengungen, die Lp. 4 von Staaten fordert, sei abzuleiten, dass Staaten ihre Unternehmen verpflichten sollten, als Vorbilder zu agieren.).

Vorschriften für börsennotierte Unternehmen orientieren und nicht an denjenigen nicht gelisteter Unternehmen.³⁸⁷²

Im Rahmen der doppelten Verantwortungsträgerschaft von Staaten und Staatsunternehmen bedarf insbesondere die Reichweite der Verantwortungen beider Verantwortungsträger näherer Betrachtung. Unter dem Blickwinkel der OECD-Leitsätze stellt sich diese Frage als eine Frage des Anwendungsbereichs der Leitsätze: Da die Leitsätze lediglich die unternehmerische Verantwortung behandeln, kommt es für sie nur darauf an, ob überhaupt ein Unternehmen in die Verantwortung genommen werden kann. Das wirft die Frage nach dem Verhältnis zwischen staatlicher und staatsunternehmerischer Verantwortung auf. So könnte man nämlich davon ausgehen, dass eine bestehende staatliche Verantwortung die Verantwortung eines Staatsunternehmens unter den Leitsätzen verdrängt. Denkbar ist aber auch, dass die Leitsätze eine überlappende Verantwortung von Staatsunternehmen und Staaten zulassen.

Meines Erachtens ist eine Verdrängungswirkung staatlicher Verantwortung abzulehnen. Beide Verantwortungsträgerschaften bestehen unabhängig voneinander und können sich überlappen. Die Leitsätze liefern für diese Unabhängigkeit mehrere Hinweise. Erstens verfolgen sie einen inklusiven Ansatz (Ls. I-4 S. 2 Hs. 1, I-6 S. 1 Leitsätze 2023). Zweitens wird in Ls. I-2 S. 3 Leitsätze 2023 und an anderen Stellen³⁸⁷³ der Leitsätze deutlich, dass ein Unternehmen sein Verhalten nicht dadurch entschuldigen kann, dass ein Staat seiner Verantwortung nicht gerecht geworden ist. Ls. I-2 Leitsätze 2023 verfolgt das Ziel einer möglichst breitflächigen Anwendung der Leitsätze; ihr Anwendungsanspruch wird nur für den Fall eines unüberwindbaren Widerspruchs zwischen staatlichen Vorgaben und Erwartungen der Leitsätze (Ls. I-2 S. 4 f. Leitsätze 2023) zurückgenommen (siehe: Kapitel 2 C. III.). Drittens erklärt Ls. I-4 S. 6 Leitsätze 2023 es für den MNU-Begriff der Leitsätze für irrelevant, dass der Staat am Eigenkapital eines Unternehmens beteiligt ist; damit erklärt diese Norm zugleich staatlichen Einfluss für irrelevant. Durch eine Anteilseignerstellung werden schließlich Stimmrechte und Personalbestimmungsmacht vermittelt, die wesentlichen Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens erlauben.

3872 Ls-Ko 2023, Rn. 31: „To the extent that they are deemed applicable in light of the nature, size and location of enterprises, these disclosure recommendations may also be a useful tool to improve corporate governance in non-traded enterprises; for example [...] State-owned enterprises.“; OECD, OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises (2015), Kapitel VI-*Chapeau*; VN Dok. A/HRC/32/45, Rn. 36.

3873 Ls. IV-*Chapeau* S. 1 Leitsätze 2023, Ls-Ko 2023, Rn. 43.

Viertens ist eine Verdrängungswirkung staatlicher Pflichten zu Lasten einer unternehmerischen Verantwortung nicht betroffenenfreundlich. Bestehen beide Verantwortungsträgerschaften parallel, kann ein Betroffener den für ihn aussichtsreichsten Weg beschreiten. Wird die unternehmerische Verantwortung durch eine staatliche Verantwortung verdrängt, sieht er sich zahlreichen Hürden ausgesetzt, die die Schutzstandards der Leitsätze unterlaufen.³⁸⁷⁴ So müsste der Betroffene nachweisen, dass er sich auf eine staatliche Völkerrechtspflicht zu seinem Schutz berufen kann. Im Menschenrechts- und Beschäftigungsbereich wird dies einfacher sein als in den Bereichen Umwelt, Verbraucherschutz, Wissenschaft, Wettbewerb und Steuern, die von den Leitsätzen ebenfalls erfasst werden. Die Pflichtenstellung der Staaten in diesen Bereichen müsste außerdem eine extraterritoriale Dimension aufweisen, um das Schutzniveau der Leitsätze zu erreichen. Schließlich wäre das Individuum, selbst wenn derartige Pflichten bestehen, mangels zugänglicher Foren in vielen Regelungsbereichen³⁸⁷⁵ auf diplomatischen Schutz (sofern dessen Anwendbarkeit unterstellt werden kann)³⁸⁷⁶ durch seinen Heimatstaat angewiesen.³⁸⁷⁷

Die besseren Gründe sprechen deshalb dafür, unter den Leitsätzen von der Unabhängigkeit staatlicher und staatsunternehmerischer Verantwortung auszugehen. Ob Betroffene bei hinreichender staatlicher Einflussnahme auf ein MNU gegen den Staat als weiteren Akteur vorgehen können, wird von den Leitsätzen nicht geregelt und bleibt von ihnen unberührt.

3874 *Backer*, VJTL 50 (2017), 827 (862 f., 878, 884 f.).

3875 Im Bereich der Menschenrechte dürften zugängliche Foren hingegen bestehen. So verneinte der Menschenrechtsausschuss in einem einschlägigen Fall (*Menschenrechtsausschuss*, Decision (26. Juli 2017), Az. 2285/2013 — Issa Yassin u. a. ./ Canada) die Zulässigkeit der Beschwerde nur wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls und ließ die Möglichkeit künftiger Beschwerden offen. Die Beschwerde richtete sich gegen den kanadischen Staat, der für das Verhalten kanadischer Unternehmen im Ausland verantwortlich gemacht werden sollte.

3876 Insbesondere wäre Voraussetzung, dass die Regelungen des diplomatischen Schutzes für alle subjektiven völkerrechtlichen Rechte des Individuums gelten (wohl bejahend: *IGH*, Judgment (24. Mai 2007), ICJ Reports 2007, 582 (Rn. 39) — „Diallo“ (Guinea ./ DR Congo), Preliminary Objections) und auf Konstellationen mit extraterritorialer Dimension Anwendung finden.

3877 Siehe nur: *Peters*, *Jenseits der Menschenrechte* (2014), S. 347.

2. Entwicklung von Abgrenzungskriterien

Auch wenn beide Verantwortungsträgerschaften unabhängig voneinander bestehen, stellt sich die Frage, wann die Grenzen des MNU-Begriffs der Leitsätze erreicht sind. Ab einem gewissen Grad an Staatsnähe ist eine Entität nicht mehr als MNU im Sinne des Ls. I-4 Leitsätze 2023 anzusehen, sondern als der Staat selbst.

Da die MNU-Definition der Leitsätze nur wenige Anhaltspunkte für diese Abgrenzung enthält, ist zunächst zu überlegen, ob sich Anleihen beim allgemeinen Völkerrecht anbieten. Aus dem Kreis der in Betracht kommenden Kriterienkataloge drängen sich vor allem zwei auf: Es handelt sich um (i) die Zurechnungsregeln der Artikel der Völkerrechtskommission zur Staatenverantwortlichkeit (*Articles on State Responsibility*, ASR)³⁸⁷⁸ und (ii) die Regelungen zur Abgrenzung zwischen hoheitlichen und privatwirtschaftlichen Handlungen im Bereich der Staatenimmunität³⁸⁷⁹.

Beide Kriterienkataloge sollten für die Leitsätze meines Erachtens allerdings nicht fruchtbar gemacht werden. So würden diese Kriterien bei Anwendung auf Ls. I-4 Leitsätze 2023 aus ihrem ursprünglichen Anwendungskontext gerissen; sie können deshalb von vornherein nicht unbesehen auf die Leitsätze übertragen werden.³⁸⁸⁰ Ihre Heranziehung ist stark begründungsbedürftig. Mit Blick auf den Kriterienkatalog im Bereich der Staatenimmunität kommt hinzu, dass die Kriterien zur Unterscheidung zwischen hoheitlichen und privatwirtschaftlichen Akten ihrerseits umstritten und in vielen Einzelfragen ungeklärt sind³⁸⁸¹ und deshalb von vornherein nur einen geringen Erkenntnisgewinn bieten. Unklar ist beispielsweise, wie isoliert ein Akt betrachtet werden darf oder ob statt oder neben seiner

3878 Enthalten in: VN, *Materials on the Responsibility of States* (2023).

3879 Zu diesen Kriterien siehe beispielsweise: *IGH*, Judgment (3. Februar 2012), ICJ Reports 2012, 99 (Rn. 59 ff.) — „Jurisdictional Immunities“ (Germany ./ Italy, Greece intervening); *Stoll*, *State Immunity*, MPEPIL (2011), Rn. 25 ff.; vgl. Art. 7 Abs. 1 „European Convention on State Immunity“ (*Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität, ECSI*), Unterzeichnung: 16. Mai 1972, Inkrafttreten: 11. Juni 1976, ETS 74; Art. 2 Abs. 1 lit. c), Abs. 2 UNCSI („United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property“ (*Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit, UNCSI*), Unterzeichnung: 2. Dezember 2004, noch nicht in Kraft getreten, ILM 44 (2005), 803).

3880 Vgl. *IGH*, Judgment (30. März 2023), ICJ Reports 2023, 51 (Rn. 48, 53) — „Certain Iranian Assets“ (Iran ./ USA), Merits; vgl. *Backer*, *VJTL* 50 (2017), 827 (862): „[...] *policy distortion in the pursuit of coherence and legal harmonization.*“

3881 *Stoll*, *State Immunity*, MPEPIL (2011), Rn. 26.

Natur sein Kontext und Zweck zu berücksichtigen sind.³⁸⁸² Insbesondere aber können beide Kriterienkataloge für die Leitsätze nur dann herangezogen werden, wenn eine Überlappungsfreiheit zwischen ausreichender Staatsnähe eines MNU nach den allgemeinvölkerrechtlichen Kriterien und ausreichender Staatsferne nach den Leitsätzen besteht. Man müsste also davon ausgehen, dass die Verantwortung eines Staatsunternehmens unter den Leitsätzen exakt dort endet, wo sein Verhalten dem Staat zurechenbar ist oder es hoheitlicher Natur ist. Das ist schon von der Grundannahme her fehlgeleitet, da, wie soeben hergeleitet, staatliche und unternehmerische Verantwortung nach der Konzeption der Leitsätze unabhängig voneinander bestehen. Speziell mit Blick auf die Zurechnungsregelungen der ASR ist eine Überlappungsfreiheit sogar ausgeschlossen. So verlangt der Völkergewohnheitsrecht widerspiegelnde³⁸⁸³ Art. 8 ASR für die Zurechnung unternehmerischen Verhaltens an den Staat, dass das Verhalten durch den Staat geleitet wurde oder in dessen Auftrag oder Kontrolle stattfindet.³⁸⁸⁴ Ls. I-4 S. 6 Leitsätze 2023 erklärt demgegenüber die Eigentümerstellung des Staates für irrelevant; da mit der Eigentümerstellung Einfluss verbunden ist, liegt dieser Norm die Vorstellung zugrunde, dass auch eine Leitung oder Kontrolle eines MNU durch einen Staat die Anwendbarkeit der Leitsätze nicht ausschließt. Die Anwendungsbereiche beider Regelungen überlappen sich folglich: Das Verhalten des Staatsunternehmens könnte sowohl nach Art. 8 ASR dem Staat zurechenbar sein als auch eine Verantwortlichkeit des MNU unter den Leitsätzen auslösen.

Die Reichweite des MNU-Begriffs und die Abgrenzung staatlicher von unternehmerischer Verantwortung ist deshalb aus den Leitsätzen selbst zu gewinnen. Den Ausgangspunkt aller Überlegungen bildet der bereits vielfach erwähnte Ls. I-4 S. 6 Leitsätze 2023. Diese Norm erklärt die Anteilseignerstellung des Staates und damit dessen Einflussnahme auf ein Unterneh-

3882 Vgl. den Kompromiss in Art. 2 Abs. 2 UNCSI; Wittich, Article 2(1)(c) and (2) and (3), UNCSI Commentary (2013), S. 54 ff.; Barnes, State-Owned Entities and Human Rights (2022), S. 176 ff. Das Bundesverfassungsgericht plädiert dafür, nur die Natur eines Akts zu beachten (BVerfGE 16, 27 (juris-Rn. 143 f.) — „Iranische Botschaft“).

3883 IGH, Judgment (26. Februar 2007), ICJ Reports 2007, 43 (Rn. 398 ff.) — „Bosnian Genocide Case“ (Bosnia & Herzegovina ./ Serbia), Merits.

3884 Die Voraussetzungen sind umstritten. Für den *Effective Control*-Standard: IGH, Judgment (26. Februar 2007), ICJ Reports 2007, 43 (Rn. 402 ff.) — „Bosnian Genocide Case“ (Bosnia & Herzegovina ./ Serbia), Merits. Für einen *Overall Control*-Standard: ICTY, Judgment (15. Juli 1999), Az. IT-94-1-A, Rn. 115 ff. — „Duško Tadić“; vgl. im Zusammenhang mit Staatsunternehmen: Barnes, State-Owned Entities and Human Rights (2022), S. 225 ff.

men für irrelevant. Der Grad der Autonomie eines Staatsunternehmens ist deshalb ebenso wenig wie die Besetzung seiner Führungsgremien mit Staatsvertretern ein geeignetes Kriterium zur Bestimmung der Reichweite des MNU-Begriffs. Staatlicher Einfluss auf ein Unternehmen entbindet es nicht von seiner Verantwortung unter den Leitsätzen.

Relevant ist aber Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 2 Leitsätze 2023, der die kommerzielle Ausrichtung einer Entität zum konstitutiven Merkmal eines MNUs erklärt. Diese Norm nennt mit der Rechtsform, dem Entitätszweck und seiner Geschäftstätigkeit drei relevante Kriterien. In Bezug auf die **Rechtsform** ist zu bedenken, dass ein Staat bereits begrifflich kein Unternehmen ist. Es ist notwendig, dass eine gesonderte, vom Staat verschiedene Entität vorliegt.³⁸⁸⁵ Unter den Leitsätzen ist das Kriterium der Rechtsform nicht formell zu verstehen; vielmehr genügt meines Erachtens ein gewisser Grad an organisatorischer Verselbstständigung (siehe: II. 2.). Ein Ministerium beispielsweise, das sich selbst unmittelbar wirtschaftlich betätigt, erfüllt den Begriff des MNUs mangels hinreichender Verselbstständigung nicht. Bei einem kommunalen Eigenbetrieb ist das trotz seiner fehlenden Rechtsfähigkeit angesichts seines Grades an Selbstständigkeit und Unabhängigkeit möglicherweise anders zu beurteilen.³⁸⁸⁶ Mit Blick auf den **Entitätszweck und die Geschäftstätigkeit** ist zu bedenken, dass es um eine Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Zwecken und Tätigkeiten geht. Es geht nicht um eine Abgrenzung hoheitlicher von nicht-hoheitlichen Tätigkeiten. Die Abgrenzungen sind nicht deckungsgleich. Die Charakterisierung eines Akts als nicht-hoheitlich heißt nicht, dass er auch wirtschaftlicher Art ist. Auch politische³⁸⁸⁷ oder gemeinnützige Tätigkeiten und Zwecke stellen die kommerzielle Ausrichtung in Frage, auch wenn sie nicht-hoheitlich sind.

3885 So auch der IGH (*IGH*, Judgment (13. Februar 2019), ICJ Reports 2019, 7 (Rn. 84 ff.) — „Certain Iranian Assets“ (Iran ./ USA), Preliminary Objections).

3886 Zu kommunalen Eigenbetrieben siehe: *Cronauge*, Kommunale Unternehmen (2016), Rn. 176 ff.

3887 *OECD*, Initial Assessment Guide (2019), S. 21: „Issues that are solely political or not commercial in nature are not related to the purpose of the Guidelines and would not be relevant for further consideration by NCPs.“

3. Beispiele aus dem Fallmaterial

Das Fallmaterial zum Grenzbereich zwischen Staat und Privatwirtschaft wird von Interessenträgern als tendenziell widersprüchlich empfunden.³⁸⁸⁸ Von einer kohärenten Entscheidungspraxis ist daher grundsätzlich nicht auszugehen; sie besteht nur in engen Grenzen. NKSen mussten sich bereits zur Einstufung von staatlichen Stellen (a)), internationalen Organisationen (b)) und Staatsunternehmen (c)) äußern.

a) Staatliche Stellen

Der Staat selbst ist kein MNU im Sinne der Definition der Leitsätze. Zu dieser so kardinalen Frage, dass die Leitsätze nicht auf staatliches Handeln anwendbar sind, besteht in der Tat eine kohärente Entscheidungspraxis.³⁸⁸⁹ Dieses Ergebnis ist eindeutig, wenn staatliche Stellen eine Tätigkeit ausüben, die zum Kernbestand hoheitlicher Aufgaben zählt. Dazu gehören im Allgemeinen Staatsanwaltschaften und das Gerichts- bzw. Justizsystem.³⁸⁹⁰ Im Besonderen zählen dazu Personen, die im Rahmen der ihnen anvertrauten Aufgaben an einem Gerichtsverfahren beteiligt sind

3888 Vgl. *OECD*, Stocktaking Report (2022), S. 39.

3889 *OECD:IC:2018:IC-2-SS*, Rn. 41; *OECD:NO-NCP:2012:NO-8-IA*, S. 5 f.; *OECD:CA-NCP:2014:CA-11-IA*, Rn. 16; *OECD:UK-NCP:2014:UK-40-IA*, Rn. 37 f.; *OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS*, Rn. 42; *OECD:FR-NCP:2016:FR-21-FS*, S. 5; *OECD:SE-NCP:2016:SE-4-FS*, S. 10; *OECD:US-NCP:2016:US-45-IA*, S. 4, 10 f. (allerdings ist die Differenzierung der US-NKS zwischen der unternehmerischer und staatlicher Verantwortung wenig überzeugend); *OECD:UK-NCP:2020:UK-57-IA*, Rn. 35; *OECD:FR-NCP:2022:FR-35-FS*, S. 4. Siehe auch die restlichen im Haupttext genannten Fälle. Ich bejahe das Vorliegen einer kohärenten Entscheidungspraxis wegen der hohen Zahl der einschlägigen Fälle und der ungewöhnlichen Deutlichkeit, mit der NKSen die Anwendung der Leitsätze auf staatliches Verhalten ablehnen. Von einer Ausnahme abgesehen (*OECD:US-NCP:2016:US-45-IA*, S. 10 f.) zitieren sich die Ansprüche allerdings nicht gegenseitig. Dies wird indes dadurch aufgefangen, dass sich auch der Investitionsausschuss dieser Ansicht angeschlossen hat (*OECD:IC:2018:IC-2-SS*, Rn. 41), wenn auch nur in der Antwort auf eine Rüge und nicht in einer autoritativen und verbindlichen Klarstellung.

3890 *OECD:LV-NCP:2016:LV-1-IA*; *OECD:IT-NCP:2016:IT-8-IA*, Rn. 9, 17 (allerdings mit verfahrensbezogener Begründung: Eine NKS dürfe sich nicht in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichtssystems einmischen); *OECD:IT-NCP:2016:IT-15-IA*, Rn. 11 und *OECD:IT-NCP:2016:IT-16-IA*, Rn. 11 (jeweils unter Hinweis auf UmVerf-Ko 2011, Rn. 26).

(Gerichtspräsidenten, Richter, Urkundsbeamte, Gerichtsvollzieher, Anwälte).³⁸⁹¹ Auch Beschwerden gegen die Finanzmarktaufsicht oder Steuerbehörden wurden verworfen.³⁸⁹²

Mindestens zwei Konstellationen bedürfen besonderer Aufmerksamkeit. Die erste Konstellation betrifft die Beteiligung eines Unternehmens an einer staatlichen (und gegebenenfalls hoheitlichen) Handlung. Der Investitionsausschuss hatte im Rügeverfahren gegen die australische NKS Gelegenheit, sich zu dieser Problematik zu äußern. Im Ausgangsverfahren war die AU-NKS angerufen worden, um die Geschäftstätigkeit eines Sicherheitsunternehmens zu überprüfen, das die australische Regierung mit Leitungs- und Sicherheitsaufgaben in einem Lager für Asylsuchende beauftragt hatte.³⁸⁹³ Das Lager war bekannt für seine unmenschlichen Zustände.³⁸⁹⁴ Die AU-NKS lehnte die Beschwerde ab. Sie argumentierte, dass eine Überprüfung des Verhaltens des Sicherheitsunternehmens zugleich eine inzidente Bewertung der Politik der australischen Regierung (*notabene*: deren Teil die AU-NKS ebenfalls war) bedeute; letzteres sei nicht Aufgabe einer NKS.³⁸⁹⁵ Dieses Argument ist nicht überzeugend. Den Leitsätzen lässt sich deutlich entnehmen, dass staatliches Fehlverhalten die Verantwortlichkeit eines MNU nicht mindert und eine Verantwortungskette nicht unterbrochen wird.³⁸⁹⁶ Der in zweiter Instanz angerufene Ausschuss verdeutlichte deshalb, dass unternehmerische Verantwortung getrennt von staatlichen Pflichten zu beurteilen ist und dass es Aufgabe einer NKS ist, sorgfältig zwischen beidem zu trennen.³⁸⁹⁷ Er verwarf damit implizit die Argumentation der AU-NKS. Anfügen sollte man meines Erachtens, dass die Differenzierung zwischen staatlicher und unternehmerischer Verantwortung nicht nur der NKS zufällt. Es ist zugleich Aufgabe eines Beschwerdeführers,

3891 OECD:IT-NCP:2016:IT-8-IA, Rn. 16; OECD:IT-NCP:2016:IT-15-IA, Rn. 11, 19; OECD:IT-NCP:2016:IT-16-IA, Rn. 11, 19. (Die Beschwerdegegner werden zu Beginn dieser Aussprüche genannt.).

3892 OECD:LV-NCP:2016:LV-1-IA.

3893 OECD:AU-NCP:2015:AU-7-IA.

3894 Vgl. *Ausschuss gegen Folter*, Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Australia (2014), Rn. 17.

3895 OECD:AU-NCP:2015:AU-7-IA.

3896 Sie halten beispielsweise fest, dass eine Geschäftsbeziehung (vgl. Ls. II-A-13 f. Leitsätze 2023) eines MNU auch zu einem Staat bestehen kann (Ls-Ko 2023, Rn. 17) oder dass mit den Leitsätzen unvereinbare nationale Gesetze die Verantwortung eines MNU nicht mindern (Ls. I-2 S. 3 Leitsätze 2023); vgl. OECD:UK-NCP:2020:UK-57-IA, Rn. 35.

3897 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 41–44.

ein unternehmerisches Fehlverhalten herauszuarbeiten; es genügt nicht, in der Beschwerdeschrift die Völkerrechtswidrigkeit staatlicher Handlungen herauszustellen, die das Verhalten des Unternehmens ermöglichen.³⁸⁹⁸

Die zweite Konstellation betrifft Fälle, in denen staatliche Stellen eine Tätigkeit ausüben, die auch als kommerziell eingestuft werden könnte. Abgesehen von Fällen zu Exportkreditagenturen, die ich gesondert besprechen werde (siehe unter 4.), interessiert ein Fall der dänischen NKS. *In casu* untersuchte die DK-NKS den Vorwurf, dass das dänische Verteidigungsministerium für den Bau eines Inspektionsschiffs mit einem Unternehmen kontrahiert habe, dessen Zulieferer möglicherweise nordkoreanische Zwangsarbeiter eingesetzt hatte.³⁸⁹⁹ Dieser Fall ist allerdings besonders gelagert, weil der dänischen NKS auf Basis des zu ihrer Errichtung erlassenen Gesetzes die Befugnis zusteht, das Verhalten dänischer Behörden zu überprüfen.³⁹⁰⁰ Da die Untersuchung behördlichen Verhaltens demnach auf eine spezielle Rechtsgrundlage zurückgreifen kann, wird man aus diesem Fall keine Rückschlüsse für die Befugnisse anderer NKSen ziehen können. In einer Handreichung der OECD findet sich gleichwohl ein an diesen Fall angelehntes Beispiel. So heißt es, dass zu prüfen ist, ob die Tätigkeiten der Behörde kommerzieller Natur sind.³⁹⁰¹ Ein Vorgehen gegen staatliche Stellen, die kommerziellen Tätigkeiten nachgehen, wäre demnach nicht von vornherein ausgeschlossen. Ich halte das für falsch; maßgeblich muss das Kriterium der organisatorischen Verselbstständigung sein. Insofern sei daran erinnert, dass solche offiziellen Handreichungen keinen gesteigerten interpretativen Wert genießen.³⁹⁰²

b) Internationale Organisationen

Neben staatlichen Stellen war auch die Tätigkeit internationaler Organisationen Gegenstand von Beschwerden. Alle Beschwerden gehen auf denselben kamerunischen Beschwerdeführer zurück. Der Beschwerdeführer, ein ehemaliger Beschäftigter eines Versorgungsunternehmens, wandte sich

3898 In diesem Sinne: OECD:NO-NCP:2012:NO-8-IA, S. 4 ff.

3899 OECD:DK-NCP:2018:DK-17-FS.

3900 Vgl. § 3 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 546 vom 18. Juni 2012, abrufbar unter: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2012/546> (aus dem Dänischen mit *DeepL* übersetzt).

3901 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 21.

3902 Siehe: Kapitel 10 B. III.

gegen verschiedene Entwicklungsbanken (Weltbank,³⁹⁰³ Afrikanische Entwicklungsbank,³⁹⁰⁴ Europäische Entwicklungsbank³⁹⁰⁵), die als Konsortium im Zusammenhang mit der Finanzierung und Privatisierung seines ehemaligen Arbeitgebers tätig waren. Er machte eine Entgeltdiskriminierung durch das Versorgungsunternehmen geltend, die durch die Entwicklungsbanken gefördert oder ermöglicht worden sei.³⁹⁰⁶ In keinem der Fälle erging eine Entscheidung zur MNU-Eigenschaft einer internationalen Organisation. Die luxemburgische NKS enthielt sich ausdrücklich jeglicher Stellungnahme dazu.³⁹⁰⁷ In jedem der Fälle wurde die Annahmefähigkeit der Beschwerde aus anderen Gründen verneint (fehlende Zuständigkeit,³⁹⁰⁸ individuelle Arbeitsrechtsstreitigkeit,³⁹⁰⁹ Vorbefassung³⁹¹⁰). Beantwortet wurde einzig die Frage der örtlichen Zuständigkeit einer NKS: Sollten solche Beschwerden annahmefähig sein, könnte nur die NKS des Sitzstaates der internationalen Organisation zuständig sein.³⁹¹¹ Die Zuständigkeit der NKSen der Mitgliedsstaaten der internationalen Organisation ist zu verneinen.³⁹¹²

c) Staatsunternehmen

In den allermeisten Verfahren wird die Tatsache, dass ein Beschwerdegegener in mehr oder weniger enger Beziehung zu einem Staat steht, nicht thematisiert. Schon in der Sache *Europäische Luftfahrtkonsortien* wurde nur beiläufig bemerkt, dass die beteiligten Fluggesellschaften Staatsunternehmen waren.³⁹¹³ Das Fallmaterial der NKSen setzt diese Praxis fort.

3903 OECD:CH-NCP:2023:CH-28-IA (Die Beschwerde lässt offen, welcher Rechtsträger der Weltbankgruppe gemeint ist.).

3904 OECD:SE-NCP:2023:SE-#-IA.

3905 OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA.

3906 OECD:CH-NCP:2023:CH-28-IA; OECD:SE-NCP:2023:SE-#-IA, S. 1 f.; OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 2.

3907 OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 7.

3908 OECD:CH-NCP:2023:CH-28-IA; OECD:SE-NCP:2023:SE-#-IA, S. 3 f.

3909 OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 4 ff. (Verweis auf Gesamtschau an Gründen).

3910 OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 4 ff. (Verweis auf Gesamtschau an Gründen); vgl. OECD:CH-NCP:2023:CH-28-IA.

3911 OECD:CH-NCP:2023:CH-28-IA; OECD:SE-NCP:2023:SE-#-IA, S. 3 f.; OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 3.

3912 OECD:SE-NCP:2023:SE-#-IA, S. 3 f.; OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 3.

3913 OECD Dok. DAF/IME/79.25, Rn. 3.

Die Tatsache, dass ein Staat einziger (Schweden und *Vattenfall*;³⁹¹⁴ Katar und *Qatar Airways*³⁹¹⁵), Mehrheits- (Frankreich und EDF;³⁹¹⁶ Kanton Bern und BKW³⁹¹⁷) oder Minderheitsgesellschafter (Brasilien und *Petrobras*;³⁹¹⁸ Land Niedersachsen und *Volkswagen*;³⁹¹⁹ Bund und DHL³⁹²⁰) ist oder über goldene Aktien (Brasilien und *Vale*;³⁹²¹ Italien und ENI³⁹²²) verfügt, findet entweder keine gesonderte Erwähnung oder wird lediglich *colorandi causa*³⁹²³ erwähnt. Dies gilt sogar für (aus Sicht der NKS) fremdstaatliche Staatsunternehmen.³⁹²⁴

Dem stehen (jenseits des Bereichs der Außenwirtschaftsförderung) nur wenige Fälle gegenüber, in denen sich NKSen mit der Eigenschaft einer Entität als Staatsunternehmen auseinandergesetzt haben. Beispielsweise benutzte die neuseeländische NKS sie im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als Argument gegen den MNU-Charakter einer Abwicklungsgesellschaft.³⁹²⁵ Der Verweis auf den Charakter als Staatsunternehmen diene der NZ-NKS indes nicht als tragendes Argument, sondern lediglich

3914 OECD:DE-NCP:2010:DE-11-IA; OECD:NL-NCP:2018:NL-32-IA; <https://group.vattenfall.com/who-we-are/corporate-governance/shareholder> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3915 OECD:AU-NCP:2022:AU-26-IA; *Qatar Airways Group QCSC*, Consolidated Financial Statements 2025 (2025), S. 10.

3916 OECD:FR-NCP:2020:FR-26-FS; mittlerweile Übernahme sämtlicher Anteile: <https://www.edf.fr/en/the-edf-group/dedicated-sections/investors/2022-tender-offer/documents> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3917 OECD:CH-NCP:2020:CH-20-IA; Art. 7 des Gesetzes über die Beteiligung des Kantons an der BKW AG vom 21. März 2018, https://www.belex.sites.be.ch/app/de/texts_of_law/741.3 (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3918 OECD:BR-NCP:2021:BR-32-FS; <https://www.investidorpetrobras.com.br/en/overview/shareholding-structure/> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3919 OECD:DE-NCP:2007:DE-7-IA; OECD:DE-NCP:2008:DE-9-IA; <https://www.volkswagen-group.com/de/aktionaersstruktur-15951> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3920 OECD:DE-NCP:2014:DE-14-FS; <https://group.dhl.com/de/investoren/aktie/aktionaersstruktur.html> (gehalten über KfW; zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3921 OECD:BR-NCP:2019:BR-25-FS; <https://vale.com/check-out-our-company> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3922 OECD:BR-NCP:2022:BR-39-FS; *ENI SpA*, Corporate Governance and Shareholding Structure Report 2024 (2025), S. 24 ff.

3923 Insbesondere im Zusammenhang mit der Beschreibung der Identität des Beschwerdegegners (vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 33).

3924 OECD:DE-NCP:2010:DE-11-IA; OECD:NL-NCP:2018:NL-32-IA; OECD:AU-NCP:2022:AU-26-IA; OECD:BR-NCP:2022:BR-39-FS. Siehe aber auch die enge Zusammenarbeit mit der NKS des Heimatstaats in: OECD:SE-NCP:2016:SE-4-FS.

3925 OECD:NZ-NCP:2016:NZ-5-IA.

zur Unterstreichung des öffentlichen und nicht kommerziellen Charakters der Abwicklungsgesellschaft. In ihrer richtungsweisenden Entscheidung zum norwegischen Staatsfonds befasst sich die NO-NKS ausführlich mit dessen Governance-Struktur³⁹²⁶ und betont seine Vorbildrolle und Pflicht zur Zusammenarbeit mit der NKS wie auch die Verantwortung des Staates³⁹²⁷.

Insgesamt überwiegt die Nichtbeachtung des Charakters eines Unternehmens als Staatsunternehmen. Da demnach keine eindeutige Aussage von NKSen zur Behandlung von Staatsunternehmen vorliegt, ist eine kohärente Entscheidungspraxis zu verneinen. Diese Nichtbeachtung zeigt entweder, dass Staatsunternehmen in NKS-Verfahren keine Vorzugsbehandlung genießen oder dass NKSen dies zumindest nicht öffentlich behaupten wollen.³⁹²⁸ Andererseits bleibt die Vorbildrolle staatlicher Unternehmen auf diese Weise ebenfalls unberücksichtigt.

4. Finanzielle Außenwirtschaftsförderung und Entwicklungshilfe

Die Bereiche der finanziellen Außenwirtschaftsförderung und der Entwicklungshilfe haben einige Aufmerksamkeit in Aussprüchen der NKSen erfahren. Soweit ersichtlich, wurde die finnische NKS³⁹²⁹ im Jahr 2006 als erste NKS mit einem entsprechenden Sachverhalt befasst; fast ein Jahrzehnt später folgte ihr die niederländische NKS³⁹³⁰, die der Diskussion durch ihre gegenteilige Entscheidung neuen Schwung verlieh. Während einige NKSen die mittlerweile zahlreichen thematisch einschlägigen Entscheidungen anderer NKSen ausblenden (wie sie bisweilen die Thematiken der Entwicklungshilfe und finanziellen Außenwirtschaftsförderung auch insgesamt aus-

3926 OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 17 ff.

3927 OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 23 ff.

3928 Vgl. den Vorwurf der Parteilichkeit gegenüber der FR-NKS in einem Verfahren gegen EDF: Müller-Hoff, *Le mécanisme de plainte de l'OCDE: remède ou complexité?*, Business & Human Rights Resource Centre (23. April 2018). Vgl. auch die Mutmaßung von OECD Watch, dass die strenge Behandlung des norwegischen Staatsfonds in einem Verfahren der NO-NKS personelle Konsequenzen hatte (OECD Watch, *The Norwegian Government is getting rid of a critical NCP voice*, OECD Watch (23. Februar 2015)).

3929 OECD:FI-NCP:2006:FI-1-IA.

3930 OECD:NL-NCP:2015:NL-26-IA; OECD:NL-NCP:2016:NL-26-FS. (In OECD:FR-NCP:2015:FR-20-IA erfolgte keine Auseinandersetzung mit dem Charakter der französischen Entwicklungshilfeagentur.).

blenden),³⁹³¹ beziehen sich andere NKSen auf frühere Aussprüche anderer NKSen.³⁹³² Letzteres bedeutet allerdings nicht, dass sie sich argumentativ näher mit den früheren Entscheidungen auseinandersetzen oder ihnen folgen.³⁹³³ Den vorläufigen Höhepunkt des Fallmaterials bildet eine gemeinsam von TUAC und OECD Watch beantragte gesonderte Klarstellung des Investitionsausschusses³⁹³⁴ zur MNU-Qualität von Exportkreditagenturen aus dem Mai 2024.

Die Einstufung dieser Einrichtungen ist insbesondere deshalb schwierig, weil sie auf vielfältigste Weise verfasst sind (a)). Die Frage, ob ein MNU im Sinne der Leitsätze vorliegt, kann, wie der Investitionsausschuss betont hat, nur einzelfallspezifisch beantwortet werden und ist einer pauschalen Beantwortung nicht zugänglich.³⁹³⁵ Aus dem bislang vorhandenen Korpus an Entscheidungen lässt sich der kommerzielle Charakter dieser Einrichtungen als zentrale Fragestellung etablieren (b)). Kaum problematisch ist die internationale Ausrichtung dieser Organisationen,³⁹³⁶ weshalb ich nicht näher auf sie eingehen möchte. Sie ist auf Basis der allgemeinen Regelungen zu bestimmen.³⁹³⁷ Unproblematisch ist auch die Voraussetzung eines Investitionszusammenhangs, da diese Voraussetzung mit der 2011er Überarbeitung fallen gelassen wurde (Kapitel 2 C. I. 3.).³⁹³⁸ Das Gleiche gilt für Erwägung, die Anwendbarkeit der Leitsätze zu verneinen, da es sich um Institutionen des Finanzsektors handelt; wegen der Sektorindifferenz der Leitsätze (Ls. I-4 S. 3 Leitsätze 2023) finden sie unproblematisch An-

3931 OECD:SE-NCP:2010:SE-3-IA; OECD:DK-NCP:2018:DK-16-IA; OECD:DE-NCP:2019:DE-29-IA; vgl. OECD:FR-NCP:2015:FR-20-IA; vgl. OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S. 6.

3932 Bezugnahmen auf OECD:FI-NCP:2006:FI-1-IA bei: OECD:KR-NCP:2019:KR-16-IA, S. 5 und OECD:KR-NCP:2020:KR-20-IA, S. 6.

Bezugnahmen auf OECD:NL-NCP:2015:NL-26-IA oder OECD:NL-NCP:2016:NL-26-FS bei: OECD:KR-NCP:2020:KR-20-IA, S. 6; OECD:UK-NCP:2020:UK-56-IA und OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S. 6.

Bezugnahme auf OECD:KR-NCP:2019:KR-16-IA bei: OECD:UK-NCP:2020:UK-56-IA.

3933 Siehe beispielsweise: OECD:UK-NCP:2020:UK-56-IA (sogar Verneinung der Präzedenzwirkung anderer Entscheidungen); vgl. OECD:KR-NCP:2019:KR-16-IA, S. 5; vgl. OECD:KR-NCP:2020:KR-20-IA, S. 6 f.

3934 OECD:IC:2024:IC-5-CL.

3935 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 49, 51.

3936 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 47.

