

Teil 3) Diskursvergleich und Ausblick

Kapitel 6) Vergleich des US-amerikanischen und deutschen Diskurses und Kontextualisierung der ermittelten Ergebnisse

Nachdem in den vorangegangenen beiden Kapiteln die Länderberichte für den US-amerikanischen und den deutschen BHR-Diskurs vorgestellt wurden, erfolgt in diesem Kapitel der Vergleich der beiden Diskurse sowie die Kontextualisierung der Vergleichsergebnisse.

Zunächst zu nennen ist die ATS-Rechtsprechung, die zu den zentralen Themen des US-amerikanischen Literaturkorpus zählt, während diese wie auch die deliktische Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen nach deutschem Recht in der deutschen Korpusliteratur weniger intensiv adressiert werden (A). Weder in der ATS-Rechtsprechung noch in der US-amerikanischen Korpusliteratur ist die ausdrückliche Auseinandersetzung und Arbeit mit dem Konzept der Völkerrechtssubjektivität die Regel, während die Definition von Völkerrechtssubjekten als Träger völkerrechtlicher Rechte und/oder Pflichten sowie die Einordnung privater Unternehmen als partielle Völkerrechtssubjekte in der deutschen Korpusliteratur sehr gängig sind (B). Bzgl. der Völkerrechtsbindung zeigen sich Unterschiede u. a. bzgl. der vorrangig adressierten Normen (Völkergewohnheitsrecht und -vertragsrecht) sowie bzgl. der Trennung zwischen *lex lata* und *lex ferenda*, auf die die deutsche Korpusliteratur ausdrücklich hinweist (C). Schließlich ist die Frage, inwieweit die Staaten verpflichtet sind, inländische Unternehmen zur Achtung der Menschenrechte entlang ihrer Lieferkette zu verpflichten, zwar ein in der deutschen, kaum aber in der US-amerikanischen Korpusliteratur aufgegriffenes Thema (D). Der letzte Abschnitt des Kapitels zeigt und erklärt, warum der deutsche Literaturkorpus eine insgesamt größere Einheitlichkeit als die methodisch wie inhaltlich vielfältigere US-amerikanische Literatur aufweist (E).

A) Die deliktische Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen

Einer der auffälligsten Unterschiede zwischen den beiden Literaturkorpora liegt darin, dass sich ein beträchtlicher Teil der US-Literatur mit der Rechtsprechung der US-Bundesgerichte zur Haftung von Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen unter dem ATS befasst, während eine vergleichbar intensive Befassung mit der deliktischen Haftung von Unternehmen in der deutschen Korpusliteratur nicht auszumachen ist (I). Die Befassung mit dem ATS führt dazu, dass in der US-Literatur z. T. Terminologien und Argumentationsmuster vorzufinden sind, die in der deutschen Literatur kaum angeführt werden (II). Der Fokus der US-Korpusliteratur auf das ATS ist zunächst der zentralen Bedeutung dieser Rechtsprechung für das Thema BHR geschuldet, entspricht aber auch der häufig festgestellten Tendenz, dass die US-amerikanische Völkerrechtswissenschaft der US-Völkerrechtspraxis besondere Aufmerksamkeit beimisst (III). Nicht allein, aber auch auf die ATS-Rechtsprechung zurückzuführen ist die Auseinandersetzung mit den Nürnberger Industriellenverfahren, die US-Bundesgerichte und die US-Korpusliteratur z. T. als Präzedenzfall für die Annahme völkerrechtlicher Unternehmenspflichten heranziehen. In der deutschen Korpusliteratur ist dieses Argument dagegen lediglich ein einziges Mal vorzufinden (IV).

Abschließend ist nochmals die deutsche Korpusliteratur in den Blick zu nehmen: Insbesondere gegen Ende des Untersuchungszeitraums, in der zweiten Hälfte der 2010er-Jahre, finden sich gelegentlich Verweise auf die Frage, ob und inwieweit Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen entlang ihrer Lieferkette haften. Anders gewendet: Es gibt in Deutschland durchaus eine Debatte über die deliktische Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen. Diese verläuft allerdings unter anderen Voraussetzungen als in den USA und wurde während des Untersuchungszeitraums überwiegend von der Privatrechtswissenschaft geführt (V).

I) Die zentrale Rolle des ATS in der US-amerikanischen Korpusliteratur

Die Rechtsprechung der US-Bundesgerichte zur Haftung von Unternehmen für Völkerrechtsverletzungen unter dem ATS ist eines der wichtigsten Themen der US-Korpusliteratur. Zu den thematisierten Aspekten gehören die

Modalitäten der ATS-Unternehmenshaftung und die Analyse alternativer Klagemöglichkeiten, insbesondere nachdem der Supreme Court den Anwendungsbereich des Gesetzes immer weiter beschnitt. Gerade zur Frage, ob und inwieweit Unternehmen für Völkerrechtsverletzungen unter dem ATS haften, haben die US-Bundesgerichte wie auch die Korpusliteratur unterschiedlichste Ansätze entwickelt: Diese reichen von der Annahme einer Unternehmenshaftung, da Unternehmen (wie auch natürliche Personen) an völkergewohnheitsrechtliche Normen wie das Völkermordverbot gebunden seien, bis hin zur Ablehnung einer Unternehmenshaftung, weil *corporate liability* keine allgemein anerkannte Völkerrechtsnorm sei.⁹⁹⁵ Gelegentlich sind in der Korpusliteratur auch die gegensätzlichen Grundhaltungen erkennbar, die die US-amerikanische Debatte prägen: auf der einen Seite das Bedürfnis, Menschenrechtsverletzungen zu ahnden, auf der anderen Seite der Verweis auf die potentiellen diplomatischen Verwerfungen der als übergriffig wahrgenommenen ATS-Rechtsprechung; auch die in den USA z. T. verbreitete Völkerrechtsskepsis blitzt in der Korpusliteratur auf.⁹⁹⁶

Die Details der Debatte sind an dieser Stelle nicht entscheidend: Der Blick auf die deutsche Korpusliteratur, mithin die hier entscheidende vergleichende Perspektive, zeigt, dass die deliktische Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen in der deutschen Korpusliteratur weitaus weniger intensiv diskutiert wird als im US-Korpus. Zwar nehmen manche deutsche Korpusbeiträge einzelne ATS-Verfahren in den Blick; zwei Beiträge adressieren das Phänomen der *corporate human rights litigation* unter dem ATS umfassender.⁹⁹⁷ Allerdings verfolgen die meisten Beiträge nicht das Ziel, eigene Ansätze in ATS-Fragen zu entwickeln. Naturgemäß findet in der deutschen Korpusliteratur somit keine so umfangreiche Debatte über ein ausländisches Gesetz statt wie am Geltungsort dieses Gesetzes, den USA. Vielmehr wird die ATS-Unternehmenshaftung in der deutschen Korpusliteratur als bekanntes Beispiel der völker- wie nationalrechtlichen Instrumente genannt, mittels derer Menschenrechtsverletzungen von Unternehmen adressiert werden können.

995 Siehe oben Kapitel 4) B) I).

996 Siehe oben Kapitel 4) C) IV).

997 Siehe oben Kapitel 5) D) I).

II) ATS-Terminologien und -Argumentationsmuster in der US-amerikanischen Korpusliteratur

Die große Prominenz der ATS-Rechtsprechung in der US-Korpusliteratur hat zur Folge, dass einige ATS-Terminologien und -Argumentationsmuster in der US-Literatur in Einklang mit der ATS-Rechtsprechung sehr häufig, in der deutschen Literatur dagegen so gut wie nicht verwendet werden. Zwei bekannte Beispiele sind die *liability* von Unternehmen wegen Völkerrechtsverletzungen unter dem ATS und nach Völkerrecht (1) und das völkerrechtliche Piraterieverbot (2). Auf die Positionen bzgl. der Völkerrechtsbindung von Unternehmen, die die ATS-bezogenen Korpusbeiträge einnehmen, geht ein gesonderter Abschnitt ein.⁹⁹⁸

1) Die *liability* von Unternehmen wegen Völkerrechtsverletzungen unter dem ATS und nach Völkerrecht

Je nach Kontext kann *liability* im Völkerrecht unterschiedliche Bedeutungen haben.⁹⁹⁹ Erstens wird *liability* mitunter schlicht synonym für *responsibility* verwendet, d. h. für die völkerrechtliche Verantwortlichkeit eines Völkerrechtssubjekts aufgrund eines Völkerrechtsverstosses.¹⁰⁰⁰ Zweitens kann *liability* die Haftung eines Staates für rechtmäßiges Handeln meinen (*liability for lawful acts*).¹⁰⁰¹ Drittens ordnen bspw. die bereits angesprochenen Umwelthaftungsübereinkommen die Haftung der Betreiber gefährlicher Anlagen für Schäden an, die der Betrieb der Anlage verursacht. Hier meint *liability* also die Schadensersatzpflicht der (privaten) Anlagebetreiber, die der Staat nationalrechtlich auszugestalten hat bzw. die, nach anderer Auffassung, bereits qua Völkerrecht besteht.¹⁰⁰² Ein viertes Verständnis von *liability* liegt bspw. Art. 6 Abs. 8 der Artikelentwürfe der VN-Völkerrechtskommission über Verbrechen gegen die Menschlichkeit zugrunde.¹⁰⁰³ Die

⁹⁹⁸ Siehe unten Kapitel 6) C).

⁹⁹⁹ Hartwig, International Organizations or Institutions, Responsibility and Liability, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2011, Rn. 4.

¹⁰⁰⁰ Peters, 2016, 154.

¹⁰⁰¹ Tanzi, Liability for Lawful Acts, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2021, Rn. 1; Pleiel/Schmalenbach, Climate Change Responsibility and Liability in International Law, in: Schulev-Steindl/Hinteregger u.a. (Hrsg.), Climate Change, Responsibility and Liability, 2022, 105–131, 108 f.

¹⁰⁰² Siehe oben Kapitel 3) B) II) 2).

¹⁰⁰³ Zitiert oben vor Fn. 317.

Vorschrift, nahezu wortgleich in bereits in Kraft getretenen Verträgen enthalten, verpflichtet den Staat, die *liability* juristischer Personen für die in den Artikelentwürfen enthaltenen Taten, sofern notwendig, im nationalen Recht sicherzustellen.¹⁰⁰⁴ Dies kann straf-, zivil- oder verwaltungsrechtlich erfolgen. Entsprechend der Bedeutung im angelsächsischen Rechtskreis zielt *liability* hier auf die „consequences that flow from violation of a legal obligation.“¹⁰⁰⁵ Fünftens ist die völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Individuums in Art. 25 Abs. 2 Rom-Statut festgelegt: „A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and *liable* for punishment in accordance with this Statute.“¹⁰⁰⁶ Individuen sind für Völkerstraftaten also völkerrechtlich verantwortlich und strafbar. Im Kontext des Völkerstrafrechts kann *liability* also auch die Strafbarkeit eines Individuums meinen.

Über ATS-Verfahren ist gesagt worden: „[A] wise suggestion might (...) be that U.S. courts, which have long made judgments referencing an unclear mix of both domestic and international law, should be more explicit about what findings and arguments they are making under which body of law.“¹⁰⁰⁷ Manchmal ergeben sich solche Unklarheiten auch, wenn US-Gerichte in ATS-Entscheidungen die *liability* von Unternehmen erwähnen: ATS-Verfahren gegen Unternehmen sind auf Schadensersatz gerichtet; es geht um die Haftung von Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen bzw., im Englischen, um *corporate liability*. Soweit US-amerikanische Gerichte also von der *liability* von Unternehmen wegen Völkerrechtsverletzungen unter dem ATS sprechen, d. h. auf die Schadensersatzhaftung nach US-amerikanischem Recht abstellen, ergeben sich keine Reibungen mit den völkerrechtlichen *liability*-Verständnissen.

Dies ist jedoch nicht immer der Fall. Bspw. argumentierte der US District Court for the Southern District of New York, die Analyse „of international precedent and practice reveals that corporate liability, at least for *jus cogens*

1004 VN-Völkerrechtskommission, Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity with Commentaries Thereto, UN Doc. A/74/10, 2019, 22–140, Art. 6 Rn. 41 ff.

1005 Nollkaemper, in: d’Aspremont/Singh (Hrsg.), 2019, 760–772, 764.

1006 Eigene Hervorhebung.

1007 Walton, Rezension von Anthea Roberts, Is International Law International? (2017), Yale Journal of International Law Online, 21.02.2018, abrufbar unter <https://www.yjil.yale.edu/review-is-international-law-international-by-anthea-roberts-oxford-university-press-2017/> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

violations, is contemplated under international law.”¹⁰⁰⁸ Da das Gericht anschließend etwa auf die Bindung von Unternehmen an Menschenrechte sowie die Nürnberger Industriellenprozesse eingeht, ist nicht ganz klar, worauf es an dieser Stelle abstellt: Geht es dem Gericht allein um die Bindung von Unternehmen an Völkerrechtsnormen oder (wahrscheinlich) i. S. d. angelsächsischen *liability*-Verständnisses um die Verantwortlichkeit von Unternehmen für Völkerrechtsverstöße, die dann nationalrechtlich (im Wege von ATS-Klagen) geahndet werden können?

Auch der Supreme Court hat sich zur völkerrechtlichen *liability* von Unternehmen geäußert: In einer Fußnote in *Sosa* befand das Gericht, in ATS-Verfahren sei zu prüfen „whether international law extends the scope of liability for a violation of a given norm to the perpetrator being sued, if the defendant is a private actor such as a corporation or individual.”¹⁰⁰⁹ Diese Fußnote wurde in der Folge verschiedentlich interpretiert: Nach einer Deutung meinte der Oberste Gerichtshof mit „extends the scope of liability for a violation of a given norm“, es sei zu ermitteln, ob die in einem Verfahren geltend gemachte Norm den beklagten Akteur verpflichtet. Diese Terminologie und Herangehensweise übernehmend, kam etwa der Ninth Circuit in *Sarei v. Rio Tinto* zu dem Ergebnis, dass „international law extends the scope of liability for war crimes to all actors, including corporations.”¹⁰¹⁰

Nach der insbesondere durch den Second Circuit in *Kiobel* und später auch vom Supreme Court übernommenen Deutung meint die Formulierung in *Sosa* allerdings etwas anderes: In ATS-Verfahren gegen Unternehmen sei nicht zu ermitteln, ob eine Völkerrechtsnorm den Beklagten adressiert und verpflichtet, sondern ob *corporate liability* eine allgemein anerkannte Völkerrechtsnorm sei. Da aber Unternehmen bspw. der Jurisdiktion völkerstrafrechtlicher Tribunale bisher nicht unterlagen, könne *corporate liability* nicht als anerkannte Norm des Völkerrechts angesehen werden.¹⁰¹¹

In Einklang mit den Gerichten befassen sich einige Autoren, die sich mit der ATS-Rechtsprechung auseinandersetzen, mit der völkerrechtlichen *liability* von Unternehmen. *Koh* etwa argumentiert: „[I]f for some reason

1008 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).

1009 US SC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 732 (Fn. 20).

1010 US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 671 F.3d 736, 765.

1011 Siehe oben Kapitel 4) A) III) 1) und Kapitel 4) A) IV).

international law did not impose civil liability directly, there is nothing to prevent domestic law (e.g. the ATS) from supplementing international criminal law remedies with civil remedies arising out of domestic law.”¹⁰¹² Zustimmung wird man dem Autor können, dass Staaten zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen wegen Völkerrechtsverletzungen schaffen dürfen. Was der Autor aber mit einer völkerrechtlichen *civil liability* von Unternehmen meint, bleibt unklar: einen völkerrechtlichen, auf Schadensersatz gerichteten Anspruch, wenn ein Unternehmen gegen völkerrechtliche Normen verstößt, an die es gebunden ist?

