

Teil C

Erhärtung durch Nachverfolgung

In diesem Teil möchte ich Erhärtungserscheinungen der Leitsätze in der Dimension der Nachverfolgung betrachten. Nachverfolgungsmechanismen tragen zur Erhärtung eines Instruments bei, wenn sie ihm zu praktischer Wirksamkeit und realweltlichen Auswirkungen verhelfen. Der Nachverfolgungsmechanismus der Leitsätze besteht aus ihren „Umsetzungsverfahren“, die sich auf die Verfahren vor den NKSen und vor dem Investitionsausschuss verteilen. NKSen fungieren als Eingangsinstanzen; der Investitionsausschuss kann als Aufsichtsinstanz angerufen werden. In den ersten beiden Kapiteln des vorliegenden Teils möchte ich diese Verfahren – getrennt für die Verfahren vor den NKSen (Kapitel 6) und vor dem Investitionsausschuss (Kapitel 7) – ausführlich vorstellen.

Diese ausführliche Vorstellung bildet die Grundlage meiner Analyse, die sich in den nachfolgenden beiden Kapiteln anschließt. In dieser Analyse ziehe ich zur Beobachtung von Erhärtungserscheinungen zwei Einzelaspekte heran. Der erste Einzelaspekt befasst sich mit den Zielen der Umsetzungsverfahren und fragt danach, ob weitreichende oder unambitionierte realweltliche Auswirkungen angestrebt werden (Kapitel 8). Zur Bestimmung dieser Verfahrensziele werde ich das Konzept der Effektivitätsförderung (*furthering the effectiveness*) bemühen, das im Rahmen der Umsetzungsverfahren der Leitsätze eine spezifische, normative Bedeutung hat und insofern ein *terminus technicus* ist. Für den zweiten Einzelaspekt werde ich in Kapitel 9 die Umsetzungsverfahren der Leitsätze auf Basis mehrerer Erhärtungsindikatoren mit herkömmlichen Nachverfolgungsmechanismen (wie Gerichts- und Schlichtungsverfahren) vergleichen. Bestimmten Arten von Nachverfolgungsmechanismen sind jeweils unterschiedliche Kombinationen (einer Auswahl) dieser Indikatoren zu eigen.

Kapitel 6 Die Verfahren vor einer Nationalen Kontaktstelle

Nationale Kontaktstellen (NKSen) kennen mit

- der Beantwortung von Anfragen (*responding to enquiries*) gem. Art. I-1 S. 2 lit. a) RatsE-Leitsätze 2023, Art. I-B-3 Verfahrensregelungen 2023 und
- dem Verfahren in einer spezifischen Angelegenheit (spA-Verfahren, *specific instance procedure*) gem. Art. I-1 S. 2 lit. b) RatsE-Leitsätze 2023, Art. I-C Verfahrensregelungen 2023

zwei Verfahrensarten. Die „**Beantwortung von Anfragen**“, also die Auskunftserteilung durch NKSen, gehört zu ihren Aufgaben im Bereich der Öffentlichkeitsarbeit (Art. I-1 S. 2 lit. a) RatsE-Leitsätze 2023, Art. I-B-3 Verfahrensregelungen 2023). Diese Zuordnung zur Öffentlichkeitsarbeit verdeutlicht, dass es sich nicht um ein formales Verfahren handelt. Unklar bleibt insbesondere, welche Anstrengungen eine NKS unternehmen muss, um eine erbetene Auskunft zu erteilen, ob sie etwa zu Recherchen verpflichtet ist oder ob von ihr eine Rechtsauskunft verlangt werden kann.⁸¹² Angesichts dieser Unsicherheiten und einer sehr geringen Normdichte lohnt eine nähere Befassung mit dieser Verfahrensart nicht.

In diesem Kapitel werde ich deshalb ausschließlich das spA-Verfahren umfassend darstellen. Ein spA-Verfahren lässt sich, sofern keine vorherige Absprache verschiedener NKSen notwendig ist (vgl. Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023, A.), *grosso modo* in drei Stadien aufteilen: In einem ersten Schritt hat die NKS zu prüfen, ob sie ein Verfahren zur vertieften Prüfung annimmt (sog. **erste Evaluierung**, *initial assessment*, Art. I-C-2 Verfahrensregelungen 2023, B.). Bejahendenfalls bietet sie den Beteiligten im Rahmen der zweiten Etappe, der sog. **vertieften Prüfung** (*further examina-*

812 Der Verfahrensleitfaden der koreanischen NKS gehört zu den wenigen Dokumenten, die diese Fragen zumindest indirekt ansprechen. Er sieht vor, dass die KR-NKS innerhalb von 30 Tagen auf eine Anfrage antwortet, sofern nicht eine nähere Untersuchung oder eine autoritative Auslegung durch die OECD notwendig ist (*Koreanische NKS*, Operation Rules (2024), Art. 13 Abs. 4 und 5). Das erlaubt den Rückschluss, dass von einer NKS durchaus nennbare Anstrengungen erwartet werden können, um auf eine Anfrage zu antworten. Die deutsche NKS ist sowohl zuständig für „generelle Anfragen“ als auch für „spezifische Einzelfragen“ (BT-Drs. 20/9867, S. 2).

tion, C.), Vermittlungsdienste an (Art. I-C-3 Verfahrensregelungen 2023) und beschließt diese Etappe mit einer Abschlusserklärung (Art. I-C-4 Verfahrensregelungen 2023). Im Erfolgsfalle einigen sich die Parteien auf eine Lösung der Streitfrage (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023). Enden die Vermittlungsdienste ohne Einigung, hat die Abschlusserklärung das Verfahren zumindest rein deskriptiv darzustellen (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023); wie sehr und ob sich die NKS in dieser Situation inhaltlich mit der Beschwerde auseinandersetzt, wird ihr größtenteils anheimgestellt: Sie „soll“ sog. Empfehlungen (*recommendations*) an die Parteien richten und darf „nach eigenem Ermessen“ eine sog. Feststellung (*determination*) zur Leitsatzkonformität des Verhaltens des Beschwerdegegners treffen (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Gegebenenfalls wird die NKS in einem dritten Verfahrensstadium der **Wiedervorlage** mit etwas zeitlichem Abstand die Umsetzung ihrer Empfehlungen nachverfolgen (*follow-up*, Art. I-C-5 Verfahrensregelungen 2023, D.). Die nähere Ausgestaltung der spA-Verfahren erfolgt in den internen Verfahrensleitfäden der einzelnen NKSen. Diese Verfahrensleitfäden dürfen den Regelungen der Umsetzungsverfahren auf OECD-Ebene nicht widersprechen (Art. I-C-*Chapeau* S. 2 Verfahrensregelungen 2023). Insgesamt erweist sich das spA-Verfahren als Verfahren ohne klare Konturen (E.).

A. Zuständigkeit

Die Regelungen der Umsetzungsverfahren enthalten nur minimale Regelungen zur Zuständigkeit einer NKS.⁸¹³ Die Zuständigkeitsvorschriften sind eng mit dem persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich der Leitsätze gem. Ls. I-3 S. 2 Leitsätze 2023 verknüpft.⁸¹⁴ NKSen unterscheiden nur selten zwischen der Bestimmung ihrer Zuständigkeit und dem persönlichen Anwendungsbereich der Leitsätze. Der Anwendungsbereich der Leitsätze erfasst MNUen, die entweder von einem Teilnehmerstaat aus tätig sind (*operating from*, Ls. I-3 S. 2 Var. 2) oder ihre Geschäftstätigkeit auf dem Staatsgebiet eines Teilnehmerstaats entfalten (*operating in*, Ls. I-3 S. 2 Var. 1). NKSen können mithin als heimatstaatliche NKS (verwendetes Synonym: Heimat-NKS) oder als gaststaatliche NKS (verwendetes

813 OECD, Coordination Guide (2019), S. 6. Zu nennen sind Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023 und UmVerf-Ko 2023, Rn. 29 ff.

814 Zum persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich der Leitsätze siehe: Kapitel 15 G.

Synonym: Gast-NKS) angerufen werden (I.).⁸¹⁵ Die Zuständigkeit einer Heimat-NKS erstreckt sich auch auf extraterritoriale Sachverhalte.⁸¹⁶ Das ist mit Blick auf andere staatliche außergerichtliche Abhilfemechanismen ein Alleinstellungsmerkmal von spA-Verfahren.⁸¹⁷ Zuständigkeitskonflikte zwischen NKSen werden im sogenannten Abspracheverfahren gelöst (II.).

I. Zuständigkeit als heimatstaatliche oder als gaststaatliche NKS

Die erst später im Rahmen des persönlichen Anwendungsbereichs der Leitsätze zu besprechenden Kriterien, anhand derer zu bestimmen ist, ob ein MNU eine Geschäftstätigkeit von einem Teilnehmerstaat aus (*operating from*, Ls. I-3 S. 2 Var. 2) entfaltet, können auf die Bestimmung der Zuständigkeit einer Heimat-NKS übertragen werden. Das Fallmaterial offenbart ein großzügiges Vorgehen der NKSen: Sie lassen es regelmäßig genügen, wenn ein MNU entweder nach dem Recht ihres Staates gegründet wurde oder dort seinen Satzungssitz oder Hauptsitz hat. Einzig bei nicht-operativ tätigen Gesellschaften (Holdinggesellschaften, Briefkastengesellschaften) zeigen sich NKSen zurückhaltend, ihre Zuständigkeit als Heimat-NKS zu bejahen.⁸¹⁸

Die Kriterien für die Zuständigkeit einer NKS als gaststaatliche NKS unterscheiden sich von denjenigen zur Bestimmung der Geschäftstätigkeit in einem Gaststaat im Rahmen des persönlichen Anwendungsbereichs der Leitsätze (*operating in*, Ls. I-3 S. 2 Var. 1). Maßgeblich ist nämlich nicht die Geschäftstätigkeit in einem bestimmten Staat, sondern der Ort, an dem „Streitfragen“ (*issues*) auftreten. In den Kommentierungen heißt es:

„As the Guidelines are addressed by Adherents to enterprises operating “in or from” their territory, NCPs may receive specific instances regarding *issues* taking place in their country or alternatively regarding issues concerning enterprises established in their country.“⁸¹⁹ (Textauszeichnung des Originals weggelassen; Hervorhebung ergänzt)

815 UmVerf-Ko 2023, Rn. 29.

816 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 29 f., 50.

817 VN Dok. A/HRC/38/20/Add.1, S. 16; *Achtouk-Spivak/Garden*, JIDS 13 (2022), 608 (614).

818 Zu allem näher: Kapitel 15 G. I. 1. a).

819 UmVerf-Ko 2023, Rn. 29. Siehe auch UmVerf-Ko 2023, Rn. 30 und 50.

Entscheidend ist, dass der maßgebliche Anknüpfungspunkt nicht die negativen Auswirkungen (*impacts*) eines angegriffenen unternehmerischen Verhaltens sind, sondern die durch es aufgeworfenen Streitfragen (*issues*).⁸²⁰ Ein und dieselbe negative Auswirkung kann mehrere Streitfragen hervorrufen.⁸²¹ Ein Hotelbauprojekt, das religiöse Stätten einer indigenen Bevölkerung zu vernichten droht (negative Auswirkung), könnte beispielsweise zu Streitfragen in Bezug auf eine Projektentwicklerin, ein Bauunternehmen, eine Grundstückseigentümerin, eine Franchisegeberin, einen Hotelbetreiber als Franchisenehmer, eine Kreditgeberin, einen Zulieferer und weitere Beteiligte führen.⁸²²

Um eine Streitfrage zu identifizieren, ist der Blick weg von den Betroffenen auf den oder die Beschwerdegegner zu richten. Hier setzt sich fort, dass es sich bei den Leitsätzen um Empfehlungen handelt, die an Unternehmen gerichtet sind,⁸²³ und nicht (jedenfalls nicht vordergründig) um einen Katalog an Betroffenenrechten. Die „Streitfrage“ (*issue*) betrifft einen behaupteten „Verstoß“ gegen die Leitsätze,⁸²⁴ also eine behauptete „Verletzung“ der Leitsätze⁸²⁵ oder schlicht eine „Anschuldigung“ im Lichte der Leitsätze⁸²⁶. Bei der Identifizierung der Streitfrage kommt es meines Erachtens folglich darauf an, (i) dass ein Leitsatz benannt wird, (ii) dass seine Missachtung durch einen konkreten Beschwerdegegner behauptet wird und (iii) dass diese Missachtung räumlich einem Teilnehmerstaat zugeordnet wird. Die niederländische NKS spricht vom *locus* der Streitfrage.⁸²⁷ Die Begründung der Zuständigkeit einer Gast-NKS kann mithin nur einzelfallspezifisch, also im Lichte eines konkreten Vorwurfs erfolgen.

820 OECD, Coordination Guide (2019), S. 6.

821 OECD, Coordination Guide (2019), S. 6.

822 Vgl. OECD, Coordination Guide (2019), S. 6 (mit einem Parallelbeispiel zu Konflikt-mineralien).

823 Vgl. Art. I MNU-Erklärung („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 21. Januar 2026)); vgl. Ls. 1 der Einführung (*preface*).

824 Belgische NKS, Règlement d'ordre intérieur (2021), Anhang 2, S. 1 f. („*présumée violation*“); Schweizer NKS, Verfahrensanleitung (2024), S. 3.

825 OECD:NL-NCP:2019:NL-33-IA, S. 4: „*locus of the violation of the Guidelines*“ (Textauszeichnung im Original entfernt).

826 OECD, Coordination Guide (2019), S. 6: „*allegations*“.

827 OECD:NL-NCP:2019:NL-33-IA, S. 3 f.; OECD:NL-NCP:2021:NL-45-IA, S. 5.

II. Zuständigkeitskonflikte

Die Bestimmung der zuständigen NKS erfordert eine größere Präzision als die Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs der Leitsätze. Es reicht nicht aus, die Zugehörigkeit eines MNU zu *irgendeinem* der über 50 Teilnehmerstaaten darzulegen. Es ist vielmehr zu begründen, zu welchem dieser Teilnehmerstaaten die engste Verbindung besteht. Demnach sind die Beziehungen einer Entität zu mehreren Teilnehmerstaaten zu vergleichen. Da viele NKSen bei der Begründung ihrer Zuständigkeit recht großzügig mit den Anknüpfungspunkten umgehen, treten Zuständigkeitskonflikte sehr häufig auf (Schätzwert im Jahr 2022: über 30 % aller Fälle).⁸²⁸ Bejaht eine NKS ihre Zuständigkeit, weil ein MNU seinen Hauptsitz auf dem Gebiet ihres Staates hat, könnte eine andere NKS ihre Zuständigkeit ebenfalls bejahen, wenn das Unternehmen nach dem Recht ihres Staates gegründet wurde oder wenn die Streitfrage auf ihrem Staatsgebiet aufgetreten ist.⁸²⁹ Die Problematik verschärft sich, wenn, wie in der Regel, ein Sachverhalt mehrere Entitäten betrifft, da hier jede MNU-Entität eigene Anknüpfungspunkte bietet. Zuständigkeitskonflikte zwischen verschiedenen NKSen treten deshalb unter anderem dann auf, wenn mehrere Entitäten eines MNU oder einer Wertschöpfungskette betroffen sind.⁸³⁰ Bisweilen rufen Beschwerdeführer auch mehrere NKSen gleichzeitig an, wenn an einem einzigen Sachverhalt mehrere Entitäten beteiligt sind.⁸³¹ Die Regelungen der Umsetzungsverfahren geben nur eine vage Hilfestellung zur Auflösung überlappender Zuständigkeiten: Anstelle einer feingliedrigen legen sie nur eine grobe Rangfolge der anwendbaren Kriterien fest (1.). Sie setzen stattdessen auf ein obligatorisches Abspracheverfahren (*coordination*) zwischen allen in Betracht kommenden Kontaktstellen, um auftretende Zuständigkeitskonflikte *ad hoc* zu lösen (2.).

1. Vorrangigkeit der gaststaatlichen NKS

Die Regelungen der Umsetzungsverfahren etablieren nur eine einfache Abstufung zwischen den beiden genannten Kriterien: Vorrangig ist die gast-

828 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 79.

829 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 29.

830 UmVerf-Ko 2023, Rn. 29; Svoboda, European YbIEL II (2020), 31 (39).

831 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 29.

staatliche, subsidiär ist die heimatstaatliche NKS zuständig.⁸³² Eine Rangfolge innerhalb der Kriterien zur Bestimmung einer Heimat-NKS (etwa: Satzungssitz vor Verwaltungssitz) fehlt demgegenüber.

Die Vorrangigkeit der gaststaatlichen NKS ist weniger eindeutig als sie auf den ersten Blick erscheint. Das Fallmaterial der NKSen offenbart Umgehungsmöglichkeiten. Die Zuständigkeit der Gast-NKS stützt sich nämlich auf den *locus* der Streitfrage.⁸³³ Der *locus* der Streitfrage kann dort sein, wo auch die negativen Auswirkungen einer Tätigkeit auftreten.⁸³⁴ Häufig kann die Streitfrage aber alternativ auf die Entscheidungsfindung des Beschwerdegegners eingeengt werden, sodass der *locus* der Streitfrage dann dem *locus* der Entscheidungsfindung des Beschwerdegegners entspricht. Wurde etwa die in der Beschwerde angegriffene Entscheidung am Hauptsitz des Unternehmens gefällt, ist die Streitfrage im Teilnehmerstaat des Hauptsitzes aufgetreten.⁸³⁵ Greifen die Beschwerdeführer beispielsweise die verspätete Mitteilung einer Werksschließung (vgl. Ls. V-6 Leitsätze 2023) in Staat A an, fand die Beeinträchtigung der Position der Fabrikarbeiter (negative Auswirkung) in Staat A statt. Daraus kann die Zuständigkeit der NKS des Staats A folgen.⁸³⁶ Alternativ kann auch die NKS des Staates B angerufen werden, wenn die Entscheidung zur Werksschließung in Staat B getroffen wurde und isoliert diese Entscheidung angegriffen wird.⁸³⁷ Auch wenn es demnach auf die örtliche Eingrenzung der Entscheidungsfindung und damit indirekt auf die Zuordnung der Entscheidungsfindung zu einer bestimmten Entität des MNUs ankommt,⁸³⁸ ist keine formale Betrachtung vorzunehmen, sondern auf die tatsächliche Verteilung von Entscheidungsmacht abzustellen (vgl. Ls. I-4 S. 8: *actual distribution*). Deshalb konnte sich beispielsweise die niederländische Kontaktstelle im Falle einer Werkschließung in den USA mit der Begründung für zuständig erklären, dass der niederländischen Muttergesellschaft des MNUs die Letztverantwortung

832 UmVerf-Ko 2023, Rn. 30.

833 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 29 f.

834 Statt vieler: Vgl. OECD:AT-NCP:2009:AT-3-FS; vgl. OECD:NO-NCP:2009:NO-3-FS, S. 3 ff. (aA Sondervotum); vgl. OECD:IE-NCP:2021:IE-4-IA, S. 8; vgl. OECD:PL-NCP:2021:PL-7-IA, S. 5 f.

835 OECD, Coordination Guide (2019), S. 6; OECD:US-NCP:2015:US-41-FS, S. 6; OECD:CH-NCP:2017:CH-16-IA, S. 7; OECD:NL-NCP:2019:NL-33-IA, S. 3; OECD:NL-NCP:2021:NL-45-IA, S. 5; OECD:IE-NCP:2021:IE-6-IA, S. 6; OECD:AU-NCP:2022:AU-25-IA, Rn. 29, 44; OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 4.

836 Vgl. OECD:AT-NCP:2009:AT-3-FS.

837 OECD:NL-NCP:2021:NL-44-IA, S. 7.

838 Vgl. OECD:UK-NCP:2014:UK-41-IA, Rn. 15 ff.

für die Entscheidung zukomme, obwohl die Entscheidung formal in einer schwedischen Tochtergesellschaft getroffen wurde; die NKS führte hierfür unter anderem personelle Verflechtungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft an.⁸³⁹ Die Eingrenzung der Streitfrage auf die Entscheidung einer bestimmten MNU-Entität hat jedoch auch Grenzen: Sollten gesellschaftsrechtliche Bestimmungen einer Mutter-Entität den operativen oder informationellen Zugriff auf ihre Tochter-Entität im Gaststaat verweigern, kann die Streitfrage nicht auf eine Entscheidung am Hauptsitz der Mutter-Entität verengt werden.⁸⁴⁰

Die Begründung der Zuständigkeit einer Gast-NKS über die Zuspitzung der Streitfrage auf eine Entscheidung, die am Hauptsitz des Beschwerdegegners getroffen wurde, ähnelt der Anrufung der Heimat-NKS eines MNU. Das Vorgehen der NKSen stellt damit die von den Umsetzungsverfahren vorgesehene vorrangige Zuständigkeit der Gast-NKS in Frage. Diese Umgehungsmöglichkeit kann helfen, schwierigen Fragen auszuweichen. Das zeigt ein Konflikt zwischen der irischen und der marokkanischen NKS. Mit der Zuspitzung der Streitfrage auf die am irischen Hauptsitz des Beschwerdegegners gefällten Richtungsentscheidungen konnte sich die irische NKS über den Protest der marokkanischen NKS hinwegsetzen, die ebenfalls ihre Zuständigkeit geltend machte: Der Sachverhalt betraf Rechte der indigenen Bevölkerung in der völkerrechtlich umstrittenen Region Westsahara.⁸⁴¹ Hätte die irische NKS ihre Zuständigkeit nicht als Gast-NKS, sondern als Heimat-NKS begründet, hätte sie sich mit den marokkanischen Gebietsansprüchen in der Westsahara auseinandersetzen müssen.

Gleichwohl ist es nicht irrelevant, ob eine NKS als Gast-NKS oder als Heimat-NKS angerufen wird. Bei einer Anrufung als Gast-NKS wegen einer Entscheidung am Hauptsitz des Beschwerdegegners ist der Verfahrensgegenstand eingengt: Es werden nur Fragen im Zusammenhang mit der Entscheidung(sfindung) am Hauptsitz behandelt, aber nicht solche, die zwar einen Zusammenhang mit der negativen Auswirkung, aber keinen Zusammenhang mit der Entscheidungsfindung am Hauptsitz aufweisen, etwa weil sie ihren primären Ursprung in Handlungen lokaler Unternehmen

839 OECD:NL-NCP:2021:NL-44-IA, S. 7; siehe aber OECD:NL-NCP:2022:NL-48-IA, S. 8 wo wenig überzeugend die Zuständigkeit mit Verweis auf eine niederländische Tochtergesellschaft angenommen wurde.

840 OECD:UK-NCP:2014:UK-45-IA, Rn. 13 ff.

841 OECD:IE-NCP:2021:IE-6-IA, S. 6.

haben.⁸⁴² Die Einengung einer Streitfrage auf eine bestimmte unternehmerische Entscheidung kann folglich dazu führen, dass ein einheitlicher Lebenssachverhalt künstlich aufgespalten wird.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die vorrangige Zuständigkeit der Gast-NKS leicht manipuliert werden kann und nur selten ausschlaggebend ist. Dies gilt umso mehr als die Umsetzungsverfahren diese Vorrangregelung seit 2023 nur für den Regelfall vorsehen und Ausnahmen zulassen.⁸⁴³ Außerdem ist die Gast-NKS seit der 2023er Überarbeitung nicht mehr exklusiv zuständig, sondern nur als federführende NKS (dazu sogleich).⁸⁴⁴

2. Absprache (coordination)

Angesichts dieser nur selten hilfreichen Vorrangregelung ist es nicht überraschend, dass das Hauptaugenmerk der Umsetzungsverfahren auf der Absprache der konkurrierend zuständigen NKSen liegt (Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023). Zuständigkeitsfragen sind demnach vornehmlich durch Absprachen der betroffenen NKSen zu lösen, die hierfür den Rat der OECD einholen können.⁸⁴⁵ Absprachen werden dadurch erleichtert, dass NKSen kooperieren dürfen. Es ist nicht zwingend eine einzige NKS exklusiv zuständig. Vielmehr soll eine NKS als federführende NKS (*lead NCP*) und die anderen als unterstützende NKSen (*supporting NCPs*) agieren.⁸⁴⁶ Während die federführende NKS die Hauptverantwortung trägt und über die anzuwendenden Verfahrensregelungen entscheidet, sind unterstützende NKSen zu Hilfstätigkeiten berufen, sollen etwa Schriftstücke überprüfen oder übersetzen, Treffen der Verfahrensparteien arrangieren oder andere Arten praktischer Hilfestellungen anbieten.⁸⁴⁷ Mit der 2023er

842 Vgl. OECD:CH-NCP:2017:CH-16-IA, S. 7; vgl. OECD:IE-NCP:2021:IE-6-IA, S. 7; vgl. OECD:AU-NCP:2022:AU-25-IA, Rn. 44; vgl. OECD:CH-NCP:2022:CH-25-IA, S. 4.

843 Vgl. UmVerf-Ko 2011, Rn. 23: Grundsätzlich sei die NKS zuständig, in der die Streitfrage aufgetreten sei; sie solle mit der Heimat-NKS in Kontakt treten, die sie unterstützen solle. Zwar nennt UmVerf-Ko 2023, Rn. 30 denselben Grundsatz führt aber zusätzlich aus, in welchem Situationen es unzumutbar sein könnte, dass die Gast-NKS die federführende NKS ist. Zudem sind die UmVerf-Ko 2023, Rn. 29 ff. insgesamt ergebnisoffener formuliert.

844 Vgl. UmVerf-Ko 2011, Rn. 23 und UmVerf-Ko 2023, Rn. 30.

845 UmVerf-Ko 2023, Rn. 29 ff.; OECD, Coordination Guide (2019).

846 UmVerf-Ko 2023, Rn. 30 f.

847 UmVerf-Ko 2023, Rn. 31.

Überarbeitung wurden die Regelungen zur Absprache zwischen verschiedenen NKSen gestärkt; die Absprache wurde zu einem eigenständigen, vorgeschalteten Verfahrensstadium aufgewertet.⁸⁴⁸ Ob eine Absprache notwendig ist, ist nunmehr ein standardmäßig zu prüfender Verfahrensschritt.⁸⁴⁹ Ein Abspracheverfahren soll innerhalb von zwei Monaten abgeschlossen werden.⁸⁵⁰

Die Zuständigkeitsverteilung ist für jeden Fall *ad hoc* festzulegen. Den Umsetzungsverfahren der Leitsätze sind diesbezüglich keine strengen Vorgaben zu entnehmen; sie gewähren den NKSen Ermessen, das sie unter Beachtung der Leitmaxime der Effektivitätsförderung auszuüben haben.⁸⁵¹ In Extremfällen kann das bedeuten, dass eine dysfunktionale NKS übergangen wird.⁸⁵² Leitgedanken für übliche Fälle sollten sein, dass ein Fall möglichst von einer NKS mit ausreichender Kenntnis örtlicher Gegebenheiten behandelt wird und dass am Verfahren Repräsentanten des Beschwerdegegners teilnehmen können, die tatsächlich Einfluss auf die Lösung der Streitfragen haben.⁸⁵³ Darüber hinaus ist in die Abwägung einzustellen, wo der Schwerpunkt des Falles liegt und wie die betroffenen Entitäten in die Streitfrage verwickelt sind (vgl. Ls. II-A-12 f. Leitsätze 2023).⁸⁵⁴ Die pragmatische Natur dieser Absprachen erlaubt es, die sachnächste NKS zur federführenden zu wählen,⁸⁵⁵ ohne genau unter die Zuständigkeitsregeln subsumieren zu müssen. Dem Fallmaterial lassen sich deshalb auch keine übergeordneten Grundsätze entnehmen. Die betroffenen NKSen entscheiden idealer-

848 Vgl. Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023 (vorher lediglich: Art. I-C-2 lit. b) Verfahrensanleitungen 2011); UmVerf-Ko 2023, Rn. 29 ff.

849 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33.

850 UmVerf-Ko 2023, Rn. 51 Punkt 1.

851 OECD, Coordination Guide (2019), S. 8; Svoboda, European YbIEL 11 (2020), 31 (39); vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 32. Zur Effektivitätsförderung als *terminus technicus* siehe: Kapitel 8.

852 OECD, Coordination Guide (2019), S. 15; Svoboda, European YbIEL 11 (2020), 31 (40).

853 OECD:UK-NCP:2014:UK-41-IA, Rn. 12; OECD:UK-NCP:2014:UK-45-IA, Rn. 18.

854 Svoboda, European YbIEL 11 (2020), 31 (39).

855 Siehe etwa: OECD:JP-NCP:2022:JP-8-FS: In der durch Überkreuzbeteiligungen entstandenen *Renault-Nissan-Allianz* einigten sich die vier betroffenen NKSen (US-NKS als Gast-NKS, FR-NKS als Heimat-NKS von *Renault*, JP-NKS als Heimat-NKS von *Nissan*, NL-NKS als Heimat-NKS der *Renault-Nissan Allianz*) einstimmig auf die JP-NKS als federführende NKS, weil Nissan am stärksten in die angegriffenen Vorgänge involviert war. Ein anderes Beispiel ist OECD:NO-NCP:2009:NO-3-FS, S. 3 f.: Die NO-NKS hielt sich für unzuständig, befasste sich aber dennoch mit dem Fall, da eine andere NKS, die die NO-NKS für zuständig hielt, nicht auf ihre Anfragen antwortete.

weise im Konsens.⁸⁵⁶ Im Zweifelsfall kann die Hilfe der OECD angefordert werden.⁸⁵⁷ Kommt keine Einigung zustande, hat die NKS zu entscheiden, die von den Beschwerdeführern angerufen wurde.⁸⁵⁸ Die anderen NKSen haben die (bislang theoretisch gebliebene) Möglichkeit, ein Rügeverfahren vor dem Investitionsausschuss (Art. II-2 lit. b) Verfahrensregelungen 2023) in Bezug auf die unilaterale Entscheidung der angerufenen NKS und ihre Verfahrensleitung anzustrengen.⁸⁵⁹

B. Erste Evaluierung (initial assessment)

Im Rahmen der ersten Evaluierung prüft die NKS, ob die in den Umsetzungsverfahren⁸⁶⁰ vorgesehenen Annahmeveraussetzungen erfüllt sind.⁸⁶¹ Annahmeveraussetzungen entsprechen funktional Zulässigkeitsvoraussetzungen.⁸⁶² Zu den beteiligtenbezogenen Annahmeveraussetzungen (I.) zählen die Identität des Beschwerdeführers,⁸⁶³ ein legitimes Beschwerdeinteresse⁸⁶⁴ und die MNU-Eigenschaft des Beschwerdegegners⁸⁶⁵. Die inhaltsbezogenen Annahmeveraussetzungen (II.) verlangen eine Evaluierung, ob die Beschwerde schlüssig ist,⁸⁶⁶ ob die Beschwerde substantiiert ist⁸⁶⁷ und ob ein Zusammenhang zwischen der Streitfrage und der Geschäftstätigkeit des Beschwerdegegners besteht⁸⁶⁸. Darüber hinaus dürfen weder das anwendbare Recht noch Parallelverfahren einer

856 UmVerf-Ko 2023, Rn. 32.

857 UmVerf-Ko 2023, Rn. 32. Dies geschieht in der Regel auf informeller Ebene (OECD, Coordination Guide (2019), S. 8).

858 UmVerf-Ko 2023, Rn. 32.

859 Vgl. OECD, Coordination Guide (2019), S. 8.

860 Bei der Prüfung ist die Fassung der Regelungen der Umsetzungsverfahren anzuwenden, die zum Zeitpunkt der Beschwerde gültig ist, und nicht diejenige, die zum Zeitpunkt des der Beschwerde zugrundeliegenden Geschehens anwendbar war (OECD:DE-NCP:2018:DE-28-IA, Rn. 17 f.; OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 6; aA wohl: OECD:NL-NCP:2016:NL-27-IA, S. 1).

861 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 41, 43.

862 Ich habe den Begriff von der DE-NKS übernommen: *Deutsche NKS*, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 38 ff.

863 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 1 Var. 1.

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

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

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

867 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 2 Var. 2.

868 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 4.

Beschwerdeannahme entgegenstehen (III.).⁸⁶⁹ An Form und Frist der Beschwerdeeinreichung stellt das spA-Verfahren keine strengen Anforderungen (IV.). Schließlich müsste die Annahme der Beschwerde einen Beitrag zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze leisten (V.).⁸⁷⁰

NKSen dürfen über diese Annahmeveraussetzungen hinaus keine weiteren Voraussetzungen aufstellen.⁸⁷¹ Fehlt eine dieser Voraussetzungen, darf der Fall nicht zur vertieften Prüfung angenommen werden.⁸⁷² Bei der Prüfung der Annahmeveraussetzungen sollte sich die NKS von den grundlegenden Effektivitätskriterien leiten lassen.⁸⁷³ Besonderes Augenmerk ist dabei auf das Kriterium der Zugänglichkeit (Art. I-*Chapeau* S.2 Nr.2 Verfahrensregelungen 2023) zu legen: Die Annahmeveraussetzungen sind wohlwollend zu prüfen und im Zweifelsfalle zu bejahen.⁸⁷⁴ Zugangshürden sind so niedrig wie möglich zu gestalten. Da das spA-Verfahren ein einvernehmliches und nicht-kontradiktorisches Verfahren ist (Art. I-C-3 lit. d) Verfahrensregelungen 2023), ist bei der Prüfung der Annahmeveraussetzungen formalen Fragen weniger Bedeutung und materiellen Betrachtungen mehr Raum einzuräumen.⁸⁷⁵

Die Prüfung der Annahmeveraussetzungen ist aus zwei Gründen herausfordernd. Erstens sind manche dieser Annahmeveraussetzungen absichtlich weit gefasst⁸⁷⁶ oder deutungs offen formuliert.⁸⁷⁷ Die 2023er Überar-

869 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 5.

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

871 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 19; Daniel u. a., *Remedy Remains Rare* (2015), S. 27 ff.

872 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 4; OECD:CA-NCP:2022:CA-24-IA, Rn. 3.5. Gleichwohl zeigen manche NKSen auch bei abgelehnten Beschwerden die Bereitschaft, in ihren ersten Evaluierungen von Verfahrensinstrumenten Gebrauch zu machen, die nur für die Beendigung der Hauptphase eines Verfahrens (der vertieften Prüfung) vorgesehen sind. Manche NKSen sind beispielsweise bereit, Empfehlungen (*recommendations*) an die Parteien zu richten, obwohl sie die Beschwerde ablehnen (OECD, *Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 16, 26). Diese Praxis findet keine normative Verankerung in den Umsetzungsverfahren, wird aber nicht explizit verboten (OECD, *Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 26).

873 OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 13; vgl. Art. I-C-*Chapeau* S.1 Verfahrensregelungen 2023; vgl. OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 31.

874 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 5, 19.

875 Vgl. *Consensus Building Institute*, NCP Mediation Manual (2012), S. 23 ff.

876 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 40.

877 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 79; Achitouk-Spivak/Garden, JIDS 13 (2022), 608 (622): „somewhat nebulous“.

beutung hat die Zahl solcher Formulierungen allerdings reduziert.⁸⁷⁸ Zweitens sind die Annahmenvoraussetzungen aufeinander bezogen und miteinander verknüpft; sie sind in ihrer Gesamtheit (und nicht getrennt voneinander) zu würdigen, auch wenn sie individuell geprüft werden.⁸⁷⁹ Sie überlappen sich und manche Erwägungen können für mehrere Annahmenvoraussetzungen relevant sein.⁸⁸⁰

I. Beteiligtenbezogene Annahmenvoraussetzungen

Im Rahmen der beteiligtenbezogenen Annahmenvoraussetzungen ist die Identität der Parteien (1.), ihre Beteiligtenfähigkeit (2.) und das Beschwerdeinteresse des Beschwerdeführers (3.) zu prüfen. Eine anwaltliche Vertretung ist nicht notwendig (4.).

1. Identität

Die NKS hat die Identität des Beschwerdeführers (und des Beschwerdegegners)⁸⁸¹ festzustellen.⁸⁸² In Bezug auf die Identität des Beschwerdeführers gilt es, zwischen Fällen zu unterscheiden, in denen der NKS die Identität unbekannt ist, und solchen, in denen sie der NKS aber nicht dem Beschwerdegegner bekannt ist.

878 So hieß es beispielsweise bis 2023, dass NKSen „die Relevanz der geltenden Gesetze und Verfahrensregeln, einschließlich von Gerichtsentscheidungen“ sowie „die Art und Weise, in der ähnliche Angelegenheiten auf nationaler oder internationaler Ebene behandelt werden bzw. wurden“ in Betracht zu ziehen haben (UmVerf-Ko 2011, Rn. 25 Punkte 4 und 5). Diese Formulierung war eine Einladung an NKSen zu Ausführungen *colorandi causa*. Seit 2023 heißt es klar, dass zu prüfen ist, ob das geltende Recht oder parallel anhängige Verfahren einer Annahmefähigkeit entgegenstehen (UmVerf-Ko 2023, Rn. 5). Siehe außerdem die definitorische Präzisierung der Voraussetzungen der „Substantiierung“ und „Schlüssigkeit“.

879 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 6; OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 5; OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 13; OECD:AU-NCP:2022:AU-25-IA, Rn. 10.

880 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 5.

881 Anderer Ansicht: OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 6: Obwohl der Wortlaut der einschlägigen Bestimmung auf die Identität der „betroffenen Partei“ abstelle, sei damit nur der Beschwerdeführer gemeint. Ich sehe das kritisch, da auch der Beschwerdegegner sinnvollerweise identifiziert werden sollte. Spätestens im Zusammenhang mit der Annahmenvoraussetzung „Zusammenhang zwischen der Streitfrage und der Geschäftstätigkeit des Beschwerdegegners“ muss der Beschwerdegegner identifiziert werden.

882 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 1 Var. 1.

Die Identität des Beschwerdeführers muss dem Beschwerdegegner nicht bekannt gegeben werden. Eine NKS darf sensible Informationen gegenüber einer anderen Partei geheim halten (Art. I-C-6 Verfahrensregelungen 2023); hierunter fällt auch die Identität des Beschwerdeführers.⁸⁸³ Der Wunsch eines Beschwerdeführers, anonym zu bleiben, kann aus der (allzu oft begründeten)⁸⁸⁴ Furcht vor Repressalien rühren. Seit der 2023er Überarbeitung enthalten die Leitsätze ausdrücklich ein allgemein (und auch für spA-Verfahren)⁸⁸⁵ geltendes Verbot von Repressalien (Ls. II-A-10 Leitsätze 2023). Seit dem Jahr 2023 gibt es ferner grobe Richtlinien für NKSen, die ihnen helfen, angemessen auf Repressalien zu reagieren.⁸⁸⁶ Von NKSen wird erwartet, das Risiko von Repressalien zu verringern (Art. I-C-9 Verfahrensregelungen 2023).

Kennt hingegen auch die NKS die Identität des Beschwerdeführers nicht, kann das Vorliegen eines berechtigten Interesses kaum geprüft und auch nur schwerlich ein Mediationsverfahren betrieben werden.⁸⁸⁷ Sofern eine NKS keine anonymen Beschwerden zulässt, muss deshalb die Identität des Beschwerdeführers nachgewiesen werden.⁸⁸⁸ Manche NKSen erlauben alternativ die Benennung eines Vertreters, dem die Identität des Beschwerdeführers bekannt ist.⁸⁸⁹

883 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 27, 47; vgl. *Niederländische NKS*, Specific Instance Procedure (2024), S. 6.

884 Vgl. *OECD Watch/Business & Human Rights Resource Centre*, Use with caution (2019); vgl. *OECD*, NCP Action Plan 2022–2024 (2022), S. 6. Dokumentation eines Beispiels in: *OECD*:US-NCP:2022:US-54-IA; vgl. auch: *OECD*:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 64. Siehe auch die Verurteilung von Repressalien durch die WPRBC: *OECD WPRBC*, Statement of the Working Party on Responsible Business Conduct, *OECD RBC Centre* (13. März 2020).

885 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26.

886 UmVerf-Ko 2023, Rn. 27, 47.

887 *Norwegische NKS*, Procedural Guidelines (2014), S. 5 f.; in der aktuellen Fassung des norwegischen Verfahrensleitfadens tritt dieser Gedanke weniger deutlich hervor: *Norwegische NKS*, Case-handling procedures (2025), S. 6.

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

889 *Litauische NKS*, Rules of Procedure (2017), Rn. 21, 22.3; *Kanadische NKS*, Specific Instance Procedures (2022), Rn. 3.5; *Norwegische NKS*, Case-handling procedures (2025), S. 6.

2. Beteiligtenfähigkeit

Die Eintrittsbarrieren für ein spA-Verfahren sind bewusst niedrig gehalten, weshalb keine präzisen Schranken für die Beteiligtenfähigkeit des **Beschwerdeführers** aufgestellt wurden.⁸⁹⁰ Gem. Art. I-C-*Chapeau* S. 4 Verfahrensregelungen stellen NKSen ihre Dienste der Wirtschaft, Arbeitnehmer- und Nichtregierungsorganisationen sowie sonstigen Interessenträgern zur Verfügung. Damit sind der Beteiligtenfähigkeit der Beschwerdeführer faktisch keine Grenzen gesetzt.⁸⁹¹ Die Beteiligtenfähigkeit des Beschwerdeführers ist deshalb nicht gesondert zu prüfen. Der Großteil der Fälle wird von Nichtregierungsorganisationen und Gewerkschaften initiiert.⁸⁹² Individuen sind ebenfalls beteiligtenfähig.⁸⁹³ Auch Mitglieder nationaler Parlamente⁸⁹⁴ oder indigene Völker⁸⁹⁵ sind bereits als Beschwerdeführer aufgetreten. Es ist sogar nicht ausgeschlossen, dass Unternehmen als Beschwerdeführer auftreten.⁸⁹⁶ Die Annahmefähigkeit ihrer Beschwerden dürfte aber regelmäßig daran scheitern, dass es bei kommerziellen Streitigkeiten an der Annahmeveraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken der Leitsätze fehlt.⁸⁹⁷

890 OECD, NCPs Providing Access to Remedy: 20 Years (2020), S.19; vgl. OECD, Stocktaking Report (2022), S. 74.

891 Vgl. *Kasolowsky/Voland*, NZG 2014, 1288 (1289): sehr weit gezogener Kreis möglicher Parteien; vgl. *Morochovič/Reimers*, in: Krisch (Hrsg.), *Entangled Legalities Beyond the State* (2021), 318 (327): „open-ended definition“, vgl. *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 238.

892 <https://mneguidelines.oecd.org/database/> (Filtermöglichkeit für „Submitter“) (zuletzt abgerufen am 24. Januar 2026).

893 Siehe beispielhaft die folgenden Fälle, in denen Einzelmenschen als Beschwerdeführer auftraten: OECD:DE-NCP:2017:DE-25-FS; OECD:MA-NCP:2020:MA-4-FS; OECD:FI-NCP:2021:FI-7-IA; OECD:BR-NCP:2021:BR-32-FS; OECD:KZ-NCP:2022:KZ-2-IA; OECD:KR-NCP:2023:KR-25-IA.

894 OECD:AR-NCP:2010:AR-4-FS; OECD:DE-NCP:2014:DE-16-FS.

895 OECD:SE-NCP:2013:SE-4-IA, S. 4; OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 21, 31 ff.; streng: OECD:PE-NCP:2019:PE-5-IA, Rn. 83 ff.

896 Siehe beispielhaft die folgenden Fälle, in denen Unternehmen als Beschwerdeführer auftraten: OECD:DE-NCP:2005:DE-32-IA; OECD:AR-NCP:2019:AR-14-FS; OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA; OECD:CA-NCP:2023:CA-25-IA, Rn. 29; vgl. OECD:TR-NCP:2020:TR-5-IA.

897 Siehe zu kommerziellen Streitigkeiten Kapitel 13 A. II. Da sich Beschwerden nur gegen MNUen richten können, liegt immer eine Streitigkeit zwischen zwei Unternehmen vor, wenn auch der Beschwerdeführer ein Unternehmen ist. Eine Streitigkeit zwischen zwei Unternehmen ist erfahrungsgemäß (aber nicht zwingend) eine kommerzielle.

Eine Beschwerde ist nur annahmefähig, wenn der benannte **Beschwerdegegner** beteiligtenfähig ist. Beteiligtenfähig sind nur Unternehmen, die in den Anwendungsbereich der Leitsätze fallen.⁸⁹⁸ Hierzu ist auf die Definition eines MNU in Ls. I-4 Leitsätze 2023 abzustellen (näher: Kapitel 15). Ein nationales Unternehmen (Ls. I-5 Leitsätze 2023) ist nicht beteiligtenfähig (näher: Kapitel 15 F. I.). Kleinere und mittlere Unternehmen (Ls. I-6 Leitsätze 2023) sind beteiligtenfähig, wenn sie ein MNU im Sinne des Ls. I-4 Leitsätze 2023 sind (näher: Kapitel 15 F. II.).⁸⁹⁹ Darüber hinaus muss das MNU in den persönlichen Anwendungsbereich der Leitsätze fallen (Ls. I-3 Leitsätze 2023); nicht erfasst werden demnach MNUs aus Nicht-Teilnehmerstaaten, die in Nicht-Teilnehmerstaaten tätig sind.

Da nur MNUs als Beschwerdegegner in Betracht kommen, ist es grundsätzlich ausgeschlossen, dass ein MNU ein spA-Verfahren initiiert, mit dem es sich gegen von Dritten erhobene Anschuldigungen verteidigen will, es missachte die Leitsätze.⁹⁰⁰ Ein solches (an eine negative Feststellungsklage erinnernde) Verfahren kommt nur dann in Betracht, wenn der Dritte, der diese Anschuldigungen erhebt, ebenfalls als MNU einzustufen ist.

3. Beschwerdeinteresse

Der Beschwerdeführer muss ein berechtigtes Interesse an der Angelegenheit (*interest in the matter; intérêt dans l'affaire*) nachweisen.⁹⁰¹ Wegen des Effektivitätskriteriums der Zugänglichkeit dürfen hieran keine hohen Anforderungen gestellt werden.⁹⁰² Insbesondere ist keine Verletzung in eigenen subjektiven Rechten erforderlich.⁹⁰³ Manche sprechen deshalb von einem Popular-Beschwerdeverfahren.⁹⁰⁴

Unmittelbar von einer unternehmerischen Tätigkeit Betroffene (egal ob Individuen oder Gruppen), verfügen über ein berechtigtes Interesse.⁹⁰⁵ Ein berechtigtes Interesse fehlt beispielsweise bei einem Individuum, das

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

899 Vgl. OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 11.

900 Spießhofer, NJW 2014, 2473 (2475 f.).

901 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt I Var. 2.

902 Vgl. OECD:AT-NCP:2023:AT-6-IA, S. 7.

903 Kasolowsky/Voland, NZG 2014, 1288 (1289).

904 *Protopsaltis*, FORUM du droit international 7 (2005), 251 (255); Dörr, in: Reinisch u. a. (Hrsg.), BerDGIR 50 (2020), 133 (150 f.).

905 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 6.

sich auf seine Eigenschaft als Staatsbürger oder Steuerzahler beruft, um zu verlangen, dass eine NKS das Verhalten eines Unternehmens prüft, das im Auftrag der Regierung tätig ist.⁹⁰⁶

Vereinigungen, wie Gewerkschaften oder Nichtregierungsorganisationen, haben zwei Möglichkeiten, ein berechtigtes Interesse nachzuweisen. Sie können erstens als Vertreter der Betroffenen agieren.⁹⁰⁷ Hierbei gilt es, den Auftrag oder die Erlaubnis zur Vertretung und die Abwesenheit eines Interessenkonflikts zwischen den Vertretern und den Betroffenen nachzuweisen.⁹⁰⁸ Zweitens können Nichtregierungsorganisationen, die für einen bestimmten Belang eintreten, Beschwerden in Bezug auf ihr Tätigkeitsfeld einreichen.⁹⁰⁹ Eine Nichtregierungsorganisation, die im Bereich des Umweltschutzes tätig ist, kann deshalb eine Beschwerde zu Umweltschutzfragen einreichen, insbesondere wenn sie sich in der Öffentlichkeit mit dem Beschwerdegegner bereits zu solchen Fragen auseinandergesetzt hat.⁹¹⁰ Demgegenüber wird eine Organisation, die sich dem Kampf gegen Armut widmet, kaum ein berechtigtes Interesse daran haben, Transaktionen eines MNU unter steuerlichen Gesichtspunkten überprüfen zu lassen.⁹¹¹ Bei dieser zweiten Möglichkeit, ein berechtigtes Interesse nachzuweisen, stellt sich die (rechtspolitische) Frage der Repräsentativität des Beschwerdeführers. Es ist nämlich nicht sichergestellt, dass die von ihm eigenmächtig verhandelten Lösungen wirklich im Interesse derjenigen Personen liegen, als deren Interessenwahrer er sich gibt.⁹¹²

906 OECD:NL-NCP:2021:NL-46-IA, S. 2 f.

907 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 6.

908 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 6.

909 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 6; OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 8 f.; OECD:AT-NCP:2023:AT-6-IA, S. 7; Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 239.

910 OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Rn. 36.1.

911 OECD:UK-NCP:2014:UK-41-IA, Rn. 19: Da in Großbritannien Steuern nicht unmittelbar zur Armutsbekämpfung eingesetzt würden, sei das Interesse der Nichtregierungsorganisation nur mittelbar.

912 Mestad, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 165 (170 f.). Mestad weist aber darauf hin, dass dieses Problem mal größer (etwa Beschwerde betrifft die Situation bestimmter Personen) und mal weniger (Beschwerde betrifft beispielsweise allgemeines Umweltproblem) ist.

4. Exkurs: Postulationsfähigkeit

Lediglich ergänzend sei darauf hingewiesen, dass keine Anforderungen an die Postulationsfähigkeit gestellt werden.⁹¹³ Das folgt auch aus dem Effektivitätskriterium der Zugänglichkeit.⁹¹⁴ Von der Mandatierung eines Anwalts wird teilweise sogar ausdrücklich abgeraten.⁹¹⁵ Das spA-Verfahren ist kein juridifiziertes Verfahren; Anwälte könnten ihm unbeabsichtigt einen solchen Charakter verleihen.⁹¹⁶ Insbesondere besteht die Gefahr, dass Anwälte auf einer Erörterung des (ihnen einzig bekannten) innerstaatlichen Rechts beharren, obwohl dies im Rahmen eines spA-Verfahrens unmaßgeblich ist.⁹¹⁷ Die Leitsätze sind gem. Ls. I-2 Leitsätze 2023 autonom vom innerstaatlichen Recht auszulegen und anzuwenden. Sofern Anwälte die konsensual-mediative Natur des spA-Verfahrens und seine Besonderheiten verinnerlicht haben, spricht allerdings wenig dagegen, sie zu involvieren.⁹¹⁸ Nicht förderlich ist es jedenfalls, wenn lediglich eine Partei anwaltlich vertreten wird, weil dadurch eine Unausgewogenheit entsteht.⁹¹⁹

II. Inhaltliche Annahmenvoraussetzungen

Ziel der inhaltsbezogenen Annahmenvoraussetzungen ist eine „Plausibilisierung“ der behaupteten Missachtung der Leitsätze durch das Unternehmen.⁹²⁰ Bei diesem Prüfungsstadium wird keine eingehende Untersuchung

913 Perillo, Intl Community Law Rev 24 (2022), 36 (48).

914 Vgl. VN Dok. A/HRC/38/20, S. 13.

915 Niederländische NKS, Specific Instance Procedure (2024), S. 7; OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 13; OECD, Annual Report 2012 (2012), S. 54.

916 Niederländische NKS, Specific Instance Procedure (2024), S. 7; OECD, Annual Report 2012 (2012), S. 54; Mestad, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 165 (170).

917 OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 12 f.

918 Mestad, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 165 (170).

919 OECD:AU-NCP:2019:AU-13-FS, Rn. 50: „imbalance“. In derartigen Fällen muss eine NKS verstärkt darauf achten, dass das Effektivitätskriterium der Ausgewogenheit (*equitability*) nicht verletzt ist (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 5 Var. 2 Verfahrensregelungen 2023).

920 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 7; Kanadische NKS, Specific Instance Procedures (2022), Rn. 4.14; Australische NKS, Complaint Procedures (2024), Rn. 31; OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Rn. 37; OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 20; OECD:NO-NCP:2021:NO-19-IA, S. 7; OECD:CA-NCP:2023:CA-25-IA, Rn. 31; OECD:AT-NCP:2023:AT-6-IA, S. 8; Kasolowsky/Voland, NZG 2014, 1288

verlangt, wie sie das nachfolgende Verfahrensstadium der vertieften Prüfung erfordert; notwendig ist nur eine allgemeine und ganzheitliche Evaluierung, ob eine vertiefte Prüfung des Falles gerechtfertigt ist.⁹²¹

Die Annahmeveraussetzung der „Substantiierung“ (*substantiation*) wird in der Regel gemeinsam mit der Annahmeveraussetzung der „Einschlägigkeit“ (*materiality*) geprüft, wohl weil die 2011er Fassung der Umsetzungsverfahren beide Voraussetzungen in einem Zuge erwähnte.⁹²² Mit der 2023er Revision wurden beide Voraussetzungen deutlicher voneinander abgegrenzt. Nunmehr wird „Einschlägigkeit“ als „relevant für die Umsetzung der Leitsätze“ und die „Substantiierung“ als „von ausreichender und glaubhafter Information getragen“ definiert.⁹²³ Damit bezieht sich die „Einschlägigkeit“ meines Erachtens auf die Plausibilisierung des syllogistischen Schlusses, also auf die Plausibilisierung des Zusammenhangs zwischen einem behaupteten Sachverhalt und einer behaupteten Missachtung der Leitsätze. Die „Substantiierung“ hingegen bezieht sich auf die Plausibilisierung, dass sich der behauptete Lebenssachverhalt tatsächlich zugetragen hat. Dieser Abgrenzung folgend werde ich (im Einklang mit dem früheren Sprachgebrauch der deutschen NKS)⁹²⁴ statt von der „Einschlägigkeit“ der Leitsätze (*materiality* im Sinne von *relevance*) von der „Schlüssigkeit“ der Beschwerde sprechen (ohne dass damit eine Übernahme von Konzepten des deutschen Prozessrechts verbunden wäre).

1. Schlüssigkeit der Beschwerde

Der Beschwerdeführer muss darlegen, dass die Streitfrage (*issue*) unter die Leitsätze subsumiert werden kann, mithin, dass die Leitsätze einschlägig (*material*) sind.⁹²⁵ Er hat deutlich und aussagekräftig darzulegen, welche Relevanz die Leitsätze besitzen.⁹²⁶ Unzureichend wäre es etwa, sich auf

(1290); Daniel u. a., *Remedy Remains Rare* (2015), S. 26; Weber, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), *40 ans des lignes directrices* (2018), 101 (116).

921 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 7.

922 Vgl. UmVerf-Ko 2011, Rn. 25 Punkt 2: „*whether the issue is material and substantiated*“.

923 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 2.

924 Deutsche NKS, *Verfahrensleitfaden* (2019), Rn. 29: „Die Beschwerde muss schlüssig und hinreichend substantiiert sein.“ Der aktuelle Verfahrensleitfaden benutzt das Wort „schlüssig“ nicht mehr.

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

926 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 2 Var. 1; OECD:CA-NCP:2023:CA-25-IA, Rn. 30.

die Verletzung anderer Instrumente⁹²⁷ oder des nationalen Rechts zu berufen.⁹²⁸ Eine Streitfrage, die sich nicht auf die Leitsätze bezieht, kann nicht vor einer NKS verhandelt werden.⁹²⁹ Das folgt auch aus dem Effektivitätskriterium der Leitsätze-Kompatibilität,⁹³⁰ das von NKSen die Erarbeitung Leitsätze-kompatibler Lösungen für Streitfragen verlangt, und aus der Autonomie der Leitsätze vom innerstaatlichen Recht (Ls. I-2 Leitsätze 2023). Darüber hinaus darf eine Beschwerde nicht *ausschließlich* auf eine Verletzung der die Leitsätze flankierenden Sorgfaltspflichtleitfaden gestützt werden, da diese Leitfäden die Anforderungen der Leitsätze lediglich praxisorientiert näher illustrieren und nicht verbindlich festlegen.⁹³¹ Ähnliches gilt für die Kommentierungen der Leitsätze.⁹³²

An der Schlüssigkeit der Beschwerde kann es außerdem wegen des Grundsatzes des intertemporalen Völkerrechts fehlen.⁹³³ Der Streitfrage darf kein Sachverhalt von vor 1976⁹³⁴ (dem Jahr der erstmaligen Verabschiedung der Leitsätze) zugrunde liegen; der Beschwerdeführer kann sich auch nicht auf Verhaltensstandards berufen, die in der für einen bestimmten Sachverhalt maßgeblichen Fassung der Leitsätze nicht enthalten waren (etwa: Sorgfaltspflichten für Sachverhalte von vor 2011)⁹³⁵. Vor der 2000er Revision waren die Leitsätze außerdem nur auf dem Gebiet der Teilnehmerstaaten und nicht weltweit anwendbar.⁹³⁶

927 Eine Ausnahme werden Instrumente bilden, mit denen die Leitsätze verflochten sind. Dazu gehören beispielsweise Menschenrechtsverträge (Ls-Ko 2023, Rn. 44).

928 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 20; OECD:AU-NCP:2022:AU-25-IA, Rn. 23.

929 OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Rn. 41.

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

931 UmVerf-Ko 2023, Rn. 25; OECD:NL-NCP:2019:NL-33-IA, S. 4; OECD:US-NCP:2020:US-49-FS, S. 9; siehe Kapitel 10 A. IV.

932 Vgl. OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 40; siehe Kapitel 10 A. III.

933 Dazu näher: Kapitel 15 G. III.

934 OECD:US-NCP:2017:US-47-IA; OECD:AU-NCP:2019:AU-14-IA, Rn. 7.1; OECD:NL-NCP:2024:NL-47-FS, S. 11.

935 Zuvor war lediglich Ls. II-2 in Verbindung mit Ls. II-10 Leitsätze 2000 anwendbar.

936 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, in dem 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.

Zur Komplettierung des Syllogismus darf sich das Vorbringen des Beschwerdeführers nicht darauf beschränken, Bestimmungen der Leitsätze zu benennen, deren Missachtung er rügt. Es muss darüber hinaus Ausführungen dazu enthalten, inwieweit ein behauptetes Verhalten des Beschwerdegegners eine Missachtung dieser Bestimmungen der Leitsätze durch den Beschwerdegegner darstellen soll.⁹³⁷

2. Substantiierung der Beschwerde

Im Rahmen der Substantiierung ist zu untersuchen, ob die Beschwerde von ausreichenden und glaubhaften Informationen getragen wird.⁹³⁸ NKSen stellen hieran sehr unterschiedliche Anforderungen,⁹³⁹ was Kritik an als zu hoch empfunden oder schwer nachvollziehbaren Beweismaßstäben erklärt.⁹⁴⁰ Der Maßstab der „**Plausibilität**“ dürfte mittlerweile breit konsentiert sein.⁹⁴¹ Andere NKS-Wortmeldungen beziehen sich auf eine Angemessenheit („*reasonable evidence to substantiate the allegations*“⁹⁴² bzw. *reasonable burden of proof*⁹⁴³), eine Glaubhaftigkeit⁹⁴⁴ oder eine vorläufige Substantiierung („*preliminary substantiality*“ verstanden als nicht „*clearly unsubstantiated*“)⁹⁴⁵. Die norwegische NKS legt Beschwerdeführern nahe, Urkunden und Zeugenaussagen vorzugsweise unmittelbar in das Verfahren einzuführen und nicht nur zu beschreiben.⁹⁴⁶ Ein unangemessen hoher Überzeugungsgrad würde verlangt werden, wollte eine NKS lediglich von

937 Kanadische NKS, Specific Instance Procedures (2022), Rn. 4.14.

938 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 2 Var. 2.

939 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 71, 77.

940 Daniel u. a., Remedy Remains Rare (2015), S. 24 ff.

941 Siehe Fußnote 920.

942 Kanadische NKS, Specific Instance Procedures (2022), Rn. 4.14. Es ist bemerkenswert, dass die CA-NKS die Maßstäbe der Plausibilität und Angemessenheit offenbar für austauschbar hält. So heißt es (aaO): „*The Secretariat will interpret material and substantiated to mean that the issue is related to the application of the OECD Guidelines, and is plausible. The criteria for substantiated is to have reasonable evidence to substantiate the allegations.*“ (Textauszeichnung des Originals entfernt). Siehe auch: OECD:CA-NCP:2023:CA-25-1A, Rn. 31.

943 OECD:BE-NCP:2020:BE-22-1A, S. 7: „[...] *the burden of proof [...] should remain reasonable.*“

944 Deutsche NKS, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 45.

945 Litauische NKS, Rules of Procedure (2017), Rn. 22.4.

946 Norwegische NKS, Procedural Guidelines (2014), S. 6 (im aktuellen Verfahrensleitfaden wird dies nicht mehr erwähnt).

offiziellen Stellen (Behörden, Gerichte, Urkunden) bestätigte Fakten anerkennen.⁹⁴⁷

Man wird drei Punkte festhalten können: Ein „Beweis“ muss im Stadium der ersten Evaluierung nicht erbracht werden.⁹⁴⁸ Ein spA-Verfahren ist ein einvernehmliches und nicht-kontradiktorisches Verfahren, Art. I-C-3 lit. d) Verfahrensregelungen 2023: Die Hürde der Substantiierung sollte deshalb bereits überwunden sein, wenn feststeht, dass eine Vermittlung zwischen den Parteien sinnvoll ist. Bestünde das Hauptverfahren (die vertiefte Prüfung) primär aus einer formalen Untersuchung, ob das Verhalten des Beschwerdegegners eine Missachtung der Leitsätze darstellt, wäre ein höherer Beweisstandard zu fordern.⁹⁴⁹ Zweitens muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die erste Evaluierung nur eine initiale Beurteilung verlangt, ob im nächsten Verfahrensstadium eine vertiefte Prüfung angezeigt ist; einer vorläufigen Bewertung entspricht ein niedriger Überzeugungsmaßstab.⁹⁵⁰ Auf jeden Fall muss er niedriger liegen als in der sich anschließenden Verfahrensetappe der vertieften Prüfung.⁹⁵¹ Unangemessen hohe Anforderungen sind – unter anderem im Lichte des Effektivitätskriteriums der Zugänglichkeit⁹⁵² und der außergerichtlichen Natur des spA-Verfahrens – zu vermeiden.⁹⁵³ Leitgedanke sollte es sein, lediglich nicht ernstzunehmende Beschwerden (*frivolous complaints*) herauszufiltern.⁹⁵⁴ Drittens jedoch können und dürfen NKSen Beschwerden wegen fehlender Substantiierung wie auch wegen fehlender Schlüssigkeit zurückweisen.⁹⁵⁵

947 Daniel u. a., *Remedy Remains Rare* (2015), S. 26.

948 Deutsche NKS, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 45; OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Rn. 37; OECD:CA-NCP:2023:CA-25-IA, Rn. 31 („*The available information does not have to prove conclusively, or even on a balance of probabilities, that certain events occurred or that the enterprise acted in a particular way.*“); Kasolowsky/Voland, NZG 2014, 1288 (1290); Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 237.

949 Vgl. Maheandiran, *Harvard Negotiation Law Review* 20 (2015), 205 (232).

950 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 28; OECD, *Initial Assessment Guide* (2019), S. 7 f.; OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 7; OECD:CA-NCP:2023:CA-25-IA, Rn. 31.

951 OECD, *Initial Assessment Guide* (2019), S. 7.

952 Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 2 Verfahrensregelungen 2023.

953 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 28; OECD, *Initial Assessment Guide* (2019), S. 7 f.; OECD, *Stocktaking Report* (2022), S. 77; vgl. OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Rn. 37.

954 Daniel u. a., *Remedy Remains Rare* (2015), S. 26 (unter Berufung auf *Nieuwenkamp*); Weber, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 101 (116).