3937 Vgl. OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 46.

3938 In OECD:FI-NCP:2006:FI-1-IA, S. 77 musste sich die FI-NKS hierzu noch verhalten.

wendung.³⁹³⁹ Zu den allgemeinen Erwägungen auf Basis des Ls. I-4 Leitsätze 2023 kommt im Bereich der finanziellen Außenwirtschaftsförderung ein besonderes Problem. Die Leitsätze könnten durch andere Instrumente der OECD als *leges speciales* verdrängt werden (c))

a) Organisationsmodi

Staatliche Einrichtungen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung und der Entwicklungshilfe kennen (vereinfachend dargestellt) drei Organisationsmodi. Diese Einrichtungen können als (i) Behörde unmittelbarer Teil des Staates sein; sie können jedoch auch als (ii) organisatorisch verselbstständigtes Staatsunternehmen existieren. Eine weitere (iii) Möglichkeit ist die Beauftragung (und gegebenenfalls Beleihung) privater Akteure, wobei Schlüsselentscheidungen dem Staat vorbehalten bleiben.³⁹⁴⁰

Institutionen im Bereich der finanziellen Außenwirtschaftsförderung zeichnen außerdem häufig eine Trennung zweier verschiedener Aufgabenbereiche nach: So ist zwischen der Finanzierung eines Geschäfts (vgl. Darlehen, Refinanzierung) und der Zusage von Absicherungen (vgl. Versicherungen, Garantien) zu unterscheiden.³⁹⁴¹ In vielen Staaten wird die erste Aufgabe (Exportfinanzierung) einer Export-Import-Bank (kurz: Exim-Bank) und die zweite Aufgabe einem Versicherer überantwortet.³⁹⁴² Über beide Arten von Geschäften federn Staaten wirtschaftliche (etwa: Insolvenz oder unklare Kreditwürdigkeit eines Käufers) und politische (etwa: Krieg, Enteignung, Embargos) Risiken ab, die Exporteure andernfalls vor einem Geschäftsabschluss zurückschrecken lassen würden.³⁹⁴³ Um ihre Wirtschaft zu fördern, besetzen Staaten hier eine Lücke, die vom privat-

3939 Vgl. OECD:NL-NCP:2016:NL-26-FS, S. 3.

3940 OECD, *Export Credit Financing Systems: Introduction* (2008), S.1f.; Keenan, *Export Credit Agencies and the International Law of Human Rights* (2008), S. 2; VN, *Effects of Foreign Debt on Human Rights* (2011), Rn. 7; Seck/Chimisso Dos Santos, in: Bantekas/Lumina (Hrsg.), *Sovereign Debt and Human Rights* (2018), 84 (86); Linder, *Human Rights, Export Credits and Development Cooperation* (2019), S. 7.

3941 OECD, *Export Credit Financing Systems: Introduction* (2008), S. 2.

3942 Chen, *European Journal of International Relations* 27 (2021), 830 (836); Seck, *Guiding Principle 11, UNGP Commentary* (2023), 85; vgl. Janus, *RIW* 2015, 580 (583).

3943 Scheper/Feldt, *Außenwirtschaftsförderung und Menschenrechte* (2010), S. 26 ff.; Papp, *Extraterritoriale Schutzpflichten* (2013), S. 27 ff.; Linder, *Human Rights, Export Credits and Development Cooperation* (2019), S. 75 f.

wirtschaftlichen Finanzsektor wegen der mit solchen Geschäften verbundenen hohen Risiken gelassen wurde.³⁹⁴⁴

Die institutionelle Vielfalt spiegelt sich auch in **Deutschland** wider: Die Deutsche *Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH* (GIZ) fällt als Staatsunternehmen im Bereich der Entwicklungshilfe unter den zweitgenannten Organisationsmodus.³⁹⁴⁵ Mit der KfW Entwicklungsbank und der KfW DEG innerhalb der KfW übernehmen weitere Staatsunternehmen Aufgaben der Entwicklungshilfe.³⁹⁴⁶ Die deutschen Einrichtungen im Bereich der Außenwirtschaftsförderung folgen dem oben beschriebenen dualen Modell, das die Aufgaben der Exportfinanzierung auf die KfW *IPEX-Bank* einerseits und der Vergabe staatlicher Garantien auf ein sogenanntes Mandatarkonsortium bestehend aus der PwC GmbH und der deutschen Niederlassung der *Euler Hermes SA* (Markenauftritt: *Allianz Trade*)³⁹⁴⁷ andererseits verteilt hat.³⁹⁴⁸ Während die KfW *IPEX-Bank* als Tochter der KfW³⁹⁴⁹ als Staatsunternehmen klassifiziert werden kann, fällt das Mandatarkonsortium unter den oben erwähnten dritten Organisationsmodus.³⁹⁵⁰ Das Konsortium übernimmt die operative Arbeit (Entgegennahme von Anträgen, Bearbeitung, Abwicklung),³⁹⁵¹ die Vergabeentscheidung selbst ist jedoch ein Verwaltungsakt des Bundeswirtschaftsministeriums.³⁹⁵² Die Entscheidung über die Gewährung einer Absicherung

3944 *Bischoff/Klasen*, RIW 2012, 769 (771); *Linder*, Human Rights, Export Credits and Development Cooperation (2019), S. 76; vgl. *Chen*, European Journal of International Relations 27 (2021), 830 (836).

3945 <https://www.giz.de/de/ueber-uns> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026); *Groß*, in: Dann u. a. (Hrsg.), *Entwicklung und Recht: Eine systematische Einführung* (2014), 659 (664, 670 f.); *Linder*, Human Rights, Export Credits and Development Cooperation (2019), S. 153 f.

3946 *OECD*, *OECD Development Co-operation Peer Reviews: Germany 2021* (2021), S. 4 f., 65; vgl. *Nagel*, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung 89 (2020), 35 (35 ff.).

3947 <https://www.allianz-trade.de/clp/brand/ein-neues-kapitel.html#> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3948 *OECD*, *Export Credit Financing Systems: Germany* (2008), S. 1 ff.

3949 <https://www.kfw-ipex-bank.de/Über-uns/Geschichte-der-KfW-IPEX-Bank/> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3950 *Linder*, Human Rights, Export Credits and Development Cooperation (2019), S. 163 ff.

3951 *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*, *Richtlinien für die Übernahme von Exportkreditgarantien* (2017), Rn. 3.5, 3.5.1; *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, *Richtlinien für die Übernahme von Garantien für Kapitalanlagen im Ausland* (2024), Rn. X-1 ff.

3952 *Janus*, RIW 2015, 580 (584 f.).

wird in einem mit Vertretern verschiedener Bundesministerien besetzten Ausschuss (interministerieller Ausschuss) gefällt.³⁹⁵³

Auch in den **Niederlanden** wurde im Bereich der finanziellen Außenwirtschaftsförderung der dritte Organisationsmodus gewählt: Das privatwirtschaftliche Unternehmen *Atradius Dutch State Business* (ADSB) übernimmt Absicherungen im Namen des niederländischen Staats.³⁹⁵⁴ ADSB agiert dabei als Vertreter der Niederlande, der bei der Durchführung der Absicherungsgeschäfte an die Vorgaben des niederländischen Staats gebunden ist.³⁹⁵⁵ In **Finnland** und **Dänemark** hingegen verantwortet mit *Finnvera*³⁹⁵⁶ bzw. EIFO³⁹⁵⁷ jeweils ein 100 %iges Staatsunternehmen die finanzielle Außenwirtschaftsförderung. In **Südkorea** operieren mit der *Export-Import Bank of Korea* (KEXIM) für die Exportfinanzierung und der *Korea Trade Insurance Corporation* (K-SURE) für die Exportabsicherung zwei Staatsunternehmen.³⁹⁵⁸ KEXIM ist darüber hinaus im Bereich der Entwicklungshilfe, speziell im Bereich der Vergabe von Darlehen, engagiert.³⁹⁵⁹ Im **Verinigten Königreich** wird die finanzielle Außenwirtschaftsförderung von einem Ministerium verantwortet.³⁹⁶⁰

3953 *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*, Richtlinien für die Übernahme von Exportkreditgarantien (2017), Rn. 3.1, 3.2; *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Richtlinien für die Übernahme von Garantien für Kapitalanlagen im Ausland (2024), Rn. IX-1, IX-2; vgl. *OECD*, Export Credit Financing Systems: Germany (2008), S. 3.

3954 *OECD*, Export Credit Financing Systems: Netherlands (2008), S. 2 ff.; https://atradiusdutchstatebusiness.nl/en_NL/about-us (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026); *OECD*:NL-NCP:2016:NL-26-FS, S. 3. Exportfinanzierung wird fast ausschließlich durch die Privatwirtschaft bereitgestellt (*OECD*, Export Credit Financing Systems: Netherlands (2008), S. 4 f.).

3955 *OECD*:NL-NCP:2016:NL-26-FS, S. 3.

3956 *OECD*, Export Credit Financing Systems: Finland (2008), S. 1 ff.; <https://www.finnvera.fi/eng/finnvera/about-finnvera/corporate-governance> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3957 *OECD*, Export Credit Financing Systems: Denmark (2008), S. 1 ff.; die bisherige EKF (Beschwerdegegnerin in: *OECD*:DK-NCP:2018:DK-16-IA) ist nach Restrukturierungen zusammengefasst im EIFO-Konzern (vgl. *Hedegaard Madsen*, Legal Opinion – Restructuring of the EIFO Group (2023)).

3958 *OECD*, Export Credit Financing Systems: Korea (2008), S. 1 ff. Das in diesem *OECD*-Dokument als KEIC bezeichnete Unternehmen hat sich 2010 in K-SURE umbenannt, vgl. <https://www.ksure.or.kr/rh-en/cntnts/i-617/web.do> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3959 *OECD*, Export Credit Financing Systems: Korea (2008), S. 4 f.; *OECD*, OECD Development Co-operation Peer Reviews: Korea 2018 (2018), S. 61; <https://www.koreaexim.go.kr/he/HPHEBI001M01> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

3960 *OECD*, Export Credit Financing Systems: United Kingdom (2008), S. 2 f.

b) Kommerzielle Ausrichtung

Die kommerzielle Ausrichtung ist auf Basis der allgemeinen Kriterientrias des Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 2 Leitsätze 2023 (Rechtsform, Entitätszweck, Geschäftstätigkeit) zu bestimmen; insofern sind, wie sich der Klarstellung des Investitionsausschusses implizit entnehmen lässt, keine Sonderregelungen anwendbar.³⁹⁶¹

aa) Rechtsform und Entitätszweck

Bei einer Entität, die als kommerzielle Entität verfasst ist, in einem Handelsregister eingetragen wurde oder börsennotiert ist, besteht laut Investitionsausschuss die widerlegliche Vermutung, dass es sich um ein Unternehmen mit kommerzieller **Rechtsform** handelt.³⁹⁶² In einem Verfahren gegen ADSB nutzte die niederländische NKS deshalb die Tatsache, dass ADSB zu einer börsennotierten Gesellschaft gehörte, als Argument für ADSBs MNU-Charakter; damit setzte sie einen argumentativen Kontrapunkt zur sonst engen Verquickung zwischen Staat und ADSB.³⁹⁶³ Das niederländische Finanzministerium, das dem Verfahren beigetreten war, hatte der NKS zuvor nämlich mitgeteilt, dass es das Verfahren gegen ADSB als ein Verfahren unmittelbar gegen den niederländischen Staat betrachte, da ADSB als dessen weisungsgebundener Vertreter agiere.³⁹⁶⁴ Im Gegensatz zur NL-NKS, die ADSBs MNU-Charakter letztlich bejahte,³⁹⁶⁵ verneinte ihn die brasilianische NKS (ohne nähere Begründung) in einem parallel anhängig gemachten Verfahren in gleicher Sache.³⁹⁶⁶

Unter den von NKSen betrachteten Einrichtungen war einzig die britische Exportkreditagentur als Ministerium und damit als unmittelbarer Teil des Staates verfasst. Die britische NKS lehnte die MNU-Eigenschaft unter Berufung hierauf ab.³⁹⁶⁷ Dem ist zuzustimmen. Fehlt es an einer

3961 Vgl. OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 33 ff.

3962 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 13, 18, 43.

3963 OECD:NL-NCP:2015:NL-26-IA, S. 3.

3964 OECD:NL-NCP:2015:NL-26-IA, S. 2 f.

3965 OECD:NL-NCP:2015:NL-26-IA, S. 3; OECD:NL-NCP:2016:NL-26-FS, S. 3.

3966 OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S. 6.

3967 OECD:UK-NCP:2020:UK-56-IA.

organisatorischen Verselbstständigung, sind die Leitsätze nicht anwendbar. In diesem Fall ist nur der Staat verantwortlich.³⁹⁶⁸

In vielen weiteren Verfahren (Finnvera,³⁹⁶⁹ KfW IPEX-Bank,³⁹⁷⁰ GIZ³⁹⁷¹ und die Vorgänger-Entität der dänischen EIFO³⁹⁷²) ignorierten NKS den Organisationsmodus der jeweiligen Entität. Diese Einrichtungen waren alle als Staatsunternehmen oder als privatwirtschaftliche Akteure mit staatlichem Auftrag einzustufen (vgl. oben).

In ihren Aussprüchen haben NKS zur Eruiierung eines kommerziellen **Entitätszwecks** unter anderem darauf abgestellt, ob eine Exportkreditagentur ihre Einrichtung und ihr Mandat auf ein besonderes Gesetz zurückführen kann, das ihr eine besondere öffentliche Zwecksetzung gibt; ein solches Gesetz wurde als Negativkriterium für das Vorliegen eines MNU gewertet.³⁹⁷³ Enthalten Satzungen, Registereintragungen oder Aussagen zur Firmenphilosophie hingegen Hinweise auf kommerzielle Ziele, sind Exportkreditagenturen laut Investitionsausschuss grundsätzlich als Unternehmen im Sinne der Leitsätze einzustufen.³⁹⁷⁴

bb) Geschäftstätigkeit

Besondere Bedeutung kommt dem Kriterium der Geschäftstätigkeit zu.³⁹⁷⁵ In einem ersten Zugriff lässt sich die **Entwicklungshilfe** von der finanziellen Außenwirtschaftsförderung als eindeutig nicht kommerzielle Tätigkeit abscheiden. Die deutsche NKS etwa zweifelte daran, dass die Entwicklungshilfetätigkeiten der GIZ als kommerzielle Tätigkeiten im Sinne des Ls. I-4 Leitsätze 2023 eingestuft werden können; sie brauchte diese Frage jedoch nicht abschließend zu entscheiden.³⁹⁷⁶ Eine mehrfache explizite Ab-

3968 Zur Verantwortung des Staates für seine Exportkreditagenturen siehe im Besonderen: *OHCHR*, UN Guiding Principles (2011), Lp. 4.

3969 OECD:FI-NCP:2006:FI-1-IA, S. 76 f.

3970 OECD:SE-NCP:2010:SE-3-IA: Es wurde keine erste Evaluierung veröffentlicht (vgl. Zusammenfassung in OECD-Falldatenbank).

3971 OECD:DE-NCP:2019:DE-29-IA, Rn. 39.

3972 OECD:DK-NCP:2018:DK-16-IA (vgl. zur Vorgänger-Entität EKF Fußnote 3957).

3973 OECD:FI-NCP:2006:FI-1-IA, S. 76; OECD:KR-NCP:2020:KR-20-IA, S. 5, 7; vgl. OECD:KR-NCP:2019:KR-17-IA, S. 5.

3974 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 44.

3975 Vgl. die Schwerpunktsetzung des Investitionsausschusses: in seiner Klarstellung OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 35–41.

3976 OECD:DE-NCP:2019:DE-29-IA, Rn. 39.

lehnung des kommerziellen Charakters der Entwicklungshilfe findet sich in den KEXIM-Verfahren der koreanischen NKS. Im ersten KEXIM-Fall stellte die NKS klar, dass Kreditvergaben im Rahmen der Entwicklungshilfe nicht von den Leitsätzen erfasst werden.³⁹⁷⁷ In einem zweiten Verfahren erweiterte die KR-NKS ihre Ablehnung auf ergänzende Beratungstätigkeiten bei der Vergabe solcher Darlehen.³⁹⁷⁸

Für die Abgrenzung zwischen Entwicklungshilfe und finanzieller Außenwirtschaftsförderung bietet sich die von der OECD für statistische Zwecke entwickelte Definition von Entwicklungshilfe (*official development assistance, ODA*) an. Demgemäß zeichnet sich Entwicklungshilfe (i) durch ihre Gewährung durch staatliche Stellen, (ii) durch die Absicht, zur wirtschaftlichen Entwicklung und Wohlfahrt des Empfängerlandes beizutragen, und (iii) durch die Gewährung (von konkret bezifferten) Vorzugsbedingungen aus (*concessional element*).³⁹⁷⁹ Liegen diese Voraussetzungen vor, ist ein kommerzieller Charakter im Sinne der Leitsätze zu verneinen. Das erste Definitionsmerkmal geht in den Leitsätzen in der Prüfung der Rechtsform auf. Die anderen beiden Definitionsmerkmale fügen sich gut in die beiden Prüfpunkte zur Kommerzialität einer Geschäftstätigkeit ein (dazu bereits: II. 3.): Die Entwicklungsförderungsabsicht korrespondiert mit der Prüfung des Zwecks einer Tätigkeit; die Vorzugsbedingungen sind als Prüfung der Marktverfügbarkeit einer Tätigkeit zu verstehen. Der Investitionsausschuss unterstrich in seiner Klarstellung, dass konzessionäre Darlehen grundsätzlich keine kommerzielle Tätigkeit seien, da für solche Darlehen kein Marktangebot bestehe.³⁹⁸⁰ Zudem hielt er die Erwägung, ob nicht-kommerzielle Zwecksetzungen einer Tätigkeit gegenüber kommerziellen Zwecksetzungen Vorrang genießen, ebenso für maßgeblich wie eine Gewinnerzielungsabsicht.³⁹⁸¹

Ob hingegen die **finanzielle Außenwirtschaftsförderung** kommerzieller Natur ist, ist schwieriger zu beantworten. Eine (implizite) Bejahung der kommerziellen Ausrichtung findet sich bei der dänischen NKS, die die Eigenschaft des Beschwerdegegners als Exportkreditagentur in einem

3977 OECD:KR-NCP:2019:KR-16-IA, S. 5 f.

3978 OECD:KR-NCP:2019:KR-17-IA, S. 4.

3979 <https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/oda-eligibility-and-conditions/official-development-assistance--definition-and-coverage.html> (zuletzt abgerufen am 8. Februar 2026); Raza u. a., Export Promotion or Development Policy? (2014), S. 19 ff.

3980 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 37, 41.

3981 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 41.

spA-Verfahren nicht näher würdigte,³⁹⁸² und bei der NL-NKS, die ADSBs MNU-Charakter im bereits erwähnten Verfahren bejahte.³⁹⁸³ Die britische NKS hingegen hielt Tätigkeiten im Rahmen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung für keine kommerziellen Tätigkeiten, da finanzielle Lösungen angeboten würden, die auf dem privaten Markt nicht verfügbar seien.³⁹⁸⁴ Die koreanische NKS lässt in ihrer KEXIM-Entscheidungsreihe einen Richtungswechsel erkennen. Hatte sie im ersten Verfahren noch die Möglichkeit einer Einstufung KEXIMs als MNU für Tätigkeiten als Exportkreditagentur ausdrücklich offengelassen,³⁹⁸⁵ verneinte sie in ihrem dritten KEXIM-Fall die kommerzielle Natur dieser Geschäftstätigkeiten; die Vereinnahmung von Zinsen für diese Tätigkeit ändere nichts an dieser Einstufung.³⁹⁸⁶ Diese Entscheidung überrascht. Sie vermittelt den Eindruck der Abkehr von der in den vorherigen beiden KEXIM-Entscheidungen etablierten Differenzierung zwischen Entwicklungshilfe und finanzieller Außenwirtschaftsförderung. Außerdem scheint die KR-NKS den Entitätswert (besonderes gesetzliches Mandat KEXIMs) höher zu gewichten als das Kriterium der Geschäftstätigkeit.³⁹⁸⁷ Die Tatsache, dass die NKS in ihrer Entscheidung das Sondervotum eines NKS-Mitglieds abdrucken musste, das für die Anwendbarkeit der Leitsätze plädiert hatte,³⁹⁸⁸ deutet darauf hin, dass dieser Richtungswechsel innerhalb der NKS umstritten gewesen sein musste.

Meines Erachtens bestehen gute Gründe, Tätigkeiten im Rahmen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung nicht als kommerzielle Tätigkeiten

3982 OECD:DK-NCP:2018:DK-16-IA. Eine nähere Würdigung der kommerziellen Ausrichtung mag angesichts der besonderen gesetzlichen Grundlage der DK-NKS (vgl. Fußnote 3900) überflüssig gewesen sein.

3983 OECD:NL-NCP:2015:NL-26-IA, S. 3; OECD:NL-NCP:2016:NL-26-FS, S. 3.

3984 OECD:UK-NCP:2020:UK-56-IA.

3985 OECD:KR-NCP:2019:KR-16-IA, S. 6: „*The applicability of the Guidelines may depend on the nature of KEXIM's functions. The Guidelines may not be applicable to KEXIM as a loan provider to developing countries, but applicable to KEXIM as an export credit agency of a commercial nature.*“

3986 OECD:KR-NCP:2020:KR-20-IA, S. 7.

3987 OECD:KR-NCP:2020:KR-20-IA, S. 5–7.

3988 OECD:KR-NCP:2020:KR-20-IA, S. 6.

einzustufen. In Deutschland³⁹⁸⁹ wie in der EU³⁹⁹⁰ sollen durch eine staatliche Exportkreditversicherung gerade nicht marktfähige Risiken abgedeckt werden. Ein Auftreten auf dem Markt ist aber, wie der Investitionsausschuss klargestellt hat, Voraussetzung für die Bejahung des kommerziellen Charakters einer Tätigkeit.³⁹⁹¹ Wie es in anderen Rechtsordnungen aussieht, kann ich nicht bewerten. Für eine kommerzielle Tätigkeit spricht allenfalls, dass Einrichtungen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung zwar nicht unbedingt im Wettbewerb mit Privaten stehen, aber doch im Wettbewerb mit ihren Pendants in anderen Staaten, was sich daran zeigt, dass Regeln zu zulässigen finanziellen Gestaltungen (enthalten im sogenannten OECD-Konsensus)³⁹⁹² notwendig sind.³⁹⁹³

Das Ergebnis solcher Prüfungen wird allerdings selten eindeutig sein. Ohnehin ist, wie der Investitionsausschuss nachdrücklich angemahnt hat, eine einzelfallspezifische Betrachtung auf Basis eines jeweiligen Finanzierungs- oder Absicherungsgeschäfts anzustellen.³⁹⁹⁴ Insofern wird man als Zwischenergebnis lediglich festhalten können, dass Entwicklungshilfe nicht in den Anwendungsbereich der Leitsätze fällt und bei finanzieller Außenwirtschaftsförderung der Einzelfall maßgeblich ist.

Gleichwohl lässt sich auch diese Unterscheidung angreifen. So ist zu bezweifeln, dass die Unterscheidung aus Betroffenensicht von Belang ist. Für Individuen, deren Menschenrechte durch ein bestimmtes Projekt (etwa: Staudammbau) bedroht werden, wird es keinen Unterschied bedeuten, ob

3989 Bischoff/Klasen, RIW 2012, 769 (771); vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Richtlinien für die Übernahme von Exportkreditgarantien (2017), Rn. I.2.

3990 Janus, RIW 2015, 580 (583 f.); vgl. Europäische Kommission, Mitteilung zu Exportkreditversicherung (2021) (darin in Rn. 14 das Verbot staatlicher Beihilfen für Exportkredite für marktfähige Risiken).

3991 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 37, 41.

3992 Unverbindliches OECD-Instrument: Arrangement on Officially Supported Export Credits (OECD-Konsensus), 22. Februar 1978, zuletzt geändert: 2. September 2024. Verfügbar unter: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-L-EGAL-5005> (zuletzt abgerufen am 23. Januar 2026). In verbindliches EU-Recht überführt: Verordnung (EU) Nr. 1233/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates, 16. November 2011, zuletzt geändert: 31. Dezember 2023. ABL L 326 (8. Dezember 2011). Verfügbar unter: <http://data.europa.eu/eli/reg/2011/1233/oj>.

3993 Levit, Harvard International Law Journal 45 (2004), 65 (75 ff.); Moravcsik, Int Org 43 (1989), 173 (176 ff.); vgl. Art. 1 lit. b) OECD-Konsensus.

3994 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 39–41.

das Projekt über Entwicklungshilfe oder Exportkredite finanziert wird.³⁹⁹⁵ Das OHCHR³⁹⁹⁶ wie die vom VN-Menschenrechtsrat eingesetzte Arbeitsgruppe zu Wirtschaft und Menschenrechten³⁹⁹⁷ gehen beispielsweise auch davon aus, dass die VN-Leitprinzipien auf Entwicklungsbanken und andere Einrichtungen der Entwicklungsfinanzierung Anwendung finden. Hier geht es aber um rechtspolitische (und nicht rechtliche) Überlegungen, die den Teilnehmerstaaten zu überantworten sind.

Will man dennoch dieser Unterscheidung folgen, ist besonderes Augenmerk auf die Abgrenzung beider Bereiche zu legen. Schwierigkeiten ergeben sich bei hybriden Instrumenten, wie gebundenen Hilfsdarlehen (*tied aid*), die Charakteristika beider Bereiche in sich vereinen.³⁹⁹⁸ Die „Gebundenheit“ dieser Hilfsdarlehen besteht in der Verpflichtung des Darlehensnehmers, das Darlehen zur Beschaffung von Waren und Dienstleistungen aus dem Geberland zu verwenden; im Gegensatz zu einem herkömmlichen Darlehen im Rahmen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung wird es zu Vorzugskonditionen gewährt.³⁹⁹⁹ Die Art. 29 ff. OECD-Konsensus⁴⁰⁰⁰ regeln die Zulässigkeit solcher gebundenen Hilfsdarlehen. Damit Exportkreditagenturen gebundene Hilfsdarlehen nicht primär zur Subventionierung der heimischen Exportwirtschaft und nur sekundär zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung des Nehmerlandes bereitstellen und auf diese Weise zu unerwünschten⁴⁰⁰¹ Wettbewerbsverzerrungen beitragen,⁴⁰⁰² darf ein gebundenes Hilfsdarlehen unter anderem nur für Projekte gewährt werden, die nicht selbst wirtschaftlich tragfähig sind.⁴⁰⁰³ Aus dem Erfahrungsschatz der entsprechenden Konsultationspraxis der OECD ist ein Ex

3995 Vgl. Linder, Human Rights, Export Credits and Development Cooperation (2019), S. 1 ff.; vgl. OHCHR, Remedy in Development Finance (2022), S. 22 ff.

3996 OHCHR, Remedy in Development Finance (2022), S. 15 ff., 83 ff.; OHCHR, Benchmarking Study of Development Finance Institutions' Safeguard Policies (2023), S. 4.

3997 VN Dok. A/HRC/53/24/Add.4, Rn. 18 ff. (mit Differenzierung zwischen den ersten beiden Säulen der VN-Leitprinzipien).

3998 Raza u. a., Export Promotion or Development Policy? (2014), S. 5 f.; Chen, European Journal of International Relations 27 (2021), 830 (836).

3999 OECD Dok. TD/PG(2005)20, S. 2; Raza u. a., Export Promotion or Development Policy? (2014), S. 27 f.; vgl. Carbone, Contemporary Politics 20 (2014), 103 (104); vgl. Dann/Riegner, Foreign Aid Agreements, MPEPIL (2014), Rn. 13.

4000 Für eine Fundstelle siehe bereits Fußnote 3992.

4001 Art. 1 lit. b) OECD-Konsensus.

4002 Vgl. Moravcsik, Int Org 43 (1989), 173 (181 f.); vgl. Raza u. a., Export Promotion or Development Policy? (2014), S. 78 ff.

4003 Art. 33 OECD-Konsensus.

Ante-Leitfaden⁴⁰⁰⁴ entstanden, der die Kriterien des OECD-Konsensus zur wirtschaftlichen Tragfähigkeit konkretisiert.⁴⁰⁰⁵ Auf diesen Ex Ante-Leitfaden bezog sich beispielsweise die KR-NKS zur Abgrenzung zwischen Entwicklungshilfe und finanzieller Außenwirtschaftsförderung.⁴⁰⁰⁶

c) Lex Specialis-Argument

Die Leitsätze könnten in Bezug auf Einrichtungen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung von *leges speciales* verdrängt werden.⁴⁰⁰⁷ Neben dem bereits angesprochenen OECD-Konsensus, der im Wesentlichen Bestimmungen zur finanziellen Ausgestaltung der Unterstützungsleistungen vorsieht, wird finanzielle Außenwirtschaftsförderung durch drei weitere OECD-Instrumente (Empfehlung zu gemeinsamen Vorgehensweisen bei Umwelt- und Sozialprüfungen;⁴⁰⁰⁸ Empfehlung zu nachhaltigen Kreditvergabepraktiken;⁴⁰⁰⁹ Empfehlung betreffend Bestechung⁴⁰¹⁰) reguliert.⁴⁰¹¹ Der inhaltliche Anwendungsbereich dieser Instrumente überschneidet sich mit demjenigen der Leitsätze; so finden sich beispielsweise in einem der Instrumente, den unverbindlichen⁴⁰¹² „Gemeinsamen Vorgehensweisen“, Vor-

4004 OECD Dok. TD/PG(2005)20.

4005 Art. 33 lit. c) OECD-Konsensus; OECD Dok. TD/PG(2005)20, S. 2, 4.

4006 OECD:KR-NCP:2019:KR-16-IA, S. 5; OECD:KR-NCP:2019:KR-17-IA, S. 4.

4007 Vgl. ADSBs Vorbringen: OECD:NL-NCP:2015:NL-26-IA, S. 3 f.; OECD:NL-NCP:2016:NL-26-FS, S. 3 f.

4008 Recommendation of the Council on Common Approaches for Officially Supported Export Credits and Environmental and Social Due Diligence (*Gemeinsame Vorgehensweisen*), 28. Juni 2012, zuletzt geändert: 20. März 2024. Verfügbar unter: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0393> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

4009 Recommendation of the Council on Sustainable Lending Practices and Officially Supported Export Credits, 30. Mai 2018, zuletzt geändert: 17. Juni 2024. Verfügbar unter: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0442> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

4010 Recommendation of the Council on Bribery and Officially Supported Export Credits, 13. März 2019. Verfügbar unter: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0447> (zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

4011 VN, Effects of Foreign Debt on Human Rights (2011), Rn. 44 ff.; Seck/Chimisso Dos Santos, in: Bantekas/Lumina (Hrsg.), Sovereign Debt and Human Rights (2018), 84 (87, 92 ff., 101 f.); Linder, Human Rights, Export Credits and Development Cooperation (2019), S. 80 ff.

4012 Es handelt sich um eine Empfehlung im Sinne des Art. 5 lit. b) OECD-Ü (vgl. Präambel Abs. 1 Gemeinsame Vorgehensweisen); Untersuchung ihres völkergewohn-

gaben für Umwelt- und Sozialprüfungen. Das Verhältnis der Gemeinsamen Vorgehensweisen zu den Leitsätzen ist seit Längerem innerhalb der OECD umstritten.⁴⁰¹³

Aus der Warte der Leitsätze ist Folgendes maßgeblich. Ls. I-4 S. 3 Leitsätze 2023 verlangt die branchenübergreifende Anwendung der Leitsätze. Eine Bereichsausnahme für die finanzielle Außenwirtschaftsförderung ist nicht vorgesehen. Allerdings könnte die Anwendung der Leitsätze zur Verzerrung des Wettbewerbs führen,⁴⁰¹⁴ was ihrem Ziel widerspricht, zu gleichen Wettbewerbsbedingungen beizutragen.⁴⁰¹⁵ Wie bereits herausgearbeitet, sind die Leitsätze nämlich nicht auf solche Einrichtungen anwendbar, die unmittelbar Teil des Staats und nicht organisatorisch verselbstständigt sind (vgl. britische Exportkreditagentur). Treten die Leitsätze nicht gegenüber spezielleren OECD-Regelungen zurück, wären auf organisatorisch nicht verselbstständigte (nur speziellere OECD-Regelungen) und organisatorisch verselbstständigte Einrichtungen (Leitsätze und speziellere OECD-Regelungen) unterschiedliche Instrumente anwendbar.⁴⁰¹⁶ Dieser Gedanke greift jedoch zu kurz. Insbesondere ist zu beachten, dass beispielsweise der Kreis der Teilnehmerstaaten der Gemeinsamen Vorgehensweisen eine Teilmenge desjenigen der Leitsätze ist.⁴⁰¹⁷ Für manche Teilnehmerstaaten der Leitsätze sind die Gemeinsamen Vorgehensweisen damit *a priori* nicht anwendbar (und können keine Verdrängungswirkung entfalten); aus ihrer Sicht hätte die Vorrangigkeit der Gemeinsamen Vorgehensweisen ungleiche Wettbewerbsbedingungen zur Folge, da ihre Einrichtungen an die Leitsätze gebunden wären, diejenigen der Teilnehmerstaaten der Gemeinsamen Vorgehensweisen jedoch an die Gemeinsamen Vorgehensweisen. Meines

heitsrechtlichen Charakters bei: Papp, Extraterritoriale Schutzpflichten (2013), S. 161 ff.

4013 Ruggie/Nelson, Brown Journal of World Affairs 22 (2015), 99 (123).

4014 Vgl. ADSBs Vorbringen: OECD:NL-NCP:2015:NL-26-IA, S. 3; OECD:NL-NCP:2016:NL-26-FS, S. 3.

4015 Ls. 1 der Einführung (*preface*) Leitsätze 2023. Siehe auch Art. 3 lit. i), v) Gemeinsame Vorgehensweisen.

4016 Vgl. ADSBs Vorbringen: OECD:NL-NCP:2015:NL-26-IA, S. 3; OECD:NL-NCP:2016:NL-26-FS, S. 3.

Das gleiche Argument könnte für Spezialregelungen im Bereich der Entwicklungshilfe vorgetragen werden. Soweit ersichtlich, hat sich jedoch noch kein spA-Verfahren damit befasst.

4017 Vgl. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0393> (Gemeinsame Vorgehensweisen) und <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144> (MNU-Erklärung) (jeweils zuletzt abgerufen am 9. Februar 2026).

Erachtens bietet sich eine Auflösung dieses Spannungsverhältnisses auf Basis des inklusiven Ansatzes⁴⁰¹⁸ der Leitsätze und des Gedankens der Ls. I-2 S. 4 f. Leitsätze 2023 an. Im inklusiven Ansatz drückt sich das Bestreben der Leitsätze nach einem umfassenden persönlichen Anwendungsbereich aus; Ausnahmen vom persönlichen Anwendungsbereich (wie organisatorisch nicht verselbstständigte Einrichtungen) sind so klein wie möglich zu halten. In Ls. I-2 S. 4 f. Leitsätze 2023 kommt der beinahe unbedingte Geltungswille der Leitsätze zum Ausdruck. Lediglich für den Fall eines weder rechtlich noch praktisch auflösbaren Widerspruchs zwischen innerstaatlichem Recht und den Leitsätzen treten die Leitsätze zurück.⁴⁰¹⁹ Die Leitsätze enthalten ein Mindestmaß an RBC-Vorgaben, von denen nur in Ausnahmesituationen abgewichen werden darf. Auf das Verhältnis zwischen den Leitsätzen und den OECD-Regelungen zur finanziellen Außenwirtschaftsförderung übertragen bedeutet dies, dass beide Regelungskomplexe solange parallel gelten, bis ein unauflösbarer Widerspruch nachgewiesen werden kann.

Ob ein solcher unauflösbarer Widerspruch besteht, kann an dieser Stelle nicht untersucht werden, ohne den Rahmen dieser Arbeit zu überschreiten. Fest steht allerdings, dass die Vorgaben etwa der Gemeinsamen Vorgehensweisen nicht identisch mit denjenigen der Leitsätze sind und im Vergleich mit ihnen Lücken aufweisen.⁴⁰²⁰ Sie sind insbesondere nicht auf Darlehen mit einer Restlaufzeit unter zwei Jahren anwendbar.⁴⁰²¹ Wenn aber solche Lücken bestehen, verlangt Ls. I-2 S. 4 f. Leitsätze 2023, dass die Leitsätze zur Anwendung kommen; eine etwaige, den Gemeinsamen Vorgehensweisen zugrunde liegende Absicht, Darlehen mit kürzeren Laufzeiten von Umwelt- und Sozialprüfungen zu befreien, wäre aus Sicht der Leitsätze unbeachtlich. Bei Darlehen kürzerer Laufzeiten sind solche Prüfungen schließlich nicht entbehrlich. Darüber hinaus nehmen die Gemeinsamen Vorgehensweisen mehrfach Bezug auf die Leitsätze.⁴⁰²² So halten sie unter anderem fest, dass Aussprüche von NKSen im Rahmen der Prüfverfahren zu berücksichtigen

4018 Ls. I-4 S. 2 Hs. 1, I-5 S. 1 Hs. 1, I-6 S. 1 und II-A-12 ff. Leitsätze 2023.

4019 Siehe: Kapitel 2 C. III.

4020 Näher: *Wiertsema/Hazekamp*, Gaps between the Common Approaches and the OECD Guidelines (2016); vgl. *Ruggie/Nelson*, Brown Journal of World Affairs 22 (2015), 99 (123); vgl. *Linder*, Human Rights, Export Credits and Development Cooperation (2019), S. 80 ff.; siehe auch: *OECD*, Responsible Business Conduct Due Diligence for Project and Asset Finance Transactions (2022), S. 8 f., 73 ff.

4021 Art. 2 Gemeinsame Vorgehensweisen. Die Leitsätze sehen keine vergleichbare Beschränkung vor (OECD:NL-NCP:2016:NL-26-FS, S. 5).

4022 Präambel Abs. 6, Art. 4 lit. iii), Art. 16, Art. 47 Gemeinsame Vorgehensweisen; vgl. *Dörr*, in: Reinisch u. a. (Hrsg.), *BerDGIR* 50 (2020), 133 (154 f.).

sind.⁴⁰²³ Außerdem streben die Gemeinsamen Vorgehensweisen eine Kohärenz mit den Vorgaben der Leitsätze an.⁴⁰²⁴ Ein unauflösbarer Widerspruch ist deshalb eher unwahrscheinlich.

Die NL-NKS kommt – indes ohne Begründung – ebenfalls zum Ergebnis, dass die Leitsätze nicht verdrängt werden.⁴⁰²⁵ Der die Bestimmungen der Leitsätze konkretisierende OECD-Sorgfaltspflichtleitfaden für die Projekt- und Anlagenfinanzierung wendet sich ebenfalls an Exportkreditagenturen.⁴⁰²⁶ Er geht davon aus, dass andere Instrumente neben den Leitsätzen (wie die Gemeinsamen Vorgehensweisen) nur insofern von Belang sind, als sie Vorgaben der Leitsätze konkretisieren, und dass die Leitsätze teilweise über deren Standards hinausgehen.⁴⁰²⁷ Hervorzuheben ist außerdem das Potenzial widersprüchlichen Verhaltens: Häufig, so auch in Deutschland⁴⁰²⁸ und den Niederlanden⁴⁰²⁹, verlangen Einrichtungen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung von Antragstellern die Einhaltung oder zumindest Kenntnisnahme der Leitsätze (vgl. Art. 4 lit. iii) Gemeinsame Vorgehensweisen).⁴⁰³⁰ Es wäre wenig überzeugend, wollte man diesen Einrichtungen erlauben, von den von ihnen geförderten Unternehmen etwas zu verlangen, an das sie selbst nicht gebunden sein wollen.

d) Zwischenfazit

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass lediglich solche Einrichtungen der Entwicklungshilfe oder der finanziellen Außenwirtschaftsförderung eindeutig vom Anwendungsbereich der Leitsätze ausgeschlossen sind, die nicht organisatorisch verselbstständigt, sondern (wie Ministerien) unmittelbarer Teil des Staates sind. Organisatorisch verselbstständigte Einrichtungen können demgegenüber grundsätzlich als MNUen im Sinne der Leitsätze angesehen werden. Maßgeblich ist die Kriterientrias des Ls. I-4

4023 Art. 16 Gemeinsame Vorgehensweisen; *Jahn*, ZUR 2020, 526 (528 f.).

4024 Art. 47 Gemeinsame Vorgehensweisen; vgl. *Linder*, Human Rights, Export Credits and Development Cooperation (2019), S. 80.

