

Teil B

Erhärtung weicher Normen

Kapitel 4 Weiche und harte Normen

Für die Erhärtung der Leitsätze bilden weiches Recht (*soft law*) und hartes Recht (*hard law*) entscheidende Bezugspunkte, weil sie als Ausgangs- bzw. Endpunkt dieses Entwicklungspfads dienen. Deshalb ist ein besseres Verständnis beider Begriffe unabdingbar. Obwohl der Begriff des weichen Rechts (und damit implizit auch der Begriff des harten Rechts) schon vor einigen Jahrzehnten Eingang in den völkerrechtlichen Sprachgebrauch gefunden hat, hat sich weder ein einheitliches Begriffsverständnis etabliert noch ist dieser Begriff allgemein akzeptiert. Deshalb möchte ich zunächst die wichtigsten Charakteristika weichen Rechts darstellen (A.). Anschließend werde ich die Beziehungen und Interaktionen zwischen weichem und hartem Recht untersuchen (B., C.). Diese Untersuchungen führen mich zum Schluss, dass der Begriff des weichen (und damit auch des harten) *Rechts* zwar abzulehnen ist, aber berechtigterweise ein Schlaglicht auf bestimmte Eigenschaften von Normen hinweist; das Begriffspaar der weichen und harten *Normen* ist vorzuziehen (D.).

A. Verbindlichkeit und Verpflichtung

Mit einer weichen Form und einem weichen Inhalt gibt es im Wesentlichen zwei verschiedene Anknüpfungspunkte, auf die sich das Attribut „weich“ beziehen kann (I.). Da sich diese Anknüpfungspunkte miteinander kombinieren lassen, wird der Begriff des weichen Rechts schwer handhabbar (II.).

I. Weiche Form und weicher Inhalt

Der Begriff des weichen Rechts wird unterschiedlich verwendet. In der Literatur lassen sich zwei grundlegende Kriterien für weiches Recht erkennen: Das „Weiche“ des weichen Rechts kann sich sowohl auf die Form (das *Instrumentum*) als auch den Inhalt (das *Negotium*) einer zu betrachtenden Norm beziehen.⁵⁴¹

1. Weiche Form (weiches Instrumentum)

Bezeichnet man das *Instrumentum* als weich, meint man damit eine Norm, die nicht rechtsverbindlich ist.⁵⁴² Es geht folglich um Willensäußerungen, die beispielsweise kein völkerrechtlich verbindlicher Vertrag oder eine völkerrechtlich verbindliche Erklärung sind.⁵⁴³ Die Erscheinungsformen sind so vielfältig, dass sie hier nicht alle aufgezählt werden können. Beispielsweise ist an Resolutionen der VN-Generalversammlung, unverbindliche Erklärungen zweier oder mehrerer Staaten oder etwa an Dokumente von Nichtregierungsorganisationen zu denken.⁵⁴⁴ Instrumente privater Akteure wie die letztgenannten werden von mir in den folgenden Ausführungen allerdings ausgeklammert.

Die Leitsätze selbst (nicht aber sämtliche Instrumente aus dem Universum der Leitsätze) fallen in die Kategorie sogenannter „Verhaltenskodizes“, die grundsätzlich ebenfalls zum weichen Recht im Sinne eines weichen *Instrumentums* gezählt werden.⁵⁴⁵

541 *Inter-American Juridical Committee*, Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements (2020), Kommentar zu Guideline 1.3; *Hillgenberg*, EJIL 10 (1999), 499 (500 f.); *D'Aspremont*, EJIL 19 (2008), 1075 (1081); *Blutman*, ICLQ 59 (2010), 605 (606); *Pronto*, VJTL 48 (2015), 941 (950 ff.). Andere sprechen von „*legal soft law*“ (weiches *Negotium* in hartem *Instrumentum*) und „*non-legal soft law*“ (weiches *Instrumentum*): *Chinkin*, ICLQ 38 (1989), 850 (851) im Anschluss an *Gruchalla-Weisierski*, McGill LJ 30 (1984), 37 (40, 44). Ich halte den Ausdruck „*non-legal soft law*“ für ein Oxymoron: Ist etwas „*non-legal*“, kann es auch kein „*law*“ sein.

542 *D'Aspremont*, EJIL 19 (2008), 1075 (1082).

543 *D'Aspremont*, EJIL 19 (2008), 1075 (1082).

544 *Thürer*, Soft Law, MPEPIL (2009), Rn. 2; *Blutman*, ICLQ 59 (2010), 605 (607 f.); *Giegerich*, in: Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR 46 (2014), 101 (112 ff.); *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 376.

545 *Friedrich*, Codes of Conduct, MPEPIL (2010), Rn. 1 f., 9.

2. Weicher Inhalt (weiches Negotium)

Das *Negotium* bezieht sich auf den Inhalt einer Norm: Ihren Autoren steht die Gestaltung des Inhalts frei; sie können auch Formulierungen wählen, die es vermeiden, identifizierbare Verpflichtungen festzulegen.⁵⁴⁶ Der Umstand allein, dass eine Norm verbindlich ist (hartes *Instrumentum*), bedeutet nicht, dass diese Norm verpflichtenden Charakters oder tatsächlich durchsetzbar ist.⁵⁴⁷ Wie die nachfolgenden (die Thematik nicht erschöpfenden) Beispiele zeigen, kommt eine große Bandbreite an Gestaltungsmöglichkeiten einer inhaltlicher Aufweichung in Betracht.

Manche rechtsverbindliche Normen beispielsweise lassen nicht an der grundsätzlichen Existenz einer Verpflichtung zweifeln, sind aber so formuliert, dass kaum beurteilt werden kann, ob der Verpflichtung entsprochen wurde. Die Konturen des pflichtgemäßen Verhaltens bleiben hier unscharf. Vage und deutungs offene Formulierungen überlassen es häufig dem Verpflichteten, den Inhalt einer Bestimmung festzulegen.⁵⁴⁸ In anderen Fällen sind die Grenzen des Erlaubten sehr weit gezogen und kennen diskretionäre Elemente. Beispielsweise verlangt Art. 87 Abs. 2 SRÜ⁵⁴⁹, dass die Freiheiten der Hohen See „von jedem Staat unter gebührender Berücksichtigung der Interessen anderer Staaten an der Ausübung der Freiheit der Hohen See [...] ausgeübt [...]“ werden. Es ist unklar, was dieser Standard der gebührenden Berücksichtigung bedeuten soll.⁵⁵⁰

Außerdem gibt es Formulierungen und Klauseln, die eine Grund-Verpflichtung abschwächen, indem sie zulassen, die Grund-Verpflichtung unter bestimmten Umständen zu missachten. Man kann hier von Fluchtklauseln (*escape clauses*) sprechen, die die Einklagbarkeit der Verpflichtung (*exigibility*) abschwächen.⁵⁵¹ So erlaubt etwa der Gebrauch des Wortes „sollte“ (*should*) anstelle von „muss“ (*shall*), die Grund-Verpflichtung im

546 D'Aspremont, EJIL 19 (2008), 1075 (1084).

547 Chinkin, ICLQ 38 (1989), 850 (851); Footer, Melb JIL 11 (2010), 241 (248); Bueno u. a., JWIT 24 (2023), 179 (197 f.).

548 Gruchalla-Wesierski, McGill LJ 30 (1984), 37 (49); vgl. Fatouros, American University Law Review 30 (1981), 941 (955 f.).

549 „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.

550 Guilfoyle, Article 87, Proelß UNCLOS Commentary (2017), Rn. 9.

551 Gruchalla-Wesierski, McGill LJ 30 (1984), 37 (49 f.); Abbott u. a., International Organization 54 (2000), 401 (411).

Einzelfall zu missachten.⁵⁵² Andere Fluchtklauseln sind expliziter in ihrer Erlaubnis, die Grund-Verpflichtung unter bestimmten Umständen zu missachten.⁵⁵³ So gestattet beispielsweise Art. 4 IPbPR⁵⁵⁴ den Vertragsparteien (unter engen Voraussetzungen)⁵⁵⁵ im Notstandsfall von einigen Bestimmungen dieses Menschenrechtsvertrags einseitig abzuweichen.

Das – in harter Form vorliegende – Übereinkommen von Paris⁵⁵⁶ etwa kennt viele Bestimmungen mit weichem Inhalt. *Rajamani* identifiziert hier ein Spektrum, das von harten Verpflichtungen über weiche Verpflichtungen zu Nicht-Verpflichtungen (*non-obligations*) reichen soll.⁵⁵⁷ Sie zieht dabei unter anderem Kriterien wie den Regelungsadressaten (individuelle oder kollektive Verpflichtung?), die Regelungssprache („*shall*“, „*should*“, „*encourage*“ oder „*will*“) und die Präzision einer Regelung (qualifizierende, kontextabhängige oder diskretionäre Elemente?) heran.⁵⁵⁸ Manche Bestimmungen würden Verpflichtungen schaffen, andere lediglich Erwartungen, wiederum andere hätten lediglich empfehlenden oder ermutigenden Charakter.⁵⁵⁹ Eine Nicht-Verpflichtung enthalte beispielsweise Art. 7 Abs. 2, der festhält, dass die Parteien „erkennen“, dass die Anpassung an den Klimawandel eine globale Herausforderung ist.⁵⁶⁰ Derartige Bestimmungen hätten keinen normativen Gehalt, würden nur gemeinsame Verständnisse der Vertragsparteien oder geteilte konzeptionelle Grundlagen wiedergeben und für einen Kontext oder ein Narrativ sorgen.⁵⁶¹ *D’Aspremont* nennt in diesem Zusammenhang Bestimmungen mit lediglich hinweisendem oder anregendem Charakter (*indicative or suggestive*) oder Bestimmungen, die Leitideen festhielten.⁵⁶² Solche Bestimmungen finden sich auch häufig in Nachhaltig-

552 *Gruchalla-Wesierski*, McGill LJ 30 (1984), 37 (50); *Rajamani*, J Environmental Law 28 (2016), 337 (343). Vgl. zu „*shall*“: IGH, Judgment (18. Dezember 2020), ICJ Reports 2020, 455 (Rn. 72) — „Arbitral Award of 3 October 1899“ (Guyana ./ Venezuela), Jurisdiction.

553 *Gruchalla-Wesierski*, McGill LJ 30 (1984), 37 (50).

554 „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.

555 Näher: *Menschenrechtsausschuss*, General Comment No. 29 (2001).

556 „Paris Agreement“ (*Übereinkommen von Paris*), Unterzeichnung: 12. Dezember 2015, Inkrafttreten: 4. November 2016. UNTS 3156, 79.

557 *Rajamani*, J Environmental Law 28 (2016), 337 (342 ff.).

558 *Rajamani*, J Environmental Law 28 (2016), 337 (343).

559 *Rajamani*, J Environmental Law 28 (2016), 337 (344 ff.).

560 *Rajamani*, J Environmental Law 28 (2016), 337 (356).

561 *Rajamani*, J Environmental Law 28 (2016), 337 (352, 356).

562 *D’Aspremont*, EJIL 19 (2008), 1075 (1086).

keitsklauseln von Investitionsschutzverträgen.⁵⁶³ In Art. 22.3 Abs. 2 lit. b) CETA⁵⁶⁴ bekräftigen die Vertragsparteien beispielsweise, dass Handel eine nachhaltige Entwicklung fördern solle und sie deshalb Verfahren zur sozialen Verantwortung, wie sie die Leitsätze enthalten, unterstützen.

II. Kombinationsmöglichkeiten

Verbindlichkeit und Verpflichtung sind also nicht gleichzusetzen. Die Verbindlichkeit ist eine Frage der Form. Die Verpflichtung ist eine Frage des Inhalts. Die obigen Ausführungen zeigen, dass Rechtsverbindlichkeit nicht zwangsläufig eine rechtliche Verpflichtung mit sich bringt. Es gibt rechtsverbindliche Instrumente, die keine rechtliche Verpflichtung enthalten.⁵⁶⁵ Der Inhalt einer Norm ist eine von ihrer Rechtsverbindlichkeit getrennte Frage.⁵⁶⁶ Da diese beiden Dimensionen getrennt sind, können auch unverbindliche Normen mit einem harten und einem weichen Inhalt kombiniert werden: Die Kombination aus Unverbindlichkeit und präzisiertem Inhalt findet sich im bestimmt formulierten Art. 2 Abs. 2 lit. a) S. 2 CERDS⁵⁶⁷, der sogar das Wort „shall“ und nicht „should“ gebraucht: „No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment;“. Die Leitsätze kennen ebenfalls präzise und unpräzise Leitsätze; zudem enthalten manche Leitsätze klare Erwartungen, andere lediglich Ermutigungen der Staaten in Richtung der Unternehmen.⁵⁶⁸

563 Näher: Kapitel II B. I. 1. b) und C. III. 1. a).

564 „Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits“ (*Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, CETA*), Unterzeichnung: 30. Oktober 2016, noch nicht in Kraft getreten. ABl. L 11 (14. Januar 2017), 23–1079. Verfügbar unter: http://data.europa.eu/eli/agree_international/2017/37/oj.

565 D'Aspremont, EJIL 19 (2008), 1075 (1084 f.); Pauwelyn, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), *Informal International Lawmaking* (2012), 125 (126).

566 Vgl. Fatouros, *American University Law Review* 30 (1981), 941 (956 f.).

567 Charter of Economic Rights and Duties of States, CERDS: VN Dok. A/RES/3281(XXIX).

568 OECD:UK-NCP:2014:UK-34-FS, Rn. II; Tully, ICLQ 50 (2001), 394 (403). Aus den Leitsätzen 2023 vergleiche beispielsweise Ls. II-A-1 ff. (*enterprises should*) mit Ls. II-B-1 (*enterprises are encouraged to*) oder Ls. I-2 S. 3 (*observe the Guidelines*; Textauszeichnung des Originals entfernt) mit Ls. I-2 S. 5 (*honour [the Guidelines'] principles and standards*). Auch die Erwartungen an die Teilnehmerstaaten sind abgestuft (siehe: UmVerf-Ko 2023, Rn. 1).

Es bestehen deshalb grundsätzlich vier Kombinationsmöglichkeiten aus hartem bzw. weichem Inhalt und harter bzw. weicher Form: Zur Beantwortung der Frage, ob weiches Recht vorliegt, reicht es folglich nicht aus, allein die Form eines Akts zu betrachten; vielmehr ist eine Betrachtung auch des Inhalts erforderlich.⁵⁶⁹ Bis auf die Kombination harte Form und harter Inhalt könnten alle Kombinationen unter den Begriff „*soft law*“ fallen. Diese vier Kombinationsmöglichkeiten sind allerdings nur eine erste Annäherung. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass Verpflichtungen sehr flexibel gestaltet werden können. Es ist möglich, Verpflichtungen in ihrer Härte graduell abzustufen; es gibt harte und weiche Verpflichtungen *und zahlreiche Zwischenstufen zwischen hart und weich*. Eine bloß binäre Einteilung in hart und weich wird dem nicht gerecht. Demgegenüber ist es nicht denkbar, Rechtsverbindlichkeit abzustufen; etwas ist rechtsverbindlich oder nicht.⁵⁷⁰ Hier handelt es sich um eine binäre Logik. Insgesamt ergibt sich so die nachfolgende Tabelle 3 der Kombinationsmöglichkeiten weicher und harter Eigenschaften von Normen.

Tabelle 3: *Kombinationsmöglichkeiten weicher und harter Eigenschaften von Normen*

		Instrumentum (Form, Verbindlichkeit)	
		Hart	Weich
Negotium (Inhalt, Verpflichtung)	Hart	Hart–Hart	Hart–Weich
	Zahlreiche Zwischenstufen	Zahlreiche Zwischenstufen–Hart	Zahlreiche Zwischenstufen–Weich
	Weich	Weich–Hart	Weich–Weich

B. *Rechtliche Wirkungen und Recht*

Es ist unbestritten, dass Normen – sowohl mit weicher Form (*Instrumentum*) als auch mit weichem Inhalt (*Negotium*) – rechtliche Wirkungen haben können. Da dies am ehesten bei weichen Normen mit weicher Form zu bezweifeln ist, konzentrieren sich meine nachfolgenden Darstellungen auf diese Art des weichen Rechts (I.). Dass beiderlei Art weichen Rechts grundsätzlich geeignet ist, rechtliche Wirkungen hervorzurufen, darf jedoch nicht

569 *Pronto*, VJTL 48 (2015), 941 (943, 948, 950).

570 *Klabbers*, Nord JIL 65 (1996), 167 (181); *Hillgenberg*, EJIL 10 (1999), 499 (507); *Thürer*, *Soft Law*, MPEPIL (2009), Rn. 21.

zur falschen Annahme führen, dass weiches Recht stets einen rechtlichen Charakter aufweist. Diese Frage ist umstritten (II.). Ich halte sowohl die Begriffe „rechtliche Wirkungen“ als auch „weiches Recht“ für irreführend (III.).

I. Rechtliche Wirkungen

Weiches Recht kann „rechtliche Wirkungen“ (*legal effects*)⁵⁷¹ haben. Innerhalb der Rechtsordnung der OECD lässt sich insoweit Art. 6 Abs. 2 S. 2 OECD-Ü⁵⁷² heranziehen; diese Norm liefert einen Hinweis auf rechtliche Wirkungen der unverbindlichen Empfehlungen der OECD nach Art. 5 lit. b) OECD-Ü. Darin heißt es, dass eine Empfehlung keine „Anwendung“ auf einen Mitgliedsstaat finde, der sich der Stimme enthalten habe.⁵⁷³ Dieser Passus wäre überflüssig, wenn Empfehlungen der OECD keinerlei Wirkungen hätten.⁵⁷⁴ Meines Erachtens liegt es nahe, dass es sich bei den implizierten Wirkungen um *rechtliche* Wirkungen handelt, weil aus politisch-moralischer Sicht auch ohne gesonderte Klarstellung (wie in Art. 6 Abs. 2 S. 2 OECD-Ü) selbstverständlich ist, dass ein Staat, der sich der Stimme enthält, nicht an den Inhalten der Empfehlung messen lassen muss. Die Geschäftsordnung der OECD bestätigt diese Einschätzung, da ihr Wortlaut in Regel 20 ebenfalls auf rechtliche Wirkungen hindeutet:

- a) „[...] the other Members may agree that the Decision or Recommendation shall apply provisionally“; b) „[...] the latter shall decide whether the Decision or Recommendation shall remain binding [...]“; „The absence of a Member [...] cannot invalidate this new Decision

571 So die übliche Begrifflichkeit; siehe beispielsweise: Baade, in: Horn (Hrsg.), *Legal Problems of Codes of Conduct* (1980), 3 (16 ff.); Gruchalla-Wesierski, McGill LJ 30 (1984), 37 (52 ff.); D'Aspremont, EJIL 19 (2008), 1075 (1082 ff.); Thürer, *Soft Law*, MPEPIL (2009), Rn. 25 ff.; Pauwelyn, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), *Informal International Lawmaking* (2012), 125 (130, 152 ff.); Gautier, *Non-binding Agreements*, MPEPIL (2022), Rn. 19.

572 „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.

573 „If a Member abstains from voting on a decision or recommendation, such abstention shall not invalidate the decision or recommendation, which shall be applicable to the other Members but not to the abstaining Member.“

574 Schermers/Blokker, *International Institutional Law* (2018), § 1220.

or Recommendation.“ (Auszüge aus Regel 20 lit. a) und b) der OECD Geschäftsordnung).⁵⁷⁵

Dass hier sowohl für die verbindlichen Entscheidungen (Art. 5 lit. a) OECD-Ü) als auch die unverbindlichen Empfehlungen die gleichen Begriffe („*apply*“, „*shall remain binding*“, „*invalidate*“) benutzt werden, unterstreicht den Anspruch der Empfehlungen, rechtlich relevante Wirkungen zu erzeugen. Andernfalls ist es schwer zu erklären, warum eine unverbindliche Empfehlung „ungültig“ sein kann.

Indes ist kein Rückgriff auf das Recht der OECD notwendig, um rechtliche Wirkungen weichen Rechts festzustellen. So ist es im Allgemeinen unbestritten, dass weiches Recht mit weicher Form rechtliche Wirkungen haben kann.⁵⁷⁶ Die folgenden Beispiele verdeutlichen dies.