955 Deutlich: OECD, *The NCPs from 2000 to 2015* (2016), S. 49.

Dass sich eine NKS hierauf beruft, ist kein Verstoß gegen das Kriterium der Zugänglichkeit, sondern systemimmanent: Ist eine Beschwerde zu allgemein formuliert oder betrifft Themen außerhalb des Anwendungsbereichs der Leitsätze, kann und sollte die Beschwerde zurückgewiesen werden.⁹⁵⁶ Das Kriterium der Zugänglichkeit gebietet indes, Beschwerdeführer möglichst auf Mängel in ihrer Beschwerdeschrift aufmerksam zu machen und ihnen die Chance zur Heilung zu geben.⁹⁵⁷

3. Zusammenhang zwischen Streitfrage und Geschäftstätigkeit

Die Beschwerdeführer müssen einen Zusammenhang zwischen der aufgeworfenen Streitfrage und der Geschäftstätigkeit des Beschwerdegegners darlegen.⁹⁵⁸ Diese Annahmeveraussetzung trägt der Komplexität von Konzernstrukturen, unternehmerischen Netzwerken und Wertschöpfungsketten Rechnung.⁹⁵⁹ Sie wurde mit der 2011er Überarbeitung eingeführt.⁹⁶⁰ Konkret bezieht sie sich auf die möglichen Formen der Beteiligung einer Entität an einer negativen Auswirkung auf RBC-Belange; die Existenz mindestens einer dieser Formen ist zu plausibilisieren.⁹⁶¹ Es kommt deshalb darauf an, die Beteiligung einer Entität – sei es in Form der Verursachung (Ls. II-A-12 Var. 1 Leitsätze 2023), des Beitrags (Ls. II-A-12 Var. 2 Leitsätze 2023), der unmittelbaren Verbindung über eine Geschäftsbeziehung (Ls. II-A-13 Leitsätze 2023) und/oder über die Zurechnungslösung und das Kooperationsgebot (Ls. I-4 S. 7 f. Leitsätze 2023) – darzulegen (näher: Kapitel 15 B. und C.).

Da es im Rahmen der ersten Evaluierung nur auf eine Plausibilisierung ankommt, ist es dem Beschwerdeführer gerade bei komplexen Sachverhalten gestattet, darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdegegner *zumindest* in Gestalt der schwächsten Beteiligungsform (unmittelbare Verbindung über eine Geschäftsbeziehung (Ls. II-A-13 Leitsätze 2023)) in die negative Aus-

956 OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 49.

957 Vgl. OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 49.

958 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 4.

959 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 6.

960 Vgl. UmVerf-Ko 2011, Rn. 25 und UmVerf-Ko 2000, Rn. 14.

961 Deutsche NKS, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 44; OECD:NO-NCP:2021:NO-18-IA, S. 11 ff.; OECD:AU-NCP:2022:AU-26-IA, Rn. 21; vgl. OECD:UK-NCP:2016:UK-46-IA, Rn. 16 ff.

wirkung involviert ist.⁹⁶² Insofern sei daran erinnert, dass die Leitsätze sowohl die nachgelagerte Wertschöpfungskette wie auch Entitäten ohne organisatorische oder vertragliche Verbindung zueinander und sogar Beziehungen zu staatlichen Entitäten erfassen.⁹⁶³ Ist sich der Beschwerdeführer über die Beziehung verschiedener Entitäten zueinander unsicher, *kann* er in Betracht ziehen, die in Frage kommenden Entitäten möglichst vollständig als Beschwerdegegner zu benennen, um eine umfassende Betrachtung seiner Beschwerde durch die angerufene NKS zu erreichen.⁹⁶⁴

Ein Fall der US-NKS und IE-NKS illustriert, wie die Plausibilisierung eines Zusammenhangs zwischen Streitfrage und Geschäftstätigkeit scheitern kann.⁹⁶⁵ Die NKSen entschieden, dass es nicht genügt, darzulegen, dass Vorprodukte eines Zulieferers in Produkten einer bestimmten Marke verwendet werden, wenn die Markenrechte bei verschiedenen Abnehmern liegen. Im konkreten Fall konnten die Beschwerdeführer (wenn überhaupt) darlegen, dass der von einem bestimmten kongolesischen Unternehmen hergestellte Stoff Chinin in Getränken der Marke *Schweppes* verarbeitet wurde. Ihnen gelang allerdings nicht der Nachweis, dass es sich dabei um *Schweppes*-Getränke handelte, die in Märkten vertrieben wurden, in denen der Beschwerdegegner die Markenrechte hielt. Die Beschwerdeführer konnten also allenfalls nachweisen, dass irgendeiner der Nutzer der Marke *Schweppes* Vorprodukte des kongolesischen Zulieferers bezog, nicht aber, dass hierzu auch der Beschwerdegegner zählte.

III. Fehlen von Verfahrenshindernissen

Weder Parallelverfahren (1.) noch das anwendbare Recht (2.) dürfen ein unüberwindbares Verfahrenshindernis darstellen.⁹⁶⁶ Eine *Unüberwindbarkeit* ist nur in Ausnahmefällen gegeben.

962 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 7; vgl. OECD:AU-NCP:2022:AU-26-IA, Rn. 21.4 f.

963 Ls-Ko 2023, Rn. 17.

964 OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 25; OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 59.

965 Hier und im Folgenden: OECD:IE-NCP:2021:IE-5-IA, S. 8; OECD:US-NCP:2022:US-54-IA.

966 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 5.

1. Parallelverfahren

Die Frage, wie NKSen mit Parallelverfahren umgehen sollen, ist seit Jahrzehnten umstritten.⁹⁶⁷ Schon früh merkten NKSen ihre Uneinigkeit und ihre Unsicherheit im Umgang mit Parallelverfahren an.⁹⁶⁸ Noch im Vorfeld der 2023er Überarbeitung waren große Unterschiede zwischen NKSen im Umgang mit parallel anhängigen Verfahren festzustellen:⁹⁶⁹ Während manche NKSen spA-Verfahren angesichts von Parallelverfahren aussetzen oder einstellen,⁹⁷⁰ werden sie von anderen weiterbetrieben⁹⁷¹.

Unter Parallelverfahren werden Verfahren auf regionaler, staatlicher oder internationaler Ebene verstanden, die Fragen behandeln, die Streitfragen eines anhängigen spA-Verfahrens ähneln.⁹⁷² Notwendig ist, dass die anderen Verfahren die gleichen oder sehr ähnliche Streitfragen betreffen.⁹⁷³ Der Begriff der Parallelverfahren ist weit zu verstehen. Zu den relevanten anderweitigen Verfahren zählen straf-, zivil- und verwaltungsrechtliche Gerichtsverfahren aber auch alternative Streitbeilegungsverfahren (wie Schieds-, Schlichtungs- oder Vermittlungsverfahren)⁹⁷⁴, öffentliche Konsultationen oder Untersuchungen (etwa von VN-Organen).⁹⁷⁵ Sogar spA-Verfahren anderer NKSen zählen dazu.⁹⁷⁶ Nicht erforderlich ist überdies, dass in beiden Verfahren dieselben Parteien auftreten; es genügt eine Ähnlichkeit.⁹⁷⁷ Darüber hinaus erweist sich der in diesem Zusammenhang etablierte Begriff „Parallelverfahren“ bei näherer Betrachtung als ungenau. Zu den Parallel-

967 Schliemann, GLJ 13 (2012), 51 (78).

968 OECD, Annual Report 2003 (2003), S. 24 f.; OECD, Annual Report 2004 (2005), S. 27.

969 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 77.

970 Etwa: OECD:DE-NCP:2013:DE-18-IA; OECD:PL-NCP:2017:PL-3-IA; OECD:IE-NCP:2022:IE-9-IA.

971 Etwa: OECD:AR-NCP:2010:AR-4-FS; OECD:AR-NCP:2016:AR-11-FS, S. 4; OECD:SE-NCP:2016:SE-4-FS; OECD:IT-NCP:2018:IT-11-IA; OECD:US-NCP:2021:US-50-IA, S. 6; OECD:CH-NCP:2022:CH-24-IA, S. 5 f.

972 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 35; vgl. OECD, Annual Report 2006 (2006), S. 93.

973 UmVerf-Ko 2023, Rn. 35.

974 Vgl. OECD:IT-NCP:2018:IT-11-IA, Rn. 16 f., 45–47: Krisengespräche im italienischen Ministerium für wirtschaftliche Entwicklung.

975 OECD, Annual Report 2006 (2006), S. 93.

976 UmVerf-Ko 2023, Rn. 35; vgl. OECD, Coordination Guide (2019), S. 10; vgl. auch OECD:NO-NCP:2021:NO-19-IA, S. 8 f.

977 OECD:PL-NCP:2017:PL-3-IA, S. 4; OECD:CL-NCP:2021:CL-16-IA, S. 4, 9 (engl. Fassung).

verfahren zählen nämlich nicht nur anhängige Verfahren, sondern auch bereits abgeschlossene Verfahren.⁹⁷⁸

Diese expansive Deutung der „Parallelverfahren“ und der damit eingehenden Ausdehnung des Anwendungsbereichs der zugehörigen Vorschriften führt zu Abgrenzungsproblemen, wenn es sich bei den Parallelverfahren um spA-Verfahren vor anderen NKSen handelt. Ich schlage folgende Unterscheidung vor: Ist das Verfahren vor einer anderen NKS noch nicht abgeschlossen, ist zu erwägen, ob die Regelungen zum Abspracheverfahren (Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023) anwendbar sind; diese Regelungen sind meines Erachtens *leges speciales*. Andere spA-Verfahren fallen deshalb nur dann unter die Problematik der Parallelverfahren, wenn ein vorgeschaltetes Abspracheverfahren gescheitert ist oder nicht stattgefunden hat. Ist das Verfahren vor einer anderen NKS bereits abgeschlossen, sollten zugehörige Fragen im Rahmen der Annahmenvoraussetzung eines Beitrags zur Effektivität behandelt werden.⁹⁷⁹

Die Figur der Parallelverfahren unterscheidet sich deutlich vom Grundsatz der *lis pendens*. Der Grundsatz der *lis pendens*, dessen völkerrechtlicher Status als allgemeiner Rechtsgrundsatz gem. Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGHSt⁹⁸⁰ umstritten ist,⁹⁸¹ setzt unter anderem voraus, dass sich dieselben Parteien um dieselbe Streitfrage (bestehend aus Begehrt und Rechtsgrundlage) streiten.⁹⁸² Die Anwendbarkeit der Parallelverfahrensregelungen wird demgegenüber nicht erst bei gleichen, sondern schon bei ähnlichen Streitfragen⁹⁸³

978 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 35; vgl. OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 9 f.

979 Einschlägig ist hier die Fallgruppe der Vorbefassung; siehe zu dieser Fallgruppe Kapitel 15 B. II. 1.

980 „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.

981 Für eine völkerrechtliche Anerkennung der *lis pendens*: Reinisch, Law & Practice of Intl Courts and Tribunals 3 (2004), 37 (48 ff.); Janig/Reinisch, in: Andenas u. a. (Hrsg.), General Principles and the Coherence of International Law (2019), 247 (257 f.); dagegen: Oellers-Frahm, MP UNYb 5 (2001), 67 (77 f.); Pauwelyn/Salles, Cornell Intl Law Journal 42 (2009), 77 (106 ff.).

982 Reinisch, Law & Practice of Intl Courts and Tribunals 3 (2004), 37 (50 f.); Janig/Reinisch, in: Andenas u. a. (Hrsg.), General Principles and the Coherence of International Law (2019), 247 (258 ff.).

983 Beispielsweise lösen auch Strafverfahren die Anwendbarkeit der Parallelverfahrensregelungen aus (vgl. OECD:CL-NCP:2021:CL-16-IA, S. 4, 9 (engl. Fassung); möglicherweise auch: OECD:IE-NCP:2022:IE-9-IA und OECD:AR-NCP:2010:AR-4-FS). In solchen Fällen liegt dem Straf- und dem spA-Verfahren nur der gleiche Sachverhalt zugrunde; die Verfahrensziele und die Rechtsgrundlagen unterscheiden sich aber stark. Der Grundsatz der *lis pendens* dürfte trotz einigen Spielraums

ausgelöst und setzt auch keine Parteiidentität⁹⁸⁴ voraus. Zudem ist die Anwendbarkeit von *lis pendens* ausgeschlossen, wenn das andere Verfahren bereits abgeschlossen ist.⁹⁸⁵ Hinzu tritt der diskretionäre Umgang der NKSen mit Parallelverfahren (dazu sogleich).⁹⁸⁶

Fest steht, dass allein die Existenz von Parallelverfahren kein Grund ist, eine Beschwerde abzulehnen.⁹⁸⁷ Der Investitionsausschuss verlangt von NKSen, dass sie eine entsprechende Entscheidung klar begründen sollen.⁹⁸⁸ NKSen müssen einerseits berücksichtigen, ob ihre Dienste einen positiven Beitrag (*positive contribution*) zur Lösung der Streitfrage oder zur Umsetzung der Leitsätze leisten können, und andererseits in ihre Abwägung einstellen, inwieweit durch ihr spA-Verfahren die Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils (*serious prejudice*) oder die Gefahr der Verhängung von Ordnungsmitteln (*contempt of court situation*) zu Lasten der Parteien des Parallelverfahrens entsteht.⁹⁸⁹ Damit kein Verfahrenshindernis vorliegt, muss es an Letzterem fehlen (Negativkriterium) und muss ein positiver Beitrag vorliegen (Positivkriterium). Bei ihrer Prüfung hat die NKS zu bedenken, dass sie eine Beschwerde auch nur teilweise annehmen kann oder ihr Verfahren zeitweilig aussetzen darf.⁹⁹⁰

Zum Negativkriterium: Die Gefahr der Verhängung von Ordnungsmitteln (*contempt of court situation*) wurde, soweit ersichtlich, noch nicht im Fallmaterial thematisiert. Anders sieht es mit dem Kriterium der schwerwiegenden Nachteile aus. Ein schwerwiegender Nachteil kommt von vorn-

hier nicht einschlägig sein (vgl. auch: *Reinisch*, Law & Practice of Intl Courts and Tribunals 3 (2004), 37 (61 ff.)).

984 Die Unterschiede, die die Parallelverfahrensregelungen zulassen, sind meines Erachtens so groß, dass es nicht darauf ankommt, ob *lis pendens* ausnahmsweise erlaubt, eine Mutter- und Tochtergesellschaft gleichzusetzen (zu Letzterem: *Reinisch*, Law & Practice of Intl Courts and Tribunals 3 (2004), 37 (55 ff.)).

985 *Reinisch*, Law & Practice of Intl Courts and Tribunals 3 (2004), 37 (43).

986 Dieser diskretionäre Umgang ähnelt eher dem Grundsatz *forum non conveniens*, wobei dieser Grundsatz auf anderen Erwägungen als die Parallelverfahrensregelungen der Leitsätze beruht (hierzu vgl. *Pauwelyn/Salles*, Cornell Intl Law Journal 42 (2009), 77 (86, 111 f.); vgl. *Brand*, Forum non conveniens, MPEPIL (2019), Rn. 1, 6, 9, 17). Als ein dem *Common Law* eigener Grundsatz kann *forum non conveniens* noch weniger als die *lis pendens* ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts sein (*Pauwelyn/Salles*, Cornell Intl Law Journal 42 (2009), 77 (110)) und braucht daher nicht vertieft betrachtet zu werden.

987 UmVerf-Ko 2023, Rn. 35.

988 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 48.

989 UmVerf-Ko 2023, Rn. 35.

990 UmVerf-Ko 2023, Rn. 35. Aussetzung etwa in: OECD:AR-NCP:2021:AR-5-FS, Rn. 15.

herein nicht in Betracht, wenn das Parallelverfahren bereits abgeschlossen ist.⁹⁹¹ Dieses Kriterium ist also nur für laufende Parallelverfahren relevant. Schwerwiegende Nachteile können insbesondere durch die Weitergabe von Informationen im Rahmen des spA-Verfahrens entstehen.⁹⁹² Vertraulichkeitsvereinbarungen können solchen Sorgen jedoch entgegenwirken.⁹⁹³ Das etwaige Risiko einer Beeinflussung des Parallelverfahrens kann dadurch abgemildert werden, dass die NKS mit der Veröffentlichung ihres Ausspruchs bis zum Ende des Parallelverfahrens wartet.⁹⁹⁴ Gegebenenfalls sollte eine NKS das spA-Verfahren aussetzen und regelmäßig mit den Parteien erörtern, ob eine Wiederaufnahme in Betracht kommt.⁹⁹⁵ Außerdem ist auch die Gefahr sich widersprechender Aussprüche ein schwerwiegender Nachteil.⁹⁹⁶

Zum Positivkriterium: Das spA-Verfahren vor der NKS muss einen positiven Beitrag, also einen Mehrwert gegenüber dem Parallelverfahren bieten.⁹⁹⁷ Eine unnötige Duplizierung von Verfahren ist zu vermeiden.⁹⁹⁸ Einerseits kann bezweifelt werden, dass sich Parteien, die sich in einem gerichtlichen Verfahren gegenüberstehen, auf ein Vermittlungsverfahren einer NKS einlassen würden.⁹⁹⁹ Das ist insbesondere der Fall, wenn eine der Parteien des spA-Verfahrens *nach* Initiierung des spA-Verfahrens mit einer gerichtlichen Klage droht, da dieser Zeitpunkt bezweifeln lässt, ob sich diese Partei lösungsorientiert am spA-Verfahren beteiligen würde.¹⁰⁰⁰ Andererseits erwarten die Leitsätze von den Verfahrensparteien, sich redlich am spA-Verfahren zu beteiligen;¹⁰⁰¹ deshalb ist die (erwartete) Obstruktion des spA-Verfahrens durch eine Partei kein gewichtiges Argument.¹⁰⁰²

991 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 10.

992 OECD:NL-NCP:2022:NL-48-IA, S. 11; vgl. OECD:IE-NCP:2022:IE-9-IA, Rn. 3 f., 23 f.

993 OECD:NL-NCP:2022:NL-48-IA, S. 11.

994 OECD:SE-NCP:2013:SE-4-IA, S. 6.

995 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 18.

996 VN Dok. A/HRC/38/20/Add.1, S. 10; vgl. OECD:AU-NCP:2022:AU-25-IA, Rn. 35.

997 OECD, Annual Report 2006 (2006), S. 94.

998 OECD:AU-NCP:2022:AU-25-IA, Rn. 35.

999 OECD, Annual Report 2006 (2006), S. 95; vgl. VN Dok. A/HRC/38/20/Add.1, S. 10 (es bestehe ein Dilemma für Unternehmen).

1000 OECD:AU-NCP:2022:AU-26-IA, Rn. 22.i; vgl. OECD:CL-NCP:2021:CL-15-IA, S. 11 f., 14 (engl. Fassung).

1001 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26.

1002 Vgl. OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 60 f.; vgl. OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 49; vgl. OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 5; wenig überzeugend deshalb: OECD:KR-NCP:2023:KR-25-IA, S. 7.

Zudem könnte ein spA-Verfahren den Parteien eines festgefahrenen Parallelverfahrens den Ausweg bieten, die Streitigkeit außergerichtlich und konsensual beizulegen.¹⁰⁰³ Außerdem arbeiten NKSen auf Basis eines anderen Maßstabs: NKSen entscheiden keine Fragen des nationalen Rechts.¹⁰⁰⁴ Die Aussprüche anderer Foren sind also wegen eines abweichenden Maßstabs nicht entscheidend.¹⁰⁰⁵ Bereits deshalb können NKSen einen positiven Beitrag leisten.¹⁰⁰⁶ Die Chance, einen Mehrwert zu leisten, besteht auch dann, wenn das spA-Verfahren andere Aspekte desselben Lebenssachverhalts beleuchtet.¹⁰⁰⁷ Zudem ist zu bedenken, dass in einem spA-Verfahren einem abweichenden Begehr des Beschwerdeführers entsprochen werden könnte: Ein spA-Verfahren zielt auf die gemeinsame Ausarbeitung einer prospektiven Lösung, wohingegen Gerichtsverfahren möglicherweise primär auf Bestrafung oder finanzielle Kompensation abzielen.¹⁰⁰⁸

2. Anwendbares Recht

Die Regelungen der Umsetzungsverfahren führen nicht näher aus, wann anwendbares Recht ein Verfahrenshindernis darstellt.¹⁰⁰⁹ Stattdessen ist auf Ls. I-2 Leitsätze 2023 zu verweisen, der das Verhältnis der Leitsätze zum innerstaatlichen Recht regelt. Da Ls. I-2 Leitsätze 2023 ein Zurücktreten der Leitsätze nur in den seltenen Fällen eines (schwer nachzuweisenden) *zwingenden* Normkonflikts vorsieht,¹⁰¹⁰ ist es schwer vorstellbar, dass innerstaatliches Recht ein Verfahrenshindernis darstellt. Außerdem ist die konsensual-mediative Natur eines spA-Verfahrens zu beachten: Die ange-

1003 OECD, Annual Report 2006 (2006), S. 97; OECD:NL-NCP:2022:NL-48-IA, S. 11.

1004 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 9; OECD:NO-NCP:2009:NO-3-FS, S. 4; OECD:DE-NCP:2014:DE-14-FS, S. 4; OECD:PE-NCP:2016:PE-4-FS, Rn. 5.4; OECD:AU-NCP:2021:AU-19-IA, Rn. 15; OECD:AU-NCP:2022:AU-25-IA, Rn. 37; OECD:NL-NCP:2022:NL-48-IA, S. 10.

1005 OECD:NO-NCP:2009:NO-3-FS, S. 4.

1006 OECD, Annual Report 2006 (2006), S. 96; vgl. OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 9; vgl. OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 3, 24 f.; vgl. OECD:US-NCP:2016:US-44-FS, S. 10; vgl. OECD:CH-NCP:2022:CH-24-IA, S. 6.

1007 OECD, Annual Report 2006 (2006), S. 96; vgl. OECD:US-NCP:2015:US-41-FS, S. 9 f.; vgl. OECD:SE-NCP:2016:SE-4-FS, S. 10; vgl. OECD:AU-NCP:2022:AU-25-IA, Rn. 39.

1008 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 9; vgl. OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 24 f.; vgl. OECD:US-NCP:2016:US-44-FS, S. 10.

1009 UmVerf-Ko 2023, Rn. 35 betrifft nur Parallelverfahren.

1010 Näher: Kapitel 2 C. III.

strebte Parteieinigung steht bei Verfahrensbeginn noch nicht fest; sie kann vielmehr so abgefasst werden, dass sie keinen Rechtsverstoß enthält.¹⁰¹¹

Gleichwohl kann nationales Recht ein Verfahren vor einer bestimmten NKS *de facto* unmöglich machen. In Betracht kommen beispielsweise Geheimhaltungspflichten eines MNU. Aus diesem Grund hat die britische NKS eine Beschwerde abgewiesen, die sich gegen die britische Muttergesellschaft eines US-amerikanischen Unternehmens richtete, das Dienstleistungen für die US-Regierung erbrachte.¹⁰¹² US-amerikanisches Recht beschränkte hier einen Informationsfluss zwischen Tochter- und Muttergesellschaft.¹⁰¹³

IV. Frist und Form

Grundsätzlich gilt, dass für die Erhebung einer Beschwerde **keinerlei Frist**¹⁰¹⁴ zu beachten ist.¹⁰¹⁵ Dass manche Kontaktstellen dennoch die Beachtung einer Frist verlangen (häufig: 5 Jahre)¹⁰¹⁶ ist sehr kritisch zu sehen und in Abhängigkeit der Fristdauer und etwaigen Ausnahmen ein Verstoß gegen das Kriterium der Zugänglichkeit gem. Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 2 Verfahrensregelungen 2023.¹⁰¹⁷ Scharfe zeitliche Beschränkungen ergeben sich einzig daraus, dass Sachverhalte aus der Zeit vor der erstmaligen Verabschiedung der Leitsätze im Jahr 1976 aus dem zeitlichen Anwendungs-

1011 Vgl. OECD:US-NCP:2015:US-40-FS, S. 8 f.

1012 OECD:UK-NCP:2014:UK-45-IA, Rn. 2.

1013 OECD:UK-NCP:2014:UK-45-IA, Rn. 20.

1014 Es ist keine dogmatische Unterscheidung zwischen einer verfahrensbezogenen, einer materiellen, einer rechtshemmenden oder rechtsvernichtenden Einwendung auch nur in Ansätzen erkennbar. Ich werde derartige Unterscheidungen deshalb im Folgenden ignorieren.

1015 OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 50; OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 12; OECD, Stocktaking Report (2022), S. 74; OECD:BE-NCP:2019:BE-20-IA, S. 6; OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 12.

1016 OECD:DK-NCP:2014:DK-13-IA; OECD:HU-NCP:2020:HU-3-IA. Die brasilianische NKS kannte zunächst eine Frist von 12 Monaten (OECD:BR-NCP:2012:BR-12-IA; OECD:BR-NCP:2013:BR-14-IA), erweiterte sie aber später auf 60 Monate (OECD:BR-NCP:2022:BR-28-FS, Rn. 21).

1017 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 12; vgl. OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 15. Wenn Fristen festgelegt werden, verlangt das Effektivitätskriterium der Zugänglichkeit, dass sie in Abhängigkeit der Natur und Schwere der negativen Auswirkungen auf geschützte Belange sowie in Abhängigkeit der besonderen Bedürfnisse und einer etwaigen Abgeschiedenheit der Betroffenen ausgestaltet sind (VN Dok. A/HRC/38/20, S. 13).

bereich der Leitsätze fallen (Verbot der rückwirkenden Anwendung der Leitsätze; siehe: Kapitel 15 G. III.); sie können folglich nicht in einem spA-Verfahren vor einer NKS verhandelt werden (siehe bereits oben zur Schlüssigkeit: II. 1.). Beschwerden, die sich auf weit in der Vergangenheit liegende Sachverhalte nach 1976 beziehen, können allerdings an der Annahmenvoraussetzung eines Beitrags zur Effektivität der Leitsätze scheitern. Darauf werde ich noch ausführlich zurückkommen (Kapitel 13 B. V. 2.).

Aus dem Effektivitätskriterium der Zugänglichkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 2 Verfahrensregelungen 2023) ergibt sich, dass **Form**-Anforderungen an die Einreichung einer Beschwerde deutlich kommuniziert werden und leicht einsehbar sein müssen; sie müssen so aufwandsarm wie möglich gestaltet sein.¹⁰¹⁸ Zur (nicht immer praktisch umsetzbaren) Idealvorstellung zählt, dass sich ein Beschwerdeführer in der ihm genehmsten Form an die NKS wenden kann (sei es im Netz, fernmündlich, schriftlich oder persönlich), wobei insbesondere sprachlichen Hürden, Behinderungen oder sonstigen Einschränkungen Rechnung zu tragen ist (etwa: Analphabetismus, Mobilitätseinschränkungen, Taubheit).¹⁰¹⁹ Die konkreten Formerfordernisse ergeben sich aus den NKS-spezifischen Verfahrensleitfäden (Art. I-C-*Chapeau* S. 2 Verfahrensregelungen 2023).¹⁰²⁰

V. Beitrag zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze

Schließlich müsste die Annahme der Beschwerde einen Beitrag zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze leisten.¹⁰²¹ Diese deutungsoffene Annahmenvoraussetzung werde ich in einem eigenen Kapitel (Kapitel 13) ausführlich vorstellen. Sie hat Auffangcharakter und verlangt einen Abgleich zwischen der Streitfrage und den materiellen Zielen der Leitsätze (Zweckbeitrag) bzw. zwischen der Streitfrage und den Zielen eines spA-Verfahrens (Effektivitätsbeitrag).

1018 UmVerf-Ko 2023, Rn. 10 lit. b).

1019 VN Dok. A/HRC/38/20, S. 13.

1020 Siehe zu Illustrationszwecken die (mittlerweile wohl veralteten) einschlägigen Auszüge aus NKS-Verfahrensleitfäden bei: *OECD, Initial Assessment Guide* (2019), S. 22 ff.

1021 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6.

C. Vertiefte Prüfung (further examination)

Der Eintritt in die zweite Verfahrensetappe, die ich nachfolgend zusammenfassend als „vertiefte Prüfung“ (*further examination*) bezeichne,¹⁰²² muss klar erkennbar sein, indem das Ergebnis der ersten Evaluierung (Annahme oder Ablehnung der Beschwerde) eindeutig kommuniziert wird; ein Verschleifen beider Verfahrensetappen ist unstatthaft.¹⁰²³ Die „vertiefte Prüfung“ besteht entweder aus einer Phase oder aus zwei Phasen. In einer ersten Phase wird die NKS den Parteien **Vermittlungsdienste** anbieten, um sie zwecks einer Einigung einander anzunähern. Kommt keine Einigung zustande, nehmen manche NKSen in einer optionalen zweiten Phase eine **formale Untersuchung** des Falles vor.

I. Ablauf der vertieften Prüfung: Ein- oder Zweiphasigkeit

In den Umsetzungsverfahren wird nicht streng zwischen beiden Phasen der vertieften Prüfung unterschieden. Vielmehr lassen die einschlägigen Regelungen den NKSen große Interpretationsspielräume.¹⁰²⁴ Deshalb haben sich für diese beiden Phasen keine festen Begrifflichkeiten herausbilden können. In den Regelungen der Umsetzungsverfahren wird lediglich die erste Phase hervorgehoben (1.). Die zweite Phase einer formalen Untersuchung wird lediglich implizit im Zusammenhang mit der das Verfahren beschließenden Erklärung der NKS erwähnt (2.).

1. Erste Phase: Vermittlungsverfahren

Die erste Phase der vertieften Prüfung wird in den Leitsätzen mit verschiedenen Begriffen umschrieben. Die Rede ist von einem Diskussionsforum (*forum for discussion*, Art. I-C-*Chapeau* S. 4 Verfahrens-

1022 Eine feststehende Bezeichnung hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht etablieren können. Der Begriff der „vertieften Prüfung“ (*further examination*) taucht jedenfalls in Art. I-C-2, I-C-3 Verfahrensregelungen 2023 und UmVerf-Ko 2023, Rn. 33, 34, 36, 41 auf.

1023 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 41, 43.

1024 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 78; *Davarnejad*, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (364); vgl. OECD, Annual Report 2011 (2012), S. 42 (Ansicht der US-NKS).

regelungen 2023),¹⁰²⁵ von der Unterstützung konstruktiver Dialoge und der Moderation einer Einigung (*supporting constructive dialogue* bzw. *facilitating agreements*, Art. I-C-Chapeau S. 5 Verfahrensregelungen 2023), von guten Diensten (*good offices*, Art. I-C-3-Chapeau Verfahrensregelungen 2023)¹⁰²⁶ sowie von einvernehmlichen und nicht-kontradiktorischen Streitbeilegungsverfahren (*consensual and non-adversarial means*) wie Vermittlung oder Schlichtung (*mediation or conciliation*, Art. I-C-3 lit. d) Verfahrensregelungen 2023)¹⁰²⁷. Ziel dieser Phase ist, dass die NKS den Parteien bei der Lösung der Streitfragen hilft (*resolving the issues*, Art. I-C-Chapeau S. 1, 4, I-C-3 lit. d) Verfahrensregelungen 2023)¹⁰²⁸.

In dieser Begriffsvielfalt ist kein Oberbegriff erkennbar. In Betracht kämen allenfalls die „guten Dienste“ (*good offices*).¹⁰²⁹ Herkömmlicherweise wird unter guten Diensten jedoch eine sehr zurückhaltende Einbeziehung eines Dritten verstanden, die seine Beteiligung an den Verhandlungen zwischen den Streitparteien ausschließt.¹⁰³⁰ Das ist nicht vereinbar mit den Tätigkeiten einer NKS, zu denen Anfragen an Interessenträger, Behörden, die OECD, andere NKSen sowie insbesondere Vermittlungs- (*mediation*) und Schlichtungsbemühungen (*conciliation*) zählen.¹⁰³¹ Gerade bei Vermittlung und Schlichtung handelt es sich um eigenständige, aus Parteiensicht invasivere Verfahrensarten. Ich werde die erste Phase der vertieften Prüfung im Folgenden als Vermittlungsphase (Vermittlung im weiteren Sinne) bezeichnen. Vermittlung (*mediation*) im engeren Sinne ist ein Verfahren, bei dem ein Dritter mit, im Vergleich zu anderen Verfahrensarten, mittlerer Intensität involviert ist.¹⁰³² Insofern bietet sich dieser Begriff an, auch auf andere Verfahrensarten ausgedehnt zu werden – zumal die Vermittlung sowohl in Richtung weniger invasiver Streitbeilegungsverfahren (etwa: gute

1025 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 37 (*platform for dialogue, facilitating dialogue*).

1026 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 36–38.

1027 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 38.

1028 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 36–38.

1029 In UmVerf-Ko 2023, Rn. 36–38 werden die guten Dienste als Oberbegriff verwandt.

1030 Reif, Fordham Intl LJ 14 (1990), 578 (581 f.); Lapidoth, Good Offices, MPEPIL (2006), Rn. 1; Merrills/Brabandere, Merrills' International Dispute Settlement (2022), S. 66.

1031 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 36, 38.

1032 Merrills/Brabandere, Merrills' International Dispute Settlement (2022), S. 66.

Dienste) als auch invasiverer Verfahren (etwa: Schlichtung) Unschärfen aufweist.¹⁰³³

Allerdings sind weniger die Begrifflichkeiten als Folgendes entscheidend: Die von der NKS angewandten Verfahren müssen zwingend **einvernehmliche** (konsensuale) **und nicht-kontradiktorische Verfahren** sein (*consensual and non-adversarial*, Art. I-C-3 lit. d) Verfahrensregelungen 2023).¹⁰³⁴ Die Begriffsvielfalt verdeutlicht, dass die Beteiligungsformen der NKS vielfältig sind. Sie reichen insbesondere von guten Diensten (*good offices*), über Vermittlung (im engeren Sinne, *mediation*) und Moderation (*facilitation*) bis hin zu Schlichtung (*conciliation*).¹⁰³⁵ Einer NKS ist die Wahl – insbesondere zwischen Vermittlung und Schlichtung – freigestellt.¹⁰³⁶ Sie kann auch mehrere Verfahrensarten miteinander kombinieren.¹⁰³⁷ Vermittlung (im engeren Sinne) ist ein freiwilliger und vor allem *geführter* Prozess, bei dem ein neutraler Vermittler die Interessen der Parteien ermittelt und ihnen hilft, ihren Streit durch Verhandlungen beizulegen, deren Bedingungen sie selbst festgelegt haben.¹⁰³⁸ Ein Schlichter (*conciliator*) wird eine dirigierende, noch aktivere und formale Rolle als ein Vermittler (im engeren Sinne) spielen, etwa indem er seine Expertise zu den aufgeworfenen rechtlichen und faktischen Fragen einbringen und den Parteien direkte Lösungsvorschläge unterbreiten wird.¹⁰³⁹

NKSen können das Vermittlungsverfahren (im weiteren Sinne) selbst durchführen oder externe Vermittler engagieren.¹⁰⁴⁰ Ein externer Vermittler könnte von den Parteien als unabhängiger und glaubwürdiger wahrgenommen werden als ein Vermittler aus den Reihen der NKS-Mitarbeiter.¹⁰⁴¹ Andererseits wird ein externer Vermittler regelmäßig geringere Kenntnisse

1033 Orrego Vicuña, *Mediation*, MPEPIL (2010), Rn. 3; *Merrills/Brabandere*, *Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 66.

1034 UmVerf-Ko 2023, Rn. 38.

1035 Vgl. *Consensus Building Institute*, *NCP Mediation Manual* (2012), S. 42.

1036 *Consensus Building Institute*, *NCP Mediation Manual* (2012), S. 41 f.

1037 *Davarnejad*, *Journal of Dispute Resolution* 2011, 351 (365).

1038 *OECD*, *Annual Report 2012* (2012), S. 47; *OECD:US-NCP:2020:US-49-FS*, S. 5; *Davarnejad*, *Journal of Dispute Resolution* 2011, 351 (365); *Consensus Building Institute*, *NCP Mediation Manual* (2012), S. 21, 41 f.; *Maheandiran*, *Harvard Negotiation Law Review* 20 (2015), 205 (220 f.).

1039 *OECD*, *Annual Report 2012* (2012), S. 47; vgl. *Davarnejad*, *Journal of Dispute Resolution* 2011, 351 (365); vgl. *Consensus Building Institute*, *NCP Mediation Manual* (2012), S. 21.

1040 UmVerf-Ko 2023, Rn. 38.

1041 *Consensus Building Institute*, *NCP Mediation Manual* (2012), S. 43 f.; *Mestad*, in: *Bonucci/Kessedjian* (Hrsg.), *40 ans des lignes directrices* (2018), 165 (169).

der Leitsätze haben.¹⁰⁴² Seine Ernennung kann den Prozess außerdem verzögern.¹⁰⁴³ Im Idealfall einigen sich die Parteien auf die Ernennung eines externen Vermittlers von einer Auswahlliste der NKS.¹⁰⁴⁴

2. Optionale zweite Phase

Die zweite Phase der Verfahrensetappe der vertieften Prüfung findet keine explizite Erwähnung in den Umsetzungsverfahren. Auf ihre Existenz kann nur daraus geschlossen werden, dass im Falle gescheiterter Vermittlungsbemühungen eine Abschlusserklärung zu veröffentlichen und damit eine Eigenleistung der NKS gefordert ist (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Diese Erklärung kann Empfehlungen (*recommendations*) und Feststellungen (*determinations*) enthalten (Art. I-C-4 lit. b), c) Verfahrensregelungen 2023). Damit eine NKS derartige Empfehlungen oder Feststellungen aussprechen kann, muss sie die aufgeworfenen Streitfragen im Lichte der Leitsätze bewerten und sich hierzu positionieren. Für diese Bewertung braucht sie eine faktische und normative Bewertungsgrundlage. Bei manchen (aber nicht allen) NKSen verdichtet sich die Gewinnung einer solchen Bewertungsgrundlage zu einer formalen Untersuchung. Im Einzelnen ist Folgendes festzuhalten:

Kommt eine Einigung zwischen den Parteien zustande, verlangt Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023 die Veröffentlichung einer Abschlusserklärung, die mindestens die folgenden Elemente enthält: Sie soll (i) die Streitfragen, (ii) die Positionen der Parteien, (iii) die Unterstützungsmaßnahmen der NKS und (iv) das Datum der Einigung der Parteien beschreiben. (v) Informationen zum Inhalt der Einigung dürfen nur in die Erklärung aufgenommen werden, sofern die Parteien hierin eingewilligt haben. Kommt keine Einigung zwischen den Parteien zustande, stellt Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 abweichende Anforderungen an den Mindestinhalt der Abschlusserklärung. Neben den soeben erwähnten Punkten (i), (ii) und (iii) soll die Erklärung beschreiben, (vi) weshalb die NKS die Beschwerde zur vertieften Prüfung angenommen hat, (vii) wie sich die Parteien in das Verfahren eingebracht haben und gegebenenfalls (viii) wieso

1042 *Consensus Building Institute*, NCP Mediation Manual (2012), S. 44; *Mestad*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 165 (169).

1043 OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 13.

1044 *Mestad*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 165 (169).

eine Einigung scheiterte. Liegt eine Einigung der Parteien vor, *kann* die NKS den Parteien Empfehlungen zur Umsetzung der Leitsätze unterbreiten (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023); fehlt es an einer Einigung, *soll* sie Empfehlungen unterbreiten und kann sie nach ihrem *Ermessen* Feststellungen treffen (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023).

Auffällig ist, dass die Inhalte der Abschlusserklärung, die eine inhaltliche Auseinandersetzung der NKS mit der Beschwerde voraussetzen, nicht verpflichtend sind: Die Inhalte der Abschlusserklärung lassen sich in deskriptive ((i) bis (viii), exklusive (vi)) und bewertende Elemente ((vi), Empfehlungen, Feststellungen) aufteilen. Deskriptive Angaben verlangen keine Bewertung des Inhalts der Beschwerde durch die NKS und insbesondere keine Subsumtion; nur sie sind aber Mindestbestandteil der Abschlusserklärung (*should at a minimum*). Eine Ausnahme bildet die verpflichtende Angabe (vi), die eine Subsumtion unter die Annahmeveraussetzungen und damit eine erste inhaltliche Bewertung der Beschwerde verlangt.¹⁰⁴⁵ Damit bezieht sich aber auch diese Pflichtangabe jenseits von Plausibilisierungsanforderungen¹⁰⁴⁶ nicht auf die Begründetheit der Beschwerde. Bewerten die Angaben stehen demgegenüber (mit Abstufungen) im Ermessen einer NKS: Während Feststellungen vollständig im Ermessen einer NKS stehen (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023), ist das Ermessen bei Empfehlungen zumindest eingeschränkt, wenn keine Einigung der Parteien vorliegt (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023: „*should*“).¹⁰⁴⁷ Da es aber keine inhaltlichen Vorgaben für Empfehlungen gibt, unterscheiden sie sich stark in ihrem Präzisionsgrad.¹⁰⁴⁸ Eine sehr allgemein gehaltene Empfehlung (etwa: „Der Beschwerdegegner sollte die Leitsätze beachten.“) wird eine NKS schon auf Basis einer tönernen Bewertungsgrundlage aussprechen können. Je präziser und konkreter ihre Empfehlung wird, desto rigoroser müssen ihre Nachforschungen sein. Um eine Feststellung darüber zu treffen, ob sich der Beschwerdegegner leitsatzkonform verhalten hat, muss eine NKS über solide Kenntnisse des Sachverhalts und der Erwartungen der Leitsätze verfügen.¹⁰⁴⁹

1045 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 46.

1046 Siehe zu den inhaltsbezogenen Annahmeveraussetzungen: B. II.

1047 Zum Unterschied zwischen *may* und *should* im Sprachgebrauch der Regelungen der Umsetzungsverfahren: UmVerf-Ko 2023, Rn.1 in Verbindung mit Art. III-1 RatsE-Leitsätze 2023.

1048 Näher: III. 2. b).

1049 OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 30; Daniel u. a., Remedy Remains Rare (2015), S. 42.

Die Inhalte dieser Abschlusserklärungen sind damit so vage vorgegeben, dass sie von belanglos-deskriptiven bis hin zu inquisitorisch-analytischen Erklärungen reichen können. Die Pflichtangaben in Abschlusserklärungen garantieren nicht, dass sich die NKS mit der Beschwerde in der Sache (vertieft) auseinandersetzt.¹⁰⁵⁰ In der Folge bestehen große Unterschiede zwischen NKSen, ob und wie sehr sie den Sachverhalt, der einer Beschwerde zugrunde lag, untersuchen und im Lichte der Leitsätze würdigen.¹⁰⁵¹ NKSen können vielmehr über die Gestaltung ihrer Abschlusserklärung die Anforderungen an die Tiefe ihrer vorausgehenden Untersuchungen steuern. Während manche NKSen die zweite Phase der vertieften Prüfung zu einer **formalen Untersuchung** der Beschwerde aufwerten (a)), verkümmert die zweite Phase bei anderen NKSen zu einer **informellen Erarbeitung einer Position oder unterbleibt ganz** (b)).¹⁰⁵² Obwohl das spA-Verfahren in seiner heutigen Form schon über zwei Jahrzehnte besteht, haben sich keine einheitlichen Verfahrensstandards herausbilden können.¹⁰⁵³

a) Option 1: Formale Untersuchung

Die Verfahrensleitfäden mancher NKSen spiegeln die Trennung zwischen beiden Phasen der vertieften Prüfung deutlich wider und erkennen die Phase einer formalen Untersuchung als eigenständige Phase an. Hierzu zählt insbesondere der Verfahrensleitfaden der australischen NKS, der besonders klar zwischen der Phase der „*dispute resolution (good offices)*“ und der „*examination*“ trennt.¹⁰⁵⁴ Die niederländische NKS trennt zwischen einer auf Dialog und einer nicht auf Dialog basierenden vertieften Prü-

1050 Oshionebo, Lewis & Clark Law Review 17 (2013), 545 (581); Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 247, 253 f.; Maheandiran, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (218 f.); vgl. Davarnejad, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (364).

1051 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 77 f.; Daniel u. a., Remedy Remains Rare (2015), S. 41 f.; Buhmann, in: Enneking u. a. (Hrsg.), Accountability, International Business Operations, and the Law (2019), 38 (52).

1052 Davarnejad, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (371); Oshionebo, Lewis & Clark Law Review 17 (2013), 545 (580); Maheandiran, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (222).

1053 Otteburn, ILARC 7 (2021), 33 (37 f.).

1054 Australische NKS, Complaint Procedures (2024), Rn. 37 ff., 50 ff.

fung.¹⁰⁵⁵ Auch die Leitfäden anderer NKSen sind mal mehr¹⁰⁵⁶ und mal weniger¹⁰⁵⁷ deutlich in ihrer Unterscheidung beider Phasen.

Bei einer formalen Untersuchung ermittelt die NKS autonom, ob die Beschwerde begründet ist und ob das Unternehmen die Leitsätze verletzt hat.¹⁰⁵⁸ Das kann bedeuten, dass die NKS weitere Informationen oder Stellungnahmen einholt, weitere Sitzungen mit den Parteien abhält, Experten, Interessenträger oder Regierungsstellen (Ministerien, Auslandsvertretungen) befragt und in Ausnahmefällen eine Inaugenscheinnahme vor Ort durchführt.¹⁰⁵⁹

b) Option 2: Keine formale Untersuchung

Die Verfahrensleitfäden anderer NKSen sehen hingegen keine explizite zweite Phase der vertieften Prüfung vor. Oft paraphrasieren sie die mehrdeutigen Bestimmungen der Umsetzungsverfahren auf OECD-Ebene.¹⁰⁶⁰ Die so fortgesetzte Unklarheit eröffnet ein Spektrum, das vom gänzlichen Ausfall einer zweiten Phase der vertieften Prüfung bis zu einer informellen Erarbeitung einer Position zur Begründetheit der Beschwerde reicht.

Für manche NKSen existiert demnach keine zweite Phase. So haben beispielsweise die brasilianische NKS¹⁰⁶¹ und die US-amerikanische NKS¹⁰⁶²

1055 *Niederländische NKS*, Specific Instance Procedure (2024), S. 4.

1056 *Litauische NKS*, Rules of Procedure (2017), Rn. 31 ff.; *Britische NKS*, Mediation Procedures (2025) und *Britische NKS*, Procedures (2019), Rn. 4.6.1 ff.; *Norwegische NKS*, Case-handling procedures (2025), S. 11 ff. (deutliche Unterscheidung).

1057 *Luxemburgische NKS*, Procédure pour soumettre des cas spécifiques (2022), S. 3 f.

1058 *Litauische NKS*, Rules of Procedure (2017), Rn. 32; *Britische NKS*, Procedures (2019), Rn. 4.6.2, 4.6.8; *Luxemburgische NKS*, Procédure pour soumettre des cas spécifiques (2022), S. 4; *Australische NKS*, Complaint Procedures (2024), Rn. 50.1; *Niederländische NKS*, Specific Instance Procedure (2024), S. 4.

1059 *Litauische NKS*, Rules of Procedure (2017), Rn. 32 ff.; *Britische NKS*, Procedures (2019), Rn. 4.6.4 ff.; *Luxemburgische NKS*, Procédure pour soumettre des cas spécifiques (2022), S. 4; *Australische NKS*, Complaint Procedures (2024), Rn. 52 ff.; *Niederländische NKS*, Specific Instance Procedure (2024), S. 4.

1060 Vgl. *Kanadische NKS*, Specific Instance Procedures (2022), Rn. 5 ff.; vgl. *Deutsche NKS*, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 62 ff.; vgl. *Koreanische NKS*, Operation Rules (2024), Art. 16 f.; vgl. *Japanische NKS*, Case-Handling Procedures (2025), S. 5 f.

1061 OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S. 32 ff. Der neueste Verfahrensleitfaden deutet hingegen einen Wandel an, da nun auch die Möglichkeit von Nachforschungen seitens der BR-NKS genannt werden: *Brasilianische NKS*, Procedure Manual for Specific Instances (2024), Rn. 6.2.

1062 *US-amerikanische NKS*, Guide (2019), S. 7.

explizit zu verstehen gegeben, dass die Vermittlungsphase die einzige Phase der vertieften Prüfung ist und sie streng an einem einvernehmlichen und nicht-kontradiktorischen Verfahren festhalten. Ist eine zweite Phase nicht vorgesehen, folgt daraus, dass die Verfahrensschritte, die eine NKS im Anschluss an ihre Vermittlungsbemühungen unternimmt, allenfalls informeller Natur sind. Je nachdem, welchen Anspruch eine NKS an die Spezifität und Ausführlichkeit ihrer Feststellungen und Empfehlungen stellt, muss die Würdigung der Beschwerde umfassender sein oder kann oberflächlicher ausfallen.

Andere NKSen, wie die französische¹⁰⁶³ und die kanadische¹⁰⁶⁴ NKS, bekennen sich zur Möglichkeit, Feststellungen zu treffen, kennen aber dennoch keine formale Untersuchung als zweite Phase der vertieften Prüfung. Die FR-NKS hält lediglich fest, dass sie zur Sachverhaltsermittlung nicht an den Parteivortrag gebunden sei und eigene Untersuchungen anstellen könne.¹⁰⁶⁵ Schließt eine NKS (wie die deutsche, die belgische und die eidgenössische)¹⁰⁶⁶ explizit aus, Feststellungen zu treffen, wird man auf eine weniger umfassende informelle Positionierung schließen können. Die BE-NKS hält insofern fest, dass es primär Aufgabe der Parteien sei, die Begründetheit der Beschwerde darzulegen, dass sie selbst aber einzelne Fragen klären und Experten befragen könne.¹⁰⁶⁷ Ähnlich dürfte es die DE-NKS halten.¹⁰⁶⁸ Bei anderen NKSen wie der koreanischen bleibt die Möglichkeit einer Feststellung unerwähnt. Der koreanische Verfahrensleitfaden erlaubt der NKS dennoch, nach Beendigung der Vermittlungsphase eigene Nachforschungen anzustellen.¹⁰⁶⁹

1063 *Französische NKS*, Règlement intérieur (2025), Rn. 33.2.

1064 Die CA-NKS behält sich verschiedentlich eine Feststellung vor (OECD:CA-NCP:2019:CA-20-IA, Annex B; OECD:CA-NCP:2020:CA-17-FS, Annex B), kennt in ihrem Leitfaden aber kein gesondertes Verfahren hierfür (vgl. *Kanadische NKS*, Specific Instance Procedures (2022), Rn. 5 ff.).

1065 *Französische NKS*, Règlement intérieur (2025), Rn. 29.

1066 *Belgische NKS*, Règlement d'ordre intérieur (2021), Annexe 2, S. 1; *Deutsche NKS*, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 69; *Schweizer NKS*, Verfahrensanleitung (2024), S. 2.

1067 *Belgische NKS*, Règlement d'ordre intérieur (2021), Annexe 2, S. 1.

1068 Die deutsche NKS wird häufig im Lager derjenigen NKSen verortet, die eine zweite Phase kennen und eigenständige Untersuchungen anstellen (*Oshionebo*, Lewis & Clark Law Review 17 (2013), 545 (586); *Maheandiran*, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (223); vgl. *OECD*, Annual Report 2011 (2012), S. 42 (DE-NKS hält eine Untersuchung der Leitsatzkonformität für Voraussetzung, um Empfehlungen aussprechen zu können)).

1069 *Koreanische NKS*, Operation Rules (2024), Art. 17 Abs. 4.

3. Verhältnis beider Phasen zueinander

Eine zweite Phase der vertieften Prüfung ist gegenüber der ersten Phase, der Vermittlungsphase, nachrangig und optional; die Vermittlungsphase prägt den Charakter des spA-Verfahrens.¹⁰⁷⁰ Das ergibt sich bereits daraus, dass nur sie explizit in den Umsetzungsverfahren erwähnt wird (vgl. Art. I-C-3 Verfahrensregelungen 2023).¹⁰⁷¹ Nachrangigkeit ist hier im Sinne einer Priorisierung der angestrebten Verfahrensausgänge gemeint. Diese Priorisierung wird nicht zwingend von einer entsprechenden zeitlichen Abfolge begleitet. Es ist nicht ausgeschlossen, dass NKSen parallel zu angebotenen Vermittlungsdiensten eigene Untersuchungen anstellen.¹⁰⁷² Bei NKSen, die nicht streng zwischen beiden Phasen unterscheiden, wird ein verschliffener Übergang nachgerade unvermeidbar sein. Anders verhält es sich bei NKSen, die eine formale Untersuchung als eigenständige zweite Phase der vertieften Prüfung kennen. Für sie bildet das Scheitern der Vermittlungsphase die Zäsur, um in die zweite Phase einzusteigen.¹⁰⁷³

Der Unterschied zwischen einer einphasigen und einer zweiphasigen vertieften Prüfung ist grundlegender Natur. Man wird hier von einem der größten Streitpunkte zwischen NKSen sprechen können.¹⁰⁷⁴ Erfolgt bei einer zweiphasigen vertieften Prüfung eine formale Untersuchung, ist der Bereich des einvernehmlichen und nicht-kontradiktorischen Verfahrens verlassen; die formale Untersuchung ist „legalistisch“ und hat mehr Anklänge an ein Gerichts- oder Schiedsverfahren als an ein Vermittlungs- oder Schlichtungsverfahren.¹⁰⁷⁵ Eine NKS, die sich zu einer formalen Untersuchung bekennt, beschränkt ihre Rolle nicht auf diejenige einer Vermittlerin im weiteren Sinne.

1070 *Britische NKS*, Procedures (2019), Rn. 1.1.3; *Davarnejad*, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (381); *Khoury/Whyte*, Journal of Human Rights 18 (2019), 363 (365); vgl. *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 244, 259; vgl. *Maheandiran*, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (219).

1071 UmVerf-Ko 2023, Rn. 36 ff.

1072 *Davarnejad*, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (581 f.).

1073 *Litauische NKS*, Rules of Procedure (2017), Rn. 32.1 ff.; *Britische NKS*, Procedures (2019), Rn. 4.6.1; *Luxemburgische NKS*, Procédure pour soumettre des cas spécifiques (2022), S. 4; *Niederländische NKS*, Specific Instance Procedure (2024), S. 4.

1074 Vgl. *Davarnejad*, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (380 f.); vgl. *Maheandiran*, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (222); vgl. *Kaufmann*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 175 (182).

1075 Vgl. *Davarnejad*, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (383 f.); vgl. *Maheandiran*, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (224 f.).

Während manche NKSen in einer formalen Untersuchung einen Widerspruch zur konsensualen Natur eines spA-Verfahrens sehen,¹⁰⁷⁶ sehen andere Stimmen hierin eine willkommene Möglichkeit, den Leitsätzen größere praktische Wirksamkeit zu verleihen, weil der Weigerung einer Partei, sich redlich am Vermittlungsverfahren zu beteiligen, Konsequenzen folgen.¹⁰⁷⁷ Richtig ist jedenfalls, dass eine formale Untersuchung der Leitsatzkonformität des Verhaltens eines Unternehmens zumindest keine Abkehr von der unverbindlichen Rechtsnatur der Leitsätze bedeutet; die Beurteilung, ob ein Verhalten einer Norm entspricht, beeinflusst ihre (fehlende) Rechtsverbindlichkeit in keiner Weise.¹⁰⁷⁸ Die 2023er Überarbeitung hat diese Kontroverse zumindest teilweise entschärft, weil sie die Frage, ob NKSen eine derartige Rolle wahrnehmen *dürfen*, außer Streit gestellt hat: Mit der seit 2023 expliziten Erwähnung der „Feststellungen“ in Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen wurde die bis dahin *praeter legem* entwickelte Praxis der Feststellungen sanktioniert. Da Feststellungen zwingend eine formale Untersuchung voraussetzen, wurde zugleich die Praxis der formalen Untersuchung gebilligt.

Weitestgehend ungelöst bleibt aber das Verhältnis zwischen beiden Phasen der vertieften Prüfung. Insbesondere wird ein Phasenwechsel kaum friktionslos gelingen können und kann eine Zweiphasigkeit der Problemlösung schaden. Sind die an beiden Phasen beteiligten NKS-Mitglieder personenidentisch, müssen sich die Verfahrensparteien damit auseinandersetzen, ob sich ihre bereitwillige Beteiligung in der ersten Phase nachteilig auf ihre Position in der zweiten Phase auswirkt. Es besteht kein Anlass für eine Partei, während der ersten Phase Informationen mit der NKS und der Gegenpartei zu teilen oder Zugeständnisse zu machen, die in einer zweiten Phase gegen sie verwandt werden können. Nicht umsonst sehen viele Regelungen zu Schlichtungsverfahren vor, dass während eines Schlichtungsverfahrens getätigte Einlassungen später nicht vor einem Gericht oder Schiedsgericht verwandt werden dürfen.¹⁰⁷⁹ Auch *mediation-arbitration* Vereinbarungen, bei denen

1076 OECD, Annual Report 2011 (2012), S. 42 (Ansicht US-NKS); OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 29 (Ansichten mancher NKSen); OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S. 32 ff.

1077 OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 29 (Ansichten mancher NKSen); *Davarnejad*, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (382 f.); *Oshionebo*, Lewis & Clark Law Review 17 (2013), 545 (586); *Daniel* u. a., Remedy Remains Rare (2015), S. 43.

1078 *Davarnejad*, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (383 f.).

1079 UNCITRAL, UNCITRAL Conciliation Rules (1980), Art. 20; VN, UN Model Rules for Conciliation of Disputes between States (1996), Art. 28; PCA, Optional Concili-

dieselbe Person zunächst als Vermittler und anschließend als Schiedsrichter wirken soll, sind aus diesem Grund unpraktikabel.¹⁰⁸⁰ Zudem droht die Befangenheit des neutralen Dritten in seiner Schiedsrichterfunktion und wird er sich während der zweiten Phase durch die Vertraulichkeit der ersten Phase besonders herausgefordert sehen.¹⁰⁸¹ Möglicherweise wird er deshalb schon sein Vermittleramt weniger frei ausüben.¹⁰⁸² Eine drohende formale Untersuchung zeitigt auch bei NKSen die unerwünschte Vorwirkung, bereits das nicht-kontradiktorische Vermittlungsverfahren in ein kontradiktorisches Verfahren zu verwandeln.¹⁰⁸³ Sofern die Offenlegung selbstinkriminierender Informationen nicht notwendig ist, wird man jedoch denjenigen Stimmen beipflichten müssen, die darauf hinweisen, dass eine drohende zweite Phase Druck auf die Parteien aufbaut und ihre Einigungsbereitschaft fördert.¹⁰⁸⁴ *De lege ferenda* scheint es mir erstrebenswert, beide Phasen institutionell, personell und prozedural streng voneinander abzuschirmen;¹⁰⁸⁵ der verstärkte Einsatz NKS-fremder (externer) Vermittler und Schlichter wäre eine sinnvolle Maßnahme.

II. Charakteristika der vertieften Prüfung

Da sich die vertiefte Prüfung, wie soeben dargestellt, von NKS zu NKS unterscheidet, fällt es schwer, allgemeine Charakteristika zu erkennen. Die Umsetzungsverfahren der Leitsätze enthalten bei näherer Betrachtung also nicht eine Verfahrensart, sondern mehrere.¹⁰⁸⁶ Der unterschiedliche Umgang der NKSen mit der vertieften Prüfung hat Auswirkungen auf ihren Umgang mit der Ermittlung des Sachverhalts (1.) und der Gewichtung der prospektiven gegenüber der retrospektiven Dimension des spA-Verfahrens (2.).

ation Rules (1996), Art. 20. Siehe insbesondere Art. 35 ICSID-Ü („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).

1080 Pitkowitz/Richter, SchiedsVZ 2009, 225 (229).

1081 Pitkowitz/Richter, SchiedsVZ 2009, 225 (229).

1082 Pitkowitz/Richter, SchiedsVZ 2009, 225 (229).

1083 OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 29 (Ansichten mancher NKSen).

1084 Siehe Fußnote 1077.

1085 Siehe mittlerweile auch die klare Regelung bei: *Britische NKS*, Mediation Procedures (2025), Rn. 6.

1086 *Davarnejad*, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (372).

1. Sachverhaltsaufklärung

Die Umsetzungsverfahren enthalten so gut wie keine Vorgaben zur Sachverhaltsaufklärung durch NKSen.¹⁰⁸⁷ Weder dem Beibringungs- noch dem Amtsermittlungsgrundsatz ist eindeutig der Vorzug zu geben.

Fraglos sind NKSen zur Tatsachenermittlung befugt.¹⁰⁸⁸ Die Kommentierungen der Umsetzungsverfahren erlauben es NKSen explizit, den Rat (*advice*) zuständiger Behörden, von Unternehmensverbänden, Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen oder von Sachverständigen einzuholen (Art. I-C-3 lit. a) Verfahrensregelungen 2023); der Begriff „Rat“ ist dabei so flexibel, dass darunter auch Erkundigungen zur Tatsachenermittlung gefasst werden können. Zugleich wird man andererseits festhalten können, dass eine NKS nicht von Amts wegen zur vollständigen Aufklärung des Sachverhalts verpflichtet ist.¹⁰⁸⁹ Es handelt sich primär um ein konsensuales und nicht-inquisitorisches Verfahren. In der verpflichtenden Vermittlungsphase wirken sich verbleibende Zweifel zum Sachverhalt auch weniger stark aus, weil in einem Vermittlungsverfahren die Ermittlung des Sachverhalts von geringerer Bedeutung ist.¹⁰⁹⁰ Vergleichbar damit hat die Sachverhaltsaufklärung auch bei einem völkerrechtlichen Schlichtungsverfahren (*conciliation*) nur dienende Funktion: Was der Annäherung der Parteien nicht nützt, braucht nicht ermittelt zu werden.¹⁰⁹¹

Die Last der Sachverhaltsaufklärung liegt mithin primär bei den Parteien. Manche NKSen verlassen sich deshalb auf den Parteivortrag oder messen ihm große Bedeutung bei.¹⁰⁹² Aus dem Effektivitätskriterium der Unparteilichkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 5 Var. 1 Verfahrensregelungen 2023) folgt aber, dass sich eine NKS nicht auf den Vortrag nur einer Partei verlassen darf; sie muss sich auf die Vorträge beider Partei-

1087 Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 252; vgl. Perillo, Intl Community Law Rev 24 (2022), 36 (46 f.). Wenig weiterführend: OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 28 f.

1088 UmVerf-Ko 2023, Rn. 50 Punkt 1; OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 28; Maheandiran, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (216); Perillo, Intl Community Law Rev 24 (2022), 36 (46).

1089 Vgl. Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 252: Der Amtsermittlungsgrundsatz gelte nicht.

1090 OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 24 f.; OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 12.

1091 Merrills/Brabandere, Merrills' International Dispute Settlement (2022), S. 113.

1092 OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 30; Belgische NKS, Règlement d'ordre intérieur (2021), Annexe 2, S. 1.

en stützen.¹⁰⁹³ Diese Parteivorträge sind für die NKS allerdings nicht bindend.¹⁰⁹⁴ Das ergibt sich erstens aus dem bereits erwähnten Art. I-C-3 lit. a) Verfahrensregelungen 2023, wonach NKSen schon während des Vermittlungsverfahrens den Rat verschiedener Stellen einholen können. Zweitens ergibt es sich daraus, dass Beschwerdeführer und -gegner nicht über ein rein privates Verhältnis zwischen sich streiten, sondern über Verhaltenserwartungen an Unternehmen, deren Einhaltung im öffentlichen Interesse liegt;¹⁰⁹⁵ angesichts dessen wäre es unzureichend, wenn sich NKSen allein auf die Parteivorträge stützen würden.¹⁰⁹⁶ NKSen sollten vielmehr die ihnen zur Verfügung stehenden Informationsquellen situationsadäquat ausschöpfen.

