

Einführung

Gerd Winter

I. Einleitung

Multinationale Unternehmensgesamtheiten (MNU) bestehen nach hier verwendeter Definition aus einer Muttergesellschaft mit Sitz in einem Staat – meist einem Industriestaat – und einer Vielzahl abhängiger Gesellschaften in verschiedenen anderen Staaten.¹ Die Abhängigkeit beruht auf Mehrheitsbeteiligung oder Beherrschungsvertrag; sie kann einen Verbund schaffen, der dann insgesamt als Konzern bezeichnet wird.² Durch ihre verdichtete Organisation und dauerhafte Verankerung in Staaten unterscheiden sich MNU von Unternehmensnetzwerken, die hier als transnational bezeichnet werden sollen (TNU).³ Zwei Varianten von TNU lassen sich unterscheiden: Die eine besteht aus einem Netzwerk von Partnern aus verschiedenen Staaten, die durch Austauschverträge miteinander kooperieren; allerdings kann einem der beteiligten Unternehmen (zB dem Inhaber der Handelsmarke, für die das Netzwerk arbeitet) de facto oder vertraglich besonderer Einfluss zukommen. Man könnte diesen Typus als kontraktuelle TNU bezeichnen. Die andere Variante besteht aus einer Gesamtheit von einem Unternehmen mit mehreren Kapitaleignern aus anderen Staaten, die sämtlich nur Minderheitsbeteiligungen halten; da kein Kapitaleigner die Führung übernimmt, fällt diese dem lokalen Unternehmen zu, das aber dennoch vom Kollektiv der Kapitaleigner abhängig ist.⁴ Dieser Typus

1 Vgl. die Definition der OECD-Guidelines for Multinational Enterprises, Annex, Preamble, para. 8, ILM 1977, S. 969 ff.. Zu Definitionsvarianten s. P. T. Muchlinski, *Multinational enterprises and the law*, Oxford (Blackwell) 1999, S. 13 f. und G. Dahm, J. Delbrück, R. Wolfrum, *Völkerrecht* Bd. 1/2, Berlin (de Gruyter) 2002, S. 245 f.

2 So die Begrifflichkeit des deutschen Konzernrechts, vgl. §§ 15 bis 18 Aktiengesetz; dazu V. Emmerich, J. Sonnenschein, M. Habersack, *Konzernrecht*, München (Beck) 7. Aufl. 2001 S. 41 ff., 58 ff.

3 „Trans“-national steht dabei für „jenseits“ der Staatssphäre, gegenüber „multi“-national, das noch an die – wenngleich vielen – Staaten gebunden ist. In der Literatur wird häufig nicht zwischen multi- und transnationalen Unternehmen unterschieden, so zB bei Dahm/ Delbrück/Wolfrum, aa.O. Andererseits wird manchmal MNU und manchmal TNU als Oberbegriff verwendet, so für TNU die Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, von 2003, und für MNU OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises* 2001.

4 Koordinieren sich die Gesellschafter, ist das Unternehmen (das als Gemeinschaftsunternehmen bezeichnet wird) dann abhängiges Unternehmen und im deutschen Recht durch

könnte als Portfolio-TNU bezeichnet werden. Im Vergleich zu den MNU sind TNU dadurch charakterisiert, dass die Partner schneller gewechselt werden und die innere Ordnung und staatliche Bindung geringer sind. Insoweit sind *prima facie* die Rahmenbedingungen für Fremd- und Selbststeuerung bei MNU günstiger als bei TNU.

MNU und TNU prägen die heutige Wirtschafts-, Lebens- und „Um“-welt bis in den letzten Winkel der Erde. Sie schaffen Arbeitsplätze, produzieren Waren und Dienstleistungen, heben für viele den Wohlstand und verbreiten geistige Freiheiten. Sie tragen aber auch zur Verarmung der kulturellen und biologischen Vielfalt bei, erodieren gewachsenen Wohlstand, vergrößern Ungleichheiten und zerstören natürliche Ressourcen. Dass Unternehmen Wohlstand und Verderben bringen können, ist ein altes Problem, das den Territorialstaat und sein Recht lange Zeit beschäftigt. Die Besonderheit von MNU und TNU besteht darin, dass sie den staatlichen Rechtsordnungen nicht mehr gänzlich unterworfen sind, sondern dass sie – durch Investitionsverlagerung, Kapitalrückzug, Preisgestaltung etc. – sich ihrem Zugriff rechtlich oder faktisch entziehen und mit ihnen geradezu spielen zu können scheinen.

Dementsprechend haben sich die Rechtspraxis und Rechtswissenschaft seit einigen Jahrzehnten mit der Frage beschäftigt, wie MNU und TNU rechtlich zu „fassen“ sind. Dem Gegenstand angemessen geht es vor allem darum, das Potential der Unternehmen zur Selbstorganisation und Selbststeuerung zu entdecken und in ein Verhältnis zum verbleibenden Recht der Staaten und der Staatengemeinschaft zu setzen. Man kann diese Entdeckungsreise als erfolgreich ansehen: Transnationales Eigenrecht der MNU und teils auch der TNU ist als existent und bedeutsam nachgewiesen. Staatliches Recht wird (in Teilen) verdrängt, überfordert, missachtet, unterlaufen oder ersetzt.

Der Nachweis des Eigenrechts der transnationalen Wirtschaft ist allerdings soziologisch nicht besonders überraschend, weil Gesellschaft und Wirtschaft ohne eigene vorrechtliche Regelsysteme gar nicht denkbar sind; dies zumal dann, wenn die Aufgabe der Regeln darin bestehen, die privaten Interessen der Akteure zu koordinieren. Die eigentliche Herausforderung für die Selbststeuerung der Unternehmen tritt erst dann auf, wenn sie sich im Bereich der öffentlichen Interessen bewähren soll. Es ist eine Sache, im eigenen Unternehmen den Betrieb zu organisieren und unter Gleichen Kreditrisiko und Mängelhaftung zu vereinbaren, eine andere Sache ist es jedoch, unter Ungleichen zu erreichen,

die konzernrechtlichen Vorschriften geschützt. Vgl. Emmerich/Sonnenschein/Habersack a.a.O. S. 51 ff.

dass angemessene Löhne gezahlt, gesunde Arbeitsbedingungen geschaffen und natürliche Ressourcen geschont werden. Selbststeuerung in diesem Bereich, die nicht nur die Situation der Ungleichheit ausnutzt, sondern öffentliche Interessen internalisiert, wäre eine echte Entdeckung, die es noch zu machen gilt. Wäre sie nachweisbar, stellte sich das Problem des Verhältnisses zum formellen Recht der Staaten und Staatengemeinschaft in einer neuen Perspektive: Die Sorge, dass mit der Marginalisierung des formellen Rechts sich auch sein Potential zur Durchsetzung öffentlicher Interessen verabschieden könnte, wäre dann unberechtigt, denn man könnte ja auf die informelle Selbststeuerung vertrauen. Wäre diese Prämisse jedoch nicht gegeben, müsste über neue Anläufe zu einem kontraktualistischen Recht nachgedacht werden.

Das Projekt, dessen Ergebnisse hier vorgestellt werden, konzentriert sich auf MNU. Gefragt wird nach den staatsbasierten und selbsterzeugten Rechtsschichten, innerhalb derer die MNU handeln. Wie bereits aufgezeigt, wirft das Zusammenspiel dieser Rechtsschichten im Falle von MNU besondere Probleme auf, weil sie sich dem rechtlichen Zugriff der Staaten *de facto* oder *de iure* entziehen können und nach herrschender Auffassung dennoch nicht Adressaten völkerrechtlicher Rechtspflichten sind. Da sie rechtlich also weniger greifbar sind als in nur einem Staat beheimatete Unternehmen, tritt bei ihnen die Notwendigkeit von Selbststeuerung besonders deutlich hervor. Dies gilt namentlich für die Beachtung öffentlicher Interessen, die deshalb im Vordergrund unserer Untersuchungen stehen. Weiter einschränkend konzentrieren sich unsere Studien auf den Bereich des Umweltschutzes.

Die folgende Darstellung bringt die in dem Band abgedruckten einzelnen Studien in einen systematischen Zusammenhang. Dieser umfasst

- eine historische Betrachtung des Wandels des Problems und seiner wissenschaftlichen Wahrnehmung
- eine terminologische Vergewisserung
- eine Übersicht über die formellen Rechtsschichten, in denen sich die MNU bewegen
- eine Beschreibung des informellen Rechts der MNU
- eine Betrachtung der Brücken zwischen informellem und formellem Recht.

II. Wandel des Problems und seiner Wahrnehmung

In den siebziger bis frühen neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts stand eine ablehnende Sicht der MNU im Vordergrund der öffentlichen und wissenschaftlichen Debatte. Das wichtigste meinungsformende Ereignis war der Unfall in der Chemikalienfabrik von Bhopal, einer indischen Tochtergesellschaft des amerikanischen Konzerns Union Carbide, durch den etwa 3000 Menschen getötet oder schwer verletzt wurden. In dieser Tradition stand auch das viel beachtete Zweite Internationale Wassertribunal von 1992 in Rotterdam, eine Art moot court der Umweltverbände, vor dem mehrere gewässerbezogene Skandale verhandelt wurden wie zB der Kupfertagebau in Papua Neu Guinea durch eine lokale Gesellschaft mit Mehrheitsbeteiligung eines australischen und eines US-amerikanischen Konzerns, der ein ganzes Flussgebiet zerstörte.⁵ Ein späterer Fall, der diese Wahrnehmung erneut verstärkte, war die Boden- und Grundwasserverseuchung bei der Erdölgewinnung durch Shell in Nigeria. Die Kritik an solchen Ereignissen hatte aus der Perspektive des „Nordens“ eine Dimension der Solidarität mit der Dritten Welt. Gleichzeitig war diese Kritik aber auch durch die eher egoistische Befürchtung motiviert, dass die MNU ihre Investitionen aus den Industrieländern abziehen, um den dort geltenden strengen Umweltschutzstandards auszuweichen; hierdurch gerieten diese Standards unter Anpassungsdruck.

Die rechtswissenschaftliche Analyse stellte fest, dass die ausländische Direktinvestition in der Tat nicht dem umweltrechtlichen Zugriff des Ursprungsstaates unterliegt. Um zu vermeiden, dass niedrigere Standards der Gaststaaten ausgenutzt werden, wurde in einer gewissen Rechtsgläubigkeit auf eine Verbesserung des (Umwelt-)Rechts der Gaststaaten gedrungen. Gedacht war an Rechtstransfer via Völkerrecht und Rechtsberatung („institution building“). Ein Ausdruck dieser Absichten war Grundsatz 14 der Rio-Deklaration von 1992, der lautete:

„Die Staaten sollen tatkräftig zusammenwirken, um die Verlagerung und den Transfer von Tätigkeiten und Stoffen, die zu einer starken Umweltverschlechterung führen oder sich für die Gesundheit als schädlich erweisen, zu erschweren oder zu verhindern.“

5 H. Sakulas, L. Tjamei, Ecological damage caused by the discharges from the OK Tedi Copper and Gold Mine, in: Second International Water Tribunal, vol. 1, Utrecht 1994.
H. Ginzky, Saubere Produkte, schmutzige Produktion, Düsseldorf (Werner Verlag), 1997, S. 5 ff.

Dieser Grundsatz wurde institutionell durch Grundsatz 11 untermauert, der auf die Schaffung wirksamen Umweltrechts drängte. In der Agenda 21, ebenfalls von 1992, wurden in detaillierter Form für alle dort erörterten Umweltsektoren Forderungen zur Stärkung der institutionellen Kapazitäten der Staaten aufgestellt. Speziell für das Verhalten der MNUs stellt die OECD Leitlinien für MNU auf, wenn auch in der Form von völkerrechtlichem soft law.