4025 OECD:NL-NCP:2015:NL-26-IA, S. 4; OECD:NL-NCP:2016:NL-26-FS, S. 4.

4026 OECD, Responsible Business Conduct Due Diligence for Project and Asset Finance Transactions (2022), S. 8 f., 69 ff.

4027 OECD, Responsible Business Conduct Due Diligence for Project and Asset Finance Transactions (2022), S. 8 f.

4028 BT-Drs. 17/2693, S. 8.

4029 OECD:NL-NCP:2016:NL-26-FS, S. 4.

4030 *Papp*, Extraterritoriale Schutzpflichten (2013), S. 172.

S. 2 Hs. 2 Var. 2 Leitsätze 2023 (Entitätszweck, Rechtsform, Geschäftstätigkeit). *Prima vista* erscheint eine Unterscheidung zwischen Entwicklungshilfe (MNU-Charakter mangels kommerzieller Ausrichtung zu verneinen) und finanzieller Außenwirtschaftsförderung (MNU-Charakter tendenziell zu verneinen, Bejahung möglich) überzeugend. Diese Unterscheidung lässt sich auf Basis des Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 2 Leitsätze 2023 gut begründen. Aus praktischer Sicht jedoch ist an ihrer Sinnhaftigkeit zu zweifeln, weil sie schlecht zu handhaben ist. Nicht überzeugend wäre es im Übrigen, Einrichtungen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung vom Anwendungsbereich der Leitsätze unter Verweis auf bestehende Sonderregelungen für diese Einrichtungen auszunehmen. Der Gedanke des Ls. I-2 S. 4 f. Leitsätze 2023 verlangt die Geltung der Leitsätze auch in diesem Fall.

Angesichts dieser vielschichtigen Erwägungen, die jeweils nur in Bezug auf einen konkreten Einzelfall angestellt werden können, kann die Existenz einer kohärenten Entscheidungspraxis der NKSen nicht bejaht werden. Dabei fällt allerdings positiv auf, dass NKSen ihre Entscheidungen gegenseitig rezipieren. Diese Schwierigkeiten und Unklarheiten werden vielmehr TUAC und OECD Watch Anlass gegeben haben, eine Klarstellung des Investitionsausschusses zu Exportkreditagenturen zu beantragen. Diese sehr willkommene Klarstellung enthält sich zu Recht pauschaler Aussagen, nennt aber die wesentlichen Erwägungen und maßgeblichen Kriterien, mit denen sich NKSen in diesem Zusammenhang zu befassen haben.⁴⁰³¹ Mit Blick auf diese vom Investitionsausschuss genannten Eckpunkte ist eine kohärente Entscheidungspraxis zu bejahen, da Klarstellungen als autoritative Auslegungen⁴⁰³² bindende Präjudizien sind. Eine weitere Präzisierung ist angesichts der Komplexität des Themas nur mit großem Aufwand zu erreichen.

5. Zwischenfazit

Die Leitsätze sind auf Staatsunternehmen anzuwenden (Ls. I-4 S. 6 Leitsätze 2023), nicht aber auf Tätigkeiten des Staates selbst. Die Verantwortungsträgerschaften von Staatsunternehmen und Staaten bestehen unabhängig voneinander: Für die Anwendung der Leitsätze ist mithin nur maßgeblich, ob ein Staatsunternehmen als ein MNU im Sinne des Ls. I-4 Leitsätze 2023 gehandelt hat. Ob der Staat auf Basis anderer Regelungsregime zusätzlich in

4031 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 49–51.

4032 Siehe: Kapitel 10 C. II.

Verantwortung genommen werden kann, ist für die Leitsätze unerheblich. Besondere Aufmerksamkeit verdient die Kriterientrias der kommerziellen Ausrichtung des Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 2 Leitsätze 2023 (Rechtsform, Entitätzweck, kommerzielle Geschäftstätigkeit). Diese Kriterien sind bei klassischen Staatsunternehmen als erfüllt anzusehen. Besonders komplexe Erwägungen verlangen Einrichtungen der Entwicklungshilfe oder der finanziellen Außenwirtschaftsförderung. Während Tätigkeiten im Bereich der Entwicklungshilfe aus dem Anwendungsbereich der Leitsätze herausfallen dürften, ist dies bei Tätigkeiten im Bereich finanzieller Außenwirtschaftsförderung nicht sicher.

Zu den Grenzen des MNU-Begriffs bei Involvierung des Staates in einen Sachverhalt liegt regelmäßig keine kohärente Entscheidungspraxis der NKSen vor; ihr Fallmaterial ist tendenziell widersprüchlich und lässt keine klaren, übergeordneten Grundsätze erkennen. Ich habe mich in diesem Kapitel um eine Systematisierung der Erwägungen der NKSen bemüht. Wegen der Vielschichtigkeit der anzustellenden Erwägungen sollte man diese Widersprüchlichkeit jedoch nicht als Unzulänglichkeit der Umsetzungsverfahren der Leitsätze bewerten. Außerdem besteht in eng abgegrenzten Bereichen durchaus eine kohärente Entscheidungspraxis: So ist klar, dass Staaten als solche kein MNU im Sinne der Leitsätze bilden. Zudem hat der Investitionsausschuss zumindest klargestellt, welche Gesichtspunkte NKSen im Umgang mit Einrichtungen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung zu beachten haben.

V. Fazit

Nur Entitäten mit einer internationalen (Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 1 Leitsätze 2023) und einer kommerziellen (Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 2 Leitsätze 2023) Ausrichtung können ein MNU im Sinne der Leitsätze bilden. Diese beiden konstitutiven Merkmale wurden im Jahr 2023 in den Text der Leitsätze aufgenommen, entsprachen aber zuvor schon einer kohärenten Entscheidungspraxis. Viele Detailfragen sind in dieser Hinsicht noch nicht geklärt. Der Text der Leitsätze bietet aber gemeinsam mit Klarstellungen des Investitionsausschusses, die diese Merkmale aufschlüsseln, nähere Orientierung. Aus welcher Branche ein Unternehmen stammt, ist für die Anwendbarkeit der Leitsätze demgegenüber unerheblich (Ls. I-4 S. 3 Leitsätze 2023). Eine kohärente Entscheidungspraxis zeigt, dass die Anwendbarkeit der Leitsätze auf Unternehmen der Finanzbranche außer Frage steht.

Auf Staatsunternehmen sind die Leitsätze ebenfalls anzuwenden (Ls. I-4 S. 6 Leitsätze 2023). Wie sich aus einer kohärenten Entscheidungspraxis ergibt, fallen staatliche Einrichtungen selbst allerdings nicht in den Anwendungsbereich der Leitsätze. Nicht vollständig ausgelotet ist hingegen, wann MNUen zu staatsnah sind, um die Definition des MNUs im Sinne der Leitsätze noch zu erfüllen. Die Entscheidungen von NKSen sind diesbezüglich widersprüchlich; Orientierung bieten aber auch hier Klarstellungen des Investitionsausschusses.

Der zurückliegende Abschnitt D. hat in diesem Sinne gezeigt, dass die Umsetzungsverfahren der Leitsätze tatsächlich eine kohärente Entscheidungspraxis haben entstehen lassen und dadurch eine präzisierende und erhärtende Kraft entfalten. Auffällig ist jedoch, dass sich diese kohärente Entscheidungspraxis auf simple Grundsatzfragen beschränkt. Sobald man Antworten auf Detailfragen sucht, offenbaren sich Widersprüche zwischen NKSen. Es ist deshalb sehr zu begrüßen, dass der Investitionsausschuss jüngst Klarstellungen zu vielen dieser Detailfragen erlassen hat. Auch wenn diese Klarstellungen die Notwendigkeit einzelfallspezifischer Entscheidungen in den Vordergrund rücken und pauschale Antworten vermeiden, nennen sie die für solche Entscheidungen maßgeblichen Kriterien und Gesichtspunkte. Auf dieser grobmaschigen Ebene besteht wegen der Eigenschaft der Klarstellungen als bindender Präjudizien eine kohärente Entscheidungspraxis. Da diese Klarstellungen als Referenz- und Ankerpunkte den künftigen Diskurs ordnen werden, ist es wahrscheinlich, dass sich in Zukunft zu manchen besonders praxisrelevanten Detailfragen eine kohärente Entscheidungspraxis entwickeln wird.

E. Notwendige Verbindungsqualität

Als Multi-Entitäten-Geflecht setzt sich ein MNU aus verschiedenen Entitäten zusammen. Seine Entitäten bilden erst dann ein MNU, wenn sie hinreichend eng miteinander verbunden sind. Diese hinreichend enge Verbindung grenzt die Entitäten eines MNUs von Entitäten außerhalb ihres MNUs (wie Entitäten anderer MNUen oder Entitäten ohne MNU-Zugehörigkeit) ab. Die Anforderungen an die Qualität dieser Verbindung werden in den Ls. I-4 S. 4 und 5 Leitsätze 2023 beschrieben.

Ls. I-4 S. 4 Leitsätze 2023 umreißt ein MNU klassischer Prägung, indem er seine zwei Charakteristika hervorhebt: Ein MNU hat (i) Wirkungsstätten in verschiedenen Staaten und (ii) koordiniert bzw. nimmt Einfluss auf

diese Wirkungsstätten. Wie in Kapitel 14 A. erörtert, wurde das MNU klassischer Prägung mittlerweile durch modernere, netzwerkbasierte MNUen ersetzt. Die von S. 4 hervorgehobenen Charakteristika sind deshalb auch keine konstitutiven Merkmale. S. 4 enthält lediglich ein Regelbeispiel (vgl. *usually*). Wie sich aus ihrer Einführung ergibt, halten die Leitsätze nicht an einem klassischen Verständnis eines MNUs fest und zeigen sich offen für netzwerkbasierte Organisationsformen.⁴⁰³³ Die Auswertung des Fallmaterials zur internationalen Ausrichtung eines MNUs (siehe: D. I. 1 c)) hat außerdem ergeben, dass die internationale Ausrichtung getrennt von der hinreichend engen Verbindung zweier Entitäten zu prüfen ist; beides ist entkoppelt: Die in S. 4 beispielhaft genannte Vermittlung der internationalen Ausrichtung durch die hinreichend enge Verbindung einer heimischen Muttergesellschaft mit einer ausländischen Tochtergesellschaft ist nicht zwingend. S. 4 beschreibt *insofern* nur noch ein (historisches) Leitbild, hat aber eher illustrativen als normativen Wert. In der Folge kann auch ein Geflecht hinreichend eng verbundener, inländischer Entitäten ein MNU bilden, wenn seine Geschäftstätigkeiten international geprägt sind.

S. 4 umreißt aber nicht nur ein MNU klassischer Prägung, sondern beschreibt außerdem die Verbindungsqualität der einzelnen Entitäten beispielhaft mit einer **Koordinierungsfähigkeit** („*may co-ordinate their operations in various ways*“). S. 5 zeichnet demgegenüber ein sehr breites Spektrum möglicher Verbindungsstärken, das **wesentlichen Einfluss** („*significant influence*“) ebenso wie **unterschiedlichste Autonomiegrade** („*degree of autonomy [...] may vary widely*“) erfasst

Es bietet sich an, zunächst einige allgemeine Grundlagen zur Verbindungsqualität verschiedener Entitäten darzustellen (I.) und anschließend eine Vielzahl beispielhafter Einzelfälle vorzustellen (II.). Das Fallmaterial erweist sich inhaltlich insgesamt als zu dünn, um die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis bejahen zu können; eine Ausnahme bilden ältere Klarstellungen CIMEs, die allerdings in Vergessenheit geraten sind und lediglich sehr grundlegende Fragen beantworten (III.).

I. Grundlagen

Während sich dem Fallmaterial deutlich entnehmen lässt, dass die Mittel der Einflussnahme einer Entität auf eine andere keine Rolle spielen (I.),

4033 Ls. 7 der Einführung (*preface*) der Leitsätze 2023; vgl. OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 29.

lassen sich aus dem Fallmaterial kaum allgemeine Aussagen zur notwendigen Stärke der Einflussnahme gewinnen. Als gesichert kann nur gelten, dass die Schwelle zur Kontrolle nicht überschritten sein braucht (2.). Diese Grundlagen finden sich vor allem in älteren Klarstellungen CIMEs (3.).

1. Mittel der Einflussnahme

Der Wortlaut der Leitsätze zeichnet das klare Bild, dass die Mittel der Einflussnahme nicht beschränkt sind. Bereits Ls. I-4 S. 4 Leitsätze 2023 spricht von einer Koordination auf „unterschiedliche Weise“ (*in various ways*). S. 4 ist bewusst nicht präziser verfasst.⁴⁰³⁴ Mit der richtungsweisenden Klarstellung CIMEs in *Europäische Luftfahrtkonsortien*⁴⁰³⁵ ist seit 1979 autoritativ entschieden, dass eine Eigenkapitalbeteiligung (*equity participation*) kein notwendiges Kriterium für die Verbindung zweier MNU-Entitäten ist. Der Ausschuss hielt in Bezug auf die Kriterien der MNU-Definition fest:

„These criteria cover a broad range of multinational activities and arrangements, which can be based on equity participation according to the traditional approach to international direct investment, but the same result could be achieved by other means not necessarily including an equity capital element.“⁴⁰³⁶

In der Sache *Rio Tinto* aus dem Jahr 1999, die mit dem namensgebenden⁴⁰³⁷ Unternehmen eine *dual listed company* betraf,⁴⁰³⁸ verfeinerte CIME diese Aussage. Auf die Bekräftigung, dass eine Eigenkapitalbeteiligung für das Entstehen eines MNUs nicht notwendig sei,⁴⁰³⁹ folgte der Zusatz, dass eine Mehrheitsbeteiligung nicht das einzige Mittel sei, um einen „wesentlichen Einfluss“ auf untergeordnete Entitäten zu nehmen; eine Entität könne Teil eines MNUs sein, ohne eine im Mehrheitsbesitz stehende Tochtergesell-

4034 Schmalenbach, AVR 39 (2001), 57 (59); vgl. Vogelaar, OECD Observer Nr. 86 (Mai 1977), 7 (7).

4035 Zu diesem Fall siehe unter C. I. 2. c) aa) und Fußnote 3511.

4036 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39.

4037 Die Klarstellung erwähnt den Namen des betroffenen Unternehmens nicht; er lässt sich nur durch Begleitmaterial erschließen (Salzman, MichJIL 21 (2000), 769 (Fn. 61); Blanpain/Colucci, The Globalisation of Labour Standards (2004), S. 67).

4038 Zu *dual listed companies* siehe bereits unter C. I. 2. c) aa).

4039 OECD:CIME:1999:CIME-19-CL, Rn. 9.

schaft zu sein.⁴⁰⁴⁰ Dem Ausschuss ist beizupflichten.⁴⁰⁴¹ Der flexible (Ls. I-4 S. 1 Leitsätze 2023) und der inklusive Ansatz⁴⁰⁴² der Leitsätze wie auch ihre Bereitschaft, andere Organisationsformen jenseits eines klassischen MNU anzuerkennen,⁴⁰⁴³ zeugen davon, dass es nicht auf eine durch eine Eigenkapitalbeteiligung vermittelte, gesellschaftsrechtlich begründete Einflussmöglichkeit ankommen kann.

Da eine Eigenkapitalbeteiligung nicht notwendig ist, können auch rein vertragliche Formen der Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Entitäten ein MNU im Sinne der Leitsätze begründen.⁴⁰⁴⁴ Die Leitsätze stehen der Anerkennung netzwerkbasierter Wertschöpfungsketten als MNUs deshalb grundsätzlich aufgeschlossen gegenüber. Allerdings genügt nicht jede Art vertraglicher Verbindung. Bis zur 2000er Überarbeitung nahm die MNU-Definition Bezug auf die gemeinsame Nutzung von Wissen und Produktionsmitteln. Nach der ursprünglichen Fassung der Leitsätze umfassten MNUs Entitäten, von denen

„one or more [...] may be able to exercise a significant influence over the activities of others and, in particular, to share knowledge and resources with the others.“ (Ls. 8 S. 2 Einleitung Leitsätze 1991)

Hierunter fielen beispielsweise Vereinbarungen über Lizenzen oder Patente, das Teilen von Wissen über Produktionstechnologien, von Managementfähigkeiten oder von Ausbildungsprogrammen.⁴⁰⁴⁵ Dieser ursprünglichen Formulierung der Leitsätze ließ sich entnehmen, dass die gemeinsame Nutzung von Wissen und Produktionsmitteln *kumulativ* zur Ausübung eines wesentlichen Einflusses vorliegen musste. Da dieser Hinweis auf die gemeinsame Nutzung von Wissen und Produktionsmitteln mit der 2000er Überarbeitung entfallen ist, steht heutzutage aber fest, dass sie keine Voraussetzung mehr ist. Noch auf Basis der alten Definition war ebenso klar, dass die gemeinsame Nutzung von Wissen und Produktionsmitteln durch mehrere Entitäten erst dann dazu führt, dass diese Entitäten ein MNU

4040 OECD:CIME:1999:CIME-19-CL, Rn. 9.

4041 Im Ergebnis auch: Zerk, *Multinationals and CSR* (2006), S. 52; Weidmann, *OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz* (2014), S. 42 ff.

4042 Ls. I-4 S. 2 Hs. 1, I-5 S. 1 Hs. 1, I-6 S. 1 und II-A-12 ff. Leitsätze 2023.

4043 Ls. 7 der Einführung (*preface*) der Leitsätze 2023.

4044 Schmalenbach, AVR 39 (2001), 57 (60); vgl. OECD, *MNE-Declaration Review* (1979), Rn. 39 f.

4045 Vgl. Hawk, *Fordham Law Review* 46 (1977), 241 (249 f.); vgl. Rojot, *BJIR* 23 (1985), 379 (391).

bilden, wenn weitere Umstände hinzutreten. In einer anderen Klarstellung hielt der Ausschuss in diesem Sinne fest:

„[...] the sharing of knowledge and resources among companies or other entities would not be in itself, i.e. in the absence of other relevant circumstances, a sufficient indication that such companies or entities constitute a multinational enterprise.“⁴⁰⁴⁶

Bei späteren Gelegenheiten wiederholte der Ausschuss diese Aussage.⁴⁰⁴⁷ Folglich ist beispielsweise ein gemeinsamer Markenauftritt ansonsten getrennt operierender Entitäten *für sich genommen* keine hinreichend enge Verbindung. Es müssen weitere Mittel der Einflussnahme oder Koordination hinzutreten; das ist möglicherweise bei Franchising-Arrangements der Fall (dazu ausführlich unter: II. 2. b)). Handelt es sich jedoch lediglich um Lizenz-Verträge, sind Entitäten nicht so eng miteinander verbunden, dass ein MNU zu bejahen ist.⁴⁰⁴⁸ Hier kommt nur eine Geschäftsbeziehung (Ls. II-A-13 Leitsätze 2023) in Betracht.⁴⁰⁴⁹

2. Stärke der Einflussnahme

Ls. I-4 S. 5 zeichnet mit dem „wesentlichen Einfluss“ und dem unterschiedlichen Autonomiegrad einzelner Entitäten ein breites Spektrum möglicher Verbindungsstärken. Eine „Kontrolle“ stellt demnach zwar ein ausreichendes Ausmaß an Einfluss dar,⁴⁰⁵⁰ ist aber nicht erforderlich.⁴⁰⁵¹ S. 5 beschreibt dabei jedoch ausschließlich Subordinationsstrukturen, in denen einer Entität zwar ein hoher Grad an Autonomie, aber keine Gleichrangigkeit zugebilligt werden kann. Seit der 2000er Überarbeitung der Leitsätze wird dieses breite Spektrum durch das Regelbeispiel einer **Koordinierungsfähigkeit** („*may co-ordinate their operations*“, Ls. I-4 S. 4 Leitsät-

4046 OECD, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises (1986), Rn. 9. Ähnlich bereits ein Hintergrunddokument in der Sache *Europäische Luftfahrtkonsortien* (OECD Dok. DAF/IME/79.25, Rn. 4).

4047 OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 48; OECD, OECD Guidelines for MNEs (1997), S. 21; OECD Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 9.

4048 Hawk, Fordham Law Review 46 (1977), 241 (249 f.).

4049 Ls-Ko 2023, Rn. 17: „The term ‘business relationship’ includes relationships with [...] entities in the supply chain [...] which [...] license [...] products or services from the enterprise [...]“

4050 Vogelaar, OECD Observer Nr. 86 (Mai 1977), 7 (7).

4051 Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 42.

ze 2023) ergänzt. Darunter lassen sich nicht nur Subordinations-, sondern auch Gleichordnungsstrukturen subsumieren. Mit der 2000er Überarbeitung wurden deshalb die Anforderungen an die Stärke der Einflussnahme herabgesetzt.⁴⁰⁵²

Eine Durchsicht des Fallmaterials offenbart wenig allgemeine Stellungnahmen zum notwendigen Maß der Einflussnahme. Vor der 2000er Überarbeitung wies CIME darauf hin, dass ein MNU durch die Zusammenarbeit mehrerer Entitäten nicht begründet werde, wenn keine Verlagerung von Entscheidungsbefugnissen stattfinde („*shift in decision making power*“).⁴⁰⁵³ Da die Anforderungen an die Verbindungsstärke mit der 2000er Überarbeitung abgeschwächt wurden, halte ich dies für überholt. Die MNU-Definition der Leitsätze ist flexibel genug, um einer Vielzahl von Organisationsstrukturen Raum zu bieten. Sie erfassen sowohl zentralisierte Strukturen mit engmaschiger Überwachung und Instruktion als auch dezentralisierte Strukturen, bei denen sich übergeordnete Entitäten auf die passive Genehmigung der Tätigkeiten untergeordneter Entitäten beschränken.⁴⁰⁵⁴

Dass auch ein von einem MNU behaupteter großer Autonomiegrad seiner Entitäten die Einstufung als MNU nicht verhindert, wird im Fall *Perenco* der französischen NKS deutlich.⁴⁰⁵⁵ Der Beschwerdegegner, die Gruppe *Perenco*, bestand aus einer in London ansässigen Konzernleitung, einer französischen Tochtergesellschaft, die gruppenweite Dienstleistungen anbot, sowie einem guten Dutzend „mit großer Autonomie“⁴⁰⁵⁶ ausgestatteten, operativ tätigen Landesgesellschaften.⁴⁰⁵⁷ Die FR-NKS unterstrich, dass die britische Konzernleitung und die französische Tochtergesellschaft gruppenweit Leitungs- und Beratungsaufgaben wahrnahmen,⁴⁰⁵⁸ dass die Konzernleitung insbesondere für Finanzen und Vermarktung verantwort-

4052 Koenen, *Wirtschaft und Menschenrechte* (2012), S. 45; Kuntz, *Conceptualising Transnational Corporate Groups* (2017), S. 107; vgl. Muchlinski, *Multinational Enterprises* (2007), S. 7.

4053 OECD Dok. DAF/IME/79.25, Rn. 4.

4054 In diesem Sinne auch die Beschreibung der Entscheidungsstrukturen von MNUen in: OECD, *MNE-Declaration Review* (1992), S. 50.

4055 Die FR-NKS behandelte *Perenco* zwar wie ein MNU, analysierte *Perenco* aber nicht im Lichte des Ls. I-4 Leitsätze und bezog sich stattdessen auf die Sorgfaltspflichtvorschriften.

4056 So der Vortrag der Beschwerdegegner (OECD:FR-NCP:2022:FR-29-FS, S. 9).

4057 OECD:FR-NCP:2022:FR-29-FS, S. 2.

4058 OECD:FR-NCP:2022:FR-29-FS, S. 7.

lich zeichne⁴⁰⁵⁹ und dass die französische Tochtergesellschaft gegenüber der Konzernleitung berichtspflichtig sei.⁴⁰⁶⁰ Ausreichend kann auch sein, dass eine Muttergesellschaft MNU-weite Strategien und Richtlinien festlegt und für deren Beachtung sorgt.⁴⁰⁶¹

3. Zwischenfazit

Festzuhalten bleibt, dass die Mittel der Einflussnahme nicht im Sinne eines *numerus clausus* (Typenzwang) beschränkt sind. Es ist nicht notwendig, dass Entitäten über eine Eigenkapitalbeziehung miteinander verbunden sind, damit sie ein MNU bilden. Auch eine rein vertraglich vermittelte Einflussnahme kann ein MNU entstehen lassen, wenn sie ein hinreichendes Maß an Einflussnahme gestattet. Dieses hinreichende Maß an Einflussnahme ist noch nicht ausgelotet. Eine Kontrolle oder Beherrschung ist nicht notwendig (aber ausreichend). Der Wortlaut des Ls. I-4 S. 4 Leitsätze 2023 stellt auf eine Koordinierungsfähigkeit ab. Dass eine Entität große Autonomie gegenüber anderen Entitäten genießt, ist nicht *per se* ein Hinderungsgrund für die Einbeziehung dieser Entität in ein MNU mit diesen anderen Entitäten. Die gemeinsame Nutzung von Wissen und Produktionsmitteln genügt hingegen nicht für die Entstehung eines MNUs.

Soweit sich diese Erkenntnisse nicht schon aus dem Wortlaut des Ls. I-4 Leitsätze 2023 ergeben, sind sie auf jahrzehntealte Klarstellungen CIME zurückzuführen. Da Klarstellungen als verbindliche Auslegungen bindende Präjudizien sind⁴⁰⁶² und CIME seine Aussagen mehrfach bekräftigt hat, ist die Existenz einer kohärenten Entscheidungspraxis zu bejahen. Das hohe Alter dieser nur in schwer zugänglichen Berichten enthaltenen Klarstellungen und die Tatsache, dass sie bislang noch nicht von NKSen aufgegriffen wurden, lässt allerdings daran zweifeln, dass diese Klarstellungen künftige Aussprüche maßgeblich beeinflussen werden. Widersprechende Aussprüche von NKSen sind allerdings ebenfalls nicht ersichtlich.

4059 OECD:FR-NCP:2022:FR-29-FS, S. 2.

4060 OECD:FR-NCP:2022:FR-29-FS, S. 9.

4061 Vgl. OECD:CH-NCP:2016:CH-14-IA, S. 8; vgl. OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 7 f.

4062 Siehe: Kapitel 10 C. II.

II. Einzelfälle

Da sich verallgemeinerungsfähige Aussagen kaum finden lassen, ist es notwendig, einen Blick auf den Umgang der NKSen mit typischen Fallgestaltungen zu werfen. Ich werde zwischen Eigenkapitalbeteiligungen (1.), Netzwerken (2.), sonstigen rechtlichen Arrangements (3.) und außerrechtlichen Arrangements (4.) unterscheiden.

Die Auswertung des Fallmaterials sieht sich praktischen Hürden ausgesetzt. Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass die Abgrenzungsfunktion der MNU-Definition seit der 2011er Überarbeitung der Leitsätze an Bedeutung verloren hat (siehe: B.). Im Jahr 2011 wurde der Verantwortungsbereich eines MNUs von seinen eigenen Entitäten auf alle Entitäten, mit denen es in einer Geschäftsbeziehung steht, ausgeweitet (vgl. Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023). Seither erfährt die Frage nach den Grenzen eines MNUs und damit nach der Verbindungsqualität zweier Entitäten weniger Aufmerksamkeit. In vielen Fällen können sich NKSen zur Falllösung nämlich damit begnügen, dass *jedenfalls* die schwächste Form der Beteiligung einer Entität an einer negativen Auswirkung vorliegt (siehe: C. III. 2 a)).⁴⁰⁶³ Die Verfahrensparteien haben keinen Anspruch auf eine eindeutige Subsumtion der NKS; NKSen dürfen Fälle pragmatisch lösen. Zudem folgen nicht alle MNUs der hier vorgeschlagenen MNU-basierten Auslegung von Ls. I-4 und den „eigenen Aktivitäten“ des Ls. II-A-12 Leitsätze 2023, wonach die Aktivitäten aller MNU-Entitäten „eigene“ Aktivitäten sind. Manche NKSen folgen stattdessen einer einzelentitätsbasierten Lösung und wenden die Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023 auch auf den Binnenbereich eines MNUs an; in diesem Sinne ist die Tochter-Entität eine Geschäftspartnerin ihrer Mutter-Entität, sodass nur die schwächeren beiden Beteiligungsformen (Beitrag und unmittelbare Verbindung) in Betracht kommen. Die Folge dieser konzeptionellen Unklarheiten und unterschiedlichen Herangehensweisen ist, dass die praktisch viel häufiger vorkommende Subsumtion einer Kontaktstelle unter die drei Beteiligungsformen der Ls. II-A-12 f. Leitsätze 2023 nicht stellvertretend für die Grenzen eines MNUs im Sinne des Ls. I-4 Leitsätze 2023 herangezogen werden kann. Da das Fallmaterial allerdings unergiebig wäre, wollte man Subsumtionen der NKSen unter die Beteiligungsformen der Ls. II-A-12 f. Leitsätze 2023 ausschließen, muss ich sie in die nachfolgende Untersuchung einbeziehen. Ich werde die Aussagen

4063 Zumindest im Rahmen der ersten Evaluierung wird diese Vorgehensweise von der OECD gebilligt: OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 7.

der NKSen zu den Beteiligungsformen als Annäherung an den Begriff des MNUs deuten: Gehen sie von den schwächeren beiden Beteiligungsformen (unmittelbare Verbindung, Beitrag) aus, deutet dies auf die Verneinung einer hinreichend engen Verbindung hin. Gehen sie von der stärksten Beteiligungsform (Verursachung) aus, ist dies ein Indiz für eine hinreichend enge Verbindung.⁴⁰⁶⁴ Da es sich hierbei jedoch nur um Indizien handelt, ist schon vorgezeichnet, dass die Auswertung des Fallmaterials allenfalls geringe Erkenntnisse generieren wird (5.).

1. Eigenkapitalbeteiligungen

Ein auf einer Eigenkapitalbeteiligung beruhendes MNU ist der Inbegriff eines MNUs: Es entspricht dem tradierten wirtschaftswissenschaftlichen Verständnis eines MNUs (vgl. Kapitel 14 A. I.) und liegt den unter I. 1. vorgestellten Ausführungen des Ausschusses zugrunde, wenn er erörtert, ob neben einer Eigenkapitalbeteiligung überhaupt andere Mittel der Einflussnahme in Betracht kommen. Obwohl Kontaktstellen Eigenkapitalbeziehungen recht häufig in ihren Aussprüchen darstellen,⁴⁰⁶⁵ bewerten sie diese in aller Regel nicht abstrakt und auch nicht im Lichte der MNU-Definition. Wie schon erwähnt, liegt der Fokus der NKSen auf den Beteiligungsformen der Sorgfaltspflichtvorschriften. Grundsätzlich ist zwischen Mehrheits- (a)) und Minderheitsbeteiligungen (b)) und Gemeinschaftsunternehmen (*Joint Ventures*, (c))) zu unterscheiden.

a) Mehrheitsbeteiligungen

Die Flexibilität der MNU-Definition der Leitsätze (vgl. Ls. I-4 S.1 Leitsätze 2023) verhindert, dass die Entstehung eines MNUs allein davon

⁴⁰⁶⁴ Es sei daran erinnert, dass der Unterschied zwischen der „Verursachung“ und den schwächeren beiden Beteiligungsformen darin besteht, dass zu den „eigenen“ Aktivitäten eines MNUs (bzw. einer einzelnen Entität bei einer einzelentitätsbasierten Auslegung) „fremde“ Aktivitäten hinzutreten (siehe: B. I.).

⁴⁰⁶⁵ Beispielhafte Auswahl: OECD:CH-NCP:2012:CH-9-FS, S. 1; OECD:FR-NCP:2013:FR-14-FS, S. 6 f.; OECD:CA-NCP:2014:CA-11-IA, Rn. 2; OECD:KR-NCP:2015:KR-12-IA, S. 212; OECD:US-NCP:2018:US-46-FS, S. 7; OECD:CL-NCP:2020:CL-14-FS, S. 2 f. (engl. Übersetzung); OECD:NL-NCP:2020:NL-30-FS, S. 2; OECD:NL-NCP:2020:NL-36-FS, S. 1; OECD:IE-NCP:2022:IE-10-IA, Rn. 4 ff.

abhängt, dass eine Eigenkapitalbeteiligung einen bestimmten Prozentsatz überschreitet.⁴⁰⁶⁶ Gleichwohl liegt auf der Hand, dass eine 100 %-ige Beteiligung zum Entstehen eines MNU führt. Häufig werden derartige Beteiligungsverhältnisse durch NKSen nicht gesondert untersucht.⁴⁰⁶⁷ Ähnliches dürfte für eine Mehrheitsbeteiligung gelten.⁴⁰⁶⁸ Das Fallmaterial ist diesbezüglich aber widersprüchlich.

Nicht als MNU eingestuft wurden in Mehrheitsbeteiligung verbundene Entitäten in mindestens zwei Fällen: In einem Verfahren gegen die *Eurasian Natural Resources Corporation* unterschied die UK-NKS zwischen solchen Unternehmen, die sie zum Beschwerdegegner rechnete, und solchen Unternehmen, die sie als dessen Geschäftspartner und als ein MNU eigenen Rechts (*in its own right*) einstufte.⁴⁰⁶⁹ Zu den Geschäftspartnern zählte sie auch ein Unternehmen, das zu fast zwei Dritteln⁴⁰⁷⁰ im Eigentum des Beschwerdegegners stand. Die französische NKS qualifizierte die mehrfach verschachtelte Mehrheitseigentümerin einer an der Börse Duala notierten Gesellschaft (auf Basis der Leitsätze 2000) als bloße Geschäftspartnerin.⁴⁰⁷¹ Es lassen sich auch Verfahren finden, in denen die britische NKS die Beteiligungsverhältnisse nicht vertieft betrachtete. So ging sie in einer gegen die *Hindustan Unilever Limited* gerichteten Beschwerde wie selbstverständlich von der Verantwortung der britischen Mutter *Unilever plc* aus,⁴⁰⁷² obwohl die Mutter nur zu etwas mehr als der Hälfte an besagter indischer Tochtergesellschaft beteiligt war und die Anteile letzterer an zwei indischen Börsen notiert waren.⁴⁰⁷³ Auf beides ging die UK-NKS nicht ein. In einem anderen Fall hielt die UK-NKS fest, dass die Verantwortung für ein verfahrensgegenständliches Projekt formal bei einer knapp 60 %igen Tochter des Beschwerdegegners lag, dass aber weder der Beschwerdegegner

4066 Vgl. OECD, OECD Observer Nr. 82 (Juli 1976), 9 (13); vgl. *Acconci*, JWIT 5 (2004), 139 (157).

4067 Vgl. OECD:AT-NCP:2023:AT-6-IA. Beispielsweise geht die DE-NKS in einem Verfahren gegen den TÜV Rheinland nicht auf das Vorbringen der Beschwerdeführer ein, dass TÜV India eine hundertprozentige Tochter von TÜV Rheinland sei (vgl. OECD:DE-NCP:2018:DE-27-FS, Rn. 11).

4068 In diesem Sinne bereits OECD Dok. DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 9.

4069 OECD:UK-NCP:2016:UK-35-FS, Rn. 45 ff.

4070 OECD:UK-NCP:2016:UK-35-FS, Rn. 40.

4071 OECD:FR-NCP:2013:FR-14-FS, S. 6 f.

4072 OECD:UK-NCP:2007:UK-14-IA.

4073 *Hindustan Unilever Limited*, Report and Accounts 2007 (2008), S. 41, 99.

noch Beschwerdeführer bestritten, dass die Gesamtverantwortung für das Projekt beim Beschwerdegegner lag.⁴⁰⁷⁴

Grenzfälle finden sich im Bereich von Beteiligungen, bei denen weniger die Einflussnahme auf das operative Geschäft und mehr die Verzinsung oder Verwaltung des eingesetzten Kapitals im Vordergrund steht. Solche Strukturen stehen Portfolioinvestitionen nahe.⁴⁰⁷⁵ In ihrem Leitfaden für institutionelle Investoren stuft die OECD die Beteiligung eines Investors an der von seinem Portfoliounternehmen verursachten negativen Auswirkung maximal als Beitrag (mittlere Beteiligungsform) ein: Auch in Fällen, in denen der Investor (etwa im Bereich des Wagniskapitals, außerbörslichen Eigenkapitals oder eines Infrastrukturinvestments) über seine Stellung als Mehrheitseigentümer oder Komplementär erheblichen Einfluss auf die Geschicke der Portfoliogesellschaft nimmt, geht sie, soweit ersichtlich, nicht von der stärksten Beteiligungsform („Verursachung“) aus, weil sie nur zwischen den schwächsten beiden Beteiligungsformen abgrenzt.⁴⁰⁷⁶ Das könnte (wenn man der OECD eine MNU-basierte Abgrenzung der Beteiligungsformen unterstellt)⁴⁰⁷⁷ bedeuten, dass aus Sicht des Leitfadens Investor und Portfoliogesellschaft kein MNU bilden. Manche NKSen sehen dies offenbar genauso. So zeigen einige NKSen Vorbehalte dagegen, nicht operativ tätige Entitäten in den Anwendungsbereich der Leitsätze oder ihre Zuständigkeit einzubeziehen (vgl. G. I. 1. a)). Insbesondere die luxemburgische NKS nahm eine Beschwerde gegen eine luxemburgische Briefkastengesellschaft nicht zur vertieften Prüfung an.⁴⁰⁷⁸ Demgegenüber ignorierte die australische NKS in einem anderen Fall den Gedanken, dass es sich bei den Anteilseignern einer Entität nur um Investoren handeln könnte.⁴⁰⁷⁹

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die Aussprüche der NKSen widersprüchlich sind. Das ist vornehmlich darauf zurückzuführen, dass es ihnen an analytischer Schärfe und Argumentationen auf Basis eindeutiger Maßstäbe fehlt. Eine kohärente Entscheidungspraxis ist nicht ersichtlich. Mei-

4074 OECD:UK-NCP:2009:UK-20-FS, Rn. 7 f.

4075 Vgl. *Guler/Guillén*, JIBS 41 (2010), 185 (185 f.). Zur Abgrenzung von Portfolio- und Direktinvestitionen siehe auch: Kapitel 14 A. I.

