

Teil 2) Die völkerrechtswissenschaftlichen *Business and Human Rights*-Diskurse in den USA und in Deutschland

Kapitel 4) Der BHR-Diskurs in den USA

Über Jahrzehnte gestatteten US-amerikanische Bundesgerichte deliktische Menschenrechtsklagen, auch wenn sich die vorgetragenen Menschenrechtsverletzungen im Ausland abspielten. Grundlage dieser Rechtsprechung war das in der Einleitung erwähnte ATS, ein Gesetz aus dem Jahr 1789, das sich nach seiner Wiederbelebung im Jahr 1980 zum weltweit bekannten Mechanismus entwickelte, Menschenrechtsverletzungen gerichtlich zu ahnden. Nach einer Reihe von Entscheidungen des Supreme Courts seit dem Jahr 2013 sind Menschenrechtsklagen unter dem ATS heute allerdings nur noch in sehr begrenztem Umfang möglich.

Der Aufstieg des ATS sowie die Begrenzung seines Anwendungsbereichs durch den Supreme Court warf eine Vielzahl US- wie völkerrechtlicher Fragen auf. Von der daraus resultierenden intensiven Debatte zeugt die hohe Anzahl einschlägiger Aufsatzbeiträge, die Anwälte, Wissenschaftler, Regierungsbeamte und Studenten über das Gesetz verfasst haben.³⁵⁰ Die große Prominenz des Gesetzes im US-Rechtsdiskurs spiegelt sich in der US-amerikanischen Korpusliteratur, in der sich zahlreiche Beiträge mit der ATS-Rechtsprechung befassen. Da die ATS-bezogenen Korpusbeiträge Fragen aufgreifen, die die Gerichte und die Literatur z. T. Jahrzehnte beschäftigten, wird die ATS-Rechtsprechung zunächst in ihren Grundzügen vorgestellt (A).

Anschließend wird die US-amerikanische Korpusliteratur in den Blick genommen. Zunächst werden die Beiträge analysiert, die sich der auch in ATS-Verfahren wichtigen Frage widmen, ob und inwieweit Unternehmen an völkerrechtliche Normen gebunden sind. Diese Beiträge beziehen sich

350 Die Datenbank Law Reviews & Journals von Westlaw führte im Dezember 2023 über 5000 Artikel, die das Gesetz seit seiner Wiederentdeckung im Jahr 1980 zitieren (Suchbegriff: „alien tort“, um die beiden gängigen Bezeichnungen Alien Tort Statute und Alien Tort Claims Act zu erfassen).

z. T. direkt, mitunter aber auch nicht unmittelbar auf die ATS-Rechtsprechung (B). Anschließend werden die US-amerikanischen Korpusbeiträge analysiert, die sich dem ATS widmen und andere Fragen als die der Völkerrechtsbindung analysieren (C). Nur wenige Beiträge adressieren hingegen das Konzept der Völkerrechtssubjektivität (D). Hinzu kommen einige Beiträge zur (tatsächlichen) Rolle privater Unternehmen in der internationalen Ordnung (E), einige wenige Überlegungen zur menschenrechtlichen Schutzpflicht des Staates (F) sowie zur Verabschiedung freiwilliger Verhaltenskodizes durch Unternehmen (G). Ferner enthält der US-amerikanische Literaturkorpus einige Beiträge mit sehr vielfältigen Themen, die unter Varia (H) vorgestellt werden. Ein Zwischenergebnis fasst die wesentlichen Erkenntnisse der Analyse der US-Korpusliteratur zusammen (I).

A) *Prolog: Die Rechtsprechung US-amerikanischer Bundesgerichte zum Alien Tort Statute (ATS)*

Das ATS war bereits knapp 200 Jahre alt, als es gegen Ende des 20. Jahrhunderts zum weltweit bekannten Instrument wurde, Menschenrechtsverletzungen gerichtlich zu ahnden (I). Das nur aus einem Satz bestehende Gesetz ist eine Zuständigkeitsvorschrift, die die US-Bundesgerichte ermächtigt, von Ausländern eingereichte Deliktsklagen wegen Völkerrechtsverletzungen zu entscheiden (II). Nach anfänglichen Klagen gegen Individuen befassen sich die Gerichte seit den 2000er-Jahren verstärkt mit der ATS-Haftung von Unternehmen (III). Die z. T. unterschiedlichen Positionen der Berufungsgerichte bzgl. der ATS-Unternehmenshaftung führten zur *Kiobel*-Entscheidung des Supreme Courts im Jahr 2013, die den Anwendungsbereich des ATS stark begrenzte. Die Erörterung der *Kiobel*- sowie der nachfolgenden Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs zum ATS bildet den Abschluss der Einführung in die ATS-Rechtsprechung (IV).

I) Die Entstehungsgeschichte des ATS und seine Wiederentdeckung im Jahr 1980

Das ATS wurde im Jahr 1789 als Teil des Judiciary Act verabschiedet, der die amerikanischen Bundesgerichte³⁵¹ einsetzte. Seither ist das ATS mehrfach, aber nie bedeutend geändert worden.³⁵² Die Vorschrift besteht aus nur einem Satz: „The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.“³⁵³

Die Entstehung des ATS geht auf außenpolitische Erwägungen zurück: In den Anfangsjahren der USA kam es immer wieder zu Angriffen auf ausländische Diplomaten und Händler, wogegen sich diese häufig vor den Gerichten der Einzelstaaten zur Wehr setzten.³⁵⁴ Doch weil ihre Klagen oftmals ohne Erfolg blieben, drohte die junge Republik in diplomatische Turbulenzen zu geraten. Also erhielten die Gerichte des Bundes eine Zuständigkeit für Klagen ausländischer Personen, die Verletzungen des *law of nations* zum Gegenstand haben.³⁵⁵ Allerdings kam die dem ATS ursprüng-

351 In den USA haben sowohl der Bund als auch die Einzelstaaten eine eigenständige Gerichtsbarkeit. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gerichten des Bundes und der Einzelstaaten folgt der Grundstruktur der US-Verfassung, nach der die Staaten und ihre Organe grundsätzlich allgemein, die des Bundes nur kraft ausdrücklicher Ermächtigung zuständig sind, siehe *Reimann*, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen in den USA jenseits des Alien Tort Claims Act, in: *Krajewski/Oehm/Saage-Maß* (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, 101–145, 116. Die US-Bundesgerichte sind nur in den in Art. 3 Abs. 2 US-Verfassung genannten Fällen zuständig, soweit der Kongress die Bundesgerichte gesetzlich zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in einem dieser Fälle ermächtigt hat, siehe *Chemerinsky*, Federal Jurisdiction, 8. Auflage 2021, 299 ff. Für eine deutschsprachige Einführung in die US-Bundesgerichtsbarkeit siehe *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Auflage 2001, 14 ff.

352 *Bradley*, International Law in the US Legal System, 3. Auflage 2020, 210.

353 28 U.S.C. § 1350.

354 *Stephens*, The Curious History of the Alien Tort Statute, *Notre Dame Law Review* 89:4 (2014), 1467–1543, 1470 ff.; *Bradley*, 3. Auflage 2020, 210 ff. Für eine Übersicht über die umfassende Literatur zu der Entstehung und der Geschichte des ATS *Ewell/Hathaway/Nohle*, Has The Alien Tort Statute Made a Difference? A Historical, Empirical, and Normative Assessment, *Cornell Law Review* 107:5 (2022), 1205–1318, 1212 (Fn. 19).

355 Die zweite Variante, Verstöße gegen einen von den USA unterzeichneten völkerrechtlichen Vertrag, spielt in der Geschichte des ATS eine nur untergeordnete Rolle, siehe *Bradley*, 3. Auflage 2020, 209.

lich zugedachte Funktion kaum zum Tragen: Für fast 200 Jahre spielte das ATS in der Rechtsprechung der US-Bundesgerichte faktisch keine Rolle.³⁵⁶

Seine Wiedergeburt erlebte das Gesetz mit der Entscheidung des Second Circuit in der Sache *Filártiga* im Jahr 1980.³⁵⁷ Die Kläger waren Verwandte des in Paraguay von Polizisten zu Tode gefolterten *Joelito Filártiga*, der Beklagte ein an der Tat beteiligter Polizist. Da die Kläger Ausländer waren und deliktische Ansprüche geltend machten, hatte das Gericht insbesondere zu klären, ob das *law of nations* dem Völkerrecht der Gegenwart entspricht und staatlich durchgeführte Folter dagegen verstößt. Auch vor dem Hintergrund der unterstützenden Haltung der Regierung *Carter*³⁵⁸ bejahte das Gericht beide Fragen: „This is undeniably an action by an alien, for a tort only, committed in violation of the law of nations.“³⁵⁹ Der Tragweite der Entscheidung scheint sich das Gericht selbst bewusst, wenn es im letzten Satz des Urteils ausführt: „Our holding today, giving effect to a jurisdictional provision enacted by our First Congress, is a small but important step in the fulfilment of the ageless dream to free all people from brutal violence.“³⁶⁰ Nach der Entscheidung des Second Circuit sprach das erstinstanzliche Gericht den *Filártigas* Schadensersatz in Millionenhöhe zu.³⁶¹

Mit *Filártiga* war das ATS als Grundlage von Klagen für im Ausland begangene Menschenrechtsverletzungen etabliert. Die Symbolwirkung der Entscheidung war enorm angesichts der begrenzten Möglichkeiten, Menschenrechtsverletzungen vor nationalen oder internationalen Foren zu ahnden.

356 *Ewell/Hathaway/Nohle*, Cornell Law Review 107:5 (2022), 1205–1318, 1213 f.

357 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876. Wiederentdeckt haben das Statut Anwälte des Center for Constitutional Rights, das viele ATS-Kläger, darunter auch die Kläger in *Filártiga*, bei ihren Verfahren unterstützte, siehe *Davis*, Justice Across Borders: The Struggle for Human Rights in U.S. Courts, 2008, 18 ff. Die Geschichte des Statuts seit seiner Wiederbelebung beschreiben ausführlich *Ewell/Hathaway/Nohle*, Cornell Law Review 107:5 (2022), 1205–1318, 1215 ff.

358 Ausführlich *Stephens*, Notre Dame Law Review 89:4 (2014), 1467–1543, 1481.

359 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876, 887.

360 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876, 890.

361 US District Court for the Eastern District of New York, *Filártiga v. Peña-Irala*, Entscheidung vom 10.01.1984, 577 F. Supp. 860.

Allerdings ist es es nicht allein auf das ATS zurückzuführen, dass die *human rights litigation* über Jahrzehnte ein vorwiegend US-amerikanisches Phänomen war: Zunächst entsprechen Menschenrechtsklagen dem in den USA verbreiteten Ansatz, Gemeinwohlbelange im Wege des Zivilprozesses durchzusetzen.³⁶² Außerdem ermöglicht das US-amerikanische Zuständigkeitsverständnis Verfahren, die keine bzw. nur minimale territoriale oder personale Bezüge zu den USA aufweisen.³⁶³ Ebenso trugen klägerfreundliche Prozesskostenregelungen sowie die *pro bono*-Tätigkeit von Menschenrechtsanwälten³⁶⁴ zur Attraktivität der US-Gerichte als Foren für Menschenrechtsklagen bei. Zudem ließen das Instrument der Sammelklage und die z. T. extrem hohen Strafschadensersatzsummen gerade Unternehmen mit in den USA vollstreckbarem Vermögen ATS-Verfahren fürchten.³⁶⁵ Es war also eine Vielzahl an Faktoren, die die US-Gerichte faktisch zu „Weltgerichten“³⁶⁶ in Menschenrechtsfragen machten. Zwar endeten die wenigsten Fälle mit Urteilen zugunsten der Kläger.³⁶⁷ Dennoch maßen viele ATS-Kläger den Verfahren große Bedeutung bei, weil sie ihnen ermöglichten, ihr

362 Ausführlich zu dieser sog. *public interest litigation* Stephens, *Translating Filártiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations*, *Yale Journal of International Law* 27:1 (2002), 1–58, 12 ff.

363 Prominente Beispiele sind die Zuständigkeitsbegründung aufgrund der Klagezustellung im Gerichtsbezirk (*tag jurisdiction*) oder, mittlerweile durch den Supreme Court verworfen, aufgrund der wirtschaftlichen Betätigung des Beklagten in den USA (*doing business jurisdiction*), siehe unten Fn. 610.

364 Laut Ewell/Hathaway/Nohle, *Cornell Law Review* 107:5 (2022), 1205–1318, 1216, inspirierte *Filártiga* eine ganze Generation US-amerikanischer Menschenrechtsanwälte, die mit der Zeit eine zunehmende Zahl z. T. strategisch ausgewählter Verfahren vor den US-Bundesgerichten führten.

365 Heß, *Transatlantische Justizkonflikte*, AG 51:22 (2006), 809–818, 811 ff.; Widmer Lüchinger, *Schweizerisches und US-amerikanisches Haftpflichtrecht: Konvergenz/Divergenz*, ZBJV 151:7–8 (2015), 545–581, 549 ff.; von Hein, *USA: Punitive Damages für unternehmerische Menschenrechtsverletzungen*, ZGR 45:2/3 (2016), 414–436, 416.

366 So Halfmeier, *Menschenrechte und Internationales Privatrecht im Kontext der Globalisierung*, *RabelsZ* 68:4 (2004), 653–686, 654; Michaels, *US-Gerichte als Weltgerichte – Die Avantgarde der Globalisierung*, *DAJV Newsletter* 31:2 (2006), 46–54.

367 Laut Ewell/Hathaway/Nohle, *Cornell Law Review* 107:5 (2022), 1205–1318, 1250, 1254, 1302 ff., die alle veröffentlichten, in Summe über 500 ATS-Verfahren analysiert haben, endeten nur 28 Prozent aller ATS-Verfahren zugunsten der Kläger, und in nur 25 Fällen erstritten die Kläger Schadensersatzurteile zu ihren Gunsten; zudem kamen die Beklagten ihrer Zahlungsverpflichtung nur in sechs dieser Fälle nach, und das wiederum nur teilweise.

Schicksal vor einem US-amerikanischen Gericht und damit vor einer größeren Öffentlichkeit vorzutragen.³⁶⁸

II) Grundlagen der Haftung für Menschenrechtsverletzungen unter dem ATS

Die Grundlagen der Haftung für Menschenrechtsverletzungen in ATS-Verfahren ergeben sich aus einem Zusammenspiel von Urteilen, die unterschiedliche US-Bundesgerichte erlassen haben. Dieser Abschnitt beschränkt sich auf die materiell-rechtlichen Aspekte der ATS-Rechtsprechung, die in der US-amerikanischen Korpusliteratur intensiv diskutiert wurden und die für die vergleichenden Überlegungen von Interesse sind.³⁶⁹

1) Das ATS als Zuständigkeitsvorschrift und die ATS-Anspruchsgrundlage

Das ATS begründet die sachliche Zuständigkeit der US-Bundesgerichte, auf Völkerrechtsverletzungen beruhende Deliktssklagen von Ausländern zu entscheiden. Die Norm ist keine Anspruchsgrundlage, wie der Supreme Court in seiner ersten Entscheidung zum ATS, *Sosa v. Alvarez-Machain*, im Jahr 2004 deutlich gemacht hat.³⁷⁰ Allerdings ermächtigt die Vorschrift die US-Bundesgerichte, dem *federal common law* in engen Grenzen das ATS komplementierende Anspruchsgrundlagen (*cause of action*) zu entnehmen und fortzuentwickeln.³⁷¹ Mit dieser Anspruchsgrundlage können Auslän-

368 So die langjährige ATS-Anwältin *Stephens*, Notre Dame Law Review 89:4 (2014), 1467–1543, 1542 (zum Korpusbeitrag der Autorin unten Kapitel 4) B) I) 1)). Ausführlich zu den nichtfinanziellen Beweggründen vieler ATS-Kläger *Ewell/Hathaway/Nohle*, Cornell Law Review 107:5 (2022), 1205–1318, 1253 ff.

369 Übersicht zur hier ausgeklammerten internationalen Zuständigkeit, dem anwendbaren Recht sowie weiteren prozessrechtlichen Aspekten von Menschenrechtsklagen vor US-Gerichten bei *Reimann*, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maß (Hrsg.), 2018, 101–145.

370 US SC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, Entscheidung vom 29.06.2004, 542 U.S. 692, 712 ff.

371 Diese Befugnis ist strittig: Zwar ging man zur Zeit der Entstehung des ATS gegen Ende des 18. Jahrhunderts von einem *federal common law* aus, das die Bundesgerichte anwenden und fortentwickeln durften. Damit bestand zum Missfallen der Einzelstaaten die Möglichkeit, dass die Bundesgerichte auch in den Bereichen rechtssetzend tätig werden, die nach der föderalen Zuständigkeitsverteilung den Einzelstaaten obliegen, siehe *Hailer*, Die US-amerikanische Human Rights Litigation nach der Entscheidung des Supreme Court im Fall *Sosa v. Alvarez-Machain*, AdV 44:1 (2006), 76–92, 84 f. Im Jahr 1938 entschied der Supreme Court dann

der Völkerrechtsverletzungen „spiegelbildlich“³⁷² zur Zuständigkeitsnorm geltend machen.

2) Unter dem ATS durchsetzbare Völkerrechtsverletzungen

Entgegen dem weiten Wortlaut des Gesetzes („violation of the law of nations“) konnte unter dem ATS allerdings nicht jeglicher Völkerrechtsverstoß beanstandet werden, wie der Supreme Court in *Sosa* klargestellt hat. Der Sachverhalt ist kurios: Der erstinstanzliche Kläger *Alvarez-Machain* war nach Informationen der USA an der Ermordung eines Amerikaners in Mexiko beteiligt. Da Mexiko eine Überstellung *Alvarez-Machains* in die USA verweigerte, heuerten die US-Behörden Kopfgeldjäger an, die den Gesuchten in die USA bringen sollten. Dies gelang, sodass *Alvarez-Machain* vor ein amerikanisches Gericht gestellt werden konnte. Dieses sprach ihn allerdings aufgrund unzureichender Beweislage frei. Nach seinem Freispruch strengte *Alvarez-Machain* eine ATS-Klage u. a. gegen einen der Kopfgeldjäger (*Sosa*) an, in der er geltend machte, seine Überführung in die USA sei eine völkerrechtswidrige Entführung gewesen.

In seiner Entscheidung urteilte der Supreme Court, die Völkerrechtsnormen, deren Verletzung unter dem ATS geltend gemacht werden können, seien nicht auf diejenigen beschränkt, die der Kongress bei Verabschiedung des Gesetzes vor Augen hatte (Verletzung des freien Geleits, Angriffe auf ausländische Diplomaten sowie Piraterie).³⁷³ Allerdings müssen die in einer Klage geltend gemachten Völkerrechtsnormen so allgemein anerkannt und klar definiert sein wie die historischen Vorläufer.³⁷⁴ Dieser Ansatz entsprach der Herangehensweise der Instanzgerichte, die zuvor die Verletzung von Völkerrechtsnormen, die als „specific, universal and obligatory“ einzustufen

in einer Grundsatzentscheidung, dass ein *federal general common law*, also von den Bundesgerichten entwickeltes, von den Einzelstaaten unabhängiges *common law*, nicht existiert, siehe US SC, *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, Entscheidung vom 25.04.1938, 304 U.S. 64. In *Sosa* argumentierte der Supreme Court allerdings, dass die Kompetenz der Bundesgerichte, *federal common law* unter dem ATS anzuwenden und fortzuentwickeln, vom Kongress nicht beschnitten wurde und daher fortbesteht, siehe US SC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 724 f. Ausführlich zum *federal common law* Chemerinsky, 8. Auflage 2021, 403 ff. (431 f. zur Möglichkeit der US-Bundesgerichte, *federal common law* unter dem ATS zu entwickeln); aus der deutschen Literatur ferner von Hein, ZGR 45:2/3 (2016), 414–436, 430 f.

372 Stürner, JZ 69:1 (2014), 13–23, 15.

373 US SC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 724.

374 US SC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 732.

sind, als unter dem ATS einklagbar angesehen hatten.³⁷⁵ Dieser Formel, die nicht notwendig deckungsgleich mit völkerrechtlichen Kategorien wie etwa dem zwingenden Völkerrecht ist, kommt eine Filterfunktion zu: Nur Verletzungen bestimmter Völkerrechtsnormen sollen unter dem ATS einklagbar sein.³⁷⁶ Die Entführung *Alvarez-Machain*s wertete der Supreme Court nicht als Verstoß gegen eine solche Völkerrechtsnorm.³⁷⁷

Neben der Ermittlung der Völkerrechtsnormen, deren Verletzung eine ATS-Haftung auslösen kann, war die Frage zu beantworten, inwieweit die geltend gemachte Norm den Beklagten bindet. Nachdem der Second Circuit in der *Filártiga*-Entscheidung aus dem Jahr 1980 die ATS-Haftung eines Staatsbeamten bejahte, legte dasselbe Gericht in der *Karadzic*-Entscheidung aus dem Jahr 1995 die Grundlagen für Klagen gegen Privatpersonen.³⁷⁸ Bei dem Beklagten handelte es sich um den Präsidenten der Republika Srpska, *Radovan Karadzic*, dem die bosnisch-muslimischen Kläger schwerste Menschenrechtsverletzungen vorwarfen. *Karadzic* brachte ein, bei der Republika handele es sich um keinen Staat, er sei also eine Privatperson, die nicht an das Völkerrecht gebunden ist. Ungeachtet der Staatsqualität der Republika befand der Second Circuit, ein Individuum könne durchaus gegen völkerrechtliche Normen verstoßen: „[W]e hold that certain forms of conduct violate the law of nations whether undertaken by those acting under the auspices of states or only as private individuals.“³⁷⁹ Zu diesen von Privaten verletzbaren Völkerrechtsnormen zählte das Gericht u. a. das völkergewohnheitsrechtliche Völkermordverbot, das nicht allein den Staat binde.³⁸⁰ Diese Argumentation sollten einige US-Gerichte später auch auf juristische Personen anwenden.

375 US SC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 732.

376 *Roberts*, Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law, ICLQ 60:1 (2011), 57–92, 77.

377 US SC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 738.

378 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kadic v. Karadzic*, Entscheidung vom 13.10.1995, 70 F.3d 232. Zur zentralen Bedeutung der Entscheidung für den weiteren Verlauf der ATS-Rechtsprechung *Stürner*, JZ 69:1 (2014), 13–23, 16; *Stephens*, The Rise and Fall of the Alien Tort Statute, in: Deva/Birchall (Hrsg.), Research Handbook on Human Rights and Business, 2020, 46–62, 51.

379 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 239.

380 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 241 ff.

III) ATS-Klagen gegen Unternehmen

ATS-Klagen gegen Unternehmen hatten bereits vor *Sosa* an Bedeutung gewonnen.³⁸¹ Mit der Zeit wurden sie zur wichtigsten Beklagtengruppe: Bis in das Jahr 2020 wurden etwa 150 Verfahren gegen Unternehmen aus mehr als 60 Ländern eingereicht.³⁸² Während anfängliche ATS-Verfahren häufig symbolischen Charakter hatten, weil sie den Klägern Gehör verschafften, zielte die *corporate human rights litigation* z. T. stärker auf wirtschaftliche Entschädigungen ab.³⁸³ Tatsächlich endeten einige der Verfahren mit Vergleichen, da die beklagten Unternehmen langwierige Prozesse und Rufschäden fürchteten.³⁸⁴

Bevor die ATS-Haftung von Unternehmen im Jahr 2013 den Supreme Court erreichte, der sich der Thematik 2018 und 2021 zwei weitere Male annahm,³⁸⁵ waren zwei materiell-rechtliche Fragen von besonderer Bedeutung. Dabei handelte es sich zum einen um die für den weiteren Verlauf der Arbeit zentrale Frage, ob Unternehmen an völkerrechtliche Normen gebunden sind. Diese griffen die US-Bundesgerichte z. T. ausführlich im Rahmen ihrer Erörterungen der ATS-Haftung von Unternehmen auf (1). Die zweite Frage ergab sich aus der Sachverhaltskonstellation, die ATS-Klagen gegen Unternehmen zumeist zugrunde lag: Unternehmen wurden häufig als Anstifter oder Gehilfen ausländischer Regierungen verklagt, denen Menschenrechtsverletzungen vorgeworfen wurden (sog. *aiding and abetting liability*). Nach welchen Maßstäben eine Haftung von Unternehmen wegen Anstiftung und Beihilfe möglich ist, beurteilen die US-Bundesgerichte unterschiedlich (2).

381 Die erste bekannte einschlägige Entscheidung ist US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *John Doe I v. Unocal Corp.*, Entscheidung vom 18.09.2002, 395 F.3d 932.

382 Siehe (aus der Korpusliteratur) *Raycraft*, Bridging the Void in Transnational Corporate Accountability: *Jesner v. Arab Bank as a Call to Action*, Virginia Journal of International Law 60:3 (2020), 737–778, 739.

383 *Stephens*, Notre Dame Law Review 89:4 (2014), 1467–1543, 1513. Ausführlich zu den Gründen, warum ATS-Klagen gegen Unternehmen aus Klägersicht als vielversprechend galten, siehe *Bradley*, 3. Auflage 2020, 232.

384 Eine Übersicht über Vergleiche, die ATS-Kläger und Beklagte (inkl. Unternehmen) geschlossen haben, geben *Ewell/Hathaway/Nohle*, Cornell Law Review 107:5 (2022), 1205–1318, 1278, 1309 ff. Laut der Studie der Autoren ist nur ein Unternehmen in einem ATS-Verfahren tatsächlich zu einer Geldzahlung verurteilt worden, siehe ebd. 1268.

385 Zu den Entscheidungen des Supreme Courts sogleich unten Kapitel 4) A) IV).

1) Bindung von Unternehmen an das Völkerrecht

In der Rechtsprechung der US-Bundesgerichte finden sich unterschiedliche Positionen und Herangehensweisen bzgl. der Frage, ob Unternehmen völkerrechtlichen Pflichten unterliegen, für deren Verletzung sie unter dem ATS haftbar gemacht werden können.

Eine zweistufige Herangehensweise verfolgt der Ninth Circuit in der Entscheidung *Sarei v. Rio Tinto*.³⁸⁶ Die Kläger warfen dem australisch-britischen Bergbaukonzern Rio Tinto vor, die papua-neuguineische Armee zur Begehung schwerster Menschenrechtsverletzungen, darunter Verstöße gegen das Genozidverbot, angestiftet zu haben. In seiner Entscheidung stellte das Gericht fest, das Genozidverbot sei als *ius cogens*-Norm bindend, angesichts der über 140 Ratifizierungen der Völkermordkonvention universell und mit Blick auf die Völkermorddefinition in Art.1 der Konvention auch ausreichend konkret.³⁸⁷ Damit qualifizierte das Gericht das Völkermordverbot in Einklang mit den Vorgaben aus *Sosa* als unter dem ATS einklagbar.³⁸⁸

Anschließend wandte sich das Gericht der Frage zu, ob Unternehmen für Verstöße etwa gegen das Völkermordverbot unter dem ATS haftbar gemacht werden können. Dazu argumentiert das Gericht:

„The ICJ has made it explicitly clear that a state may be responsible for genocide committed by groups or persons whose actions are attributable to states. This clarity about collective responsibility implies that organizational actors such as corporations or paramilitary groups may commit genocide. Given the universal nature of the prohibition, if an actor is capable of committing genocide, that actor can necessarily be held liable for violating the *jus cogens* prohibition on genocide. Indeed, the implication that an actor may avoid liability merely by incorporating is inconsistent with the universal and absolute nature of the prohibition against genocide.“³⁸⁹

386 US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, Entscheidung vom 25.10.2011, 671 F.3d 736.

387 US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 671 F.3d 736, 758 f.

388 US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 671 F.3d 736, 759.

389 US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 671 F.3d 736, 759 f. (Fußnoten ausgelassen; Hervorhebung im Original).