1. Allgemeinölkerrechtliche Wirkungen

Es bietet sich an, zwischen allgemeinölkerrechtlichen Wirkungen, die vom Grundsatz Treu und Glauben ausgehen (a)), und sonstigen allgemeinölkerrechtlichen Wirkungen (b)) zu unterscheiden.

a) Treu und Glauben

Die Relevanz weichen Rechts im Zusammenhang mit Treu und Glauben (*good faith*) ist weithin konsentiert.⁵⁷⁷ Meines Erachtens sind folgende Dimensionen voneinander abzuschichten:

Teilweise heißt es, dass Verpflichtungen aus unverbindlichen Instrumenten „Verpflichtungen nach Treu und Glauben“ (*obligations de bonne foi*)⁵⁷⁸

575 OECD, Rules of Procedure (2013), Regel 20.

576 Schachter, AJIL 71 (1977), 296 (301); *Abi-Saab*, RdC 207 (1987), 9 (210); *Amerasinghe*, Principles of Institutional Law (2005), S. 177; *D'Aspremont*, EJIL 19 (2008), 1075 (1082); *Footer*, Melb JIL 11 (2010), 241 (248).

577 *Virally*, AFDI 16 (1970), 9 (29); *Baade*, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 3 (16 ff.); *Abi-Saab*, RdC 207 (1987), 9 (213); *Thürer*, Soft Law, MPEPIL (2009), Rn. 27; *Pauwelyn*, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), Informal International Lawmaking (2012), 125 (156); *Boyle*, in: Evans (Hrsg.), International law (2018), 119 (122). Kritisch: *Bothe*, Netherlands YbIL 11 (1980), 65 (94 f.); *Peters*, in: *Diedrichs* u. a. (Hrsg.), The Dynamics of Change in EU Governance (2011), 21 (23 f.).

578 *Virally*, AFDI 16 (1970), 9 (29): „*Or l'obligation morale est essentiellement une obligation de bonne foi.*“

seien. Damit ist gemeint, dass ein Staat, der einem unverbindlichen Instrument zugestimmt hat, rechtsverbindlich verpflichtet wäre, sich Treu und Glauben entsprechend nach dem Inhalt dieses Instruments zu richten.⁵⁷⁹ Dem ist entgegenzuhalten, dass der Grundsatz Treu und Glauben aus einem rechtlich unverbindlichen Instrument kein verbindliches machen kann.⁵⁸⁰ Die Anwendung dieses Grundsatzes darf nicht dazu führen, dass ein Staat rechtsverbindlich gezwungen ist, unverbindliche Regeln einzuhalten und bestimmte Handlungen vorzunehmen. Dies würde dem Parteiwillen zuwiderlaufen.⁵⁸¹ Wie der IGH mehrfach hervorgehoben hat, bildet Treu und Glauben aus sich heraus keine Quelle völkerrechtlicher Pflichten, wo andernfalls keine bestünden.⁵⁸²

aa) Soft law als Verteidigungsmöglichkeit

Unverbindliche Instrumente können aber die legitimen Erwartungen von Staaten beeinflussen.⁵⁸³ Nimmt ein Staat eine Handlung vor, die diesen Erwartungen zuwiderläuft, könnte sich ein anderer Staat hiergegen unter Berufung auf das unverbindliche Instrument verteidigen. Gegen diesen Gedanken kann nicht eingewandt werden, dass dies im Ergebnis einer (hier abgelehnten) „Verpflichtung nach Treu und Glauben“ gleich komme. Es besteht ein qualitativer Unterschied zwischen der Verteidigung gegen die Handlung eines anderen Staates und dem Versuch, einen anderen Staat dazu zu zwingen, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, an deren Vornahme er sich nicht binden wollte.

579 *Virally*, AFDI 16 (1970), 9 (29).

580 *Gruchalla-Wesierski*, McGill LJ 30 (1984), 37 (62); *Thürer*, Soft Law, MPEPIL (2009), Rn. 27; *Peters*, in: Diedrichs u. a. (Hrsg.), *The Dynamics of Change in EU Governance* (2011), 21 (23 f.).

581 *Thürer*, Soft Law, MPEPIL (2009), Rn. 27; *Giegerich*, in: Paulus u. a. (Hrsg.), *BerDGIR* 46 (2014), 101 (149).

582 *IGH*, Judgment (20. Dezember 1988), ICJ Reports 1988, 69 (Rn. 94) — „Border and Transborder Armed Actions“ (Nicaragua ./ Honduras), Jurisdiction and Admissibility; *IGH*, Judgment (11. Juni 1998), ICJ Reports 1998, 275 (Rn. 39) — „Land and Maritime Boundary“ (Cameroon ./ Nigeria), Preliminary Objections; *IGH*, Judgment (2. Februar 2024), ICJ Reports 2024, 360 (Rn. 142) — „Allegations of Genocide“ (Ukraine ./ Russia), Preliminary Objections.

583 *Inter-American Juridical Committee*, Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements (2020), Kommentar zu Guideline 5.3; *Gruchalla-Wesierski*, McGill LJ 30 (1984), 37 (63); *Thürer*, Soft Law, MPEPIL (2009), Rn. 27; *Pauwelyn*, in: *Pauwelyn u. a. (Hrsg.), Informal International Lawmaking* (2012), 125 (156).

Insbesondere ist bei unverbindlichen Instrumenten an den *estoppel*-Grundsatz, als Korrelat des Verbots selbstwidersprüchlichen Verhaltens,⁵⁸⁴ zu denken.⁵⁸⁵ Im Kern setzt *estoppel* unter anderem voraus, dass sich ein Staat zu seinem eigenen Nachteil oder zum Vorteil eines anderen Staats legitimerweise auf die Aussage eines anderen Staats verlassen hat.⁵⁸⁶ Keine Voraussetzung für *estoppel* ist, dass die betreffende Aussage rechtsverbindlich ist; ihre fehlende Rechtsverbindlichkeit muss allerdings in die Prüfung einfließen, ob das Sichverlassen legitim war.⁵⁸⁷ Jenseits von *estoppel* lässt sich auch erwägen, ob die Missachtung von Regeln weichen Rechts einer von mehreren Gesichtspunkten ist, der ein Verhalten im Verhältnis zu einer anderen Partei missbräuchlich erscheinen lässt.⁵⁸⁸

bb) Soft law als Legitimationsmöglichkeit

Eng damit verwandt ist der Gedanke, dass unverbindliche Instrumente ein Verhalten – zwar nicht legalisieren, so doch zumindest – legitimieren („*legitimizing effect*“)⁵⁸⁹, rechtfertigen („*justifying effect*“)⁵⁹⁰ oder erlauben („*permissive effect*“⁵⁹¹, „*authorization*“⁵⁹²) könnten. Die Begrifflichkeiten werden

584 *Estoppel* ist allerdings nicht mit dem Verbot selbstwidersprüchlichen Verhaltens gleichzusetzen, da dieses Verbot keinen Nachteil des vertrauenden Staats voraussetzt: PCA, Award (18. März 2015), UNRIAA XXI, 359 (Rn. 435) — „Chagos“ (Mauritius ./ UK); Kulick, AVR 52 (2014), 522 (527); Cottier/Müller, Estoppel, MPEPIL (2021), Rn. 2.

585 Schachter, AJIL 71 (1977), 296 (301); Gruchalla-Wesierski, McGill LJ 30 (1984), 37 (62 f.); Pauwelyn, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), Informal International Lawmaking (2012), 125 (156). Vorsichtiger: Inter-American Juridical Committee, Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements (2020), Kommentar zu Guideline 5.3; Kolb, Good Faith (2017), S. 164–166; Bothe, Netherlands YbIL 11 (1980), 65 (95); Gautier, Non-binding Agreements, MPEPIL (2022), Rn. 19.

586 IGH, Judgment (1. Oktober 2018), ICJ Reports 2018, 507 (Rn. 158) — „Obligation to Negotiate Access“ (Bolivia ./ Chile); PCA, Award (18. März 2015), UNRIAA XXI, 359 (Rn. 438) — „Chagos“ (Mauritius ./ UK); Kulick, AVR 52 (2014), 522 (526 ff.).

587 PCA, Award (18. März 2015), UNRIAA XXI, 359 (Rn. 445 f.) — „Chagos“ (Mauritius ./ UK); Inter-American Juridical Committee, Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements (2020), Kommentar zu Guideline 5.3; Kolb, Good Faith (2017), S. 165.

588 Gruchalla-Wesierski, McGill LJ 30 (1984), 37 (63 f.).

589 Baade, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 3 (25); Fatouros, American University Law Review 30 (1981), 941 (954 f.).

590 Seidl-Hohenveldern, RdC 163 (1979), 169 (195 f.).

591 Pauwelyn, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), Informal International Lawmaking (2012), 125 (157); Gautier, Non-binding Agreements, MPEPIL (2022), Rn. 19.

offenbar austauschbar benutzt. Die legitimierende Wirkung gilt nur *inter partes* (also für die Teilnehmer eines unverbindlichen Instruments).⁵⁹³ Ein unverbindliches Abkommen könnte beispielsweise einen Behaltensgrund (*causa*) bilden, wenn der Vorwurf einer unerlaubten Bereicherung im Raum steht.⁵⁹⁴ Es könnte ferner dazu dienen, eine unklare Rechtslage im Sinne des unverbindlichen Abkommens aufzulösen.⁵⁹⁵ Auch in anderen Zusammenhängen, wie der Umsetzung einer unverbindlichen Übereinkunft zwischen Staaten oder – konkreter – der Transposition der Leitsätze in nationales Recht, kann weiches Recht legitimierende Kräfte entfalten.⁵⁹⁶

Manche Stimmen gehen insofern offenbar von eigenständigen Wirkungen aus.⁵⁹⁷ Die legitimierenden Wirkungen unverbindlicher Normen könnten aber auch im Rahmen bekannter völkerrechtlicher Institute aktiviert werden. Beispielsweise wird vorgebracht, dass die Redlichkeit von Handlungen, die im Einklang mit einem unverbindlichen Instrument stehen, zu vermuten ist.⁵⁹⁸ Außerdem könnte es beispielsweise um den *estoppel*-Grundsatz aus einer weiteren Perspektive gehen: *Estoppel* bietet hier keine Verteidigungsmöglichkeit gegen eine Handlung, auf deren Unterlassen im Einklang mit *soft law* vertraut wurde, sondern untersagt den Protest gegen eine Handlung, die im Einklang mit *soft law* vorgenommen wurde; liegt *estoppel* im Einzelfall nicht vor, wäre ein solcher Protest zumindest unredlich.⁵⁹⁹

592 IGH, *Lauterpacht* (Separate Opinion), Advisory Opinion (7. Juni 1955), ICJ Reports 1955, 90 (115) — „Southwest Africa Voting Procedure“.

593 Seidl-Hohenveldern, RdC 163 (1979), 169 (196); Gruchalla-Wesierski, McGill LJ 30 (1984), 37 (62); Kolb, SRIEL 32 (2022), 539 (543).

594 Hillgenberg, EJIL 10 (1999), 499 (511).

595 Fatouros, American University Law Review 30 (1981), 941 (953 f.); Gautier, Non-binding Agreements, MPEPIL (2022), Rn. 19.

596 Seidl-Hohenveldern, RdC 163 (1979), 169 (195 f., 202 f.); Baade, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 3 (25 ff.); Fatouros, American University Law Review 30 (1981), 941 (954 f.); Gruchalla-Wesierski, McGill LJ 30 (1984), 37 (62).

597 So wohl: Baade, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 3 (27): Die Voraussetzungen von *estoppel* müssten nicht vorliegen; Kolb, SRIEL 32 (2022), 539 (543) geht von einem Rechtfertigungsgrund aus.

598 Dahm, DÖV 12 (1959), 361 (366); Gruchalla-Wesierski, McGill LJ 30 (1984), 37 (62).

599 Seidl-Hohenveldern, RdC 163 (1979), 169 (195 f., 202 f.); Baade, in: Horn (Hrsg.), Legal Problems of Codes of Conduct (1980), 3 (26 f.); Fatouros, American University Law Review 30 (1981), 941 (954 f.).

cc) Treuepflichten innerhalb internationaler Organisationen

Innerhalb internationaler Organisationen entfaltet Treu und Glauben einen spezifischen Charakter: Mitgliedsstaaten unterliegen kraft ihrer Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation Treuepflichten⁶⁰⁰ als einer besonderen Ausformung des Grundsatzes von Treu und Glauben.⁶⁰¹ Innerverbandliche Treuepflichten verlangen von Mitgliedsstaaten vor allem, kompromissbereit zu sein und sich auf eine gemeinsame Zusammenarbeit einzulassen, damit die Organisation die Ziele, zu deren Verfolgung sie von ihren Mitgliedern einst gegründet wurde, erreichen kann.⁶⁰² Diese Treuepflichten lassen sich in mehrere Dimensionen entfalten.

Insbesondere besteht eine allgemeine Pflicht zur Zusammenarbeit.⁶⁰³ Sie kann sich zu einer Pflicht verdichten, die unverbindlichen Instrumente, die innerhalb von Organisation verabschiedet wurden, gemeinsam mit den anderen Mitgliedsstaaten zu fördern.⁶⁰⁴ Diese Förderungspflicht steht unangemessenen Alleingängen der Mitgliedsstaaten entgegen.⁶⁰⁵ In Bezug auf unverbindliche Beschlüsse eines Organs der internationalen Organisation (wie der VN-Generalversammlung) bestehen für einen Mitgliedsstaat rechtsverbindliche Berücksichtigungs- und – umstrittener – Rechtfertigungspflichten: Ein Mitgliedsstaat ist kraft seiner Mitgliedschaft verpflichtet, die Beachtung eines unverbindlichen Beschlusses redlich und sorgfältig in Erwägung zu ziehen und, wenn er den Beschluss ablehnt, der Organisation seine Gründe hierfür mitzuteilen.⁶⁰⁶

600 Der Begriff der „Treuepflichten“ wird hier als Ausprägung des Grundsatzes Treu und Glauben verwendet, wie er sich auf den Innenbereich internationaler Organisationen bezieht (vgl. Kolb, *Bonne foi* (2000), S. 510, der damit allerdings nur die Pflichten der Organe der Organisation meint). Andere Begriffe sind „Loyalitätspflicht“ oder „Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit“ (Ruffert/Walter, *Institutionalisiertes Völkerrecht* (2015), Rn. 258).

601 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.; Schermers/Blokker, *International Institutional Law* (2018), Rn. 156; Zhunussova, EJLS 14 (2022), 65 (78).

602 IGH, *Advisory Opinion* (20. Dezember 1980), ICJ Reports 1980, 73 (Rn. 43, 48 f.) — „Interpretation of Agreement“; Amerasinghe, *Principles of Institutional Law* (2005), S. 178 f.; Kolb, *Good Faith* (2017), S. 162 f.; Zhunussova, EJLS 14 (2022), 65 (86).

603 Siehe Fußnote 602.

604 Amerasinghe, *Principles of Institutional Law* (2005), S. 179.

605 Zhunussova, EJLS 14 (2022), 65 (78).

b) Sonstige allgemeinvölkerrechtliche Wirkungen

Verschiedentlich wird darauf hingewiesen, dass ein Instrument weichen Rechts die in ihm geregelten Themenbereiche aus dem *domaine réservé* eines Staates hebe (bzw. zumindest heben könne) und daher (potenziell) der Einmischung von außen zugänglich mache.⁶⁰⁷ Es sei treuwidrig, wenn ein Staat eine Einmischung von außen zurückweise, wenn diese auf dem Inhalt eines Instruments weichen Rechts basiere, das der betroffene Staat unterstützt habe.⁶⁰⁸

Eine weitere rechtliche Wirkung unverbindlicher Instrumente ist die interne Bindungswirkung: Nimmt ein Organ einer internationalen Organisation ein unverbindliches Instrument an, können Organe der internationalen Organisation oder allgemein die Organisation in ihren Binnenverfahren rechtsverbindlich an dieses Instrument gebunden sein.⁶⁰⁹ Unverbindlich ist die Resolution nur für die Mitgliedsstaaten der Organisation; sie sind – anders als die internationale Organisation – nicht daran gebunden.⁶¹⁰ Die interne Bindungswirkung erstreckt sich jedenfalls auf rangniedrigere Organe⁶¹¹ und die Bediensteten der Organisation⁶¹². So hat die Annahme der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR)⁶¹³ durch die VN-Generalversammlung dazu geführt, dass die VN die AEMR etwa in Bezug

606 Bejahung beider Pflichten: IGH, *Lauterpacht* (Separate Opinion), Advisory Opinion (7. Juni 1955), ICJ Reports 1955, 90 (119) — „Southwest Africa Voting Procedure“; *Amerasinghe*, Principles of Institutional Law (2005), S. 177 f.

Bejahung nur der Berücksichtigungspflicht: *Dahm*, DÖV 12 (1959), 361 (362 f.); *Giegerich*, in: Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR 46 (2014), 101 (148).

Es hänge von der jeweiligen Organisation (Grad der Kooperation, statutarische *leges speciales*) und dem Themengebiet ab: *Kolb*, Good Faith (2017), S. 167 f.

607 *Schachter*, AJIL 71 (1977), 296 (304); *Gruchalla-Wesierski*, McGill LJ 30 (1984), 37 (58 f.); *Abi-Saab*, RdC 207 (1987), 9 (210); *D'Aspremont*, EJIL 19 (2008), 1075 (1082); *Peters*, in: Diedrichs u. a. (Hrsg.), The Dynamics of Change in EU Governance (2011), 21 (34); *Giegerich*, in: Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR 46 (2014), 101 (140); *Gautier*, Non-binding Agreements, MPEPIL (2022), Rn. 19.

608 *Thürer*, Soft Law, MPEPIL (2009), Rn. 27.

609 *Seidl-Hohenveldern*, RdC 163 (1979), 169 (195); *Gruchalla-Wesierski*, McGill LJ 30 (1984), 37 (52 f.); *Schermers/Blokker*, International Institutional Law (2018), §§ 1241 ff.; wohl auch: *Frowein*, ZaöRV 49 (1989), 778 (779 f.).

610 *Seidl-Hohenveldern*, RdC 163 (1979), 169 (195); *Gruchalla-Wesierski*, McGill LJ 30 (1984), 37 (52 f.).

611 Welche Organe im Einzelnen gebunden sind, wird leicht abweichend beurteilt; siehe: *Seidl-Hohenveldern*, RdC 163 (1979), 169 (195); *Frowein*, ZaöRV 49 (1989), 778 (780); *Schermers/Blokker*, International Institutional Law (2018), §§ 1241 ff.

612 *Frowein*, ZaöRV 49 (1989), 778 (779 f.).

613 VN Dok. A/RES/217(III) A.

auf die gleiche Bezahlung von Männern und Frauen unter ihren Bediensteten beachten musste.⁶¹⁴

Weiches Recht kann der Entstehung harten Rechts in Bezug auf Verträge und auf Völkergewohnheitsrecht zeitlich vorgelagert sein.⁶¹⁵ Es ist anerkannt, dass nicht bindende Resolutionen der VN-Generalversammlung (wie auch andere Resolutionen) als eines von mehreren Beweisstücken für die Existenz einer völkergewohnheitsrechtlichen Regelung oder zumindest einer *opinio iuris* herangezogen werden können.⁶¹⁶ Zugleich kann eine solche Resolution eine Rolle im Rahmen der Entstehung von Völkergewohnheitsrecht spielen, etwa als Inspirationsquelle oder als Kristallisationspunkt einer im Entstehen begriffenen Norm.⁶¹⁷ So gibt die AEMR als unverbindliche Resolution der VN-Generalversammlung, wenn nicht in Gänze, so doch zumindest in Teilen Völkergewohnheitsrecht wieder.⁶¹⁸ Ebenso kann weiches Recht Inspirationsquelle oder Vorläufer eines völkerrechtlichen Vertrags sein.⁶¹⁹ So bildete die AEMR die Inspirationsquelle für den IPwskR⁶²⁰ und den IPbpR.⁶²¹

614 Seidl-Hohenveldern, RdC 163 (1979), 169 (195).

615 Peters, The Global Compact for Migration, EJIL: Talk! (21. November 2018): „pre-law functions“; Kolb, SRIEL 32 (2022), 539 (539 f.).

616 IGH, Judgment (27. Juni 1986), ICJ Reports 1986, 14 (Rn.188) — „Military and Paramilitary Activities“ (Nicaragua ./ USA), Merits; IGH, Advisory Opinion (8. Juli 1996), ICJ Reports 1996, 226 (Rn. 70) — „Nuclear Weapons Opinion“; *International Law Commission*, Identification of Customary International Law (2018), Conclusion 12 Abs. 2 und 3.