4076 OECD, RBC for Institutional Investors (2017), S. 13, 20, 35, 38, 59 f. (der Leitfaden nimmt eine „Verursachung“ beispielsweise an, wenn der Investor seine eigenen Angestellten diskriminiert (aaO, S. 45)); vgl. *Gillard* u. a., Due Diligence in the Financial Sector (2014), S. 9.

4077 Vgl. den einleitenden Text zu Beginn von II.

4078 OECD:LU-NCP:2019:LU-3-IA, S. 5 ff.

4079 Vgl. OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 15 ff.

nes Erachtens ist gleichwohl daran festhalten, dass in Mehrheitsbeteiligung verbundene Entitäten grundsätzlich unter den MNU-Begriff der Leitsätze fallen. Allenfalls für Portfolioinvestitionen sind Ausnahmen zu erwägen; solche Ausnahmen sollten meines Erachtens aber restriktiv gehandhabt werden.

b) Minderheitsbeteiligungen

Bei Minderheitsbeteiligungen lässt sich ebenfalls zwischen Portfolio- und Direktinvestitionen unterscheiden.

Zwischen einem Investor und einer Portfoliogesellschaft besteht laut den offiziellen Kommentierungen grundsätzlich eine Geschäftsbeziehung gem. Ls. II-A-13 Leitsätze 2023.⁴⁰⁸⁰ Unterstellt man eine MNU-basierte Auslegung der Ls. II-A-11 ff., wären in Folge dieser Kommentierung bei derartigen Portfolioinvestitionen die Grenzen des MNUs erreicht. Ich halte das für überzeugend, da ein Minderheitsinvestor bei Portfolioinvestitionen weder wesentlichen Einfluss ausüben kann noch ausüben wird; er wird die Aktivitäten seiner Portfoliogesellschaften grundsätzlich auch nicht koordinieren können.

Minderheitsbeteiligungen können aber auch Charakteristika einer Direktinvestition aufweisen. Da die Ausübung eines wesentlichen Einflusses auch bei Beteiligungshöhen unter 50 % möglich ist,⁴⁰⁸¹ geht der Investitionsausschuss (in einem Kontext jenseits der Leitsätze) davon aus, dass schon ab einer Beteiligungshöhe von 10 % eine Direktinvestition vorliegt.⁴⁰⁸² Bei Beteiligungen zwischen 10 % und 50 % lässt sich folglich nicht pauschal verneinen, dass eine Koordinierungsfähigkeit im Sinne des S. 4 vorliegt. Ob und wann eine Beteiligung zwischen 10 % und 50 % tatsächlich unter Ls. I-4 Leitsätze 2023 zu subsumieren ist, lässt sich unter Zuhilfenahme des Fallmaterials allerdings nicht beantworten. Einschlägig ist einzig ein Fall der britischen NKS. In Bezug auf eine 42 %-Beteiligung der *British American Tobacco* (BAT) an der börsennotierten *Reynolds American Inc.* ging die NKS von einer „Geschäftsbeziehung“ (Ls. II-A-13 Leitsätze 2023)

4080 Ls-Ko 2023, Rn. 17: „The term ‘business relationship’ includes relationships with [...] investee companies, [...]“

4081 Wallace, MNE and Legal Control (2002), S. 138; aus dem deutschen Recht zu § 17 AktG: BGH, Urteil (15. Dezember 2011), NZG 2012, 1033 (1034).

4082 OECD, Benchmark Definition FDI (2025), Rn. 14, 65 f.

aus.⁴⁰⁸³ Maßgeblich war offenbar, dass BAT durch gesellschaftsrechtliche und vertragliche Regelungen daran gehindert war, die Entscheidungen von *Reynolds American* zu beeinflussen.⁴⁰⁸⁴ Nachdem BAT während des laufenden spA-Verfahrens die restlichen Anteile der *Reynolds American* übernommen hatte,⁴⁰⁸⁵ gab die Kontaktstelle BAT auf, ihre Beziehung zu ihrer nun vollständigen Tochtergesellschaft neu zu bewerten.⁴⁰⁸⁶ Daraus lässt sich wenig ableiten; klar ist nur, dass die vollständige Übernahme der Tochtergesellschaft die Verantwortung der Mutter-Entität für ihre Tochter aus Sicht der UK-NKS vergrößert hat.

Eine kohärente Entscheidungspraxis besteht in Bezug auf Minderheitsinvestitionen also eindeutig nicht. Man wird aber festhalten können, dass eine abstrakte Prozentzahl nicht maßgeblich ist; vielmehr kommt es auf den Einzelfall an. Das ergibt sich aus dem flexiblen Ansatz der MNU-Definition (Ls. I-4 S.1 Leitsätze 2023). Relevant könnte sein, inwiefern vertragliche oder gesellschaftsrechtliche Hürden für die Ausübung von Einfluss bestehen. Auch die Beteiligungen anderer Investoren sind in Betracht zu ziehen. Ein Minderheitsinvestor mit einer Beteiligung in Höhe von 15 %, dem ein Investor mit einer 70 %-Beteiligung gegenübersteht, wird tendenziell kein MNU mit dem Unternehmen bilden, das Gegenstand seiner Beteiligung ist.

c) Gemeinschaftsunternehmen

Gemeinschaftsunternehmen (*joint ventures*) können sowohl in der Form eines körperschaftlichen Zusammenschlusses (*equity*⁴⁰⁸⁷ bzw. *incorporated*⁴⁰⁸⁸ *joint ventures*), bei dem beispielsweise eine gemeinschaftlich gehaltene Gesellschaft gegründet wird, oder in Form eines vertraglichen Zusammenschlusses (*contractual joint ventures*) entstehen.⁴⁰⁸⁹ Die offizi-

4083 OECD:UK-NCP:2016:UK-46-IA, Rn. 18; OECD:UK-NCP:2019:UK-46-FS, Rn. 37 ff.

4084 OECD:UK-NCP:2016:UK-46-IA, Rn. 16 ff.; vgl. OECD:UK-NCP:2019:UK-46-FS, Rn. 28 ff., 62 ff.

4085 OECD:UK-NCP:2019:UK-46-FS, Rn. 28, 64 f.

4086 OECD:UK-NCP:2019:UK-46-FS, Rn. 62 ff.

4087 Hohmuth, ZIP 2016, 658 (658).

4088 *International Trade Centre, ITC Contractual Joint Venture Model Agreements* (2004), S. 2.

4089 Hohmuth, ZIP 2016, 658 (658); Opitz, in: Kronke u. a. (Hrsg.), *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht* (2017), 1391 (Rn. K-839); *International Trade Centre, ITC Contractual Joint Venture Model Agreements* (2004), S. 2 f.

ellen Kommentierungen der Leitsätze zählen die Beziehung verschiedener Joint Venture-Partner untereinander, also der Unternehmen, die das Gemeinschaftsunternehmen gegründet haben, zu den Erscheinungsformen einer Geschäftsbeziehung im Sinne des Ls. II-A-13 Leitsätze 2023.⁴⁰⁹⁰ Die Beziehung der Joint Venture-Partner zu ihrem Gemeinschaftsunternehmen adressieren sie hingegen nicht.⁴⁰⁹¹ Obwohl Gemeinschaftsunternehmen bereits häufig in spA-Verfahren involviert waren, setzen sich Kontaktstellen nur selten ausführlich mit ihnen auseinander.⁴⁰⁹² Mit Blick auf die Einflussmöglichkeiten eines Joint Venture-Partners auf das Gemeinschaftsunternehmen ist eine Zweiteilung zwischen Fällen, bei denen ein Joint Venture-Partner als Betreiber eines Gemeinschaftsunternehmens fungiert, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, sinnvoll.

aa) Gemeinschaftlich betriebene Gemeinschaftsunternehmen

Bei gemeinschaftlich betriebenen Gemeinschaftsunternehmen gehen NKSen tendenziell davon aus, dass das Gemeinschaftsunternehmen kein MNU mit den Joint Venture-Partnern bildet.

Die britische NKS konnte die Frage nach der Qualifizierung der Verbindung eines Gemeinschaftsunternehmens mit seinen Joint Venture-Partnern in zwei Fällen offenlassen. Im ersten Verfahren, das sich gegen ein kasachisches Gemeinschaftsunternehmen westlicher und eurasischer Energieunternehmen richtete, äußerte sich die NKS hierzu nicht, weil das Gemeinschaftsunternehmen freiwillig selbst mit der NKS im Verfahren interagierte.⁴⁰⁹³ Hieran zeigt sich die Flexibilität von spA-Verfahren, weil die britische NKS ursprünglich nur in Bezug auf die britische, die US-NKS in Bezug auf die US-amerikanische und die italienische NKS in Bezug auf die italienische Joint-Venture-Partnerin angerufen wurde (zusammen 76,5 % der Anteile).⁴⁰⁹⁴ Aus Zuständigkeitsgründen ausgeblendet wurde die Joint Venture-Konstellation schließlich in drei parallel anhängig gemachten

4090 Ls-Ko 2023, Rn. 17: „*The term ‘business relationship’ includes relationships with [...] joint venture partners [...]*“.

4091 Eine Einstufung als „*investee companies*“ im Sinne des Ls-Ko 2023, Rn. 17 erscheint mir zu undifferenziert.

4092 In OECD:BR-NCP:2019:BR-25-FS wurde die *Joint Venture*-Konstruktion weitgehend ausgeblendet.

4093 OECD:UK-NCP:2017:UK-36-FS, Rn. 5.

4094 OECD:UK-NCP:2017:UK-36-FS, Rn. 3, 5.

Beschwerdeverfahren vor der britischen, australischen und Schweizer NKS in Bezug auf drei paritätisch beteiligte Joint Venture-Partner eines kolumbianischen Gemeinschaftsunternehmens.⁴⁰⁹⁵

Die Aussprüche der niederländischen Kontaktstelle sind demgegenüber etwas hilfreicher. Eines ihrer Verfahren betraf ein Öldepot. Das Öldepot wurde von einem Gemeinschaftsunternehmen dreier Ölgesellschaften betrieben, zu denen die philippinische Tochter von *Shell* (PSPC) gehörte.⁴⁰⁹⁶ Die NL-NKS ging hier offenbar nicht von einem MNU zwischen PSPC und der Betreibgesellschaft des Öldepots aus, weil sie die Grenzen unilateraler Handlungen von PSPC (implizit) anerkannte und die Notwendigkeit einer Kooperation aller Joint Venture-Partner betonte. So gab sie der philippinischen PSPC auf, ihre Joint Venture-Partner erforderlichenfalls zu einem leitsatzkonformen Verhalten zu drängen.⁴⁰⁹⁷ Zugleich werde PSPC durch die Joint Venture-Struktur nicht von ihrer Verantwortung unter den Leitsätzen befreit:

4095 Die Beschwerdeführer argumentierten unter Bezugnahme auf die MNU-Definition der Leitsätze, dass die Joint Venture-Partner mit dem Gemeinschaftsunternehmen ein einheitliches MNU bildeten. Der Beschwerdegegner trat dem mit der Begründung entgegen, dass die involvierten Entitäten jeweils eigene Management-, Verfahrens- und Unternehmensführungsstrukturen hätten. Die australische NKS entschied die Meinungsverschiedenheit nicht, weil sie sich bei den Beschwerdeführern vergewisserte, dass diese die Entscheidungen nur der Joint Venture-Partner und nicht des Gemeinschaftsunternehmens selbst angriffen (OECD:AU-NCP:2022:AU-25-IA, Rn. II ff., 25 ff.). Die Schweizer NKS und die britische NKS entschieden ähnlich (OECD:CH-NCP:2022:CH-24-IA, S. 5; OECD:UK-NCP:2022:UK-59-IA). Wegen der andernfalls bestehenden Zuständigkeit der kolumbianischen NKS konnten sich die NKSen nur für das Verhalten der Joint Venture-Partner, nicht aber für das Verhalten des Gemeinschaftsunternehmens für zuständig erklären (Sorgfaltspflichten am Hauptsitz der Joint Venture-Partner als *locus* der Streitfrage, vgl. Kapitel 6 A I. und II. 1.). Eine vertiefte Behandlung der Joint Venture-Konstellation unterblieb, da die Beschwerdeführer die Beschwerde während des Vermittlungsverfahrens zurückzogen (OECD:CH-NCP:2022:CH-24-FS, S. 4; OECD:AU-NCP:2023:AU-25-FS, Rn. 3 f.). Das Verfahren vor der britischen NKS war zum für die vorliegende Arbeit maßgeblichen zweiten Stichtag (Kapitel 1 C.) nicht abgeschlossen. Da der Schweizer Joint Venture-Partner die Beteiligungen der anderen beiden Partner erwerben wollte, wurde das spA-Verfahren vornehmlich durch die CH-NKS geführt (OECD:UK-NCP:2022:UK-59-IA; OECD:AU-NCP:2022:AU-25-IA, Rn. 18, 45).

4096 *Pilipinas Shell Petroleum Corporation*, Annual Report for 2016 (2017), Note 24; OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 9, 13.

4097 OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 9. Ähnlich auch: OECD:NL-NCP:2020:NL-36-FS, S. 8.

„PSPC’s joint venture (JV) partners were not addressed in this specific instance, [...]. However, this does not dismiss PSPC’s [sic] from its responsibility to act in accordance with the OECD guidelines, both individually and in cooperation with its joint venture partners.“⁴⁰⁹⁸

Außerdem vertrat die NKS die Ansicht, sich nicht zu den beiden Joint Venture-Partnern äußern zu können, weil die Beschwerdeführer kein Verfahren gegen sie angestrengt hätten.⁴⁰⁹⁹ Leider begründet die NL-NKS ihre Entscheidung in Bezug auf die Joint Venture-Konstruktion nicht näher. Maßgeblich könnte gewesen zu sein, dass PSPC kein beherrschender Partner des Gemeinschaftsunternehmens war.⁴¹⁰⁰

In einem späteren Fall könnte die NL-NKS bestätigt haben, dass ein Joint Venture-Partner mit einem Gemeinschaftsunternehmen, an dem er lediglich einen Minderheitsanteil hält, kein MNU bildet. Sie stufte die Verbindung zwischen *Shell* und einem Gemeinschaftsunternehmen als Geschäftsbeziehung im Sinne des Ls. II-A-13 Leitsätze 2023 ein.⁴¹⁰¹ Die NL-NKS bezweifelte, dass der 27,5 %-ige Anteil (abzüglich einer Aktie) *Shells* am Gemeinschaftsunternehmen bedeutend war und ging davon aus, dass *Shell* nur geringe Einflussmöglichkeiten auf das Gemeinschaftsunternehmen zukamen.⁴¹⁰² In diesem Zusammenhang hob die Kontaktstelle auch auf die schlechte Beziehung zwischen *Shell* und dem anderen Joint Venture-Partner ab.⁴¹⁰³

Jüngst ist auch die dänische NKS davon ausgegangen, dass Joint Venture-Partner mit ihrem Gemeinschaftsunternehmen kein MNU bilden: Während sie unter Bezugnahme auf das Kooperationsgebot in Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 die gemeinsame Verantwortung von Mutter- und Tochter-Entitäten für MNU-weite Sorgfaltspflichtmaßnahmen unterstrich,⁴¹⁰⁴ stufte sie

4098 OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 15.

4099 OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 15.

4100 Darauf lässt sich schließen, weil die NL-NKS in diesem Zusammenhang eine Passage aus *Shells* Nachhaltigkeitsbericht zitiert, die nur solche Gemeinschaftsunternehmen betrifft, die von *Shell* nicht kontrolliert werden (vgl. OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 15).

4101 OECD:NL-NCP:2013:NL-22-IA, S. 3 f.

4102 OECD:NL-NCP:2013:NL-22-IA, S. 3 f.

4103 OECD:NL-NCP:2013:NL-22-IA, S. 3 f. Zu den Hintergründen siehe beispielsweise: *Lustgarten*, Fortune Nr. 2 (5. Februar 2007), 92 (92 ff.).

4104 OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 13 f.

das von zwei Joint Venture-Partnern zu je 44 % gehaltene Gemeinschaftsunternehmen als Geschäftspartner der Mutter-Entität ein.⁴¹⁰⁵

bb) Ein Joint Venture-Partner als Betreiber

Gemeinschaftsunternehmen kennen Gestaltungsvarianten, bei denen ein Joint Venture-Partner zugleich Betreiber (Betriebsführer, *operator*) des Gemeinschaftsunternehmens ist. Der Betreiber muss nicht der Joint Venture-Partner mit dem größten Anteilsbesitz am Gemeinschaftsunternehmen sein. Insbesondere in Nigeria, wo die staatliche Ölgesellschaft in der Regel mehr als die Hälfte der Anteile des Gemeinschaftsunternehmens hält, ist dies nicht der Fall.⁴¹⁰⁶ Der Betreiber darf hier gewisse Entscheidungen nur mit Zustimmung eines Gremiums treffen, in dem die staatliche Ölgesellschaft Nigerias die Mehrzahl der Vertreter stellt.⁴¹⁰⁷ Solche Strukturen waren mehrfach Gegenstand von Verfahren vor der NL-NKS; betroffen war dabei eine nigerianische Tochtergesellschaft von *Shell*.⁴¹⁰⁸ Aus einer dieser Entscheidungen ergibt sich, dass der Betreiber aus Sicht der NL-NKS kein MNU mit dem Gemeinschaftsunternehmen oder den anderen Joint Venture-Partnern bildet; die NKS trennte vielmehr zwischen der Verantwortlichkeit des Betreibers (*Shells* Tochtergesellschaft) und *Shell* einerseits und dem Gemeinschaftsunternehmen und den anderen Joint Venture-Partnern andererseits.⁴¹⁰⁹

4105 OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 18 f. (Dabei bleibt unklar, auf welche Beteiligungsform die NKS abstellte. Sie vermengte die Residualpflicht (vgl. Ls. II-A-13 Leitsätze 2011) mit der Beteiligungsform der unmittelbaren Verbindung (vgl. Ls. II-A-12 Leitsätze 2011), vgl. aaO, S. 20.).

4106 Vgl. *Usman*, Nigerian Oil and Gas Law (2017), S. 223 ff.

4107 Vgl. *Usman*, Nigerian Oil and Gas Law (2017), S. 223 ff.

4108 Eine Tochtergesellschaft der *Shell* ist Betreiber eines vertraglichen Gemeinschaftsunternehmens, dessen Anteile zu 55 % bei der staatlichen nigerianischen Ölgesellschaft und zu 30 % bei *Shell* liegen: OECD:NL-NCP:2013:NL-18-FS, S. 4; OECD:NL-NCP:2014:NL-20-FS, S. 2; OECD:NL-NCP:2020:NL-36-FS, S. 1; OECD:NL-NCP:2023:NL-40-FS, S. 4; OECD:NL-NCP:2024:NL-47-FS, S. 6, 15.

4109 OECD:NL-NCP:2023:NL-40-FS, S. 13 f.: Die NKS leitet aus dem Kooperationsgebot des Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 ab, dass *Shell* und ihr Tochterunternehmen mit der NKS interagieren müssen. Vom Gemeinschaftsunternehmen und den anderen Joint Venture-Partner verlangt die NKS dies aber nicht. Vielmehr komme *Shell* und ihrem Tochterunternehmen die Pflicht zu, ihren Einfluss im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehung geltend zu machen (vgl. Ls. II-A-13 Leitsätze 2023). Siehe außerdem OECD:NL-NCP:2023:NL-40-FS, S. 15: „*The SPDC [= Tochtergesellschaft Shells] is responsible for its own actions irrespective of corporate structures,*

Die britische NKS hingegen hat in ähnlichen Fällen mehrfach Unternehmenssphären miteinander vermischt. In einem Fall zur *BTC Corporation* trennte sie (zumindest sprachlich) nicht zwischen einem Gemeinschaftsunternehmen und seiner Betreiberin.⁴¹¹⁰ Ähnlich ging sie in einem Fall vor, der ein von *BHP Billiton* betriebenes⁴¹¹¹ Gemeinschaftsunternehmen betraf: Sie konnte hier die Frage offen lassen, ob beide Unternehmen ein MNU bildeten, da *BHP Billiton* in Vertretung des Gemeinschaftsunternehmens mit der NKS interagierte.⁴¹¹² In ihrer Analyse der Beschwerde schwankt die NKS ungenau zwischen Beurteilungen des Verhaltens von *BHP Billiton*, des Gemeinschaftsunternehmens und beider Unternehmen zusammen.⁴¹¹³ Auch die norwegische NKS zeigte die Tendenz, den Betreiber eines Gemeinschaftsunternehmens mit dem Gemeinschaftsunternehmen gleichzusetzen. Die zugehörige Beschwerde betraf einen Unfall beim Auftragnehmer eines Gemeinschaftsunternehmens.⁴¹¹⁴ In Bezug auf den Betreiber des Gemeinschaftsunternehmens prüfte sie sehr präzise, welche der

e.g. with joint venture partners. Shell HQ is responsible for the actions of each subsidiary in its group and has the duty to exercise its leverage both on its subsidiaries as well as on the business partners of the subsidiaries.“; bekräftigt in: OECD:NL-NCP:2024:NL-47-FS, S. 15, 18.

4110 Sowohl in der Abschlusserklärung als auch im Folgebericht bezieht sich die UK-NKS jeweils auf „das Unternehmen“, das sie jedoch in der Abschlusserklärung als *BTC Corporation* (OECD:UK-NCP:2011:UK-2-FS(Rev), Rn. 14) und im Folgebericht als die Betreiberin (OECD:UK-NCP:2011:UK-2-FU, Rn. 1) definiert, ohne dass damit ein Unterschied verbunden wäre. Letztlich prüft die NKS im Folgebericht, wie die Betreiberin die in der Abschlusserklärung an die *BTC Corporation* gerichtete Empfehlung umgesetzt hatte. Eine Begründung für die Vermischung beider Unternehmenssphären fehlt.

4111 Dass das Gemeinschaftsunternehmen von *BHP Billiton* betrieben wurde, ergibt sich leider nicht aus dem Ausspruch der UK-NKS. Es ist aber in einem Geschäftsbericht von *BHP Billiton* festgehalten (*BHP Billiton*, 2010 Annual Report (2010), S. 26).

4112 OECD:UK-NCP:2012:UK-23-FS, Rn. 7.

4113 Vgl. OECD:UK-NCP:2012:UK-23-FS, Rn. 23: In Rn. 23 wird die Prüfung angekündigt, ob das Gemeinschaftsunternehmen die Leitsätze verletzt habe. In Rn. 33, 57, 61 wird (im Widerspruch dazu) festgehalten, dass der Joint Venture-Partner gewisse Leitsätze eingehalten habe. In den Rn. 51 ff. werden die Tätigkeiten beider Unternehmen nebeneinander und unterschiedslos aufgeführt. In der der Abschlusserklärung vorausgeschickten Zusammenfassung wird festgehalten, dass der Joint Venture-Partner die Leitsätze eingehalten habe. In der ausführlicheren Schlussfolgerung (Rn. 62 ff.) wird mal der Joint Venture-Partner und werden mal beide Unternehmen angesprochen.

4114 OECD:NO-NCP:2023:NO-16-FS, S. 2.

drei Beteiligungsformen vorlag.⁴¹¹⁵ Im Gegensatz dazu stellte sie für einen nicht betreibenden Partner ohne Umschweife auf die schwächste Beteiligungsform (unmittelbare Verbindung) ab.⁴¹¹⁶ Die NO-NKS schloss sich hier seinem Argument an, er sei nicht in die Geschäftsführung involviert gewesen.⁴¹¹⁷ Diese unterschiedlichen Prüfintensitäten deuten darauf hin, dass aus Sicht der NKS zwischen der Verantwortung eines nicht-betreibenden und eines betreibenden Partners ein qualitativer Unterschied besteht und ein betreibender Partner (anders als ein nicht-betreibender Partner) als „zentralster Akteur“⁴¹¹⁸ eher mit einem Gemeinschaftsunternehmen gleichgesetzt werden kann. Als gesichert kann diese Deutung aber nicht gelten.

cc) Zwischenfazit

Das Fallmaterial der NKSen zu Gemeinschaftsunternehmen ist wenig ergiebig. Ihre Entscheidungen basieren größtenteils auf unausgesprochenen Annahmen, nehmen nicht Bezug aufeinander und folgen keiner übergeordneten Argumentationslinie. Eine kohärente Entscheidungspraxis steht in weiter Ferne. Das Hauptproblem ist, dass NKSen nicht unter die MNU-Definition subsumieren und den Fall stattdessen auf Basis der Beteiligungsformen der Sorgfaltspflichtvorschriften lösen. Da in den genannten Fällen, wie auch in weiteren Fällen mit ähnlichen Strukturen,⁴¹¹⁹ eine vertiefte Begründung fehlt, lassen sich die Gründe für das Vorgehen der Kontaktstellen nur mutmaßen. Meines Erachtens dürfte es entscheidend darauf ankommen, welchen Freiraum ein Joint Venture-Partner (gerade gegenüber den anderen Partnern) genießt. Der Anteilsbesitz ist dabei nur ein Indikator und stets ins Verhältnis zu den anderen Joint Venture-Partnern zu setzen. In Pattsituationen (Joint Venture-Partner mit paritätischem Einfluss) wird man das Gemeinschaftsunternehmen nicht als Teil des MNUs eines der Joint Venture-Partner sehen können. In den Nigeria-Fällen der niederländischen NKS dürfte kein derartiger Freiraum bestanden haben, weil der Betreiber wesentliche Fragen nur mit Zustimmung des nigerianisch-staatlichen Mehrheitsgesellschafters entscheiden durfte. Dazu zählte *in casu*

4115 OECD:NO-NCP:2023:NO-16-FS, S. 14 ff.

4116 OECD:NO-NCP:2023:NO-16-FS, S. 19 f.

4117 OECD:NO-NCP:2023:NO-16-FS, S. 19.

4118 OECD:NO-NCP:2023:NO-16-FS, S. 14.

4119 Vgl. OECD:CH-NCP:2012:CH-9-FS.

beispielsweise die Teilnahme am spA-Verfahren vor der NKS.⁴¹²⁰ Im Fall der norwegischen NKS hingegen genoss der Betreiber gerade mit Blick auf die Festlegung und Überwachung von Sicherheitsstandards umfassende Gestaltungsbefugnisse.⁴¹²¹

2. Netzwerke

Globale Netzwerke sind Erscheinungsformen eines MNU's modernen Typs (näher: Kapitel 14 A. II.). Ein Flaggschiffunternehmen nimmt hier, in der Regel ohne Eigenkapitalbeteiligung, eine orchestrierende Rolle ein. Netzwerke quasi-internalisieren die Schritte der Wertschöpfungskette. Sie sind an der Grenze zwischen externalisierten (marktbasierter Handel) und internalisierten (Hierarchie, klassisches MNU) Organisationsformen zu verorten. Die Qualifikation von Netzwerken als MNUen im Sinne der Leitsätze ist insbesondere deshalb möglich, weil die MNU-Definition der Leitsätze keine Eigenkapitalbeziehung voraussetzt (siehe: I. 1.) und eine Koordinierungsfähigkeit genügen lässt (siehe: I. 2.). Außerdem erkennen die Leitsätze die Vielfältigkeit der Organisationsformen moderner MNUen an (Ls. 7 der Einführung (*preface*) der Leitsätze 2023). Wie Netzwerke von NKSen in die Kategorien der Leitsätze eingeordnet werden, ist deshalb von besonderem Interesse. Neben einem Abschlussprüfernetzwerk (a)) waren die Franchising-Systeme verschiedener MNUen (b)) Gegenstand von spA-Verfahren.

a) Abschlussprüfernetzwerke

Unternehmen im Bereich der Abschlussprüfung sind als nicht-hierarchische Netzwerke verfasst, die aus autonomen lokalen Einheiten bestehen.⁴¹²² Mit dieser Organisationsform lösen sie den Konflikt zweier widerstreitender Ziele bestmöglich auf: Einerseits handelt es sich bei Abschlussprüfungen um eine „jurisdiktionsspezifische“⁴¹²³ Dienstleistung, die durch nationalstaatliche Regulierung und vom Bedürfnis nach lokaler Expertise (ins-

4120 OECD:NL-NCP:2023:NL-40-FS, S. 9.

4121 OECD:NO-NCP:2023:NO-16-FS, S. 19.

4122 Carson, in: Hay u. a. (Hrsg.), *The Routledge Companion to Auditing* (2014), 23 (25); Eble, *Abschlussprüfer, Unabhängigkeit und Netzwerke* (2015), S. 36 ff.

4123 Eble, *Abschlussprüfer, Unabhängigkeit und Netzwerke* (2015), S. 28 ff.

besondere im Steuer- und Gesellschaftsrecht und Bereich der Rechnungslegung) geprägt ist.⁴¹²⁴ Andererseits bietet eine größere internationale Präsenz Skaleneffekte und dient der Erschließung neuer Märkte.⁴¹²⁵ Typischerweise bestehen neben einer Dachgesellschaft, die keine Prüfungsleistungen erbringt, rechtlich selbstständige, untereinander gesellschaftsrechtlich nicht verbundene Mitgliedsgesellschaften, die die Prüfungsleistungen unter Beachtung der Qualitätsstandards der Dachgesellschaft erbringen.⁴¹²⁶ In der Dachgesellschaft haben alle Mitgliedsentitäten oder eine Auswahl der größten unter ihnen Sitz und Stimme.⁴¹²⁷ Abschlussprüfernetzwerke sind damit ein Paradebeispiel für eine Organisationsstruktur zwischen Hierarchie und Markt.⁴¹²⁸ Abschlussprüfernetzwerke gehören zu den wenigen Netzwerken, die Gegenstand einer gesetzgeberischen Definition sind.⁴¹²⁹ Art. 2 Nr. 7 der Abschlussprüfungs-RL⁴¹³⁰ und der diese Richtlinie umsetzende § 319b Abs. 1 S. 3 HGB enthalten eine breit gefasste Definition des Netzwerks.⁴¹³¹

Das Netzwerk von *PricewaterhouseCoopers* (PwC) war Beschwerdegegner zweier Verfahren vor der britischen NKS. In beiden Verfahren ging eine pro-israelische Nichtregierungsorganisation gegen PwC wegen Prüfungsleistungen der palästinensischen PwC-Landesgesellschaft für die Palästinensische Autonomiebehörde (erster Fall)⁴¹³² bzw. für palästinensische Nichtregierungsorganisationen (zweiter Fall)⁴¹³³ vor. PwC bestritt beide Male, dass das PwC-Netzwerk ein MNU im Sinne der Leitsätze bildet.⁴¹³⁴

4124 Eble, Abschlussprüfer, Unabhängigkeit und Netzwerke (2015), S. 28 ff.; vgl. Carson, in: Hay u. a. (Hrsg.), *The Routledge Companion to Auditing* (2014), 23 (25 ff.).

4125 Eble, Abschlussprüfer, Unabhängigkeit und Netzwerke (2015), S. 33 ff.

4126 Lenz/James, in: Cliquet u. a. (Hrsg.), *Economics and Management of Networks* (2007), 367 (376 ff.); Eble, Abschlussprüfer, Unabhängigkeit und Netzwerke (2015), S. 39 f.

4127 Lenz/James, in: Cliquet u. a. (Hrsg.), *Economics and Management of Networks* (2007), 367 (381 f.).

4128 Lenz/James, in: Cliquet u. a. (Hrsg.), *Economics and Management of Networks* (2007), 367 (388).

4129 Eble, Abschlussprüfer, Unabhängigkeit und Netzwerke (2015), S. 42.

4130 Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates (*Abschlussprüfungs-RL*), 17. Mai 2006, zuletzt geändert: 9. Januar 2024. ABl. L 157 (9. Juni 2006), 87–107. Verfügbar unter: <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/43/oj>.

4131 Ebke, *ZVglRWiss* 121 (2022), 1 (13 ff.).

4132 OECD:UK-NCP:2018:UK-50-IA; OECD:UK-NCP:2020:UK-50-FS.

4133 OECD:UK-NCP:2020:UK-55-IA; OECD:UK-NCP:2021:UK-55-FS.

4134 OECD:UK-NCP:2020:UK-50-FS, Rn. 38; OECD:UK-NCP:2021:UK-55-FS, Rn. 11.

Die Qualifikation des PwC-Netzwerks als MNU lag in der Tat nicht nahe, da sich seine Governance-Struktur dadurch auszeichnet, dass voneinander rechtlich unabhängige Landesgesellschaften unter einer einheitlichen Marke auftreten.⁴¹³⁵ Die Landesgesellschaften sind Mitglieder der oder stehen in einer anderen Art von Verbindung zur *PwC International Ltd.* mit Sitz in England. Die UK-NKS bejahte den MNU-Charakter des PwC-Netzwerks.⁴¹³⁶ Ihre Argumentation ist allerdings unbrauchbar und wird der Schwierigkeit der korrekten Einordnung eines Netzwerks unter die MNU-Definition der Leitsätze nicht gerecht. Sie stellte ausschließlich auf den Wortlaut des Ls. I-4 Leitsätze 2023 ab. So hieß es in Bezugnahme auf den Vortrag PwCs lediglich, dass „[t]he wording of the OECD Guidelines under Part 1, Section 1, Article 4 indicates that this is not the case.“⁴¹³⁷ Allerdings führte die UK-NKS weiter aus:

„However, the NCP does recognise that there is a considerable degree of autonomy for entities within the PwC network and the work undertaken in this case by PwC Palestine would not have been overseen, approved or considered by another network company located in another country.“⁴¹³⁸

Es fällt schwer, den Gedankengang der UK-NKS zu rekonstruieren. Ihre Aussagen lassen sich einerseits so deuten, dass die NKS von einem Grenzfall ausging: Das PwC Netzwerk ist zwar ein MNU im Sinne der Leitsätze, aber nur weil Ls. I-4 S. 5 Leitsätze 2023 darauf hinweist, dass Entitäten eines MNUs einen hohen Autonomiegrad genießen können. Dass *PwC International* einen hinreichenden Einfluss auf die PwC Netzwerkmitglieder ausübt, lässt sich damit begründen, dass *PwC International* die Tätigkeiten der Landesgesellschaften (bezüglich Strategie, Marke, Risiko und Qualität) koordiniert, netzwerkweite Richtlinien und Initiativen entwickelt und für deren Umsetzung sorgt.⁴¹³⁹ Andererseits könnte die NKS gemeint haben, dass kein Grenzfall vorlag, aber die differenzierte Ansprache der einzelnen Entitäten (Ls. I-4 S. 7 Leitsätze 2023) verlangte, dass der hohe Autonomiegrad der palästinensischen Landesgesellschaft die Verantwortlich-

4135 Hier und im Folgenden: <https://www.pwc.com/gx/en/about/corporate-governance/network-structure.html> (zuletzt abgerufen am 8. Februar 2026).

4136 OECD:UK-NCP:2018:UK-50-IA, Rn. 9; OECD:UK-NCP:2020:UK-55-IA.

4137 OECD:UK-NCP:2018:UK-50-IA, Rn. 9; fast wortgleich in: OECD:UK-NCP:2020:UK-55-IA.

4138 OECD:UK-NCP:2021:UK-55-FS, Rn. 11; fast wortgleich in: OECD:UK-NCP:2020:UK-50-FS, Rn. 39.

4139 <https://www.pwc.com/gx/en/about/corporate-governance/network-structure.html> (zuletzt abgerufen am 8. Februar 2026).

keit der anderen Netzwerkmitglieder verringerte. Für die zweite Deutung spricht, dass die britische PwC Landesgesellschaft, die im ersten Fall für das PwC Netzwerk auf die Anfragen der UK-NKS antwortete, soweit ersichtlich nicht in direkter Beziehung zur palästinensischen PwC Landesgesellschaft stand und ihr Verhalten auch nicht von der UK-NKS evaluiert wurde.⁴¹⁴⁰ Darüber hinaus wurde die Pflicht der *PwC International* offenbar in erster Linie darin gesehen, Verhaltenskodizes und interne Richtlinien zu entwickeln, die im Einklang mit den Leitsätzen stehen.⁴¹⁴¹ Das entspricht der Governance-Struktur des PwC Netzwerks, die hierfür der *PwC International* die Verantwortung zuweist und keine gegenseitige Haftung oder Vertretung der PwC Landesgesellschaften untereinander vorsieht.⁴¹⁴²

b) Franchising

Die Kommentierungen der Leitsätze zählen Franchising-Verträge zu den Erscheinungsformen einer Geschäftsbeziehung im Sinne des Ls. II-A-13 Leitsätze 2023.⁴¹⁴³ Wenn man eine MNU-basierte Auslegung dieser Norm unterstellt, könnte man daraus auf den fehlenden MNU-Charakter eines Franchising-Netzwerks schließen.⁴¹⁴⁴ Manche NKS-Aussprüche lassen sich ebenfalls so deuten. In den einschlägigen Fällen mussten sich NKSen zu Franchising-Arrangements verschiedenster Branchen äußern. Da für den Bereich der Hotellerie nur ein Verfahren mit wenig überzeugender Argumentation vorliegt,⁴¹⁴⁵ werde ich mich im Folgenden auf die Bereiche der Getränkeabfüllung (aa)) und der Systemgastronomie (bb)) fokussieren.

4140 Vgl. OECD:UK-NCP:2020:UK-50-FS.

4141 Vgl. OECD:UK-NCP:2020:UK-50-FS, Rn. 25, 41.

4142 <https://www.pwc.com/gx/en/about/corporate-governance/network-structure.html> (zuletzt abgerufen am 8. Februar 2026).