Das IGH-Urteil, auf das der Ninth Circuit verweist, ist die Entscheidung *Application of the Genocide Convention*³⁹⁰. Darin legt der IGH dar: Die Pflicht der Mitgliedsstaaten der Völkermordkonvention, die Begehung eines Völkermordes zu verhindern und zu bestrafen, beinhaltet auch die Pflicht, selbst keinen Völkermord zu begehen.³⁹¹

Die Passage des IGH-Urteils, das der Ninth Circuit zitiert, lautet: Die Vertragsparteien der Völkermordkonvention „are bound not to commit genocide, through the actions of their organs or persons or groups whose acts are attributable to them.“³⁹² Aus diesem Halbsatz, der mit Blick auf das Recht der Staatenverantwortlichkeit nur deklaratorisch ist, folgert der Ninth Circuit, dass organisierte Einheiten einen Völkermord begehen können. Daraus folge, dass auch Unternehmen (faktisch) einen Völkermord begehen können. Und wer zur Begehung eines Völkermordes in der Lage ist, könne angesichts der universellen und zwingenden Natur des Völkermordverbotes für Verstöße haftbar gemacht werden. Der entscheidende Schritt in der Argumentation des Ninth Circuit ist also, aus der Fähigkeit eines Akteurs, eine Norm (des zwingenden Völkerrechts) zu verletzen, auf dessen Bindung an die Norm zu schließen. Allerdings sagt das Gericht weder in der zitierten Passage noch anderswo eindeutig und in der völkerrechtlich gängigen Terminologie, Unternehmen seien an das Völkermordverbot gebunden – zumal dieser Befund keinesfalls unstreitig ist.³⁹³ Die Schwierigkeit, der Entscheidung eine klare Aussage über die Bindung von Unternehmen an das Völkermordverbot zu entnehmen, ist auch darin begründet, dass das Gericht häufig nicht eindeutig zwischen nationalrechtlichen und völkerrechtlichen Erwägungen unterscheidet.³⁹⁴

390 IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 2007 ICJ Reports 43.

391 IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 2007 ICJ Reports 43, 113 (Rn. 166).

392 IGH, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 2007 ICJ Reports 43, 114 (Rn. 167; eigene Hervorhebung).

393 Am deutlichsten ist die Abschnittsüberschrift: „The jus cogens prohibition of genocide extends to corporations.“ Siehe US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 671 F.3d 736, 759.

394 Vgl. allgemein zu dieser Tendenz *Roberts*, ICLQ 60:1 (2011), 57–92, 77: „US courts have drawn on a hodgepodge of domestic and international law analogies in order

Eine ganze Reihe an Argumenten, warum „corporations may be liable for violations of international law, particularly when their actions constitute *jus cogens* violations“, liefert der US District Court for the Southern District of New York in der *Talisman*-Entscheidung aus dem Jahr 2003.³⁹⁵ Das Gericht stützt seine Haltung auf US-Präzedenzfälle sowie auf völkerrechtliche Überlegungen: Die Grundlage der Unternehmenshaftung für Völkerrechtsverletzungen bildeten die Nürnberger Industriellenprozesse, die gezeigt hätten, dass Unternehmen gegen Völkerrecht verstoßen können, auch wenn in Nürnberg nur Privatpersonen angeklagt waren.³⁹⁶ Außerdem führt das Gericht u. a. „International Organization Precedent“³⁹⁷ an, darunter die AEMR, aus deren Präambel sich ergebe, dass Unternehmen die Pflicht hätten, international anerkannte Menschenrechte zu achten³⁹⁸. In seiner Schlussfolgerung nimmt das Gericht schließlich eine Gleichsetzung von Individuen und juristischen Personen vor: „Given that private individuals are liable for violations of international law in certain circumstances, there is no logical reason why corporations should not be held liable, at least in cases of *jus cogens* violations.“³⁹⁹

to answer secondary questions, such as whether to permit actions against corporations (...).“

395 US District Court for the Southern District of New York, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, Entscheidung vom 19.03.2003, 244 F. Supp. 2d 289, 308 (Hervorhebung im Original).

396 US District Court for the Southern District of New York, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 315 (Hervorhebung im Original): „The concept of corporate liability for *jus cogens* violations has its roots in the trials of German war criminals after World War II.“

397 US District Court for the Southern District of New York, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 317.

398 US District Court for the Southern District of New York, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 318: „[C]orporations are obligated to respect basic human rights of individuals, such as the right to life, the right to freedom from slavery, and the right to be free from torture and cruel and inhuman treatment.“ Allerdings geht das Gericht nicht auf die Unverbindlichkeit der AEMR oder die Frage ein, welche rechtliche Bedeutung Präambeln (von an sich unverbindlichen Erklärungen) beigemessen werden kann; dazu oben Kapitel 3) B) II) 1).

399 US District Court for the Southern District of New York, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 319 (Hervorhebung im Original).

Neben den skizzierten, argumentativ aufwendigen Herangehensweisen sind manche Gerichte auch schlicht von der Haftung von Unternehmen unter dem ATS ausgegangen.⁴⁰⁰

Die ATS-Entscheidungen, die von einer Haftung von Unternehmen wegen Völkerrechtsverletzungen sowie der Bindung von Unternehmen an Völkerrecht ausgingen, können mit der Klassifizierung *Portmanns* als Ausdruck der individualistischen Konzeption von Völkerrechtssubjektivität gedeutet werden: Weil Unternehmen die (Menschen-)Rechte des Einzelnen beeinträchtigen können, sah man keinen Grund, Unternehmen anders als Individuen zu behandeln, deren Völkerrechtsbindung im Bereich des Völkerstrafrechts sowie ATS-Haftung anerkannt waren.⁴⁰¹

Eine andere Stoßrichtung weist die *Kiobel*-Entscheidung des Second Circuits auf: Das ATS, so das Gericht, gestatte überhaupt keine Klagen gegen Unternehmen.⁴⁰² Dem Fall lag eine für ATS-Verfahren typische Sachverhaltskonstellation zugrunde: Die nigerianischen Kläger warfen dem britisch-niederländischen Shell-Konzern vor, durch seine nigerianische Tochtergesellschaft in Menschenrechtsverletzungen durch die nigerianische Regierung verstrickt gewesen zu sein. In seiner Entscheidung fragte das Gericht, ob *corporate liability* eine Völkerrechtsnorm sei, die man als „specific, universal and obligatory“ einstufen könne.⁴⁰³ Das Gericht ermittelte also nicht, inwieweit einzelne Völkerrechtsnormen Unternehmen binden. Vielmehr fragte es, ob eine allgemeine, den in *Sosa* festgehaltenen Kriterien entsprechende Norm existiert, die die Haftung multinationaler Unternehmen für Völkerrechtsverletzungen vorsieht. Dafür setzt sich das Gericht u. a. mit der Praxis völkerstrafrechtlicher Tribunale auseinander: Da sich die Jurisdiktion dieser Gerichte nie auf juristische Personen erstreckt habe, sei *corporate liability* keine universell anerkannte Völkerrechtsnorm.⁴⁰⁴ Auch dem Völkervertragsrecht seien keine Anhaltspunkte für das Bestehen

400 Siehe m. w. N. US Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Flomo v. Firestone Natural Rubber Co., LLC*, Entscheidung vom 11.07.2011, 643 F.3d 1013, 1017: „All but one of the cases at our level hold or assume (mainly the latter) that corporations can be liable.“

401 *Portmann*, 2010, 166 f. Zu den Konzeptionen *Portmanns* oben Kapitel 3) A) II).

402 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, Entscheidung vom 17.09.2010, 621 F.3d 111.

403 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 131 ff.

404 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 137.

einer solchen Norm zu entnehmen.⁴⁰⁵ Letztlich kommt das Gericht zu dem Schluss, dass „[t]he concept of corporate liability for violations of customary international law has not achieved universal recognition or acceptance (...)“.⁴⁰⁶ Folglich seien Klagen gegen Unternehmen unter dem ATS gänzlich unmöglich.

2) Anstifter- und Gehilfenhaftung von Unternehmen

Ferner waren die Voraussetzungen zu klären, nach denen Unternehmen wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zu staatlichen Menschenrechtsverletzungen unter dem ATS haftbar sind (*aiding and abetting liability*). Die Thematik gilt als komplex, da schon keine Einigkeit besteht, welche Rechtsordnung zur Bestimmung des Maßstabes heranzuziehen ist: Ergeben sich die Voraussetzungen für diese Form der Haftung aus dem *federal common law* oder dem Völkerrecht?⁴⁰⁷ Da die Thematik nur wenig in der Korpusliteratur aufgegriffen wurde, möge an dieser Stelle ein kurzer Überblick genügen. Viele Gerichte befanden das Völkerrecht für maßgeblich.⁴⁰⁸ Unter Rückgriff auf die Rechtsprechung völkerstrafrechtlicher Tribunale kristallisierten sich zwei Herangehensweisen heraus: Manche Gerichte ließen es genügen, dass die beklagten Unternehmen die Menschenrechtsverletzungen wissentlich förderten (*knowledge-Standard*).⁴⁰⁹ Andere verlangten, der Zweck der Beihilfehandlung müsse gerade darin liegen, die Verwirklichung der in Rede stehenden staatlichen Menschenrechtsverletzungen zu fördern (*purpose-Standard*).⁴¹⁰

405 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 137 ff.

406 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 149.

407 Bradley, 3. Auflage 2020, 232 f. Für eine Übersicht über den Diskussionsstand siehe jeweils m. w. N. Schulz, Das Alien Tort Statute und transnationale Deliktssklagen, 2016, 189 ff.

408 Reimann, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maß (Hrsg.), 2018, 101–145, 128.

409 Reimann, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maß (Hrsg.), 2018, 101–145, 128.

410 Reimann, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maß (Hrsg.), 2018, 101–145, 128.

IV) Die Entscheidungen des Supreme Courts zur ATS-Haftung von Unternehmen seit dem Jahr 2013

Angesichts der *Kiobel*-Entscheidung des Second Circuit bestanden unterschiedliche Auffassungen unter den US-Berufungsgerichten bzgl. der ATS-Haftung von Unternehmen. Da solche sog. *circuit splits* häufig zur Annahme eines Falles durch den Supreme Court führen, war die Annahme des *Kiobel*-Falles durch den Obersten Gerichtshof keine Überraschung. Mit der Entscheidung verbanden Wissenschaft, Praxis und Zivilgesellschaft große Erwartungen, waren doch in der 30-jährigen Rechtsprechung zahlreiche bis dato ungeklärte Fragen zur Auslegung des ATS aufgetaucht.⁴¹¹

Doch das Verfahren nahm eine unerwartete Wendung: Statt die Frage nach der Unternehmenshaftung zu adressieren, brachte der Supreme Court während der mündlichen Verhandlung die viel grundlegendere Frage auf, inwieweit das ATS überhaupt auf extraterritoriale Sachverhalte anwendbar ist.⁴¹² Damit stand das Konzept der Menschenrechtsklagen unter dem ATS ganz grundsätzlich auf dem Spiel, da ATS-Verfahren fast durchweg Auslandsbezug aufwiesen: Aus Klägersicht lag der Nutzen des ATS gerade darin, im Ausland begangene Menschenrechtsverletzungen vor US-amerikanischen Gerichten zu verhandeln.⁴¹³

Hintergrund der durch den Supreme Court aufgeworfenen Frage ist die sog. *presumption against extraterritoriality doctrine*, nach der die widerlegbare Vermutung gilt, dass amerikanische Gesetze auf Auslandssachverhalte grundsätzlich keine Anwendung finden.⁴¹⁴ Die Überlegung, die Doktrin auf das ATS anzuwenden, kam einerseits überraschend, da der Gerichtshof keine zehn Jahre zuvor in *Sosa* die Anwendbarkeit des ATS auf Auslandssachverhalte nicht in Frage gestellt hatte. Andererseits hatten die konservativen

411 Wuerth, AJIL 107:3 (2013), 601–621, 602.

412 Zur ersten mündlichen Verhandlung vor dem Supreme Court Reimann, Das Ende der Menschenrechtsklagen vor den amerikanischen Gerichten?, IPRax 33:5 (2013), 455–462, 456.

413 Nur etwa 20 Prozent der unter dem Statut verhandelten Fälle hatten Handlungen zum Gegenstand, die auf dem Staatsgebiet der USA stattfanden, während sich der Großteil der Fälle im Ausland (in 95 verschiedenen Staaten) abspielte, siehe Ewell/Hathaway/Nohle, Cornell Law Review 107:5 (2022), 1205–1318, 1239 f.

414 Ausführlich zu den Grundlagen der *doctrine Knox*, A Presumption Against Extrajurisdictionality, AJIL 104:3 (2010), 351–396, 366 ff.

Richter um *Justice Scalia* zuvor bereits häufig gegen die Anwendbarkeit von US-Bundesgesetzen auf Auslandssachverhalte entschieden.⁴¹⁵

Die Idee, die Doktrin auch auf das ATS anzuwenden, hatten zwei ehemalige Regierungsbeamte in das *Kiobel*-Verfahren eingebracht, darunter *John Bellinger III*, der während der zweiten Präsidentschaft *George W. Bushs* Rechtsberater des US-Außenministeriums war.⁴¹⁶ Dieser Ansatz setzte sich durch: Nach der zweiten mündlichen Verhandlung bejahte der Gerichtshof mit einer knappen Mehrheit, die sich auf die konservativen Richter stützte, die Anwendbarkeit der Doktrin auf das ATS: Das Gesetz enthalte keine Anhaltspunkte, auch auf Auslandssachverhalte angewendet zu werden. Folglich sei das Gesetz nur anwendbar, wenn die geltend gemachten Ansprüche „touch and concern the territory of the United States (...) with sufficient force“.⁴¹⁷ Die Entscheidung hatte eine immense Tragweite: Fortan konnten Fälle ohne Bezug zum Staatsgebiet der USA, die das ATS sowohl bekannt gemacht hatten als auch für Kontroversen sorgten, nicht mehr unter dem Gesetz verhandelt werden.⁴¹⁸

415 Ausführlich *Reimann*, Rückzug der „Rechtsweltmacht?“ – Neo-Territorialismus im US-Supreme Court, in: Bruns/Kern u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag (2. Teilband), 2013, 1779–1800, 1789 ff.

416 Brief of Amici Curiae BP America, Caterpillar u.a. in Support of Respondents, US Supreme Court, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108, abrufbar unter <https://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/2012.02%20BP%20America%20Amicus%20Brief.pdf> (zuletzt besucht: 22.12.2023). Zu den Hintergründen *Ewell/Hathaway/Nohle*, Cornell Law Review 107:5 (2022), 1205–1318, 1236 f. Hingegen der Eingabe des Harvard-Professors *Jack Goldsmith* entscheidende Bedeutung für den Kurswechsel des Supreme Courts zumessend *Ohlin*, The Assault on International Law, 2015, 32 ff. Einige Staaten, darunter auch Deutschland, hatten in ihren Eingaben ebenfalls für eine Begrenzung der extraterritorialen Reichweite des Statuts argumentiert, siehe Brief of the Federal Republic of Germany as Amicus Curiae in Support of Respondents, US Supreme Court, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108, abrufbar unter <https://ccrjustice.org/sites/default/files/assets/2012.02%20Federal%20Republic%20of%20Germany%20Amicus%20Brief.pdf> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

417 US SC, *Kiobel v. Royal Dutch Petro. Co.*, 569 U.S. 108, 124 f.

418 Im Folgejahr entschied der Supreme Court zudem, dass sich US-Gerichte in Verfahren gegen ausländische Unternehmen nicht allein aufgrund regelmäßiger Geschäftshandlungen des Unternehmens im Forumstaat für zuständig erklären können, siehe US SC, *Daimler AG v. Bauman*, Entscheidung vom 14.01.2014, 571 U.S. 117. Da sich US-Gerichte in ATS-Verfahren häufig auf dieser Basis für (international) zuständig erklärten, setzte auch diese Entscheidung der bisherigen *human rights litigation* unter dem ATS weitere Grenzen, siehe nur *Brunk*, Der „kurze Arm“ der US-Justiz bei internationalen Menschenrechtsverletzungen, RIW 64:8 (2018), 503–511, 506 f.; *Reimann*, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maß (Hrsg.), 2018, 101–145, 107 f.

Die Frage der Unternehmenshaftung unter dem ATS erreichte den Supreme Court fünf Jahre später erneut. In *Jesner v. Arab Bank* warfen die Kläger der beklagten jordanischen Bank die Finanzierung terroristischer Aktivitäten vor, aufgrund derer die Kläger und ihre Familien zu Schaden gekommen seien.⁴¹⁹ In seiner mit knapper 5:4-Mehrheit ergangenen Entscheidung stellt der Oberste Gerichtshof fest, dass das ATS überhaupt keine Klagen gegen ausländische Unternehmen gestattet. Die Gerichtsmehrheit konnte sich jedoch nicht auf eine einheitliche Begründung einigen. Drei der fünf Richter der Mehrheitsmeinung, somit die Mehrheit innerhalb der Mehrheit (*plurality*), schlossen sich der Herangehensweise des Second Circuit in *Kiobel* an: Demnach sei die entscheidende Frage, „whether there is an international-law norm imposing liability on corporations“⁴²⁰. Wie zuvor schon der Second Circuit setzte sich die *plurality* ausführlich mit der Jurisdiktion und Rechtsprechung völkerstrafrechtlicher Tribunale auseinander.⁴²¹ Diese Herangehensweise wertete das Sondervotum von *Justice Sotomayor*, der sich drei weitere Richter anschlossen, als fundamentales völkerrechtliches Missverständnis: In Einklang mit der *Sosa*-Entscheidung sei zu prüfen, ob die in Rede stehende Völkerrechtsnorm Privatpersonen Pflichten auferlegt, und nicht, ob eine allgemeine völkerrechtliche Haftungsnorm für Unternehmen existiert.⁴²² Am Ende ließ die Entscheidung die Frage, ob *corporate liability* völkerrechtlich verankert ist, offen: Klagen gegen ausländische Unternehmen seien schon aufgrund ihres außenpolitischen Konfliktpotentials unzulässig.⁴²³

Die bislang letzte ATS-Entscheidung des Supreme Courts, *Nestlé v. Doe*, erging im Jahr 2021,⁴²⁴ also außerhalb des Untersuchungszeitraums dieser Arbeit, weshalb die Entscheidung nicht (mehr) in der Korpusliteratur aufgegriffen werden konnte. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass das Gericht den Fall mangels ausreichender Bezüge zu den USA zurückwies; Verfahren gegen US-amerikanische Unternehmen scheinen in engen Grenzen aber weiterhin denkbar.⁴²⁵

419 US SC, *Jesner v. Arab Bank, PLC*, Entscheidung vom 24.04.2018, 138 S.Ct. 1386.

420 US SC, *Jesner v. Arab Bank, PLC*, 138 S.Ct. 1386, 1399.

421 US SC, *Jesner v. Arab Bank, PLC*, 138 S.Ct. 1386, 1400 f.

422 US SC, *Jesner v. Arab Bank, PLC*, 138 S.Ct. 1386, 1419 ff. (*Sotomayor*, J., dissenting).

423 US SC, *Jesner v. Arab Bank, PLC*, 138 S.Ct. 1386, 1402.

424 US SC, *Nestlé USA, Inc. v. Doe*, Entscheidung vom 17.06.2021, 141 S. Ct. 1931.

425 Die *Nestlé*-Entscheidung ist stark fragmentiert: Neben der Mehrheitsmeinung gibt es zwei *concurring opinions* und ein Sondervotum. Zählt man allerdings die beiführenden Stimmen zusammen, argumentieren insgesamt fünf Richter, dass

Indem Klagen gegen ausländische Unternehmen sowie Verfahren, die sich gänzlich im Ausland abspielen, unter dem ATS nicht mehr möglich sind, ist die Reichweite des Gesetzes heute geringer als in den 2000er- und frühen 2010er-Jahren, also in dem Zeitraum, in dem die meisten der im Folgenden zu besprechenden US-amerikanischen Korpusbeiträge erschienen.⁴²⁶

B) Die Völkerrechtsbindung privater Unternehmen

Eine insbesondere in der ATS-Rechtsprechung vor der *Kiobel*-Entscheidung des Obersten Gerichtshofs wichtige Frage lautete, inwieweit Unternehmen an Völkerrecht gebunden sind. Mit dieser Frage befassen sich zahlreiche US-amerikanische Korpusbeiträge, die nun vorgestellt werden. Die Darstellung ist in vier Teile gegliedert: In einem ersten Schritt werden die Beiträge vorgestellt, die sich der Völkerrechtsbindung von Unternehmen ausführlich widmen (I). Anschließend wird das Augenmerk auf die völkerrechtlichen Normen gelegt, deren potentielle Bindungswirkung gegenüber privaten Unternehmen in diesen Beiträgen diskutiert wird (II). In den US-amerikanischen Völkerrechtslehrbüchern finden sich Aussagen über etwaige völkerrechtliche Pflichten privater Unternehmen vor allem in den *casebooks*. Der Ansatz US-amerikanischer *casebooks*, neben der Vermittlung von Informationen insbesondere Fragen aufzuwerfen und Denkansätze zu geben, macht sich bei der Diskussion etwaiger völkerrechtlicher Pflichten bemerkbar: Klare Aussagen über die Existenz völkerrechtlicher Pflichten von Unternehmen sind darin kaum auszumachen (III). Ein Zwischenergebnis fasst die ermittelten Ergebnisse zusammen (IV).

US-amerikanische Unternehmen (weiterhin) unter dem ATS zur Haftung gezogen werden können, siehe *Dodge, Nestlé USA, Inc. v. Doe* (U.S. Sup. Ct.), ILM 61:2 (2022), 175–192, 176. Bei diesen Ansichten handelt es sich jedoch um *obiter dicta*, da der Fall auf Grundlage der *presumption against extraterritoriality*-Doktrin entschieden wurde.

- 426 Vgl. aber die Überlegungen, das ATS auch vor dem Hintergrund des Ukraine-Kriegs zu überarbeiten, siehe bspw. *Dodge/Hathaway, Answering the Supreme Court's Call for Guidance on the Alien Tort Statute*, Just Security, 03.06.2022, abrufbar unter <https://www.justsecurity.org/81730/answering-the-supreme-courts-call-for-guidance-on-the-alien-tort-statute/> (zuletzt besucht: 22.12.2023); *Ewell/Hathaway, Why We Need the Alien Tort Statute Clarification Act Now*, Just Security, 27.10.2022, abrufbar unter <https://www.justsecurity.org/83732/why-we-need-the-alien-tort-statute-clarification-act-now/> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

I) Vielfältige Perspektiven in der US-amerikanischen Korpusliteratur

Die Beiträge können in mehrere Gruppen unterteilt werden: *Stephens*, *Paust* und *Koh*, deren Beiträge zwischen 2002 und 2004 erschienen, gehen von einer weitreichenden Völkerrechtsbindung privater Unternehmen aus, die sie z. T. ausdrücklich befürworten (1). Etwa zur selben Zeit legten *Ratner* und *Kinley/Tadaki* ihre Theorien darüber vor, wie eine Bindung privater Unternehmen an die Menschenrechte ausgestaltet und begründet werden könnte (2). Eine andere Stoßrichtung weist der Beitrag *Kus* auf, der die Annahme völkerrechtlicher Unternehmenspflichten durch die ATS-Rechtsprechung und viele US-amerikanische Autoren als unzutreffend zurückweist (3). *Kus* Beitrag erschien nach der *Kiobel*-Entscheidung des Second Circuits, der argumentiert hatte, eine ATS-Haftung von Unternehmen bestehe nicht, weil *corporate liability* keine allgemein anerkannte und etablierte Völkerrechtsnorm sei. Dieser Herangehensweise attestiert *Dodge* in seinem Korpusbeitrag ein fehlendes Verständnis der Funktionsweise des Völkerrechts (4). Weniger an der ATS-Rechtsprechung, sondern vorwiegend an den Entwicklungen auf VN-Ebene ausgerichtet, sind die Beiträge von *Vazquez* und *Knox*, die sich anlässlich der VN-Normen mit den völkerrechtlichen Pflichten Privater befassen. Die Abhandlungen beider Autoren werden gemeinsam mit den anderen Korpusbeiträgen vorgestellt, die sich mit den Entwicklungen auf VN-Ebene befassen (5).

1) Weitreichende Annahmen völkerrechtlicher Pflichten durch einige im ATS-Kontext zu verortende Beiträge

Die Beiträge von *Stephens*, *Paust* und *Koh* unterschieden sich in ihrer Länge und bzgl. der Themen, die sie beleuchten. Sie eint jedoch die umfassende, z. T. stark ergebnisorientiert wirkende Annahme und Befürwortung völkerrechtlicher Unternehmenspflichten.

Stephens ist eine bekannte US-amerikanische Menschenrechtsanwältin, die in vielen ATS-Verfahren beteiligt war, worauf sie zu Beginn ihres Beitrags hinweist.⁴²⁷ Ihre Untersuchung „The Amorality of Profit: Trans-

427 Vgl. den Hinweis der Autorin in der Sternchenfußnote: „I should note that as a cooperating attorney with the Center for Constitutional Rights, I have assisted the plaintiffs in several of the human rights lawsuits against corporations discussed in this article“; siehe *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 45. Vgl. insoweit auch die Aussage *Stephens*, dass sie vom Center for Con-

national Corporations and Human Rights“ erfolgt ausdrücklich vor dem Hintergrund des Machtmissbrauchs deutscher Unternehmen während des Holocaust.⁴²⁸ Die Verknüpfung der Debatte über die Regulierung von Unternehmen mit den Verbrechen, die Unternehmen während der Nazi Herrschaft begangen haben, ist ein gängiges Thema im US-Korpus, auf das im Vergleichskapitel zurückzukommen ist.⁴²⁹

In ihrem Beitrag setzt sich die Autorin ausführlich mit, wie sie es nennt, „corporate human rights law“ auseinander. Nach Ausführungen zur Definition des (multinationalen) Unternehmens und den Herausforderungen ihrer Regulierung wendet sie sich dem Völkerrecht zu. Der Abschnitt über universelle Menschenrechtsnormen und Unternehmen beginnt mit folgenden Überlegungen:

„The international community has determined over the past fifty years that certain actions are prohibited and constitute violations of international law whether or not a state is a party to treaties outlawing the acts. These violations are prohibited by customary international law, binding on all regardless of state consent. The most egregious example is genocide, the intentional destruction, in whole or in part, of a national, ethnic, racial or religious group. Others include summary execution, torture, and slavery and the slave trade. Most of the international agreements that codify these and other human rights obligations are addressed to states, calling on states to enforce the listed obligations. But the norms embedded in the agreements bind the behavior of private individuals and corporations alike.“⁴³⁰

Die Autorin geht also davon aus, dass Unternehmen wie Individuen etwa an das Völkermord- oder Folterverbot der entsprechenden VN-Konventionen gebunden sind, weil diese universelle, jeden Akteur bindende Ver-

stitutional Rights, das viele der ATS-Klagen unterstützte, gerade eingestellt wurde, um Menschenrechtsklagen einzureichen, siehe *Ewell/Hathaway/Nohle*, *Cornell Law Review* 107:5 (2022), 1205–1318, 1216. Siehe ferner *Stephens*, *Taking Pride in International Human Rights Litigation*, *Chicago Journal of International Law* 2:2 (2001), 485–493, worin die Autorin (erfolgreiche) ATS-Verfahren engagiert gegen Kritiker verteidigt, sowie die Schilderung ihrer Erfahrungen in *Stephens*, *Notre Dame Law Review* 89:4 (2014), 1467–1543, 1541 f.

428 *Stephens*, *Berkeley Journal of International Law* 20:1 (2002), 45–90, 47.

429 Siehe unten Kapitel 6) A) IV).

430 *Stephens*, *Berkeley Journal of International Law* 20:1 (2002), 45–90, 71 (Fußnoten ausgelassen).

botsnormen aufstellten. Weder in den Fußnoten noch den nachfolgenden Ausführungen begründet sie diese Position ausführlicher.