617 *International Law Commission*, Identification of Customary International Law (2018), Conclusion 12 Abs. 2 und zugehörige Kommentierung, Rn. 7.

618 Giegerich, in: Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR 46 (2014), 101 (146); Boyle, in: Evans (Hrsg.), International law (2018), 119 (125 f.).

619 Pauwelyn, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), Informal International Lawmaking (2012), 125 (157); Giegerich, in: Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR 46 (2014), 101 (149 f.); Boyle, in: Evans (Hrsg.), International law (2018), 119 (125).

620 „International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“ (*Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*, IPwskR), Unterzeichnung: 16. Dezember 1966, Inkrafttreten: 3. Januar 1976. UNTS 993, 3.

621 Giegerich, in: Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR 46 (2014), 101 (149 f.); Boyle, in: Evans (Hrsg.), International law (2018), 119 (126).

2. Anwendung, Auslegung und Konkretisierung harten Rechts

Weiches Recht kann eine Rolle bei der Anwendung und Auslegung von Instrumenten harten Rechts spielen.⁶²² So heißt es in Art. 31 Abs. 3 lit. a) und b) WVRK⁶²³, der Völkergewohnheitsrecht widerspiegelt,⁶²⁴ dass jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder jede spätere Übung, die auf eine solche Übereinkunft schließen lässt, für die Auslegung zu berücksichtigen sei. Eine solche Übereinkunft muss nicht rechtlich verbindlich sein.⁶²⁵

Zugleich kann weiches Recht bei der Ausfüllung unbestimmter Formulierungen oder von Generalklauseln im innerstaatlichen Recht unterstützen. Instruktiv ist ein BGH-Urteil⁶²⁶ aus dem Jahr 1972.⁶²⁷ In diesem Fall war der BGH mit der Frage konfrontiert, ob ein Versicherungsvertrag über die Beförderung ausländischen Kulturguts, das einem Ausfuhrverbot des Herkunftsstaats unterlag, nichtig war.⁶²⁸ Der BGH prüfte die Nichtigkeit des Vertrags unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB (Verstoß gegen die guten Sitten).⁶²⁹ Zur Ausfüllung des Begriffs des „Sittenverstosses“ zog der BGH Aussagen der UNESCO-Generalkonferenz aus den Vorjahren

622 *Inter-American Juridical Committee*, Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements (2020), Guideline 5.3.2 lit. b); *Fatouros*, *American University Law Review* 30 (1981), 941 (960); *Gruchalla-Wesierski*, *McGill LJ* 30 (1984), 37 (61, 65); *D'Aspremont*, *EJIL* 19 (2008), 1075 (1082); *Thürer*, *Soft Law*, MPEPIL (2009), Rn. 28 ff.; *Footer*, *Melb JIL* 11 (2010), 241 (261–263); *Pauwelyn*, in: *Pauwelyn u. a. (Hrsg.)*, *Informal International Lawmaking* (2012), 125 (155 f.).

623 „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.

624 Siehe nur: *IGH*, Judgment (22. Juli 2022), *ICJ Reports* 2022, 477 (Rn. 87) — „Genocide Convention“ (The Gambia ./. Myanmar), Preliminary Objections; *International Law Commission*, Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2018), Conclusion 2 Abs. 1 S. 2.

625 *International Law Commission*, Subsequent Agreements and Subsequent Practice (2018), Conclusion 10 Abs. 1 S. 2; *Inter-American Juridical Committee*, Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements (2020), Kommentar zu Guideline 5.3; *Boyle*, in: *Evans (Hrsg.)*, *International law* (2018), 119 (127); *Gautier*, *Non-binding Agreements*, MPEPIL (2022), Rn. 19.

626 BGHZ 59, 82 — „Ausfuhrverbot für Kunstgegenstände“.

627 Erwähnt bei: *Seidl-Hohenveldern*, *RdC* 163 (1979), 169 (200 f.); *Baade*, in: *Horn (Hrsg.)*, *Legal Problems of Codes of Conduct* (1980), 3 (29 f.).

628 BGHZ 59, 82 (84 f.) — „Ausfuhrverbot für Kunstgegenstände“.

629 BGHZ 59, 82 (85) — „Ausfuhrverbot für Kunstgegenstände“.

heran, wozu unter anderem eine UNESCO-Empfehlung und ein von der Bundesrepublik nicht ratifiziertes Übereinkommen gehörten.⁶³⁰

3. Rezeption

Normen aus Instrumenten weichen Rechts können in hartes Recht übernommen (rezipiert) werden und so zu hartem Recht erstarken.⁶³¹ Diese Rezeption kann ganz verschiedene Qualitäten aufweisen. Innerhalb der letzten Jahre hat sich die Situation für die Leitsätze grundlegend gewandelt; sie wurden mittlerweile in zahlreichen Regelwerken rezipiert. Da ich darauf noch ausführlich zurückkommen werde (Kapitel 11), belasse ich es an dieser Stelle bei einem *tour d'horizon*.

Eine Rezeption der Leitsätze findet sich in erster Linie in Art. 18 Abs. 1 Taxonomie-VO;⁶³² diese Norm verhindert, dass eine Wirtschaftstätigkeit als nachhaltig (taxonomiekonform) eingestuft wird, wenn gegen die Leitsätze verstoßen wird. Mehrere Bestimmungen der Konfliktmineralien-VO⁶³³ verpflichten Importeure bestimmter Mineralien und Metalle faktisch zur Beachtung des OECD-Sorgfaltspflichtleitfadens für Konfliktmineralien⁶³⁴. Beispielsweise muss der Importeur nach Art. 4 lit. b) Konfliktmineralien-VO eine Lieferkettenpolitik festlegen, die den Standards dieses Leitfadens entspricht. Ein weiteres Beispiel enthält das Investitionsabkommen zwischen Brasilien und den Vereinigten Arabischen Emiraten⁶³⁵; es gibt in

630 BGHZ 59, 82 (85 f.) — „Ausfuhrverbot für Kunstgegenstände“.

631 *Fatouros*, *American University Law Review* 30 (1981), 941 (959); *Footer*, *Melb JIL* 11 (2010), 241 (266 ff.); *Pauwelyn*, in: *Pauwelyn u. a. (Hrsg.), Informal International Lawmaking* (2012), 125 (155); *Giegerich*, in: *Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR* 46 (2014), 101 (141 ff.); *Kolb*, *SRIEL* 32 (2022), 539 (541 f.).

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

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

634 *OECD, Due Diligence Guidance for Conflict Minerals* (2016).

635 *Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the United Arab Emirates*, Unterzeichnung: 15. März 2019, Inkrafttreten: 30. August 2023. *Diário do Senado Federal* n° 62 (27. April 2023), 471–499. Verfügbar unter: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agr>

seinem Art. 15 Abs. 1 Investoren auf, ein hohes Maß sozial verantwortlicher Praktiken anzunehmen, die auf den Leitsätzen beruhen.

Neben Verhaltenspflichten finden sich Offenlegungspflichten. Nach Art. 4 Abs. 1 und 2 der Offenlegungs-VO⁶³⁶ (in Verbindung mit die Offenlegungs-VO näher ausgestaltenden Normen)⁶³⁷ müssen Finanzmarktteilnehmer (unter anderem Fondsmanager) beispielsweise erklären, zu welchem Prozentsatz sie in Unternehmen investiert sind, die gegen die Leitsätze verstoßen. Unter § 103 lit. b) ESRS S1⁶³⁸ kann ein Unternehmen verpflichtet sein, über spA-Verfahren zu berichten, die gegen das Unternehmen vor einer NKS angestrengt wurden.

II. Recht

Vor dem Hintergrund dieses großen realpolitischen Einflusses, den *soft law* ausüben kann, erklärt sich die Debatte darüber, ob „weiches Recht“ Teil des „Rechts“ (*law*) ist oder nicht.⁶³⁹ In dieser Debatte stehen sich die Befürworter eines binären bzw. absoluten Ansatzes⁶⁴⁰ und die Verfechter eines graduellen bzw. relativen Ansatzes⁶⁴¹ gegenüber.

eements/treaties/bilateral-investment-treaties/4896/brazil---united-arab-emirates-b
it-2019 (zuletzt abgerufen am 21. Januar 2026).

636 Verordnung (EU) 2019/2088 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor (*Offenlegungs-VO*), 27. November 2019, zuletzt geändert: 9. Januar 2024. ABL L 317 (9. Dezember 2019), 1–16. Verfügbar unter: <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/2088/oj>.

637 Art. 4 Abs. 2, Art. 6 und Indikatoren 10 und 11 der Tabelle 1 in Anhang I der Offenlegungs-DelVO (Delegierte Verordnung (EU) 2022/1288 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2019/2088 im Hinblick auf technische Regulierungsstandards [...] (*Offenlegungs-DelVO*), 6. April 2022, zuletzt geändert: 20. Februar 2023. ABL L 196 (25. Juli 2022), 1–72. Verfügbar unter: http://data.europa.eu/eli/reg_del/2022/1288/oj.

638 „Delegierte Verordnung (EU) 2023/2772 der Kommission zur Ergänzung der Richtlinie 2013/34/EU durch Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung“ (*European Sustainability Reporting Standards, ESRS*), 31. Juli 2023. ABL L 2023/2772 (22. Dezember 2023). Verfügbar unter: http://data.europa.eu/eli/reg_del/2023/2772/oj.

639 Für eine Auffächerung dieser Debatte siehe beispielsweise: *Goldmann*, Leiden JIL 25 (2012), 335 (335 ff.).

640 *Weil*, AJIL 77 (1983), 413 (413 ff.); *Klabbers*, Nord JIL 67 (1998), 381 (381 ff.); *Hillgenberg*, EJIL 10 (1999), 499 (507); *D'Aspremont*, EJIL 19 (2008), 1075 (1075 ff.); *Thürer*, Soft Law, MPEPIL (2009), Rn. 18 ff.; *Blutman*, ICLQ 59 (2010), 605 (605, 623 f.); *Pauwelyn*, in: *Pauwelyn u. a. (Hrsg.), Informal International Lawmaking* (2012), 125 (130); *Shelton*, in: *Evans (Hrsg.), International Law* (2014), 137 (161, 163); *Weid-*

1. Binäre Ansichten

Binäre Ansätze gehen davon aus, dass es lediglich die beiden Kategorien Recht und Nicht-Recht gibt.⁶⁴² Zwischen beiden Kategorien lasse sich eine klare Trennlinie ziehen.⁶⁴³ Diese Trennlinie wird hauptsächlich⁶⁴⁴ in der Rechtsverbindlichkeit gesehen.⁶⁴⁵ Richtigerweise kommt es zur Bestimmung der Rechtsverbindlichkeit auf den Willen der Parteien an, ein Instrument dem Recht und seiner Verbindlichkeit zu unterstellen.⁶⁴⁶ Bei Akten internationaler Organisationen ist der Wille des den Akt annehmen-

mann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 372 ff.; möglicherweise auch *Bothe*, Netherlands YbIL II (1980), 65 (66 f., 93 ff.).

- 641 *Abbott* u. a., *International Organization* 54 (2000), 401 (418); *Mörth*, in: *Mörth* (Hrsg.), *Soft Law in Governance and Regulation* (2004), 1 (5 f.); *Goldmann*, in: von *Bogdandy* u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (670 ff.); *Peters*, in: *Diedrichs* u. a. (Hrsg.), *The Dynamics of Change in EU Governance* (2011), 21 (21 ff.); *Giegerich*, in: *Paulus* u. a. (Hrsg.), *BerDGIR* 46 (2014), 101 (137 ff., 177 f.); *McCorquodale/Griffith*, in: *Bonucci/Kessedjian* (Hrsg.), *40 ans des lignes directrices* (2018), 119 (121).

Möglicherweise auch: *Chinkin*, *ICLQ* 38 (1989), 850 (865 f.); *Kolb*, *Bonne foi* (2000), S. 525; *Boyle*, in: *Evans* (Hrsg.), *International law* (2018), 119 (121, 135).

- 642 Vgl. Fußnote 640.

- 643 *Weil*, *AJIL* 77 (1983), 413 (415) bezeichnet diese Linie als „*normativity threshold*“; vgl. *Klabbers*, *Nord JIL* 67 (1998), 381 (387).

- 644 Auch wenn überwiegend auf die Rechtsverbindlichkeit als maßgebliches Kriterium abgestellt wird, werden auch andere Kriterien diskutiert. Näher: *Pauwelyn*, in: *Pauwelyn* u. a. (Hrsg.), *Informal International Lawmaking* (2012), 125 (131 ff.).

- 645 Häufig wird dies implizit vorausgesetzt: *Inter-American Juridical Committee*, *Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements* (2020), Kommentar zu Guideline 1.3; *Gruchalla-Wesierski*, *McGill LJ* 30 (1984), 37 (40); *Klabbers*, *Nord JIL* 65 (1996), 167 (182); vgl. *Shelton*, in: *Evans* (Hrsg.), *International Law* (2014), 137 (161, 163).

- 646 *PCA*, Award (24. Mai 2005), *UNRIAA* XXVII, 35 (Rn. 142) — „Ijzeren Rijn“ (Belgium ./ Netherlands): „A key factor in distinguishing a “non-legally binding instrument” from a treaty is the intention of the parties.“; *PCA*, Award (29. Oktober 2015), *UNRIAA* XXXIII, 1 (Rn. 213) — „South China Sea“ (Philippines ./ China), *Jurisdiction and Admissibility*: „To constitute a binding agreement, an instrument must evince a clear intention to establish rights and obligations between the parties.“; *Schachter*, *AJIL* 71 (1977), 296 (296 f., 299); *D’Aspremont*, *EJIL* 19 (2008), 1075 (1077 ff.); *Thürer*, *Soft Law*, *MPEPIL* (2009), Rn. 20, 22; *Peters*, *The Global Compact for Migration*, *EJIL*: Talk! (21. November 2018); *Schmalenbach*, Article 2, *Dörr/Schmalenbach VCLT Commentary* (2018), Rn. 30 ff.; vgl. *Gautier*, *Non-binding Agreements*, *MPEPIL* (2022), Rn. 16.

den Organs maßgeblich.⁶⁴⁷ Wird dieser (fehlende) Rechtsbindungswille im Instrument selbst nicht hinreichend deutlich, muss er auf Basis objektiver Indizien bestimmt werden.⁶⁴⁸ Vor allem in der IGH-Rechtsprechung finden sich demgegenüber Aussagen, die zu Lasten der ausschlaggebenden Bedeutung des Rechtsbindungswillens objektive Umstände betonen.⁶⁴⁹ Die Unterschiede zwischen beiden Ansätzen sollten aber nicht überbetont werden, da auch die Ermittlung eines Rechtsbindungswillens auf objektive Indizien zurückgreifen muss, wenn die Parteien sich im Instrument nicht explizit zur ihrem (fehlenden) Rechtsbindungswillen äußern.⁶⁵⁰ Zudem findet sich auch jüngere IGH-Rechtsprechung, in der der IGH deutlich macht, dass ihm objektive Indizien nur zur Feststellung des Rechtsbindungswillens dienen.⁶⁵¹ Im Ergebnis ist deshalb bei den binären Ansichten richtigerweise

647 Zum VN-Sicherheitsrat siehe: Öberg, EJIL 16 (2005), 879 (885); Joyner, Legal Bindingness of Security Council Resolutions, EJIL: Talk! (9. Januar 2017); kritischer: Rovine, Columbia Journal of Transnational Law 11 (1972), 203 (229 f.).

648 PCA, Award (18. März 2015), UNRIAA XXI, 359 (Rn. 426) — „Chagos“ (Mauritius ./ UK): „[...] the intention for an agreement to be either binding or non-binding as a matter of law must be clearly expressed or is otherwise a matter for objective determination.“; PCA, Award (29. Oktober 2015), UNRIAA XXXIII, 1 (Rn. 213) — „South China Sea“ (Philippines ./ China), Jurisdiction and Admissibility: „Such clear intention is determined by reference to the instrument’s actual terms and the particular circumstances of its adoption. The subsequent conduct of the parties to an instrument may also assist in determining its nature.“; Peters, The Global Compact for Migration, EJIL: Talk! (21. November 2018); Schmalenbach, Article 2, Dörr/Schmalenbach VCLT Commentary (2018), Rn. 33; Gautier, Non-binding Agreements, MPEPIL (2022), Rn. 16.

649 IGH, Judgment (1. Juli 1994), ICJ Reports 1994, 112 (Rn. 23, 27) — „Maritime Delimitation“ (Qatar ./ Bahrain), Jurisdiction and Admissibility, insbesondere aaO, Rn. 27: „The Court does not find it necessary to consider what might have been the intentions of the Foreign Minister of Bahrain or, for that matter, those of the Foreign Minister of Qatar.“, aaO, Rn. 23 unter Bezugnahme auf IGH, Judgment (19. Dezember 1978), ICJ Reports 1978, 3 (Rn. 96) — „Aegean Sea“ (Greece ./ Turkey); vgl. auch Arnault, Völkerrecht (2022), Rn. 195.

650 Inter-American Juridical Committee, Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements (2020), Kommentar zu Guideline 3.2: Unterschiede bestehen vor allem in Bezug auf die Gewichtung externer Umstände, die keinen Niederschlag im untersuchten Instrument gefunden haben.

651 IGH, Judgment (1. Oktober 2018), ICJ Reports 2018, 507 (Rn. 91, 97, 126) — „Obligation to Negotiate Access“ (Bolivia ./ Chile), aaO, Rn. 91: „[...] for there to be an obligation to negotiate on the basis of an agreement, the terms used by the parties, the subject-matter and the conditions of the negotiations must demonstrate an intention of the parties to be legally bound. This intention, in the absence of express terms indicating the existence of a legal commitment, may be established on the basis of an objective examination of all the evidence.“

der Wille der Parteien das entscheidende Kriterium zur Bestimmung von Recht und Nicht-Recht.

Wenn sich aber das Recht durch seine Rechtsverbindlichkeit auszeichnet, werden Normen mit weicher Form (also rechtlich unverbindliche Normen) nicht von der Kategorie des Rechts erfasst.⁶⁵² Sofern man mit „weichem Recht“ hingegen rechtsverbindliche Normen mit weichem Inhalt meint, handelt es sich um rechtliche Normen.⁶⁵³

2. Relative bzw. graduelle Ansichten

Die Vertreter des relativen Ansatzes üben sich seltener darin, die Argumente, die für den absoluten Ansatz angeführt werden, zu widerlegen oder abzulehnen.⁶⁵⁴ Stattdessen verfolgen sie eine pragmatischere Herangehensweise,⁶⁵⁵ da sie sich so versprechen, die Wirklichkeit⁶⁵⁶ besser beschreiben zu können. In diesem Zusammenhang betonen sie die bereits oben angesprochenen rechtlichen Wirkungen, die Vielgestaltigkeit oder die praktische Bedeutung weichen Rechts.⁶⁵⁷ Die Vertreter des relativen Ansatzes gehen davon aus, dass es nicht möglich oder zumindest nicht sinnvoll ist, eine klare Trennlinie zwischen Recht und Nicht-Recht zu ziehen, und befürworten stattdessen eine spektrale Beschreibung des Rechts.⁶⁵⁸

652 Weil, AJIL 77 (1983), 413 (414); D'Aspremont, EJIL 19 (2008), 1075 (1083); Thürer, Soft Law, MPEPIL (2009), Rn. 19 ff., 36; Blutman, ICLQ 59 (2010), 605 (623).

653 Weil, AJIL 77 (1983), 413 (414); D'Aspremont, EJIL 19 (2008), 1075 (1084 f.).

654 Davarnejad, Journal of Dispute Resolution 2011, 351 (359): „[...] the participants in the debate have a tendency to talk past each other.“ Siehe aber: Goldmann, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), Exercise of Public Authority (2010), 661 (671 ff.); Peters, in: Diedrichs u. a. (Hrsg.), The Dynamics of Change in EU Governance (2011), 21 (23).

655 Giegerich, in: Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR 46 (2014), 101 (139).

656 Peters, in: Diedrichs u. a. (Hrsg.), The Dynamics of Change in EU Governance (2011), 21 (23); vgl. Mörtz, in: Mörtz (Hrsg.), Soft Law in Governance and Regulation (2004), 1 (4 f.).

657 Vgl. Mörtz, in: Mörtz (Hrsg.), Soft Law in Governance and Regulation (2004), 1 (5 f.); vgl. Goldmann, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), Exercise of Public Authority (2010), 661 (675 ff.); vgl. Giegerich, in: Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR 46 (2014), 101 (139 ff., 177 f.); vgl. Boyle, in: Evans (Hrsg.), International law (2018), 119 (119–122, 135).