4143 Ls-Ko 2023, Rn. 17: „The term ‘business relationship’ includes relationships with [...] franchisees [...]“

4144 Siehe oben unter II.

4145 OECD:PE-NCP:2019:PE-5-IA, S. 18 f. Die NKS spricht das beklagte MNU von einer Verantwortung für das Verhalten des Hotelbetreibers größtenteils frei, weil die Beziehung zwischen beiden kein Franchising-Vertrag klassischer Prägung sei. Ob ein klassischer Franchising-Vertrag vorlag, ist meines Erachtens aber irrelevant; zumindest bestand eine Geschäftsbeziehung (vgl. Ls. II-A-13 Leitsätze 2023).

aa) Getränkeabfüllung

Eines der bekanntesten und ältesten Franchising-Systeme ist das „Coca-Cola System“, das von *The Coca-Cola Company* (TCCC) Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts aufgebaut wurde.⁴¹⁴⁶ TCCC, eine börsennotierte Gesellschaft mit Sitz in den USA,⁴¹⁴⁷ ist das markentragende Flaggschiffunternehmen dieses Franchise-Netzwerks, das sich neben TCCC aus etwa 200 Abfüllbetrieben (*bottlers*) zusammensetzt.⁴¹⁴⁸ Zu den wichtigsten Abfüllbetrieben zählt *Coca-Cola Europacific Partners* (CCEP).⁴¹⁴⁹ Diese Abfüllbetriebe erhalten von TCCC für einen räumlich abgegrenzten Bereich die exklusiven Herstellungs-, Vertriebs- und Verkaufsrechte für Getränke der von TCCC gehaltenen Marken. TCCC erlaubt ihnen die Verwendung der Marken, führt Marketingaktivitäten durch und verkauft ihnen Sirup und Getränkekonzentrate.⁴¹⁵⁰ Mithilfe des Franchisesystems kann TCCC die das Franchise nehmenden Abfüllbetriebe in vielerlei Hinsicht kontrollieren, ohne deren Eigentümer sein zu müssen.⁴¹⁵¹ Wie bereits in Kapitel 14 A. II. und B. III. 1. angedeutet, führt ein Franchise-System zu besonderen Geschäftsbeziehungen zwischen Franchisegeber und -nehmern.⁴¹⁵² Es entsteht ein besonderer Widerstreit zwischen Abhängigkeit und Unabhängigkeit, Machtgefällen und dem Bedürfnis nach Zusammenarbeit.⁴¹⁵³ Wie sehr CCEP und TCCC aufeinander angewiesen sind, lässt sich ihren Geschäftsberichten entnehmen:⁴¹⁵⁴ Etwa 88 % ihrer Gewinne erzielt CCEP mit Getränken der Marken von TCCC. Im Gegenzug verdient TCCC ebenfalls einen wesentlichen Anteil ihrer Gewinne durch den Verkauf von Konzentraten und Sirup an die Abfüller. Da jedoch von den Abfüllern zugleich Getränke anderer Marken abgefüllt werden, könnten sie

4146 *Ciafone*, Counter-Cola (2019), S. 19 ff.

4147 *The Coca-Cola Company*, Form 10-K (Annual Report for 2024) (2025), Deckblatt.

4148 <https://www.coca-colacompany.com/about-us/coca-cola-system> (zuletzt abgerufen am 28. Januar 2026).

4149 Börsennotiert, Märkte in Westeuropa (inklusive Deutschland) und Australasien, Anteilsbesitz von TCCC: 19 % (*Coca-Cola Europacific Partners*, 2024 Annual Report (2025), S. 4, 151, 178); vgl. *The Coca-Cola Company*, Form 10-K (Annual Report for 2024) (2025), S. 5.

4150 *The Coca-Cola Company*, Form 10-K (Annual Report for 2024) (2025), S. 5 ff.

4151 *Ciafone*, Counter-Cola (2019), S. 20.

4152 Vgl. auch *Ciafone*, Counter-Cola (2019), S. 23.

4153 *Ciafone*, Counter-Cola (2019), S. 23.

4154 Hier und im Folgenden: *Coca-Cola Europacific Partners*, 2024 Annual Report (2025), S. 292 f.; *The Coca-Cola Company*, Form 10-K (Annual Report for 2024) (2025), S. 18.

ihre Unabhängigkeit von TCCC vergrößern, wenn sie mit Marketing- und Innovationsbemühungen durch TCCC unzufrieden sind. Als unabhängige Unternehmen treffen sie eigene Entscheidungen. Indes ist TCCC vielfach Anteilseigner der Abfüller und hat so an deren Schicksal teil. Obwohl es keinen vertraglich festgelegten Höchstpreis gibt, den TCCC für die Konzentrate und Sirupe verlangen kann, und der Preis von TCCC nach Ermessen festgelegt werden könnte, kann TCCC die Preise *de facto* nicht beliebig erhöhen, weil sie auf zahlungsfähige Abfüller und deren Preissetzungsmacht gegenüber Verbrauchern angewiesen ist.

Die US-NKS hat diese vielschichtigen Beziehungen zwischen TCCC und einem ihrer Abfüller (*Coca-Cola Amatil*, jetzt Teil von CCEP)⁴¹⁵⁵ in einer Entscheidung aus dem Jahr 2018 einer wenig differenzierten Lösung zugeführt: Sie hielt lediglich fest, dass der Abfüller ohne die Geschäftsbeziehungen zu TCCC nicht als Teil des Franchisesystems existieren könne.⁴¹⁵⁶ Dennoch griff die Kontaktstelle diese existenzielle Abhängigkeit nicht im Rahmen der MNU-Definition auf.⁴¹⁵⁷ Vielmehr ging sie von einer Geschäftsbeziehung (Ls. II-A-13 Leitsätze 2023) aus.⁴¹⁵⁸ TCCC auf das Bestehen einer Geschäftsbeziehung hinzuweisen, war der pragmatischste Weg, TCCCs Versuchen entgegenzutreten, die Verantwortung für die behaupteten Verstöße gegen die Leitsätze allein beim Abfüller zu verorten. TCCC sah sich als untauglicher Beschwerdegegner, weil sich die Vorwürfe im Wesentlichen gegen den Abfüller richteten.⁴¹⁵⁹ TCCC brachte insofern vor, dass ihr ihre Minderheitsbeteiligung am Abfüller keine Kontrollmöglichkeiten eröffne und sie nicht in Geschäftsführungsentscheidungen ihres Abfüllers einbezogen werde.⁴¹⁶⁰ Die Lösung der US-NKS war pragmatisch, da sich TCCC schon auf Basis der schwächsten Beteiligungsform (Geschäftsbeziehung) nicht jeglicher Verantwortung entziehen konnte. In einem späteren Fall ging die US-NKS erneut nicht detailliert auf die Beziehungen zwischen TCCC und einem ihrer anderen Abfüller (*in casu: Bralima*) ein, weil sie die Beschwerde für nicht annahmefähig

4155 <https://www.cocacolaep.com/media/news/2020/our-agreement-to-acquire-coca-cola-amatil/> (zuletzt abgerufen am 28. Januar 2026).

4156 OECD:US-NCP:2018:US-46-FS, S. 7.

4157 Das ist besonders misslich, weil die US-NKS die Beziehung zwischen TCCC und dem Abfüller als „*key issue*“ dieses Falls identifiziert (OECD:US-NCP:2018:US-46-FS, S. 4).

4158 OECD:US-NCP:2018:US-46-FS, S. 7 ff.

4159 OECD:US-NCP:2018:US-46-FS, S. 2 f.

4160 OECD:US-NCP:2018:US-46-FS, S. 2.

hielt.⁴¹⁶¹ Erneut hielt sie fest, dass zwischen Franchisegeberin und -nehmerin eine Geschäftsbeziehung (Ls. II-A-13 Leitsätze 2023) bestehe. Der Fall bot darüber hinaus Gelegenheit, darauf einzugehen, dass der Abfüller sowohl Teil des Coca-Cola-Systems (als Franchisenehmer) als auch Teil des Heineken-Konzerns (als Tochtergesellschaft) war. Die US-NKS neigte TCCCs Argument zu, dass die Konzernmutter in einer solchen Situation größere Verantwortung trage als die Franchisegeberin. Ganz in diesem Sinne vermischte auch die irische NKS in einem späteren Verfahren die korporativen Sphären zwischen TCCC und einem ihrer Abfüller, wohl weil er eine hundertprozentige Tochtergesellschaft war.⁴¹⁶²

bb) Systemgastronomie

Aus dem Bereich der Systemgastronomie sind Verfahren zum Franchisesystem von *McDonald's* und *Starbucks* bekannt.

In einem Verfahren gegen die **McDonald's Corporation** wegen Vorwürfen geschlechtsspezifischer Gewalt in mehreren Restaurants wählte die US-NKS erneut eine pragmatische Lösung.⁴¹⁶³ Sie hielt zwar fest, dass nicht alle der unter der Marke *McDonald's* betriebenen Restaurants zur *McDonald's Corporation* gehören, sondern auch durch unabhängige Franchisenehmer betrieben würden. Die NKS befasste sich aber nicht näher mit der Natur der Franchiseverträge. In Bezug auf die Annahmeveraussetzung, wonach eine Verbindung zwischen den Aktivitäten des Beschwerdegegners und dem streitgegenständlichen Problem bestehen muss,⁴¹⁶⁴ argumentierte sie, dass eine tiefere Analyse entbehrlich sei, da *zumindest* die schwächste Beteiligungsform (Geschäftsbeziehung) vorliege. Im Rahmen der ersten Evaluierung genügt diese Feststellung in der Tat, um die Annahmefähigkeit einer Beschwerde zu bejahen.⁴¹⁶⁵ Allerdings blieb die Analyse der NKS auch in der vertieften Prüfung oberflächlich. Unter Verweis auf die drei Beteiligungsformen hielt die NKS zumindest fest, dass die Anforderungen der Leitsätze von der jeweiligen Eigentümerstruktur abhingen – also im

4161 Hier und im Folgenden: OECD:US-NCP:2022:US-53-IA.

4162 Vgl. OECD:IE-NCP:2021:IE-4-IA, S. 2 f.: TCCC und der Abfüller werden im Ausspruch (fast) durchgehend kollektiv als „*the Company*“ bezeichnet.

4163 Hier und im Folgenden: OECD:US-NCP:2022:US-51-FS.

4164 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 33.

4165 Mit dieser Argumentation folgt die NKS explizit der Empfehlung des OECD-Leitfadens zur ersten Evaluierung: *OECD*, Initial Assessment Guide (2019), S. 7.

Ergebnis davon, ob es sich um ein eigenes Restaurant oder dasjenige eines Franchisenehmers handele. Die Tatsache, dass die NKS solche Differenzierungen für angebracht hält, deutet darauf hin, dass sie einen unabhängigen Franchisenehmer als Geschäftspartner (Ls. II-A-13 Leitsätze 2023) einstuft und tendenziell nicht als Entität eines *McDonald's*-MNU ansieht. Dafür spricht auch, dass die NKS auf die Kommentierungen der Leitsätze Bezug nimmt, die einen Franchisevertrag ebenfalls als Geschäftsbeziehung einstufen.⁴¹⁶⁶ Explizit hält die NKS dies jedoch nicht fest.

Das *Starbucks*-Franchisesystem war Gegenstand zweier Verfahren vor der französischen und der chilenischen NKS. Das Verfahren vor der FR-NKS⁴¹⁶⁷ ist allerdings unergiebig für die MNU-Definition der Leitsätze und braucht daher nicht weiter betrachtet werden. Der chilenische *Starbucks*-Fall hebt sich von den Fällen der US-NKS ab, weil die chilenische Kontaktstelle die *Starbucks Coffee Chile S.A.* und die US-amerikanische *Starbucks Corporation* in Form eines MNUs verbunden sah.⁴¹⁶⁸ Die CL-NKS verwies darauf, dass es im Lichte der MNU-Definition der Leitsätze genüge, dass beide Entitäten identische oder ähnliche Produkte vertreiben, sich auf ihrer Webseite als eng verbunden darstellen und eine identische CSR-Strategie verfolgen würden.⁴¹⁶⁹ Es handele sich um ein „horizontal integriertes“ Unternehmen.⁴¹⁷⁰ Für die chilenische NKS genügte folglich ein eher lockerer Bezug zwischen zwei Entitäten. Gleichwohl identifizierte und bezeichnete die Kontaktstelle das Franchising-Arrangement nicht explizit als solches; sie stellte lediglich dar, in welchen Bereichen die US-amerikanische *Starbucks Corporation* Einfluss auf die chilenische *Starbucks*-Gesellschaft nahm. Dass es sich um ein Franchise handelte, ergibt sich aber aus dem 2014er Geschäftsbericht von *Starbucks*.⁴¹⁷¹

4166 Ls-Ko 2023, Rn. 17.

4167 OECD:FR-NCP:2021:FR-32-FS.

4168 OECD:CL-NCP:2015:CL-8-FS, S. 170 f.

4169 OECD:CL-NCP:2015:CL-8-FS, S. 170 f.

4170 OECD:CL-NCP:2015:CL-8-FS, S. 170 f.

4171 *Starbucks Corporation*, Form 10-K (Annual Report for 2014) (2014), S. 60: „During the fourth quarter of fiscal 2013, we sold our 82 % interest in Starbucks Coffee Chile S.A. to our joint venture partner Alsea, S.A.B. de C.V., converting this market to a 100 % licensed market [...]“

c) Zwischenfazit und Stellungnahme

Das Fallmaterial der NKSen zu Netzwerken ist tendenziell widersprüchlich; mal wird der MNU-Charakter bejaht (PwC-Fälle der britischen NKS; *Starbucks*-Fall der chilenischen NKS) und mal (mangels eindeutiger Aussagen) implizit verneint (*McDonald's*- und *TCCC*-Fälle der US-NKS). Eine kohärente Entscheidungspraxis besteht nicht. Bedauerlich ist auch, dass bislang keine Beschwerde zur gegenseitigen Verantwortung solcher Netzwerkmitglieder eingereicht wurde, die zueinander nicht in einer vertraglichen Beziehung stehen. Eine solche Beschwerde, die beispielsweise die Verantwortung des Franchisenehmers A gegenüber einem Franchisenehmer B betrifft, hätte zeigen können, ob NKSen Netzwerke als Netzwerke oder nur als Geflecht bilateraler Verträge verstehen.⁴¹⁷²

Meines Erachtens bedarf die Beurteilung von Netzwerkstrukturen im Lichte der Leitsätze besonderer Aufmerksamkeit und entzieht sich schematischen Antworten. Entitäten, die Teil eines gemeinsamen Netzwerks sind, sind auf vielschichtige Weise miteinander verbunden. Der pragmatische und rechtssichere Ansatz der US-NKS, Fälle auf Basis der schwächsten Beteiligungsform (unmittelbare Verbindung über eine Geschäftsbeziehung) zu lösen, kann aus prozessökonomischer Sicht überzeugen und steht im Einklang mit Empfehlungen der OECD.⁴¹⁷³ Das gilt jedenfalls für das Verfahrensstadium der ersten Evaluierung. Zudem stufen auch die Kommentierungen der Leitsätze Franchising-Arrangements als Geschäftsbeziehung im Sinne des Ls. II-A-13 Leitsätze 2023 ein.⁴¹⁷⁴ Dieser pragmatische Ansatz gerät jedoch dort an seine Grenzen, wo ein Franchisegeber nicht schon Mindestanforderungen an seine Sorgfaltspflicht eklatant missachtet, sich eine Missachtung der Leitsätze also nur daraus ergeben kann, dass er Anforderungen einer stärkeren Beteiligungsform missachtet hat.

4172 Vgl. hierzu auch: Kapitel 14 B. III. 1. Wenn NKSen von einem Geflecht bilateraler Verträge ausgehen, käme Franchisenehmer A regelmäßig keine Verantwortung für das Verhalten des Franchisenehmers B zu, da beide meistens keine vertragliche Beziehung haben. Vertragliche Beziehungen dürften regelmäßig nur zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer bestehen.

4173 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 7.

4174 Ls-Ko 2023, Rn.17. Da das Verhältnis zwischen den Beteiligungsformen der Sorgfaltspflichtvorschriften und der MNU-Definition unklar ist, liegt in der Bejahung einer Geschäftsbeziehung nicht zwingend eine Ablehnung des MNU-Charakters. Das ist nur der Fall, wenn man beide Regelungsregime kohärent auslegt und einer MNU-basierten Lösung folgt (siehe bereits: B. I.). Es ist nicht klar, ob die Kommentierungen der Leitsätze einer MNU-basierten Lösung folgen.

Die Fälle der britischen (zu PwC) und der chilenischen (zu *Starbucks*) NKS, in denen der MNU-Charakter eines Netzwerks bejaht wurde, sind deshalb zu begrüßen. Der Investitionsausschuss hat in einer seiner jüngsten Klarstellungen ebenfalls Sympathien hierfür erkennen lassen und die Koordinierungsfähigkeit von Franchise-Netzwerken hervorgehoben:

„While these entities are not linked through corporate ownership or decision-making power, they reflect a significant degree of influence across entities whereby there is an agreement amongst them to carry out their business activities in a coordinated manner.“⁴¹⁷⁵

Die Beziehungen verschiedener Entitäten eines Netzwerks zueinander sind häufig von so existenzieller gegenseitiger Abhängigkeit geprägt, dass sie klar unter die von Ls. I-4 S. 4 Leitsätze 2023 hervorgehobene Koordinierungsfähigkeit fallen. Gerade wenn RBC-Risiken, weil sie die vom Netzwerk gemeinsam geführte Marke nachhaltig beschädigen könnten, netzwerkweit einheitlich adressiert werden (etwa über einen Verhaltenskodex des Flaggschiffunternehmens), lässt sich wenig dagegen einwenden, das Netzwerk als MNU im Sinne der Leitsätze einzustufen, um die netzwerkweite Beachtung der Leitsätze sicherzustellen. Dieser oder zumindest ein ähnlicher Gedanke findet sich auch in den Aussprüchen der britischen und der chilenischen NKS.⁴¹⁷⁶ Beschränkt sich die Verbindung mehrerer Entitäten jedoch auf die gemeinsame Nutzung einer Marke, liegt keine hinreichend enge Verbindung vor, um ein MNU aus diesen Entitäten entstehen zu lassen.

3. Sonstige rechtliche Arrangements

Neben Eigenkapitalbeteiligungen und Netzwerken kommen mitgliedschaftliche Beziehungen als weitere rechtliche Organisationsform von MNUs in Betracht. Das Fallmaterial ist erneut nicht eindeutig und lässt keine kohärente Entscheidungspraxis entstehen. Die Schweizer NKS hat die Beziehungen zwischen einem Sportverband und seinen nationalen Mitgliedsverbänden angesichts der Kriterien der MNU-Definition für hinreichend eng befunden.⁴¹⁷⁷ Die nationalen Mitgliedsverbände würden

4175 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 16 (allerdings handelt es sich um Ausführungen zur internationalen Ausrichtung eines MNUs).

4176 OECD:CL-NCP:2015:CL-8-FS, S. 170 f.; vgl. OECD:UK-NCP:2020:UK-50-FS, Rn. 25, 40 f.

4177 OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 7 f.

Beitragszahlungen an den Verband leisten, hätten Sitz und Stimme in der Mitgliederversammlung und müssten interne Regularien wie auch die Satzung der Föderation beachten.⁴¹⁷⁸ Demgegenüber hat die britische NKS die Beziehungen zwischen einer Multi-Stakeholder-Initiative und ihren Mitgliedsorganisationen lediglich als Geschäftsbeziehung (Ls. II-A-13 Leitsätze 2023) eingestuft.⁴¹⁷⁹

4. Außerrechtliche Arrangements

Ungewöhnlich sind Organisationsformen, die nicht auf einer rechtlichen, sondern einer außerrechtlichen Verbindung der Entitäten beruhen. In Betracht kommen insbesondere familiäre Beziehungen zwischen den Organwaltern unabhängiger Entitäten. Mit *C&A Brenninkmeyer* und *Afrimex* sind zwei Fälle mit einer solchen ungewöhnlichen Struktur bekannt.

Die Sache *C&A Brenninkmeyer* wurde im Jahr 1983 vor der niederländischen NKS verhandelt. Gewerkschaften hatten das Verfahren angestrengt, um zu erreichen, dass die Textilkette *C&A* Informationen, die für die Gewerkschaften relevant waren, über das gesamte *C&A*-Geflecht veröffentlichte.⁴¹⁸⁰ Einzelheiten über das Unternehmensgeflecht waren der Öffentlichkeit unbekannt.⁴¹⁸¹ Seit seiner Gründung wurde *C&A* als Familienunternehmen geführt; die obersten Führungsebenen durften nur mit agnatischen Nachkommen der beiden Gründer besetzt werden.⁴¹⁸² Alle Mitglieder der Familie Brenninkmeyer mussten sich zu einem Regelwerk namens „Unitas“ bekennen, das Grundsätze zur Unternehmensführung und zur Vererbung und Nachfolgeplanung enthielt.⁴¹⁸³ Eine länderübergreifende zentrale Holdinggesellschaft wurde erst nach dem Jahrtausendwechsel eingeführt.⁴¹⁸⁴ An der Spitze dieser Landesgesellschaften stand demnach

4178 OECD:CH-NCP:2019:CH-18-IA, S. 7 f.

4179 OECD:UK-NCP:2022:UK-53-FS. Frage offengelassen in: OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA.

4180 Verfahrenseinleitender Brief der Gewerkschaft FNV an die NL-NKS, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 110.

4181 *Spoerer*, C&A (2016), S. 344.

4182 *Spoerer*, C&A (2016), S. 316 ff., 331.

4183 *Spoerer*, C&A (2016), S. 339 ff.; *Unitas* abgedruckt aaO, S. 371.

4184 *Weiguny*, FAS vom 30. Januar 2005, 37 (37) — „Vom fahrenden Volk zur Holding“; *Schwarzer*, *Kleider machen Leute*, *Manager Magazin* (27. November 2007); für einen aktuellen Einblick in die Governance der „Cofra Holding“ siehe: *Ritter*, FAZ vom 29. Oktober 2024, 22 (22) — „C&A steht nicht zum Verkauf“.

die Familie Brenninkmeyer – und damit mehrere natürliche Personen. Die C&A-Landesgesellschaften waren grundsätzlich rechtlich unabhängig und wurden vor allem über Familienbande („Unitas“-Regelwerk, katholischer Glaube, Identitätsstiftung durch die westfälische Kleinstadt Mettingen)⁴¹⁸⁵ zusammengehalten.⁴¹⁸⁶ Koordinierungsmaßnahmen waren das Ergebnis gemeinsamer Treffen („Kirchgang und anschließender Besprechung“).⁴¹⁸⁷ Knotenpunkt des Unternehmensgeflechts war zum Zeitpunkt der Beschwerde eine Gesellschaft namens *Intercena*.⁴¹⁸⁸ C&A betonte die Unabhängigkeit der Landesgesellschaften.⁴¹⁸⁹ *Intercena* sei ein unabhängiges Unternehmensberatungshaus, das für jede erbrachte Beratungsleistung bezahlt werde.⁴¹⁹⁰ Die niederländische NKS konnte keine eindeutige Antwort auf die Frage finden, ob C&A als MNU einzustufen war.⁴¹⁹¹ Sie gab eine gewundene Antwort:

„In the view of the Contact Point the information obtained to date does not entirely warrant the conclusion that the C&A entities are ‘so linked that one or more of them may be able to exercise significant influence over the activities of others.’ The Contact Point does feel, though, that the organisation of the C&A entities, through sharing ‘knowledge and

4185 Schwarzer, Kleider machen Leute, Manager Magazin (27. November 2007); Spoerer, C&A (2016), S. 319, 323, 340 f.

4186 Spoerer, C&A (2016), S. 351; siehe auch das Schaubild bei Spoerer, C&A (2016), S. 356 zur Struktur in Jahr 1959: Die deutsche C&A war stärker von der britischen und der niederländischen C&A getrennt. An der Spitze des Geflechts stand aber eine Familie, standen also rechtlich gesehen verschiedene Personen.

4187 Weiguny, FAS vom 30. Januar 2005, 37 (37) — „Vom fahrenden Volk zur Holding“.

4188 Tagliabue, New York Times vom 5. September 1983, 33 (33) — „Secretive Brenninkmeyers: Family Runs Worldwide Retail Group“; Weiguny, FAS vom 30. Januar 2005, 37 (37) — „Vom fahrenden Volk zur Holding“.

4189 Brief von C&A Nederland an die Gewerkschaft FNV, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 113 f.

4190 Vgl. Ausspruch der NL-NKS in der Sache C&A im August 1983 (mit Zusammenfassung des Vortrags von C&A), zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 131.

4191 Für die NL-NKS bestand die Schwierigkeit darin, dass sie den internationalen Charakter des C&A-Geflechts (als konstitutives Merkmal eines MNUs) nur bejahen konnte, wenn er durch eine hinreichend enge Verbindung der jeweiligen Landesgesellschaften vermittelt wurde. Dass jede dieser Landesgesellschaften über eigene Tochtergesellschaften verfügte und internationale Geschäftstätigkeiten entfaltete, genügte somit nicht. Nach heutiger Rechtslage ist das anders. Die Prüfung der internationalen Ausrichtung einer Entität erfolgt isoliert von der hinreichend engen Verbindung verschiedener Entitäten (von mir oben unter D. I. 1. c) als Entkopplung bezeichnet).

resources', show such cohesion as would invalidate the claim that is a purely domestic undertaking."⁴¹⁹²

An anderer Stelle machte die NKS deutlicher, dass sie die Qualifikation des C&A-Geflechts als MNU ablehnt, weil keine zentralisierte Entscheidungsfindung vorliege, dass aber zumindest eine gemeinsame Nutzung von Wissen und Produktionsmitteln gegeben sei.⁴¹⁹³ Dies genüge zwar nicht, um das C&A-Geflecht als MNU zu qualifizieren, verhindere aber, dass C&A als ein rein nationales Unternehmen angesehen werden könne.⁴¹⁹⁴ Der NL-NKS reichte es folglich nicht aus, dass sich die C&A-Landesgesellschaften Firma und Logo teilten, ähnliche Waren vertrieben und bei Beschaffung, Buchhaltung und EDV zusammenarbeiteten, worauf die Gewerkschaften in ihrem Vortrag hingewiesen hatten.⁴¹⁹⁵

Während der niederländischen NKS darin zuzustimmen ist, dass die gemeinsame Nutzung von Wissen und Produktionsmitteln für sich genommen nicht für die Begründung eines MNUs ausreicht,⁴¹⁹⁶ sind ihre restlichen Annahmen in Frage zu stellen. So geht sie von der Voraussetzung einer zentralisierten Entscheidungsfindung aus.⁴¹⁹⁷ Bereits damals forderten die Leitsätze aber nur einen wesentlichen Einfluss einer Entität auf eine andere. Der Wortlaut der Leitsätze legte schon damals nahe, dass „wesentlicher Einfluss“ weniger als eine „zentralisierte Entscheidungsfindung“ ist. Spätestens mit der heutigen Fassung der Leitsätze, die nur noch eine Koordinierungsfähigkeit verlangt, dürfte es nicht mehr vertretbar sein, eine zentralisierte Entscheidungsfindung zu verlangen. Nach den Maßstäben der heutigen Leitsätze dürften ein gemeinsamer Einkauf sowie eine gemeinsame Buchhaltung und IT unter Berücksichtigung der klandestinen Strategietreffen genügen, um das Vorliegen eines MNUs zu bejahen. Kri-

4192 Ausspruch der NL-NKS in der Sache C&A im August 1983, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 131.

4193 Ausspruch der NL-NKS in der Sache C&A im August 1983, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 127, 134.

4194 Vgl. Ausspruch der NL-NKS in der Sache C&A im August 1983, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 127, 131, 134.

4195 Vgl. Ausspruch der NL-NKS in der Sache C&A im August 1983 (mit Zusammenfassung des gewerkschaftlichen Vortrags), zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 129.

4196 So später dann auch: *OECD*, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises (1986), Rn. 9.

4197 Vgl. Ausspruch der NL-NKS in der Sache C&A im August 1983, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 127: „A vital element in the definition [...] is the existence of centralized decision-making.“

tikwändig ist außerdem, dass die NKS die Frage, ob ein MNU oder ein nationales Unternehmen vorliegt, nicht beantwortet: Entweder ist ihre Aussage so zu deuten, dass sie die Frage explizit unbeantwortet lassen möchte, oder dass sie von einer dritten Kategorie zwischen einem MNU und einem nationalen Unternehmen ausgeht.⁴¹⁹⁸ Letzteres wäre unhaltbar.

In der Angelegenheit *Afrimex*⁴¹⁹⁹ musste sich die UK-NKS viele Jahrzehnte später ebenfalls mit familiären Beziehungen befassen. Konkret ging es um die Beziehungen zwischen den drei Unternehmen *Afrimex*, *Société Kotecha* und *SOCOMI*.⁴²⁰⁰ Der Beschwerdegegner, *Afrimex*, trug vor, dass die drei Gesellschaften unabhängige Unternehmen seien, die ihre Tätigkeiten nicht koordinieren würden.⁴²⁰¹ Die UK-NKS widersprach.⁴²⁰² Sie subsumierte zwar nicht präzise unter die MNU-Definition, sondern stellte lediglich fest, dass *Afrimex* auf die anderen beiden Unternehmen wesentlichen Einfluss ausüben könne.⁴²⁰³ Angesichts ihrer Wortwahl („*linked*“, „*significantly influence*“), die offenkundig Ls. I-4 Leitsätze 2023 (bzw. damals: Ls. I-3 Leitsätze 2000) entlehnt ist, ist das aber als Bezugnahme auf die MNU-Definition der Leitsätze zu lesen. Im Einzelnen waren für die UK-NKS die folgenden Aspekte maßgeblich: Die zentralen Akteure des Geflechts waren Vater und Sohn, die zusammen betrachtet Mitglieder der Geschäftsführung in jedem der drei Unternehmen und Anteilseigner von *Société Kotecha* waren, die zudem Hauptkunde von *Afrimex* war.⁴²⁰⁴ Darüber hinaus hatte sich eines der Familienmitglieder in einem Brief in selbiger Angelegenheit an die Vereinten Nationen auf eine Weise geäußert, die den Eindruck eines Familienunternehmens bestehend aus diesen drei Gesellschaften entstehen ließ.⁴²⁰⁵

Beide Fälle verdeutlichen, dass die Mittel der Einflussnahme unter den Leitsätzen nicht beschränkt sind; insbesondere stützte die niederländische NKS ihre Ablehnung des MNU-Charakters von *C&A* nicht darauf, dass die verschiedenen Landesgesellschaften nur über Familienbande koordiniert

4198 Vgl. Ausspruch der NL-NKS in der Sache *C&A* im August 1983, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 131, 134.

4199 OECD:UK-NCP:2008:UK-16-FS.

4200 OECD:UK-NCP:2008:UK-16-FS, Rn. 17 ff.

4201 OECD:UK-NCP:2008:UK-16-FS, Rn. 17 ff.

4202 OECD:UK-NCP:2008:UK-16-FS, Rn. 27.

4203 OECD:UK-NCP:2008:UK-16-FS, Rn. 27: „*The NCP believes these links are sufficient to determine that Afrimex was in a position to significantly influence Societe Kotecha and SOCOMI. Therefore, the NCP has treated these companies as linked for the purposes of this complaint.*“

4204 OECD:UK-NCP:2008:UK-16-FS, Rn. 26.

4205 OECD:UK-NCP:2008:UK-16-FS, Rn. 20.

wurden. Sie hob vielmehr hervor, dass die notwendige Verbindungsstärke noch nicht erreicht war. Auch über familiäre Beziehungen kann folglich die notwendige Koordination (bzw. Einflussnahme) verschiedener Entitäten erreicht werden. Maßgeblich ist nur, dass ein hinreichendes Maß an Koordination (oder Einflussnahme) erreicht wird. Wann dieser Schwellenwert überschritten ist, lässt sich auf Basis der Fälle jedoch nicht beurteilen. Da nur zwei Fälle vorliegen, kann eine kohärente Entscheidungspraxis jedenfalls nicht bejaht werden.

5. Zwischenfazit

Eine kohärente Entscheidungspraxis ist zu *keiner* der oben untersuchten Verbindungsformen der Entitäten eines MNU entstanden. Das Fallmaterial der NKSen präsentiert sich vielmehr ausweichend, interpretationsbedürftig (mitsamt Gefahr der Überinterpretation) und tendenziell widersprüchlich. Klare Antworten werden in keinem der Fälle gegeben. Das Fallmaterial gibt insbesondere keinerlei Hilfestellung zu den Zielen,⁴²⁰⁶ zur Dauer⁴²⁰⁷ oder zu den Mitteln⁴²⁰⁸ einer Einflussnahme oder Koordinierung, die die Schwelle zu einer *hinreichenden* Einflussnahme oder Koordinierung im Sinne der Leitsätze überschreiten lassen. Geht eine NKS auf den MNU-Charakter ein, geschieht dies in der Regel ohne belastbare Auseinandersetzung mit den Maßstäben, die die Leitsätze für die Verbindungsstärke und -qualität aufstellen; die Fälle sind inhaltlich zu dünn, um hieraus induktive Schlüsse zu ziehen. Häufig werden Ausführungen zur MNU-Definition zu Gunsten pragmatischer Antworten auf Basis der Beteiligungsformen der Sorgfaltspflichtvorschriften vermieden. Die MNU-Definition und das in ihr festgehaltene Kooperationsgebot (Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023) besitzen für die Falllösungen der NKSen deshalb nur in Ausnahmefällen Relevanz, obwohl sie nach der von mir vertretenen Ansicht regelmäßig einschlägig gewesen wären.

4206 Wird Einfluss beispielsweise nur auf subalterne, alltägliche Aufgaben oder auf strategische und richtungsweisende Entscheidungen genommen?

4207 Ist die Einflussnahme oder Koordinierung unbefristet oder von vornherein auf einen kurzen Zeitraum oder auf die Erreichung eines bestimmten Zwecks beschränkt?

4208 Erfolgt die Einflussnahme oder Koordinierung über Weisungsrechte, Verhandlungsmacht, vertragliche Zusicherungen, über eine drohende sozio-familiäre Ächtung (vgl. C&A und *Afrimex*), Vertragsstrafen, personelle Verflechtungen, Zustimmungsvorbehalte oder Entsendungsrechte in Organe?

Blendet man das Fallmaterial weitgehend aus, lässt sich meines Erachtens Folgendes festhalten: Unter den Eigenkapitalbeteiligungen führen Mehrheitsbeteiligungen grundsätzlich zur Entstehung eines MNU. Zweifelsfälle betreffen nicht operativ tätige Holdinggesellschaften. Minderheitsbeteiligungen ab ungefähr 10 % der Stimmrechte können unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zur Entstehung eines MNU führen, wenn sie Direktinvestitionen ähneln. Bei Gemeinschaftsunternehmen verbieten sich pauschale Lösungen. Die Antwort auf die Frage, wann ein Joint Venture-Partner mit dem Gemeinschaftsunternehmen ein MNU bildet, hängt von den Einflussmöglichkeiten und Freiräumen des Partners im Vergleich zu denjenigen der anderen Partner ab. Bei Netzwerken ist ebenfalls eine einzelfallbasierte Prüfung notwendig; meines Erachtens bestehen überzeugende Gründe für die Einstufung eines Franchisesystems als MNU. Sogar außerrechtliche (wie insbesondere familiäre) Beziehungen zwischen Entitäten können ein MNU entstehen lassen.

III. Fazit

Die Leitsätze enthalten keine scharf konturierten Vorgaben zur Qualität der Verbindung, die zwischen verschiedenen Entitäten bestehen muss, damit sie gemeinsam ein MNU bilden. Ls. I-4 S. 4 Leitsätze 2023 stellt eine Koordinationsfähigkeit in den Raum, wohingegen S. 5 ein breites Spektrum zeichnet, das sowohl einen wesentlichen Einfluss einer Entität auf andere Entitäten wie auch verschiedene Autonomiegrade der Entitäten umfasst. Eine Kontrolle oder Beherrschung ist also nicht notwendig. Die Mittel der Einflussnahme sind nicht auf einen *numerus clausus* beschränkt. Es ist, wie CIME klargestellt hat, nicht notwendig, dass Entitäten über eine Eigenkapitalbeziehung miteinander verbunden sind, damit sie ein MNU bilden. Auch eine rein vertraglich vermittelte Einflussnahme kann ein MNU entstehen lassen. Klarstellungen CIMEs lässt sich ebenfalls entnehmen, dass die gemeinsame Nutzung von Wissen und Produktionsmitteln, sofern keine weiteren Mittel der Einflussnahme hinzutreten, für die Entstehung eines MNU grundsätzlich nicht genügt.

Jenseits dieser jahrzehntealten und in Vergessenheit geratenen Klarstellungen CIMEs mit ihren sehr allgemeinen Aussagen ist keine kohärente Entscheidungspraxis entstanden. Das Fallmaterial der NKSen zu Eigenkapitalbeteiligungen, Netzwerken sowie sonstigen rechtlichen und außerrechtlichen Arrangements erbringt keine Präzisierungsleistung. Es enthält

keine klaren Aussagen und ist tendenziell widersprüchlich. Ich führe das auf die Einführung der Sorgfaltspflichtregelungen (Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023) im Jahr 2011 zurück. In vielen Fällen können NKSen auf Basis dieser Vorschriften zu pragmatischen und praxisgerechten Lösungen gelangen. Eine Auseinandersetzung mit der MNU-Definition wird dadurch entbehrlich.

F. Nationale Unternehmen und kleine und mittlere Unternehmen

MNUen (Ls. I-4 Leitsätze 2023) sind von nationalen Unternehmen (Ls. I-5) und kleinen und mittleren Unternehmen (Ls. I-6) abzugrenzen. Während nationale Unternehmen den Gegenbegriff zu MNUen bilden (I.), können sowohl nationale als auch multinationale Unternehmen zu den kleineren und mittleren Unternehmen zählen (II.).

I. Ls. I-5 (Nationale Unternehmen)

Nationale Unternehmen bilden den Gegenbegriff zu multinationalen Unternehmen. Das Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden ist die internationale Ausrichtung (Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 1 Leitsätze 2023). Fehlt einer Entität die internationale Ausrichtung, kann sie nur Teil eines nationalen Unternehmens sein. Da die Anforderungen an eine internationale Ausrichtung in den letzten Jahren abgesenkt wurden,⁴²⁰⁹ hat sich die Zahl der nationalen Unternehmen im Sinne der Leitsätze verkleinert. Ls. I-5 Leitsätze 2023 büßt dadurch an praktischer Bedeutung ein.

Die Norm des Ls. I-5 Leitsätze 2023 ist schwer zu verstehen. Fraglos enthält Ls. I-5 S. 1 ein Diskriminierungsverbot.⁴²¹⁰ Es verbietet eine Ungleichbehandlung multinationaler und nationaler Unternehmen bei Anwendung der Leitsätze. Dieses Diskriminierungsverbot ist eine Zusage der Teilnehmerstaaten gegenüber MNUen. Es kommt auf diese Weise ihren Bedenken entgegen, da sie andernfalls im Wettbewerb mit nationalen Unternehmen (insbesondere größeren nationalen Unternehmen) wegen ihrer Bindung an die Standards der Leitsätze benachteiligt wären.⁴²¹¹ Ls. I-5 S. 1 Leitsät-

4209 Insbesondere genügt mittlerweile bereits eine internationale Geschäftstätigkeit (siehe oben: D. I.).

4210 OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 37, 53 f.

4211 Weissbrodt/Kruger, AJIL 97 (2003), 901 (910).

ze 2023 ist insofern im Zusammenhang mit weiteren Diskriminierungsverboten und Schutzversprechen gegenüber MNUen zu sehen.⁴²¹² Der Wortlaut des S.2 suggeriert hingegen bei unbefangener Lektüre, dass Ls. I-5 den Anwendungsbereich der Leitsätze auf nationale Unternehmen erstreckt, sofern die darin genannte Bedingung (Relevanzvorbehalt) erfüllt ist. Ich halte das für falsch, da NKSen keine Beschwerden gegen nationale Unternehmen akzeptieren (1.). Ls. I-5 Leitsätze 2023 ist stattdessen auf das in S.1 genannte Diskriminierungsverbot zu reduzieren. Man sollte S.2 und den darin enthaltenen Relevanzvorbehalt als speziell normierten Rechtfertigungsgrund einer Ungleichbehandlung ansehen (2.). Eine eindeutige Klärung zu Ls. I-5 S.2 wird man allerdings mangels Fallmaterials nicht erreichen können (3.).

