

Britta Beylage-Haarman/Leonard Ghione*

„Privatisierung“ im Völkerrecht? – Die Vermittlung von Rechtspositionen im Wirtschaftsvölkerrecht

Abstract

Der Aufsatz beleuchtet zwei Verfahren, die aufgrund der Auseinandersetzung um die Genehmigung des Kohlekraftwerkbaus in Hamburg-Moorburg angestrengt worden sind. Es handelt sich dabei um Verfahren nach dem Energiechartavertrag und nach den OECD-Leitsätzen für multinationale Unternehmen. Beide dargestellten Verfahren sind von Privaten angestrengt, basieren jedoch auf völkerrechtlichen Normen. Diese Normen des Wirtschaftsvölkerrechts berechtigen oder verpflichten die privaten Akteure unmittelbar. Sie wirken damit unmittelbar auf die Rechtsposition Privater ein und beziehen diese in den Aktionsradius des Völkerrechts ein. Solche Normen – so die Autoren – sind Anzeichen einer Privatisierung im Völkerrecht.

* *Britta Beylage-Haarman* ist Mitarbeiterin am Institut für Öffentliches Recht, Abteilung Völkerrecht, bei Frau *Prof. Dr. Vöneky* an der Universität Freiburg; *Leonard Ghione* hat an der Universität Freiburg Jura studiert und wird seine Studien an der Fletcher School of Law and Diplomacy, USA fortsetzen. Die folgende Arbeit ist im Rahmen eines von Frau *Prof. Dr. Vöneky* veranstalteten Seminars an der Universität Freiburg entstanden. Frau *Prof. Dr. Vöneky* sei an dieser Stelle noch einmal für die Unterstützung herzlich gedankt.

I. Einleitung

Ist von „Privatisierung“ im Völkerrecht die Rede, ist damit ganz überwiegend die wachsende Anerkennung des Individuums als Akteur im Völkerrecht gemeint. Gegenstand der Diskussion ist vor allem, ob das Individuum mittlerweile vom Objekt zum Subjekt oder zumindest zum Teilsubjekt des Völkerrechts geworden ist und ob diese Entwicklung gleichsam für Verbände von Individuen und Unternehmen gilt.¹

Der Fokus der folgenden Untersuchung hingegen liegt nicht auf der Frage nach der Subjektstellung im Völkerrecht, sondern widmet sich dem Phänomen der „Privatisierung“ selbst. Ausgehend von einer zu entwickelnden Definition von „Privatisierung“ soll anhand zweier juristischer Verfahren, die aufgrund der Streitigkeiten um den Bau des Kohlekraftwerkes in Hamburg-Moorburg angestrengt wurden, untersucht werden, ob sich Elemente einer „Privatisierung“ im Völkerrecht aufzeigen und systematisieren lassen. Der Kraftwerksbau als Untersuchungsgegenstand steht dabei idealtypisch als Anlass für ein Verfahren, in dem staatliche und transnationale Akteure aufeinandertreffen, deren Verhalten – wie zu zeigen sein wird – an völkerrechtlichen Vorgaben zu messen ist. Der Untersuchungsgegenstand ist also nicht eine „Privatisierung“, die anhand der Stellung des Individuums gemessen wird, sondern eine solche, die sich auf die Einbindung transnationaler Unternehmen und zivilgesellschaftlicher Gruppierungen bezieht.

II. Privatisierungsbegriff

Privatisierung bedeutet allgemein die Verlagerung von Staatsaufgaben in den privatrechtlichen oder sogar privatwirtschaftlichen Bereich.² Privaten Akteuren wird also Verantwortung übertragen, die zuvor allein in staatlicher Hand lag. Folgt man diesem Ansatz, so wäre eine „Privatisierung im Völkerrecht“ dann gegeben, wenn Privaten „völkerrechtliche Verantwortung“ übertragen würde. Diese Übertragung soll dabei umfassend verstanden werden und sowohl die von völkerrechtlichen Berechtigungen als auch die von völkerrechtlichen Pflichten umfassen.

Privatisierungselemente im Völkerrecht sind demnach dann vorhanden, wenn Private völkerrechtlich berechtigt oder verpflichtet werden. Diese Rechtstellung kann, wie zu zeigen sein wird, sowohl materieller als auch prozessualer Natur sein.

1 Vergleiche zu dieser Diskussion *Dörr* „Privatisierung“ des Völkerrechts JZ 2005, 905 (905 ff.).

2 *Maurer* Die verschiedenen Formen der Privatisierung in FS für U. Steiner, 2009, S. 528 (529).

III. Sachverhalt³

Folgender Sachverhalt liegt dieser Untersuchung zugrunde: Im Jahr 2004 begann der schwedische Energiekonzern Vattenfall mit Neubauplanungen für ein Kohlekraftwerk in Hamburg-Moorburg. Im Laufe des verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens begehrte Vattenfall unter anderem eine immissionsschutzrechtliche sowie eine wasserhaushaltsrechtliche Genehmigung. Außerdem beantragte Vattenfall eine Zulassung vorzeitigen Beginns. Letztere wurde im November 2007 unter Auflagen gewährt. Die endgültige Genehmigungserteilung zum Bau des Kraftwerks erfolgte jedoch nicht, so dass Vattenfall am 14. April 2008 vor dem *OVG Hamburg* eine Klage gerichtet auf die Verpflichtung zur Erteilung der Genehmigung einreichte.

Im September 2008 wurden schließlich die erforderlichen Genehmigungen unter Auflagen erteilt. Aus Sicht des Vattenfall Konzerns waren diese jedoch unverhältnismäßig. Daher strengte Vattenfall ein Verfahren nach dem Energiechartavertrag an. Dieses Verfahren ist der erste Untersuchungsgegenstand.

In dem zweiten auf Privatisierungselemente zu untersuchenden Verfahren ist das Verhalten des Vattenfall Konzerns selbst Verfahrensgegenstand. Die Umweltschutzorganisation Greenpeace e. V. reichte bei der „Nationalen Kontaktstelle für die Förderung der Umsetzung der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen“ eine Beschwerde wegen vermeintlicher Verletzung der Leitsätze durch Vattenfall ein.⁴

IV. Verfahren wegen vermeintlicher Verletzung des Energiechartavertrages durch Deutschland

Ausgehend von dem oben dargelegten Verständnis des Begriffs Privatisierung als Übertragung von völkerrechtlicher Verantwortung soll zunächst das Verfahren, das der Konzern Vattenfall beim „International Centre for Settlement of Investment Disputes“, im folgenden ICSID, angestrengt hat, bezüglich der Merkmale einer Privatisierung untersucht werden.

Der ICSID ist eine zur Weltbankgruppe gehörende Institution, die zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und privaten Investoren aus anderen Staaten geschaffen wurde.⁵ Aufgaben des ICSID sind die Verwaltung und Betreuung

3 Siehe zum Sachverhalt insgesamt: Die Welt „Greenpeace übt scharfe Kritik an Vattenfalls Moorburg-Klage“ abrufbar unter: <http://www.welt.de/die-welt/article4092977/Greenpeace-uebt-scharfe-Kritik-an-Vattenfalls-Moorburg-Klage.html> (zuletzt aufgerufen am 26.6.2011) und die Antwort auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Oliver Krischer, Hans-Josef Fell, Cornelia Behm*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/005/1700510.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26.6.2011).

4 Im Einzelnen sind Beschwerdegegner die Gesellschaften Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG und Kernkraftwerk Krümmel GmbH & Co. oHG.

5 *Tietje* in Marauhn Streitbeilegung in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen 1. Aufl., S. 47 (51 f.). Vgl. auch *Herdegen* Internationales Wirtschaftsrecht 8. Auflage (2009), S. 303.

der jeweils auf Grundlage des ICSID-Abkommens⁶ konstituierten Schiedsgerichte sowie die Vorgabe des Verfahrensrechtes.⁷

1. Rechtsgrundlage der Streitigkeit – der Energiechartavertrag

Als Rechtsgrundlage für seinen Antrag beruft sich der Konzern Vattenfall auf den Energiechartavertrag (Energy Charter Treaty, im Folgenden ECT).⁸

a) Überblick über den Energiechartavertrag und den Beschwerdeinhalt

Der Energiechartavertrag ist das rechtliche Rahmenwerk, welches im Zusammenhang mit der „European Energy Charta“ am 17. Dezember 1994 verabschiedet und am 16. April 1998 nach der vom Vertrag notwendig vorgesehenen Ratifizierung durch 30 Staaten⁹ in Kraft trat.¹⁰ Das Ziel des Vertrages ist gemäß Art. 2 ECT die Schaffung eines rechtlichen Rahmens für eine langfristige Kooperation zwischen den Vertragsparteien im Energiesektor, der in die Aspekte Handel und Transit, Investitionen sowie Energieeffizienz und Umwelt eingeteilt wird. Die Regelungen des Vertrages betreffen zum einen das Verhältnis und die Zusammenarbeit der Staaten untereinander, zum anderen jedoch auch das Verhältnis ausländischer Investoren zu dem jeweiligen Gaststaat,¹¹ ohne dass Investoren selbst Vertragspartei sind.

Im konkreten Fall beruft sich Vattenfall zum einen darauf, im Hinblick auf den geplanten Kraftwerksbau in Hamburg-Moorburg entgegen der vertraglichen Verpflichtung in Art. 10 ECT¹² durch die Bundesrepublik Deutschland nicht „fair und gerecht“ behandelt worden zu sein. Des Weiteren rügt Vattenfall einen Verstoß gegen Art. 13 Abs. 1 ECT,¹³ begründet durch die kombinierten Effekte eines verzögerten Verwaltungsverfahrens und der abschließend erteilten Auflagen.

6 Übereinkommen vom 18.3.1965 BGBl. 1996 II S. 369 ff.

7 *Reinisch* in Tietje Internationales Wirtschaftsrecht 1. Aufl., S. 809.