658 Kolb, Bonne foi (2000), S. 525; Peters, in: Diedrichs u. a. (Hrsg.), The Dynamics of Change in EU Governance (2011), 21 (23); vgl. Mörtz, in: Mörtz (Hrsg.), Soft Law in Governance and Regulation (2004), 1 (5 f.); vgl. Goldmann, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), Exercise of Public Authority (2010), 661 (676); vgl. Giegerich, in: Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR 46 (2014), 101 (139 ff.).

Damit ist für die Einstufung von *soft law* allerdings wenig gewonnen, weil mindestens vier Möglichkeiten bestehen: Entweder ist (i) weiches Recht dem Recht zuzuordnen (aber weniger „rechtlich“ als normales Recht), ist (ii) dem Nicht-Recht zuzuordnen (aber „rechtlicher“ als normales Nicht-Recht), ist (iii) eine eigenständige Mezzanin-Kategorie zwischen beidem („Grauzone“) oder (iv) kann überhaupt nicht zugeordnet werden.⁶⁵⁹ Nimmt man den Ausgangspunkt der relativen Ansicht ernst und sollten sich Recht und Nicht-Recht mithin nicht sinnvoll trennen lassen, kann es meines Erachtens keine sinnvolle Trennlinie zwischen Recht und Nicht-Recht geben. Möglichkeit (iv) ist meines Erachtens für relative Ansätze zwingend. Weiches Recht kann und braucht also weder der Sphäre des Rechts noch des Nicht-Rechts zugeordnet werden. Eine derartige Fragestellung ist schlicht überflüssig. Das betrachtete Spektrum sollte deshalb folgerichtig von der härtesten Form harter *Normen*⁶⁶⁰ zur weichsten Form weicher Normen reichen, ohne dass es auf die Zuordnung dieser Normen zur Rechtsordnung ankäme.

Gleichwohl findet sich unter den Vertretern der relativen Ansätze manchmal die Aussage, weiches Recht sei Teil des Rechts.⁶⁶¹ Das ist meines Erachtens irreführend, weil sie das Recht dem Nicht-Recht sprachlich gegenüberstellt. Eine solche Aussage verschiebt lediglich die Trennlinie zwischen Recht und Nicht-Recht hinter das weiche Recht, anstatt ganz auf sie zu verzichten.⁶⁶² Die Relativität wird folglich nur diesseits der Trennlinie, also innerhalb der so vergrößerten Rechtsordnung gesehen. Das Spektrum reicht dann nur von der härtesten Form harten Rechts zur weichsten Form weichen Rechts. Die so definierte Rechtsordnung muss dabei eine Teilmenge aller Normen als „nicht-rechtlich“ qualifizieren und somit einer außerrechtlichen Sollensordnung zuordnen. Die so definierte

659 Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 379; vgl. Blutman, ICLQ 59 (2010), 605 (613 und Fn. 38); vgl. Pauwelyn, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), *Informal International Lawmaking* (2012), 125 (129).

660 Zur Vermeidung des in diesem Zusammenhang irrelevanten Begriffs „Recht“, bietet sich der Begriff der „Norm“ an, da er sowohl rechtliche als auch nicht-rechtliche Normen wie Sozial- und Moralnomen umfasst (statt vieler: Rütters u. a., *Rechtstheorie* (2022), Rn. 97–99f).

661 Kolb, *Bonne foi* (2000), S. 525; Peters, in: Diedrichs u. a. (Hrsg.), *The Dynamics of Change in EU Governance* (2011), 21 (23); Pellet/Müller, *Article 38, ICJ Statute Commentary* (2019), Rn. 110.

662 Letztlich wird nur die Trennlinie umdefiniert: Statt eines einzigen Parameters (Rechtsbindungswille) wird eine Mehrzahl an Parametern benutzt, um zu einem binären Ergebnis (Recht oder Nicht-Recht) zu gelangen. Damit wird die binäre Ansicht nur partiell überwunden. So auch: Blutman, ICLQ 59 (2010), 605 (Fn. 38).

Rechtsordnung erfasst also nicht alle Normen. Das Ergebnis ist eine binäre Trennung von Recht und Nicht-Recht, die mit den relativen Ansätzen doch eigentlich überwunden werden könnte.

Die wenigsten Literaturstimmen definieren klar, innerhalb welchen Spektrums sie sich aufhalten und wo weiches Recht zu verorten ist.⁶⁶³ Das ist zwar ungünstig, aber nicht von gesteigerter Relevanz. Der entscheidende Gesichtspunkt und die Stärke spektraler Beschreibungen ist die Relativität des Rechts, weil sie einen Vergleichsmaßstab in den Fokus rücken. Es geht primär um die Frage, *wie* hart oder weich eine Norm ist und nur zweitrangig darum, ob sie rechtlicher oder nicht-rechtlicher Natur ist. Aus der Perspektive relativer Ansätze wirkt es sinnvoller, „weiches“ und „hartes“ Recht zu kontrastieren als Recht und Nicht-Recht.⁶⁶⁴ In diesem Sinne ermöglichen es spektrale Beschreibungen, Härte- und Weichgrade anhand verschiedener Parameter graduell voneinander abzustufen. Auf diese Weise beschreiben sie einen Arche- bzw. Idealtypus härtester Normativität, demgegenüber alle Abstufungen aufgeweicht sind, weil einer oder mehrerer der Parameter nicht voll ausgeprägt ist.⁶⁶⁵ Weiches Recht als Sammelbezeichnung für harte wie weiche *Instrumenta* und harte wie weiche *Negotia* fügt sich gut hierin ein.

3. Stellungnahme

Ich ziehe es vor, die klassische Dichotomie zwischen Rechtsverbindlichkeit und fehlender Rechtsverbindlichkeit aufrechtzuerhalten. Wie bereits erörtert, ist es aus meiner Sicht nicht möglich, Rechtsverbindlichkeit abzustufen. Daraus folgt aber nicht automatisch auch eine Vorfestlegung auf ein binäres Verständnis des Rechts: Nur wenn man die Rechtsverbindlichkeit (bzw. den darauf gerichteten Parteiwillen) zum Unterscheidungskriterium zwischen Recht und Nicht-Recht erhebt, ist die Wahl zwischen beidem eine

663 So die Kritik von: *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 382. Siehe aber: *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (676): „[...] a relative concept of law that includes additional categories besides “law” and “non-law” [...]“; *Giegerich*, in: Paulus u. a. (Hrsg.), *BerDGIR* 46 (2014), 101 (139, 178): Nicht-Recht bis *ius cogens*.

664 Vgl. *Mörth*, in: *Mörth* (Hrsg.), *Soft Law in Governance and Regulation* (2004), 1 (6); vgl. *Peters*, in: *Diedrichs u. a. (Hrsg.)*, *The Dynamics of Change in EU Governance* (2011), 21 (23); vgl. *Boyle*, in: *Evans (Hrsg.)*, *International law* (2018), 119 (122).

665 *Peters*, in: *Diedrichs u. a. (Hrsg.)*, *The Dynamics of Change in EU Governance* (2011), 21 (23).

binäre. Genauso gut wäre es jedoch denkbar, andere oder eine Vielzahl an Kriterien statt bzw. neben der Rechtsverbindlichkeit zu Unterscheidungskriterien zu bestimmen. Dazu könnten auch nicht-binäre Kriterien rechnen. Aus der Binarität der Rechtsverbindlichkeit folgt deshalb nicht zwingend eine Binarität des Rechts. Gleichwohl sind solche Alternativen für mein Forschungsvorhaben nicht zweckmäßig (a)): Ich verstehe Recht und Nicht-Recht als binäre Klassifizierung, die an die Rechtsverbindlichkeit als Unterscheidungskriterium anknüpft. Insbesondere dürfen rechtliche Wirkungen, wie ich sie unter B. I. beschrieben habe, nicht mit Rechtsverbindlichkeit gleichgesetzt werden (b)).

a) Zweckabhängigkeit der Ansätze

Ob etwas Recht ist und auf Grundlage welcher Kriterien die Rechtssphäre zu bestimmen ist, sollte sich primär danach richten, welchen Zweck eine derartige Beschreibung verfolgt.⁶⁶⁶ Im Einklang mit *Goldmann* ist davon auszugehen, dass keiner der beiden Ansätze (absolut oder relativ) „falsch“ ist.⁶⁶⁷ Letztlich geht es um eine Frage der passenden Definition. Befürworter absoluter Ansätze betonen die vereinfachende Strenge (*simplyfying rigor*)⁶⁶⁸ bzw. die dogmatische Klarheit⁶⁶⁹ einer binären Klassifizierung, die juristisches Arbeiten in einer komplexen Wirklichkeit erst ermögliche. Befürworter relativen Ansätze beginnen demgegenüber, Wertungen und Werte in die Strenge des Rechts einzutragen. Sie sorgen sich um die Legitimität⁶⁷⁰ von Instrumenten weichen Rechts oder suchen die komplexe Wirklichkeit⁶⁷¹ weichen Rechts zu erfassen. Wer aber versucht, die Wirklichkeit oder die Auswirkungen von Instrumenten zu beschreiben, bewegt sich in der Nähe der (Rechts-)Soziologie.⁶⁷² Diese grundverschiedenen

666 *Goldmann*, Leiden JIL 25 (2012), 335 (336); vgl. *Pauwelyn*, in: *Pauwelyn u. a. (Hrsg.), Informal International Lawmaking* (2012), 125 (140 f.).

667 *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (676).

668 *Weil*, AJIL 77 (1983), 413 (441); *Klabbers*, Nord JIL 67 (1998), 381 (387).

669 Vgl. *D'Aspremont*, EJIL 19 (2008), 1075 (1077 ff.).

670 Vgl. *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (665); vgl. *Giegerich*, in: *Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR* 46 (2014), 101 (154 ff.).

671 Vgl. Fußnote 657; vgl. auch die Zusammenfassung der Argumente relativer Ansätze bei *Blutman*, ICLQ 59 (2010), 605 (613).

672 Vgl. *Blutman*, ICLQ 59 (2010), 605 (612); vgl. *Goldmann*, Leiden JIL 25 (2012), 335 (351 ff.); vgl. *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 360.

Anliegen offenbaren meines Erachtens, dass die Vertreter beider Ansätze kaum auf die Argumente der Gegenseite eingehen: Dadurch, dass binäre Ansätze kategorial zwischen Recht und Nicht-Recht unterscheiden, werten sie Nicht-Recht nicht als praxisirrelevant ab.⁶⁷³ Nicht-Recht ist ebenso bedeutend und kann das Handeln internationaler Akteure ebenso beeinflussen wie Recht.⁶⁷⁴ Die binären Ansätze treffen hierüber keine Aussage; sie sind agnostisch. Im Gegenzug sollten soziologische Beobachtungen nicht benutzt werden, um normative Schlussfolgerungen zu ziehen.⁶⁷⁵ Mit Ausnahme des Völkergewohnheitsrechts erlaubt die Beobachtung, wie sehr eine Norm gelebt wird, grundsätzlich keinerlei Schlüsse darauf, ob sie schon oder noch rechtsverbindlich ist.⁶⁷⁶

Für diese Arbeit ist es nicht sinnvoll, Recht auf Basis von Wirklichkeitsbeobachtungen zu beschreiben. *Erstens* können die Argumente dieses Forschungsvorhabens auf Basis der simpleren binären Ansätze vorgebracht werden.⁶⁷⁷ *Zweitens* verfolgt die vorliegende Arbeit eine rechtspraktische Herangehensweise. Sie hat das Ziel, die *rechtliche* Konstruktion der Leitsätze im Rahmen des geltenden Völkerrechts und aus der Perspektive eines Rechtsanwenders zu klären. Hierfür ist es unabdingbar, eine eindeutige, rechtssichere und vorhersehbare Aussage über den rechtlichen Charakter einer Norm zu erhalten.⁶⁷⁸ Für Normadressaten und Foren muss Klarheit herrschen.⁶⁷⁹ Das Gleiche gilt für die Normgeber: Auch sie müssen bereits während des Kurationsprozesses wissen, welches rechtliche Gebilde sie schaffen, welche Konsequenzen bei Missachtung drohen oder was ihre Zusage umfasst.⁶⁸⁰ Aussagen, die im Ungefähren bleiben und Recht und Nicht-Recht nicht klar abgrenzen können, tragen zur Rechtsunsicherheit

673 Blutman, ICLQ 59 (2010), 605 (612); Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 374.

674 Blutman, ICLQ 59 (2010), 605 (612).

675 Blutman, ICLQ 59 (2010), 605 (615); Petersen, Der Staat 49 (2010), 435 (436); Giegerich, in: Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR 46 (2014), 101 (103).

676 Blutman, ICLQ 59 (2010), 605 (615).

677 Zu diesem Schluss in Bezug auf die Leitsätze kommt auch: Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 374 f. Ähnlich (in Bezug auf Multi-Stakeholder-Initiativen im Bereich Wirtschaft und Menschenrechte): Tramontana, in: Buscemi u. a. (Hrsg.), Legal Sources in Business and Human Rights (2020), 145 (162 f.).

678 Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 366 f., 373.

679 Blutman, ICLQ 59 (2010), 605 (616 f.); Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 366 f.

680 Blutman, ICLQ 59 (2010), 605 (616 f.); Weidmann, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 367 f.

bei.⁶⁸¹ Sie sind nicht operationalisierbar und subsumtionsfeindlich.⁶⁸² Sie bereichern die Wissenschaft, indem sie sagen, was ist; sie scheitern aber daran, zu sagen, was sein soll. Für letzteres ist der Formalismus binärer Ansätze essenziell.⁶⁸³ Von der fehlenden Eignung relativer Ansätze zu präskriptiven Schlüssen zeugt überdies, dass viele Literaturstimmen, die solchen Ansätzen folgen, keine Aussage darüber treffen, welche rechtlichen Konsequenzen aus der Qualifizierung eines Instruments als *soft law* folgen.⁶⁸⁴ Die Zuordnung eines Instruments zum Recht oder Nicht-Recht wird dann zu einer Zuordnung irrelevanter Begrifflichkeiten.

Insgesamt möchte ich aber betonen, dass die Ablehnung relativer Ansätze für die Zwecke der vorliegenden Arbeit nicht ihre Nützlichkeit in Abrede stellt. Im Gegenteil, lenken sie doch zu Recht die Aufmerksamkeit darauf, dass „Recht“ und „Nicht-Recht“ in ihren realweltlichen Auswirkungen sehr nah beieinander liegen können.⁶⁸⁵ Außerdem folgt aus der Entscheidung, ein Instrument als nicht-rechtlich zu qualifizieren, nicht zugleich die Entscheidung, dieses Instrument von völkerrechtlichen Untersuchungen auszuschließen.⁶⁸⁶ Das Völkerrecht steht nicht isoliert neben diesen Normen, sondern interagiert mit ihnen.

b) Heteronomie rechtlicher Wirkungen

Folgendes Missverständnis gilt es zu vermeiden: Rechtliche Wirkungen dürfen nicht mit einem Rechtscharakter gleichgesetzt werden.⁶⁸⁷ Es handelt sich hierbei um getrennte Fragen. Der im Jahr 2022 begonnene russische Angriffskrieg gegen die Ukraine ist als Handlung kein Rechtsakt, aber sicherlich rechtlich relevant. Den Tee eines anderen Menschen heimlich zu vergiften, ist im Lichte strafrechtlicher Tötungsdelikte rechtlich relevant,

681 Vgl. *Blutman*, ICLQ 59 (2010), 605 (616 f.).

682 *Klabbers*, Nord JIL 67 (1998), 381 (387); vgl. *Blutman*, ICLQ 59 (2010), 605 (616 f.).

683 *Klabbers*, Nord JIL 67 (1998), 381 (387); *Blutman*, ICLQ 59 (2010), 605 (616).

684 Beispielsweise beschränkt sich *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (704), der als einer der wenigen diese Frage überhaupt adressiert, auf „a few selected observations“.

685 Vgl. *Blutman*, ICLQ 59 (2010), 605 (623).

686 *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 373; aA offenbar: *D'Aspremont*, EJIL 19 (2008), 1075 (1088 ff.).

687 *Schachter*, AJIL 71 (1977), 296 (301); *Pauwelyn*, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), *Informal International Lawmaking* (2012), 125 (130); vgl. auch *Gruchalla-Wesierski*, McGill LJ 30 (1984), 37 (47): Er unterscheidet zwischen *legal value* und *legal form*.

aber ebenfalls kein Rechtsakt. Im gleichen Sinne können unverbindliche Instrumente rechtserheblich bzw. rechtserhebliche Tatsachen sein, ohne Rechtsnormen sein zu müssen.⁶⁸⁸ Für die Entfaltung rechtlicher Wirkungen genügt es, dass die Rechtsordnung einem unverbindlichen Instrument eine solche Wirkung zuerkennt – wie sie es für jegliche Handlungen, Unterlassungen oder Ereignisse tun kann.⁶⁸⁹

D'Aspremont, ein Vertreter des binären Ansatzes, stützt sich zur Begründung dieser Position auf eine im französischen Rechtskreis vorherrschende Lehre, die zwischen einem rechtlichen Akt („*acte juridique*“) und einer rechtlichen Tatsache („*fait juridique*“) unterscheidet.⁶⁹⁰ Diese Unterscheidung ist letztlich eine Fortführung der von der binären Sichtweise vertretenen Ansicht, dass das Unterscheidungsmerkmal zwischen Recht (*actes juridiques*) und Nicht-Recht (*faits juridiques*) der (Rechtsbindungs-)Wille der Parteien ist.⁶⁹¹ Ausweislich der Legaldefinition in Art. 1100–1 Abs. 1 S. 1 Code Civil versteht man unter *actes juridiques* Willensäußerungen, die darauf gerichtet sind, rechtliche Wirkungen herbeizuführen.⁶⁹² Demgegenüber sind *faits juridiques* gem. Art. 1100–2 Abs. 2 Code Civil Handlungen oder Ereignisse, an die das Gesetz rechtliche Wirkungen knüpft.⁶⁹³ Der maßgebliche Unterschied besteht also darin, dass bei *actes juridiques* die Rechtsfolgen herbeigeführt werden, weil und nur weil sie von den Parteien beabsichtigt wurden; werden sie auch dann herbeigeführt, wenn sie nicht beabsichtigt waren, handelt es sich um *faits juridiques*.⁶⁹⁴ Ein *acte juridique* zeitigt seine rechtlichen Wirkungen, indem er autonom die Rechtsordnung ändert; ein *fait juridique* entfaltet nur deshalb rechtliche Wirkungen, weil dies zuvor **heteronom** von der Rechtsordnung bestimmt wurde.⁶⁹⁵ Klassische Beispiele für *actes juridiques* sind ein Vertrag, eine Kündigung oder

688 Jabloner/Okresek, ZöR 34 (1983), 217 (221 f.).

689 Jabloner/Okresek, ZöR 34 (1983), 217 (221 f.).

690 D'Aspremont, EJIL 19 (2008), 1075 (1077 ff.).

691 Pauwelyn, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), *Informal International Lawmaking* (2012), 125 (153 f.).

692 Art. 1100–1 Abs. 1 S. 1 Code Civil: „*Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit.*“ (zitiert nach *Légifrance*).

693 Art. 1100–2 Abs. 1 Code Civil: „*Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit.*“ (zitiert nach *Légifrance*).

694 Abi-Saab, RdC 207 (1987), 9 (195); D'Aspremont, EJIL 19 (2008), 1075 (1078 f.); Becqué-Ickowicz, Art. 1100 à 1100–2 – Fasc. 10, JCl. Civ. Code (2024), Rn. 9–11, 31.