Zu der Vielzahl an Aspekten, die die Autorin in der Folge anführt, gehören die Vorgaben, die die AEMR jedem (Art. 29) bzw. in der Präambel jedem einzelnen („every individual“) auferlegt.⁴³¹ Dabei führt *Stephens* die viel zitierte Aussage *Henkins* an, dass „[e]very individual includes juridical persons“.⁴³² Anders als *Henkin* weist die Autorin allerdings nicht auf die grundsätzlich nichtbindende Natur der Erklärung hin.⁴³³ Ferner verweist die Autorin auf die offene Formulierung der Menschenrechtsgarantien: Diese seien als Rechte und nicht als Pflichten bestimmter Akteure formuliert und könnten nicht nur von Staaten, sondern auch Privatpersonen, Unternehmen eingeschlossen, verletzt werden: „When an international agreement applies broadly to all actors, it applies to corporations as well.“⁴³⁴

Außerdem schreibt *Stephens*: „International tribunals have applied human rights and humanitarian norms to corporations from the time of the Nuremberg Tribunals. That legacy, combined with the international consensus on corporate accountability, underlies the application of human rights provisions to corporate as well as individual persons.“⁴³⁵ In Nürnberg seien zwar nur Individuen strafrechtlich verfolgt worden; dennoch habe das Militärgericht Nr. 6 im *I.G. Farben*-Prozess völkerrechtliche Normen auf Unternehmen angewendet.⁴³⁶

Nach weiteren Überlegungen u. a. zum einschlägigen *soft law* sowie der ATS-Rechtsprechung verdeutlicht das Ende ihres Beitrags nochmals die Stoßrichtung ihrer Argumentation: „International law has already developed applicable standards. *The task ahead* is to find effective mechanisms to enforce those norms, to ensure that the amorality of profit does not permit corporate human rights abuses to fester for another fifty years.“⁴³⁷

Paust befasst sich mit den menschenrechtlichen Pflichten von Unternehmen, deren er sich nach einer Auseinandersetzung mit der ATS-Rechtspre-

431 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 77. Ausführlich zur AEMR oben Kapitel 3) B) II) 1).

432 *Henkin*, The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets, Brooklyn Journal of International Law 25:1 (1999), 17–26, 25.

433 *Henkin*, Brooklyn Journal of International Law 25:1 (1999), 17–26, 20.

434 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 77 f.

435 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 76.

436 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 77.

437 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 90 (eigene Hervorhebung).

chung zur Unternehmenshaftung annimmt.⁴³⁸ Seine Ausführungen zum Völkerrecht beginnen mit dem schon von *Stephens* angeführten Argument, die Menschenrechte seien „offen“, d. h. meist ohne Hinweis auf den Verpflichteten formuliert: „Most human rights instruments speak generally of particular rights of each person or everyone without any mention of or limitation concerning which persons or entities owe a corresponding duty. Thus, most duties are generally not limited to state actors and do reach private persons or entities.“⁴³⁹ Wie in *Kapitel 3* gezeigt, adressieren die Menschenrechtsverträge allerdings in ihren Anfangsbestimmungen ausdrücklich die Vertragsstaaten.⁴⁴⁰ Folglich wurde gerade dieser Teil *Pausts* Argumentation (auch) in der hiesigen US-amerikanischen Korpusliteratur kritisiert.⁴⁴¹

Ferner führt der Autor, ebenfalls wie *Stephens*, Art. 29 und die Präambel der AEMR als Argumente für eine Menschenrechtsbindung an.⁴⁴² Zu den weiteren Argumenten, die für die Existenz menschenrechtlicher Pflichten Privater sprächen, zählt der Autor die Präambel des IPBürg.⁴⁴³ Weiterhin beruft sich *Paust* auf Art. 17 EMRK, nach dem die EMRK nicht so ausgelegt werden darf, „als begründe sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als es in der Konvention vorgesehen ist.“ Die Vorschrift untersagt also die Berufung auf die Konventionsrechte, um mit den Werten der EMRK unvereinbare Handlungen vorzunehmen, also bspw. rassistische Äußerungen zu tätigen.⁴⁴⁴ *Paust*

438 *Paust*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 35:3 (2002), 801–826. Nach *Shapiro*, *The Most-Cited Legal Scholars Revisited*, *The University of Chicago Law Review* 88:1 (2021), 1595–1618, 1604, ist *Paust* der am zehnthäufigsten zitierte US-amerikanische Völkerrechtler aller Zeiten. In der Korpusliteratur ist *Paust* mit zwei Beiträgen vertreten: Neben dem an dieser Stelle vorzustellenden Beitrag wird sein im Jahr 2011 im *Virginia Journal of International Law* erschienener Aufsatz im Abschnitt über den US-amerikanischen Diskurs über die Völkerrechtssubjektivität privater Unternehmen vorgestellt, siehe unten Kapitel 4) D) I).

439 *Paust*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 35:3 (2002), 801–826, 810.

440 Siehe oben Kapitel 3) B) II) 1).

441 Vgl. nur die Kritik an *Paust* bei *Knox*, *AJIL* 102:1 (2008), 1–47, 29 (Fn.133); *Ku*, *The Curious Case of Corporate Liability under the Alien Tort Statute: A Flawed System of Judicial Lawmaking*, *Virginia Journal of International Law* 51:2 (2011), 353–396, 384.

442 *Paust*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 35:3 (2002), 801–826, 811.

443 *Paust*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 35:3 (2002), 801–826, 813.

444 *Mensching*, Art. 17, in: *Karpenstein/Mayer* (Hrsg.), *EMRK*, 3. Auflage 2022, Rn. 4 ff.

hingegen entnimmt dem Artikel „an implied correlative duty of any group or person (...) to not destroy or limit such rights.“⁴⁴⁵ Sodann verweist der Autor auf das EGMR-Urteil *Ireland v. United Kingdom* aus dem Jahr 1978: Darin erklärte der Gerichtshof einige der Maßnahmen, die das beklagte Vereinigte Königreich zu Beginn der 1970er-Jahre zur Terrorismusbekämpfung in Nordirland einsetzte, für konventionswidrig.⁴⁴⁶ Bevor sich das Gericht der EMRK-Konformität der beanstandeten Maßnahmen zuwendet, stellt es klar:

„The Court notes first of all that it is not called upon to take cognisance of every single aspect of the tragic situation prevailing in Northern Ireland. *For example, it is not required to rule on the terrorist activities in the six counties of individuals or of groups, activities that are in clear disregard of human rights.* The Court has only to give a decision on the claims made before it by the Irish Republic against the United Kingdom. However, in so doing, the Court cannot lose sight of the events that form the background to this case.“⁴⁴⁷

Das Gericht weist also darauf hin, sich nicht mit den terroristischen Taten zu befassen, die den beanstandeten Maßnahmen Großbritanniens zugrunde liegen. Daraus wird bei *Paust* die Bekräftigung des Gerichtshofs, dass „duties of private individuals and groups exist under human rights law.“⁴⁴⁸ Nach weiteren Überlegungen etwa zur US-amerikanischen Praxis fasst der Autor den Abschnitt zu den völkerrechtlichen Pflichten Privater wie folgt zusammen: „To summarize, in addition to express and implied recognition of private human rights duties in various human rights instruments, there are recognitions of private human rights duties by (...) the European Court of Human Rights (...).“⁴⁴⁹

Umfassende völkerrechtliche Unternehmenspflichten bejaht (und befürwortet) auch *Koh*, der zu den führenden Völkerrechtlern der USA zählt.⁴⁵⁰

445 *Paust*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 35:3 (2002), 801–826, 813.

446 EGMR, *Ireland v. United Kingdom*, App. No. 5310/71, Urteil vom 18.01.1978.

447 EGMR, *Ireland v. United Kingdom*, App. No. 5310/71, Rn. 149 (eigene Hervorhebung).

448 *Paust*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 35:3 (2002), 801–826, 814.

449 *Paust*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 35:3 (2002), 801–826, 817.

450 *Koh* war Dekan der Yale Law School, an der er seit fast 40 Jahren unterrichtet, sowie Rechtsberater des US-Außenministeriums während der ersten *Obama*-Präsidentschaft (zu seiner in dieser Zeit entstandenen Stellungnahme zur US-amerikanischen Position, Menschenrechtsverträge hätten keine extraterritoriale Wirkung,

Mit ATS-Verfahren hat er sich, wie er zu Beginn seines Korpusbeitrags schreibt, in drei Funktionen befasst: als Regierungsbeamter, der die Haltung der USA zur *ATS human rights litigation* mitarbeitet hat; als Anwalt, der Opfer von Menschenrechtsverletzungen in ATS-Verfahren vertreten hat; sowie als Wissenschaftler.⁴⁵¹ Seine große Sympathie für ATS-Verfahren kommt in seinem Korpusbeitrag aus dem Jahr 2004 zum Ausdruck, worin sich *Koh* gegen die Kritik wendet, die Anfang der 2000er-Jahre gegen ATS-Unternehmensklagen vorgebracht wurde. Laut *Koh* beruhe die Kritik gegen ATS-Verfahren auf vier Positionen, die er in seinem Beitrag als Mythen bezeichnet und zu widerlegen sucht. Im Folgenden liegt der Fokus auf den Argumenten, die *Koh* gegen die Position vorbringt, nationale Gerichte könnten Unternehmen nicht für Völkerrechtsverstöße zur Rechenschaft ziehen.⁴⁵²

Koh beginnt seine Argumentation mit dem Hinweis, dass zahlreiche Autoren meinten, Unternehmen könnten nicht „be held directly liable under international law“.⁴⁵³ Dem setzt er entgegen, dass zahlreiche völkerrechtliche Verträge Unternehmen Pflichten auferlegten, darunter die bereits erwähnten Haftungsübereinkommen. Dieser Befund führt ihn zu der Frage: „So how can it be that corporations can be held responsible under international law for their complicity in oil spills, but not for their complicity in genocide?“⁴⁵⁴ Zu seinen weiteren Argumenten gehört, dass Unternehmen als Träger völkerrechtlicher Rechte „by parity of reasoning“ auch Pflichten haben müssten.⁴⁵⁵ Außerdem seien die US-amerikanischen Militärgerichte

siehe unten Fn. 1417). Laut *Shapiro*, *The University of Chicago Law Review* 88:1 (2021), 1595–1618, 1604, ist *Koh* der am fünfthäufigsten zitierte US-amerikanische Völkerrechtswissenschaftler aller Zeiten.

451 *Koh*, *JIEL* 7:2 (2004), 263–274, 264. *Kohs* Verweis auf seine Regierungstätigkeit bringt zum Ausdruck, dass er nicht nur unter *Obama*, sondern bereits zuvor für die US-amerikanische Regierung arbeitete. In seinen Schriften weist *Koh* auf einige der Verfahren hin, in die er involviert war, siehe *Koh*, *Transnational Public Law Litigation*, *Yale Law Journal* 100:8 (1991), 2347–2402, 2347 (Auflistung in der Sternchen-Fußnote). Bspw. ist *Koh* gemeinsam mit Yale-Studenten der *Lowenstein International Human Rights Clinic* auf Klägerseite im *Karadzic*-Verfahren aufgetreten, siehe *Koh*, *How Is International Human Rights Law Enforced?*, *Indiana Law Journal* 74:4 (1999), 1397–1418, 1398.

452 *Koh*, *JIEL* 7:2 (2004), 263–274, 264 ff. Daneben befasst sich der Autor u. a. mit dem in seinen Augen unzutreffenden Argument, das ATS führe zu einer Flut an Klagen gegen ausländische Unternehmen.

453 *Koh*, *JIEL* 7:2 (2004), 263–274, 264.

454 *Koh*, *JIEL* 7:2 (2004), 263–274, 265.

455 *Koh*, *JIEL* 7:2 (2004), 263–274, 265.

in den Industriellenprozessen von völkerrechtlichen Pflichten privater Unternehmen ausgegangen.⁴⁵⁶ Zudem meint Koh, es ergebe keinen Sinn zu argumentieren, das Völkerrecht „may impose criminal liability on corporations, but not civil liability.“⁴⁵⁷

Kohs Korpusbeitrag ist im Lichte seiner Theorie des *transnational legal process* zu sehen, die auf denselben Grundlagen wie die bereits vorgestellte *actor*-Konzeption von Völkerrechtssubjektivität fußt. Danach hat sich das zwischenstaatliche Völkerrecht zu einer hybriden Ordnung entwickelt, die sich der Unterscheidung zwischen inter- und nationalem Recht sowie öffentlichem und Privatrecht entzieht.⁴⁵⁸ Dieses transnationale Recht würde durch eine Vielzahl an Akteuren – darunter Staaten, Internationale Organisationen, Unternehmen, NGOs, Private – in öffentlichen wie privaten Foren immer wieder (neu) geschaffen, weiterentwickelt, durchgesetzt und internalisiert. Menschenrechtsklagen sieht Koh als Musterbeispiel eines solchen Prozesses, weil sie zur (kreativen) Interpretation menschenrechtlicher Normen führten und die Internalisierung des (neuen) Normverständnisses durch das Gericht und damit den Forumstaat zur Folge haben könnten.⁴⁵⁹ So verhelfen (transnationale) Menschenrechtskläger, unterstützt durch ihre Anwälte, NGOs, evtl. auch die Medien und die Zivilbevölkerung, den völkerrechtlichen Menschenrechten zu ihrer Durchsetzung, an der es auf internationaler Ebene z. T. fehle.⁴⁶⁰ Die Grundlagen dieser *transnational public law litigation* lägen in Nürnberg (und Tokio, wo ebenfalls ein Kriegs-

456 Koh, JIEL 7:2 (2004), 263–274, 266.

457 Koh, JIEL 7:2 (2004), 263–274, 266.

458 Siehe Koh, The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process, Nebraska Law Review 75:1 (1996), 181–207; Koh, Indiana Law Journal 74:4 (1999), 1397–1418, 1399 ff.

459 Ausführlich zu diesem von ihm als *transnational public law litigation* bezeichneten Phänomen Koh, Yale Law Journal 100:8 (1991), 2347–2402.

460 Vor diesem Hintergrund ist Koh als Befürworter der *Filártiga*-Entscheidung bekannt, die der modernen ATS-Rechtsprechung den Weg bereitete: Für transnationale Menschenrechtskläger sei *Filártiga* ihr „*Brown v. Board*“-Moment, so Koh mit Blick auf die berühmte Supreme Court-Entscheidung aus dem Jahr 1954, die die Rassentrennung an öffentlichen Schulen aufhob (US SC, *Brown v. Board of Education*, Entscheidung vom 17.05.1954, 347 U.S. 483), siehe Koh, Yale Law Journal 100:8 (1991), 2347–2402, 2366. Diese Charakterisierung der *Filártiga*-Entscheidung durch Koh wird in der US-Literatur häufig aufgegriffen, siehe Bradley, 3. Auflage 2020, 216 f.; Ewell/Hathaway/Nohle, Cornell Law Review 107:5 (2022), 1205–1318, 1218.

verbrechertribunal tagte), wenngleich transnationale Verfahren in der Folge zunehmend in den USA geführt würden.⁴⁶¹

Gerade Juristen komme eine wichtige Rolle bei der Durchsetzung der Menschenrechte zu. Genauso wie ein Arzt moralisch verpflichtet sei, sein Wissen über den Menschen nicht nur zur Beobachtung, sondern auch zur Heilung von Krankheiten einzusetzen, dürften juristisch versierte Menschenrechtsexperten nicht nur beobachtend an der Seitenlinie stehen: „Once one comes to understand the process by which international human rights norms can be generated and internalized into domestic legal systems, one acquires a concomitant duty, I believe, to try to influence that process, to try to change the feelings of that body politic to promote greater obedience with international human rights norms.“⁴⁶² Dabei sind die Kategorien des positiven Völkerrechts nicht entscheidend, wie sich in *Kohs* Beitrag zeigt: Schon die rhetorische Frage zu Beginn seiner Ausführungen lässt keine Zweifel, dass der Autor das Völkerrecht nicht ergebnisoffen auf völkerrechtliche Unternehmenspflichten untersucht: Wenn Unternehmen wegen ihrer Verstrickung in Ölkatastrophen völkerrechtlich haften, so *Koh* mit Blick auf die umweltvölkerrechtlichen Haftungsübereinkommen, denen er Bindungswirkung gegenüber Unternehmen zuspricht, wie könnten Unternehmen dann nicht für Verstöße gegen das Völkermordverbot völkerrechtlich zur Verantwortung gezogen werden? Ebenso wirkt die Folgerung, wenn Unternehmen Rechte haben, müssten sie „by parity of reasoning“ auch Pflichten haben, eher ergebnisorientiert als ein dem positiven Recht entnommener Analysebefund.⁴⁶³

461 *Koh*, Yale Law Journal 100:8 (1991), 2347–2402, 2358 ff.

462 *Koh*, Indiana Law Journal 74:4 (1999), 1397–1418, 1416.

463 Auch das vom Autor angeführte Immunisierungsargument bedürfte zumindest genauerer Kontextualisierung. *Koh* schreibt: „The commonsense fact remains that if states and individuals can be held liable under international law, then so too should corporations, for the simple reason that both states and individuals act through corporations. Given that reality, what legal sense would it make to let states and individuals immunize themselves from liability for gross violations through the mere artifice of corporate formation?“ Siehe *Koh*, JIEL 7:2 (2004), 263–274, 265. Allerdings ist kaum denkbar, wie ein Staat ein Unternehmen mit der Intention gründen könnte, Verstöße gegen Normen des zwingenden Völkerrechts zu begehen, ohne für das Verhalten des Unternehmens völkerrechtlich verantwortlich zu sein: Nach Art. 8 ASR wird das Verhalten Privater, die auf Anweisung oder unter der Leitung eines Staates handeln, als staatliches Handeln betrachtet, siehe nur *VN-Völkerrechtskommission*, Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries Thereto, ILC Yearbook 2001 II 2, 31–143, Art. 8 Rn. 6.

Wie die genannten ATS-Entscheidungen, die von einer Haftung von Unternehmen wegen Völkerrechtsverletzungen ausgingen, können die Beiträge von *Stephens*, *Paust* und *Koh* als Ausdruck der individualistischen Konzeption von Völkerrechtssubjektivität eingestuft werden, weil sie mit normativem Impetus für eine Unternehmensbindung eintreten.⁴⁶⁴ Gleichzeitig lässt sich die pragmatische, nicht primär auf dogmatische Stringenz ausgerichtete Argumentation als Ausprägung der *actor*-Konzeption deuten.

2) Die Theorien einer Menschenrechtsbindung von Unternehmen von *Ratner* und *Kinley/Tadaki*

Der schon in der Einleitung erwähnte Beitrag *Ratners* „Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility“ gehört zu den wichtigsten Beiträgen zur Frage nach der menschenrechtlichen Verantwortung privater Unternehmen. *Ratners* Überzeugung ist: „[I]nternational law should and can provide for [human rights] obligations, and that the scope of these obligations must be determined in light of the characteristics of corporate activity.“⁴⁶⁵ Seinen Beitrag charakterisiert der Autor als „advocacy of a theory of responsibility for business enterprises under international law“⁴⁶⁶. Man könnte sagen, *Ratner* erarbeitet einen Vorschlag *de lege ferenda*, wobei das Vergleichskapitel zeigen wird, dass die ausdrückliche Unterscheidung zwischen *lex lata* und *lex ferenda* in der US-amerikanischen Korpusliteratur anders als in Deutschland nicht geläufig ist.⁴⁶⁷

Einige der Vorüberlegungen, die der Autor auf mehr als 50 Seiten anstellt, bevor er seinen eigenen Ansatz entfaltet, seien im Folgenden aufgegriffen. Zunächst verortet der Autor seine Theorie ausdrücklich im Völkerrecht: Eine Theorie zur Bindung privater Unternehmen an menschenrechtliche Normen „not depending exclusively on diverse and possibly parochial national visions of human rights and enterprise responsibility must come from international law.“⁴⁶⁸ Außerdem argumentiert der Autor:

„[T]he theory offered here is grounded in international law rather than the domestic law of one state. Others have begun to consider the reason-

464 Vgl. zu den Konzeptionen *Portmanns* oben Kapitel 3) A) II).

465 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 449.

466 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 451.

467 Siehe unten Kapitel 6) C) II).

468 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 448.

ing of U.S. courts handling corporate cases under the Alien Tort Claims Act (ATCA), which gives federal courts jurisdiction to hear claims of aliens for violations of international law. These cases are important evidence of the trend toward corporate accountability – indeed, with concrete results. Yet exclusive or excessive focus on them would be mistaken, because American principles of state action, which were developed in U.S. civil rights law and have proved critical in corporate ATCA cases, cannot simply be transferred to the international arena. This United States-centered view is likely to undermine the entire enterprise. (...) Not surprisingly, international law rejects such a one-dimensional basis for the creation of international norms. Indeed, domestic legal principles matter only to the extent they are shared by many different legal systems and, even then, are subsidiary to treaties and customary law.”⁴⁶⁹

Diese Klarstellung verdeutlicht die geographische Dimension der Thematik: Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen können auf der ganzen Welt auftreten, verlangen also genuin internationale Lösungen. Folglich sucht der Autor seine Theorie explizit losgelöst vom ATS-Kontext zu erarbeiten, womit sie sich von den zuvor genannten Beiträgen unterscheidet.

Zweitens ist *Ratner* überzeugt, das Völkerrecht biete „a process for appraising, and in the end resolving, the demands that governments, international organizations, and nongovernmental organizations are now making of private enterprises.“⁴⁷⁰ Angesichts der vielen Akteure, die mit dem Thema befasst sind, ist es sein Anliegen, eine Theorie zu entwickeln, die für alle Entscheidungsträger akzeptabel ist, die an der Weiterentwicklung bestehender und der Aushandlung neuer (völker)rechtlicher Normen beteiligt sind.⁴⁷¹ Dieser Ansatz ist mit Blick auf den Vergleich von Relevanz, da deutsche Autoren, die eigene (neue) Ansätze entwickeln, vor allem auf deren dogmatische Stimmigkeit abzielen.

Drittens nennt *Ratner* einige Argumente, die dafür sprächen, Unternehmen menschenrechtliche Pflichten aufzuerlegen.⁴⁷² Dabei schöpft der Autor aus der Debatte über das Für und Wider einer Unternehmensstrafbarkeit; insbesondere sei ein Unternehmen mehr als die Gesamtheit seiner Beschäftigten und Eigentümer.⁴⁷³ Durch Unternehmen begangene Menschen-

469 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 450 f.

470 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 448.

471 Vgl. etwa *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 451.

472 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 461 ff.

473 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 473 ff.

rechtsverletzungen könnte daher nicht alleine mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Individuen begegnet werden.⁴⁷⁴

Viertens befasst sich der Autor mit den Entwicklungen, in denen der Grundstein für die (zukünftigen) menschenrechtlichen Pflichten privater Unternehmen zu sehen sei.⁴⁷⁵ Der Abschnitt beginnt mit allgemeineren Ausführungen – etwa könne gegen menschenrechtliche Pflichten privater Unternehmen nicht der Einwand erhoben werden, diese seien keine Völkerrechtssubjekte.⁴⁷⁶ Sodann bewegt sich der Beitrag „from doctrine to the more important realm of the actions of global decisionmakers“.⁴⁷⁷ Deren ausführliche Auflistung beginnt mit den Industriellenprozessen, die der Autor, wie schon in der Einleitung angesprochen, so deutet, als seien die Nürnberger Militärgerichte von völkerrechtlichen Pflichten der Unternehmen ausgegangen.⁴⁷⁸ Ferner sieht der Autor u. a. die ebenfalls bereits angesprochenen Umwelthaftungsübereinkommen als Beleg dafür, dass bereits existierende völkerrechtliche Verträge Unternehmen z. T. direkt adressieren.⁴⁷⁹ Diesen Teil *Ratners* Analyse hat der US District Court for the Southern District of New York in seiner *Talisman*-Entscheidung aus dem Jahr 2003 aufgegriffen,⁴⁸⁰ was die über den Wissenschaftsdiskurs hinausreichende Bedeutung des Beitrags verdeutlicht.

Ferner befasst sich *Ratner* mit der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit.⁴⁸¹ Viele der etablierten menschenrechtlichen (Primär-)Normen, bspw. das Recht auf ein faires Gerichtsverfahren, Art. 14 Abs. 1 IPBürg, als auch die im zwischenstaatlichen Kontext etablierten Sekundärnormen (wie der Ausschluss der Rechtswidrigkeit bei Ausübung des Selbstverteidigungsrechts, Art. 21 ASR) können offensichtlich auf Unternehmenssachverhalte nicht angewendet werden.⁴⁸² Eine Theorie der Menschenrechtsbindung von Unternehmen müsse daher spezifisch auf diese zugeschnitten sein.

474 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 475.

475 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 475 ff.

476 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 475. Zur Adressierung der Völkerrechtssubjektivität von Unternehmen in der US-amerikanischen Korpusliteratur inkl. der Ausführungen *Ratners* unten Kapitel 4) D).

477 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 477.

478 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 478.

479 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 479 ff.

480 US District Court for the Southern District of New York, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 315 ff. (vgl. insbesondere Fn. 27).

481 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 489 ff., insbesondere 492 ff.

482 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 492 ff.

Aufbauend auf dieser Grundlegung entfaltet *Ratner* seine Theorie, die auf vier Elementen fußt. Als ersten Faktor zur Bestimmung der (zukünftigen) menschenrechtlichen Pflichten eines Unternehmens nennt *Ratner* das Verhältnis zwischen Unternehmen und dem Staat, in dem die menschenrechtssensible Tätigkeit stattfindet.⁴⁸³ Je enger diese Beziehung ist, desto größer sollten die menschenrechtlichen Pflichten privater Unternehmen sein.⁴⁸⁴

Als zweiten Erwägungsgrund führt der Autor das Näheverhältnis zwischen Unternehmen und den von den Unternehmensaktivitäten betroffenen Bevölkerungsgruppen an.⁴⁸⁵ Wiederum gelte: Je enger dieses ist, desto umfassender sollte die Pflichtenstellung von Unternehmen ausgestaltet werden.⁴⁸⁶

Drittens argumentiert *Ratner*, dass eine Unternehmensbindung nur bei Rechten in Betracht komme, deren Schutzgüter Unternehmen tatsächlich verletzen können, während andere Rechte ungeeignet seien, (künftig) auch Unternehmen zu binden.⁴⁸⁷ Bei der Bestimmung der Reichweite der Unternehmenspflichten müsse berücksichtigt werden, dass Unternehmen selbst Träger völkerrechtlicher Menschenrechte sind und (legitime) wirtschaftliche Interessen verfolgen.

Anschließend befasst sich *Ratner* mit der Frage, welche Handlungen welcher Personen dem Unternehmen überhaupt zugerechnet werden können.⁴⁸⁸ Laut *Ratner* solle Unternehmen grundsätzlich das Verhalten ihrer Angestellten zurechenbar sein.⁴⁸⁹ Komplizierter gestalte sich die Verantwortlichkeit einer Konzernmutter für das Verhalten anderer Konzernteile, die *Ratner* mittels des Kriteriums der Kontrolle auszugestalten vorschlägt. Sofern eine Einheit über eine andere Kontrolle ausübt, sei es angemessen, der kontrollierenden Einheit die Handlungen der kontrollierten Entität zuzurechnen.⁴⁹⁰ Da das Kontroll-Kriterium offensichtlich genauerer Präzisierung bedarf, stellt *Ratner* weiterführende Überlegungen darüber an, wie der Maßstab geschärft und handhabbar gemacht werden könnte.⁴⁹¹ Dass

483 *Ratner*, Yale Law Journal III:3 (2001), 443–546, 497 ff.

484 *Ratner*, Yale Law Journal III:3 (2001), 443–546, 497.

485 *Ratner*, Yale Law Journal III:3 (2001), 443–546, 506 ff.

486 *Ratner*, Yale Law Journal III:3 (2001), 443–546, 508.

487 *Ratner*, Yale Law Journal III:3 (2001), 443–546, 511 ff.

488 *Ratner*, Yale Law Journal III:3 (2001), 443–546, 518.

489 *Ratner*, Yale Law Journal III:3 (2001), 443–546, 518.

490 *Ratner*, Yale Law Journal III:3 (2001), 443–546, 519.