8 Energy Charter Treaty, Final Act of the European Charter Conference, Lissabon, 12.12.1994 in ILM 34 (1995), S. 381 ff. Vgl. dazu auch *Herdegen* (Fn. 5), S. 302.

9 Art. 44 ECT.

10 Heute ist der Vertrag durch 47 Staaten sowie die Europäische Union ratifiziert. Hinzu kommen Staaten, die den Vertrag bereits unterzeichnet, jedoch noch nicht ratifiziert haben sowie solche Staaten und Organisationen mit einem Beobachterstatus. Siehe Übersicht: <http://www.encharter.org> (zuletzt aufgerufen am 26.6.2011). Vgl. zum problematischen Verhältnis Russlands zur Energiecharta auch: *Pritzkow* Das völkerrechtliche Verhältnis zwischen der EU und Russland im Energiesektor 2011.

11 Vergleiche Teil III des Vertrages.

12 „Jede Vertragspartei fördert und schafft im Einklang mit diesem Vertrag stabile, gerechte, günstige und transparente Bedingungen für Investoren anderer Vertragsparteien, in ihrem Gebiet Investitionen vorzunehmen. Diese Bedingungen umfassen die Verpflichtung, den Investitionen von Investoren anderer Vertragsparteien stets eine faire und gerechte Behandlung zu gewähren (...).“ Deutsch ist Vertragssprache.

13 „Investitionen von Investoren einer Vertragspartei im Gebiet einer anderen Vertragspartei dürfen nicht verstaatlicht oder einer Maßnahme gleicher Wirkung wie Verstaatlichung oder Enteignung (im Folgenden als „Enteignung“ bezeichnet) unterworfen werden; (...).“

b) Die Rechtsnatur des Energiechartavertrages und des Verfahrens

Der Rechtsnatur nach handelt es sich beim Energiechartavertrag um den ersten multilateralen völkerrechtlichen Vertrag im Bereich des Investitionsrechts, der zwischen verschiedenen Staaten und der Europäischen Union als Staatenverbindung geschlossen wurde.

Vattenfall ist vorliegend ein Investor im Sinne des Art. 1 Nr. 7 ECT¹⁴ und gehört damit zum Kreis der potentiell Antragsberechtigten. Art. 1 Nr. 7 ECT benennt hinsichtlich der Investoren ausdrücklich nicht nur natürliche Personen, sondern bezieht auch Gesellschaften und Organisationen mit ein, die nach dem Recht einer Vertragspartei gegründet sind. Somit kann es sich bei den „Investoren“ auch um juristische Personen handeln.

Antragsgegner in diesem auf Grundlage des Energiechartavertrages stattfindenden Verfahren ist die Bundesrepublik Deutschland.

Es liegt also eine Klage eines transnationalen Unternehmens gegen einen Staat auf Grundlage eines völkerrechtlichen Vertrages vor einem internationalen Schiedsgericht vor.

2. Vermittelte Rechtsposition – das Verfahren Vattenfall gegen Deutschland im Lichte der Frage nach einer Privatisierung im Völkerrecht

Vattenfall rügt einen Verstoß der Bundesrepublik gegen die vertraglichen Verpflichtungen in Art. 10 Abs. 1 ECT sowie gegen Art. 13 Abs. 1 ECT.

Für die hier zu erörternde Frage nach einer Privatisierung im Völkerrecht ist es weniger von Bedeutung, ob tatsächlich ein Vertragsbruch vorliegt. Vielmehr ist entscheidend, welchen Charakter die herangezogenen Normen haben und welche Rechtstellung sie dem rügenden Investor vermitteln. Entsprechend der oben entwickelten Definition¹⁵ ist nach einer Übertragung völkerrechtlicher Rechte bzw. Pflichten zu fragen. Dies ist sowohl in materieller als auch in prozessualer Hinsicht zu untersuchen.

a) Übertragung einer materiellen Rechtsposition

Zunächst stellt sich die Frage, ob es sich bei den als verletzt gerügten Normen des Art. 10 Abs. 1 ECT sowie Art. 13 Abs. 1 ECT um materielle Regelungen handelt, die dem Investor Vattenfall eine bestimmte Rechtsstellung vermitteln. Vom Wortlaut der

14 „Im Sinne dieses Vertrags (...) bedeutet „Investor“ a) in bezug auf eine Vertragspartei i) eine natürliche Person, welche die Staatsangehörigkeit oder Staatsbürgerschaft nach den Rechtsvorschriften dieser Vertragspartei besitzt oder dort ihren ständigen Aufenthalt hat; ii) eine Gesellschaft oder eine andere Organisation, die in Übereinstimmung mit dem in dieser Vertragspartei geltenden Rechtsvorschriften gegründet ist; b) in bezug auf einen „dritten Staat“ eine natürliche Person, eine Gesellschaft oder eine andere Organisation, welche die unter Buchstabe a für eine Vertragspartei angegebenen Voraussetzungen sinngemäß erfüllt; (...).“.

15 Vgl. oben Abschnitt II.

Normen kommt vorliegend nur die Übertragung einer völkerrechtlichen Berechtigung und nicht eine Inpflichtnahme des Investors in Betracht.

aa) Kriterien der Norminterpretation

Dass einem Individuum grundsätzlich durch einen völkerrechtlichen Vertrag zu Gunsten Dritter Rechte übertragen werden können, stellte der *Ständige Internationale Gerichtshof* bereits 1928 in einem Rechtsgutachten zur Zuständigkeit der Danziger Gerichte fest.¹⁶ Es fehlen jedoch in der Völkerrechtslehre und Rechtsprechung klar definierte Kriterien, anhand derer die Vermittlung einer Drittberechtigung zu bestimmen ist.

Fraglich ist, ob in Konstellationen wie der vorliegenden eher die Kriterien des Privatrechts oder die des Öffentlichen Rechts als Orientierung herangezogen werden sollten.

Die subjektiven Rechte des Privatrechts begründen Rechtsbeziehungen, die auf der Ebene der Gleichordnung liegen und in denen alle Beteiligten den gleichen Rechtsstatus haben. Dieser wird durch eine übergreifende Rechtsordnung garantiert.¹⁷ Eine solche Gleichordnung ist im Völkerrecht zwischen Staaten und Privaten nicht gegeben. Selbst wenn man annimmt, dass der Einzelne und im weiteren auch juristische Personen in Gestalt multinationaler Unternehmen Völkerrechtssubjekte darstellen können, sind es doch solche, die nicht denselben Rechtsstatus wie Staaten haben. Ihre Rechte bestehen nicht aus sich selbst heraus, sondern müssen, mit der Ausnahme des das Individuum berechtigenden *ius cogens*, zunächst anerkannt bzw. gar erst geschaffen werden.¹⁸

Die vorliegende Konstellation entspricht mangels Gleichordnung folglich also eher der im Öffentlichen Recht. Die Staaten sind diejenigen, die sowohl rechtsgewährend als auch rechtsgebunden sind.¹⁹

Möglich scheint es somit, sich an dem Ansatz der deutschen Schutznormlehre oder auch den Voraussetzungen für eine Individualberechtigung im europäischen Gemeinschaftsrecht zu orientieren.²⁰ Es ist somit darauf abzustellen, ob eine Norm nicht nur dem Interesse der Allgemeinheit, sondern auch dem Interesse des Einzelnen dient. Nach der deutschen Schutznormtheorie ist zu dieser Zweckbestimmung auf die Intention des Normgebers abzustellen,²¹ während es im Bereich des Gemeinschaftsrechts teilweise als ausreichend erachtet wird, dass der Normzweck individualbezogen ist und so aus einer Individualnützigkeit eine Individualberechtigung

16 Vgl. *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Advisory Opinion, Reports PCIJ, Series B No.15, S. 17 f.

17 *Masing* in *Grundlagen des Verwaltungsrechts I* 2006, S. 442.

18 *Verdross/Simma* *Universelles Völkerrecht*, unveränderter Nachdruck der 3. Auflage 2010, § 428 f.; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* *Völkerrecht I/2* 2. Auflage (2002), § 108; *Herdegen* (Fn. 5), S. 65.

19 Vgl. für das deutsche öffentliche Recht *ebd.*, S. 443.

20 Vgl. *Dörr* (Fn. 1), S. 906.

21 *Masing* (Fn. 17), S. 446.

abgeleitet wird.²² Im Übrigen ist zu beachten, dass sich die Kriterien im vorliegenden Fall nicht auf die Berechtigung eines Individuums beziehen, sondern auf die Berechtigung einer juristischen Person. Dass diese nach dem Energiechartavertrag grundsätzlich von den Vertragsnormen umfasst sind und damit generell eine Berechtigung in Betracht kommt, wurde bereits ausgeführt.²³

bb) Inhalt der Berechtigung

Bei dem Energiechartavertrag handelt es sich um einen Vertrag im Sinne von Art. 1²⁴ des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, im folgenden WVÜ. Somit findet zur Bestimmung des Gehalts der in Frage stehenden Normen die Auslegungsregeln des Art. 31 WVÜ Anwendung. Auszugehen ist also vom Wortlaut, der Systematik und dem Zweck des Vertrages.

Der Wortlaut des Art. 10 Abs. 1 ECT spricht von einer „Verpflichtung der Vertragsparteien den Investitionen von Investoren anderer Vertragsparteien“ gegenüber. Eine unmittelbare Berechtigung des Investors scheint also denkbar. Allerdings könnte man auch eine nur mittelbare Berechtigung annehmen, die über eine unmittelbare Verpflichtung den anderen Vertragsparteien gegenüber vollzogen würde. Zu derselben, nicht zweifelsfreien Auslegung kommt man nach dem Wortlaut des Art. 13 Abs. 1 ECT. Auch hier ist wieder von „Investitionen von Investoren einer Vertragspartei“ die Rede. Die investierenden Unternehmen werden also nicht vollständig losgelöst von der staatlichen Vertragspartei, die ihr Heimatstaat ist, betrachtet.