Zudem hat die Kontroverse über das richtige Verständnis der Formulierung des Supreme Courts in *Sosa* – „extends the scope of violation to a given norm“ – Eingang in die Korpusliteratur gefunden. Während *Ku* das Urteil des Second Circuit befürwortet, das eine völkerrechtliche *corporate liability* ablehnt, sieht *Dodge* (und mit ihm später u. a. *Justice Sotomayor* in ihrem Sondervotum in *Jesner*) in dieser Herangehensweise ein grundlegendes Missverständnis der Funktionsweise des Völkerrechts: Das Völkerrecht kenne keine „general norms of liability or non-liability applicable to categories of actors.“¹⁰¹³

Folglich erfolgt die Debatte über die ATS-Unternehmenshaftung schon terminologisch z. T. außerhalb der völkerrechtlichen Kategorien: In der Terminologie des Rechts der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit kann die Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht eines Akteurs dessen völkerrechtliche Verantwortlichkeit (*responsibility*) begründen.¹⁰¹⁴ Ist im Kontext der ATS-Debatte dagegen von *liability* die Rede, muss insbesondere der nichtamerikanische Beobachter zunächst ermitteln, was jeweils mit *liability* gemeint ist.

2) Das völkerrechtliche Piraterieverbot

Im Jahr 2004 entschied der Supreme Court in *Sosa*, der Kreis der Völkerrechtsnormen, deren Verletzung unter dem ATS geltend gemacht werden kann, sei nicht auf die drei Völkerrechtsregeln beschränkt, die der Kongress bei Verabschiedung des Gesetzes vor Augen gehabt habe (darunter das Piraterieverbot). Allerdings müssten die heute in ATS-Verfahren geltend

1012 *Koh*, JIEL 7:2 (2004), 263–274, 267.

1013 *Dodge*, Georgetown Journal of International Law 43:4 (2012), 1045–1052, 1046.

1014 Vgl. Art. 2 (b) ASR.

gemachten Völkerrechtsnormen so allgemein anerkannt und akzeptiert sein wie die historischen Vorläufer, darunter das Piraterieverbot.¹⁰¹⁵ Diesen Maßstab suchte *Justice Breyer* in seiner *concurring opinion* zur *Kiobel*-Entscheidung des Obersten Gerichtshofs mit der Frage: „Who are today’s pirates?“ auf den Punkt zu bringen.¹⁰¹⁶

Doch das Piraterieverbot diente in ATS-Verfahren nicht nur als Maßstab dafür, ob die in einem Verfahren geltend gemachte Völkerrechtsnorm unter dem ATS durchgesetzt werden kann. Im *Karadzic*-Verfahren war der Second Circuit mit der Frage konfrontiert, inwieweit Privatpersonen wegen Völkerrechtsverstößen unter dem ATS haften. Seine bejahende Haltung begründete der Second Circuit u. a. unter Verweis auf das Piraterieverbot, das das Gericht (zutreffend¹⁰¹⁷) als frühes Beispiel für eine Völkerrechtsnorm vorbrachte, die das Individuum unmittelbar adressiert und verpflichtet.¹⁰¹⁸ Außerdem gehört das Piraterieverbot zum Kreis der wenigen Völkerrechtsnormen, deren Verletzung jeder Staat auf Grundlage des Universalitätsprinzips strafrechtlich ahnden darf, ohne eine territoriale oder personale Verknüpfung vorweisen zu müssen.¹⁰¹⁹ Diese Dimension des Piraterieverbots klang bereits in *Filártiga* an, der ersten modernen ATS-Entscheidung: Mit Blick auf die ATS-Haftung sei der Folterknecht („torturer“) wie der Pirat *hostis humani generis*, ein Feind der gesamten Menschheit.¹⁰²⁰

Angesichts dieser vielfältigen Bezugnahmen ist das Piraterieverbot ein zentraler Referenzpunkt der ATS-Rechtsprechung.¹⁰²¹ Seine große Bedeutung in der Rechtsprechung spiegelt sich in der Korpusliteratur wider: Viele

1015 US SC, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 724 f., 732.

1016 US SC, *Kiobel v. Royal Dutch Petro. Co.*, 569 U.S. 108, 131 (Breyer, J., concurring). Ebenso US SC, *Jesner v. Arab Bank, PLC*, 138 S.Ct. 1386, 1427 (Sotomayor, J., dissenting).

1017 Siehe nur *Shearer*, Piracy, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEIL, 2010, Rn. 1; *Portmann*, 2010, 39; *Peters*, 2016, 16.

1018 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 240.

1019 *Shearer*, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEIL, 2010, Rn. 1 f. Siehe auch *American Law Institute*, Restatement of the Law (Fourth): The Foreign Relations Law of the United States (2018), § 413.

1020 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876, 890.

1021 So bereits vor den letzten ATS-Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs *Lustig*, Three Paradigms of Corporate Responsibility in International Law: The Kiobel Moment, *Journal of International Criminal Justice* 12:3 (2014), 593–614, 599. Auch in der *Nestlé*-Entscheidung befasste sich der Gerichtshof mit dem Piraterieverbot: *Justice Thomas* etwa würde ATS-Verfahren auf die drei historischen Völkerrechtsnormen begrenzen, die der US-Kongress bei Erlass des Gesetzes vor Augen hatte,

der US-amerikanischen Korpusbeiträge, die im ATS-Kontext zu verorten sind, verweisen in ihrer Auseinandersetzung mit der ATS-Rechtsprechung auf die Aussagen der Gerichte zum Piraterieverbot, etwa das in *Sosa* aufgestellte Gebot der Vergleichbarkeit moderner Völkerrechtsnormen mit den Normen, die der US-Kongress bei Erlass des Gesetzes schützen wollte. Zudem weisen einige Autoren auch unabhängig von ATS-Urteilen auf das Piraterieverbot als Beispiel für eine Völkerrechtsnorm hin, die Private schon jahrhundertlang direkt adressiert und verpflichtet.¹⁰²² Damit soll gezeigt werden, dass das Völkerrecht seit jeher Pflichten Privater enthält, also auch Unternehmen Pflichten auferlegen kann. Zwei Autoren verweisen auch auf das Piraterieverbot im Rahmen ihrer Ausführungen zum Universalitätsprinzip.¹⁰²³

In der deutschen Korpusliteratur finden sich Ausführungen zur Piraterie fast ausschließlich in den Beiträgen, die sich mit der ATS-Rechtsprechung befassen; Ausführungen zum Piraterieverbot erfolgen also ganz überwiegend im Rahmen der Wiedergabe von ATS-Entscheidungen.¹⁰²⁴ Ansonsten ist allein der Staatsrechtslehrer-Beitrag *Marauhn*s zu nennen, der auf die Völker- und Grundrechtsbindung deutscher Sicherheitskräfte bei der Pirateriebekämpfung außerhalb des deutschen Staatsgebiets eingeht.¹⁰²⁵ In der deutschen Korpusliteratur spielt das Piraterieverbot folglich eine weitaus geringere Rolle als in der US-Literatur, wo es allein schon aufgrund der ATS-Rechtsprechung, aber auch unabhängig von dieser in den Blick genommen wird.

siehe US SC, *Nestlé USA, Inc. v. Doe*, 141 S. Ct. 1931, 1940 (ausführlich zu der stark fragmentierten Entscheidung oben Fn. 425).

1022 Vgl. *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 71 (Fußnoten ausgelassen): „The application of international law to individuals has been much debated, with ‚traditionalists‘ arguing that only states can be bound by international law’s strictures. This view, however, is both historically inaccurate and rejected by modern international law. Historically, international law has long barred piracy, a violation that by definition is committed by stateless private actors.“ Ähnlich *Paust*, Virginia Journal of International Law 51:4 (2011), 977–1004, 984; *Knox*, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 24.

1023 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 535 (Fn. 386); *Ramsey*, Harvard International Law Journal 50:2 (2009), 271–322, 286.

1024 Siehe bspw. *Seibert-Fohr/Wolfrum*, AdV 43:2 (2005), 153–186, 161.

1025 *Marauhn*, in: VVDStRL 74 (2014), 2015, 373–403, 377 ff.

III) Die prominente Rolle des ATS im Lichte des Fokus der US-Völkerrechtswissenschaft auf das US-amerikanische *foreign relations law*

Der Fokus der US-Korpusliteratur auf die ATS-Rechtsprechung überrascht nicht: Überall auf der Welt befassen sich Rechtswissenschaftler mit der Rechtsprechung inländischer Gerichte, zumal wenn sie wie die *human rights litigation* weltbekannt ist. Allerdings griffe es zu kurz, den ATS-Fokus der US-Korpusliteratur allein mit diesem Muster zu erklären. Vielmehr fügt sich die prominente Rolle der ATS-Rechtsprechung in der US-Korpusliteratur nahtlos in das Bild der US-amerikanischen Völkerrechtswissenschaft ein, der häufig nachgesagt wird, dem US-amerikanischen Recht übermäßige Aufmerksamkeit zu widmen: „One feature that distinguishes American scholarship and teaching on international law is the degree of the emphasis on foreign relations law (...)“, hat Vagts diese Tendenz beschrieben.¹⁰²⁶

Foreign relations law umfasst „the domestic law of each nation that governs how that nation interacts with the rest of the world.“¹⁰²⁷ *Foreign relations law* ist also nationales Recht, dessen Regelungen je nach Staat in unterschiedlichen Teilen der Rechtsordnung zu finden sein können, etwa im Verfassungs-, Verwaltungs- oder Prozessrecht.¹⁰²⁸ Wird dieses Verständnis auf das deutsche Recht angewendet, wären also mindestens der als Staatsrecht III bezeichnete Teil des Verfassungsrechts, das Internationale Zivilverfahrens- und Internationale Privatrecht sowie Teile des Prozessrechts erfasst. Ein Rechtsgebiet, das diese Bereiche zusammenhängend abdeckt, gibt es in Deutschland wie in vielen anderen Staaten jedoch nicht.¹⁰²⁹

1026 Vagts, in: Dicke/Hobe u.a. (Hrsg.), 2005, 835–847, 839.

1027 Bradley, What is Foreign Relations Law?, in: Bradley (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law, 2019, 3–20, 3. Ähnlich Giegerich, Foreign Relations Law, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2020, Rn. 1.

1028 Bradley, in: Bradley (Hrsg.), 2019, 3–20, 4; Aust, in: Lammert/Siewert/Vormann (Hrsg.), 3. Auflage 2023 (im Erscheinen), abrufbar unter https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-3-658-04125-0_58-2 (zuletzt besucht: 22.12.2023, im dortigen Dokument S. 6).

1029 Bradley, in: Bradley (Hrsg.), 2019, 3–20, 9. *Foreign relations law* als zusammenhängendes Rechtsgebiet oder Forschungsfeld zu erfassen, stünde in Deutschland vor der Herausforderung, die strenge Unterscheidung zwischen den Rechtsgebieten zu überwinden: Jedenfalls zu Lehr- und Forschungszwecken unterscheidet das deutsche Rechtsdenken zwischen Zivil-, öffentlichem und Strafrecht. Aus deutscher Sicht so unterschiedliche Rechtsgebiete wie etwa das dem Privatrecht zuzuordnende Kollisionsrecht und das dem öffentlichen Recht zugehörige Staatsrecht III zusammenhängend zu analysieren und darzustellen, womöglich gar in einem ei-

In den USA ist *foreign relations law* als Rechtsgebiet und Forschungsfeld etabliert: Als Meilenstein gilt die Veröffentlichung des Restatement (Second) of the Foreign Relations Law of the United States durch das American Law Institute im Jahr 1965, das eine systematische Zusammenstellung des US-amerikanischen *foreign relations law* enthält.¹⁰³⁰ Das Restatement Third erschien im Jahr 1987, das Restatement Fourth, das Teile des dritten Restatements aktualisierte, im Jahr 2018.¹⁰³¹ Neben den Restatements zeugt die große Zahl einschlägiger Veröffentlichungen, darunter eigener *case-books*, von der besonderen Bedeutung des Themengebiets in den USA.¹⁰³²

Warum *foreign relations law* als Rechtsgebiet und Forschungsfeld in den USA nicht nur etabliert, sondern auch auf eine lange Tradition zurückblicken kann, ist nicht ganz klar. Möglicherweise spielt das Alter der US-Verfassung, der ältesten geschriebenen Verfassung der Welt, eine Rolle: Diese musste vor dem Hintergrund neuer (globaler) Herausforderungen sowie einer veränderten Rolle der USA in der Welt immer wieder Antworten auf bislang unbekannte Fragen geben, was mit kontroversen Debatten einherging und die Entwicklung dieses Rechtsgebiets beförderte.¹⁰³³ Außerdem ermöglichen die flexiblen Strukturen US-amerikanischer Rechtsfakultäten, rechtsgebietsübergreifende Themen wie *foreign relations law* in Forschung und Lehre zu behandeln.¹⁰³⁴

Dass *foreign relations law* in den USA als Rechtsgebiet aufgefasst wird und als traditionsreiches Forschungsfeld etabliert ist, ist allerdings nicht der

genen Lehrbuch, würde einen Bruch mit zentralen Konventionen bedeuten. Zur Fächertrennung im deutschen Rechtsdenken ausführlich unten Kapitel 6) A) V) 3). Vgl. allerdings hinsichtlich des Verfassungsrechts den Ansatz des Lehrbuchs von Schorkopf, 2017, vii (Hervorhebung im Original), „das Staatsrecht, das auf entsprechende grenzüberschreitende Sachverhalte und überstaatliche Konstellationen anzuwenden ist, im Sinne eines *German Foreign Relations Law* [zu entwickeln und zu erläutern].“

1030 American Law Institute, Restatement of the Law (Second): The Foreign Relations Law of the United States (1965). Das erste Restatement zum US-amerikanischen *foreign relations law* wird als Restatement Second bezeichnet, da es im Zuge der Überarbeitung der ersten Restatements zu anderen Themen erstellt wurde.

1031 American Law Institute, Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of The United States (1987); American Law Institute, Restatement of the Law (Fourth): The Foreign Relations Law of the United States (2018).

1032 Siehe etwa Bradley/Deeks/Goldsmith, Foreign Relations Law: Cases and Materials, 7. Auflage 2020; Murphy/Swaine, The Law of U.S. Foreign Relations, 2023. Einführend zur Geschichte des Forschungsfeldes *foreign relations law* in den USA Bradley, in: Bradley (Hrsg.), 2019, 3–20, 8 ff.

1033 Bradley, in: Bradley (Hrsg.), 2019, 3–20, 10.

1034 Bradley, in: Bradley (Hrsg.), 2019, 3–20, 10.

Grund, weshalb sich Völkerrechtler wie der eingangs zitierte *Vagts* häufig kritisch über das US-amerikanische *foreign relations law* äußern. Vielmehr weichen, erstens, Teile des US-amerikanischen *foreign relations law* vom Völkerrecht ab, wenn sie nicht sogar offen dagegen verstoßen (1). Zweitens und insbesondere ist in den USA immer wieder die Tendenz feststellbar, die Wertungen des US-amerikanischen Rechts in Fragen, auf die auch das Völkerrecht eine Antwort gibt, als Völkerrecht auszugeben, auch wenn US-amerikanisches Recht und Völkerrecht divergieren (2).

1) *Foreign relations law* und Völkerrecht

Ein Beispiel für die Tendenz des US-amerikanischen *foreign relations law*, vom Völkerrecht abzuweichen, liefert das Immunitätsrecht, auf das im Folgenden eingegangen wird, bevor die ATS-Rechtsprechung aufgegriffen wird.