Im Laufe der neunziger Jahre wandelte sich das bis dahin vorherrschende Bild. Verschiedene Praktiken der Selbststeuerung zeigten, dass auch bei den MNU ein Prozess des Umdenkens eingetreten ist. Es wird nun festgestellt, dass die MNU bei ihren Direktinvestitionen in den Entwicklungsländern nicht selten Träger des Fortschritts sind, d.h. dass sie bessere Arbeitsbedingungen als die einheimischen Unternehmen gewähren, bessere Produkte herstellen, modernere Technologie ins Land bringen und den Umweltschutz ernster nehmen. Unter Regulierungsgesichtspunkten ist bedeutsam, dass all dies häufig ohne Zwang durch das Recht des Gastlandes geschieht. Dementsprechend wird das Heil nun in der Selbstorganisation gesucht. Dies schlägt sich auch in der Theoriebildung nieder. Alternativen im Recht, Alternativen zum Recht, schließlich Autopoiese des Wirtschaftssystems⁶ heißen die Theoreme, die zwar meist innerstaatliche Phänomene vor Augen haben, aber auch auf MNU angewendet werden. Dem Programm der institutionellen Stärkung wird damit der Wind aus den Segeln genommen.

Eine empirisch gesättigtere Betrachtung wird beide beschriebenen Bilder als auch heute noch konkurrierende Sichtweisen nehmen, die den Blick für Unterschiede schärfen. Ob das eine oder andere zutrifft, ist vom Vorliegen bestimmter Bedingungen abhängig. Daraus ergeben sich Differenzierungen, die Verallgemeinerungen über „die“ MNU ausschließen.

Als Bedingungen, die solche Differenzierungen nach sich ziehen, sind die Folgenden in Betracht zu ziehen:

- Die Art der Produktion: die Urproduktion wie der Tagebau und die Holzgewinnung sind stärker auf Naturzerstörung angewiesen und dementsprechend schwerer auf Naturschonung umzustellen als industrielle Produktion, zumal solche im Bereich der sog. sauberen Technologien, wie beispielsweise die Computerherstellung.

6 C. Teubner, Recht als autopoietisches System, Frankfurt (Suhrkamp) 1989.

- Konkurrenzbedingungen: Unternehmen, die in harter Konkurrenz auf dem Weltmarkt stehen, werden niedrigere Standards praktizieren als solche, die Marktmacht besitzen oder sich mit den Konkurrenten abzustimmen vermögen.
- Umweltkultur der Herkunftsländer: Herkunftsländer mit hohen sozialen und ökologischen Erwartungen werden die Unternehmenspraxis der in ihnen beheimateten MNU anders beeinflussen als Herkunftsländer mit niedrigen Standards, sofern es nicht eine tief verwurzelte Doppelmoral zwischen Erwartungen für das Verhalten im Innern und außerhalb gibt.
- Umweltkultur der Gastländer: in Gastländern, in denen Staat und Gesellschaft Investitionen hohe Priorität einräumen, ist der Anreiz zu umweltgerechtem Verhalten geringer als in Gastländern mit besser entwickeltem Umweltbewusstsein.
- Umweltkultur der MNU: MNU mit Langfristorientierung und hohem Seriositätsanspruch werden die Umweltressourcen eher schonen als solche, die kurzfristige Chancen ausnutzen und auf schnellen Wechsel ihrer Investitionen orientiert sind.

Die Betrachtung dieser Bedingungen legt es nahe, nicht alle Karten auf spontane Selbststeuerung zu setzen, sondern auf der Bedeutung eines regulativen Rahmens zu insistieren. Dadurch entsteht die Frage, in welchem Verhältnis formelle und informelle Rechtsschichten zueinander stehen. Ältere Theoreme wie das der Interlegalität⁷, der Interferenz von Systemen⁸ und des intersystemischen Kollisionsrechts⁹ haben das Problem aufgeworfen. Was jenes „inter“ ausmacht, wird aber erst seit Kürzerem genauer betrachtet.¹⁰ Dabei besteht angesichts der Fülle begrifflicher Modellierungsangebote Bedarf, auf eine Ebene empirischer Genauigkeit, rechtsdogmatischer Differenzierung und terminologischer Stringenz herabzusteigen. Hierzu soll der vorliegende Band beitragen.

7 B. de Sousa Santos, Law: a map of misreading. Toward a post-modern conception of law, *Journal of Law and Society* 1987, 279 ff.

8 G. Teubner, a.a.O. S. 106 ff.

9 G. Teubner, a.a.O. S. 123 ff.

10 Neuere Versuche in B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense*, London (Butterworths), 2nd ed. 2002 und G. Teubner, *Privatregimes: Neo-spontaneous Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft?* in: D. Simoni, M. Weiss (Hrsg.) *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*, Baden-Baden (Nomos) 2000, S. 437 ff.

III. Zur Terminologie

„Steuerung“, engl. *governance*, kann durch generell geltende Rechtsnormen und durch einzelfallbezogene Entscheidungen erfolgen. Rechtsnormen sind dauerhafte und generalisierte Verhaltenserwartungen, die vom Rechtserzeuger als verbindlich gemeint sind und aus der Adressatenperspektive auch als verbindlich angesehen werden können. Als formelles Recht sollen solche Normen gelten, die durch Staatsorgane oder internationale Organisationen in verfassungsrechtlich oder völkerrechtlich vorgesehenen Verfahren gesetzt werden, als informelles Recht solche Normen, die durch staatliche oder gesellschaftliche Akteure außerhalb der genannten Verfahren erzeugt werden.

Recht kann Fremdsteuerung beabsichtigen, so wie Gesetze und Rechtsverordnungen, die Rechte und Pflichten für die Bürger schaffen. Es kann aber auch auf Selbststeuerung zielen, wie etwa eine Satzung einer Selbstverwaltungskörperschaft, deren Autoren und Adressaten die Mitglieder der Körperschaft sind, oder organisationsinterne Regeln einer Verwaltung oder eines Unternehmens, die von der Organisationsspitze erlassen werden und sich an das organisations-eigene Personal richten. Das informelle Recht, mit dem ein Unternehmen sich selbst steuert, kann als Eigenrecht des Unternehmens bezeichnet werden.

Dieses Eigenrecht kann ausschließlich intern kommuniziert werden, es kann aber auch – wie zB ein *code of conduct* – der Öffentlichkeit bekanntgegeben werden, etwa in der Absicht, Vertrauen in die Leistungen des Unternehmens zu schaffen. Man könnte dann von veröffentlichtem Eigenrecht sprechen.

Das Eigenrecht wird nicht immer nur vom Unternehmen selbst veranlasst, sondern dient häufig auch der Übersetzung von formellem Recht in interne Erwartungen. „Autonomes“ Eigenrecht ist also von „heteronomem“ Eigenrecht zu unterscheiden.

Inhaltlich gesehen können alle genannten Rechtsschichten auf Arrangements von Privatinteressen oder auf die Verwirklichung öffentlicher Interessen gerichtet sein. „Öffentliche Interessen“ sind solche Interessen, die dem individuellen *homo oeconomicus* kurzfristig nicht nützlich sind, trotzdem aber allen oder vielen dienen und nicht selten auch dem einzelnen *homo oeconomicus* langfristig nützlich sind. Es wird nicht unterstellt, dass öffentliche Interessen aus einem materiellen Wertekanon deduziert werden können, vielmehr wird angenommen, dass sie weitgehend „prozedural“ bestimmt sind, d.h. aus politischem Streit und rechtlich verfassten Verfahren hervorgehen. Allerdings können solche Prozeduren zu Ablagerungen von Prinzipien und Regeln führen, die die nachfolgende Entscheidungen „materiell“ determinieren.

Mit der Unterscheidung von privaten und öffentlichen Interessen wird aus der Sicht des übergreifenden formellen Rechts die Unterscheidung zwischen marktkonstituierendem und interventionistischem Recht markiert¹¹, aus der Sicht des Unternehmens diejenige zwischen kurz- und mittelfristig bzw. langfristig orientiertem Eigenrecht.

Die vorgestellte Terminologie ist in der nachstehenden Übersicht zusammengefasst. Hervorzuheben ist der Versuch, die Rechtsquellen und die Rechtsinhalte getrennt zu definieren und durch Quertabulierung die Aufmerksamkeit darauf zu lenken, dass private Formen öffentliche Interessen verfolgen können (und umgekehrt). Zugleich soll verdeutlicht werden, dass unternehmerisches Eigenrecht selbst- und fremdinduziert sein kann. Besondere Beachtung verdienen die Situationen, in denen formelles Recht fehlt oder unzureichend ist und das Eigenrecht der Unternehmen öffentliche Interessen von sich aus verfolgt (im Schema der Kasten rechts unten).

Übersicht über Rechtsbegriffe der Selbst- und Fremdsteuerung

Inhalt Quelle	zur Verfolgung von Privatinteressen	zur Verfolgung öffentlicher Interessen
Hoheitsträger	marktkonstituierendes formelles Recht	interventionistisches formelles Recht
MNU, durch Hoheitsträger angestoßen	kurzfristig orientiertes heteronomes Eigenrecht	langfristig orientiertes autonomes Eigenrecht
MNU, auf Grund eigener Initiative	kurzfristig orientiertes autonomes Eigenrecht	langfristig orientiertes autonomes Eigenrecht

IV. Schichten formellen Rechts

MNU handeln in Auseinandersetzung mit mehreren formellen Rechtsschichten. Da sich diese Rechtsschichten jeweils in einem bestimmten Entwicklungstrend

¹¹ Man mag an der Terminologie bezweifeln, ob die marktkonstituierenden Formen nicht ebenfalls Instrumente des öffentlichen Interesses sind. Bei einer streng inhaltlichen Definition des öffentlichen Interesses (Elemente Gemeinsamkeit, Langfristigkeit) dient die Marktkonstituierung jedoch unmittelbar und kurz- und mittelfristig den Einzelnen. Das einzelne Unternehmen wird kaum Waren produzieren, wenn keine Vertragssicherheit besteht, es kommt aber gut ohne Arbeits- und Umweltschutznormen aus.

befinden, ist hervorzuheben, inwieweit der jeweilige Trend für das Verhalten der MNU bedeutsam ist.

1. Völkerrecht

Das internationale Recht regelt herkömmlich die Verhältnisse zwischen den Staaten, befindet sich aber in dynamischer Bewegung hin zu Formen der Staatengemeinschaft, die auch für MNU bedeutsam sind.¹² Die Entwicklung wird in mehreren Dimensionen des Völkerrechts deutlich:

- Rechtsquellen: neben die staatsbasierten Quellen Völkervertragsrecht, Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Grundsätze der nationalen Rechtsordnungen treten Beschlüsse internationaler Organisationen; dadurch vervielfachen sich die Regelungen, die letztlich auch für MNU relevant werden.
- Partizipation: internationale Verhandlungen zur Erzeugung von völkerrechtlichen Verträgen und von Beschlüssen internationaler Organisationen werden neben Verbänden der allgemeinen Zivilgesellschaft („NGOs“), insbesondere solchen des Umweltschutzes („ENGOs“) von Unternehmensvertretungen („BINGOs“) beeinflusst.
- Gegenstandsbereiche des Rechts: das Völkerrecht regelt nicht nur grenzüberschreitende Konflikte und Transaktionen zwischen den Staaten, sondern auch Umstände im Innern der Staaten, wie insbesondere die Menschenrechtspraxis von Staatsorganen und den Umgang mit der Umwelt; dadurch sind MNU insofern betroffen, als für ihre Aktivitäten im Gaststaat anlagen- und produktbezogenes Umweltvölkerrecht relevant werden kann.
- Rechtsgeltung: die dualistischen und monistischen Systeme konvergieren insofern, als sie die unmittelbare Anwendbarkeit von genau und unbedingt formulierten völkervertraglichen Regelungen akzeptieren; die Anwendbarkeit von Beschlüssen internationaler Organisationen wird dadurch vereinfacht, dass staatliches Recht sie durch Pauschalverweise oder vereinfachte Umsetzungsformen rezipiert; umgekehrt wird Individuen der unmittelbare Zugang zu Streitschlichtungsinstanzen auf völkerrechtlicher Ebene eröffnet (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) bzw. sie werden diesen Instanzen unmittelbar unterworfen (Internationaler Strafgerichtshof).