491 *Ratner*, Yale Law Journal III:3 (2001), 443–546, 519 ff.

sich *Ratner* diesem sowohl zur Veröffentlichung des Beitrags als auch heute kaum behandelten Aspekt der Menschenrechtsverantwortung von Unternehmen angenommen hat, traf auf große Anerkennung.⁴⁹²

Schließlich plädiert *Ratner* grundsätzlich für eine verschuldensunabhängige Menschenrechtsverantwortung von Unternehmen, wenngleich sich die genauen Maßstäbe erst noch entwickeln müssten.⁴⁹³

In seinem Schlussteil blickt *Ratner* wiederum auf die Akteure, denen die Implementierung und (Weiter-)Entwicklung seiner Theorie obliege:

„The theory posited above offers a starting point for global actors to develop a corpus of law that would recognize obligations on businesses to protect human rights. The modes by which this theory can be implemented are numerous and reflect the diverse processes by which international norms develop and are applied. (...) As noted at the beginning of this Article, whatever the arena, all key claimants – corporations, governments, and victims’ representatives (including NGOs) – will need to participate together in prescribing and applying the law.“⁴⁹⁴

Ratners Prognose, das Thema Unternehmensverantwortung werde in unterschiedlichen Foren durch die Einbeziehungen verschiedener Akteure adressiert werden, scheint zuzutreffen. Davon zeugen die vielfältigen Initiativen und Entwicklungen im Bereich BHR. Zudem sei darauf hingewiesen, dass *Ratner* die Mitwirkung aller zentralen Akteure – „corporations, governments, and victims’ representatives“ – an der künftigen Ausgestaltung der (völkerrechtlichen) Regulierung menschenrechtssensibler Unternehmenstätigkeiten als unabdinglich sieht. Dem deutschen Leser springt womöglich ins Auge, dass *Ratner* „governments“ als Akteurskategorie in seiner Aufzählung führt. Dass in der US-Korpusliteratur häufig „government“ verwendet wird, wenn deutsche Autoren „Staat“ schreiben würden, wird im Vergleichskapitel aufzuzeigen sein.⁴⁹⁵

Einen in Umfang und Stoßrichtung vergleichbaren Beitrag haben *Kinley/Tadaki* verfasst.⁴⁹⁶ Ausgangspunkt ihrer Untersuchung ist die in ihren Augen unzureichende völkerrechtliche Regulierung menschenrechtssensi-

492 Siehe etwa *Ku*, *Virginia Journal of International Law* 51:2 (2011), 353–396, 388.

493 *Ratner*, *Yale Law Journal* 111:3 (2001), 443–546, 522 ff., 524.

494 *Ratner*, *Yale Law Journal* 111:3 (2001), 443–546, 530.

495 Siehe unten Kapitel 6) C) III).

496 *Kinley/Tadaki*, *Virginia Journal of International Law* 44:4 (2004), 931–1024.

bler Tätigkeiten multinationaler Unternehmen.⁴⁹⁷ Dieser Lücke setzen die Autoren ihre Theorie entgegen: „This apparent legal lacuna is precisely what we argue could and should be filled by the development of international legal obligations imposed on TNCs.“⁴⁹⁸

Nach ausführlichen einleitenden Überlegungen zum gegenwärtigen Stand völkerrechtlicher Unternehmenspflichten, inkl. eines Überblicks über einschlägiges *soft law* sowie über Entwicklungen im Bereich unternehmens-eigener Verhaltenskodizes,⁴⁹⁹ widmen sich die Autoren ihrem Vorschlag einer (zukünftigen) Menschenrechtsbindung von Unternehmen. Wie *Ratner* beginnen sie mit einigen grundlegenden Erwägungen. Angesichts der offensichtlichen Unterschiede zwischen Unternehmen und den primären Menschenrechtsverpflichteten, den Staaten, bedürfe es sorgsamer Abwägung, welche menschenrechtlichen Pflichten Unternehmen auferlegt werden könnten. Grundsätzlich stellen die Autoren bei der Bestimmung der Reichweite und Intensität der Verpflichtung auf das Verhältnis zwischen Unternehmen und betroffenem Individuum ab.⁵⁰⁰

Die Autoren unterscheiden zwei Arten von Rechten, an die Unternehmen gebunden werden sollten. Die Bindung an „core rights“ wie das Recht auf Leben oder körperliche Unversehrtheit sei gerechtfertigt, da diese Rechtspositionen von Unternehmen genauso wie von Staaten verletzt werden könnten.⁵⁰¹ Als zweite Gruppe nennen die Autoren „direct impact rights“, also diejenigen Rechte „associated with those individuals, groups, and communities who are most directly affected by the TNCs’ actions – namely, employees, their families, and members of local communities.“⁵⁰²

Die Kontrolle über die Einhaltung der noch zu schaffenden Menschenrechtspflichten privater Unternehmen würden die Autoren bei Internationalen Organisationen ansiedeln, und zwar den VN, der Weltbank, der Welthandelsorganisation und der Internationalen Arbeitsorganisation.⁵⁰³

497 Kinley/Tadaki, Virginia Journal of International Law 44:4 (2004), 931–1024, 935.

498 Kinley/Tadaki, Virginia Journal of International Law 44:4 (2004), 931–1024, 938.

499 Kinley/Tadaki, Virginia Journal of International Law 44:4 (2004), 931–1024, 948.

500 Kinley/Tadaki, Virginia Journal of International Law 44:4 (2004), 931–1024, 963 f.

501 Kinley/Tadaki, Virginia Journal of International Law 44:4 (2004), 931–1024, 968.

502 Kinley/Tadaki, Virginia Journal of International Law 44:4 (2004), 931–1024, 968.

503 Kinley/Tadaki, Virginia Journal of International Law 44:4 (2004), 931–1024, 995.

3) Die ablehnende Haltung *Kus*

Kus Beitrag „The Curious Case of Corporate Liability under the Alien Tort Statute: A Flawed System of Judicial Lawmaking“ weist eine andere Stoßrichtung auf als die bisher vorgestellten Ansätze.⁵⁰⁴ Zunächst wendet sich der Autor der ATS-Rechtsprechung bis zur *Kiobel*-Entscheidung des Second Circuit zu, d. h. der Phase, in der weitestgehend Konsens über die Haftung von Unternehmen unter dem ATS bestand: Die bei weitem meisten Gerichte hätten schon damals nicht erkannt, dass die Frage der Völkerrechtsbindung von Unternehmen aus völkerrechtlicher Sicht weitaus weniger eindeutig zu beantworten sei, als viele Entscheidungen suggerierten.⁵⁰⁵ Der Konsens unter den Gerichten sei vor allem auf die Bezugnahmen aufeinander sowie die unterstützende Haltung vieler US-Völkerrechtswissenschaftler zurückzuführen, so der Autor etwa mit Blick auf die auch von dieser Arbeit untersuchten Beiträge von *Stephens*, *Koh* und *Ratner*.⁵⁰⁶ Dieser Konsens zwischen Gerichten und Forschung sei erstmals durch die Entscheidung des Second Circuit in der *Kiobel*-Entscheidung wirklich hinterfragt worden (dazu sogleich).

Anschließend kritisiert *Ku* den „pre-*Kiobel* judicial consensus“⁵⁰⁷: Zwar habe das Völkerrecht seinen streng zwischenstaatlichen Charakter nach dem Zweiten Weltkrieg verloren.⁵⁰⁸ Dennoch legten sowohl Verträge als auch das Völkergewohnheitsrecht bis heute insbesondere Staaten und, in Ansätzen, Individuen Pflichten auf, nicht aber juristischen Personen.⁵⁰⁹ Auch hält *Ku* es für nicht tragbar, die Nürnberger Nachfolgeprozesse als Präzedenzfall einer völkerrechtlichen Unternehmensverantwortlichkeit zu sehen, da in Nürnberg ausschließlich natürliche Personen angeklagt und verurteilt wurden.⁵¹⁰

Zu den weiteren Argumenten *Kus* zählen die Zurückweisung der von *Paust* formulierten Position, dass Menschenrechtsgarantien auch Unternehmen bänden, weil sie häufig keinen Verpflichteten benennen: Diese Position würde die Konzeption völkerrechtlicher Verträge verkennen, die in

504 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396.

505 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 365 ff.

506 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 373 ff.

507 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 376 (Hervorhebung im Original).

508 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 377 ff.

509 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 389.

510 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 379.

der Regel nur Staaten Pflichten auferlegten.⁵¹¹ Außerdem weist *Ku* darauf hin, dass ungeachtet der Bindung von Unternehmen an primärrechtliche Normen die (sekundärrechtliche) Frage der Zurechnung völlig ungeklärt sei: Welche Handlungen welcher natürlichen Personen können einem Unternehmen überhaupt zugerechnet werden? Da die Strukturen juristischer Personen von Land zu Land variieren, stünde ein internationales Zurechnungsregime vor schwierigen Definitionsfragen.⁵¹² Folglich griffen, wie *Ku* ausführt, US-amerikanische Gerichte mitunter auf Maßstäbe des nationalen Rechts zurück, um den beklagten Unternehmen das Verhalten natürlicher Personen zuzurechnen.⁵¹³

Vor diesem Hintergrund bewertet *Ku* die *Kiobel*-Entscheidung des Second Circuit, der die Haftung von Unternehmen unter dem ATS verneinte, grundsätzlich positiv. In der Entscheidung ging es dem Gericht nicht darum, ob einzelne völkerrechtliche Normen Unternehmen Pflichten auferlegen, die im Wege einer ATS-Klage durchgesetzt werden können. Vielmehr befand der Gerichtshof, dass *corporate liability* für Völkerrechtsverstöße nicht allgemein etabliert ist.⁵¹⁴

4) Der Beitrag *Dodges* zur *Kiobel*-Entscheidung des Second Circuits

Dieser Herangehensweise hält wiederum *Dodge* in seinem Korpusbeitrag ein grundlegend falsches Völkerrechtsverständnis vor:

„International law does not work that way. It does not contain general norms of liability or non-liability applicable to categories of actors. International law does, of course, include doctrines of immunity. For example, states are generally immune from suit in the courts of other states unless an exception applies, as are certain high-ranking officials (like heads of state) during their tenure in office. However, as the International Court of Justice has reaffirmed only recently in the *Jurisdictional Immunities* case, ‚rules of State immunity are procedural‘ and ‚do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful.‘ Thus, ‚immunity can have no effect on whatever responsibility [a state] may have.‘ In other words, a state

511 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 384.

512 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 389.

513 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 388.

514 Vgl. oben Kapitel 4) A) III) 1).

that is immune from suit is still capable of violating international law and, despite its immunity, remains responsible for such violations. Corporations generally have no immunity under international law, much less benefit from a trans-substantive rule of non-liability that even states do not enjoy.”⁵¹⁵

Die Bindung von Unternehmen an die in ATS-Verfahren häufig diskutierten Normen wie das Völkermordverbot bejaht der Autor angesichts ihres universellen Charakters.⁵¹⁶ Folglich ist er überzeugt, dass Unternehmen grundsätzlich unter dem ATS wegen Völkerrechtsverletzungen zur Haftung gezogen werden können.

5) Die Debatte über die VN-Normen

Zudem gibt es in der US-Korpusliteratur eine Reihe von Beiträgen, die sich ausgehend von den Entwicklungen auf VN-Ebene mit der Völkerrechtsbindung von Unternehmen befassen. Zunächst sind die beiden zentralen Dokumente, die VN-Normen und die VN-Leitprinzipien, „unmittelbar“ in der Korpusliteratur vertreten: Ihre Schöpfer, *Weissbrodt* (VN-Normen) und *Ruggie* (VN-Leitprinzipien), haben die Ansätze in Überblicksaufsätzen in der Kategorie *Current Developments* im AJIL dargelegt.⁵¹⁷ Da die Beiträge Zusammenfassungen der Ansätze der beiden Dokumente sind, werden sie hier nur kurz dargestellt.

Weissbrodts Beitrag (verfasst mit Ko-Autorin *Kruger*) erschien nur wenige Wochen nach der Verabschiedung der VN-Normen im Jahr 2003. Ausgangspunkt der Normen sei die Überzeugung, mit Macht gehe menschenrechtliche Verantwortung einher.⁵¹⁸ Allerdings sei es der Staatengemeinschaft bisher nicht gelungen, diesem Umstand Rechnung zu tragen.⁵¹⁹ Folglich werten die Autoren die Normen als Meilenstein in der Entwicklung, Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen zur Verantwortung

515 *Dodge*, *Georgetown Journal of International Law* 43:4 (2012), 1045–1052, 1046 f. (Fußnoten ausgelassen; Hervorhebung im Original).

516 *Dodge*, *Georgetown Journal of International Law* 43:4 (2012), 1045–1052, 1050 f.

517 Siehe *Weissbrodt/Kruger*, *AJIL* 97:4 (2003), 901–922, und *Ruggie*, *AJIL* 101:4 (2007), 819–840. Während *Weissbrodt/Kruger* die bereits verabschiedeten VN-Normen vorstellen, berichtet *Ruggie* über den Stand seiner Arbeit als VN-Sonderberichterstatter; die Leitprinzipien wurden erst im Jahr 2011 vom Menschenrechtsrat angenommen.

518 *Weissbrodt/Kruger*, *AJIL* 97:4 (2003), 901–922, 901.

519 *Weissbrodt/Kruger*, *AJIL* 97:4 (2003), 901–922, 901.

zu ziehen.⁵²⁰ Die Normen seien ein umfassendes „restatement“ derjenigen völkerrechtlichen Prinzipien etwa aus dem Bereich der völkerrechtlichen Menschenrechte, die auf Unternehmen Anwendung fänden.⁵²¹ Die VN-Normen lassen sich allerdings kaum als zutreffende Wiedergabe des Völkerrechts einordnen, da Art. 1 des Dokuments eine umfassende Menschenrechtsbindung von Unternehmen vorsah.⁵²² Eine umfassende Menschenrechtsbindung von Unternehmen entspreche jedenfalls nicht dem Stand des Völkerrechts, erläutert *Ruggie* in seinem wenige Jahre später erschienenen Beitrag. Vielmehr sei die traditionelle Sicht, die Menschenrechtsdokumente legten nur den Staaten Pflichten auf, weiterhin zutreffend.⁵²³ Auch dem Völkergewohnheitsrecht könnten keine menschenrechtlichen Pflichten privater Unternehmen entnommen werden.⁵²⁴

Ebenfalls von einer fehlenden Menschenrechtsbindung privater Unternehmen ausgehend, kritisieren *Knox* und *Vazquez* in ihren Korpusbeiträgen die VN-Normen. In „Horizontal Human Rights Law“ fragt *Knox* anlässlich der VN-Normen sowie eines anderen von der damaligen VN-Menschenrechtskommission erarbeiteten Dokuments, ob und inwieweit die völkerrechtlichen Menschenrechte Individuen, Unternehmen und anderen privaten Akteuren Pflichten auferlegen.⁵²⁵

Für seine Untersuchung unterscheidet *Knox* zwei Arten menschenrechtlicher Pflichten Privater. Zunächst nennt *Knox* diejenigen völkerrechtlichen Vorgaben, die letztlich keine Horizontalwirkung entfalten, auch wenn eine andere Interpretation denkbar erscheint.⁵²⁶ Als Beispiel führt der Autor etwa Art. 29 Abs. 2 AEMR an, nach dem jeder „bei der Ausübung seiner Rechte und Freiheiten“ gewissen „Beschränkungen“ unterworfen ist. Stoßrichtung der Bestimmung sei es nicht, Individuen eine völkerrechtliche Pflicht zur Wahrung der Menschenrechte aufzuerlegen.⁵²⁷ Vielmehr habe auch Art. 29 Abs. 2 AEMR, wie *Knox* mit Blick auf den Wortlaut der Vorschrift ausführt, eine das Individuum schützende Funktion, indem die

520 *Weissbrodt/Kruger*, AJIL 97:4 (2003), 901–922, 901.

521 *Weissbrodt/Kruger*, AJIL 97:4 (2003), 901–922, 901.

522 Siehe oben vor Fn. 58.

523 *Ruggie*, AJIL 101:4 (2007), 819–840, 832.

524 *Ruggie*, AJIL 101:4 (2007), 819–840, 832.

525 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 1. Bei dem anderen untersuchten Dokument handelt es sich um *VN-Menschenrechtskommission*, Declaration on Human Social Responsibilities, Annex I zu UN Doc. E/CN.4/2003/105, 17.03.2003.

526 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 1.

527 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 9.

Norm die Gründe limitiert, aufgrund derer Staaten die Menschenrechte einschränken dürfen.⁵²⁸

Eine andere Wirkung entfalteten die Pflichten Privater, die der Autor als „korrelativ“ bezeichnet. Dabei handele es sich um „private duties to respect the human rights of others. These duties are truly horizontal, in the sense that they run between actors on the same legal plane (...)“.⁵²⁹ Knox unterscheidet vier Konstellationen:

„At its lowest level of involvement, human rights law *contemplates* that states have general duties to restrict private actions that interfere with the enjoyment of human rights, but leaves to governments the task of specifying the resulting private duties. At the next level, human rights law itself *specifies* the private duties that governments are obliged to impose. At both of these levels, international law imposes private duties indirectly, as a secondary effect of the duties it places directly on states. At a higher level of involvement, human rights law directly *places* duties on private actors but continues to leave enforcement of those duties to domestic law. Finally, at the highest level of involvement, human rights law *enforces* private duties at the international level, through international tribunals or other institutions.“⁵³⁰

Da das Völkerrecht eine größere Zahl privater Pflichten in Betracht ziehe („contemplates“) als spezifiziere („specifies“) und die Zahl der Individuen direkt auferlegten („places“) Pflichten noch kleiner, aber wiederum größer als die Zahl der auch durchgesetzten („enforces“) Pflichten sei, ließen sich die menschenrechtlichen Pflichten Privater als Pyramide auffassen. Die unterste Ebene der Pyramide bilden die nur in Betracht gezogenen, an ihrer Spitze stehen die durch ein völkerrechtliches Organ durchsetzbaren Pflichten.⁵³¹

Als Beispiel für nur in Betracht gezogene Pflichten Privater nennt Knox Art. 2 Abs. 1 IPBürg.⁵³² Wie weithin bekannt, folgt aus dieser Bestimmung, wie Knox darlegt, die Pflicht der Vertragsparteien, die Rechte der ihrer Ju-

528 Knox, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 9.

529 Knox, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 2.

530 Knox, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 18 (Hervorhebung im Original).

531 Knox, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 18.

532 Knox, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 21.

risdiktion unterstehenden Personen vor Übergriffen durch Privatpersonen zu schützen, etwa durch gesetzgeberische Maßnahmen.⁵³³

Beispiele für völkerrechtlich „spezifizierte“ Pflichten Privater fänden sich bspw. in der VN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, die den Vertragsparteien konkret vorgibt, Diskriminierungen von Frauen vorzubeugen und abzubauen.⁵³⁴

Die Pflichten, die das Völkerrecht Privaten direkt auferlegt, verortet der Autor nahezu allesamt im Völkerstrafrecht.⁵³⁵ Als paradigmatisches Beispiel führt *Knox* neben dem Rom-Statut die Völkermordkonvention an.⁵³⁶ Dabei unterscheidet der Autor ausdrücklich zwischen direkten und indirekten völkerrechtlichen Pflichten Privater. Unter direkten Pflichten versteht der Autor diejenigen Pflichten Privater, die sich einem völkerrechtlichen Vertrag unmittelbar entnehmen lassen. Verpflichtet der Vertrag dagegen die Vertragsstaaten, Privaten eine bestimmte Verhaltensweise zu untersagen, ergibt sich die Pflicht aus dem nationalstaatlichen Gesetz, das durch den Vertrag determiniert ist; die Pflicht sei dann nur indirekt völkerrechtlich.⁵³⁷

Schließlich nennt *Knox* das Rom-Statut als einen Vertrag, dessen Individualpflichten bei Verletzung durch ein völkerrechtliches Organ sanktioniert werden können.⁵³⁸

Nach dieser Grundlegung widmet sich *Knox* den beiden VN-Dokumenten, die völkerrechtliche Pflichten Privater vorsahen und Anlass seiner Untersuchung sind. Hier werden nur die Ausführungen des Autors zu den VN-Normen zusammengefasst.⁵³⁹

Die Frage, ob die Normen den (damaligen) Stand des Völkerrechts zutreffend abbilden, beantwortet *Knox* recht kryptisch: „In the pyramid of correlative duties (...), most corporate duties still stand at the lowest level, where human rights law only contemplates duties.“⁵⁴⁰ Genauer über *Knox*’ Gedanken zur Bindung privater Unternehmen an das Völkerrecht erfährt man in einem anderen Beitrag des Autors (außerhalb des Literatur-

533 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 21.

534 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 24.

535 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 27 ff.

536 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 28.

537 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 29.

538 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 30 ff.

539 Zur Draft Declaration on Human Social Responsibilities siehe *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 32 ff.

540 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 40.

korpus dieser Arbeit⁵⁴¹), auf den kurz eingegangen sei. Darin befasst sich *Knox* u. a. mit der Frage, ob völker(straf)rechtliche Individualpflichten, wie etwa das Genozidverbot, auch Unternehmen binden. Die Frage sei „surprisingly difficult to answer definitively“.⁵⁴² Jedenfalls könne die Jurisdiktion völkerstrafrechtlicher Tribunale, die sich (bisher) nicht auf Unternehmen erstreckt, nicht als Argument gegen eine Unternehmensbindung angeführt werden: Die Reichweite des materiellen Rechts sei von der Möglichkeit seiner gerichtlichen Durchsetzung zu unterscheiden.⁵⁴³ Der Wortlaut von Art. 4 Völkermordkonvention spreche allerdings gegen eine Bindung an das Genozidverbot, da die Vorschrift nur auf natürliche Personen Bezug nimmt.⁵⁴⁴ Unklar sei hingegen, ob die Nürnberger Industriellenprozesse als Präzedenzfall für die völkergewohnheitsrechtliche Bindung privater Unternehmen angesehen werden können.⁵⁴⁵ Jedenfalls existiere bisher weder eine einheitliche Staatenpraxis noch *opinio iuris*, die eine völkergewohnheitsrechtliche Bindung privater Unternehmen an völker(straf)rechtliche Normen begründen könnte.⁵⁴⁶

Zweitens argumentiert *Knox* in seinem Korpusbeitrag, gegen völker- bzw. menschenrechtliche Pflichten privater Unternehmen spräche eine Vielzahl an Gründen.⁵⁴⁷ Insbesondere müssten menschenrechtliche Pflichten privater Unternehmen zuerst neu gedacht werden, da das völkerrechtliche Menschenrechtssystem auf den Schutz des Individuums vor staatlichen Eingriffen ausgerichtet sei.⁵⁴⁸ Zudem sei es zielführender, die menschenrechtlichen Pflichten privater Unternehmen im nationalen Recht festzuschreiben.⁵⁴⁹ Daher wirbt der Autor in seinem Schlussplädoyer dafür, ein völkerrechtliches Regelwerk zu schaffen, das von den Staaten gesetzlich umgesetzt und durchgesetzt werden kann und muss.⁵⁵⁰

Einer kritischen Würdigung unterzieht auch *Vazquez* die VN-Normen in seinem Beitrag „Direct vs. Indirect Obligations of Corporations Under

541 *Knox*, The Ruggie Rules: Applying Human Rights Law to Corporations, in: Mares (Hrsg.), The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation, 2012, 51–83.

542 *Knox*, in: Mares (Hrsg.), 2012, 51–83, 69.

543 *Knox*, in: Mares (Hrsg.), 2012, 51–83, 70.

544 *Knox*, in: Mares (Hrsg.), 2012, 51–83, 71.

545 *Knox*, in: Mares (Hrsg.), 2012, 51–83, 71.

546 *Knox*, in: Mares (Hrsg.), 2012, 51–83, 71 ff.

547 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 40 ff.

548 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 40.

549 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 45.

550 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 47.

International Law“.⁵⁵¹ Eingangs seiner Analyse betont der Autor, bisher seien kaum Abweichungen vom traditionellen Ansatz auszumachen, nach dem das Völkerrecht in aller Regel nur den Staaten Pflichten auferlegt.⁵⁵² Darauf aufbauend führt der Autor viele der bekannten und z. T. in diesem Abschnitt schon dargelegten Argumente gegen den Charakter der VN-Normen als „restatement“ an.⁵⁵³ Auch bzgl. künftiger völkerrechtlicher Pflichten von Unternehmen ist *Vazquez* skeptisch: Solange kein Durchsetzungsmechanismus besteht, sei es wahrscheinlich, dass Unternehmen die ihnen auferlegten Verpflichtungen nur erfüllen, soweit es ihren ökonomischen Zielen entspricht.⁵⁵⁴ Wie *Knox* steht *Vazquez* den VN-Normen also sehr kritisch gegenüber.

Neben den beiden Beiträgen von *Knox* und *Vazquez* enthält die US-amerikanische Korpusliteratur einen kurzen Überblicksaufsatz über die VN-Normen.⁵⁵⁵

II) Zusammenfassung der Positionen in der Korpusliteratur zur Bindungswirkung ausgewählter Völkerrechtsnormen gegenüber Unternehmen

Die Zusammenschau der soeben vorgestellten Beiträge zur Völkerrechtsbindung von Unternehmen ergibt ein gemischtes Bild: Die Annahmen von *Stephens* und *Paust*, Unternehmen seien an die völkerrechtlichen Menschenrechte gebunden, teilt kein anderer Korpusbeitrag (1). Eine Bindung von Unternehmen an die einschlägigen Normen der Umwelthaftungsüberkommen (2) sowie an Normen des zwingenden Völkerrechts (3) bejahen dagegen mehrere Korpusautoren. Die folgenden Analysen konzentrieren sich auf die am häufigsten in den Blick genommenen Normen sowie die gängigsten Argumentationsmuster.

551 *Vazquez*, Columbia Journal of Transnational Law 43:3 (2005), 927–960.

552 *Vazquez*, Columbia Journal of Transnational Law 43:3 (2005), 927–960, 932.

553 *Vazquez*, Columbia Journal of Transnational Law 43:3 (2005), 927–960, 932 ff.

554 *Vazquez*, Columbia Journal of Transnational Law 43:3 (2005), 927–960, 957.

555 *Rule*, Using Norms to Change International Law: UN Human Rights Laws Sneaking in through the Back Door, Chicago Journal of International Law 5:1 (2004), 325–334, 332.

1) Menschenrechtsverträge und AEMR

Dass die Menschenrechtsverträge wie die VN-Pakte privaten Unternehmen keine Pflichten auferlegen, vertreten zahlreiche Beiträge ausdrücklich: Bei *Ratner* und *Kinley/Tadaki* ist die fehlende Menschenrechtsbindung gerade Ausgangspunkt ihrer Überlegung, wie eine Theorie der Menschenrechtsbindung aussehen könnte.⁵⁵⁶ Auch *Knox* und *Vazquez* erachten Unternehmen als nicht an die völkerrechtlichen Menschenrechte gebunden;⁵⁵⁷ diese Auffassung teilt *Narula*, deren Beitrag zur Schutzpflicht noch vorzustellen ist⁵⁵⁸.

Zu den Argumenten, die für eine Menschenrechtsbindung privater Unternehmen häufig vorgetragen werden, zählen die vermeintlichen Hinweise auf private Menschenrechtspflichten in der AEMR. Bspw. argumentieren *Paust* und *Stephens*, die Präambel sowie Art. 29 der Erklärung legten jedem, also auch Unternehmen, Pflichten auf.⁵⁵⁹ Dem widerspricht *Vazquez* u. a. unter Verweis auf die Stellung der Passage in der *Präambel* der grundsätzlich *unverbindlichen* Erklärung.⁵⁶⁰ *Knox* weist die Annahme, die AEMR enthalte Pflichten Privater, etwa mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des Dokuments zurück.⁵⁶¹ Ferner hält es *Ku*, wie gezeigt, für unzutreffend, von weitreichenden völkerrechtlichen Pflichten von Unternehmen auszugehen.⁵⁶²

2) Vereinzelte Annahme einer Bindung an die einschlägigen Normen der Umwelthaftungsübereinkommen

Den Umwelthaftungsübereinkommen entnimmt eine Reihe von Autoren, darunter *Ratner*, völkerrechtliche Unternehmenspflichten.⁵⁶³ Zwar würden die Verträge häufig bezeichnet als „civil liability“ treaties, rather than cor-

556 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 449; *Kinley/Tadaki*, Virginia Journal of International Law 44:4 (2004), 931–1024, 935.