Als Ausfluss der souveränen Gleichheit der Staaten, Art. 2 Abs. 1 VNCh, gehört die Immunität eines Staates in Verfahren vor den Gerichten eines anderen Staates zu den Eckpfeilern der Völkerrechtsordnung.¹⁰³⁵ Folglich dürfen die Gerichte eines Staates nicht über Hoheitsakte (*acta iure imperii*) eines anderen Staates entscheiden. Wirtschaftliche Aktivitäten eines Staates, sog. *acta iure gestionis*, unterliegen dagegen keinem Immunitätsschutz.¹⁰³⁶

In den USA sind die völkerrechtlichen Immunitätsregeln allerdings nicht entscheidend, wenn ein fremder Staat vor einem US-Gericht verklagt wird: Ob dem Staat Immunität zukommt, bemisst sich vielmehr nach dem US-amerikanischen Immunitätsgesetz, dem *Foreign Sovereign Immunity Act* (FSIA) aus dem Jahr 1976.¹⁰³⁷ Der FSIA entspricht in weiten Teilen den völkerrechtlichen Immunitätsregeln, ist mit diesen allerdings nicht deckungsgleich. Bspw. sieht der FSIA eine Immunitätsausnahme bei völkerrechtswidrigen Enteignungen vor, obwohl Enteignungen ungeachtet ihrer

1035 IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Urteil vom 03.02.2012, 2012 ICJ Reports 99, Rn. 57.

1036 Statt Vieler *Stoll*, State Immunity, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2011, Rn. 25; *Crawford*, 9. Auflage 2019, 471.

1037 28 U.S.C. §§ 1330, 1332(a)(2)-(4), 1391(f), 1441(d), 1602–11. Zur Entstehungsgeschichte *Fox/Webb*, The Law of State Immunity, 3. Auflage 2013, 238 f.

Völkerrechtskonformität als Hoheitsakte der völkerrechtlichen Immunität unterfallen.¹⁰³⁸

Diese sog. *expropriation exception* ist etwa im Welfenschatzverfahren geltend gemacht worden, das kürzlich vor US-Gerichten gegen die Stiftung Preußischer Kulturbesitz und die Bundesrepublik stattfand.¹⁰³⁹ 1935 hatte ein Verkäuferkonsortium den Schatz an den preußischen Staat verkauft. Die Kläger, Nachfahren zweier der am Konsortium beteiligten Verkäufer, argumentierten, der Verkauf sei vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Judenverfolgung zu bewerten, deren genozidaler Charakter für das Vorliegen einer völkerrechtswidrigen Enteignung spreche. Das Verfahren erreichte den Obersten Gerichtshof, der diese Argumentation zurückwies: Die Enteignungsausnahme erfasse nur solche Maßnahmen, die gerade die völkerrechtlichen Enteignungsregeln, d. h. das Fremdenrecht, verletzen.¹⁰⁴⁰

1038 28 U.S.C. § 1605a Abs. 3: „A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case (...) in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state (...).“ Dass die Norm verlangt, der enteignete Gegenstand oder dessen Surrogat müsse sich in den USA befinden und dort im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Aktivität des enteignenden Staates genutzt werden, ändert nichts an der Problematik der Bestimmung: Hoheitliche Enteignungen, auf die die Vorschrift abzielt, unterliegen der völkerrechtlichen Immunität unabhängig davon, wie der enteignete Gegenstand oder dessen Surrogat durch den enteignenden Staat genutzt wird. Die internationale Ablehnung einer Immunitätsausnahme bei Enteignungen ist dokumentiert: Während ihrer Beratungen über die VN-Konvention zur Staatenimmunität verwarf die Völkerrechtskommission den Vorschlag einer Immunitätsausnahme bei Enteignungen aufgrund des Widerstands zahlreicher Staaten, siehe *VN-Völkerrechtskommission*, *Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, ILC Yearbook 1990 II 2, 31–45, 39 (Rn. 215). Bis heute ist die Enteignungsausnahme des FSIA weltweit einmalig, siehe nur *Fox/Webb*, 3. Auflage 2013, 267; *Franchini*, *State Immunity as a Tool of Foreign Policy: The Unanswered Question of Certain Iranian Assets*, *Virginia Journal of International Law* 60:2 (2020), 433–486, 452. Das VN-Übereinkommen (Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens, Anhang zu UN Doc. A/Res/59/38 vom 02.12.2004) ist bisher nicht in Kraft getreten.

1039 Zum Verfahren *Tams/Lucas*, *Der Welfenschatz vor dem Supreme Court*, KUR 22:6 (2020), 142–147; *Lucas*, *Zwischen Völkermord und Immunität: Die Odyssee des Welfenschatzes*, KUR 23:1 (2021), 5–9. Ausführlich zu NS-Restitutionsverfahren in den USA *Rapp*, *NS-Raubkunst vor amerikanischen Gerichten: Aktuelle Entwicklungen der restitution litigation in den USA*, 2021.

1040 US SC, *Federal Republic of Germany v. Philipp*, Entscheidung vom 03.02.2021, 141 S.Ct. 703, 711 ff.

Könnten US-Gerichte jegliche Völkerrechtsverstöße bei der Entziehung von Eigentum berücksichtigen, drohten Verstöße gegen die völkerrechtlichen Immunitätsregeln.¹⁰⁴¹ Dabei befand der Gerichtshof, die Enteignungsausnahme gehe über den Stand des Völkerrechts hinaus, indem sie staatliche Hoheitsakte erfasse.¹⁰⁴² Diese „nonconformity“¹⁰⁴³ sei historisch zu erklären, da es den USA schon immer daran gelegen sei, das Eigentum US-amerikanischer Bürger im Ausland zu schützen.¹⁰⁴⁴ Anders gewendet bedeutet dies: Im Ausland enteignete US-Bürger sollen Rechtsschutz vor heimischen Gerichten erhalten, so der Gerichtshof mit Blick auf die Gründe, aus denen die Enteignungsausnahme Eingang in den FSIA fand.¹⁰⁴⁵ Damit ist die Gefahr von Völkerrechtsverstößen trotz der Bemühungen des Gerichts, die Vorschrift völkerrechtsfreundlich auszulegen, nicht gebannt: Weiterhin sind Verfahren denkbar, die hoheitliche Akte fremder Staaten betreffen (soweit die Maßnahmen gegen die völkerrechtlichen Enteignungsregeln verstoßen), obwohl auch solche Hoheitsakte von der völkerrechtlichen Immunität erfasst sind.

Im Bereich der (*corporate*) *human rights litigation* ist zu differenzieren: Soweit das Universalitätsprinzip keine Zivilklagen gestattet, können ATS-Verfahren, deren Sachverhalte keine Bezüge zu den USA aufweisen und zwischen Nichtamerikanern geführt werden, die völkerrechtlichen Jurisdiktionsregeln verletzen.¹⁰⁴⁶ Dass ATS-Verfahren gegen Privatpersonen, denen keine Immunität zusteht, darüber hinaus gegen völkerrechtliche Re-

1041 US SC, *Federal Republic of Germany v. Philipp*, 141 S.Ct. 703, 713.

1042 US SC, *Federal Republic of Germany v. Philipp*, 141 S.Ct. 703, 713.

1043 US SC, *Federal Republic of Germany v. Philipp*, 141 S.Ct. 703, 713. Auch das Restatement Fourth, dessen §§ 451–464 dem Immunitätsrecht gewidmet sind, wählt eine weiche Formulierung, um die Völkerrechtswidrigkeit der Enteignungsausnahme zu umschreiben: „No provision comparable to § 1605(a)(3) has yet been adopted in the domestic immunity statutes of other countries.“ Siehe *American Law Institute*, Restatement of the Law (Fourth): The Foreign Relations Law of the United States (2018), § 455 Rn. 15.

1044 US SC, *Federal Republic of Germany v. Philipp*, 141 S.Ct. 703, 713.

1045 Zum Entstehungskontext auch *Feldman*, Foreign Sovereign Immunity in the United States Courts 1976–1986, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 19:1 (1986), 19–56, 9, der darauf hinweist, dass US-amerikanische Investitionen in den 1960er- und 1970er-Jahren in vielen Regionen Enteignungen ausgesetzt waren, etwa in Kuba, Peru, Chile, Jamaika oder in Afrika. Daher sei der Schutz US-amerikanischer Investitionen in dieser Zeit ein wichtiges Anliegen der US-amerikanischen Politik gewesen.

1046 Dies betraf insbesondere die Rechtsprechung vor der *Kiobel*-Entscheidung des Supreme Courts, siehe oben Kapitel 4) C) I).

geln verstoßen (haben), ist nicht ersichtlich: Nationalrechtliche Ansprüche zu schaffen, die auf Völkerrechtsverletzungen oder der Verstrickung von Unternehmen in staatliche Völkerrechtsverletzungen beruhen, mag zwar nicht dem gängigen Verständnis des Völkerrechts entsprechen, das kaum Anhaltspunkte für eine Völkerrechtsbindung juristischer Personen enthält. Die Schaffung solcher Ansprüche stellt aber keinen Völkerrechtsverstoß dar. Das Besondere der ATS-Rechtsprechung liegt vielmehr darin, völkerrechtliche und nationalrechtliche Argumente auf kreative Weise verbunden und so eine gleichwohl einzigartige wie z. T. schwer verständliche Fallpraxis geschaffen zu haben.

2) Die Tendenz, *foreign relations law* als Völkerrecht zu deklarieren

Aus Sicht nichtamerikanischer Völkerrechtler wäre es wünschenswert, dass die US-Völkerrechtswissenschaft die Besonderheiten des heimischen *foreign relations law* kennzeichnen würde. Allerdings wird häufig gerade das Gegenteil festgestellt. Bspw. hat *Roberts* in ihrem in der Einleitung erwähnten Werk „Is International Law International?“ die Zitationsfrequenz inländischer Fälle in Völkerrechtslehrbüchern untersucht: In den drei analysierten US-amerikanischen Büchern lag die Zahl der zitierten Fälle, die US-amerikanische Gerichte entschieden, bei 64 Prozent; nur 31 Prozent der zitierten Fälle wurden vor völkerrechtlichen Gerichten und sechs Prozent vor den Gerichten ausländischer Staaten verhandelt.¹⁰⁴⁷ In den ebenfalls untersuchten französischen und britischen Lehrbüchern lag die Zahl der zitierten inländischen Fälle mit 28 Prozent in Frankreich und 20 Prozent in Großbritannien bedeutend niedriger.¹⁰⁴⁸ Nun gibt es gute Gründe, sich vertieft mit der Praxis der US-amerikanischen Gerichte auseinanderzusetzen: Ein vollständiges Bild der internationalen Ordnung erhält nur, wer die (Gerichts-)Praxis der USA kennt, und es mag ein Anliegen US-amerikanischer Völkerrechtslehrbücher sein, ihre studentischen Leser gerade auf die praktische (Anwalts-)Tätigkeit in den USA vorzubereiten.

Eingedenk der aufgezeigten Besonderheiten des US-amerikanischen *foreign relations law* birgt der Fokus auf das US-Fallrecht aber auch Gefahren: Die Entscheidung des Supreme Courts bspw. im *Welfenschatz*-Fall

1047 *Roberts*, 2017, 146. Dass dies mehr als 100 Prozent ergibt, erklärt die Autorin durch Auf- und Abrundungen.

1048 *Roberts*, 2017, 146.

ist für das US-amerikanische Rechtssystem wichtig, entspricht aber nicht dem gängigen Verständnis bzgl. der staatlichen Immunität bei Enteignungen. Gleiches gilt für die (frühe) ATS-Rechtsprechung, deren Annahme völkerrechtlicher Pflichten privater Unternehmen eher als innovativ denn als präzise Wiedergabe des Stands des Völkerrechts einzustufen ist. Vor diesem Hintergrund hat *Walton* festgestellt, dass viele US-amerikanische Völkerrechtslehrbücher gut daran täten, einige ihrer Kapitel mit der Überschrift *foreign relations law* statt Völkerrecht zu versehen; nur so könnten Unklarheiten über die Relevanz von Entscheidungen wie *Sosa* oder *Kiobel* oder anderen Fällen, in denen völkerrechtliche Fragen vor US-Gerichten verhandelt wurden, vermieden werden.¹⁰⁴⁹ Damit ist die Vermischung von *foreign relations law* mit dem Völkerrecht angesprochen, die US-amerikanische sowie nichtamerikanische Beobachter immer wieder kritisieren¹⁰⁵⁰ und die auch im Korpus dieser Arbeit auszumachen ist¹⁰⁵¹. Natürlich befassen sich Völkerrechtler anderer Staaten ebenfalls mit der Praxis inländischer Gerichte in Völkerrechtsfragen. Dennoch, so *Moyn* mit Blick auf die USA, „the parochialism in engaging international law here does have its own unique features“¹⁰⁵².

Die Gründe für den Fokus auf *foreign relations law* in der US-Völkerrechtswissenschaft sowie die Tendenz, *foreign relations law* und Völkerrecht zu vermischen oder ersteres sogar über das Völkerrecht zu stellen, sind nicht ganz klar. Mitunter wird angeführt, dass viele US-amerikanische Völkerrechtsprofessoren im Laufe ihrer Karriere im Department of the Legal Adviser des US-Außenministeriums arbeiten, wo sie sich neben völkerrechtlichen auch mit Fragen im Bereich *foreign relations law* beschäfti-

1049 *Walton*, Yale Journal of International Law Online, 21.02.2018.

1050 Siehe neben dem eingangs zitierten *Vagts* etwa *Onuma*, A Transcivilizational Perspective on International Law, 2010, 184; *Crawford*, International Law as Discipline and Profession, ASIL Proceedings 106 (2012), 471–486, 484; *Verdirame*, EJIL 18:3 (2007), 553–580, 563; *Peters*, The ALI Restatement: Bastion, Bridge, Behemoth, EJIL 32:4 (2021), 1377–1398, 1384 ff.; *Aust*, in: Lammert/Siewert/Vormann (Hrsg.), 3. Auflage 2023 (im Erscheinen), abrufbar unter https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-3-658-04125-0_58-2 (zuletzt besucht: 22.12.2023, im dortigen Dokument S. 6).

1051 Vgl. bspw. die Ausführungen von *Damrosch/Murphy*, 7. Auflage 2019, oben vor Fn. 583, 584, sowie die skizzierte Nutzung des *liability*-Begriffes (siehe oben Kapitel 6 A) II) 1).

1052 *Moyn*, The Parochialism of American Cosmopolitanism, Lawfare, 15.09.2017, abrufbar unter <https://www.lawfareblog.com/parochialism-american-cosmopolitanism> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

gen.¹⁰⁵³ Außerdem gilt es für junge Wissenschaftler in den USA als ratsam, allgemeinverständliche Themen zu adressieren, die ein breites Publikum erreichen können, was zu einer Bevorzugung des US-amerikanischen *foreign relations law* gegenüber völkerrechtlichen Themen führen kann.¹⁰⁵⁴

Der Fokus auf das ATS in der US-Korpusliteratur sowie die teilweise Vermengung des US-amerikanischen Rechts und völkerrechtlicher Erwägungen ist somit Ausdruck eines größeren Phänomens, das gerade anhand der ATS-Rechtsprechung vielfach beleuchtet wurde. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die hier besprochenen Aspekte insbesondere in solchen Beiträgen auszumachen sind, die explizit oder implizit der ATS-Rechtsprechung gewidmet und womöglich bewusst für eine US-amerikanische Leserschaft geschrieben sind. Es ist denkbar, dass dem auch von US-Autoren vorgebrachten Desiderat, US-amerikanisches *foreign relations law* und Völkerrecht auseinanderzuhalten, in diesem Kontext nicht immer höchste Priorität zukommt.¹⁰⁵⁵

IV) Die Auseinandersetzung mit den Nürnberger Industriellenprozessen in der US- und ihr Fehlen in der deutschen Korpusliteratur

Der auffälligste Unterschied zwischen den beiden Literaturkorpora, der mit der ATS-Rechtsprechung zusammenhängt, ist der Umgang mit den Nürnberger Industriellenprozessen, die die US-Korpusliteratur prominent aufgreift (1), von der deutschen Literatur dagegen so gut wie nicht thematisiert werden (2). Die Umstände, die diese Divergenz erklären können, hängen indes nicht allein mit der ATS-Rechtsprechung zusammen (3).