Diese Verknüpfung zwischen Investor und Heimatstaat zieht sich durch den gesamten Teil III des Energievertrages, der sich mit dem Schutz ausländischer Investoren im Energiebereich befasst. Insgesamt lässt sich jedoch feststellen, dass nahezu alle Regelungen in diesem Teil auf den Schutz des Investors gerichtet sind. Dass damit auch eine unmittelbare Berechtigung des Investors intendiert ist, ergibt sich vor allem aus der Zusammenschau mit Art. 26 ECT, der auf die Normen des dritten Teiles verweist. Gemäß dieser Regelung steht ein Verfahren zur individuellen Rechtsdurchsetzung bereit. Für die Annahme einer Drittberechtigung ist ein solches Verfahren keine zwingende Voraussetzung,²⁵ es ist jedoch ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür, dass auch eine Übertragung materieller Rechte beabsichtigt ist. Es gilt der Grundsatz: *Ubi actio, ibi ius*.²⁶

Auch der Sinn und Zweck des Vertrages insgesamt spricht für eine solche Berechtigung. Ziel ist es, die grenzüberschreitende Investitionstätigkeit im Bereich des Ener-

22 *Dörr* Der europäisierte Rechtschutzauftrag deutscher Gerichte. Art. 19 Abs. 4 GG unter dem Einfluß des europäischen Unionsrechts 2003, S. 188; *Schoch* Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts NVwZ 1999, 457 (464).

23 Siehe oben Abschnitt IV. 1. b).

24 „Dieses Übereinkommen findet auf Verträge zwischen Staaten Anwendung.“

25 Anders *Epping* Völkerrecht 5. Auflage (2008), S. 96 f.; *Kelsen* Principles of International Law 2. Auflage (2003), S. 231 ff.; *Seidel* Die Völkerrechtsordnung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert AVR 38 (2000), S. 23 (33).

26 *Malanczuk* Akehurst's Modern Introduction to International Law 7. Auflage (1997), S. 101.

giesektors zu fördern. Unternehmen sollen nicht durch eine unklare Rechtslage und politische Schwankungen innerhalb eines potentiellen Gaststaates von einer Investition abgehalten werden. Diesem Ziel ist es dienlich, wenn die Gewissheit besteht, dass die Investition durch völkerrechtliche Regelungen abgesichert ist, die den Investor unabhängig von dem Tätigwerden seines Heimatstaates, welches von politischen Aspekten abhängen mag, berechtigen.

Insgesamt lässt sich also feststellen, dass die als verletzt gerügten Normen den jeweiligen Vertragsstaat, in dem der Investor eines anderen Vertragsstaats tätig werden will, zur Einhaltung bestimmter Verhaltensweisen unmittelbar dem Investor gegenüber verpflichten und diesem so eine materiell-rechtliche, subjektive Rechtsposition vermittelt wird.²⁷ Damit ist eine Privatisierung zu bejahen.

b) Übertragung einer prozessualen Rechtsposition

Im Rahmen des Energiechartavertrages wird die materiell-rechtliche Rechtsposition des Investors dadurch manifestiert, dass er seine Rechte gemäß Art. 26 ECT in einem gerichtlichen bzw. außergerichtlichen Verfahren eigenständig durchsetzen kann. Wie oben ausgeführt,²⁸ ist diese Rechtsschutzmöglichkeit ein systematisches Argument, welches für eine materielle Berechtigung der Investoren selbst spricht.

Diese prozessuale Berechtigung ist jedoch nicht lediglich ein Anhaltspunkt dafür, dass eine durch Völkerrecht übertragene materielle Berechtigung und damit eine Privatisierung im oben genannten Sinne vorliegt, sondern die prozessuale Rechtsposition, die der Energiechartavertrag hier dem Investor einräumt, könnte ebenfalls als ein Privatisierungselement anzuerkennen sein.

Der Energiechartavertrag sieht in Art. 26 ECT verschiedene Rechtsschutzmöglichkeiten vor, wobei jedem gewählten Verfahren gemäß Art. 26 Abs. 2 ECT eine dreimonatige Konsultationsphase vorangehen muss. Der Investor kann zum einen den innerstaatlichen Rechtsweg beschreiten²⁹ oder einen mit dem Gaststaat vereinbarten Streitbeilegungsmechanismus nutzen.³⁰ Außerdem besteht die Möglichkeit, ein ad-hoc-Verfahren nach den UNCITRAL Regeln oder nach den Schiedsregeln der Stockholmer Handelskammer anzustreben, falls nur eine der Vertragsparteien Mitglied des ICSID ist.³¹

Schließlich ist es gemäß Art. 26 Abs. 4 c ECT, wie im vorliegenden Fall geschehen, auch möglich, einen Antrag beim ICSID zu stellen und so eine Entscheidung der Streitigkeit nach dessen Verfahrensregelungen zu begehren.

Ein hervorzuhebender Aspekt bezüglich dieser Möglichkeit ist, dass ein Investor nach dem Energiechartavertrag direkt und lediglich unter Berücksichtigung der drei-

27 Vgl. *Higgins* General Course on Public International Law RCADI Vol. V (1991), S. 87; *Schwartzmann* Private im Wirtschaftsvölkerrecht 2005, S. 98; *Tietje* (Fn. 5), S. 57.

28 Siehe oben Abschnitt II. 2. a) bb).

29 Art. 26 Abs. 4 a.

30 Art. 26 Abs. 4 b.

31 Art. 26 Abs. 4 c.

monatigen Konsultationsphase zu einer Klage vor einem internationalen Schiedsgericht berechtigt ist. Dies ist ein erheblicher Unterschied zu einem Verfahren auf der Grundlage der Ausübung diplomatischen Schutzes, in dem die sogenannte **local remedies rule** gilt.³² Es unterscheidet das Verfahren nach dem ECT aber auch von einer Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK, die gemäß Art. 35 Abs. 1 EMRK ebenfalls erst nach Erschöpfung des nationalen Rechtsweges statthaft ist. Nach dem Energiechartavertrag besteht ein solcher Vorrang des nationalen Rechtsweges nicht. Dem Investor steht somit ein echtes Klagerecht zu, das weder von der Zustimmung des Heimatstaates, noch der des Gaststaates abhängig ist.³³

Somit wird insgesamt deutlich, dass auch hinsichtlich der prozessualen Rechtsposition nach dem Energiechartavertrag die Voraussetzungen einer Privatisierung erfüllt sind. Es findet die Übertragung einer, in diesem Falle prozessualen, Berechtigung durch einen völkerrechtlichen Akt statt.

3. Zwischenfazit

Anders als nach dem traditionellen völkerrechtlichen Verständnis³⁴ zeigt sich, dass der Private nach dem Energiechartavertrag nicht mediatisiert wird. Während, wie der *ICJ* in seiner Entscheidung „Barcelona Traction“³⁵ feststellte, die Ausübung diplomatischen Schutzes im Ermessen des Heimatstaates steht, verfügt der Investor nach dem Energiechartavertrag über eigenständige Rechtsschutzmöglichkeiten.³⁶ Den Investoren im Sinne des Art. 1 Nr. 7 ECT wird eine eigenständige, materielle völkerrechtliche Berechtigung übertragen. Komplementär werden die Investoren durch den zwischenstaatlichen, völkerrechtlichen Vertrag prozessual zur selbständigen Geltendmachung ihrer Rechte ermächtigt. Ihnen wird also in materieller wie in prozessualer Hinsicht eine gleichlaufende Rechtsposition eingeräumt. Die Position des Investors wird dadurch erheblich gestärkt, da er in Bezug auf Streitigkeiten, die die Investitionstätigkeiten selbst betreffen, zum einen unabhängig von der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit des Gaststaates ist, zum anderen aber auch losgelöst von den außenpolitischen Erwägungen seines Heimatstaates seine Rechte zur Durchsetzung bringen kann.³⁷

Doch nicht nur anhand der Stellung der Investoren als eine mit selbstständigen subjektiven Rechten ausgestattete Streitpartei lässt sich eine Privatisierung belegen. Weitet man die Perspektive, ist auch das Verfahren vor dem ICSID an sich als ein Privatisierungselement im Völkerrecht anzusehen. Die Entscheidung über die Auslegung der

32 Siehe dazu allgemein: *Amerasinghe* Local Remedies in International Law 1990.

33 *Tietje* (Fn. 5), S. 58.

34 Vergleiche dazu *Cassese* International Law 2. Auflage (2005), S. 71.

35 Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v Spain) 1970 *ICJ* Rep 3.

36 Zu den Defiziten des rein diplomatischen Schutzes vgl. *Schill* The Multilateralization of International Investment Law 2009, S. 247 f.

37 *Braun* Rechtsfragen Internationaler Investitionen: Tagungsband zum 13. Münsteraner Außenwirtschaftsrechtstag 2008 2009, S. 159.

Normen eines völkerrechtlichen Vertrages wird einem Streitentscheidungsorgan übertragen, welches durch nicht-staatliche Akteure, also Private besetzt ist.³⁸ Der Schiedsspruch dieses privat besetzten Organs ist gemäß Art. 28 ECT vollumfänglich bindend. Auch dieses Phänomen, das, in nationalstaatlichen Kategorien gedacht, eher eine organisationsrechtliche Frage betrifft, erfüllt die oben genannten Voraussetzungen einer Privatisierung.