695 Abi-Saab, RdC 207 (1987), 9 (195); D'Aspremont, EJIL 19 (2008), 1075 (1078 f.); Pauwelyn, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), *Informal International Lawmaking* (2012), 125 (154).

ein Testament.⁶⁹⁶ Als Beispiele für *faits juridiques* können die Geschäftsführung für einen anderen, ein Verkehrsunfall, ein Streik oder die Geburt genannt werden.⁶⁹⁷

Dieser Vergleich ist angreifbar. So ist es erstens nicht überzeugend, das Völkerrecht im Sinne eines bereits innerhalb Europas isolierten⁶⁹⁸ Konzepts des französischen Rechtskreises zu deuten. Zweitens übersieht der Vergleich, dass im Völkerrecht die Staaten nicht bloß Parteien, sondern zugleich Rechtssetzer sind: Im nationalen Recht mag die Unterscheidung eindeutig sein, ob die rechtlichen Wirkungen einer Handlung daraus entspringen, dass sie von den Parteien beabsichtigt sind oder ob sie von der Rechtsordnung (vom Gesetzgeber) heteronom bestimmt wurden. Im Völkerrecht sind die Staaten allerdings zugleich Parteien und Rechtssetzer; es besteht keine hierarchische Ordnung, in der Staaten nicht konsentierten Rechtsfolgen unterworfen wären. Es ist deshalb ein *per se* schiefes Bild, zwischen der Rechtsordnung einerseits und dem Willen der Parteien andererseits zu unterscheiden, da sich erstere ebenfalls auf den Willen jedes einzelnen Staates zurückführen lässt. Richtigerweise muss man deshalb zwischen dem Willen der Staaten, den sie in einem Instrument A geäußert haben, und dem Willen der Staaten, den sie an anderer Stelle (etwa: ein Instrument B oder eine *opinio iuris*, die Völkergewohnheitsrecht hat entstehen lassen) geäußert haben, unterscheiden. Mithin kommt es nicht auf den „Willen“ der Staaten im Allgemeinen an, sondern auf das einzelne Instrument als den Bezugspunkt dieses Willens und ob dieser Wille darauf gerichtet ist, dass gerade dieses Instrument aus sich heraus rechtliche Wirkungen entfalten soll.⁶⁹⁹

Dennoch ist dieser Vergleich grundsätzlich nützlich. Er führt vor Augen, dass nicht alles, was rechtliche Wirkungen hat, auch Teil des Rechts ist. Ein unverbindliches Instrument entfaltet rechtliche Wirkungen nicht aus eigener Kraft, sondern weil diese rechtlichen Wirkungen heteronom vorherbestimmt wurden. In vielen Fällen passiert nichts anderes, als dass sich ein unverbindliches Instrument unter den Tatbestand einer verbindli-

696 *Becqué-Ickowicz*, Art. 1100 à 1100–2 – Fasc. 10, JCl. Civ. Code (2024), Rn. 14, 18.

697 *Becqué-Ickowicz*, Art. 1100 à 1100–2 – Fasc. 10, JCl. Civ. Code (2024), Rn. 31 f.

698 *Tenenbaum u. a.*, in: Fauvarque-Cosson/Mazeaud (Hrsg.), *European Contract Law* (2008), 1 (67 f.).

699 Möglicherweise in diesem Sinne *Pauwelyn*, in: *Pauwelyn u. a.* (Hrsg.), *Informal International Lawmaking* (2012), 125 (154), der weniger den Willen betont als die Tatsache, dass rechtliche Wirkungen von einem *anderen* Rechtsakt ausgelöst werden.

chen Norm subsumieren lässt.⁷⁰⁰ Ein unverbindliches Instrument kann zur Auslegung nach Art. 31 Abs. 3 lit. a) oder b) WVRK herangezogen werden, weil der Tatbestand der Buchstaben a) und b) hierfür ein unverbindliches Instrument genügen lässt. Ein unverbindliches Instrument kann für den *estoppel*-Grundsatz relevant sein, weil dieser Grundsatz nicht voraussetzt, dass die legitimen Erwartungen eines Staates durch verbindliche Handlungen beeinflusst werden.

In anderen Fällen ist es die Rechtsfolge einer verbindlichen Norm, die darauf ausgerichtet ist, ein unverbindliches Instrument zur Anwendung zu berufen. *Viñuales* bezeichnet derartige Normen bildlich als Ankerbestimmungen (*anchor provisions*).⁷⁰¹ Wer in die Europäische Union Wolfram (in bestimmten Mengen) importiert (vgl. Art. 1 Abs. 2 und 3 Konfliktmineralien-VO), der muss eine Lieferkettenpolitik festlegen, die den Standards des maßgeblichen (und unverbindlichen) Sorgfaltspflichtleitfadens der OECD entspricht, weil Art. 4 lit. b) Konfliktmineralien-VO dies befiehlt. Wer sich mit anderen Staaten der Binnenordnung einer internationalen Organisation und damit einhergehenden Treuepflichten unterwirft, der muss unverbindliche Empfehlungen der Organisation berücksichtigen, weil die Treuepflichten dies befehlen.

In diesen Fällen wird nicht ein unverbindliches Instrument angewandt, sondern eine Regel rechtlichen Charakters. Angewandt wird in den obigen Fällen beispielsweise der Grundsatz von Treu und Glauben oder Art. 4 lit. b) Konfliktmineralien-VO. Es ist zwar richtig, dass beispielsweise Art. 4 lit. b) Konfliktmineralien-VO dazu führt, dass ein Wolframimporteur den OECD-Sorgfaltspflichtleitfaden als ein unverbindliches Instrument mit gebietenden und verbietenden Elementen und auslegungsbedürftigen Begriffen anwenden muss. Doch folgt daraus nicht, dass er den Leitfaden als rechtliche Norm anwendet; er wendet ihn meines Erachtens als außerrechtliche Norm einer anderen Sollensordnung an. Normen können schließlich auch als bloße Tatsachen berücksichtigt werden. Der StIGH beispielsweise will innerstaatliches Recht nur als „Fakt“ berücksichtigen,⁷⁰² was den

700 *Jabloner/Okresek*, ZöR 34 (1983), 217 (221 f.).

701 *Viñuales*, ICSID Review 32 (2017), 346 (351): „An anchor provision can be understood as a provision (in domestic or international law) that incorporates or in some other way gives legal effect between certain parties to standards or norms that would not otherwise be binding upon such parties. More broadly, it may refer to the legal grounding (the source) that makes certain standards or norms binding.“

702 *StIGH*, (25. Mai 1926), Series A No. 7 (S. 19) — „Certain German Interests“ (Germany ./ Poland), Merits.

IGH nicht davon abgehalten hat, in *Diallo* kongolesisches Gesellschaftsrecht auszulegen und anzuwenden.⁷⁰³ Ob das überzeugend ist, bedürfte ebenso wie die Frage, was die Folgen einer solchen Einstufung sind, einer eingehenden Betrachtung.⁷⁰⁴ Eine solche Betrachtung kann ich vorliegend nicht leisten; sie ist auch entbehrlich. Für die vorliegenden Zwecke ist lediglich relevant, dass die Überlegung nicht völlig abwegig ist, außerrechtliche Normen im Rahmen rechtlicher Normen anzuwenden, ohne ihnen zugleich Rechtscharakter zuzubilligen. Man muss dabei nicht so weit gehen, unverbindliche Instrumente als bloße Tatsachen zu behandeln; es ist möglich, sie als Normen zu beachten, solange man ihren Charakter als außerrechtliche Normen nicht in Frage stellt.

III. Fazit und Stellungnahme

In diesem Forschungsvorhaben folge ich einem binären Ansatz, der Recht und Nicht-Recht anhand des Kriteriums der Rechtsverbindlichkeit unterscheidet. Die Rechtsverbindlichkeit richtet sich nach dem Rechtsbindungswillen der Autoren eines Instruments; dieser Wille ist auf Basis objektiver Indizien zu bestimmen. Deshalb ist davon auszugehen, dass weiches Recht mit weicher (das heißt: unverbindlicher) Form (*Instrumentum*) nicht Teil der Rechtsordnung ist. Der Begriff weiches „Recht“ (*soft „law“*) ist folglich irreführend, wenn man ihn auf solche Normen anwendet.⁷⁰⁵ Im Folgenden werde ich deshalb den präziseren Begriff des „unverbindlichen Instruments“ verwenden. Darüber hinaus möchte ich die verbreite Wendung der „rechtlichen Wirkungen“ vermeiden. Ich halte sie zwar für vertretbar, sie ist aber geeignet Missverständnisse hervorzurufen, wenn man unverbindliche Instrumente (wie nach hier vertretener Ansicht) einer von der Rechtsordnung verschiedenen Sollensordnung zuordnet.⁷⁰⁶ Ich werde deshalb vor-

703 IGH, Judgment (30. November 2010), ICJ Reports 2010, 639 (Rn. 99 ff.) — „Diallo“ (Guinea ./ DR Congo), Merits.

704 Zur Beachtung innerstaatlichen Rechts als Fakt siehe beispielsweise: *Hepburn*, Domestic Law in International Adjudication, MPEiPro (2018), Rn. 11 ff.

705 *Hillgenberg*, EJIL 10 (1999), 499 (500); *Thürer*, Soft Law, MPEiL (2009), Rn. 21, 36; *Blutman*, ICLQ 59 (2010), 605 (610 f.); vgl. *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 383 ff.

706 Siehe beispielsweise die Reaktionen verschiedener Staaten auf diesen Begriff in: *Inter-American Juridical Committee*, Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements (2020), Kommentierung zu Guideline 5.3 und insbesondere Fn. 221.

nehmlich von Interaktionen mit der Rechtsordnung oder sollensordnungsübergreifenden Interaktionen sprechen.⁷⁰⁷

Zugleich halte ich die von relativen Ansätzen propagierte Beschreibung eines Spektrums von weichen bis harten Normen für essenziell, um gerade im Völkerrecht die komplexe Wirklichkeit richtig erfassen zu können. Allein ist hierfür nicht eine Unterscheidung zwischen hartem und weichem *Recht*, sondern eine Unterscheidung zwischen harten und weichen *Normen* (gleich ob rechtlicher oder außerrechtlicher Natur)⁷⁰⁸ zu bemühen. Ich löse mich also vor allem vom verengten Fokus der relativen Ansätze auf den Begriff des Rechts. Insofern folge ich in dieser Arbeit einer Auffassung, die einen binären Ansatz (Rechtsverbindlichkeit als binäres Unterscheidungsmerkmal zwischen Recht und Nicht-Recht) mit den berechtigten Anliegen relativer Ansätze verknüpft. Die Anliegen relativer Ansätze berücksichtige ich, indem ich für eine Gegenüberstellung harter und weicher *Normen* mehr Kriterien heranziehe als lediglich die (fehlende) Rechtsverbindlichkeit einer Norm. Diese Kriterien (von mir „Dimensionen“ genannt) werde ich in Kapitel 5 ausführlich vorstellen.

C. Rechtliche Regelungen und Nicht-Recht

Wenn unverbindliche Instrumente, wie hier, nicht als Teil des Rechts angesehen werden, stellt sich die Frage, ob und, falls ja, welche rechtlichen Regelungen auf diese Instrumente angewandt werden können. Weder die hier abgelehnten relativen Ansätze, noch die hier grundsätzlich anerkannten binären Ansätze können diese Frage zufriedenstellend beantworten.

Relative Ansätze sind in Bezug auf diese Frage uneindeutig. Das Etikett „*soft law*“, kann deskriptiv oder normativ gemeint sein.⁷⁰⁹ Wer den Begriff „*soft law*“ rein deskriptiv benutzt, misst dieser Beschreibung keine normativen Konsequenzen bei.⁷¹⁰ Wer den Begriff „*soft law*“ hingegen normativ benutzt, kann normative Erkenntnisse aus dieser Einstufung gewinnen. Das

707 Vgl. die Überschrift bei Pauwelyn, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), *Informal International Lawmaking* (2012), 125 (152): „*The interaction between law and non-law: the legal effects of non-law*“.

708 Es gibt rechtliche und nicht-rechtliche Normen wie Sozial- und Moralnormen (statt vieler: Pauwelyn, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), *Informal International Lawmaking* (2012), 125 (125); Rütters u. a., *Rechtstheorie* (2022), Rn. 97–99f).

709 Vgl. Klabbers, *Nord JIL* 67 (1998), 381 (385 ff.).

710 *Pronto*, *VJTL* 48 (2015), 941 (945); vgl. Klabbers, *Nord JIL* 67 (1998), 381 (385).

Kernproblem ist allerdings, dass unter relativen Ansätzen keine Einigkeit darüber herrscht, in welcher Beziehung *soft law* zum Recht steht. Wird es als Teil des Rechts eingestuft, dürften rechtliche Regelungen unmittelbar anwendbar sein. Die anderen drei Einstufungsmöglichkeiten (Grauzone⁷¹¹, Mezzanin-Kategorie, Nicht-Recht) können diese Frage nicht beantworten. Damit erweisen sich relative Ansätze als unschlüssig.

Die binären Ansätze scheinen demgegenüber eindeutig zu sein: Wenn ein Instrument nicht der Rechtsordnung unterfällt, können grundsätzlich keine rechtlichen Regelungen auf es angewandt werden.⁷¹² Obwohl diese Konsequenz einleuchtend wirkt, halte ich sie für zu schlicht. Es sind Differenzierungen angebracht. Manche rechtlichen Regelungen sind eindeutig auf unverbindliche Instrumente anwendbar, manche sind eindeutig nicht anwendbar (I.) und wiederum andere sind möglicherweise analog anwendbar (II.).

I. Eindeutig anwendbare und eindeutig nicht anwendbare rechtliche Regelungen

Fälle, in denen eindeutig rechtliche Regelungen auf Nicht-Recht anwendbar sind, sind beispielsweise in den folgenden beiden Situationen gegeben. So muss man erstens die Vorfrage nach der Rechtsqualität eines Instruments in Unkenntnis der Antwort auf diese Vorfrage beantworten. Es ist deshalb nur logisch, dass die rechtlichen Regelungen zur Bestimmung der Rechtsnatur eines Instruments nicht danach unterscheiden können, ob sich das untersuchte Instrument später als ein rechtliches oder ein nicht-rechtliches herausstellt.⁷¹³ Folglich muss auch die Regel, dass unverbindliche

711 *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (677) weist auf Folgendes hin: Diejenigen relative Ansätze, die „Recht“ als Spektrum sehen, müssen das anwendbare Régime nicht zwingend als Spektrum sehen: Vielmehr zergliedert sich das Spektrum des Rechts in einzelne Kategorien, auf die dann jeweils ein eigenes (in sich nicht relatives) Regelungsrégime anwendbar ist.

712 *Wengler*, AVR 22 (1984), 306 (316, 318 f.); *Pauwelyn*, in: *Pauwelyn u. a. (Hrsg.), Informal International Lawmaking* (2012), 125 (147 f.); vgl. *Inter-American Juridical Committee, Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements* (2020), Kommentar zu Guideline 1.3.

713 Vgl. *Wengler*, AVR 22 (1984), 306 (319 f.). Vergleiche insofern auch die nachfolgenden IGH-Fälle, in denen die Existenz einer rechtsverbindlichen Einigung mal bejaht und mal verneint wurde: *IGH, Judgment* (1. Oktober 2018), ICJ Reports 2018, 507 (Rn. 91 ff.) — „Obligation to Negotiate Access“ (Bolivia ./ Chile) und *IGH*,

Instrumente grundsätzlich nicht dem Recht unterfallen, eine rechtliche Regelung sein, die auf unverbindliche Instrumente anwendbar ist.⁷¹⁴ Eindeutig anwendbar sind zweitens diejenigen rechtlichen Regelungen, die das Verfahren der Entstehung unverbindlicher Instrumente regulieren.⁷¹⁵ Die Entstehung unverbindlicher Instrumente kann deshalb formalen rechtlichen Voraussetzungen unterliegen. So müssen unverbindliche Empfehlungen der OECD (Art. 5 lit. b) OECD-Ü) vom zuständigen Organ (Art. 7 OECD-Ü) und einstimmig angenommen werden (Art. 6 Abs. 1 OECD-Ü) und müssen gewisse Formanforderungen⁷¹⁶ erfüllen. Der spannenden Frage nach den Fehlerfolgen bei Verletzung dieser Vorgaben kann hier nicht nachgegangen werden.⁷¹⁷

Eindeutig nicht anwendbar sind hingegen der Grundsatz *pacta sunt servanda*⁷¹⁸ oder diejenigen Regelungen der Staatenverantwortlichkeit, die sich mit den Folgen einer völkerrechtswidrigen Handlung befassen.⁷¹⁹

II. Möglicherweise anwendbare rechtliche Regelungen

Die Anwendbarkeit anderer rechtlicher Regelungen lässt sich hingegen nicht eindeutig bestimmen. Manche Autoren sprechen davon, dass unverbindliche Instrumente (*soft law*-Instrumente) einem Sonderregime unterliegen.⁷²⁰ Sofern damit eine von der Rechtsordnung verschiedene Mezzanin-Ordnung zwischen Recht und nicht-rechtlichen Sollensordnungen ge-

Judgment (1. Juli 1994), ICJ Reports 1994, 112 (Rn. 21 ff.) — „Maritime Delimitation“ (Qatar ./ Bahrain), Jurisdiction and Admissibility.

714 Schachter, AJIL 71 (1977), 296 (300 f.).

715 Pauwelyn, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), Informal International Lawmaking (2012), 125 (157 f.); vgl. Giegerich, in: Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR 46 (2014), 101 (109).

716 OECD, Rules of Procedure (2013), Regel 18 lit. c).

717 Meine These ist, dass ein rechtswidrig zustande gekommenes unverbindliches Instrument nicht mit der Rechtsordnung interagieren kann. Es wird beispielsweise nicht Gegenstand von Treuepflichten werden und auch nicht im Rahmen des Art. 31 Abs. 3 lit. a) und b) WVRK berücksichtigt werden können.

718 Inter-American Juridical Committee, Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements (2020), Kommentar zu Guideline 5.3; Schachter, AJIL 71 (1977), 296 (301); Hillgenberg, EJIL 10 (1999), 499 (509, 510 f.).

719 Inter-American Juridical Committee, Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements (2020), Kommentar zu Guideline 5.3; Schachter, AJIL 71 (1977), 296 (300); Bothe, Netherlands YbIL 11 (1980), 65 (87 f.); Weil, AJIL 77 (1983), 413 (415, 417 f.); Meyer, in: Hollis (Hrsg.), Oxford Guide Treaties (2020), 59 (65, 67).

720 Die Rede ist von einem *self-contained regime*: Klabbers, Nord JIL 65 (1996), 167 (169); Hillgenberg, EJIL 10 (1999), 499 (510); Goldmann, in: von Bogdandy u. a.

meint ist (etwa: weiche Sanktionen bei Verletzungen des weichen Rechts, weiche Staatenverantwortlichkeit, weiche Streitbeilegungsverfahren),⁷²¹ ist das aus Sicht der hier verfolgten binären Ansätze abzulehnen. Sofern man mit dem Sonderregime für unverbindliche Instrumente hingegen meint, dass die Autoren des Instruments kraft ihres Willens bestimmen können, unter welchen Ausschnitt aller rechtlichen Regelungen sie ihr Instrument unterstellen wollen,⁷²² ist der Ansatz vielversprechend. Für jedes unverbindliche Instrument ist demnach auf Basis des Willens seiner Autoren zu ermitteln, welche rechtlichen Regelungen Anwendung finden können. Ein alternativer Ansatz besteht darin, von einer analogen Anwendung auszugehen.⁷²³ Die Anwendung allgemeinvölkerrechtlicher Regelungen ist in jedem Falle begründungsbedürftig. Es entspricht gerade dem Willen der Parteien, die ein unverbindliches Instrument verabschieden, das herkömmliche Völkerrecht nicht zur Anwendung zu berufen.⁷²⁴ Im Ausgangspunkt besteht die Vermutung, dass ein unverbindliches Instrument nicht dem Völkerrecht unterliegt.⁷²⁵

Unter diesen Voraussetzungen lässt sich beispielsweise überlegen, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (sofern man ihre völkerrechtliche

(Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (677); vgl. *Wengler*, AVR 22 (1984), 306 (320).

721 Siehe insbesondere *Klabbers*, Nord JIL 65 (1996), 167 (169), der diesen Gedanken indes nur *arguendo* ausführt; vgl. auch *Wengler*, AVR 22 (1984), 306 (320), der in Bezug auf die Möglichkeit, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu erheben, von einer „Mini-Rechtsordnung“ und einem „Mini-Normerzwingungssystem“ spricht.

722 *Hillgenberg*, EJIL 10 (1999), 499 (509, 515).