1053 Bradley, in: Bradley (Hrsg.), 2019, 3–20, 10.

1054 Roberts, 2017, 104 f.; Peters, EJIL 32:4 (2021), 1377–1398, 1386. Vgl. auch Michaels, Zugangsschranken: Rezeptionsprobleme der Systemtheorie in der US-amerikanischen Rechtstheorie, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, 2017, 238–267, 247: „[D]as Ideal der wissenschaftlichen Publikation ist das des allgemein zugänglichen Texts.“

1055 Vgl. Roberts, 2017, 104, sowie Walton, Yale Journal of International Law Online, 21.02.2018, die darauf hinweisen, dass die Argumentationsweise US-amerikanischer Völkerrechtswissenschaftler in nationalen Foren anders ausfallen kann als in internationalen Kontexten.

1) Die Nürnberger Industriellenprozesse in der ATS-Rechtsprechung und der US-Korpusliteratur

Die Industriellenprozesse sind Teil der Nachfolgeverfahren¹⁰⁵⁶, die nach Ende des Hauptkriegsverbrecherprozesses¹⁰⁵⁷ ebenfalls in Nürnberg stattfanden. In drei der zwölf Nachfolgeverfahren ging es um die Rolle der deutschen Industrie, die exemplarisch anhand der Verfehlungen des Führungspersonals der Industrieriesen *Flick*¹⁰⁵⁸, *I.G. Farben*¹⁰⁵⁹ und *Krupp*¹⁰⁶⁰ aufzuzeigen war.¹⁰⁶¹ Rechtsgrundlage der Verfahren war Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 10 des Alliierten Kontrollrates (KRG10), das die Befehlshaber in den Besatzungszonen ermächtigte, Gerichtshöfe zur Aburteilung der im Gesetz festgelegten Straftatbestände einzurichten.¹⁰⁶²

Das *I.G. Farben*-Verfahren, in der US-Korpusliteratur häufig aufgegriffen, fand zwischen August 1947 und Juli 1948 vor einem US-amerikanischen Militärgericht statt.¹⁰⁶³ Die Anklage warf 23 ehemaligen Führungskräften

1056 Historische Einordnung bei *Priemel/Stiller*, in: *Priemel/Stiller* (Hrsg.), 2013, 9–63.

1057 Internationaler Militärgerichtshof, *Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher*, abgedruckt in: IMT, *Trial of Major War Criminals*, Band 1 (1947) 171.

1058 US-Militärgericht IV, *The United States of America vs. Flick et al.*, abgedruckt in: *Trials of War Criminals before the NMT*, Band 6 (Washington 1952) 1187.

1059 US-Militärgericht VI, *The United States of America vs. Krauch et al.*, abgedruckt in: *Trials of War Criminals before the NMT*, Band 8 (Washington 1952) 1081. Namensgeber der insbesondere in den USA gängigen Bezeichnung des *I.G. Farben*-Prozesses – *United States of America vs. Krauch* – ist *Carl Krauch*, ab 1933 Vorstandsmitglied und ab 1940 Aufsichtsratsvorsitzender der I.G.

1060 US-Militärgericht III, *The United States of America vs. Krupp et al.*, abgedruckt in: *Trials of War Criminals before the NMT*, Band 9 (Washington 1950) 1327.

1061 Zuvor war der Plan, Konzernmanager aufgrund der Verstrickungen zwischen deutscher Wirtschaft und NS-Staat vor das Hauptkriegsverbrechertribunal zu stellen, aus verschiedenen Gründen gescheitert: U. a. stellte sich der ursprünglich vorgesehene *Gustav Krupp*, der den *Krupp*-Konzern bis 1943 leitete, als prozessunfähig heraus, siehe *Priemel*, Mehr Exempel als Modell. Die Nürnberger Prozesse gegen deutsche Industrielle und die Ursprünge des Wirtschaftsvölkerstrafrechts, in: *Jeßberger/Kaleck/Singelstein* (Hrsg.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015, 25–60, 32 ff.

1062 Siehe Gesetz Nr. 10 des Alliierten Kontrollrats: Bestrafung von Personen, die sich Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen den Frieden oder gegen die Menschlichkeit schuldig gemacht haben, *Abl. des Kontrollrats in Deutschland* 3/1946, 50.

1063 Juristische Einordnung des Verfahrens und der Entscheidung bei *Jeßberger*, *JZ* 64:19 (2009), 924–932; *Heller*, 2011, 93 ff.; *Adam*, Die Strafbarkeit juristischer Personen im Völkerstrafrecht, 2015, 55 ff. Vgl. auch die Schilderung des Prozessablaufs bei *Lindner*, *Aufrüstung – Ausbeutung – Auschwitz: Eine Geschichte des I.G.-Farben-Prozesses*, 2020, 165 ff.

des zur NS-Zeit größten Unternehmens Europas vor, den Konzern als „Werkzeug“¹⁰⁶⁴ zur Begehung von Verbrechen gegen den Frieden und gegen die Menschlichkeit sowie von Kriegsverbrechen genutzt zu haben. Gestützt war die Anklage u. a. auf die Produktion von Kraftstoff durch den Konzern, den der NS-Staat für seine Kriege benötigte, die Plünderung von Eigentum in von der Wehrmacht besetzten Staaten sowie den Einsatz von Zwangs- und Sklavenarbeitern in den Produktionsstätten der I.G.¹⁰⁶⁵

Im US-amerikanischen Diskurs waren die Ausführungen des Gerichts zu den Firmenübernahmen von Interesse, die es als völkerrechtswidrig einstufte¹⁰⁶⁶ und auf eine griffige Formel brachte: „One cannot condone the activities of Farben in the field of spoliation. If not actually marching with the Wehrmacht, Farben at least was not far behind.“¹⁰⁶⁷ Die Formulierung, das Unternehmen sei zwar nicht mit der Wehrmacht marschiert, dieser aber stets auf Schritt und Tritt gefolgt, steht exemplarisch für die Tendenz des Urteils, durch seine Formulierungen nahezulegen, das Gericht sei von Völkerrechtsverletzungen durch das Unternehmen ausgegangen. Die erste der zwei Passagen, die für diese Lesart sprechen, lautet: „Where private individuals, *including juristic persons*, proceed to exploit the military occupancy by acquiring private property against the will (...) of the former owner, such action, not being expressly justified by (...) the Hague Regulations, is in violation of international law.“¹⁰⁶⁸ Und an anderer Stelle folgte das Tribunal:

„With reference to the charges in the present indictment concerning Farben’s activities in Poland, Norway, Alsace-Lorraine, and France, we find

1064 Jeßberger, JZ 64:19 (2009), 924–932, 925.

1065 US-Militärgericht VI, *The United States of America vs. Krauch et al.*, abgedruckt in: Trials of War Criminals before the NMT, Band 8 (Washington 1952) 1081, 1082 f.

1066 KRG10, auf dessen Grundlage das Verfahren stattfand, stufte die Plünderung von öffentlichem und privatem Eigentum als zu bestrafende Verbrechen ein, siehe Art. 2 Abs. 1 (b) KRG10. Zur Konkretisierung der Vorschrift zog das Gericht das in der Haager Landkriegsordnung festgelegte völkerrechtliche Besatzungsrecht heran, das u. a. die Einziehung von Privateigentum (Art. 46) sowie Plünderungen (Art. 47) untersagt, siehe US-Militärgericht VI, *The United States of America vs. Krauch et al.*, abgedruckt in: Trials of War Criminals before the NMT, Band 8 (Washington 1952) 1081, 1131 ff.

1067 US-Militärgericht VI, *The United States of America vs. Krauch et al.*, abgedruckt in: Trials of War Criminals before the NMT, Band 8 (Washington 1952) 1081, 1153.

1068 US-Militärgericht VI, *The United States of America vs. Krauch et al.*, abgedruckt in: Trials of War Criminals before the NMT, Band 8 (Washington 1952) 1081, 1132 (eigene Hervorhebung).

that the proof establishes beyond a reasonable doubt that offenses against property (...) were committed by Farben (...). The action of Farben and its representatives, under these circumstances, cannot be differentiated from acts of plunder or pillage committed by officers, soldiers, or public officials of the German Reich. (...) *Such action on the part of Farben constituted a violation of the Hague Regulations.* It was in violation of rights of private property, protected by the laws and customs of war and, in the instance involving public property, the permanent acquisition was in violation of that provision of the Hague Regulations which limits the occupying power to a mere usufruct of real estate.“¹⁰⁶⁹

Gleichzeitig machte das Gericht unmissverständlich klar, dass das Unternehmen, die I.G. Farben, nicht selbst in dem Verfahren angeklagt ist.¹⁰⁷⁰ Die Bezeichnung „Farben“ habe das Gericht vielmehr verwendet „as descriptive of the instrumentality of cohesion in the name of which the enumerated acts of spoliation were committed.“¹⁰⁷¹ Daher müsse es das Verhalten jedes Angeklagten hinsichtlich der Enteignungen in den Blick nehmen; allein die Mitgliedschaft im Vorstand der Gesellschaft könne bspw. eine Strafbarkeit nicht begründen. Vor diesem Hintergrund sah es das Gericht (nur) bei neun Angeklagten als erwiesen an, in strafbarer Weise an den völkerrechtswidrigen Enteignungen durch die I.G. beteiligt gewesen zu sein.¹⁰⁷²

Sowohl US-Bundesgerichte als auch einige Korpusbeiträge haben die zitierten Passagen wie auch einen vergleichbaren Passus in der *Krupp-Entscheidung*¹⁰⁷³ als Belege für die Völkerrechtsbindung privater Unternehmen

1069 US-Militärgericht VI, *The United States of America vs. Krauch et al.*, abgedruckt in: *Trials of War Criminals before the NMT*, Band 8 (Washington 1952) 1081, 1140 (eigene Hervorhebung).

1070 US-Militärgericht VI, *The United States of America vs. Krauch et al.*, abgedruckt in: *Trials of War Criminals before the NMT*, Band 8 (Washington 1952) 1081, 1153: „It is appropriate here to mention that the corporate defendant, Farben, is not before the bar of this Tribunal and cannot be subjected to criminal penalties in these proceedings.“

1071 US-Militärgericht VI, *The United States of America vs. Krauch et al.*, abgedruckt in: *Trials of War Criminals before the NMT*, Band 8 (Washington 1952) 1081, 1153.

1072 US-Militärgericht VI, *The United States of America vs. Krauch et al.*, abgedruckt in: *Trials of War Criminals before the NMT*, Band 8 (Washington 1952) 1081, 1153 ff. Übersicht über die durch das Gericht bzgl. aller Anklagepunkte verhängten Haftstrafen bei Jeßberger, JZ 64:19 (2009), 924–932, 926 (Fn. 27).

1073 US-Militärgericht III, *The United States of America vs. Krupp et al.*, abgedruckt in: *Trials of War Criminals before the NMT*, Band 9 (Washington 1950) 1327, 1352 f.: „(...) the confiscation of the Austin plant (...) and its subsequent detention by the

gedeutet: Laut *Ratner* zeige der Fokus des Gerichts auf die Rolle der I.G. „an acceptance that the corporations themselves had duties that they had breached.“¹⁰⁷⁴ Sich auf *Ratners* Analyse berufend, gelangte der US District Court for the Southern District of New York in der *Talisman*-Entscheidung aus dem Jahr 2003 zum selben Ergebnis und befand, das Konzept der Unternehmenshaftung für Verstöße gegen *ius cogens* wurzele in den Nürnberger Industriellenverfahren.¹⁰⁷⁵ Neben *Ratner* und dem Southern District of New York deuten weitere Gerichte¹⁰⁷⁶ sowie in der Korpusliteratur *Stephens*¹⁰⁷⁷, *Koh*¹⁰⁷⁸ und weitere Autoren¹⁰⁷⁹ die Urteile als autoritative Stellungnahmen zugunsten einer Völkerrechtsbindung privater Unternehmen.

Unbestritten ist diese Deutung allerdings weder in der ATS-Rechtsprechung noch in der Korpusliteratur. Die Kontroversen um die richtige Deutung der Verfahren offenbart die *Kiobel*-Entscheidung des Second Circuit: Während die Gerichtsmehrheit die Lesart der Industriellenfälle als Präzedenzfall ablehnt, weil sich in den Verfahren nur natürliche Personen verantworten mussten, betont *Judge Leval* in seiner *concurring opinion* vielmehr die aufgezeigten Formulierungen, die für eine Völkerrechtsbindung sprächen.¹⁰⁸⁰ Damit nutzten US-Bundesrichter die Industriellenprozesse

Krupp firm constitute a violation of Article 43 of the Hague Regulations (...); that it was also a violation of Article 46 of the Hague Regulations (...); that the Krupp firm, through defendants Krupp (...) voluntarily and without duress participated in these violations (...).“

1074 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 478.

1075 US District Court for the Southern District of New York, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 315. Für das Originalzitat des Gerichts siehe oben Fn. 396.

1076 US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, Entscheidung vom 08.07.2011, 654 F.3d 11, 53. Ferner eine ATS-Unternehmenshaftung auch unter Verweis auf die Industriellenprozesse bejahend US District Court for the Eastern District of New York, *In re Agent Orange Prod. Liab. Litig.*, Entscheidung vom 10.03.2005, 373 F. Supp. 2d 7, 56 ff.

1077 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 76.

1078 *Koh*, JIEL 7:2 (2004), 263–274, 266.

1079 *Paust*, Virginia Journal of International Law 51:4 (2011), 977–1004, 988 (Fn. 38); *Alkhawaja*, Chicago Journal of International Law 20:2 (2020), 450–485, 459 ff. Auf diesen Argumentationsgang hinweisend *Vazquez*, Columbia Journal of Transnational Law 43:3 (2005), 927–960, 939. Ferner auf die Verfahren eingehend, ohne jedoch die Frage der Völkerrechtsbindung von Unternehmen zu adressieren *Green*, Chicago Journal of International Law 17:2 (2016), 447–520, 479 ff.