V. Verfahren wegen vermeintlicher Verletzung der OECD-Leitsätze durch Vattenfall

Das zweite hier zu analysierende Verfahren wurde von Greenpeace gegen den Konzern Vattenfall angestrengt. Greenpeace wandte sich wegen vermeintlicher Verletzung der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen an die zuständige deutsche Nationale Kontaktstelle für die Förderung der Umsetzung der OECD-Leitsätze. Die Beschwerde vom 29.10.2009 sollte die Nationale Kontaktstelle (im Folgenden: NKS) dazu bewegen, ein Verfahren nach den Regeln der OECD-Leitsätze einzuleiten.³⁹

1. Rechtsgrundlage der Streitigkeit – Leitsätze und Umsetzungsverfahren

Die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen sind das derzeit am weitesten gehende internationale Instrument zur Förderung globaler Unternehmensverantwortung und stehen damit in enger Verbindung mit dem Prinzip der Corporate Social Responsibility.⁴⁰ Sie stammen in ihrer ursprünglichen Fassung aus dem Jahr 1976 und wurden im Jahr 2000 revidiert.⁴¹ Die revidierten Leitsätze stellen den ersten Teil der „Erklärung über internationale Investitionen und multinationale Unternehmen“ (im Folgenden: die Erklärung) der OECD vom 27.6.2000 dar.⁴² In ihnen legen die Unterzeichnerstaaten Handlungsempfehlungen für multinationale Unternehmen fest, die gewährleisten sollen, „dass die Aktivitäten multinationaler Unternehmen im Einklang mit den staatlichen Politiken stehen, die Vertrauensbasis zwischen den Unternehmen und dem Gastland gestärkt, das Klima für ausländische Investitionen verbessert und der Beitrag der multinationalen Unternehmen zur nachhaltigen Entwicklung gesteigert werden“.⁴³

38 Vgl. *ebd.*, S. 161.

39 Beschwerde abrufbar unter http://www.greenpeace.de/fileadmin/gpd/user_upload/themen/klima/OECD-Beschwerde.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.6.2011).

40 Auf die Staaten, die sich zu diesen Wertvorstellungen bekennen, gehen mehr als 85 % der weltweiten auswärtigen Direktinvestitionsströme zurück, und in ihnen haben die meisten multinationalen Unternehmen ihren Firmensitz, vgl. *Utz artec-paper* Nr. 134 (Juli) 2006, S. 31.

41 Zur Zeit wird an einer Neuauflage der Leitsätze gearbeitet.

42 Abrufbar unter http://www.oecd.org/document/3/0,3746,de_34968570_34968855_41979843_1_1_1_1,00.html (zuletzt aufgerufen am 26.6.2011).

43 Teil 1, Einführung, Ziffer 1 der Erklärung über internationale Investitionen und multinationale Unternehmen.

Den zweiten Teil der Erklärung stellen Regelungen zur Einrichtung und Arbeitsweise eines Umsetzungsverfahrens hinsichtlich der Leitsätze dar. Anders als die Leitsätze, ist das Umsetzungsverfahren als OECD Ratsbeschluss ergangen. Aufgrund dieses Beschlusses müssen die Mitgliedstaaten eine NKS – mit der Aufgabe der Streitschlichtung im Rahmen der Leitsätze – einrichten.⁴⁴ An diese können sich Beschwerdeführer wenden, wenn sie der Meinung sind, dass ein Unternehmen, welches in den Anwendungsbereich der Leitsätze fällt, diesen zuwider gehandelt hat. Erfolgt eine solche Beschwerde, wird das im Beschluss näher ausgestaltete Verfahren zur „Anwendung der Leitsätze in besonderen Fällen“ eingeleitet.⁴⁵ Dies ist auch im vorliegenden Fall geschehen, nachdem Greenpeace seine Beschwerde bei der deutschen NKS eingereicht hat.

Einen dritten Teil der Erklärung stellen die – nicht zum offiziellen Dokument gehörenden – vom Committee on International Investment and Multinational Enterprises (im Folgenden: CIME) der OECD verfassten verfahrenstechnischen Erläuterungen zu den Leitsätzen und dem Umsetzungsverfahren dar.

a) *Die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen*

Die Leitsätze beinhalten Verhaltensvorgaben für multinationale Unternehmen. Da der Vattenfall-Konzern sich selbst zur Einhaltung der OECD-Leitsätze verpflichtet hat, ist der Anwendungsbereich der Leitsätze hier problemlos⁴⁶ eröffnet.⁴⁷

aa) Überblick über die Leitsätze und den Beschwerdeinhalt

„[Die Leitsätze] enthalten Grundsätze und Maßstäbe für gute Praktiken im Einklang mit dem geltenden Recht“.⁴⁸ Diese sind den Bereichen Informationspolitik, Sozialpartnerschaften, Umwelt, Korruptionsbekämpfung, Verbraucherinteressen, Wissenschaft und Technologie, Wettbewerb, Besteuerung zugeordnet. Außerdem betonen sie die Wahrung der Menschenrechte und gewisser Arbeitnehmerrechte ebenso wie das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung und das Streben nach guter Corporate-Governance. Die Leitsätze stellen also gemeinsame Wertvorstellungen der Unterzeichnerstaaten⁴⁹ für ein verantwortungsvolles unternehmerisches Verhalten dar.

Greenpeace sieht durch Vattenfall die OECD-Leitsätze in verschiedenen Punkten verletzt. Vattenfall wird vorgeworfen, den „Allgemeinen Grundsätze[n]“ der Leit-

44 Vgl. ausführlich zum Umsetzungsverfahren unten Abschnitt III. 3.

45 Vgl. Teil 3, I. C der Erklärung.

46 Vgl. zu den bestehenden Problemen *Duttweiler* Die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen – Kurze Darstellung einiger Probleme in der Anwendung, Internationales Forum Multiwatch November 2005.

47 Vgl. den Bericht der Vattenfall-Gruppe zur gesellschaftlichen Verantwortung 2008, S. 78, abrufbar unter https://www.vattenfall.de/www/vf/vf_de/Gemeinsame_Inhalte/DOCUMENT/154192vatt/Engagement/1752971csr/P02.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.6.2011).

48 Teil 1 Kapitel I, Ziffer 1 der Erklärung.

49 Zu den Teilnehmerstaaten der Leitsätze gehören derzeit alle 30 Mitgliedsstaaten der OECD, zusätzlich haben neun weitere Länder das Instrument ratifiziert. Dazu gehören Argentinien, Brasilien, Chile, Estland, Letland, Litauen, Israel, Slowenien und Rumänien.

sätze⁵⁰ zuwider zu handeln. Insbesondere der Bau des Kohlekraftwerkes missachte das festgeschriebene Ziel nachhaltiger Entwicklung. Auch soll Vattenfall sich durch das Anstrengen des ICSID-Verfahrens (s. o.) um ungesetzliche Sonderbehandlung i. S. der OECD-Leitsätze bemüht und sich unangemessen in die Politik eingemischt haben – u. a. durch Einflussnahme auf Gesetzesentwürfe und einen Brief an Bundeskanzlerin Merkel.

Weiter rügt Greenpeace eine Verletzung der Umweltvorgaben der Leitsätze und macht geltend, dass Vattenfall u. a. den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit vernachlässige. Ebenso führe Vattenfall die Öffentlichkeit in die Irre, da nicht, wie angekündigt, neue Klima schonende Technologien zum Einsatz beim Kraftwerk Moorburg kommen sollen.⁵¹

Schließlich moniert Greenpeace wegen vermeintlicher Verbrauchertäuschungen einen Verstoß gegen Verbraucherschutzvorgaben.

bb) Die Rechtsnatur der Leitsätze

Eine grundsätzliche Schwierigkeit im Umgang mit den Leitsätzen ist ihre rechtliche Qualifikation. Die Leitsätze lassen sich im Gegensatz zum Energiechartavertrag (s. o.) nicht eindeutig als völkerrechtlicher Vertrag qualifizieren.

Die Leitsätze sind als konstituierender Teil der „Erklärung über internationale Investitionen und multinationale Unternehmen“ ergangen. Sie stellen also eine Erklärung der Regierungen der Teilnehmerstaaten dar. Sie sind **gerade nicht** in der Form eines Beschlusses des OECD-Rates ergangen, wie beispielsweise das in derselben Erklärung bekannt gemachte Umsetzungsverfahren.⁵²

Völkerrechtlich sind die Mitgliedsstaaten der OECD jedoch nur an Beschlüsse des OECD-Rates gebunden, die gem. Art. 5 lit. a der OECD-Konvention ergehen, nicht aber an Erklärungen.⁵³

Ausgangspunkt für die Frage, ob auch die Leitsätze völkerrechtlicher Natur sind, ist Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut. Voraussetzung für die Annahme eines völkerrechtlichen Vertrages nach dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WÜV) bzw. allgemeinem Völkerrecht ist, dass verbindlich Rechte und Pflichten begründet werden.⁵⁴ Sollte von den Leitsätzen aber schon keine Bindungswirkung ausgehen,

50 Teil 1 Kap. II der Erklärung.

51 Dass dies nicht der Fall sei, zeige sich daran, dass sich Vattenfall gegen eine nachträgliche Verpflichtung zum Einsatz dieser Technologie gerichtlich zur Wehr setzte, vgl. *Hamburger Abendblatt* 26. Januar 2009.

52 Grund für die Tatsache, dass die Leitsätze nicht in der Form eines solchen Beschlusses ergangen sind, sind wohl nicht zuletzt rechtliche Komplikationen: Der verbindliche OECD-Ratsbeschluss steht nur für die Verpflichtung von Staaten zur Verfügung, die Leitsätze richten sich aber vornehmlich an Unternehmen. Vgl. *Hailbronner* Völkerrechtliche und staatsrechtliche Aspekte von Verhaltenskodizes multinationaler Unternehmen in FS für H. J. Schlochauer, 1981, S. 329 (343); *Blanpain* The OECD Guidelines 1979, S. 54.

53 Zur Qualifikation der Beschlüsse internationaler Organisationen vgl. *Delbrück/Wolfrum* Völkerrecht I/1 1989, S. 70 ff.

54 *Hobe* Völkerrecht 9. Auflage (2008), S. 183.

können sie auch nicht als (völker-) rechtliche Normen aufgefasst werden, die Private berechtigen oder verpflichten. Eine Privatisierung im o.g. Sinne scheidet dann bereits aus.