723 Die Literatur stellt häufig eine analoge Anwendung in den Raum, untersucht deren Voraussetzungen jedoch nie näher (*Thürer*, *Soft Law*, MPEPIL (2009), Rn. 33; *Pauwelyn*, in: *Pauwelyn u. a. (Hrsg.), Informal International Lawmaking* (2012), 125 (147, 151); vgl. *Gautier*, *Non-binding Agreements*, MPEPIL (2022), Rn. 3: „*inspired by*“). An eine Analogie sind meines Erachtens hohe Hürden zu stellen, weil es um eine sollensordnungsübergreifende Analogie (Anwendung von rechtlichen Regelungen auf nicht-rechtliche Regelungen) geht. Eine solche Analogie ist allerdings nicht undenkbar; so wendet man im deutschen Zivilrecht beispielsweise auch Regelungen zu Willenserklärungen analog auf geschäftsähnliche Handlungen (wie die Mahnung) an, obwohl auch hier der Wille des Handelnden nicht auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist (*Ulrich*, NJW 2003, 2053 (2053 ff.)). Wie bei weichem Recht tritt die Rechtsfolge heteronom ein. Welche Methode gewählt wird, wird nur im Einzelfall zu entscheiden sein; letztlich dürften sich eine Analogie, eine Auslegung oder eine Ermittlung des Parteiwillens schlicht ergänzen.

724 *Wengler*, AVR 22 (1984), 306 (318 f.); *Meyer*, in: *Hollis (Hrsg.), Oxford Guide Treaties* (2020), 59 (67).

725 *Meyer*, in: *Hollis (Hrsg.), Oxford Guide Treaties* (2020), 59 (67).

Existenz anerkennt)⁷²⁶ auf unverbindliche Instrumente anzuwenden.⁷²⁷ In Betracht kommt ebenfalls die Anwendung von Kollisionsregeln, wie derjenigen des intertemporalen Völkerrechts.⁷²⁸

Befürwortet wird auch die Anwendung der **völkergewohnheitsrechtlichen Auslegungsregelungen**, wie sie für Verträge in Art. 31 ff. WVRK widergespiegelt werden.⁷²⁹ Ich halte diesen Vorschlag für überzeugend und pragmatisch. Der Inhalt eines unverbindlichen Instruments wird – wie der Inhalt eines verbindlichen Instruments – von der Erwartung begleitet, dass er eingehalten wird.⁷³⁰ Der einzige Unterschied besteht darin, dass die Erwartung bei unverbindlichen Instrumenten nicht darauf gerichtet ist, die Einhaltung rechtlich durchzusetzen, sondern nur darauf, sie politisch durchzusetzen.⁷³¹ Der Inhalt unverbindlicher Instrumente darf deshalb nicht der Beliebigkeit preisgegeben werden. Zumindest im Rahmen der OECD legen Staaten ebenso viel Augenmerk auf die Aushandlung unverbindlicher Instrumente wie auf die Aushandlung verbindlicher Instrumente.⁷³² Ist der Inhalt eines unverbindlichen Instruments nicht beliebig, muss er ausgelegt werden können. Die Existenz des Klarstellungsverfahrens unterstreicht dieses Erfordernis für die Leitsätze (Art. II-4 RatsE-Leitsätze 2023). Angesichts dessen ist es – zumal in Ermangelung von Alternativen – pragmatisch, auf die bekannten Auslegungsregelungen zurückzugreifen. Der fehlende Rechtsbindungswille spricht nicht dagegen. Die bekannten Auslegungsregelungen zielen zwar auf die Ermittlung des Parteiwillens,

726 Näher: Azaria, *Exception of Non-Performance*, MPEPIL (2015), Rn. 25 ff.

727 Seidl-Hohenveldern, RdC 163 (1979), 169 (205); Wengler, AVR 22 (1984), 306 (320); Gruchalla-Wesierski, McGill LJ 30 (1984), 37 (80 ff.); Hillgenberg, EJIL 10 (1999), 499 (509, 512); vgl. Bothe, Netherlands YbIL II (1980), 65 (88).

728 Schachter, AJIL 71 (1977), 296 (302 f.); Thürer, *Soft Law*, MPEPIL (2009), Rn. 33. Die DE-NKS wendet diesen Grundsatz auf die Leitsätze an: OECD:DE-NCP:2019:DE-29-IA, Rn. 25 f.

729 Schachter, AJIL 71 (1977), 296 (302 f.); Seidl-Hohenveldern, RdC 163 (1979), 169 (224); Hillgenberg, EJIL 10 (1999), 499 (510); Thürer, *Soft Law*, MPEPIL (2009), Rn. 33; für möglich haltend: Pauwelyn, in: Pauwelyn u. a. (Hrsg.), *Informal International Lawmaking* (2012), 125 (147). Anderer Ansicht: Wengler, AVR 22 (1984), 306 (325).

730 Gruchalla-Wesierski, McGill LJ 30 (1984), 37 (72).

731 Gruchalla-Wesierski, McGill LJ 30 (1984), 37 (72).

732 Bonucci, Geo. Wash. Int'l L. Rev. 43 (2011), 239 (247): „In this context, it is worth observing that the negotiation of a non-binding instrument does not differ from a legally binding one.“ Siehe auch Meyer, in: Hollis (Hrsg.), *Oxford Guide Treaties* (2020), 59 (62) mit dem Hinweis, dass die Rechtsverbindlichkeit eines Instruments ebenso Teil der Verhandlungsmasse sei wie die Präzision des Instruments.

doch geht es im vorliegenden Zusammenhang um die Ermittlung des Inhalts einer Einigung und nicht um ihre Rechtsqualität. Diese Inhaltsermittlung ist konzeptionell unabhängig von der Frage, ob die Missachtung dessen, worauf man sich geeinigt hat, rechtliche oder politische Konsequenzen nach sich zieht. Das bedeutet nicht, dass ein verbindliches und ein unverbindliches Instrument mit jeweils identischem Wortlaut stets identisch auszulegen sind: Die Auslegungskanones sind hinreichend flexibel, um auf die Besonderheiten unverbindlicher Instrumente einzugehen. Es handelt sich um Maximen und universell einsetzbares Rüstzeug und nicht um starre Regeln. Deshalb überzeugt das Gegenargument nicht, dass die Anwendung der juristischen Auslegungskanones eine „Rejuridifizierung“ eines Instruments bedeuten würde, das explizit als ein nicht-rechtliches gewollt war.⁷³³ Gerade hierauf kann (und muss)⁷³⁴ im Rahmen der Auslegungskanones Rücksicht genommen werden. Beispielsweise Ls. I-4 S. 1 Leitsätze 2023 fordert bei der Auslegung von Ls. I-4 Leitsätze 2023, dass der unverbindliche Charakter der Leitsätze berücksichtigt wird.⁷³⁵ Insbesondere in eine teleologische Auslegung sollte die Unverbindlichkeit des Instruments einfließen; Wortlautargumente sollten demgegenüber weniger Gewicht genießen.

Jenseits dieser allgemeinen Überlegungen ist zumindest für die Leitsätze entscheidend, dass sowohl der Investitionsausschuss als auch die NKSen die herkömmlichen völkergewohnheitsrechtlichen Regelungen anwenden. Allein deshalb ist es gerechtfertigt, es ihnen gleich zu tun. Obwohl sich zahlreiche Beispiele für die Anwendung der Auslegungskanones finden ließen,⁷³⁶ möchte ich mich hier auf ein besonders instruktives Beispiel der norwegischen NKS beschränken. Die NO-NKS hatte im Jahr 2011 zu entscheiden, ob eine kirchlich-gemeinnützige Hilfsorganisation unter die

733 So aber: Wengler, AVR 22 (1984), 306 (325) (im Original mit Tippfehler: „Rejurdifizierung“).

734 Vgl. für die Leitsätze *Fatouros*, The OECD Guidelines in a Globalising World (1999), Rn. 22.

735 Siehe ausführlich: Kapitel 15 A. II.

736 Siehe beispielhaft aus dem Fallmaterial der NKSen: OECD:BR-NCP:2020:BR-37-FS, Rn. 6.10 ff. (Telos und Systematik); OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 16 ff., 35 ff. (alle vier Kanones); OECD:DE-NCP:2018:DE-28-IA, Rn. 24 (Wortlaut); OECD:UK-NCP:2020:UK-55-IA (Wortlaut); OECD:KR-NCP:2014:KR-11-IA (Systematik); OECD:DE-NCP:2010:DE-11-IA (Telos).

Siehe beispielhaft aus dem Fallmaterial des Investitionsausschusses bzw. CIMEs: OECD:CIME:1997:CIME-18-CL, S. 5 f. (Wortlaut, Systematik und Telos); OECD:IC:2021:IC-3-CL, Rn. 6, 17 ff. (Telos, Systematik); vgl. OECD:CIME:2004:CIME-20-CL, S. 64 (ggf. Historie).

Definition des multinationalen Unternehmens (MNU) der Leitsätze 2000 fiel.⁷³⁷ Im Rahmen ihrer Auslegung zog sie zunächst den Wortlaut der einschlägigen Bestimmung heran, der eine Entität mit wirtschaftlicher Ausrichtung nahelegte, weil er sich unter anderem auf „companies“ bezog.⁷³⁸ Nach einem Blick in die *travaux préparatoires* der 2000er Überarbeitung, die aus Sicht der NKS keine weiterführenden Informationen enthielten,⁷³⁹ setzte sich die NO-NKS mit einer Stellungnahme CIMEs auseinander.⁷⁴⁰ In dieser Stellungnahme hatte der Ausschuss die Leitsätze teleologisch (Ziel sei die Förderung verantwortungsvollen *unternehmerischen* Verhaltens) wie auch systematisch ausgelegt und aus ihrer Stellung als Anhang der MNU-Erklärung⁷⁴¹ geschlossen, dass sie im Kontext internationaler Investitionen⁷⁴² zu sehen sind.⁷⁴³ Die NO-NKS gelangte so zum Schluss, dass die MNU-Definition der Leitsätze einen „business nexus“ voraussetze, der bei der Hilfsorganisation zu verneinen sei.⁷⁴⁴ Erst die 2023er Überarbeitung sollte die kommerzielle Ausrichtung einer Entität als Definitionsmerkmal eines MNUs kodifizieren (vgl. Ls. I-4 S. 2 Hs. 2 Var. 2 Leitsätze 2023). Es ist beeindruckend, mit welcher Selbstverständlichkeit die norwegische NKS hier die herkömmlichen Auslegungskanonens angewendet hat. Im Verbund mit anderen Fällen⁷⁴⁵ zeigt dieser Fall, dass der Anwendung der herkömmlichen Auslegungsregeln auf die Leitsätze kein prinzipieller Einwand entgegensteht.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die Leitsätze ein Akt der Mitgliedsstaaten sind, der unter Schirmherrschaft der OECD angenommen wurde (näher: Kapitel 10 A. II.). Da es sich also nicht um einen Akt der OECD handelt, sollte man sich eher an den Regelungen zur Auslegung von

737 OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA, S. 4 f.

738 OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA, S. 5.

739 OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA, S. 6.

740 OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA, S. 6.

741 „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).

742 Zum investitionspolitischen Kontext der Leitsätze siehe bereits: Kapitel 2 C. I.

743 CIME, Annual Report 2003 (2003), 21 (21 f.).

744 OECD:NO-NCP:2011:NO-6-IA, S. 6 f.

745 Siehe Fußnote 736.

Verträgen als an den Regelungen zur Auslegung von Akten internationaler Organisationen⁷⁴⁶ orientieren.

D. Gesamtfazit zu Kapitel 4

Der Begriff des weichen Rechts (*soft law*) kann die fehlende Rechtsverbindlichkeit einer Norm (weiches *Instrumentum*, weiche Form) oder die fehlende oder unkonkrete Verpflichtung (weiches *Negotium*, weicher Inhalt), die in dieser Norm zum Ausdruck kommt, hervorheben. Beide Aspekte können miteinander kombiniert werden. Es gibt binäre und relative Vorstellungen vom Verhältnis zwischen Recht und Nicht-Recht. Für die Zwecke dieser Arbeit ist einem binären Ansatz zu folgen, der Recht und Nicht-Recht auf Basis des Kriteriums der Rechtsverbindlichkeit unterscheidet. Unverbindliche Normen sind nicht Teil der Rechtsordnung. Der Begriff des weichen Rechts sollte deshalb, sofern man damit ein weiches *Instrumentum* bezeichnet, zu Gunsten des Begriffs des „unverbindlichen Instruments“ bzw. der „unverbindlichen Norm“ aufgegeben werden.

Unverbindliche Normen können mit der Rechtsordnung interagieren. Sie verkleinern beispielsweise den *domaine réservé* eines Staates, sind im Rahmen des Grundsatzes Treu und Glauben zu beachten, helfen bei der Anwendung, Auslegung und Konkretisierung des Rechts und werden zunehmend von der Rechtsordnung rezipiert. Während Rechtsverbindlichkeit nicht abgestuft werden kann und deshalb lediglich die Kategorien Recht und Nicht-Recht bestehen, sind solche Interaktionen mit der Rechtsordnung ebenso wie der Inhalt einer Norm vielfältiger Natur. Ein unverbindliches Instrument interagiert nicht aus sich heraus mit der Rechtsordnung, sondern nur dann, wenn eine rechtliche Norm diese Interaktion zulässt oder provoziert (Heteronomie der Interaktion).

Auch wenn eine Norm nicht Teil der Rechtsordnung ist, kann sie in ihrer Entstehung, Anwendung und Auslegung rechtlichen Normen unterliegen. Insbesondere sind die völkergewohnheitsrechtlichen Auslegungskanones grundsätzlich auch auf unverbindliche Instrumente anzuwenden; die Auslegungskanones lassen genügend Spielraum, um die unverbindliche Natur des Instruments zu berücksichtigen.

⁷⁴⁶ Zur Auslegung von Resolutionen des VN-Sicherheitsrats siehe insbesondere: *IGH*, Advisory Opinion (22. Juli 2010), ICJ Reports 2010, 403 (Rn. 94) — „Kosovo Opinion“.

Kapitel 5 Erhärtung

In diesem Kapitel werde ich die Erkenntnisse des vorangegangenen Kapitels zu einem Konzept zusammenzuführen, das es erlaubt, die Erhärtung von Normen zu beobachten. Dabei ist entscheidend, dass die Idee einer „Erhärtung“ mit der von mir vertretenen binären Betrachtung von Recht und Nicht-Recht vereinbar ist, die beide Kategorien auf Basis der Rechtsverbindlichkeit einer Norm unterscheidet. Das Konzept der Erhärtung beschreibt nicht verschiedene Härteklassen von „Recht“, sondern die Erhärtung rechtlicher wie nicht-rechtlicher *Normen*: Die Attribute hart und weich beziehen sich also auf die Relativität von Normen unterschiedlichster Sollensordnungen. Insofern ist in Erinnerung zu rufen, dass ich *nur* die Rechtsverbindlichkeit (und damit die Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht) für eine binäre Frage halte. Wie in diesem Kapitel darzustellen sein wird, beziehe ich für die Beobachtung von Erhärtungserscheinungen mehrere Dimensionen ein und gehe so über die binäre Frage der (fehlenden) Rechtsverbindlichkeit hinaus. Diese anderen Dimensionen sind einer graduellen Abstufung zugänglich. Um die für die vorliegende Arbeit passenden Dimensionen zur Beobachtung von Erhärtungserscheinungen auszuwählen, werde ich zunächst ausgesuchte Modelle zu Härteklassen von Normen vorstellen und analysieren (A.). Darauf aufbauend werde ich für dieses Forschungsvorhaben ein eigenes Modell der Erhärtung entwickeln (B.), bevor ich das vorliegende Kapitel mit einem Fazit beschließe (C.).

A. Modelle

Bestehende Modelle zu Härteklassen von Normen (I.) liefern wertvolle Hinweise für die Dimensionen, die ich im vorliegenden Forschungsprojekt betrachten möchte (II.).

I. Bestehende Modelle

Der Herausforderung, verschiedene Härteklassen von Normen zu definieren, haben sich bereits viele Autoren gestellt.⁷⁴⁷ Von den existierenden Modellen möchte ich zwei vorstellen – nämlich die Modelle von *Abbott et al.* (1.) und *Rajamani* (2.). Beide Modelle sind bekannt und lassen sich gut einander gegenüberstellen.

1. Abbott et al.: Erhärtung durch Verrechtlichung

Das wohl populärste⁷⁴⁸ Modell zu den verschiedenen Härteklassen von Recht stammt von *Abbott et al.* aus dem Jahr 2000. Das Messziel der Autoren dieses Modells ist die „*legalization*“⁷⁴⁹, also Juridifizierung bzw. Verrechtlichung. Diese könne durch die drei Kategorien Verpflichtung (*obligation*), Genauigkeit (*precision*) und Übertragung (*delegation*) charakterisiert werden.⁷⁵⁰ Explizit nicht in ihre Messung fließen die Wirkungen der untersuchten Instrumente ein.⁷⁵¹ Die Indikatoren der Kategorie Verpflichtung reichen auszugewisse von einer bedingungslosen Sprache und Rechtsverbindlichkeit über implizite Bedingungen in der Verpflichtung bis zu Instrumenten, die ihre Rechtsverbindlichkeit explizit verneinen.⁷⁵² Bei der Kategorie Genauigkeit geht es vor allem um die Frage, wie groß der verbleibende Auslegungsspielraum ist.⁷⁵³ Die zugehörigen Indikatoren befassen sich beispielsweise mit bestimmten Regeln, mit engen und größeren Auslegungsspielräumen sowie mit Instrumenten, bei denen es unmöglich ist festzustellen, ob ein Verhalten den Vorgaben des Instruments entspricht.⁷⁵⁴ Mit der Kategorie der Übertragung wollen *Abbott et al.* fest-

747 Weitere relevante Modelle stammen von *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (661 ff.) und von *Giegerich*, in: Paulus u. a. (Hrsg.), *BerDGIR* 46 (2014), 101 (141 ff.).

748 Vgl. die Bezugnahmen bei: *Finnemore/Toope*, *International Organization* 55 (2001), 743 (743 ff.); *Mörth*, in: *Mörth* (Hrsg.), *Soft Law in Governance and Regulation* (2004), 1 (5 f.); *Shaffer/Pollack*, *Minnesota Law Review* 94 (2010), 706 (714 ff.); *Goldmann*, *Leiden JIL* 25 (2012), 335 (352 f.); vgl. *Rajamani*, *J Environmental Law* 28 (2016), 337 (Fn. 45).

749 *Abbott et al.*, *International Organization* 54 (2000), 401 (401).

750 *Abbott et al.*, *International Organization* 54 (2000), 401 (401, 408 ff.).

751 *Abbott et al.*, *International Organization* 54 (2000), 401 (402).

752 *Abbott et al.*, *International Organization* 54 (2000), 401 (410).

753 *Abbott et al.*, *International Organization* 54 (2000), 401 (412).