¹² Zusammenfassend A. Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, München (Beck) 2001.

Insgesamt ist also eine Doppelbewegung festzustellen: die Staaten fügen sich in internationale Verbünde ein und werden dort von Souveränen zu Mitgliedern; zugleich greifen die Mechanismen der Rechtserzeugung und Rechtsgeltung durch den Souveränitätsspanzer hindurch und involvieren die Bürger und Unternehmen. Die internationale Staatengemeinschaft erhält also zwei Träger, die Staaten und die Völker, sie ist deshalb genauer genommen eine Staaten- und Völkergemeinschaft.

Für die MNU geht diese Entwicklung bisher nicht so weit, dass sie als Völkerrechtssubjekte angesehen werden.¹³ Sie sind nicht Partner völkerrechtlicher Verträge und ihre Übung (*consuetudo*) und Rechtsauffassung (*opinio iuris*) begründen kein Völkergewohnheitsrecht. Rechte und Pflichten, die völkerrechtliche Regeln an Einzelne richten mögen, treffen sie nicht als Völkerrechtssubjekte, sondern als Rechtssubjekte derjenigen Staaten, die an die Regeln gebunden sind. Je nach deren verfassungsrechtlichen Konstruktionen – in monistischen Systemen einfacher, in dualistischen schwieriger – kommt auch eine unmittelbare Anwendbarkeit solcher Regeln ohne konkretisierendes Gesetz in Betracht.¹⁴ zT sogar mit Vorrangwirkung einfachen Rechts.¹⁵ Dabei entstehen aber nur Rechtsbeziehungen mit dem eigenen Staat, nicht solche mit anderen Staaten oder internationalen Organisationen. In einigen Bereichen entwickeln sich allerdings auch Rechte und Pflichten direkt im Verhältnis zu internationalen Organisationen.¹⁶ Die Inhalte mancher an sich privatrechtlicher Verträge zwischen MNU und Staaten sind zudem so geartet, dass für die MNU staatsähnliche Rechte und Pflichten geschaffen oder ihnen staatliche Funktionen übertragen werden, so dass man von einer funktionalen Internationalität der Verträge sprechen kann und manche Autoren insoweit auch eine partielle Völkerrechtsfähigkeit der MNU annehmen.¹⁷

13 Zum Stand s. M. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, München (Beck) 4. Aufl. 2003, S. 249 ff.

14 ZB die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention.

15 Als aktuelles Beispiel vgl. die Debatte um die „konstitutionelle Wirkung“ der Grundfreiheiten des GATT im Rahmen des EG-Rechts. Dagegen EuGH v. 5.10.94, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-5043 (BananenmarkVO). Kritisch dazu E.-J. Petersmann, Constitutional functions and constitutional problems of international economic law, Fribourg 1991.

16 So wiederum in der EMRK. Die entsprechende „Konstitutionalisierung“ der WTO ist allerdings bisher nur Forderung, nicht Realität, vgl. M. Krajewski, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation, Berlin (Duncker & Humblot) 2001, S. 185 ff.

17 Vgl. L. Wildhaber, Multinationale Unternehmen und Völkerrecht, in: Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen. Berichte der Deutschen Gesellschaft

2. Innerstaatliches Recht

Das innerstaatliche Recht bildet nach wie vor den eigentlichen Rahmen für Produktionsstätten und Produktabsatz der Unternehmen. Für MNU relevant ist das Recht der Sitzstaaten wie auch der Staaten, in denen die Produkte hergestellt und in denen sie abgesetzt werden.

Bei der Standortwahl und der anschließenden Organisation ihrer Produktion und ihres Absatzes stellen sich den MNU – wie allen Unternehmen – Aufgaben, die auf drei Kernprobleme zurückgeführt werden können: wie ihre Wirtschaftsförderung (die kostengünstige Erstellung von Produktionsstätten, ihr effizienter Betrieb, die Qualität der Produkte, die Bedienung der Anleger- und Kreditinteressen, etc.) rentabel zu organisieren ist, wie zu tragbaren Abgabebelasten die erforderliche Infrastruktur (Verkehrsanschluss, Ausbildungsstand, staatliche Ordnungsleistungen, etc.) beschafft werden kann, und wie mit politischen Entscheidungen im öffentlichen Interesse (Arbeits-, Verbraucher-, Gesundheit- und Umweltschutz) umzugehen ist. Es geht also um die dauerhafte Sicherung des Eigeninteresses, die Inanspruchnahme staatlicher Vorleistungen dafür, und die Auseinandersetzung mit Erwartungen öffentlicher Interessen.

Das Recht leistet nach traditioneller Sicht einen essentiellen Beitrag für die Lösung dieser Probleme. Es stellt Verkehrsformen (Vertrag, Eigentum, Gesellschaft, Schadenshaftung, Sicherheiten, etc.) bereit, die das Eigeninteresse organisieren helfen, es fördert und sichert die Investitionen durch Organisation von Infrastruktur, aber auch durch Abgabepflichten, und es interveniert in den Markt, um bestimmte öffentliche Interessen zu verteidigen.

In allen diesen Funktionen ist jedoch eine Entwicklung beobachtbar, die die Bedeutung des staatlichen Rechts, insbesondere des interventionistischen Rechts, schrumpfen lässt. Als Stichworte seien nur genannt: Privatisierung von Wirtschaftstätigkeiten im „werbenden“ Bereich wie auch der Daseinsvorsorge, Privatisierung von Verwaltungsleistungen, Schaffung von Freiheitsgraden bei den privaten Akteuren durch Abbau von ordnungsrechtlichen Instrumenten („Deregulierung“), Aushandeln der Befolgung von Rechtsnormen statt Normvollzug („Flexibilisierung“) und Verlagerung von Regelungskompetenzen auf Selbstverwaltungseinrichtungen („Dezentralisierung“). Die Veränderung der staatlichen Souveränität nach Außen, die auf der Ebene des Völkerrechts zu beobachten ist, läuft also parallel mit einer Veränderung der Souveränität nach

für Völkerrecht Hefte 18, Karlsruhe (C. F. Müller) 1978, S. 37 ff. G. Dahm, J. Delbrück, R. Wolfrum, aa.O. S. 257 f.

Innen. Trotzdem bleibt ein – u.U. verschlankter – Bestand an formellem Recht erhalten. Dieser ist nach wie vor auch für MNU unverzichtbar, weil er ihr Umfeld sichert, aber auch, weil er zu ihrer Formung und Kontrolle beiträgt.

Relevant bleibt der Bereich der allgemeinen Verkehrsformen. Zwar gibt es – namentlich transnationale – Räume, in denen staatliches Recht und Streitschlichtung durch staatliche Gerichte nicht in Anspruch genommen werden. Sie betreffen vor allem Austauschbeziehungen innerhalb von MNU und zwischen grenzüberschreitend tätigen großen und mittleren Unternehmen. Quellen solchen selbstgenerierten informellen Rechts, der sog. *lex mercatoria*, sind internationale Anwaltsfirmen, Branchenverbände und Handelskammern.¹⁸

Man kann insoweit von einer außerstaatlichen Selbstgeneration von Recht sprechen. Aber die Räume dieses Rechts sind klein, sowohl hinsichtlich der Subjekte der Rechtsschöpfung wie hinsichtlich der Anwendungsbereiche des Rechts. An der Rechtsschöpfung sind intergouvernementale Organisationen wie die UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL) und das International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) maßgeblich beteiligt.¹⁹ Soweit es den Anwendungsbereich angeht, ist selbst im Kernbereich des informellen Rechts, den Austauschbeziehungen, staatliches Recht nicht verzichtbar, weil die Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen und die Vollstreckung selbst auf staatliche Apparate angewiesen.²⁰ Außerhalb der Austauschverhältnisse bleiben das Haftungsrecht, das Gesellschaftsrecht, Sicherungsrechte, das Sacheigentum und andere absolute Rechte von Bedeutung. Ein modernes Unternehmen, auch ein MNU, ist ohne Gesellschaftsrecht nicht existent. Es baut keine Fabrikanlage, wenn das Grundstück nicht registriert, kein verlässlicher Eigentumserwerb oder Pachtvertrag möglich, kein Sicherungsrecht begründbar und kein Schutz geistigen Eigentums gewährleistet ist.

Im Bereich der Infrastruktur wird das vom Staat organisierte und finanzierte Eigenangebot schrumpfen. Es ist aber zu erwarten, dass ein Kernbereich erhalten bleibt. Die klassischen Gesichtspunkte – „public goods“ wie Straßen im Gemeingebräuch, „merit goods“ wie Grundbildung und Kultur, Grundversorgung mit Gemeinschaftseinrichtungen, Friedenssicherung und Rechtsschutz

der Staatsangehörigen nach außen – werden wohl weiter Orientierungspunkte liefern. Soweit Daseinsvorsorge privatisiert wird, wird sie staatlicher Gewährleistung und Kontrolle unterstellt bleiben. Auf all dies werden auch MNU angewiesen bleiben, im Heimatstaat wie auch im Staat ihrer Tochterunternehmen. Allerdings kann es dazu kommen, dass sie sich in Investitionsverträgen die Erbringung gewisser Infrastrukturleistungen (zB Bau und Betrieb von Verkehrsanlagen, Schulen, Krankenhäusern) übertragen lassen. Doch kommt dies nur für Branchen in Betracht, die die fragile Infrastruktur anbieten, bzw. nur für einen kleinen Kranz von Leistungen, der für die spezifische Leistung des MNU essentiell ist (wie zB die kostenlose Schulung am PC).

Im Bereich der Gewährleistung öffentlicher Interessen wird Ordnungsrecht möglicherweise in eine Auffangposition rückverlagert, aber als statistische Reserve doch erhalten. Befugnisse, es einzusetzen, dienen als Drohpotential, das durch Selbstverpflichtungen „im Schatten des Rechts“ abgewendet werden kann. Formen der Selbststeuerung werden in einen Rahmen staatlichen Rechts gestellt, der sie einerseits strukturiert und fördert, andererseits aber auch Auffangpositionen bereithält, um im Versagensfall zu intervenieren, wie etwa im Recht der Aufsicht über Kammern und Berufsverbände. Ökonomische Anreizinstrumente bedürfen nach dem sog. Standard-Preis-Ansatz einer klaren regulativen Zielvorgabe, zB der Festlegung eines Zieles der Gesamtreduktion bestimmter Emissionen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, um effektiv zu sein. Zudem ist entgegen ursprünglichen Erwartungen bei solchen Instrumenten der administrative Kontrollaufwand erheblich. Soweit der Staat auf weichere persuasive Instrumente umsteigt, wie etwa Informationsstrategien, bedeutet dies im Übrigen nicht unbedingt, dass die Eingriffstiefe in die Unternehmensfreiheit geringer ist. ZB kann eine Warnung vor bestimmten Produkten die Absatzmöglichkeiten nicht minder abrupt einbrechen lassen als ein klares Verbot; u.U. ist das Verbot sogar erträglicher, weil es meist genauer umgrenzt sein wird.²¹ Auch das formale Recht der Sicherung öffentlicher Interessen bleibt also bedeutsam. Wo dies der Fall ist, erfasst, wie rechtssoziologische Untersuchungen zeigen, der Rahmen des formellen Rechts normalerweise auch die in ihm tätigen MNU. Ihr besonderes Machtpotential wirkt sich dort anscheinend nur wenig aus.²²

21 Zu Problematik s. M. Führ, *Eigen-Verantwortung im Rechtsstaat*, Berlin (Duncker & Humblot) 2003, S. 288 ff.

22 R. Kagan, *The consequences of adversarial legalism*, in: R. Kagan, L. Axelrod (ed.) *Regulatory encounters. Multinational corporations and American adversarial legalism*, Berkeley (University of California Press) 2000, S. 372 ff.