(1) Völkervertragliche Bindung der Unterzeichnerstaaten durch die Leitsätze

Die Leitsätze sind in Form einer Erklärung ergangen.⁵⁵ Die Verbindlichkeit einer solchen Erklärung lässt sich nicht per se bestimmen. Sie bewegt sich zwischen den völkerrechtlich bindenden Beschlüssen gem. Art. 5 lit. a OECD-Konvention und den nicht-bindenden Empfehlungen gem. Art. 5 lit. b OECD-Konvention.⁵⁶ Eine genaue Qualifikation hängt von Formulierung und telos ab.⁵⁷

Die Leitsätze beruhen gem. Kap.1 Ziffer 1 S. 2 „auf dem Prinzip der Freiwilligkeit und [haben] keinen rechtlich zwingenden Charakter“. Dem Wortlaut nach sind die Leitsätze unverbindlich und wollen ein bestimmtes Verhalten lediglich „empfehlen“. Außerdem wurde bereits deutlich, dass die Leitsätze – im Gegensatz zum Umsetzungsmechanismus – gerade nicht in der Form eines völkerrechtlich bindenden OECD-Beschlusses ergangen sind. Es wird hinsichtlich des gewählten Mittels der Verabschiedung bewusst zwischen Umsetzungsverfahren und Leitsätzen unterschieden. Die Leitsätze stellen damit keinen förmlichen, völkerrechtlich bindenden Vertrag dar.

Die schon früh vertretene These, die Leitsätze könnten zwar nicht mittels eines völkerrechtlichen Verfahrens gegen die Unternehmen durchgesetzt werden, seien ihrem Inhalt nach aber dennoch zwischen den Staaten verbindlich vereinbart worden,⁵⁸ vermag in diesem Licht nicht zu überzeugen. Eine solche Bindungswirkung könnte allenfalls angenommen werden, wenn das sonstige Verhalten der Vertragsparteien auf einen Bindungswillen schließen lässt.

Mit Aktualisierung der Leitsätze im Jahr 2000 wurde das Dogma der Freiwilligkeit aber beibehalten, obwohl der Streit um die Verbindlichkeit der Leitsätze hinlänglich in der Vergangenheit geführt wurde. Für ein sonstiges Verhalten, das den Rückschluss auf einen Bindungswillen erlauben würde, gibt es keine Hinweise. Außerdem wird schon im Vorwort der Erklärung⁵⁹ bestätigt, dass die Leitsätze „effektiv keinen rechtsverbindlichen Charakter haben, [aber dennoch] eine Reihe von Vorteilen gegenüber multilateralen Übereinkommen [bieten]“. Damit wird explizit der Bogen zu einer Regelung mit rechtlich bindender Wirkung geschlagen und ausgeschlossen, dass es sich bei den Leitsätzen um eine solche handelt.

Die Leitsätze sind in umfassendem Sinne dem Prinzip der Freiwilligkeit untergeordnet und begründen keine völkervertragliche Bindung.⁶⁰

55 Siehe oben Abschnitt V. 1. a) bb).

56 Vgl. dazu *Hahn/Weber* Die OECD 1976, S. 95 ff.

57 *Blanpain* (Fn. 52), S. 54.

58 *Baade* in *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises I* 1980, S. 462 f.

59 Dieses ist nach Ziffer 1 der Einleitung der Erklärung fester „Bestandteil dieser Leitsätze“.

60 Im Ergebnis ebenso *Hailbronner* (Fn. 52), S. 344, der als weiteres Argument gegen eine Bindung der Staaten anführt, dass es zu Differenzen zwischen staatlichem Handeln einerseits

(2) Völkergewohnheitsrechtliche Bindung der Unterzeichnerstaaten durch die Leitsätze

Zu prüfen ist aber, ob die Leitsätze mittlerweile eine völkergewohnheitsrechtliche Bindungswirkung gem. Art. 38 Abs. 1 b IGH-Statut gegenüber den Unterzeichnerstaaten entwickeln.

Tatsächlich wird vertreten, dass die Voraussetzungen für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht⁶¹ im Fall der Leitsätze schon dann erfüllt seien, wenn eine Teilnahme von Gast- und Heimatstaaten multinationaler Unternehmen – in Form einer selbstverständlichen Staatenpraxis – an den zwischenstaatlichen „follow-up-procedures“⁶² nachgewiesen wird.⁶³

Dieser Ansatz vermag jedoch ebenfalls nicht zu überzeugen. Er vernachlässigt eine entscheidende Entstehungsvoraussetzung des Völkergewohnheitsrechtes: Die praktizierenden Staaten müssen ihr Handeln für rechtlich geboten halten. In der schon erwähnten Aktualisierung der Leitsätze von 2000 wurde an der Freiwilligkeit der Leitsätze aber nichts geändert. Daher kann auch ausgeschlossen werden, dass die Staaten ihr Verhalten im Rahmen der „follow-up-proceedings“ für rechtlich geboten halten. Demnach muss die Entstehung von Gewohnheitsrecht jedenfalls so lange abgelehnt werden, wie die Staaten an dem Prinzip der Freiwilligkeit explizit festhalten.⁶⁴ Die Leitsätze binden die Unterzeichnerstaaten nicht als Völkergewohnheitsrecht. Damit handelt es sich bei diesen auch nicht um rechtliche Verpflichtungen und mithin nicht um völkerrechtliche Normen.

(3) Bindung der Unternehmen durch die Leitsätze

Zu untersuchen bleibt noch, ob die Leitsätze als völkerrechtlicher Vertrag anzusehen sind, wenn sie zwar nicht die Unterzeichnerstaaten, jedoch die adressierten Unternehmen rechtlich binden. Die Frage, ob die Leitsätze überhaupt eine völkerrechtliche Regelung darstellen, wenn sie nur die Unternehmen binden, ist der Frage, ob sie überhaupt rechtlich bindend sind, nachgelagert und kann daher vorerst offen bleiben. Sie wäre wohl aber zu bejahen, da eine unmittelbare Bindung der Unternehmen durch die Leitsätze zur Folge hätte, dass die adressierten Unternehmen jedenfalls im Verhältnis zu den übrigen Unterzeichnerstaaten partielle Völkerrechtssubjektivität erlangen.⁶⁵ Eine vertragliche Vereinbarung, die Unternehmen zu (partiellen) Völkerrechtssubjekten erhebt, wäre aber wiederum selber auch völkerrechtlicher Natur.

und dem Handeln der – der staatlichen Gerichtsbarkeit unterworfenen – multinationalen Unternehmen andererseits käme.

61 Zu den Entstehungsvoraussetzungen für Völkergewohnheitsrecht allgemein vgl. *Delbrück/Wolfrum* (Fn. 49), S. 56 ff.

62 Darunter fällt insbesondere der vom CIME/IC organisierte Meinungsaustausch zwischen den Teilnehmerstaaten und den Nationalen Kontaktstellen.

63 So insbesondere *Baade* (Fn. 58), S. 3 ff., 37 ff.

64 So schon vor der Wiederauflage der Leitsätze *Hailbronner* (Fn. 52), S. 351 ff.

65 Vgl. *Delbrück/Wolfrum* Völkerrecht 1/2 2002, S. 255 Fn. 51.

Ob die Leitsätze die Unternehmen rechtlich binden, muss wiederum anhand von Wortlaut und telos entschieden werden. In Ziffer 2 der Erläuterungen der Leitsätze heißt es: „Die Leitsätze sind weder ein Ersatz für nationale Gesetze und Vorschriften, noch dürfen sie als diesen übergeordnet angesehen werden. Sie stellen ergänzende Grundsätze und Verhaltensmaßstäbe ohne rechtsverbindlichen Charakter dar“.

Zwar könnte die Beschreibung der Leitsätze als „[die nationalen Gesetze] ergänzende Grundsätze“ auf eine gewisse Verbindlichkeit hindeuten. Gegen eine solche rechtliche Verbindlichkeit spricht jedoch das bereits beschriebene Prinzip der Freiwilligkeit. Deutlich wird dieses im Verhältnis zu den Unternehmen in Ziffer 1 der Einführung zu den Leitsätzen, in der festgelegt wird, dass es sich bei den Leitsätzen um „Empfehlungen“ an die Unternehmen handelt. Weiter werden die Leitsätze als „Selbstverpflichtungskonzept“ bezeichnet.⁶⁶ Ihr programmatischer Charakter wird durch die stets verwendete Formulierung „die Unternehmen sollten“ deutlich.⁶⁷ Spätestens mit der Neuauflage der Leitsätze im Jahr 2000 hätte das Prinzip der Freiwilligkeit aber aufgehoben werden müssen, um eine rechtliche Bindung der Unternehmen zum Ausdruck zu bringen. Die Versuche, die Leitsätze für Unternehmen verpflichtend zu machen, scheiterten vielmehr aber zuletzt.⁶⁸ Eine völkerrechtliche Verpflichtung der adressierten Unternehmen durch die Leitsätze scheidet aus. Damit handelt es sich bei den Leitsätzen nicht nur um keine völkerrechtlichen Normen, sondern um überhaupt keine verbindlichen Rechtsnormen.⁶⁹

Den Leitsätzen muss damit aber nicht notwendigerweise jede normative Relevanz abgesprochen werden und die Qualifikation der Leitsätze als „[die nationalen Gesetze] ergänzenden Grundsätze“ muss nicht notwendig als inhaltsleer bezeichnet werden.⁷⁰

(4) Die Leitsätze als völkerrechtliches „soft law“

Eine völkerrechtliche Verbindlichkeit geht von den Leitsätzen nicht aus. Sie schaffen zwar keine rechtlich gesicherten Verhaltenserwartungen, aber sie schaffen dennoch gewisse Verhaltenserwartungen.⁷¹ Sie stellen die Einigkeit über gewisse internationale Standards dar und sollen deren Einhaltung fördern.