754 *Abbott et al.*, *International Organization* 54 (2000), 401 (415).

stellen, wie sehr sich Staaten in Bezug auf die Umsetzung des Instruments Dritten unterordnen.⁷⁵⁵ Die Indikatoren dieser Dimension zerfallen in zwei Gruppen: Zum einen geht es um die Existenz von Streitbeilegungsmechanismen (Gibt es eine verpflichtende Gerichtsbarkeit? Gibt es nur politische Verhandlungen? Wer kann den Mechanismus anrufen?).⁷⁵⁶ Zum anderen geht es um die Möglichkeit, ergänzende Regelungen anzunehmen (Kann eine Organisation verbindliche Regelungen mit oder ohne Zustimmung der Staaten zur Präzisierung des Instruments annehmen? Gibt es ein Forum für Verhandlungen?).⁷⁵⁷

Das Modell kann aus mehreren Gründen nicht unbesehen für die vorliegenden Forschungszwecke eingesetzt werden. Es ist erstens auf „Verrechtlichung“ (*legalization*) beschränkt und befasst sich nicht mit „Recht“ (*law*). Unter „Verrechtlichung“ verstehen die Autoren nämlich „*a particular form of institutionalization*“.⁷⁵⁸ Wahrscheinlich ist, dass es sich bei Verrechtlichung um einen Teilaspekt des „Rechts“ handelt.⁷⁵⁹ Die drei gewählten Dimensionen sind zweitens erkennbar auf einen Verhandlungsprozess mit klar definiertem Endpunkt abgestimmt, im Zuge dessen die Regelsetzer und späteren Normunterworfenen eine bewusste Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten der Einengung ihrer künftigen Handlungsspielräume getroffen haben.⁷⁶⁰ Diese Verhandlungsperspektive (*ex ante*) stellt in Frage, wie nützlich das Konzept für eine anwendungsorientierte (*ex post*) Betrachtung des Rechts ist.⁷⁶¹ In dieser Arbeit soll nicht untersucht werden, wie die Leitsätze auch hätten ausgestaltet werden können, sondern welche Konsequenzen die gewählte Ausgestaltung im Lichte ihres evolutiven Ansatzes hat. Zudem sind die Regelungsadressaten der Leitsätze (MNUen) und deren Nutzer (vor allem: Zivilgesellschaft) nicht mit den Regelsetzern (Staaten) identisch. Auch wenn die institutionellen Interessenträger (BIAC, TUAC, OECD Watch) an der Aushandlung der Leitsätze beteiligt werden,⁷⁶² verleiht die endgültige Wahl zu Inhalt und Ausgestaltung bei den Staaten. MNUen und Zivilgesellschaft treffen keine Wahl darüber, wie sie ihre Handlungsfreiheit künftig beschneiden oder erweitern; sie delegieren

755 Abbott u. a., International Organization 54 (2000), 401 (415).

756 Abbott u. a., International Organization 54 (2000), 401 (415 f.).

757 Abbott u. a., International Organization 54 (2000), 401 (416 ff.).

758 Abbott u. a., International Organization 54 (2000), 401 (401).

759 Finnemore/Toope, International Organization 55 (2001), 743 (744 f.).

760 Vgl. Shaffer/Pollack, Minnesota Law Review 94 (2010), 706 (716 f.).

761 Vgl. Shaffer/Pollack, Minnesota Law Review 94 (2010), 706 (715 f.).

762 OECD, OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2023), S. 3.

nichts. Drittens begründen die Autoren die Wahl ihrer drei Kategorien (oder deren Gleichgewichtung) an keiner Stelle.⁷⁶³ Andere denkbare Kriterien werden außer Acht gelassen.⁷⁶⁴

Viertens handelt sich vornehmlich um ein politikwissenschaftliches und nicht um ein rechtliches Konzept: Ziel der Autoren ist es, einen analytischen Rahmen zu liefern, mit dessen Hilfe die Verbindungen zwischen Politik und Recht erklärt werden können.⁷⁶⁵ Die Autoren interessieren sich beispielsweise für die Gründe, aus denen Staaten sich für einen bestimmten Verrechtlichungsgrad ihrer Beziehungen entscheiden oder internationale Gerichte für bestimmte Streitigkeiten einrichten.⁷⁶⁶ Das Konzept ist deskriptiv und nicht normativ und überlässt die Erarbeitung seiner rechtlichen Implikationen anderen. Diese politikwissenschaftliche Ausrichtung des Konzepts dürfte verhindern, seine Parameter ohne Modifikationen für rechtliche Zwecke zu nutzen, da die Parameterwahl durch eine solche Ausrichtung beeinflusst wird.⁷⁶⁷

2. Rajamani: Auslegung

Rajamani betrachtet mit dem Pariser Übereinkommen⁷⁶⁸ ein rechtlich verbindliches Instrument,⁷⁶⁹ weshalb sich für sie die Frage der Wechselwirkungen zwischen verbindlichem und unverbindlichem Recht nicht stellt. Vielmehr benutzt sie im Wesentlichen sprachliche (Wortwahl, Präzision) und inhaltliche Parameter (Kontext, Adressaten, gestellte Anforderungen), die sie um einen Parameter zu Überwachungsmechanismen ergänzt.⁷⁷⁰ Es bestehen erkennbare Unterschiede zum Modell von *Abbott et al.* *Rajamani* nimmt keine *ex ante* Verhandlungsperspektive ein und betrachtet stattdes-

763 *Finnemore/Toope*, International Organization 55 (2001), 743 (747 f.).

764 *Finnemore/Toope*, International Organization 55 (2001), 743 (749 ff.). So hätte man auch auf die Entstehungsprozesse von Normen oder deren Legitimität eingehen können.

765 *Abbott u. a.*, International Organization 54 (2000), 401 (403); *Goldstein u. a.*, International Organization 54 (2000), 385 (386 f., 399).

766 *Goldstein u. a.*, International Organization 54 (2000), 385 (390 f.).

767 Vgl. *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (677 ff.).

768 „Paris Agreement“ (*Übereinkommen von Paris*), Unterzeichnung: 12. Dezember 2016, Inkrafttreten: 4. November 2016. UNTS 3156, 79.

769 Vgl. *Rajamani*, J Environmental Law 28 (2016), 337 (340 ff.).

770 Vgl. *Rajamani*, J Environmental Law 28 (2016), 337 (343).

sen mit dem Pariser Übereinkommen nur ein einziges und bereits existierendes Instrument. Das wird beispielsweise bei der Wahl des Parameters „Kontext“ (*location*) deutlich. Bei diesem Parameter geht es etwa um die Frage, ob sich eine Norm in der Präambel oder im operativen Teil des Pariser Übereinkommens befindet.⁷⁷¹ Auch der Parameter der Adressaten ist auf die Erfordernisse des Pariser Übereinkommens abgestimmt.⁷⁷² Wegen der Begrenzung ihres Betrachtungsgegenstands auf ein einziges Instrument ist *Rajamani* nicht gehalten, Parameter zu entwickeln, die auf eine Vielzahl von Instrumenten angewandt werden können. Ihre Vorgehensweise erleichtert den Vergleich verschiedener Bestimmungen eines bestimmten Instruments miteinander. Über andere Instrumente sagt es nichts, weshalb sich eine Übertragung auf die Leitsätze verbietet.

II. Beobachtungen

Die beiden oben genannten (wie auch weitere)⁷⁷³ Modelle helfen dabei, geeignete Dimensionen zur Beobachtung von Erhärtungserscheinungen festzulegen. Bei der Wahl der Dimensionen sind mehrere Aspekte zu berücksichtigen. Dimensionen sind erstens **kontext- und zweckabhängig** zu wählen. Sie haben eine dienende Funktion und können keine Geltung außerhalb des Kontextes beanspruchen, in den sie ursprünglich eingebettet waren. Das unterstreichen die beiden oben vorgestellten Modelle: *Abbott et al.* haben ihre Parameter so ausgewählt, dass sie Entscheidungen von Staaten erklären können. *Rajamani* hat auslegungsorientierte Parameter gewählt. Die Dimensionen können zweitens das Ergebnis einer **soziologischen oder einer juristischen Herangehensweise** sein. Sind materielle Dimensionen, die aus empirischen Beobachtungen und Erklärungen der Wirklichkeit abgeleitet sind, oder formale Dimensionen zu untersuchen, die dem Anspruch entspringen, die Wirklichkeit normativ zu begleiten?⁷⁷⁴ Drittens ist es auffällig, dass es trotz verschiedener Ansätze **Überschneidungen bei den gewählten Dimensionen** gibt. Meines Erachtens werden die Dimensionen der Präzisierung, der Verbindlichkeit und der Nachverfolgungsmechanismen häufig gewählt: Nicht nur bei den oben

771 Vgl. *Rajamani*, J Environmental Law 28 (2016), 337 (343).

772 Vgl. *Rajamani*, J Environmental Law 28 (2016), 337 (343).

773 Vgl. Fußnote 747.

774 Vgl. *Giegerich*, in: Paulus u. a. (Hrsg.), BerDGIR 46 (2014), 101 (102 f.).

ausführlich dargestellten zwei Ansätzen⁷⁷⁵ werden diese Dimensionen genannt, sondern auch von weiteren Autoren angedeutet.⁷⁷⁶ Viertens lässt sich beobachten, dass manche Ansätze zur Beschreibung von Erhärtung **genese- und andere anwendungsorientiert** sind. In die erste Gruppe fällt der Ansatz von *Abbott et al.*, der die Perspektive verhandelnder Staaten einnimmt, die entscheiden, wie stark sie ihre gegenseitigen Beziehungen verrechtlichen wollen. Dem steht *Rajamanis* Ansatz gegenüber. Sie ist erkennbar daran interessiert, den Inhalt eines Instruments zu ermitteln.

Für das vorliegende Forschungsprojekt möchte ich Dimensionen auswählen, die die folgenden Eigenschaften besitzen: Die gewählten Dimensionen müssen zunächst **Leitsätze-spezifisch** sein, also an die Instrumente aus dem Universum der Leitsätze angepasst sein. Sie sind mit dem in Kapitel 1 beschriebenen Ansatz der OECD mit seinen drei Ausprägungen abzustimmen: Bei der Ausarbeitung der Leitsätze verfolgte die OECD einen auf Freiwilligkeit beruhenden, pragmatischen und evolutiven Ansatz. Aus Freiwilligkeit folgten Unverbindlichkeit und Verzicht auf Zwangselemente, aus Pragmatik folgte Unbestimmtheit und aus der Evolution ein inkrementelles Abrücken von dieser Unverbindlichkeit, dem Verzicht auf Zwangselemente und der Unbestimmtheit.⁷⁷⁷ Die Dimensionen müssen diese Ausprägungen nachzeichnen können. Leitsätze-spezifische Dimensionen erlauben es dabei nicht nur, die Leitsätze auf Grundlage selbst gewählter Ziele und Vorstellungen zu beurteilen; sie erleichtern es außerdem, in den Tätigkeiten

775 Zugestanden sei, dass *Rajamani* ein verbindliches Instrument analysiert. Sie muss also nicht gesondert auf die Verbindlichkeit eingehen und ignoriert diesen Parameter daher.

776 *Fatouros*, *American University Law Review* 30 (1981), 941 (948): „*The actual effect of a legal instrument depends upon a complex interaction of factors, especially legal form, substantive content, language and formulation, and the institutional and procedural machinery used for implementation.*“ *Gruchalla-Wesierski*, *McGill LJ* 30 (1984), 37 (49 ff., 52 ff.) befasst sich mit der Auslegung durch eine dritte Partei, diskretionären Elementen, Präzision, den rechtlichen und politischen Wirkungen von *soft law* und Sanktionen. *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (686 ff.) kennt ebenfalls textliche Parameter und Parameter, die sich auf die Nachverfolgung beziehen. Für *Giegerich*, in: Paulus u. a. (Hrsg.), *BerDGIR* 46 (2014), 101 (141 ff.) spielen Verbindlichkeit und Nachverfolgungsmechanismen ebenfalls eine große Rolle. Verbindlichkeit ist für ihn bedeutsam, weil er sich mit der Interaktion zwischen verbindlichem und unverbindlichem Recht befasst. Nachverfolgungsmechanismen sind für ihn relevant, sofern sie faktischen Befolgungsdruck erzeugen. Vgl. außerdem auch die Ausführungen zu *Soft Law*, zur Rechtsnatur der Leitsätze und zu ihren Umsetzungsmechanismen bei *Davarnejad*, *Journal of Dispute Resolution* 2011, 351 (357 ff.).

777 Siehe Kapitel 1 A.

der NKSen und des Investitionsausschusses Material zu finden, das sich mit diesen Dimensionen auseinandersetzt. Weil dieses Forschungsvorhaben zum Ziel hat, den Beitrag des Fallmaterials der NKSen wie des Investitionsausschusses zur Erhärtung der Leitsätze im Wege datennaher Forschung zu untersuchen (vgl. Kapitel 1 B. und C.), müssen die Dimensionen auslegungs- und vor allem **anwendungsorientiert** sein. Damit meine ich, dass es sich schwerpunktmäßig um Dimensionen handeln soll, die durch das Fallmaterial verändert oder elaboriert werden können.

Die gewählten Dimensionen werden drittens **formal-juristisch** sein. Grundsätzlich gibt es auf die Frage, ob einem materiell-soziologischen oder formal-juristischen Ansatz zu folgen ist, weder eine richtige noch eine falsche Antwort. Ein formal-juristischer Ansatz ist aus mehreren Gründen pragmatisch und sinnvoll. So soll das vorliegende Forschungsprojekt Erkenntnisse zum Umgang mit den Leitsätzen gewinnen, die eine Hilfestellung für den rechtspraktischen Umgang mit ihnen liefern. Es soll herausfinden, wie die Leitsätze normativ steuernd die Realität beeinflussen und sich in das Völkerrecht einfügen. Sich demgegenüber darauf zurückzuziehen, den Einfluss der Leitsätze im Spiel von Machtdynamiken kommentierend nachzuzeichnen, könnte ihren Einfluss erklären. Es erlaubt aber keine Schlüsse auf ihren Inhalt, da Schlussfolgerungen von dem, was ist, auf das, was sein soll, problematisch sind.⁷⁷⁸ Außerdem ist ein soziologischer Ansatz näher mit – den hier abgelehnten – relativen Ansätzen verwandt: Wer sich auf die Wirkungen von Instrumenten konzentriert, dem wird die Unterscheidung zwischen Recht und Nicht-Recht weniger wichtig sein.⁷⁷⁹ Es ist deshalb bereits aus Gründen der Konsistenz sinnvoll, keine materiellen Dimensionen zu wählen. Zudem sind Dimensionen, die sich aus der realweltlichen Relevanz eines Instruments ableiten, tendenziell schwerer zu handhaben als formale Dimensionen, weil sie versuchen müssen, die Vielgestaltigkeit der realen Welt einzufangen.⁷⁸⁰ Wer sich dagegen auf formale Kriterien stützt, die tendenziell von der Realwelt entkoppelt sind, ist dieser Schwierigkeit nicht ausgesetzt. Die Verwendung formaler Kriterien ist deshalb pragmatischer.

Viertens möchte ich mich an **prävalenten** Dimensionen orientieren. Dadurch verringert sich das Risiko, praxisferne Dimensionen auszuwählen.

778 Klabbers, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions* (2010), 713 (717); Abebe u. a., *Chicago JIL* 22 (2021), 1 (19); vgl. Giegerich, in: Paulus u. a. (Hrsg.), *BerDGIR* 46 (2014), 101 (103).

779 Vgl. *Goldmann*, *Leiden JIL* 25 (2012), 335 (351 ff.).

780 Vgl. *Goldmann*, *Leiden JIL* 25 (2012), 335 (351 ff.).

Wenn bereits mehrere Literaturstimmen trotz grundverschiedener Ansätze gewisse Dimensionen für maßgeblich gehalten haben, bürgt dies für die Relevanz dieser Dimensionen. Zugleich wird so die Anschlussfähigkeit meiner Untersuchungen erleichtert.

B. Dimensionen

Dies vorausgeschickt, werde ich Erhärtungserscheinungen anhand der drei Dimensionen der Nachverfolgung (I.), der Teilhabe an der Rechtsordnung (II.) und der Präzisierung (III.) untersuchen. Jede Dimension wird durch ihr zugewiesene Einzelaspekte näher beschrieben. Diese drei Dimensionen sind an den oben als prävalent identifizierten Dimensionen orientiert. Mit ihren Einzelaspekten weichen sie jedoch wegen ihrer Anwendungsorientierung und Leitsätze-Spezifität von den oben referierten Ansätzen ab. Während in den ersten beiden Dimensionen (Nachverfolgung, Teilhabe an der Rechtsordnung) Erhärtungserscheinungen und damit Veränderungen in der Freiwilligkeit der Leitsätze zu beobachten sind, möchte ich in der dritten Dimension Erhärtungserscheinungen in Bezug auf die Unbestimmtheit der Leitsätze betrachten. Meine Untersuchung ist nicht mit einer Messung gleichzusetzen (IV.).

I. Dimension: Nachverfolgung

Nachverfolgungsmechanismen leisten einen Beitrag zur Erhärtung eines Instruments, wenn sie ihm zu praktischer Wirksamkeit und realweltlichen Auswirkungen verhelfen. Aus der rechtlichen Unverbindlichkeit eines Instruments folgt nicht das Ausbleiben jeglicher Sanktion bei Missachtung des Instruments.⁷⁸¹ Die Leitsätze sind ein Paradebeispiel dafür, dass ein unverbindliches Instrument nicht mit einem Instrument ohne Zwangselemente verwechselt werden darf.⁷⁸² Die Tatsache, dass die Leitsätze mit ihren Umsetzungsverfahren überhaupt über einen Nachverfolgungsmechanismus

781 Juillard, in: Ruiz Fabri u. a. (Hrsg.), *L'effectivité des organisations internationales* (2000), 181 (186); vgl. Meyer, in: Hollis (Hrsg.), *Oxford Guide Treaties* (2020), 59 (65).

782 Protopsaltis, *FORUM du droit international* 7 (2005), 251 (257); Ochoa Sanchez, *Nord JIL* 84 (2015), 89 (120); Spießhofer, *Unternehmerische Verantwortung* (2017), S. 202–204; Nieuwenkamp, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), *40 ans des lignes direc-*

verfügen, ist insofern bereits eine erste Erhärtungserscheinung. Als Folge der hier gewählten formalen, anwendungsorientierten und Leitsätze-spezifischen Vorgehensweise sind realweltliche Auswirkungen nicht durch empirische Studien oder sozialwissenschaftliche Betrachtungen festzustellen. Einzelaspekte, die beispielsweise untersuchen würden, wie oft NKSen eine Einigung zwischen Verfahrensparteien erreichen, wie lange Verfahren dauern oder wie oft Betroffene Abhilfe erhalten, scheiden daher von vornherein aus.

Solche Messungen sind auch deshalb abzulehnen, weil sie den zweiten Schritt vor dem ersten gehen: In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, welche Ziele ein Nachverfolgungsmechanismus verfolgt.⁷⁸³ Erst dann kann eine Zielerreichung überhaupt sinnvoll gemessen werden. Wer mit Blick auf die Umsetzungsverfahren der Leitsätze beispielsweise messen wollte, wie häufig spA-Verfahren mit der völkerstrafrechtlichen Verurteilung eines Geschäftsführers enden, geht von einem absurden Ziel aus, das an den tatsächlichen Zielen der Umsetzungsverfahren vorbeigeht. Die Verfahrensziele der Umsetzungsverfahren der Leitsätze sind allerdings nicht evident. Für den ersten nachverfolgungsbezogenen Einzelaspekt werde ich deshalb ermitteln, welche **Ziele die Umsetzungsverfahren der Leitsätze verfolgen**. Hierbei ist zu überlegen, ob weitreichende oder unambitionierte realweltliche Auswirkungen angestrebt werden. Eine weitreichende realweltliche Auswirkung wäre beispielsweise die Sanktionierung eines Leitsätze-widrig handelnden Unternehmens; eine unambitionierte realweltliche Auswirkung wäre es, wenn eine NKS einem Leitsätze-widrig handelnden Unternehmen lediglich Verbesserungspotenzial für sein künftiges Handeln aufzeigen wollte. Für eine juristische Untersuchung können solche Ziele nur normativ, und zwar aus dem Mandat des jeweiligen Streitbeilegungsmechanismus hergeleitet werden.⁷⁸⁴ Im Rahmen der Umsetzungsverfahren der Leitsätze ist hierfür auf das Konzept der Effektivitätsförderung abzustellen. Dieses Konzept der Effektivitätsförderung der Leitsätze findet sich an zahlreichen Stellen in den Regelungen der Umsetzungsverfahren. Die Eröffnungsvorschrift der RatsE-Leitsätze 2023 schreibt beispielsweise vor, dass die Aufgabe der

trices (2018), 35 (35); vgl. auch *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 269.

Man beachte allerdings, dass die Leitsätze selbst diesem Fehlschluss (unverbindlich bedeute freiwillig) unterliegen: Ls. I-1 S. 3 Leitsätze 2023.

783 *Shany*, AJIL 106 (2012), 225 (230 ff.); *Donoghue*, ASIL Proceedings 108 (2014), 114 (116).

784 Vgl. *Shany*, AJIL 106 (2012), 225 (241); siehe auch näher: Kapitel 8 B. II. 1.

NKSen darin besteht, die Effektivität der Leitsätze zu fördern (Art. I-1 S. 1 RatsE-Leitsätze 2023: „*further the effectiveness of the Guidelines*“).