557 *Vazquez*, Columbia Journal of Transnational Law 43:3 (2005), 927–960, 932, 945; *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 27 f.

558 *Narula*, Columbia Journal of Transnational Law 44:3 (2006), 691–800, 727.

559 *Paust*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 35:3 (2002), 801–826, 811; *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 77.

560 *Vazquez*, Columbia Journal of Transnational Law 43:3 (2005), 927–960, 942.

561 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 3.

562 Siehe oben Kapitel 4) B) I) 3).

563 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 480.

porate responsibility schemes, reflecting the extent to which the term ‚responsibility‘ is tied up with the idea of state responsibility.“⁵⁶⁴ Dies dürfe aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die (Primär-)Verpflichtung dem Völkerrecht entspringe und allein die Durchsetzung vor staatlichen Gerichten stattfinde.⁵⁶⁵

Laut *Kinley/Tadaki* gibt es eine Vielzahl an Belegen dafür, dass Unternehmen Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten sind, wofür die Autoren u. a. auf einige der einschlägigen Normen der Umwelthaftungsübereinkommen verweisen.⁵⁶⁶ Ähnlich geht *Ruggie* vor, laut dem „longstanding doctrinal arguments over whether such firms could be ‚subjects‘ of international law are yielding to new realities on the ground.“⁵⁶⁷ Auch *Ruggie* dienen hierbei als Beleg u. a. die Umwelthaftungsübereinkommen.⁵⁶⁸ Ferner führt *Koh* die einschlägigen Normen der Übereinkommen an.⁵⁶⁹

3) Vereinzelte Annahmen einer Bindung an Normen des zwingenden Völkerrechts

Bzgl. der Bindung von Unternehmen an die Normen des zwingenden Völkerrechts sind zunächst die Beiträge von *Stephens* und *Koh* zu nennen, die eine Bindung annehmen, weil die Normen ein bestimmtes Verhalten untersagten, ohne den Kreis der Verpflichteten genau anzugeben oder zu beschränken.⁵⁷⁰ Ähnlich argumentiert *Dodge*: Unternehmen seien durch völkergewohnheitsrechtliche Normen wie das Genozidverbot oder das Verbot von Kriegsverbrechen gebunden, weil diese allgemeine Verbote aufstellten und den Kreis der Verpflichteten nicht spezifizierten.⁵⁷¹ Diese Position hat *Dodge* auch gemeinsam mit anderen US-amerikanischen Völkerrechtsprofessoren in Form eines *amicus curiae brief* in das *Nestlé*-Verfahren vor dem Supreme Court eingebracht.⁵⁷² Wenn auch keine klassische Aufsatz-

564 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 481.

565 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 481.

566 *Kinley/Tadaki*, Virginia Journal of International Law 44:4 (2004), 931–1024, 946.

567 *Ruggie*, AJIL 101:4 (2007), 819–840, 824.

568 *Ruggie*, AJIL 101:4 (2007), 819–840, 824.

569 *Koh*, JIEL 7:2 (2004), 263–274, 264.

570 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 75 f. Ähnlich *Koh*, JIEL 7:2 (2004), 263–274, 265.

571 *Dodge*, Georgetown Journal of International Law 43:4 (2012), 1045–1052, 1050 f.

572 Brief of International Law Scholars as *Amici Curiae* in Support of Respondents, US Supreme Court, *Nestlé USA, Inc. v. Doe*, 141 S. Ct. 1931, abrufbar unter <https://www>

veröffentlichung, ist das Expertengutachten für diese Arbeit interessant, da es die völkerrechtliche Auffassung zahlreicher amerikanischer Völkerrechtsprofessoren wiedergibt.⁵⁷³ Die Gutachter halten die Bindung privater Unternehmen an das völkergewohnheitsrechtliche Sklavereiverbot, dessen Verletzung die Kläger geltend machten, für gegeben: Die Norm verbiete eine bestimmte Verhaltensweise, ohne Aussagen über die Verpflichteten zu treffen, die durch das Verbot gebunden sind.⁵⁷⁴ Der Großteil der Gutachter hat diese Position bereits zuvor in das *Jesner*-Verfahren eingebracht: „Customary international law today prohibits violations of certain fundamental human rights, creating both rights and obligations for persons other than States. (...) Some of these customary international law norms, like the norm prohibiting genocide, apply to all actors, regardless of state involvement.“⁵⁷⁵

Darüber hinaus gibt es eine Reihe sehr unterschiedlicher Perspektiven auf die Normen des zwingenden Völkerrechts. Der noch genauer vorzustellende Beitrag *Alvarez*’ etwa argumentiert, Unternehmen seien unstrittig Inhaber völkerrechtlicher Pflichten: Kläger in ATS-Verfahren könnten bspw. „find implicit duties on corporate entities (...) from the principle of universal jurisdiction as applied to *jus cogens* prohibitions.“⁵⁷⁶ Das Zitat entstammt einer Passage, in der sich *Alvarez* an ATS-Kläger wendet, was die Formulierung erklären mag, die Kläger könnten Unternehmenspflichten „finden“.

Die Kritik *Vazquez*’ an den VN-Normen wurde bereits dargelegt. Dem Ansatz der Normen, private Unternehmen an völkerrechtliche Normen wie das Völkermord- oder Folterverbot zu binden (Art. 3 VN-Normen), steht der Autor allerdings offener gegenüber, wenngleich dieser Teil seiner Argumentation nur schwer nachvollziehbar ist:

.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-416/158402/20201021145658638_19-416%2019-453bsacIntlLawScholars.pdf (zuletzt besucht: 22.12.2023).

573 Eingereicht wurde das Gutachten von *Karima Bennoune, Sarah H. Cleveland, Lori Fisler Damrosch, William S. Dodge, Richard J. Goldstone, Saira Mohamed, Gerald L. Neumann, Steven R. Ratner, Ralph G. Steinhardt*; von außerhalb der USA *Campbell McLachlan* und *August Reinisch*.

574 Brief of International Law Scholars as *Amici Curiae* in Support of Respondents, US Supreme Court, *Nestlé USA, Inc. v. Doe*, 141 S. Ct. 1931, abrufbar unter https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-416/158402/20201021145658638_19-416%2019-453bsacIntlLawScholars.pdf (zuletzt besucht: 22.12.2023), II ff., 28.

575 Brief of International Law Scholars as *Amici Curiae* in Support of Petitioners, US Supreme Court, *Jesner v. Arab Bank*, 138 S. Ct. 1386, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2994127 (zuletzt besucht: 22.12.2023), 7 f.

576 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 32 (Hervorhebung im Original).

„Some of the foregoing acts are widely recognized to be prohibited by international law to private as well as state actors. Some scholars insist, however, that international law does not yet recognize corporate responsibility for the violation of these norms. This appears to be a claim about the secondary rules of international law, rather than its primary rules. It is unclear whether these scholars would also deny that the primary norms of international law that apply to individuals also apply to corporations.“⁵⁷⁷

Einer der Wissenschaftler, auf den sich *Vazquez* bezieht („some scholars“), ist *Crawford*, der in einem *amicus curiae* brief in einem ATS-Verfahren festhielt, es gebe kein völkerrechtliches Haftungsregime für Unternehmen, weder zivil- noch strafrechtlich.⁵⁷⁸ Unternehmen seien weder an völkerstrafrechtliche Normen gebunden noch der Jurisdiktion völkerstrafrechtlicher Tribunale unterworfen; auch gebe es kein völkerrechtliches Sekundärrecht für Unternehmen.⁵⁷⁹ *Crawford*s Gutachten ist also keinesfalls unklar, was die Bindung privater Unternehmen an völkerrechtliche (Primär-)Normen anbelangt. Im Gegenteil lehnt *Crawford* die Bindung von Unternehmen an völkerrechtliche Normen ausdrücklich ab.

Aus der Riege der Beiträge, die sich ausführlich mit der Menschenrechtsbindung von Unternehmen befassen, ist zudem *Knox*' Beitrag zu nennen, der nicht von einer völkergewohnheitsrechtlichen Bindung privater Unternehmen an Normen wie das Völkermordverbot ausgeht. Zur Bindung privater Unternehmen an *ius cogens*-Normen finden sich in der US-Korpusliteratur also sehr unterschiedliche Perspektiven.

III) Die Darstellung der Thematik in den Lehrbüchern

Aussagen über etwaige völkerrechtliche Pflichten privater Unternehmen finden sich nur in wenigen der US-amerikanischen Völkerrechtslehrbücher.

577 *Vazquez*, Columbia Journal of Transnational Law 43:3 (2005), 927–960, 943.

578 Declaration of James Crawford, US District Court for the Southern District of New York, Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc., 244 F. Supp. 2d 289, Rn. 8.

579 Declaration of James Crawford, US District Court for the Southern District of New York, Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc., 244 F. Supp. 2d 289, Rn. 10 ff. (Bindung an völkerstrafrechtliche Normen), Rn. 16 ff. (Jurisdiktion völkerstrafrechtlicher Tribunale) und Rn. 22 ff. (völkerrechtliche Verantwortlichkeit).

Ein *casebook* erklärt: „Much as corporations have rights in international law, so too, they have responsibilities.“⁵⁸⁰ Anschließend zitiert das Buch u. a. Ausschnitte aus dem Aufsatz *Ratners*.⁵⁸¹ Der Ansatz US-amerikanischer *casebooks*, eher Fragen aufzuwerfen als zu beantworten, zeigt sich am Ende des Abschnitts über private Unternehmen, wo das Buch mit Blick auf die ATS-Rechtsprechung fragt:

„Can multinational enterprises be liable for damages under international law – just like *Radovan Karadzic*? Note that this would require more than UN-sponsored ‚principles‘. It would mean that international law creates legally binding obligations for corporations as well. Is the decision of the Ninth Circuit Court of Appeals in this regard convincing? If you were a clerk for a judge who disagreed with the majority and were asked to draft a dissent, what would you write?“⁵⁸²

Im *casebook* von *Damrosch/Murphy* heißt es im Abschnitt über transnationale Unternehmen: „Whether transnational corporations can violate international law has been contested in a range of contexts, including whether legal persons should be subject to the jurisdiction of international criminal tribunals and whether they can be sued for torts ‚in violation of the law of nations‘ under the U.S. Alien Tort Statute.“⁵⁸³ Daraufhin folgen Auszüge aus dem *Jesner*-Urteil des Supreme Courts sowie *notes*, die weiterführende Überlegungen anstellen.⁵⁸⁴

Das Buch enthält weitere Passagen zur Völkerrechtsbindung privater Unternehmen. Im Abschnitt über die VN-Leitprinzipien erklärt das Werk, diese hätten Unternehmen keine den staatlichen Menschenrechtspflichten vergleichbare Verpflichtungen auferlegt, wohl aber eine „responsibility to respect human rights.“⁵⁸⁵ Im Menschenrechtsabschnitt formuliert das Buch die Frage nach der Bindung nichtstaatlicher Akteure an die völkerrechtlichen Menschenrechte offener: „Do human rights norms impose obligations only upon states? Or is it possible to impose human rights obligations upon non-state actors as well, such as corporations or international organ-

580 *Reimann/Hathaway/Dickinson/Samuels*, 2013, 486.

581 *Reimann/Hathaway/Dickinson/Samuels*, 2013, 487 ff.

582 *Reimann/Hathaway/Dickinson/Samuels*, 2013, 498. Die Autoren verweisen auf die *Unocal*-Entscheidung des Ninth Circuit, der ersten bekannten ATS-Entscheidung gegen ein Unternehmen, siehe oben Fn. 381.

583 *Damrosch/Murphy*, 7. Auflage 2019, 460.

584 *Damrosch/Murphy*, 7. Auflage 2019, 460 ff.

585 *Damrosch/Murphy*, 7. Auflage 2019, 476.

izations?“⁵⁸⁶ In der für *casebooks* typischen Manier gibt das Buch keine Antwort auf diese Frage, sondern verweist auf Literaturbeiträge, darunter den Korpusbeitrag von *Knox*.

Eine wiederum andere Perspektive nimmt das Lehrbuch von *Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman* ein. Nach einem Verweis auf die völkerrechtlichen Rechtspositionen privater Unternehmen⁵⁸⁷ schreiben die Autoren über etwaige völkerrechtliche Pflichten:

„As for *duties* on corporations, for many years black-letter international legal doctrine posited that only domestic law could place duties on corporations because corporations were not ‚international legal persons‘. International law instead imposed duties on states to regulate corporate behavior under domestic law. (...) Some recent investment treaties allude to corporate social responsibility norms; as investors are not parties to these treaties, however, some argue that it is not appropriate to impose obligations on them via these treaties.

Whatever the significance of such doctrinal disagreements, serious disagreements remain about the proper role for international law in regulating corporate behavior and the proper role for corporations in prescribing international law.“⁵⁸⁸

Dass „doctrinal disagreements“ in der deutschen Literatur selten beiseite gewischt werden, dogmatische Stimmigkeit vielmehr häufig ausdrücklich als Ziel der Argumentation genannt wird, sei als Vorgriff auf den deutschen Länderbericht sowie das Vergleichskapitel bereits an dieser Stelle vermerkt.

Am Beispiel einer Fallstudie zur Arbeitsplatzsicherheit in bangladeschischen Kleidungsfabriken stellen die Autoren sodann die völkerrechtlichen Instrumente zur Regulierung privater Unternehmenstätigkeiten vor, berichten über die Entwicklungen unternehmenseigener Verhaltenskodizes und adressieren „the ways that corporations are currently permitted to participate in the process of making international law“.⁵⁸⁹ Die Darstellung verweist erneut auf den klassischen Regelungsansatz, nur Staaten völkerrechtliche Pflichten aufzuerlegen,⁵⁹⁰ wirft allerdings im Rahmen der Analyse

586 *Damrosch/Murphy*, 7. Auflage 2019, 891 (note 6).

587 *Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman*, 5. Auflage 2020, 179.

588 *Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman*, 5. Auflage 2020, 179 (Hervorhebung im Original).

589 *Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman*, 5. Auflage 2020, 179 ff. (Zitat ebd. 179).

590 *Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman*, 5. Auflage 2020, 180.

der VN-Leitprinzipien u. a. die Frage auf, ob „there [is] some way that corporations could be directly liable for human rights violations under international law?“⁵⁹¹ Ein Beispiel sei das ATS, dem ein eigener Abschnitt des Buches gewidmet ist.⁵⁹² Zur *Jesner*-Entscheidung stellt das Buch die offen gelassene Frage:

„Compare the majority’s view that international law must provide for corporate liability in order for a claim to arise under the ATS with the dissent’s view that international law only identifies prohibited acts and leaves the holders and forms of liability up to states. What are the implications, for both international and domestic law, of each of these approaches?“⁵⁹³

IV) Zwischenergebnis

Die US-amerikanische Korpusliteratur zur Völkerrechtsbindung von Unternehmen ist durch ein breites Spektrum an Positionen und Ansätzen gekennzeichnet: Zu nennen sind die Annahme weitreichender völkerrechtlicher Pflichten von Unternehmen durch *Stephens*, *Paust* und *Koh*, die u. a. darauf verweisen, viele Völkerrechtsnormen, etwa im Bereich des zwingenden Völkerrechts, seien offen formuliert, d. h. nicht nur an Staaten gerichtet. Gerade die Argumentation von *Stephens* und *Koh*, die als Menschenrechtsanwälte in ATS-Verfahren auftraten, wirkt z. T. recht ergebnisorientiert. Daneben stehen die Beiträge von *Ratner* und *Kinley/Tadaki*, die eigene Ansätze zur (zukünftigen) Bindung privater Unternehmen an die Menschenrechte entwickeln. *Ku* dagegen wendet sich gegen die Annahme weitreichender Unternehmenspflichten durch die US-Gerichte sowie die US-amerikanische Literatur, während *Dodge* den Ansatz des Second Circuit kritisiert, bei ATS-Klagen gegen Unternehmen darauf abzustellen, ob *corporate liability* völkerrechtlich verankert sei. Die Beiträge von *Vazquez* und *Knox* nehmen dagegen stärker die VN-Normen in den Blick; insbesondere *Knox* setzt sich dabei sehr grundlegend mit den völkerrechtlichen Pflichten Privater auseinander.

591 Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman, 5. Auflage 2020, 185 (note 3).

592 Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman, 5. Auflage 2020, 250 ff.

593 Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman, 5. Auflage 2020, 265 (note 1).

C) Die Auseinandersetzung mit dem ATS in der US-amerikanischen
Korpusliteratur

Neben den im ATS-Kontext zu verortenden Korpusbeiträgen zur Völkerrechtsbindung von Unternehmen enthält der US-amerikanische Literaturkorpus weitere Beiträge, die sich mit dem ATS befassen: Eine von einigen Korpusbeiträgen aufgegriffene, aber bislang noch nicht angesprochene Frage lautet, ob ATS-Verfahren (gegen Unternehmen) in Einklang mit den völkerrechtlichen Jurisdiktionsregeln stehen (I). Einige Beiträge beleuchten die Anstifter- und Gehilfenhaftung von Unternehmen unter dem ATS (II). Auch weil der Supreme Court den Anwendungsbereich des Gesetzes immer weiter begrenzt hat, finden sich in der Korpusliteratur außerdem Beiträge, die Alternativen zum ATS analysieren (III). Abschließend wird gezeigt, dass die ATS-Debatte in der Korpusliteratur als Spiegelbild der unterschiedlichen völkerrechtswissenschaftlichen Strömungen in den USA gedeutet werden kann (IV).

I) ATS-Verfahren und das völkerrechtliche Jurisdiktionsrecht

Im *Talisman*-Verfahren vor dem New York Southern District Court warfen die sudanesischen Kläger der kanadischen Ölfirma vor, in Menschenrechtsverletzungen der sudanesischen Regierung auf sudanesischem Staatsgebiet verstrickt gewesen zu sein.⁵⁹⁴ Das Verfahren ist für die *ATS human rights litigation* typisch, weil es keine territorialen oder personalen Bezüge zu den USA aufweist: Sowohl Kläger wie Beklagte sind aus US-Sicht Ausländer; der Sachverhalt spielt sich auf ausländischem Staatsgebiet ab. Zwar sind derartige Verfahren seit der *Kiobel*-Entscheidung, in der der Supreme Court die *presumption against extraterritoriality doctrine* für auf das ATS anwendbar erklärte, nicht mehr möglich. Für Verfahren, die vor *Kiobel* stattfanden und keine Bezüge zu den USA aufwiesen, stellte sich allerdings die Frage, inwieweit sie mit den völkerrechtlichen Jurisdiktionsregeln in Einklang stehen. Dieser Frage ist ein Korpusbeitrag ausführlich nachgegangen; weitere Beiträge haben die Thematik am Rande ihrer Ausführungen zu anderen Gegenständen beleuchtet. Bevor die Perspektiven der Korpusbeiträge analysiert werden, sind die völkerrechtlichen Jurisdiktionsregeln in ihren Grundzügen in den Blick zu nehmen.

594 Siehe US District Court for the Southern District of New York, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 296 ff.

Im Kontext der völkerrechtlichen Jurisdiktionsregeln bedeutet Jurisdiktion die Befugnis eines Staates, Hoheitsakte vorzunehmen.⁵⁹⁵ Nach heute gängiger Auffassung gibt es drei Jurisdiktionsformen: die Befugnis, Regelungen zu erlassen (*jurisdiction to prescribe*), staatliche Hoheitsakte durchzusetzen (*jurisdiction to enforce*) sowie Gerichtsbarkeit auszuüben (*jurisdiction to adjudicate*).⁵⁹⁶ Prominent vertreten wird der dreigliedrige Ansatz von den US-amerikanischen Restatements on Foreign Relations Law⁵⁹⁷, deren Auffassungen zur Jurisdiktionsausübung in der völkerrechtlichen Debatte eine wichtige Rolle einnehmen: In einem Bereich ohne klare Regelungen bieten sie zumindest ein Deutungsangebot zum Stand des Völkergewohnheitsrechts.⁵⁹⁸

Die Ausübung von Jurisdiktion ist Ausdruck der Souveränität eines Staates, darf aber nicht die Souveränität eines anderen Staates verletzen.⁵⁹⁹ Das Völkerrecht setzt der staatlichen Jurisdiktionsausübung daher Grenzen. Wo diese verlaufen, ist nicht immer klar, auch weil es keinen völkerrechtlichen Vertrag mit Regeln zum Jurisdiktionsrecht gibt.⁶⁰⁰ Angesichts ihrer Funktion zählen die Jurisdiktionsregeln zu den wichtigsten, angesichts ihrer Ambiguität aber auch zu den kontroversesten Bestandteilen der Völkerrechtsordnung.⁶⁰¹

595 Crawford, 9. Auflage 2019, 440.

596 Insbesondere britische Völkerrechtslehrbücher halten an der zweistufigen Unterteilung fest, die die *jurisdiction to adjudicate* als Unterfall der *enforcement*-Jurisdiktion auffasst, siehe Ryngaert, The Restatement and the Law of Jurisdiction: A Commentary, EJIL 32:4 (2022), 1455–1469, 1463; siehe auch Roberts, 2017, 205 ff., nach der auch französische Lehrbücher die *jurisdiction to adjudicate* mitunter nicht anerkennen. Ein deutschsprachiges Völkerrechtslehrbuch, das die dreistufige Unterscheidung wählt, ist Peters/Petrig, 5. Auflage 2020, Kapitel 3 Rn. 1.

597 Siehe American Law Institute, Restatement of the Law (Fourth): The Foreign Relations Law of the United States (2018), § 401 sowie die folgende Reporters' Note 2. Die Restatements werden von dem privaten American Law Institute herausgegeben und von Expertengremien erarbeitet; sie geben jeweils einen systematischen Überblick über das US-amerikanische (Fall-)Recht zu einem bestimmten Thema. Die Restatements sind nicht bindend, genießen in den USA aber große Autorität: Bspw. zitiert der Oberste Gerichtshof die Restatements regelmäßig, siehe <https://www.ali.org/news/articles/american-law-institute-and-us-supreme-court-revisited/> (zuletzt besucht: 22.12.2023). Ausführlich zu den Restatements zum US-amerikanischen *foreign relations law* unten Kapitel 6) A) III).

598 Vgl. etwa Ryngaert, EJIL 32:4 (2022), 1455–1469, 1455, der das neue Restatement Fourth trotz Kritik an einigen Passagen als monumentale Arbeit würdigt.

599 Ryngaert, Jurisdiction in International Law, 2. Auflage 2015, 6.

600 Oxman, Jurisdiction of States, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2007, Rn. 9.

601 Ryngaert, 2. Auflage 2015, 6.

Die *jurisdiction to prescribe* ermächtigt nach der mittlerweile weitläufig gebrauchten Formel der Restatements dazu, das eigene Recht auf Personen, Vermögenswerte oder Verhaltensweisen anzuwenden.⁶⁰² Die Befugnis eines Staates, sein Recht auf sein Staatsgebiet und seine Staatsbürger zu erstrecken, ergibt sich aus der staatlichen Territorial- und Personalhoheit, die Ausfluss der staatlichen Souveränität sind.⁶⁰³ Staaten dürfen auch Sachverhalte mit Auslandsbezug regulieren, wenn ein anerkannter Anknüpfungspunkt vorliegt.⁶⁰⁴ Auf Basis des aktiven und passiven Personalitätsprinzips können Staaten etwa ihre Strafgesetze auf Taten erstrecken, die ihre Staatsbürger im Ausland begangen haben; außerdem dürfen Staaten unter bestimmten Voraussetzungen Handlungen pönalisieren, die an ihren Staatsbürgern im Ausland verübt werden.⁶⁰⁵

Die Befugnis eines Staates, Regeln durchzusetzen (*jurisdiction to enforce*), ist auf das eigene Territorium beschränkt, sofern nicht eine völkerrechtliche Regel ausdrücklich zur Ausübung von Hoheitsgewalt außerhalb des eigenen Staatsgebiets ermächtigt.⁶⁰⁶ So artikuliert hat diesen Grundsatz bereits der StIGH in seiner *Lotus*-Entscheidung im Jahr 1927.⁶⁰⁷

Ob das Völkerrecht Vorgaben bzgl. der *jurisdiction to adjudicate* trifft, wird unterschiedlich beurteilt. Überwiegend wird vertreten, das Völkergewohnheitsrecht verlange das Bestehen minimaler Kontakte zwischen Forumstaat und dem verhandelten Sachverhalt.⁶⁰⁸ Das neue Restatement Fourth verneint allerdings, anders als das Restatement Third, die Existenz völkerrechtlicher Regeln zur *jurisdiction to adjudicate*, wofür es jedoch kritisiert wurde.⁶⁰⁹

602 *American Law Institute*, Restatement of the Law (Fourth): The Foreign Relations Law of the United States (2018), § 402 Kommentar a).

603 Besson, Sovereignty, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2011, Rn. 118 f. Allerdings kann schon die Frage, wann sich ein Sachverhalt auf dem Territorium eines Staates abspielt, Kontroversen entfachen, vgl. nur Krisch, in: BDGIR 50 (2019), 2020, 11–36, 14 ff.

604 Crawford, 9. Auflage 2019, 440.

605 Crawford, 9. Auflage 2019, 444 f. Siehe exemplarisch § 5 StGB (aktives Personalitätsprinzip) sowie § 7 Abs. 1 StGB (passives Personalitätsprinzip).

606 Ryngaert, 2. Auflage 2015, 9.

607 StIGH, *The Case of the S.S. „Lotus“*, Urteil vom 07.09.1927, Series A. No. 10, 4, 18 f.

608 Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Auflage 2019, Rn. 126. Einen Überblick über den Stand der Debatte gibt Ryngaert, EJIL 32:4 (2022), 1455–1469, 1465 ff.

609 *American Law Institute*, Restatement of the Law (Fourth): The Foreign Relations Law of the United States (2018), § 422, Reporters' Note 1. Kritik hieran bei Parrish, Adjudicatory Jurisdiction and Public International Law: The Fourth Restatement's New Approach, in: Stephan/Cleveland (Hrsg.), The Restatement and Beyond: The

Die ATS-Rechtsprechung zur Unternehmenshaftung warf sowohl Fragen der *jurisdiction to prescribe* als auch der *jurisdiction to adjudicate* auf. Da letztere in der Korpusliteratur kaum thematisiert wurde, liegt der Fokus hier auf der *jurisdiction to prescribe*.⁶¹⁰

Das ATS erklärt die US-Bundesgerichte für Deliktsklagen zuständig, die Ausländer wegen Völkerrechtsverletzungen einreichen. Als Zuständigkeitsvorschrift adressiert das ATS einen inneramerikanischen Sachverhalt, steht also nicht in Konflikt mit den völkerrechtlichen Jurisdiktionsregeln. Kontrovers ist hingegen die Jurisdiktionskonformität der parallel zur Zuständigkeitsnorm bestehenden ATS-Anspruchsgrundlage. Diese ermöglichte es ausländischen Klägern, völkerrechtswidrige Handlungen geltend zu machen, die sich im Ausland ohne Beteiligung US-amerikanischer Personen abspielten, bis der Supreme Court dieser Praxis im Jahr 2013 ein Ende

Past, Present, and Future of U.S. Foreign Relations Law, 2020, 303–317, 304, der die Auffassung des Restatements, das Völkerrecht beschränke die *jurisdiction to adjudicate* nicht, als tendenziös bezeichnet. Unter Verweis auf fehlende Staatenpraxis die Position des Restatements hingegen verteidigend Dodge, A Modest Approach to the Customary International Law of Jurisdiction, EJIL 32:4 (2022), 1471–1481, 1475 ff. (der Autor fungierte als Berichterstatter des *jurisdiction*-Teils des Restatements).