18 V. Gessner, *The institutional framework of cross-border interaction*, in: derselbe (Hrsg.), *Foreign courts. Civil litigation in foreign legal cultures*, Aldershot (Dartmouth) 1996, 15 ff.

19 A. Claire Cutler, *Private power and global authority. Transnational merchant law in the global political economy*, Cambridge (CUP) 2003, S. 191 ff.

20 H.-J. Mertens, *lex mercatoria: a self-applying system beyond national law?* in: G. Teubner (Hrsg.) *Global law without a state*, Aldershot (Dartmouth) 1997, S. 31 ff.

Insgesamt gesehen kann aus diesen Gründen von einer „Zivilverfassung ohne Staat“²³ oder einem „global law without a state“²⁴ nur gesprochen werden, wenn man die Betätigungsfelder und Funktionsweisen des Rechts genauer differenziert.

3. *Recht in Schwellen- und Entwicklungsländern*

Trotzdem gibt es nicht wenige Staaten, deren Rechtsordnung die genannten Funktionen nur in schwächerer Weise erbringen, sei es weil sie Investitionen den Vorrang vor Umweltschutz und anderen Interessen einräumen, sei es, weil ihre Rechtsordnung allgemein unstabil ist. Solche Verhältnisse sind häufiger in Schwellen- und Entwicklungsländern anzutreffen. Dieser Frage hat sich das hier vorgestellte Projekt gewidmet.

Zunächst war völkerrechtlich zu klären, in welchem Verhältnis das Recht des Heimatstaates der Konzernzentrale zu dem Recht der Tätigkeitsstaaten der MNU stehen. *Katja Böttger* fragt in ihrem Beitrag zum vorliegenden Band nach möglichen völkerrechtlichen Pflichten oder zumindest Rechten zur Ingerenz in die fremde Rechtsordnung.

Sie untersucht verschiedene Rechtsgründe, Staaten einer Umweltpflichtigkeit für Direktinvestitionen zu unterwerfen, die von ihrem Staatsgebiet ausgehen. Hierzu gehören das klassische völkerrechtliche Nachbarrecht und die Internationalisierung von Umweltgütern. Daneben stehen Ansätze, die an den Vorrang des Anlagen- und Warentransfers Informations- und Zustimmungspflichten knüpfen. Obwohl *Böttger* Entwicklungsmöglichkeiten sieht, stellt sie im Ergebnis aber doch fest, dass ein völkergewohnheitsrechtlicher Satz nicht nachweisbar ist, der an die Direktinvestition eine materielle Pflicht knüpft oder auch nur eine prozedurale Pflicht zum „prior informed consent“ des Tätigkeitsstaates annimmt.

Im Hinblick auf völkerrechtliche Befugnisse zu unilateralem Handeln des Heimatstaates des MNU geht *Böttger* von dem zentralen Begriff des hinreichenden Inlandsbezugs (*genuine link*) aus und erwägt verschiedene solche Anknüpf-

23 Teubner, G., Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 2003, 1 ff. Die Ausdrucksweise ist allerdings irreführend. Teubner selbst beklagt, dass „rechtspluralistische Ansätze allzuleicht (und allzu gern) missverstanden werden, als schlossen sie zugunsten autonomer Rechtsbildung externe politische Rechtsinterventionen aus.“

24 G. Teubner, „Global Bukowina“: Legal pluralism in the world society, in: ders., a.o.O. (Fn. 17) S. 3 ff.

fungspunkte. Dem Problem am nächsten kommt das Wirkungsprinzip, das jedoch insoweit nur Nischen erfasst, als es Rückwirkungen der Direktinvestition auf den Entsendestaat voraussetzt. Erheblich ist weiterhin das Universalitätsprinzip, doch greift auch dieses noch kaum, weil es Umweltpflichten erga omnes voraussetzt. *Böttger* erinnert abschließend daran, dass der Entsendestaat nicht gehindert ist, an seine Kreditfinanzierung oder technische Zusammenarbeit mit bestimmten Umweltauflagen zu verbinden oder im Rahmen der Entwicklungshilfe zur Institutionenbildung beizutragen.

Angesichts dieses wenig interventionsfreundlichen Befundes ist die Frage umso wichtiger, auf welche Art formellen Rechts die Tochterunternehmen von MNU treffen, wenn sie Sitze in Schwellen- und Entwicklungsländern haben. Hier kommen die unterschiedlichsten Rechtssysteme in Betracht, und es ist eine eigene Untersuchung wert, wie der Umgang mit den oft extrem unterschiedlichen Kulturen, in denen die Tochterunternehmen operieren, im Konzern organisiert wird. Man denke an den autoritären und weitgehend korrupten Staat postsowjetischer Prägung, einen demokratischen Staat mit entwickeltem Recht aber schwacher Verwaltung, einen Staat mit unentwickeltem Recht und schwacher Verwaltung, oder gar einen failed state ohne berechenbare Staatsgewalt. Wir beschränken uns hier, dem Projekt folgend, auf dem der Band beruht, auf zwei Typen, für die Brasilien und Kenia stehen sollen.

Brasilien ist durch seine extremen Unterschiede zwischen Gebieten hoch entwickelter Industrialisierung, solchen großer Armut und solchen traditioneller Subsistenzwirtschaft charakterisiert. Wir haben uns mit unseren Beobachtungen auf die entwickelten Gebiete konzentriert, weil MNU vorwiegend dort investieren. Unter dem hier interessierenden Aspekt ist festzustellen, dass Brasilien über ein ausdifferenziertes Umweltrecht verfügt, das sich mit dem der USA und der EU messen kann.²⁵ Wie *John Kleba* in seinem Beitrag zu diesem Band beschreibt, weist das Recht aber einige entscheidende Mängel auf, die gerade für industrielle Produktion entscheidend sind, und zwar Lücken in bestimmten Sparten des Umweltrechts wie insbesondere bei der Entsorgung gefährlicher Abfälle sowie allgemein das weitgehende Fehlen von konkreten Standards und Grenzwerten für Produktionsverfahren, Emissionen und Immissionen. Auf der abstrakten Ebene der Rechtsdogmatik werden zwar fortgeschrittene Prinzipien wie das Vorsorgegebot als auch in Brasilien geltendes Gebot angesehen, aber es läuft leer, wenn es nicht in technische Normen umgesetzt wird. Hierin zeigt sich eine Schwäche der föderalen und einzelstaatlichen Verwaltung, die eigent-

25 Vgl. die Darstellung in P. A. Leme Machado, *Dereito ambiental brasileiro*, Sao Paulo (Malheiros), 11. Aufl. 2003.

lich für die Setzung konkreter Normen zuständig wäre. Diese Schwäche zeigt sich auch in einer nachlässigen Überwachung der Industrieanlagen und der mangelnden Bereitschaft, auf Sanierung von Altanlagen hinzuwirken. Eine gewisse Kompensation bietet das Haftungsrecht: Wie José Morato Leite und Mitarbeiter in einer Teilstudie zu dem Projekt belegen²⁶, weist das brasilianische Haftungsrecht mit seinem Absehen vom Verschuldenserfordernis, der Einbeziehung ökologischer Schäden, der Anerkennung gesamtschuldnerischer Haftung der Schädiger und der Ermöglichung der treuhänderischen Klage des Ministério Público und von Verbänden höchst fortschrittliche Elemente auf und ist auch nicht selten angewendet worden, und zwar ohne feststellbare Unterschiede, die sowohl auf inländische Unternehmen wie auf MNU. Daneben spielt das Strafrecht eine stärkere Rolle, als dies in Staaten mit rechtstreuerer Verwaltung der Fall ist. Doch scheitert die Gefährdungshaftung, wie die Autoren zeigen, letztlich häufig an der Nachweisbarkeit der haftungsbegründenden oder zumindest haftungsausfüllenden Kausalität. Ähnliches gilt für das Strafrecht.

Der rechtliche Rahmen ist insgesamt deshalb so geartet, dass in Brasilien ein weiter Raum und hoher Bedarf für eine Selbststeuerung der MNU besteht.

In Kenia ist der rechtliche und institutionelle Rahmen noch erheblich schwächer ausgebildet als in Brasilien. Wie *Evanson Chege Kamau* in diesem Band beschreibt, hat Kenia als vom englischen Recht beeinflusstes Land zwei Quellen für Umweltrecht, nämlich *common law* und *statutory law*. Das *common law* regelt traditionell Rechte und Pflichten zwischen Nachbarn und stellt Rechtsmittel zur Verfügung, die auf umweltgerechtes Verhalten und auch auf Schadensersatz gerichtet sind, und die gerichtlich geltend zu machen sind. Das *statutory law* bedient sich dagegen der öffentlichen Verwaltung als Handlungsorgan und gibt ihr bestimmte Kontrollinstrumente an die Hand. In Kenia sind die *common law*-Instrumente im Umweltbereich bisher nur höchst selten zum Einsatz gekommen, und zwar teils wegen der engen Konzeption der Klagbefugnis (was sich durch das neuere Umweltmanagementgesetz von 1999 ändern soll), aber vermutlich besonders wegen des Kostenrisikos und allgemeiner sozialer Distanz der Nachbarschaften gefährlicher Anlagen zum Rechtssystem. Auch die aus dem englischen Recht übernommene Gefährdungshaftung ist bisher gerichtlich nicht angewendet worden. Es fehlt der Einsatz des Haftungsrechts durch eine unabhängige staatliche Instanz wie das Ministério Público in Brasilien, die mangelnde Klagebereitschaft weiter Bevölkerungsteile kompensieren könnte. Das Verwaltungsrecht ist, was seine allgemeinen Gebote und Eingriffsermäch-

26 Expertise unter Mitarbeit von Gerson Rizzati Jr., Helene Sivini Ferreira u. Patrick de Araújo Ayala, Universidade de Florianópolis, Nov. 2003.

tigungen angeht, zwar recht differenziert (obwohl manche Sektoren wie die Entsorgung gefährlicher Abfälle lückenhaft sind). Es fehlt aber ähnlich wie (und mehr noch als) in Brasilien an konkreten technischen Standards und Grenzwerten. Hinzu kommt eine sehr passive und messtechnisch ganz unterausgestattete Umweltverwaltung. Lediglich von einer Kommune (Thika) berichtet *Chege*, dass sie recht umweltbewusste Entscheidungen trifft, deren Vollzug aber nicht besonders effektiv ausfällt.

Auch in Kenia besteht folglich ein weiter Raum für und hoher Bedarf an Selbststeuerung der MNU.

V. Das Eigenrecht der MNU

1. Bestand

Man kann das informelle Recht der MNU auf zweierlei Weise untersuchen. Die eine Perspektive fragt weniger nach den einzelnen Formen der Selbststeuerung als vielmehr nach den Ergebnissen des Verhaltens und seinen Ursachen. Wenn das Umweltverhalten über die innerstaatlichen Standards hinausgeht, kann angenommen werden, dass die Unternehmen sich effektiv selbst steuern.

Die andere Herangehensweise untersucht die Formen des informellen Rechts, das die MNU für ihr eigenes Verhalten aufstellen, im Detail und analysiert es in einer Weise, die zugleich Rückschlüsse auf das reale Verhalten ermöglicht. Wenn das informelle Recht konkret genug ist und konzerninternen Kontrollsysteme für seinen Vollzug geschaffen sind, kann angenommen werden, dass die Unternehmen sich effektiv selbst steuern.