Damit kann festgehalten werden: NKSen dürfen den Sachverhalt aus eigenem Antrieb aufklären und sollten dies unter Umständen auch in Ergänzung der Parteivorträge tun; eine vollständige Sachverhaltsaufklärung müssen sie aber nicht leisten. Mehr Vorgaben bestehen nicht. Im Grunde genommen hinterlässt das Schweigen der Verfahrensregelungen ein Vakuum. Während das Vakuum in der ersten Phase der vertieften Prüfung mehr oder weniger einheitlich durch NKSen gefüllt wird, besteht bei der optionalen zweiten Phase große Unsicherheit. Ob und wie eine NKS diese Lücke füllt, hängt nicht nur davon ab, mit welchem Kenntnisstand eine NKS das Vermittlungsverfahren verlässt, sondern primär von ihrem Selbstverständnis. Wenig überraschend gehen die NKSen mit dem so gelassenen Spielraum sehr unterschiedlich um.¹⁰⁹⁷ NKSen mit einem zweiphasigen Vorgehen werden den der Beschwerde zugrundeliegenden Sachverhalt während ihrer formalen Untersuchung aufklären müssen. Bei NKSen ohne formale Untersuchung hängt die Tatsachenermittlung an ihrer Bereitschaft zur inhaltlichen Würdigung der Beschwerde. Eine NKS, die eine Feststellung zur Leitsatzkonformität des beschwerdegegnerischen Verhaltens treffen möchte, muss über eine ausreichende Faktenbasis verfügen.¹⁰⁹⁸ Für unspezifische Empfehlungen ist die benötigte Faktenbasis sehr viel kleiner.¹⁰⁹⁹

1093 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 52.

1094 *Belgische NKS*, Règlement d'ordre intérieur (2021), Annexe 2, S. 1; *Französische NKS*, Règlement intérieur (2025), Rn. 29; *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 267.

1095 *Santner*, Geo. Wash. Int'l L. Rev. 43 (2011), 375 (377).

1096 *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 252.

1097 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 77 f.

1098 OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 30.

1099 Vgl. OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 28.

Neben schreibtbasierten Recherchen kann eine NKS grundsätzlich auf Ortstermine oder Begutachtungen durch Experten zurückgreifen.¹¹⁰⁰ Häufiger genutzt wird die Möglichkeit, Auskünfte von Nichtregierungsorganisationen,¹¹⁰¹ Wirtschaftsvertretern, Arbeitnehmervertretern, Botschaften,¹¹⁰² NKSen anderer Staaten, Behörden,¹¹⁰³ der OECD oder anderen internationale Organisationen¹¹⁰⁴ einzuholen (vgl. Art. I-C-3 lit.a) Verfahrensregelungen 2023). Eine umfassende Tatsachenermittlung kann von einer NKS allerdings regelmäßig nicht geleistet werden: Einer NKS stehen erstens keine hoheitlichen Befugnisse zu.¹¹⁰⁵ Insbesondere kann sie die Parteien oder Dritte nicht zur Offenlegung bestimmter Informationen verpflichten.¹¹⁰⁶ Sie kann sich beispielsweise nicht auf Ausnahmen vom Steuergeheimnis zu ihren Gunsten berufen.¹¹⁰⁷ Dasselbe gilt in Bezug auf andere behördliche Geheimhaltungspflichten.¹¹⁰⁸ Zweitens werden einer NKS schlicht personelle wie finanzielle Mittel fehlen.¹¹⁰⁹ Daran werden

-
- 1100 Etwa: OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 9, 11 ff., 24; OECD:UK-NCP:2011:UK-2-FS(Rev), Rn. 8 f. Siehe allgemein auch: *Britische NKS*, Procedures (2019), Rn. 4.6.4 ff.; *Luxemburgische NKS*, Procédure pour soumettre des cas spécifiques (2022), S. 4; *Niederländische NKS*, Specific Instance Procedure (2024), S. 4; *Norwegische NKS*, Case-handling procedures (2025), S. 13.
- 1101 Etwa in: OECD:FR-NCP:2020:FR-26-FS, S. 5 f. (Nichtregierungsorganisation als Experte).
- 1102 Etwa in: OECD:JP-NCP:2012:JP-1-IA, S. 1; OECD:DE-NCP:2019:DE-29-IA, Rn. 21; vgl. auch UmVerf-Ko 2023, Rn. 50. Die Zusammenarbeit mit Botschaften wird von den Vereinten Nationen als *best practice* eingestuft (VN Dok. A/HRC/38/20, S. 17).
- 1103 Etwa: OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS, Rn. 23 (Befragung Beschäftigter im Außenministerium und im Bereich der Exportkontrolle).
- 1104 Etwa: OECD:DE-NCP:2017:DE-25-FS, S. 5 (Beantragung einer Stellungnahme der ILO).
- 1105 OECD:US-NCP:2015:US-41-FS, S. 2; OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 6; OECD:UK-NCP:2016:UK-35-FS, Rn. 22; OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S. 32.
- 1106 OECD:IT-NCP:2016:IT-15-IA, Rn. 18; OECD:IT-NCP:2016:IT-16-IA, Rn. 18; OECD:UK-NCP:2016:UK-35-FS, Rn. 22.
- 1107 Vgl. OECD:FR-NCP:2021:FR-32-FS, S. 8 ff.; vgl. OECD:FR-NCP:2021:FR-31-FS, S. 6 f.
- 1108 OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS, Rn. 27: „*The UK NCP has no [...] special status permitting it to obtain confidential information that other government officials are under statutory obligation to protect.*“
- 1109 Vgl. OECD, Annual Report 2011 (2012), S. 40; vgl. OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS, Rn. 26 f.; vgl. OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 6; vgl. OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 8, 12; vgl. OECD:NO-NCP:2022:NO-17-FS, S. 8; vgl. OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 30; vgl. Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 252.

Ortstermine regelmäßig scheitern.¹¹¹⁰ Ein Beschwerdeführer hat deshalb keinen Anspruch darauf, dass eine NKS eine Überprüfung vor Ort veranlasst.¹¹¹¹

2. Vornehmlich prospektive Natur

SpA-Verfahren sollen zur Lösung der aufgeworfenen Streitfragen beitragen (Art. I-*Chapeau* S.1 Verfahrensregelungen 2023). Art. I-*Chapeau* S. 6 Verfahrensregelungen 2023 beschreibt die Stoßrichtung dieser Unterstützung näher:

„The aims of such assistance may include furthering the implementation of the Guidelines in the future and/or addressing adverse impacts in a way consistent with the Guidelines.“ (Art. I-*Chapeau* S. 6 Verfahrensregelungen 2023, Textauszeichnung des Originals entfernt)

Ein Beitrag zur Problemlösung kann folglich auf zwei verschiedene Arten geleistet werden: Ein Beitrag zu einer prospektiven (zukunftsgerichteten) Lösung genügt ebenso wie ein Beitrag zu einer retrospektiven (vergangenheitsgerichteten) Lösung.¹¹¹²

Schon aus dem zitierten Art. I-C-*Chapeau* S.6 Verfahrensregelungen 2023 ergibt sich die **prospektive Natur** (*forward-looking nature*) eines spA-Verfahrens vor einer NKS.¹¹¹³ Sie ist allgemein anerkannt und wird von NKSen häufig betont.¹¹¹⁴ Bereits die Empfehlung als das vornehmste Instrument einer NKS hat prospektiven Charakter (vgl. Art. I-C-4 lit. b), c) Verfahrensregelungen 2023).¹¹¹⁵ Die prospektive Natur des Verfahrens zeigt sich außerdem daran, dass eine NKS Empfehlungen sogar dann

1110 OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S. 29: Ablehnung eines Ortstermins wegen fehlenden Reisebudgets.

1111 OECD:CA-NCP:2022:CA-24-IA, Rn. 4.3.

1112 Vgl. auch: *Deutsche NKS*, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 43.

1113 Ähnlich: UmVerf-Ko 2023, Rn. 37.

1114 OECD:SE-NCP:2013:SE-6-IA, S. 2; OECD:US-NCP:2015:US-40-FS, S. 11; OECD:CH-NCP:2016:CH-15-IA, S. 6; OECD:US-NCP:2016:US-44-FS, S. 7 f.; OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS, S. 4 ff.; OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 44; OECD:DE-NCP:2023:DE-35-FS, Rn. 6; OECD:IE-NCP:2023:IE-8-FS, Rn. 35; vgl. OECD:DE-NCP:2015:DE-20-FS, S. 4; vgl. *OECD*, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 4; vgl. *Nieuwenkamp*, OECD Observer vom 25. Januar 2018, 1 (2) — „Beer, conflict and compensation: Heineken-Congo agreement“; vgl. *Daniel* u. a., Remedy Remains Rare (2015), S. 32.

1115 *OECD*, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 26.

aussprechen kann, wenn sich die Parteien geeinigt haben (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023), aus Parteiensicht also bereits eine Lösung vorliegt. Zudem unterstreicht auch die Vermittlungsphase als verpflichtende Phase eines spA-Verfahrens die prospektive Natur dieses Verfahrens: Während die formale Untersuchung einer behaupteten Missachtung der Leitsätze auf einen näher eingegrenzten Vorwurf beschränkt ist, darf sich eine NKS während der Vermittlungsphase hiervon lösen und mit den Parteien prospektive und konstruktive Lösungen erarbeiten.¹¹¹⁶

Die **retrospektive Dimension** steht demgegenüber nicht im Vordergrund. Das zeigt sich insbesondere an der Zurückhaltung vieler NKSen, retrospektive Empfehlungen oder Feststellungen auszusprechen.¹¹¹⁷ Dass ein spA-Verfahren den Zugang zu wiedergutmachender oder sanktionierender Abhilfe erleichtert, gehört allerdings ebenfalls zu seinen wichtigsten Funktionen.¹¹¹⁸ So wird von Unternehmen, die eine negative Auswirkung auf einen RBC-Belang verursacht oder zu ihr beigetragen haben, gem. Ls. II-A-12 Leitsätze 2023 erwartet, für Abhilfe zu sorgen oder sich daran zu beteiligen. Abhilfe hat hier eine wiedergutmachende (und ggf. sanktionierende) Dimension.¹¹¹⁹ Da diese Norm die Erwartung einschließt, sich redlich an einem spA-Verfahren vor einer NKS zu beteiligen,¹¹²⁰ kann man davon ausgehen, dass ein spA-Verfahren geeignet sein muss, derartige Formen der Abhilfe zu vermitteln.

III. Ergebnisse der vertieften Prüfung

Wird eine Beschwerde zur vertieften Prüfung angenommen, kann das Verfahren mit vier möglichen Ergebnissen enden. Auf der obersten Ebene ist zwischen einvernehmlichen und nicht einvernehmlichen Verfahrensergeb-

1116 *Consensus Building Institute*, NCP Mediation Manual (2012), S. 17.

1117 Siehe unten: III. 2. und 3.

1118 *OECD*, Annual Report 2012 (2012), S. 54; *OECD*, Initial Assessment Guide (2019), S. 13; *OECD*, Stocktaking Report (2022), S. 73 f.; *Daniel u. a.*, *Remedy Remains Rare* (2015), S. 10 f.

1119 Vgl. die sprachliche Gegenüberstellung in Ls. II-A-12 Leitsätze 2023 zwischen „avoid causing or contributing“ und „address such impacts“; vgl. *OECD*, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 72, 74 ff.; vgl. *OHCHR*, Interpretive Guide (2012), S. 64.

1120 *OECD*:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 6, 7 f., 24; *OECD*:FR-NCP:2022:FR-35-FS, S. 3 f., 7; *OECD*:IE-NCP:2023:IE-8-IA, Rn. 6; *OECD*:NL-NCP:2023:NL-40-FS, S. 3, 13 f.; *OECD*, RBC Due Diligence Guide (2018), S. 35, 90 f.

nissen zu unterscheiden.¹¹²¹ Der einzige vorgesehene einvernehmliche Verfahrensausgang ist die **Einigung** zwischen den Parteien (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023). Zu den nicht einvernehmlichen Verfahrensergebnissen, also unilateral durch eine NKS ausgesprochenen Ergebnissen, zählen **Empfehlungen** und **Feststellungen** (Art. I-C-4 lit. b) und c) Verfahrensregelungen 2023). Eine vierte (und hier nicht näher zu betrachtende) Möglichkeit besteht darin, dass eine NKS lediglich einen **rein deskriptiven Bericht** ohne Empfehlungen oder Feststellungen veröffentlicht. Diese Möglichkeit ergibt sich, weil Empfehlungen und Feststellungen im Ermessen einer NKS stehen (Art. I-C-4 lit. b) und c) Verfahrensregelungen 2023).

Die Aussprüche einer NKS sind grundsätzlich unverbindlich und können nicht zwangsweise durchgesetzt werden (näher: Kapitel 10 C. I.). Sie können allerdings mit der Rechtsordnung interagieren. Darauf wird in Kapitel II zurückzukommen sein. Jenseits dieser Interaktionen mit der Rechtsordnung wirken Empfehlungen oder Feststellungen vor allem dadurch, dass sie Unternehmen, die die Leitsätze missachten, öffentlich hervorheben (Prangerwirkung, öffentliche Bloßstellung).¹¹²² Kunden, Investoren und andere Interessenträger des Unternehmens könnten sich in der Folge vom Unternehmen abwenden (Extremfall: Boykott) und so Druck ausüben.¹¹²³ Unternehmen werden durch Feststellungen – wie aber auch durch bloße

1121 Früher wurde noch stärker zwischen einvernehmlichen und nicht einvernehmlichen Verfahrensausgängen unterschieden. Die 2011er Fassung unterschied zwischen einem „Bericht“ (*report, rapport*, Art. I-C-3 lit. b) Verfahrensanleitungen 2011), den eine NKS im Falle einer Parteieinigung veröffentlichen sollte, und einer „Stellungnahme“ bzw. „Erklärung“ (*statement, communiqué*, Art. I-C-3 lit. a), c) Verfahrensanleitungen 2011), die eine NKS in den anderen Fällen abgeben sollte. Seit 2023 wird einheitlich von einer abschließenden „Stellungnahme“ bzw. „Erklärung“ (*statement, communiqué*, Art. I-C-4-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023) gesprochen. Ich verwende die Begriffe „Bericht“, „Stellungnahme“ und „Erklärung“ synonym.

1122 *Protopsaltis*, FORUM du droit international 7 (2005), 251 (257); *Oshionebo*, Lewis & Clark Law Review 17 (2013), 545 (564, 586); *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 254; *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung (2017), S. 202; *Svoboda*, European YbIEL 11 (2020), 31 (41); *Achtouk-Spivak/Garden*, JIDS 13 (2022), 608 (630 f.).

1123 *Maheandiran*, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (225); *Weber*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 101 (114); *Buhmann*, in: Enneking u. a. (Hrsg.), Accountability, International Business Operations, and the Law (2019), 38 (46); vgl. *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 254.

Empfehlungen – der Allgemeinheit gegenüber rechenschaftspflichtig.¹¹²⁴ Unter NKS-Aussprüchen lassen sich Beispiele finden, bei denen öffentlicher Druck im Zusammenhang mit spA-Verfahren Verhaltensänderungen veranlasst hat.¹¹²⁵

1. Einigung

Eine Pflicht zur Einigung (*agreement*) oder normative Voraussetzungen für eine Einigung sind nicht erkennbar. Der Inhalt einer Einigung unterliegt grundsätzlich der privatautonomen Gestaltung der Verfahrensparteien. Da er nur mit Zustimmung der Verfahrensparteien veröffentlicht wird (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023),¹¹²⁶ fehlt für eine Untersuchung der in der Praxis tatsächlich vereinbarten Inhalte eine belastbare Datenbasis. In der Einigung könnte der Beschwerdegegner Fehlverhalten eingestehen, eine Beeinträchtigung beenden, die Verbesserung seiner Corporate Governance-Systeme in Aussicht stellen, Sorgfaltsmaßnahmen zusagen oder Wiedergutmachung versprechen.¹¹²⁷ Die Einigung auf eine finanzielle Entschädigung ist ebenfalls möglich; die Anzahl dieser Fälle liegt aber im niedrigen einstelligen Bereich.¹¹²⁸ Der Beschwerdeführer könnte im Gegenzug zusagen, auf die Einleitung rechtlicher Schritte zu verzichten oder sie zurückzu-

1124 Buhmann, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 38 (45); vgl. allgemein: VN Dok. A/72/162, Rn. 17.

1125 OECD:NL-NCP:2016:NL-25-FS, S. 3 f., 5; OECD:UK-NCP:2020:UK-54-IA (dazu: *Achtouk-Spivak/Garden*, JIDS 13 (2022), 608 (631)). Siehe auch: *Oshionebo*, *Lewis & Clark Law Review* 17 (2013), 545 (564).

1126 UmVerf-Ko 2023, Rn. 42.

1127 Weidmann, *OECD-Leitsätze Menschenrechte* (2014), S. 244; *Daniel u. a.*, *Remedy Remains Rare* (2015), S. 17 ff.; Buhmann, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 38 (45); *Achtouk-Spivak/Garden*, JIDS 13 (2022), 608 (623 ff.).

1128 *Bugalski/Pred*, BHRJ 2023, 448 (451): Es habe bislang nur drei Fälle gegeben, in denen die Beschwerdeführer finanziell entschädigt wurden. Sie beziehen sich auf OECD:AU-NCP:2009:AU-3-FS, OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS (hierzu: *Nieuwenkamp*, *OECD Observer* vom 25. Januar 2018, 1 (1 f.) — „Beer, conflict and compensation: Heineken-Congo agreement“) und OECD:AU-NCP:2020:AU-12-FU. Man wird zusätzlich den *Badger*-Fall erwähnen müssen (vgl. *Blanpain*, *Badger Case* (1977), S. 121 ff.). Er wurde allerdings in einem Klarstellungs- und nicht in einem spA-Verfahren verhandelt.

nehmen¹¹²⁹ oder bestimmte mediale Äußerungen über den Beschwerdegegner künftig zu unterlassen.¹¹³⁰

Die Einigung muss Leitsätze-kompatibel sein, Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7 Verfahrensregelungen 2023.¹¹³¹ Die Verhandlungen der Parteien müssen sich folglich innerhalb des von den Leitsätzen gelassenen Korridors bewegen. Eine „Inkompatibilität“ kommt nicht nur in Form von Verfahrensausgängen, die hinter den Erwartungen der Leitsätze zurückbleiben (Abweichungen nach unten), sondern auch in Gestalt überobligatorischer Einigungen (Abweichungen nach oben) in Betracht. Abweichungen nach unten sind bereits nach Sinn und Zweck des Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7 Verfahrensregelungen 2023 als unzulässig einzustufen. Abweichungen nach oben dürften hingegen zulässig sein.¹¹³²

Die entscheidende und viel schwieriger zu beantwortende Frage ist deshalb, wann ein unzulässiges Abweichen nach unten vorliegt. Wäre etwa eine Einigung zulässig, die nur die individuelle Situation des Beschwerdeführers verbessert, aber ein größeres systemisches Problem bestehen lässt? Eine solche Konstellation kommt beispielsweise in Betracht, wenn sich die Parteien auf eine finanzielle Entschädigung wegen der Verunreinigung eines Gewässers einigen, dieses Gewässer aber für die Trinkwasserversorgung tausender Menschen existenziell ist. Die finanzielle Entschädigung adressiert hier nicht die Ursache des Problems und würde vielmehr (insbesondere in Verbindung mit einer Verschwiegenheitsverpflichtung in der Einigung) auf die Untätigkeit der anderen Betroffenen setzen. Im Umgang mit diesem Problem bietet sich ein Seitenblick auf die Praxis des EGMRs und anderer Menschenrechtsvertragsorgane an. Gem. Art. 39 Abs. 1, 37 Abs. 1 S. 2 EMRK muss eine Parteieinigung auf der „Achtung der Menschenrechte beruhen“. Zur Beachtung dieser Vorgabe muss der EGMR seinen Blick über die individuelle Lage eines Beschwerdeführers hinaus weiten und prüfen, ob strukturelle oder systemische Probleme bestehen.¹¹³³ Im Zusammenhang mit anderen Menschenrechtsverträgen wird

1129 Vgl. die Einigung der Parteien in OECD:UK-NCP:2009:UK-19-FS.

1130 Vgl. die Einigung der Parteien in OECD:DE-NCP:2011:DE-12-FS.

1131 UmVerf-Ko 2023, Rn. 10 lit. g), 25 f.

1132 OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 47.

1133 *EGMR (GK)*, Judgment (28. September 2005), Az. 31443/96, Rn. 36 f. — Broniowski ./. Poland; *EGMR*, Judgment (3. Dezember 2019), Az. 23190/17, Rn. 62 — Petrescu ./. Portugal: „Dans un tel contexte, la notion de « respect des droits de l'homme » commande à la Cour d'envisager non seulement la situation individuelle du requérant, mais également la situation à une échelle plus étendue, surtout quand il pourrait y avoir des problèmes systémiques ou structurels [...]“. (In casu bejahte

vorgebracht, dass eine Parteieinigung unzulässig ist, wenn es um Beeinträchtigungen von Menschenrechten des zwingenden Völkerrechts oder um Situationen geht, in denen der Beschwerdegegner in keiner Weise Bereitschaft erkennen lässt, Verantwortung zu übernehmen.¹¹³⁴ Ob und wie diese Rechtsprechung auf das Kriterium der Leitsätze-Kompatibilität übertragen werden kann, ist allerdings fraglich; insbesondere betreffen die Leitsätze bekanntermaßen nicht nur Menschenrechte. Das Fallmaterial der NKSen und des Investitionsausschusses bietet für eine Untersuchung noch nicht genügend Anschauungsmaterial.

Die Folgen eines Verstoßes gegen das Kriterium der Leitsätze-Kompatibilität sind in den Umsetzungsverfahren nicht niedergelegt. Ich schlage vor, von NKSen in derartigen Fällen zu verlangen, die Behandlung der Beschwerde fortzusetzen, oder diejenigen Verfahrensvorschriften anzuwenden, die anwendbar sind, wenn keine Einigung erfolgte.

2. Empfehlung

Empfehlungen (*recommendations*) sind Handlungsvorschläge einer NKS an die Parteien, um die Streitfragen zu lösen; diese Handlungsvorschläge sind dabei vor allem an das MNU gerichtet und zielen darauf, sein Verhalten in Einklang mit den Leitsätzen zu bringen.¹¹³⁵

a) Voraussetzungen

Empfehlungen können unabhängig vom Verfahrensausgang ausgesprochen werden. Sowohl für die Fälle, in denen die Parteien eine Einigung erzielen (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023), als auch die gegenteiligen Fälle (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023), ist dies ausdrücklich geregelt. Empfehlungen können alternativ oder kumulativ zu Feststellungen

der EGMR ein strukturelles Problem (Überbelegung portugiesischer Gefängnisse) und verweigerte der portugiesischen Regierung den Streit (wie schon einige vergleichbare Fälle zuvor) durch gütliche Einigung beizulegen (aaO, Rn. 63 ff.); EGMR, Judgment (18. Februar 2020), Az. 70468/17, Rn. 12 f. — Kungurov ././ Russia.

1134 Berkes, Friendly Settlement: Human Rights Bodies, MPEiPro (2020), Rn. 16 f.; vgl. IAGMR, Judgment (26. Juni 1987), Series C No. 1 (Rn. 42 ff.) — Velásquez Rodríguez ././ Honduras, Preliminary Objections.

1135 OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 5.

ausgesprochen werden (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). *Praeter legem* hat sich außerdem die Praxis entwickelt, Empfehlungen sogar bei abgelehnten Beschwerden aussprechen zu dürfen.¹¹³⁶

Ob eine Empfehlung ausgesprochen wird, liegt im Ermessen der NKS, wobei sich der Spielraum der NKSen in Abhängigkeit des Verfahrensausgangs unterscheidet: Im Falle einer Einigung der Parteien ist er größer (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023: „kann“ (*may as appropriate; pourra le cas échéant*)) als im Falle einer fehlenden Einigung (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023: „soll“ (*should where relevant; devrait le cas échéant*))¹¹³⁷.

b) Inhalt

Der mögliche Inhalt einer Einigung wird nur sehr vage damit umschrieben, dass es sich um Empfehlungen „zur Umsetzung der Leitsätze“ handeln müsse (Art. I-C-4 lit. b), c) Verfahrensregelungen 2023). Daraus und aus dem Effektivitätskriterium der Leitsätze-Kompatibilität (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7 Verfahrensregelungen 2023) folgt, dass eine Empfehlung auf den Leitsätzen basieren muss. Daran fehlt es beispielsweise bei der Forderung an eine Bank, sich von CO₂-intensiven Investitionen zu trennen,¹¹³⁸ oder bei Empfehlungen, die nicht an den Beschwerdegegner, sondern an andere gerichtet werden.¹¹³⁹ Eine Empfehlung darf einem Unternehmen keine – gemessen an den Erwartungen der Leitsätze – überobligatorische Handlung nahelegen.

In der Praxis unterscheidet sich der Präzisionsgrad der Empfehlungen stark; sie reichen von konkreten Handlungsschritten bis zu allgemein ge-

1136 OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 16, 26.

1137 Man beachte, dass dies eine Abschwächung gegenüber der Vorfassung (*will as appropriate*) ist (Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregeln 2011). In UmVerf-Ko 2023, Rn. 43 ist, wie gehabt, kein Ermessen erkennbar (*will*). Zu den Unterschieden zwischen *will*, *should* und *may* siehe UmVerf-Ko 2023, Rn. 1.

1138 OECD:AU-NCP:2020:AU-16-IA, Rn. 43.2, 61 (allerdings auf Basis der 2011er Fassung der Leitsätze; auf Basis der 2023er Fassung ist möglicherweise anders zu entscheiden).

1139 Vgl. OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 11 f.: Ablehnung unter anderem der Anträge, luxemburgischen und belgischen Behörden eine formale Untersuchung des Falles zu empfehlen und der Gemeinschaft europäischer Banken die Einrichtung eines Überwachungs- und Rechenschaftsmechanismus in Bezug auf die Beteiligung an Menschenrechtsverletzungen zu empfehlen; vgl. OECD:BE-NCP:2019:BE-20-IA, S. 7.

haltenen Ausführungen.¹¹⁴⁰ Format und Sprache einer Empfehlung werden den NKSen überlassen.¹¹⁴¹ Dazu einige Beispiele:

- Hochspezifisch ist beispielsweise die Empfehlung, der Vorstandsvorsitzende des Beschwerdegegners möge an einer Menschenrechtsschulung teilnehmen und dafür Sorge tragen, dass die Leitsätze in unternehmensinterne Richtlinien integriert werden.¹¹⁴²
- Eine mittlere Spezifität weist die Empfehlung auf, der Beschwerdegegner möge seine internen Entscheidungs- und Informationsabläufe überprüfen, um Verbesserungspotenziale im Hinblick auf die für die Beschwerde relevanten Belange zu identifizieren.¹¹⁴³
- Sehr unspezifisch ist demgegenüber die Empfehlung, beide Parteien mögen weiterhin in Kontakt bleiben und sich über potenzielle Streitfragen im Zusammenhang mit der Umsetzung der Leitsätze austauschen.¹¹⁴⁴
- Sinnentstellend unspezifisch ist die Empfehlung, das Unternehmen möge die Leitsätze beachten.¹¹⁴⁵

Der Investitionsausschuss legt NKSen nahe, ihre Empfehlungen möglichst spezifisch unter Bezeichnung der einschlägigen Bestimmungen der Leitsätze mitsamt Zeit- und Umsetzungsplan abzufassen.¹¹⁴⁶ Da seit der 2023er Revision eine Wiedervorlage (*follow-up*) der Beschwerde regelmäßig stattzufinden hat (Art. I-C-5 Verfahrensregelungen 2023), in der die Umsetzung der Empfehlung geprüft wird, und da die Überprüfung der Umsetzung einer Empfehlung eine Überprüfbarkeit voraussetzt,¹¹⁴⁷ müssen Empfehlungen meines Erachtens zumindest mit dem Präzisionsgrad einer Überprüfbarkeit formuliert werden.

Aus der Eigenschaft der spA-Verfahren als prospektives Verfahren folgt, dass eine NKS präventive Maßnahmen und Maßnahmen zur Beendigung gegenwärtiger Beeinträchtigungen empfehlen kann. Sie kann einem Unternehmen also Verhaltensverbesserungen nahelegen, damit negative Auswir-

1140 OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 20 ff. (mit Beispielen und der Unterscheidung zwischen spezifischen, mittelspezifischen und allgemeinen Empfehlungen).

1141 OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 6.

1142 Siehe etwa: OECD:AU-NCP:2019:AU-13-FS, Rn. 54.

1143 Siehe etwa: OECD:AT-NCP:2009:AT-3-FS, S. 9.

1144 Siehe etwa: OECD:US-NCP:2020:US-49-FS, S. 4.

1145 Siehe etwa: OECD:US-NCP:2017:US-48-FS, S. 2.

1146 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 47.

1147 OECD, Follow Up Guide (2019), S. 19.

kungen auf RBC-Belange (wie eine Beeinträchtigung von Menschenrechten) nicht mehr auftreten.¹¹⁴⁸

Weniger eindeutig lässt sich sagen, ob eine NKS rein retrospektive Empfehlungen aussprechen, einem Unternehmen also etwa zu einer bestimmten wiedergutmachenden (oder sogar sanktionierenden) Abhilfemaßnahme raten darf. Die Umsetzungsverfahren sprechen die möglichen Formen der Abhilfe nicht an und bieten deshalb keine Orientierung.¹¹⁴⁹ Klar ist nur, dass ein Beschwerdeführer nicht von einer NKS *verlangen* kann, dass sie den Beschwerdegegner zu einer bestimmten Leistung oder Abhilfemaßnahme *zwingt*.¹¹⁵⁰ Insbesondere kann er nicht verlangen, dass die NKS ihm eine finanzielle Entschädigung zuspricht.¹¹⁵¹ Meines Erachtens ist die Zulässigkeit retrospektiver Empfehlungen indes zu bejahen.¹¹⁵² NKSen zeigen sich mal mehr¹¹⁵³ und mal weniger¹¹⁵⁴ aufgeschlossen oder diffe-

1148 Siehe beispielsweise: OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 18.

1149 Vgl. Kaufmann, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 175 (181).

1150 OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 14; OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 13; OECD, Stocktaking Report (2022), S. 78; Nieuwenkamp, OECD Observer vom 25. Januar 2018, 1 (2) — „Beer, conflict and compensation: Heineken-Congo agreement“; vgl. OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 1.

1151 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 13; 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); OECD:NL-NCP:2017:NL-27-FS, S. 3; OECD:PE-NCP:2021:PE-7-FS, S. 9 f., 11; OECD:CA-NCP:2022:CA-24-IA, Rn. 4.3; OECD:FR-NCP:2022:FR-35-FS, S. 4; OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 1; vgl. OECD:BE-NCP:2018:BE-19-IA, S. 6; vgl. OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S. 34; vgl. OECD:CL-NCP:2021:CL-16-IA, S. 7 (engl. Fassung); vgl. OECD:IE-NCP:2023:IE-8-FS, Rn. 29.

1152 So auch: Nieuwenkamp, OECD Observer vom 25. Januar 2018, 1 (2) — „Beer, conflict and compensation: Heineken-Congo agreement“: „NCPs can also recommend *remedy, including financial compensation, in their final statements*.“ (Hervorhebung im Original).

1153 OECD:FR-NCP:2013:FR-16-FS, S. 12; OECD:NO-NCP:2020:NO-15-FS, S. 18; OECD:KR-NCP:2022:KR-18-FS, S. 8 f. Siehe auch: OECD:DK-NCP:2024:DK-21-FS, S. 26 ff.

1154 OECD:LU-NCP:2019:LU-2-IA, S. 11 f.: Unter anderem liege es außerhalb des Mandats der luxemburgischen Kontaktstelle, dem Beschwerdegegner zu empfehlen, eine Entschuldigung auszusprechen. OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S. 34 (unter Bezugnahme auf AU-NKS): „[...] *although there is a commitment to encourage companies to prevent, mitigate or remedy adverse impacts of their activities, this role does not include the elaboration of specific recommendations on forms of compensation*.“

renzieren zwischen verschiedenen Formen der Abhilfe.¹¹⁵⁵ Retrospektive Empfehlungen sind jedenfalls selten.¹¹⁵⁶ Der Wortlaut der Art. I-C-4 lit. b), c) Verfahrensregelungen 2023 („zur Umsetzung der Leitsätze“) ist offen formuliert und einer teleologischen Auslegung zugänglich. Insofern ist darauf hinzuweisen, dass es zu den wichtigsten Aufgaben einer NKS gehört, Zugang zu Abhilfe zu erleichtern.¹¹⁵⁷ Das sollte nicht von vornherein auf lediglich präventive oder beendigende Formen der Abhilfe begrenzt sein. Dies lässt sich auch aus den Leitsätzen selbst ableiten: Von Unternehmen, die eine negative Auswirkung verursacht oder zu ihr beigetragen haben, wird gem. Ls. II-A-12 Leitsätze 2023 erwartet, dass sie der negativen Auswirkung entgegenwirken (*address such impacts*); das ist hier als Gegensatz zur Prävention und Beendigung (*avoid causing or contributing*) zu verstehen, hat also eine wiedergutmachende (und ggf. sanktionierende) Dimension.¹¹⁵⁸ Eine Empfehlung, für eine derartige Form der Abhilfe zu sorgen, ist deshalb ebenfalls eine Empfehlung „zur Umsetzung der Leitsätze“.

3. Feststellung

Feststellungen (*determinations*) sind Stellungnahmen einer NKS dazu, ob das Verhalten des Beschwerdegegners den Erwartungen der Leitsätze entspricht oder nicht (vgl. Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023).¹¹⁵⁹ Feststellungen entfernen sich mithin vom Leitbild eines prospektiven Vermittlungsverfahrens; sie beurteilen lediglich vergangenes (Fehl-)Verhalten ohne Lösungswege für die Zukunft aufzuzeigen.

1155 Siehe etwa die Weigerung der AU-NKS, eine finanzielle Entschädigung zu empfehlen, und zugleich die (wenn auch indirekt formulierte) Empfehlung an das Unternehmen, sich aufrichtig zu entschuldigen (OECD:AU-NCP:2019:AU-13-FS, Rn. 49, 53).

1156 Vgl. Daniel u. a., *Remedy Remains Rare* (2015), S. 17 ff.

1157 OECD, *Initial Assessment Guide* (2019), S. 13; Daniel u. a., *Remedy Remains Rare* (2015), S. 10 f.

1158 Vgl. OHCHR, *Interpretive Guide* (2012), S. 64; vgl. OECD, *RBC Due Diligence Guide* (2018), S. 72, 74 ff.

1159 Vgl. OECD, *Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 6.

a) Voraussetzungen

Bis 2023 wurden Feststellungen in den Umsetzungsverfahren nicht explizit angesprochen,¹¹⁶⁰ eine entsprechende Praxis hatte sich allerdings *praeter legem* entwickelt.¹¹⁶¹ Seit 2023 sind Feststellungen in Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 kodifiziert.¹¹⁶² Dieser Norm zufolge kann eine NKS eine Feststellung treffen, wenn sich die Parteien nicht einigen konnten oder sich eine Partei nicht redlich am Verfahren beteiligt hat. In seltenen Fällen haben NKSen sogar bei abgelehnten Beschwerden eine Feststellung getroffen – allerdings ausschließlich, um die Leitsatzkonformität zu bejahen.¹¹⁶³

Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 stellt Feststellungen vollständig in das **Ermessen der NKSen** (*may, at its own discretion; pourra, de manière discrétionnaire*).¹¹⁶⁴ Insbesondere ein nicht hinreichend aufgeklärter Sachverhalt ist ein überzeugender Grund, von einer Feststellung abzusehen.¹¹⁶⁵ Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 trifft außerdem die sehr bedeutende Einschränkung, dass Feststellungen vom anwendbaren Recht erlaubt und von den **internen Verfahrensleitfäden einer NKS vorgesehen** sein müssen. Nur eine Minderheit von etwa einem Viertel der NKSen ist bereit, eine Feststellung zu treffen.¹¹⁶⁶ Der Verfahrensleitfaden der deutschen NKS schließt Feststellungen beispielsweise explizit aus.¹¹⁶⁷ Dieser Ausschluss ist womöglich verfassungsrechtlich geboten: In der Literatur wird diskutiert, ob eine negative Feststellung wegen ihrer Prangerwirkung

1160 *Mestad*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 165 (168): Das Schweigen der einschlägigen Bestimmungen sei ein Verhandlungskommiss gewesen.

1161 *OECD, Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 6; *Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz* (2014), S. 253 f.

1162 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 44.

1163 *OECD, Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 17. Das ist nicht überzeugend, da der Sachverhalt im Rahmen der ersten Evaluierung noch nicht vertieft erforscht wurde und die NKS keine gesicherten Erkenntnisse haben kann (vgl. TUACs Stellungnahme in: *OECD, Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 32).

1164 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 44.

1165 Vgl. *Daniel u. a., Remedy Remains Rare* (2015), S. 41 f. (die darauf aufbauend die Forderung an NKSen stellen, Sachverhalte besser aufzuklären).

1166 *OECD, Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 8 f.; *OECD Watch, NCP Evaluations* (2025), S. 15.

1167 *Deutsche NKS, Verfahrensleitfaden* (2024), Rn. 69: „Die NKS stellt zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens vor der Nationalen Kontaktstelle fest, ob ein Unternehmen im Einklang mit den Leitsätzen gehandelt hat oder nicht.“

einen mittelbar-faktischen Eingriff in Grundrechte¹¹⁶⁸ des Beschwerdegegners bedeutet, der deshalb – wegen des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) – dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt.¹¹⁶⁹ Die rechtlichen Grundlagen der Verfahren vor der deutschen NKS genügen den Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes möglicherweise nicht.¹¹⁷⁰ Richtigerweise bestehen solche Bedenken allerdings nur in Bezug auf Feststellungen und nicht in Bezug auf Empfehlungen.¹¹⁷¹ In jedem Falle wäre es wünschenswert, wenn die deutsche NKS, wie andere NKSen auch,¹¹⁷² ihr Mandat auf eine formell-gesetzliche oder zumindest materiell-gesetzliche Grundlage zurückführen könnte.

b) Inhalt

Eine NKS kann sowohl feststellen, dass ein Beschwerdegegner die Leitsätze beachtet hat, wie auch, dass er sie missachtet hat.¹¹⁷³ Bezugspunkt einer Feststellung müssen stets die Leitsätze (oder mit ihnen verflochtene Instru-

1168 Jedenfalls betroffen ist die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Daneben kommt vor allem ein Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) in Betracht.

1169 *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung (2017), S. 209–214; skeptischer: *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 260 f.

1170 *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung (2017), S. 209–214. *Spießhofers* Ausführungen ist hinzuzufügen, dass die die verfahrensbezogenen Normen enthaltende RatsE-Leitsätze 2023 zwar gemäß Art. 5 lit. a) OECD-Ü („Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development“ (*Übereinkommen über die Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung*, OECD-Ü), Unterzeichnung: 14. Dezember 1960, Inkrafttreten: 30. September 1961, UNTS 888, 179) völkerrechtsverbindlich ist (Kapitel 10 B. I.), solche Sekundärrechtsakte internationaler Organisationen allerdings nur kraft eines Transformationsakts innerstaatlich Wirkung entfalten (*Sauer*, Staatsrecht III (2024), § 6 Rn. 33). Damit kommt es vor allem auf die Bedeutung des Verfahrensleitfadens der deutschen NKS und etwaiger weiterer interner Instrumente an. Zu ergänzen ist außerdem, dass die Eingriffsintensität dadurch verschärft wird, dass der Ausspruch einer NKS mit der Rechtsordnung interagieren kann (Kapitel 11).

1171 Bei Empfehlungen halte ich es für wahrscheinlich, dass sie keinen grundrechtsrelevanten Eingriff darstellen, wenn sie als konstruktive Anregungen ohne Werturteil über vorangegangenes (Fehl-)Verhalten formuliert werden. Hierfür wären allerdings umfangreichere Untersuchungen notwendig, als ich sie hier vornehmen kann.

1172 Überblick in: *OECD*, Structures and Activities Guide (2019), Rn. 9 ff.

1173 *OECD*, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 15 f. Deutlich auch die französische Sprachfassung des Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023:

mente) sein (vgl. Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023).¹¹⁷⁴ Einer NKS ist es verboten, den Beschwerdegegner an anderen Maßstäben zu messen; damit ist ein überobligatorischer Verfahrensausgang ausgeschlossen. Die australische NKS formuliert überzeugend:

„An NCP’s role, in making observations following unsuccessful ‘good offices’, occurs within the Guidelines and is delineated by that. [...] What the Guidelines require – *and what they do not* – is the decision of the adhering governments, through their meetings and procedures. An NCP has no mandate to vary, through Final Statements, the wording and expectations of the Guidelines.“¹¹⁷⁵ (Hervorhebung im Original)

Normativ anknüpfen lässt sich diese Ansicht an die Umschreibung einer Feststellung in den Verfahrensregelungen („*whether the enterprise observed the Guidelines*“¹¹⁷⁶ Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Die Leitsätze werden hier klar als Bezugspunkt benannt. Eine NKS kann keine Feststellung darüber treffen, ob ein Unternehmen „die Leitsätze beachtet“ hat, wenn sie einen anderen (strengerer oder nachgiebigeren) Maßstab wählt. Ob eine NKS dieser Anforderung gerecht geworden ist, kann vom Investitionsausschuss im Rahmen eines Klarstellungsverfahrens gem. Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 überprüft werden: Der Investitionsausschuss prüft hier, ob eine NKS die Leitsätze korrekt ausgelegt hat.

c) Abgrenzung zwischen Empfehlungen und Feststellungen

Eine scharfe Abgrenzung zwischen Empfehlungen und Feststellungen wird nicht immer möglich sein.¹¹⁷⁷ Grund hierfür ist, dass ungewiss ist, inwiefern eine Empfehlung eine Missachtung der Leitsätze voraussetzt.

Einerseits könnte man Empfehlungen als Hinweise darauf deuten, dass innerhalb des von den Leitsätzen gelassenen Spielraums das Optimum unternehmerischen Verhaltens noch nicht erreicht ist. In diesem Sinne unterstellt eine Empfehlung lediglich Verbesserungsspielraum, stützt sich

„[...] *exposer son point de vue dans son communiqué final sur le respect ou non-respect des Principes directeurs par l’entreprise.*“ (Hervorhebung im Original entfernt).

1174 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 44.

1175 OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 45.

1176 Textauszeichnung des Originals ausgelassen.

1177 OECD, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 29 (Ansicht mancher NKSen).

aber nicht darauf, dass das (verbesserungsfähige) Verhalten des Unternehmens gegen die Leitsätze verstößt.¹¹⁷⁸ Empfehlungen können insofern als einzelfallbezogene Erklärungen verstanden werden, weshalb bestimmte Handlungen nicht mit den Zielen der Leitsätze (im Unterschied zu den Leitsätzen selbst) übereinstimmen und wie diese Ziele in Zukunft besser erreicht werden können.¹¹⁷⁹ Dass eine Empfehlung keine Missachtung der Leitsätze voraussetzt und zukunftsgerichtet ist, zeigt sich beispielsweise in einem Fall der niederländischen NKS: Wegen des Verbots der rückwirkenden Anwendung der Leitsätze, stützte sie ihre Feststellung auf die anwendbare 2000er Fassung der Leitsätze, ihre (prospektiven) Empfehlungen aber auf die (strengere) 2023er Fassung.¹¹⁸⁰

Andererseits könnte man Empfehlungen auch als Vorschläge an das Unternehmen deuten, wie es sein gegen die Leitsätze verstoßendes Verhalten in Einklang mit den Leitsätzen bringen kann. In diesem Sinne insinuierten Empfehlungen Defizite im Verhalten des Unternehmens, weil sie eine vorherige negative Beurteilung des Verhaltens des Unternehmens voraussetzen.¹¹⁸¹ Besonders augenfällig ist dies bei der präzisen Empfehlung, ein bestimmtes Verhalten nicht zu wiederholen.¹¹⁸² Für eine Empfehlung mit derartigem Charakter wird die NKS zumindest implizit von einer Missachtung der Leitsätze ausgehen müssen.¹¹⁸³

1178 Vgl. *OECD*, Annual Report 2011 (2012), S. 42 (Ansicht der US-NKS).

1179 *Buhmann*, *Nordic J Human Rights* 36 (2018), 390 (409): NKSen würden die Standards der Leitsätze dann als „*aspirations in context*“ auslegen.

1180 *OECD*:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 15, 18; vergleiche auch: *OECD*:NL-NCP:2024:NL-47-FS, S. 11 ff., 17.

1181 *Protopsaltis*, *FORUM du droit international* 7 (2005), 251 (256); *Weidmann*, *OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz* (2014), S. 254; vgl. *OECD*, Annual Report 2011 (2012), S. 42 (Ansicht der DE- und UK-NKS).

1182 *OECD*, *Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 29 (Ansicht mancher NKSen).

1183 *OECD*, *Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 30 (Ansicht mancher NKSen); *Mestad*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 165 (168); vgl. *OECD*, Annual Report 2011 (2012), S. 42 (Ansicht der DE- und UK-NKS).

D. Wiedervorlage (follow-up)

Die letzte Verfahrensetappe besteht in der Wiedervorlage des Verfahrens (*follow up*; *suivi*; andere Übersetzungen: Folgemaßnahmen,¹¹⁸⁴ Nachverfolgung,¹¹⁸⁵ Folgeverfahren¹¹⁸⁶). In dieser Etappe wird die Umsetzung der Empfehlungen oder der Parteieinigung überwacht. Üblicherweise wird eine Wiedervorlage etwa ein Jahr nach Verabschiedung der Abschlusserklärung fällig.¹¹⁸⁷ NKSen genießen bei der Fristsetzung einen Ermessensspielraum.¹¹⁸⁸

Gem. Art. I-C-5 Verfahrensregelungen 2023 hat (*will*) eine NKS wo relevant (*where relevant*) Empfehlungen oder Einigungen nachzuverfolgen.¹¹⁸⁹ Wiedervorlagen werden seit der 2023er Überarbeitung nahezu immer stattfinden müssen.¹¹⁹⁰ Nicht stattfinden kann eine Wiedervorlage beispielsweise, wenn es an einer Empfehlung oder Einigung fehlt (Art. I-C-5 Verfahrensregelungen 2023 *e contrario*). Eine Wiedervorlage ist auch dann nicht zwingend, wenn die Parteien eine Wiedervorlage nicht wünschen oder davon ausgehen, dass ihre Einigung die aufgeworfene Streitfrage erschöpfend gelöst hat.¹¹⁹¹ Eine ehemals offene Frage betraf die Veröffentlichung eines Folgeberichts. Die 2011er Fassung der Regelungen der Umsetzungsverfahren äußerte sich hierzu nicht, was in der Praxis vielen NKSen erlaubte, zwar eine Wiedervorlage durchzuführen, sie aber nicht durch einen öffentlichen Bericht zu begleiten.¹¹⁹² Gem. Art. I-C-5 Verfahrensregelungen 2023 soll (*should*) eine NKS nunmehr einen Folgebericht veröffentlichen.¹¹⁹³

1184 So die offizielle aber nicht authentische deutsche Sprachfassung der OECD-Leitsätze (OECD, OECD-Leitsätze für MNUen (2023), Art. I-C-5 Verfahrensregelungen 2023). Ich halte diese Übersetzung für irreführend, weil die NKS in dieser Verfahrensphase lediglich überwachend tätig wird und selbst keine Maßnahmen zur Umsetzung ergreift.

1185 Vgl. *Deutsche NKS*, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 70 f. „Nachverfolgung“ ist meines Erachtens eine nähere Übersetzung von „*follow up*“ oder „*suivi*“ als „Wiedervorlage“. Gleichwohl bringt die „Wiedervorlage“ besser zum Ausdruck, dass es nicht um eine konstante Überwachungstätigkeit der NKS geht, sondern um eine einmalige oder periodisch wiederkehrende Überprüfung des aktuellen Sachstands.

1186 OECD:AT-NCP:2017:AT-5-FS, S. 19 (deutsche Fassung).

1187 OECD, Follow Up Guide (2019), S. 15.

1188 UmVerf-Ko 2023, Rn. 51 Nr. 5.

1189 UmVerf-Ko 2023, Rn. 46.

1190 *Ingrams*, BHRJ 8 (2023), 427 (432).

1191 UmVerf-Ko 2023, Rn. 46.

1192 OECD, Follow Up Guide (2019), S. 6, 15 f.

1193 UmVerf-Ko 2023, Rn. 46.

Es bestehen drei übliche Arten der Wiedervorlage: Eine Wiedervorlage kann sich darin erschöpfen, erneut schriftliche Stellungnahmen der Parteien zur Umsetzung der Empfehlungen oder der Einigung anzufordern.¹¹⁹⁴ Sie kann alternativ in einem erneuten Gespräch mit den Parteien (zusammen oder einzeln) oder drittens aus einer Mischung aus beidem bestehen.¹¹⁹⁵ Auch wenn es üblich ist, ist es nicht zwingend, dass sich eine Wiedervorlage auf einen einzigen Durchgang beschränkt; es ist möglich, dass eine NKS mehrere Wiedervorlagezyklen durchführt.¹¹⁹⁶

Angesichts unterschiedlicher Praktiken der NKSen lässt sich der Charakter einer Wiedervorlage entweder als eine neuerliche Vermittlungsphase¹¹⁹⁷ oder als eine bloße Sachstandsmitteilung¹¹⁹⁸ einstufen, in der die Parteien Rechenschaft über ihre Umsetzung der Einigung oder Empfehlung ablegen müssen.¹¹⁹⁹ Grundsätzlich wird der Folgebericht wenigstens eine Bewertung der NKS enthalten, inwieweit ihre Empfehlungen oder die Parteieinigung umgesetzt wurden.¹²⁰⁰ Auf diese Weise trägt die Wiedervorlage dazu bei, dass das Verfahren bei den Parteien nicht in Vergessenheit gerät, und baut Druck auf, die Einigungen und Empfehlungen tatsächlich umzusetzen.¹²⁰¹ Untersuchungen zeigen, dass bislang viele Verfahrensparteien nach Abschluss des spA-Verfahrens nicht mehr miteinander in Kontakt stehen.¹²⁰²

E. Gesamtfazit zu Kapitel 6

SpA-Verfahren kennen mit einer ersten Evaluierung, einer vertieften Prüfung und einer Wiedervorlage drei Verfahrensstadien. Hinzu kommt erforderlichenfalls ein vorgeschaltetes Abspracheverfahren zur Auflösung

1194 UmVerf-Ko 2023, Rn. 46; *OECD, Follow Up Guide* (2019), S. 13.

1195 UmVerf-Ko 2023, Rn. 46; *OECD, Follow Up Guide* (2019), S. 14.

1196 *OECD, Follow Up Guide* (2019), S. 21. Aus dem Fallmaterial: OECD:FR-NCP:2014:FR-16-FU1 und OECD:FR-NCP:2016:FR-16-FU2 oder OECD:BE-NCP:2021:BE-21-FU1 und OECD:BE-NCP:2022:BE-21-FU2.

1197 In diese Richtung: OECD:AT-NCP:2018:AT-5-FU, S. 2; OECD:NL-NCP:2018:NL-24-FU.

1198 In diese Richtung: OECD:NO-NCP:2016:NO-11-FU; OECD:DE-NCP:2020:DE-27-FU.

1199 *OECD, Follow Up Guide* (2019), S. 16.

1200 *OECD, Follow Up Guide* (2019), S. 16.

1201 *OECD, Follow Up Guide* (2019), S. 17; Daniel u. a., *Remedy Remains Rare* (2015), S. 47.

1202 *Mayar/Maas, Bus Soc Rev* 129 (2024), 479 (497).

allfälliger Zuständigkeitskonflikte zwischen NKSen. Die Zuständigkeitsregelungen sind rudimentär gehalten und erlauben die Behandlung extraterritorialer Sachverhalte.

Im Rahmen der ersten Evaluierung, die funktional einer Zulässigkeitsprüfung entspricht, sind die Annahmenvoraussetzungen zu prüfen. Um dem Effektivitätskriterium der Zugänglichkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 2 Verfahrensregelungen 2023) gerecht zu werden, werden recht niedrige Anforderungen an Beschwerden gestellt. Insbesondere ist keine subjektive Beschwerde, also eine Betroffenheit in eigenen Rechten, nachzuweisen und auch keine Frist zu beachten. Beschwerden können sich allerdings nur gegen MNUen (und nicht etwa nationale Unternehmen) richten; außerdem muss die Beschwerde substantiiert und schlüssig sein.

Die vertiefte Prüfung, die funktional einer Begründetheitsprüfung entspricht, wird von NKSen nicht einheitlich gehandhabt. Kernbestandteil der vertieften Prüfung ist ein Vermittlungsverfahren als erste Phase; hier versuchen NKSen, die Parteien im Wege eines einvernehmlichen und nicht-kontradiktorischen Verfahrens einer Lösung näher zu bringen. Zwischen NKSen umstritten und optional ist eine zweite Phase, in der eine formale Untersuchung und inhaltliche Würdigung der Beschwerde erfolgt, falls sich die Parteien nicht auf eine Lösung ihrer Streitfrage einigen konnten. Manche NKSen verzichten auf eine derartige zweite Phase, andere führen eine formale Untersuchung durch und wiederum andere NKSen kennen zwar keine formale Untersuchung, sind aber bereit, sich mehr oder weniger informell eine Position zum Inhalt der Beschwerde zu erarbeiten. Die großen Unterschiede zwischen NKSen erlauben kaum allgemeine Aussagen zur vertieften Prüfung. NKSen sind nicht zur Sachverhaltsermittlung von Amts wegen verpflichtet, sind dazu aber befugt. Das spA-Verfahren ist außerdem vornehmlich prospektiver Natur (*forward-looking*), zielt also primär auf die Lösung der Streitfragen für die Zukunft und nicht darauf, (retrospektiv) Wiedergutmachung für vergangene Verstöße gegen die Leitsätze zu vermitteln. Eine vertiefte Prüfung kann mit einer Einigung der Parteien oder mit unilateral durch die NKS ausgesprochenen Empfehlungen oder Feststellungen enden. Empfehlungen und insbesondere Feststellungen stehen im Ermessen der NKS und müssen sich streng an den Verhaltensstandards der Leitsätze orientieren.

Das Verfahrensstadium der Wiedervorlage erlaubt NKSen, mit etwas zeitlichem Abstand nachzuprüfen, ob ihre Empfehlung oder eine Parteieinigung umgesetzt wurde. Erst seit der 2023er Überarbeitung ist es regelmäßiger Bestandteil eines spA-Verfahrens.

Kapitel 7 Die Verfahren vor dem Investitionsausschuss

Der Investitionsausschuss kennt insgesamt vier Verfahrensarten, die ich in diesem Kapitel nacheinander vorstellen möchte. Zu nennen sind

- die Assistenzanfrage (Art II-1 Verfahrensregelungen 2023),
- das Klarstellungsverfahren (Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023),
- das Rügeverfahren (Art. II-2 lit. b) Verfahrensregelungen 2023) und
- das Pflichtverletzungsverfahren (Art. II-2 lit. d) S. 2 bis 4 Verfahrensregelungen 2023).

Mit Ausnahme der Assistenzanfrage handelt es sich um formelle Verfahren. Das aus den 1970er Jahren¹²⁰³ stammende Klarstellungsverfahren ist das mit weitem Abstand älteste und praxisrelevanteste Verfahren vor dem Investitionsausschuss. Die anderen beiden formellen Verfahren sind wesentlich jünger und wurden mit der 2000er (Rügeverfahren) respektive der 2023er (Pflichtverletzungsverfahren) Überarbeitung eingeführt; sie wurden kaum bzw. noch gar nicht in Anspruch genommen.¹²⁰⁴ Die im Folgenden benutzten Bezeichnungen „Assistenzanfrage“, „Rügeverfahren“ und „Pflichtverletzungsverfahren“ sind keine offiziellen Bezeichnungen; andere Bezeichnungen sind denkbar.

A. Informelle Assistenzanfragen

Hat eine NKS Zweifel bei der Auslegung der Leitsätze, ist es üblich, dass sie sich mit einem entsprechenden Anliegen an den Investitionsausschuss, sein für die Leitsätze zuständiges Nebenorgan (die *Working Party for Responsible Business Conduct*, WPRBC) und/oder das OECD-Sekretariat wendet. Mit der 2023er Revision wurden die Regelungen für entsprechende Assistenzanfragen der NKSen überarbeitet und präzisiert. Sie finden sich nun in Art. I-C-3 lit. c), II-1, II-5 lit. a) Verfahrensregelungen 2023.

1203 Näher: Kapitel 3 C. I.

1204 Eine Übersicht über alle bislang betriebenen Rügeverfahren findet sich in Tabelle 5.

I. Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrensgang

Zuständig für die Bearbeitung von Assistenzanfragen sind gem. Art. II-1 Verfahrensregelungen 2023 sowohl der Investitionsausschuss als auch die WPRBC und das OECD-Sekretariat. Der Blick auf die Art. I-C-3 lit. c) und II-5 lit. a) Verfahrensregelungen 2023 verrät allerdings, dass derartige Anfragen grundsätzlich nur von der WPRBC und dem Sekretariat bearbeitet werden.¹²⁰⁵ Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 kann darüber hinaus entnommen werden, dass „Informationen“, also bloße Auskünfte ohne Wertungsentscheidungen, vom Sekretariat und dass „Hilfestellungen“ (*guidance*) von der WPRBC zur Verfügung gestellt werden.

Die Assistenzanfrage ist als Hilfesuch zu allen Aufgaben einer NKS gem. Art. I-1 RatsE-Leitsätze 2023 statthaft. Dies ergibt sich aus Art. II-1 Verfahrensregelungen 2023, der durch den Einschub des Wortes „*including*“ verdeutlicht, dass Assistenzanfragen in Bezug auf die Auslegung der Leitsätze nur beispielhaft erwähnt werden. Diese Auslegung wird durch Art. II-5 lit. a) Verfahrensregelungen 2023 unterstützt, der neben Assistenzanfragen zur Auslegung der Leitsätze auch Assistenzanfragen zur Anwendung der Leitsätze und der Öffentlichkeitsarbeit der NKSen erwähnt. Explizite Erwähnung finden Assistenzanfragen darüber hinaus im Zusammenhang mit dem Abspracheverfahren gem. Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023, das der Klärung von Zuständigkeitskonflikten dient.¹²⁰⁶ Das Ergebnis einer Assistenzanfrage kann gem. Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 in einer „Information“ oder einer „Hilfestellung“ (*guidance*) bestehen; es ist vertraulich, fallspezifisch und hat lediglich beratenden Charakter.¹²⁰⁷ Das Verfahrensergebnis hat gem. Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 *nicht* die autoritative Rechtsnatur einer Klarstellung des Investitionsausschusses.

Beteiligtenfähig sind gem. Art. I-C-3 lit. c), II-1, II-5 lit. a) Verfahrensregelungen 2023 nur NKSen. OECD Watch, BIAC und TUAC können keine Assistenzanfrage stellen. Art. I-C-3 lit. c) und II-1 Verfahrensregelungen 2023 sehen vor, dass eine NKS, die während eines spA-Verfahrens Informationen zur Auslegung der Leitsätze anfragt, „Zweifel“ haben muss. Angesichts der informellen Natur des Verfahrens ist davon auszugehen, dass für das Bestehen dieser Zweifel keine besonderen Nachweise zu erbringen sind.

1205 UmVerf-Ko 2023, Rn. 58.

1206 UmVerf-Ko 2023, Rn. 32.

1207 UmVerf-Ko 2023, Rn. 58.

Der Gang des Verfahrens folgt dem Subsidiaritätsprinzip: Je weniger komplex die Anfrage ist, desto rangniedriger sind die zuständigen Organe. Betrifft die Assistenzanfrage die Auslegung der Leitsätze in einem laufenden spA-Verfahren, soll sich die NKS zunächst an das OECD-Sekretariat wenden, das ihr eine Auskunft zur Auslegung der Leitsätze in ähnlichen Fällen erteilen soll.¹²⁰⁸ Erst wenn diese Informationen nicht vorliegen oder unzureichend sind oder das Sekretariat allgemein nicht weiterhelfen kann, soll sich die NKS an die WPRBC wenden.¹²⁰⁹ Dabei gilt ein Beschleunigungsgebot: Die WPRBC soll die Anfrage im Rahmen ihrer Möglichkeiten so zügig wie möglich beantworten (Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023).¹²¹⁰ Die WPRBC wird erforderlichenfalls *ad hoc* zusammentreten oder Arbeitsgruppen mit der Beantwortung der Anfrage betrauen.¹²¹¹ Die WPRBC wird im Konsensverfahren gem. Art. 6 OECD-Ü¹²¹² über die Hilfestellung entscheiden.¹²¹³ Ist die WPRBC der Überzeugung, dass die Anfrage der NKS nicht zufriedenstellend im Rahmen des informellen Assistenzverfahrens behandelt werden kann, wird sie der NKS nahelegen, eine formales Klarstellungsverfahren vor dem Investitionsausschuss anzustrengen.¹²¹⁴

II. Würdigung und Verhältnis zum Klarstellungsverfahren

Richtet eine NKS Hilfesuche an Organe der OECD, verfolgt sie nicht nur eigene Interessen. Vielmehr stärken entsprechende Rücksprachen die Kohärenz des Fallmaterials der NKSen, ihre Rechenschaftspflicht gegenüber der OECD und die Vorhersehbarkeit der Praxis des NKS-Netzwerks.¹²¹⁵ Außerdem kann die Unterstützung durch die OECD fehlende Expertise und auch fehlende Ressourcen einer NKS ausgleichen. Die Bündelung ent-

1208 UmVerf-Ko 2023, Rn. 58.

1209 UmVerf-Ko 2023, Rn. 58.

1210 UmVerf-Ko 2023, Rn. 58.

1211 UmVerf-Ko 2023, Rn. 58.

1212 „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.

1213 Art. 6 OECD-Ü gilt für die Arbeit sämtlicher Organe der OECD inklusive Nebengliederungen: Hahn/Weber, Die OECD (1976), S. 93; Carroll/Kellow, The OECD (2011), S. 23.

1214 UmVerf-Ko 2023, Rn. 58.

1215 Ingrams, BHRJ 8 (2023), 427 (432).

sprechender Expertise auf OECD-Ebene ist ressourcenschonend und trägt zur Professionalisierung der spA-Verfahren bei. Da das Ergebnis von Assistenzanfragen vertraulich ist (Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023), fällt es schwer, Assistenzanfragen zu evaluieren. Bisweilen machen NKSen zumindest die Tatsache, dass derartige Konsultationen und Rücksprachen während eines spA-Verfahrens stattgefunden haben, öffentlich.¹²¹⁶

Zur Wahrung der Einheitlichkeit der Aussprüche der NKSen, für ihre Rechenschaftspflicht und für die Vorhersehbarkeit ihrer Aussprüche wäre es außerdem förderlich, würden NKSen rege von der Möglichkeit einer Assistenzanfrage Gebrauch machen. Ein Weg bestünde darin, derartige Assistenzanfragen verpflichtend auszugestalten. Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 bedient sich in diesem Sinne der Futurform „will“ („[...] the NCP will [...] seek information on similar specific instances [...]“), was eine klare Erwartungshaltung der Verfahrensregelungen zum Ausdruck bringt.¹²¹⁷ Insofern sendet die Vorschrift das deutliche Signal an NKSen, sich bei bestehenden Zweifeln an das Sekretariat und die WPRBC zu wenden. Indes sollten NKSen, um Verzögerungen bei der Bearbeitung der spA-Verfahren zu vermeiden, nur dann eine Assistenzanfrage stellen, wenn tatsächlich ein Bedürfnis besteht. Insbesondere könnte auf Anfragen zu nicht verfahrenserheblichen Aspekten verzichtet werden.

Ein positiver Aspekt der 2023er Überarbeitung ist die schärfere Abgrenzung zwischen Assistenzanfragen und Klarstellungsverfahren. Es bestehen mindestens fünf Unterschiede. (i) Das Assistenzverfahren gem. Art. I-C-3 lit. c), II-1, II-5 lit. a) Verfahrensregelungen 2023 ist in erster Linie ein informelles Verfahren. Es ist ein rein auf Auskunft und Beratung gerichtetes Verfahren (Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Seine Ergebnisse haben nicht die Autorität und Rechtsnatur einer Klarstellung (Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). (ii) Anders als eine Klarstellung, die veröffentlicht wird,¹²¹⁸ bleibt das Ergebnis einer Assistenzanfrage zudem vertraulich (Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). (iii) Die Anfrage einer NKS

1216 Siehe beispielsweise: OECD:NO-NCP:2013:NO-9-FS, S. 5; OECD:NO-NCP:2015:NO-12-IA, S. 8; OECD:AU-NCP:2019:AU-13-FS, Rn. 10, 25; OECD:AU-NCP:2019:AU-14-IA, Rn. 11; OECD:FR-NCP:2021:FR-32-FS, S. 4; OECD:IE-NCP:2021:IE-4-IA, S. 20; OECD:BR-NCP:2022:BR-39-FS, Rn. 88, 96, 104; OECD:FR-NCP:2022:FR-29-FS, S. 4; OECD:KR-NCP:2022:KR-18-FS, S. 5 f., 9.