1080 Siehe US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 121, 132 ff., sowie 180 f. (*Leval*, concurring in judgement).

z. T. innerhalb desselben ATS-Verfahrens sowohl als Argument für wie gegen eine ATS-Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen.¹⁰⁸¹

In der Korpusliteratur hält *Ku* die Deutung der Industriellenprozesse als Präzedenzfall einer völkerrechtlichen Unternehmensbindung in Einklang mit der *Kiobel*-Entscheidung des Second Circuit für fehlgeleitet: Zwar nehme Nürnberg eine ehrenvolle Stellung in der jüngeren Völkerrechtsgeschichte ein.¹⁰⁸² Daher sei es nicht überraschend, dass Gerichte und Wissenschaftler die Entscheidungen als Präzedenzfälle heranzögen.¹⁰⁸³ Diese Lesart der Prozesse sei allerdings falsch, da in Nürnberg keine Unternehmen vor Gericht standen, so *Ku* unter Verweis auf die Passage des *I.G. Farben*-Urteils, die auf diesen Umstand ausdrücklich hinweist.¹⁰⁸⁴ Zudem beruft sich *Ku* auf die über 150-seitige Studie *Bushs*, die auf Archivrecherchen und Interviews mit Protagonisten der Industriellenverfahren beruht: In Nürnberg zirkulierte zwar die Überlegung, die Unternehmen selbst vor Gericht zu stellen, so *Bush*, von diesem Plan sei aber immer wieder Abstand genommen worden.¹⁰⁸⁵ Daraus folgert *Ku*, wenn eine Unternehmensstrafbarkeit in Nürnberg diskutiert, aber nicht umgesetzt wurde,

1081 Die Kontroverse innerhalb des Second Circuit hängt auch mit den gegensätzlichen Vorstellungen bzgl. der richtigen Vorgehensweise in ATS-Verfahren gegen Unternehmen zusammen: Nach der Gerichtsmehrheit besteht keine Haftung privater Unternehmen unter dem ATS, da *corporate liability* – zu verstehen als eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater Unternehmen – keine allgemein anerkannte Völkerrechtsnorm darstellt, also den nach *Sosa* erforderlichen Standard nicht erfüllt. Diese Position stützte das Gericht u. a. auf die Jurisdiktion völkerstrafrechtlicher Gerichte einschließlich der Nürnberger Tribunale, die sich bisher nicht auf juristische Personen erstreckt habe. Dieser Argumentation schloss sich später die *plurality* in *Jesner* an. Dagegen favorisierte die *concurring opinion* von *Judge Leval*, auf die sich später *Justice Sotomayor* in ihrer abweichenden Meinung in *Jesner* berief, die von vielen Gerichten vorgenommene zweistufige Herangehensweise: Danach ist in ATS-Verfahren zunächst zu ermitteln, ob die geltend gemachte Völkerrechtsnorm den *Sosa*-Standard erfüllt, also allgemein anerkannt und etabliert ist, bevor zu prüfen ist, ob die geltend gemachte Norm auch Unternehmen verpflichtet. Innerhalb dieser Herangehensweise ist die Jurisdiktion eines Gerichts nicht entscheidend, da es auf die Reichweite der *materiell-rechtlichen* Normen ankommt. Folglich war es für *Judge Leval* irrelevant, dass die Nürnberger Tribunale keine Jurisdiktion über Unternehmen hatten; vielmehr sah er in den aufgezeigten Formulierungen in den Industriellen-Entscheidungen Belege dafür, dass Unternehmen an Völkerrecht gebunden sind bzw. sein können.

1082 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 382.

1083 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 382.

1084 Bzgl. dieser Passage des Urteils siehe oben Fn. 1070.

1085 *Bush*, The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said, Columbia Law Review 109:5 (2009), 1094–

könne man die Verfahren erst recht nicht als Präzedenzfall einstufen.¹⁰⁸⁶ Dieser Deutung *Kus* ließe sich allerdings eine weitere Erkenntnis von *Bushs* Studie entgegenhalten: So sei der Vorschlag, die Unternehmen selbst zu belangen, zwar verworfen worden, aber nicht aufgrund der Überzeugung, dass dieser Schritt völkerrechtlich unzulässig gewesen wäre.¹⁰⁸⁷

Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, Stellung zu dieser Kontroverse zu beziehen: Vielmehr ist aus komparativer Sicht entscheidend, dass die US-Korpusliteratur die Industriellenverfahren im Einklang mit der ATS-Rechtsprechung intensiv diskutiert. Inhaltlich stehen sich zwei Sichtweisen gegenüber: eine formaljuristische Sichtweise (Second Circuit, *Ku*), die auf den unbestreitbaren Befund verweist, dass in Nürnberg nur natürliche Personen vor Gericht standen, sowie die offeneren Sichtweise etwa von *Ratner* und *Stephens*, die den zitierten Passagen entnehmen, das Nürnberger Militärgericht sei von Völkerrechtspflichten der *I.G. Farben* ausgegangen, die der Konzern verletzt habe.¹⁰⁸⁸

2) Das nahezu gänzliche Fehlen der Nürnberger Verfahren in der deutschen Korpusliteratur

In der deutschen Korpusliteratur finden sich bis auf einen kurzen Hinweis in einem Korpusbeitrag¹⁰⁸⁹ allein noch in einem ATS-bezogenen Beitrag¹⁰⁹⁰ Verweise auf die Industriellenverfahren. Zwar gibt es eine Reihe deutsch(sprachig)er völkerstrafrechtlicher Veröffentlichungen außerhalb des Korpus dieser Arbeit, die auf die Nürnberger Industriellenverfahren eingehen (dazu sogleich). In der Korpusliteratur spielen die Verfahren allerdings keine nennenswerte Rolle.

1262, 1135 ff. Zu diesen Plänen auch *Priemel*, in: Jeßberger/Kaleck/Singelstein (Hrsg.), 2015, 25–60, 37 ff.

1086 *Ku*, Virginia Journal of International Law 51:2 (2011), 353–396, 382.

1087 *Bush*, Columbia Law Review 109:5 (2009), 1094–1262, 1239.

1088 Die Gegenüberstellung ist angelehnt an *Kolieb*, American University International Law Review 32:2 (2017), 569–604, 585 ff., der zwischen einer „narrow judicial lense“ und einer „broader legal lense“ unterscheidet.

1089 Siehe *Buszewski*, Humanitäres Völkerrecht 25:4 (2012), 201–209, 203, nach der „im Rahmen des IG Farben-Prozesses vor dem United States Military Tribunal die Begehung von Kriegsverbrechen durch die Gesellschaft festgestellt“ wurde.

1090 *Schaub*, AdV 49:2 (2011), 124–172, 148 f.

3) Gründe für die Divergenz zwischen der US-amerikanischen und der deutschen Korpusliteratur

Die Divergenz zwischen der US-amerikanischen und deutschen Korpusliteratur ist zunächst vor dem Hintergrund des Zusammenspiels zwischen ATS-Rechtsprechung und US-Korpusliteratur zu sehen (a). Zudem sind die Verfehlungen deutscher Unternehmen während der NS-Zeit auch aufgrund einer anderen Entwicklung Gegenstand der US-amerikanischen Debatte, nicht aber der deutschen (b). Ferner ist der unterschiedliche Stellenwert von Präzedenzfällen im US- und deutschen Rechtsdenken zu beachten (c). Kurze Erörterungen zur Unternehmensstrafbarkeit im US- und deutschen Strafrecht runden die Überlegungen ab (d).

a) Die Prominenz der Nürnberger Prozesse in der ATS-Rechtsprechung

Der Einfluss der Nürnberger Prozesse auf die ATS-Rechtsprechung ist nicht durch den Rückgriff auf die vermeintliche Annahme völkerrechtlicher Unternehmenspflichten im *I.G. Farben*-Urteil beschränkt: Bspw. müssen US-Gerichte in ATS-Verfahren prüfen, ob die geltend gemachte Völkerrechtsnorm allgemein anerkannt und etabliert ist, mithin überhaupt unter dem ATS eingeklagt werden kann.¹⁰⁹¹ Dabei orientierten sich viele Gerichte an den Nürnberger Verfahren: War die in einem ATS-Verfahren geltend gemachte Völkerrechtsnorm bereits Gegenstand der Nürnberger Verfahren, bejahten US-Gerichte häufig die Einklagbarkeit der Norm unter dem ATS.¹⁰⁹² Außerdem dienten die Nürnberger Verfahren als Vorbild, die ATS-Haftung von Privatpersonen unter dem ATS überhaupt erst zu etablieren: „The liability of private individuals for committing war crimes has been recognized since World War I and was confirmed at Nuremberg after World War II (...)“, argumentierte bspw. der Second Circuit in der *Karadzic*-Entscheidung aus dem Jahr 1995, die die Grundlagen für die *corporate human rights litigation* legen sollte.¹⁰⁹³ Daher ist die zentrale Be-

1091 Siehe oben Kapitel 4) A) II) 2).

1092 Zahlreiche Nachweise bei *Skinner*, *Nuremberg's Legacy Continues: The Nuremberg Trials' Influencing on Human Rights Litigation in U.S. Courts under the Alien Tort Statute*, *Albany Law Review* 71:1 (2008), 321–368, 332 ff.

1093 US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 243. Ferner orientierten sich US-Bundesgerichte bei der Entwicklung der Maßstäbe an den Nürnberger Verfahren, unter welchen Voraussetzungen eine *aiding and abet-*

deutung zu betonen, welche den Nürnberger Verfahren in der Entwicklung der ATS-Rechtsprechung zukam.¹⁰⁹⁴

Die zentrale Bedeutung der Nürnberger Verfahren und insbesondere der Industriellenprozesse spiegelt sich in der US-Korpusliteratur wider, die sich intensiv mit dem ATS und in der Folge auch mit den Industriellenprozessen befasst. Allerdings griff die US-amerikanische (Korpus-)Literatur die Industriellenprozesse bereits auf, bevor sich US-Gerichte in ATS-Entscheidungen auf sie beriefen: Die erste Entscheidung in einem ATS-Verfahren, die die Industriellenverfahren als Präzedenzfall einer Unternehmensbindung heranzog, ist die *Talisman*-Entscheidung des New York Southern District Court aus dem Jahr 2003.¹⁰⁹⁵ Die Passage der Entscheidung, die auf die Industriellenverfahren eingeht, basiert nach den Angaben des Gerichts auf dem Beitrag *Ratners*, der im Jahr 2001 erschien.¹⁰⁹⁶ Auch *Stephens'* Korpusbeitrag aus dem Jahr 2002 ist vor der *Talisman*-Entscheidung erschienen.¹⁰⁹⁷ Damit gehören *Ratner* und *Stephens* zu den ersten Stimmen, die diese Lesart der Industriellenprozesse in wissenschaftlichen Publikationen vorgetragen haben.¹⁰⁹⁸ Dass in der Folge auch die Gerichte die Industriellenverfahren aufgriffen, hat ihre Bekanntheit im US-amerikanischen Diskurs nur noch weiter erhöht.

ting liability, d. h. eine Anstifter- und Gehilfenhaftung unter dem ATS bestehen kann: Diese war in ATS-Verfahren gegen Unternehmen wichtig, weil den beklagten Unternehmen meist keine eigenen Menschenrechtsverletzungen, sondern die Verstrickung in Völkerrechtsverletzungen eines Staates vorgeworfen wurde, siehe *Skinner*, Albany Law Review 71:1 (2008), 321–368, 347 ff.

1094 *Skinner*, Albany Law Review 71:1 (2008), 321–368, 326; *Lustig*, Journal of International Criminal Justice 12:3 (2014), 593–614, 599.

1095 *Skinner*, Albany Law Review 71:1 (2008), 321–368, 344.

1096 US District Court for the Southern District of New York, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 315.

1097 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90.

1098 Etwa zur selben Zeit wie *Ratner* und *Stephens* auf die Industriellenprozesse als Beispiel für die Annahme völkerrechtlicher Unternehmenspflichten durch eine autoritative Quelle hingewiesen haben *Clapham*, in: Kamminga/Zia-Zarifi (Hrsg.), 2000, 139–195, 166 ff., sowie *Ramasastri*, Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon – An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 91–159, 106 ff.

b) Die *holocaust litigation* in den USA

Die Einbeziehung der Industriellenverfahren in die (ATS-)Debatte über die Völkerrechtsbindung privater Unternehmen erfolgte zu einer Zeit, in der die Schrecken des Nationalsozialismus in US-Justiz und -Rechtswissenschaft sehr präsent waren. Grund dafür ist die sog. *holocaust litigation*, die US-Gerichte ab Mitte der 1990er-Jahre beschäftigte.¹⁰⁹⁹ Im Kern adressierten die Holocaust-Verfahren Unrechtserfahrungen im Zusammenhang mit dem Nationalsozialismus. Ihren Ausgangspunkt nahmen die Verfahren mit Sammelklagen gegen Schweizer Banken: Darin forderten die Nachfahren von Holocaust-Opfern Vermögenswerte zurück, die ihre Vorfahren einst in der Schweiz deponiert hatten.¹¹⁰⁰ Im Jahr 1998 schlossen die beteiligten Akteure einen Vergleich i. H. v. 1,25 Milliarden US-Dollar.¹¹⁰¹ Weitere bekannte Beispiele der *holocaust litigation* betrafen nicht ausgezahlte Versicherungen, die Restitution von Raubkunst oder die Entschädigung für Zwangsarbeit.¹¹⁰²

Vorliegend sind insbesondere die Zwangsarbeiterverfahren von Interesse: Während des Zweiten Weltkriegs mussten Millionen sog. Zwangsarbeiter – deportierte Fremdarbeiter, Kriegsgefangene, KZ-Häftlinge – gegen ihren Willen und unter unmenschlichen Bedingungen Arbeitsleistungen für den NS-Staat und die deutsche Wirtschaft erbringen.¹¹⁰³ Zu einer Entschädigung der Zwangsarbeiter kam es zunächst nicht: Nach Art. 5 Abs. 2 des Londoner Schuldenabkommens aus dem Jahr 1953 war die Reparat-

1099 Aus der umfassenden Literatur statt Vieler *Bazyler*, Nuremberg in America: Litigating the Holocaust in United States Courts, University of Richmond Law Review 34:1 (2000), 1–283; *Bazyler*, Holocaust Justice: The Battle for Restitution in America's Courts, 2003; *Bilsky*, Transnational Holocaust Litigation, EJIL 23:2 (2012), 349–375.

1100 Ausführlich zu den Hintergründen *Ramasastry*, Secrets and Lies? Swiss Banks and International Human Rights, Vanderbilt Journal of Transnational Law 31:2 (1998), 325–456, 350 ff.; *Bazyler*, 2003, 1 ff.

1101 *Bazyler*, 2003, 25 ff.

1102 Wie die *human rights litigation* profitierte die *holocaust litigation* von Eigenarten des US-amerikanischen Rechts, etwa dessen klägerfreundlichen Prozesskostenregelungen oder der Möglichkeit von Sammelklagen, siehe *Hefß*, Entschädigung für NS-Zwangsarbeit vor US-amerikanischen und deutschen Zivilgerichten, AG 44:4 (1999), 145–154, 145 ff. Zu anderen Fällen historischen Unrechts, die ebenfalls vor US-Gerichten adressiert wurden *Bazyler*, Holocaust, Genocide, and the Law: A Quest for Justice in a Post-Holocaust World, 2016, 169 ff.

1103 Überblick bei *Herbert*, Zwangsarbeiter im „Dritten Reich“ – ein Überblick, in: Barwig/Saathoff/Weyde (Hrsg.), Entschädigung für NS-Zwangsarbeit, 1998, 17–32.

onsfrage, zu der auch die Ansprüche der Zwangsarbeiter gezählt wurden, bis zum Abschluss eines Friedensvertrages aufgeschoben.¹¹⁰⁴ Anfängliche Klagen gegen deutsche Unternehmen wiesen deutsche Gerichte häufig unter Verweis auf diese Bestimmung zurück.¹¹⁰⁵ Als nach der Wiedervereinigung absehbar war, dass es zu einem Friedensvertrag nicht mehr kommen würde, und die Bundesrepublik anders als für andere Opfergruppen des Nationalsozialismus weiterhin keinen Entschädigungsmechanismus eingerichtet hatte, der spezifisch dem Schicksal der Zwangsarbeiter gewidmet war,¹¹⁰⁶ folgte eine Vielzahl neuer Klagen: Diese fanden sowohl vor deutschen Gerichten statt als auch – als Teil der *holocaust litigation* – in den USA, und waren z. T. gegen die Bundesrepublik sowie insbesondere gegen deutsche Unternehmen gerichtet.¹¹⁰⁷

Vor dem Hintergrund dieser Klageflut begann die Bundesrepublik mit der Suche nach einer Lösung, die eine Entschädigung ehemaliger Zwangsarbeiter ermöglichen und deutsche Unternehmen vor Klagen schützen sollte. Diese wurde nach intensiven Verhandlungen mit kriegsbetroffenen Staaten, Klägervertretern und Verbänden in Form der Stiftung Erinnerung, Verantwortung und Zukunft gefunden: Durch Gesetz vom 2. August 2000 eingerichtet und hälftig von Bundesrepublik und Stifterverband der deutschen Wirtschaft finanziert, ist es Aufgabe der Stiftung, ehemalige Zwangsarbeiter über regionale Partnerorganisationen zu entschädigen sowie Erinnerungsarbeit zu leisten.¹¹⁰⁸ Gleichzeitig bezweckte das die Stiftung einsetzende Gesetz, das EVZStiftG, ein Ende der Klagen vor den deutschen Gerichten,¹¹⁰⁹ während sich die USA in einem Regierungsabkommen mit

1104 Abkommen über deutsche Auslandsschulden vom 27.02.1953, 1953 BGBl. II 331.

1105 Übersicht über die ersten Zwangsarbeiterentscheidungen bei *Pawlita*, Verfolgungsbedingte Zwangsarbeit im Nationalsozialismus, *ArbuR* 47:11 (1999), 426–436, 430; *Heß*, Kriegsentschädigungen aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, in: *BDGVR* 40 (2001), 2003, 107–212, 148.