Die erste Perspektive wird in den Beiträgen von *Kleba* und *Chege* verfolgt. Sie liegt insofern näher, als beide Autoren die Situation im Tätigkeitsland von Tochterunternehmen, also nicht am Sitz des Konzerns, untersuchen. Idealerweise wären nach diesem Ansatz umfassende Erhebungen technischer Art zu machen, etwa über die technische Ausrüstung und den Betrieb von vergleichbaren Anlagen im Besitz eines einheimischen Unternehmens, eines Tochterunternehmens eines MNU und eines weiteren Tochterunternehmens des MNU in dessen Sitzstaat. Die Projektmittel reichten hierfür nicht aus, und es ist auch ungewiss, ob die Varianz der gegebenen Umstände und die Datenlage eine sol-

che Untersuchung überhaupt zuließe.²⁷ Die Autoren haben sich deshalb auf Interviews mit Vertretern der Unternehmen, der Behörden und der Umweltverbände oder Gewerkschaften gestützt. Daneben konnten auch schriftliche Darstellungen aus Unternehmen, Wissenschaft, NGOs und Presse ausgewertet werden.

Um den Vergleich zu erleichtern, haben wir uns auf eine Industriesparte - die Chemieindustrie - beschränkt und dabei insbesondere MNU deutscher Herkunft ausgewählt. In Kenia, wo das Fallmaterial klein war, wurde auch Industrie außerhalb der Chemiesparte einbezogen.

Für Brasilien hat John Kleba folgende Beobachtungen gemacht: Die mögliche Annahme, dass Selbststeuerung nicht viel mehr als Rhetorik ist, ein *greenwashing*, das von Problemen ablenken und behördliche Kontrollen unterlaufen soll, hat sich nicht bestätigt. Die Selbstverpflichtungen („Responsible Care“), codes of conduct und Managementsysteme bewirken insgesamt ein Umweltverhalten, das Lücken im nationalen Recht ausgleicht, ohne dass dabei aber das Niveau des Rechts der Herkunftsstaaten erreicht würde. Regelungsfälle werden also nicht ausgenutzt, andererseits aber auch nicht voll ausgeglichen. Zudem schließt das Vorhandensein von Selbststeuerungsformen nicht aus, dass in Einzelfällen trotzdem skandalöse Verhältnisse auftreten. Erklären lässt sich die insgesamt relativ positive Bilanz nach Kleba damit, dass Umweltschutzinvestitionen meist zugleich zu höherer Rentabilität der Anlage geführt haben. Soweit die Anlage in Ballungsräumen mit großen Umweltproblemen und entsprechend aktiver Umweltverwaltung liegt, ist auch der behördliche Einfluss maßgeblich. Eher ländliche Lagen treffen auf eher schwache Behörden, die bereit sind, stärkere Belastungen hinzunehmen. Allgemein führt eine sichtbare Selbststeuerung zu stärkerem Vertrauen der Behörden und entsprechender Rücknahme der Kontrollintensität. Der Einfluss der Öffentlichkeit ist wiederum in Ballungsräumen größer und für die MNU ein wichtiger Orientierungspunkt. Hier wecken Selbstverpflichtungen geradezu die Aufmerksamkeit der Bewohner. In ländlichen Regionen verletzen MNU dagegen weitgehend ihre Selbstverpflichtungen, der Öffentlichkeit gegenüber Transparenz und Partizipation zu ermöglichen. Sie ziehen sich dabei vorschnell auf das niedrigere Bildungsniveau der Bewohner zurück. Kleba zieht das Fazit, dass ohne einen verlässlichen Rahmen formellen Rechts Selbststeuerung nicht zum Erfolg führe.

27 Vgl. die entsprechenden Schwierigkeiten der großen Untersuchung von P. Knoepfel und H. Weidner, Luftreinhaltepolitik (stationäre Quellen) im internationalen Vergleich, 6 Bände, Berlin (edition sigma) 1986.

In Kenia hat *Evanson Chege Kamau* drei Unternehmen untersucht, die für je einen Falltypus stehen. Ein Unternehmen, ein Tochterunternehmen eines deutschen MNU, ist in der Tat, wenn auch nicht vollkommen, durch Standards des Konzerns bestimmt und praktiziert sie auch. Man kann hier also von einer weitgehenden Selbststeuerung im Konzern sprechen. Demgegenüber fehlen bei einem vergleichbaren einheimischen Unternehmen Selbststeuerungsmechanismen fast gänzlich. Hierauf weist schon äußerlich der schlechte Zustand der Produktionsanlagen hin. Das dritte Unternehmen, ebenfalls ein einheimisches, hat dagegen einen intensiven Lernprozess durchgemacht. Dieser war in besonderer Weise durch die Erkenntnis und Erfahrung beeinflusst, dass Umweltschutzinvestitionen zugleich zur Rentabilität von Anlagen beitragen. Selbststeuerung ist demnach auch aus eigenen Lernprozessen heraus und ohne dahinterstehenden Konzern möglich. Dabei ist anders als in Brasilien der Faktor Öffentlichkeit wenig einflussreich, weil das öffentliche Umweltbewusstsein in Kenia lange durch die Anschauung „Entwicklung erst, dann Umweltschutz“ geprägt war. *Chege* zeigt aber zugleich, dass sich dies allmählich geändert habe und es Nachbarschaften wie auch einem landesweitem Umweltverband gelinge, die nachlässigen Unternehmen zu Verbesserungen anzutreiben. Dies zeige, dass eine aufmerksame öffentliche Kontrolle Lücken füllen kann, die eine passive staatliche Verwaltung und eine innere Bereitschaft der Unternehmen zur Selbststeuerung offen lässt.

In einer umfassenden dritten Studie neben Brasilien und Kenia werden MNU aus der Sicht der Konzernzentrale in Deutschland untersucht. *Martin Herberg* wendet dabei die zweite der oben skizzierten Herangehensweisen an. Er stützt sich auf Interviews mit Vertretern von Unternehmen und von Umweltverbänden sowie auf schriftliche Ausarbeitungen von Unternehmen. Bei Auswertung der schriftlichen Texte und der Interviews wendet er qualitative Methoden an, die erlauben, Äußerungen von Personen nicht lediglich als subjektive Ansichten zu nehmen, sondern als Aussagen über eine Realität, die selbst teils nur als interpretierte existiert, teils aber aus der Interpretation als objektive Gegebenheit rekonstruiert werden kann. Auf diese Weise kann für die Ergebnisse in Anspruch genommen werden, dass sie nicht Erzählungen aufsitzen, sondern die objektive und die interpretierte - Wirklichkeit beschreiben.

Herberg beschreibt verschiedene Regelungsformen der MNU, die er, analog zu den staatsbasierten Regimen, zugleich aber die Unterschiede markierend, als private Regulative bezeichnet. Die innersten Regeln bestehen aus konkreten technischen Standards, die die Konzernzentrale in einem iterativen Prozess der Erfahrungssammlung und -korrektur für ihre Tochterunternehmen festlegt. Die Standards orientieren sich an denen des Sitzstaates der Zentrale und den

dort ansässigen Tochterunternehmen, nehmen aber auch die technischen, ökonomischen und rechtlichen Bedingungen vor Ort auf. Um die Standards legt sich das konzerninterne Auditsystem. Es besteht – was aus der Sicht der Tätigkeitsländer sowohl von *Kleba* wie von *Chege* bestätigt wird – u.a. aus schriftlichen Berichtspflichten der Tochterunternehmen an die Mutter sowie Besuchen von konzerneigenen Auditoren vor Ort. Die Kontrolle wird aus beiden Perspektiven – von vor Ort und von der Zentrale – als eher partnerschaftlich bezeichnet, wobei aber der Zentrale im Zweifel das letzte Wort zukommt. Die dritte Art von Regelungsformen besteht aus Eigenrecht, das nach außen kommuniziert wird und geeignet ist, gegenüber den Kunden und/oder der Öffentlichkeit Vertrauen zu schaffen. Hierzu gehören insbesondere Unternehmensleitlinien der MNU, die aus einer Reihe von Grundsätzen unternehmerischen Verhaltens u.a. im Hinblick auf den Gesundheits- und Umweltschutz bei den Herstellungsprozessen bestehen.

Im Hinblick auf das formelle Recht des Tätigkeitsstaates ergibt sich, dass dessen Geltung abstrakt anerkannt wird, dass seine Einhaltung aber im Audit nicht überprüft, sondern den Tochterunternehmen überlassen wird. Gründe dafür sind, dass die Auditoren die Landessprache nicht sprechen, aber auch, dass es typischerweise an einheimischen konkreten Standards fehlt, mit denen sie als Ingenieure allein umgehen könnten.

Insgesamt kann aus den Ergebnissen von *Herberg* selbstverständlich nicht geschlossen werden, dass alle MNU sich unabhängig vom formellen Rechtsrahmen adäquat selbst steuern. Wohl aber kann gesagt werden, dass die Existenz der genannten Regulative eine in den genannten Grenzen wirksame Selbststeuerung darstellt. Auch ist die Aussage möglich, dass Selbststeuerung von solchen MNU, die in der EU beheimatet sind, effektiver praktiziert wird als von einheimischen Unternehmen. Dieser Befund kann aus externen oder internen Ursachen heraus erklärt werden. Während *Kleba* und *Chege* vor allem auf den externen Druck der NGOs, bestimmter Verwaltungsbehörden und wahrgenommener Imageverluste verweisen, hebt *Herberg* die Professionalität der Ingenieure und die organisatorischen Lernprozesse im „Erfahrungsraum“ der MNU hervor.²⁸ Er schließt daran die Überlegung an, ob man nicht systematisch zwischen einheimischen Verkehrskreisen und solchen der MNU unterscheiden

28 Virginia Haufier operiert mit weiteren Variablen, die allerdings nicht besonders präzise sind, nämlich political and economic challenges, reputation as a global corporate asset, und information/knowledge/learning, s. V. Haufier, A public role for the private sector. Industry self-regulation in a global economy, Washington, D.C. (Carnegie Endowment for International Peace) 2001, S. 20 ff.

müsse. Dies könnte für rechtliche Anschlüsse bedeutsam sein, die im nächsten Abschnitt zu thematisieren sind.

2. Entwicklungspotential

Das hier vorgestellte Projekt hat bestimmte Formen der Selbststeuerung vorge stellt. Das Bild ist damit selbstverständlich nicht komplett. Weitere Varianten existieren und noch weitere könnten entwickelt werden. Reserven dafür stecken darin, dass Umweltschutz oder die Berücksichtigung anderer öffentlicher Interessen als professioneller Managementstandard auch in diejenigen Branchen vordringen könnte, die stärker auf Inanspruchnahme der Umwelt angewiesen sind, zumindest insoweit, als Umweltschutzinvestitionen zugleich rentabel sind. Dies zeigt sich im Beispiel, wenn man in der kenianischen Fallstudie die rückständige Praxis des einen Unternehmens und die fortschrittliche des anderen vergleicht. Es ist weitergehend aber auch zu erwarten, dass sich umweltbewusste technische Professionalität als eigener Faktor im Unternehmen durchsetzt und Umweltinvestitionen sich nicht selbst tragen müssen. Die These, nur was sich rechnet, könne ein Unternehmen sich leisten, dürfte zwar richtig sein, verkennt aber die Spielräume, die in den Möglichkeiten der Quersubventionierung und der Langfristbetrachtung bestehen, zumal wenn man das grenzüberschreitende Umschichtungspotential der MNU einbezieht.

Solche Lernprozesse innerhalb der einzelnen MNU könnten durch unternehmens- und branchenübergreifenden Normung gestützt werden. Die entsprechenden Beiträge der International Standardisation Organisation sind zwar bisher eher enttäuschend – das umweltbezogene Schutzniveau der technischen Normung ist gering, Vertreter öffentlicher Interessen sind nicht ausreichend beteiligt, die Umweltmanagementregeln der ISO 14000 ff. sind zu anspruchlos²⁹ – aber Normung besitzt, weil sie gleiche Wettbewerbsbedingungen schafft, das Potential zu höheren Schutzstandards.