1217 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 1: Mit dem Wort „will“ seien „Erwartungen“ verbunden. Die Worte „should“ oder „encourage“ würden „Empfehlungen“ und die Worte „may“ oder „can“ lediglich „Orientierungshilfen“ ausdrücken.

1218 UmVerf-Ko 2023, Rn. 59.

ist zügig zu bearbeiten, um Verzögerungen bei der Behandlung der Beschwerde im Rahmen des Ausgangs-Verfahrens zu vermeiden (Art. I-C-3 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Für Klarstellungsverfahren ist ein entsprechendes Beschleunigungsgebot nicht ersichtlich. (iv) Während Klarstellungen die Prärogative des Investitionsausschusses bleiben, der lediglich vorbereitende und ausführende Tätigkeiten an die WPRBC und das OECD-Sekretariat delegiert (vgl. Art. II-4 RatsE-Leitsätze 2023, Art. II-2 lit. c), II-5 lit. a) S. 2 Verfahrensregelungen 2023),¹²¹⁹ können Assistenzanfragen abschließend von der WPRBC und dem OECD-Sekretariat behandelt werden (Art. I-C-3 lit. c), II-1, II-5 lit. a) Verfahrensregelungen 2023). (v) Klarstellungsanfragen können schließlich – anders als Assistenzanfragen (vgl. Art. I-C-3 lit. c), II-1, II-5 lit. a) Verfahrensregelungen 2023) – auch von OECD Watch, TUAC und BIAC initiiert werden (vgl. Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Eine Assistenzanfrage bleibt also intern, was ihre informelle Natur erneut unterstreicht.

B. Das Klarstellungsverfahren

Beim Klarstellungsverfahren handelt es sich um ein förmliches Verfahren.¹²²⁰ Klarstellungen sichern die Harmonie der NKS-Aussprüche, weil sie verhindern, dass NKSen die Leitsätze inkohärent auslegen.¹²²¹ Das Klarstellungsverfahren kann auf eine jahrzehntelange Geschichte zurückblicken; nach anfänglicher Zweckentfremdung wurde es mit der 2000er Überarbeitung der Leitsätze auf seine eigentliche Bedeutung zurückgeführt (I.). Seither ist klar, dass das Klarstellungsverfahren kein Streitbeilegungsverfahren, sondern ein Verfahren zur Beantwortung abstrakter Auslegungsfragen ist, was sich insbesondere in seinen Charakteristika (II.) und Verfahrensvoraussetzungen (III.) widerspiegelt. Der Verfahrensgang und das Verfahrensergebnis (IV.) eines Klarstellungsverfahrens unterstreichen dies ebenfalls.

¹²¹⁹ UmVerf-Ko 2023, Rn. 59.

¹²²⁰ *Salzman*, Law and Contemporary Problems 68 (2005), 189 (214); *Utz*, OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen (2006), S. 48.

¹²²¹ UmVerf-Ko 2023, Rn. 59: „Clarifications of the interpretation of the Guidelines [...] 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); OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 2.

I. Einordnung

Das Klarstellungsverfahren ist ein altes Verfahren (1.), das nach einer kurzen Phase großen anfänglichen Interesses für eine lange Zeit in Bedeutungslosigkeit verfiel (2.).

1. Kurzabriss der Genese der Klarstellungsverfahren

Das Klarstellungsverfahren wird wesentlich durch seine frühen Jahre geprägt: Die heutigen Regelungen des Klarstellungsverfahrens basieren überwiegend auf Regelungen aus dem Jahr 1979 (vgl. Art. 1 S. 2 f. RatsE-Leitsätze 1979). Zudem wurde mehr als die Hälfte aller Klarstellungsverfahren in wenigen Jahren nach der erstmaligen Verabschiedung der Leitsätze im Jahr 1976 betrieben (vgl. Tabelle 4). Wenig später nahm die Zahl der Klarstellungsverfahren rapide ab. Erst in der jüngsten Zeit ist eine zaghafte Zunahme der Zahl und Bedeutung der Klarstellungsverfahren zu beobachten (vgl. Tabelle 4). Diese starke geschichtliche Prägung des heutigen Klarstellungsverfahrens rechtfertigt es, seine Genese erneut in Erinnerung zu rufen, die ich unter Verweis auf meine Ausführungen in Kapitel 3 C. I. an dieser Stelle kurz zusammenfassen möchte. In der Ursprungsfassung der RatsE-Leitsätze war lediglich eine Zuständigkeit des Ausschusses für „Meinungsaustausche“ vorgesehen (Art. 1 RatsE-Leitsätze 1976). TUAC und manche Regierungen nutzten diese offen formulierten Vorschriften, um „Meinungsaustausche“ als Plattform zur Bearbeitung einzelner Fälle zu zweckentfremden. Diese Vorstöße trafen innerhalb des Ausschusses auf Widerstand, da er sich angesichts des (bis heute gültigen) Schlussfolgerungsverbots (Art. 3 S. 2 RatsE-Leitsätze 1976, heute: Art. II-4 S. 3 RatsE-Leitsätze 2023) für nicht befugt hielt (und hält), in einem gerichtsähnlichen Verfahren konkret-individuelle Streitigkeiten zu schlichten.¹²²² Gleichwohl erkannte der Ausschuss in seinem 1979er Überprüfungsbericht, dass die Betrachtung einzelner Fälle eine wertvolle Grundlage für „Meinungsaustausche“ bot; er akzeptierte deshalb, echte Fälle zu „Illustrationszwecken“ zu behandeln und darauf aufbauend allgemeine Schlüsse zur Auslegung der Leitsätze zu ziehen.¹²²³ Der schmale Grat zwischen erlaubten einzelfall-

¹²²² OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 84; siehe heute: UmVerf-Ko 2023, Rn. 57.

¹²²³ OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 84 f.

basierten Meinungs austauschen und verbotenen Streitbeilegungsverfahren half dabei, dass sich wichtige Charakteristika des Klarstellungsverfahrens herausbilden konnten (dazu sogleich: II.). In diesem Zusammenhang wurde die Zuständigkeit des Ausschusses für „Klarstellungen“ im Jahr 1979 in die RatsE-Leitsätze aufgenommen (Art. 1 S. 2 RatsE-Leitsätze 1979).¹²²⁴

Ebenfalls im Jahr 1979 empfahl¹²²⁵ der Ausschuss den Mitgliedsstaaten die Einrichtung der NKS en, wozu sie im Jahr 1984 (Art. 1 und 2 RatsE-Leitsätze 1984) schließlich auch völkerrechtsverbindlich verpflichtet wurden. NKS en waren dabei unter anderem als Streitbeilegungsinstanzen gedacht, die die Zweckentfremdung der Klarstellungsverfahren als Streitbeilegungsverfahren eindämmen sollten.¹²²⁶ Da NKS en – bis auf wenige Ausnahmen – bis zur 2000er Überarbeitung bestenfalls dysfunktional und vielfach nicht existent waren,¹²²⁷ konnten sie diese Rolle nie ausfüllen. Die ab Mitte der 1980er Jahre stark abnehmende Zahl der Klarstellungsverfahren (vgl. Tabelle 4) kann deshalb nicht das Resultat einer funktionierenden Filterfunktion der NKS en sein. Sie ist Ausweis der Unattraktivität der Klarstellungsverfahren: Insbesondere bei TUAC führte die Weigerung des Ausschusses, als Streitbeilegungsinstanz zu fungieren, spätestens ab den 1980er Jahren zu Enttäuschung und Desinteresse.¹²²⁸

Nach der umfassenden Überarbeitung der Leitsätze im Jahre 2000 wurden NKS en nunmehr tatsächlich eingerichtet und sollten bis zum Jahr der nächsten Überarbeitung (2011) in mehr als 200 Fällen als Streitbeilegungsinstanz fungieren.¹²²⁹ Dieser Wandel hatte weitreichende Auswirkungen auf die Rolle des Ausschusses, da NKS en nun erstmals *tatsächlich* ihrer Filterfunktion auf nationaler Ebene nachkamen. Dem Ausschuss kommt seither nur noch eine **subsidiäre Rolle als Aufsichtsorgan über die Arbeit der NKS en** zu, die ihrerseits die erste und letzte Anlaufstelle zur Beilegung einer konkret-individuellen Streitigkeit sind.¹²³⁰ Dass seit der 2000er Überarbeitung weniger als ein halbes Dutzend Klarstellungsverfahren betrieben

1224 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 86.

1225 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 79.

1226 OECD, MNE-Declaration Review (1984), Annex I, Rn. 7 ff.

1227 Eyk, OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs (1995), S. 194; OECD Dok. DAFFE/IME(98)15, Rn. 29.

1228 TUACs Stellungnahme abgedruckt bei: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 93 f.; *Salzman*, Law and Contemporary Problems 68 (2005), 189 (214); *Utz*, OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen (2006), S. 27.

1229 OECD, Annual Report 2011 (2012), S. 38.

1230 *Protosaltis*, FORUM du droit international 7 (2005), 251 (259); *Salzman*, Law and Contemporary Problems 68 (2005), 189 (215); *Schuler*, GLJ 9 (2008), 1753 (1772 f.).

wurden, ist deshalb kein Misstrauensvotum zu Lasten des Klarstellungsverfahrens. Dieser Umstand attestiert vielmehr ein grundsätzliches Funktionieren der spA-Verfahren auf Ebene der NKSen und unterstreicht die nachgeordnete Rolle des Ausschusses.¹²³¹

2. Überblick über sämtliche Klarstellungsverfahren

Da, soweit ersichtlich, keine vollständigen Übersichten über alle Klarstellungsverfahren bis zum heutigen Tage existieren,¹²³² möchte ich dieses Versäumnis in Tabelle 4 nachholen. Um bisherige Dokumentationsversuche hat sich *Blanpain* verdient gemacht. Meiner Tabelle möchte ich mehrere Bemerkungen vorausschicken:

Erstens: Nicht alle Aussprüche des Investitionsausschusses, die Klarstellungscharakter haben, sind auch formal als Klarstellungen einzustufen. Sie fehlen deshalb in nachfolgender Tabelle. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang die mittlerweile überholte Erklärung¹²³³ des Ausschusses zum Investitionsbezug der Leitsätze, die in der Literatur nicht als Klarstellung klassifiziert wird.¹²³⁴

1231 *Utz*, OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen (2006), S. 52.

1232 Einen Überblick über alle Klarstellungsverfahren bis Mitte der 1980er Jahre liefert das vierbändige Werk von *Blanpain*, das neben Anmerkungen eine Textsammlung der Stellungnahmen aller relevanten Akteure enthält (*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)). Besprechungen sehr vieler Fälle finden sich auch bei *Campbell/Rowan*, MNEs and the OECD Guidelines (1983). OECD Dok. DAF/IME(98)15, Rn. 46–50 beschreibt die drei Fälle zwischen 1991 und 1998. Übersichten bis 2004 respektive 1999 finden sich bei: *Blanpain/Colucci*, The Globalisation of Labour Standards (2004), S. 66 f. und in OECD Dok. DAF/IME/WPG(99)20, Annex I. Zwischen dem letztgenannten OECD-Dokument und *Blanpain*s Aufstellungen ergeben sich kleinere Unterschiede etwa zur Frage, was als ein eigenständiges Verfahren zählt. Für die Zeit nach 2004 fehlt es an einer vollständigen Auflistung. Nur wenige Publikationen (*Utz*, OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen (2006), S. 52; *Schliemann*, GLJ 13 (2012), 51 (77); *OECD*, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 46) erwähnen die zwei zwischen 2000 und (2006 bzw. 2012 bzw.) 2015 ergangenen Klarstellungen. Für die Zeit nach 2015 basiert die Tabelle auf eigenen Recherchen.

1233 *CIME*, Annual Report 2003 (2003), 21 (S. 21 f.).

1234 *Utz*, OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen (2006), S. 52; *Schliemann*, GLJ 13 (2012), 51 (77 f.).

Zweitens: Wie ich noch ausführen werde (siehe II. 2.), ist zwischen beantragten und spontanen Klarstellungen zu unterscheiden. Letztere gehen nicht auf die Initiative eines beteiligtenfähigen Akteurs zurück, sondern werden vom Ausschuss *sua sponte* erlassen. Ich habe sie nicht in die Tabelle aufgenommen. Mir sind zwei spontane Klarstellungen des Ausschusses zum Offenlegungskapitel¹²³⁵ aus den Jahren 1983 und 1988 und die bedeutendere Klarstellung zu Umweltfragen¹²³⁶ aus dem Jahr 1985 bekannt. Bei beantragten Klarstellungen ist zwischen einzelfallbasierten und nicht einzelfallbasierten Klarstellungen zu unterscheiden (siehe II. 2.). Die nicht einzelfallbasierten Klarstellungsverfahren betreffen nicht zwingend ein bestimmtes Unternehmen bzw. eine bestimmte Angelegenheit; ich habe die entsprechende Zeile in der Spalte des Unternehmensnamens deshalb *kursiv* gesetzt.

Drittens: In Tabelle 4 werden keine zurückgezogenen Klarstellungsanträge aufgeführt. Zu dieser Kategorie gehört beispielsweise ein Klarstellungsantrag Norwegens zur Anwendung der Leitsätze auf Staatsfonds und Zentralbanken aus dem Jahr 2013.¹²³⁷

Viertens: Es ist nicht immer eindeutig zu beurteilen, was als ein eigenständiges Verfahren zu werten ist, da manche Anträge nicht beantwortet oder gemeinsam behandelt wurden. Die Aufstellung in Tabelle 4 ist deshalb nicht zwingend.

1235 Zu nennen ist die Klarstellung zum Offenlegungskapitel (*OECD, Clarification of the Accounting Terms in the OECD Guidelines* (1983)) aus dem Jahr 1983, die fünf Jahre später inhaltlich aktualisiert und ausgebaut wurde (*OECD, Multinational Enterprises and Disclosure of Information* (1988)).

1236 *CIME*, ILM 25 (1986), 494 (494 f.).

1237 Vgl. *OECD:IC:2024:IC-5-CL*, Fn. 1, Rn. 14.

Tabelle 4: Überblick über sämtliche Klarstellungen

Datum ¹²³⁸	Unternehmen ¹²³⁹	Klarstellung ¹²⁴⁰
1977	Badger ¹²⁴¹	Ja ¹²⁴²
	Philips (Niederlande, – auch: Philips I)	Ja ¹²⁴³
	Warner-Lambert	Nein ¹²⁴⁴
	Poclain, Bendix, Siemens, Litton Industries, Philips (Deutschland, – auch: Philips II), ITT	Ja ¹²⁴⁵
	Citibank-Citicorp	Ja ¹²⁴⁶
	Motor Iberica ¹²⁴⁷	
	Black and Decker ¹²⁴⁸	
	Hertz	Ja ¹²⁴⁹

1238 Grundsätzlich bezieht sich das Datum auf die Eingabe der Klarstellung. Quellen für die Datumsangaben sind die Übersichtswerke in Fußnote 1232 oder die Klarstellungen selbst.

1239 Quelle sind die in Fußnote 1232 genannten Werke. Sofern vorhanden, geben die Fußnoten in dieser Spalte Hinweise zu Fallbesprechungen oder -darstellungen in der Literatur, die nicht bei *Blanpain* oder *Campbell/Rowan* (vgl. Fußnote 1232) zu finden sind.

1240 Ob eine Klarstellung ergangen ist, lässt sich im Ausgangspunkt OECD Dok. DAFPE/IME/WPG(99)20, Annex I entnehmen. Die anderen in Fußnote 1232 genannten Werke kommen aber bisweilen zu einer abweichenden Beurteilung. Die Fußnoten zu den Einträgen dieser Spalte führen deshalb weitere Quellen jenseits dieses OECD-Dokuments auf. Im Falle eines erfolgreichen Klarstellungsantrags geben sie an wo die Klarstellung zu finden ist. Redigierte Fassungen der Klarstellungen bis 2001 finden sich in OECD Dok. DAFPE/IME/WPG(2000)15/FINAL.

1241 Näher: *Wakkie*, ILR 2 (1979), 75 (83 ff.); *Seidl-Hohenveldern*, in: *Seidl-Hohenveldern* (Hrsg.), *Collected Essays* (1998), 399 (410 ff.).

1242 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 142 verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39, 41, 42.

1243 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 198 verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 61.

1244 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 218.

1245 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 213 f. verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 63 ff.

1246 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 185 verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 60. Es ist allerdings unklar, inwiefern sich diese Klarstellung auch auf die Sachen *Motor Iberica* und *Black and Decker* bezieht.

1247 Näher: *The Economist* vom 4. Juni 1977, 93 (93) — „Badgered“.

1248 Näher: *The Economist* vom 4. Juni 1977, 93 (93) — „Badgered“.

1249 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 226 f. verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 68 ff.

Datum	Unternehmen	Klarstellung
1978	Europäische Luftfahrtkonsortien (Erste Phase)	Ja ¹²⁵⁰
	British American Tobacco, auch: Batco ¹²⁵¹	Ja ¹²⁵²
	Firestone	Ja ¹²⁵³
	Internationaler Kreditmarkt und multinationale Banken	Nein ¹²⁵⁴
1980	Europäische Luftfahrtkonsortien (Zweite Phase)	Ja ¹²⁵⁵
	Viggo-British Oxygen	Ja ¹²⁵⁶
	Philips (Finnland, – auch: Philips III) ¹²⁵⁷	Nein ¹²⁵⁸
1982	Ford	Ja ¹²⁵⁹
	Klarstellungsantrag der belgischen Regierung: Der Antrag wurde im Zuge des Ford-Falls (s. oben) gestellt und ist in diesem Zusammenhang zu sehen. ¹²⁶⁰	
1983	Hyster	Ja ¹²⁶¹
	Norsk Hydro	Ja ¹²⁶²
	Qantas Airlines	
	NAM	
1984	Citibank	Ja ¹²⁶³

- 1250 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 235 verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39.
- 1251 Näher: *Wakkie*, ILR 2 (1979), 75 (87 ff.); *Foort*, Rg 25 (2017), 195 (200 f.).
- 1252 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 171 f. verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 43 ff.
- 1253 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 149 verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 71 f.
- 1254 Vgl. *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 299 ff.
- 1255 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 133 f. verweist auf OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Annex IV, Rn. 23.
- 1256 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 207 ff. verweist auf OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Rn. 21 f., Annex IV, Rn. 14 ff.
- 1257 Näher: *Foort*, Rg 25 (2017), 195 (202).
- 1258 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 147.
- 1259 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 158 f. verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1984), Rn. 52.
- 1260 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 155.
- 1261 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 150 ff. verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1984), Rn. 46 ff.
- 1262 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 95 f. verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1984), Rn. 68.
- 1263 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 100 verweist auf OECD, MNE-Declaration Review (1984), Rn. 69.

Datum	Unternehmen	Klarstellung
	C&A Brenninkmeyer	Ja ¹²⁶⁴
1985	Bankers Trust	Ja ¹²⁶⁵
	Klarstellungsantrag der belgischen Regierung	Ja ¹²⁶⁶
1986	Michelin	Ja ¹²⁶⁷
1988	Food Lion	Nein ¹²⁶⁸
1993	Hoover ¹²⁶⁹	Nein ¹²⁷⁰
1995	Belgian Metalworking Company	Nein ¹²⁷¹
1997	Renault Vilvoorde	Ja ¹²⁷²
1999	Rio Tinto ¹²⁷³	Ja ¹²⁷⁴
2003	Intertemporale Anwendung der Leitsätze	Ja ¹²⁷⁵

1264 OECD, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises (1986), Rn. 9. Eyk, OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs (1995), Fn. 81 auf S. 185 verweist auf OECD, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises (1994), S. 30 f.

1265 Das Thema der britischen Anfrage betraf nach den Angaben bei *Blanpain/Colucci*, The Globalisation of Labour Standards (2004), S. 67 wohl den damaligen Ls. 6 des Beschäftigungskapitels. Dieses Thema wird in OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 43 f. behandelt, weshalb davon auszugehen ist, dass es sich hierbei um die zu diesem Fall gehörende Klarstellung handelt.

1266 Das Thema der belgischen Anfrage betraf laut *Blanpain/Colucci*, The Globalisation of Labour Standards (2004), S. 67 wohl den damaligen Ls. 3 des Beschäftigungskapitels. Dieses Thema wird in OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 46 ff. behandelt.

1267 Das Thema der belgischen Anfrage betraf laut *Blanpain/Colucci*, The Globalisation of Labour Standards (2004), S. 67 wohl die damaligen Ls. 1 und 2 der Einleitung sowie Ls. 6 des Beschäftigungskapitels. Eine Klarstellung zu diesen Themen findet sich in OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 48 f.

1268 Die Anfrage betraf laut *Blanpain/Colucci*, The Globalisation of Labour Standards (2004), S. 67 wohl den damaligen Ls. 4 des Beschäftigungskapitels. Laut OECD, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises (1994), S. 42 wurde zu dieser Norm keine Klarstellung erlassen.

1269 Näher: OECD Dok. DAF/IME(98)15, Rn. 47; Eyk, OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs (1995), S. 214 ff.

1270 OECD Dok. DAF/IME(98)15, Rn. 47; Eyk, OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs (1995), S. 215.

1271 OECD Dok. DAF/IME(98)15, Rn. 48.

1272 OECD:CIME:1997:CIME-18-CL. Siehe auch: OECD Dok. DAF/IME(98)15, Rn. 49 f.

1273 Näher: *Salzman*, MichJIL 21 (2000), 769 (Fn. 61 auf S. 794 f.).

1274 OECD:CIME:1999:CIME-19-CL.

1275 OECD:CIME:2004:CIME-20-CL, S. 64 f.

Datum	Unternehmen	Klarstellung
2004	<i>Streitfragen ohne internationale Dimension</i>	Ja ¹²⁷⁶
2020	British American Tobacco ¹²⁷⁷	Ja ¹²⁷⁸
2021	<i>Exportkreditagenturen</i>	Ja ¹²⁷⁹
2023	Plantion/VBN ¹²⁸⁰	Ja ¹²⁸¹

Auf einige dieser Fälle werde ich an späterer Stelle zurückkommen, weil sie sich mit der Definition eines multinationalen Unternehmens befassen. Unter diesem Blickwinkel sind vor allem *Badger*, *Europäische Luftfahrtkon-sortien* (erste und zweite Phase), *C&A Brenninkmeyer*, *Rio Tinto*, *Exportkreditagenturen* und *Plantion/VBN* besonders interessant.

II. Charakteristika und Varianten des Klarstellungsverfahrens

Da das Klarstellungsverfahren wegen des Schlussfolgerungsverbots in Art. II-4 S.3 RatsE-Leitsätze 2023 kein Verfahren zur Beilegung einer Streitigkeit zwischen zwei Parteien ist,¹²⁸² sondern auf die Auslegung der Leitsätze *in abstracto* zielt, weist es einige besondere Charakteristika auf (1.). Außerdem lassen sich mehrere Varianten des Klarstellungsverfahrens identifizieren (2.); dabei handelt es sich aber nur um eine typologische Betrachtung und nicht um juristische Kategorien.

1. Charakteristika

Die wesentlichen Charakteristika des Klarstellungsverfahrens zeichneten sich vornehmlich in den 1970er und 1980er Jahren ab. In dieser Anfangszeit war der Ausschuss aufgerufen, die Grenzen zwischen erlaubten einzelfall-basierten Klarstellungsverfahren und verbotenen Streitbeilegungsverfahren herauszuarbeiten.

1276 OECD:IC:2005:IC-1-CL, S. 80 ff.

1277 Ausgangsverfahren: OECD:UK-NCP:2016:UK-46-IA; OECD:UK-NCP:2019:UK-46-FS.

1278 OECD:IC:2021:IC-3-CL.

1279 OECD:IC:2024:IC-5-CL.

1280 Ausgangsverfahren: OECD:NL-NCP:2023:NL-49-IA.

1281 OECD:IC:2024:IC-7-CL.

1282 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 57.

Da der Ausschuss keinen Einzelfall entscheidet, sondern einen Einzelfall lediglich zum Anlass für eine Klarstellung nimmt, die darlegt, wie die Leitsätze in ähnlich gelagerten, hypothetischen Fällen auszulegen und anzuwenden wären, hat der Sachverhalt des Ausgangsfalls nur eine untergeordnete Bedeutung. Entsprechend oberflächlich darf sich der Ausschuss mit dem Sachverhalt befassen.¹²⁸³ Der Ausschuss akzeptiert den Sachverhalt des Ausgangsfalls so, wie er vom Verfahrensinitiator vorgetragen bzw. von der NKS ermittelt wurde; der Ausschuss unternimmt **keine Sachverhaltsermittlung**.¹²⁸⁴

Da dem Ausschuss Schlussfolgerungen zum Verhalten eines einzelnen Unternehmens verboten sind (Art. II-4 S. 3 RatsE-Leitsätze 2023), ist das Verfahren primär **zukunftsgerichtet**.¹²⁸⁵ Der Ausschuss führt aus, wie die Leitsätze in künftigen Fällen ausgelegt und angewandt werden sollten.¹²⁸⁶ Der Name des Unternehmens, dessen Verhalten Anlass zur Klarstellung gab, wurde in den Klarstellungen lange Zeit nicht genannt.¹²⁸⁷ Neuere Klarstellungsverfahren weichen hiervon mittlerweile ab, weil sie die Ausgangsverfahren der NKSen und damit auch deren Verfahrensparteien offenlegen.¹²⁸⁸

Ein Klarstellungsverfahren zielt darauf ab, Unklarheiten bei der Anwendung und Auslegung der Leitsätze zu beseitigen. Fragen, die nicht – und insbesondere nicht mehr – unklar sind, sind nicht klarstellungsfähig. Fehlt es an einem **Klarstellungsbedürfnis**, ist ein Klarstellungsverfahren unzulässig (siehe unten: III. 2. d)). Ein als Auslegungsfrage formulierter Streit kann deshalb nur einmal vor den Ausschuss gebracht werden.¹²⁸⁹ Das ist bei einem Streitbeilegungsverfahren anders; die Zulässigkeit eines Streitbeilegungsverfahrens hängt nicht davon ab, ob ein inhaltlich ähnlich gelagerter Streit zwischen anderen Parteien bereits entschieden wurde.

1283 Lévy, in: Rubin/Hufbauer (Hrsg.), *Emerging Standards of International Trade and Investment* (1984), 47 (52).

1284 OECD:IC:2021:IC-3-CL, Rn. 6; Vogelaar, *OECD Observer* Nr. 86 (Mai 1977), 7 (7); Horn, *American University Law Review* 39 (1981), 923 (930); Campbell/Rowan, *MNEs and the OECD Guidelines* (1983), S. 12.; Fatouros, in: Dominicé u. a. (Hrsg.), *FS Lalive* (1993), 231 (236); Schuler, *GLJ* 9 (2008), 1753 (1773); vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 57.

1285 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 2.

1286 Salzman, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), 189 (213 f.).

1287 OECD Dok. DAFE/IME(98)15, Rn. 35; Blanpain/Colucci, *The Globalisation of Labour Standards* (2004), S. 73.

1288 Vgl. OECD:IC:2021:IC-3-CL, Rn. 2; vgl. OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 1.

1289 Vgl. Blanpain, *OECD Guidelines Experience 1982–1984* (1985), S. 178, 181.

2. Varianten

Eine Klarstellung kann auf mindestens zwei Arten ergehen: Sie kann das Ergebnis eines Antrags sein (a)). Der Ausschuss kann aber auch aus eigener Initiative eine spontane Klarstellung erlassen. Da ich davon ausgehe, dass nur noch ein geringes Bedürfnis für spontane Klarstellungen besteht, werde ich sie nur kurz vorstellen (b)) und im weiteren Verlauf dieser Arbeit ignorieren.

a) Beantragte Klarstellungen

Klassischerweise ergeht ein Klarstellungsverfahren auf Antrag. Die Beantragung einer Klarstellung ist beispielsweise explizit in Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 geregelt und wird in Art. II-4 S. 2 RatsE-Leitsätze 2023 erwähnt. Es sind dabei zwei Arten zu unterscheiden:

Einzelfallbasierte Klarstellungsverfahren: Regelmäßig wird ein bestimmtes spA-Verfahren den Anlass für das Klarstellungsverfahren bilden. Eine solche Konstellation liegt etwa Art. II-4 S. 2 RatsE-Leitsätze 2023 und der darin geregelten Anhörung der Parteien des Ausgangsverfahrens durch den Ausschuss zugrunde. Auch das Schlussfolgerungsverbot zur Leitsatzkonformität des Verhaltens einzelner Unternehmen gem. Art. II-4 S. 3 RatsE-Leitsätze 2023 ist nur dann sinnvoll, wenn der Ausschuss einen bestimmten Fall vor Augen hat.

Nicht einzelfallbasierte Klarstellungsverfahren: Klarstellungen können auch losgelöst von einem einzelnen Fall wegen eines allgemeinen Bedürfnisses, Auslegungsunklarheiten zu beseitigen, beantragt werden.¹²⁹⁰ Ein solches Klarstellungsverfahren ist noch abstrakter als ein einzelfallbasiertes Klarstellungsverfahren.¹²⁹¹ So heißt es in Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023, dass ein Klarstellungsantrag zum Gegenstand haben *könne* („[s]uch request may concern“), ob eine NKS die Leitsätze in einem spA-Verfahren korrekt ausgelegt habe. Außerdem wird das Schlussfolgerungsverbot nur auf einzelfallbasierte Klarstellungen („in such cases“) bezogen. Diese Formulierungen lassen Raum für nicht einzelfallbasierte Klarstellungsverfahren. Derartige nicht einzelfallbasierte Klarstellungen können

1290 Eyk, OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs (1995), S. 208 f., 211; vgl. OECD Dok. DAF/IME(98)15, Rn. 35: „[...] in general on the basis of cases [...]“.

1291 Eyk, OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs (1995), S. 209.

insbesondere auf Basis einer Zusammenschau mehrerer (sich womöglich widersprechender) NKS-Aussprüche beantragt werden.¹²⁹²

b) Spontane Klarstellungen

Obwohl es sich nicht unmittelbar aus den Regelungen der Umsetzungsverfahren ergibt, ist die Befugnis des Ausschusses, aus eigenem Antrieb und ohne vorherigen Antrag Klarstellungen zu erlassen, anerkannt (hier auch als spontane Klarstellungen oder Klarstellungen *sua sponte* bzw. *proprio motu* bezeichnet).¹²⁹³ Klarstellungen sind in erster Linie eine Handlungsform des Ausschusses und nur in zweiter Linie das Ergebnis einer bestimmten Verfahrensart. Eine normative Verankerung spontaner Klarstellungen lässt sich unter anderem dadurch herstellen, dass Art. II-4 S.1 RatsE-Leitsätze 2023 als Zuständigkeitsnorm formuliert ist („*shall be responsible for clarification*“) und Art. II-4 S.2 RatsE-Leitsätze 2023 erst anschließend einen „Antrag“ (*request*) auf Klarstellung erwähnt.

In der Vergangenheit wurden spontane Klarstellungen vor allem aus Anlass der wiederkehrenden Überprüfungen (1979, 1982, 1984, 1991) verabschiedet und in den zugehörigen Berichten veröffentlicht.¹²⁹⁴ In diesen Berichten erfolgte keine Trennung zwischen beantragten und spontanen Klarstellungen.¹²⁹⁵ Zusätzlich zu diesen Klarstellungen aus Anlass der wiederkehrenden Überprüfungen sind mindestens drei weitere spontane Klarstellungen bekannt.¹²⁹⁶ Aus neuerer Zeit sind mir keine spontanen Klarstellungen bekannt.

Ich halte es für wahrscheinlich, dass sich das Bedürfnis nach spontanen Klarstellungen erübrigt hat. Die heutigen Kommentierungen haben sich aus den alten Klarstellungen entwickelt (Kapitel 10 A. III.); boten früher die wiederkehrenden Überprüfungen der Leitsätze Anlass für spontane Klarstellungen in den Überprüfungsberichten, haben seit der 2000er Überarbeitung die Kommentierungen der Leitsätze diese Funktion übernommen.

1292 Ein Beispiel ist die Klarstellung in der Sache *Exportkreditagenturen*: OECD:IC:2024:IC-5-CL.

1293 OECD, OECD Guidelines for MNEs (1997), S. 16.

1294 OECD, OECD Guidelines for MNEs (1997), S. 16, 19.

1295 Es lässt sich deshalb – ohne Zugriff auf die Original-Dokumente der Klarstellungen – nur mithilfe von Sekundärliteratur nachvollziehen, welche dieser in den Überprüfungsberichten veröffentlichten Klarstellungen auf einzelnen Fällen beruhen. Die annotierte dritte Spalte der Tabelle 4 enthält hierzu Hinweise.

1296 Siehe Fußnoten 1235 und 1236.

Das Bedürfnis für Klarstellungen im Zeitraum zwischen zwei Überprüfungszyklen dürfte sich durch die vorausschauende Vorgehensweise gem. Art. II-7 RatsE-Leitsätze 2023 weitestgehend erübrigt haben. Sie zielt nämlich unter anderem auf die Ausarbeitung verschiedener Orientierungshilfen für die Anwendung der Leitsätze.¹²⁹⁷

III. Verfahrensvoraussetzungen

Für Klarstellungen ist ausschließlich der Investitionsausschuss zuständig (1). Damit er einen Antrag inhaltlich würdigt, müssen bestimmte Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen (2).

1. Zuständigkeit und Klarstellungsmonopol

Das Klarstellungsverfahren vor dem Investitionsausschuss ist in Art. II-4 RatsE-Leitsätze 2023 und in Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 normiert. Die Zuweisung dieser Zuständigkeit an den Ausschuss ist – im Verhältnis zu den NKSen – exklusiver Natur; man kann von einem **Klarstellungsmonopol** des Ausschusses sprechen.

a) Die Bedeutung des Klarstellungsmonopols

Die Entstehung des Klarstellungsmonopols kann auf den 1982er Zwischenüberprüfungsbericht zurückgeführt werden. Hatte der Ausschuss den Mitgliedsstaaten im 1979er Überprüfungsbericht die Einrichtung der NKSen als Streitbeilegungsinstanz auf nationaler Ebene empfohlen und damit deren Filterfunktion für den Ausschuss in den Vordergrund gerückt,¹²⁹⁸ äußerte er sich im nachfolgenden 1982er Bericht zu seinem Klarstellungsmonopol:

„National contact points will find it useful to refer to the Committee’s clarifications and may also need to provide explanations and to express their own views on other aspects of the Guidelines. Nevertheless such ex-

1297 OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 79 f.; OECD, Stocktaking Report (2022), S. 23.

1298 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 79, 83.

planations or views do not constitute clarifications, the issuing of which is the prerogative of the Committee, thus ensuring a consensus approach to the issues involved.“¹²⁹⁹

Auf diese Weise präzierte der Ausschuss die Aufgabenteilung zwischen ihm und den NKSen. NKSen waren nicht zu einer autoritativen Auslegung der Leitsätze berufen. Letzteres oblag als seine wichtigste und zugleich exklusive Aufgabe dem Ausschuss. Weitere Umschreibungen („*sole authority*“,¹³⁰⁰ „*final responsibility*“,¹³⁰¹ „*province of the Committee alone*“,¹³⁰² „*prerogative*“¹³⁰³) und Normen¹³⁰⁴ bekräftigen dieses Klarstellungsmonopol.

Indes sind auch NKSen in ihrer Streitbeilegungsfunktion aufgerufen, sich zur Auslegung und Anwendung der Leitsätze zu äußern. NKSen müssen den Parteien ihre Expertise zu den Leitsätzen zur Verfügung stellen (Art. I-C-*Chapeau* S. 4 Verfahrensregelungen 2023) und das Effektivitätskriterium der Leitsätze-Kompatibilität (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7 Verfahrensregelungen 2023) beachten. Daraus folgt unter anderem, dass sich sämtliche Verfahrensausgänge eines spA-Verfahrens (Einigung, Empfehlung, Feststellung) im Rahmen der Leitsätze zu halten haben (näher: Kapitel 6 C. III.).¹³⁰⁵ Schon im 1984er Überprüfungsbericht war der Ausschuss deshalb aufgerufen, sich zur Rolle der NKSen bei der Auslegung und Anwendung der Leitsätze zu äußern:

„A contact point would remain within the intention of the procedures [...] in seeking to explain to interested parties the relevance of the Guidelines to the matters at hand. In doing so, the contact point should recognise, however, the international character of the Guidelines and the overriding necessity of avoiding conflicting national interpretations. Where there is any doubt or divergence of views as to the consistency of an interpretation under consideration by a contact point with clarifications adopted at the level of the OECD, it is desirable that the matter

1299 OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Rn. 19.

1300 OECD, MNE-Declaration Review (1984), Annex I, Rn. 10.

1301 OECD, MNE-Declaration Review (1984), Annex I, Rn. 11.

1302 *Rojot*, BJIR 23 (1985), 379 (381).

1303 OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Rn. 19; OECD, Stocktaking Report (2022), S. 79.

1304 Art. I-C-3 lit c) und II-5 lit. a) Verfahrensregelungen 2023 grenzen die Hilfestellungen im Rahmen des informellen Assistenzverfahrens deutlich von formalen Klarstellungen ab, die nur vom Ausschuss stammen können.

1305 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 10 lit. g).

should be brought to the attention of the Committee before the contact point provides a final answer.¹³⁰⁶

Sofern sich NKSen zu Auslegungsvarianten der Leitsätze äußern, sind dies demnach lediglich „Erklärungen“¹³⁰⁷ oder „Meinungen“¹³⁰⁸, aber keine „Klarstellung“. NKSen sind aufgerufen, sich in Zweifelsfällen an den Ausschuss zu wenden, was heutzutage vornehmlich im Rahmen des informellen Assistenzverfahrens (Art. I-C-3 lit. c), II-1 Verfahrensregelungen 2023) stattfinden wird, sofern die Zweifel nicht Anlass für ein formelles Klarstellungsverfahren bieten.

b) Begründungsansätze für das Klarstellungsmonopol

Für das Klarstellungsmonopol lassen sich sowohl eine juristische als auch eine politische Begründung finden. Aus juristischer Sicht dient das Klarstellungsmonopol, wie im oben wiedergegebenen Zitat aus dem 1984er Bericht deutlich wird, der Vermeidung widersprüchlicher Auslegungen der Leitsätze und damit der Einheitlichkeit der Aussprüche der NKSen.¹³⁰⁹ Ob dieses Ziel erreicht wird, steht und fällt mit der inhaltlichen Präzision der Klarstellungen. Aus politischer Sicht dient das Klarstellungsmonopol der Sicherung des teilnehmerstaatlichen Einflusses. Wie noch auszuführen sein wird (IV. 2.), beruht eine Klarstellung auf einer im Konsens zu treffenden Ermessensentscheidung des Investitionsausschusses. Wegen dieses Konsensprinzips sichern sich die Teilnehmerstaaten die endgültige Entscheidung über die Auslegung der Leitsätze.¹³¹⁰ Sie verhindern so, derartige Entscheidungen anderen Foren zu überlassen, über die sie keine Kontrolle haben und die die Befugnis hätten, einen in vage Formulierungen gefassten Kompromiss zwischen den Teilnehmerstaaten durch ihre Auslegung zu stören.¹³¹¹

1306 OECD, MNE-Declaration Review (1984), Annex I, Rn. 11.

1307 Vgl. OECD, MNE-Declaration Review (1984), Annex I, Rn. 11.

1308 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 239.

1309 UmVerf-Ko 2023, Rn. 59; OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 2; OECD, MNE-Declaration Review (1984), Annex I, Rn. 11; *Vogelaar*, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 127 (137 f.).

1310 *Vogelaar*, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 127 (136 f.); vgl. OECD, MNE-Declaration Mid-Term Report (1982), Rn. 19.

1311 *Vogelaar*, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 127 (136 f.); *Blanpain*, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 145 (149).

2. Zulässigkeitsvoraussetzungen

Der Antrag ist nur statthaft, wenn der Antragsteller Klarheit über die Auslegung der Leitsätze *in abstracto* erlangen will; verkappte Streitbeilegungsverfahren sind unstatthaft (a)). Nur vier Kategorien von Akteuren sind beteiligtenfähig (b)). Inhaltlich muss sich der Antrag auf eine Auslegungsfrage gerade der Leitsätze (und keines anderen Instruments) beziehen; ein Bezug zu einem bestimmten Ausgangsverfahren vor einer NKS ist möglich, aber nicht erforderlich (c)). Ferner muss ein Klarstellungsbedürfnis vorliegen (d)). Der Antrag muss begründet sein, aber keine Frist wahren (e)).

a) Statthaftigkeit

Das Klarstellungsverfahren ist kein Streitbeilegungsverfahren. Das folgt primär aus dem Schlussfolgerungsverbot gem. Art. II-4 S. 3 RatsE-Leitsätze 2023.¹³¹² In der Sache *British American Tobacco* äußerte sich der Ausschuss deutlich in diesem Sinne:

„[...] when issuing clarifications or recommendations [...] the Investment Committee will not ‘reach conclusions on the conduct of individual enterprises’ or act as a ‘panel to settle individual issues.’“¹³¹³

Als zwischenstaatliche Organisation, deren Arbeitsmethoden sich durch Informationssammlung, Beratung und Zusammenarbeit auszeichnen, wäre die OECD ohnehin ein ungeeignetes Forum, um über innerstaatliche Konflikte zwischen einzelnen Akteuren zu befinden.¹³¹⁴ Entscheidungen der OECD werden in akademisch-diplomatischer Arbeit vorbereitet, im gegenseitigen Einvernehmen (Art. 6 Abs. 1 OECD-Ü) und im Geheimen gefällt.¹³¹⁵

Das Klarstellungsverfahren ist außerdem **zukunftsgerichtet**, weil eine Klarstellung eine Hilfestellung für die Auslegung und Anwendung der

1312 UmVerf-Ko 2023, Rn. 57.

1313 OECD:IC:2021:IC-3-CL, Rn. 6 (Fußnoten des Originals entfernt) unter Bezugnahme auf das Schlussfolgerungsverbot und die damalige Entsprechung des heutigen UmVerf-Ko 2023, Rn. 63.

1314 *Vogelaar*, in: Horn (Hrsg.), *Legal Problems of Codes of Conduct* (1980), 127 (136).

1315 *Vogelaar*, in: Horn (Hrsg.), *Legal Problems of Codes of Conduct* (1980), 127 (136 f.).

Leitsätze in künftigen Fällen gibt.¹³¹⁶ Klarstellungen des Ausschusses sind **allgemeiner Natur** und befassen sich nicht damit, wie die einschlägigen Bestimmungen der Leitsätze auf den Sachverhalt eines Ausgangsverfahrens vor einer NKS anzuwenden wären.¹³¹⁷ Ein Antragsteller muss deshalb mit seinem Antrag das Begehren verbinden, Klarheit über die Auslegung und Anwendung der Leitsätze zu erlangen. Daraus folgt unter anderem, dass die zur Klarstellung vorgelegte Auslegungsfrage allgemeiner Natur sein muss (bzw. vom Ausschuss nötigenfalls so gedeutet wird); der Antragsteller kann nicht die Feststellung beantragen, dass ein bestimmtes MNU in einem konkreten Fall die Leitsätze miss- bzw. beachtet hat.¹³¹⁸ Zulässig ist zwar die Frage, ob eine NKS in einem bestimmten Verfahren die Leitsätze korrekt interpretiert hat (Art. II-2 lit. c) S. 2 Verfahrensregelungen 2023);¹³¹⁹ aber auch dies wird als allgemeine Frage zur Auslegung oder Anwendung der Leitsätze formuliert werden müssen.

Gleichwohl darf nicht aus dem Blick geraten, dass ein einzelfallbasiertes Klarstellungsverfahren auch ein indirektes Urteil über die Leitsatzkonformität des Verhaltens des Beschwerdegegners des spA-Ausgangsverfahrens sein kann, weil der Ausschuss die Entscheidung der NKS nachprüft. Das gilt vor¹³²⁰ wie nach¹³²¹ der 2000er Überarbeitung.

b) Beteiligtenfähigkeit

Gem. Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 ist nur ein begrenzter Personenkreis beteiligtenfähig. Hierzu zählen Teilnehmerstaaten, BIAC, TUAC und OECD Watch. Die Beteiligtenfähigkeit von OECD Watch besteht erst seit 2011.¹³²² Da große personelle Überschneidungen zwischen NKS-Funktionären und Vertretern der Teilnehmerstaaten im Investitions-

1316 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 2; *Salzman*, Law and Contemporary Problems 68 (2005), 189 (213 f.).

1317 OECD:IC:2021:IC-3-CL, Rn. 6.

1318 Vgl. Brief CIME an TUAC, abgedruckt bei: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 107–109.

1319 UmVerf-Ko 2023, Rn. 59.

1320 *Blanpain*, Badger Case (1977), S. 129; *Wakkie*, ILR 2 (1979), 75 (86); *Foort*, Rg 25 (2017), 195 (199); *Seidl-Hohenveldern*, RdC 163 (1979), 169 (208).

1321 *Protosaltis*, FORUM du droit international 7 (2005), 251 (259 f.).

1322 Vergleiche Art. II-3 lit. c) Verfahrensanleitungen 2000 mit Art. II-3 lit. c) Verfahrensanleitungen 2011. Zu den darin erwähnten *advisory bodies* zählen gem. der Legaldefinition in Art. II-2 RatsE-Leitsätze 2000 nur BIAC und TUAC.

ausschuss bestehen,¹³²³ dürfte für eine NKS keine größere Hürde bestehen, *de facto* selbst einen Antrag zu stellen. Schwieriger gestaltet es sich hingegen für die Beschwerdeführer und Beschwerdegegner eines etwaigen spA-Ausgangsverfahrens. Da sie nicht selbst beteiligtenfähig sind, sind sie darauf verwiesen, die ihnen am nächsten stehende institutionelle Interessenvertretung (also BIAC, TUAC oder OECD Watch) erfolgreich zu einer Eingabe zu bewegen.¹³²⁴

c) Antragsgegenstand

Tauglicher Antragsgegenstand ist die Auslegung der Leitsätze. Regelmäßig, aber nicht zwingend, wird sich die Anfrage auf die Auslegung durch eine NKS in einem bestimmten Verfahren beziehen: Wie schon erwähnt, lassen sich bei beantragten Klarstellungsverfahren grundsätzlich die beiden Formen eines einzelfallbasierten und eines nicht einzelfallbasierten Klarstellungsverfahrens unterscheiden (siehe: II. 2. a)).

Unabhängig davon, ob ein Bezug zu einem bestimmten Ausgangsverfahren vor einer NKS besteht, muss sich ein Klarstellungsantrag auf die Auslegung der Leitsätze beziehen (vgl. Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023).¹³²⁵ Wegen der zukunftsgerichteten Natur des Klarstellungsverfahrens ist stets die aktuelle Fassung der Leitsätze maßgeblich und nicht diejenige, die zum Zeitpunkt eines etwaigen spA-Ausgangsverfahrens anwendbar war.¹³²⁶

Da das Normuniversum der Leitsätze aus mehreren Instrumenten besteht (etwa: Klarstellungen, Kommentierungen, Leitfäden, RatsE-Leitsätze), ist die Frage aufgeworfen, auf welche dieser Instrumente sich ein Klarstellungsantrag beziehen darf. Zulässig ist es, einen Klarstellungsantrag darauf zu beziehen, wie eine NKS eine vorherige Klarstellung des Ausschusses ausgelegt hat.¹³²⁷ Da Kommentierungen und Klarstellungen

1323 Schliemann, GLJ 13 (2012), 51 (82); Davarnejad, Menschenrechtsverantwortung von MNUen und CSR (2020), S. 163 f. Die DE-NKS vertritt die Bundesrepublik jedenfalls in der WPRBC: BT-Drs. 20/9867, S. 4; Fuchs, EuZW 2023, 399 (401).

1324 Vgl. Ulbrich, ZIAS 18 (2004), 366 (377); vgl. Schliemann, GLJ 13 (2012), 51 (82).

1325 UmVerf-Ko 2023, Rn. 59.

1326 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 4; vgl. OECD:CIME:2004:CIME-20-CL, S. 64.

1327 UmVerf-Ko 2023, Rn. 59. Deutlich wird dies allerdings nur in der französischen Sprachfassung: „Une demande de clarification peut être déposée [...] notamment pour savoir si un PCN a correctement interprété [...] une précédente clarification du Comité au cours d'une circonstance spécifique clôturée.“

eng miteinander verwandt sind (Kapitel 10 A. III.), liegt es nahe, einen Klarstellungsantrag, der sich auch (wenn auch nicht ausschließlich) auf den Umgang einer NKS mit den Kommentierungen der Leitsätze stützt, ebenfalls für zulässig zu halten. Demgegenüber würde es, da schon eine Beschwerde im Rahmen eines spA-Verfahrens nicht ausschließlich auf die Sorgfaltspflichtleitfaden der OECD gestützt werden darf,¹³²⁸ überraschen, wenn sich ein Klarstellungsantrag exklusiv auf diese Leitfäden beziehen könnte. Sie beschreiben die Anforderungen der Leitsätze nur aus einer praxisorientierten Perspektive, sind aber nicht autoritativ (Kapitel 10 A. IV.).

Ob sich ein Klarstellungsantrag auf die verfahrensrechtlichen Aspekte eines spA-Verfahrens beziehen darf, ist nicht eindeutig geregelt.¹³²⁹ Einerseits ließe sich argumentieren, dass verfahrensrechtliche Aspekte vornehmlich in einem Rügeverfahren zu behandeln sind. Andererseits ist eine abstrakte, gutachterliche Tätigkeit des Ausschusses ohne Bezug zu einem vorangegangenen Verhalten einer NKS wie im Klarstellungsverfahren im Rügeverfahren nicht vorgesehen.¹³³⁰ Meines Erachtens streiten außerdem normative Gründe für die Zulässigkeit von Klarstellungsverfahren, die prozessuale Regelungen betreffen: Gem. Art. II-2-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023 dienen Klarstellungsverfahren unter anderem dazu, die funktionale Gleichwertigkeit der NKSen zu fördern.¹³³¹ Die funktionale Gleichwertigkeit bezieht sich auf die Beachtung der „grundlegenden Effektivitätskriterien“ durch die NKSen (Art. I-*Chapeau* S. 4 Verfahrensregelungen 2023), mithin Anforderungen, die vornehmlich prozessuale Vorgaben betreffen.

d) Klarstellungsbedürfnis

Damit ein Klarstellungsantrag Erfolg hat, muss ein (hier als solches bezeichnetes) Klarstellungsbedürfnis vorliegen.¹³³² Das Fehlen eines Klarstellungsbedürfnisses ist in der Vergangenheit schon Grund zur Ablehnung

1328 UmVerf-Ko 2023, Rn. 25; OECD:NL-NCP:2019:NL-33-IA, S. 4; OECD:US-NCP:2020:US-49-FS, S. 9.

1329 Dafür möglicherweise: OECD, Stocktaking Report (2022), S. 79. Hier wird in Bezug auf die prozessualen Handreichungen für NKSen festgehalten, dass diese keine autoritativen Auslegungen seien, da dies das Vorrecht des Ausschusses im Rahmen des Klarstellungsverfahrens bleibe.

1330 Zum Rügeverfahren siehe unten unter: C.

1331 OECD:IC:2021:IC-3-CL, Rn. 6.

1332 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 178, 181; *Eyk*, OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs (1995), S. 211, 215; vgl. auch einen

eines Antrags gewesen. Zu nennen sind beispielsweise die Anträge in den Sachen *Philips III*¹³³³ und *Hoover*¹³³⁴. Die Notwendigkeit eines Klarstellungsbedürfnisses ist eine ungeschriebene Verfahrensvoraussetzung; sie findet seit 2011 keine normative Verankerung mehr. Noch in der 2000er Fassung der RatsE-Leitsätze fand sich (wie auch in Art. 1 S. 3 RatsE-Leitsätze 1979) folgende Bestimmung:

„Clarification will be provided as required.“ (Art. II-4 S. 2 RatsE-Leitsätze 2000)¹³³⁵

Klarstellungen werden folglich nur bei Bedarf ausgesprochen. Warum diese Vorschrift im Zuge der 2011er Überarbeitung gestrichen wurde, ließ sich nicht in Erfahrung bringen. Ich gehe aber nicht davon aus, dass die Streichung eine Abkehr von der Voraussetzung eines Klarstellungsbedürfnisses bedeutet. Die Notwendigkeit eines Klarstellungsbedürfnisses ergibt sich schließlich schon daraus, dass die Klarstellung einer nicht klärungsbedürftigen Frage sinnlos ist. Das Klarstellungsverfahren verfolgt das Ziel, die Effektivität der Leitsätze zu steigern (Art. II-2-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023).¹³³⁶ Sinnlose Verfahren, insbesondere solche, bei denen es an einem Klarstellungsbedürfnis fehlt, tragen nicht zur Effektivität bei. Einen Fingerzeig geben insofern die Annahmeveraussetzungen eines spA-Verfahrens. In diesem Zusammenhang hat der Ausschuss anerkannt,¹³³⁷ dass gegenstandslose Beschwerden nicht annahmefähig sind, weil es an der Annahmeveraussetzung eines „Beitrags zur Effektivität der Leitsätze“¹³³⁸ fehlt (näher: Kapitel 13 B. II. 2.).

Ein Klarstellungsbedürfnis fehlt, wenn die zur Klarstellung vorgelegte Frage bereits vom Ausschuss beantwortet wurde.¹³³⁹ Mit anderen Worten kann ein Antrag zu einer bestimmten Frage grundsätzlich nur einmal

Brief des Ausschusses an TUAC, abgedruckt bei: *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1976–1979 (1979), S. 107–109.

1333 Vgl. *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1979–1982 (1983), S. 147.

1334 *Eyk*, OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs (1995), S. 211, 215.

1335 Auf Französisch: „*Les clarifications seront données en tant que de besoin.*“

1336 OECD:IC:2021:IC-3-CL, Rn. 6.

1337 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).

1338 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6.

1339 Vgl. *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 181.

gestellt werden.¹³⁴⁰ In welchen Fällen ein Klarstellungsbedürfnis im Einzelnen fehlt, bedarf weiterer Forschung. Zu Inspirationszwecken könnte die Rechtsprechung des EuGH zum *acte clair* und *acte éclairé* im Rahmen des Art. 267 Abs. 3 AEUV herangezogen werden.¹³⁴¹ Problematisch ist insbesondere, dass das Fehlen eines Klarstellungsbedürfnisses in der Vergangenheit von Teilnehmerstaaten als (objektiv kaum überprüfbares) Argument benutzt wurde, um eine Klarstellung zu verhindern, an der sie kein Interesse hatten.¹³⁴²

e) Form und Frist

Noch in der 2011er Fassung der entsprechenden Norm war vorgesehen, dass eine begründete Eingabe (*substantiated submission*, Art. II-2 lit. c) Verfahrensleitungen 2011) einzureichen ist. In der aktuellen Fassung wird diese Voraussetzung nicht wiederholt und nur noch von einem Antrag (*request*) gesprochen (vgl. Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023). Es bleibt unklar, ob hiermit auch Änderungen der Qualitätsanforderungen an den Antrag verbunden sind. Ich gehe weiterhin von einem Begründungserfordernis aus. Ein Fristerfordernis jedenfalls kann angesichts der Natur des Klarstellungsverfahrens nicht bestehen.

1340 *Blanpain*, OECD Guidelines Experience 1982–1984 (1985), S. 178, 181.

1341 Siehe insbesondere: ECLI:EU:C:1982:335, Rn. 13 ff. — „CILFIT“; ECLI:EU:C:2015:565, Rn. 36 ff. — Ferreira da Silva e Brito ./ Portugal. Dabei ist aber zu beachten, dass der Blickwinkel im Rahmen des Art. 267 Abs. 3 AEUV ein völlig anderer ist: Diese Norm betrifft die Frage einer Vorlagepflicht, wohingegen im Rahmen des Klarstellungsverfahrens vor dem Investitionsausschuss die Frage einer (Vorlage-)Berechtigung in Rede steht. Zu bedenken ist auch, dass Art. 267 Abs. 2 AEUV (Vorlageberechtigung eines mitgliedsstaatlichen Gerichts) nicht relevant ist, weil die darin stipulierte Prüfung der Erforderlichkeit der Vorlage für das Urteil im Ausgangsverfahren kein Äquivalent im Klarstellungsverfahren findet. Schließlich gibt es auch nicht einzelfallbasierte Klarstellungsverfahren, die völlig losgelöst von einem Ausgangsverfahren betrieben werden.

1342 *Eyk*, OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs (1995), S. 211, 215: Da das Vereinigte Königreich im Gegensatz zu Frankreich eine Klarstellung im *Hoover-Fall* nicht für erforderlich hielt, konnte die notwendige Einvernehmlichkeit nicht erreicht werden.

IV. Verfahrensgang und -ergebnis

Ist der Antrag zulässig, wird sich zunächst die WPRBC mit ihm befassen. Die Parteien eines etwaigen Ausgangsverfahrens haben ein Recht auf Anhörung (1.). Das weite Ermessen des Ausschusses bei der meritorisch-inhaltlichen Würdigung des Antrags und das Konsenserfordernis für seine Entscheidung unterstreichen den politischen Charakter des Verfahrens (2.). Die Antwort des Ausschusses wird primär in einer Klarstellung bestehen, kann aber auch durch eine Empfehlung ergänzt werden (3.).

1. Ablauf des Verfahrens

Die Ausarbeitung eines ersten Klarstellungsentwurfs erfolgt durch die WPRBC, die hierbei vom OECD-Sekretariat unterstützt wird (vgl. Art. II-2-*Chapeau*, II-5-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023).¹³⁴³ Darauf basierend wird der Ausschuss die Klarstellung annehmen. Das Klarstellungsverfahren ist kein zügiges Verfahren. Obwohl der Ausschuss wie auch die WPRBC gem. Art. II-4 Verfahrensregelungen 2023 zur effizienten und zügigen Bearbeitung ihrer Aufgaben angehalten werden, kann ein Klarstellungsverfahren über ein Jahr dauern.¹³⁴⁴

Gem. Art. II-4 S. 2 RatsE-Leitsätze 2023 muss den Parteien eines etwaigen Ausgangsverfahrens vor einer NKS Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme gegeben werden. Diese Bestimmung geht auf Art. 3 S. 1 RatsE-Leitsätze 1976 zurück, der vorsah, dass ein einzelnes Unternehmen auf Vorschlag eines Mitgliedsstaats zur Abgabe einer Stellungnahme vom Ausschuss eingeladen werden konnte. Mit der 1979er Überarbeitung wurden die Rechte der Unternehmen gestärkt; Unternehmen, deren Rechte berührt wurden, konnten nunmehr verlangen, angehört zu werden (Art. 3 RatsE-Leitsätze 1979). Soweit ersichtlich, wurde davon (fast) kein Gebrauch gemacht.¹³⁴⁵ Erst Jahrzehnte später wurde das Anhörungsrecht auf andere

1343 UmVerf-Ko 2023, Rn. 59.

1344 OECD:IC:2024:IC-7-CL: Beantragung im Juli 2023, Klarstellung im Oktober 2024.

OECD:IC:2024:IC-5-CL: Beantragung im Dezember 2021, Klarstellung im Mai 2024.

OECD:IC:2021:IC-3-CL: Beantragung im März 2020, Klarstellung im März 2021.

1345 Die OECD behauptet, dass kein Unternehmen hiervon Gebrauch gemacht habe (OECD Dok. DAFE/IME(98)15, Fn. 17 auf S. 15). Andere nennen (ein bis) zwei Unternehmen, die schriftlich Stellung bezogen hätten (*Kauzlarich*, American Uni-

Akteure als Unternehmen ausgeweitet. Seit 2011 kommt dieses Recht allen Parteien eines spA-Ausgangsverfahrens zu (Art. II-4 S.2 RatsE-Leitsätze 2011).

2. Ermessen und Konsens

Ob der Ausschuss auf einen Antrag hin eine Klarstellung verabschiedet, steht in seinem **Ermessen** (vgl. Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023: „*The Committee [...] will [...] consider issuing a clarification [...] at the request of [...]*.“). Nicht jeder Klarstellungsantrag wird deshalb in einer Klarstellung resultieren.¹³⁴⁶ Das Ermessen des Ausschusses führt dazu, dass eine Trennung zwischen Zulässigkeitsvoraussetzungen und inhaltlicher Würdigung des Antrags (wie sie hier aus rein praktischen Gründen vorgenommen wird) nicht zwingend ist. Insbesondere das Klarstellungsbedürfnis ließe sich auch der inhaltlichen Würdigung des Antrags zuordnen, da der Ausschuss darüber entscheidet, ob angesichts des Inhalts des Antrags eine Klarstellung notwendig ist.

Als Ermessensgrenzen kommen die in Art. II-2-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023 genannten Ziele des Klarstellungsverfahrens, nämlich die Steigerung der Effektivität der Leitsätze und die Stärkung der funktionalen Gleichwertigkeit, in Betracht.

Um das Klarstellungsverfahren korrekt einschätzen zu können, ist es unabdingbar, sich zu vergegenwärtigen, dass der Investitionsausschuss, wie alle Organe und Nebenorgane der OECD, gem. Art. 6 Abs.1 OECD-Ü im **Konsens** entscheidet.¹³⁴⁷ Das gilt auch im Zusammenhang mit dem Klarstellungsverfahren.¹³⁴⁸ Teilnehmerstaaten, die kein Interesse an einer

versity Law Review 30 (1981), 1009 (Fn. 53 auf S.1020); Lévy, in: Rubin/Hufbauer (Hrsg.), *Emerging Standards of International Trade and Investment* (1984), 47 (54)). Laut *Blanpain*, *OECD Guidelines Experience 1979–1982* (1983), S. 240 habe ein Unternehmen seine Stellungnahme durch seine Regierung dem Ausschuss übermitteln lassen. Positiv bekannt ist, dass *Philips* schriftlich Stellung bezogen hat: Dieses Schreiben ist nämlich bei *Blanpain*, *OECD Guidelines Experience 1976–1979* (1979), S. 193 ff. abgedruckt.

1346 Eyk, *OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs* (1995), S. 211; vgl. Tabelle 4.

1347 Hahn/Weber, *Die OECD* (1976), S. 93; Carroll/Kellow, *The OECD* (2011), S. 23.

1348 Eyk, *OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs* (1995), S. 211, 215; *Salzman*, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), 189 (213); vgl. *OECD*, *MNE-Declaration Mid-Term Report* (1982), Rn. 19; vgl. *Vogelaar*, in: Horn (Hrsg.), *Legal Problems of Codes of Conduct* (1980), 127 (137, 139).

Klarstellung haben, können ihre Verabschiedung deshalb mit ihrem faktischen Vetorecht verhindern.¹³⁴⁹

Anders als bei Rüge- und beim Pflichtverletzungsverfahren findet sich beim Klarstellungsverfahren kein gesonderter Hinweis auf die Treuepflichten der Teilnehmerstaaten. Meines Erachtens ist dieser Hinweis bei den anderen Verfahren ohnehin deklaratorisch. Treu und Glauben ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz (Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGHSt¹³⁵⁰).¹³⁵¹ Für alle Teilnehmerstaaten – inklusive der Teilnehmerstaaten, die nicht zugleich Mitgliedsstaaten der OECD sind, aber der das Verfahren rechtsverbindlich regelnden RatsE-Leitsätze und der sie ausgestaltenden Verfahrensregelungen beigetreten sind (vgl. Kapitel 10 B.), – ist darauf hinzuweisen, dass *jede* völkerrechtliche Verpflichtung nach Treu und Glauben zu erfüllen ist.¹³⁵² Für die Teilmenge der Teilnehmerstaaten, die Mitgliedsstaaten der OECD sind, folgen zudem aus ihrer Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation Treuepflichten.¹³⁵³ Art. 3 lit. c) OECD-Ü (als statutarische Normierung dieser allgemein im Völkerrecht geltenden Treuepflicht)¹³⁵⁴ verpflichtet die Mitgliedsstaaten der OECD sogar explizit, eng miteinander zusammenzuarbeiten und ihr Vorgehen bei Bedarf zu koordinieren. Gerade bei Abstimmungen im Rahmen internationaler Organisationen, insbesondere bei solchen, bei denen Vetorechte bestehen, müssen Staaten den Grundsatz von Treu und Glauben beachten.¹³⁵⁵ Aus Treuepflichten folgt ferner, dass die systematische Blockade

1349 Vgl. Eyk, OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs (1995), S. 211, 215.

1350 „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.