- 610 Mit Blick auf die *jurisdiction to adjudicate* stellte sich insbesondere die Frage, inwieweit ATS-Verfahren die erforderlichen Minimalkontakte zu den USA aufweisen (sofern man diesen Aspekt der Jurisdiktionsausübung als völkerrechtlich determiniert erachtet). Entsprechende Minimalkontakte waren bei Verfahren gegen US-Amerikaner oder in den USA wohnhaften Beklagten gegeben, während dies bei manchen Formen der US-amerikanischen Zuständigkeitsbegründung zweifelhaft ist, vgl. Köster, 2010, 257 ff. Insbesondere die Zuständigkeitsbegründung aufgrund der Klagezustellung in den USA (*tag jurisdiction*) sowie aufgrund der wirtschaftlichen Betätigung des Beklagten in den USA (*doing business jurisdiction*) wird von manchen Autoren als Verstoß gegen das völkerrechtliche Jurisdiktionsrecht angesehen, siehe ebd. 259 m. w. N. Zur Bauman-Entscheidung, in der der Supreme Court die Zuständigkeitserklärung aufgrund der wirtschaftlichen Betätigung des Beklagten verwarf, siehe oben Fn. 418. Aufschlussreich ist der Vergleich des US-amerikanischen und europäischen Jurisdiktionsverständnisses bei Michaels, Two Paradigms of Jurisdiction, Michigan Journal of International Law 27:4 (2006), 1003–1069, 1045 (Fußnoten ausgelassen), der u. a. auf den Fokus auf unterschiedliche Beziehungen hinweist: „European jurisdictional thinking focuses on the horizontal relations between countries rather than on the vertical relation between the court and the parties. (...) [T]he real question of jurisdiction in Europe is neither whether there are sufficient vertical contacts between the defendant and the country whose courts are seized, nor whether such contacts exist between that country and the controversy. The real question is which of several states' courts are the most appropriate to deal with a type of litigation. Jurisdiction is justified vis-à-vis other states with a plausible claim to jurisdiction, not vis-à-vis the defendant and her interest in protection from the court.“

bereitete.⁶¹¹ Aus Jurisdiktionssicht wurde im Kontext des ATS folglich insbesondere das Universalitätsprinzip diskutiert: Danach betreffen Verbrechen wie die Begehung eines Völkermordes aufgrund ihrer universellen Ächtung alle Staaten, sodass jeder Staat berechtigt ist, genozidale Taten zu verfolgen.⁶¹² Ein Bezug zum Tatort, Täter oder Opfer ist dann nicht erforderlich.

Etabliert ist das Universalitätsprinzip für strafrechtliche Verfahren.⁶¹³ Inwieweit auf Grundlage des Universalitätsprinzips zivilrechtliche Verfahren ohne Bezug zum Forumstaat völkerrechtlich zulässig sind, ist umstritten.⁶¹⁴ In den USA gingen das Restatement Third sowie einige Gerichte davon aus, dass das Universalitätsprinzips auch eine Grundlage für Zivilverfahren liefere.⁶¹⁵ Erstreckt sich das Universalitätsprinzip dagegen nicht auf zivilrechtliche Verfahren, hätte es nicht als Grundlage für ATS-Fälle ohne Bezug zum Staatsgebiet der USA dienen können.

611 Dazu oben Kapitel 4) A) IV).

612 Werle/Jeffberger, 5. Auflage 2020, 115 ff. (Rn. 258 ff.).

613 Ryngaert, 2. Auflage 2015, 126 ff.

614 Laut EGMR sind zivilrechtliche Klagen auf Grundlage des Universalitätsprinzips ohne territorialen oder personalen Bezug zum Forumstaat nur in den USA, den Niederlanden sowie in Kanada möglich, siehe EGMR, *Nait-Liman v. Switzerland*, App. No. 51357/07, Urteil vom 15.03.2018, Rn.183 ff. Vgl. auch zur Sonderstellung der ATS-Rechtsprechung IGH, *Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, Urteil vom 14.02.2002, 2002 ICJ Reports 63, 77.

615 Dass das Universalitätsprinzip zivilrechtliche Verfahren gestattet, bejahte das mittlerweile überholte Restatement Third, siehe *American Law Institute*, Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of The United States (1987), § 404 Kommentar b): „In general, jurisdiction on the basis of universal interests has been exercised in the form of criminal law, but international law does not preclude the application of non-criminal law on this basis, for example, by providing a remedy in tort or restitution for victims of piracy.“ Auf diese Passage berief sich das *Kadic*-Urteil, das den Weg für ATS-Klagen gegen Privatpersonen ebnete, siehe US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 240; ebenso US District Court for the Southern District of New York, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 305. Auf das Universalitätsprinzip ging auch *Justice Breyer* in seiner *concurring opinion* in *Sosa* ein, siehe US SC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 762 (*Breyer, J., concurring*). Das Restatement Fourth, dessen Jurisdiktionsteil stärker an der US-amerikanischen Praxis als an den völkerrechtlichen Vorgaben orientiert ist (vgl. *Ryngaert*, EJIL 32:4 (2022), 1455–1469, 1470), argumentiert nur noch, dass in den USA sowohl straf- als auch zivilrechtliche Verfahren auf Grundlage des Universalitätsprinzips stattgefunden haben, siehe *American Law Institute*, Restatement of the Law (Fourth): The Foreign Relations Law of the United States (2018), § 402 Kommentar f); den Hinweis, diese Praxis sei völkerrechtskonform, wie das Vorgänger-Restatement ausführte, findet sich im Restatement Fourth nicht mehr.

Diese Brisanz hat der Supreme Court mit seiner *Kiobel*-Entscheidung entschärft, indem er die Anwendbarkeit der *presumption against extraterritoriality doctrine* auf das ATS bejahte.⁶¹⁶ Danach erfasst die ATS-Anspruchsbasis nur solche Sachverhalte, die ausreichend Bezugspunkte zum US-amerikanischen Staatsgebiet aufweisen.⁶¹⁷ Dabei verwies der Gerichtshof allerdings nicht auf die völkerrechtlichen Jurisdiktionsregeln, sondern auf den (historischen) US-Kongress, der die Erstreckung der ATS-Ansprüche auf Auslandssachverhalte nicht intendiert habe.⁶¹⁸ Indem der Supreme Court nunmehr einen ausreichenden Bezug zum Territorium der USA verlangt, hängt die Jurisdiktionskonformität von ATS-Verfahren nicht mehr davon ab, ob das Universalitätsprinzip als Grundlage für zivilrechtliche Verfahren dienen kann.⁶¹⁹

Für die Zulässigkeit von ATS-Verfahren ohne Bezüge zum US-amerikanischen Staatsgebiet argumentiert *Stephens* in ihrem (durch den kanadischen Supreme Court in *Nevsun* zitierten) Beitrag „The Amoralität of Profit“: Auf Grundlage des Universalitätsprinzips seien sowohl straf- als auch zivilrechtliche Verfahren zulässig.⁶²⁰ Dabei verweist die Autorin auf einen von ihr verfassten Beitrag, in dem sie sich ausführlich mit der Thematik auseinandersetzt. Die Argumente, die *Stephens* in diesem Beitrag außerhalb des Korpus anführt,⁶²¹ seien kurz aufgegriffen. Zunächst kritisiert die Autorin die Unterscheidung zwischen Zivil- und Strafrecht, die weder objektiv noch naturgegeben sei und von Staat zu Staat unterschiedlich ausgestaltet

616 Vgl. oben Kapitel 4) A) IV).

617 US SC, *Kiobel v. Royal Dutch Petro. Co.*, 569 U.S. 108, 125.

618 Vgl. *Wuerth*, AJIL 107:3 (2013), 601–621, 618 f. Die *presumption*-Regel ist Teil des neuen Restatements, siehe *American Law Institute*, Restatement of the Law (Fourth): The Foreign Relations Law of the United States (2018), § 404: „Courts in the United States interpret federal statutory provisions to apply only within the territorial jurisdiction of the United States unless there is a clear indication of congressional intent to the contrary.“ Wenngleich nicht völkerrechtlich determiniert, dürfte die *presumption*-Regel dazu beitragen, Verstöße gegen das völkerrechtliche Jurisdiktionsrecht zu verhindern; indem sie bzgl. der extraterritorialen Reichweite eines Rechtsakts allerdings auf die Intention des Kongresses abstellt, sind solche Verletzungen auch nicht ausgeschlossen, vgl. *Ryngaert*, EJIL 32:4 (2022), 1455–1469, 1458.

619 *American Law Institute*, Restatement of the Law (Fourth): The Foreign Relations Law of the United States (2018), § 402 Reporters' Note 10.

620 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 85.

621 Bei dem Beitrag handelt es sich um *Stephens*, Yale Journal of International Law 27:1 (2002), 1–58, 39 ff.

sei.⁶²² Bspw. erfülle das Deliktsrecht mancher Staaten auch strafende Funktionen.⁶²³ Außerdem könnten zivilrechtliche Verfahren dem Zweck des Universalitätsprinzips genauso förderlich sein wie Strafverfahren, indem sie die Verwerflichkeit von Menschenrechtsverletzungen sichtbar machten und den Täter zumindest finanziell zur Rechenschaft zögen.⁶²⁴

Dass zivilrechtliche Verfahren auf Grundlage des Universalitätsprinzips möglich sind, vertreten implizit auch andere Korpusbeiträge.⁶²⁵ Auch die US-amerikanischen Völkerrechtslehrbücher setzen sich ausführlich mit dem Universalitätsprinzip auseinander.⁶²⁶ Ob auf Grundlage des Universalitätsprinzips zivilrechtliche Verfahren zulässig sind, wird indes selten behandelt.⁶²⁷

Ramseys Korpusbeitrag „International Law Limits on Investor Liability in Human Rights Litigation“, der sich ausführlich dem Recht der völkerrechtlichen Jurisdiktion widmet, nimmt eine auch außerhalb der Korpusliteratur kaum thematisierte Perspektive ein.⁶²⁸ Der Autor fragt, inwieweit auf Grundlage des Universalitätsprinzips Klagen gegen Personen möglich sind, die als Anstifter oder Gehilfen in die Menschenrechtsverletzungen verstrickt sind. Mit anderen Worten stellt er zur Diskussion, ob auf Grundlage des Universalitätsprinzips überhaupt Verfahren wie unter dem ATS stattfinden können, in denen Anstifter und Gehilfen für ihre Verstrickung in die Menschenrechtsverletzungen staatlicher Stellen zur Rechenschaft gezogen werden. Die Frage, ob das Universalitätsprinzip überhaupt zivilrechtliche Verfahren gestattet, klammert der Autor aus.⁶²⁹ Nach langen Ausführungen folgert der Autor, eine *aiding and abetting liability* juristischer

622 Stephens, Yale Journal of International Law 27:1 (2002), 1–58, 44.

623 Stephens, Yale Journal of International Law 27:1 (2002), 1–58, 45.

624 Stephens, Yale Journal of International Law 27:1 (2002), 1–58, 51.

625 Vazquez, Alien Tort Claims and the Status of Customary International Law, AJIL 106:3 (2012), 531–546, 542 ff.; Grosswald Curran, Harmonizing Multinational Parent Company Liability for Foreign Subsidiary Human Rights Violations, Chicago Journal of International Law 17:2 (2016), 403–446, 422.

626 O'Connell/Scott/Roht-Arriaza/Bradlow, 7. Auflage 2015, 341 ff.; Murphy, 3. Auflage 2018, 326 ff.; Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman, 5. Auflage 2020, 290 ff.; Janis/Noyes/Sadat, 6. Auflage 2020, 1002.

627 Siehe Damrosch/Murphy, 7. Auflage 2019, 789 (note 7), die auf einen Literaturbeitrag verweisen, ohne in der für casebooks typischen Manier selbst eine Antwort auf die Frage zu geben.

628 Ramsey, International Law Limits on Investor Liability in Human Rights Litigation, Harvard International Law Journal 50:2 (2009), 271–322.

629 Der Autor weist auf die fehlende Praxis zivilrechtlicher Verfahren auf Grundlage des Universalitätsprinzips hin, weshalb er für die Zwecke seiner Untersuchung

Personen sei im Völkerrecht nicht etabliert.⁶³⁰ Folglich könne auch das Universalitätsprinzip ebensolche Klagen nicht stützen.⁶³¹

In der US-Korpusliteratur wird die territoriale Reichweite des ATS folglich vor dem Hintergrund des US- wie auch des Völkerrechts analysiert. Diese Debatte verlor jedoch an Bedeutung, als der Supreme Court in *Kio-bel* den territorialen Anwendungsbereich des ATS unter Rückgriff auf die US-rechtliche *presumption*-Doktrin beschnitt.

II) Die Anstifter- und Gehilfenhaftung von Unternehmen

Zwei Beiträge der Korpusliteratur setzen sich ausführlich mit Fragen der *aiding and abetting liability* auseinander. Da diese Thematik zwar für die ATS-Haftung von Unternehmen, allerdings weniger für den weiteren Verlauf dieser Arbeit von Relevanz ist, seien sie hier nur in je einem Satz zusammengefasst: *Vora* befasst sich mit der zentralen Vorfrage, welchem Recht die Regeln der Anstifter- bzw. Gehilfenhaftung zu entnehmen sind, und plädiert für das *federal common law*.⁶³² *Forceses* sehr früh erschienener Beitrag beleuchtet die Thematik anlässlich des *Unocal*-Verfahrens, das in dem ersten bekannten ATS-Urteil gegen ein Unternehmen münden sollte.⁶³³

III) Alternative Klagemöglichkeiten für Opfer von Menschenrechtsverletzungen

Trotz seines hohen Bekanntheitsgrads war der Anwendungsbereich des ATS seit jeher begrenzt: Nach der durch den Supreme Court in *Sosa* aufgestellten Formel konnte bspw. nur die Verletzung qualifizierter Völkerrechtsnormen unter dem ATS geltend gemacht werden. Zudem endeten nur

die Möglichkeit solcher Verfahren unterstellt, *Ramsey*, Harvard International Law Journal 50:2 (2009), 271–322, 305.

630 *Ramsey*, Harvard International Law Journal 50:2 (2009), 271–322, 305 ff.

631 *Ramsey*, Harvard International Law Journal 50:2 (2009), 271–322, 320.

632 *Vora*, Federal Common Law and Alien Tort Statute Litigation: Why Federal Common Law Can (and Should) Provide Aiding and Abetting Liability, Harvard International Law Journal 50:1 (2009), 195–230.

633 *Forcese*, ATCA's Achilles Heel: Corporate Complicity, International Law and the Alien Tort Claims Act, Yale Journal of International Law 26:2 (2001), 487–516.

wenige Verfahren mit Urteilen zugunsten der Kläger.⁶³⁴ Vor diesem Hintergrund stellten viele Beobachter die Frage nach Alternativen zum ATS, insbesondere nach der Begrenzung des Anwendungsbereichs des Gesetzes durch den Supreme Court in *Kiobel* und *Jesner*. Auch diese Dimension der ATS-Debatte hat Eingang in die US-Korpusliteratur gefunden.

Eine Reihe von Autoren befasst sich mit *bundesrechtlichen* Alternativen zum ATS: *Breed* fasst US-amerikanische multinationale Unternehmen als weltweite Botschafter der USA auf, die dem Ansehen der USA schaden können, wenn sie in menschenrechtswidrige Praktiken involviert sind.⁶³⁵ Die Ansätze, die zur Zeit der Veröffentlichung des Aufsatzes im Jahr 2002 diskutiert werden, darunter die indirekte Regulierung von Unternehmen durch das ATS, hält der Autor für unzureichend.⁶³⁶ Deshalb plädiert er für ein neues (Bundes-)Gesetz nach Vorbild des Foreign Corrupt Practices Act.⁶³⁷ Soweit ersichtlich, ist es zu einem solchen Gesetz nicht gekommen.

Raycraft folgert aus der *Jesner*-Entscheidung einen „call to action“.⁶³⁸ Die Autorin plädiert nach einer umfassenden Bestandsaufnahme des US-amerikanischen Rechts hinsichtlich der Regulierung menschenrechtssensibler Aktivitäten US-amerikanischer Unternehmen für Änderungen des Kapitalmarkt-, Gesellschafts- und Antikorruptionsrechts.⁶³⁹ Ein weiterer Beitrag diskutiert die Handlungsoptionen der US-amerikanischen Regierung, mit dem Phänomen extraterritorialer Menschenrechtsklagen umzugehen.⁶⁴⁰

Auf die Möglichkeiten, im Ausland begangene Menschenrechtsverletzungen vor den Gerichten der Einzelstaaten geltend zu machen, weist *Nagiel* hin.⁶⁴¹ Ihr Beitrag bringt zum Ausdruck, dass das ATS im Kern eine die Zuständigkeit der Bundesgerichte begründende Vorschrift mit engen Voraussetzungen ist, wie dem Erfordernis der Verletzung einer qualifizierten

634 Siehe oben Fn. 367.

635 *Breed*, *Regulating Our 21st-Century Ambassadors: A New Approach to Corporate Liability for Human Rights Violations Abroad*, *Virginia Journal of International Law* 42:4 (2002), 1005–1036, 1006.

636 *Breed*, *Virginia Journal of International Law* 42:4 (2002), 1005–1036, 1013 ff., 1023 ff.

637 15 U.S.C. §§ 78dd–1 ff.

638 *Raycraft*, *Virginia Journal of International Law* 60:3 (2020), 737–778, 741.

639 *Raycraft*, *Virginia Journal of International Law* 60:3 (2020), 737–778, 767 ff.

640 *Schrage*, *Judging Corporate Accountability in the Global Economy*, *Columbia Journal of Transnational Law* 42:1 (2003), 153–176.

641 *Nagiel*, *An Overlooked Gateway to Victim Compensation: How States Can Provide a Forum for Human Rights Claims*, *Columbia Journal of Transnational Law* 46:1 (2007), 133–176.

Völkerrechtsnorm, weshalb Klagen vor den Gerichten der Einzelstaaten eine vielversprechende Alternative zu ATS-Verfahren seien.⁶⁴²

Green betont die Möglichkeiten, das Führungspersonal eines Unternehmens, das Menschenrechtsverletzungen begangen hat oder in menschenrechtswidrige Praktiken verstrickt war, zu verklagen.⁶⁴³ Schließlich befasst sich *Grosswald Currans* mit der Haftung von Muttergesellschaften für ihre Tochterunternehmen.⁶⁴⁴

Der Aufsatz von *Farbstein* analysiert zwar keine alternativen Klagemöglichkeiten, bietet aber eine andere Perspektive auf die Thematik: In ihrem Artikel schildert die Autorin ausführlich ihre Erfahrungen als Anwältin in einem der Apartheid-Verfahren, in denen Unternehmen für ihre Verstrickung in das Apartheid-Regime in Südafrika unter dem ATS verklagt wurden.⁶⁴⁵ Ihre Schlussfolgerungen nach über zehnjähriger Beratungstätigkeit geben Einblicke in die Strategien, Sorgen und Ideale der Menschenrechtsanwälte, die das ATS wiederbelebten und, aus Klägerperspektive, wichtige Urteile erstritten.⁶⁴⁶ So berichtet die Autorin, sich häufig selbst daran erinnern zu haben, dass ein einziger Fall die Welt nicht (zum Besseren) ändern kann und muss; vielmehr sei jeder Fall „one component of a much longer, larger struggle“⁶⁴⁷. Auf die Perspektiven *Farbsteins* wird zurückzukommen sein, weil positivrechtliche Fragen nicht im Mittelpunkt ihrer Untersuchung stehen.

IV) Zwischenergebnis: „Debates about the ATS mirror debates about international law“⁶⁴⁸

Die Gedanken *Farbsteins* drücken das Anliegen vieler ATS-Sympathisanten aus, Menschenrechtsverletzungen gerichtlich zu ahnden. Diese Haltung ist in der Korpusliteratur auch bei *Stephens* erkennbar, wenn sie etwa schreibt: „I do not accept that human rights abuses are the unavoidable price of eco-

642 *Nagel*, Columbia Journal of Transnational Law 46:1 (2007), 133–176, 135.

643 *Green*, Corporate Torts: International Human Rights and Superior Officers, Chicago Journal of International Law 17:2 (2016), 447–520.

644 *Grosswald Curran*, Chicago Journal of International Law 17:2 (2016), 403–446.

645 *Farbstein*, Perspectives from a Practitioner: Lessons Learned from the Apartheid Litigation, Harvard International Law Journal 61:2 (2020), 451–510.

646 *Farbstein*, Harvard International Law Journal 61:2 (2020), 451–510, 504 f.

647 *Farbstein*, Harvard International Law Journal 61:2 (2020), 451–510, 504.

648 *Stephens*, Notre Dame Law Review 89:4 (2014), 1467–1543, 1468.

conomic development.“⁶⁴⁹ Mit ähnlichem Impetus sucht *Koh* die Kritikpunkte zu entkräften, die häufig gegen die *ATS corporate human rights litigation* vorgebracht werden.

Kritik an ATS-Verfahren erhebt in der Korpusliteratur etwa *Ramsey*: Der Autor betont, dass ATS-Verfahren von anderen Staaten als übergriffig wahrgenommen werden (könnten), also US-amerikanischen Interessen zuwiderlaufen können.⁶⁵⁰ Auch *Ku* kritisiert ATS-Verfahren gegen Unternehmen, da *corporate liability* keine anerkannte völkergewohnheitsrechtliche Regel sei.

Ku bemängelt das ATS nicht nur aus völkerrechtlicher Perspektive. Die andere, bisher noch nicht thematisierte Stoßrichtung seiner Kritik fußt auf der *concurring opinion*, die *Justice Scalia* der *Sosa*-Entscheidung des Supreme Courts beigefügt hat.⁶⁵¹ Darin stimmt *Scalia* der Gerichtsmehrheit zwar darin zu, das ATS als Jurisdiktionsvorschrift einzuordnen. *Scalia* verneint dagegen die von der Gerichtsmehrheit angenommene Befugnis der Bundesgerichte, dem *federal common law* in engen Grenzen das ATS komplementierende Anspruchsgrundlagen zu entnehmen und fortzuentwickeln.⁶⁵² Diese Position ist vor dem Hintergrund einer Entscheidung des Supreme Courts aus dem Jahr 1938 zu sehen, nach der die Bundesgerichte grundsätzlich keine Befugnis haben, *federal common law* zu schaffen.⁶⁵³ Die Gerichtsmehrheit in *Sosa* argumentiert, der Kongress habe die zur Zeit der Entstehung des ATS bestehende Befugnis der Bundesgerichte, in ATS-Verfahren *federal common law* anzuwenden und fortzuentwickeln, nicht beschnitten. *Scalia* betont dagegen, mangels ausdrücklicher Ermächtigung stünde den Bundesgerichten keine Befugnis zu, ATS-Anspruchsgrundlagen zu entwickeln. Folglich würden nichtgewählte Bundesrichter illegitimerweise Recht setzen, wenn sie in ATS-Verfahren deliktische Ansprüche gewähren und fortentwickeln. Diese Anmaßung stelle den US-amerikanischen Gesetzgebungsprozess auf den Kopf.⁶⁵⁴ In ATS-Verfahren sei dies besonders problematisch, weil die Bundesgerichte darin völkergewohnheitsrechtliche Menschenrechtsnormen anwenden:

649 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 48.

650 *Ramsey*, Harvard International Law Journal 50:2 (2009), 271–322, 315 f.

651 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 356.

652 US SC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 741 f. (*Scalia*, J., concurring).

653 Ausführlich zu dieser Entwicklung oben Fn. 371.

654 US SC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 749 f. (*Scalia*, J., concurring).

„The notion that a law of nations, redefined to mean the consensus of states on *any* subject, can be used by a private citizen to control a sovereign's treatment of *its own citizens* within *its own territory* is a 20th-century invention of internationalist law professors and human rights advocates. The Framers would, I am confident, be appalled by the proposition that, for example, the American peoples' democratic adoption of the death penalty could be judicially nullified because of the disapproving views of foreigners.“⁶⁵⁵

Die scharfen Worte *Scalias* stehen exemplarisch für die Gegenwehr, die konservative US-amerikanische Juristen der *human rights litigation* z. T. entgegenbrachten. Die Worte *Scalias* stehen zudem für zwei Anliegen, die Teile der konservativen US-amerikanischen Juristenschaft auch außerhalb des ATS-Kontexts vorantreiben: die Macht der Bundesgewalt, hier: der Bundesgerichte, einzugrenzen sowie die Bedeutung des Völkerrechts in der US-amerikanischen Rechtsordnung gering zu halten. „In the United States, compliance with international law needs to be politically defended and explained to the electorate, whereas in Europe, compliance with international law is assumed (...)“, hat *Ohlin* diese teilweise gegenüber dem Völkerrecht vorherrschende Skepsis beschrieben.⁶⁵⁶

Vor diesem Hintergrund hat *Wuerth* in einer Besprechung des *Kiobel*-Urteils treffend argumentiert, dass das ATS zwar komplexe Auslegungsfragen aufwerfe, nicht zuletzt aufgrund des hohen Alters der Vorschrift, dass sich die wahre Schwierigkeit jedoch aus dem „policy conflict behind the ATS“ ergebe.⁶⁵⁷ Ansatzweise ist diese Dimension der ATS-Debatte auch in der US-amerikanischen Korpusliteratur dieser Arbeit zu erkennen, wie etwa ein Vergleich der Beiträge *Kohs* und *Stephens'* mit denen *Ramseys* und *Kus* zeigt.

655 US SC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 749 f. (*Scalia*, J., concurring; Fußnoten ausgelassen; Hervorhebung im Original). An dieser Stelle zitiert *Scalia Bradley/Goldsmith*, Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position, Harvard Law Review 110:4 (1997), 815–876, worin die beiden Autoren die Befugnis der US-Bundesgerichte verneinen, Völkergewohnheitsrecht anzuwenden, sofern sie sich auf keine gesetzliche Ermächtigung stützen können. Zur Rezeption des wirkmächtigen Beitrags *Ohlin*, 2015, 15 ff.

656 *Ohlin*, 2015, 12.

657 *Wuerth*, AJIL 107:3 (2013), 601–621, 620; ebenso *Miller*, The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law in the United States, American Journal of Comparative Law Supplement 62:4 (2014), 133–150, 148 f.

Die Details dieser politischen Komponente der ATS-Debatte, wie auch die Details der ATS-Debatte insgesamt sind mit Blick auf das vergleichende Ziel dieser Arbeit jedoch nicht entscheidend. Vielmehr ist festzuhalten, dass die ATS-Rechtsprechung in der US-amerikanischen Korpusliteratur intensiv und kontrovers diskutiert wurde.

D) Die Völkerrechtssubjektivität privater Unternehmen

Die Bedeutung des Konzepts der Völkerrechtssubjektivität in der US-amerikanischen Korpusliteratur lässt sich an der Stoßrichtung der beiden Beiträge erkennen, die sich Fragen der Völkerrechtssubjektivität ausführlicher widmen: Das Konzept der Völkerrechtssubjektivität gehe typischerweise mit einem staatszentrierten Völkerrechtsdenken einher, was den Blick auf die Realitäten des völkerrechtlichen Verkehrs verstelle und daher aufzugeben sei, argumentiert bspw. der in der Einleitung bereits angesprochene *Alvarez* (I). Weitere Erkenntnisse über die geringe Bedeutung des Konzepts der Völkerrechtssubjektivität in der US-amerikanischen Korpusliteratur liefern die Beiträge zur Völkerrechtsbindung von Unternehmen: Diesen liegt zumeist die formale Konzeption von Völkerrechtssubjektivität zugrunde. Danach ist ein Völkerrechtssubjekt schlicht die Gesamtheit der völkerrechtlichen Rechte und Pflichten, die der Einheit zukommen.⁶⁵⁸ Die Autoren nutzen den Ansatz allerdings implizit, mitunter ohne den Begriff des Völkerrechtssubjekts überhaupt zu erwähnen (II).