1106 Überblick bei *Pawlita*, *ArbuR* 47:11 (1999), 426–436, 427 ff.

1107 Ausführlich *Vagts/Murray*, Litigating the Nazi Labor Claims: The Path Not Taken, *Harvard International Law Journal* 43:2 (2002), 503–530, 508 ff.; *Bazylar*, 2003, 63 ff. Vergleichende Betrachtung der Zwangsarbeiterklagen vor US- und deutschen Gerichten bei *Heß*, *AG* 44:4 (1999), 145–154.

1108 Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“ (EVZStiftG), 2000 BGBl. I 1263. Zum Stiftungszweck siehe § 2 EVZStiftG.

1109 § 16 Abs. 1 EVZStiftG brachte Individualansprüche, soweit sie noch bestanden, zum Erlöschen. Das BVerfG wertete die Bestimmung als verfassungskonform, siehe BVerfG, *Stiftung „Erinnerung“*, Beschluss vom 07.12.2004 (1 BvR 1804/03), BVerfGE 112, 93, 109 ff., insbesondere 113 ff.

der Bundesrepublik verpflichteten, auf das Ende der Zwangsarbeiterklagen vor US-Gerichten hinzuwirken¹¹¹⁰.

Entscheidend für die hiesigen Zwecke: Einige der Holocaust-Verfahren, auch betreffend die Entschädigung von Zwangsarbeitern, stützten sich auf das ATS¹¹¹¹, und als die Verfahren in der zweiten Hälfte der 1990er- und zu Beginn der 2000er-Jahre geführt wurden, nahm die *corporate human rights litigation* gerade an Fahrt auf. Folglich ist die gegen Unternehmen gerichtete *holocaust litigation* Teil der (*corporate*) *human rights litigation* unter dem ATS. Vor diesem Hintergrund zählen die Verfehlungen deutscher Unternehmen während des Holocaust z. T. zu den Beispielsfällen, die US-Korpusbeiträge in ihre Argumentation einstreuen. In der Korpusliteratur sucht *Stephens* diesen Zusammenhang ausdrücklich herzustellen: Ihre Überlegungen erfolgen ausdrücklich vor dem Hintergrund der Verbrechen deutscher Unternehmen während des Holocaust.¹¹¹² Die Industriellenverfahren wurden mithin in einem Diskurs als Präzedenzfälle einer Völkerrechtsbindung privater Unternehmen herangezogen, in dem die Verbrechen privater Unternehmen während des Nationalsozialismus ohnehin der BHR-Debatte zugerechnet werden.

Blickt man nun auf die Abwesenheit der Industriellenprozesse in der deutschen Korpusliteratur, sind zwei Aspekte zu unterscheiden. Erstens beruht die in den USA gängige Lesart der Industriellenverfahren als Präzedenzfall einer Annahme völkerrechtlicher Unternehmenspflichten stark auf

1110 Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“, 2000 BGBl. II 1373. Nach Art. 2 des Abkommens verpflichteten sich die USA, durch Eingaben in Zwangsarbeiterklagen vor US-Gerichten darauf hinzuweisen, dass die Abweisung der Klage im außenpolitischen Interesse der USA liege; in Folge dieses weichen Ansatzes dauerte es z. T. noch Jahre, bis die Klagen vor US-Gerichten endeten, siehe *Heß*, in: BDGVR 40 (2001), 2003, 107–212, 200 ff., sowie *Deutsche Bundesregierung*, Elfter Bericht der Bundesregierung über den Stand der Rechtssicherheit für deutsche Unternehmen im Zusammenhang mit der Stiftung „Erinnerung, Verantwortung und Zukunft“, BT-Drs. 17/1398, 15.04.2010, 2 f.

1111 Siehe jeweils m. w. N. *Bilsky*, EJIL 23:2 (2012), 349–375, 356; *Aceves*, Solving the Settlement Puzzle in Human Rights Litigation, Georgetown Journal of Legal Ethics 35:1 (2022), 105–161, 113; *Ewell/Hathaway/Nohle*, Cornell Law Review 107:5 (2022), 1205–1318, 1231. Zur Einordnung der *holocaust litigation* in die Entwicklung der ATS-Rechtsprechung *Stephens*, Notre Dame Law Review 89:4 (2014), 1467–1543, 1514 f.

1112 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 47 (Zitat), sowie 49 f.

den Formulierungen der Entscheidungen; es ist ein kreatives Argument, das weder in den USA unumstritten (siehe *Ku*) noch außerhalb der USA weitläufig geteilt wird.¹¹¹³ Folglich fehlt in der deutschen Korpusliteratur kein unverkennbar zentraler Aspekt der BHR-Thematik. Dennoch ist es, zweitens, auffällig, dass die Verfahren ganz überwiegend noch nicht einmal thematisiert werden. Diesem Befund sind die folgenden Überlegungen gewidmet.

„Am 29. und 30. Juli 1948 verurteilte das Militärgericht VI der Vereinigten Staaten von Amerika in Nürnberg 13 Vorstandsmitglieder und Leitende Angestellte der Beklagten zu Freiheitsstrafen zwischen eineinhalb und acht Jahren.“¹¹¹⁴ Diese Worte stammen aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2004, die sich mit der Entschädigung ehemaliger Zwangsarbeiter befasste. Der Verweis auf die Industriellenverfahren als Strafverfahren, in dem sich Individuen für ihre Verfehlungen verantworten mussten, entspricht der Deutungsweise der Verfahren, die auch in der völkerstrafrechtlichen Literatur (außerhalb der deutschen Korpusliteratur) vorgenommen wird, etwa im Lehrbuch von *Werle/Jeßberger*.¹¹¹⁵ *Jeßberger* hat sich dem *I.G. Farben*-Urteil auch in einer eigenständigen Veröffentlichung gewidmet: Die große Bedeutung des Verfahrens liege darin, die Verfehlungen deutscher Konzerne während des Nationalsozialismus im Zuge eines völkerstrafrechtlichen Verfahrens aufgezeigt zu haben.¹¹¹⁶ Hinsichtlich eines zukünftigen Wirtschaftsvölkerstrafrechts ließe sich der Entscheidung allerdings wenig abgewinnen, da sie wichtige Fragen – etwa der Bewertung von Kollektiventscheidungen – nicht adressiere.¹¹¹⁷ Mit anderem Impetus betont dagegen *Ambos*, eine „Präcedenzwirkung“¹¹¹⁸ könne man der Nürnberger Rechtsprechung „zwar nicht direkt, aber doch zumindest insoweit entnehmen, als (...) eine – auch strafrechtliche – Verantwortlichkeit der betreffenden Unternehmen oder doch jedenfalls ihre ‚capacity to violate international law‘ anerkannt wurde.“¹¹¹⁹

Diese Beispiele zeigen, dass die Industriellenverfahren in der deutsch(sprachig)en Völkerstrafrechtsliteratur durchaus Berücksichtigung

1113 Entschiedene Ablehnung der Argumentation bspw. bei *Heller*, 2011, 253 f.; *Karavias*, 2013, 106.

1114 BVerfG, *Stiftung „Erinnerung“*, BVerfGE 112, 93, 100.

1115 *Werle/Jeßberger*, 5. Auflage 2020, 62 (Rn. 144).

1116 *Jeßberger*, JZ 64:19 (2009), 924–932, 932.

1117 *Jeßberger*, JZ 64:19 (2009), 924–932, 931; ähnlich *Adam*, 2015, 58.

1118 *Ambos*, 2018, 23.

1119 *Ambos*, 2018, 23 f. (Fußnoten ausgelassen).

finden¹¹²⁰; bei *Ambos* klingt auch die aus dem US-Diskurs bekannte Lesart der Entscheidungen zugunsten einer Präcedenzwirkung an. In der BHR-Literatur in den hier untersuchten deutschen Völkerrechtszeitschriften sind die Industriellenverfahren allerdings nicht präsent. Die Verortung der Verfahren im Völkerstrafrecht dürfte einer der Gründe sein, weshalb die insbesondere auf die Menschenrechtsverträge¹¹²¹ fokussierte deutsche Korpusliteratur die Industriellenverfahren nicht berücksichtigt. Auch aus diesem Grund ist *Jeßbergers* Beobachtung aus dem Jahr 2009, der *I.G. Farben*-Prozess habe in der juristischen Literatur bislang nur wenig Berücksichtigung gefunden,¹¹²² hinsichtlich des völkerrechtlichen BHR-Diskurses in Deutschland weiterhin zutreffend.

Das Fehlen der Industriellenprozesse könnte auch damit zusammenhängen, dass die Zwangsarbeiter-Thematik in der deutschen Korpusliteratur keine Rolle spielt. In den USA ist die *holocaust litigation* durch das ATS, auf das sich viele Klagen stützten, Teil der (*corporate*) *human rights litigation*. Die Verfehlungen der deutschen Wirtschaft während der NS-Zeit sind in der US-amerikanischen BHR-Debatte also präsent, was den Rückgriff auf die Industriellenverfahren befördert haben könnte. In der deutschen Korpusliteratur sind dagegen keine ausführlichen Verweise auf diesen Themenkomplex auszumachen.

Warum eine Verknüpfung der Zwangsarbeiter- mit der aktuellen BHR-Debatte in Deutschland kaum erfolgt, kann nicht sicher gesagt werden. Ein Faktor könnte sein, dass die deutsche Zwangsarbeiter-Debatte zum einen auf Entschädigungspflichten des *Staates* einging.¹¹²³ Außerdem waren die Ansprüche, die ehemalige Zwangsarbeiter gegen die *Unternehmen* vorbrachten, in deren Werken sie Arbeitsleistungen zu erbringen hatten, nicht auf Völkerrechtsverletzungen der Unternehmen gestützt; häufig ging es allein um zivilrechtliche Ansprüche, die mit Inkrafttreten des EVZStiftG

1120 Siehe *Meyer*, Multinationale Unternehmen und das Völkerstrafrecht, ZStrR 131:1 (2013), 56–86, 61 f.; *Adam*, 2015, 53 ff.; *Asholt*, Strafrecht als Grammatik: Die Nürnberger Prozesse als Modell eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts?, in: *Jeßberger/Kaleck/Singelstein* (Hrsg.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2015, 61–74, 67 ff.

1121 Siehe unten Kapitel 6) C) I).

1122 *Jeßberger*, JZ 64:19 (2009), 924–932, 930; vgl. auch *Lustig*, Journal of International Criminal Justice 12:3 (2014), 593–614, 599 f., nach der die Industriellenverfahren bis zu ihrer Wiederentdeckung in der ATS-Rechtsprechung beinahe vergessen waren.

1123 *Heß*, AG 44:4 (1999), 145–154, 150.

ohnehin in den Hintergrund traten.¹¹²⁴ Somit ging es im Rahmen der Zwangsarbeiter-Debatte um andere Fragen, als im deutschen völkerrechtswissenschaftlichen BHR-Diskurs adressiert werden.

c) Der unterschiedliche Stellenwert von Präzedenzfällen im US-amerikanischen und deutschen Rechtsdenken

Der unterschiedliche Umgang mit den Industriellenprozessen kann auch vor dem Hintergrund der Zugehörigkeit der USA zum Rechtskreis des *common law* und der deutschen *civil law*-Zugehörigkeit gesehen werden: Idealtypisch ist das Recht in Staaten des *common law* ein aus Einzelfällen, d. h. richterrechtlich entwickeltes Recht, während (Parlaments-)Gesetze die zentrale Rechtsquelle in den Rechtsordnungen der Staaten des *civil law* bilden.¹¹²⁵ Diese Gegenüberstellung allein hilft allerdings noch nicht weiter: Auch in den USA existieren umfangreiche Kodifikationen (auf Bundes- und Einzelstaatenebene), und auch im deutschen Recht gibt es stark richterrechtlich geprägte Rechtsgebiete.¹¹²⁶ Entscheidend sind die Unterschiede bzgl. der juristischen Denk- und Arbeitsweise.¹¹²⁷

Stark vereinfacht¹¹²⁸ denken *common law*-Juristen vom Einzelfall her: Im Zentrum des Rechtsdenkens stehen Gerichtsentscheidungen.¹¹²⁹ Rechtsregeln werden deshalb meist im Verbund mit der Entscheidung wiedergegeben, in der sie entwickelt wurden. Selbst der Inhalt einer Gesetzesnorm

1124 Siehe oben Fn. 1109.

1125 Einführend Kischel, 2015, § 5 Rn. 1 ff. (*common law*), § 6 Rn. 7 ff. (*civil law*).

1126 Vgl. bereits Pound, The Spirit of the Common Law, 1921, 1. Zur Bedeutung des Gesetzesrechts im *common law* Kischel, 2015, § 5 Rn. 33 ff.; vergleichend zur Bedeutung von Gesetzen in beiden Rechtskreisen Merryman/Pérez-Perdomo, The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America, 4. Auflage 2019, 27 ff.

1127 Reimann, Die Fremdheit des amerikanischen Rechts – Versuch einer historischen Erklärung, in: Krakau/Streng (Hrsg.), Konflikt der Rechtskulturen? Die USA und Deutschland im Vergleich, 2003, 23–36, 25.

1128 Die juristische Denk- und Arbeitsweise des *common* und des *civil law* kann an dieser Stelle naturgemäß nicht umfassend nachgezeichnet werden, zumal die Mitgliedsstaaten beider Rechtskreise jeweils eigene Traditionen aufweisen. Vielmehr geht es vorliegend um eine vereinfachende, typisierende Betrachtung. Die spezifischen Prägungen, die das US-amerikanische Rechtsdenken durch den Siegeszug des Rechtsrealismus erfahren hat, sind an dieser Stelle noch nicht entscheidend; dazu unten Kapitel 6) B) II) 1).

1129 Einführend Reimann, in: Krakau/Streng (Hrsg.), 2003, 23–36, 26 f.

wird regelmäßig so wiedergegeben, wie sie die Gerichte in konkreten Fällen interpretieren.¹¹³⁰ Weil Gerichte bei der Rechtsfindung an die tragenden Gründe der Entscheidungen hierarchisch höherrangiger Gerichte gebunden sein können, spielt der Umgang mit Fakten im *common law* eine zentrale Rolle.¹¹³¹

Im deutschen Rechtsdenken meint Recht dagegen zuvörderst das abstrakt-generelle Gesetz, dessen Inhalt mit den kanonischen Auslegungsmethoden zu ermitteln und dann auf einen konkreten Sachverhalt anzuwenden ist.¹¹³² Man denkt bei der Lösung von Rechtsfragen von der Norm her, nicht ausgehend von bereits entschiedenen Fällen. Demnach spielt der Sachverhalt einer Gerichtsentscheidung eine viel geringere Rolle als im *common law*; entscheidend ist, wie ein Gericht die relevanten Normen auslegt, und wie sich die Entscheidung vor dem Hintergrund des Ideals dogmatischer Systembildung in die als Einheit aufgefasste Rechtsordnung einfügt.¹¹³³ Deshalb ist es in Deutschland gängig, jedenfalls aber ausreichend, nur die Fundstelle einer Entscheidung und nicht die Verfahrensbeitragsanten zu zitieren, weil Gerichtsentscheidungen meist allein auf ihre rechtlichen Kernaussagen heruntergebrochen werden.¹¹³⁴ Zentraler Referenzpunkt bei der juristischen Arbeit ist der Kommentar, der jede Norm eines Rechtstexts unter Berücksichtigung der Rechtsprechung umfassend analysiert, während Fall-Datenbanken im Mittelpunkt der Arbeitsweise des (praktisch-tätigen) US-Juristen stehen; juristische Kommentare sind in den USA weitestgehend unbekannt.¹¹³⁵

1130 Hestermeyer, ZaöRV 64:2 (2004), 315–341, 319; Lepsius, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Die Verwaltung, Beiheft 7), 2007, 319–366, 323.