1351 IGH, Judgment (11. Juni 1998), ICJ Reports 1998, 275 (Rn. 38) — „Land and Maritime Boundary“ (Cameroon ./ Nigeria), Preliminary Objections; ICSID, Award (15. April 2009), WTAM 21, 729 (Rn. 107) — Phoenix Action, Ltd. ./ Czechia; Kotzur, Good Faith, MPEPIL (2009), Rn. 22; Kolb, Article 2(2), UNCh Commentary (2024), Rn. 19.

1352 IGH, Judgment (20. Dezember 1974), ICJ Reports 1974, 253 (Rn. 46) — „Nuclear Tests“ (Australia ./ France); IGH, Judgment (20. Dezember 1988), ICJ Reports 1988, 69 (Rn. 94) — „Border and Transborder Armed Actions“ (Nicaragua ./ Honduras), Jurisdiction and Admissibility; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht (1984), Rn. 460.

1353 IGH, Advisory Opinion (20. Dezember 1980), ICJ Reports 1980, 73 (Rn. 43) — „Interpretation of Agreement“; Amerasinghe, Principles of Institutional Law (2005), S. 178 f.; Kolb, Good Faith (2017), S. 159 f., 162 f.

1354 Schermers/Blokker, International Institutional Law (2018), Rn. 156 und zugehörige Fn. 367. Zu dieser Norm siehe auch Kapitel 11 A.

1355 Moeckli/Fasel, IOLR 14 (2017), 13 (39 f.); Peters, Journal on the Use of Force and International Law 10 (2023), 162 (168 f.); Kolb, Article 2(2), UNCh Commentary

von Beschlüssen, die nur im Konsens angenommen werden können, unzulässig ist.¹³⁵⁶ Das Schweigen des Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 in Bezug auf den Grundsatz von Treu und Glauben bedeutet deshalb nicht, dass dieser Grundsatz auf Klarstellungsverfahren nicht anwendbar wäre. Er wird den Teilnehmerstaaten nur deshalb nicht gesondert in Erinnerung gerufen worden sein, weil das Risiko eines Vetos beim Rüge- und beim Pflichtverletzungsverfahren höher ist. Diese Verfahren berühren die Interessen betroffener Staaten wesentlich stärker.

3. Ergebnisse des Verfahrens

Mögliche Ergebnisse eines Klarstellungsverfahrens sind eine Klarstellung und eine Empfehlung. Das Klarstellungsverfahren zielt primär auf eine Klarstellung. Die Klarstellung wird auf der Webseite der OECD veröffentlicht.¹³⁵⁷ Meines Erachtens sind Klarstellungen als autoritative Auslegungen der Leitsätze für die Teilnehmerstaaten bindend (näher: Kapitel 10 C. II.). Inhaltlich zeichnen sich Klarstellungen – vor allem in der Vergangenheit – durch ihre inhaltliche Unbestimmtheit aus. Die Unschärfe der Leitsätze setzt sich insofern in den Klarstellungen fort, sodass Klarstellungen nicht zwingend eine Präzisierung der ohnehin vagen Standards der Leitsätze bedeuten.¹³⁵⁸ Klarstellungen wurden in der Vergangenheit als „*masterpiece of evasiveness*“¹³⁵⁹ beschrieben. Hieran zeigt sich deutlich, dass das Klarstellungsverfahren in einer Entscheidung eines mit Staatenvertretern besetzten politischen Gremiums und nicht in der auf Fachwissen basierenden Entscheidung eines neutralen Forums kulminiert.¹³⁶⁰ Offenbar bestand der einzige Weg zum erforderlichen Konsens mitunter darin, keine eindeutige

(2024), Rn. 27–29; vgl. *IGH*, Advisory Opinion (28. Mai 1948), ICJ Reports 1948, 57 (63) — „Conditions of Admission“; vgl. *Kiss*, Abuse of Rights, MPEPIL (2006), Rn. 22 f.

1356 *Schermers/Blokker*, International Institutional Law (2018), Rn. 156.

1357 UmVerf-Ko 2023, Rn. 59. Bis zur 2000er Überarbeitung wurden Klarstellungen lediglich in redigierter Form in den Überprüfungsberichten oder in annotierten Ausgaben der Leitsätze veröffentlicht (vgl. jeweils die Fundstellen der Klarstellungen in den Fußnoten zu Tabelle 4).

1358 *Vogelaar*, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 127 (139); *Lévy*, in: Rubin/Hufbauer (Hrsg.), Emerging Standards of International Trade and Investment (1984), 47 (52); *Fatouros*, in: Dominicé u. a. (Hrsg.), FS Lalive (1993), 231 (237); vgl. *Schliemann*, GLJ 13 (2012), 51 (77 ff.).

1359 *Vogelaar*, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 127 (139).

1360 *Vogelaar*, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 127 (139).

Antwort zu geben und den Schwerpunkt der Klarstellung auf eine Abwägung zwischen widerstrebenden Standpunkten zu legen.¹³⁶¹ Die „Klarstellung“ kann mithin auch in der Bekräftigung des bereits Bekannten liegen; die Teilnehmerstaaten wollen sich dann mit der ursprünglichen Vagheit des Textes der Leitsätze arrangieren.

Es bietet sich an, die Vagheit der Klarstellungen mit einem Beispiel zu illustrieren. Die *Badger*-Klarstellung etwa, die sich mit einer Durchgriffshaftung zu Lasten der Muttergesellschaft einer Tochtergesellschaft befasste, enthielt unter anderem die folgende Formulierung zu dieser finanziellen Verantwortung (*responsibility*) der Muttergesellschaft:

„The Committee considers generalization in this area difficult, but the question of such responsibility as a matter of good management practice – in light of such factors as e.g. aspects of the relationship between the parent company and the subsidiary and the conduct of the parent company – consistent with observance of the Guidelines, could arise in special circumstances.“¹³⁶²

Der Ausschuss hat in der zitierten Passage insbesondere nicht festgehalten, dass eine Durchgriffshaftung einer guten Unternehmensführung entspreche, sondern nur, dass sich diese Frage unter besonderen Umständen stellen könne. Nur implizit lässt sich der Klarstellung entnehmen, dass der Ausschuss eine freiwillige Durchgriffshaftung billigt. Die *Badger*-Klarstellung umfasst insgesamt etwa drei Absätze, die auch auf andere Fragen in diesem Zusammenhang eingehen und die Beweggründe des Ausschusses darlegen, aber mit Blick auf die Frage einer finanziellen Einstandspflicht der Muttergesellschaft nicht konkreter werden.¹³⁶³

Es wäre allerdings ungerecht, wollte man die Vagheit der Klarstellungen stets als Unzulänglichkeit einstufen. Da der Ausschuss wegen des Schlussfolgerungsverbots (Art. II-4 S. 3 RatsE-Leitsätze 2023) einen konkreten Streitfall nicht zu entscheiden braucht und sich nur allgemein zur Auslegung und Anwendung der Leitsätze in ähnlichen, künftigen Fällen äußert, ist von ihm *per se* keine Subsumtion zu erwarten. Das zu erwartende Maß an Präzision hat sich deshalb am Leitgedanken zu orientieren, dass die Klarstellung Bedeutung über den Einzelfall hinaus besitzen muss. Mithin ist dem Ausschuss ein gewisses Abstraktionsniveau ebenso zuzugestehen wie die Erläuterung maßgeblicher Erwägungen, Kriterien und Prinzipien, auf Basis derer NKSen eine

1361 *Fatouros*, in: Dominicé u. a. (Hrsg.), FS Lalive (1993), 231 (237).

1362 OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 42.

1363 Vgl. OECD, MNE-Declaration Review (1979), Rn. 39, 41, 42.

einzelfallbasierte Entscheidung zu treffen haben. Da er keine Subsumtion vornimmt, muss er zu keinem bejahenden oder verneinenden (binären) Ergebnis in Bezug auf eine bestimmte Frage kommen. Seine Klarstellung in Bezug auf Exportkreditagenturen, die einen derartigen Ansatz verfolgt,¹³⁶⁴ ist aus meiner Sicht sachadäquat und vorbildlich: Anstelle der von den Antragstellern gewünschten pauschalen Einstufung dieser Einrichtungen als MNU-en im Sinne der Leitsätze zu folgen, erläutert der Ausschuss über mehrere Seiten mit größter Präzision die Kriterien, die bei der aus seiner Sicht maßgeblichen einzelfallbezogenen Betrachtung zu beachten sind.¹³⁶⁵ Ähnlich fällt seine Klarstellung in Sachen *Plantion/VBN* aus; auch hier führt er detailliert Abwägungsmaterial an.¹³⁶⁶

Andererseits sollte eine Klarstellung nicht so vage bleiben, dass sie jeglicher Wirkung entbehrt. Die Erklärung¹³⁶⁷ des Ausschusses zur Beschränkung der Anwendbarkeit der Leitsätze auf investive Verhältnisse (*investment nexus*) fällt beispielsweise in diese Kategorie. Sie enthielt so viele widersprüchliche Aussagen,¹³⁶⁸ dass sie den NKSen im Ergebnis keine Orientierung bot und stattdessen einem widersprüchlichen Fallkorpus Vorschub leistete.¹³⁶⁹ Die NKSen konnten sich selektiv auf diejenigen Teile der Erklärung berufen, die ihre Ansicht stützten.¹³⁷⁰

Ein Klarstellungsantrag muss sich nicht zwingend auf die Beantragung einer Klarstellung beschränken. Die Antragsteller können darüber hinaus den Erlass einer **Empfehlung** gem. Art. II-2 lit. d) S. 1 Verfahrensregelungen 2023 beantragen, die auf die Verbesserung der Arbeitsweise der NKSen und der tatsächlichen Umsetzung der Leitsätze zielt. Auch eine solche Empfehlung ergeht nur im Konsens.¹³⁷¹ In einer Klarstellung jüngeren Datums empfahl der Ausschuss NKSen beispielsweise, bei der Prüfung

1364 Vgl. OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 49 ff.

1365 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 9 ff.

1366 OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 5 ff.

1367 CIME, Annual Report 2003 (2003), 21 (21 f.). Wie oben erwähnt (Fußnote 1234), handelt es sich hierbei aber formal nicht um eine Klarstellung.

1368 Vergleiche „*investment intent of the drafters*“ mit „[...] *the international community may continue to draw on the values underlying the Guidelines in other contexts*“ und vergleiche „[...] *their application rests on the presence of an investment nexus*.“ mit „*When considering the application of the Guidelines, flexibility is required.*“ und mit „*a case-by-case approach is warranted*“ (CIME, Annual Report 2003 (2003), 21 (22)).

1369 Schliemann, GLJ 13 (2012), 51 (78).

1370 Vergleiche beispielsweise OECD:UK-NCP:2012:UK-30-IA, Rn. 26 und OECD:FI-NCP:2006:FI-1-IA, S. 76 f. und OECD:AU-NCP:2006:AU-2-IA, Rn. 7 ff.

1371 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 76 f.

ähnlicher Sachverhalte in Erwägung zu ziehen, ob die vom Ausschuss klagestellten Voraussetzungen erfüllt sind.¹³⁷² Dabei muss sich die Empfehlung, wie in Art. II-2 lit. d) Verfahrensregelungen 2023 vorgesehen, auf die Leitsätze bzw. NKSen beziehen. In einer anderen Klarstellung lehnte es der Ausschuss unter Verweis hierauf ab, eine Empfehlung an ein anderes OECD-Organ zu richten.¹³⁷³

C. Das Rügeverfahren

Das (von mir als solches bezeichnete)¹³⁷⁴ Rügeverfahren gem. Art. II-2 lit. b) Verfahrensregelungen 2023 zählt zu den schärfsten Aufsichtsmaßnahmen des Investitionsausschusses gegenüber den NKSen. Eine NKS muss sich hier gegenüber dem Vorwurf konkreten Fehlverhaltens vor dem Investitionsausschuss verteidigen. Es wurde im Zuge der 2000er Überarbeitung eingeführt (vgl. Art. II-3 lit. b) Verfahrensanleitungen 2000). Mehr als anderthalb Jahrzehnte blieb das Rügeverfahren ungenutzt.¹³⁷⁵ Erst im Jahr 2017 wurde der allererste Antrag durch OECD Watch eingereicht.¹³⁷⁶ Er richtete sich gegen die australische NKS.¹³⁷⁷ Die nachfolgende (noch sehr kurze) Tabelle 5 gibt einen Überblick über sämtliche bisherigen Rügeverfahren.

1372 OECD:IC:2021:IC-3-CL, Rn. 29.

1373 OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 8.

1374 Die OECD kennt keine eigene Bezeichnung für dieses Verfahren. Sie bezieht sich stattdessen – in Anlehnung an den Wortlaut des Art. II-2 lit b) Verfahrensregelungen 2023 – auf eine „fundierte Eingabe“ (*substantiated submission*, vgl. OECD:IC:2018:IC-2-SS und OECD:IC:2022:IC-4-SS). Ich halte diese Bezeichnung für inhaltslos und austauschbar. Bis zur 2023er Überarbeitung musste schließlich auch ein Klarstellungsantrag auf einer „*substantiated submission*“ beruhen (vgl. Art. II-2 lit. c) Verfahrensanleitungen 2011).

1375 OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 46.

1376 OECD, NCPs Providing Access to Remedy: 20 Years (2020), S. 43.

1377 OECD:IC:2018:IC-2-SS.

Tabelle 5: Überblick über sämtliche Rügeverfahren

Antragsdatum	Antragsteller	Antragsgegner	Antwort
2017	OECD Watch	Australien ¹³⁷⁸	Ja ¹³⁷⁹
2021	OECD Watch	Kanada ¹³⁸⁰	Ja ¹³⁸¹
2023	TUAC	Türkei ¹³⁸²	Ja ¹³⁸³

I. Verfahrensvoraussetzungen

Die Zuständigkeit des Investitionsausschusses für das Rügeverfahren ergibt sich aus Art. II-2 lit. b) S. 1 Verfahrensregelungen 2023. Der Antrag muss darauf zielen, Fehler einer NKS durch den Investitionsausschuss nachprüfen zu lassen (1.). Wie beim Klarstellungsverfahren ist nur ein kleiner Kreis an Akteuren beteiligtenfähig (2.). Der Antragsteller muss ein konkretes prozessuales Fehlverhalten einer bestimmten NKS rügen (3.). Aus Art. II-2 lit. b) S. 1 Verfahrensregelungen 2023 ergibt sich, dass der Antrag „begründet“ (*substantiated*) sein muss. Ein Fristerfordernis ist nicht erkennbar.

1. Statthaftigkeit

Das Rügeverfahren zielt darauf ab, den Investitionsausschuss darüber entscheiden zu lassen, ob eine NKS in einem Ausgangsverfahren Verfahrensregelungen missachtet hat (vgl. Art. II-2 lit. b) S. 1 Verfahrensregelungen 2023).¹³⁸⁴ Der Antragsteller kann überdies Empfehlungen des Ausschusses an die NKS im Sinne des Art. II-2 lit. d) S. 1 Verfahrensregelungen 2023 beantragen.¹³⁸⁵ Das Verfahren ist kein Verfahren zur Überprüfung unternehmerischen Verhaltens: Der Ausschuss wird Befunde und Erklä-

1378 Ausgangsverfahren: OECD:AU-NCP:2015:AU-7-IA.

1379 OECD:IC:2018:IC-2-SS.

1380 Ausgangsverfahren: OECD:CA-NCP:2018:CA-16-IA.

1381 OECD:IC:2022:IC-4-SS.

1382 Ausgangsverfahren: OECD:TR-NCP:2023:TR-6-IA. Die Antwort des Investitionsausschusses bezieht sich auch auf weitere Verfahren der TR-NKS (vgl. OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 6).

1383 OECD:IC:2024:IC-6-SS.

1384 UmVerf-Ko 2023, Rn. 61.

1385 UmVerf-Ko 2023, Rn. 61. Siehe auch die Empfehlungen in OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 54 f. und in OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 31, 32, 36 etc.

rungen einer NKS nicht hinterfragen.¹³⁸⁶ Außerdem gilt das Schlussfolgerungsverbot gem. Art. II-4 S. 3 RatsE-Leitsätze 2023 auch im Rahmen des Rügeverfahrens.¹³⁸⁷

2. Beteiligtenfähigkeit

Als **Antragsteller** kommen nur die drei institutionellen Interessenträger, also OECD Watch, TUAC und BIAC, sowie ein anderer Teilnehmerstaat in Betracht (Art. II-2 lit. b) S. 1 Verfahrensregelungen 2023). Die Beteiligtenfähigkeit von OECD Watch wurde erst im Jahr 2011 anerkannt (vgl. Art. II-2 lit. b) Verfahrensanleitungen 2011), zuvor war sie auf die anderen drei Akteure beschränkt.¹³⁸⁸

Wie beim Klarstellungsverfahren gilt, dass angesichts großer personeller Überschneidungen zwischen NKS-Funktionären und Vertretern der Teilnehmerstaaten im Investitionsausschuss¹³⁸⁹ die Beteiligtenfähigkeit der Teilnehmerstaaten faktisch mit derjenigen einer NKS gleichgesetzt werden kann.¹³⁹⁰ Angesichts der konfrontativen Natur eines solchen zwischenstaatlichen Antrags halte ich es für unwahrscheinlich, dass eine NKS hiervon Gebrauch machen wird. Ein Interesse an einem solchen Antrag könnte sich aber ergeben, wenn in Fällen der Absprache (Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023) Konflikte zwischen federführenden und unterstützenden NKSen entstehen.¹³⁹¹

Ebenfalls wie beim Klarstellungsverfahren besteht für die Parteien des Ausgangsverfahrens vor der NKS keine unmittelbare Möglichkeit, sich an den Investitionsausschuss zu wenden (vgl. oben). Sie sind stattdessen darauf zurückgeworfen, einen der vier möglichen Antragsteller zu einem entsprechenden Antrag zu bewegen.

Anders als das Klarstellungsverfahren, das keinen Antragsgegner kennen kann, bezieht sich das Rügeverfahren auf das konkrete Fehlverhalten einer individuellen NKS. Insofern weist das Rügeverfahren kontradiktorische

1386 UmVerf-Ko 2023, Rn. 57.

1387 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 57; vgl. OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 52.

1388 Vgl. Art. II-3 lit. b) Verfahrensanleitungen 2000. Die darin erwähnten „*advisory bodies*“ waren in Art. II-2 RatsE-Leitsätze 2000 legaldefiniert als TUAC und BIAC.

1389 Siehe Fußnote 1323.

1390 Siehe insofern die Formulierung bei: OECD, NCPs Providing Access to Remedy: 20 Years (2020), S. 43: „*This procedure [...] can be launched by another NCP, OECD Watch, or an advisory body [...].*“

1391 OECD, Coordination Guide (2019), S. 8.

Elemente auf. Diejenige NKS, deren behauptetes Fehlverhalten den Antragsgegenstand des Verfahrens bildet, kann als **Antragsgegner** bezeichnet werden.

3. Antragsgegenstand

Tauglicher Antragsgegenstand ist „*whether an NCP is fulfilling its responsibilities with regard to its handling of specific instances*“ (Art. II-2 lit. b) S. 1 Verfahrensregelungen 2023). Daraus ergibt sich, dass sich die Rüge (i) auf eine prozessuale Frage und (ii) das konkrete Fehlverhalten einer bestimmten NKS beziehen muss.

Zum Kernbereich der rügefähigen Normen zählen die Effektivitätskriterien gem. Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 1 bis 7.¹³⁹² Darüber hinaus sind alle anderen Vorschriften der RatsE-Leitsätze und der Verfahrensregelungen unter Berücksichtigung ihrer Auslegung in den Kommentierungen der Umsetzungsverfahren rügefähig. So überprüfte der Investitionsausschuss im Verfahren gegen die kanadische NKS auch ihren Umgang mit einer Annahmeveraussetzung (vgl. Art. I-C-2 Verfahrensregelungen 2023).¹³⁹³ Bei der Rüge gegen die türkische NKS prüfte er, ob die erste Evaluierung als eigene Verfahrensetappe hinreichend deutlich von der vertieften Prüfung als späterer Verfahrensetappe getrennt war und ob der veröffentlichte Ausspruch der NKS alle Pflichtangaben enthielt.¹³⁹⁴ Der Begriff der „*responsibilities*“ in Art. II-2 lit. b) S. 1 Verfahrensregelungen 2023 ist folglich weit gefasst. Aus den Kommentierungen der Umsetzungsverfahren ergibt sich aber die Einschränkung, dass der Kreis der rügefähigen Antragsgegenstände auf prozes-

1392 Vor der 2023er Überarbeitung waren die heutigen zentralen Effektivitätskriterien auf die zentralen Kriterien für funktionale Gleichwertigkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Verfahrensanleitungen 2011) und die Verfahrensgrundsätze für spA-Verfahren (Art. I-C-*Chapeau* S. 1 Verfahrensanleitungen 2011) aufgeteilt. In vergangenen Verfahren rügte OECD Watch erfolgreich Kriterien bzw. Grundsätze aus beiden Katalogen (OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 21 ff.; OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 10 ff.). Insofern ist klar, dass keine Beschränkung auf den Katalog der Verfahrensgrundsätze bestand (so aber möglicherweise: OECD, Coordination Guide (2019), S. 8). Seit der Zusammenführung beider Kataloge mit der 2023er Überarbeitung besteht kein Anlass mehr, an der Rügefähigkeit eines Effektivitätskriteriums des vereinten Katalogs zu zweifeln.

1393 OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 58 ff.

1394 OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 40 ff.

suale Fragen beschränkt ist.¹³⁹⁵ Damit sind Fragen, die vornehmlich auf die Auslegung und Anwendung der Leitsätze (als materielles Recht) zielen, keine tauglichen Antragsgegenstände. Die Abgrenzung zwischen formellen und materiellen Fragen könnte aber schwerfallen, wenn eine Missachtung des Effektivitätskriteriums der Leitsätze-Kompatibilität (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7) gerügt wird.

Nicht *unmittelbar* rügefähig dürfte die Beachtung des jeweiligen internen Verfahrensleitfadens einer NKS sein, den sie gem. Art. I-C-*Chapeau* S. 2 Verfahrensregelungen 2023 in Konkretisierung der Vorschriften auf OECD-Ebene erlassen soll. Das Rügeverfahren zielt gem. Art. II-2-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023 nämlich darauf ab, die funktionale Gleichwertigkeit der NKSen zu stärken; diese gesteht den NKSen jedoch bewusst einen großen Spielraum bei der Erfüllung der Effektivitätskriterien zu (vgl. Art. I-*Chapeau* S. 4, I-A-*Chapeau* S. 1 Verfahrensregelungen 2023). Würde der Ausschuss die Einhaltung dieser nationalen Verfahrensleitfäden überwachen, riskierte er, teilnehmerstaatliche Spielräume unzulässigerweise einzuengen. *Mittelbar* jedoch ist die Einhaltung dieser internen Verfahrensleitfäden über den Umweg der Effektivitätskriterien rügefähig. So leitet der Ausschuss aus dem Effektivitätskriterium der Vorhersehbarkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 6 Verfahrensregelungen 2023) ab, dass es als „*good practice*“ geboten sei, die eigenen Verfahrensleitfäden zu befolgen.¹³⁹⁶ Missachtet eine NKS ihre eigenen Verfahrensleitfäden, kann dies also zugleich einen Verstoß gegen das Kriterium der Vorhersehbarkeit bedeuten. Allerdings ist unklar, ob der Ausschuss diesen Zusammenhang angesichts der Qualifikation als bloße *good practice* an weitere Bedingungen knüpft. Die Missachtung des eigenen Verfahrensleitfadens durch eine NKS ist jedenfalls nicht automatisch unvorhersehbar. So kann es genügen, dass eine NKS den Parteien ein Abweichen von den Regelungen ihres Verfahrensleitfadens klar kommuniziert und nachvollziehbar erklärt.¹³⁹⁷

Anders als das Klarstellungsverfahren ist das Rügeverfahren kein abstraktes Verfahren. Es setzt vielmehr den Vorwurf eines konkreten prozessualen Fehlverhaltens voraus, der sich gegen eine bestimmte NKS richtet. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. II-2 lit. b) S. 1 Verfahrensregelungen 2023, der auf eine NKS (*an NCP*) und ihr Verhalten in *spA*-Verfahren Bezug nimmt. Darüber hinaus unterstreicht auch Art. II-2 lit. b) S. 3 Ver-

1395 UmVerf-Ko 2023, Rn. 61; *Huarte Melgar* u. a., The 2011 Update of the OECD Guidelines (2011), S. 54.

1396 OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 43.

1397 Vgl. OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 33; vgl. OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 44, 46.

fahrensregelungen 2023, der für das Verfahren im Ausschuss auf die Treuepflichten desjenigen Teilnehmerstaats hinweist, dessen NKS Antragsgegner ist, dass es um den Vorwurf des Fehlverhaltens einer konkreten NKS geht.

II. Verfahrensgang und -ergebnis

Wie auch beim Klarstellungsverfahren wird zunächst die WPRBC mit Unterstützung des OECD-Sekretariats einen ersten Antwortentwurf ausarbeiten (vgl. Art. II-2-*Chapeau*, II-5-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023).¹³⁹⁸ Der Ausschuss selbst muss die Antwort formal annehmen.¹³⁹⁹ Die betroffene NKS wird angehört.¹⁴⁰⁰ Da die Entscheidung des Investitionsausschusses dem Konsensprinzip unterliegt, leidet das Verfahren an einem Konstruktionsfehler; dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben kommt deshalb besondere Bedeutung zu (1.). Die Antwort des Investitionsausschusses wird eine Feststellung enthalten, ob die betroffene NKS einen Verfahrensfehler begangen hat oder nicht; der Ausschuss kann zudem Empfehlungen an die NKS richten (2.).

1. Konsens und Beteiligung nach Treu und Glauben

Wie schon erwähnt, entscheidet der Investitionsausschuss gem. Art. 6 Abs. 1 OECD-Ü im Konsens.¹⁴⁰¹ Auch die WPRBC entscheidet im Konsens.¹⁴⁰² Für das Rügeverfahren ist dies seit der 2023er Überarbeitung sogar explizit in Art. II-2 lit. b) S. 2 Verfahrensregelungen 2023 festgehalten. Daraus folgt, dass jeder Teilnehmerstaat ein Vetorecht besitzt. Mithin könnte gerade derjenige Teilnehmerstaat eine Entscheidung des Investitionsausschusses verhindern, dessen NKS im Rügeverfahren als Antragsgegnerin auftritt. Der Investitionsausschuss kann deshalb nicht als unabhängiges und unparteiisches Gremium wahrgenommen werden. In vergangenen Rügeverfahren machten die betroffenen NKSen von ihrem Vetorecht ersichtlich keinen Gebrauch; sie gestanden teilweise ihr Fehlverhalten ein.¹⁴⁰³

1398 UmVerf-Ko 2023, Rn. 61.

1399 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 61.

1400 UmVerf-Ko 2023, Rn. 61.

1401 Siehe Fußnote 1347.

1402 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 76.

1403 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 16; OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 22.

Interessant ist, dass mit der 2023er Überarbeitung eine Bestimmung zur Beteiligung an der Entscheidungsfindung nach Treu und Glauben aufgenommen wurde. Gem. Art. II-2 lit. b) S. 3 Verfahrensregelungen 2023 muss der Teilnehmerstaat der antragsgegnerischen NKS am (i) Verfahren nach Treu und Glauben teilnehmen und (ii) sich dem Konsens anschließen, sofern nicht außergewöhnliche Umstände vorliegen (*exceptional circumstances*). Die Bezugnahme auf den Grundsatz Treu und Glauben ist hilfreich, aber deklaratorischer Natur, wie ich schon im Zusammenhang mit dem Klarstellungsverfahren ausgeführt habe (B. IV. 2.). Interessanter ist deshalb der zweite Teil des Art. II-2 lit. b) S. 3 Verfahrensregelungen 2023, der es dem betroffenen Teilnehmerstaat ermöglicht, sich unter „außergewöhnlichen Umständen“ dem Konsens zu verweigern. Es ist zu vermuten, dass die Teilnehmerstaaten nicht vom Konsensprinzip, das die Arbeitsweise der OECD fundamental prägt,¹⁴⁰⁴ abrücken wollten, aber zugleich eine ausgleichende Regelung treffen wollten. Das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände wird durch den betroffenen Teilnehmerstaat selbst bestimmt.¹⁴⁰⁵ Damit kann jedoch kein der Nachprüfung durch Dritte entzogener Beurteilungsspielraum gemeint sein. So könnte bei einem unbegrenzten Beurteilungsspielraum ein Teilnehmerstaat jeden „gewöhnlichen“ Umstand zu einem „außergewöhnlichen“ erklären. Der Grundsatz von Treu und Glauben, der im ersten Teil des Art. II-2 lit. b) S. 3 Verfahrensregelungen 2023 hervorgehoben wird, erlaubt es vielmehr, die legitime Ausnutzung von Entscheidungsspielräumen von Willkür abzugrenzen und potenziellem Rechtsmissbrauch zu begegnen.¹⁴⁰⁶ Das Verbot des Rechtsmissbrauchs (*abuse of rights*) ist eine Ausprägung von Treu und Glauben.¹⁴⁰⁷ Es verbietet die schikanöse (das heißt, einzig mit dem Zweck der Schädigung erfolgende), die Position Anderer unverhältnismäßig beschneidende, zweckwidrige oder willkürliche Ausübung von Rechten.¹⁴⁰⁸ Es ist auch auf Abstimmun-

1404 Vgl. *Salzman*, Law and Contemporary Problems 68 (2005), 189 (223); vgl. *Carroll/Kellow*, The OECD (2011), S. 23–25; vgl. *Woodward*, The OECD (2022), S. 64 f.

1405 UmVerf-Ko 2023, Rn. 61: „[...] except in exceptional circumstances as determined by that country.“

1406 *Kolb*, Good Faith (2017), S. 141; *Futhazar/Peters*, in: Viñuales (Hrsg.), The UN Friendly Relations Declaration at 50 (2020), 189 (200).

1407 *Kolb*, Good Faith (2017), S. 135; *Peters*, Journal on the Use of Force and International Law 10 (2023), 162 (167).

1408 *Nota bene*: Literaturstimmen nehmen unterschiedliche Fallgruppenbildungen vor; unklar ist auch, ob und welche dieser Fallgruppen einen Schaden erfordern. Näher: *Kiss*, Abuse of Rights, MPEPIL (2006), Rn. 4–6, 31; *Kolb*, Good Faith (2017), S. 142–146.

gen in Organen internationaler Organisationen anwendbar.¹⁴⁰⁹ Eindeutig zweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich und treuwidrig wäre die Ausübung des Vetorechts, um die Feststellung von Missständen durch den Investitionsausschuss zu verhindern, da das Rügeverfahren auf eine eben solche Feststellung zielt. Darüber hinaus bezieht sich die Anforderung des Art. II-2 lit. b) S. 3 Verfahrensregelungen 2023 nicht nur auf die Entscheidung selbst, sondern auch auf die Entscheidungsfindung (*participate in the process in good faith*). Versuche, schon die Antwortentwürfe zweckwidrig oder willkürlich zu verwässern, sind deshalb ebenfalls treuwidrig im Sinne dieser Vorschrift. Das kann gleichwohl nicht bedeuten, dass der Teilnehmerstaat auf sein Anhörungsrecht¹⁴¹⁰ verzichten muss. Es lässt sich spekulieren, ob der Hinweis auf „außergewöhnliche Umstände“ bedeutet, dass ein besonders strenger Rechtsmissbrauchsmaßstab gilt oder dass die widerlegbare Vermutung der Missbräuchlichkeit jeden Vetos besteht.

2. Ergebnisse des Verfahrens

Im Unterschied zum Klarstellungsverfahren, das mit einer Klarstellung endet, lässt sich den Regelungen der Umsetzungsverfahren keine gesonderte Handlungsform des Ausschusses entnehmen, mit der ein Rügeverfahren endet. Das Verfahren endet vielmehr mit einer „Antwort“ (*response*, Art. II-2 lit. b) S. 2 Verfahrensregelungen 2023). Diese Antwort wird, um den Sprachgebrauch der spA-Verfahren zu bemühen, eine **Feststellung** enthalten, ob die NKS die anwendbaren Verfahrensregelungen verletzt hat.¹⁴¹¹

Wie beim Klarstellungsverfahren gilt, dass der Ausschuss Befunde und Erklärungen einer NKS nicht hinterfragen darf und sich nicht zum Verhalten eines Unternehmens äußert.¹⁴¹² Im Rügeverfahren gegen die kanadische NKS weigerte sich der Ausschuss deshalb, den Befund der NKS, dass sich

1409 Siehe Fußnote 1355.

1410 UmVerf-Ko 2023, Rn. 61.

1411 Siehe beispielsweise: OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 53: „*The Investment Committee finds that in the handling of the specific instance: [...] Certain actions of the ANCP contributed towards a perception of a lack of impartiality and accessibility.*“ OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 62: „*The Investment Committee finds that: [...] The handling of the specific instance by the Canadian NCP lacked predictability in some respects.*“ In beiden Verfahren führt der Ausschuss genauer aus, in welcher Hinsicht genau eine Verletzung vorlag. Siehe auch: OECD:IC:2024:IC-6-SS, Rn. 51.

1412 UmVerf-Ko 2023, Rn. 57.

der Beschwerdegegner im Ausgangsverfahren nicht treuwidrig verhalten habe, zu hinterfragen; der Ausschuss hielt lediglich fest, dass die CA-NKS ihre Meinung in dieser Frage ohne Begründung geändert und deshalb gegen das Effektivitätskriterium der Vorhersehbarkeit verstoßen habe.¹⁴¹³ Im Rügeverfahren gegen die australische NKS hielt der Ausschuss fest, dass die AU-NKS nicht hinreichend dargelegt habe, wie sie zwischen staatlichen Pflichten und unternehmerischer Verantwortung unterscheide, weigerte sich aber zu prüfen, ob die AU-NKS im konkreten Fall eine taugliche Abgrenzung vorgenommen hatte.¹⁴¹⁴

Welche rechtliche Qualität eine solche „Antwort“ aufweist, ist unbekannt. Zwar zielt die „Antwort“ darauf, sich zur Verletzung der Verfahrensregelungen in einem konkret-individuellen Fall zu äußern, wird aber dennoch verallgemeinerungsfähige Aussagen enthalten. Insofern wird sich zumindest aus praktischer Sicht kaum ein Unterschied zu einer Klarstellung ergeben, da auch die „Antwort“ auf Grundlage einer einvernehmlichen Entscheidung des Ausschusses und damit sämtlicher Teilnehmerstaaten ergangen ist.¹⁴¹⁵

Der Ausschuss kann im Rahmen eines Rügeverfahrens ferner **Empfehlungen** gem. Art. II-2 lit. d) S. 1 Verfahrensregelungen 2023 an die betroffene NKS zur Verbesserung ihrer Funktionsweise und der effektiven Umsetzung der Leitsätze richten.¹⁴¹⁶ Eine solche Empfehlung ergeht ebenfalls nur im Konsens.¹⁴¹⁷ Der Ausschuss kann die betroffene NKS einladen, dem Ausschuss innerhalb von zwölf Monaten über die Umsetzung der Empfehlungen zu berichten.¹⁴¹⁸

D. Das Pflichtverletzungsverfahren

Das von mir als Pflichtverletzungsverfahren bezeichnete Verfahren gem. Art. II-2 lit. d) S. 2 bis 4 Verfahrensregelungen 2023 wurde erst mit der 2023er Überarbeitung eingeführt. Soweit ersichtlich, wurde von ihm noch

1413 OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 50–53.

1414 OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 42 ff.

1415 Vgl. *OECD*, Stocktaking Report (2022), S. 35: Hier wird in Bezug auf ein Rügeverfahren festgehalten, dass der Ausschuss eine bestimmte Frage „klargestellt“ (*clarified*) habe.

1416 Siehe Fußnote 1385.

1417 *OECD*, Stocktaking Report (2022), S. 76 f.

1418 UmVerf-Ko 2023, Rn. 61.

kein Gebrauch gemacht. Die nachfolgenden Ausführungen können deshalb nicht über eine grobe Skizze hinausgehen.

Augenfällig ist zunächst, dass das Pflichtverletzungsverfahren kein Verfahren ist, dessen Initiierung von der Handlung eines Akteurs außerhalb der OECD abhängt. Es setzt vielmehr einen Vorschlag der WPRBC voraus (Art. II-2 lit. d) S. 2 Verfahrensregelungen 2023). Damit hat es gegenüber dem Rügeverfahren einen Vorteil. Da das Rügeverfahren den Antrag eines Akteurs außerhalb der OECD voraussetzt, erlaubt es keine systematische Beaufsichtigung der NKSen.¹⁴¹⁹ Das Pflichtverletzungsverfahren hingegen fügt sich in den Zusammenhang anderer systematischer Aufsichtsmaßnahmen des Investitionsausschusses ein. Zu nennen sind das Verfahren der gegenseitigen Begutachtung (*peer review*, Art. I-5 RatsE-Leitsätze 2023, Art. I-F Verfahrensregelungen 2023) und die Prüfung der Berichterstattung der NKSen (Art. I-3 RatsE-Leitsätze 2023, Art. I-E Verfahrensregelungen 2023).

Im Unterschied zum Verfahren der gegenseitigen Begutachtung und zur Berichtsanalyse ist das Pflichtverletzungsverfahren anlassbezogen. Der Ausschuss kann Empfehlungen nur aussprechen, wenn mehrere strenge Voraussetzungen vorliegen. Er muss feststellen, dass die NKS (i) einen längeren Zeitraum, (ii) ohne nachvollziehbaren Grund (iii) offenkundig (*manifestly*) nicht im Einklang mit den Verfahrensregelungen tätig war (Art. II-2 lit. d) S. 2 Verfahrensregelungen 2023). Als Verletzung kommt beispielsweise die wiederholt mangelhafte Ressourcenausstattung einer NKS in Betracht, die es ihr verwehrt, die grundlegenden Aufgaben einer NKS zu erfüllen (vgl. Art. I-4 RatsE-Leitsätze 2023, Art. I-A-1 Verfahrensregelungen 2023).¹⁴²⁰ Zu erwähnen sind auch nachweislich unzureichende institutionelle Vorkehrungen (vgl. Art. I-A Verfahrensregelungen 2023), das Fehlen von Tätigkeiten im Bereich der Öffentlichkeitsarbeit (vgl. Art. I-B Verfahrensregelungen 2023), wiederholte und erhebliche übermäßige Verfahrensdauern (vgl. Art. I-C-*Chapeau* S. 4 Verfahrensregelungen 2023) oder die Verletzung von Berichtspflichten (vgl. Art. I-E Verfahrensregelungen 2023).¹⁴²¹ Interessanterweise wird weder eine besondere Bedeutung der verletzten Verfahrensregel noch Schwere der Verletzung verlangt; die Verletzung muss lediglich offenkundig (*manifest*) sein und über einen längeren Zeitraum andauern. Dem Wortlaut nach kommen mithin auch marginale Abweichungen von unbedeutenden Vorschriften in Betracht, solange sie offensichtlich sind und über einen längeren Zeitraum bestehen.

1419 Vgl. OECD, NCPs Providing Access to Remedy: 20 Years (2020), S. 43.

1420 UmVerf-Ko 2023, Rn. 60.

1421 UmVerf-Ko 2023, Rn. 60.

Seine Feststellung trifft der Ausschuss auf Basis der jüngsten zwei Jahresberichtszyklen (Art. II-2 lit. d) S. 2 Verfahrensregelungen 2023). Der Verweis auf zwei Jahresberichtszyklen kann so gelesen werden, dass erst nach ihrem Ablauf feststellbar ist, ob der in Art. II-2 lit. d) S. 2 Verfahrensregelungen 2023 erwähnte „längere Zeitraum“ erfüllt ist; mit anderen Worten ist erst ein Zeitraum ab etwa zwei Jahren ein „längerer“ im Sinne dieser Vorschrift.

Wie das Rügeverfahren krankt das Pflichtverletzungsverfahren an einem Konstruktionsfehler, da sowohl der Investitionsausschuss wie auch die WPRBC im Konsensverfahren entscheiden (Art. II-2 lit. d) S. 3 Verfahrensregelungen 2023). Zwar besteht – wie beim Rügeverfahren – die Erwartung, dass sich der betroffene Teilnehmerstaat nach Treu und Glauben am Verfahren beteiligt und sich dem Konsens nur unter außergewöhnlichen Umständen nicht anschließt (Art. II-2 lit. d) S. 4 Verfahrensregelungen 2023). Doch bleibt abzuwarten, wie praxisrelevant ein Verfahren sein kann, dessen Einleitung (Entscheidung durch die WPRBC) von der Zustimmung des in Aussicht genommenen Verfahrensgegners abhängt. Es lässt sich spekulieren, dass ein betroffener Teilnehmerstaat versuchen wird, seiner öffentlichen Bloßstellung in einem Pflichtverletzungsverfahren zu entgehen, indem er notwendige Verbesserungen vor Verfahrensinittierung zusagt. (Das gilt zumindest für Teilnehmerstaaten, die ihre Pflichten nicht bereits dadurch verletzen, dass sie sogar Sitzungen der WPRBC oder des Investitionsausschusses fernbleiben.) Vermutlich wird sich die Wirkmacht des Pflichtverletzungsverfahrens vornehmlich über sein Drohpotenzial entfalten.

Das Pflichtverletzungsverfahren endet erforderlichenfalls mit Empfehlungen, die der Ausschuss an den betroffenen Teilnehmerstaat richtet (Art. II-2 lit. d) S. 1 und 2 Verfahrensregelungen 2023). Der Ausschuss kann den Teilnehmerstaat zur Berichterstattung über die Umsetzung seiner Empfehlung anhalten und kann, wenn er davon ausgeht, dass seine Empfehlungen nur unzureichend umgesetzt wurden, neue Empfehlungen an den Teilnehmerstaat richten; dieses Verfahren kann so oft wie notwendig wiederholt werden (Art. II-2 lit. d) S. 2 Verfahrensregelungen 2023).¹⁴²² Das OECD-Sekretariat kann dem Teilnehmerstaat auf Bitten des Ausschusses bei der Umsetzung der Empfehlungen zur Seite stehen.¹⁴²³

1422 UmVerf-Ko 2023, Rn. 60.

1423 UmVerf-Ko 2023, Rn. 60.

E. Gesamtfazit zu Kapitel 7

Der Investitionsausschuss kennt vier Verfahrensarten: (i) Das Assistenzverfahren (Art. II-1 Verfahrensregelungen 2023) ist ein informelles und vertrauliches Verfahren, das es NKSen erlaubt, Informationen oder Orientierung zu früheren, vergleichbaren Fällen zu erbitten. Die bereitgestellten Informationen haben nicht die Autorität einer Klarstellung. (ii) Das Pflichtverletzungsverfahren (Art. II-2 lit. d) S. 2 bis 4 Verfahrensregelungen 2023) wurde erst mit der 2023er Überarbeitung in den Katalog der Verfahrensarten des Investitionsausschusses aufgenommen. Es erlaubt dem Investitionsausschuss gegen eine NKS vorzugehen, die ihren Pflichten ohne nachvollziehbaren Grund über einen längeren Zeitraum offenkundig nicht nachkommt.

(iii) Das Klarstellungsverfahren (Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023) ist das mit Abstand wichtigste Verfahren des Investitionsausschusses. Da es auf die Auslegung der Leitsätze *in abstracto* zielt, dient es der Kohärenz der Aussprüche von NKSen und nicht der Lösung einer konkreten Streitfrage. Es ist prospektiv und kann auch zur inhaltlichen Nachprüfung eines Ausspruchs einer NKS initiiert werden. Antragsberechtigt sind die drei institutionellen Interessenträger (BIAC, TUAC, OECD Watch) und die Teilnehmerstaaten, aber insbesondere nicht die Parteien eines etwaigen Ausgangsverfahrens vor einer NKS. Der Investitionsausschuss genießt ein Klarstellungsmonopol; NKSen können keine Klarstellungen erlassen. Da der Investitionsausschuss mit großem Ermessensspielraum und nur im Konsens entscheidet, basieren Klarstellungen nicht zwingend auf einer methodenehrlichen Auslegung der Leitsätze. Ihre Autorität erlangen sie vornehmlich dadurch, dass sich die Teilnehmerstaaten auf eine Auslegung der Leitsätze einigen.

(iv) Das Rügeverfahren (Art. II-2 lit. b) Verfahrensregelungen 2023) ist ein junges Verfahren. Es dient der Überprüfung eines spA-Verfahrens auf prozessuale Fehler. Es handelt sich um ein kontradiktorisches Verfahren, weil sich eine NKS gegen den Vorwurf des Antragstellers, sie habe bestimmte Normen missachtet, verteidigen muss. Rügefähig ist nur die Verletzung prozessualer Normen, nicht aber der Leitsätze selbst. Antragsberechtigt sind die institutionellen Interessenträger und die Teilnehmerstaaten, also insbesondere nicht die Parteien des Ausgangsverfahrens vor der NKS. Der Investitionsausschuss entscheidet im Konsens, sodass die betroffene NKS ein (faktisches) Vetorecht genießt; sie muss sich allerdings nach Treu und Glauben am Verfahren beteiligen.

Kapitel 8 Verfahrensziele

Die Nachverfolgung der Leitsätze ist die erste Dimension, in der ich Erhöhungserscheinungen der Leitsätze beobachten möchte. Einer der beiden zugehörigen Einzelaspekte betrifft die Ziele ihrer Umsetzungsverfahren. Um diese Ziele zu eruieren, werde ich auf das Konzept der Effektivitätsförderung der Leitsätze abstellen. Effektivität bzw. Effektivitätsförderung (*furthering the effectiveness*) ist ein *terminus technicus* mit einer spezifischen normativen Bedeutung (A.). Aussagen der NKSen zu diesem Konzept können zur Bestimmung der Ziele der Umsetzungsverfahren herangezogen werden, weil „Effektivität“ in den Leitsätzen als relativer und nicht (wie sonst im Völkerrecht) als absoluter Begriff verstanden wird. Effektivität betrifft damit das Ausmaß, mit dem die Ziele der Umsetzungsverfahren erreicht werden; deshalb offenbart der Umgang der NKSen mit diesem Konzept, von welchen Zielvorstellungen sie ausgehen (B.). Da in Bezug auf die verfolgten Ziele zwischen weitreichenden und weniger weitreichenden realweltlichen Auswirkungen unterschieden werden kann, erlaubt dieses Kapitel eine erste (wenn auch sehr grobe) Einschätzung, ob die Umsetzungsverfahren der Leitsätze tendenziell harte oder weiche Charakteristika aufweisen (C.).

A. Effektivitätsförderung als normatives Konzept

Effektivitätsförderung ist ein normatives Konzept der Umsetzungsverfahren der Leitsätze. Es fand mit der 2000er Überarbeitung Eingang in die Leitsätze.¹⁴²⁴ Es durchdringt ihre verfahrensbezogenen Vorschriften und wird auf diese Weise zum Leitstern der Tätigkeit von NKSen und Investitionsausschuss. Schon in der Eingangsvorschrift der RatsE-Leitsätze 2023 wird es festgehalten (Art. I-1 S. 1 RatsE-Leitsätze 2023) und nochmals zu Beginn der Verfahrensregelungen wird es prominent als Leitgedanke für die Rolle der NKSen in Erinnerung gerufen:

1424 Die RatsE-Leitsätze 1991 erwähnt dieses Ziel nicht. Vor der 2000er Überarbeitung existierten auch keine die RatsE-Leitsätze flankierenden Verfahrensregelungen oder Kommentierungen, in denen dieses Ziel enthalten sein könnte.

„The role of National Contact Points for Responsible Business Conduct (NCPs) is to further the effectiveness of the Guidelines.“ (Art. I-*Chapeau* S. 1 Verfahrensregelungen 2023)¹⁴²⁵

Dieses effektivitätsbezogene Mandat für NKSen wird in den Leitsätzen selbst wiederholt (vgl. Ls. 2 der Einführung (*preface*) Leitsätze 2023) und zugleich als Mandat für den Investitionsausschuss und seine Aufsicht über NKSen ausgegeben (Art. II-2-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023, Art. II-5 RatsE-Leitsätze 2023). Die normative Bedeutung der Effektivitätsförderung hat meines Erachtens drei Anwendungsbereiche:

(i) Besondere Prominenz genießt die Effektivitätsförderung als **Annahmeveraussetzung** einer Beschwerde.¹⁴²⁶ NKSen dürfen eine Beschwerde nur dann annehmen, wenn die vertiefte Prüfung der Beschwerde einen Beitrag zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze leisten würde („*would contribute to the purposes and effectiveness of the Guidelines*“). Auf diese Bedeutung wird noch gesondert einzugehen sein (Kapitel 13).

(ii) Die Funktion der Effektivitätsförderung als **Auslegungsgrundsatz** erinnert an den Grundsatz der effektiven Auslegung (auch *effet utile*-Auslegung)¹⁴²⁷. Anerkannt ist beispielsweise, dass die Annahmeveraussetzungen im Lichte der grundlegenden Effektivitätskriterien¹⁴²⁸ auszulegen sind.¹⁴²⁹ Das betrifft insbesondere das Effektivitätskriterium der Zugänglichkeit: NKSen müssen die Annahmeveraussetzungen so auslegen, dass sie den Beschwerdeführern entgegenkommen.¹⁴³⁰ Aus Sicht der niederländischen NKS sind die Leitsätze außerdem im Lichte des Effektivitätsziels auszulegen, zu weltweit gleichen Wettbewerbsbedingungen beizutragen (Ls. 1 S. 3 der Einführung (*preface*) Leitsätze 2023). Die NKS argumentierte, dass die Frage, ob für ausfüllungsbedürftige Begriffe (wie „adäquat“) die Praktiken im Gaststaat oder gemeinsame Standards der Teilnehmerstaaten heranzuziehen sind, im Lichte dieses Effektivitätsziels beantwortet werden

1425 Textauszeichnung des Originals entfernt.

1426 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6.

1427 Siehe zu diesem Grundsatz näher: *ICSID*, Award (8. Dezember 2016), Az. ARB/07/26, Rn. 1190 — Urbaser S.A. u. a. ./ Argentina; *Reinisch/Braumann*, in: Klingler u. a. (Hrsg.), *Between the Lines of the Vienna Convention?* (2018), 47 (49 ff.). Im EU-Recht erfährt die *effet utile*-Auslegung dank der Rechtsprechung des EuGH eine besondere, unionsspezifische Bedeutung (*Potacs*, EuR 2009, 465 (465 ff.); *Reinisch/Braumann*, in: Klingler u. a. (Hrsg.), *Between the Lines of the Vienna Convention?* (2018), 47 (50 f.)).

1428 Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 1 bis 7 Verfahrensregelungen 2023.

1429 OECD:AU-NCP:2021:AU-18-FS, Rn. 13; vgl. OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 31.

1430 OECD, *Initial Assessment Guide* (2019), S. 5, 19.

müsse: Nur wenn auf die Praktiken der Teilnehmerstaaten abgestellt werde, könnten global gleiche Wettbewerbsbedingungen erreicht werden.¹⁴³¹ Die NL-NKS argumentierte hier wohlgerne nicht mit der Effektivität der Umsetzungsverfahren, sondern mit der Effektivität der Leitsätze selbst.

(iii) Die Effektivitätsförderung wird (allerdings eher selten) auch als **Verfahrensgrundsatz** fruchtbar gemacht. Beispielsweise im Zusammenhang mit Abspracheverfahren (Art. I-C-1 Verfahrensregelungen 2023) wird sie als „übergeordneter Grundsatz“¹⁴³² oder als „Leitmaxime“¹⁴³³ bemüht. Die Effektivitätsförderung erlaubt hier, dass sich eine unzuständige NKS für zuständig erklärt, wenn die eigentlich zuständige NKS dysfunktional oder für die Beschwerdeführer nicht erreichbar ist.¹⁴³⁴ Aber auch in anderen Zusammenhängen dient die Effektivitätsförderung als Verfahrensgrundsatz: Die britische NKS beispielsweise hat sich eines Arguments auf Basis der Effektivitätsförderung bedient, um eine Lücke in ihren Verfahrensregelungen auszufüllen.¹⁴³⁵ Als Verfahrensgrundsatz erinnert die Effektivitätsförderung insofern an den völkerrechtlichen Grundsatz der geordneten Rechtspflege¹⁴³⁶ (*bonne administration de la justice*)¹⁴³⁷. Gerichte berufen sich auf diesen Grundsatz in ähnlicher Weise, um entweder starre Verfahrensvorgaben

1431 OECD:NL-NCP:2009:NL-14-FS, S. 10.

1432 OECD, Coordination Guide (2019), S. 6.

1433 TUACs Stellungnahme in: OECD, Coordination Guide (2019), S. 25; Svoboda, European YbIEL 11 (2020), 31 (39).

1434 Aus der Praxis: OECD:FR-NCP:2019:FR-29-IA, S. 3 (Französische NKS übernimmt Fall der (damals) nicht funktionstüchtigen tunesischen NKS). Allgemein: OECD, Coordination Guide (2019), S. 15; Svoboda, European YbIEL 11 (2020), 31 (40). Jenseits dieser Fallgruppe der dysfunktionalen NKS gibt es weitere Beispiele einer Zuständigkeitsbegründung mit dem Argument der Effektivitätsförderung: In OECD:NL-NCP:2022:NL-47-IA, S. 2, 6 begründete die niederländische NKS ihre fortgesetzte Zuständigkeit mit der Effektivität der Leitsätze, nachdem der Beschwerdegegner seinen Hauptsitz nach Beschwerdeerhebung aus den Niederlanden verlagert hatte.

1435 OECD:UK-NCP:2016:UK-35-FS, Rn.13: Konfrontiert mit der Frage, ob sie Schlussfolgerungen in ihrer Abschlusserklärung auf Vorschläge der Parteien zu einer gütlichen Einigung stützen dürfe, kam die NKS zum Schluss, dass es die Effektivitätsförderung der Leitsätze gebiete, hiervon Abstand zu nehmen.

1436 Meine deutsche Übersetzung basiert auf Art. 29 Abs. 1 ISGH-Sitzabkommen (Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Internationalen Seegerichtshof über den Sitz des Gerichts (*ISGH-Sitzabkommen*), Unterzeichnung: 14. Dezember 2004, Inkrafttreten: 1. Mai 2007. UNTS 2464, 147).

1437 Zur (dominierenden) französischsprachigen Bezeichnung vergleiche allgemein: Kolb, Obs NU 27 (2009), 5 (5); Sakai, Japanese YbIL 55 (2012), 110 (III); Cazala, Good Administration of Justice, MPEiPro (2019), Rn.1. Kolb spricht von einer Maxime.

flexibel auszulegen oder um unklare oder lückenhafte Verfahrensvorgaben zu konkretisieren oder auszufüllen.¹⁴³⁸

Diese drei Anwendungsbereiche der Effektivitätsförderung zeigen, dass es sich um ein vielschichtiges Konzept handelt. Insbesondere lässt sich unterscheiden zwischen der Effektivität der Umsetzungsverfahren und der Effektivität der Leitsätze an sich. Als Verfahrensgrundsatz betrifft Effektivitätsförderung die Effektivität der Umsetzungsverfahren, als Auslegungsgrundsatz (je nach auszulegender Norm) und als Annahmeveraussetzung¹⁴³⁹ betrifft sie beiderlei Bezugspunkte. Gegenstand des vorliegenden Kapitels ist nur die Effektivität der Umsetzungsverfahren. Die „Effektivitätsförderung“ ist außerdem ein recht unbestimmtes Konzept. Was darunter im Einzelnen zu verstehen ist, wird auch in den einschlägigen Regelungen nicht deutlich. Als Auslegungs- und Verfahrensgrundsatz ist es außerdem noch nicht fest etabliert. Das Konzept der Effektivitätsförderung ist so unbestimmt, dass es von Interessenträgern und Schrifttum mit eigenen und inadäquaten Zielvorstellungen aufgeladen wird. Das ist problematisch, da die Effektivitätsförderung ein Leitsätze-spezifisches Konzept mit einer nicht beliebigen *normativen* Bedeutung ist.

B. Die Bedeutung der Effektivitätsförderung

Der Effektivitätsbegriff der Leitsätze weicht vom herkömmlichen Effektivitätsbegriff des Völkerrechts ab, weil er sich nicht darauf bezieht, wie die Realität auf die Leitsätze einwirkt, sondern darauf, wie sich die Leitsätze auf die Realität auswirken (I.). Da Effektivität deshalb so viel wie Zielerreichung bedeutet, bleibt das Konzept der Effektivitätsförderung ein nichtssagender Platzhalter. Um dieses Konzept zu operationalisieren, müs-

1438 Sakai, Japanese YbIL 55 (2012), 110 (123 f.); Cazala, Good Administration of Justice, MPEiPro (2019), Rn. 6 ff.; vgl. Kolb, Obs NU 27 (2009), 5 (19 ff.).

1439 Im Rahmen der Annahmeveraussetzung eines „Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze“ (UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6) werde ich diese Unterscheidung aufgreifen und zwischen einem „Beitrag zu den Zwecken der Leitsätze“ und einem „Beitrag zur Effektivität der Leitsätze“ unterscheiden (siehe Kapitel 13). Den Zweckbeitrag verstehe ich als Beitrag zur Effektivität der Leitsätze. Hierzu ist die Einführung der Leitsätze mit den darin genannten Zielen heranzuziehen. Der „Beitrag zur Effektivität der Leitsätze“ fragt nach dem Beitrag, den die Umsetzungsverfahren leisten, fragt also (entgegen seiner Bezeichnung in der authentischen englischen Fassung: „effectiveness of the Guidelines“) nach der Effektivität der Umsetzungsverfahren (und nicht der Leitsätze insgesamt; so auch die ebenfalls authentische französische Fassung: „l’effectivité de leur mise en œuvre“).

sen die Ziele der Umsetzungsverfahren erforscht werden (II.). Der Umgang in Fallmaterial und Literatur mit dem Konzept der Effektivitätsförderung kann deshalb mit einiger Verlässlichkeit zur Bestimmung der Ziele eines spA-Verfahrens herangezogen werden.

I. Effektivität als Frage der Zielerreichung

Obwohl die Leitsätze und die Regelungen ihrer Umsetzungsverfahren mehrfach auf die Effektivitätsförderung der Leitsätze Bezug nehmen, bleibt bei bloßer Lektüre der einschlägigen Normen unklar, was damit gemeint ist.¹⁴⁴⁰

Der Begriff „effektiv“ oder „Effektivität“ ist mehrdeutig und unscharf.¹⁴⁴¹ Grundsätzlich hat er zwei Bedeutungen: Gemeint ist entweder die Tatsächlichkeit (Realität, Faktizität) eines Phänomens oder das Ausmaß, mit dem eingesetzte Mittel ihre Ziele erreichen und so erst eine Wirkung auf die Realität entfalten (Realisierung, Geeignetheit).¹⁴⁴² Alternativ kann man von Zustands- (vgl. Realität) und Handlungseffektivität (vgl. Realisierung) sprechen.¹⁴⁴³ In der englischen und der französischen Sprache lassen sich für diese Gegenüberstellung weitere Begriffspaare finden, die aber nicht einheitlich benutzt werden und deshalb Verwirrung stiften.¹⁴⁴⁴

1440 Foort/Lambooy, in: Mulder u. a. (Hrsg.), *Liber Amicorum Nieuwenkamp* (2018), 67 (69).

1441 Couveinhes-Matsumoto, *L'effectivité en droit international* (2014), S. 1.

1442 Krieger, *Effektivitätsprinzip im Völkerrecht* (2000), S. 33; Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité* (2012), S. 2; D'Aspremont, *ASIL Proceedings* 108 (2014), 165 (165).

1443 Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité* (2012), S. 2: „*effectivité-état*“ und „*effectivité-action*“.

1444 D'Aspremont, *ASIL Proceedings* 108 (2014), 165 (165) stellt die „*effectiveness*“ der „*effectivity*“ gegenüber. *Effectivity* sei ein innengerichteter Prozess, der die Einwirkung von Tatsachen auf das Völkerrecht beschreibe. *Effectiveness* beschreibe die Auswirkungen des Rechts auf die Realität. Er stuft *effectivity* als Gallizismus ein; der Begriff existiere im britischen Englisch nicht. Prieur/Bastin, *Measuring the Effectivity of Environmental Law* (2021), S. 35, 38 f. benutzen die Begriffe *effectiveness* und *effectivity* in einem anderen, spezifisch juristischen, nachgerade gegensätzlichen Sinne.

In der französischen Sprache hatte *effectivité* zunächst nur die Bedeutung von „faktisch“ (Zustandseffektivität). Ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts nahm *effectivité* zusätzlich die Bedeutung von effektiv im Sinne von geeignet (Handlungseffektivität) an. In letzterer Bedeutung wird *effectivité* durch das Wort *efficacité* flankiert, aber nicht verdrängt. *Efficacité* ist entweder ein Synonym für

Im Völkerrecht ist traditionell die erstgenannte Begriffsbedeutung der (Zustands-)Effektivität gemeint.¹⁴⁴⁵ Das zeigt sich insbesondere am völkerrechtlichen Effektivitätsprinzip.¹⁴⁴⁶ Dieses Prinzip bezieht sich auf den (im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen überproportionalen) Einfluss tatsächlicher Umstände auf Geltung und Inhalt völkerrechtlicher Normen.¹⁴⁴⁷ Dazu zählt unter anderem, dass sich die Rechtslage bisweilen erst dann ändert, wenn sie von einer korrespondierenden Änderung der Sachlage begleitet wird.¹⁴⁴⁸ Dazu gehört auch, dass Rechtsfolgen oft allein durch das Vorliegen faktischer Umstände ausgelöst werden, ohne dass es einer gesonderten politischen oder formalen Entscheidung bedürfte.¹⁴⁴⁹ Die EMRK ist beispielsweise extraterritorial anwendbar, sobald ein Paktstaat tatsächliche Kontrolle (*effective control*) über fremdes Staatsgebiet ausübt.¹⁴⁵⁰ All diesen Erwägungen ist gemein, dass sie beschreiben, wie die Realität auf das Völkerrecht einwirkt.¹⁴⁵¹ Der Wirklichkeit wird, anders ausgedrückt, eine normative Bedeutung zugestanden.¹⁴⁵²

Im zweiten Sinne ist (Handlungs-)Effektivität ein relativer Begriff, der einen Soll- und einen Ist-Zustand vergleicht.¹⁴⁵³ Die Handlungseffektivität schaut darauf, wie sehr ein zuvor definiertes Ziel erreicht wird.¹⁴⁵⁴ Um die Handlungseffektivität einer Maßnahme bestimmen zu können, bedarf es deshalb eines vorher festgelegten Ziels, das in Bezug genommen werden kann.¹⁴⁵⁵ Hier zeigen sich zwei Unterschiede zur Zustandseffektivität:

Handlungseffektivität, wobei dann jegliche Förderung eines angestrebten Ziels ausreichen würde, oder verlangt einen Zielerreichungsgrad von 100 % und wäre somit eine herausgehobene, nämlich die höchste Form der *effectivité*. Siehe: *Bétaille*, *Les conditions juridiques de l'effectivité* (2012), S. 2 ff., 18 ff.

1445 Krieger, Effektivitätsprinzip im Völkerrecht (2000), S. 39; *Bétaille*, *Les conditions juridiques de l'effectivité* (2012), S. 2, 5; *Prieur/Bastin*, *Measuring the Effectivity of Environmental Law* (2021), S. 35 f.