Der **zweite Einzelaspekt** soll die **Umsetzungsverfahren auf Basis bestimmter Indikatoren mit anderen Nachverfolgungsmechanismen vergleichen**. Häufig werden die klassischen völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen in Anlehnung an die Aufzählung des Art. 33 Abs. 1 VNCh⁷⁸⁵ von weich nach hart sortiert. Konkret werden sie von Verhandlung (*negotiation*), guten Diensten (*good offices*), Vermittlung (*mediation*), Untersuchung (*enquiry*), Schlichtung (*conciliation*), Schiedsverfahren (*arbitration*) bis zu Gerichtsverfahren (*adjudication*) aufgefächert.⁷⁸⁶ Während Schieds- und Gerichtsverfahren zu den rechtlichen Streitbeilegungsmechanismen zählen, handelt es sich bei den anderen Mechanismen um diplomatische Mechanismen.⁷⁸⁷ In dieser Aufzählung sind meines Erachtens hinter Schlichtungsverfahren gerichtsähnliche (*quasi-judicial*) Verfahren zu ergänzen; sie rechnen nicht mehr (wie noch die Schlichtung) zu den diplomatischen Streitbeilegungsmechanismen, teilen aber bestimmte Merkmale (wie die Verbindlichkeit von Entscheidungen) nicht mit gerichtlichen Verfahren.⁷⁸⁸ Neben diesen Streitbeilegungsmechanismen sind nicht streitbeilegungsbezogene Nachverfolgungsmechanismen zu erwähnen. Zu ergänzen sind insofern insbesondere Berichterstattungspflichten und Überwachungsmechanismen als eher schwache Nachverfolgungsmechanismen.⁷⁸⁹ In der obigen Sortierung würde ich sie etwa auf Ebene einer Untersuchung einstufen.

785 „Charter of the United Nations“ (*Charta der Vereinten Nationen, VNCh*), Unterzeichnung: 26. Juni 1945, Inkrafttreten: 24. Oktober 1945. BGBl. 1973 II, 431–503. In Art. 33 Abs. 1 VNCh werden gute Dienste nicht und die Untersuchung vor der Vermittlung genannt.

786 Siehe: *Pellet, Peaceful Settlement of International Disputes*, MPEPIL (2013), Rn. 38 (Sortierung allerdings nicht nach Härte, sondern nach den Eingriffsbefugnissen (*intrusiveness*) der Drittpartei); *Merrills/Brabandere, Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 24 f. (die Auflistung des Art. 33 Abs. 1 VNCh sei nach der Stärke und Formalität der Involvierung der Drittpartei und der Rolle des Rechts sortiert). Eine sehr ähnliche Sortierung nehmen *Abbott u. a., International Organization* 54 (2000), 401 (416) vor.

787 *Pellet, Peaceful Settlement of International Disputes*, MPEPIL (2013), Rn. 39; *Merrills/Brabandere, Merrills' International Dispute Settlement* (2022), S. 24.

788 *Fromageau, Quasi-Judicial Body*, MPEiPro (2020), Rn. 1.

789 *Goldmann*, in: von Bogdandy u. a. (Hrsg.), *Exercise of Public Authority* (2010), 661 (690 f.).

II. Dimension: Teilhabe an der Rechtsordnung

Die zweite Dimension betrifft die Teilhabe der Leitsätze an der Rechtsordnung. Die Leitsätze können entweder unmittelbar oder mittelbar an der Rechtsordnung teilhaben. Sie haben unmittelbar an ihr teil, wenn sie der Rechtsordnung angehören (erster Einzelaspekt); sie haben mittelbar an ihr teil, wenn sie mit ihr interagieren (zweiter Einzelaspekt). Die mittelbare Teilhabe ist eine heteronome, weil sie von der Rechtsordnung zugelassen werden muss (Kapitel 4 B. II. 3. b)). Die unmittelbare Teilhabe vollzieht sich demgegenüber autonom.

Die **Zuordnung zur Rechtsordnung** beruht auf der in Kapitel 4 B. angesprochenen Unterscheidung zwischen Recht und Nicht-Recht. Wie ich dort ausgeführt habe, unterscheide ich rechtliche von nicht-rechtlichen Instrumenten auf Basis ihrer (fehlenden) Rechtsverbindlichkeit. Für die Zuordnung zur Rechtsordnung werde ich deshalb die zahlreichen Instrumente aus dem Universum der Leitsätze (vgl. Kapitel 2 B.) auf ihre Rechtsverbindlichkeit hin untersuchen. Obwohl dieser Einzelaspekt mit der hier angestrebten Anwendungsorientierung kaum zu vereinen ist, weil er durch die Umsetzungsverfahren der Leitsätze weder beeinflusst noch elaboriert wird, halte ich ihn für entscheidend. Er ist nicht nur prävalent, sondern auch grundlegend: Die Zuordnung eines Instruments zur Rechtsordnung bestimmt den Rahmen, innerhalb dessen sich die anderen Dimensionen und Einzelaspekte bewegen.

Der Einzelaspekt der **sollensordnungsübergreifenden Interaktionen** bezieht sich auf die herkömmlicherweise als „rechtliche Wirkungen“ bezeichneten Interaktionen unverbindlicher Instrumente mit der Rechtsordnung. Ich habe solche Interaktionen in Kapitel 4 B. I. vorgestellt. Für diesen Einzelaspekt werde ich demnach beispielsweise untersuchen, welche Relevanz der Grundsatz von Treu und Glauben für die Instrumente aus dem Universum der Leitsätze hat, welche Auslegungsrelevanz ihnen zukommt und wie sie von rechtlichen Normen rezipiert werden. Untersuchungsgegenstand sind die nicht der Rechtsordnung angehörenden Instrumente aus dem Universum der Leitsätze. Zu beobachten ist hier nicht nur die Quantität solcher Interaktionen, sondern auch ihre Qualität. So könnten die Leitsätze zwar viele, aber eher schwache oder umgekehrt sehr wenige, aber dafür weitreichende Wirkungen in der Rechtsordnung haben.

III. Dimension: Präzisierung

Wenn unter anderem die inhaltliche Präzision eines Instruments bestimmt, wie weich es ist (Kapitel 4. A.), wird es härter, wenn es präziser wird.⁷⁹⁰ Die Dimension „Präzisierung“ bezieht sich auf den Inhalt (das *Negotium*) eines Instruments. Ich verstehe Präzisierung als eine Frage der Größe eines verbliebenen Auslegungs-, Anwendungs- und Ausweichspielraums und verbliebener Unklarheiten. Eine unpräzise Norm gibt dem Normadressaten wegen ihrer Unbestimmtheit die Möglichkeit zu einer eigennützigen Auslegung.⁷⁹¹ Schlimmstenfalls stellen unterschiedliche Auslegungen die Legitimität eines Instruments in Frage.⁷⁹² Unklarheiten und Mehrdeutigkeiten der Leitsätze mindern ihre Effektivität.⁷⁹³

Die Präzisierung der Leitsätze kann unter mehreren Aspekten untersucht werden. So könnte man die Verflechtung der Leitsätze mit leitsatzexternen Instrumenten untersuchen.⁷⁹⁴ Beispielsweise ist das Beschäftigungskapitel der Leitsätze an die dreigliedrige ILO-MNU-Erklärung⁷⁹⁵ angelehnt, die, sofern sie präziser als die Leitsätze ist, zur Auslegung der Leitsätze herangezogen werden soll.⁷⁹⁶ Aus Gründen der Forschungsökonomie habe ich mich für einen anderen Aspekt entschieden: Ich werde untersuchen, ob das Fallmaterial von NKSen und Investitionsausschuss zu einer Präzisierung der Leitsätze geführt hat. Die Kernfrage ist, ob aus diesem Fallmaterial eine kohärente Entscheidungspraxis⁷⁹⁷ entstanden ist, die zur Präzisierung

790 In diesem Sinne auch: *Thürer*, Soft Law, MPEPIL (2009), Rn. 17.

791 *Fatouros*, American University Law Review 30 (1981), 941 (955 f.); *Gruchalla-Wesierski*, McGill LJ 30 (1984), 37 (49).

792 *Bağlayan*, Nordic J Human Rights 36 (2018), 371 (375) (unter Bezugnahme auf *Landau*); *Buhmann*, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices (2018), 55 (61).

793 OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 46.

794 Zur Verflechtung (*entanglement*) der Leitsätze: *Morochovič/Reimers*, in: Krisch (Hrsg.), *Entangled Legalities Beyond the State* (2021), 318 (318 ff.).

795 ILO, Tripartite MNE Declaration (2022).

796 Ls-Ko 2023, Rn. 53: „*The OECD Guidelines and the ILO MNE Declaration refer to the behaviour expected from enterprises and are intended to parallel and not conflict with each other. The ILO MNE Declaration can therefore be of use in understanding the Guidelines to the extent that it is of a greater degree of elaboration.*“ (Textauszeichnung des Originals entfernt).

797 Ich benutze den Begriff „(kohärente) Entscheidungspraxis“ als Ersatz für Begriffe wie „Richterrecht“, „Fallrecht“ oder „(ständige) Rechtsprechung“. Diese Begriffe scheinen mir wegen ihrer besonderen Vorprägung unangebracht (vgl. *Kessedjian*, in: Rogers/Alford (Hrsg.), *The Future of Investment Arbitration* (2009), 43 (43 f., 47 ff.). Zudem setzen sie begrifflich „Recht“, „Richter“ oder „Gerichte“ voraus, was

der Leitsätze beiträgt. Bereits in Kapitel 1 C. habe ich dargelegt, dass ich die Entstehung einer solchen kohärenten Entscheidungspraxis an den Beispielen (i) der Annahmeveraussetzung eines Beitrags zu den Zwecken und zur Effektivität der Leitsätze und (ii) der MNU-Definition der Leitsätze untersuchen möchte.

Dass sich aus dem von NKSen (und dem Investitionsausschuss) produzierten Fallmaterial eine kohärente Entscheidungspraxis entwickeln kann, ist ein Gedanke, der bereits vielfach (unter anderem von *Ruggie*)⁷⁹⁸ geäußert wurde.⁷⁹⁹ Auch die Väter und Mütter der Leitsätze verfolgten einen evolutiven Ansatz (siehe: Kapitel 1 A.). Sie gingen davon aus, dass die Umsetzungsverfahren der Leitsätze präzisere Definitionen etwa in Bezug auf den Begriff des multinationalen Unternehmens hervorbringen würden:

„Agreement not to insist on definition [of a multinational corporation] made it possible to reach an accord without protracted arguments between experts. [...] This more precise definition is expected to come about in the course of the consultation procedures which are allied to the Declaration.“⁸⁰⁰

Eine kohärente Entscheidungspraxis dient mehreren Zielen. Für den IGH geht es darum, „[...] to achieve the necessary clarity and the essential con-

angesichts der fehlenden Rechtsverbindlichkeit einiger Instrumente aus dem Universum der Leitsätze und angesichts der Tatsache, dass weder NKSen noch der Investitionsausschuss gerichtliche Verfahren betreiben (näher: Kapitel 9), unangebracht ist. Der generische Begriff „Entscheidungspraxis“ vermeidet derartige Assoziationen. Eine gute Alternative ist „Spruchpraxis“ (*Kasolowsky/Voland*, NZG 2014, 1288 (1292); *Krajewski* u. a., ZaöRV 76 (2016), 309 (333)). Beim Begriff „Spruchpraxis“ wird allerdings weniger deutlich, dass die Erwartung, eine NKS werde eine Reihe gleichlautender Aussprüche fortsetzen, nur entstehen kann, wenn die NKSen in vergangenen Aussprüchen eine *Entscheidung* in der Sache getroffen haben (näher: Kapitel 12 C.).

798 *Ruggie*, Just Business (2013), S. 175: „[...] the functional equivalent of “jurisprudence” in human rights cases will emerge [...]“

799 *Weidmann*, OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz (2014), S. 325; *Krajewski* u. a., ZaöRV 76 (2016), 309 (333); *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung (2017), S. 204; vgl. *Buhmann*, in: Enneking u. a. (Hrsg.), Accountability, International Business Operations, and the Law (2019), 38 (39); vgl. *Svoboda*, European YbIEL II (2020), 31 (33). Siehe auch: *Backer*, Melb JIL 10 (2009), 258 (305). *Backer* bezieht sich hier möglicherweise aber auf mehr als nur einen präzisierenden Effekt, der vom Fallmaterial ausgeht.

800 OECD Observer Nr. 82 (Juli 1976), 9 (13).

sistency of international law, as well as legal security [...].⁸⁰¹ Zu ergänzen sind die Vorhersehbarkeit⁸⁰² späterer Entscheidungen und der Vertrauensschutz⁸⁰³ der Adressaten. Sie ist zudem ein wichtiger Baustein für die Gewährleistung des Gleichheitsgrundsatzes, gleiche Situationen gleich zu behandeln.⁸⁰⁴ Diese Erwägungen gelten sowohl für Entscheidungen, die auf Basis von Rechtsnormen gefällt werden, als auch für Entscheidungen, die auf der Grundlage nicht-rechtlicher Normen getroffen werden.⁸⁰⁵ Ohne dass hierfür eine formale Bindung an Präjudizien notwendig wäre, schaffen frühere Fälle argumentative Hürden, die Spruchkörper und Verfahrensbeeteiligte überwinden müssen, wenn sie in einem vergleichbaren späteren Fall eine abweichende Ansicht vertreten.⁸⁰⁶ Bei einer in Aussicht genommenen Abweichung von einer früheren Entscheidung ist in den Worten des IGH darzulegen, weshalb *„there is cause not to follow the reasoning and conclusions of earlier cases.“*⁸⁰⁷ Künftige Argumentationsspielräume werden durch Reihen kohärenter Entscheidungen besonders eingeschränkt, weil solche Entscheidungsreihen in kleinen Schritten ein Korsett aus Argumentationsmaterial immer enger schnüren, dem mit einer zunehmenden Zahl an Entscheidungen immer schwieriger entronnen werden kann.⁸⁰⁸ Der vielbe-

801 IGH, Judgment (30. November 2010), ICJ Reports 2010, 639 (Rn. 66) — „Dialogue“ (Guinea ./ DR Congo), Merits.

802 Kessedjian, in: Rogers/Alford (Hrsg.), The Future of Investment Arbitration (2009), 43 (54 f.); Janig/Reinisch, in: Andenas u. a. (Hrsg.), General Principles and the Coherence of International Law (2019), 247 (294 f.); Acquaviva/Pocar, Stare decisis, MPEPIL (2022), Rn. 1, 28.

803 Ungern-Sternberg, AöR 138 (2013), 1 (48–50); vgl. Kessedjian, in: Rogers/Alford (Hrsg.), The Future of Investment Arbitration (2009), 43 (54 f.); vgl. Jacob, in: von Bogdandy/Venzke (Hrsg.), International Judicial Lawmaking (2012), 35 (51); vgl. Janig/Reinisch, in: Andenas u. a. (Hrsg.), General Principles and the Coherence of International Law (2019), 247 (294 f.).

804 Guillaume, JIDS 2 (2011), 5 (6); vgl. Jacob, in: von Bogdandy/Venzke (Hrsg.), International Judicial Lawmaking (2012), 35 (51); einschränkend: Ungern-Sternberg, AöR 138 (2013), 1 (47 f.).

805 Jacob, in: von Bogdandy/Venzke (Hrsg.), International Judicial Lawmaking (2012), 35 (38) mit dem Beispiel einer Mutter, von der ihr Kind fordert, nicht anders behandelt zu werden als ein älteres Geschwisterkind.

806 Jacob, in: von Bogdandy/Venzke (Hrsg.), International Judicial Lawmaking (2012), 35 (48, 58 f.).

807 IGH, Judgment (11. Juni 1998), ICJ Reports 1998, 275 (Rn. 28) — „Land and Maritime Boundary“ (Cameroon ./ Nigeria), Preliminary Objections.

808 Jacob, in: von Bogdandy/Venzke (Hrsg.), International Judicial Lawmaking (2012), 35 (47, 54, 58 f.), Jacob spricht hier von Verknöcherung (*ossification*; aaO, S. 47).

achteten richtungsweisenden Fälle oder Grundsatzentscheidungen bedarf es hierfür nicht.⁸⁰⁹

Eine kohärente Entscheidungspraxis hat mindestens zwei positive Folgen für die Normadressaten: Erstens würde sie eine bestimmte Auslegung der Leitsätze unumgänglich machen. Der Spielraum der Normadressen für eine eigennützige Auslegung der Leitsätze wäre verringert, weil sie mit jeder anderen als der in der Entscheidungspraxis sanktionierten Auslegung vor NKSen scheitern würden. Eine kohärente Entscheidungspraxis würde deshalb das Vertrauen der Normadressaten in voraussehbare Entscheidungen und damit auch deren Befolgungsbereitschaft erhöhen.⁸¹⁰ Eine kohärente Entscheidungspraxis hätte zweitens zur Folge, dass den Normadressaten in zahlreichen Fallbeispielen konkret und instruktiv vor Augen geführt wird, welche Praktiken sich zur Umsetzung der Leitsätze bewährt haben.⁸¹¹ Der Korpus der Entscheidungspraxis würde so zum orientierungsstiftenden *best practice*-Repositorium. Er würde mit anderen Worten zu einem Erfahrungsschatz, von dem beispielsweise ein Unternehmen profitieren kann, das sich (überobligatorisch) um eine bestmögliche Umsetzung der Leitsätze bemüht. In diesem Sinne geht es nicht um die Auslotung der äußeren Grenzen Leitsätze-konformen Verhaltens; es geht stattdessen um das Aufzeigen bewährter Pfade der Normauslegung und -anwendung. Dadurch werden Wissenslücken bei den Normadressaten geschlossen und ressourcenaufwändige Überlegungen, wie die Leitsätze am besten umzusetzen sind, entbehrlich.

Selbst wenn keine kohärente Entscheidungspraxis entstanden ist, können Aussprüche immerhin einen geringen Beitrag zur Präzisierung leisten. Sie sind nämlich einzelne Datenpunkte, die auf praktisch relevante Problempunkte, Fallgestaltungen und Argumente aufmerksam machen können. Die Adressaten der Leitsätze können sich dann auf einen unsicheren normativen Rahmen einstellen. Das gilt umso mehr, wenn sich Aussprüche zu einem bestimmten Thema häufen (**thematische Ballung**).

809 Jacob, in: von Bogdandy/Venzke (Hrsg.), *International Judicial Lawmaking* (2012), 35 (47, 54).

810 OECD:AU-NCP:2021:AU-16-FS, Rn. 48; Buhmann, in: Bonucci/Kessedjian (Hrsg.), *40 ans des lignes directrices* (2018), 55 (61).

811 Weidmann, *OECD-Leitsätze und Menschenrechtsschutz* (2014), S. 325; Buhmann, *Nordic J Human Rights* 36 (2018), 390 (396 f., 409 f.).

IV. Keine Messung

Die Untersuchung dieser Erhärtungserscheinungen ist nicht mit einer Messung gleichzusetzen. Insbesondere möchte ich die Leitsätze nicht einer bestimmten Härteklasse (etwa Härteklasse drei von sieben denkbaren Härteklassen) zuordnen. Stattdessen geht es mir um eine qualitative Beschreibung sowie um eine möglichst vollständige Erfassung und präzise Beschreibung von Erhärtungserscheinungen der Leitsätze. Zwar können manche Einzelaspekte in hohem oder niedrigem Maße erfüllt sein. Häufig würde die Einteilung von Erhärtungserscheinungen in verschiedene Härteklassen jedoch eine Scheingenauigkeit erzeugen, weil diese Einteilung willkürlich ist. Wollte man beispielsweise von sieben Klassen ausgehen, könnten es ebenso gut zehn sein. Solche Einteilungen verlangen außerdem immer eine aggregierte Betrachtung verschiedener Erhärtungserscheinungen und reduzieren sie auf eine einzelne Zahl. Es ist nicht durchweg möglich, Erhärtungserscheinungen klar beziffert abzustufen. So lässt sich nicht eindeutig festlegen, ob ein Instrument, das viele, aber nur schwache Interaktionen mit der Rechtsordnung kennt, stärker erhärtet ist als eines, das von der Rechtsordnung in einer praxisirrelevanten Sondersituation mit einem Anwendungsbefehl versehen wird.

C. Gesamtfazit zu Kapitel 5

Ich werde Erhärtungserscheinungen der Leitsätze und anderer Instrumente aus dem Universum der Leitsätze in drei Dimensionen betrachten: In der ersten Dimension (der Nachverfolgung) werde ich die Verfahrensziele der Umsetzungsverfahren analysieren und die Umsetzungsverfahren mit anderen Nachverfolgungsmechanismen vergleichen. In der zweiten Dimension werde ich untersuchen, welche Instrumente aus dem Universum der Leitsätze Teil der Rechtsordnung sind und wie die nicht der Rechtsordnung angehörenden Instrumente mit der Rechtsordnung interagieren. Die dritte Dimension der Präzisierung fragt danach, inwieweit das Fallmaterial der NKSen und des Investitionsausschusses zu einer Präzisierung der Leitsätze beigetragen hat. Meine Untersuchung ist nicht mit einer exakten Messung gleichzusetzen. Sie belässt es bei einer qualitativen Beschreibung und vollständigen Erfassung von Erhärtungserscheinungen.