Die Leitsätze können daher der vagen Kategorie des völkerrechtlichen „soft law“ zugeordnet werden.⁷² Um Abgrenzungsprobleme zu anderen Instituten – wie z. B. der

66 Vgl. Ziffer 3 der Erläuterungen zu den Leitsätzen.

67 Ebenso *Hailbronner* (Fn. 52), S. 344.

68 Vgl. *Delbrück/Wolfrum* (Fn. 65), S. 255 Fn. 51. Eine Bindungswirkung gegenüber den Unternehmen ist überdies auch deswegen zweifelhaft, weil sie zur Anerkennung einer partiellen Völkerrechtsfähigkeit der Unternehmen führen würde, vgl. *ibd.*, S. 255. Dass die Anerkennung einer solchen Stellung von staatlicher Seite gewollt ist, scheint mehr als unwahrscheinlich.

69 Vgl. auch *Krajewski* *Wirtschaftsvölkerrecht* 2. Auflage (2009), S. 18 f., 184.

70 Vgl. dazu im Einzelnen unten Abschnitt III. 3.

71 Vgl. im Einzelnen zu den Verhaltenserwartungen durch „soft law“ *Botbe* „Soft Law“ in den Europäischen Gemeinschaften? in FS für H. J. Schlochauer, 1981, S. 761 (768).

72 Zur dogmatischen Begründung der Anerkennung völkerrechtlichen „soft-laws“ *Ebricke* *Soft law – Aspekte einer neuen Rechtsquelle* NJW 1989, 1906 (1907).

lex mercatoria – zu vermeiden, sollte „soft law“ zwar nur anerkannt werden, wenn es von Völkerrechtssubjekten selbst gesetzt wurde. Diese „soft law-setzenden“ Völkerrechtssubjekte sind dann auch die Adressaten desselben.⁷³ Bei den Leitsätzen handelt es sich aber gerade um solche nicht-verbindlichen selbstgegebenen Vorgaben der Unterzeichnerstaaten als Völkerrechtssubjekte.⁷⁴

Welche Bindungswirkung von den Leitsätzen als „soft law“ ausgeht, muss in jedem Einzelfall ermittelt werden und ist abhängig von der konkreten Ausgestaltung der formulierten Vereinbarung. Aus den Leitsätzen lässt sich jedenfalls eine moralische und politische Verpflichtung der Unterzeichnerstaaten herauslesen, die Leitsätze nicht zu konterkarieren.⁷⁵

Dem konkreten Bindungsgrad soll im Licht dieser Untersuchung nicht weiter nachgegangen werden. Vielmehr bleibt festzuhalten, dass die Leitsätze für sich betrachtet nicht rechtlich verpflichten, also durch die Leitsätze allein keine Übertragung von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten und damit keine Privatisierung im oben definierten Sinne vorliegen kann.

Zu fragen ist allerdings, in welche Richtung der Beschluss über die Einrichtung eines Umsetzungsverfahrens das bisherige Ergebnis beeinflusst.

b) Das Umsetzungsverfahren

Der völkerrechtlich verbindliche OECD-Ratsbeschluss hinsichtlich des Verfahrens zur Umsetzung der Leitsätze⁷⁶ beinhaltet drei Punkte: erstens die Einrichtung der NKS in den Unterzeichnerstaaten, welche „die Anwendung der Leitsätze fördern, Anfragen zu bearbeiten und bei der Lösung von Fragen helfen, die sich im Zusammenhang mit der praktischen Umsetzung der Leitsätze in besonderen Fällen ergeben.“ Zweitens wird festgelegt, dass dem CIME die Auslegung der Leitsätze obliegt und dieser gemäß den verfahrenstechnischen Anleitungen die Verantwortung für die wirksame Anwendung der Leitsätze trägt. Schließlich wird drittens erklärt, diesen Umsetzungsmechanismus regelmäßig überprüfen zu wollen.

aa) Verfahrensablauf: Zusammenspiel von NKS und CIME

Das Umsetzungsverfahren ist an zwei institutionalisierten Stellen ausgerichtet. Der jeweiligen NKS einerseits, zuständig für die Prüfung vermeintlicher Verletzung der Leitsätze, und dem CIME, der bei Fragen bezüglich der Auslegung der Leitsätze angerufen werden kann.

73 *Ebd.*

74 So auch *Emmerich-Fritsche* Zur Verbindlichkeit der Menschenrechte für transnationale Unternehmen AVR 2007, 541 (552).

75 Von einem „besonderen nachhaltigen Ausdruck gemeinsamen politischen Bemühens“ spricht *Hahn* LdR/VR 3. Auflage (2001), S. 302.

76 Teil 2 der Erklärung.

(1) Die NKS

Aufgabe der NKS ist es, Kenntnis, Verbreitung und Bewusstsein für die Leitsätze zu fördern und dem CIME jährlich Bericht zu erstatten.⁷⁷

Den Staaten ist bei der Einrichtung und Organisation ihrer Kontaktstelle relative institutionelle Flexibilität zugestanden,⁷⁸ die NKS „sollten aber so strukturiert sein, dass sie in der Lage sind, das breite Spektrum der unter die Leitsätze fallenden Fragen effizient zu behandeln.“⁷⁹

Kommt es zu einer Beschwerde wegen angeblicher Nichteinhaltung der Leitsätze, hat die NKS zunächst darüber zu befinden, ob eine eingehendere Überprüfung der Beschwerde gerechtfertigt ist.⁸⁰ Dafür hat sich die NKS insbesondere an folgenden Kriterien zu orientieren: besteht ein Interesse der Beschwerde führenden Partei, ist das Vorbringen materiell ausreichend begründet, dient eine Untersuchung des betreffenden Problems den Zielen der Leitsätze und trägt es zu ihrer Wirksamkeit bei.⁸¹ Hält die NKS eine Beschwerde in diesem Sinne für substantiiert, wird sie je nach Fallkonstellation Informationen einholen, Konsultationen durchführen oder andere „auf einvernehmliche Lösungen abzielende Verfahren, wie z. B. Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren, vorschlagen [...]“.⁸² Festzuhalten ist aber, dass eine Partei nicht verpflichtet werden kann, sich einem Verfahren vor der NKS zu stellen.⁸³ Ist eine einvernehmliche Lösung nicht möglich, hat die NKS eine Erklärung dazu abzugeben und kann erforderlichenfalls Empfehlungen zur Anwendung der Leitsätze formulieren.⁸⁴ Die Erklärungen und Empfehlungen der NKS im Streitfall haben – dem nur empfehlenden Charakter der Leitsätze entsprechend – aber keine gegenüber den Parteien durchsetzbaren rechtlichen Folgen. Das Umsetzungsverfahren atmet insgesamt also nicht den „Geist von Strafe oder Vergeltung“.⁸⁵

Im vorliegenden Fall hat die deutsche NKS Greenpeace e. V. als Partei mit substantiellem Interesse an einem Verfahren wegen Verletzung der Leitsätze anerkannt. Die Beschwerde wurde jedoch in materieller Hinsicht von der NKS als im wesentlichen nicht substantiiert genug zurückgewiesen.⁸⁶

77 *Ebd.*, Verfahrenstechnischen Anleitungen, I. B. und D.

78 *Ebd.*, I. A.

79 Teil 3 der Erklärung, Erläuterungen zu den Umsetzungsverfahren, I. 9.

80 Teil 2 der Erklärung, Verfahrenstechnischen Anleitungen, I. C. 1.

81 Teil 3 der Erklärung, Erläuterungen zu den Umsetzungsverfahren, I. 14.

82 *Ebd.*, I. 17.

83 *Ebd.*

84 *Ebd.*, I. 18.

85 *Gordon* The OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Contribution to the Conference on Governance and Sustainability: New Challenges for the State, Business and Civil Society 2002, S. 3 f., abrufbar unter http://www.ioew.de/fileadmin/user_upload/DOKUMENTE/Veranstaltungen/2002/Gordon.pdf (zuletzt aufgerufen am 26.6.2011).

86 Vgl. die Angaben des BMWi, abrufbar unter: <http://www.bmw.de/BMWi/Redaktion/PDF/A/abgelehnte-beschwerden-der-nationalen-kontaktstelle,property=pdf,bereic h=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (zuletzt aufgerufen am 26. 6. 2011).

Die Legitimation, ein Beschwerdeverfahren vor der NKS anzustrengen, ist – dem Wortlaut der Erläuterungen zu den Umsetzungsverfahren entsprechend – bereits dann gegeben, wenn ein berechtigtes Interesse an der fraglichen Angelegenheit glaubhaft gemacht wird. Die Verletzung einer subjektiven Rechtsposition ist also nicht Voraussetzung der Beschwerdebefugnis.

(2) Der CIME

Dem CIME gebührt federführend die inhaltliche Auslegung der Leitsätze, um eine kohärente Auslegung der Leitsätze zu garantieren.⁸⁷ Er kann grundsätzlich nur von den Regierungen der Teilnehmerstaaten, den jeweiligen NKS sowie weiteren beratenden OECD-Organen angerufen werden.⁸⁸ Der Ausschuss zieht im Falle einer Anrufung allerdings „keine Schlussfolgerungen über das Verhalten einzelner Unternehmen“.⁸⁹ Er fungiert demnach nicht als „letzte Instanz“ eines Rechtsstreits, sondern beschränkt sich auf Hinweise zur Auslegung der Leitsätze. Es handelt sich also gerade nicht um ein Expertenpanel, das verbindliche Entscheidungen trifft.⁹⁰ Seine Stellungnahmen haben keine rechtlich durchsetzbaren Folgen für die betroffenen Unternehmen.

bb) Das Umsetzungsverfahren und seine Auswirkungen auf die rechtliche Bewertung der Leitsätze

Im Mittelpunkt des Umsetzungsverfahrens steht also die einvernehmliche Konfliktbewältigung. Es handelt sich damit um ein Verfahren, das als „soft dispute resolution process“⁹¹ bezeichnet werden kann und sich insofern nicht nur mit der Rechtsnatur der Leitsätze deckt, sondern vielmehr durch die Rechtsnatur der Leitsätze bedingt wird. Die Bezeichnung dieses Verfahrens als „Umsetzungsverfahren der OECD-Leitsätze“ weckt also falsche Erwartungen.