1446 *D'Aspremont*, ASIL Proceedings 108 (2014), 165 (165).

1447 Krieger, Effektivitätsprinzip im Völkerrecht (2000), S. 39; *Taki*, *Effectiveness*, MPEPIL (2013), Rn. 1.

1448 *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht* (1984), § 69; *Taki*, *Effectiveness*, MPEPIL (2013), Rn. 5 ff., 19.

1449 *Couveinhes-Matsumoto*, *L'effectivité en droit international* (2014), S. 34.

1450 *EGMR (GK)*, Judgment (18. Dezember 1996), Az. 15318/89, Rn. 52 — *Loizidou ./. Türkei*; vgl. *D'Aspremont*, ASIL Proceedings 108 (2014), 165 (165).

1451 *D'Aspremont*, ASIL Proceedings 108 (2014), 165 (165).

1452 *Couveinhes-Matsumoto*, *L'effectivité en droit international* (2014), S. 34.

1453 Krieger, Effektivitätsprinzip im Völkerrecht (2000), S. 33 f.

1454 Krieger, Effektivitätsprinzip im Völkerrecht (2000), S. 33 f.

1455 Krieger, Effektivitätsprinzip im Völkerrecht (2000), S. 34; *Shany*, *AJIL* 106 (2012), 225 (230 ff.).

Zustandseffektivität ist ein absoluter Begriff.¹⁴⁵⁶ Anders als Zustandseffektivität betrifft Handlungseffektivität außerdem die Perspektive der Außenwirkung, betrachtet mithin die Auswirkungen des Rechts auf die Realität und nimmt nicht, wie die Zustandseffektivität, die Binnenperspektive der Einwirkung der Realität auf das Recht ein.¹⁴⁵⁷ Unter einer „effektiven“ Rechtsnorm versteht man regelmäßig eine Norm, die nicht nur gültig ist, sondern tatsächlich beachtet wird.¹⁴⁵⁸ Gemessen wird, wie sehr der von einer Norm als Sollensvorschrift angestrebte Sollzustand tatsächlich erreicht wird.¹⁴⁵⁹ Gleiches gilt in Bezug auf die Effektivität von Foren und anderen Institutionen: Ausgangspunkt einer Effektivitätsbeurteilung muss stets die Ermittlung der Ziele dieser Institutionen sein.¹⁴⁶⁰ Die tatsächliche Messung dieser Zielerreichung ist grundsätzlich sozialwissenschaftlich oder empirisch.¹⁴⁶¹

Regelmäßig fällt es schwer festzustellen, ob Effektivität als Zustands- oder Handlungseffektivität gemeint ist.¹⁴⁶² Beides wird sich auch nicht stets klar voneinander trennen lassen. Meines Erachtens lässt sich aber dennoch sagen, dass sich die Instrumente aus dem Universum der Leitsätze grundsätzlich auf eine Handlungseffektivität beziehen: Wortlautbezogene Auslegungen, die am Wort „Effektivität“ ansetzen, sind zwar wegen abweichender authentischer Sprachfassungen erschwert.¹⁴⁶³ Gleichwohl zeigt das

1456 Krieger, Effektivitätsprinzip im Völkerrecht (2000), S. 33.

1457 D'Aspremont, ASIL Proceedings 108 (2014), 165 (165).

1458 Krieger, Effektivitätsprinzip im Völkerrecht (2000), S. 35; Taki, Effectiveness, MPEIL (2013), Rn. 1; Couveinhes-Matsumoto, L'effectivité en droit international (2014), S. 3; Zetzsche u. a., JIEL 25 (2022), 659 (661); siehe auch Meyer, ASIL Proceedings 108 (2014), 168 (169) mit der Unterscheidung zwischen Effektivität, verstanden als Verursachung einer Verhaltensänderung von Staaten in Richtung Beachtung der Norm, und *Compliance*, verstanden als Einhaltung einer Norm ohne dass die Einhaltung der Norm durch die Norm verursacht oder motiviert sein muss.

1459 Dijk, German YbIL 30 (1987), 9 (9).

1460 Shany, AJIL 106 (2012), 225 (230 ff.); Donoghue, ASIL Proceedings 108 (2014), 114 (116).

1461 Bétaille, Les conditions juridiques de l'effectivité (2012), S. 14 f.; vgl. Krieger, Effektivitätsprinzip im Völkerrecht (2000), S. 34 f.

1462 Couveinhes-Matsumoto, L'effectivité en droit international (2014), S. 2.

1463 In der englischen Fassung stellen die Leitsätze nur auf *effectiveness* ab, in der ebenfalls authentischen französischen Fassung mal auf *efficacité* und mal auf *effectivité*. Die grundlegenden Effektivitätskriterien nach Art. I-*Chapeau* S. 3 Verfahrensregelungen 2023 sind in der englischen Sprachfassung „*core effectiveness criteria*“ und in der französischen Sprachfassung „*critères essentiels d'efficacité*“. Das Ziel der NKSen, zur Effektivität der Leitsätze beizutragen (Art. I-1 S. 1 RatsE-Leitsät-

Genitivattribut „Effektivität der Leitsätze“, dass eine Effektivität gemeint ist, die von den Leitsätzen ausgeht (also nicht auf sie einwirkt) und die in den Umsetzungsverfahren angestrebt wird. Damit kann nur die Handlungseffektivität gemeint sein. Der Sprachgebrauch der OECD-Innenrevision, die periodisch unter anderem die Relevanz und Effektivität der OECD-Ausschüsse evaluiert,¹⁴⁶⁴ bestätigt dieses Ergebnis. Hier wird Effektivität als das Ausmaß des Einflusses der Ausschussarbeit auf die Politik der OECD-Mitgliedsstaaten definiert (*effectiveness* als *policy-impact*).¹⁴⁶⁵ Eine geringe Effektivität bedeutet in diesem Sinne, dass die Arbeit eines Ausschusses unbekannt bleibt und kaum genutzt wird.¹⁴⁶⁶ Wird die Arbeit eines Ausschusses hingegen in einem nationalen Parlament erwähnt, dient sie als Grundlage für nationale Gesetzgebung oder gilt sie als standardsetzendes Instrument in einem bestimmten Bereich, geht die OECD-Innenrevision von einem hohen Grad an Effektivität aus.¹⁴⁶⁷ Die Leitsätze haben sich Letzteres zum Ziel gesetzt: Ausweislich ihrer Einführung (*preface*) haben sie den Anspruch, das führende und maßstabsetzende Instrument im Bereich verantwortungsvoller Unternehmensführung zu sein (Ls. 4, 10 der Einführung Leitsätze 2023). Mit anderen Worten ist es das Ziel, den Leitsätzen trotz ihrer Eigenschaft als eines unverbindlichen Instruments zu einer realweltlichen Auswirkung auf die von ihnen erfassten Sachverhalte zu verhelfen. Die Leitsätze verstehen Effektivität also grundsätzlich¹⁴⁶⁸ als Handlungseffektivität. Der Effektivitätsbegriff der Leitsätze weicht damit vom herkömmlichen völkerrechtlichen Effektivitätsbegriff ab.

ze 2023) wird auf Englisch mit „*further the effectiveness*“ und auf Französisch mit „*renforcer l'effectivité*“ ausgedrückt. Siehe zu diesen Begriffen Fußnote 1444.

1464 <https://www.oecd.org/en/about/evaluation-and-internal-audit.html> (zuletzt abgerufen am 21. Januar 2026).

1465 OECD Dok. C(2017)52, Rn. 5: „*effectiveness, i.e. the extent to which its work has been having an impact at the level of the Members, and if these impacts are in line with its objectives*.“ (Textauszeichnung des Originals entfernt); OECD Dok. C(2017)52, Rn. 15: „*The assessment of effectiveness is based firstly the policy impact of the Committee's work [...] and secondly on the extent to which significant impacts are occurring in areas of high policy needs and concerns.*“

1466 OECD Dok. C(2017)52, S. 64.

1467 OECD Dok. C(2017)52, S. 64.

1468 Dieses Ergebnis darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die verfahrensbezogenen Regelungen der Leitsätze das Wort „effektiv“ auch im Sinne von „tatsächlich“ (Zustandseffektivität) benutzen. In diesem Sinne wird die „tatsächliche Beachtung“ (*effective observance, respect effectif*, Art. II-7 S. 1 RatsE-Leitsätze 2023) als Zielsetzung der vorausschauenden Vorgehensweise des Ausschusses ausgegeben. Indes zeigt das Wort „Beachtung“, dass es auch hier insgesamt um die Auswirkungen der Leitsätze auf die Realität geht.

II. Die Ziele der Umsetzungsverfahren

Auf Basis der Zwischenerkenntnis, dass die Leitsätze unter der Frage ihrer Effektivität die Frage ihrer Zielerreichung verstehen, ist dieses Konzept noch nicht subsumtionsfähig. Der Begriff der „Effektivität“ als solcher ist ein inhaltsleerer Platzhalter, der mit konkreten Zielen der Verfahren vor NKSen (1.) und der Verfahren vor dem Investitionsausschuss (2.) angereichert werden muss.

1. Die Ziele der Verfahren in einer spezifischen Angelegenheit

NKSen sind mandatiert, die Effektivität der Leitsätze zu fördern (Art. I-1 S.1 RatsE-Leitsätze 2023). Im Sprachgebrauch der Umsetzungsverfahren sollen NKSen die wirksame Umsetzung der Leitsätze fördern (*effective implementation of the Guidelines*).¹⁴⁶⁹ Das ist ebenfalls sehr vage, lässt aber immerhin erkennen, dass NKSen nicht zwingend für die tatsächliche Befolgung der Leitsätze durch MNUen sorgen müssen.¹⁴⁷⁰ NKSen haben vor allem¹⁴⁷¹ zwei Aufgaben: Sie sollen den Bekanntheitsgrad der Leitsätze durch Öffentlichkeitsarbeit steigern (Art. I-1 S.2 lit. a) RatsE-Leitsätze 2023) und einen Beitrag zur Lösung von Streitfragen leisten, indem sie Beschwerden im Rahmen von spA-Verfahren behandeln (S.2 lit. b)). Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf die viel bedeutsamere zweitgenannte Aufgabe, nicht aber auf die zu vernachlässigende Aufgabe der NKSen im Bereich der Öffentlichkeitsarbeit.

Die Frage nach den Zielen der spA-Verfahren verlangt eine Antwort auf die Vorfrage, wessen Zielvorstellungen maßgeblich sind.¹⁴⁷² Neben den Vor-

1469 Die Wortfolge „*effective implementation of the Guidelines*“ findet sich in Art. I-F, II-2 lit. d) Verfahrensregelungen 2023 und UmVerf-Ko 2023, Rn. 7, 8, 23, 47, 50 und 60 (teilweise vorhandene Textauszeichnung des Originals entfernt).

1470 In UmVerf-Ko 2023, Rn. 8 wird die Beachtung der Leitsätze durch MNUen der wirksamen Umsetzung der Leitsätze gegenübergestellt. Nur Letztere sei Aufgabe der NKSen: „*NCPs have an important role in enhancing the profile and effectiveness of the Guidelines. While it is enterprises that are responsible for observing the Guidelines in their day-to-day behaviour, governments and their NCPs can contribute to improving the effective implementation of the Guidelines.*“ (Textauszeichnung des Originals entfernt).

1471 Von untergeordneter Bedeutung ist die Förderung der Maßnahmenkohärenz (Art. I-1 S.3 RatsE-Leitsätze 2023).

1472 Shany, AJIL 106 (2012), 225 (240).

stellungen der Staaten, die einen Nachverfolgungsmechanismus mandatiert haben, könnte beispielsweise auf die Zielvorstellungen und Erwartungen zivilgesellschaftlicher Akteure, der Öffentlichkeit, von Rechtspraktikern und anderen Interessenträgern abgestellt werden.¹⁴⁷³ In Bezug auf NKSen lässt sich insbesondere erwägen, nicht die Ziele der Teilnehmerstaaten oder der OECD, sondern die Ziele typischer Beschwerdeführer (Nichtregierungsorganisationen, Gewerkschaften, Opfer) oder typischer Beschwerdegegner (MNUen) zum Maßstab zu nehmen. Für eine juristische Bestimmung der Ziele kommen indes nur die Ziele der Staaten in Betracht, wie sie primär im Gründungsdokument des Forums zum Ausdruck kommen; es ist dieses Mandat, aus dem ein Forum seine Existenz und Legitimität ableitet und das es an den Willen seiner Gründer bindet.¹⁴⁷⁴ Es ist deshalb auf das Mandat einer NKS abzustellen, wie es in den Regelungen der Umsetzungsverfahren zum Ausdruck kommt und von NKSen und dem Investitionsausschuss gedeutet wird.¹⁴⁷⁵ Das bedeutet nicht, dass andere Zielvorstellungen nicht mit gleicher Legitimität untersucht werden könnten. In diesem Fall untersucht man allerdings kein *normatives* Effektivitätsverständnis und muss besondere Umsicht bei der Herleitung sinnvoller Ziele anwenden. Wer als Zielvorgabe beispielsweise die Etablierung völkerstrafrechtlicher Verantwortung der Geschäftsführer eines Unternehmens für die Missachtung von Menschenrechten vorgibt, wird spA-Verfahren schon ohne Messung als ineffektiv einstufen können. Genauso zweifelhaft ist aber die verbreitete Fehlvorstellung, NKSen daran zu messen, wie oft sie Betroffenen unilateral Abhilfe zusprechen.¹⁴⁷⁶ Hierbei handelt es sich um Wunschvorstellungen, nicht aber um normative Effektivitätsziele. SpA-Verfahren vor NKSen sind, wie noch darzustellen sein wird, keine Abhilfeverfahren (Kapitel 9 A. IV.), sondern nicht-kontradiktorische Verfahren, die auf die konsensuale Lösung von Problemen ausgerichtet sind.¹⁴⁷⁷ Es gilt: „[...] NCPs should be assessed in regards to what they can do, not what they cannot.“¹⁴⁷⁸

1473 Vgl. Shany, AJIL 106 (2012), 225 (240).

1474 Vgl. Shany, AJIL 106 (2012), 225 (241).

1475 Ähnlich: Buhmann, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 38 (53).

1476 So aber Daniel u. a., *Remedy Remains Rare* (2015), S. 9 ff., insbesondere S. 10 f.: „An NCP's true effectiveness and its ability to ensure implementation of the Guidelines should be measured in terms of the impact it has in remedying past and on-going harm and prompting concrete changes in a company's future behaviour.“

1477 Vgl. Weber, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), *40 ans des lignes directrices* (2018), 101 (105).

Obwohl die Ziele eines Streitbeilegungsmechanismus grundsätzlich forumsspezifisch zu bestimmen sind,¹⁴⁷⁹ lassen sich verallgemeinerungsfähige Ziele identifizieren. Zu ihnen zählt neben der Beilegung des zwischen den Verfahrensparteien bestehenden Streits insbesondere auch eine allgemeine Stärkung der angewandten Normen durch ihre einzelfallbezogene Auslegung und Anwendung.¹⁴⁸⁰ Beide Ziele spiegeln sich auch im Fallmaterial der NKSen wider (a)und b)).

a) Ziele im Bereich der Streitbeilegung

Bei den Zielen im Bereich der Streitbeilegung ist zwischen den Zielen in Bezug auf das Verfahren an sich (prozessuale Effektivitätsziele) und den Zielen in Bezug auf die Ergebnisse des Verfahrens zu trennen. Die erstgenannten Ziele sind leicht festzustellen, da die NKSen an die **grundlegenden Effektivitätskriterien** nach Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 1 bis 7 Verfahrensregelungen 2023 gebunden sind. Diese Ziele sind hier maßgeblicher Bezugs- und Vergleichspunkt.¹⁴⁸¹

Die zweitgenannten Ziele – die materiellen Ziele der spA-Verfahren – sind demgegenüber schwieriger zu eruieren. Eine ältere Umfrage unter NKSen aus dem Jahr 2011 zeigt, dass NKSen kein einheitliches Verständnis von ihrer Rolle und den Zielen eines spA-Verfahrens haben.¹⁴⁸² In der Literatur wird vorgeschlagen, allein auf eine Einigung zwischen den Parteien eines spA-Verfahrens als Ziel abzustellen.¹⁴⁸³ Richtig ist, dass eine Einigung

1478 Buhmann, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 38 (53).

1479 Shany, *AJIL* 106 (2012), 225 (243 f., 270).

1480 Shany, *AJIL* 106 (2012), 225 (244 ff.); Donoghue, *ASIL Proceedings* 108 (2014), 114 (116).

1481 Foort/Lambooy, in: Mulder u. a. (Hrsg.), *Liber Amicorum Nieuwenkamp* (2018), 67 (70); Foort u. a., *McGill Journal of Sustainable Development Law* 16 (2020), 191 (194); Mayar/Maas, *Bus Soc Rev* 129 (2024), 479 (486); vgl. Scheltema, *Dovens Schmidt Quarterly* 2 (2013), 190 (190). Siehe zum vergleichbaren Kriterien-Katalog des Lp. 31 der VN-Leitprinzipien: *OHCHR, UN Guiding Principles* (2011), Kommentar zu Lp. 31.

1482 Davarnejad, *Journal of Dispute Resolution* 2011, 351 (371 ff., insbesondere 376 ff.).

1483 Foort/Lambooy, in: Mulder u. a. (Hrsg.), *Liber Amicorum Nieuwenkamp* (2018), 67 (70): „[...] we define effectiveness of a specific instance as ‘reaching agreements between parties within the framework of the Guidelines with respect of the core criteria stipulated by the OECD Council’s decision and [Lp. 31 der VN-Leitprinzipien]’“; Foort u. a., *McGill Journal of Sustainable Development Law* 16 (2020), 191

zu den Zielen eines spA-Verfahrens gehört (vgl. Art. I-C-3 lit. d), I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023). Eine Einigung ist der optimale, aber nicht der einzige Ausgang eines spA-Verfahrens. Eine Einigung zum einzigen Ziel zu erklären, ist deshalb zu eng; so würde auch ein positiver Wandel in der Situation der Beschwerdeführer außer Acht gelassen, wenn er nicht auf einer Einigung der Parteien, sondern auf einer Empfehlung der NKS und dem die Empfehlung umsetzenden Verhalten des Beschwerdegegners beruht. Wenn überhaupt, sollte deshalb auf die Lösung der Streitfrage als Effektivitätsziel abgestellt werden.¹⁴⁸⁴

Dass der Beitrag einer NKS zur Lösung der in einer spezifischen Angelegenheit aufgeworfenen konkret-individuellen Streitfrage ein ausreichender Beitrag ist, ergibt sich bereits aus Art. I-1 S. 2 lit. b) RatsE-Leitsätze 2023. Darin heißt es (fast wörtlich), dass NKSen die Effektivität der Leitsätze fördern, indem sie zur **Lösung von Streitfragen beitragen**, die sich bei der Umsetzung der Leitsätze in spezifischen Angelegenheiten ergeben.¹⁴⁸⁵ Weitere Normen (Art. I-C-4 Verfahrensregelungen 2023)¹⁴⁸⁶ und das Fallmaterial¹⁴⁸⁷ bestätigen, dass ein Beitrag zur Lösung der Streitfrage (im Folgenden auch synonym: Problemlösungsbeitrag) ein hinreichender Beitrag zur Effektivität der Leitsätze ist. Dabei ist Folgendes entscheidend: Bereits ein *Beitrag* zur Lösung ist ein hinreichender Beitrag; die tatsächliche Lösung der Streitfrage muss nicht in Aussicht stehen.¹⁴⁸⁸

Art. I-*Chapeau* S. 6 Verfahrensregelungen 2023 lässt sich entnehmen, dass der Beitrag der NKS zur Lösung der Streitfrage sowohl pro- wie retrospektiv sein kann. Bereits an anderer Stelle (Kapitel 6 C. II. 2.) habe

(196); möglicherweise auch: *Khoury/Whyte*, Journal of Human Rights 18 (2019), 363 (368, 372, 376).

1484 Im Ergebnis auch: *Mayar/Maas*, Bus Soc Rev 129 (2024), 479 (486, 489–491): „*issue-solving effectiveness*“.

1485 Vgl. Art. I-*Chapeau* S. 1 Verfahrensregelungen 2023.

1486 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 25, 36 ff.

1487 OECD:IT-NCP:2016:IT-8-IA, Rn. 14; OECD:NO-NCP:2021:NO-19-IA, S. 9; OECD:AT-NCP:2023:AT-6-IA, S. 9; OECD:KR-NCP:2024:KR-26-IA, S. 11: „*The role of the Korea NCP is to enhance the purpose and effectiveness of the Guidelines by facilitating discussions and assisting relevant parties in finding solutions.*“; vgl. OECD:US-NCP:2015:US-40-FS, S. 11.

1488 OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 12: „*Additionally, it is important to recognise that the Procedural Guidance does not state that NCPs can further effectiveness by resolving issues but rather that they contribute to their resolution.*“; vgl. Wortlaut des Art. I-1 lit. b) RatsE-Leitsätze 2023: „*contribute to the resolution*“; Art. I-C-3 S. 1 Verfahrensregelungen 2023: „*help the parties involved to resolve the issues*“.

ich ausgeführt, dass ein spA-Verfahren primär ein prospektives (zukunftsgerichtetes, *forward-looking*) und sekundär ein retrospektives (vergangenheitsorientiertes, rückblickendes) Verfahren ist. Dieses Rangverhältnis ist auf diese beiden Arten von Problemlösungsbeiträgen zu übertragen.

Gem. Art. I-C-*Chapeau* S. 6 Verfahrensregelungen 2023 bestehen die Ziele eines spA-Verfahrens auch darin, die Umsetzung der Leitsätze in Zukunft zu fördern („*furthering the implementation of the Guidelines in the future*“). Damit ist der **prospektive Problemlösungsbeitrag** angesprochen. Ein Verfahren trägt folglich bereits dann zur Effektivität bei, wenn es hilft, potenzielle negative Auswirkungen auf RBC-Belange (wie Menschenrechte) zu vermeiden oder zu beenden, ohne dass wiedergutmachende oder sanktionierende Abhilfe für eingetretene negative Auswirkungen in Aussicht stehen müsste.¹⁴⁸⁹ An diesen beendenden oder präventiven prospektiven Problemlösungsbeitrag sind keine gesteigerten Anforderungen zu stellen; er muss nicht konkret nachweisbar oder von besonderer Qualität sein. In diesem Sinne genügt es, wenn ein spA-Verfahren eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Verfahrensparteien fördert und auf diese Weise Konflikten vorbeugt.¹⁴⁹⁰ Auch die Zusage des Beschwerdegegners, interne Corporate Governance-Systeme (inklusive Sorgfaltsmaßnahmen und Menschenrechtsstrategien) zu verbessern, kommt als tauglicher prospektiver Problemlösungsbeitrag in Betracht.¹⁴⁹¹ Ein gesteigertes Bewusstsein beim Beschwerdegegner für Probleme oder verbesserte interne Unternehmenskodizes sind ebenfalls taugliche Verfahrensziele.¹⁴⁹²

Ein **retrospektiver Problemlösungsbeitrag** wird in Art. I-C-*Chapeau* S. 6 Verfahrensregelungen 2023 ebenfalls angesprochen („*addressing adverse impacts*“). Hier ist darauf abzustellen, ob eine NKS wiedergutmachende oder gegebenenfalls sanktionierende Formen der Abhilfe vermitteln kann. Insofern sei ergänzend auf Kapitel 6 C. III. verwiesen. Wie sehr eine NKS von den nachfolgend beschriebenen Möglichkeiten Gebrauch macht, hängt vor allem von ihrem Mandatsverständnis ab. Solche Abhilfe kann

1489 Vgl. OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 13: „*a procedure aimed at [...] the prevention, mitigation and/or accounting for a company's negative impacts, and reaching forward-looking solutions.*“

1490 OECD:DE-NCP:2015:DE-20-FS, S. 4; OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 13: „*restoring of good relationships between the parties*“.

1491 OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 13: „*improvement of operational processes*“; vgl. Daniel u. a., *Remedy Remains Rare* (2015), S. 18.

1492 Im Ergebnis auch Mayar/Maas, *Bus Soc Rev* 129 (2024), 479 (486, 491–493), die hier von „*RBC effectiveness*“ sprechen.

beispielsweise darin bestehen, dass der Beschwerdegegner Fehlverhalten eingesteht, eine (finanzielle) Entschädigung leistet oder einen Missstand behebt.¹⁴⁹³ Dass der retrospektive Problemlösungsbeitrag nur von untergeordneter Bedeutung ist, zeigt sich vor allem an den begrenzten Mitteln einer NKS, solche Abhilfe zu vermitteln: Nur eine Minderheit der NKSen ist überhaupt bereit, eine Feststellung (*determination*) zur Leitsatzkonformität des Verhaltens des Beschwerdegegners zu treffen.¹⁴⁹⁴ Gem. Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 liegt eine Feststellung vollständig im Ermessen der NKS. Eine NKS kann auch kein Verhalten „sanktionieren“ oder ein Unternehmen zu einer bestimmten Maßnahme „verurteilen“.¹⁴⁹⁵ Sie kann allenfalls Empfehlungen (*recommendations*) aussprechen (Art. I-C-4 lit. b) und c) Verfahrensregelungen 2023). Bereits die Bezeichnung als Empfehlung verdeutlicht die unverbindliche Natur dieses Verfahrensergebnisses. Die Erwägung, ob eine NKS einem Unternehmen eine bestimmte Abhilfemaßnahme „empfehlen“ kann,¹⁴⁹⁶ einmal außer gelassen, hängt die Gewährung von Abhilfe vollständig davon ab, ob Parteien eine Einigung (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023) erzielen. Im Rahmen der retrospektiven Dimension eines NKS-Verfahrens ist es deshalb entscheidend, sich die Rolle der NKS als bloßer Mittlerin auf dem Weg zu Abhilfe zu vergegenwärtigen; sie selbst spricht keine Abhilfe zu.¹⁴⁹⁷

b) Ziele jenseits der Streitbeilegung

Die Effektivitätsziele eines Forums erschöpfen sich üblicherweise nicht darin, einen konkret-individuellen Streit zwischen zwei Parteien beizulegen.¹⁴⁹⁸ Die (i) Fortentwicklung und Konkretisierung der vom Forum ange-

1493 Daniel u. a., *Remedy Remains Rare* (2015), S. 18 f.

1494 OECD, *Recommendations and Determinations Guide* (2019), S. 8 f.

1495 OECD, *The NCPs from 2000 to 2015* (2016), S. 14; OECD, *Initial Assessment Guide* (2019), S. 13; OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 1; Nieuwenkamp, OECD Observer vom 25. Januar 2018, 1 (2) — „Beer, conflict and compensation: Heineken-Congo agreement“; Khoury/Whyte, *Journal of Human Rights* 18 (2019), 363 (371).

1496 Siehe Kapitel 6 C. III. 2. b).

1497 Vgl. OECD, *Initial Assessment Guide* (2019), S. 13.

1498 Shany, *AJIL* 106 (2012), 225 (244 ff.) identifiziert vier Ziele: (i) Förderung der tatsächlichen Befolgung (*compliance*) der angewandten Normen, (ii) Beilegung konkreter Streits zwischen den Parteien, (iii) Förderung der (Ziele der) Institution, in die das Forum eingebettet ist, und (iv) Stärkung der Legitimation der Institution, die das Forum errichtet hat. Das erste Ziel zerfällt in die Überwachung und Sicherstellung normgemäßen Verhaltens einerseits und die Erzeugung von

wandten Normen durch einzelfallspezifische Auslegung und Anwendung zählt ebenso zu den üblichen Zielen wie die (ii) allgemeine Förderung der Normbefolgung (*compliance*).¹⁴⁹⁹ Die spA-Verfahren verfolgen ebenfalls solche Ziele jenseits der Streitbeilegung. So ist im Ausgangspunkt festzustellen, dass das maßgebliche Konzept auf eine Förderung der Effektivität *der Leitsätze* abstellt; das Konzept bezieht sich also bei einer Wortlautauslegung nicht auf eine Effektivität *der spA-Verfahren*.¹⁵⁰⁰ Auch ein spA-Verfahren, das keinen Beitrag zur Streitbeilegung leistet, kann demnach die Effektivität der Leitsätze fördern.

Die **Förderung der Normbefolgung** unterscheidet sich von der Beilegung eines konkreten Streits durch seine (general)präventive und verhaltensbeeinflussende Wirkung, die durch die drohende öffentlichkeitswirksame Überprüfung des Verhaltens der Normadressaten und Anordnung korrekativer Maßnahmen durch einen unabhängigen Dritten entsteht.¹⁵⁰¹ Das Ziel einer verhaltenslenkenden Wirkung allein über eine Signalwirkung der spA-Verfahren lässt sich auch den NKSen zuschreiben,¹⁵⁰² ist aber kein prominentes Ziel. Man könnte es darin verankern, dass, wie erwähnt, die Effektivität der Leitsätze (und nicht diejenige der spA-Verfahren) zu fördern ist. Insgesamt tritt dieses Ziel in den einschlägigen Regelungen und dem Fallmaterial aber nicht deutlich hervor; für die normative Bedeutung der Effektivitätsförderung ist es deshalb vernachlässigbar.

Demgegenüber lässt sich das Ziel der **Fortentwicklung und Konkretisierung** der Leitsätze eindeutig als Ziel der NKSen identifizieren. Das Schrifttum¹⁵⁰³ und auch die OECD¹⁵⁰⁴ erkennen an, dass in spA-Verfahren anwendungsbezogen Erkenntnisse zu den Leitsätzen gewonnen werden. Letztlich manifestiert sich hier die schon in Kapitel 1 A. angesprochene

Informationen über den Inhalt der angewandten Normen andererseits. *Donoghue*, ASIL Proceedings 108 (2014), 114 (116) identifiziert sehr ähnliche Ziele für den IGH: (i) die Streitbeilegung, (ii) die Förderung anderer VN-Organen, (iii) die Fortentwicklung des Völkerrechts und (iv) die Beeinflussung staatlichen Verhaltens.

1499 Vgl. Fußnote 1498.

1500 Vgl. *Foort/Lambooy*, in: Mulder u. a. (Hrsg.), *Liber Amicorum Nieuwenkamp* (2018), 67 (69).

1501 *Shany*, AJIL 106 (2012), 225 (244 f.); *Donoghue*, ASIL Proceedings 108 (2014), 114 (116).

1502 *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 324 f.

1503 Vgl. *Backer*, Melb JIL 10 (2009), 258 (305); *Ruggie*, Just Business (2013), S. 175; *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 325; *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung (2017), S. 204; *Buhmann*, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 38 (39).

evolutive Strategie der OECD, der zufolge die vagen Standards der Leitsätze mithilfe ihrer Umsetzungsverfahren kontinuierlich präzisiert werden sollen. Im Fallmaterial der NKSen ist dieses Effektivitätsziel nur selten zu finden. Manche NKSen erkennen es aber explizit an. So soll bereits die Erörterung einer abstrakt-generellen Frage am Beispiel der in einer spezifischen Angelegenheit aufgeworfenen konkret-individuellen Streitfrage als Beitrag zur Effektivität der Leitsätze in Betracht kommen. Besonders deutlich wird die Abgrenzung zwischen dieser **exemplarischen Erörterung einer abstrakt-generellen Frage** und dem unter a) angesprochenen (konkret-individuellen) Problemlösungsbeitrag in der nachfolgend wiedergegebenen Formulierung der norwegischen NKS. Der Fall betraf die Frage, ob das Telekommunikationsunternehmen *Telenor* sein geschäftliches Engagement in Myanmar nach dem dortigen Militärputsch in verantwortungsvoller Weise eingestellt hatte (*responsible exit*).¹⁵⁰⁵

„The NCP is of the view that accepting this submission and offering good offices to the parties may contribute to resolving the issues raised [...]. This in itself is an important contribution to the effectiveness of the OECD Guidelines and in line with their purpose. Further, the NCP procedure in this specific instance may contribute to the understanding within Telenor and other businesses of the OECD Guidelines' recommendations for human rights due diligence, and how they may be observed in a challenging context of a military takeover. This, too, may offer important contributions to the purpose and effectiveness of the OECD Guidelines.“¹⁵⁰⁶

Die Schweizer Kontaktstelle formuliert ähnlich. Sie argumentierte, dass die Annahme des Verfahrens den Parteien nicht nur helfen könne, eine für beide Seiten akzeptable Lösung zu finden, sondern auch ein „besseres Verständnis“ für die gegenseitigen Positionen zu entwickeln.¹⁵⁰⁷ Andere NKSen stützen sich darauf, dass die Annahme der Beschwerde zur Präzisierung einzelner Vorgaben der Leitsätze beitragen kann.¹⁵⁰⁸ Trotz unterschiedli-

1504 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 75; vgl. OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 44 f.; vgl. OECD, NCPs Providing Access to Remedy: 20 Years (2020), S. 24.

1505 OECD:NO-NCP:2021:NO-19-IA, S. 2 ff.

1506 OECD:NO-NCP:2021:NO-19-IA, S. 9.

1507 OECD:CH-NCP:2022:CH-24-IA, S. 6.

1508 OECD:NL-NCP:2014:NL-24-IA, S. 3: „The Netherlands NCP believes that dealing with this notification will contribute to the purpose and effectiveness of the Guidelines in the sense that it will help clarify the due diligence recommenda-

cher Formulierungen weiten all diese Äußerungen die Verfahrensziele über die Lösung der konkret-individuellen Streitfrage hinaus. Der Parteiendisput bildet dann lediglich den Anlass für die Erörterungen der NKS. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zum prospektiven Lösungsbeitrag: Obwohl auch die exemplarische Erörterung einer abstrakt-generellen Frage notwendigerweise eine prospektive Dimension aufweist (Anleitung anderer Unternehmen zur Verbesserung ihres Verhaltens in noch nicht bestehenden Streitigkeiten), bezieht sich der prospektive Lösungsbeitrag auf eine konkret-individuelle Situation: Im Rahmen einer exemplarischen Erörterung könnte etwa diskutiert werden, zu welchen Herausforderungen ein Bürgerkrieg für die Risikomanagementsysteme eines Unternehmens im Allgemeinen führt; im Rahmen des prospektiven Problemlösungsbeitrags würde auf Basis eines konkreten (und noch andauernden) Bürgerkriegs und konkreter negativer Auswirkungen erörtert, welche Optimierungsmöglichkeiten das Risikomanagementsystem des Beschwerdegegners aufweist.

Die Anerkennung der exemplarischen Erörterung einer abstrakt-generellen Frage als Effektivitätsbeitrag unterstellt folglich, dass einem spA-Verfahren über einen konkreten Fall hinaus Bedeutung zukommt. Dem ist zuzustimmen. Andernorts habe ich die Präzisierung eines Texts als Erhärtungserscheinung identifiziert, weil Präzisierung Vertrauen und Vorhersehbarkeit fördert und Spielräume für eigennützige Auslegungen verringert (Kapitel 5 B. III.). Die Aussprüche von NKSen tragen zur Effektivität der Leitsätze bei, weil sie Interessen- und Entscheidungsträger bei der Anwendung der Leitsätze in künftigen Fällen leiten.¹⁵⁰⁹ Mithin kann der Ausspruch einer NKS – selbst wenn das zugehörige Verfahren zu keiner Einigung der Parteien, keiner Empfehlung und keiner Feststellung führt – zur Effektivität beitragen.¹⁵¹⁰

Die Fallgruppe der exemplarischen Erörterung einer abstrakt-generellen Frage birgt andererseits die Gefahr, sich vollständig von einem konkreten Fall zu lösen und Probleme isoliert zu diskutieren. Die Grenzen einer exemplarischen Erörterung sind deshalb spätestens dort überschritten, wo kein Bezug mehr zu einer bestimmten Streitfrage hergestellt werden kann. Das ergibt sich aus den inhaltsbezogenen Annahmeveraussetzungen

tions for the financial sector regarding loans.“; OECD:SE-NCP:2013:SE-4-IA, S. 7; OECD:NL-NCP:2015:NL-25-IA, S. 4; OECD:NO-NCP:2015:NO-11-IA, S. 7; OECD:NO-NCP:2020:NO-17-IA, S. 9.

1509 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 75; vgl. OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 46.

1510 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 75.

(Substantiierung, Schlüssigkeit, Zusammenhang zwischen Streitfrage und Geschäftstätigkeit des Beschwerdegegners).¹⁵¹¹ In einem Ausspruch der brasilianischen NKS kommt diese Grenze deutlich zum Ausdruck. Ihr zufolge ist es unstatthaft, ein Verfahren gegen ein sich Leitsätze-konform verhaltendes MNU zu betreiben, nur weil es sinnvoll sein könnte, dieses MNU als wichtigen Branchenvertreter in die Ausarbeitung einer branchenweiten Lösung zusammen mit (delinquenten) Unternehmen einzubeziehen.¹⁵¹² Der Umstand, dass es an einer Streitfrage (also dem Vorwurf der Missachtung der Leitsätze) in Bezug auf das unbescholtene MNU fehlt, ist hier höher zu gewichten als das Interesse, dieses MNU in die abstrakt-generelle Erörterung systemischer Missstände einzubeziehen. Gleichfalls unzulässig ist es, in einer Beschwerde, die sich gegen ein bestimmtes Unternehmen richtet, die Praktiken einer gesamten Branche anzugreifen, ohne darzustellen, welche Verantwortung dem angegriffenen Unternehmen zukommt.¹⁵¹³ Eine exemplarische Erörterung **erlaubt** mit anderen Worten **keine rein hypothetische Erörterung** auf Basis einer nicht nachweisbaren Beziehung eines Unternehmens zu einer negativen Auswirkung. Für Anfragen auf Basis hypothetischer Sachverhalte sind NKSen nicht im Rahmen eines spA-Verfahrens, sondern (meines Erachtens) ausschließlich im Zusammenhang mit ihren Aufgaben der Auskunftserteilung anzurufen: Sie haben gem. Art. I-1 lit. a) RatsE-Leitsätze 2023, Art. I-B-3 lit. b) Verfahrensregelungen 2023 auf „legitime“¹⁵¹⁴ Anfragen von Unternehmen, Arbeitnehmervertretungen, Nichtregierungsorganisationen und der Öffentlichkeit zu reagieren.

c) Zwischenfazit

NKSen können die Effektivität der Leitsätze vornehmlich auf drei Weisen fördern, verfolgen also drei Verfahrensziele: Ein Beitrag zur Effektivität der Leitsätze kann mit

- einem prospektiven Problemlösungsbeitrag,
- einem retrospektiven Problemlösungsbeitrag und
- der exemplarischen Erörterung einer abstrakt-generellen Frage zur Fortentwicklung und Konkretisierung der Leitsätze

1511 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkte 2 und 4.

1512 OECD:BR-NCP:2020:BR-37-FS, Rn. 7.3 ff.; OECD:BR-NCP:2020:BR-38-FS, Rn. 7.3 ff.

1513 OECD:NO-NCP:2012:NO-8-IA, S. 4 ff.

1514 UmVerf-Ko 2023, Rn. 20.

geleistet werden. Primäres Verfahrensziel ist der prospektive Problemlösungsbeitrag. Der retrospektive Problemlösungsbeitrag ist nur untergeordnetes Verfahrensziel und hängt vom Mandatsverständnis der jeweils angerufenen NKS ab. Die exemplarische Erörterung einer abstrakt-generellen Frage wird nur von wenigen NKSen explizit erwähnt und erlaubt keine rein hypothetischen Erörterungen, sondern muss an eine konkrete Streitfrage angebunden sein. Ein viertes Verfahrensziel der verhaltensbeeinflussenden Signalwirkung eines spA-Verfahrens kommt in Betracht, findet (bislang) jedoch keinen Widerhall im Fallmaterial der NKSen.

Diese materiellen (ergebnisbezogenen) Ziele werden, fünftens, ergänzt durch prozessuale Ziele, die sich nicht mit dem Ausgang des Verfahrens, sondern der Art und Weise des Verfahrens befassen (etwa: das Verfahren soll zugänglich und transparent sein); sie ergeben sich aus den grundlegenden Effektivitätskriterien gem. Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 1 bis 7 Verfahrensregelungen 2023.

Andere Ideen zu den Verfahrenszielen eines spA-Verfahrens sind unzulässig eng oder bloße Wunschvorstellungen ohne normative Verankerung. Insbesondere wäre es eine unzulässige Verkürzung des Effektivitätsverständnisses der Leitsätze, wenn man Effektivität mit der Beilegung einer konkreten Streitigkeit gleichsetzen würde. Allein auf die Gewährung von Abhilfe abzustellen, verbietet sich schon angesichts der primär prospektiven und nur sekundär retrospektiven Natur des spA-Verfahrens. Solche Zielvorstellungen mögen aus Sicht mancher Interessenträger berechtigt sein. Für die normative Bedeutung der Effektivitätsförderung der Leitsätze können sie nicht herangezogen werden.

2. Die Ziele der Verfahren vor dem Investitionsausschuss

Wie die NKSen ist auch der Investitionsausschuss berufen, die Effektivität der Leitsätze zu fördern. Insbesondere seine Verfahren (Rüge-, Klarstellungs- und Pflichtverletzungsverfahren) wie auch die Entgegennahme und Beurteilung der Jahresberichte der NKSen stehen unter der Überschrift der Effektivitätsförderung der Leitsätze (Art. II-2-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023: „*The Committee [...] will, with a view to enhance the effectiveness of the Guidelines [...].*“).¹⁵¹⁵ Welche Effektivitätsziele der Investitionsausschuss verfolgt, lässt sich jedoch kaum feststellen. Meines Erachtens

¹⁵¹⁵ Textauszeichnung des Originals entfernt; Siehe ferner: Art. II-5 RatsE-Leitsätze 2023; OECD:IC:2021:IC-3-CL, Rn. 6.

wird man die Effektivitätsziele des Investitionsausschusses, sofern er als Aufsichtsinstanz gegenüber den NKSen agiert, akzessorisch zu den Effektivitätszielen der NKSen bestimmen können.

C. Gesamtfazit zu Kapitel 8

„Effektivitätsförderung“ ist im Rahmen der Leitsätze ein normatives Konzept. Es fungiert als Auslegungsgrundsatz, Verfahrensmaxime und vor allem als Annahmeveraussetzung. „Effektivität“ im Sinne der Leitsätze ist als Handlungseffektivität, also als Frage der Erreichung von Zielen zu verstehen. SpA-Verfahren verfolgen im Wesentlichen drei Ziele. Sie zielen primär darauf, die im Verfahren aufgeworfene Streitfrage für die Zukunft zu lösen: Ein Fehlverhalten soll beendet und künftig vermieden werden (prospektiver Problemlösungsbeitrag). Wiedergutmachende oder sanktionierende Formen von Abhilfe für negative Auswirkungen auf RBC-Belange sind zwar ebenfalls ein Verfahrensziel; ein solcher retrospektiver Problemlösungsbeitrag steht aber nicht im Vordergrund. SpA-Verfahren streben drittens an, durch die exemplarische Erörterung einer abstrakt-generellen Frage zur Fortentwicklung und Konkretisierung der Leitsätze beizutragen. Die Ziele der Verfahren vor dem Investitionsausschuss sind (nach hier vertretener Ansicht) akzessorisch zu diesen Zielen der SpA-Verfahren.

Ordnet man diese Verfahrensziele, wie zu Beginn dieses Kapitels angekündigt, ambitionierten oder weniger ambitionierten Verfahrenszielen zu, gelangt man zur Feststellung, dass die Umsetzungsverfahren keine weitreichenden realweltlichen Auswirkungen anstreben und eher unambitioniert sind. Insbesondere weil die Gewährung von Abhilfe und die Sanktionierung von Fehlverhalten nicht im Vordergrund stehen, können diese Verfahrensziele nicht als ambitioniert bezeichnet werden. Hinzu kommt, dass an den prospektiven Problemlösungsbeitrag und wohl auch die exemplarische Erörterung einer abstrakt-generellen Frage keine besonderen Anforderungen zu stellen sind (ein *Beitrag* zur Problemlösung genügt). Diese Ziele bleiben diffus, sind nicht an qualitative Kriterien gekoppelt und setzen nicht voraus, dass es zu tatsächlichen Änderungen im Verhalten des Beschwerdegegners oder in Bezug auf einen Missstand kommt: Fast jedes Verfahren wird die Vertrauensbasis zwischen den Parteien in irgendeiner Weise fördern, wie auch fast jedes Verfahren zumindest einen geringen Erkenntnisgewinn in Bezug auf die Anwendung und Auslegung der Leitsätze hervorbringt. Aus normativer Sicht ist diese fehlende Ambition ein

Vorteil für den Beschwerdeführer, weil sie die Zugänglichkeit¹⁵¹⁶ eines spA-Verfahrens erhöht: Dem Beschwerdeführer muss im Rahmen der ersten Evaluierung schließlich der Nachweis gelingen, dass die vertiefte Prüfung der Beschwerde einen Effektivitätsbeitrag leisten würde.¹⁵¹⁷ Sind die Verfahrensziele niedrig angesetzt, gelingt dieser Nachweis sehr leicht. Darauf ist noch zurückzukommen (Kapitel 13).

Andererseits zeigt die Tatsache, dass die Beendigung und Vermeidung von Fehlverhalten zu den Zielen der spA-Verfahren zählen und auch Wiedergutmachung und Sanktionierung als Ziele nicht ausgeschlossen sind, dass diese Ziele nicht rein theoretischer Natur sind. Sie haben einen Bezug zu Verbesserungen in der echten Welt: Ein noch weniger ambitioniertes Ziel hätte beispielsweise darin bestanden, lediglich einen Bericht über einen bestimmten Vorfall abzufassen, der sich jeglicher Bewertung der Vorkommnisse enthält. Auch wenn die Ziele der Umsetzungsverfahren der Leitsätze eher unambitioniert sind, sind sie nicht vollständig unambitioniert.

Trotz allem lassen sich im Rahmen des Einzelaspekts der Verfahrensziele nur geringe Erhärtungserscheinungen beobachten.

1516 Effektivitätskriterium gem. Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 2 Verfahrensregelungen 2023.

1517 Annahmeveraussetzung gem. UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 6.

Kapitel 9 Verfahrensnatur

Um Erhärtungserscheinungen der Leitsätze in der Dimension der Nachverfolgung zu beobachten, werde ich in diesem Kapitel die Umsetzungsverfahren der Leitsätze auf Basis bestimmter Indikatoren mit anderen Arten von Nachverfolgungsmechanismen vergleichen. Dabei sollen zunächst die Verfahren in einer spezifischen Angelegenheit (spA-Verfahren) vor den NKSen (A.) und anschließend die Verfahren des Investitionsausschusses (B.) mit Nachverfolgungsmechanismen verglichen werden. Dieser Vergleich baut auf den jeweils ausführlichen Vorstellungen des spA-Verfahrens in Kapitel 6 und der Verfahren vor dem Investitionsausschuss in Kapitel 7 auf.

A. Die Natur des Verfahrens in einer spezifischen Angelegenheit

Das spA-Verfahren ist ein Verfahren *sui generis*, das sich nicht an ein bestimmtes Vorbild anlehnt.¹⁵¹⁸ Schon die nichtssagende Bezeichnung „Verfahren in einer spezifischen Angelegenheit“ (spA-Verfahren) weicht einer Charakterisierung aus.¹⁵¹⁹ Die größte Hürde für die Charakterisierung des spA-Verfahrens im Lichte etablierter Nachverfolgungsmechanismen besteht im großen Spielraum, den Kontaktstellen bei der Ausgestaltung des Verfahrens genießen. Es gibt nicht eine Art von spA-Verfahren, sondern mehrere (ausführlich: Kapitel 6 C.); die nachfolgende Untersuchung muss insofern verallgemeinern.

Wie schon in Kapitel 5 ausgeführt,¹⁵²⁰ können herkömmliche Nachverfolgungsmechanismen von weich nach hart aufgefächert werden – und zwar von Verhandlung (*negotiation*), guten Diensten (*good offices*), Vermittlung (*mediation*), Untersuchung (*enquiry*) bzw. Berichterstattung- und Überwachungsmechanismen, Schlichtung (*conciliation*), gerichtsähnlichen (*quasi-judicial*) Verfahren und Schiedsverfahren (*arbitration*) bis zu Gerichtsverfahren (*adjudication*). Gerichts-, Schieds- und gerichtsähnli-

1518 Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 257; vgl. Dörr, in: Reinisch u. a. (Hrsg.), BerDGIR 50 (2020), 133 (151): „spezielles Streitbeilegungsverfahren“.

1519 Davarnejad, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (363).

1520 Hier und für den Rest des Absatzes: Kapitel 5 B. I.

che Verfahren sind rechtliche, die anderen Verfahren sind diplomatische Mechanismen. Nicht alle dieser Nachverfolgungsmechanismen sind auch Streitbeilegungsmechanismen (Beispiel: Berichterstattungsverfahren).

Taugliche Vergleichspunkte für spA-Verfahren sind lediglich gerichtsähnliche Verfahren (I.) und Schlichtungsverfahren (II.). Die Zuordnung zu einer bestimmten Art von Nachverfolgungsmechanismus hängt davon ab, dass eine *feststehende Kombination* von Kriterien erfüllt wird, die für diese Art von Nachverfolgungsmechanismus konstitutiv ist. Gerichtliche und gerichtsähnliche Verfahren grenzen sich beispielsweise unter anderem durch eine unabhängige Sachverhaltsermittlung und die Entscheidungsfindung auf Basis der Auslegung und Anwendung von Normen von anderen Verfahren ab und könnten untereinander beispielsweise anhand der Bindungswirkung des Verfahrensergebnisses unterschieden werden.¹⁵²¹

Der Vergleich der spA-Verfahren mit den soeben aufgeführten Arten herkömmlicher Nachverfolgungsmechanismen ist, weil er auf solchen feststehenden Kombinationen von Kriterien aufbaut, allerdings sehr grob. Ich möchte diese Kriterien deshalb nicht nur als konstitutive Merkmale eines bestimmten Mechanismus, sondern parallel als weiche oder harte Ausprägungen bestimmter Erhärtungsindikatoren auffassen. Dadurch sind feinere Analysen möglich. Beispielsweise weist die Unverbindlichkeit eines Verfahrensergebnisses auf einen weich ausgeprägten Indikator der verfahrensergebnisbezogenen Durchsetzungsbefugnisse hin.

In der Literatur werden einige hilfreiche Indikatoren genannt.¹⁵²² Aggregiert man die jeweils in unterschiedlichen Zusammenhängen genannten Indikatoren, lässt sich eine Liste aufstellen, in der die Zugänglichkeit des Mechanismus (Allgemeine Zuständigkeit oder Zuständigkeit nur für Spezi-

1521 Dazu sogleich unter I.

1522 *Abbott et al.* betrachten beispielsweise, bis zu welchem Ausmaß Normsetzer die Umsetzung eines Instruments einer dritten Partei anvertrauen und sich einem Streitbeilegungsmechanismus unterwerfen (*Abbott* u. a., *International Organization* 54 (2000), 401 (415 ff.)).

Shany listet in einem anderen Zusammenhang ähnliche Indikatoren auf. Messe man, ob ein Gericht seine Ziele erreiche, könne ergänzend auf strukturelle Indikatoren zurückgegriffen werden, um eine allfällige Diskrepanz zwischen Ergebnissen und Zielen zu erklären (*Shany*, *AJIL* 106 (2012), 225 (251)). Als solche strukturellen Indikatoren nennt *Shany* die rechtlichen Befugnisse des Gerichts, seine finanziellen und personellen Ressourcen, die Unabhängigkeit des Gerichts, sein Potenzial, angerufen zu werden, seine Reputation und seine Beziehungen zu anderen Institutionen (*Shany*, *AJIL* 106 (2012), 225 (251 f.)).

alfälle? Möglichkeit der Popularbeschwerde?),¹⁵²³ die autonome Gestaltung des Verfahrens durch den Mechanismus zu Lasten der Parteiherrschaft über das Verfahren¹⁵²⁴ (wie die Befugnis zur selbstständigen Sachverhaltsaufklärung),¹⁵²⁵ die Unabhängigkeit des Mechanismus,¹⁵²⁶ seine verfahrensergebnisbezogenen Durchsetzungsbefugnisse¹⁵²⁷ (wie die Bindungswirkung seiner Entscheidungen)¹⁵²⁸ und die Regelbasiertheit seiner Entscheidungsfindung (Werden Normen ausgelegt und angewandt oder transaktionale Lösungen angestrebt?)¹⁵²⁹ Beachtung finden. Erweitert man die Aufzählung dieser Erhärtungsindikatoren um die nachfolgend zu besprechenden konstitutiven Kriterien verschiedener Arten von Nachhilfemechanismen, ergibt sich die folgende Liste von Erhärtungsindikatoren:

- Zugänglichkeit eines Mechanismus (Kriterien: Zuständigkeit (umfassend oder eng), Zulässigkeitsvoraussetzungen (insbesondere Notwendigkeit einer Beschwerde))
- Autonome Gestaltung des Verfahrens durch den Mechanismus zu Lasten der Herrschaft der Parteien über das Verfahren (Kriterien: unabhängige Sachverhaltsermittlung durch Spruchkörper, Transparenzregelungen, Geltung der Dispositionsmaxime, Teilnahmepflicht, Anwendung vorgefertigter Verfahrensregelungen, Wahl der Mitglieder des Spruchkörpers)
- Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Expertise des Mechanismus
- Verfahrensergebnisbezogene Durchsetzungsbefugnisse (Kriterien: Bindungswirkung, feststellender Charakter und Abhilfecharakter der Entscheidung)

1523 Abbott u. a., *International Organization* 54 (2000), 401 (416); *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (690); *Shany*, *AJIL* 106 (2012), 225 (251 f.) (unter anderem abstellend auf das Benutzungspotenzial (*usage potential*) eines Mechanismus).

1524 *Pellet*, *Peaceful Settlement of International Disputes*, MPEPIL (2013), Rn. 32; *Merrills/Brabandere*, *Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 24.

1525 *Shany*, *AJIL* 106 (2012), 225 (251).

1526 *Shany*, *AJIL* 106 (2012), 225 (252).

1527 *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (689); *Shany*, *AJIL* 106 (2012), 225 (251).

1528 Abbott u. a., *International Organization* 54 (2000), 401 (415 f.); *Shany*, *AJIL* 106 (2012), 225 (251); *Pellet*, *Peaceful Settlement of International Disputes*, MPEPIL (2013), Rn. 32; *Merrills/Brabandere*, *Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 24.

1529 Abbott u. a., *International Organization* 54 (2000), 401 (416 f.); *Merrills/Brabandere*, *Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 24; vgl. *Pellet*, *Peaceful Settlement of International Disputes*, MPEPIL (2013), Rn. 32.

- die Regelbasiertheit der Entscheidungsfindung des Mechanismus (Kriterium: Möglichkeit transaktionaler Lösungen oder Auslegung und Anwendung von Normen).

Selbstverständlich könnte man diese Liste fortsetzen und die genannten Erhärtungsindikatoren unterschiedlich sortieren und strukturieren.

Solche Indikatoren bieten ein wertvolles Analyseraster. Sie erlauben es erstens, Erhärtungserscheinungen jenseits feststehender Kombinationen von Kriterien (und damit über den Vergleich mit den oben aufgeführten Nachverfolgungsmechanismen hinaus) zu beobachten. In diesem Sinne erlauben die Indikatoren Querschnittsbetrachtungen und weisen auf Nuancen innerhalb einer Art von Nachverfolgungsmechanismus hin, ohne dass es auf den konstitutiven Charakter eines Kriteriums ankäme. Schlichtungs-, gerichtsähnliche und Gerichtsverfahren können beispielsweise eher (weicheren) Beschwerdeverfahren oder (härteren) Hinweisgeberverfahren ähneln: Wo bei einem Beschwerdeverfahren der Zugang zum Verfahren zwar an eine individuelle Beschwer gebunden (Indikator der Zugänglichkeit), aber dafür regelmäßig mit einer Dispositionsbefugnis über das Verfahren verbunden ist (Indikator der autonomen Gestaltung des Verfahrens durch den Mechanismus), ist es bei einem Hinweisgeberverfahren umgekehrt (III.). Betrachtet man die möglichen Verfahrensausgänge und damit die Durchsetzungsbefugnisse eines Forums, kann man Abhilfeverfahren von weicheren Nachverfolgungsmechanismen unterscheiden, die eher zukunftsbezogene Lösungen oder eine abstrakt-generelle Diskussion über in einem Einzelfall aufgeworfene Probleme anstreben (IV.). Außerdem können ganz allgemein zugänglichere (also härtere) mit weniger zugänglichen (also weicheren) Nachverfolgungsmechanismen kontrastiert werden (V.). Zweitens erlauben diese Indikatoren, in einer aggregierten Betrachtung allgemein härtere und weichere Nachverfolgungsmechanismen voneinander abzuschichten (VI.).

I. Gerichtsähnliches Verfahren

NKSen¹⁵³⁰ und der Großteil der Literaturstimmen¹⁵³¹ sind sich einig, dass es sich bei spA-Verfahren weder um ein gerichtliches (*judicial* bzw. *adjudicative*) noch um ein gerichtsähnliches (*quasi-judicial*) Verfahren, sondern um ein außergerichtliches (*non-judicial*) Verfahren handelt. Auch die Regelungen der Umsetzungsverfahren lassen hieran wenig Zweifel (Art. I-C-Chapeau S.1 Verfahrensregelungen 2023: „*serving as a non-judicial grievance mechanism*“).¹⁵³² Betont wird in diesem Zusammenhang unter anderem der vermittlungsbasierte Ansatz der NKSen, der primär auf eine Zusammenführung der Parteien und nur sekundär und in Abhängigkeit der Mandatsauffassung einer NKS auf eine Feststellung der Leitsatzkonformität des Verhaltens des Beschwerdegegners zielt.¹⁵³³ Auch die unverbindliche Natur der Leitsätze und der Aussprüche der NKSen wird in den Vorder-

1530 OECD, Annual Report 2005 (2005), S. 32 f.; OECD, Annual Report 2014 (2014), S. 49 f.; Französische NKS, Règlement intérieur (2025), Rn. 30: „*Lexamen d’une circonstance spécifique par le PCN [...] ne peut en rien être assimilé à une procédure judiciaire dans la mesure où les Principes directeurs [...] consistent seulement en recommandations et non en principes juridiquement contraignants.*“; OECD:AU-NCP:2019:AU-13-FS, Rn. 49: „*In relation to the notifier’s request for payment of an amount of compensation, the AusNCP notes that as a non-judicial mechanism, its role does not ordinarily extend to making specific recommendations about financial compensation.*“; OECD:BE-NCP:2020:BE-22-IA, S. 6; OECD:BR-NCP:2020:BR-23-FS, S. 32: „*Although this body [= NKS] has the task of promoting the effectiveness of the OECD Guidelines, it must be understood that its competences do not reach a judicial function.*“; OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 44; OECD:IE-NCP:2023:IE-8-FS, Rn. 35: „*The Ireland NCP recommends that parties should note the non-judicial nature of the NCP mechanism and approach the process in a non-adversarial, constructive and future-oriented manner.*“

1531 Clapham, Human Rights Obligations of Non-State Actors (2006), S. 207; Davarnjad, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (364, 383); Krajewski, in: Giegerich (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise (2011), 35 (58); Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 259 ff., 268 ff.; Kaufmann, in: Mulder u. a. (Hrsg.), Liber Amicorum Nieuwenkamp (2018), 29 (30); Buhmann, in: Enneking u. a. (Hrsg.), Accountability, International Business Operations, and the Law (2019), 38 (46, 53); Khoury/Whyte, Journal of Human Rights 18 (2019), 363 (365); Svoboda, European YbIEL II (2020), 31 (33).

1532 Siehe auch: UmVerf-Ko 2023, Rn. 25, 37.

1533 Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 259 ff., 268 ff.; Khoury/Whyte, Journal of Human Rights 18 (2019), 363 (365); vgl. OECD:IE-NCP:2023:IE-8-FS, Rn. 35.

grund gerückt.¹⁵³⁴ Allerdings finden sich auch gegenteilige Äußerungen, die spA-Verfahren entweder im Allgemeinen oder zumindest einzelnen Verfahren einen gerichtsähnlichen Charakter zubilligen.¹⁵³⁵ Hervorgehoben wird insofern, dass NKSen Feststellungen im Rahmen eines elaborierten Regelwerks und eines juristischen Diskurses treffen.¹⁵³⁶

Meines Erachtens ist das Schlagwort des gerichtsähnlichen Verfahrens wenig hilfreich. Die Einstufung eines Verfahrens als gerichtsähnlich verfolgt rein typologische Zwecke, will also verschiedene Verfahrensarten lediglich gruppieren und voneinander abgrenzen.¹⁵³⁷ Es gibt keine universell anerkannte Definition eines gerichtsähnlichen Spruchkörpers; viele Definitionsversuche setzen primär auf eine Gegenüberstellung gerichtsähnlicher und gerichtlicher Verfahren.¹⁵³⁸ Bei gerichtsähnlichen Verfahren handelt es sich vielmehr um eine breit gefächerte Kategorie von Verfahren, die sich durch das Fehlen einer oder mehrerer Eigenschaften auszeichnen, die aus Sicht des jeweiligen Autors für eine Einstufung als gerichtliches Verfahren notwendig wären.¹⁵³⁹

Als solchermaßen relevante Eigenschaften werden in negativen Beschreibungen die fehlende Bindungswirkung des Verfahrensausgangs¹⁵⁴⁰ wie auch die fehlende Besetzung mit unabhängigen Experten (Richtern, keinen Vertretern der Parteien) genannt.¹⁵⁴¹ Die seltenen positiven Beschreibungen gerichtsähnlicher Verfahren betonen die Sachverhaltsermittlung durch einen

1534 *Davarnejad*, *Journal of Dispute Resolution* 2011, 351 (364, 383); vgl. *Protopsaltis*, *FORUM du droit international* 7 (2005), 251 (256 f., 260): *Protopsaltis* betont allerdings die moralische Bedeutung (Reputationsschaden) der Aussprüche der NKSen und geht deshalb davon aus, dass NKSen eine gerichtsähnliche Funktion einnehmen.

1535 *Salzman*, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), 189 (196); *Backer*, *Melb JIL* 10 (2009), 258 (287, 305 f.); *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (691, 693 f.); vgl. *Maheandiran*, *Harvard Negotiation Law Review* 20 (2015), 205 (224 f.).

1536 *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (693); vgl. *Maheandiran*, *Harvard Negotiation Law Review* 20 (2015), 205 (225).

1537 *Fromageau*, *Quasi-Judicial Body*, *MPEiPro* (2020), Rn. 1 ff., 30.

1538 *Fromageau*, *Quasi-Judicial Body*, *MPEiPro* (2020), Rn. 4, 17 ff.

1539 *Fromageau*, *Quasi-Judicial Body*, *MPEiPro* (2020), Rn. 18 ff.

1540 Vgl. *Romano*, *JIDS* 2 (2011), 241 (253 ff.): *Romano* spricht allerdings von „Non-Adjudicative Means“ als Untergruppe von „International Rule of Law Bodies and Procedures“; vgl. *Berkes*, *Friendly Settlement: Human Rights Bodies*, *MPEiPro* (2020), Rn. 3; vgl. *Fromageau*, *Quasi-Judicial Body*, *MPEiPro* (2020), Rn. 16; aA wohl: *Orakhelashvili*, *IOLR* 2 (2005), 57 (85 f.).