1. Nationale Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs der Leitsätze

Obwohl Ls. I-5 Leitsätze 2023 in materieller Hinsicht eine Gleichbehandlung von multinationalen und nationalen Unternehmen anstrebt, werden multinationale und nationale Unternehmen in prozessualer Hinsicht nicht gleichbehandelt. Meines Wissens hat noch keine NKS ein Verfahren gegen ein nationales Unternehmen zur vertieften Prüfung angenommen. Das Fallmaterial zeigt deutlich, dass nur ein MNU als Beschwerdegegner eines spA-Verfahrens in Betracht kommt; Verfahren gegen nationale Unternehmen werden abgelehnt.⁴²¹³ Eine kohärente Entscheidungspraxis ist diesbezüglich nur deshalb zu verneinen, weil NKSen ihre Entscheidun-

4212 In Art. V MNU-Erklärung ist die eng verwandte Garantie der Inländerbehandlung festgeschrieben. Das Diskriminierungsverbot des Ls. I-5 Leitsätze 2023 steht außerdem in engem sachlichem Zusammenhang mit Ls. I-9 Leitsätze 2023, der bekannte Schutzstandards des Investitionsschutzrechts paraphrasiert (siehe dazu: Kapitel 2 C. I. 1).

4213 OECD:TR-NCP:2014:TR-2-IA (nur Zusammenfassung in OECD-Datenbank verfügbar); OECD:NZ-NCP:2016:NZ-5-IA (fehlende internationale Ausrichtung als einer von mehreren Gründen zur Ablehnung der Beschwerde); OECD:KR-NCP:2018:KR-19-IA; OECD:PE-NCP:2019:PE-5-IA, Rn. 94; OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S. 8; OECD:KR-NCP:2021:KR-22-IA, S. 11; OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA, S. 7f. Etwas weniger deutlich sind die Formulierungen bei: OECD:DE-NCP:2018:DE-28-IA, Rn. 12; OECD:UK-NCP:2018:UK-49-IA, Rn. 21. Siehe außerdem: *OECD, Initial Assessment Guide* (2019), S. 10: „Cases which do not concern multinational enterprises [...] may be outside the scope of the mechanism.“

gen nicht gegenseitig rezipieren. Die 2023er Überarbeitung hat die sich im Fallmaterial aber deutlich abzeichnende Aussage kodifiziert: Es entspricht nunmehr einer eigenständigen Annahmenvoraussetzung, dass der Beschwerdegegner ein Unternehmen sein muss, dass in den Anwendungsbereich der Leitsätze fällt.⁴²¹⁴

Ich halte es für gerechtfertigt, von der durch die NKSen klar geäußerten Ablehnung, Beschwerden gegen nationalen Unternehmen zur vertieften Prüfung anzunehmen, darauf zu schließen, dass nationale Unternehmen auch in materieller Hinsicht nicht in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen. Die Folge ist, dass Ls. I-5 Leitsätze 2023 nur als Diskriminierungsverbot zu lesen ist. Die Formulierungen des Ls. I-1 S.1 und des Ls. 1 der Einführung (*preface*) Leitsätze 2023, die nur MNUen (nicht aber nationale Unternehmen) als Adressaten der Leitsätze nennen, sprechen für diese Auslegung. Mit der 2023er Überarbeitung wurde außerdem die internationale Ausrichtung als konstitutives Merkmal eines MNUs kodifiziert (neu eingefügter S. 2 in Ls. I-4 Leitsätze 2023); auch darin liegt eine Bekräftigung des Unterschieds zwischen nationalen und multinationalen Unternehmen.

Nationale Unternehmen sind aber reflexhaft von den Leitsätzen betroffen: Da die Teilnehmerstaaten den MNUen zugesagt haben, sie nicht gegenüber nationalen Unternehmen zu diskriminieren (Ls. I-5 S.1 Leitsätze 2023), erwarten sie kurzerhand auch von nationalen Unternehmen die Einhaltung der Leitsätze. Da nationale Unternehmen aber nicht in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen, kann ein Betroffener nicht vor einer NKS Beschwerde gegen das Verhalten eines nationalen Unternehmens erheben. Ein MNU kann allerdings gegenüber den Teilnehmerstaaten geltend machen, dass sie nationale Unternehmen an RBC-Standards messen, die niedriger sind als die RBC-Standards der Leitsätze für MNUen. Ls. I-5 Leitsätze 2023 begünstigt also nur MNUen. Es existiert jedoch kein Fallmaterial zu Ls. I-5; die Norm dürfte eher als Programmsatz zu verstehen sein und könnte allenfalls Auslegungsrelevanz entfalten.

4214 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 3. Zuvor hatte sich diese Prüfung nur inzident im Rahmen anderer Annahmenvoraussetzungen ergeben – etwa als Unterpunkt der Annahmenvoraussetzung eines Beitrags zum Zweck der Leitsätze (*OECD*, Initial Assessment Guide (2019), S.10; *OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA*, S.7) gem. UmVerf-Ko 2011, Rn.25 Punkt 6 oder als Unterpunkt der Annahmenvoraussetzung einer Beziehung zwischen der Geschäftstätigkeit des Beschwerdegegners und der Streitfrage (*OECD:KR-NCP:2018:KR-19-IA*, S.3) gem. UmVerf-Ko 2011, Rn.25 Punkt 3.

2. Relevanzvorbehalt (Ls. I-5 S. 2)

Gem. Ls. I-5 S. 2 Leitsätze 2023 sind die Leitsätze nur dann auf nationale Unternehmen anzuwenden, wenn sie für nationale Unternehmen relevant sind. Da NKSen, wie erörtert, Beschwerden gegen nationale Unternehmen nicht zur vertieften Prüfung annehmen, gibt es jenseits weniger Ausnahmen⁴²¹⁵ kein Fallmaterial zu diesem Relevanzvorbehalt. Die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis ist folglich nicht zu erwarten.

Hilfreich ist eine historische Kontextualisierung der Norm. Insofern sei in Erinnerung gerufen, dass die Leitsätze verabschiedet wurden, um Problemen der Geschäftstätigkeit gerade von MNUen zu begegnen.⁴²¹⁶ Deshalb kann die undifferenzierte Anwendung der Leitsätze auf nationale Unternehmen dazu führen, dass nationale Unternehmen Normen einzuhalten haben, die Probleme adressieren, die durch ihre Geschäftstätigkeit gar nicht hervorgerufen werden. Das ist jedoch nur eine sehr grobe Annäherung an den Relevanzvorbehalt. In einer etwas spezifischeren Annäherung könnte man danach fragen, ob sich Entitäten eines nationalen Unternehmens in einer „vergleichbaren Lage wie die Entitäten eines MNUs befinden“.⁴²¹⁷ Das wirft zwei Folgefragen auf: *Erstens* ist zu fragen, wann eine in diesem Sinne vergleichbare Lage vorliegt (a)). *Zweitens* ist zu eruieren, bei welchen der Leitsätze dies bejaht werden kann (b)).

a) MNU-eigene und MNU-typische Gefahren

Da die internationale Ausrichtung das Unterscheidungsmerkmal zwischen nationalen und multinationalen Unternehmen ist, kann der Relevanzvorbehalt meines Erachtens nur auf Basis dieses Kriteriums bestimmt werden. Für die NL-NKS kam es im *C&A*-Fall aus dem Jahr 1983 darauf an, ob ein Leitsatz eine zentralisierte Entscheidungsfindung zwischen Entitäten in

4215 Zu nennen ist der Ausspruch der niederländischen NKS in der Sache *C&A* aus dem Jahr 1983 (*Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 127 ff.) und eine kurze Erwähnung durch CIME (*OECD*, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Annex IV Rn. 20). In *OECD:IC:2024:IC-5-CL*, Rn. 30 wird Ls. I-5 Leitsätze 2023 ebenfalls beiläufig erwähnt.

4216 *Fatouros*, The OECD Guidelines in a Globalising World (1999), Rn. 14 f.; vgl. *OECD:IC:2005:IC-1-CL*, S. 82; vgl. *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 235; siehe auch: Kapitel 2 A.

4217 Ausspruch der NL-NKS in der Sache *C&A*, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 127, 132.

verschiedenen Staaten voraussetzt; setzt ein Leitsatz eine grenzüberschreitende zentralisierte Entscheidungsfindung voraus, ist er für nationale Unternehmen irrelevant.⁴²¹⁸ Dieser Maßstab ist nach meinem Dafürhalten überholt, weil die internationale Ausrichtung eines MNU mittelwweile unabhängig von der hinreichend engen Verbindung zweier Entitäten zu bestimmen ist (zur Entkopplung siehe: D. I. 1. c)). Außerdem setzen die Leitsätze mittelwweile keine zentralisierte Entscheidungsfindung, sondern nur noch eine Koordinierungsfähigkeit voraus (vgl. Ls. I-4 S. 4 Leitsätze 2023). Da also MNUs im Sinne der Leitsätze existieren, bei denen keine grenzüberschreitende zentralisierte Entscheidungsfindung vorliegt, kann dieses Merkmal nicht relevant sein.

Da die Leitsätze eine gleiche Behandlung von MNUs und nationalen Unternehmen (Ls. I-5 S.1 Leitsätze 2023) und gleiche Wettbewerbsbedingungen (Ls. 1 Einführung (*preface*) Leitsätze 2023) anstreben, sollte der Relevanzvorbehalt möglichst eng ausgelegt werden. Deshalb schlage ich vor, dass für nationale Unternehmen nicht bereits solche Leitsätze irrelevant sind, die eine MNU-typische Gefahr unterstellen, sondern nur solche, die eine MNU-eigene Gefahr für RBC-Belange voraussetzen. Mit einer MNU-eigenen Gefahr meine ich eine Gefahr, die sich ausschließlich (und nicht typischerweise) wegen oder aus der internationalen Ausrichtung eines MNUS ergibt, MNUs also exklusiv zu eigen ist. Welche Gefahren zu den MNU-eigenen Gefahren zählen, hängt von den Anforderungen an die internationale Ausrichtung (Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 1 Leitsätze 2023) ab. Je weiter die Anforderungen an die internationale Ausrichtung gesenkt werden, desto beliebiger wird dieses Kriterium und desto schwerer fällt es, MNU-eigene Gefahren herauszuarbeiten.

Die Zahl der Leitsätze, die eine MNU-eigene Gefahr voraussetzen, hat deutlich abgenommen. Wie in Kapitel 2 A. ausgeführt, lassen sich mindestens zwei Phasen der Debatte über die von MNUs ausgehenden Gefahren unterscheiden. Während die erste Debattengeneration in den 1970er bis zu den 1990er Jahren Gefahren für den Staat besorgte, fokussierte sich die zweite Debattengeneration ab den 1990er Jahren auf Gefahren für den Einzelnen und die Gesellschaft. Die Sorgen der ersten Debattengeneration gründeten sich dabei vornehmlich auf die spezifischen Gefahren, die von einem MNU ausgingen. MNUs konnten durch ihre weltweite Präsenz, Macht, Flexibilität und Mobilität der territorial begrenzten Regelungs-

4218 So lässt sich der Ausspruch der NL-NKS in der Sache *C&A* verstehen, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 127.

gewalt der Staaten ausweichen.⁴²¹⁹ Entscheidungen, die am Hauptsitz des MNU getroffen wurden, konnten Auswirkungen auf weit entfernte Orte haben.⁴²²⁰ Obwohl bereits damals anerkannt war, dass manche der von MNUen hervorgerufenen Probleme ebenfalls durch die Geschäftstätigkeit großer und dominanter nationaler Unternehmen hervorgerufen werden konnten, zielten die Leitsätze auf die Bewältigung gerade derjenigen Probleme, die ihren Ursprung in der Multinationalität der MNUen hatten.⁴²²¹ Ab der zweiten Phase der Debatte wurden MNUen als Organisationsform wahrgenommen, die wegen ihrer Größe und Mobilität besondere Aufmerksamkeit auf sich zieht.⁴²²² MNUen wurden offenkundig nicht mehr als gesondertes Phänomen mit spezifischen Herausforderungen begriffen, sondern als Institutionen, die zwar häufiger und zu größeren, aber nicht zu qualitativ anderen Herausforderungen als nationale Unternehmen führen. So können auch die Tätigkeiten lokaler Unternehmen, die über eine einflussreiche Stellung in einem begrenzten Markt verfügen, starke negative Auswirkungen auf Menschenrechte haben.⁴²²³ Die Unterscheidung zwischen multinationalen und nationalen Unternehmen hat deshalb in den letzten Jahren an Bedeutung verloren.⁴²²⁴ Aus einer MNU-eigenen Gefahr, die von den Leitsätzen zugrunde gelegt wurde, wurde vielfach eine lediglich MNU-typische Gefahr, welche im Durchschnitt zwar eher durch MNUen hervorgerufen wird aber auch durch nationale Unternehmen hervorgerufen werden kann. Die Überarbeitung der Einführung (*preface*, ab 2000) bzw. der Einleitung (*introduction*, bis 2000) der Leitsätze zeugt von diesem Wandel. Nahmen Ls. 1 und 6 der Einleitung Leitsätze 1976 noch auf das der internationalen Mobilität der MNUen innewohnende Missbrauchspotenzial Bezug, fehlt eine derartige Bezugnahme in der heutigen Einführung. Sie nimmt stattdessen Bezug auf verantwortungsvolle Unternehmensführung im Allgemeinen (insbesondere Ls. 1, 2, 4, 5, 9,

4219 Blum u. a., *Impact of Multinational Corporations* (1974), S. 30 f.; Rojot, BJIR 23 (1985), 379 (386 ff.).

4220 Rojot, BJIR 23 (1985), 379 (386 ff.); Wallace, MNE and Legal Control (2002), S. 87 ff.

4221 Ls. 6 der Einleitung (*introduction*) der Leitsätze 1976; Blum u. a., *Impact of Multinational Corporations* (1974), S. 31; Fatouros, *The OECD Guidelines in a Globalising World* (1999), Rn. 14 f.

4222 Ruggie, 1st Interim Report (2006), Rn. 14 ff.; Zerk, *Multinationals and CSR* (2006), S. 18; vgl. Wallace, MNE and Legal Control (2002), 99 f.; vgl. Weissbrodt/Kruger, AJIL 97 (2003), 901 (909).

4223 Weissbrodt/Kruger, AJIL 97 (2003), 901 (909).

4224 Weidmann, *OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz* (2014), S. 45.

10 Einführung Leitsätze 2023) und erkennt an, dass das Spektrum der Organisationsformen von multinationalen wie auch von nationalen Unternehmen erweitert wurde (Ls. 7 der Einführung). Darüber hinaus rückt der investitionspolitische Rahmen der Leitsätze mit jeder Überarbeitung weiter in den Hintergrund (Kapitel 2 C. I. 1.). Zur Verringerung der Zahl der Leitsätze, die eine MNU-eigene Gefahr voraussetzen, trägt überdies die zunehmende Verflechtung der Leitsätze mit anderen Instrumenten bei. Viele dieser Instrumente (wie etwa die VN-Leitprinzipien)⁴²²⁵ sind auf alle Arten von Unternehmen anzuwenden. Eine systematische Auslegung der Leitsätze kommt deshalb ebenfalls zum Schluss, dass die Zahl der für nationale Unternehmen irrelevanten Leitsätze gering bleibt.⁴²²⁶

b) Relevante und irrelevante Leitsätze

Die nachfolgenden, ausgesuchten Beispiele vermitteln einen Eindruck von der Anwendung des Relevanzvorbehalts auf Basis des von mir vorgeschlagenen Maßstabs einer MNU-eigenen Gefahr.

Das **Offenlegungskapitel** bezweckte ursprünglich, nationale Vorschriften zur Offenlegung dort zu ergänzen, wo sie wegen begrenzter staatlicher Regelungsgewalt keine umfassende Offenlegung zu den Verhältnissen eines MNU mit all seinen (ausländischen) Entitäten erreichen konnten (vgl. *Chapeau* des Offenlegungskapitels der Leitsätze 1976). Diese in seinem *Chapeau* zum Ausdruck kommende Zielsetzung des Offenlegungskapitels, nationale Vorschriften zu „ergänzen“, um ein „ganzheitliches“ Bild des MNU zu erlangen,⁴²²⁷ verdeutlichte nach Ansicht der NL-NKS, dass das Kapitel eine internationale Ausrichtung und eine Koordinierung verschiedener Entitäten voraussetze.⁴²²⁸ Teile der Literatur waren der gleichen An-

4225 OHCHR, UN Guiding Principles (2011), Lp. 14.

4226 Im Ergebnis möglicherweise auch OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 30, wo beiläufig erwähnt wird, dass die Leitsätze allgemeine und mit anderen internationalen Standards kompatible RBC-Verhaltenserwartungen enthalten, die ebenfalls für nationale Unternehmen relevant sind.

4227 *Chapeau* des Offenlegungskapitels der Leitsätze 1976: „Enterprises should [...] publish [...] a sufficient body of factual information on the structure, activities and policies of the enterprise as a whole, as a supplement [...] to information to be disclosed under the national law of the individual countries in which they operate.“

4228 Ausspruch der NL-NKS in der Sache C&A im August 1983, zitiert nach: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 132.

sicht.⁴²²⁹ Heutzutage ist das nicht mehr der Fall. Gab es bei Verabschiedung der Leitsätze in den 1970er Jahren zumindest außerhalb der USA noch wenige Offenlegungsvorschriften zu ausländischen Tochtergesellschaften,⁴²³⁰ hat sich dies seither gewandelt.⁴²³¹ Zudem wurden Rechnungslegungsvorschriften auf internationaler Ebene harmonisiert.⁴²³² Der Hinweis auf den ergänzenden Charakter der Offenlegungsvorschriften gegenüber dem nationalen Recht wurde mit der 2011er Überarbeitung entfernt. Darüber hinaus hat sich auch der Inhalt des Offenlegungskapitels stark gewandelt. Zahlreiche Angaben (etwa zur Vergütung (Ls. III-2 lit. f) Leitsätze 2023), zu Risikofaktoren (Ls. III-2 lit. h) Leitsätze 2023) und insbesondere zur Nachhaltigkeitsberichterstattung (Ls. III-3 Leitsätze 2023)) setzen keine internationale Ausrichtung voraus. Das Offenlegungskapitel ist deshalb grundsätzlich für nationale Unternehmen relevant.

Die Bestimmungen des **Menschenrechtskapitels** (Kapitel IV) und zu den Sorgfaltspflichten (Ls. A-II-11 ff. Leitsätze 2023) betreffen über ihre Anwendung auf bloße „Geschäftsbeziehungen“ (vgl. Ls. II-A-13 f. Leitsätze 2023) mittelbar eine so große Zahl an Unternehmen,⁴²³³ dass sie keine MNU-eigene Gefahr voraussetzen können.⁴²³⁴ Das Menschenrechtskapitel ist deshalb auf nationale Unternehmen anwendbar.⁴²³⁵

Das **Beschäftigungskapitel** enthält viele Vorschriften, die MNU-eigene und MNU-typische Gefahren abzumildern versuchen.⁴²³⁶ Es gilt zu differenzieren. Während sich die allermeisten Leitsätze auch an nationale Unternehmen richten, können wenige Bestimmungen eindeutig nur auf MNUs Anwendung finden. Zu erwähnen ist insbesondere Ls. V-4 lit. b) Leitsätze 2023, der eine Tätigkeit eines „multinationalen Unternehmens“ in einem „anderen Land“ erfordert. Auch Ls. V-7 Leitsätze 2023, der den grenzüberschreitenden Einsatz von Streikbrechern verbietet, wird sich nur an MNUs richten. Bei anderen Bestimmungen wiederum ist die Unterscheidung zwischen MNU-spezifischen und MNU-typischen Gefah-

4229 *Fatouros*, The OECD Guidelines in a Globalising World (1999), Rn. 16.

4230 *Vagts*, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 315 (329); *Wallace*, MNE and Legal Control (2002), S. 390.

4231 *Wallace*, MNE and Legal Control (2002), S. 394 ff.

4232 *Großfeld*, ZVglRWiss 116 (2017), 1 (9 ff.).

4233 Vgl. Ls-Ko 2023, Rn. 17.

4234 Vgl. *Huarte Melgar* u. a., The 2011 Update of the OECD Guidelines (2011), S. 20; vgl. *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 44.

4235 *Clapham*, Human Rights Obligations of Non-State Actors (2006), S. 201; vgl. *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 45.

4236 *Fatouros*, The OECD Guidelines in a Globalising World (1999), Rn. 16.

ren schwierig. Das gilt beispielsweise für die Vorschrift des Ls. V-8 Leitsätze, der Arbeitnehmern den Zugang zu den wahren Entscheidungsträgern eines MNU garantiert. Diese Vorschrift ist geschaffen worden, weil Arbeitnehmervertreter in den Geschäftsführern der für sie zuständigen Tochtergesellschaft häufig einen Ansprechpartner mit rein nominaler Entscheidungsgewalt haben und die wahren Entscheidungsträger eines MNU der Ebene der Muttergesellschaft zuzuordnen sind.⁴²³⁷ Dieses Problem wird verschärft, wenn die Muttergesellschaft in einem anderen Staat beheimatet ist.⁴²³⁸ Dennoch sind diese Vorschriften nicht so zu lesen, dass sie eine MNU-eigene Gefahr voraussetzen. CIME hielt bereits 1982 fest, dass (die Vorgängervorschrift des) Ls. V-8 Leitsätze 2023 zwar auf die Behebung von Problemen zielt, die entstehen, wenn das Entscheidungszentrum eines MNU aus Sicht der Arbeitnehmer im Ausland liegt, dass diese Vorschrift jedoch auch auf nationale Unternehmen mit mehreren Betriebsstätten im Inland (*domestic multiplant firms*) anzuwenden ist.⁴²³⁹ Auch hier kann es vorkommen, dass Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft nur Botschafter der Entscheidungen übergeordneter Konzernebenen sind. Meines Erachtens spricht Ls. V-8 Leitsätze 2023 deshalb ein MNU-typisches, aber kein MNU-eigenes Problem an.

3. Zwischenfazit

Multinationale und nationale Unternehmen unterscheiden sich durch das Kriterium der internationalen Ausrichtung, über die nur multinationale Unternehmen verfügen. Beschwerden gegen nationale Unternehmen sind nicht annahmefähig. Da NKSen keine Beschwerden gegen nationale Unternehmen zulassen, besteht Grund, davon auszugehen, dass nationale Unternehmen dem Anwendungsbereich der Leitsätze nicht unterfallen. Ls. I-5 etabliert demnach ein Diskriminierungsverbot zwischen MNUen und nationalen Unternehmen; MNUen sollen nicht dadurch benachteiligt werden, dass nur sie die Leitsätze beachten müssen. Deshalb postulieren die Leitsätze, dass sie auch von nationalen Unternehmen die Einhaltung der Leitsätze erwarten (ohne sie jedoch auf Basis der hier vorgeschlagenen Auslegung formal in den Anwendungsbereich der Leitsätze einzubeziehen). Eine Dis-

4237 OECD Dok. DAFE/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 24.

4238 OECD Dok. DAFE/IME/WPG(2000)15/FINAL, S. 24; *Rojot*, BJIR 23 (1985), 379 (387).

4239 OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Annex IV Rn. 20.

kriminierung von MNUen gegenüber nationalen Unternehmen ist aber nur dann untersagt, wenn die Leitsätze für nationale Unternehmen relevant sind (Relevanzvorbehalt). Ein Leitsatz ist meines Erachtens erst dann irrelevant für ein nationales Unternehmen, wenn er eine MNU-eigene Gefahr, also eine Gefahr, die exklusiv MNUen zu eigen ist, voraussetzt. Die Zahl der Leitsätze, die für nationale Unternehmen auf Basis dieses Maßstabs irrelevant sind, hat sich mit jeder Überarbeitung der Leitsätze verringert. Eine kohärente Entscheidungspraxis zum Inhalt des Ls. I-5 Leitsätze 2023 ist nicht entstanden.⁴²⁴⁰

II. Ls. I-6 (Kleine und mittlere Unternehmen)

In Ls. I-6 Leitsätze 2023 werden kleine und mittlere Unternehmen angesprochen, ohne dass dabei jedoch klare Größenkategorien (etwa wie in § 267 HGB auf Basis von Bilanzsumme, Umsatzerlösen, Arbeitnehmerzahl oder nur auf Basis der Arbeitnehmerzahl wie in § 1 LkSG) etabliert würden. Die Größe einer Entität hat gem. Ls. I-6 keine Relevanz für die Frage, *ob* die Leitsätze Anwendung finden oder das Unternehmen Beschwerdegegner in einem spA-Verfahren sein kann;⁴²⁴¹ dies richtet sich nach Ls. I-4 und I-5 Leitsätze 2023. Auch ein kleines Unternehmen kann ein MNU im Sinne der Leitsätze sein,⁴²⁴² weshalb auch ein Unternehmen mit nur vier Mitarbeitern in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen kann.⁴²⁴³ Das ist rechtspolitisch richtig, weil auch ein kleines Unternehmen starke negative Auswirkungen auf RBC-Belange verursachen kann.⁴²⁴⁴ Zu denken ist beispielsweise an ein kleines Rohstoffunternehmen in einem Konfliktgebiet.⁴²⁴⁵

4240 Allenfalls dazu, dass nationale Unternehmen keine tauglichen Beschwerdegegner eines spA-Verfahrens sind, ist eine kohärente Entscheidungspraxis entstanden. Ich habe eine solche kohärente Entscheidungspraxis aber abgelehnt, da NKSen ihre Aussprüche nicht gegenseitig rezipieren.

4241 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 12.

4242 OECD:UK-NCP:2018:UK-49-IA, Rn. 21, 31; OECD:NL-NCP:2018:NL-31-FS, S. 5; OECD:AU-NCP:2019:AU-13-FS, Rn. 17, 43; OECD:AU-NCP:2022:AU-22-IA, Rn. 74.

4243 Vgl. OECD:AU-NCP:2019:AU-13-FS, Rn. 17 f., 43, 46, 54.

4244 *OHCHR*, UN Guiding Principles (2011), Kommentar zu Lp. 14; *OHCHR*, Interpretive Guide (2012), S. 20.

4245 *OHCHR*, Interpretive Guide (2012), S. 20.

Die Größe eines MNUs bestimmt somit zwar nicht die Anwendbarkeit der Leitsätze (das Ob),⁴²⁴⁶ hat aber Relevanz für die Modalitäten ihrer Anwendung (das Wie).⁴²⁴⁷ Größenabhängige Bestimmungen finden sich an mehreren Stellen der Leitsätze,⁴²⁴⁸ zu denen insbesondere die allgemeine Norm des Ls. I-6 S. 2 Leitsätze 2023 gehört.⁴²⁴⁹ Sie hält kleinere und mittlere Unternehmen zur bestmöglichen Einhaltung der Leitsätze an. Kleinen und mittleren Unternehmen ist es beispielsweise zwar nicht freigestellt, ob sie Sorgfaltspflichtprüfungen durchführen, sie können jedoch Art und Umfang dieser Prüfungen anpassen.⁴²⁵⁰ Die Leitsätze entsprechen hier im Wesentlichen den VN-Leitprinzipien.⁴²⁵¹ Beide Regelwerke erkennen an, dass kleine und mittlere Unternehmen bei der Durchführung derartiger Prüfungen weniger leistungsfähig sind und diese eher informell ausgestalten können und dürfen.⁴²⁵² Kleine und mittlere Unternehmen unterliegen engeren budgetären Grenzen und dürfen sich weniger ambitionierte Ziele als größere Unternehmen setzen.⁴²⁵³ Gerade für kleine und mittlere Unternehmen kann die Beteiligung an Multi-Stakeholder-Initiativen (vgl. Ls. II-B-1 Leitsätze 2023) oder die Nutzung vorgefertigter Musterlösungen sinnvoll sein.⁴²⁵⁴ Zu diesen sehr praxisrelevanten Fragen existiert jedoch kaum Fallmaterial. Eine kohärente Entscheidungspraxis ist nicht entstanden.

4246 Im Menschenrechtskapitel ist die Kommentierung des Ls-Ko 2023, Rn. 42 zu Ls. IV-1 Leitsätze 2023 ebenfalls explizit: „*The chapeau and the first paragraph recognise [...] that enterprises, regardless of their size, [...] should respect human rights wherever they operate.*“

4247 OECD:UK-NCP:2018:UK-49-IA, Rn. 31; OECD, Stocktaking Report (2022), S. 34.

4248 Beispiele: Ls. II-A-II Leitsätze 2023 (iVm Ls-Ko 2023, Rn. 19), Ls. III-1 S. 4 Leitsätze 2023 (iVm Ls-Ko 2023, Rn. 31), Ls. IV-5 Leitsätze 2023.

4249 Ls. I-6 S. 2 Leitsätze 2023: „*While it is acknowledged that small- and medium-sized enterprises may not have the same capacities as larger enterprises, Adherents to the Guidelines nevertheless encourage them to observe the Guidelines' recommendations to the fullest extent possible.*“ (Textauszeichnung des Originals entfernt).

4250 OECD:NL-NCP:2018:NL-31-FS, S. 5; die Größe des Unternehmens ist jedoch nur ein Faktor, den es zu beachten gilt, wenn Ausmaß und Tiefe der Sorgfaltspflichtprüfung festzustellen ist: OECD:AU-NCP:2023:AU-22-FS, Rn. 87 ff.

4251 OHCHR, UN Guiding Principles (2011), Lp. 14.

4252 OHCHR, UN Guiding Principles (2011), Kommentar zu Lp. 14; OHCHR, Interpretive Guide (2012), S. 20; OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 18, 46.

4253 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 34.

4254 OECD, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 46; OECD, Stocktaking Report (2022), S. 34.

G. Anwendungsbereich der Leitsätze

Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 regelt den persönlichen wie den räumlichen Anwendungsbereich der Leitsätze. Der persönliche Anwendungsbereich der Leitsätze (I.) ist eröffnet, wenn ein MNU entweder *vom* Staatsgebiet eines Teilnehmerstaats aus tätig ist (*operating from*) oder wenn es *auf* dem Staatsgebiet eines Teilnehmerstaats tätig ist (*operating in*). Der räumliche Anwendungsbereich der Leitsätze ist unbeschränkt, also weltweit („*wherever they operate*“, II.). Der zeitliche Anwendungsbereich der Leitsätze wird in den Leitsätzen nicht näher beschrieben; es steht aber außer Frage, dass die Leitsätze nicht rückwirkend angewandt werden dürfen (III.). Den räumlichen und den zeitlichen Anwendungsbereich möchte ich in diesem Abschnitt lediglich für einen vollständigen Überblick über den Anwendungsbereich der Leitsätze darstellen; sie weisen keine Bezüge zum MNU-Begriff auf. Eine kohärente Entscheidungspraxis findet sich nur einem engen Rahmen (IV.).

I. Persönlicher Anwendungsbereich der Leitsätze

Hauptkriterium des persönlichen Anwendungsbereichs der Leitsätze ist, dass eine Entität Teil eines MNUs im Sinne der Leitsätze ist (Ls. I-4 Leitsätze 2023). Die Leitsätze sind allerdings nicht auf sämtliche Entitäten anwendbar. Gem. Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 setzen sie Geschäftstätigkeiten von einem Teilnehmerstaat aus (*operating from*) oder in einem Teilnehmerstaat (*operating in*) voraus (1.). Demnach genügt es, wenn ein Teilnehmerstaat Heimatstaat oder Gaststaat der Entität bzw. des MNUs ist. Im Ergebnis fallen damit nur Entitäten bzw. MNUs aus einem Nicht-Teilnehmerstaat, die in einem Nicht-Teilnehmerstaat tätig sind, aus dem Anwendungsbereich der Leitsätze. Die Leitsätze gelten beispielsweise nicht für die Tätigkeiten eines monegassischen MNUs in der DR Kongo⁴²⁵⁵ oder die Tätigkeiten eines algerischen MNUs in Algerien.⁴²⁵⁶ Solche MNUs bzw. Entitäten können aber mittelbar von den Leitsätzen betroffen sein, wenn sie eine Geschäftsbeziehung zu einem erfassten Unternehmen unterhalten.⁴²⁵⁷ Unklar ist demgegenüber die MNU-dimensionale Anwendung dieser Kriterien (2.), ob also eine einzelne Entität oder ein MNU als Ge-

4255 OECD:FR-NCP:2018:FR-27-IA, S. 2.

4256 OECD:US-NCP:2022:US-52-FS.

4257 Vgl. Ls-Ko 2023, Rn. 17.

flecht mehrerer Entitäten von einem Teilnehmerstaat aus oder in einem Teilnehmerstaat tätig sein muss.⁴²⁵⁸ Es lässt sich beispielweise nicht sagen, ob die in einem Nicht-Teilnehmerstaat beheimatete und nur dort tätige Mutter-Entität eines MNUs in den Anwendungsbereich der Leitsätze fällt, wenn ihre Tochter-Entität in einem Teilnehmerstaat beheimatet oder dort tätig ist.

1. Kriterien

Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 steht in enger Beziehung zu den Vorschriften, aus denen sich die Zuständigkeit einer NKS ergibt (dazu bereits: Kapitel 6 A.). NKSen sind für Fälle zuständig, die Streitfragen betreffen, die auf ihrem Territorium verortet werden können, oder die Unternehmen aus ihrem Staat betreffen.⁴²⁵⁹ Eine NKS kann somit als NKS des Gaststaats (Gast-NKS) oder als NKS des Heimatstaats (Heimat-NKS) des MNUs zuständig sein. Weder dem Fallmaterial noch offiziellen Kommentierungen der OECD lässt sich eindeutig entnehmen, dass die Bestimmung der Zuständigkeit einer NKS stets parallel zur Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs der Leitsätze vorzunehmen ist. Beide Konzepte sind allerdings miteinander verwandt; eine parallele Deutung drängt sich deshalb auf. Sie weisen jedoch mindestens zwei Unterschiede auf. Die Identifizierung einer zuständigen NKS erfordert erstens eine größere Präzision als die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Leitsätze. Während es für die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Leitsätze genügt, dass eine (näher beschriebene) Verbindung zu irgendeinem der über 50 Teilnehmerstaaten vorliegt, verlangt die Identifizierung einer zuständigen NKS die Prüfung, zu welchem der über 50 Teilnehmerstaaten die engste Verbindung besteht. Der zweite Unterschied liegt in der verfahrensbezogenen Natur der Zuständigkeitsbestimmung: Sie hat immer in Abhängigkeit der Streitfrage zu erfolgen, weshalb schon eine leichte Abwandlung der Streitfrage die Zuständigkeit einer anderen oder einer weiteren NKS begründen kann (dazu bereits: Kapitel 6 A. I. und II. 1.). Der persönliche Anwendungsbereich der Leitsätze ist demgegenüber nicht von der Streitfrage abhängig, also davon, gegen welches Verhalten sich ein Verfahren richtet. Trotz dieser

4258 Die sprachlichen Ungenauigkeiten meiner Ausführungen (mit Ausnahme der Ausführungen unter 2.), die nicht stringent zwischen MNU und Entität unterscheiden, sind auf dieses Problem zurückzuführen.

4259 UmVerf-Ko 2023, Rn. 29.

Unterschiede trennt das Fallmaterial der NKSen regelmäßig nicht zwischen beiden Fragen. In den allermeisten Fällen bejahen die NKSen ihre Zuständigkeit und die Anwendbarkeit der Leitsätze in wenigen Worten. Für die nachfolgende Analyse des Fallmaterials zu Ls. I-3 Leitsätze 2023 bin ich deshalb vielfach darauf verwiesen, das Fallmaterial zur Zuständigkeit einer NKS auszuwerten.

a) Heimatstaat als Teilnehmerstaat (operating from)

Den Leitsätzen selbst ist nicht zu entnehmen, auf welcher Basis ein Heimatstaat zu bestimmen ist. Die Formulierung *operating from* vermeidet bewusst den Rückgriff auf die völkerrechtliche Staatszugehörigkeit eines MNU.⁴²⁶⁰ Die chilenische NKS erklärt sich gleichermaßen unkonkret zuständig für „chilenische“ MNUs.⁴²⁶¹ Vergleichbares gilt für die litauische⁴²⁶² NKS. Die Kommentierungen der Umsetzungsverfahren aber setzen den Heimatstaat mit dem Staat gleich, in dem das Unternehmen seinen Hauptsitz hat (*headquartered*) oder gegründet wurde (*established*).⁴²⁶³ Eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Sitzbegriffen (etwa: satzungsmäßiger Sitz, Sitz der Hauptverwaltung, *registered office*, Gründungsort) und weiteren vergleichbaren Anknüpfungspunkten findet augenscheinlich nicht statt.

In den Verfahrensleitfäden der deutschen, der Schweizer und der belgischen NKS wird die Zuständigkeit der NKS auf Basis des Hauptsitzes der NKS bestimmt.⁴²⁶⁴ Die kanadische NKS bejahte ihre Zuständigkeit für ein auf den Kaiman-Inseln gegründetes Unternehmen mit dortigem satzungsmäßigem Sitz (*registered office*), weil der Firmensitz (*corporate office*) in Kanada war.⁴²⁶⁵ Die niederländische NKS sah in der englisch-walisischen Rechtsform eines Beschwerdegegners keinen Hinderungsgrund

4260 Huarte Melgar u. a., The 2011 Update of the OECD Guidelines (2011), S. 22 f.

4261 OECD:CL-NCP:2022:CL-17-FS, Rn. 18.

4262 Litauische NKS, Rules of Procedure (2017), Rn. 22.1.

4263 Vgl. UmVerfKo 2023, Rn. 29 (aber keine ernsthafte oder systematische Auseinandersetzung mit diesen Begriffen); vgl. OECD, Coordination Guide (2019), S. 8 f.