Vor der Vorstellung und Analyse der Korpusbeiträge sind zwei Hinweise angezeigt: Erstens dreht sich dieser Abschnitt, auch mit Blick auf den späteren Vergleich, vorwiegend um die Aussagen über und Implikationen für das Konzept der Völkerrechtssubjektivität in der US-amerikanischen Korpusliteratur. Die Positionen bzgl. der völkerrechtlichen Pflichten von Unternehmen werden nicht mehr aufgegriffen; nochmals erinnert sei daran, dass sowohl einige ATS-Entscheidungen als auch Korpusbeiträge als Ausdruck der individualistischen Konzeption nach *Portmann* gedeutet werden können, weil sie eine Bindung von Unternehmen an das Individuum schützende Normen des zwingenden Völkerrechts annehmen und ausdrücklich für eine solche eintreten.⁶⁵⁹ Zweitens ist ein begrifflicher Hinweis angebracht: Die ablehnende Haltung gegenüber dem Konzept der Völkerrechtssubjek-

658 Siehe oben Kapitel 3) A) II).

659 Siehe oben Kapitel 3) A) II).

tivität spiegelt sich in der Terminologie der Korpusliteratur wider: Nur wenige Autoren verwenden die Bezeichnung *subjects of international law*. Vielmehr nutzen viele Autoren Begriffe wie *international legal persons*, *actors* oder *participants*, um die am Völkerrechtsverkehr beteiligten Entitäten zu bezeichnen. Schon sprachlich finden sich in der US-amerikanischen Literatur also kaum Verweise auf „Völkerrechtssubjekte“. Da sich allerdings keine andere Terminologie durchgesetzt hat und die Bezeichnung Völkerrechtssubjekt international gängig ist,⁶⁶⁰ nutzt dieser Abschnitt den Begriff dennoch; zudem wird soweit erforderlich erklärt, welcher Korpusbeitrag welche Terminologie nutzt und was mit den jeweils herangezogenen Begriffen gemeint ist.

I) Kritik am Konzept der Völkerrechtssubjektivität, insbesondere an dessen staatszentrierten Konzeptionen

Die Kritik, die einige US-amerikanische Korpusautoren formulieren, erschließt sich am besten, wenn zunächst der Referenzpunkt betrachtet wird, auf den sich die Kritiker berufen: die Haager Vorlesung *Rosalyn Higgins'* aus dem Jahr 1991.⁶⁶¹

Higgins wurde in Cambridge und Yale ausgebildet und war von 1995 bis 2009 britische Richterin am IGH. Sie gilt als eine der führenden Stimmen der US-amerikanischen *New Haven School*, die wiederum die Grundlage der *actor*-Konzeption von Völkerrechtssubjektivität i. S. d. Klassifizierung *Portmanns* bildet. *Higgins'* Überlegungen haben die *actor*-Konzeption mitgeprägt.⁶⁶² Schon an dieser Stelle kann also gesagt werden: Die US-amerikanische Kritik am Konzept der Völkerrechtssubjektivität, insbesondere dem *states only*- und dem *recognition*-Ansatz, basiert auf den

660 Vgl. nur *Portmann*, 2010, I, 8, sowie oben Kapitel 3) A) I).

661 *Higgins*, *International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes*, RdC 230 (1991), 9–342; die Vorlesung wurde später als eigenständiges Buch veröffentlicht, das seitdem typischerweise zitiert wird, vgl. *Higgins*, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, 1994.

662 *Higgins* formulierte ihre von der *New Haven School* inspirierte Kritik an dem Konzept der Völkerrechtssubjektivität in einer der europäischen Völkerrechtswissenschaft verständlichen Weise, was laut *Portmann* der zentrale Grund ist, warum das Werk heute in Europa stärker wahrgenommen wird als vergleichbare Beiträge anderer *New Haven*-Vordenker wie *McDougal*, *Lasswell* und *Reisman*, vgl. *Portmann*, 2010, 209 f. Zur Einordnung *Higgins* siehe nur *Voos*, *Die Schule von New Haven*, 2000, 33 f. m. w. N.

Annahmen der *actor*-Konzeption, die wiederum auf den Prämissen der *New Haven School* aufbaut.⁶⁶³ Das Vergleichskapitel wird diese Zusammenhänge genauer beleuchten.

Die Kritik *Higgins'* richtet sich gegen ein (positivistisches) Verständnis von Völkerrechtssubjektivität, das streng zwischen Subjekten und Objekten des Völkerrechts unterscheidet und typischerweise die Staaten als zentrale (und einzig wahre) Völkerrechtssubjekte anerkennt. Diese Annahmen seien viel zu häufig unhinterfragt übernommen und so zum Ausgangspunkt beinahe jeder völkerrechtlichen Untersuchung geworden. Viele Autoren gingen sogar so weit, nur Staaten als Völkerrechtssubjekte anzuerkennen; außerdem gebe es für den Positivisten keine (Erlaubnis-)Regel, die es Individuen gestatte, zum Träger völkerrechtlicher Rechte oder Pflichten zu werden. Nach diesem Verständnis seien Individuen Objekte des Völkerrechts und stünden folglich in einer Reihe mit Territorien oder bspw. Flüssen, denen ebenfalls nur Objektstatus zukomme.⁶⁶⁴

Völkerrechtssubjekte sind also nur Staaten, während andere Einheiten, bspw. das Individuum, nur durch ausdrückliche Anerkennung durch die Staaten zu Völkerrechtssubjekten werden können, lässt sich die kritisierte Herangehensweise zusammenfassen. Sie entspricht der *recognition*-Konzeption der Klassifizierung *Portmanns*. *Higgins* ist dieses Verständnis von Völkerrechtssubjektivität schon zu stark auf völkerrechtliche Regeln und zu wenig auf die Prozesse ausgerichtet, in denen das Völkerrecht ausgehandelt und weiterentwickelt werde.⁶⁶⁵ Außerdem sei die Herangehensweise auch aufgrund ihrer Staatszentrierung falsch.⁶⁶⁶ Doch *Higgins* geht noch weiter: Die (begriffliche) Unterscheidung zwischen Subjekten und Objekten sei schlicht realitätsfern. „We have erected an intellectual prison of our own choosing and then declared it to be an unalterable constraint.“⁶⁶⁷ Daher fordert sie, die Subjekt-Objekt-Dichotomie aufzugeben. Es sei zielführender, die relevanten Akteure in internationalen Entscheidungsprozessen als *participants* zu charakterisieren.⁶⁶⁸

In der Korpusliteratur haben *Higgins'* Thesen insbesondere in *Alvarez'* Beitrag „Are Corporations ‚Subjects‘ of International Law?“ Zustimmung

663 Zur *New Haven School* ausführlich unten Kapitel 6) B) II) 1).

664 *Higgins*, 1994, 48 f.

665 *Higgins*, 1994, 49.

666 *Higgins*, 1994, 49.

667 *Higgins*, 1994, 49.

668 *Higgins*, 1994, 49.

gefunden.⁶⁶⁹ Der Beitrag weist die Sichtweise, nur Staaten und Internationale Organisationen könnten Völkerrechtssubjekte sein, als inkonsistent zurück: Die Subjekt-Objekt-Dichotomie errichte hermetisch abgeriegelte Kategorien, die der Realität des internationalen Verkehrs nicht entsprächen.⁶⁷⁰ Angesichts der immer größeren Zahl prozeduraler Rechte beteiligten sich heute Individuen, NGOs oder auch Unternehmen neben Staaten und Internationalen Organisationen in verschiedenen Foren an der Aushandlung und Weiterentwicklung des Völkerrechts.⁶⁷¹ Mit *Higgins* von *participants* zu sprechen sei daher sinnvoller, denn diese Bezeichnung trage weniger intellektuellen Ballast mit sich als das Konzept der Völkerrechtssubjektivität oder das der völkerrechtlichen Person.⁶⁷²

Alvarez verbindet seine Kritik mit einer Warnung an diejenigen, die Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen zur Rechenschaft ziehen und sie deshalb als Völkerrechtssubjekte einordnen möchten: Laut *Alvarez* ist es grundsätzlich der richtige Weg, die völkerrechtlichen Rechte und Pflichten von Unternehmen einzeln zu bestimmen.⁶⁷³ Bereits auf diese Weise ließen sich völkerrechtliche Pflichten von Unternehmen ermitteln.⁶⁷⁴ Kritisch sieht *Alvarez* dagegen die Herangehensweise, Unternehmen als Völkerrechtssubjekte einzuordnen und an diese Feststellung Konsequenzen zu knüpfen: Denn würden Unternehmen als Völkerrechtssubjekt gelten, könnte man geneigt sein, auf Unternehmen auch die auf natürliche Personen anwendbaren Regeln anzuwenden.⁶⁷⁵ Dann sei es denkbar, dass Unternehmen völkerrechtliche Rechtspositionen einfacher für sich einfordern könnten.⁶⁷⁶ Ihnen Völkerrechtssubjektivität zuzusprechen, hätte demnach gerade nicht (nur) die gewünschte Folge, Unternehmen für Menschenrechtsverstöße besser zur Rechenschaft ziehen zu können. Diese Argumente verdeutlicht *Alvarez* anhand des US-amerikanischen Verfassungsrechts⁶⁷⁷ und des völ-

669 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36.

670 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 8 f.

671 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 8 f.

672 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 8.

673 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 26, 30.

674 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 31 f.

675 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 23 ff.

676 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 23 ff.

677 In einer kontroversen 5:4-Entscheidung hatte der Oberste Gerichtshof in *Citizens United* ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt, das Unternehmen 30 Tage vor einer Vorwahl bzw. 60 Tage vor einer Wahl untersagt, Fernsehspots über Wahlkandidaten zu verbreiten. Schließlich komme das verfassungsrechtlich verbürgte Recht der freien Meinungsäußerung neben natürlichen Personen auch Unternehmen zu, siehe US

kerrechtlichen Investitionsschutzrechts⁶⁷⁸. Er empfiehlt daher, dass Völkerrechtler „spend their time addressing which international rules apply to corporations rather than whether corporations are or are not ‚subjects‘ of international law.“⁶⁷⁹

Higgins' Ansatz hat auch in anderen Korpusbeiträgen Zustimmung erfahren: Laut *Ratner* hat *Higgins* das gesamte Konzept der Völkerrechtssubjektivität überzeugend kritisiert.⁶⁸⁰ Ganz grundsätzliche Kritik am staatszentrierten Verständnis von Völkerrechtssubjektivität artikuliert außerdem *Paust* in seinem zweiten Korpusbeitrag.⁶⁸¹ Anlass seiner Ausführungen scheint die *Kiobel*-Entscheidung des Second Circuit zu sein, nach der eine (allgemeine) Völkerrechtsnorm, die eine Haftung von Unternehmen für Völkerrechtsverstöße vorsieht, nicht existiert.⁶⁸² Die Sichtweise auf das Völkerrecht, die dieser Wertung zugrunde liege, hält der Autor für ahistorisch und daher verfehlt.⁶⁸³ Ein zu staatszentriertes Verständnis von Völkerrechtssubjektivität bzw. des Völkerrechts beschreibe nicht nur die Gegenwart, sondern auch die Vergangenheit unzureichend.⁶⁸⁴ Dies belegten u. a. die Verträge, die Staaten mit nichtstaatlichen Einheiten wie Volksstämmen während der Kolonialzeit geschlossen haben.⁶⁸⁵ Dies verdeutliche

„both the error of a states-alone theory and the error that such a remarkably unrealistic theory had ever been ‚traditional‘ outside of rigid state-oriented positivist circles and those who repeat their printed preferences or the necessarily demeaning and pejorative nonsense that under

SC, *Citizens United v. Federal Election Commission*, Entscheidung vom 21.01.2010, 558 U.S. 310, 342 ff. Die Argumentation der Kläger sowie der Gerichtsmehrheit nutzt *Alvarez* regelmäßig, um zu zeigen, wie Unternehmen, einmal anerkannt als Völkerrechtssubjekte bzw. -personen, ihre Rechtsstellung im Völkerrecht ausbauen könnten, siehe *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 11. Vgl. ferner die *Hobby Lobby*-Entscheidung des Supreme Courts, siehe US SC, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, Entscheidung vom 30.06.2014, 573 U.S. 682, die die Stellung von Unternehmen als Grundrechtsträger weiter stärkte. Wie private Unternehmen ihre Rechtsstellung in den USA immer weiter ausgebaut haben, beschreibt *Winkler*, *We the Corporations*, 2018.

678 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 23 ff.

679 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 31.

680 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 476 (Fn. 124).

681 *Paust*, Nonstate Actor Participation in International Law and the Pretense of Exclusion, Virginia Journal of International Law 51:4 (2011), 977–1004.

682 Siehe oben Kapitel 4) A) III) 1).

683 *Paust*, Virginia Journal of International Law 51:4 (2011), 977–1004, 977.

684 *Paust*, Virginia Journal of International Law 51:4 (2011), 977–1004, 978.

685 *Paust*, Virginia Journal of International Law 51:4 (2011), 977–1004, 978.

„traditional‘ international law, ‚states‘ were the only actors and the only ‚subjects‘ with rights and duties.“⁶⁸⁶

Nach *Alvarez*⁶⁸⁷ ist die Frage, ob Unternehmen Völkerrechtssubjekte sind, „at best a distraction“: Das Denken in den Kategorien der Völkerrechtssubjektivität verstelle den Blick auf die Realität der internationalen Ordnung, an deren Ausgestaltung weitaus mehr Akteure als Staaten und Internationale Organisationen mitwirkten.⁶⁸⁷ Dabei ist zu beachten, dass sich *Alvarez*‘ Kritik insbesondere gegen die *recognition*-Konzeption richtet, was in einigen Passagen seines Beitrags anklingt. Wird Völkerrechtssubjektivität in diesem Sinne verstanden und wird verlangt, dass die Staaten einer Einheit Völkerrechtssubjektivität ausdrücklich zuerkennen müssen, dann erscheint das Konzept als eine Hürde, möchte man einem (wirkmächtigen) Akteur völkerrechtliche Pflichten nachweisen. Dies könnte erklären, warum die Korpusbeiträge von *Koh*, *Paust* und *Stephens*, die im ATS-Kontext zu verorten sind und sehr weitgehende Unternehmenspflichten annehmen, allesamt keinerlei Ausführungen zum Konzept der Völkerrechtssubjektivität an sich wie auch zur Völkerrechtssubjektivität von Unternehmen enthalten.

Zwar wäre die formale Konzeption von Völkerrechtssubjektivität gegen viele der US-amerikanischen Kritikpunkte gefeit; insbesondere steht sie völkerrechtlichen Pflichten etwa von Unternehmen nicht kategorisch entgegen. Dennoch, so scheint es, ist das Konzept der Völkerrechtssubjektivität für viele US-amerikanische Autoren untrennbar mit einem staatszentrierten Völkerrechtsverständnis verknüpft, also für die Realitäten des völkerrechtlichen Verkehrs im 21. Jahrhundert wenig hilfreich und, im Ergebnis, aufzugeben.

II) Ermittlung der völkerrechtlichen Rechte und Pflichten privater Unternehmen ohne Rückgriff auf das Konzept der Völkerrechtssubjektivität

Die Kritik am Konzept der Völkerrechtssubjektivität spiegelt sich in der Herangehensweise einiger der Autoren wider, die sich umfassend mit der Völkerrechtsbindung privater Unternehmen auseinandergesetzt haben: So-

686 *Paust*, Virginia Journal of International Law 51:4 (2011), 977–1004, 994.

687 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 3.

wohl *Ratner*⁶⁸⁸ und *Vazquez*⁶⁸⁹ als auch *Knox*⁶⁹⁰ befassen sich nicht lange mit dem Konzept der Völkerrechtssubjektivität, bevor sie sich dem existierenden Pflichtenbestand widmen oder einen eigenen Ansatz entwickeln. Exemplarisch heißt es bei *Ratner*:

„As an initial matter, it bears brief mention that international law doctrine poses no significant impediment to recognition of duties beyond those of states. Some writers insist (...) that only states are full subjects of international law (with so-called legal personality) because only they can enjoy the full range of legal rights and duties and make claims for violations of rights. Yet the orthodoxy now accepts that nonstate entities may enjoy forms of international personality. (...) The question is not whether nonstate actors have rights and duties, but what those rights and duties are.“⁶⁹¹

Für *Ratner* ist es damit zentral, die völkerrechtlichen Normen zu ermitteln, die nichtstaatlichen Akteure Rechte zusprechen und Pflichten auferlegen. Dies zeigt erneut, dass die formale Konzeption von Völkerrechtssubjektivität der Herangehensweise der Autoren nicht im Weg stünde. Dennoch entsteht der Eindruck, das Konzept der Völkerrechtssubjektivität sei per se untauglich, wenn es darum geht, die völkerrechtlichen Rechte oder Pflichten einer Einheit zu ermitteln. Die geringe Relevanz, wenn nicht gar Ablehnung des Konzepts in den Beiträgen über die völkerrechtlichen Pflichten privater Unternehmen spiegelt die Bedeutung wider, die dem Konzept in der gesamten Korpusliteratur zukommt: Detaillierte Ausführungen dazu, was Völkerrechtssubjekte sind oder welche Arten von Völkerrechtssubjekten existieren, sind sehr selten.⁶⁹²

688 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 475 f.

689 *Vazquez*, Columbia Journal of Transnational Law 43:3 (2005), 927–960, 932.

690 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 19.

691 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 475 f. (Fußnoten ausgelassen).

692 Siehe aber die Ausführungen bei *Kinley/Tadaki*, Virginia Journal of International Law 44:4 (2004), 931–1024, 944 ff. Eine klare Definition findet sich zudem bei *Kelley*, Multilateral Investment Treaties: A Balanced Approach to Multinational Corporations, Columbia Journal of Transnational Law 39:2 (2001), 483–532, 525, nach dem der Begriff der Völkerrechtspersönlichkeit „refers to a person or entity’s ability to possess rights or duties under international law“. Definitionen von Völkerrechtssubjektivität im Rahmen ihrer Kritik an dem Konzept bzw. dessen Zentralität im (europäischen) Völkerrechtsdiskurs finden sich bei *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 475, sowie bei *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 3.

Die Marginalisierung des Konzepts der Völkerrechtssubjektivität in der US-amerikanischen Korpusliteratur mag auch daraus resultieren, dass die Frage nach der Völkerrechtssubjektivität von Unternehmen letztlich unstrittig ist. Wie *Alvarez* erklärt, ist die Antwort auf diese Frage in den USA „a resounding yes“.⁶⁹³ Dies gelte jedenfalls dann, wenn Völkerrechtssubjekte als „something that can affect and be affected by international law“ wahrgenommen werden, wie *Alvarez* das *Reparations*-Gutachten des IGH zusammenfasst.⁶⁹⁴ Auch soweit (i. S. d. formalen Konzeption) auf die Inhaberschaft völkerrechtlicher Rechte und Pflichten abgestellt wird, ergibt sich keine andere Antwort. Beiträge, die das Konzept der Völkerrechtssubjektivität adressieren und dabei die Völkerrechtssubjektivität von Unternehmen verneinen, existieren in der US-Literatur kaum.⁶⁹⁵

Ein differenzierteres Bild ergibt der Blick in die US-amerikanischen Lehrbücher. Diese setzen sich allesamt mit den am Völkerrechtsverkehr beteiligten Entitäten auseinander, die sie *subjects, entities, persons* oder *actors* nennen. Insbesondere letzterer Begriff ist hier allerdings nicht zwingend im Sinne der *actor*-Konzeption zu verstehen; vielmehr finden sich in den meisten Völkerrechtslehrbüchern Definitionen, die auf das (potentielle) Innehaben völkerrechtlicher Rechte und/oder Pflichten abstellen.⁶⁹⁶ Bei manchen der *casebooks* erfolgt diese Definition allerdings nur (versteckt) im Zuge der Ausführungen über Staaten.⁶⁹⁷ Laut allen Lehrbüchern mit der

693 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 3.

694 Siehe das vollständige Zitat *Alvarez* oben vor Fn. 25.

695 So ausdrücklich aber bspw. *Narula*, Columbia Journal of Transnational Law 44:3 (2006), 691–800, 724. Zum Beitrag der Autorin, der die menschenrechtliche Schutzpflicht adressiert, siehe unten Kapitel 4) F). Implizit auch *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 377 ff.

696 Sehr allgemein *O’Connell/Scott/Roht-Arriaza/Bradlow*, 7. Auflage 2015, 169; *Bederman/Keitner*, 4. Auflage 2016, 83: „A subject of international law is an entity that bears international legal rights or duties.“ *Carter/Weiner/Hollis*, 7. Auflage 2018, 449: „States, (...) corporations, and other entities have varying legal status under international law. Each may be a ‚person‘ or ‚subject‘ of international law in some sense or another, with recognized rights and duties.“ *Murphy*, 3. Auflage 2018, 35: „This chapter considers the principal ‚actors‘ (sometimes referred to as ‚subjects‘) of international law: states; international organizations created by states; non-governmental organizations; persons and groups of persons; and transnational corporations. These actors are capable of possessing international rights and duties, and have the capacity to take certain kinds of action in the international sphere.“

697 Im Einleitungstext über Staaten *Damrosch/Murphy*, 7. Auflage 2019, 277: „Subjects of international law include entities and persons capable of possessing international rights and duties under international law and endowed with the capacity to take certain types of action on the international plane, such as concluding treaties or joining

Ausnahme von einem, bei dem Erörterungen fehlen, haben Unternehmen diesen Status einer am Völkerrechtsverkehr beteiligten Entität inne.⁶⁹⁸ Ausführungen, die die Völkerrechtspersönlichkeit bzw. die Relevanz privater Unternehmen für den völkerrechtlichen Verkehr verneinen, finden sich nicht.

Eine andere Herangehensweise wählt das Völkerrechtslehrbuch von *Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman*. Das Buch betitelt den Abschnitt, den es den Akteuren des Völkerrechts widmet, explizit „Participants in the International Legal Process“.⁶⁹⁹ Das prozessorientierte Völkerrechtsverständnis des Buches verlange eine Auseinandersetzung mit den Akteuren, die tatsächlich an der Aushandlung völkerrechtlicher Normen mitwirken:

„Treaties, custom, soft law, and other outcomes of international lawmaking processes result from the interaction of diverse participants, each making or responding to claims about the lawfulness of particular conduct. Identifying these participants more explicitly and understanding the roles they play in international legal processes is essential (...)“.⁷⁰⁰

Es sei entscheidend zu verstehen, „how different actors access lawmaking arenas“⁷⁰¹. Unternehmen seien jedenfalls schon jahrhundertlang zentrale Akteure des internationalen Verkehrs. Ein Bsp. seien Kolonialunternehmen wie die Dutch East India Company, denen eine wesentliche Rolle bei den Plänen ihrer Heimatstaaten zugekommen sei, Kontrolle über die außereuropäischen Kolonialgebiete zu erlangen.⁷⁰²

Insgesamt steht die Völkerrechtssubjektivität privater Unternehmen damit außer Frage, sowohl im Sinne der *actor*-Konzeption als auch mit Blick

an international organization. The term ‘international legal person’ is commonly used in referring to such persons and entities.“ Ferner *Janis/Noyes/Sadat*, 6. Auflage 2020, 465, 596.

698 Siehe *Reimann/Hathaway/Dickinson/Samuels*, 2013, 469 ff.; *O’Connell/Scott/Roht-Arriaza/Bradlow*, 7. Auflage 2015, 237 ff. (allerdings nur zur Nationalität von Unternehmen); in der Einleitung *Bederman/Keitner*, 4. Auflage 2016, vi; *Carter/Weiner/Hollis*, 7. Auflage 2018, 449; *Murphy*, 3. Auflage 2018, 78: „MNCs (...) have become extremely important actors in the transnational arena.“ Außerdem *Damrosch/Murphy*, 7. Auflage 2019, 460, die schreiben, dass Unternehmen keine „international legal persons in the technical sense“ seien, anschließend jedoch einige Beispiele nennen, die für die völkerrechtliche Relevanz und die Völkerrechtspersönlichkeit von Unternehmen sprächen.

699 *Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman*, 5. Auflage 2020, 87.

700 *Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman*, 5. Auflage 2020, 87.

701 *Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman*, 5. Auflage 2020, 87.

702 *Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman*, 5. Auflage 2020, 178.

auf die Inhaberschaft völkerrechtlicher Rechte und/oder Pflichten. Insoweit stimmt die Lehrbuchliteratur mit der untersuchten Aufsatzliteratur überein. Anders als im Großteil der Lehrbücher finden sich in den meisten Aufsätzen allerdings keine Definitionen, nach denen ein Völkerrechtssubjekt Träger völkerrechtlicher Rechte und/oder Pflichten ist. Die einschlägigen Aufsätze kritisieren die herkömmlichen Verständnisse von Völkerrechtssubjektivität, wenn sie nicht sogar – u. U. zusätzlich zu einer Kritik – von der Bedeutungslosigkeit dieser Definition für ihre Untersuchungen ausgehen. Selbst wenn Beiträge die völkerrechtlichen Pflichten von Unternehmen i. S. d. formalen Konzeption ermitteln, erfolgen zumeist keine Verweise auf das Konzept der Völkerrechtssubjektivität.

E) Die Rolle privater Unternehmen in der internationalen Ordnung

Eine andere Perspektive als der Großteil der US-amerikanischen Korpusbeiträge nehmen die beiden Abhandlungen *Butlers* ein: *Butler* geht es nicht darum, ob Unternehmen Subjekte des Völkerrechts oder Träger völkerrechtlicher Pflichten sind, sondern er möchte zeigen, dass die Tätigkeiten multinationaler Unternehmen auch im Einklang mit dem Völkerrecht erfolgen können.

In seinem Beitrag „Corporations as Semi-States“ beleuchtet der Autor die Wahrnehmung quasistaatlicher Funktionen durch Unternehmen in fragilen oder gescheiterten Staaten.⁷⁰³ Ausgangspunkt seiner Untersuchung ist die Reaktion des Unternehmens Firestone auf den Ausbruch der Ebola-Krise in Liberia im Jahr 2014.⁷⁰⁴ Seit Beginn des 20. Jahrhunderts betreibt das Unternehmen, heute Teil des japanischen Reifengiganten Bridgestone, eine etwa 570 Quadratkilometer große Kautschukplantage in Liberia.⁷⁰⁵ Das Plantagengelände verfügt über eine eigene Infrastruktur. Die firmeneigenen Krankenhäuser versorgen neben den Angestellten des Unternehmens auch deren Angehörige sowie Bewohner der umliegenden Gegenden. Dank schnellen Agierens und der guten medizinischen Infrastruktur konnte der

703 *Butler*, Corporations as Semi-States, Columbia Journal of Transnational Law 57:2 (2019), 221–282.

704 *Butler*, Columbia Journal of Transnational Law 57:2 (2019), 221–282, 223 ff.

705 Diese Fläche entspricht in etwa der Größe des Bodensees.

Bezirk, in dem das Unternehmen ansässig ist, deutlich geringere Ebola-Inzidenzen verzeichnen als die angrenzenden Bezirke.⁷⁰⁶

Angesichts vergleichbarer Beispiele und der bisher kaum vorhandenen völkerrechtlichen Literatur möchte der Autor dem Phänomen quasistaatlichen Handelns durch Unternehmen genauer nachgehen, da Wissenschaftler und Entscheidungsträger („policymakers“) es sich nicht länger leisten könnten, das Potential wirtschaftlicher Akteure auf diesem Gebiet zu vernachlässigen.⁷⁰⁷ Folglich entwickelt der Autor auf Grundlage der Reputationforschung ein Modell, mit dem das Verhalten profitorientierter Unternehmen in staatsfreien Räumen besser verstanden werden soll.⁷⁰⁸ Vor dem Hintergrund der positiven Beiträge vieler Unternehmen zum Ordnungserhalt in fragilen Staatsgebilden analysiert der Autor schließlich Teile des US-Bundesrechts sowie internationale Regulierungsvorhaben, die die wirtschaftlichen Betätigungen privater Unternehmen in ebensolchen Gegenden erschweren könnten.⁷⁰⁹ Letztlich meint der Autor, angesichts der Verstrickungen von Unternehmen in den europäischen Kolonialismus sollten die positiven Beiträge heutiger Wirtschaftsunternehmen in Situationen fragiler Staatlichkeit zur Überwindung des kolonialen Erbes des Völkerrechts nicht unberücksichtigt bleiben.⁷¹⁰

Mit ähnlicher Stoßrichtung beleuchtet *Butler* in seinem zweiten Korpusbeitrag das Phänomen der freiwilligen Einhaltung völkerrechtlicher Regeln durch private Unternehmen. Ausgangspunkt seiner Untersuchung ist das Durchsetzungsdefizit des Völkerrechts: Mangels völkerrechtlicher Exekutivorgane bleiben Verstöße gegen Völkerrechtsnormen häufig ungeahndet.⁷¹¹ Vor diesem Hintergrund widmet sich der Autor der Durchsetzung völkerrechtlicher Standards durch private Unternehmen – eine laut *Butler* bisher kaum beachtete Entwicklung.⁷¹²

Als Beispiele nennt der Autor etwa die Weigerung von Pharmaunternehmen, der US- Regierung Medikamente zu verkaufen, die zur Vollstreckung der Todesstrafe genutzt werden können.⁷¹³ Dadurch handelten die Unternehmen im Sinne des Völkerrechts, das die Vollstreckung der Todesstrafe

706 *Butler*, Columbia Journal of Transnational Law 57:2 (2019), 221–282, 224.