1541 Vgl. *Romano*, *JIDS* 2 (2011), 241 (253 ff.).

Spruchkörper, den feststellenden (*determinative*) Charakter seiner Ansprüche, der auf Anwendung und Auslegung rechtlicher Normen beruht, die Anwendbarkeit vorgefertigter Verfahrensregelungen sowie (teilweise, siehe noch unten) die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Spruchkörpers.¹⁵⁴² Gerichte werden (in sehr ähnlicher Weise) auch als mit unabhängigen Experten besetzte Spruchkörper beschrieben, die im Zuge eines auf vorgefertigten Verfahrensregelungen beruhenden Verfahrens im Anschluss an die Ermittlung eines Sachverhalts rechtlich bindende Entscheidungen (fast) ausschließlich auf Grundlage der Anwendung und Auslegung von Rechtsnormen treffen.¹⁵⁴³ Ist ein solcher Spruchkörper nicht dauerhaft, also in seiner Existenz unabhängig von den Parteien eines Disputs, handelt es sich um ein Schiedsgericht.¹⁵⁴⁴

Schon der Umstand, dass die *fehlende* Unabhängigkeit des Spruchkörpers mal als konstitutives Merkmal gerichtsähnlicher Verfahren und mal als Unterschied genannt wird, der ein gerichtliches in ein gerichtsähnliches Verfahren umschlagen lässt, verdeutlicht, dass es hier nur um typologische und spektrale Beschreibungen geht. Die Einstufung als gerichtliches oder gerichtsähnliches Verfahren ist letztlich davon abhängig, in welcher Zahl man auf die Erfüllung dieser Kriterien zu verzichten bereit ist. Ist man zu größeren Abstrichen bereit, liegt die Einstufung eines Verfahrens als

1542 Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 33 (2009), Rn. 11: „*While the function of the Human Rights Committee in considering individual communications is not, as such, that of a judicial body, the Views issued by the Committee under the Optional Protocol exhibit some of the principal characteristics of a judicial decision. They are arrived at in a judicial spirit, including the impartiality and independence of Committee members, the considered interpretation of the language of the Covenant, and the determinative character of the decisions.*“; Orakhelashvili, IOLR 2 (2005), 57 (84 f.); vgl. Romano, JIDS 2 (2011), 241 (251 ff.).

1543 Vgl. Romano, JIDS 2 (2011), 241 (261 f.): Romano nennt weitere Kriterien, die ich hier nicht oder angepasst wiedergebe, weil sie nur auf internationale Gerichte im klassischen völkerrechtlichen Sinne zutreffen (etwa: eine der Verfahrensparteien müsse ein Staat oder eine internationale Organisation sein). Ähnlich: Pellet, Judicial Settlement of International Disputes, MPEPIL (2013), Rn. 25. Pellet nennt zusätzlich die kontradiktorische Natur als Merkmal eines internationalen Gerichtsverfahrens, zählt aber offenbar auch inquisitorische Verfahren zu Gerichtsverfahren (vgl. aaO, Rn. 33). Es dürfte deshalb darauf ankommen, dass es sich nicht um konsensuale, einvernehmliche Verfahren handelt. Siehe auch: Krajewski, Guiding Principle 27, UNGP Commentary (2023), Rn. 27.06 f.: Unabhängigkeit, Entscheidungen basieren ausschließlich auf dem Recht, Fähigkeit zur Tatsachenermittlung, rechtsverbindliche und durchsetzbare Entscheidungen.

1544 Romano, JIDS 2 (2011), 241 (262); Pellet, Judicial Settlement of International Disputes, MPEPIL (2013), Rn. 6, 54.

gerichtliches Verfahren näher; beharrt man auf dem Vorliegen möglichst vieler Kriterien, wird man ein Verfahren eher als ein gerichtsähnliches Verfahren einstufen müssen oder sogar die Einstufung als gerichtsähnliches Verfahren verneinen müssen. Entscheidend für die vorliegenden Zwecke ist, dass diese sechs Kriterien den eingangs erwähnten fünf Indikatoren zugeordnet werden können (vgl. A.) und sich deshalb zur Beobachtung von Erhärtungserscheinungen eignen. Die Frage der (i) Entscheidungsfindung auf Basis der Auslegung und Anwendung von Normen betrifft die Regelbarkeit der Entscheidungsfindung; die (ii) Besetzung mit unabhängigen und unparteilichen Experten gehört zum Indikator der Unabhängigkeit; die (iii) Anwendung vorgefertigter Verfahrensregelungen wie auch die (iv) Sachverhaltsermittlung sind dem Indikator der autonomen Gestaltung des Verfahrens durch den Mechanismus zuzuordnen; der (v) feststellende und der (vi) verbindliche Charakter der Entscheidungen betreffen den Indikator der Durchsetzungsbefugnisse des Mechanismus. Lediglich dem Erhärtungsindikator der Zugänglichkeit kann kein Kriterium zugeordnet werden. Im Einzelnen ergibt sich folgendes Bild:

Mit kleineren Einschränkungen zu bejahen ist die Eigenschaft als Verfahren, das auf der **Auslegung und Anwendung von Normen** (*in casu* den Leitsätzen) beruht.¹⁵⁴⁵ Ein spA-Verfahren zielt darauf ab, die Verfahrensparteien bei der Lösung ihres Streits nach Maßgabe der Leitsätze zu unterstützen (Art. I-C-*Chapeau* S. 4 und 6 Verfahrensregelungen 2023). NKSen haben überdies das Effektivitätskriterium der Leitsätze-Kompatibilität zu beachten (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7 Verfahrensregelungen 2023). Allerdings weisen spA-Verfahren zwingend eine Vermittlungsphase auf. In diesem Sinne eröffnen die vagen Bestimmungen der Leitsätze den Verfahrensparteien die Möglichkeit, bei der Beilegung ihres Streits außerrechtliche und interessengeleitete Erwägungen zu berücksichtigen. Außerdem besteht kein Zwang für eine NKS, elaborierte rechtliche Erwägungen anzustellen. NKSen haben genügend Spielraum für Untätigkeit oder rein deskriptive Abschlusserklärungen; insbesondere stehen Empfehlungen und Feststellungen in ihrem Ermessen (vgl. Art. I-C-4 lit. b) und c) Verfahrensregelungen 2023). Auf diese Fragen ist erneut im Rahmen des Vergleichs der spA-Verfahren mit Schlichtungsverfahren zurückzukommen (II.).

Nur eingeschränkt zu bejahen ist die Charakterisierung der NKSen als ein mit **unabhängigen und unparteilichen Experten** besetzter Spruchkörper. Staaten sind zwar verpflichtet, ihre NKSen mit Zugang zu Fachwissen

1545 Siehe für den Rest dieses Absatzes Kapitel 6 C.

auszustatten (Art. I-A-1 Verfahrensregelungen 2023).¹⁵⁴⁶ Auch sind NKSen zur Unparteilichkeit verpflichtet (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 5 Var. 1 Verfahrensregelungen 2023) und gehalten, den Parteien ihre Expertise zur Verfügung zu stellen (Art. I-C-*Chapeau* S. 4 Verfahrensregelungen 2023).¹⁵⁴⁷ Daraus folgt jedoch nicht, dass NKSen tatsächlich entsprechend besetzt sind. Selbst bei den wenigen NKSen, die einem Expertenmodell folgen, ist nicht garantiert, dass die Experten in persönlicher Eigenschaft und nicht als Vertreter der sie nominierenden Verbände entscheiden.¹⁵⁴⁸ Bei dem circa einem Dutzend¹⁵⁴⁹ der mehrgliedrig (also unter Einbeziehung von Vertretern aus Staat, Wirtschaft, Gewerkschaften und/oder Nichtregierungsorganisationen, vgl. Art. I-A-2 Verfahrensregelungen 2023) verfassten NKSen ist es die Regel, dass die NKS-Mitglieder die Interessen des sie ernennenden Verbandes vertreten.¹⁵⁵⁰ Zweifel an der Unparteilichkeit der NKSen, insbesondere in Form der Bevorzugung der Beschwerdegegner gegenüber den Beschwerdeführern, werden regelmäßig geäußert.¹⁵⁵¹ Die Sorgen rühren daher, dass NKSen (wie alle staatlichen außergerichtlichen Beschwerdemechanismen) im Einflussbereich der Exekutive liegen und nicht von der Unabhängigkeit der Justiz profitieren.¹⁵⁵²

In Abhängigkeit des von einer NKS verfolgten Verfahrensmodells ist die **Sachverhaltsermittlung** zu bejahen oder zu verneinen. Es besteht keine Garantie, dass der einer Beschwerde zugrundeliegende Sachverhalt ermittelt wird. NKSen sind nicht zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung verpflichtet, aber dazu befugt. Nur NKSen mit einer zweiphasigen vertieften Prüfung, die eine spezifische Empfehlung abgeben oder eine Feststellung zur Leitsatzkonformität des Verhaltens des Beschwerdegegners treffen wol-

1546 UmVerf-Ko 2023, Rn. 11.

1547 UmVerf-Ko 2023, Rn. 25.

1548 OECD, Structures and Activities Guide (2019), S. 10; OECD, Annual Report 2022 (2023), S. 32. Die Experten der niederländischen NKS entscheiden allerdings in persönlicher Eigenschaft (*Niederländische NKS*, NCP Establishment Order (2014), Art. 3 Abs. 5; OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 13).

1549 OECD, Annual Report 2022 (2023), S. 31 f.: Dreizehn mehrgliedrige NKSen, wovon die meisten viergliedrig verfasst waren.

1550 OECD, Structures and Activities Guide (2019), S. 12 (mit Hinweis auf die Ausnahme der finnischen NKS).

1551 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.); OECD, Stocktaking Report (2022), S. 76, 81.

1552 VN Dok. A/HRC/38/20/Add.1, S. 12 (zu staatlichen, außergerichtlichen Mechanismen allgemein).

len, müssen den Sachverhalt vertieft ermitteln (zu allem näher: Kapitel 6 C. II. 1.).

Ebenfalls in Abhängigkeit des von einer NKS verfolgten Verfahrensmodells ist der **feststellende Charakter** der Aussprüche der NKSen zu beurteilen. Er hängt davon ab, ob das spA-Verfahren der NKS ausschließlich prospektiv oder auch retrospektiv ist und ob die NKS von ihrer Möglichkeit zu Feststellungen und Empfehlungen Gebrauch macht. Ein feststellender Charakter liegt eindeutig vor, wenn eine NKS eine Feststellung gem. Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023 trifft. Demgegenüber fehlt bei einer prospektiven Empfehlung (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023) ein feststellender Charakter.¹⁵⁵³

Zu verneinen ist die **Rechtsverbindlichkeit der Aussprüche der NKS**: Die Verfahrensausgänge eines spA-Verfahrens, die einseitig von einer NKS ausgesprochen werden können (Empfehlungen und Feststellungen), sind nicht rechtsverbindlich. Eine (nach innerstaatlichem Recht zu beurteilende) Ausnahme bilden allenfalls Entscheidungen über die Annahme einer Beschwerde zur vertieften Prüfung.¹⁵⁵⁴

Selbst wenn demgemäß größere oder kleinere Überschneidungen mit einem gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Verfahren bestehen, darf nicht übersehen werden, dass spA-Verfahren und gerichtliche Verfahren „wesensverschieden“¹⁵⁵⁵ sind. Ein spA-Verfahren verlangt weder eine Beweisführung noch eine anwaltliche Vertretung,¹⁵⁵⁶ verfügt über sehr flexible prozessuale Regelungen und baut im Kern auf eine Vermittlung zwischen den Parteien,¹⁵⁵⁷ weshalb die Weigerung einer Partei das Verfahren zwar nicht verhindern aber doch sinnentstellend erschweren¹⁵⁵⁸ kann.¹⁵⁵⁹ Es ist auch erlaubt, dass sich eine NKS bilateral und informell mit einer Partei unter Ausschluss der anderen austauscht.¹⁵⁶⁰ Damit möchte ich nicht behaupten, dass derartige Merkmale konstitutiv für Gerichtsverfahren oder

1553 Dazu näher: Kapitel 6 C. II. 2., Kapitel 6 C. III.

1554 Dazu näher: Kapitel 10 C. I.

1555 Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 267.

1556 Dazu näher: Kapitel 6 B. I. 4., Kapitel 6 B. II. 2., Kapitel 6 C. II. 1.

1557 Dazu näher: Kapitel 6 C.

1558 Dazu näher noch im Zusammenhang mit Schlichtungsverfahren (II.) und Kapitel 13 B. VI.; vgl. Khoury/Whyte, Journal of Human Rights 18 (2019), 363 (371 f.).

1559 Zu allem: Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 266 ff.

1560 Siehe beispielsweise: *Australische NKS*, Complaint Procedures (2024), Rn. 41; *Deutsche NKS*, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 55; OECD:CA-NCP:2017:CA-14-FS, Rn. 16; OECD:FR-NCP:2020:FR-26-FS, S. 5 f.; OECD:CL-NCP:2021:CL-15-

gerichtsähnliche Verfahren sind; ich möchte aber den Blick darauf lenken, dass sich das Gepräge eines spA-Verfahrens deutlich von demjenigen eines *typischen* Gerichtsverfahrens unterscheidet. Ein spA-Verfahren ist kein legalistisches (*legalistic*) oder verrechtlichtes (*juridified*) Verfahren, das strengen formaljuristischen Zwängen unterliegt.¹⁵⁶¹ Es ist vielmehr ein pragmatisches, lösungsorientiertes und flexibles Verfahren.¹⁵⁶² Die Regelungen der Umsetzungsverfahren bieten genügend Freiraum für pragmatische Lösungen. Auch wenn ein spA-Verfahren also nominal zwar auf der **Anwendung vorgefertigter und elaborierter Verfahrensregelungen** beruht (nämlich den Regelungen der Umsetzungsverfahren), sollte dieses Kriterium verneint werden, weil diese Regelungen nicht die Qualität haben, die man von Verfahrensregeln eines Gerichts erwartet. Dem steht nicht entgegen, dass ein spA-Verfahren auch verrechtlichte Verfahrensetappen und -phasen kennt: So dürfte die optionale formale Untersuchung im Rahmen der vertieften Prüfung der verrechtlichte Aspekt eines spA-Verfahrens sein.¹⁵⁶³ Auch die erste Evaluierung folgt strengen Kriterien. Die pragmatische und lösungsorientierte Natur des spA-Verfahrens ist aber nicht lediglich eine deskriptive Beobachtung. Sie hat verfahrensrechtliche Konsequenzen, weil sie den Verhaltensstandard der Redlichkeit¹⁵⁶⁴ formt. So warf die niederländische NKS in einem Verfahren einem Beschwerdegegner treuwidriges Verhalten vor, weil er überflüssige Hürden für das Verfahren aufgestellt hatte, indem er auf bestimmten Vorbedingungen für das Vermittlungsverfahren bestanden und bestimmte prozessuale Rechte (Befangenheitsantrag gegen NKS-Mitglied, Mandatierung von Anwälten, Durchsetzung externer statt NKS-geleiteter Mediation) ausgeübt hatte, ohne sich an der Beseitigung dieser Hürden zu beteiligen.¹⁵⁶⁵

Im Ergebnis ist Folgendes festzuhalten: Von den erwähnten sechs Kriterien erfüllen spA-Verfahren zwei nicht, zwei nur mit (kleineren) Einschränkungen und bei zweien hängt es vom Mandatsverständnis einer NKS ab.

IA, S. 18 f. (engl. Fassung); OECD:DE-NCP:2023:DE-35-FS, Rn. 9; *Mestad*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 165 (171).

1561 *OECD*, Annual Report 2012 (2012), S. 54; *Niederländische NKS*, Specific Instance Procedure (2024), S. 7; *Nieuwenkamp*, OECD Observer vom 25. Januar 2018, 1 (2) — „Beer, conflict and compensation: Heineken-Congo agreement“.

1562 *OECD*, Annual Report 2012 (2012), S. 54; *Nieuwenkamp*, OECD Observer vom 25. Januar 2018, 1 (2) — „Beer, conflict and compensation: Heineken-Congo agreement“.

1563 Vgl. *Davarnejad*, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (383); vgl. *Maheandiran*, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (225).

1564 Festgehalten in UmVerf-Ko 2023, Rn. 26 ff.

1565 OECD:NL-NCP:2024:NL-37-FS, S. 12 ff.

Entscheidend fällt ins Gewicht, dass es sich um pragmatische und nicht verrechtlichte Verfahren handelt. Angesichts dessen wird man spA-Verfahren nicht als gerichtsähnliche Verfahren einstufen können; das gilt auch für spA-Verfahren vor NKSen, deren Mandatsverständnis die Bejahung zweier weiterer Kriterien (unabhängige Sachverhaltsermittlung, feststellender Charakter der Aussprüche) erlaubt.

II. Schlichtungsverfahren

Ebenso wie das spA-Verfahren ist ein Schlichtungsverfahren ein aus mehreren Elementen zusammengesetztes, „eklektisches“ Streitbeilegungsverfahren, das mediative und juristische Elemente miteinander verbindet.¹⁵⁶⁶ Wegen dieser hybriden Natur liegt der Vergleich eines spA-Verfahrens mit einem Schlichtungsverfahren deutlich näher als der Vergleich mit einem gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Verfahren.¹⁵⁶⁷ Die Schlichtung ist in Art. I-C-3 lit. d) Verfahrensregelungen 2023 zudem als eine der Verfahrensarten der ersten Phase der vertieften Prüfung vorgesehen.

Ein Schlichtungsverfahren¹⁵⁶⁸ (*conciliation*, andere Übersetzungen: Vergleichsverfahren¹⁵⁶⁹ oder Ausgleichsverfahren¹⁵⁷⁰) vereint in erster Linie die Aufgaben eines Vermittlungs- (*mediation*) mit denjenigen eines Untersuchungsverfahrens (*enquiry*).¹⁵⁷¹ Eine Schlichtungskommission wird den Streit zwischen den Parteien umfassend untersuchen und dabei die Sach- und Rechtslage wie auch insbesondere nicht-rechtliche Erwägungen

1566 Vgl. *Merrills/Brabandere*, *Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 104. Die Bezeichnung als „eklektisch“ geht offenbar auf *Merrills/Brabandere* aaO zurück (und wird von *Le Moli/Viñuales*, in: Tomuschat/Kohen (Hrsg.), *Flexibility in International Dispute Settlement* (2020), 156 (157) aufgegriffen).

1567 In der Literatur wird das spA-Verfahren beispielsweise von *Ulbrich*, *ZIAs* 18 (2004), 366 (367, 375 ff.) als Schlichtungsverfahren bezeichnet.

1568 So die Übersetzung bei: *Friedrich*, *SchiedsVZ* 2004, 297 (297 f.).

1569 Vgl. die Begriffsverwendung der authentischen deutschen Fassung: Übereinkommen über Vergleichs- und Schiedsverfahren innerhalb der KSZE (*Stockholm Übereinkommen*), Unterzeichnung: 15. Dezember 1992, Inkrafttreten: 5. Dezember 1994. UNTS 1842, 121.

1570 *Arnould*, *Völkerrecht* (2022), Rn. 446: Die Bezeichnung „Ausgleichsverfahren“ sei vorzuzugender.

1571 *PCA*, *Report and Recommendations* (9. Mai 2018), UNRIIA XXXIV, 245 (Rn. 52) — „Timor Sea“ (Timor-Leste ./ Australia); *Palmisano*, in: Tomuschat u. a. (Hrsg.), *Conciliation in International Law* (2017), 26 (26); vgl. *Institut de Droit International*, *Annuaire* 49–II (1961), 374 (375 f.).

einbeziehen.¹⁵⁷² Während manche Schlichtungsverfahren ihren Schwerpunkt darauf legen, die Parteien schon während des Verfahrens zu einer Einigung zu bringen, setzen andere darauf, dass erst ihr das Verfahren beschließender Bericht mitsamt Empfehlungen und Schlussfolgerungen die Parteien näher zusammenführt.¹⁵⁷³ Allen Schlichtungsverfahren gemein ist die Aufgabe der Sachverhaltsermittlung, die indes nur dienende Funktion für die Beilegung des Streits hat; was die Annäherung der Parteien nicht fördert, braucht nicht ermittelt zu werden.¹⁵⁷⁴ Vermittlungsverfahren (*mediation*) sind gegenüber Schlichtungsverfahren informeller.¹⁵⁷⁵ Da Schlichtungsverfahren zumindest im allgemeinen Völkerrecht sehr selten initiiert werden,¹⁵⁷⁶ handelt es sich um ein unbekanntes Streitbeilegungsverfahren. Häufigere Anwendung finden dagegen Verfahren der gütlichen Einigung vor Menschenrechtsvertragsorganen bzw. -gerichten (etwa: Art. 7 IPwskR-FP,¹⁵⁷⁷ Art. 48 Abs. 1 lit. f) AMRK,¹⁵⁷⁸ Art. 39 EMRK, Menschenrechtsausschuss¹⁵⁷⁹). Sie sind nahe Verwandte der Schlichtungsverfahren.¹⁵⁸⁰

Insbesondere im Zusammenhang mit dem Erhärtsindikator der **autonomen Gestaltung des Verfahrens durch den Mechanismus** zu Lasten der Verfahrensherrschaft der Parteien zeigen sich viele Gemeinsamkeiten

-
- 1572 Reif, Fordham Intl LJ 14 (1990), 578 (583); *Le Moli/Viñuales*, in: Tomuschat/Kohen (Hrsg.), *Flexibility in International Dispute Settlement* (2020), 156 (172); vgl. UNCITRAL, UNCITRAL Conciliation Rules (1980), Art. 7 Abs. 2; vgl. PCA, Optional Conciliation Rules (1996), Art. 7 Abs. 2.
 - 1573 PCA, Report and Recommendations (9. Mai 2018), UNRIIA XXXIV, 245 (Rn. 63) — „Timor Sea“ (Timor-Leste ./ Australia); *Merrills/Brabandere*, *Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 114.
 - 1574 *Merrills/Brabandere*, *Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 113.
 - 1575 Reif, Fordham Intl LJ 14 (1990), 578 (584); Cot, Conciliation, MPEPIL (2006), Rn. 26.
 - 1576 Reif, Fordham Intl LJ 14 (1990), 578 (637); *Le Moli/Viñuales*, in: Tomuschat/Kohen (Hrsg.), *Flexibility in International Dispute Settlement* (2020), 156 (161); *Merrills/Brabandere*, *Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 127; *Waibel*, Article 28, Schreuer's ICSID Commentary (2022), Rn. 10.
 - 1577 „Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“ (*Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, IPwskR-FP*), Unterzeichnung: 10. Dezember 2008, Inkrafttreten: 5. Mai 2013. UNTS 2922, 29.
 - 1578 „American Convention on Human Rights“ (*Amerikanische Menschenrechtskonvention, AMRK*), Unterzeichnung: 22. November 1969, Inkrafttreten: 18. Juli 1978. UNTS 1144, 123.
 - 1579 Auch im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens vor dem Menschenrechtsausschuss sind gütliche Einigungen möglich (vgl. *Menschenrechtsausschuss*, Decision (8. November 2017), Az. 2634/2015 — A.A.A. ./ The Netherlands).
 - 1580 *Berkes*, Friendly Settlement: Human Rights Bodies, MPEiPro (2020), Rn. 2.

zwischen Schlichtungs- und spA-Verfahren. Neben der Tatsache, dass sowohl Schlichtungsverfahren als auch spA-Verfahren eine Untersuchung des Sachverhalts vornehmen, die allerdings nur dienenden Charakter hat,¹⁵⁸¹ bestehen weitere Ähnlichkeiten. Schlichtungsverfahren beruhen auf dem Willen beider Parteien, redlich auf eine Lösung hinzuarbeiten.¹⁵⁸² Auch spA-Verfahren hängen von der redlichen Beteiligung beider Parteien ab.¹⁵⁸³ Eine Partei kann ein spA-Verfahren durch ihre Verweigerung indes höchstens erschweren, aber weder die Durchführung des Verfahrens noch die Veröffentlichung einer Abschlusserklärung verhindern (Art. I-C-4 lit. c) Verfahrensregelungen 2023).¹⁵⁸⁴ SpA-Verfahren sind meines Erachtens deshalb vor allem mit *obligatorischen* Schlichtungsverfahren (*compulsory conciliation*) vergleichbar. Solche obligatorischen Schlichtungsverfahren finden sich in mehreren Abkommen (Art. 12 Anhang V SRÜ¹⁵⁸⁵; Art. 34 Abs. 2 ICSID-Ü¹⁵⁸⁶; Art. 2 Anhang WVRK¹⁵⁸⁷; Art. 22 Abs. 2 Stockholm Übereinkommen¹⁵⁸⁸). Ein obligatorisches Schlichtungsverfahren ist ein Verfahren, bei dem die Parteien zur Teilnahme verpflichtet sind, dessen Ergebnisse¹⁵⁸⁹ aber unverbindlich sind.¹⁵⁹⁰ Eine weitere Ähnlichkeit besteht in der Vertraulichkeit (Indikator der autonomen Gestaltung des Verfahrens),

1581 Vgl. zu spA-Verfahren: Kapitel 6 C. II. 1.

1582 Reif, Fordham Intl LJ 14 (1990), 578 (586 f.); Cot, Conciliation, MPEPIL (2006), Rn. 14; Waibel, Article 28, Schreuer's ICSID Commentary (2022), Rn. 3; vgl. UNCITRAL, UNCITRAL Conciliation Rules (1980), Art. 11; vgl. PCA, Optional Conciliation Rules (1996), Art. 11; vgl. VN, UN Model Rules for Conciliation of Disputes between States (1996), Art. 12, 21 Abs. 1; vgl. Art. 34 Abs. 1 ICSID-Ü („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).

1583 UmVerf-Ko 2023, Rn. 26 ff.

1584 Vgl. OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 61.

1585 „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.

1586 Für eine Fundstelle siehe bereits Fußnote 1582.

1587 „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.

1588 Für eine Fundstelle siehe: Fußnote 1569.

1589 Die Entscheidung über die Zuständigkeit (*competence*) der Schlichtungskommission ist bei obligatorischen Schlichtungsverfahren jedoch bindend (PCA, Report and Recommendations (9. Mai 2018), UNRIIA XXXIV, 245 (Rn. 66) — „Timor Sea“ (Timor-Leste ./ Australia); Le Moli/Viñuales, in: Tomuschat/Kohen (Hrsg.), Flexibility in International Dispute Settlement (2020), 156 (173)).

der sowohl Schlichtungsverfahren¹⁵⁹¹ als auch spA-Verfahren (Art. I-C-6 f. Verfahrensregelungen 2023)¹⁵⁹² grundsätzlich unterliegen. Sie fördert die Bereitschaft der Parteien, in einen offenen Austausch mit der Schlichtungskommission zu treten.¹⁵⁹³ Darüber hinaus lassen es sowohl Schlichtungsverfahren¹⁵⁹⁴ wie auch spA-Verfahren¹⁵⁹⁵ zu, dass sich der Spruchkörper bilateral und informell mit einer Partei unter Ausschluss der anderen austauscht. In einem formalen Schieds- oder Gerichtsverfahren wäre das kaum vorstellbar.¹⁵⁹⁶

Der Indikator der autonomen Gestaltung des Verfahrens durch den Mechanismus deutet jedoch auch auf Unterschiede zwischen Schlichtungs- und spA-Verfahren hin. SpA-Verfahren unterliegen nämlich dem (insofern als Gegenpol zur Vertraulichkeit fungierenden) Effektivitätskriterium der Transparenz (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 3 Verfahrensregelungen 2023). Sie werden deshalb transparenter als ein durchschnittliches Schlichtungsverfahren sein. Insbesondere ist das Verfahrensergebnis stets zu veröffentlichen (Art. I-C-4-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023). Schlichtungsverfahren sind demgegenüber, insbesondere wenn sie als diplomatisches

1590 PCA, Report and Recommendations (9. Mai 2018), UNRIAA XXXIV, 245 (Rn. 52) — „Timor Sea“ (Timor-Leste ./ Australia).

1591 Art. 23 Abs. 1 Stockholmer Übereinkommen; VN, UN Model Rules for Conciliation of Disputes between States (1996), Art. 25 f.; *Institut de Droit International*, Annuaire 49–II (1961), 374 (379 f.); UNCITRAL, UNCITRAL Conciliation Rules (1980), Art. 14; PCA, Optional Conciliation Rules (1996), Art. 14; PCA, Report and Recommendations (9. Mai 2018), UNRIAA XXXIV, 245 (Rn. 60 f.) — „Timor Sea“ (Timor-Leste ./ Australia); Reif, Fordham Intl LJ 14 (1990), 578 (586); Cot, Conciliation, MPEPIL (2006), Rn. 29; Forlati, in: Tomuschat/Kohen (Hrsg.), Flexibility in International Dispute Settlement (2020), 181 (190 ff.); vgl. Art. 35 ICSID-Ü; vgl. Art. 39 Abs. 2 EMRK; vgl. Berkes, Friendly Settlement: Human Rights Bodies, MPEiPro (2020), Rn. 12.

1592 UmVerf-Ko 2023, Rn. 39 ff., 47 ff.

1593 *Le Moli/Viñuales*, in: Tomuschat/Kohen (Hrsg.), Flexibility in International Dispute Settlement (2020), 156 (175).

1594 PCA, Report and Recommendations (9. Mai 2018), UNRIAA XXXIV, 245 (Rn. 57) — „Timor Sea“ (Timor-Leste ./ Australia); UNCITRAL, UNCITRAL Conciliation Rules (1980), Art. 9 Abs. 1; PCA, Optional Conciliation Rules (1996), Art. 9 Abs. 1; *Institut de Droit International*, Annuaire 49–II (1961), 374 (378); Forlati, in: Tomuschat/Kohen (Hrsg.), Flexibility in International Dispute Settlement (2020), 181 (197).

1595 Siehe bereits Fußnote 1560.

1596 Forlati, in: Tomuschat/Kohen (Hrsg.), Flexibility in International Dispute Settlement (2020), 181 (197).

Streitbeilegungsverfahren verstanden werden, viel intransparenter.¹⁵⁹⁷ Außerdem können die Parteien eines Schlichtungsverfahrens das Verfahren größtenteils nach ihren Wünschen gestalten. Sie nehmen regelmäßig starken Einfluss auf die Zusammensetzung der Schlichtungskommission und auf das anwendbare Verfahrensrecht.¹⁵⁹⁸ Bei Schlichtungsverfahren ernennen die Streitparteien die Mitglieder der Schlichtungskommission größtenteils selbst (Art. 3 Stockholm Übereinkommen; Art. 2 Anhang WVRK; Art. 3 Anhang V SRÜ; Art. 29 ICSID-Ü).¹⁵⁹⁹ Demgegenüber werden die Mitglieder einer NKS nicht durch die Parteien bestimmt;¹⁶⁰⁰ allenfalls können sie Einfluss auf die Ernennung eines externen Schlichters nehmen, falls die jeweilige NKS die Option einer solchen externen Beauftragung vorsieht.¹⁶⁰¹ Das anwendbare Verfahrensrecht kann von den Parteien eines Schlichtungsverfahrens gemeinsam gewählt oder zumindest geprägt werden (Art. 33 ICSID-Ü; Art. 10 Anhang V SRÜ; Art. 23 Stockholm Übereinkommen).¹⁶⁰² Das anwendbare Verfahrensrecht für spA-Verfahren ist mit der RatsE-Leitsätze 2023 und den Verfahrensregelungen 2023 sowie den NKS-spezifischen Verfahrensleitfäden (vgl. Art. I-C-*Chapeau* S. 2 Verfahrensregelungen 2023) hingegen vorgegeben. Wie schon erwähnt (siehe:

1597 Forlati, in: Tomuschat/Kohen (Hrsg.), *Flexibility in International Dispute Settlement* (2020), 181 (190).

1598 Reif, *Fordham Intl LJ* 14 (1990), 578 (585, 634); Cot, *Conciliation*, MPEPIL (2006), Rn. 23, 26.

1599 Vgl. UNCITRAL, *UNCITRAL Conciliation Rules* (1980), Art. 4; vgl. auch VN, *UN Model Rules for Conciliation of Disputes between States* (1996), Art. 4 und 5; vgl. PCA, *Optional Conciliation Rules* (1996), Art. 4.

1600 Vgl. Oshionebo, *Lewis & Clark Law Review* 17 (2013), 545 (585): Oshionebo schlägt *de lege ferenda* vor, dass die Parteien Vermittler bzw. Schlichter wählen, um das Risiko der Parteilichkeit der NKS zu verringern.

1601 UmVerf-Ko 2023, Rn. 38: „If mediation is the option chosen, NCPs may choose to carry out the mediation themselves or engage external mediators in consultation with the parties to conduct or support mediation.“; Deutsche NKS, *Verfahrensleitfaden* (2024), Rn. 55: „Sofern alle Beteiligten einverstanden sind, kann die NKS in der Mediationsphase externe Mediatoren hinzuziehen. Die Auswahl dieser Mediatoren oder Mediatorinnen erfolgt auf Vorschlag der NKS im Einvernehmen mit den Parteien.“; vergleichbare Bestimmungen finden sich in: Litauische NKS, *Rules of Procedure* (2017), Rn. 30; Luxemburgische NKS, *Procédure pour soumettre des cas spécifiques* (2022), S. 3; Brasilianische NKS, *Procedure Manual for Specific Instances* (2024), Rn. 5.6 – 5.7; Niederländische NKS, *Specific Instance Procedure* (2024), S. 4. Strenger: Britische NKS, *Mediation Procedures* (2025), Rn. 4.

1602 UNCITRAL, *UNCITRAL Conciliation Rules* (1980), Art. 1; PCA, *Optional Conciliation Rules* (1996), Art. 1; VN, *UN Model Rules for Conciliation of Disputes between States* (1996), Art. 1; *Institut de Droit International*, *Annuaire* 49–II (1961), 374 (374 f.).

A. I.), handelt es sich zwar nicht um ein verrechtlichtes und deshalb um ein inhärent flexibles Verfahren, doch steht das anwendbare Verfahrensrecht nicht grundsätzlich zur Disposition der Parteien. Die Verfahrensparteien nehmen nur Einfluss auf Fahrplan¹⁶⁰³ und Fortgang des spA-Verfahrens und können – innerhalb der geltenden Regelungen – Schwerpunkte setzen. Insgesamt erweisen sich spA-Verfahren deshalb als wesentlich institutionalisierter als Schlichtungsverfahren.

Große Gemeinsamkeiten zeigen sich im Rahmen des Indikators der **Durchsetzungsbefugnisse**. Ebenso wie der Ausgang eines spA-Verfahrens ist der Ausgang eines Schlichtungsverfahrens nicht verbindlich: Die Parteien sind allenfalls gehalten, den Bericht der Schlichtungskommission gebührend zu berücksichtigen, haben es aber in der Hand, ob eine Einigung auf Basis dieses Vorschlags erfolgt (vgl. Art. 6 Anhang WVRK; vgl. Art. 7 Abs. 2 Anhang V SRÜ; vgl. Art. 25 Abs. 2 ff. Stockholm Übereinkommen; vgl. Art. 34 Abs. 1 ICSID-Ü).¹⁶⁰⁴

Der wichtigste Unterschied zwischen spA-Verfahren und Schlichtungsverfahren zeigt sich beim Indikator der **Regelbasiertheit der Entscheidungsfindung**, also der Rolle, die den anwendbaren materiellen Normen bei der Streitschlichtung beigemessen wird. Auch wenn ein Schlichtungsverfahren insbesondere wegen des nicht ausschließlich von rechtlichen Erwägungen getragenen und unverbindlichen Verfahrensausgangs ein diplomatisches und kein (schieds)gerichtliches oder (schieds)gerichtsähnliches Streitbeilegungsverfahren ist,¹⁶⁰⁵ steht es an der Schwelle zu solchen Streitbeilegungsverfahren.¹⁶⁰⁶ Die Rolle, die eine Schlichtungskommission dem Völkerrecht beimisst, ist einzelfallabhängig und lässt sich schwer

1603 Die Parteien sollen gegebenenfalls eine Mediationsvereinbarung (eine Art Fahrplan der Gespräche) schließen: *Litauische NKS*, Rules of Procedure (2017), Rn. 31.1.3 ff.; *Brasilianische NKS*, Procedure Manual for Specific Instances (2024), Rn. 5.7; *Deutsche NKS*, Verfahrensleitfaden (2024), Rn. 59.

1604 PCA, Report and Recommendations (9. Mai 2018), UNRIAA XXXIV, 245 (Rn. 51) — „Timor Sea“ (Timor-Leste ./ Australia); *Cot*, Conciliation, MPEPIL (2006), Rn. 2; *Le Moli/Viñuales*, in: Tomuschat/Kohen (Hrsg.), Flexibility in International Dispute Settlement (2020), 156 (158); vgl. VN, UN Model Rules for Conciliation of Disputes between States (1996), Art. 20 ff.; vgl. *Institut de Droit International*, Annuaire 49–II (1961), 374 (377 f.); vgl. UNCITRAL, UNCITRAL Conciliation Rules (1980), Art. 13; vgl. PCA, Optional Conciliation Rules (1996), Art. 13.

1605 Reif, Fordham Intl LJ 14 (1990), 578 (581 f.); *Palmisano*, in: Tomuschat u. a. (Hrsg.), Conciliation in International Law (2017), 26 (26); *Arnauld*, Völkerrecht (2022), Rn. 446. Für eine allgemeine Taxonomie von Streitbeilegungsinstanzen siehe: *Romano*, JIDS 2 (2011), 241 (251).

1606 *Cot*, Conciliation, MPEPIL (2006), Rn. 3.

erfassen.¹⁶⁰⁷ Mal nähern Schlichter ihr Verfahren einem diplomatischen Vermittlungsverfahren und mal einem schiedsgerichtsähnlichen Verfahren an:¹⁶⁰⁸

Die diplomatische Natur eines Schlichtungsverfahrens steht im Vordergrund, wenn die Schlichtungskommission den Parteien Einigungsvorschläge unterbreiten soll (bzw. darf), die nicht von einer juristischen Beurteilung der geltend gemachten Positionen der Parteien abhängig sind, sondern auf einem interessenbasierten, transaktionalen Entgegenkommen beruhen dürfen.¹⁶⁰⁹ In einem älteren Verfahren führte eine Schlichtungskommission beispielsweise führte aus, dass sie nicht als Gericht fungiere, sondern den Parteien akzeptable und billige Lösungsvorschläge unterbreiten solle, dass sie aber dennoch die Rechtslage untersucht habe, um Leitlinien für eine solche Lösung zu finden.¹⁶¹⁰ Manche Stimmen sehen in dieser Möglichkeit einer Schlichtungskommission, zwar die Rechts- und Tatsachenlage zu betrachten, aber erforderlichenfalls eine auf Billigkeit beruhende, dem geltenden Recht widersprechende Lösung vorzuschlagen, gerade die Stärke eines Schlichtungsverfahrens.¹⁶¹¹ Begleiterscheinerungen solcher Verfahren sind die Ernennung der Schlichter mehrheitlich auf Basis ihrer Staatsangehörigkeit und nicht ihrer Expertise, besonders strenge Geheimhaltungspflichten, das Fehlen detaillierter Verfahrensregelungen und einer Verpflichtung zur Veröffentlichung eines ausführlichen Abschlussberichts.¹⁶¹²

1607 PCA, Report and Recommendations (9. Mai 2018), UNRIAA XXXIV, 245 (Rn. 69) — „Timor Sea“ (Timor-Leste ./ Australia): Diese Frage sei mit den Parteien erörtert worden und werde von Schlichtungskommissionen unterschiedlich beantwortet.

1608 *Merrills/Brabandere*, *Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S.112; vgl. *Palmisano*, in: Tomuschat u. a. (Hrsg.), *Conciliation in International Law* (2017), 26 (26).

1609 *Palmisano*, in: Tomuschat u. a. (Hrsg.), *Conciliation in International Law* (2017), 26 (27, 31); Für Modellverfahrensordnungen, die in diese Richtung gehen, siehe: *Institut de Droit International*, *Annuaire* 49–II (1961), 374 (378); VN, *UN Model Rules for Conciliation of Disputes between States* (1996), Art. 20 Abs. 2.

1610 *Conciliation Commission*, Report and Recommendations: UNRIAA (Juni 1981), *United Nations Reports of International Arbitral Awards* XXVII, I (23) — „Jan Mayen Conciliation“ (Iceland ./ Norway).

1611 *Cot*, *Conciliation*, MPEPIL (2006), Rn. 27; vgl. *Reif*, *Fordham Intl LJ* 14 (1990), 578 (635).

1612 *Palmisano*, in: Tomuschat u. a. (Hrsg.), *Conciliation in International Law* (2017), 26 (28 f.).

Dominiert die (schieds)gerichtsähnliche Dimension eines Schlichtungsverfahrens, besteht die Arbeit der Schlichtungskommission auch darin, die geltend gemachten Ansprüche und Behauptungen der Parteien unabhängig zu untersuchen und einer rechtlichen Bewertung zu unterziehen.¹⁶¹³ Die Schlichtungskommission wird hier (vornehmlich) aus Experten (vor allem Juristen) bestehen und auf der Grundlage elaborierter Verfahrensregelungen arbeiten, welche Vorgaben für die Anhörung der Parteien, die Befragung von Zeugen und Experten und für einen ausführlichen Abschlussbericht einschließlich einer Würdigung der Rechts- und Faktenlage enthalten.¹⁶¹⁴ Die Schlichtungskommission wird dann eine Lösung des Konflikts vorschlagen, die einerseits keiner streng-maschinellen Subsumtion unter das geltende Recht folgt,¹⁶¹⁵ die aber andererseits die rechtlichen Regelungen und ihr Telos nicht missachtet.¹⁶¹⁶ Art. 24 Stockholm Übereinkommen legt in diesem Sinne fest, dass die Beilegung der Streitigkeit zwischen den Parteien „gemäß dem Völkerrecht“ zu erfolgen hat. Auch Art. 39 Abs. 1 EMRK, der eine Einigung der Parteien „auf der Grundlage der Achtung der Menschenrechte“ verlangt, kann in diesem Zusammenhang gesehen werden.¹⁶¹⁷ Die Schlichtungskommission eines jüngeren Schlichtungsverfahrens maß der Rechtslage beispielsweise eine höhere Bedeutung zu als die Schlichtungskommission im zuvor erwähnten, älteren Fall. Sie definierte ihre Rolle dahingehend, dass *erstens* die rechtliche Auseinandersetzung mit den Positionen der Parteien nur dienende Funktion habe, also eine Einigung zwischen den Parteien fördern müsse, dass sie aber *zweitens* die

1613 *Palmisano*, in: Tomuschat u. a. (Hrsg.), *Conciliation in International Law* (2017), 26 (27, 31); vgl. *Merrills/Brabandere*, *Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 112.

1614 *Palmisano*, in: Tomuschat u. a. (Hrsg.), *Conciliation in International Law* (2017), 26 (30–32); vgl. *Merrills/Brabandere*, *Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 112.

1615 *Cot*, *Conciliation*, MPEPIL (2006), Rn. 3; *Palmisano*, in: Tomuschat u. a. (Hrsg.), *Conciliation in International Law* (2017), 26 (33).

1616 *Palmisano*, in: Tomuschat u. a. (Hrsg.), *Conciliation in International Law* (2017), 26 (33).

1617 *Merrills/Brabandere*, *Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 118: Angesichts dieses Erfordernisses weiche das Schlichtungsverfahren von herkömmlichen Schlichtungsverfahren ab; es ziele nicht nur auf irgendeine Beilegung des Konflikts, sondern habe eine entscheidende substantielle Komponente. Ähnlich ist beispielsweise Art. 7 IPwskR-FP formuliert.

Parteien nicht ermutigen dürfe eine Einigung zu treffen, die gegen das Völkerrecht (oder das SRÜ) verstoße.¹⁶¹⁸

Nimmt man diese beiden Ausprägungen eines Schlichtungsverfahrens als Vergleichspunkte, ähneln spA-Verfahren eindeutig (schieds)gerichtsähnlichen Schlichtungsverfahren. Es fällt sogar auf, dass die Entscheidungsfindung eines spA-Verfahrens stärker regelbasiert ist als diejenige eines (schieds)gerichtsähnlichen Schlichtungsverfahrens. Auch wenn die vagen Regelungen der Leitsätze und die mediative Natur des spA-Verfahrens in kleinem Maße transaktionale Lösungen erlauben, handelt es sich um ein Verfahren, das auf der Anwendung und Auslegung der Leitsätze beruht: Die Aufgabe der NKSen besteht weder darin, den Parteien auf Billigkeit beruhende Einigungsvorschläge zu unterbreiten, noch darin, in ihren Einigungsvorschlägen die Leitsätze lediglich zu würdigen. SpA-Verfahren haben das Ziel, die Effektivität *der Leitsätze* zu fördern (Art. I-1 S. 1 RatsE-Leitsätze 2023). Die konsensuale Natur der Vermittlungsphase eines spA-Verfahrens ändert hieran nichts. In den Verfahrensregelungen heißt es:

„The NCP will offer a forum for discussion and its expertise on the Guidelines [...] to resolve the issues raised [...] in accordance with applicable law and the Guidelines. [...] The aims of such assistance may include furthering the implementation of the Guidelines in the future and/or addressing adverse impacts in a way consistent with the Guidelines.“ (Art. I-C-*Chapeau* S. 4 und 6 Verfahrensregelungen 2023, Textauszeichnungen des Originals entfernt)

Damit sind transaktionale, rein interessenbasierte (im Gegensatz zu rechtbasierten), auf anderen Erwägungen als den Leitsätzen beruhende Einigungsvorschläge ausgeschlossen. Die Einigung der Parteien ist um die Zusage des Unternehmens, die Leitsätze zu beachten und ihre Missachtung zu beenden, zu konstruieren.¹⁶¹⁹ Jeder Verfahrensausgang (sei es eine Einigung, Empfehlung oder Feststellung) ist am Effektivitätskriterium der Leitsätze-Kompatibilität (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7 Verfahrensregelungen 2023)

1618 PCA, Report and Recommendations (9. Mai 2018), UNRIAA XXXIV, 245 (Rn. 70) — „Timor Sea“ (Timor-Leste ./ Australia).

1619 Siehe auch UmVerf-Ko 2023, Rn. 37: „[...] the role of the NCP includes creating conditions for dialogue and agreement between the parties around a commitment by the enterprise to further the implementation of the Guidelines in the future and, where relevant, address, in accordance with the Guidelines, adverse impacts that may have occurred. [...]“ (Textauszeichnung des Originals entfernt).

zu messen.¹⁶²⁰ Einem Unternehmen darf weder eine Maßnahme empfohlen werden, die die Leitsätze nicht von ihm erwarten, noch eine Maßnahme, die von ihm weniger verlangt als die Leitsätze erwarten.¹⁶²¹ Gleiches gilt für Feststellungen.¹⁶²² Es handelt sich um Empfehlungen „zur Umsetzung der Leitsätze“ und Feststellungen dazu, „ob das Unternehmen die Leitsätze beachtet hat“ (Art. I-C-4 lit. b) und c) Verfahrensregelungen 2023). Lediglich eine Einigung der Parteien darf von den Leitsätzen abweichen, darf dabei aber nur über die Erwartungen der Leitsätze hinausgehen, nicht jedoch hinter ihnen zurückbleiben.¹⁶²³ Außerdem dürfen NKSen selbst im Falle einer Einigung der Parteien Empfehlungen zur Umsetzung der Leitsätze an die Parteien richten (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023); die Beachtung der Leitsätze ist also höher zu gewichten als die konsensuelle Beendigung des Verfahrens durch die Parteien. Auch die Möglichkeit einer NKS, sich in einer Klarstellungsanfrage an den Investitionsausschuss zu wenden (Art. II-2 lit. c) Verfahrensregelungen 2023), unterstreicht das Primat der Leitsätze.

Resümierend kann festgehalten werden, dass der Vergleich zwischen spA-Verfahren und Schlichtungsverfahren wesentlich belastbarer als der Vergleich zwischen spA-Verfahren und gerichtsähnlichen Verfahren ist. Zwar bestehen auch hier Unterschiede, doch handelt es sich um Unterschiede im Detail. SpA-Verfahren und Schlichtungsverfahren sind nicht wesenstypisch verschieden. Eine deutliche Verwandtschaft besteht zwischen spA-Verfahren und obligatorischen Schlichtungsverfahren. Sieht man über die stärkere Institutionalisierung von spA-Verfahren hinweg und wäre bereit, sie als institutionalisierte obligatorische Schlichtungsverfahren zu bezeichnen, lassen sich die Unterschiede auf die Bedeutung der materiellen Normen für die Streitbeilegung reduzieren. Die Bedeutung der Leitsätze für die Streitbeilegung im Rahmen eines spA-Verfahrens ist größer als die Bedeutung des Völkerrechts für die Streitbeilegung im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens, wobei klar erkennbare Unterschiede zwischen diplomatischen und (schieds-)gerichtsähnlichen Schlichtungsverfahren bestehen.

1620 UmVerf-Ko 2023, Rn. 10 lit. g).

1621 Kapitel 6 C. III. 2. b).

1622 Kapitel 6 C. III. 3. b).

1623 Kapitel 6 C. III. 1.

III. Beschwerdeverfahren

Der Begriff „Beschwerde“ kann auf Englisch mit „*complaint*“ oder „*grievance*“ wiedergegeben werden. Seit 2023 werden NKSen offiziell an prominenter Stelle (Art. I-C-*Chapeau* S. 1 Verfahrensregelungen 2023) als „*non-judicial grievance mechanism*“ (außergerichtlicher Beschwerdemechanismus) eingestuft.¹⁶²⁴ Bis dahin wurde der Begriff der Beschwerde (*complaint* und *grievance*) von der OECD über Jahrzehnte hinweg gemieden.¹⁶²⁵ Nach wie vor scheuen die Regelungen der Umsetzungsverfahren das Wort „*complaint*“.¹⁶²⁶ Angesichts dieser Zurückhaltung aber auch ganz allgemein stellt sich die Frage, ob das spA-Verfahren als „Beschwerde“-Verfahren adäquat beschrieben ist. Auffällig ist zunächst die Unterscheidung zwischen dem weiterhin vermiedenen Begriff *complaint* und dem nunmehr verwendeten Begriff *grievance* (Beschwerdegrund;¹⁶²⁷ treffender: Missstand oder Beschwer). Obwohl es denkbar ist, zwischen *complaint* und *grievance* zu unterscheiden, würden derartige terminologische Feinheiten mehr Verwirrung als Nutzen stiften.¹⁶²⁸ Letztlich übernehmen die Leitsätze seit 2023 den Sprachgebrauch der VN-Leitprinzipien. In ihrer Taxonomie sind spA-Verfahren *state-based non-judicial grievance mechanisms* im Sinne des Lp. 27 VN-Leitprinzipien.¹⁶²⁹

Eine *grievance* im Sinne der VN-Leitprinzipien liegt vor, wenn Personen einen Umstand als Ungerechtigkeit empfinden, weil sie sich schlechter gestellt sehen, als sie es ihrer Auffassung nach sein sollten; diese Auffassung kann auf rechtliche oder soziale Normen zurückgehen.¹⁶³⁰ Einem Beschwerdeverfahren ist deshalb ein Anspruchsdenken immanent: Der

1624 Siehe auch UmVerf-Ko 2023, Rn. 25. Vor 2023 wurde diese Bezeichnung bereits in einem Nebensatz erwähnt in Ls-Ko 2011, Rn. 46 (entspricht Ls-Ko 2023, Rn. 51).

1625 Die langjährige Vermeidung des Begriffs der „Beschwerde“ hat ihren Grund wohl unter anderem darin, dass die OECD Unternehmen sprachlich nicht in eine defensive Rolle drängen wollte, weil dies ihre Bereitschaft, sich am spA-Verfahren zu beteiligen, verringern könnte (vgl. OECD, Annual Report 2012 (2012), S. 55).

1626 Siehe zur 2011er Fassung: Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 258; vgl. OECD, Annual Report 2012 (2012), S. 55.

1627 So die deutsche Fassung der VN-Leitprinzipien: OHCHR, VN-Leitprinzipien (2014), Kommentierung zu Lp. 25.

1628 Harvard Kennedy School of Government, Rights compatible grievance mechanisms (2008), S. 12 f.; Lukas u. a., Corporate Accountability (2016), S. 11.

1629 Statt vieler: OHCHR, UN Guiding Principles (2011), Kommentierung zu Lp. 25; OECD Watch, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 49 (49); Krajewski, Guiding Principle 27, UNGP Commentary (2023), Rn. 27.16.

1630 Vgl. OHCHR, UN Guiding Principles (2011), Kommentierung zu Lp. 25: „For the purpose of these Guiding Principles, a grievance is understood to be a perceived

Beschwerdeführer sieht sich nicht als Bitt-, sondern als Anspruchsteller, der lediglich auf der Durchsetzung der ihm zustehenden rechtlichen oder sozialen Position beharrt. Entscheidend ist, dass der Beschwerdeführer Grund zur Beschwerde haben muss, weil er seine rechtliche oder soziale Position unzulässig missachtet sieht. Er muss selbst betroffen sein, eine **Beschwer** haben (Erhärtingsindikator der Zugänglichkeit). Ein Beschwerdeverfahren ist deshalb ein unzugänglicheres (und damit weicherer) Verfahren als ein Verfahren, das keine subjektive Betroffenheit voraussetzt.

Grundsätzlich gehen auch die Leitsätze von der *Idee* einer Beschwerde aus. Insbesondere muss der Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse für die Erhebung der Beschwerde nachweisen.¹⁶³¹ Die Annahmeveraussetzungen der Schlüssigkeit und Substantiierung¹⁶³² und des Zusammenhangs zwischen Beschwerdegegner und Streitfrage¹⁶³³ verlangen vom Beschwerdeführer außerdem darzulegen, dass ein geltend gemachter Missstand auf einer Missachtung der Leitsätze durch den Beschwerdegegner beruht. Verbindet man beides, muss der Beschwerdeführer also nachweisen, dass die (behauptete) Missachtung der Leitsätze durch den Beschwerdegegner seine berechtigten Interessen berührt. Doch obwohl ein Beschwerdeführer diesen Nachweis führen muss, werden daran wegen des Effektivitätskriteriums der Zugänglichkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 2 Verfahrensregelungen 2023) so geringe Anforderungen gestellt, dass manche Stimmen von einem Popular-Verfahren sprechen.¹⁶³⁴ Insbesondere darf sich eine Nichtregierungsorganisation auf Basis ihres sich selbst gesetzten Mandats als Interessenwahrer einer Gruppe gerieren, ohne dass eine nähere Beziehung zu Betroffenen bestehen muss.¹⁶³⁵ Der Nachweis des berechtigten Interesses kann deshalb nicht mit dem Nachweis einer tatsächlichen Beschwerde gleichgesetzt werden.

Wenn aber in einem spA-Verfahren keine Beschwerde nachzuweisen ist, stellt sich die Frage, ob spA-Verfahren nicht adäquater als Hinweisgeberverfahren (*whistle-blowing mechanism*) zu charakterisieren wären.¹⁶³⁶ Biswei-

injustice evoking an individual's or a group's sense of entitlement, which may be based on law, contract, explicit or implicit promises, customary practice, or general notions of fairness of aggrieved communities."

1631 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 1 Var. 2.

1632 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 2.

1633 UmVerf-Ko 2023, Rn. 33 Punkt 4.

1634 *Protosaltis*, FORUM du droit international 7 (2005), 251 (255); Dörr, in: Reinisch u. a. (Hrsg.), BerDGIR 50 (2020), 133 (150 f.).

1635 Kapitel 6 B. I. 3.

1636 Die nachfolgende Darstellung stützt sich auf die Kritik, die zu § 8 LkSG (unternehmensinterne Beschwerdeverfahren) geäußert wurde (insbesondere: Sagan,

len wurden NKSen in diesem Sinne tatsächlich als „*soft whistle-blowing facility*“ beschrieben.¹⁶³⁷ Ein Hinweisgeberverfahren unterscheidet sich von einem Beschwerdeverfahren in erster Linie dadurch, dass ein Hinweisgeber keine individuelle Beschwerde nachweisen muss, also durch den Missstand, der den Gegenstand seines Hinweises bildet, nicht selbst nachteilig betroffen sein muss.¹⁶³⁸ Diese Unterscheidung hat für mehrere Aspekte des Verfahrens Bedeutung.¹⁶³⁹

Betroffen ist in erster Linie der Indikator der autonomen Gestaltung des Verfahrens durch den Mechanismus: Ein Hinweisgeberverfahren verlangt eher als ein Beschwerdeverfahren eine Sachverhaltsermittlung von Amts wegen; das Vorbringen der Parteien oder zumindest der das Verfahren initiiierenden Person wäre nicht allein maßgeblich. Bei einem Hinweisgeberverfahren wäre die angerufene Stelle deshalb nicht auf den Inhalt des Hinweises des Hinweisgebers beschränkt; sie könnte sich auch verwandter Missstände annehmen, die Manifestationen eines größeren Problems sind. Da ein Hinweisgeber nicht vom Streitgegenständlichen Missstand betroffen sein muss, fehlt ihm außerdem die Dispositionsbefugnis über den Missstand und das Verfahren. Bei einem Hinweisgeberverfahren ist daher die Befugnis des Hinweisgebers, das Verfahren durch die Rücknahme seiner Anzeige zu beenden, sehr eingeschränkt; einem Beschwerdeführer wäre diese Befugnis hingegen zuzugestehen. Nur bei einem Beschwerdeverfahren ergibt außerdem das Ziel einer gütlichen Einigung zwischen den Parteien Sinn (Indikator der Durchsetzungsbefugnisse).¹⁶⁴⁰

Das spA-Verfahren fügt sich nicht eindeutig in diese Grundsätze ein. Das primäre Ziel eines spA-Verfahrens besteht in einer Einigung der Parteien (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023) im Anschluss an ein Vermittlungsverfahren (Art. I-C-3 Verfahrensregelungen 2023). Eine Einigung impliziert eine Dispositionsbefugnis der Parteien. Andererseits ist eine NKS trotz Einigung der Parteien befugt, beiden Parteien Empfehlungen zu unterbreiten (Art. I-C-4 lit. b) Verfahrensregelungen 2023).

ZIP 2022, 1419 (1419); Gläßer/Schmitz, NJW 2023, 1465 (1466)). Diese Kritik ist *mutatis mutandis* auf spA-Verfahren übertragbar.

1637 Salzman, Law and Contemporary Problems 68 (2005), 189 (214) (unter Berufung auf ein Gespräch mit dem OECD-Sekretariat).

1638 OHCHR, Interpretive Guide (2012), S. 68 f.; Sagan, ZIP 2022, 1419 (1419).

1639 Vgl. auch zu den Ausgestaltungsmöglichkeiten im Rahmen des § 8 LkSG: Sagan, ZIP 2022, 1419 (1421 f.); Gläßer/Schmitz, NJW 2023, 1465 (1466 ff.). Letztere unterscheiden zwischen zwei Verfahrenstypen, einer mediativen Schlichtung und einem investigativen Prüfverfahren.

1640 Sagan, ZIP 2022, 1419 (1423); Gläßer/Schmitz, NJW 2023, 1465 (1467).

Daraus folgt eine beaufsichtigende Stellung der NKS als Hüterin der Leitsätze (vgl. Effektivitätskriterium der Leitsätze-Kompatibilität, Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 7 Verfahrensregelungen 2023); diese Stellung verhindert, dass die Parteien autonom über die Beendigung des Streits verfügen können. Hinzu kommt: Während manche NKSen einer Beschwerderücknahme weitestgehend unwidersprochen Folge leisten, nehmen andere NKSen für sich in Anspruch, das Verfahren trotz Beschwerderücknahme weiterzubetreiben.¹⁶⁴¹ Darüber hinaus weiten einige NKSen den Blick über die vom Beschwerdeführer vorgetragene Streitfrage hinaus und nehmen sich verwandter Probleme an, etwa wenn sich die spezifische Streitfrage des Beschwerdeführers zwischenzeitlich erledigt hat.¹⁶⁴² All dies zeugt von einer eingeschränkten Dispositionsbefugnis. Auch die Sachverhaltsermittlung durch NKSen (hierzu ausführlich: Kapitel 6 C. II. 1.) lässt sich nicht eindeutig zuordnen. Die Regelungen der Umsetzungsverfahren lassen in diesem Punkt eine beachtliche Regelungslücke, die von den NKSen höchst unterschiedlich ausgefüllt wird. Während manche NKSen Ansätze einer Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen zeigen, stützen sich andere NKSen maßgeblich auf den Parteivortrag.

Literaturstimmen¹⁶⁴³ und viele¹⁶⁴⁴ NKSen bezeichnen spA-Verfahren dennoch als Beschwerdeverfahren und die Beteiligten als Beschwerdeführer und Beschwerdegegner. Insofern besteht keinerlei Anlass, von dieser gebräuchlichen Terminologie abzurücken – zumal spA-Verfahren seit 2023 auch offiziell als Beschwerdeverfahren (*grievance mechanism*) beschrieben werden. Eine andere Frage ist es aber, ob spA-Verfahren tatsächlich Be-

1641 Kapitel 13 B. II. 3.

1642 Kapitel 13 B. II. 2., allgemeiner: Kapitel 13 B. I. 2.

1643 Siehe den Sprachgebrauch bei: *Oshionebo*, Lewis & Clark Law Review 17 (2013), 545 (545 ff.); *Robinson*, UJIEL 30 (78) (2014), 68 (68 ff.); *Maheandiran*, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (205 ff.); *Buhmann*, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 38 (38 ff.); *Svoboda*, European YbIEL 11 (2020), 31 (31 ff.).

1644 Siehe den Sprachgebrauch bei: *US-amerikanische NKS*, Guide (2019); *Kanadische NKS*, Specific Instance Procedures (2022); *Australische NKS*, Complaint Procedures (2024); *Deutsche NKS*, Verfahrensleitfaden (2024); *Japanische NKS*, Case-Handling Procedures (2025); OECD:MA-NCP:2020:MA-4-FS; OECD:AR-NCP:2021:AR-5-FS; OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA. Zurückhaltender: *Koreanische NKS*, Operation Rules (2024). Uneinheitlich ist *Brasilianische NKS*, Procedure Manual for Specific Instances (2024): Im Glossar werden die Begriffe „[s]ubmitter“ und „[r]espondent“ aufgeführt, der Verfahrensleitfaden benutzt zwischendurch aber auch den Begriff „complainant“ und bezeichnet das spA-Verfahren aaO, S. 2 als „extrajudicial complaints mechanism“.

schwerdeverfahren sind. Die obigen Ausführungen haben gezeigt, weshalb ich insofern sehr skeptisch bin: Zwar muss ein Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse nachweisen; dieses berechnigte Interesse ist allerdings nicht mit dem Nachweis einer Beschwerde gleichzusetzen. Ob andere Charakteristika eines Beschwerdeverfahrens (Dispositionsbefugnis, Sachverhaltsermittlung) zu bejahen sind, hängt vom Mandatsverständnis der NKSen ab.

IV. Abhilfeverfahren

Die Frage der Abhilfe betrifft das Verfahrensergebnis und damit den Indikator der Durchsetzungsbefugnisse des Mechanismus. Gemäß Lp. 25 VN-Leitprinzipien haben Staaten dafür zu sorgen, dass Betroffene Zugang zu effektiver Abhilfe haben (*access to effective remedy*). Diese in Lp. 25 enthaltene Forderung nimmt sprachlich wie konzeptionell Anleihen beim Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, wie es etwa in Art. 13 EMRK oder Art. 2 Abs. 3 IPbpr¹⁶⁴⁵ verankert ist.¹⁶⁴⁶ Da NKSen als staatliche Einrichtungen an Menschenrechte gebunden sind,¹⁶⁴⁷ lässt sich überlegen, ob sich die Forderung des Lp. 25 und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf auch an NKSen richten. Zu untersuchen ist insofern, ob spA-Verfahren unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten gezwungen sein könnten, Verfahren zur Erlangung effektiver Abhilfe zu sein. Meines Erachtens ist das zu verneinen (1.). Trotzdem bietet sich Lp. 25 als Vergleichspunkt an, um spA-Verfahren mit effektiven Abhilfeverfahrens zu vergleichen (2.).

1. Abhilfeverfahren als menschenrechtliche Vorgabe?

Da die Forderung des Lp. 25 VN-Leitprinzipien dem Menschenrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nachempfunden ist,¹⁶⁴⁸ stellt sich die Frage,

1645 „International Covenant on Civil and Political Rights“ (*Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, IPbpr*), Unterzeichnung: 19. Dezember 1966, Inkrafttreten: 23. März 1976. UNTS 999, 171.

1646 VN Dok. A/72/162, Rn. 9, 13; vgl. VN Dok. A/HRC/38/20/Add.1, S. 11; vgl. *Schelte-ma*, *Dovens Schmidt Quarterly* 2 (2013), 190 (191); vgl. *Lizarazo-Rodríguez*, *Nordic Journal of Human Rights* 36 (2018), 353 (362 ff.); vgl. *Palombo*, *Guiding Principle* 25, *UNGP Commentary* (2023), Rn. 25.13 ff.