Selbststeuerung wird nicht nur interne Faktoren des Wirtschaftssystems wie Professionalität, Rentabilität und Setzung eines Wettbewerbsrahmens beeinflusst, sondern auch durch externe Faktoren angestoßen. Zu diesen gehört der Bildungs- und Bewusstseinsstand sowie der Organisationsgrad der von Anlagengetroffenen Nachbarschaft und der Konsumenten der Produkte. Auch ohne Vorkehrungen des formellen Rechts wie verwaltungsrechtliche Verfahrensteilnahme oder zivilrechtliche Haftungsnormen zeigen Boykottandrohungen und

29 R. Kruth, H. Glickman, ISO 14001. A missed opportunity for sustainable global industrial development, London (Earthscan) 1998.

andere Öffentlichkeitsaktionen, dass MNU hierauf höchst sensibel reagieren. Dies ist zB ein Grund dafür, dass, wie *Chige* in seinem Beitrag belegt, ein in Kenia tätiger deutscher Konzern die Qualität seines Produktes – einer Hautcrème – aus der Produktion seiner kenianische Tochter auf das Genaueste überwacht. Ein Fehler, und der Markt der Crème könnte zusammenbrechen. Öffentlichkeit wirkt aber nicht nur negativ kritisch, sondern kann auch positive Anreize bieten, etwa, wenn Produkte, die in umweltgerechter Weise hergestellt worden sind, nachgefragt werden. Der externe Faktor Öffentlichkeit könnte sich schließlich in der Weise weiter vervollkommen, dass im Bereich des völkerrechtlichen soft law codes of conduct formuliert werden, die die teilnehmenden Staaten als allgemeine Erwartungen der Weltöffentlichkeit an MNU aufstellen.

VI. Das formelle Recht und die Selbststeuerung der MNU

1. Notwendigkeit formellen Rechts

Trotz allen Potentials stößt Selbststeuerung an Grenzen. Die Vielfalt solcher Grenzen lässt sich auf einige zusammenfassende Strukturen bringen, die im Folgenden benannt werden sollen:

Missmanagement: Es wurde oben bereits darauf hingewiesen, dass Umwelt-schutzinvestitionen bis zu einem gewissen Grad kurz- oder mittelfristig rentabel sein können und insoweit Raum für Selbststeuerung geben. Es kann jedoch sein, dass die Chancen der Selbststeuerung nicht erkannt werden.

Konkurrenz: Umweltschutzinvestitionen mit Kosten, die über die Rentabilitätschwelle hinausgehen, sind bei scharfem Wettbewerb kaum freiwillig zu erwarten.

Extraprofite/Free-riding: Es kann sein, dass Unternehmen durch Vermeidung von Umweltschutzinvestitionen Sondervorteile zu erringen versuchen. Eine Variante davon ist, aus den freiwilligen Maßnahmen anderer auszuscheren und dennoch von ihnen zu profitieren.

Tragödie der Allmende: Wenn ein Umweltgut erschöpfbar und nicht privatisiert ist, besteht kein ökonomischer Anreiz für den einzelnen Akteur, im Interesse der Allgemeinheit auf eine Ausbeutung zu verzichten.

Blinde Flecken der Selbstbeobachtung: Die einzelnen Wirtschaftsbranchen haben ihre je spezifischen Tabuzonen, die von dritter Warte, aber nicht von ihnen selbst als Umweltproblem angesehen werden: Ein Pestizidhersteller wird nicht gegen die Verwendung von Pestiziden werben, KFZ-Produzenten werden nicht

gegen den Bau von Autobahnen protestieren, die Erdölindustrie wird die Klimafolgen der Överbrennung bestreiten, energieintensive Industrie wird vielleicht auf die Verbrennung fossiler Energieträger verzichten, aber nicht auf die Ersetzung von langsam wachsendem Mischwald durch schnellwachsende Monokulturen, KKW-Betreiber werden sich nicht für Atomausstieg einsetzen, Gentechnikfirmen werden sich gegen die Förderung von Biolandwirtschaft aussprechen.

Diese Strukturen machen es unverzichtbar, dass aus distanzierter Position heraus formelles Recht gesetzt wird. Solches Recht kann kasuistisch an Selbststeuerung anknüpfen, aber es kann auch unabhängig von vorhandener Selbststeuerung aus politischen Entscheidungen hervorgehen. Die Möglichkeit politischer Gegensteuerung gegen gesellschaftliche Trends muss betont werden, weil die Selbststeuerungsliteratur dazu neigt, nur solches formelles Recht als vernünftig und effektiv anzusehen, welches an selbstregulatorischen Vorleistungen anschließt. Das Risiko, dass „politisches“ Recht sich als unwirksam, destruktiv oder bloß symbolisch im Sinne des Teubner'schen regulatorischen Trilemmas³⁰ herausstellt, resultiert nicht – „formal“ – aus der Trennung zwischen Wirtschaftssystem und Rechtssystem, sondern – „materiell“ – aus Mängeln in der Problemaadequanz der jeweils gefundenen Lösung, Mängeln, die vorauszu-sehen und strategisch zu vermeiden der politischen Sphäre offensteht.³¹

Die hier vorgestellten Untersuchungen befassen sich jedoch nicht näher mit solchen Dezierionen. Ihr Schwerpunkt liegt auf den Brüken zwischen emergenter Selbststeuerung und gesetztem formellen Recht.

2. Brüken zwischen Selbststeuerung und formellem Recht

Oben wurde bereits festgestellt, dass es nicht an allgemeinen Formeln mangelt, die die Übergänge zwischen gesellschaftlicher Praxis und formellem Recht paraphrasieren. Worauf es ankommt, ist, den dunklen Punkt genauer zu fassen. Völlig erhellen lässt er sich nicht, weil er aus einem Paradox besteht: Ein Sollen (formelles Recht) kann logisch nicht aus einem Sein (gesellschaftlicher Praxis)

³⁰ G. Teubner, After legal instrumentalism, in: ders., Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin (de Gruyter) 1986, S. 299 ff., 309.

³¹ So die Kritik von de Sousa Santos, a.a.O. S. 56 f.. Allerdings scheint mir Santos' eigene Position (s. S. 85: „The way law's potential evolves, whether towards regulation or emancipation, has nothing to do with the autonomy or self-reflexivity of the law, but rather with the political mobilization of competing forces“) ins andere Extrem auszuschießen. Beides – Autonomie und Heteronomie – gibt es in unterschiedlichen Mischungsverhältnissen, Zeiträumen, Problembereichen und Kulturen.

entstehen, sondern überformt die Praxis „kontrafaktisch“ – und doch entsteht das Sollen „irgendwie“ aus dem Sein und scheitert, wenn es sich zu weit von ihm entfernt.

Auf der Ebene konkreter Rechtssätze verschwindet die Paradoxie weitgehend in deren konditionaler Struktur: Wenn der Tatbestand X vorliegt, dann soll die Rechtsfolge Y gelten. X ist gegeben. Also gilt Y. Die Brücke besteht hier im juristischen Syllogismus, der seinerseits auf legislativer Anordnung beruht. Allerdings bleibt die Begrifflichkeit im Tatbestand, obwohl sie Verweisungen auf die Wirklichkeit (wie zB im Begriff des „Handelsbrauchs“) enthält, normativ definiert und deshalb für die Entscheidungsinzanz gestaltbar.

Auf einer tieferen Ebene der Gesamtaussage von Rechtssätzen wird der Kontakt und Transfer zwischen gesellschaftlicher Praxis und Recht durch Rechtsprinzipien hergestellt. In Rechtsprinzipien lassen sich einerseits gesellschaftliche Praktiken, andererseits rechtliche Gestaltungen zusammenfassen. Hierauf ist zurückzukommen.

Die beiden beteiligten Wissenschaften, die Soziologie und die Jurisprudenz, können ihre jeweiligen Konstruktionen möglichst weit auf die Brücke zubewegen. Die soziologische Perspektive stellt gesellschaftlich selbst erzeugte Ordnungen vor. Sie macht auf Vorleistungen der Gesellschaft aufmerksam, die sich das Recht zu Nutzen machen kann. Umgekehrt fördert die juristische Perspektive im Recht Formeln zu Tage, die auf gesellschaftliche Eigenordnung verweisen. Wir betrachten zunächst die Ebene der Normanwendung und dann diejenige der Normgewinnung.

3. Selbststeuerung von MNU und Anschlüsse im formellen Recht

a) Rechtssoziologische Perspektive

Aus der rechtssoziologischen Perspektive werden von Martin Herberg Übergangsmechanismen für alle drei Komponenten der von ihm beschriebenen Regulative vorgestellt.

Die von den MNU jeweils für die Produktionsprozesse der Tochterunternehmen gesetzten technischen Standards beschreiben sowohl faktische Verkehrsgebräuche, die für den untersuchten Akteurskreis insgesamt charakteristisch sind, als auch bestimmte sachlogische Erfordernisse (etwa: zur baulichen Belastbarkeit der verschiedenen Apparaturen), deren Einhaltung eine unverzichtbare Voraussetzung zur Vermeidung von Schäden und Beeinträchtigungen darstellt. Zugleich begründen sie legitime Erwartungen dahingehend, dass der

Standard auch eingehalten werden soll. Hieran könnten Haftungsregeln anschließen und Abweichungen von den Standards sanktionieren.

Das interne Auditsystem der Konzerne, zusammen mit den verschiedenen Überwachungs-, Korrektur- und Eingriffsbefugnissen der Konzernleitung, hat ebenfalls eine objektive, normkonstituierende Komponente, da es auf grundlegende und nicht-hintergehbare Erfahrungen der Branche referieren, die nicht ignoriert werden können, ohne dass erhebliche Risiken vor Ort in Kauf genommen werden müssen. Insofern besitzt die empirisch rekonstruierbare Verantwortungsvorteilung innerhalb der Unternehmen ebenfalls das Potential, legitime Erwartungen zu begründen, und zwar im Hinblick auf bestimmte Aufsicht- und Sorgfaltspflichten der Muttergesellschaft. Dies ist relevant für die Begründung einer eigenständigen Haftung der Muttergesellschaft für Organisationsversagen.

Der dritte Übergang ins Recht nimmt von den erklärten Selbstbindungen seinen Ausgang. Nicht jede vollmundige Erklärung ist jedoch geeignet, berechtigtes Vertrauen zu schaffen. Vielmehr müssen bestimmte Bedingungen gegeben sein, die Martin Herberg an Hand der Unternehmensleitlinien von MNU herausarbeitet. Danach müssen Aussagen, wenn sie als vertrauensschaffend und damit sozial verbindlich gelten sollen, signifikant über das Niveau des rechtlich Gebotenen und des betriebswirtschaftlich Notwendigen hinausgehen; sie müssen einen gewissen Grad von Bestimmtheit aufweisen, sie müssen sich inhaltlich den der Sache nach bestehenden Problemen stellen, und es muss deutlich werden, dass organisatorische Vorkehrungen zur Umsetzung getroffen sind. Sind diese Bedingungen erfüllt, ist der Boden zB für vertragsrechtliche Verknüpfungen bereitet.

b) Rechtsdogmatische Perspektive

aa) Allgemeines

Die rechtsdogmatische Betrachtung blickt anders als die rechtssoziologische nicht unbeteiligt, sozusagen von außen, auf das Recht, sondern fragt als Beteiligte, sozusagen aus dem Innern der Regeln und Prinzipien heraus, inwieweit Selbststeuerung als Voraussetzung von Rechtsfolgen genommen werden kann. Von zentraler Bedeutung sind dabei bestimmte Verweisklauseln, die die gesellschaftliche Selbstbindung in das formelle Recht überführen (und deshalb auch als Transferbegriffe bezeichnet werden können).