Eine völlige Irrelevanz kann diesem Verfahren dennoch nicht attestiert werden. So besteht die Möglichkeit, eine Nichteinhaltung oder auch die Blockade eines Schlichtungsverfahrens vor der NKS im Fall des Scheiterns medial im Sinne einer „shame and blame“-Kampagne⁹² auszunutzen. Diese Möglichkeit bietet sich insbesondere für medial präsente NGOs an.

87 *Blanpain/Colucci* The Globalization of Labour Standards 2004, S. 73.

88 Allerdings hat der Ausschuss auch schon auf direkte Anfragen von NGOs geantwortet. Daraus wird mittlerweile ein „de facto Antragsrecht“ auch für NGOs gefolgert, *Utz* (Fn. 40), S. 53.

89 Teil 2 der Erklärung, OECD-Ratsbeschluss, II. 5.

90 *Blanpain* (Fn. 52), S. 141 hält 1985 das Feld der Leitsätze für zu politisch, um es einem verbindlich entscheidenden Experten Panel zu überlassen.

91 *Chinkin* Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System 2000, S. 40.

92 Vgl. *Ratner* Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility Yale Law Journal 2001, 533. Dabei müssen natürlich die Grenzen des Strafrechts gewahrt bleiben. Daneben können gerichtliche Verfahren immer noch bezüglich der Inhalte der Leitsätze angestrengt werden, die auch im nationalen Recht als geschützte Rechtsposition des Beschwerdeführers geltend gemacht werden können.

Mit dem Umsetzungsverfahren ist also auf völkerrechtlich verbindliche Art und Weise ein Instrument geschaffen worden, das durch private Interessenvertreter nutzbar gemacht werden kann.

Der enge inhaltliche und formale Zusammenhang zwischen Umsetzungsverfahren und Leitsätzen wirkt sich aber auch auf die rechtliche Qualifikation der Leitsätze aus. Die rechtsunverbindlichen Leitsätze sind mit dem verbindlichen Auftrag an die Mitgliedsstaaten, ein spezielles Verfahren zur Konfliktbeilegung einzurichten, in einem Dokument kombiniert. Rechtstechnisch werden damit unverbindliche mit verbindlichen Elementen verquickt. Das Ergebnis wird anschaulich als „Zebra-Code“ bezeichnet.⁹³

Für die Staaten ergibt sich aus der rechtlichen Verpflichtung, ein Umsetzungsverfahren einzurichten, dass die Leitsätze auf nationaler Ebene nicht vollständig ausgehöhlt werden dürfen. Ein Umsetzungsverfahren, das sich auf die Leitsätze bezieht, darf nicht obsolet gemacht werden.⁹⁴

Für die Unternehmen bestärkt das verbindliche Umsetzungsverfahren jedenfalls die moralische Bindung an die Leitsätze.⁹⁵ Den Leitsätzen wird durch die Koppelung mit dem völkerrechtlichen verbindlichen Umsetzungsverfahren eine besondere Autorität verliehen.⁹⁶

2. Vermittelte Rechtsposition – das Verfahren Greenpeace gegen Vattenfall im Lichte der Frage nach einer Privatisierung im Völkerrecht

In dem hier dargestellten Verfahren vor der NKS stehen sich, im Unterschied zum Verfahren nach dem Energiechartavertrag, zwei private Akteure gegenüber. Demnach ist nicht nur seitens des Beschwerdeführers, hier Greenpeace, sondern auch auf Seite des Beschwerdegegners, hier Vattenfall, nach Privatisierungselementen zu fragen.

a) *Privatisierungselemente durch die Stellung von Greenpeace*

aa) Übertragung einer materiellen Rechtsposition

Die Leitsätze enthalten keine materiell verbindlichen Vorgaben, sondern lediglich materielle Empfehlungen für die adressierten Unternehmen. Ebenso schaffen sie auch keine materiellen Rechtspositionen zugunsten etwaiger Beschwerdeführer wie hier Greenpeace. Eine Privatisierung liegt in diesem Zusammenhang also nicht vor.

93 *Riedel* Standards and Sources EJIL 2 (1991), S. 82 f.

94 Dies kann als völkerrechtliche Mindestverpflichtung der Unterzeichnerstaaten gewertet werden.

95 Allgemein zur moralischen Bindung vgl. *Kocher* Unternehmerische Selbstverpflichtungen im Wettbewerb, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht GRUR 2005, 646 (646 ff.).

96 So *Vogelaar* zitiert in *Blanpain* (Fn. 52), S. 55. Im Rahmen dieser Untersuchung soll außer Betracht bleiben, wie weit konkret ein normativer Verwirklichungsanspruch gegenüber den Adressaten besteht und ob diese die Leitsätze rechtmäßigerweise missachten dürfen oder nicht.

bb) Übertragung einer prozessualen Rechtsposition

Allerdings wird Greenpeace – wie auch jeder andere glaubhafte Vertreter von Interessen, die durch die Leitsätze berührt werden – nach den Regelungen des Umsetzungsverfahrens berechtigt, eine Beschwerde gegen multinationale Unternehmen wegen vermeintlicher Verletzung der Leitsätze einzulegen.⁹⁷ Damit ermächtigen die völkerrechtlich verpflichtenden Normsätze des Umsetzungsverfahrens private Akteure, ein völkerrechtlich legitimes Verfahren zu aktivieren. Diese unmittelbare prozessuale Berechtigung auf völkerrechtlicher Ebene erfüllt die oben genannten Voraussetzungen einer Privatisierung. Anders als bei unternehmensinternen Corporate Social Responsibility Standards, deren Einhaltung durch (transnationale) advokatorische Netzwerke⁹⁸ von NGOs und anderen Interessenvertretern überprüft werden, ist im Fall der OECD-Leitsätze ein Verfahren geschaffen worden, das den Aktionsradius dieser Netzwerke durch die Erteilung einer Beschwerdebefugnis in einem normativ geregelten Verfahren institutionalisiert.

Diese prozessuale Berechtigung ist freilich kein „scharfes Schwert“ in der Hand privater Interessenvertreter. Denn die Ausgestaltung des Umsetzungsverfahrens führt – wie bereits deutlich wurde – einerseits nicht zu rechtlich bindenden Konsequenzen, und andererseits verfügt die NKS über einen gewissen Handlungsspielraum im Umgang mit Beschwerden.

b) Privatisierungselemente durch die Stellung von Vattenfall

aa) Materielle Verpflichtung

Eine materielle Verpflichtung Vattenfalls käme nur aufgrund der Leitsätze in Betracht, scheidet aber ebenfalls aufgrund der rechtlichen Unverbindlichkeit derselben aus. Eine moralische Verpflichtung der Unternehmen ist zwar nicht zu leugnen,⁹⁹ jedoch lassen sich Privatisierungselemente im o. g. Sinne deshalb nicht bejahen. Die Leitsätze sind Normsätze, die Private zwar binden wollen, jedoch nicht verpflichten können.

Anders wäre die Frage nach einer Privatisierung zu beurteilen, wenn in Zukunft die Leitsätze zu verbindlichen Verhaltensregeln für multinationale Unternehmen erklärt würden.

bb) Prozessuale Verpflichtung

Unklar erscheint hingegen, ob sich für Vattenfall eine prozessuale Verpflichtung ergibt. Zuvorderst gilt es sich in Erinnerung zu rufen, dass die Leitsätze geschrieben wurden, um eingehalten zu werden, sie sollen und wollen als Verhaltenskodex auch befolgt werden. Dieses Ziel wird nicht mittels einer rechtlichen Verpflichtung durch die Leitsätze verfolgt. Die Untersuchung des Umsetzungsverfahrens macht aber

⁹⁷ Vgl. I. Ziffer 13 der Erläuterungen zu den Umsetzungsverfahren.

⁹⁸ Zum Begriff u. a. *Keck/Sikkink* *Activists beyond borders: advocacy networks in international politics* 1998, S. 8 ff.

⁹⁹ Siehe oben Abschnitt V. 1. b) bb).

deutlich, dass die Einhaltung der Leitsätze auf anderem Weg erreicht werden soll: durch den Druck der öffentlichen Meinung, die von „Interessenvertretern“ – wie sie im Umsetzungsverfahren selber genannt werden – mobilisiert wird.

Damit scheint untersuchenswert, ob sich die moralische Verpflichtung der Unternehmen in diesem Kontext möglicherweise derart verdichtet, dass von einer prozessualen de facto-Verpflichtung der Unternehmen gesprochen werden kann.

(1) De facto-Verpflichtung multinationaler Unternehmen

Insbesondere NGOs haben in den meisten Feldern von öffentlichem Interesse die „Überwachung“ (monitoring) von Unternehmen als Aufgabenfeld erkannt und zur Priorität erklärt.¹⁰⁰ Das Umsetzungsverfahren gibt ihnen die Möglichkeit, Zuwiderhandlungen von Unternehmen gegen die Leitsätze publik zu machen und so öffentlich Druck ausüben. Damit wird insbesondere medial präsenten NGOs möglich, in die Rolle des Initiators in einem „shame and blame Prozess“ zu schlüpfen.