1647 *Krajewski*, *Guiding Principle* 27, *UNGP Commentary* (2023), Rn. 27.05.

1648 Siehe Fußnote 1646.

ob auf Grundlage einer menschenrechtlichen Auslegung Anforderungen an die spA-Verfahren als Abhilfeverfahren abzuleiten sind.¹⁶⁴⁹ Meines Erachtens ist der Ertrag einer solchen Auslegung aus zwei Gründen begrenzt:

Erstens: Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf ist akzessorisch. Es setzt die vertretbare Behauptung der Verletzung eines anderen Menschenrechts voraus.¹⁶⁵⁰ Diese Akzessorietät führt zu einer thematischen Verengung auf Menschenrechte. Diese Verengung ist auch Lp. 25 VN-Leitprinzipien inhärent. Für die Leitsätze gilt sie hingegen nicht; die Leitsätze erfassen mehr RBC-Belange als lediglich Menschenrechte (etwa: Unternehmerische Offenlegungspflichten (Kapitel III), Korruption (Kapitel VII) oder Steuern (Kapitel XI)). Es ist deshalb nicht klar, welche Relevanz das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und Lp. 25 VN-Leitprinzipien hätten, wenn sich ein Beschwerdeführer vor einer NKS nicht auf eine Missachtung seiner Menschenrechte, sondern etwa auf eine Missachtung des Offenlegungs- oder des Steuerkapitels beruft. Jedenfalls wäre es unvollständig, lediglich das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und Lp. 25 VN-Leitprinzipien zu betrachten. Man könnte in diesem Zusammenhang zusätzlich nach der Auslegungsrelevanz des Art. 9 Abs. 3 bis 5 Aarhus-Konvention¹⁶⁵¹ für Beschwerden zu Umweltbelangen fragen.¹⁶⁵²

Zweitens stellen das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und Lp. 25 VN-Leitprinzipien eine globale Betrachtung an. Sie verlangen von Staaten lediglich, dass die Gesamtheit aller von ihnen angebotenen Mechanismen effektive Abhilfe vermitteln kann, und betrachten Abhilfemechanismen (sei es ein Gericht, sei es ein Verwaltungsverfahren oder eine NKS) nicht iso-

1649 Ochoa Sanchez, Nord JIL 84 (2015), 89 (115 ff.) setzt einfach voraus, dass dies möglich ist.

1650 Menschenrechtsausschuss, Decision (23. Juli 2012), Az. 1834/2008, Rn. 8.5 — P. ./ Ukraine; EGMR (GK), Judgment (10. Juli 2020), Az. 310/15, Rn. 130 — Mugemango ./ Belgium.

1651 „Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters“ (*Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, Aarhus-Konvention*), Unterzeichnung: 25. Juni 1998, Inkrafttreten: 30. Oktober 2001. UNTS 2161, 447.

1652 Vgl. Lizarazo-Rodríguez, Nordic Journal of Human Rights 36 (2018), 353 (362). Interessanterweise nehmen die Kommentierungen des Umweltkapitels an, dass das Umweltkapitel im Einklang mit „relevant regional conventions on access to information, public participation, and justice in environmental matters“ stehe (Ls-Ko 2023, Rn. 66). Das wird sich vor allem auf die Aarhus-Konvention beziehen.

liert.¹⁶⁵³ Sie erlauben vielmehr die Berücksichtigung des Mandats eines Abhilfemechanismus.¹⁶⁵⁴ NKSen treten nicht in Konkurrenz zu gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Mechanismen, sondern ergänzen sie.¹⁶⁵⁵ Sollte sich beispielsweise aus Lp. 25 VN-Leitprinzipien und dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf ableiten lassen, dass ein Staat Betroffenen stets einen Weg zu finanzieller Entschädigung aufzeigen können muss, lässt sich daraus nicht schließen, dass dieser Weg auch über eine NKS offen stehen muss. Es würde genügen, wenn ein Betroffener finanzielle Abhilfe in einem gerichtlichen Verfahren erlangen kann.

Im Ergebnis zwingen weder Lp. 25 VN-Leitprinzipien noch das Menschenrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf spA-Verfahren in die Rolle eines Abhilfemechanismus.

2. Verfahren in einer spezifischen Angelegenheit als Abhilfeverfahren

Lp. 25 VN-Leitprinzipien und das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf sind allerdings ein nützlicher Vergleichsmaßstab für spA-Verfahren. Im Lichte dieser Vorgaben lässt sich festhalten, dass effektive Abhilfe eine formelle und eine materielle Dimension hat.¹⁶⁵⁶ Mit anderen Worten ist zwischen der Effektivität eines Abhilfemechanismus und der Erlangung effektiver Abhilfe zu unterscheiden.¹⁶⁵⁷ Sowohl das Verfahren als auch das Ergebnis des Verfahrens müssen effektiv sein. Formelle und materielle Effektivität stehen weder isoliert nebeneinander, noch sind sie einander notwendige Bedingung. Ein Abhilfeverfahren kann effektiv sein, ohne im Ein-

1653 VN Dok. A/72/162, Rn. 41; VN Dok. A/HRC/38/20/Add.1, S. 11; vgl. *Palombo*, Guiding Principle 25, UNGP Commentary (2023), Rn. 25.18; zu Art. 13 EMRK siehe auch: *EGMR (GK)*, Judgment (10. Juli 2020), Az. 310/15, Rn. 131 — Muge-mangango ./ Belgium.

1654 VN Dok. A/HRC/38/20/Add.1, S. 11.

1655 *Perillo*, Intl Community Law Rev 24 (2022), 36 (46).

1656 *OHCHR*, UN Guiding Principles (2011), Kommentar zu Lp. 25; VN Dok. A/72/162, Rn. 14; *Buhmann*, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 38 (39 f.); *Tripone*, Guiding Principle 31, UNGP Commentary (2023), Rn. 31.01; vgl. zu Art. 2 Abs. 3 IPbPR: *Menschenrechtsausschuss*, General Comment No. 31 (2004), Rn. 15 ff.

1657 VN Dok. A/72/162, Rn. 3, 14; *Schliemann*, GLJ 13 (2012), 51 (81); *Scheltema*, *Dovens Schmidt Quarterly* 2 (2013), 190 (190); *Buhmann*, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 38 (39 f.); vgl. *Lizarazo-Rodríguez*, *Nordic Journal of Human Rights* 36 (2018), 353 (367).

zelfall effektive Abhilfe zu vermitteln.¹⁶⁵⁸ Typischerweise jedoch sollte ein Verfahren vor einem effektiven Abhilfemechanismus mit der Vermittlung effektiver Abhilfe enden; ein Abhilfemechanismus sollte effektive Abhilfe zumindest vermitteln können.¹⁶⁵⁹

Die formelle Dimension ist klar definiert: Die formelle Dimension effektiver Abhilfe bestimmt sich danach, ob und inwieweit das Verfahren den Effektivitätskriterien des Lp. 31 VN-Leitprinzipien entspricht.¹⁶⁶⁰ Für die formelle Effektivität der NKSen sind die Effektivitätskriterien des Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 1 bis 7 Verfahrensregelungen 2023 als *leges speciales* zu Lp. 31 VN-Leitprinzipien zu betrachten.¹⁶⁶¹ Sofern ein spA-Verfahren diesen Effektivitätskriterien genügt, ist es in formeller Hinsicht ein effektives Abhilfeverfahren. Schon an anderer Stelle¹⁶⁶² habe ich aber am Beispiel des Kriteriums der Zugänglichkeit auf insofern bestehende Qualitätsunterschiede zwischen NKSen hingewiesen. Man kann nicht davon ausgehen, dass NKSen diesen Kriterien stets genügen.

Für die materielle Dimension effektiver Abhilfe existiert keine etablierte Definition.¹⁶⁶³ Maßgeblich ist, dass eine Beschwer geheilt oder beseitigt wird.¹⁶⁶⁴ Abhilfe kann beispielsweise wiedergutmachenden (etwa: Restitution, finanzielle Entschädigung, Entschuldigung bei vergangenem Fehlverhalten), beendigenden (etwa: Unterlassungsanordnung bei fortdauernden Beeinträchtigungen) oder präventiven Charakter annehmen.¹⁶⁶⁵ Auch ein

1658 VN Dok. A/72/162, Rn. 3; zu Art. 13 EMRK siehe: *EGMR (GK)*, Judgment (10. Juli 2020), Az. 310/15, Rn. 131 — Mugemangango ./ Belgium.

1659 VN Dok. A/72/162, Rn. 15.

1660 *Triponel*, Guiding Principle 31, UNGP Commentary (2023), Rn. 31.01; vgl. VN Dok. A/72/162, Rn. 3; vgl. *Lizarazo-Rodríguez*, *Nordic Journal of Human Rights* 36 (2018), 353 (362 ff.); vgl. *Otteburn*, in: Davaanyam/Krajewski (Hrsg.), *Exploring Corporate Human Rights Responsibilities* (2025), 103 (109).

1661 Dazu näher: Kapitel 3 B. I.

1662 Kapitel 3 B. I. 2. a).

1663 *Lizarazo-Rodríguez*, *Nordic Journal of Human Rights* 36 (2018), 353 (361); *Otteburn*, in: Davaanyam/Krajewski (Hrsg.), *Exploring Corporate Human Rights Responsibilities* (2025), 103 (110 ff.). Allenfalls ist VN Dok. A/RES/60/147 zu beachten. Diese Resolution betrifft aber nur grobe Verletzungen der Menschenrechte und schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts.

1664 *Buhmann*, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 38 (40 f.); vgl. *McCorquodale/Griffith*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 119 (133).

1665 *OHCHR*, UN Guiding Principles (2011), Kommentierung zu Lp. 25; *Daniel* u. a., *Remedy Remains Rare* (2015), S. 17; *Lizarazo-Rodríguez*, *Nordic Journal of Human Rights* 36 (2018), 353 (367 f.).

strafender Charakter (etwa: Sanktionen) kommt in Betracht,¹⁶⁶⁶ wobei eine Bestrafung des Unternehmens die Situation des Betroffenen nicht unmittelbar verbessert und sich insofern vom Begriff der Abhilfe entfernt.¹⁶⁶⁷ Die Begrifflichkeiten werden nicht einheitlich benutzt bzw. Kategorien nicht einheitlich gebildet.¹⁶⁶⁸ Es besteht auch kein Konsens darüber, welche Eigenschaften ein Verfahrensausgang zwingend aufweisen muss, um als „effektiv“ eingestuft zu werden.¹⁶⁶⁹ Man wird beispielsweise nicht sagen können, dass finanzielle Entschädigung für Betroffene stets effektiv ist. Sie wird insbesondere dann nicht effektiv sein, wenn Unternehmen sie als unbedeutend empfinden und durch sie nicht zu einer Verhaltensänderung und zur Behebung grundlegender Probleme veranlasst werden.¹⁶⁷⁰ Ein hilfreicher Ansatz rückt demgegenüber den Gedanken der Verhältnismäßigkeit in den Vordergrund und verlangt, dass die gewährte Abhilfe lediglich proportional zur Schwere der Missachtung eines RBC-Belangs zu sein hat.¹⁶⁷¹

Ob die am Ende eines Verfahrens vermittelte Form der Abhilfe im Lichte dieser Anforderungen effektiv ist, ist grundsätzlich keine juristische Frage.¹⁶⁷² Damit liegt sie außerhalb des Rahmens dieser Arbeit. Eine juristische Analyse kann lediglich untersuchen, welche Formen von Abhilfe das Mandat eines Mechanismus zu vermitteln erlaubt.¹⁶⁷³ Eine solche juristische Analyse steht dabei vor der Herausforderung der geringen Normdichte der Umsetzungsverfahren der Leitsätze. Sie enthalten sich genauerer Zielvorga-

1666 OHCHR, UN Guiding Principles (2011), Kommentierung zu Lp. 25; Lizarazo-Rodríguez, *Nordic Journal of Human Rights* 36 (2018), 353 (368).

1667 McCorquodale/Griffith, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 119 (133 f.).

1668 Lizarazo-Rodríguez, *Nordic Journal of Human Rights* 36 (2018), 353 (361 f.).

1669 Scheltema, *Dovenschmidt Quarterly* 2 (2013), 190 (195) (mit Diskussionsvorschlägen).

1670 Lizarazo-Rodríguez, *Nordic Journal of Human Rights* 36 (2018), 353 (369); vgl. Scheltema, *Dovenschmidt Quarterly* 2 (2013), 190 (195 f.). Anderes Beispiel: Eine finanzielle Entschädigung für vergewaltigte Frauen wird ebenfalls nicht effektiv sein, wenn Observanz oder patriarchale Strukturen die Frauen dazu zwingen, das Geld männlichen Familienangehörigen zu überlassen, ihre Leidensgeschichte dadurch dorfbekannt wird und sie sozial geächtet werden (vgl. Buhmann, in: Enneking u. a. (Hrsg.), *Accountability, International Business Operations, and the Law* (2019), 38 (41 f.)).

1671 Otteburn, in: Davaanyam/Krajewski (Hrsg.), *Exploring Corporate Human Rights Responsibilities* (2025), 103 (104 f., 110 ff.).

1672 Lizarazo-Rodríguez, *Nordic Journal of Human Rights* 36 (2018), 353 (367 ff.).

1673 Lizarazo-Rodríguez, *Nordic Journal of Human Rights* 36 (2018), 353 (367 f.).

ben für den Verfahrensausgang eines spA-Verfahrens.¹⁶⁷⁴ Der Schwerpunkt eines spA-Verfahrens liegt darauf, in einem nicht-kontradiktorischen Verfahren eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen.¹⁶⁷⁵ Als nicht-einvernehmliche Verfahrensausgänge, also solche, die unilateral von einer NKS ausgesprochen werden können, sind nur Empfehlungen und Feststellungen vorgesehen. Diese liegen aber im Ermessen einer NKS (Art. I-C-4 lit. b) und c) Verfahrensregelungen 2023) und sind in ihrer Wirkung begrenzt.

Empfehlungen sind unverbindlich.¹⁶⁷⁶ NKSen haben keine Möglichkeiten zur Vollstreckung ihrer Entscheidungen.¹⁶⁷⁷ Eine NKS kann den Beschwerdegegner nicht zu einer bestimmten Leistung oder Abhilfemaßnahme verurteilen und ihm auch keine finanzielle Entschädigung zusprechen.¹⁶⁷⁸ Zwar gibt es Fälle, in denen Beschwerdeführer eine finanzielle Entschädigung erhalten haben; sie war aber stets das Ergebnis einer Einigung zwischen den Parteien.¹⁶⁷⁹ NKSen können eine bestimmte Abhilfemaßnahme nicht verbindlich unilateral anordnen, sondern nur gemeinsam mit den Parteien auf sie hinarbeiten.¹⁶⁸⁰ Zu beachten ist außerdem die prospektive Dimension der spA-Verfahren: Empfehlungen müssen nicht darauf gerichtet sein, einem Beschwerdeführer Abhilfe für vergangenes Fehlverhalten des MNU zu verschaffen. Empfehlungen können auch darauf gerichtet sein, einem MNU präventive Verhaltensweisen naheulegen, um Situationen wie diejenige, die Anlass für die Beschwerde gab, in Zukunft zu vermeiden.¹⁶⁸¹ Wenn das MNU eine solche Empfehlung umsetzt (etwa indem es sein Risikomanagementsystem anpasst), wird der ursprüngliche

1674 Kaufmann, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 175 (181).

1675 Art. I-C-*Chapeau* S. 5, I-C-3 lit. d) Verfahrensregelungen 2023; vgl. Kapitel 6 C. I.

1676 Kapitel 10 C. I.

1677 Svoboda, European YbIEL II (2020), 31 (40).

1678 OECD, The NCPs from 2000 to 2015 (2016), S. 14; OECD, Initial Assessment Guide (2019), S. 13; OECD, Stocktaking Report (2022), S. 78; Nieuwenkamp, OECD Observer vom 25. Januar 2018, 1 (2) — „Beer, conflict and compensation: Heineken-Congo agreement“; Schank/Hajduk, in: Kleinfeld/Martens (Hrsg.), CSR und Compliance (2018), 79 (84); Buhmann, in: Enneking u. a. (Hrsg.), Accountability, International Business Operations, and the Law (2019), 38 (45); Khoury/Whyte, Journal of Human Rights 18 (2019), 363 (371); vgl. OECD:LU-NCP:2024:LU-5-IA, S. 1.

1679 Siehe Fußnote 1128 in Kapitel 6.

1680 Nieuwenkamp, OECD Observer vom 25. Januar 2018, 1 (2) — „Beer, conflict and compensation: Heineken-Congo agreement“.

1681 Kapitel 6 C. III. 2. b).

Beschwerdeführer hiervon nicht zu profitieren. Solche Empfehlungen sind deshalb keine Form materieller Abhilfe.¹⁶⁸²

Nur Feststellungen zur Leitsatzkonformität des Verhaltens eines MNUs kommen als eigene Form der Abhilfe in Betracht.¹⁶⁸³ Der IGH beispielsweise tendiert dazu, seine Feststellungsurteile als Form der Genugtuung (*satisfaction*) im Sinne des Art. 37 ASR¹⁶⁸⁴ anzusehen.¹⁶⁸⁵ Eine Feststellung wird die festgestellten Punkte zwischen den Parteien außer Streit stellen und die Kontroverse zwischen den Parteien so möglicherweise beruhigen können. Eine negative Feststellung wird zudem über ihre Prangerwirkung öffentlichen Druck aufbauen. Beschwerdeführer könnten sich auch allein dadurch entschädigt fühlen, dass mit einer NKS eine staatliche Stelle einen Bericht über die Geschehnisse veröffentlicht hat.¹⁶⁸⁶ Allerdings treffen nur wenige NKSen Feststellungen.¹⁶⁸⁷

3. Zwischenfazit

Im Ergebnis kann ein spA-Verfahren grundsätzlich nicht als Abhilfeverfahren – jedenfalls nicht als *effektives* Abhilfeverfahren –¹⁶⁸⁸ eingestuft werden.¹⁶⁸⁹ Das gilt zumindest mit Blick auf die materielle Dimension

1682 *McCorquodale/Griffith*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 119 (134).

1683 *OECD*, NCPs Providing Access to Remedy: 20 Years (2020), S. 23; *OECD Watch*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 49 (49 f.).

1684 *VN*, Materials on the Responsibility of States (2023), Art. 37.

1685 *IGH*, Judgment (9. April 1949), ICJ Reports 1949, 4 (35 f.) — „Corfu Channel“ (United Kingdom ./. Albania), Merits; *IGH*, Judgment (26. Februar 2007), ICJ Reports 2007, 43 (Rn. 463) — „Bosnian Genocide Case“ (Bosnia & Herzegovina ./. Serbia), Merits. Genugtuung ist hier laut *McIntyre* allerdings nicht in ihrer wiedergutmachenden Dimension zu verstehen, da Wiedergutmachung von der delinquenten Partei selbst geleistet werden müsse, sondern zeige hier eine strafende Dimension (Ausführlich: *McIntyre*, in: Lavranos/Kok (Hrsg.), Hague YbIL (2012), 107 (147 ff.)).

1686 *Ochoa Sanchez*, Nord JIL 84 (2015), 89 (117 f.) nennt als Gründe: Öffentliche Anerkennung der Geschehnisse, Eindämmung von Lügen und Prävention.

1687 *OECD*, Recommendations and Determinations Guide (2019), S. 8 f.

1688 Ich habe mich bei der obigen Analyse an den Kriterien „effektiver“ Abhilfe orientiert. Legt man niedrigere Maßstäbe an und ließe auch ineffektive Abhilfe für eine Qualifikation als Abhilfemechanismus ausreichen, besteht Raum, spA-Verfahren als Abhilfemechanismen zu bezeichnen.

1689 So auch : *Kaufmann*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 175 (184).

effektiver Abhilfe: Das Instrumentarium der NKSen ist zu begrenzt. Der Schwerpunkt der spA-Verfahren liegt auf der konsensualen Problemlösung zwischen den Parteien und nicht darauf, unilateral materielle Abhilfe zuzusprechen.¹⁶⁹⁰ NKSen sprechen keine Abhilfe zu; sie vermitteln sie. Nur wenn man den Gedanken der Verhältnismäßigkeit in den Vordergrund rückt, also beispielsweise für unbedeutende Menschenrechtsverletzungen geringe Formen der Abhilfe genügen lässt, kann man spA-Verfahren als (effektive) Abhilfeverfahren ansehen.¹⁶⁹¹ Die einschlägigen Regelungen fassen die spA-Verfahren nicht als ein ergebnisorientiertes Verfahren auf, sondern rücken vielmehr das Verfahren an sich in den Vordergrund.¹⁶⁹² Wenn man in diesem Sinne die materielle Dimension effektiver Abhilfe ausblendet und sich auf die formelle Dimension fokussiert, könnte es gerechtfertigt sein, spA-Verfahren, die den grundlegenden Effektivitätskriterien genügen, als Abhilfeverfahren zu klassifizieren.

V. Zugängliches Verfahren

Ein zugängliches Verfahren ist ein Verfahren, das von einer Vielzahl von Akteuren in einer Vielzahl von Fällen angerufen werden kann. Das Gegenteil ist ein Verfahren mit geringem Benutzungspotenzial, das nur unter strengen Voraussetzungen von einem kleinen Personenkreis (wie Staaten) in selten relevanten Sondersituationen angerufen werden kann.¹⁶⁹³ Damit sind Fragen zur Zuständigkeit und zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen (im Rahmen der spA-Verfahren: Annahmeveraussetzungen) angesprochen. Je zugänglicher ein Verfahren ist, desto härter ist es.

Aus dem Effektivitätskriterium der Zugänglichkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 2 Verfahrensregelungen 2023) ergibt sich, dass spA-Verfahren in der Theorie besonders zugängliche Verfahren sind. Die Zuständigkeit der NKSen ist weitreichend: Lediglich für eine Beschwerde, die sich gegen ein MNU aus einem Nicht-Teilnehmerstaat wegen seines Verhaltens in einem

1690 Weber, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 101 (105): „*problem-solving system, not a remedy regime*“.

1691 Auf Basis empirischer Beobachtungen: Otteburn, in: Davaanyam/Krajewski (Hrsg.), Exploring Corporate Human Rights Responsibilities (2025), 103 (125 f.).

1692 Kaufmann, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 175 (181).

1693 Vgl. Abbott u. a., International Organization 54 (2000), 401 (416); vgl. Goldmann, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), Exercise of Public Authority (2010), 661 (690); vgl. Shany, AJIL 106 (2012), 225 (251 f.).

Nicht-Teilnehmerstaat richtet, ist keine NKS zuständig.¹⁶⁹⁴ Zudem decken die Leitsätze sämtliche RBC-Belange und nicht nur einen Ausschnitt wie Menschen- oder Arbeitsrechte ab, weshalb NKSen auch in Bezug auf Vorfälle im Bereich der Besteuerung (Kapitel XI) oder Korruption (Kapitel VII) angerufen werden können.¹⁶⁹⁵ In zeitlicher Hinsicht dürfen NKSen lediglich solche Beschwerden nicht annehmen, denen ein Sachverhalt von vor dem Jahr 1976 zugrunde liegt.¹⁶⁹⁶ Die Annahmeveraussetzungen einer Beschwerde sind so auszulegen, dass sie dem Beschwerdeführer entgegenkommen.¹⁶⁹⁷ Sie stellen denn auch insgesamt nur sehr niedrige Hürden auf und zeichnen das Bild eines eher informellen Verfahrens. Da beispielsweise keine Beschwerde notwendig ist (siehe bereits A. III.), sprechen manche von einem Popular-Verfahren.¹⁶⁹⁸ Weder herrscht ein Anwaltszwang,¹⁶⁹⁹ noch kennt das Verfahren strenge Fristen,¹⁷⁰⁰ noch sind Gebühren für das Verfahren zu entrichten.¹⁷⁰¹

Allerdings besteht ein Unterschied zwischen Theorie und Praxis. Eine Untersuchung der OECD, in der Verfahren der Jahre 2000 bis 2018 betrachtet wurden, kam zum Ergebnis, dass Beschwerden recht häufig abgelehnt werden (Zeitraum 2000 bis 2018: Ablehnungsquote von 35 %; Zeitraum 2011 bis 2018: Ablehnungsquote von 43 %).¹⁷⁰² Häufige Gründe für die Ablehnung einer Beschwerde waren ein fehlender Beitrag zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze und die fehlende Schlüssigkeit und Substantiierung der Beschwerde.¹⁷⁰³ Diese Daten erlauben (mindestens) zwei Interpretationen. Die hohe Ablehnungsquote könnte einerseits darauf zurückzuführen sein, dass überproportional häufig nicht annahmefähige Beschwerden erhoben werden, die bestimmungsgemäß herausgefiltert werden. Die Daten lassen andererseits aber auch den Schluss zu, dass NKSen

1694 Kapitel 6 A., Kapitel 15 G. I.

1695 Vgl. *OECD*, Stocktaking Report (2022), S. 74.

1696 Kapitel 6 B. II. I., Kapitel 15 G. III.

1697 *OECD*, Initial Assessment Guide (2019), S. 5, 19.

1698 *Protopsaltis*, *FORUM du droit international* 7 (2005), 251 (255); *Dörr*, in: Reinisch u. a. (Hrsg.), *BerDGIR* 50 (2020), 133 (150 f.).

1699 Kapitel 6 B. I. 4.

1700 Kapitel 6 B. IV., Kapitel 13 B. V. 2.

1701 *UmVerf-Ko* 2023, Rn. 10 lit. b); *OECD*, Stocktaking Report (2022), S. 74.

1702 *OECD*, Initial Assessment Guide (2019), S. 14 f. Die Untersuchung weist darauf hin, dass die Daten für die Jahre 2000 bis 2011 weniger belastbar sind und die Ablehnungsquote in diesem Zeitraum höher sein dürfte als es die Daten zeigen.

1703 *OECD*, Initial Assessment Guide (2019), S. 15 f. *OECD Watch* weist demgegenüber auch auf eine hohe Ablehnungsquote von Beschwerden wegen Parallelverfahren hin: *OECD Watch*, *NCP Evaluations* (2025), S. 11.

Beschwerden im Zweifelsfalle eher ablehnen als annehmen; der Filter der Annahmeveraussetzungen wäre dann engmaschiger als intendiert. Die deutungsoffene Natur vieler Annahmeveraussetzungen (insbesondere: Substantiierung¹⁷⁰⁴ der Beschwerde; Beitrag zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze) weist meines Erachtens in diese Richtung. Gleichwohl bleibt das spA-Verfahren – gerade im Vergleich mit (innerstaatlichen) gerichtlichen Verfahren oder formalisierten Verfahren – ein außerordentlich zugängliches Verfahren.

VI. Fazit unter Berücksichtigung der Indikatoren

SpA-Verfahren sind weder als gerichtsähnliche Verfahren, noch als Schlichtungs-, Beschwerde- oder Abhilfeverfahren einzustufen. Am ehesten lassen sie sich als **institutionalisierte obligatorische Schlichtungsverfahren** beschreiben. Alternativ bleibt die Verlegenheitsklassifikation als Verfahren *sui generis*.¹⁷⁰⁵ SpA-Verfahren sind eklektische Verfahren, die aus mediativen und gerichtsähnlichen Elementen bestehen und die sich von NKS zu NKS unterscheiden. Manche NKSen betonen die einen, manche NKSen die anderen Elemente. Tendenziell liegt der Schwerpunkt aber auf den mediativen Elementen.

Ein Verfahrensvorbild, das in Zweifelsfragen Orientierung bieten könnte, lässt sich kaum erkennen. Ein solches Verfahrensvorbild wäre beispielsweise sehr nützlich, um die Rolle der NKSen bei der Sachverhaltsaufklärung oder die Substantiierungsanforderungen der Parteien besser zu verstehen.¹⁷⁰⁶ Das Gleiche gilt für die Frage, ob ein Beschwerdeführer seine Beschwerde zurückziehen kann. Die eklektisch-schillernde Natur des spA-Verfahrens stiftet Verwirrung und Unsicherheit unter (potenziellen) Nutzern.¹⁷⁰⁷ Unsicherheit schafft falsche Erwartungen, da jeder potenzielle Nutzer seine eigenen Erwartungen auf das spA-Verfahren projizieren wird.¹⁷⁰⁸ Das hat negative Auswirkungen auf das Effektivitätskriterium der

1704 Gegen zu hohe Anforderungen an die Substantiierung (und Schlüssigkeit) einer Beschwerde richtet sich die häufig und auch kürzlich wieder geäußerte Kritik von OECD Watch: *OECD Watch*, NCP Evaluations (2025), S. II.

1705 Siehe Fußnote 1518.

1706 *Maheandiran*, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (234 f.).

1707 *Maheandiran*, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (231, 237).

1708 Vgl. *Maheandiran*, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (230).

Vorhersehbarkeit (Art. I-*Chapeau* S. 2 Nr. 6 Verfahrensregelungen 2023).¹⁷⁰⁹ Erwartet ein Beschwerdeführer ein gerichtsähnliches Verfahren, wird er mit einem transparenten Verfahren und einer belastbaren Sachverhaltsermittlung rechnen; erwartet er ein mediatives Verfahren, wird er von geringeren Anforderungen an Transparenz und Substantiierung ausgehen und damit rechnen müssen, dass die NKS den Austausch zwischen Beschwerdeführer und -gegner stärker steuert und einer Seite erforderlichenfalls Informationen vorenthält.¹⁷¹⁰ Enttäuschte Erwartungen und Frustration über Vertraulichkeitsanforderungen und (unterstellte) Parteilichkeit haben beispielsweise die Beschwerdeführer in einem Verfahren gegen den französischen Energieversorger EDF vor der französischen NKS¹⁷¹¹ dazu bewogen, presseöffentlich eine Scheinjustiz (*simulacre de justice*) anzuklagen.¹⁷¹² Das ist einerseits wegen der unklaren Verfahrensvorbilder eines spA-Verfahrens nachvollziehbar, da die lückenhaften Vorgaben der OECD hohe Erwartungen wecken. Andererseits ist es überzogen, ein spA-Verfahren als gerichtsähnliches Verfahren zu verstehen.¹⁷¹³

Ungeachtet dieser Schwierigkeiten, das spA-Verfahren zu charakterisieren, zeigen sich im Lichte der eingangs genannten Indikatoren signifikante Erhärtungserscheinungen. Bei den Indikatoren der Zugänglichkeit und der Regelbasiertheit der Entscheidungsfindung lassen sich die stärksten Erhärtungserscheinungen beobachten: Das spA-Verfahren ist (auch wenn sich dies nicht stets *in praxi* zeigt) ein besonders zugängliches Verfahren, dessen Initiierung nicht an strenge Vorgaben wie eine Beschwer genknüpft ist. SpA-Verfahren sind außerdem grundsätzlich Verfahren, die in einer regelbasierten Entscheidung enden, da sie auf der Anwendung und Auslegung der Leitsätze beruhen und nur in kleinem Maße transaktionale Elemente erlauben. Am schwächsten ausgeprägt sind demgegenüber die verfahrensergebnisbezogenen Durchsetzungsbefugnisse: SpA-Verfahren sind keine Abhilfeverfahren, die Aussprüche einer NKS sind grundsätzlich nicht verbindlich und nur eine Minderheit von NKSen ist bereit, Feststellungen zu treffen. Erhärtungserscheinungen mittlerer Stärke zeigen sich bei den verbliebenen beiden Indikatoren: So sollen NKSen in der Theorie unab-

1709 Vgl. Maheandiran, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (231, 237).

1710 Maheandiran, Harvard Negotiation Law Review 20 (2015), 205 (232–237).

1711 OECD:FR-NCP:2020:FR-26-FS.

1712 Cossart u. a., Champs d'éoliennes d'EDF, Le Nouvel Obs (16. Oktober 2019).

1713 Zugestanden sei, dass „*simulacre de justice*“ auch mit Scheingerechtigkeit übersetzt werden kann. Der erhobene Vorwurf würde dann noch schwerer wiegen. Das Grundproblem bleibt allerdings gleich: Die OECD und die französische NKS haben die Entstehung überzogener Erwartungen an das spA-Verfahren zugelassen.

hängige Instanzen sein, die den Parteien ihre Expertise zu den Leitsätzen zur Verfügung stellen; es ist jedoch nicht garantiert, dass dies auch tatsächlich der Fall ist. Wie autonom die NKS das spA-Verfahren zu Lasten der Verfahrensherrschaft der Parteien gestaltet, kann teilweise nur unter Rückgriff auf das Mandatsverständnis einer NKS beantwortet werden. Starke Unterschiede zwischen den NKSen zeigen sich beispielsweise bei der Sachverhaltsermittlung durch die NKS und der Frage der Dispositionsbefugnis der Parteien. Andere Aspekte des spA-Verfahrens zeigen nur zurückhaltende Begrenzungen der Verfahrensherrschaft der Parteien. So ist die Transparenz eines spA-Verfahrens zwar höher als diejenige eines Schlichtungsverfahrens, bleibt aber hinter derjenigen eines gerichtlichen Verfahrens zurück. Zudem beruht das spA-Verfahren zwar auf vorgefertigten Verfahrensregelungen, die nicht zur Disposition der Parteien stehen, doch lassen sie den Parteien viel Raum, selbst redlich auf eine Lösung zuzuarbeiten.

Ordnet man spA-Verfahren auf dem eingangs dargestellten, von weich nach hart reichendem Spektrum herkömmlicher Nachverfolgungsmechanismen ein, sind sie eindeutig in der Hälfte der härteren Nachverfolgungsmechanismen einzuordnen. Diese Einordnung beruht insbesondere auf der Feststellung, dass sich spA-Verfahren am ehesten mit institutionalisierten obligatorischen Schlichtungsverfahren vergleichen lassen; sie liegen damit zwischen Schlichtungs- und gerichtsähnlichen Verfahren.

B. Die Natur der Verfahren vor dem Investitionsausschuss

Im zweiten Abschnitt dieses Kapitels möchte ich die zwei wichtigsten Verfahren des Investitionsausschusses, das Klarstellungs- und das Rügeverfahren, mit Nachverfolgungsmechanismen vergleichen (I.). Ich werde mich dabei auf den Vergleich mit gerichtsähnlichen bzw. gerichtlichen Verfahren beschränken. Da der Investitionsausschuss den NKSen hierarchisch übergeordnet ist, stellt sich zusätzlich die Frage, ob der Investitionsausschuss in diesen Verfahren als zweite Instanz fungiert (II.). Abschließend werde ich auf die zu Beginn des vorherigen Abschnitts (A.) erwähnten fünf Indikatoren zurückkommen (III.).

Vorab sei darauf hingewiesen, dass ein Vergleich des Klarstellungs- und des Rügeverfahrens mit einem Schlichtungsverfahren evident sinnlos ist: Ein Schlichtungsverfahren verbindet schließlich Elemente eines Vermittlungs- und eines Untersuchungsverfahrens (vgl. A. II.). Klarstellungs- und

Rügeverfahren weisen jedoch keine Elemente eines Vermittlungsverfahrens auf, da es sich um Verfahren handelt, mit denen der Investitionsausschuss seine Aufsicht gegenüber den NKSen ausübt. Klarstellungsverfahren kennen als Verfahren, die auf eine Klarstellung *in abstracto* zielen (Kapitel 7 B. III. 2. a)), schon gar keinen Antragsgegner. Bei Rügeverfahren geht es nicht um eine Annäherung zwischen einem Antragsteller und einer NKS; die Parteien eines spA-Ausgangsverfahrens treten auch gar nicht vor der NKS auf (Kapitel 7 C. I. 2.). Sofern beide Verfahren Verhandlungen erlauben, handelt es sich nicht um Verhandlungen zwischen den Verfahrensparteien eines etwaigen spA-Ausgangsverfahrens, sondern um Verhandlungen zwischen den Teilnehmerstaaten als Mitglieder des Investitionsausschusses. Insofern zeigt sich schon an dieser Stelle die begrenzte Bedeutung der Verfahren vor dem Investitionsausschuss für die Erhärtung der Leitsätze in der Dimension der Nachverfolgung: Die Adressaten der Leitsätze sind von diesen Verfahren nur mittelbar betroffen; ihr Verhalten wird in diesen Verfahren nicht untersucht und damit auch nicht beurteilt oder sanktioniert.

I. Gerichtsähnliches Verfahren

Die Kommentierungen der Umsetzungsverfahren verneinen, dass die Verfahren vor dem Investitionsausschuss gerichtliche (*judicial*) oder gerichtsähnliche (*quasi-judicial*) Verfahren sind.¹⁷¹⁴ Diese Aussage findet zumindest teilweise Unterstützung in der Literatur.¹⁷¹⁵ Auch ich halte sie für richtig. Im Zusammenhang mit spA-Verfahren habe ich mit der (i) fehlenden Bindungswirkung des Verfahrensausgangs, (ii) der Sachverhaltsermittlung durch den Spruchkörper, (iii) dem feststellenden Charakter der Entscheidung, (iv) der regelbasierten Entscheidungsfindung, (v) der Anwendbarkeit vorgefertigter Verfahrensregelungen sowie (vi) der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit eines mit Experten besetzten Spruchkörpers mehrere Eigenschaften gerichtlicher und gerichtsähnlicher Verfahren identifiziert (vgl. A. I.).

1714 UmVerf-Ko 2023, Rn. 57.

1715 *Blanpain*, in: Horn (Hrsg.), *Legal Problems of Codes of Conduct* (1980), 145 (148 f.); *Wallace*, *MNE and Legal Control* (2002), S. 1094; *Schuler*, GLJ 9 (2008), 1753 (1773); aA: *Seidl-Hohenveldern*, RdC 163 (1979), 169 (208); ähnlich wie *Seidl-Hohenveldern*: *Protopsaltis*, FORUM du droit international 7 (2005), 251 (260).

Misst man **Klarstellungsverfahren** an diesen Kriterien für gerichtsähnliche Verfahren, fällt auf, dass nur das Kriterium der vorgefertigten Verfahrensregelungen eindeutig zu bejahen ist, da diese vom Ausschuss aufgestellt werden und nicht zur Disposition der Verfahrensparteien stehen.¹⁷¹⁶ Offensichtlich zu verneinen ist die Sachverhaltsermittlung durch den Ausschuss, da er auf Basis eines hypothetischen Falls entscheidet.¹⁷¹⁷ Wegen des Schlussfolgerungsverbots (Art. II-4 S. 3 RatsE-Leitsätze 2023) kann das Klarstellungsverfahren auch *a priori* keinen feststellenden Charakter besitzen; es entscheidet schlicht keinen Einzelfall. Auch die Bindungswirkung des Verfahrensausgangs ist eher zu verneinen: In Kapitel 10¹⁷¹⁸ wird insofern darzulegen sein, dass Klarstellungen zwar die Teilnehmerstaaten binden, aber nicht, worauf es hier ankommt, die Verfahrensparteien des spA-Ausgangsverfahrens.

Dass das Kriterium der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit eines mit Experten besetzten Spruchkörpers zu verneinen ist, ist demgegenüber nicht offensichtlich. Es ergibt sich aber aus der Besetzung des Investitionsausschusses und daraus, dass er im Konsens entscheidet. Es besteht eine große Übereinstimmung zwischen NKS-Funktionären und den Staatenvertretern im Investitionsausschuss.¹⁷¹⁹ Jede NKS genießt damit ein faktisches Veto-recht gegen eine Klarstellung, die ihren Interessen zuwiderlaufen könnte. Der Ausschuss kann deshalb nicht als unabhängiges Expertengremium wahrgenommen werden.¹⁷²⁰ Die Monopolisierung des Klarstellungsverfahrens beim Ausschuss ist Ausdruck dessen, dass die Teilnehmerstaaten nicht bereit sind, die autoritative Auslegung der Leitsätze einem unabhängigen und mit neutralen Experten besetzten Gremium zu überlassen.¹⁷²¹ Die Tatsache, dass die Ausarbeitung des ersten Entwurfs der Klarstellung nicht durch den Ausschuss, sondern durch sein zuständiges Nebenorgan vorgenommen wird (vgl. Art. II-2-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023), ändert hieran wenig; auch zwischen der Besetzung dieses Nebenorgans und NKS-Funktionären besteht nämlich eine große Schnittmenge.¹⁷²² Ein-

1716 UmVerf-Ko 2023, Rn. 59.

1717 Kapitel 7 B. II. 1.

1718 Kapitel 10 C.II.

1719 Schliemann, GLJ 13 (2012), 51 (82); Davarnejad, Menschenrechtsverantwortung von MNUen und CSR (2020), S. 163 f.

1720 Blanpain, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 145 (149); Schliemann, GLJ 13 (2012), 51 (82).

1721 Vogelaar, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 127 (136 f.).

1722 OECD, Stocktaking Report (2022), S. 77.

zig die Involvierung des OECD-Sekretariats (Art. II-5-*Chapeau* Verfahrensregelungen 2023) bringt einen gewissen Grad an Unabhängigkeit und Expertise in das Verfahren ein. Das OECD-Sekretariat weist etwas Autonomie gegenüber den Mitgliedsstaaten auf und kann durch seine Vorauswahl relevanter Punkte und Vorbereitung einer Entscheidung subtilen Einfluss ausüben.¹⁷²³

Der konsensbasierte Entscheidungsmodus und die fehlende Unabhängigkeit des Investitionsausschusses bedingen es, dass er zu seinen Klarstellungen nicht zwingend auf Grundlage der Auslegung von Normen kommt. Vielmehr wurde seine Entscheidungsfindung zumindest früher als transaktionale, interessenbasierte Verhandlungen zwischen den involvierten Parteien und als politische Prozesse beschrieben, deren Ergebnisse nicht zwangsläufig mit den Ergebnissen übereinstimmen müssen, die auf Basis der herkömmlichen Auslegungskanones zu gewinnen wären.¹⁷²⁴ Da sämtliche Verfasser des Ursprungsinstruments mit der Klarstellung einverstanden sein müssen, genießt sie ein erhebliches Gewicht.¹⁷²⁵ Angesichts dieses politischen Rückhalts braucht ihre Überzeugungskraft nicht auf juristischen Erwägungen zu beruhen. Positiv gewendet folgt daraus, dass der Ausschuss ein breites Mandat für weitreichende Klarstellungen hat. Das belegt die Vorgeschichte der Einfügung des Umweltkapitels in die Leitsätze mit der 1991er Überprüfung.¹⁷²⁶ Zuvor enthielten die Leitsätze eine lediglich aus wenigen Worten bestehende Bezugnahme auf Umweltbelange.¹⁷²⁷ Sie verlangte von Unternehmen, die Ziele und Prioritäten der Gaststaaten in Bezug auf – unter anderem den – Umweltschutz gebührend zu berücksichtigen (Ls. 2 des Grundsatzkapitels der Leitsätze 1976). Im Jahr 1985 erließ der Ausschuss *sua sponte* eine Klarstellung zu Umweltfragen.¹⁷²⁸ Diese Klarstellung verwandelte diese kurze Bezugnahme auf den Umweltschutz in eine Vielzahl spezifischer Erwartungen an MNUen.¹⁷²⁹ Bemerkenswert daran ist, dass der Ausschuss das 1991 eingefügte Umweltkapitel als eng

1723 Woodward, The OECD (2022), S. 67 (allgemein zur Rolle des OECD-Sekretariats).

1724 Blanpain, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 145 (149); Vogelaar, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 127 (136 f., 139); Kauzlarich, American University Law Review 30 (1981), 1009 (Fn. 32 auf S. 1016); vgl. Fatouros, in: Dominicé u. a. (Hrsg.), FS Lalive (1993), 231 (236).

1725 OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 42; Lévy, in: Rubin/Hufbauer (Hrsg.), Emerging Standards of International Trade and Investment (1984), 47 (52).

1726 OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 52–54.

1727 Vgl. OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 36.

1728 CIME, ILM 25 (1986), 494 (494 f.).

1729 CIME, ILM 25 (1986), 494 (494 f.).

auf dieser Klarstellung basierend darstellt.¹⁷³⁰ Der Ausschuss hatte also mit seiner Klarstellung, die sich auf wenige Worte in den Leitsätzen bezog, die Einfügung eines gesamten Kapitels der Leitsätze vorweggenommen. Das unterstreicht, welch umfassendes Mandat sich der Ausschuss für Klarstellungen zuschreibt. Mit seinen jüngsten Klarstellungen setzt sich der Ausschuss allerdings von seiner vergangenen Praxis ab. Die Klarstellungen aus den Jahren 2021 und 2024 nehmen ausgiebig Bezug auf den Wortlaut der Leitsätze, auf einschlägige NKS-Aussprüche und auf verschiedene Leitfäden der OECD.¹⁷³¹ Aus juristischer Perspektive sind seine Erkenntnisse in diesen Verfahren gut vertretbar; hier ließe sich das Kriterium der Auslegung und Anwendung von Normen also tendenziell bejahen.

Tendenziell wird man das **Rügeverfahren** ebenso wenig wie das Klarstellungsverfahren als gerichtliches oder gerichtsähnliches Verfahren bezeichnen können.¹⁷³² Vor allem die fehlende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Investitionsausschusses sprechen dagegen. Auch wird das Ergebnis des Rügeverfahrens (die „Antwort“) nicht die Verfahrensparteien des Ausgangsverfahrens binden.¹⁷³³ Dieses Ergebnis ist aber weniger eindeutig als beim Klarstellungsverfahren.

Abgesehen von der Entscheidung auf Basis vorgefertigter Verfahrensregelungen, die dem Rüge- und Klarstellungsverfahren gemein ist,¹⁷³⁴ lässt sich nämlich ein anderes Bild als beim Klarstellungsverfahren zeichnen. Hierzu zählt insbesondere der feststellende Charakter der Antwort des Investitionsausschusses im Rügeverfahren, da sich der Investitionsausschuss dazu äußern wird, ob eine NKS die anwendbaren Verfahrensregelungen verletzt hat.¹⁷³⁵ Dabei wird der Ausschuss im Rügeverfahren zumindest in Ansätzen eine Ermittlung des Sachverhalts vornehmen müssen, weil das Rügeverfah-

1730 OECD, MNE-Declaration Review (1992), S. 52 f.

1731 OECD:IC:2021:IC-3-CL, Rn. 9 ff.; OECD:IC:2024:IC-5-CL, Rn. 9 ff.; OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 5 ff.

1732 UmVerf-Ko 2023, Rn. 57.

1733 Im Rahmen der Klarstellungsverfahren ergibt sich die Unverbindlichkeit der Klarstellungen für die Parteien des Ausgangsverfahrens aus der unverbindlichen Natur der Leitsätze und aus dem Schlussfolgerungsverbot in Art. II-4 S. 3 RatsE-Leitsätze 2023 (näher: Kapitel 10 C. II.). Zwar bezieht sich das Schlussfolgerungsverbot seiner systematischen Stellung nach nur auf das Klarstellungsverfahren, doch wird es in UmVerf-Ko 2023, Rn. 57 und OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 52 auch auf das Rügeverfahren bezogen. Ob stattdessen die Teilnehmerstaaten durch die Antwort des Ausschusses gebunden werden, ist eine andere Frage, der ich hier nicht nachgehen kann.

1734 Für das Rügeverfahren siehe UmVerf-Ko 2023, Rn. 61.

1735 Kapitel 7 C. II. 2.

ren den Vorwurf eines konkreten und realen Fehlverhaltens einer NKS zum Gegenstand hat (vgl. Art. II-2 lit. b) S.1 Verfahrensregelungen 2023). Ob der Ausschuss im Rügeverfahren zu seiner „Antwort“ durch Auslegung und Anwendung von Normen gelangt oder ob transaktionale Verhandlungen zwischen den Teilnehmerstaaten im (parteischen und abhängigen) Investitionsausschuss das Verfahren dominieren, lässt sich angesichts der wenigen Verfahren noch nicht abschließend beurteilen. Es finden sich jedenfalls vielversprechende Aussagen, die nahelegen, dass der Ausschuss eine Rüge vornehmlich rechtlich würdigt.¹⁷³⁶ Alles in allem ist das Verfahren aber noch so neu und wurde so selten angestrengt (vgl. Tabelle 5 in Kapitel 7), dass sich erst noch zeigen muss, welchen Charakter es annehmen wird.

Im Ergebnis sind (zur Zeit) also weder Klarstellungsverfahren noch Rügeverfahren als gerichtsähnliche Verfahren einzustufen. Im Unterschied zum Klarstellungsverfahren besteht bei Rügeverfahren jedoch das Potenzial, dass sie sich in Richtung eines gerichtsähnlichen Verfahrens entwickeln werden. Das Klarstellungsverfahren hat vornehmlich politischen Charakter.

II. Der Investitionsausschuss als zweite Instanz

Der Umstand, dass der Investitionsausschuss auch mit einzelfallbasierten Klarstellungen befasst werden kann und in Rügeverfahren über das Fehlverhalten einer NKS in einem spA-Verfahren entscheidet, legt es nahe, sich mit seiner Charakterisierung als eine zweite Instanz einer hierarchischen Forumsarchitektur zu befassen.¹⁷³⁷ Die Möglichkeit, eine NKS-Entscheidung in einer zweiten Instanz nachprüfen zu lassen, wäre für Beschwerdeführer und -gegner sehr bedeutsam: Der Ausspruch einer NKS kann ihre Position faktisch und womöglich sogar rechtlich beeinträchtigen.¹⁷³⁸ Allge-

1736 Zu finden sind beispielsweise eine systematische Auslegung in OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 31, eine historische Auslegung in OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 40 und eine wortlautbasierte, systematische und teleologische Auslegung in OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 60 f.

1737 Charakterisierung als zweite Instanz verneinend: *Oshionebo*, Lewis & Clark Law Review 17 (2013), 545 (578); *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 256; *Perillo*, Intl Community Law Rev 24 (2022), 36 (43). Auf Ähnlichkeiten hinweisend: *Schuler*, GLJ 9 (2008), 1753 (1773); *Huarte Melgar* u. a., The 2011 Update of the OECD Guidelines (2011), S. 53. Wohl bejahend: *Protopsaltis*, FORUM du droit international 7 (2005), 251 (257 ff.).

1738 *Schliemann*, GLJ 13 (2012), 51 (82). Im Lichte des Menschenrechts auf einen effektiven Rechtsbehelf (Art. 13 EMRK oder Art. 2 Abs. 3 IPbPr) stellt sich die

mein gesprochen würde die Charakterisierung des Investitionsausschusses als zweite Instanz voraussetzen, dass der Ausschuss als hierarchisch übergeordnetes, gerichtliches oder gerichtsähnliches Forum eine Nachprüfung des Ausspruches der untergeordneten Instanz in rechtlicher und gegebenenfalls tatsächlicher Hinsicht vornimmt und die Befugnis besitzt, diesen Ausspruch ganz oder teilweise abzuwandeln.¹⁷³⁹

An diesen Kriterien gemessen kann der Ausschuss im **Klarstellungsverfahren**, obwohl er den Kontaktstellen zugegebenermaßen übergeordnet ist, keine zweite Instanz sein. Zunächst sei daran erinnert, dass der Investitionsausschuss keine Anstrengungen zur Sachverhaltsermittlung unternimmt; er wird einen Sachverhalt, so wie ihn die Antragsteller oder die NKS präsentieren, akzeptieren und keiner eigenen Nachprüfung in tatsächlicher Hinsicht unterziehen.¹⁷⁴⁰ Da der Sachverhalt nur Illustrationszwecken dient, ist der Ausschuss auch gar nicht an den vorgetragenen Sachverhalt gebunden; er könnte seine Klarstellung auch auf Basis *ähnlicher* Sachverhalte erlassen. Darüber hinaus ist es dem Ausschuss grundsätzlich untersagt, Befunde oder Stellungnahmen einer NKS zu hinterfragen.¹⁷⁴¹ Eine sehr bedeutende Ausnahme stellt allerdings die den Zweck des Klarstellungsverfahrens bildende Nachprüfung der Auslegung der Leitsätze durch die NKS dar (Art. II-2 lit. c) S. 2 Verfahrensregelungen 2023).¹⁷⁴² In dieser Hinsicht nimmt der Ausschuss eine Nachprüfung in rechtlicher

Frage, wie Schutz gegenüber NKS-Aussprüchen, die staatliche Handlungen sind, erlangt werden kann. Derartige Überlegungen müssen aber anderen vorbehalten bleiben; sie richten sich auch teilweise nach innerstaatlichem Recht. Zur internationalen Perspektive: *Schliemann*, GLJ 13 (2012), 51 (81–83). Zur Perspektive des deutschen Verwaltungsrechts und entsprechenden Rechtsbehelfen (Einstufung als Verwaltungsverfahren und Verwaltungsaktsqualität der Entscheidungen der DE-NKS): *Verheyen*, Überlegungen zur Transparenz im OECD-Beschwerdeverfahren (2007), S. 8 ff.; *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 262 f.; *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung (2017), S. 209 f. Es ist zu überlegen, ob Rechtsschutz vor deutschen Verwaltungsgerichten besteht (vgl. *Kasolowsky/Meyer*, Prangerwirkung zum kleinen Preis, Legal Tribune Online (23. Januar 2025)).

1739 Siehe allgemein: *Oellers-Frahm*, International Courts and Tribunals, Appeals, MPEPIL (2019), Rn. 1 f., 6.

1740 Siehe Kapitel 7 B. II. 1.

1741 UmVerf-Ko 2023, Rn. 57: „Nor should the findings and statements made by the NCP (other than interpretations of the Guidelines) be questioned by a referral to the Committee.“ (Textauszeichnung des Originals entfernt); vgl. *Schuler*, GLJ 9 (2008), 1753 (1773).

1742 UmVerf-Ko 2023, Rn. 57.

Hinsicht vor.¹⁷⁴³ Mit der Klarstellung wird der Falls außerdem nicht an die Ausgangs-NKS zurückverwiesen.¹⁷⁴⁴ Sie hat keine kassatorische Wirkung und führt nicht zu einer Abänderung des NKS-Ausspruchs im Ausgangsverfahren.¹⁷⁴⁵ Wegen des Schlussfolgerungsverbots (Art. II-4 S. 3 RatsE-Leitsätze 2023) darf der Ausschuss auch nicht selbst an Stelle der NKS entscheiden. Die Entscheidung der NKS im Ausgangsverfahren bleibt also bestehen. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass das Verfahren vor dem Investitionsausschuss außergerichtlicher Natur (siehe oben) ist. Zudem sind lediglich die institutionellen Interessenträger sowie Teilnehmerstaaten antragsbefugt (Art. II-2 lit. c) S. 1 Verfahrensregelungen 2023), also nicht die Parteien des Ausgangsverfahrens. Das Klarstellungsverfahren ist folglich kaum zugänglich und erlaubt nur eine sehr beschränkte Nachprüfung des Ausspruchs einer NKS. Der Ausschuss fungiert deshalb nicht als zweite Instanz. Das Klarstellungsverfahren ist stattdessen als eine Aufsichtsmaßnahme einzustufen.¹⁷⁴⁶

Ebenfalls zu verneinen ist die Idee, dass der Investitionsausschuss im **Rügeverfahren** als zweite Instanz fungiert. Dieses Ergebnis ist aber weniger eindeutig als beim Klarstellungsverfahren. Zwar wird man das Rügeverfahren, wie soeben ausgeführt, (noch) nicht als gerichtliches oder gerichtsähnliches Verfahren einstufen können. Zudem kommen gem. Art. II-2 lit. b) S. 1 Verfahrensregelungen 2023 nicht die Parteien des Ausgangsverfahrens, sondern nur Teilnehmerstaaten und die institutionellen Interessenträger als Antragsteller in Betracht. Wie das Klarstellungsverfahren ist das Rügeverfahren also kaum zugänglich. Andererseits ist, anders als beim Klarstellungsverfahren, ein konkreter Sachverhalt als solcher (Fehlverhalten einer NKS in einem Ausgangsverfahren) Gegenstand des Rügeverfahrens. Ferner erlaubt das Rügeverfahren die Nachprüfung von Verfahrensfehlern. Im Unterschied zum Klarstellungsverfahren ist beim Rügeverfahren außerdem nicht explizit geregelt, ob der Ausschuss die Befugnis hat, Entscheidungen der NKSen aufzuheben oder den Fall an sie zurückzuverweisen.¹⁷⁴⁷ Stattdessen ist vorgesehen, dass der Ausschuss „Empfehlungen“ (Art. II-2

1743 *Protosaltis*, FORUM du droit international 7 (2005), 251 (259).

1744 UmVerf-Ko 2023, Rn. 59; OECD:IC:2024:IC-7-CL, Rn. 2.

1745 *Schuler*, GLJ 9 (2008), 1753 (1773); *Schliemann*, GLJ 13 (2012), 51 (83); *Oshionebo*, Lewis & Clark Law Review 17 (2013), 545 (578); *Robinson*, UJIEL 30 (78) (2014), 68 (78).

1746 *Schliemann*, GLJ 13 (2012), 51 (82 f.); vgl. allgemein: *Eyk*, OECD Declaration and Decisions Concerning MNEs (1995), S. 206 ff.

1747 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 59 und 61.

lit. d) S. 1 Verfahrensregelungen 2023) an die betroffene NKS richten darf und sie zur Berichterstattung über die Umsetzung ihrer Empfehlungen einlädt.¹⁷⁴⁸ In den vergangenen Rügeverfahren waren die Empfehlungen allerdings vornehmlich darauf gerichtet, Fehlverhalten der NKS in Zukunft abzustellen.¹⁷⁴⁹ Die bislang einzige vergangenheitsorientierte Empfehlung bezog sich nicht auf das Ausgangsverfahren, sondern auf außerprozessuale Maßnahmen, die die NKS ergreifen sollte.¹⁷⁵⁰ Auszuschließen ist es jedoch nicht, dass der Ausschuss künftig die Empfehlung an eine NKS richtet, das Ausgangsverfahren wiederaufzunehmen. Mit Gewissheit ausschließen kann man lediglich, dass der Ausschuss an Stelle der NKS entscheiden wird. Das ergibt sich aus dem Schlussfolgerungsverbot (Art. II-4 S. 3 RatsE-Leitsätze 2023), das auch für Rügeverfahren gilt.¹⁷⁵¹

Im Ergebnis agiert der Investitionsausschuss weder im Klarstellungsverfahren noch im Rügeverfahren als zweite Instanz. Angesichts der bislang noch sehr geringen praktischen Bedeutung des Rügeverfahrens ist dies für das Rügeverfahren aber eine nur vorläufige Bewertung.

III. Fazit unter Berücksichtigung der Indikatoren

Weder das Klarstellungsverfahren noch das Rügeverfahren können als gerichtähnliches Verfahren oder als Verfahren in zweiter Instanz bezeichnet werden. Das Rügeverfahren hat allerdings, anders als das Klarstellungsverfahren, das Potenzial, sich in diese Richtung zu entwickeln.

In Bezug auf die zu Beginn dieses Kapitels genannten Indikatoren bleibt festzuhalten, dass mindestens zwei der fünf Indikatoren besonders schwach ausgeprägt sind und somit einen weichen Nachverfolgungsmechanismus indizieren: Da nur der exklusive Kreis der institutionellen Interessenträger und der Teilnehmerstaaten antragsbefugt ist, ist das Verfahren kaum zugänglich. Zudem ist in keinem der Verfahren die Unabhängigkeit und Expertise des Investitionsausschusses gesichert. Drei Indikatoren weisen darauf hin, dass das Rügeverfahren ein härterer Nachverfolgungs-

1748 UmVerf-Ko 2023, Rn. 61.

1749 Vgl. OECD:IC:2018:IC-2-SS, Rn. 54 ff. und vgl. OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 31, 32, 36, 42, 46, 61.

1750 In OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 64 empfahl der Investitionsausschuss der NKS, sich darüber zu informieren, ob der Beschwerdeführer wegen der Beschwerdeerhebung und der Verfahrensfehler der NKS Repressalien erlitten hatte, und erforderlichenfalls zu deren Beseitigung beizutragen.

1751 Vgl. UmVerf-Ko 2023, Rn. 57; vgl. OECD:IC:2022:IC-4-SS, Rn. 52.

mechanismus als das Klarstellungsverfahren ist: So sind zwar die Ergebnisse beider Verfahrensarten für die Parteien des spA-Ausgangsverfahrens unverbindlich, doch hat die Antwort des Ausschusses im Rügeverfahren feststellenden Charakter (Indikator der verfahrensergebnisbezogenen Durchsetzungsbefugnisse). Anders als im Klarstellungsverfahren beruht die Entscheidung des Ausschusses im Rügeverfahren (soweit man dies angesichts der noch geringen Zahl der Verfahren beurteilen kann) auch auf der Auslegung und Anwendung von Normen, ist also regelbasiert (Indikator der Regelbasiertheit der Entscheidungsfindung). Im Zusammenhang mit dem Indikator der autonomen Gestaltung des Verfahrens durch den Investitionsausschuss ist zu beachten, dass der Ausschuss nur beim Rügeverfahren gehalten ist, den für seine Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt zu ermitteln. Beiden Verfahren ist in Bezug auf diesen Indikator jedoch gemeinsam, dass der Investitionsausschuss vorgefertigte Verfahrensregelungen anwendet, die nicht zur Disposition der Parteien stehen. Grundsätzlich zeigen sich also beim Rügeverfahren (anders als beim Klarstellungsverfahren) deutliche Erhärtungserscheinungen.

Diese Erkenntnis ist jedoch zu relativieren, da es sich bei Rügeverfahren (und beim Klarstellungsverfahren) um Aufsichtsverfahren gegenüber NKSen handelt. Im Klarstellungs- und Rügeverfahren wird lediglich überprüft, ob eine NKS (und damit ein Teilnehmerstaat) ihren (bzw. seinen) Pflichten nachgekommen ist. Die Adressaten der Leitsätze, wie auch die durch die Leitsätze geschützten Personen, sind von diesen Verfahren nur reflexartig betroffen; aus ihrer Perspektive sind die beobachteten Erhärtungserscheinungen deshalb abgeschwächt.

C. Gesamtfazit zu Kapitel 9

Im vorliegenden Kapitel habe ich Erhärtungserscheinungen der Leitsätze in der Dimension der Nachverfolgung untersucht und dazu die Verfahren vor den NKSen und dem Investitionsausschuss auf Basis von fünf Indikatoren mit Arten herkömmlicher Nachverfolgungsmechanismen verglichen.

SpA-Verfahren sind weder gerichtsähnliche Verfahren, noch Schlichtungs-, Beschwerde- oder Abhilfeverfahren. Sofern man nicht auf die Verlegenheitsklassifikation als Verfahren *sui generis* zurückgreifen möchte, lassen sie sich am ehesten mit **institutionalisierten obligatorischen Schlichtungsverfahren** vergleichen. Bei manchen Indikatoren, insbesondere der Zugänglichkeit und der Regelbasiertheit der Entscheidungen, zeigen sich

für alle NKSen signifikante Erhärtungserscheinungen. Bei anderen Indikatoren (der Unabhängigkeit und der autonomen Gestaltung des Verfahrens durch die NKSen) hängt die Stärke der Erhärtungserscheinungen vom Mandatsverständnis einer NKS ab. Nur schwach ausgeprägt ist der Indikator der verfahrensergebnisbezogenen Durchsetzungsbefugnisse. Insgesamt sind spA-Verfahren auf einem Spektrum der Nachverfolgungsmechanismen, das von Verhandlungen bis zu Gerichtsverfahren reicht, zwischen Schlichtungsverfahren und gerichtsähnlichen Verfahren und damit in der Hälfte der härteren Nachverfolgungsmechanismen einzuordnen.

Die beiden untersuchten Verfahren vor dem Investitionsausschuss, das Rüge- und das Klarstellungsverfahren, zeigen nur schwache Erhärtungserscheinungen. Es handelt sich weder um gerichtsähnliche Verfahren noch um Verfahren in zweiter Instanz. Das Rügeverfahren zeigt jedoch bei Betrachtung der fünf Indikatoren stärkere Erhärtungserscheinungen als das Klarstellungsverfahren. Auch diese Erhärtungserscheinungen werden jedoch dadurch relativiert, dass die Verfahren vor dem Investitionsausschuss Verfahren sind, mit denen der Ausschuss seine Aufsicht gegenüber NKSen ausübt; das Verhalten der Adressaten der Leitsätze wird nicht beurteilt.