4264 Belgische NKS, Règlement d'ordre intérieur (2021), Anhang 2, S. 1 f.; Deutsche NKS, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 32: „[...] wenn das betroffene Unternehmen seinen Hauptsitz in Deutschland hat.“; Schweizer NKS, Verfahrensanleitung (2024), S. 3: „[...] ist die Eingabe in dem Land einzureichen, in welchem das multinationale Unternehmen seinen Hauptsitz hat.“

4265 OECD:CA-NCP:2017:CA-14-FS, Rn. 15.

für ihre Zuständigkeit, weil sich dessen Hauptverwaltung in Den Haag befand.⁴²⁶⁶ Auch dem Fallmaterial weiterer NKSen lässt sich entnehmen, dass der Hauptsitz eines Unternehmens ein tauglicher Anknüpfungspunkt ist.⁴²⁶⁷ Eine Sitzverlegung nach Beschwerdeerhebung führt dabei nicht nachträglich zur Unzuständigkeit einer NKS.⁴²⁶⁸ Ebenfalls kann der Staat, nach dessen Recht das MNU gegründet ist, Heimatstaat sein. Auf Basis der Rechtsform des MNUs hat sich beispielsweise die irische NKS⁴²⁶⁹ für zuständig erklärt. Die NL-NKS hat ihre Zuständigkeit für ein an einer US-amerikanischen Börse gelistetes Unternehmen wegen seiner niederländischen Rechtsform bejaht, obgleich dessen Verwaltungsrat im UK zusammentrat und dessen Geschäftsführer das Unternehmen von den USA aus leiteten.⁴²⁷⁰ Festzuhalten bleibt, dass es genügt, wenn irgendeiner dieser Bezüge zu einem Teilnehmerstaat vorliegt; eine Rangfolge zwischen diesen Anknüpfungspunkten besteht nicht und eine Verbindung zu einem Nicht-Teilnehmerstaat verdrängt die Verbindung zu einem Teilnehmerstaat nicht. Die oberflächlichen und unsystematischen Auseinandersetzungen der NKSen mit diesen Anknüpfungspunkten, die kaum über den Inhalt der Kommentierungen hinausreichen,⁴²⁷¹ führen, verbunden mit der fehlenden gegenseitigen Rezeption ihrer Entscheidungen,⁴²⁷² zur Verneinung der Existenz einer kohärenten Entscheidungspraxis.

4266 OECD:NL-NCP:2013:NL-22-IA, S. 3.

4267 OECD:US-NCP:2020:US-49-FS, S. 5: „As a part of its function, the U.S. NCP addresses issues [...] about the business conduct of an MNE operating in or headquartered in the United States.“; OECD:KZ-NCP:2022:KZ-2-IA, S. 2; OECD:IE-NCP:2023:IE-8-IA, Rn. 20.

4268 OECD:CA-NCP:2017:CA-14-FS, Rn.15; OECD:NL-NCP:2023:NL-40-FS, S. 4: Die NL-NKS sprach sich hier mit der NKS des neuen Sitzlandes ab; ebenso: OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 11; ähnlich: OECD:NL-NCP:2022:NL-47-IA, S. 2, 6: Die Übergabe des Verfahrens an die NKS des neuen Sitzstaats trage nicht zur Effektivität der Leitsätze bei. OECD:IE-NCP:2023:IE-8-IA, Rn. 20 (Bejahung der Zuständigkeit, weil Unternehmen irgendwann innerhalb des Zeitraums des streitgegenständlichen Verhaltens seinen Sitz in Irland hatte).

4269 OECD:IE-NCP:2022:IE-9-IA, Rn. 14.

4270 OECD:NL-NCP:2015:NL-25-IA, S. 3 f. Eine Absprache mit der US-NKS fand statt.

4271 Vgl. UmVerfKo 2023, Rn. 29.

4272 NKSen interagieren allerdings im Abspracheverfahren (Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023) miteinander (siehe beispielsweise die in Fußnote 4268 genannten Fälle der niederländischen NKS, OECD:NL-NCP:2015:NL-25-IA, S. 3 f. und OECD:IE-NCP:2022:IE-9-IA, Rn. 14). Dieses Abspracheverfahren verdeutlicht aber die Flexibilität bei der Bestimmung der zuständigen NKS und unterstreicht dadurch die fehlende Verallgemeinerungsfähigkeit der NKS-Aussprüche.

Noch unklarer ist, inwieweit weitere Kriterien anzuerkennen sind. Die luxemburgische Kontaktstelle schlägt als subsidiäres Kriterium vor, auch den Staat der Börsennotiz eines Unternehmens heranzuziehen,⁴²⁷³ wobei unklar bleibt, ob sie dieses Kriterium eher zur Abgrenzung der Zuständigkeit verschiedener NKSen und weniger als Kriterium für den persönlichen Anwendungsbereich der Leitsätze heranziehen will.⁴²⁷⁴ Meines Erachtens wäre das Kriterium *operating from* jedenfalls dann überdehnt, wollte man auf eine Zweitnotiz abstellen. Als weiteres Kriterium kommen Gerichtsstands- bzw. Schiedsvereinbarungen in Betracht, die ein MNU gegenüber seinen Vertragspartnern durchsetzt.⁴²⁷⁵ Sie könnten Indiz dafür sein, mit welchen Rechtsordnungen ein MNU vertraut ist. Stellt man indes in Rechnung, dass schlicht die für den Klauselverwender günstigste Rechtsordnung gewählt wurde, erweist sich dieses Kriterium als wenig überzeugend. Eindeutig nicht als taugliches Kriterium kommt die Staatsangehörigkeit der Geschäftsführer eines Unternehmens in Betracht.⁴²⁷⁶

Der Satzungssitz (bzw. *registered office*) und die Rechtsform sind vergleichsweise formelle Kriterien. Der Wortlaut des Ls. I-3 S. 2 Var. 2 Leitsätze 2023 setzt streng genommen jedoch voraus, dass eine Tätigkeit (*operating*) ausgeübt wird. Einige NKSen äußern in diesem Sinne Bedenken, wenn ein Unternehmen (wie eine Briefkastengesellschaft) einem Teilnehmerstaat nur auf Basis dieser formellen Kriterien zugeordnet werden kann, dort aber keinerlei operative Tätigkeiten entfaltet. Besonders deutlich kommt dies in einem Verfahren der luxemburgischen NKS aus dem Jahr 2019 zum Ausdruck. Die Beschwerde richtete sich gegen ein in der DR Kongo tätiges und dort auch inkorporiertes Unternehmen; der einzige Bezug zum Großherzogtum bestand darin, dass die Anteile dieses kongolesischen Unternehmens von einer Holdinggesellschaft luxemburgischen Rechts gehalten wurden.⁴²⁷⁷ Nach Auffassung der LU-NKS setzte das Kriterium *operating from* voraus, dass ein Unternehmen von Luxemburg aus *aktiv* tätig und dort mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattet

4273 OECD:LU-NCP:2013:LU-1-FS, S. 12.

4274 Im zugrundeliegenden Fall hatten die Beschwerdeführer Beschwerde vor der NL-NKS eingereicht, weil der Beschwerdegegner an der Amsterdamer Börse notiert war; die NL-NKS leitete den Fall an die LU-NKS weiter, weil sich der Hauptsitz des Beschwerdegegners in Luxemburg befand (OECD:LU-NCP:2013:LU-1-FS, S. 4).

4275 Vgl. OECD:NL-NCP:2022:NL-48-IA, S. 8.

4276 OECD:DE-NCP:2018:DE-28-IA, Rn. 24.

4277 OECD:LU-NCP:2019:LU-3-IA, S. 3 f., 6.

ist.⁴²⁷⁸ Sie sprach der Holdinggesellschaft diese Eigenschaft ab.⁴²⁷⁹ Bei der luxemburgischen Holding handele sich lediglich um ein nicht-operativ tätiges Kapitalsammelbecken ohne Entscheidungsbefugnisse, Mitarbeiter oder Geschäftstätigkeit.⁴²⁸⁰ Sämtliche maßgeblichen Entscheidungen seien in der DR Kongo getroffen und umgesetzt worden.⁴²⁸¹ Die NKS nahm die Beschwerde aus diesem Grund nicht zur vertieften Prüfung an.⁴²⁸²

Diese Entscheidung ist bemerkenswert, da die Leitsätze auch auf den Finanzsektor anwendbar sind (Ls. I-4 S. 3 Leitsätze 2023). Weil das Halten und Verwalten einer Kapitalbeteiligung nicht vom Anwendungsbereich der Leitsätze ausgeschlossen ist, sollte es meines Erachtens grundsätzlich als Geschäftstätigkeit (*operating*) im Sinne des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 zählen. Ich halte die Aussage der LU-NKS aber dennoch für überzeugend, falls die Holding auch beim Halten und Verwalten ihrer kongolesischen Beteiligung kaum Tätigkeiten entfaltet hat. Anders als ein institutioneller oder strategischer Investor, der seine Zielgesellschaften aktiv aussucht, erforderlichenfalls Kritik übt und seine Beteiligung veräußert (*voice or exit*), standen der luxemburgischen Holdinggesellschaft diese Handlungsmöglichkeiten offenbar nicht zur Verfügung. Ihre Anteilseigner waren nämlich zugleich die Geschäftsführer des kongolesischen Unternehmens und hatten die Beteiligung an der kongolesischen Tochter schon vor Jahrzehnten in sie eingebracht.⁴²⁸³ Die luxemburgische Gesellschaft war *de facto* eine rechtliche Hülle ohne eigenständige Willensbildungsprozesse.

Neben der luxemburgischen NKS haben sich auch die kanadische und die Schweizer NKSen skeptisch gezeigt. Sie haben entsprechende Beschwerden allerdings nicht (oder zumindest nicht aus diesem Grund) abgelehnt. In beiden Fällen stand im Vordergrund, dass es unzumutbar und praktisch herausfordernd ist, ein Verfahren gegen eine nicht operativ tätige Holdinggesellschaft zu führen, wenn Entscheidungen im Ausland getroffen werden und negative Auswirkungen dieser Entscheidungen ebenfalls im Ausland auftreten.⁴²⁸⁴ Angesichts dieser rein verfahrensökonomischen Erwägungen ist aber davon auszugehen, dass die nicht-operativen Entitäten

4278 OECD:LU-NCP:2019:LU-3-IA, S. 5: „[...] at least actively operating from there and entrusted with some decision-making power [...]“.

4279 OECD:LU-NCP:2019:LU-3-IA, S. 6 f.

4280 OECD:LU-NCP:2019:LU-3-IA, S. 6 f.

4281 OECD:LU-NCP:2019:LU-3-IA, S. 6 f.

4282 OECD:LU-NCP:2019:LU-3-IA, S. 7.

4283 OECD:LU-NCP:2019:LU-3-IA, S. 6.

4284 Vgl. OECD:CA-NCP:2014:CA-11-IA, Rn. 2, 5, 10, 16 ff. (die Beschwerde wurde aus anderen Gründen zurückgewiesen) und OECD:CH-NCP:2018:CH-17-IA, S. 4

aus Sicht beider NKSen grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen.

b) Gaststaat als Teilnehmerstaat (operating in)

Im Fallkorpus der NKSen nimmt die Subsumtion unter Ls. I-3 S. 2 Var. 1 Leitsätze 2023 so gut wie keinen Raum ein. Den wenigen einschlägigen Fällen können die folgenden Kriterien entnommen werden: Zu den Umständen, die ein Tätigsein in einem Teilnehmerstaat begründen, zählen beispielsweise die Beschäftigung von Angestellten oder das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen.⁴²⁸⁵ Ebenso relevant ist der Standort eines Werks⁴²⁸⁶ oder der Ort einer vom MNU organisierten Veranstaltung⁴²⁸⁷. Für eine Fluggesellschaft kann es genügen, dass sie Flughäfen eines Teilnehmerstaats anfliegt.⁴²⁸⁸ Müssen sich Unternehmen, die eine ausländische Rechtsform haben, vor Aufnahme einer Geschäftstätigkeit in einem Teilnehmerstaat in ein (Transparenz-)Register eintragen, kann diese Eintragung als Beweis für das Tätigsein im Teilnehmerstaat herangezogen werden.⁴²⁸⁹

2. MNU-dimensionale Anwendung

Völlig ungeklärt ist, ob eine einzelne Entität eines MNUs oder das MNU in seiner Gesamtheit Tätigkeiten in einem Teilnehmerstaat oder von einem Teilnehmerstaat aus entfalten muss. Die von den Leitsätzen verfolgte Zurechnungslösung gibt keine eindeutige Antwort, weil ihr eine Spannung zwischen zwei Prinzipien innewohnt:⁴²⁹⁰ Einerseits verlangt sie, dass Be-

(die Beschwerde wurde nur angenommen, weil andernfalls keine NKS zuständig gewesen wäre).

4285 OECD:AU-NCP:2022:AU-26-IA, Rn. 13.4 mit Fn. 10.

4286 Vgl. OECD:PL-NCP:2021:PL-7-IA, S. 5 f.

4287 Vgl. OECD:UK-NCP:2018:UK-49-IA, Rn. 12.

4288 Vgl. OECD:AU-NCP:2022:AU-26-IA, Rn. 10 ff.

4289 So die australische NKS, die allerdings sprachlich nicht klar zwischen einer Tätigkeit von Australien aus oder in Australien unterscheidet. Das beklagte Unternehmen hatte seinen Hauptsitz jedenfalls in Katar und unterlag katarischem Recht, sodass grundsätzlich nur eine Tätigkeit in (und nicht von) Australien in Betracht kam: OECD:AU-NCP:2022:AU-26-IA, Rn. 10 ff.

4290 Zur Zurechnungslösung siehe bereits: C.

zugspunkt jeglicher Betrachtungen die einzelne Entität eines MNUs ist; ein MNU wird nicht *en bloc* betrachtet. Andererseits ist unter der Zurechnungslösung die Einbettung einer Entität in ein MNU zu beachten. Es ist unklar, wie diese Spannung bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Leitsätze aufzulösen ist, wenn nur einzelne (nicht aber alle) Entitäten eines MNUs in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen. Besonders drängend ist eine Antwort auf dieses Problem dann, wenn lediglich eine Tochter- oder Enkelgesellschaft in den Anwendungsbereich der Leitsätze fällt. Haben in diesem Fall auch die nicht selbst dem Anwendungsbereich der Leitsätze unterfallenden Mutter- und Schwester-Entitäten die Leitsätze zu beachten? Sollte für die Zwecke der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Leitsätze das erste Element der Zurechnungslösung dominieren, könnten die Leitsätze nicht pauschal auf alle Entitäten eines MNUs angewandt werden, nur weil irgendeine MNU-Entität in den Anwendungsbereich der Leitsätze fällt. Sollte das zweite Element der Zurechnungslösung dominieren, wäre das jedoch der Fall. Soweit ersichtlich, hat sich noch keine Kontaktstelle explizit mit diesen Fragen auseinandergesetzt. Häufig würdigen NKSen es nicht gesondert, wenn Entitäten eines MNUs bei einer entitätsbasierten Betrachtung nicht ihrer Zuständigkeit unterliegen würden.⁴²⁹¹ Das Fallmaterial ist vage und inhaltlich dünn. Im Wissen um die Gefahr der Überinterpretation lassen sich dem Fallmaterial meines Erachtens die folgenden Grundgedanken entnehmen:

Ausgangspunkt ist stets eine einzelne Entität. Der Anwendungsbereich der Leitsätze wirft deshalb keine Probleme auf, wenn die Streitfrage einer Beschwerde nur eine einzige Entität betrifft. Ebenfalls unproblematisch sind Konstellationen, in denen zwar mehrere Entitäten zu betrachten sind, aber alle Entitäten eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 (*operating in oder from*) erfüllen.

Sind jedoch mehrere Entitäten involviert, die nicht alle eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 erfüllen, hängt die Anwendbarkeit der Leitsätze davon ab, in welcher Beziehung diese Entitäten zu einer anderen Entität stehen, die eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 erfüllt. Die Erstreckung des Anwendungsbereichs der Leitsätze auf Entitäten, die nicht selbst eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 erfüllen, ist insoweit möglich, wie diese Entitäten nach der tatsächlichen Kompetenzaufteilung innerhalb des MNUs (vgl. Ls. I-4 S. 8. Leitsätze 2023) von Entitäten beeinflusst werden können, die eine der

4291 Siehe beispielsweise: OECD:CH-NCP:2014:CH-10-FS.

Voraussetzungen des Ls. I-3 S.2 Leitsätze 2023 erfüllen. Die folgenden Beispiele aus dem Fallmaterial verdeutlichen diesen Gedanken.

- Erfüllt eine Mutter-Entität eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S.2 Leitsätze 2023, werden ihre Tochter-Entitäten (in der Regel) ebenfalls in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen, weil die Töchter (in der Regel) der Kontrolle der Mutter unterliegen.⁴²⁹²
- Unklar ist demgegenüber die Behandlung von Fällen, in denen nur Tochter- oder Schwester-Entitäten eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S.2 Leitsätze 2023 erfüllen und fraglich ist, ob auch die Mutter-Entität oder eine andere Schwester-Entität in den Anwendungsbereich der Leitsätze fällt. Das Fallmaterial zeigt, dass es in solchen Fällen darauf ankommt, inwiefern diejenige Entität, die eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S.2 Leitsätze 2023 erfüllt, die anderen Entitäten beeinflussen kann. Die belgische Kontaktstelle beispielsweise hat einen Fall nicht zur vertieften Prüfung angenommen, der Geschäftstätigkeiten in der DR Kongo betraf und in dem die einzige Beziehung zu einem Teilnehmerstaat (Belgien) über eine belgische Zweigniederlassung bestand: Die Zweigniederlassung sei nicht für die Einhaltung der Leitsätze durch die kongolesische Mutter-Entität bei ihren Tätigkeiten in der DR Kongo verantwortlich.⁴²⁹³ Die kanadische NKS hat sich skeptisch gezeigt, eine Beschwerde gegen kanadische Zwischenholdings anzunehmen, wenn alle relevanten Entscheidungen durch eine chinesische Mutter- und eine ecuadorianische Tochtergesellschaft getroffen werden; sie lehnte die Beschwerde aber letztlich aus einem anderen Grund ab.⁴²⁹⁴ Einen Fingerzeig gibt auch ein Fall der UK-NKS: Sie verweigerte ihre Zuständigkeit für die Handlungen der US-amerikanischen Tochtergesellschaft einer britischen Muttergesellschaft, da die Muttergesellschaft rechtlich gehindert war, das Verhalten der Tochter zu beeinflussen.⁴²⁹⁵ Ein (bislang noch nicht

4292 Statt vieler: OECD:FR-NCP:2017:FR-25-IA, S.3: „VINCI étant domicilié en France, sa filiale cambodgienne devrait suivre les recommandations de l’OCDE au Cambodge.“; OECD:NO-NCP:2020:NO-17-IA, S.6: „The OECD Guidelines apply to Telenor Group, a multinational telecommunications enterprise headquartered in Norway, and its wholly owned subsidiary, Telenor Myanmar Ltd.“; fragwürdige Begründung in: OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS, S.3.

4293 OECD:BE-NCP:2018:BE-19-IA, S.5 f.

4294 OECD:CA-NCP:2014:CA-11-IA, Rn. 2, 5, 10, 16 ff.

4295 OECD:UK-NCP:2014:UK-45-IA, Rn.13 ff., 25; vgl. aber OECD:UK-NCP:2016:UK-46-IA: In diesem Fall trug die britische Muttergesellschaft ebenfalls vor, dass sie aus rechtlichen Gründen verhindert sei, stärkeren Einfluss auf ihre 42 %-ige US-Tochter zu nehmen; die UK-NKS nahm den Fall aber dennoch

vor einer NKS verhandeltes) Extrembeispiel beträfe eine Reederei, die über Schiffe einer Tochtergesellschaft sporadisch Häfen eines Teilnehmerstaats anfährt (*operating in*), aber sonst keine weiteren Verbindungen zu Teilnehmerstaaten aufweist (insbesondere weil die Reederei-Muttergesellschaft in einem Nicht-Teilnehmerstaat beheimatet ist). Während es unmittelbar einsichtig ist, dass die Tochtergesellschaft bei der Hafeneinfahrt oder dem Löschen der Ladung die Leitsätze zu beachten hat, wäre es stark begründungsbedürftig, wenn nun die Muttergesellschaft und alle Schwestergesellschaften wegen der weltweiten Geltung der Leitsätze (*wherever they operate*, Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023) die Leitsätze bei all ihren Tätigkeiten (etwa wenn eine Schwestergesellschaft Häfen am anderen Ende der Welt ansteuert) beachten müssten.

Dass die Einbettung einer Entität in ein MNU bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs eine entscheidende Bedeutung genießen muss, lässt sich mit dem Kooperationsgebot (Ls. I-4 S. 8) und der differenzierten Ansprache (Ls. I-4 S. 7) begründen. Vor allem aber lässt es sich teleologisch begründen. Ls. I-3 S. 2 regelt nicht nur den persönlichen Anwendungsbereich, der davon abhängt, dass eine Entität in oder von einem Teilnehmerstaat aus tätig ist. Diese Bestimmung regelt ebenfalls den räumlichen Anwendungsbereich der Leitsätze und erstreckt ihn auf die gesamte Welt. Würde man davon ausgehen, dass jede einzelne Entität eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 erfüllen müsste, wäre der weltweite räumliche Anwendungsbereich der Leitsätze faktisch entwertet. Denn MNUs werden in einem Gaststaat regelmäßig über separate, nach dortigem Recht gegründete und dort ansässige Entitäten tätig. Diese Entitäten fielen, würde man von ihnen verlangen, selbst eine Voraussetzung des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 zu erfüllen, nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der Leitsätze, wenn es sich beim Gaststaat um einen Nicht-Teilnehmerstaat handelt. Die in den Leitsätzen explizit angesprochene extraterritoriale Geltung der Leitsätze⁴²⁹⁶ in Nicht-Teilnehmerstaaten wäre somit auf die seltenen Fälle beschränkt, in denen ein MNU unmittelbar selbst (also nicht über eine separate Entität) in einem Nicht-Teilnehmerstaat tätig

unter dem Gesichtspunkt an, dass zwischen Mutter und Tochter eine Geschäftsbeziehung im Sinne der Leitsätze bestehe. Zum Zeitpunkt der Abschlusserklärung (OECD:UK-NCP:2019:UK-46-FS) hatte sich das Problem durch die vollständige Akquisition der Tochter durch die Mutter erledigt. Zu bedenken ist aber, dass es in beiden Fällen nur um die Zuständigkeit der UK-NKS und nicht den Anwendungsbereich der Leitsätze ging; die USA sind Teilnehmerstaat der Leitsätze.

4296 Siehe nur: Ls. I-3 S. 1 Leitsätze 2023; UmVerf-Ko 2023, Rn. 50.

ist. Den Regelfall (Gesellschaft aus einem Teilnehmerstaat ist über eine separate, gaststaatlichem Recht unterliegende Tochtergesellschaft in einem Nicht-Teilnehmerstaat tätig) würde Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 dann nicht erfassen. Das wird offenkundig nicht beabsichtigt.

Auf Basis welcher Regelungstechnik der Anwendungsbereich auf Entitäten erstreckt wird, die nicht selbst in oder von einem Teilnehmerstaat aus tätig sind, lässt sich allerdings nicht sagen. Denkbar sind eine mittelbar-faktische und eine formale Erstreckung. Bei einer mittelbar-faktischen Erstreckung würden nur diejenigen Entitäten in den Anwendungsbereich der Leitsätze einbezogen, die selbst eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 erfüllen. Andere Entitäten wären nur mittelbar-faktisch, also insofern betroffen, als die Leitsätze die *Beziehungen* der erfassten Entitäten zu den nicht erfassten regulieren. Im Gegensatz dazu fiel eine Entität, die keine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 erfüllt, bei einer formalen Erstreckung unmittelbar in den Anwendungsbereich der Leitsätze. In diesem Fall käme es darauf an, dass die Beziehung der betroffenen Entitäten *hinreichend* eng ist. Sie müsste einen bestimmten Schwellenwert überschreiten.⁴²⁹⁷ Gegen eine mittelbar-faktische und für eine formale Natur spricht ein Vergleich mit den Regelungen zu den Geschäftsbeziehungen eines MNU mit MNU-externen Entitäten. In den Ls. II-A-13 f. Leitsätze 2023 und den zugehörigen Kommentierungen⁴²⁹⁸ wird insofern deutlich, dass diese Leitsätze nur die Beziehung des MNU zu diesen anderen Entitäten regeln, nicht aber diese anderen Entitäten selbst. Es wird ausdrücklich festgehalten, dass die Geschäftspartner selbst nicht in oder von einem Teilnehmerstaat aus tätig sein müssen.⁴²⁹⁹ Im Umkehrschluss müsste es sich bei den Regelungen zum Anwendungsbereich um eine formale Erstreckung

4297 Man könnte beispielsweise bei der Voraussetzung des *operating from* ansetzen und im Lichte der Zurechnungslösung eine MNU-dimensionale (also entitätsübergreifende) Bestimmung des Hauptsitzes danach vornehmen, von wo aus und durch welche MNU-Entität sich Tätigkeiten zur effektiven Steuerung aller MNU-Entitäten entfalten. Dieses wahre Entscheidungszentrum müsste in einem Teilnehmerstaat liegen (*headquartered* oder *established*). Erfüllt lediglich eine subalterne Tochter-Entität eines MNU die Voraussetzungen des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023, würde nur die Tochter-Entität nicht aber die restlichen MNU-Entitäten in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen.

4298 Ls-Ko 2023, Rn. 17 ff.

4299 Ls-Ko 2023, Rn. 17: „Entities with which an enterprise has a business relationship may or may not be operating in or from Adherents.“

handeln, die auch die Entitäten, die nicht selbst in oder von einem Teilnehmerstaat aus tätig sind, in den Anwendungsbereich einbezieht.⁴³⁰⁰

Das Fallmaterial der NKSen ist nicht aussagekräftig. Dass viele Kontaktstellen die Unterscheidung zwischen einer formalen und einer mittelbar-faktischen Einbeziehung nicht deutlich machen und prozessökonomische Erwägungen nicht klar von Ausführungen zum Anwendungsbereich der Leitsätze trennen, wird der pragmatischen Natur der Verfahren geschuldet sein. Schließlich kommt einer Muttergesellschaft die Letztverantwortung für die Einhaltung der Leitsätze durch ihre Tochtergesellschaften zu.⁴³⁰¹ Die Auseinandersetzung mit einer Muttergesellschaft wegen des Verhaltens ihrer Töchter ist deshalb faktisch auch eine Auseinandersetzung mit dem Verhalten der Töchter selbst. Lediglich in Fällen komplexerer Verantwortungszuweisungen zwischen den Entitäten eines MNU, von denen zugleich die meisten nicht von oder in Teilnehmerstaaten aus tätig sind, besteht die Notwendigkeit, näher auf den Anwendungsbereich der Leitsätze einzugehen. In vielen Fällen komplexer MNU-Strukturen wird außerdem die Anwendung der Regelungen zu Sorgfaltspflichten (Ls. II-A-11 ff. Leitsätze 2023) zu tauglichen Lösungen führen. Konstellationen, in denen ausführliche Erläuterungen zum Anwendungsbereich der Leitsätze notwendig sind, sind selten.

4300 Denkbar ist auch eine dritte Variante, die zwischen der Annahmefähigkeit einer Beschwerde und dem Anwendungsbereich der Leitsätze differenziert: So könnte man bei der formalen Erstreckung auf die im obigen Haupttext vorgeschlagene Schwellenwertbetrachtung verzichten und den Anwendungsbereich der Leitsätze formal auf alle Entitäten eines MNU erstrecken, sobald *irgendeine* Entität (gleich welcher Funktion oder Hierarchiestufe innerhalb des MNU) eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 erfüllt. Eine Beschwerde wäre aber mangels Beitrags zur Effektivität der Leitsätze nicht annahmefähig (UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6 Var. 2; Fallgruppe: Verhältnismäßigkeit), wenn die angerufene NKS nur mit einer subalternen Entität des MNU interagieren kann, die innerhalb des MNU keinen Einfluss auf die Lösung der Streitfrage nehmen kann und wegen der differenzierten Ansprache (siehe: C. II.) auch nicht muss. Das ist beispielsweise der Fall, wenn das wahre Entscheidungszentrum des MNU und auch der Sachverhalt, der Anlass zum Streit gegeben hat, ausschließlich Nicht-Teilnehmerstaaten zuzuordnen sind.

4301 Vgl. OECD:NL-NCP:2019:NL-33-IA, S. 3.

II. Exkurs: Räumlicher Anwendungsbereich der Leitsätze

Entitäten, die in den persönlichen Anwendungsbereich der Leitsätze fallen, haben die Leitsätze überall dort, wo sie tätig sind (*wherever they operate*), zu beachten (Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023). Der Anspruch der Leitsätze, weltweit und damit über das Gebiet der Teilnehmerstaaten hinaus beachtet zu werden, ist Ausdruck ihres Selbstverständnisses als konsensfähiges und standardsetzendes RBC-Instrument.⁴³⁰² Gleichwohl können die Teilnehmerstaaten nicht davon ausgehen, dass Nicht-Teilnehmerstaaten diese Wertentscheidungen teilen.⁴³⁰³ Das in Ls. I-3 S. 1 enthaltene Angebot zur internationalen Zusammenarbeit auf dem Gebiet verantwortungsvoller Unternehmensführung und das in Ls. I-7 aufgestellte Verbot, die Leitsätze für Protektionismus zu missbrauchen, behalten deshalb ihre Relevanz. Die Bevormundung der Nicht-Teilnehmerstaaten durch die Teilnehmerstaaten ist die Konsequenz dessen, dass die Leitsätze universelle Werte verkörpern, die sie höher gewichten als die Interessen des Gaststaats.⁴³⁰⁴

Die räumlich unbeschränkte (weltweite) Geltung der Leitsätze führt, gekoppelt mit ihrem beschränkten persönlichen Anwendungsbereich, zu einer Benachteiligung von MNUen aus Teilnehmerstaaten, die in Nicht-Teilnehmerstaaten tätig sind. MNUen aus Nicht-Teilnehmerstaaten müssen die Leitsätze in Nicht-Teilnehmerstaaten nicht beachten, MNUen aus Teilnehmerstaaten hingegen schon. So wird die Einhaltung der Leitsätze von einem chinesischen oder inländischen Unternehmen im Nicht-Teilnehmerstaat Tansania nicht erwartet, von einem brasilianischen oder deutschen Unternehmen hingegen schon. Für diese Benachteiligung ist in den Leitsätzen bewusst keine Abhilfe vorgesehen, da die Leitsätze, wie erwähnt, universelle Werte verkörpern. Diesen Werten sollen MNUen aus Teilnehmerstaaten auch um den Preis ihrer Benachteiligung unterworfen werden. Als Ausweg vorgesehen ist nur die Erweiterung des Kreises der Teilnehmerstaaten.⁴³⁰⁵

4302 Ls. 4 S.1 („*authoritative point of reference*“), Ls. 5 S.1 („*The Guidelines provide voluntary principles and standards [...] consistent with [...] internationally recognised standards*“), Ls. 10 S.1 („*The Guidelines remain the leading international instrument on responsible business conduct.*“) der Einführung (*preface*) der Leitsätze 2023 (Textauszeichnung im Original entfernt).

4303 Fatouros, in: OECD (Hrsg.), FDI, Development and Corporate Responsibility (1999), 71 (75 f.).

4304 Siehe insbesondere Ls. I-2 S. 3; Fatouros, in: OECD (Hrsg.), FDI, Development and Corporate Responsibility (1999), 71 (74); vgl. OECD:IC:2005:IC-I-CL, S. 81 f.

4305 Vgl. Art. II-3 RatsE-Leitsätze 2023; vgl. OECD, Stocktaking Report (2022), S. 86.

III. Exkurs: Zeitlicher Anwendungsbereich der Leitsätze

Der Vollständigkeit halber möchte ich abschließend auf den zeitlichen Anwendungsbereich der Leitsätze eingehen. Im allgemeinen Völkerrecht gilt der **Grundsatz des intertemporalen Völkerrechts**, wonach auf einen Sachverhalt die zum Zeitpunkt des Geschehens geltenden Regeln anzuwenden sind.⁴³⁰⁶ Nach Ansicht der deutschen NKS ist dieser Grundsatz auf die Leitsätze zu übertragen.⁴³⁰⁷ Zahlreiche andere NKSen stellen zwar nicht auf diesen Grundsatz ab, sprechen sich aber auch gegen eine rückwirkende Anwendung der Leitsätze aus: Es besteht eine beeindruckend kohärente Entscheidungspraxis, wonach auf einen Sachverhalt diejenige Fassung der Leitsätze anzuwenden ist, die zum Zeitpunkt des Geschehens anwendbar war, und nicht diejenige Fassung, die zum Zeitpunkt des Beschwerdeverfahrens anwendbar ist.⁴³⁰⁸ Das ist insbesondere deshalb von Belang, weil die Sorgfaltspflichtvorgaben erst mit der 2011er Überarbeitung eingeführt wurden⁴³⁰⁹ und weil die Leitsätze vor der 2000er Überarbeitung

4306 PCA, Award (4. April 1928), UNRIIA II, 829 (845) — „Island of Palmas“ (Netherlands ./ USA); IGH, Judgment (20. Juli 2012), ICJ Reports 2012, 422 (Rn.100) — „Obligation to Prosecute or Extradite“ (Belgium ./ Senegal): Art. 28 WVRK („Vienna Convention on the Law of Treaties“ (Wiener Konvention über das Recht der Verträge, WVRK), Unterzeichnung: 23. Mai 1969, Inkrafttreten: 27. Januar 1980. UNTS 1155, 331) spiegle Völkergewohnheitsrecht wider.

4307 OECD:DE-NCP:2019:DE-29-IA, Rn. 25.

4308 **Britische NKS:** OECD:UK-NCP:2012:UK-30-IA, Rn. 5; OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS, Rn. 36 ff.; OECD:UK-NCP:2014:UK-40-IA, Rn. 8; OECD:UK-NCP:2014:UK-41-IA, Rn. 4; OECD:UK-NCP:2016:UK-35-FS, Rn. 10; OECD:UK-NCP:2020:UK-50-FS, Rn. 8; OECD:UK-NCP:2022:UK-53-FS. **Niederländische NKS:** OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS, S. 3; OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 4, 15. **Weitere NKSen:** OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA, S. 4; OECD:FR-NCP:2013:FR-14-FS, S. 1; OECD:SE-NCP:2016:SE-4-FS, S. 10; OECD:IT-NCP:2017:IT-9-IA, Rn. 10; OECD:US-NCP:2017:US-47-IA, S. 2 f.; OECD:AU-NCP:2019:AU-14-IA, Rn. 7.1; OECD:FI-NCP:2021:FI-7-IA, S. 1; vgl. OECD:DE-NCP:2018:DE-28-IA, Rn. 17; vgl. OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA. Die Kohärenz dieser Entscheidungspraxis beruht auf der ausdrücklichen Einigung der Teilnehmerstaaten, die Leitsätze nicht rückwirkend anzuwenden (OECD, Annual Report 2011 (2012), S. 39; OECD:NL-NCP:2013:NL-22-IA, S. 3.). Diese Einigung ersetzt hier die von mir üblicherweise für die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis geforderte (hier aber nicht vorliegende) gegenseitige Rezeption von Entscheidungen.

4309 Zuvor war lediglich Ls. II-2 in Verbindung mit Ls. II-10 Leitsätze 2000 anwendbar. Ablehnung einer Beschwerde aus diesem Grund in: OECD:DE-NCP:2019:DE-29-IA, Rn. 33 ff.; vgl. OECD:FR-NCP:2013:FR-16-FS, S. 5. Differenzierend: Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 233 f.

lediglich auf dem Gebiet der Teilnehmerstaaten galten⁴³¹⁰. Auch eine menschenrechtliche Verantwortung existiert erst seit 2000.⁴³¹¹ Sachverhalte aus der Zeit vor der erstmaligen Verabschiedung der Leitsätze im Jahr 1976 unterliegen keinerlei Erwartungen der Leitsätze.⁴³¹²

Nach Ansicht der britischen Kontaktstelle gilt es allerdings zu differenzieren: Sind Sachverhalte noch nicht abgeschlossen oder zeitigen frühere Handlungen zum Zeitpunkt der Geltung einer nachfolgenden Fassung der Leitsätze noch Wirkungen, die dem MNU zu diesem Zeitpunkt positiv bekannt sind und denen noch abgeholfen werden kann, ist die nachfolgende Fassung der Leitsätze anwendbar.⁴³¹³ Ein MNU sei mit der Einführung der Sorgfaltspflichtregelungen im Jahr 2011 zwar nicht verpflichtet gewesen, all seine bereits bestehenden Geschäftsbeziehungen eigeninitiativ zu überprüfen; die Anwendung der Sorgfaltspflichtbestimmungen sei aber beispielsweise dann angebracht, wenn das Unternehmen nach 2011 auf Missstände bei einem Geschäftspartner aufmerksam gemacht worden sei oder wenn es eine Geschäftsbeziehung durch Abschluss eines Vertrags nach 2011 erneuert habe.⁴³¹⁴

Darüber hinaus besteht innerhalb der OECD und unter den NKSen die informale Absprache, Unternehmen (und sich selbst) eine sechsmonatige Übergangsfrist zu gewähren, innerhalb derer die Anwendung der neuen Fassung der Leitsätze erwartet wird,⁴³¹⁵ unternehmerisches Verhalten innerhalb dieses Übergangszeitraums aber noch auf Basis der alten Fassung der Leitsätze zu evaluieren ist.⁴³¹⁶

4310 Ls. 6 der Einleitung (*introduction*) der Leitsätze 1991. In OECD:UK-NCP:2008:UK-1-FS, Rn. 10 ff. ließ sich der Beschwerdegegner freiwillig auf ein Verfahren ein, sodass es nicht entscheidend auf diese Frage ankam. In OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 5 f. umging die LU-NKS das Problem, indem sie argumentierte, dass die (behauptete) Umgehung des Waffenembargos für das südafrikanische Apartheidregime durch die Bereitstellung finanzieller Dienste nicht in Südafrika (kein Teilnehmerstaat), sondern in Luxemburg (dem Ort der finanziellen Dienste) zu lokalisieren sei.

4311 Zweifelnd deshalb: OECD:US-NCP:2023:US-56-IA, S. 10.

4312 OECD:US-NCP:2017:US-47-IA, S. 2 f.; OECD:AU-NCP:2019:AU-14-IA, Rn. 7.1.

4313 OECD:UK-NCP:2012:UK-30-IA, Rn. 5 (ausführlich); OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS, Rn. 10, 36 ff.; OECD:UK-NCP:2014:UK-40-IA, Rn. 8; OECD:UK-NCP:2014:UK-41-IA, Rn. 4; OECD:UK-NCP:2016:UK-35-FS, Rn. 10; OECD:UK-NCP:2017:UK-36-FS, Rn. 16; OECD:UK-NCP:2022:UK-53-FS.