1131 Kischel, 2015, § 5 Rn. 21 ff.

1132 Statt vieler zur juristischen Methodenlehre Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Auflage 2022, §§ 20–25.

1133 Dazu ausführlich unten Kapitel 6) B) II) 2).

1134 Siehe nur Lepsius, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), 2007, 319–366, 338; Jestaedt, Begründungsstil als Reflexionshorizont: Das Beispiel des Bundesverfassungsgerichts, in: Strangas/Chanos u.a. (Hrsg.), Begründung, Legitimation und Recht, 2015, 1071–1085, 1083. Seit Band 151 (2019) gibt das Bundesverfassungsgericht den in der amtlichen Sammlung geführten Entscheidungen offizielle Bezeichnungen; auch ist es (mittlerweile) in Deutschland gängig(er), bekannte Entscheidungen unter zusätzlicher Nennung der geläufigen Bezeichnung zu zitieren, etwa BVerfGE 7, 198 (Lüth).

1135 Zur Kommentartradition der deutschen (Völkerrechts-)Wissenschaft unten Kapitel 6) B) II) 2). Warum der Kommentar „deutschen“ Typs in den USA nicht

Lepsius hat anhand des *Lüth*-Urteils des Bundesverfassungsgerichts¹¹³⁶ verdeutlicht, wie sich die unterschiedlichen Denkstile auswirken: Im deutschen Verfassungsrecht steht *Lüth* bzw. BVerfGE 7, 198 insbesondere für die Deutung der Grundrechte als objektive Werteordnung, woraus sich ihre Ausstrahlungswirkung auf das einfache Recht ergibt.¹¹³⁷ Damit ist die Entscheidung Ausgangspunkt der langen Rechtsprechung des Gerichts zur mittelbaren Grundrechtsdrittwirkung. Die besondere Sachverhaltskonstellation gerate dabei leicht in Vergessenheit: Im Jahr 1950 rief der Hamburger Senatsdirektor *Erich Lüth* dazu auf, den neuen Film des ehemaligen NS-Filmregisseurs *Veit Harlan* zu boykottieren. Vor dem LG Hamburg erwirkten die Produktionsfirma sowie das Unternehmen, das *Harlans* Film verleiht, eine einstweilige Verfügung und später ein Urteil gegen *Lüth*, dem untersagt wurde, weiterhin zum Boykott aufzurufen.¹¹³⁸ Indem das Bundesverfassungsgericht in dem Urteil eine Verletzung von *Lüths* Meinungsfreiheit sah, lässt sich der Fall symbolisch als Sieg eines couragierten Bürgers über eine vormalige NS-Bekanntheit deuten. Im deutschen Rechtsdenken ist eine Einbettung der Entscheidung in diesen Kontext allerdings nicht entscheidend; vielmehr hat sich die objektive Werteordnung von „ihrem spezifisch anti-nationalsozialistischen Anlass (...) entfernt und verselbstständigt.“¹¹³⁹ Amerikanische Juristen, so *Lepsius*, würden gerade an dieser Stelle ansetzen, mithin die „anti-nationalsozialistische Stoßrichtung“ der Entscheidung und der objektiven Werteordnung stärker akzentuieren und bei der Übertragung auf andere Sachverhaltskonstellationen berücksichtigen.¹¹⁴⁰

Wird vor dem Hintergrund der Unterscheidung zwischen *common* und *civil law* das Völkerrecht in den Blick genommen, ist zu differenzieren. Zwar mag die fehlende Präjudizienbindung etwa des IGH an den Kontext

existiert, erklärt *Reimann*, Legal „Commentaries“ in the United States: Division of Labor, in: Käßle-Lamparter/Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Juristische Kommentare: Ein internationaler Vergleich, 2020, 277–294.

1136 BVerfG, *Lüth*, BVerfGE 7, 198.

1137 *Lepsius*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), 2007, 319–366, 358 f.

1138 Die Entscheidungen sind abgedruckt in *Henne/Riedlinger* (Hrsg.), Das *Lüth*-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht: Die Konflikte um *Veit Harlan* und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, 2005, 457 ff. (einstweilige Verfügung) und 481 ff. (Urteil).

1139 *Lepsius*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), 2007, 319–366, 359 (Fußnoten ausgelassen).

1140 *Lepsius*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), 2007, 319–366, 359.

des *civil law* erinnern.¹¹⁴¹ Allerdings unterscheidet sich das Völkerrecht in mehrfacher Hinsicht von nationalen Rechtsordnungen, etwa weil es keinen völkerrechtlichen Gesetzgeber und keine mit breiter Zuständigkeit ausgestattete Justiz gibt. Die Einordnung des Völkerrechts in die auf das nationale Recht ausgerichteten Kategorien *common law* und *civil law* ist daher wenig ergiebig.¹¹⁴² Dagegen kann es durchaus vorkommen, dass die mit den Rechtskreisen verbundenen Denkstile in Völkerrechtspraxis und -wissenschaft durchschimmern, wie in *Kapitel 1* bereits dargelegt: Während Völkerrechtler des *civil law* häufig zu einer systematischen, an der Rechtsregel ausgerichteten Argumentation neigen, dominiert in methodischer Hinsicht bei Völkerrechtlern aus Staaten des *common law*-Rechtskreises typischerweise „ein (...) empirisches Vorgehen, mit fallorientierter Argumentation (...)“¹¹⁴³

Den Rückgriff auf die Industriellenverfahren in der US-Korpusliteratur mag man als Ausdruck dieser fallorientierten Denkweise sehen, als (kreative) Auseinandersetzung mit einem (vermeintlichen) Präzedenzfall, der wie der gegenwärtige BHR-Diskurs Verbrechen im Kontext der Tätigkeit großer Konzerne adressiert: „Überspitzt ausgedrückt sucht der Jurist im *common law* nicht nach dem besten Argument, sondern nach der hierarchisch höchstrangigen Autorität.“¹¹⁴⁴ In diesem Sinne bietet sich der Verweis auf die Industriellenverfahren durchaus an – schließlich nehmen die Verfahren, wie eingangs gezeigt, eine prominente Stellung in der Völkerrechtsgeschichte ein,¹¹⁴⁵ und andere einschlägige Präzedenzfälle gibt es kaum. Außerdem ist man in den USA stolz auf die Führungsrolle, die das Land in Nürnberg innehatte, personifiziert durch *Robert H. Jackson*, Richter am Obersten Gerichtshof und einer der Chefankläger im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherverfahren.¹¹⁴⁶ Überbetonen darf man diesen

1141 *Crawford*, 9. Auflage 2019, 35 f.; *Pellet/Müller*, Art. 38, in: Zimmermann/Tams u.a. (Hrsg.), 3. Auflage 2019, Rn. 308 ff.

1142 Vgl. nur *Kischel*, 2015, § 11 Rn. 23. Ausführlich *Picker*, *International Law's Mixed Heritage: A Common/Civil Law Jurisdiction*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 41:4 (2008), 1083–1140, 1100 f., 1107 ff.

1143 *Peters*, *ZaöRV* 67:3 (2007), 721–776, 769; ähnlich anhand seiner Analyse des Diskurses über die Rechtmäßigkeitsbeurteilung des Irakkriegs in den USA, Deutschland und Großbritannien *Hestermeyer*, *ZaöRV* 64:2 (2004), 315–341, 330, 335.

1144 *Kischel*, 2015, § 5 Rn. 43.

1145 Siehe oben Fn. 15.

1146 Zur Deutung „Nürnbergs“ als Bezugspunkt US-amerikanischen Nationalstolzes *Sadat*, *The Nuremberg Paradox*, *American Journal of Comparative Law* 58:1 (2010), 151–204, 152 m. w. N. Zu *Jackson* ferner oben Fn. 16.

Zusammenhang allerdings nicht: Denn die Industriellenverfahren werden in der US-Korpusliteratur gerade im Vergleich zur deutschen Literatur zwar häufig, nicht aber durchgängig als Präzedenzfall herangezogen, und sie sind zumeist Teil eines ganzen Bündels an Argumenten, die für eine Unternehmensbindung angeführt werden.

d) Faktor Unternehmensstrafbarkeit im nationalen Recht?

Ob der unterschiedliche Umgang mit den Industriellenverfahren auch mit den Differenzen zwischen US- und deutschem Recht bzgl. der Strafbarkeit juristischer Personen zusammenhängt, ist ungewiss. Zwar lassen sich durchaus Korrelationen ausmachen: Genauso wie die Strafbarkeit juristischer Personen im US-Bundesrecht seit einer Entscheidung des Supreme Courts aus dem Jahr 1909 anerkannt ist,¹¹⁴⁷ führen einige US-Autoren die Entscheidungen in den Industriellenverfahren – Strafurteile – als Argument für eine Völkerrechtsbindung privater Unternehmen an. Dagegen kennt das deutsche Recht eine Strafbarkeit von Unternehmen genauso wenig,¹¹⁴⁸ wie in der deutschen Korpusliteratur Verweise auf die Industriellenverfahren zu finden sind.

Allerdings werden die Industriellenverfahren in der US-Korpusliteratur, wie gezeigt, nicht durchgängig als Argument für die Annahme bzw. Existenz völkerstrafrechtlicher Unternehmenspflichten, sondern vielmehr als Argument für die grundsätzliche Annahme völkerrechtlicher Pflichten privater Unternehmen angeführt. Außerdem ist, mit Blick auf das deutsche Recht, der Grundsatz *societas delinquere non potest* zwar hinsichtlich des StGB weiterhin zutreffend: Nur natürliche Personen können gegen die

1147 US SC, *New York C. & H. R. R. Co. v. United States*, Entscheidung vom 23.02.1909, 212 U.S. 481. Einführend Kubiciel, Unternehmensstrafrecht im Rechtsvergleich: Sanktionierung von Verbänden in ausgewählten europäischen Staaten und den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Kubiciel (Hrsg.), Neues Unternehmenssanktionenrecht ante portas, 2020, 51–88, 78 ff.

1148 Kubiciel, Grundzüge des Unternehmensstrafrechts in Deutschland, in: Soyer (Hrsg.), Handbuch Unternehmensstrafrecht, 2020, 687–700; Waßmer, § 49: Strafbarkeit juristischer Personen, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts Band 3, 2021; Meyberg, § 30, in: Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, 39. Edition (01.07.2023) 2023, Rn. 1 ff.

Straftatbestände des Strafgesetzbuches verstoßen.¹¹⁴⁹ Dagegen kennt das deutsche Recht außerhalb des StGB eine ganze Reihe an Vorschriften, die Unternehmenssanktionen vorsehen: Bspw. können nach § 30 OWiG Geldbußen bis zu einer Höhe von zehn Millionen Euro gegen Verbände (u. a. juristische Personen) verhängt werden, wenn eine Leitungsperson des Verbandes Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begeht und dadurch eine Pflicht des Verbandes verletzt oder den Verband bereichert oder bereichern will.¹¹⁵⁰ Folglich kennt das deutsche Recht durchaus strafrechtsähnliche Unternehmenssanktionen.¹¹⁵¹ Vor allem aber dürfte bzgl. des Fehlens der Industriellenprozesse in der deutschen Korpusliteratur weniger die (mangelnde) Strafbarkeit von Unternehmen nach deutschem Recht als die bereits aufgezeigten Gedankengänge entscheidend gewesen sein.

V) Die deliktische Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen nach deutschem Recht

Zuletzt ist die deliktische Haftung von Unternehmen nach deutschem Recht in den Blick zu nehmen, die zwar intensiv von der Zivilrechtswissenschaft (1), aber nur kaum von der deutschen Korpusliteratur in den Blick genommen wird (2). Zu den Gründen dieses Befundes gehört die Fächertrennung innerhalb der deutschen Rechtswissenschaft (3).

1) Der Diskurs in der deutschen Privatrechtswissenschaft

Seit Mitte der 2010er-Jahre befasst sich die deutsche Privatrechtswissenschaft intensiv mit der Frage, ob und inwieweit Unternehmen für Men-

1149 Waßmer, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), 2021, Rn. 1. Zu den philosophischen Grundlagen *Weigend*, *Societas delinquere non potest*? A German Perspective, *Journal of International Criminal Justice* 6:5 (2008), 927–945, 930 ff.

1150 Weitere Beispiele unternehmenssanktionierender Normen bei Kubiciel, Das Verbandssanktionengesetz in der Diskussion: Ein Sanktionsinstrument eigener Art?, in: Murmann (Hrsg.), Der Regierungsentwurf eines Verbandssanktionengesetzes vom 16.6.2020, 2022, 29–61, 42 f.

1151 Kubiciel, in: Murmann (Hrsg.), 2022, 29–61, 43. Zum in der vergangenen Legislaturperiode gescheiterten Vorhaben, ein Verbandssanktionengesetz zu erlassen *Baur/Holle*, Verbandssanktionierung – Zurück auf Los? Eine Zwischenbilanz zur gescheiterten Neuaufstellung, *ZRP* 55:1 (2022), 18–21.

schenrechtsverletzungen haften, die entlang ihrer Lieferkette auftreten.¹¹⁵² Zu den Gründen für das Aufkommen der Debatte zählte die Entwicklung der US-amerikanischen *human rights litigation*, die die deutsche Rechtswissenschaft stets aufmerksam verfolgte: Infolge der *Kiobel*- und *Bauman*-Entscheidungen hatten Menschenrechtsklagen ohne US-Bezug in den USA keine Erfolgchancen mehr.¹¹⁵³ Folglich stellte sich die Frage, inwieweit deliktische Menschenrechtsklagen vor europäischen Gerichten möglich sind, zumal der Supreme Court in *Bauman* auf die (internationale) Zuständigkeit europäischer Gerichte für in der EU domizilierte Gesellschaften hinwies (Art. 4 Abs. 1, 63 Abs. 1 EuGVVO).¹¹⁵⁴ Zu einem ersten Verfahren vor einem deutschen Gericht kam es im Jahr 2015: Opfer des verheerenden Brandes in einer Fabrikhalle im pakistanischen Karatschi erhoben vor dem LG Dortmund Klage gegen den deutschen Textilkonzern KiK, den die

1152 Aus der umfassenden Literatur Wagner, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, RabelsZ 80:4 (2016), 717–782; Weller/Kaller/Schulz, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AcP 216:3/4 (2016), 387–420; König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 217:4/5 (2017), 611–686; Thomale/Hübner, Zivilgerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Unternehmensverantwortung, JZ 72:8 (2017), 385–397; Weller/Thomale, ZGR 46:4 (2017), 509–526; Fleischer/Korch, Zur deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit von Auftraggebern in der Lieferkette, ZIP 40:46 (2019), 2181–2191; Görgen, Unternehmerische Haftung in transnationalen Menschenrechtsfällen, 2019; Habersack/Ehrl, Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer – *de lege lata* und *de lege ferenda*, AcP 219:2 (2019), 155–210; Haider, 2019; Nordhues, Die Haftung der Muttergesellschaft und ihres Vorstands für Menschenrechtsverletzungen im Konzern, 2019; Weller/Nasse, Menschenrechtsarbitrage als Gefahrenquelle: Systemkohärenz einer Verkehrspflicht zur Menschenrechtssicherung in Lieferketten?, ZGR Sonderheft 22 (2020), 107–136; von Falkenhausen, Menschenrechtsschutz durch Deliktsrecht, 2020; Fleischer/Korch, Okpabi v Royal Dutch Shell und das deutsche Deliktsrecht in Konzernlagen, ZIP 42:14 (2021), 709–718; Brunk, Menschenrechtscompliance: Eine Untersuchung menschenrechtlicher Verhaltenspflichten von Unternehmen und ihrer Umsetzung im Gesellschaftsrecht, 2022; Hübner, 2022.