Den drei rechtssoziologisch beschriebenen Übergängen aus der Selbstbindung der MNU ins formelle Recht entsprechen drei Klassen von Transferbegriffen,

und zwar solche des Verkehrsüblichen, der Organisationspflichten und der Vertrauenshaftung. Sie führen zu Rechtsbeziehungen zwischen Bewohnern und Tochterunternehmen im Tätigkeitsstaat (bbb), zu solchen im transnationalen Verhältnis zwischen Bewohnern im Tätigkeitsstaat und dem Mutterunternehmen (ccc) und zu solchen zwischen Bewohnern und Mutterunternehmen in dessen Sitzstaat (ddd).

bb) Schadenshaftung und behördliche Eingriffe im Tätigkeitsstaat

An technische Standards schließt das formelle Recht an durch Klauseln wie Fahrlässigkeit (Missachtung der „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“) und Technikformeln („allgemein anerkannte Regeln der Technik“, „Stand der Technik“) an. Sie lösen Schadenshaftung bzw. verwaltungsrechtliche Eingriffsmöglichkeiten aus. Rechtsnormen dieser Art beschreibt *Chiege* für Kenia. Dabei ergibt sich, dass das Schadenshaftungsrecht wegen Übernahme des englischen Rechts zwar in höchst differenzierten Formen vorliegt, jedoch in der Praxis kaum angewandt wird, weil die Geschädigten keinen Rechtsschutz suchen und im Falle von MNU Schadensfälle im Übrigen wohl selten sind. Auch das Verwaltungsrecht weist weitgehende Eingriffsmöglichkeiten auf, doch mangelt es an der konkreten Ausformung technischer Standards durch den Staat.

cc) Schadenshaftung der Konzernobergesellschaft

An Auditsysteme knüpfen Formeln wie die des Organisationsversagens im Konzern- und Haftungsrecht an. Sie führen in das Recht des Sitzstaates der Konzernobergesellschaft und eröffnen den im Tätigkeitsstaat ansässigen Geschädigten u.U. den Zugriff auf die Konzernobergesellschaft. Diese Frage behandelt *Carola Glinzki* in ihrem Beitrag zum Haftungsrecht. Sie widmet sich zunächst der internationalen Zuständigkeit der Gerichte und stellt fest, dass grundsätzlich der Weg zu den Sitzstaatgerichten offen steht, und zwar nach neuerer Praxis selbst dort, wo die Lehre des *forum non conveniens* gilt. Ausnahmen sind weiterhin die USA, wo die internationale Zuständigkeit in der Praxis lediglich im Anwendungsbereich des Alien Tort Claims Act anerkannt wird. Urteilen von Gerichten der Tätigkeitsstaaten, die die Haftung der Konzernobergesellschaft feststellen, wird dagegen unter Berufung auf den *ordre public* die Anerkennung im Sitzstaat häufig verweigert.

Zum materiellen Recht unterstellt *Glinzki* zunächst, dass die Tochtergesellschaft wegen Verletzung technischer Standards selbst haftet. Daran anschließend untersucht sie zwei verschiedene Haftungsgründe für einen Zugriff auf die Konzernobergesellschaft: den Eintritt für die Tochtergesellschaft aus dem Konzernzusammenhang heraus, und die Verursachung von Umweltschäden durch ei-

genes Verhalten. Die Konzernhaftung nach deutschem Muster basiert auf der Verantwortung der Mutter gegenüber ihrer Tochter und knüpft daher an spezifische gesellschaftliche Fragestellungen an, nicht hingegen an umwelt- oder sicherheitsrechtliche. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis findet ein „piercing the corporate veil“ nur bei krassem Missbrauch der rechtlichen Trennung von Mutter und Tochter statt, zB weil sie die Tochter finanziell zu knapp ausstattet, so dass diese ihren Verpflichtungen nicht aufkommen kann. In beiden Systemen sind umweltbezogene Selbstverpflichtungen der hier untersuchten Art kein ergiebiges Material, an das sich Konzernhaftung anknüpfen könnte.

Demgegenüber verspricht, wie *Glinzki* zeigt, die Haftung der Obergesellschaft für eigene Verursachung von Umweltschäden sehr viel mehr Erfolg als die ein Eintreten für die Tochtergesellschaft voraussetzende Konzernhaftung. Eigene Verursachung kann in verschiedenen Varianten auftreten.

Eine Fallkonstellation besteht darin, dass der Konzern der Tochtergesellschaft technische Standards vorschreibt oder Anweisungen erteilt, die von den im Verkehr erforderlichen Standards abweichen. Man könnte dies als Fehlsteuerung bezeichnen. In ihr liegt eine eigene fahrlässige Schadensverursachung, die neben die Letztverursachung durch die Tochtergesellschaft tritt.

Schwieriger ist die zweite Fallkonstellation, in der die Konzernobergesellschaft bestimmte Leitungspflichten verletzt hat, zB indem sie es unterlassen hat, Standards zu vorzugeben, das Personal vor Ort zu schulen oder das Verhalten der Tochtergesellschaft zu überwachen. Dies könnte als Leitungsausfall bezeichnet werden. Die Frage ist, ob es für Leitungspflichten der Konzernobergesellschaft rechtliche Grundlagen gibt, da doch gesellschaftsrechtlich gesehen gerade die rechtliche Selbstständigkeit der Tochter beabsichtigt ist.

Glinzki erörtert zunächst den Fall, dass die Konzernobergesellschaft ein gewisses Maß an Leitungsaufgaben im Hinblick auf das Umweltverhalten der Tochter tatsächlich übernommen hat. Insofern knüpft das Recht an soziologische Befunde der Selbststeuerung der Konzernmutter wie Standardsetzung, Auditsysteme und auch nach außen deklarierte Selbstverpflichtungen an. Rechtsgrundlage einer solchen Haftung kann zunächst das allgemeine Deliktsrecht sein. Die Haftung erstreckt sich dann auf Fehler bei der Ausfüllung der im Prinzip übernommenen Leitung.

Auf ähnlichen Erwägungen kann die Haftung der Konzernobergesellschaft aus dem verschuldensunabhängigen Umwelthaftungsrecht beruhen. Ansatzpunkt ist der Begriff des Inhabers der Anlage, den *Glinzki* mit Stimmen in der Literatur

so deutet, dass die Konzernobergesellschaft als Inhaberin angesehen werden muss, wenn sie in erheblicher Weise Leitungsfunktionen übernimmt.

Über die Fallgestaltung der tatsächlichen Übernahme von Leitungsfunktionen hinaus zeigt *Gliniski* Wege auf, wie umweltbezogene Leitungspflichten auf Grundlage des allgemeinen Deliktsrechts allein daraus abgeleitet werden können, dass die Konzernobergesellschaft zB die Produktionsanlagen oder das know how geliefert oder finanziert hat. Häufig stellt nämlich die Konzernobergesellschaft der Tochtergesellschaft riskante Technik zur Verfügung, die in der Tochtergesellschaft nicht in gleichem Maße beherrscht wird. *Gliniski* leitet daraus konzernweite Organisationspflichten ab, denen zufolge die Konzernobergesellschaft für eine optimale Verteilung der Organisationsaufgaben sorgen und ihren eigenen Part angemessen wahrnehmen muss.

Man könnte hieran die aus soziologischer Sicht von *Herberg* aufgeworfene Frage anschließen, ob ein gewisses Maß an übernommenen Leitungsaufgaben durch die Mehrheit der MNU insoweit eine Verkehrsübung begründen, der als Maßstab des im Verkehrskreis der MNU Erforderlichen dann auch für solche MNU als verbindlich angesehen werden kann, die Leitungsaufgaben nicht von sich aus übernehmen.³²

dd) Steuerung von Werbe- und Kaufrecht

An Selbstverpflichtungen schließt das formelle Recht an, indem es das gesellschaftlich erzeugte Vertrauen schützt. Adressaten dieses Schutzes sind insbesondere Kunden des Konzerns in Staaten außerhalb des Tätigkeitsstaates, zumal auch solche im Sitzstaat der Muttergesellschaft.

Die Rechtsfolgen können zunächst darauf gerichtet sein, Missbräuche bei der Vertrauensbildung zu unterbinden. Dies ist insbesondere die Zielsetzung des Rechts der unlauteren Werbung. *Carola Gliniski* führt in ihrem Beitrag über das europäische und deutsche Werberecht aus, dass der Hinweis auf bestimmte Umweltbedingungen der Produktion als Produktwerbung anzusehen ist und damit in den Anwendungsbereich des Verbots irreführender Werbung gerät. Dies gilt für die Eigenproduktion wie auch die Produktion durch Zulieferer. *Gliniski* zeigt, dass in der BRD unter dem Einfluss der Verfassungsrechtsprechung zum Schutz der Meinungsfreiheit ein Wandel eingetreten ist, der die Möglichkeiten solcher Art Werbung erweitert. Die frühere Rechtsprechung, die

32 Die Frage bedarf gründlicherer Überlegungen und ist Gegenstand einer in Kürze erscheinenden Arbeit von C. Gliniski.

die Herstellung eines Bezugs zwischen Produkt und Produktion als gefühlbehaftete Werbung und sachwidrige Koppelung und damit von vornherein als sittenwidrig ansah, wird nun überholt. Dem Konsumenten wird zugemutet, sich ein eigenes Urteil zu bilden. Um so wichtiger wird nach *Gliniski* dann aber die Frage, ob die Aussagen wahr sind oder irreführend. Maßgeblich sind dabei gewisse Leitbilder, nämlich für den Empfängerhorizont das Leitbild des aufmerksamen Verbrauchers und als Baseline für Übertreibungen eine durchschnittliche Umweltfreundlichkeit der Produktion und der Durchschnitt der Produktqualität.

Während das Werberecht fehl laufende Vertrauensbildung abblockt und so zu einer bereinigten Vertrauensbildung beiträgt, knüpft das Kaufvertragsrecht an solche gelungene Vertrauensbildung an und nimmt sie ernst, gerade in solchen Fällen, in denen sich das Vertrauen letztlich als grundlos herausstellt. Erhebliches Potential, informell gebildetes Vertrauen in formelle Bindungen überzu-leiten, enthält die Mängelhaftung, die den Käufer bei Vorliegen eines Sachman-gels zu Nacherfüllung, Kaufpreisminderung, Rücktritt und uU Schadensersatz berechtigen. *Carola Gliniski* vertritt in ihrem Beitrag, dass die EG-Richtlinie 1999/44/EG zum Verbrauchsgüterkauf die nationalen Kaufrechte dazu zwingt, den Mangelbegriff auf die Produktionsbedingungen der Kaufsache zu erstrecken. Während Werbeaussagen über Produktionsbedingungen im früheren deutschen Recht durch das sehr eng verstandene Kriterium der Beschaffenheit der Kaufsache gefiltert wurden und auch nicht als zugesicherte Eigenschaften anerkannt wurden, sind sie nach der neuen Richtlinie ein anerkannter Umstand der Vertragsgemäßheit der Sache. Es komme allein darauf an, auf welche Merkmale der Kaufsache die Vertragspartner Wert gelegt haben. Lediglich Umstände, die gar nicht auf die Kaufsache bezogen sind, blieben außer Betracht, denn es sei immer noch die Kaufsache, die vertragsgemäß sein müsse.