4314 OECD:UK-NCP:2012:UK-30-IA, Rn. 5.

4315 OECD:NL-NCP:2013:NL-22-IA, S. 3; *OECD, Annual Report 2011* (2012), S. 39.

4316 OECD:NL-NCP:2013:NL-22-IA, S. 3.

Auf das spA-Verfahren selbst sind diejenigen Verfahrensregelungen anzuwenden, die zum Zeitpunkt der Beschwerde gelten, und nicht diejenigen, die zum Zeitpunkt des der Beschwerde zugrundeliegenden Sachverhalts anwendbar waren.⁴³¹⁷ Die im Rahmen der Annahmefähigkeit zu prüfende Voraussetzung der Schlüssigkeit und der Substantiierung der Beschwerde,⁴³¹⁸ die inzident auf die materiellen Vorschriften der Leitsätze abstellt, ist jedoch auf Basis der zum Zeitpunkt des beschwerdegegenständlichen Verhaltens anwendbaren Fassung zu beurteilen.⁴³¹⁹

IV. Fazit

Damit der persönliche Anwendungsbereich der Leitsätze eröffnet ist, muss eine Entität zunächst Teil eines MNU im Sinne des Ls. I-4 Leitsätze 2023 sein. Zudem müssen die Voraussetzungen des Ls. I-3 S.2 Leitsätze 2023, die Entfaltung einer Geschäftstätigkeit in einem Teilnehmerstaat (*operating in*) oder von einem Teilnehmerstaat aus (*operating from*), erfüllt sein. Die Geschäftstätigkeit in einem Teilnehmerstaat lässt sich kaum präziser fassen; hohe Anforderungen werden von NKSen nicht gestellt. Die Geschäftstätigkeit von einem Teilnehmerstaat aus stellt auf den Hauptsitz oder die Rechtsform ab, wobei zwischen beidem keine Rangfolge besteht und verschiedene Sitzbegriffe gleichwertig benutzt werden; es genügt, wenn auf Basis dieser Anknüpfungspunkte irgendeine Verbindung zu einem Teilnehmerstaat gezogen werden kann. Ausnahmen sind möglicherweise für nicht-operativ tätige Gesellschaften (vor allem Briefkastengesellschaften) zu machen. NKSen zeigen sich in diesen Fragen sehr flexibel; eine kohärente Entscheidungspraxis besteht nicht. Besonders großer Klärungsbedarf besteht mit Blick auf die MNU-dimensionale Anwendung dieser Kriterien. Es lässt sich nicht sagen, unter welchen Voraussetzungen und wie die Geschäftstätigkeit in einem Teilnehmerstaat oder von einem Teilnehmerstaat aus MNU-dimensional betrachtet werden darf. Das Fallmaterial der NKSen bietet hierfür keine Antworten; eine kohärente Entscheidungspraxis besteht nicht. Meines Erachtens lässt sich jedoch mit Sicherheit festhalten, dass eine MNU-dimensionale Betrachtung grundsätzlich zulässig ist,

4317 OECD:DE-NCP:2018:DE-28-IA, Rn. 17 f.; OECD:DE-NCP:2019:DE-29-IA, Rn. 25; vgl. OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 6; aA wohl: OECD:NL-NCP:2016:NL-27-IA, S. 1.

4318 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 2.

4319 OECD:DE-NCP:2019:DE-29-IA, Rn. 26.

also nicht jede MNU-Entität eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 erfüllen muss. Bei pyramidal-hierarchischen MNUen genügt es für die Einbeziehung der Tochter-Entitäten in den Anwendungsbereich der Leitsätze, wenn die Mutter-Entität eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 erfüllt.

Während der räumliche Anwendungsbereich der Leitsätze unbegrenzt ist (weltweit, *wherever they operate*, Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023), ist der zeitliche Anwendungsbereich zumindest insofern eingeschränkt, als eine rückwirkende Anwendung der Leitsätze untersagt ist. Das Verbot der rückwirkenden Anwendung der Leitsätze entspricht einer beeindruckend kohärenten Entscheidungspraxis.

H. Gesamtfazit zu Kapitel 15

Das zurückliegende Kapitel hat sich ausführlich mit der Definition eines multinationalen Unternehmens in den Leitsätzen (Ls. I-4 Leitsätze 2023) und angrenzenden Fragen auseinandergesetzt. Ein Ziel war dabei, ein besseres Verständnis dieser Normen unter Ausschöpfung aller relevanten Erkenntnisquellen zu gewinnen (I.). Hauptsächlich hat dieses Kapitel jedoch untersucht, ob das Fallmaterial der NKSen und des Investitionsausschusses dadurch zu einer Erhärtung der Leitsätze beitragen hat, dass es den Inhalt der betroffenen Normen auf Basis einer kohärenten Entscheidungspraxis präzisiert hat (II.).

I. Fazit zur Definition eines multinationalen Unternehmens in den Leitsätzen

Ls. I-4 S. 1 Leitsätze 2023 postuliert, dass die Leitsätze keine präzise Definition eines MNUs benötigen, und spricht Ls. I-4 Leitsätze 2023 dadurch implizit den Definitionscharakter ab. Beides bedarf der Einordnung. Von untergeordneter Relevanz ist die Frage, ob man Ls. I-4 Leitsätze 2023 (wie ich) als Definition bezeichnen will oder (mangels hinreichender Präzision) nur als Beschreibung ansieht. Es kommt darauf an, welchen Präzisionsgrad die Leitsätze benötigen und ob Ls. I-4 Leitsätze 2023 ihren Anforderungen entspricht. Letzteres ist zu bejahen. Die Bedeutung des Ls. I-4 S. 1 Leitsätze 2023 ist deshalb darin zu sehen, dass er eine weite und flexible Auslegung des Ls. I-4 Leitsätze 2023 erlaubt, bei der teleologische gegenüber grammatischen Argumenten höher zu gewichten sind.

Festzuhalten ist außerdem, dass die Leitsätze von einem MNU als Multi-Entitäten-Geflecht ausgehen. MNUen bestehen demnach aus mehreren, hinreichend eng miteinander verbundenen Entitäten (wie Mutter-, Tochter-, Enkel-, Schwestergesellschaften, Niederlassungen etc.), die nicht mit dem MNU gleichzusetzen sind. Stellen die Leitsätze auf ein Unternehmen als maßgebliche Bezugseinheit ab, ist deshalb nicht eine einzelne Entität gemeint. Sie beziehen sich stattdessen auf sämtliche Entitäten eines MNUs jeweils einzeln, berücksichtigen aber, dass diese Entitäten Teil eines MNUs sind. Ich bezeichne dies als **Zurechnungslösung**. Die Zurechnungslösung ist mit einer in den Leitsätzen abgelehnten Einheitslösung zu kontrastieren, bei der das MNU in seiner Gesamtheit (*en bloc*) als eigenständiger Adressat neben seinen Entitäten adressiert würde. Die normative Verankerung der Zurechnungslösung findet sich in den Sätzen 7 (**differenzierte Ansprache**) und 8 (**Kooperationsgebot**) des Ls. I-4 Leitsätze 2023. S. 7 verlangt in der von mir vorgeschlagenen Auslegung als differenzierte Ansprache, dass bei der Anwendung der Leitsätze auf eine Entität ihre faktische (nicht: rechtlich-formale) Stellung innerhalb des MNUs berücksichtigt wird; an eine subalterne Tochter-Entität richten die Leitsätze demnach andere Erwartungen als an die beherrschende Mutter-Entität. Die Leitsätze stellen in diesem Sinne einen Gleichlauf zwischen Einflussmöglichkeiten einer Entität und den an sie gerichteten Erwartungen der Leitsätze auf. Das Kooperationsgebot in Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023 ist das zweite Element der Zurechnungslösung. Es gibt der Anwendung der Leitsätze eine MNU-dimensionale Perspektive, betrachtet eine einzelne Entität also nicht isoliert, sondern als Teil eines MNUs. Konkret etabliert es einen **Verantwortungsverbund** aller Entitäten eines MNUs und stellt sicher, dass sich MNUen nicht so organisieren können, dass sie ihrer Verantwortung unter den Leitsätzen ausweichen. Wo einzelne Entitäten eines MNUs wegen der differenzierten Ansprache in S. 7 auf ihre unbedeutenden Verantwortlichkeiten innerhalb eines MNUs verweisen können, um Erleichterungen bei Anwendung der Leitsätze zu erhalten, muss das MNU als Summe aller Entitäten und damit auch als Summe aller einzelnen Verantwortlichkeiten sämtlichen Erwartungen der Leitsätze entsprechen. Was sie einzeln nicht müssen, müssen die Entitäten eines MNUs also gemeinschaftlich. Das Kooperationsgebot zwingt sie zur Zusammenarbeit, macht aber keine konkreten Formvorgaben für diese Kooperation. Es ist grundsätzlich unselbstständig (akzessorisch), sodass sich die Zielrichtung der Kooperation und damit auch sein konkreter Inhalt aus den materiellen Verhaltensstandards der Leitsätze ergibt. Wenn beispielsweise eine Tochter-Entität ihrer Belegschaft

Informationen zur wirtschaftlichen Lage des MNUs in seiner Gesamtheit zu geben hat (Ls. V-2 lit. c) Leitsätze 2023), muss die Mutter-Entität der Tochter-Entität diese Informationen zukommen lassen, wenn nur die Mutter und nicht die Tochter über sie verfügt (Ls. I-4 S. 8 in Verbindung mit Ls. V-2 lit. c) Leitsätze 2023).

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich auch eine stimmige Abgrenzung zwischen den Beteiligungsformen der Sorgfaltspflichtvorschriften der Ls. II-A-II ff. Leitsätze 2023 und der Zurechnungslösung, insbesondere des Kooperationsgebots des Ls. I-4 S. 8 Leitsätze 2023: **Auf den Binnenbereich eines MNUs ist nur das Kooperationsgebot und sind nicht die Beteiligungsformen der Sorgfaltspflichtvorschriften anwendbar.** Die Sorgfaltspflichtvorschriften unterscheiden drei Formen der Beteiligung an einer negativen Auswirkung auf einen RBC-Belang (Verursachung, Beitrag, unmittelbare Verbindung). Von diesen Beteiligungsformen hängt ab, in welchem Ausmaß Abhilfe zu leisten ist; bei der Beteiligungsform der Verursachung, nicht aber der Beteiligungsform der unmittelbaren Verbindung, verlangen die Leitsätze unter anderem eine Wiedergutmachung.⁴³²⁰ Die schwächsten beiden Beteiligungsformen (Beitrag, unmittelbare Verbindung) unterscheiden sich dadurch von der stärksten Beteiligungsform (Verursachung), dass zu „eigenen“ Aktivitäten die Aktivitäten anderer hinzutreten. Zu den „eigenen“ Aktivitäten zählen nach der hier vorgeschlagenen Auslegung die Aktivitäten aller Entitäten des MNUs, sodass beispielsweise die Tätigkeiten einer Mutter-Entität zugleich eigene Tätigkeiten der Tochter-Entität (und umgekehrt) im Sinne dieser Vorschrift sind. Sind daher nur Entitäten eines einzigen MNUs an einer negativen Auswirkung auf einen RBC-Belang beteiligt, liegt die stärkste Beteiligungsform (Verursachung) vor.

Nur Entitäten, die eine internationale und eine kommerzielle Ausrichtung als konstitutive Merkmale aufweisen, können ein MNU bilden. Beide Merkmale sind grundsätzlich MNU-dimensional zu bestimmen, sodass es auf die internationale und kommerzielle Ausrichtung des MNUs in seiner Gesamtheit ankommt; die internationale und kommerzielle Ausrichtung einer Entität kann einer anderen Entität des MNUs zugerechnet werden.

Die **internationale Ausrichtung** (Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 1 Leitsätze 2023) ist alternativ auf Basis einer internationalen Struktur oder einer internationalen Geschäftstätigkeit zu bestimmen. Für die internationale Struktur ist auf Niederlassungen, Tochtergesellschaften, Projekte und Vermögensgegenstände im Ausland abzustellen. Die internationale Geschäftstätigkeit

4320 Ls-Ko 2023, Rn. 23; *OECD*, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 72.

bestimmt sich nach dem Ausmaß der internationalen Geschäftstätigkeit (im Verhältnis zum restlichen Volumen der Geschäftstätigkeit der Entität) und ihrer Bedeutung für das Geschäftsmodell der Entität (also ob der Auslandsbezug unabdingbar oder nebensächlich für das Geschäftsmodell ist). Da eine internationale Geschäftstätigkeit genügen kann, um eine internationale Ausrichtung nachzuweisen, entfernt sich die MNU-Definition der Leitsätze vom klassischen Begriff des MNU: Es ist nicht notwendig, dass die internationale Ausrichtung über die hinreichend enge Verbindung zweier Entitäten (klassischerweise einer inländischen Mutter-Entität mit einer ausländischen Tochter-Entität) nachgewiesen wird; **die Prüfung der internationalen Ausrichtung erfolgt nunmehr entkoppelt von der Prüfung, ob zwei Entitäten hinreichend eng miteinander verbunden sind.**

Das zweite konstitutive Merkmal betrifft die **kommerzielle Ausrichtung** (Ls. I-4 S.2 Hs.2 Var. 2 Leitsätze 2023). Sie ist auf Basis des Zwecks, der Rechtsform und der Geschäftstätigkeit einer Entität festzustellen. Für den Entitätszweck sind Satzungen, die Firmenphilosophie oder Registereintragungen darauf zu untersuchen, ob sie wegen einer Gewinnerzielungsabsicht oder eines erwerbswirtschaftlichen Zwecks auf einen kommerziellen Entitätszweck im Sinne der Leitsätze hinweisen. Eng damit verwandt ist das Kriterium der Rechtsform; hier kommt es auf die Rechtsform als gewerbliche Gesellschaft, eine Eintragung in einem Unternehmensregister oder eine Börsennotierung an. Notwendig ist außerdem eine gewisse organisatorische Verselbstständigung der Entität gegenüber natürlichen Personen oder dem Staat (da weder natürliche Personen noch der Staat in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen). Für die Bestimmung der kommerziellen Natur der Geschäftstätigkeit ist ein Marktverfügbarkeitstest anzuwenden: Es kommt darauf an, ob Akteure am Markt dieselben Geschäftstätigkeiten anbieten (können). Hierfür ist ein Blick auf die Natur einer Tätigkeit (Wettbewerbsfähigkeit eines Produkts, Grad des wirtschaftlichen Risikos) und ihren Zweck (Gewinnpotenzial, Anteil am Gewinn der Entität, Verwendung des Gewinns, nicht-kommerzielle Ziele der Tätigkeit) zu werfen. Das Kriterium der Geschäftstätigkeit ist höher als die anderen beiden Kriterien (Entitätszweck, Rechtsform) zu gewichten. In einem spA-Verfahren kommt es darauf an, dass gerade die angegriffene Geschäftstätigkeit kommerzieller Natur ist.

Nicht relevant ist hingegen, in welchem **Sektor** eine Entität tätig ist (Ls. I-4 S.3 Leitsätze 2023); die Leitsätze sind insbesondere auf Unternehmen der Finanzbranche anzuwenden (**Sektorindifferenz**). Auch **Staatsunternehmen** fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Leitsätze.

ze (Ls. I-4 S. 6 Leitsätze 2023), Tätigkeiten des Staates selbst hingegen nicht. Diese Abgrenzung zwischen Staat und Staatsunternehmen erfolgt vor allem auf Basis der internationalen und kommerziellen Ausrichtung (Ls. I-4 S. 2 Leitsätze 2023), über die ein MNU (und damit auch ein Staatsunternehmen) verfügen muss. Einrichtungen der Entwicklungshilfe oder der finanziellen Außenwirtschaftsförderung verlangen besondere Aufmerksamkeit bei Anwendung dieser Kriterien. Keine Rolle spielt insofern die Beherrschung eines Unternehmens durch den Staat. Ob und inwieweit ein Staat zusätzlich zu einem Unternehmen für eine Handlung völkerrechtlich verantwortlich gemacht werden kann (etwa wenn ein staatlicher Mineralölkonzern zum Klimawandel beiträgt oder die Rechte indigener Völker verletzt), wird von den Leitsätzen nicht geregelt. Die Leitsätze gehen davon aus, dass die Verantwortungsträgerschaften von Staaten und (Staats-)Unternehmen unabhängig voneinander bestehen.

Da MNUs Multi-Entitäten-Geflechte sind, kommt der Frage große Bedeutung zu, welche **Qualität die Verbindung verschiedener Entitäten** aufweisen muss, damit sie gemeinsam ein MNU bilden und sich so von Entitäten abgrenzen, die außerhalb des MNUs stehen. Die Leitsätze enthalten keine eindeutigen Kriterien hierfür. Orientierung bietet die in Ls. I-4 S. 4 Leitsätze 2023 genannte **Koordinationsfähigkeit**. Eine Kontrolle oder Beherrschung ist nicht notwendig. Die Mittel der Einflussnahme sind **nicht auf einen bestimmten *numerus clausus* und insbesondere keine Eigenkapitalbeziehungen beschränkt**; ein MNU kann deshalb auch zwischen Entitäten entstehen, die nicht über eine Eigenkapitalbeziehung, sondern rein vertraglich miteinander verbunden sind. Es ist deshalb möglich (und wurde von NKSen teilweise bereits bejaht), dass Entitäten, die in Form eines Netzwerks miteinander verbunden sind (Beispiel: Franchising), gemeinsam ein MNU bilden. Sogar außerrechtliche Verbindungen wie familiäre Beziehungen können zur Entstehung eines MNUs führen. Die bloß gemeinsame Nutzung von Wissen und Produktionsmitteln durch verschiedene Entitäten lässt zwischen diesen Entitäten aber grundsätzlich kein MNU entstehen.

Nationale Unternehmen (Ls. I-5 Leitsätze 2023) bilden den Gegenbegriff zu MNUs; anders als MNUs fehlt es nationalen Unternehmen an einer internationalen Ausrichtung. Nationale Unternehmen fallen nach hier vorgeschlagener Auslegung nicht in den Anwendungsbereich der Leitsätze. Die Leitsätze untersagen aber eine Diskriminierung zwischen nationalen und multinationalen Unternehmen; MNUs sollen also nicht dadurch benachteiligt werden, dass nur sie den Leitsätzen unterworfen sind. Eine

Diskriminierung von MNUen ist aber dort erlaubt, wo die Leitsätze für nationale Unternehmen irrelevant sind (hier als **Relevanzvorbehalt** bezeichnet). Die Zahl der Leitsätze, die in diesem Sinne irrelevant für nationale Unternehmen sind, hat stark abgenommen. **Kleine und mittlere Unternehmen** bilden keinen Gegenbegriff zu MNUen; auch kleine und mittlere Unternehmen können MNUen sein und vom Anwendungsbereich der Leitsätze erfasst werden. Wegen ihrer geringen Größe können sie sich dann aber auf Erleichterungen bei der Art und Weise der Anwendung der Leitsätze berufen.

Der **persönliche Anwendungsbereich** der Leitsätze ist eröffnet, wenn ein MNU im Sinne des Ls. I-4 Leitsätze 2023 vorliegt und dieses MNU entweder vom Staatsgebiet eines Teilnehmerstaats aus (*operating from*) oder auf dem Staatsgebiet eines Teilnehmerstaats (*operating in*) Geschäftstätigkeiten entfaltet (Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023). Die Geschäftstätigkeit von einem Teilnehmerstaat aus stellt auf den Hauptsitz oder die Rechtsform des Unternehmens ab; es genügt, wenn auf Basis dieser Anknüpfungspunkte irgendeine Verbindung zu einem Teilnehmerstaat gezogen werden kann. Die Geschäftstätigkeit in einem Teilnehmerstaat lässt sich bislang nicht näher präzisieren; hohe Anforderungen bestehen nicht. Auch wenn eine MNU-dimensionale Betrachtung dieser Anknüpfungspunkte grundsätzlich zulässig ist, bleibt unklar, wann und wie genau diese Betrachtung anzustellen ist. Gesichert ist jedoch, dass es bei pyramidal-hierarchischen MNUen für die Einbeziehung der Tochter-Entitäten in den Anwendungsbereich der Leitsätze genügt, wenn die Mutter-Entität eine der Voraussetzungen des Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 erfüllt. Der **räumliche Anwendungsbereich** der Leitsätze ist unbegrenzt (weltweit, *wherever they operate*, Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023). Ihr **zeitlicher Anwendungsbereich** ist insofern eingeschränkt, als eine **rückwirkende Anwendung der Leitsätze untersagt** ist.

II. Fazit zur Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis

Im Rahmen der MNU-Definition zeigt sich die gesamte Bandbreite denkbarer Präzisierungsgrade des Fallmaterials. Sie reichen von Fallmaterial, das durch seine Widersprüchlichkeit und sein Desinteresse für grundlegende Fragen Verwirrung stiftet und nachgerade einen negativen Präzisierungsbeitrag leistet (Beispiel: Fallmaterial zur Eigenschaft eines MNUs als Multi-Entitäten-Geflecht), bis zu Fallmaterial, das eine klare und beeindruckende kohärente Entscheidungspraxis hervorgebracht hat (Beispiel: Verbot der

rückwirkenden Anwendung der Leitsätze) und deshalb sogar kodifiziert wurde (Beispiel: internationale und kommerzielle Ausrichtung als konstitutive Merkmale eines MNU). Wie ich schon im Fazit zu Kapitel 13 geschrieben habe, sind die Umsetzungsverfahren der Leitsätze also nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch fähig, eine kohärente Entscheidungspraxis entstehen zu lassen: Eine solche Entscheidungspraxis, die die Leitsätze präzisiert, ist in Teilbereichen tatsächlich entstanden. Den tabellarischen Übersichten am Ende dieses Abschnitts (Tabelle 8 und Tabelle 9) lässt sich entnehmen, welche Beiträge zur Präzisierung im Einzelnen geleistet wurden. Eine Präzisierung – und damit auch Erhärtung der Leitsätze – ist insgesamt eher selten und auf eng umrissene Fragen beschränkt; es bestehen nur Inseln der Präzision. Eine in quantitativer oder qualitativer Hinsicht umfassende Präzisierungsleistung des Fallmaterials ist nicht ersichtlich.

Setzt man sich näher mit den Punkten auseinander, zu denen eine kohärente Entscheidungspraxis **durch die Tätigkeiten der** NKSen entstanden ist, fällt auf, dass es sich häufig um simplere oder praktische Fragen oder die Bildung von Fallgruppen handelt. Eine kohärente Entscheidungspraxis, der sich Einzelheiten zur Auslegung und Anwendung der Leitsätze oder Antworten auf dogmatische Fragen entnehmen ließen, existiert nicht. Zu nennen ist beispielsweise die kohärente Entscheidungspraxis zur internationalen und zur kommerziellen Ausrichtung: Hier war schon vor der Kodifizierung dieser Merkmale klar, dass nur Entitäten mit einer entsprechenden Ausrichtung in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen; es hatten sich auch erste Kriterien zur Prüfung dieser Merkmale herausgebildet, die dann in Klarstellungen des Investitionsausschusses verfeinert wurden. Keine kohärente Entscheidungspraxis haben die NKSen demgegenüber zu den komplexen dogmatischen Grundlagenfragen hervorgebracht, ob ein MNU ein Multi-Entitäten-Geflecht ist, ob die Leitsätze einer Zurechnungs- oder Einheitslösung folgen, welche Anforderungen an die Qualität der Verbindung mehrerer Entitäten bestehen oder wie die Vorschriften zum persönlichen Anwendungsbereich der Leitsätze auf ein MNU als Geflecht mehrerer Entitäten anzuwenden sind. Auch gelingt allein auf Basis des widersprüchlichen Fallmaterials der NKSen keine Abgrenzung zwischen dem Kooperationsgebot und den Sorgfaltpflichtvorschriften. Während die Umsetzungsverfahren der Leitsätze also Fallbeispiele produzieren und sogar Fallgruppen entstehen lassen, scheitern sie an dogmatisch stringenten Konzepten, elaborierten Argumenten oder übergeordneten Theorien. Die Argumentationen der NKSen zeugen von einem niedrigen Entwicklungs-niveau und sind eher unterkomplex. Meines Erachtens lässt sich das auf den

pragmatischen Ansatz vieler NKSen zurückführen, der in einem mediativ-konsensualen Verfahren die verfahrensökonomisch richtige Entscheidung ist. Wenn es für das Ergebnis und insbesondere die Annäherung der Parteien keinen Unterschied bedeutet, dürfen dogmatische Fragen in einem vornehmlich prospektiven Verfahren, bei dem eine exakte Subsumtion entbehrlich ist, in den Hintergrund treten.⁴³²¹ So hängen beispielsweise Empfehlungen für künftiges Verhalten und Verbesserungsvorschläge nicht von der genauen Einordnung eines vergangenen Fehlverhaltens ab. Die Subsumtion unter den MNU-Begriff kann unterbleiben, wenn auch auf Basis der Beteiligungsformen der Sorgfaltspflichtvorschriften brauchbare Ergebnisse erzielt werden. Speziell in Bezug auf Ls. I-4 Leitsätze 2023, der sich ausweislich seines Satzes I gegen seine Charakterisierung als Definition verhält, ist diese pragmatische Vorgehensweise der NKSen wahrscheinlich auch gewollt; stringente und belastbare dogmatische Konzepte könnten zu einer unerwünschten Juridifizierung des Ls. I-4 Leitsätze 2023 führen. Solange es die Konstruktion der spA-Verfahren NKSen erlaubt, dogmatischen und Detailfragen auszuweichen, wird auch kein Leidensdruck entstehen, der zur Beantwortung dieser Fragen führt. Antworten auf solche Fragen zu finden, muss der Wissenschaft überlassen bleiben. Ich habe mich im zurückliegenden Kapitel hierum bemüht.

Leidensdruck entsteht dort, wo der Ausgang eines spA-Verfahrens (insbesondere die Annahmefähigkeit einer Beschwerde) von der Beantwortung einer bestimmten Frage abhängt. Solchermaßen entscheidungserhebliche Fragen aktivieren die institutionellen Interessenträger und veranlassen sie zu Klarstellungsanfragen an den Investitionsausschuss (Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Die uneinheitliche Behandlung von Beschwerden gegen Exportkreditagenturen⁴³²² war ebenso ein Auslöser für einen solchen Klarstellungsantrag wie unklare Anforderungen an die kommerzielle und internationale Ausrichtung einer Entität.⁴³²³ Im Idealfall führen entscheidungserhebliche Fragen zu Änderungen des Wortlautes der Leitsätze in nachfolgenden Überarbeitungen, wie die Präzisierungen der MNU-Definition mit der 2023er Überarbeitung (internationale und kommerzielle Ausrichtung) und der 2011er Überarbeitung (Sektorindifferenz der Leitsätze) gezeigt haben.

4321 Zur prospektiven Natur der spA-Verfahren siehe Kapitel 6 C. II. 2. und Kapitel 8 B. II. 1. a).

4322 Ergebnis war die Klarstellung OECD:IC:2024:IC-5-CL.

4323 Ergebnis war die Klarstellung OECD:IC:2024:IC-7-CL.

Der **Arbeit des Investitionsausschusses** kommt allgemein eine große Bedeutung zu. Er kann, losgelöst von einem konkreten Einzelfall, bedeutsame Fragen einer autoritativen Klärung zuführen. Da seine zum Teil ausführlichen Klarstellungen als autoritative Auslegungen verbindliche Präjudizien sind, lassen sie eine kohärente Entscheidungspraxis entstehen. Seine neueren Klarstellungen setzen sich vertieft mit dem einschlägigen Fallmaterial der NKSen auseinander⁴³²⁴ und enthalten differenzierte Überlegungen. Anders als noch in den 1970er bis 1990er Jahren ist der Ausschuss konkreter und benennt klare Abwägungskriterien. Zwar vermeiden Klarstellungen mitunter weiterhin eindeutige Antworten. Dies ist jedoch vielfach dem Umstand geschuldet, dass eindeutige Antworten auf komplexe Fragen nicht möglich sind. Es wäre daher verfehlt, nur dort Erhärtungserscheinungen der Leitsätze zu bejahen, wo eine kohärente Entscheidungspraxis binäre (Ja oder Nein) oder pauschale Antworten hervorgebracht hat. Beispielsweise ist es angesichts der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen von Exportkreditagenturen schlicht nicht möglich, diese Institutionen pauschal als MNUs einzustufen oder diese Einstufung abzulehnen. Indem der Investitionsausschuss in seiner zugehörigen Klarstellung Eck- und Gesichtspunkte für diese Prüfung nennt,⁴³²⁵ schafft er ein solides Grundgerüst für die weitere Spruchstätigkeit der NKSen. Die Unbestimmtheit vieler Klarstellungen ist deshalb nicht mehr das größte Hindernis für eine wirkmächtigere Klarstellungspraxis des Ausschusses. Die größten Hindernisse sind vielmehr die Inaktivität des Ausschusses und die mangelnde Sichtbarkeit bzw. Zugänglichkeit der Klarstellungen: Problematisch ist also vor allem, dass der Investitionsausschuss zu selten tätig wird⁴³²⁶ und Klarstellungen damals wie heute⁴³²⁷ nur schwer auffindbar sind. Insbesondere die langen Inaktivitätsphasen Ende der 1980er sowie in den 1990er und 2010er Jahren dürften dazu beigetragen haben, dass einzelne Klarstellungen und das dem Klarstellungsverfahren innewohnende Potenzial in Vergessenheit geraten sind.

Selbst wenn das Fallmaterial keine kohärente Entscheidungspraxis hat entstehen lassen, kann es besonders praxisrelevante Probleme ins Licht der Aufmerksamkeit rücken, wenn sich Aussprüche zu einem bestimmten Thema häufen (thematische Ballungen). Hierzu würde ich den Umgang

4324 Vgl. OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 18 ff.; vgl. OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 13 ff.

4325 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 35 ff.

4326 Die letzten Jahre deuten erfreulicherweise auf einen Aktivitätsschub des Ausschusses hin (siehe Tabelle 4 in Kapitel 7).

4327 Das steht im Widerspruch zu UmVerf-Ko 2023, Rn. 59: Es ist vorgesehen, dass die Klarstellungen auf der Webseite der OECD veröffentlicht werden.

der NKSen mit netzwerkbasierten MNUn zählen. Auch wenn Beschwerdeführer und -gegner die Entscheidung einer NKS hier nicht antizipieren können, wissen sie, dass sie der Einstufung eines Netzwerks als MNU im Sinne der Leitsätze besondere Aufmerksamkeit widmen müssen.

**

In einem **Gesamtfazit zum gesamten zurückliegenden Teil E.** (insbesondere Kapitel 13 und 15) sind mehrere Erhärtungserscheinungen der Leitsätze in der Dimension der Präzisierung festzuhalten: Tabelle 8 und Tabelle 9 lässt sich entnehmen, zu welchen Fragen eine kohärente (und somit präzisierende) Entscheidungspraxis entstanden ist. Für eine korrekte Einordnung dieser Ergebnisse sei daran erinnert, dass ich die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis erst dann bejahe, wenn eine (i) nicht geringe Anzahl (ii) kohärenter, (iii) sich rezipierender NKS-Aussprüche (iv) einer möglichst repräsentativen Auswahl der NKSen vorliegt.

Meine Untersuchungen haben gezeigt, dass die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis am häufigsten an den ersten beiden Kriterien (Mindestzahl, Kohärenz) gescheitert ist. Dabei musste ich eine Kohärenz mitunter nicht nur wegen widersprüchlicher Aussagen, sondern auch wegen fehlender extrahierbarer Aussagen (klarer oder verallgemeinerungsfähiger Subsumtionsleistungen) verneinen. Die übrigen Kriterien erwiesen sich als weniger bedeutsam. Insbesondere habe ich die Prüfung einer gegenseitigen Rezeption von Aussprüchen erst vorgenommen, wenn die ersten beiden Kriterien zu bejahen waren; folglich war die Prüfung einer gegenseitigen Rezeption vielfach entbehrlich. Das vierte Kriterium der Repräsentativität habe ich ohnehin lediglich als qualifizierenden Faktor und nicht als zwingende Voraussetzung verstanden.

Scheiterte die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis an der Widersprüchlichkeit der NKS-Aussprüche, bedarf es einer Intervention der OECD (Klarstellung des Investitionsausschusses, Überarbeitung des Textes der Leitsätze). Nur so lässt sich die Kontroverse auflösen. Beruhte das Scheitern hingegen auf einer unzureichenden Fallzahl oder auf unzureichenden Subsumtionsleistungen, ist es zwar theoretisch möglich, dass allein das Fallmaterial der NKSen eine kohärente Entscheidungspraxis hervorbringen wird. Eine Intervention der OECD ist nicht zwingend. Zu bedenken ist jedoch, dass mein Forschungsdesign so gewählt war, dass ein möglichst großer Korpus an Aussprüchen ausgewertet wurde, bei denen

ein Mindestmaß an Subsumtionsleistung gesichert war.⁴³²⁸ Mit anderen Worten: In anderen als den hier untersuchten Bereichen ist die Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis weniger wahrscheinlich.

Tabelle 8: Kohärente Entscheidungspraxis zur Annahmeveraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze (Kapitel 13)

Ab-schnitt	Thema	Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis?
A. I.	Individualstreitigkeiten	Ja in Bezug auf die Anerkennung dieser Fallgruppe, unmittelbar bevorstehend in Bezug auf Einzelheiten
A. II.	Kommerzielle Streitigkeiten	Nein, sie könnte sich aber bald entwickeln.
A. III.	Existenzbedrohendes Begeh	Nein
B. II. 1.	Vorbefassung	Nein
B. II. 2.	Gegenstandslosigkeit	Ja in Bezug auf die grundsätzliche Anerkennung dieser Fallgruppe; nein in Bezug auf Einzelheiten
B. II. 3.	Beschwerderücknahme	Nein, hier besteht eine große Kontroverse zwischen NKSen.
B. III.	Unschädlichkeit	Nein
B. IV.	Notwendigkeit	Ja in Bezug auf darauf, dass zuvor keine anderen Wege der Abhilfe erschöpft werden müssen; nein in Bezug auf rein nationale Sachverhalte
B. V. 1.	Unbeirrbares Festhalten an unerfüllbarem Begeh	Nein
B. V. 2.	Alter Sachverhalt	Nein
B. VI.	Redlichkeit	Nein

Tabelle 9: Kohärente Entscheidungspraxis zur Definition eines multinationalen Unternehmens und verwandten Themen (Kapitel 15)

Ab-schnitt	Thema	Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis?
A.	Definitionscharakter des Ls. I-4 Leitsätze 2023	Teilweise ja; es gibt eine Klarstellung des Investitionsausschusses, dass Ls. I-4 Leitsätze 2023 weit auszulegen ist.
B.	Das MNU als Multi-Entitäten-Geflecht	Nein, das Fallmaterial trägt zur Verwirrung bei und mindert die Präzision der Leitsätze.

⁴³²⁸ Siehe Kapitel 1 C.

Ab-schnitt	Thema	Entstehung einer kohärenten Entscheidungspraxis?
C. II.	Differenzierte Ansprache	Nein, der Fallkorpus ist zu klein.
C. III.	Kooperationsgebot	Grundsätzlich nein. ⁴³²⁹ Zu Teilaspekten besteht zwar eine kohärente Entscheidungspraxis CIMEs; sie ist aber in Vergessenheit geraten.
D. I.	Internationale Ausrichtung	Ja ⁴³³⁰
D. II.	Kommerzielle Ausrichtung	Ja ⁴³³¹
D. III.	Sektorindifferenz (insbesondere Anwendbarkeit der Leitsätze auf Finanzsektor)	Ja, es besteht insbesondere eine kohärente Entscheidungspraxis zur Anwendbarkeit der Leitsätze auf den Finanzsektor.
D. IV.	Staatsunternehmen (insbesondere finanzielle Außenwirtschaftsförderung und Entwicklungshilfe)	Teilweise ja. Das Fallmaterial der NKSen ist widersprüchlich. Der Investitionsausschuss hat aber zumindest klargestellt, welche Gesichtspunkte im Umgang mit Einrichtungen der finanziellen Außenwirtschaftsförderung und Entwicklungshilfe relevant sind. Auch dazu, dass der Staat selbst kein MNU im Sinne der Leitsätze ist, hat sich eine kohärente Entscheidungspraxis entwickeln können.
E.	Notwendige Verbindungsqualität der MNU-Entitäten	Nein, das Fallmaterial der NKSen ist widersprüchlich. Zu Teilfragen besteht allerdings eine in Vergessenheit geratene kohärente Entscheidungspraxis CIMEs. ⁴³³²
F.	Nationale Unternehmen und kleinere und mittlere Unternehmen	Nein, der Fallkorpus ist zu klein.
G.	Anwendungsbereich der Leitsätze	Nein, mit einer Ausnahme (Verbot der rückwirkenden Anwendung der Leitsätze)

4329 Das Fallmaterial zur Konkurrenz zwischen Kooperationsgebot und den Sorgfaltspflichtvorschriften ist zu widersprüchlich. Der Fallkorpus zum Inhalt des Kooperationsgebots ist zu klein.

4330 Zur internationalen Ausrichtung als konstitutives Merkmal eines MNUs ist schon vor der Kodifikation dieses Merkmals eine kohärente Entscheidungspraxis entstanden. Zur Frage, wie diese internationale Ausrichtung zu bestimmen ist, bestand lange Zeit keine kohärente Entscheidungspraxis; in Klarstellungen jüngeren Datums hat der Investitionsausschuss diesbezüglich jedoch für mehr Klarheit gesorgt.

4331 Hier zeigt sich eine parallele Entwicklung zur internationalen Ausrichtung (siehe Fußnote 4330). Das Fallmaterial der NKSen hat außerdem eine kohärente Entscheidungspraxis dazu entstehen lassen, dass die kommerzielle Natur der Geschäftstätigkeit in Abhängigkeit einer konkreten Streitfrage zu bestimmen ist.

4332 Gemäß CIMEs Entscheidungspraxis besteht kein *numerus clausus* der Mittel der Einflussnahme und lässt die gemeinsame Nutzung von Wissen und Produktionsmitteln für sich genommen kein MNU entstehen.

Insgesamt zeigen sich daher in klar begrenzten Teilbereichen beachtliche Erhärtungserscheinungen, die den häufig vagen Text der Leitsätze operationalisierbar machen. Insbesondere die generalklauselartige Annahmenvoraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze ist bei bloßer Lektüre der einschlägigen Norm⁴³³³ nachgerade nichtssagend. Erst durch das Fallmaterial (und zwar auch dann, wenn es nicht zu einer kohärenten Entscheidungspraxis geführt hat und lediglich thematische Ballungen erkennen lässt) wird diese Annahmenvoraussetzung handhab- und anwendbar. Indem die wenigen vorhandenen Erhärtungserscheinungen für vorhersehbare Entscheidungen sorgen, erhöhen sie die Befolgungsbereitschaft der Adressaten der Leitsätze. Beispielsweise kann sich heutzutage kein MNU der Finanzbranche mehr darauf berufen, dass es nicht in den Anwendungsbereich der Leitsätze falle.

4333 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6: *„whether the examination of the issue would contribute to the purposes and effectiveness of the Guidelines.“* (Textauszeichnung des Originals entfernt).