Bemerkenswert ist nun, dass einem solchen „shame and blame Prozess“ eine gewisse völkerrechtliche Legitimation verliehen wird. Denn zum einen wird sich der Beschwerdeführer auf die Leitsätze und damit Verhaltensnormen mit übernationalem Ursprung berufen. Zum anderen handelt es sich bei den Verfahren vor einer NKS, unabhängig von dem Mangel konkreter Durchsetzungsmechanismen, um einen verrechtlichten Durchsetzungsmechanismus. Diese Verrechtlichung des Verfahrens ist völkerrechtlich im Beschluss zum Umsetzungsverfahren verankert und verleiht damit auch dem Verfahren an sich völkerrechtliche Legitimität und Autorität.¹⁰¹ Die Abwesenheit zwingender Durchsetzungsmechanismen macht deutlich, dass die Möglichkeit, öffentlichkeitswirksam ein völkerrechtlich verankertes Verfahren vor der NKS wegen Verletzung von völkerrechtlichem soft-law einzuleiten, der eigentliche und einzig vorgesehene Durchsetzungsmechanismus ist.

Eine de facto-Verpflichtung – und damit auch eine de facto-Privatisierung – scheint daher möglich. Zu klären bleibt aber, wozu der „Zebra-Code“ aus Leitsätzen und Umsetzungsverfahren verpflichten kann, in welcher Hinsicht also Unternehmen wie Vattenfall verpflichtet werden könnten.

(2) Inhalt einer de facto-Verpflichtung

Ein prozessuales Privatisierungselement läge schon dann vor, wenn Unternehmen wie Vattenfall verpflichtet wären, vor der NKS, bei der gegen sie Beschwerde erhoben wurde, zu erscheinen. Darin läge jedenfalls die Verpflichtung, sich auf ein Verfahren einzulassen. Dies ist aber nicht der Fall. Unternehmen steht es grundsätzlich frei, sich auf ein solches Verfahren einzulassen oder nicht.¹⁰² Eine prozessuale Verpflichtung liegt damit grundsätzlich nicht vor.

100 Vgl. *Broad/Cavanagh* The Corporate Accountability Movement: Lessons and Opportunities Fletcher F. Wld. Aff. 1999, 23.

101 Ähnlich *Kocher* Corporate Social Responsibility: Eine gelungene Inszenierung? KJ 2010 I, S. 34.

102 Siehe oben Abschnitt V. 1. b) aa) (1).

Zu klären bleibt dennoch die Frage, ob eine de facto-Verpflichtung zur Einhaltung der Leitsätze allein aufgrund der Existenz des Umsetzungsverfahrens bejaht werden muss. Die Einhaltung der Leitsätze soll – wie bereits deutlich wurde – entweder durch unternehmerische Selbstverpflichtung aus Überzeugung oder durch den Druck der Zivilgesellschaft garantiert werden.

Da die Hürden für NGOs, ein Verfahren vor der NKS anzustrengen, sehr gering sind,¹⁰³ kann von einer „völkerrechtlichen Bühne“ gesprochen werden, auf die Unternehmen wegen eines vermeintlichen Verstoßes gegen die Leitsätze gebeten werden können. Zwar können Letztere diese „Bitte“ ablehnen, jedoch würde gerade dies das Bild des Unternehmens in der Öffentlichkeit beeinträchtigen, da das Nichteinlassen auf ein Verfahren erst recht den Anschein wecken wird, man habe etwas zu verbergen. Jedenfalls diejenigen Unternehmen, die von der öffentlichen Meinung besonders abhängig sind, werden es wohl vorziehen, sich diesem völkerrechtlich legitimierten Verfahren zu stellen. Damit muss zwar eine rechtliche Verpflichtung verneint werden. Es scheint jedoch nicht zu gewagt, von einem faktischen prozessualen Druck – sich auf ein Verfahren vor der NKS zumindest einzulassen – zu sprechen, den jedes Unternehmen, das sich einer solchen Beschwerde ausgesetzt sieht, spüren wird.¹⁰⁴

VI. Zusammenfassung der Privatisierungsmomente der beiden Verfahren

Anhand der Ausführungen sind verschiedene Privatisierungselemente deutlich geworden, deren Reichweite und Ausgestaltung sich jedoch teilweise stark voneinander unterscheiden.

Die weitestgehende Privatisierung, in Form der Übertragung selbstständiger, subjektiver Rechte, die sich in einem gesonderten Verfahren auch prozessual durchsetzen lassen, ist auf Grundlage des Energiechartavertrages gegeben. Unternehmen wird unter diesem Vertragsregime sowohl eine materielle als auch eine prozessuale Rechtsposition zugesprochen. Die investierenden Unternehmen im Sinne des Art.1 Nr. 7 ECT stehen dem Staat, in dem die Investition erfolgen soll, auf völkerrechtlicher Ebene im Rahmen der Streitigkeit gleichberechtigt gegenüber. In dieser Konstellation sind alle Voraussetzung der oben dargelegten Definition einer „Privatisierung“ erfüllt.

Anders ist dies in Bezug auf das zweite dargestellte Verfahren. Die OECD-Leitlinien vermitteln keine materielle Rechtsposition. Privaten werden keine durchsetzbaren subjektiven Rechte zugesprochen. Ebenso enthalten sie auch keine direkte Verpflichtung.

103 *Kocher* (Fn. 101), S. 34.

104 Der Erfolg eines solchen Verfahrens zur Einhaltung der Leitsätze hängt weiterhin u. a. wesentlich von der „Sichtbarkeit“ von Verstößen gegen die Leitsätze und dem Einfluss und der Bedeutung des beschwerdeführenden Interessenvertreters für die öffentliche Meinung ab.

tung von Privaten. Allerdings stellen die Leitsätze zumindest eine „moralische“ Verpflichtung von Unterzeichnerstaaten und adressierten Unternehmen dar. Dieser „weichen Verpflichtung“ wird aber durch einen völkerrechtlich verbindlichen Beschluss ein verrechtlichtes Verfahren an die Hand gegeben. In diesem wird privaten Interessenvertretern eine Beschwerdebefugnis eingeräumt. Darin liegt eine prozessuale Berechtigung, die durch den völkerrechtlich verbindlichen Beschluss der OECD auf potentielle Beschwerdeführer übertragen wurde. Damit ist auch in diesem Verfahren ein Privatisierungselement zu erkennen.

Weiterhin stehen sich im Fall der OECD-Leitsätze, anders als im Rahmen des Energiechartavertrages, zwei private Akteure gegenüber. Der dargestellte verrechtlichte und mit völkerrechtlicher Legitimität und Autorität ausgestattete „soft dispute resolution process“ birgt, wie gesehen, die Möglichkeit, öffentlichen Druck auf Unternehmen auszuüben. Demnach kann durchaus eine prozessuale de facto-Verpflichtung zur Teilnahme an einem Verfahren vor einer NKS für Unternehmen entstehen. Damit kann im zweiten Verfahren ein Privatisierungselement aufgrund einer völkerrechtlichen de facto-Verpflichtung – jedenfalls potentiell – bejaht werden. Im Einzelfall ist eine tatsächliche Verpflichtung aber u. a. davon abhängig, wie „sichtbar“ Verstöße gegen die Leitsätze in der Öffentlichkeit sind und wie groß der Einfluss und die Bedeutung des beschwerdeführenden Interessenvertreters für die öffentliche Meinung sind.

VII. Private sind Akteure im Völkerrecht

Wie erörtert, findet eine Privatisierung im Völkerrecht statt, die in ihrer konkreten Ausgestaltung und Intensität variiert. Gemeinsam ist jedoch allen Erscheinungsformen, dass Private stärker in den Aktionsradius des Völkerrechts einbezogen werden und ihre vormals rein mittelbare Stellung partiell zu einer unmittelbaren Berechtigung und Verpflichtung ausgebaut wird. Ihnen wird eine völkerrechtliche Stellung eingeräumt, die es ihnen zumindest ermöglicht, die Einhaltung völkerrechtlicher Normen in institutionalisierter Form einzufordern bzw. sie gar eigenständig, unabhängig von der Unterstützung ihrer jeweiligen Heimatstaaten oder schiedsgerichtlich durchzusetzen.

Begünstigt wird diese Entwicklung, vor allem im Hinblick auf das Investitionsschutzrecht, durch die starke wirtschaftliche Stellung der international agierenden Investoren und Unternehmen. Diese erzielen teilweise einen Umsatz, der über dem Bruttoinlandsprodukt vieler Staaten liegt, und verfügen dementsprechend über eine starke Verhandlungsposition.¹⁰⁵

Diese Erklärung scheint jedoch nicht hinreichend für die oben erörterten Entwicklungen. Insbesondere die Einbindung von zivilgesellschaftlichen Gruppierungen und deren Ausstattung mit einer Beschwerdeberechtigung ist damit nicht zu begründen.

105 Vgl. *Weilert* Transnationale Unternehmen im rechtsfreien Raum? Geltung und Reichweite völkerrechtlicher Standards ZaöRV 2009, 883 (884).

Die Ausstattung mit subjektiven Rechten bzw. prozessualen Befugnissen dient in Konstellationen wie den vorliegenden nicht nur dem Interesse des Einzelnen, dem individuellen Unternehmen oder einer bestimmten zivilgesellschaftlichen Gruppierung. Vielmehr führt die Privatisierung und Individualisierung der Berechtigungen und Verpflichtungen auch dazu, dass völkerrechtlich vereinbarte Ziele dynamischer verfolgt werden können und unter Umständen besser oder effektiver zu erreichen sind. Die Zuerkennung von Rechten und Befugnissen vermittelt dem jeweiligen Rechtsträger eine prokuratorische Rechtstellung und wird so zur Implementierung völkerrechtlicher Ziele eingesetzt.

Versehen jedoch die Staaten das Individuum, transnationale Unternehmen oder auch zivilgesellschaftliche Vereinigungen auf völkerrechtlicher Ebene mit Rechten und Pflichten, kann dies nicht ohne Folge für das Gesamtgefüge der völkerrechtlichen Ordnung bleiben. Vielmehr wird es notwendig, die traditionellen völkerrechtlichen Konzepte an die Entwicklung anzupassen. Sie können nicht mehr ausschließlich auf die Koordination und Kooperation von Staaten ausgerichtet sein, sondern müssen es gleichzeitig leisten, unterschiedliche private Akteure einzubinden.