Oluf Dilling erarbeitet in seinem Beitrag an einem konkreten (fiktiven) Fall, wie weit das deutsche Recht in diese Richtung geht. Die gesetzliche Voraussetzung, die Anschlüsse an Selbstverpflichtungen hinsichtlich der Produktionsbedingungen ermöglicht, besteht aus einem erweiterten Begriff der Beschaffenheit der Sache. Als Beschaffenheit gelten nach gesetzlicher Konkretisierung auch „Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers ...insbesondere in der Werbung ...erwarten kann.“³³ Bemerkenswerterweise kommt *Dilling* bei seiner rechtsdogmatischen Interpretation der „öffentlichen Äußerungen“, aus denen der Käufer Erwartungen ableiten können soll, zu ganz ähnlichen Kriterien wie *Herberg* bei seiner rechtssoziologi-

33 § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB

schen Analyse der gesellschaftlichen Selbstbindung: die Äußerungen müssen ernsthaft und konkret sein.³⁴ Da sie sich trotzdem aber auf die Kaufsache beziehen müssen, ist klärungsbedürftig, ob die Eigenschaft der Sache anhaften muss (objektiver Fehlerbegriff) oder ob sie aus allem besteht, was für die Kaufentscheidung des Käufers von Relevanz ist (subjektiver Fehlerbegriff). *Dilling* stellt die Antwort in den größeren Zusammenhang der Entwicklung des Marktes, der von einer Orientierung an Sachen hin zu Orientierungen am image einer Marke, am life style und auch – wie für unseren Zusammenhang bedeutsam – an umweltethischen Standards (wie zB im Marktsegment des fair trade) übergeht. Er sieht allerdings Begrenzungsnotwendigkeiten aus Gründen der Rechtssicherheit für die Vertragspartner und fordert letztlich, anders als *Caróla Głinski*, doch einen Bezug zur Eigenschaft der Kaufsache.

4. Prinzipien der Selbststeuerung der MNU und des formellen Rechts

Zusammenfassend ergibt sich, dass die MNU ein gewisses Maß an Selbststeuerung aufbringen und dass diese gesellschaftlichen Organisationsleistungen von bestimmten rechtlichen Verweisungs- oder Transferklauseln in Bezug genommen werden, um sie zu lenken, zu sanktionieren und uU auch zu verallgemeinern. In der Lenkung, Sanktionierung und Verallgemeinerung liegt ein spezifisch „öffentliches“ Element, das im Überschreiten der Schwelle des Seins zum Sollen hinzukommt und nicht aus der Faktizität der Selbststeuerung abgeleitet ist.

Lenkt man die Aufmerksamkeit von den Einzelercheinungen der Selbststeuerung – Standards, Managementsysteme, Selbstverpflichtungen – auf das ihnen Gemeinsame, so kann man in ihnen ein Prinzip entdecken, das nicht nur die Einzelercheinungen zusammenfasst, sondern zugleich Leitgedanke für das Bündel der sich an die Empirie anschließenden einzelnen Rechtsnormen ist. Wie *Herberg* in seinem Beitrag zeigt, ist das MNU nicht (mehr) eine dezentrale Organisation, sondern weitgehend zentral gesteuert, und wie *Głinski* in ihrem Beitrag zum Haftungsrecht belegt, ist das Haftungsrecht nicht (mehr) auf das unvollkommene, weil auf Dezentralisierung setzende Konzernrecht verwiesen, sondern kann an den Tatbestand der zentralen Kontrolle anknüpfen. Will man die Forschungen dieses Bandes auf ein allgemeineres Rechtsprinzip bringen, so besteht dies darin, dass MNU durch die Globalisierung ihrer Wertschöpfung, Risikozumutung und Organisationskapazität eine besondere Verantwortung übernehmen. Sie sind deshalb zu einem angemessenen Risikomanagement verpflichtet. Dieses Prinzip entspringt nicht allein richterlicher oder politischer

³⁴ Ebenso auch *Głinski* in ihrem Beitrag

Setzung, sondern entspricht einer weitgehenden Praxis und Selbstbindung der MNU selbst.

Das Prinzip der Verantwortungsübernahme ist rechtssoziologisch, wie *Herberg* nachgewiesen hat, nicht nur als handfeste Realität der Standards und Managementsysteme vorhanden, sondern – in Gestalt der Selbstverpflichtungen – auch als eher ephemere Formulierung von „Grundgesetzen“. Die MNU kommunizieren also auch selbst in der Sprache der Prinzipien (wobei es sein kann, dass sie im Kontext offizieller Entscheidungsbildung vorsichtiger formulieren als im internen Bereich).³⁵

Juristisch ist an Prinzipien das rechtsgestaltende Potential interessant.³⁶ Sie können vorhandenes Recht ergänzen und vorantreiben. Dies kann in der „axiomatischen“ (für kodifizierende Rechtsordnungen typischen) Weise geschehen, dass positivierte Regeln auf ihre gemeinsame Grundidee gebracht werden und dann für Interpretation und Lückenfüllung zur Verfügung stehen, oder in der „problematizierenden“ (für das common law typischen) Weise, dass sie an gesellschaftlicher Erfahrung anknüpfen und aus ihr Regeln zur Entstehung bringen.³⁷ Vor allem in dieser zweiten Funktion, die sich inzwischen auch in den kodifizierenden Rechtsordnungen verbreitet hat³⁸, stellen sie Transfer-

³⁵ J. Braithwaite, P. Drahos (Global business regulation, Cambridge (CUP) 2000), der transnationale Wirtschaftsverkehr unterliege einer „rule of principles“, nicht der „rule of law“: „Throughout our case studies we have seen that actors, through their submissions, reports, position papers, negotiations and backroom lobbying, argue for some principles and oppose others... One reason why business regulatory contests are fought at the level of principles is that the informational demands of rule systems would make any contest at this level intolerably complex. Trade negotiators cannot, for example, walk into rooms in Geneva with their respective telecommunications act under their arms and say to their counter-parts, 'This is what we want!'“ (a.a.O. S. 527).

³⁶ In der deutschen Rechtsphilosophie dominiert dagegen der Vorschlag Robert Alexys, unter Prinzipien Optimierungsgebote zu verstehen, die einen bestimmten Wert möglichst weitgehend zu verwirklichen aufgeben, jedoch gegen andere Prinzipien abgewogen werden können. Dadurch sollen sie sich von Regeln unterscheiden, die ausnahmslos gelten. Vgl. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt/M (Suhrkamp) 2. Aufl. 1994, S. 75 f. Diese Definition erfasst sozusagen das Vorläufige, das Anfangende im Begriff *principium*. Daneben gibt es aber zwei weitere Bedeutungsdimensionen, die bei alleiniger Betonung der Abwägbarkeit untergehen, nämlich der Anfang im Sinne des Grundlegenden und der Anfang im Sinne des dynamisch Gestaltenden. Auf diese letztere Bedeutung kommt es im vorliegenden Zusammenhang besonders an.

³⁷ J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen (Mohr) 1964, S. 101 ff.

³⁸ Zu solchen Konvergenzprozessen s. Esser, a.a.O. S. 327 ff.

nismen dar zwischen gesellschaftlicher Praxis und Selbstbindung einerseits und daran anknüpfendem formellem Recht andererseits. Prinzipien fungieren in diesem Sinne also als eine Art Protorecht, das das Eigenrecht der Gesellschaft aufnimmt und über juristische und politische Kanäle in formelles Recht transportiert.

VII. Das Eigenrecht der MNU und die Weiterentwicklung des Völkerrechts

Von allgemeinerer Warte aus ist nach allem anzuerkennen, dass MNU nicht nur Problemversacher sind, sondern das Potential besitzen, sich bis zu einem gewissen Grade auch unabhängig vom formellen Recht selbst zu steuern. Auch soweit es nicht um die Verfolgung eigener, sondern um die Durchsetzung öffentlicher Interessen geht, sind die MNU also nicht nur Objekte formeller rechtlicher Regulierung, sondern selbst Autoren eines autonomen Eigenrechts. Dieses kann als eine eigene Ressource der global governance verbucht werden.

Neben dem informellen Recht der MNU und dem formellen Recht der Tätigkeits- und Sitzstaaten steht das Völkerrecht, und es fragt sich, welche Rolle ihm verbleibt. Zunächst ist noch viel Routinearbeit zu leisten, weil die staatlichen Rechtsordnungen hinsichtlich der oben beschriebenen Anschlüsse an Selbststeuerung harmonisierungsbedürftig sind. Dies gilt für Fragen der internationalen Gerichtszuständigkeit und Anerkennung ausländischer Urteile ebenso wie für das Werbe-, Kauf-, und Haftungsrecht einschließlich seines Kollisionsrechts. Das Verwaltungsrecht – wie zB die Inbezugnahme von selbstgesetzten Standards bei der Anlagentüberwachung – wäre ein weiteres (und weites) Feld für notwendige Harmonisierung. Hierfür bedarf es fortgesetzter Harmonisierung durch klassisches staatsbasiertes Völkerrecht.

Darüberhinaus stellt sich die grundsätzlichere Frage einer internationalen Konvention für das Umweltverhalten von MNU. Sie wird von Umweltverbänden propagiert und auch in der Rechtswissenschaft diskutiert.³⁹ Eine solche Konvention würde letztlich aber nur in das staatliche Recht führen können, mit den Komplikationen des Zugangs zum Recht und den unterschiedlichen Schutz niveaus, wie in diesem Band ausführlich dargelegt. Was dagegen in der Selbststeuerung der MNU vorangeschritten ist, nämlich die Transnationalisierung des informellen Rechts, wäre durch einen klassischen internationalen Vertrag gerade nicht einholbar. Anders wäre es, wenn sich eine Rechtsschicht entwi-

39 J. Ebbesson, Responsibility of Transnational Corporations: Fragments for a Transboundary Framework in Current Paradigm of International Environmental Law, in: G. Winter (ed.), Multilevel governance of global environmental change, 2004 (i.E.).

ckeln würde, deren Subjekte neben den Staaten auch die MNU wären, sei es in Gestalt einer Erweiterung des Völkerrechts, sei es in Gestalt eines autonomen transnationalen Vertrags- und Gewohnheitsrechts.⁴⁰ MNU könnten dann aus Verträgen unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden.⁴¹ Die Staaten könnten ihre eigene Rechtsordnung nicht mehr entgegen den Verträgen ändern. Darin liegt ein gravierender Souveränitätsverzicht, der aber letztlich nur die Realität widerspiegeln würde. Im Gegenzug würden die MNU nun aber der versammelten Verhandlungsmacht der Staaten und der sie treibenden Weltöffentlichkeit gegenüberstehen und könnten durch diese zu konkreteren und zudem mit Sanktionen belegten Verhaltensweisen gedrängt werden. Solche „transnationalen“ Verträge wären als ein Element einer größeren transnationalen Rechtsordnung zu sehen, in der als weitere Rechtsquelle auch Gewohnheitsrecht erscheinen kann. Rechtsprinzipien wären auch hier ein kreatives Instrument der Transmission von Praxis und Selbstbindung in formelleres Recht.

Der Boden für solchen transnationalen Verträge und Gewohnheitsrechtssätze wird durch mannigfaches, von den Autoren und Autorinnen dieses Bandes immer wieder genanntes soft law internationaler Organisationen, Unternehmensverbände und einzelner MNU bereitet.⁴² Dieses hat MNU (oder Unternehmen allgemein) zu Adressaten und ist auch überwiegend unter Beteiligung von MNU zustande gekommen. Die gefundenen Formulierungen sind überwiegend noch zu vage, doch mangelt es nicht an Versuchen, konkretere Standards aufzustellen. Eine Konvention der genannten Art wäre nicht die erste, die einen Vorlauf im soft law hätte. Diesmal stände allerdings eine radikalere Transformation des klassischen Völkerrechts auf der Tagesordnung.

40 Zur Vorstellung eines solchen autonomen Rechts vgl. G. Winter im Forschungsantrag zum STB „Staatlichkeit im Wandel“, Bremen 2003, und G. Teubner, a.a.O. oben Fn. 10.

41 Zu solchen Entwicklungen s. G. Dahm, J. Delbrück, R. Wolfrum, a.a.O. S. 245 ff.

42 Als neueren Überblick s. Working Papers of 25 May 2000, erarbeitet von David Weissbrodt für UN Commission for Human Rights, Subcommission on the Promotion and Protection of Human Rights, über „Principles related to the human rights conditions of companies“ und „Proposed Draft human rights code of conduct for companies“.