707 *Butler*, Columbia Journal of Transnational Law 57:2 (2019), 221–282, 229.

708 *Butler*, Columbia Journal of Transnational Law 57:2 (2019), 221–282, 256 ff.

709 *Butler*, Columbia Journal of Transnational Law 57:2 (2019), 221–282, 274 ff.

710 *Butler*, Columbia Journal of Transnational Law 57:2 (2019), 221–282, 282.

711 *Butler*, AJIL 114:2 (2020), 189–220, 194.

712 *Butler*, AJIL 114:2 (2020), 189–220, 194.

713 *Butler*, AJIL 114:2 (2020), 189–220, 204 ff.

zwar nicht in Gänze verbiete, aber auf verschiedenste Weise einschränkt.⁷¹⁴ Außerdem verweist der Autor auf die Initiative *We Are Still In*, die infolge des (zeitweisen⁷¹⁵) Rückzugs der USA aus dem Pariser Klimaabkommen ins Leben gerufen wurde: Unterzeichner der Erklärung verpflichten sich, die Reduzierung von Treibhausgasen innerhalb ihres Wirkungskreises voranzutreiben, auch ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein.⁷¹⁶

Insgesamt hält der Autor die freiwillige Implementierung völkerrechtlicher Normen durch Unternehmen für begrüßenswert, solange diese solche Normen durchsetzen, die in der Staatengemeinschaft weitgehend anerkannt sind.⁷¹⁷ Eingedenk der Verfehlungen, die sich (global tätige) Unternehmen regelmäßig zu Schulden kommen ließen, hofft der Autor, mit seinem Beitrag den Grundstein einer Debatte über die Beiträge privater Unternehmen zur Verwirklichung völkerrechtlicher Normen gelegt zu haben.⁷¹⁸

Indem *Butler* die positiven Aspekte der Tätigkeit privater Wirtschaftsakteure ins Zentrum seiner Untersuchung stellt, unterscheiden sich seine Aufsätze von den meisten anderen Korpusbeiträgen. Auch sein Fokus auf ausgewählte Unternehmen sowie die Analyse konkreter Prozesse ist in der US-Literatur in dieser Form selten.

F) Staatliche Schutzpflichten: Ein kaum beleuchtetes Thema in der US-amerikanischen Korpusliteratur

In Anbetracht ihrer prominenten Stellung in den VN-Leitprinzipien setzen sich nur wenige Korpusbeiträge ausführlich mit der menschenrechtlichen Schutzpflicht im Bereich BHR auseinander. Zu den Ausnahmen zählt *Narulas* Aufsatz „The Right to Food: Holding Global Actors Ac-

714 *Butler*, AJIL 114:2 (2020), 189–220, 207.

715 Die USA traten unter Präsident *Trump* aus dem Pariser Klimaabkommen aus. Wie im Wahlkampf angekündigt, machte Präsident *Biden* diesen Schritt an seinem ersten Amtstag wieder rückgängig, siehe <https://www.faz.net/aktuell/politik/von-trump-zu-biden/usa-biden-leitet-rueckkehr-zu-pariser-klimaschutzabkommen-ein-17157135.html> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

716 *Butler*, AJIL 114:2 (2020), 189–220, 191, 209 f. Die Initiative wurde bis heute von Hunderten Städten, Universitäten und anderen Einrichtungen sowie Unternehmen unterzeichnet. Siehe <https://www.wearestillin.com/we-are-still-declaration> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

717 *Butler*, AJIL 114:2 (2020), 189–220, 218.

718 *Butler*, AJIL 114:2 (2020), 189–220, 218.

countable Under International Law“, der bereits im Jahr 2006, also fünf Jahre vor Verabschiedung der VN-Leitprinzipien erschienen ist.⁷¹⁹ Darin befasst sich die Autorin mit Beeinträchtigungen des Rechts auf Nahrung (Art. 25 AEMR, Art. 11 IPwskR) durch private Unternehmen sowie internationale Finanzinstitutionen, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Praxis multinationaler Unternehmen, in Ländern des Globalen Südens produzierte Nahrungsmittel in den Globalen Norden zu verkaufen.⁷²⁰ In dem mit 110 Seiten längsten Aufsatz der Korpusliteratur stellt die Autorin verschiedene Überlegungen darüber an, das Recht auf Nahrung effektiv zu schützen. U. a. befasst sie sich mit menschenrechtlichen Schutzpflichten.⁷²¹ Zunächst verweist sie auf die Pflicht eines Staates, seine Bevölkerung vor Beeinträchtigungen des Rechts auf Nahrung durch ausländische Unternehmen zu schützen.⁷²² Anschließend untersucht *Narula*, inwieweit auch die Heimatstaaten multinationaler Unternehmen verpflichtet sind, inländische Unternehmen gesetzlich zur Achtung des Rechts auf Nahrung im Rahmen ihrer Auslandstätigkeiten anzuhalten.⁷²³ Dafür befasst sich die Autorin mit der Rechtsprechung etwa des EGMR und des IAGMR und scheint letztlich von einer auf der staatlichen Schutzpflicht beruhenden Regulierungspflicht auszugehen.⁷²⁴ Diese könnten Staaten durch den Erlass von Gesetzen erfüllen, die Unternehmen menschenrechtliche Pflichten auferlegen.⁷²⁵

Im Zuge seiner Ausführungen zur Funktionsweise der völkerrechtlichen Menschenrechte befasst sich auch *Knox* mit der menschenrechtlichen Schutzpflicht.⁷²⁶ Die menschenrechtlichen Schutzpflichten im Bereich BHR analysiert der Autor nicht. Diese Thematik griff der Autor allerdings in dem Beitrag auf, der schon im vorherigen Abschnitt zur Konturierung *Knox'* Position bzgl. der Menschenrechtsbindung von Unternehmen herangezogen wurde und auch hier kurz aufgegriffen wird: In dem außerhalb des Korpus dieser Arbeit zu verortenden Sammelbandkapitel über die VN-Leitprinzipien widmet sich *Knox* u. a. der Frage, inwieweit die menschenrechtliche Schutzpflicht im Bereich BHR auch extraterritoriale Sachverhalte

719 *Narula*, Columbia Journal of Transnational Law 44:3 (2006), 691–800.

720 *Narula*, Columbia Journal of Transnational Law 44:3 (2006), 691–800, 719 ff.

721 *Narula*, Columbia Journal of Transnational Law 44:3 (2006), 691–800, 756 ff.

722 *Narula*, Columbia Journal of Transnational Law 44:3 (2006), 691–800, 756.

723 *Narula*, Columbia Journal of Transnational Law 44:3 (2006), 691–800, 759 ff.

724 *Narula*, Columbia Journal of Transnational Law 44:3 (2006), 691–800, 766.

725 *Narula*, Columbia Journal of Transnational Law 44:3 (2006), 691–800, 766.

726 *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 20 ff.

erfasst.⁷²⁷ Während die VN-Leitprinzipien extraterritoriale Schutzpflichten nicht vorsehen, führt *Knox* eine Reihe von Gründen an, die für eine extraterritoriale Reichweite sprächen.⁷²⁸ Seine Kritik an *Ruggies* Position, Schutzpflichten nur für inländische Sachverhalte anzunehmen, relativiert *Knox* allerdings, indem er auf die politischen Realitäten zur Zeit der Verabschiedung der Leitprinzipien verweist: Extraterritoriale Schutzpflichten hätten vermutlich ohnehin keine Zustimmung in der Staatengemeinschaft gefunden.⁷²⁹ Ob eine menschenrechtliche Schutzpflicht besteht, inländische Unternehmen zur Achtung der Menschenrechte im Rahmen ihrer Auslandsaktivitäten zu verpflichten, lässt sich *Knox*' Beitrag letztlich nicht eindeutig entnehmen.

In ihrem Beitrag „Hiding in the Light: The Misuse of Disclosure to Advance the Business and Human Rights Agenda“⁷³⁰ untersucht *Martin* den Gesetzgebungstrend in den USA und in Europa, Unternehmen zu verpflichten, über die Einhaltung menschenrechtlicher Standards in ihrer Lieferkette zu berichten. Viele der Gesetze legen Unternehmen, wie *Martin* aufzeigt, allerdings keine Pflichten auf, menschenrechtskonform zu handeln; vielmehr müssen Unternehmen Stellungnahmen über ihre menschenrechtlichen Anstrengungen abgeben. Bspw. sind von Unternehmen in Großbritannien ab einer bestimmten Größe nach dem Modern Slavery Act aus dem Jahr 2015 Sklaverei- und Menschenhandelsberichte zu verfassen.⁷³¹ Erlassen Staaten Gesetze, die Unternehmen Offenlegungspflichten auferlegen, handeln sie laut *Martin* in Einklang mit den Vorgaben der VN-Leitprinzipien u. a. zur staatlichen Schutzpflicht.⁷³² Dennoch fällt die Bewertung der Autorin gemischt aus: Zwar könnten Offenlegungspflichten

727 *Knox*, in: Mares (Hrsg.), 2012, 51–83, 78 ff.

728 U. a. verweist der Autor auf den General Comment des VN-Sozialpakt Ausschusses zum Recht auf Wasser, worin der Ausschuss schreibt, die Vertragsstaaten sollten („should“) sicherstellen, dass ihre Bürger und Unternehmen das Recht auf Wasser anderer Menschen und Gemeinschaften in anderen Staaten nicht verletzen, siehe *Knox*, in: Mares (Hrsg.), 2012, 51–83, 80. Trotz der weichen Formulierung („should“) spreche die Platzierung der Äußerung im Abschnitt „International obligations“ für verbindliche Pflichten der Vertragsparteien.

729 *Knox*, in: Mares (Hrsg.), 2012, 51–83, 83.

730 *Martin*, Hiding in the Light: The Misuse of Disclosure to Advance the Business and Human Rights Agenda, *Columbia Journal of Transnational Law* 56:3 (2018), 530–592.

731 UK Modern Slavery Act 2015 (c.30), abrufbar unter <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/section/54> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

732 *Martin*, *Columbia Journal of Transnational Law* 56:3 (2018), 530–592, 562 ff.

bspw. dabei helfen, der Öffentlichkeit ein Bild über die menschenrechtlichen Anstrengungen eines Unternehmens zu geben.⁷³³ Allerdings bestehe die Gefahr, dass Unternehmen wohl formulierte Menschenrechtsberichte vorlegen, ohne tatsächlich Anstrengungen zu unternehmen, ihre Lieferketten und Arbeitsbedingungen menschenrechtskonform auszugestalten.⁷³⁴ Folglich könnten gesetzliche Berichtspflichten nur der Anfang einer Menschenrechtsgesetzgebung sein, die idealerweise auch spürbare Sanktionen bei Menschenrechtsverletzungen vorsähe.⁷³⁵

Zudem finden sich in der Korpusliteratur vereinzelte Hinweise auf die in den VN-Leitprinzipien niedergelegten Bestimmungen zur *duty to protect*.⁷³⁶ Auch die Lehrbuchliteratur enthält lediglich sporadisch Verweise auf die staatliche Schutzpflicht im Kontext der BHR-Debatte. Im Zuge der Darstellung der VN-Leitprinzipien erklären bspw. *Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman*, dass die in den Prinzipien vorgesehene Schutzpflicht seit Jahrzehnten von Menschenrechtsgerichtshöfen und Vertragsausschüssen entwickelt worden sei, also dogmatische Anerkennung genieße („builds on generally accepted doctrine in human rights law“).⁷³⁷

Auch andere Lehrbücher verweisen auf die staatliche Schutzpflicht im Rahmen der VN-Leitprinzipien,⁷³⁸ z. T. auch unabhängig von diesen.⁷³⁹

733 *Martin*, *Columbia Journal of Transnational Law* 56:3 (2018), 530–592, 568 ff.

734 *Martin*, *Columbia Journal of Transnational Law* 56:3 (2018), 530–592, 575 ff.

735 *Martin*, *Columbia Journal of Transnational Law* 56:3 (2018), 530–592, 578.

736 Siehe bspw. bei *Ho*, *Of Enterprise Principles and Corporate Groups: Does Corporate Law Reach Human Rights?*, *Columbia Journal of Transnational Law* 52:1 (2013), 113–172, 125; *Atteberry*, *Turning in the Widening Gyre: History, Corporate Accountability, and Transitional Justice in the Postcolony*, *Chicago Journal of International Law* 19:2 (2019), 333–374, 365.

737 *Dunoff/Hakimi/Ratner/Wippman*, 5. Auflage 2020, 183.

738 *Murphy*, 3. Auflage 2018, 135; *Damrosch/Murphy*, 7. Auflage 2019, 475 f. (note 2).

739 *Murphy*, 3. Auflage 2018, 404; *Carter/Weiner/Hollis*, 7. Auflage 2018, 762 f. (insbesondere note 8). Bemerkenswert ist, dass die Autoren in einer an die Leser gerichteten note fragen, ob sich aus den Pflichten des IPBürg auch ableiten lässt, dass „states [are] required to safeguard individuals against the violation of rights by private actors?“ Daraufhin verweist das Werk auf den Auszug einer Erklärung des Menschenrechtsausschusses, der auf die Schutzpflicht eingeht. Wie für *casebooks* typisch, und im Gegensatz zu deutschen Lehrbüchern, wird die Frage nicht beantwortet, sondern – mit Blick auf die mögliche Diskussion in der Lehrveranstaltung – offengelassen. Die Lektüre des Buches erweckt also den Eindruck, als sei die grundlegende Existenz menschenrechtlicher Schutzpflichten unter dem IPBürg kontrovers. Ferner in einer note auf die menschenrechtliche Schutzpflicht eingehend, ohne ihre Existenz ausdrücklich zu bejahen *O’Connell/Scott/Roht-Arriaza/Bradlow*, 7. Auflage 2015, 456 (note 5).

setzen sich mit ihnen allerdings nicht verstärkt auseinander – was auch insgesamt für die Korpusliteratur festgehalten werden kann. Insbesondere finden sich in der US-amerikanischen Korpusliteratur kaum ausführliche Diskussionen der von den VN-Leitprinzipien kontrovers verneinten Frage, inwieweit die Staaten menschenrechtlich verpflichtet sind, auch die *Auslandsaktivitäten* inländischer Unternehmen zu regulieren.

G) Die Verabschiedung freiwilliger Verhaltenskodizes durch Unternehmen

Vier Beiträge befassen sich ausführlich mit Verhaltenskodizes, die sich insbesondere multinationale Unternehmen seit Ende des 20. Jahrhunderts zunehmend freiwillig auferlegen. Die Beiträge analysieren zumeist die Vor- und Nachteile der unverbindlichen Selbstverpflichtungen und diskutieren, wie die Zukunft der Kodizes aussehen könnte.

In seinem Beitrag aus dem Jahr 2002 gibt *Westfield* zunächst einen allgemeinen Überblick über die verschiedenen Arten von Verhaltenskodizes multinationaler Unternehmen inkl. damaliger Regulierungsvorhaben in den USA.⁷⁴⁰

Hermans Beitrag befasst sich mit Verhaltenskodizes in der Bekleidungsindustrie.⁷⁴¹ Diese würden häufig (auch) nach den Vorstellungen westlicher Konsumenten ausgestaltet, ohne die Bedürfnisse der Arbeiter in den Produktionsstätten des Globalen Südens vor Ort adäquat zu berücksichtigen.⁷⁴² Um bessere Arbeitsbedingungen zu erreichen, schlägt der Autor vor, Unternehmen sollten künftig je nach Region angemessene Mindestlöhne in ihren Kodizes festschreiben und bezahlen; die Überprüfung sollten idealerweise lokale NGOs übernehmen.⁷⁴³

Picciotto argumentiert nach einer Einführung in die Thematik, Verstöße gegen Unternehmenskodizes blieben trotz ihrer Unverbindlichkeit nicht

740 *Westfield*, Globalization, Governance, and Multinational Enterprise Responsibility: Corporate Codes of Conduct in the 21st Century, *Virginia Journal of International Law* 42:4 (2002), 1075–1108.

741 *Herman*, Reassessing the Role of Supplier Codes of Conduct: Closing the Gap Between Aspirations and Reality, *Virginia Journal of International Law* 52:2 (2012), 445–482.

742 *Herman*, *Virginia Journal of International Law* 52:2 (2012), 445–482, 462 ff.

743 *Herman*, *Virginia Journal of International Law* 52:2 (2012), 445–482, 470 ff.

zwingend folgenlos.⁷⁴⁴ Sofern Unternehmen in Verträgen auf ihre Verhaltenskodizes Bezug nähmen, könnten Verstöße gegen die Kodizes bspw. privatrechtliche Folgen haben.⁷⁴⁵ Dennoch überlegt der Autor, inwieweit das System effektiver ausgestaltet werden könnte, bspw. durch die Einführung globaler Mindeststandards, die Unternehmen in ihren Kodizes festschreiben müssten.⁷⁴⁶

Murphy's Beitrag aus dem Jahr 2005 verfährt in drei Schritten: Zunächst gibt der Autor einen Überblick über den Bedeutungszuwachs freiwilliger Unternehmenskodizes.⁷⁴⁷ Die Bewertung der Kodizes sei jedoch durchmischt; die Forderung vieler Kritiker nach verbindlichen völkerrechtlichen Regeln für multinationale Unternehmen bewertet der Autor jedenfalls als auf absehbare Zeit unrealistisch⁷⁴⁸ – zutreffend, wie man heute sagen kann. Da auch gesetzliche Unternehmenspflichten vorerst wenig realistisch seien, diskutiert der Autor abschließend, wie ein Staat Anreize für Unternehmen schaffen kann, Verhaltenskodizes zu verabschieden und insbesondere einzuhalten.⁷⁴⁹

H) Varia

Schließlich finden sich in der US-Literatur Beiträge zu verschiedenen bisher nicht adressierten Themen mit völkerrechtlichem Bezug (I) sowie zum US-amerikanischen Recht unabhängig vom ATS (II). Da diese Beiträge Themen aufgreifen, die ansonsten in der Korpusliteratur kaum Resonanz finden, werden sie im Folgenden nur knapp dargestellt.

I) Weitere völkerrechtliche Beiträge

In „Multilateral Investment Treaties: A Balanced Approach to Multinational Corporations“ aus dem Jahr 2001 wirbt *Kelley* dafür, multinationalen Un-

744 *Picciotto*, Rights, Responsibilities and Regulation of International Business, *Columbia Journal of Transnational Law* 42:1 (2003), 131–152, 145.

745 *Picciotto*, *Columbia Journal of Transnational Law* 42:1 (2003), 131–152, 145.

746 *Picciotto*, *Columbia Journal of Transnational Law* 42:1 (2003), 131–152, 147 ff.

747 *Murphy*, Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level, *Columbia Journal of Transnational Law* 43:2 (2005), 389–434, 397 ff.

748 *Murphy*, *Columbia Journal of Transnational Law* 43:2 (2005), 389–434, 420 ff.

749 *Murphy*, *Columbia Journal of Transnational Law* 43:2 (2005), 389–434, 424 ff.

ternehmen eine begrenzte Anzahl menschenrechtlicher Pflichten in künftigen regionalen oder multilateralen Investitionsschutzabkommen aufzuerlegen.⁷⁵⁰

Alkhawajas Beitrag verteidigt die Entscheidung des Sondertribunals für den Libanon über die Strafbarkeit juristischer Personen nach den Verfahrensvorschriften des Gerichts.⁷⁵¹ Der Aufsatz befasst sich zunächst allgemein mit den Quellen des Völkerrechts sowie u. a. den Industriellenprozessen. Seine Auseinandersetzung mit den Prozessen schließt mit der Aussage, „the famous trials of Nazi individuals were never meant to prevent international law from extending corporate liability to legal entities.“⁷⁵² Nach einer Zusammenfassung des Verfahrens vor dem Libanon-Sondertribunal⁷⁵³ verteidigt der Autor die vielfach kritisierten Aussagen des Tribunals. Dieses hatte u. a. befunden, die völkerrechtliche Strafbarkeit juristischer Personen sei ein allgemeiner Rechtsgrundsatz i. S. v. Art. 38 Abs. 1 (c) IGH-Statut. *Alkhawaja* hält diesen Befund für richtig, begründet seine Position allerdings nur recht allgemein.⁷⁵⁴

In „Turning in the Widening Gyre: History, Corporate Accountability, and Transitional Justice in the Postcolony“ wirbt *Atteberry* dafür, „transitional justice regimes“ mögen die Anliegen der Bewegung für mehr Unternehmensverantwortlichkeit in ihre Arbeit aufnehmen und fördern.⁷⁵⁵ *Schwarz*’ Beitrag schließlich fußt auf der Erkenntnis, dass die Nutzung von KI-Technologien durch Unternehmen Menschenrechte beeinträchtigen kann.⁷⁵⁶ Daher untersucht die Autorin zahlreiche Instrumente, die zur Verhinderung solcher Beeinträchtigungen beitragen könnten.⁷⁵⁷

750 *Kelley*, *Columbia Journal of Transnational Law* 39:2 (2001), 483–532.

751 *Alkhawaja*, In Defense of the Special Tribunal for Lebanon and the Case for International Corporate Accountability, *Chicago Journal of International Law* 20:2 (2020), 450–485. Zur Entscheidung oben Kapitel 3) B) II) 4).

752 *Alkhawaja*, *Chicago Journal of International Law* 20:2 (2020), 450–485, 461.

753 *Alkhawaja*, *Chicago Journal of International Law* 20:2 (2020), 450–485, 465 ff.

754 Vgl. bspw. *Alkhawaja*, *Chicago Journal of International Law* 20:2 (2020), 450–485, 477.

755 *Atteberry*, *Chicago Journal of International Law* 19:2 (2019), 333–374.

756 *Schwarz*, Human vs. Machine: A Framework of Responsibilities and Duties of Transnational Corporations for Respecting Human Rights in the Use of Artificial Intelligence, *Columbia Journal of Transnational Law* 58:1 (2019), 232–278, 237.

757 *Schwarz*, *Columbia Journal of Transnational Law* 58:1 (2019), 232–278, 255 ff.

II) Weitere Beiträge insbesondere zum US-amerikanischen Recht

Zuletzt ist auf vier Korpusbeiträge hinzuweisen, die sich insbesondere mit dem US-amerikanischen Recht auseinandersetzen.

In „Shining Light on Global Supply Chains“⁷⁵⁸ befasst sich *Sarfaty* mit der Wirksamkeit eines US-amerikanischen Bundesgesetzes über Konfliktmineralien: Nach Sec. 1502 Dodd-Frank Act⁷⁵⁹ müssen an der US-amerikanischen Börse notierte Unternehmen, die Produkte verkaufen, für deren Herstellung sog. Konfliktmineralien⁷⁶⁰ notwendig sind, jährlich Berichte verfassen, in denen sie darlegen, ob die Mineralien aus der Demokratischen Republik Kongo oder umliegenden Staaten stammen. Ist das der Fall, müssen sie *due diligence*-Maßnahmen in Einklang mit OECD-Standards ergreifen, um die genaue Herkunft der Mineralien zu ermitteln; über diesen Schritt müssen die Unternehmen ebenfalls berichten. Sec. 1502 verbietet allerdings weder die Nutzung von Konfliktmineralien, noch legt die Vorschrift Unternehmen Sorgfaltspflichten zur Ausgestaltung ihrer Lieferkette auf.⁷⁶¹ Nach ihrer Analyse von knapp 1000 dieser Berichte aus dem Jahr 2014 kommt die Autorin zu dem Schluss, dass weniger als 10 Prozent der Unternehmen eine adäquate *due diligence*-Prüfung durchgeführt haben.⁷⁶² Dieses Ergebnis sucht die Autorin anschließend auf Basis von 25 Interviews zu erklären, die sie mit Experten geführt hat, die Unternehmen bei der Einhaltung ihrer Pflichten aus Sec. 1502 beraten. Insbesondere erschwere die Sicherheitslage in vielen Regionen der Demokratischen Republik Kongo die Beschaffung von Informationen über die Herkunft eines Minerals.⁷⁶³ Aus ihren Ergebnissen zieht die Autorin eine Reihe von Schlüssen, wie Staaten zukünftige Lieferkettengesetze mit extraterritorialer Reichweite ausgestalten sollten und wie Unternehmen ihre aus dieser Gesetzgebung erwachsenden Pflichten einhalten können.⁷⁶⁴ Der Beitrag ist Teil der For-

758 *Sarfaty*, Shining Light on Global Supply Chains, Harvard International Law Journal 56:2 (2015), 419–464.

759 15 U.S.C. § 78m (p).

760 Darunter fallen bspw. Gold und Wolfram sowie solche Mineralien, die nach Auffassung des US-Außenministeriums der Finanzierung von Konflikten in der Demokratischen Republik Kongo und den umliegenden Staaten dienen, siehe 15 U.S.C. § 78m (p) (5) i. V. m. Sec. 1502 (e) (4) Dodd-Frank Act.

761 *Fleischer/Hahn*, Berichtspflichten über menschenrechtliche Standards in der Lieferkette, RIW 64:7 (2018), 397–405, 398.

762 *Sarfaty*, Harvard International Law Journal 56:2 (2015), 419–464, 444.

763 *Sarfaty*, Harvard International Law Journal 56:2 (2015), 419–464, 452.

764 *Sarfaty*, Harvard International Law Journal 56:2 (2015), 419–464, 453 ff.

schung der Autorin zu Sec. 1502 Dodd-Frank Act, mit dem sie sich bereits in einem früheren Aufsatz auseinandergesetzt hat, der ebenfalls dem US-amerikanischen Literaturkorpus angehört.⁷⁶⁵

Ferner befasst sich *Parella* mit Beschwerdemechanismen, die private Unternehmen für potentiell durch die Unternehmenstätigkeiten betroffenen Personen einrichten, etwa wenn Menschenrechtsbeeinträchtigungen im Raum stehen.⁷⁶⁶ Schließlich argumentiert *Ho* in ihrem Beitrag „Of Enterprise Principles and Corporate Groups: Does Corporate Law Reach Human Rights?“, das Unternehmensrecht sei „an integral part of the emerging institutional infrastructure supporting the human rights responsibilities of corporations“.⁷⁶⁷

I) Zwischenergebnis: Große Themenvielfalt der US-amerikanischen Literatur

Die US-amerikanische Korpusliteratur umfasst zahlreiche dem ATS gewidmete Beiträge, Abhandlungen zu klassischen völkerrechtlichen Aspekten des Themas BHR, etwa der Völkerrechtsbindung von Unternehmen, sowie eine Vielzahl an Schriften, die nicht (ausschließlich) dem Völkerrecht gewidmet sind, darunter die zuletzt genannten Publikationen. Hinzu kommen Beiträge, die sich weniger mit der Anwendung oder Auslegung des (Völker-)Rechts befassen, sondern andere Perspektiven auf das Thema einnehmen (etwa die Fallstudie zu Firestone von *Butler* oder der Bericht der ATS-Anwältin *Farbstein*). Insgesamt weist die US-amerikanische Korpusliteratur eine große Themenvielfalt auf.

765 *Sarfaty*, Human Rights Meets Securities Regulation, *Virginia Journal of International Law* 54:1 (2013), 97–126.

766 *Parella*, The Stewardship of Trust in the Global Value Chain, *Virginia Journal of International Law* 56:3 (2016), 585–646.

767 *Ho*, *Columbia Journal of Transnational Law* 52:1 (2013), 113–172, 118.