1153 Zu dieser Entwicklung oben Kapitel 4) A) IV). Insgesamt wurde die US-amerikanische *human rights litigation* unter dem ATS in Deutschland eingehend und weit über die hiesige deutsche Korpusliteratur hinaus verfolgt; siehe allein aus der jüngeren monographischen Literatur Schulz, 2016; Metz, US-Menschenrechtsklagen und Neoterritorialismus, 2017; Felz, Das Alien Tort Statute: Rechtsprechung, dogmatische Entwicklung und deutsche Interessen, 2017; Meyer, Der Alien Tort Claims Act: Zwischen Völkerrecht und amerikanischer Außenpolitik, 2018.

1154 US SC, *Daimler AG v. Bauman*, 571 U.S. 117, 141. Zum Verweis des Supreme Courts auf die EuGVVO Wagner, RabelsZ 80:4 (2016), 717–782, 731 f.; Habersack/Ehrl, AcP 219:2 (2019), 155–210, 168 f.

Kläger als Hauptkunden des Fabrikbetreibers für die Brandkatastrophe mitverantwortlich machten.¹¹⁵⁵

Etwa zur selben Zeit erarbeitete die Bundesregierung unter Federführung des Auswärtigen Amts den deutschen Nationalen Aktionsplan für Wirtschaft und Menschenrechte, der die VN-Leitprinzipien umsetzt.¹¹⁵⁶ Schließlich verabschiedete der französische Gesetzgeber mit der *loi de vigilance* im Jahr 2017 ein Gesetz, das Unternehmen haftungsbewehrte Sorgfaltspflichten zur Achtung der Menschenrechte und Umwelt entlang ihrer Lieferketten auferlegt.¹¹⁵⁷ Vor diesem Hintergrund¹¹⁵⁸ rückten die Möglichkeiten und Herausforderungen der Menschenrechtshaftung von Unternehmen immer stärker in den Fokus der Privatrechtswissenschaft.¹¹⁵⁹

Im Zentrum der Debatte stehen vor allem die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte, das anwendbare Recht bei Menschenrechtsklagen und, materiell-rechtlich, deliktische Anspruchsgrundlagen.¹¹⁶⁰ Ein Schwerpunkt der materiell-rechtlichen Überlegungen lag bisher auf § 823 Abs. 1 BGB, der Schadensersatzansprüche für die Verletzung der aufgezählten Rechte und Rechtsgüter gewährt. Dazu zählen die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit, sodass die Anspruchsgrundlage die Schutzgüter wichtiger Menschenrechte erfasst.¹¹⁶¹ Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB setzt ein rechtswidriges Handeln oder Unterlassen des Schädigers voraus. Die unmittelbare Verletzung eines Rechtsguts i. S. d.

1155 LG Dortmund, Urteil vom 10.01.2019 (7 O 95/15), BeckRS 2019, 388. Das OLG Hamm wies die Anträge der Kläger auf Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren zurück, siehe OLG Hamm, Beschluss vom 21.05.2019 (I-9 U 44/19), NJW 2019, 3527. Hintergründe zum Verfahren bei *Kaleck/Saage-Maß*, Unternehmen vor Gericht: Globale Kämpfe für Menschenrechte, 2016, 99 ff. (die Verfasser sind Menschenrechtsanwälte des ECCHR, das die Kläger im KiK-Verfahren unterstützte). Ferner Hübner, 2022, 93 ff.

1156 *Deutsche Bundesregierung*, Nationaler Aktionsplan: Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (2016–2020).

1157 Siehe oben Fn. 68.

1158 Ausführlich zu den Entwicklungen, die zum Aufkommen des Diskurses führten Hübner, 2022, 1 ff.

1159 Zu den Themen, die die deutsche Privatrechtswissenschaft im Kontext Wirtschaft und Menschenrechte diskutiert, gehören neben der Menschenrechtshaftung auch sog. menschenrechtliche Berichtspflichten, die etwa die CSR-Richtlinie Unternehmen ab einer bestimmten Größe auferlegt, siehe *Fleischer*, Corporate Social Responsibility: Vermessung eines Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht, AG 62:15 (2017), 509–525, 521 f.

1160 Vgl. Hübner, 2022, 2, 7.

1161 Hübner, 2022, 181 ff.

§ 823 Abs. 1 BGB erfolgt in den paradigmatischen Fällen allerdings nicht durch das potentiell beklagte Unternehmen, sondern durch dessen Zulieferer oder Tochterunternehmen im Ausland. Deshalb stellt sich die Frage, ob und inwieweit Unternehmen in den typischen BHR-Fallkonstellationen deliktischen Kontroll- und Überwachungspflichten hinsichtlich ihrer Zulieferer und/oder Tochterunternehmen unterliegen, deren Nichtvornahme bei Menschenrechtsverletzungen durch den Zulieferer oder die Tochter eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB auslösen könnte. Inwieweit derartige Pflichten bestehen, ist Gegenstand einer intensiven Literaturdebatte.¹¹⁶²

§ 823 Abs. 2 BGB gewährt deliktische Ansprüche für Verletzungen sog. Schutzgesetze. Voraussetzung für die Qualifizierung einer Norm als Schutzgesetz ist, dass sie individualschützenden Charakter hat.¹¹⁶³ Mit Blick auf die Schutzgesetzeigenschaft der völkerrechtlichen Menschenrechte ist zu differenzieren: Zwar steht die individualschützende Zielrichtung der Menschenrechtsgarantien (wie auch der grundgesetzlichen Grundrechte) außer Frage.¹¹⁶⁴ Allerdings werden die völkerrechtlichen Menschenrechte in der deutschen Privatrechtswissenschaft nicht als Schutzgesetze i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB angesehen, weil sie allein den Staat, nicht aber Private verpflichten, so die herrschende, auf die Position der deutschen Völkerrechtswissenschaft gestützte Meinung.¹¹⁶⁵ Aufschlussreich ist der Vergleich mit dem ATS: Zwar fungiert § 823 Abs. 2 BGB als „Transmissionsriemen“, der die in anderen Teilen der Rechtsordnung getroffenen Wertungen in das Deliktsrecht überführt.¹¹⁶⁶ Damit hat § 823 Abs. 2 BGB gewisse Ähnlichkeit mit der ATS-Anspruchsgrundlage, mittels derer die Verletzung bestimmter Völkerrechtsnormen durchgesetzt werden kann. Da aber den völkerrechtlichen Menschenrechten in Deutschland, anders als z. T. in den USA, Bindungswirkung gegenüber Privaten abgesprochen wird, kommt § 823 Abs. 2 BGB keine dem ATS vergleichbare Wirkung zu. Daran zeigt sich: In der deutschen Privatrechtsdebatte geht es nicht um die Frage, inwieweit Unternehmen gegen Völkerrecht verstoßen und dafür deliktisch

1162 Für eine Zusammenfassung der zahlreichen im Schrifttum zu dieser Frage vertretenen Auffassungen siehe *Kraft*, 2024, 186 ff.

1163 *Sprau*, § 823, in: Grüneberg (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 82. Auflage 2023, Rn. 58.

1164 *Wagner*, § 823, in: *MüKo BGB*, 8. Auflage 2020, Rn. 548.

1165 Vgl. statt Vieler *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216:3/4 (2016), 387–420, 406; *Habersack/Ehrl*, AcP 219:2 (2019), 155–210, 194; *Wagner*, § 823, in: *MüKo BGB*, 8. Auflage 2020, Rn. 551; *Hübner*, 2022, 271.

1166 *Wagner*, § 823, in: *MüKo BGB*, 8. Auflage 2020, Rn. 532.

zur Rechenschaft gezogen werden können, sondern darum, inwieweit Unternehmen für die Beeinträchtigung menschenrechtlich geschützter Güter nach den allgemeinen Maßstäben des Deliktsrechts haften. Mithin stehen im deutschen Fokus „Deliktssklagen aus Anlass von Menschenrechtsverletzungen“, während ATS-Verfahren, in denen Unternehmen Völkerrechtsverstöße im eigentlichen Sinne vorgeworfen wurden, als „Menschenrechtsklagen in deliktsrechtlicher Form“ bezeichnet werden können.¹¹⁶⁷

Allerdings würde deutsches Recht bei Menschenrechtsklagen vor deutschen Gerichten ohnehin kaum zur Anwendung gelangen: Nach Art. 4 Abs. I Rom II-VO findet auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung das Recht des Erfolgsortes Anwendung, der in den typischen BHR-Fallkonstellationen im Ausland liegt, was die Anwendung ausländischen Rechts zur Folge hat.¹¹⁶⁸ So entschied auch das LG Dortmund den KiK-Fall auf Grundlage ausländischen, hier: pakistanischen Rechts (es wies die Klage aufgrund der Verjährung etwaiger Ansprüche ab).¹¹⁶⁹

Zwischenzeitlich hat sich der Gesetzgeber der Thematik angenommen: Das deutsche LkSG legt großen Unternehmen Sorgfaltspflichten entlang ihrer Lieferkette zum Schutz menschenrechtlicher und umweltbezogener Güter auf, §§ 3 ff. LkSG. Zwar sieht das LkSG – im Gegensatz zur französischen *loi de vigilance* – vor, dass die Verletzung der Sorgfaltspflichten des Gesetzes keine zivilrechtliche Haftung begründet, § 3 Abs. 3 S. 1 LkSG.¹¹⁷⁰ Allerdings könnte die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers gegen eine zivilrechtliche Haftung für Verstöße gegen gesetzliche Lieferkettensorgfaltspflichten bald europarechtlich überholt sein: Ende 2023 erzielten der Rat und das Europäische Parlament eine vorläufige Einigung über eine europäische Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit.¹¹⁷¹ Diese würde eine zivilrechtliche Haftung der von der Richtlinie erfassten Unternehmen vorsehen.

1167 Die Formulierungen stammen von Reimann, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maß (Hrsg.), 2018, 101–145, 141, der diese im Kontext des US-Rechts verwendet.

1168 Deutsches Recht könnte allerdings durch nachträgliche Rechtswahl der Parteien zur Anwendung gelangen, Art. 14 Abs. 1 (a) Rom II-VO. Ausführlich zum Kollisionsrecht Hübner, 2022, 139 ff.

1169 LG Dortmund, BeckRS 2019, 388, Rn. 22.

1170 Zum Ausschluss der zivilrechtlichen Haftung Engel, § 7: Änderungen im Zivil- und Zivilprozessrecht, in: Grabosch (Hrsg.), Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, 2021, 199–208, Rn. 10. Völkerrechtliche Einordnung bei Wiater, Unternehmerische Menschenrechtsbindung nach Maßgabe des Lieferkettengesetzes, JZ 77:18 (2022), 859–869.

1171 Siehe oben Fn. 70.

2) Nur seltene Verweise auf die Delikthaftung von Unternehmen in der deutschen Korpusliteratur

Folglich wird in Deutschland wie in den USA die Frage diskutiert, inwieweit eine Delikthaftung von Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen nach nationalem Recht besteht. Eingang in die deutsche Korpusliteratur hat die privatrechtliche Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen entlang ihrer Lieferkette allerdings nur in Ansätzen gefunden.¹¹⁷² Zwar haben einige deutsche Korpusbeiträge die Frage der deliktischen Menschenrechtshaftung von Unternehmen nach deutschem Recht bereits zu einem Zeitpunkt adressiert, als die Thematik in der Zivilrechtswissenschaft noch nicht (intensiv) diskutiert wurde. Hervorzuheben ist der Beitrag *Seibert-Fohrs*: In ihrer Besprechung einer ATS-Entscheidung aus dem Jahr 2003 warf die Autorin die Frage auf, inwieweit dem ATS vergleichbare Zivilklagen vor deutschen Gerichten denkbar wären.¹¹⁷³ Mit § 823 Abs. 1, § 823 Abs. 2 und § 831 BGB nannte die Autorin einige der Anspruchsgrundlagen, die später im Mittelpunkt der Zivilrechtsdebatte stehen sollten. Bis auf gelegentliche Verweise auf potentiell einschlägige deliktische Anspruchsgrundlagen und, am Ende des Untersuchungszeitraums, Verweise auf die mittlerweile einsetzende Zivilrechtsdebatte, ist die Thematik in der deutschen Korpusliteratur allerdings nicht aufgegriffen worden.

3) Gründe für die geringe Präsenz der Thematik in der deutschen Korpusliteratur

In Deutschland ist eine „Dreiteilung der juristischen Welt“ festzustellen: Sowohl Rechtspraxis als auch Rechtswissenschaft lassen sich entlang der Unterscheidung zwischen Zivil-, Straf- und öffentlichem Recht unterteilen.¹¹⁷⁴ In der Rechtswissenschaft macht sich die Unterscheidung etwa in

1172 Siehe oben Kapitel 5) D) II).

1173 *Seibert-Fohr*, ZaöRV 63:1 (2003), 195–204, 204.

1174 Die Formulierung „Dreiteilung der juristischen Welt“ stammt von *Jestaedt*, Die Dreiteilung der juristischen Welt: Plädoyer für ihre intradisziplinäre Relationierung und Relativierung, in: Bruns/Kern u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag (1. Teilband: Deutsches Recht), 2013, 917–936; ebenso *Jestaedt*, JZ 69:1 (2014), 1–12, 7. Die Unterscheidung insbesondere zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht ist z. T. durch die Rechtsordnung selbst vorgezeichnet, etwa durch die Zuweisung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten zu den Verwaltungsgerichten, § 40 Abs.1 VwGO, sowie bürgerlicher Verfahren zu den ordentlichen

der Denomination juristischer Lehrstühle bemerkbar, die in aller Regel für eines der drei Hauptfächer zuständig sind; ebenso widmen sich die drei wichtigsten wissenschaftlichen Fachgesellschaften – die Zivil-, Straf- und Staatsrechtslehrervereinigung – vordergründig einem der drei Fächer.¹¹⁷⁵ Innerhalb dieser Ordnung fällt das Völkerrecht dem öffentlichen Recht zu, während bspw. das Internationale Privatrecht in aller Regel an zivilrechtlichen Lehrstühlen angesiedelt ist.¹¹⁷⁶

Eine Folge dieser strengen Differenzierung ist die Ausrichtung weiter Teile der Publikationslandschaft auf eine der drei Fachsäulen. Bekannte Beispiele sind das Archiv für die civilistische Praxis, das Archiv des öffentlichen Rechts oder das Goldammer's Archiv für Strafrecht. Dass die deutsche Rechtswissenschaft zahlreiche Publikationsorgane kennt, die einer der drei Fachsäulen gewidmet sind, gehört zu den zentralen Faktoren, die die nur geringe Adressierung der Deliktshaftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen erklären können. Fragen der Internationalen Zuständigkeit, des Internationalen Privatrechts und des Deliktsrechts unterfallen der Domäne der Privatrechtswissenschaft, weshalb sie in Deutschland vordergründig in (international-)privatrechtlichen Foren aufgegriffen werden.¹¹⁷⁷ Anders gewendet: Die hier umfassend analysierten Völkerrechtszeitschriften sind nicht das richtige Forum für die Kernfragen der Debatte über die Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen nach deutschem Recht.

Gerichten, § 13 GVG. Ungeachtet dieser von der Rechtsordnung erzwungenen, rechtspraktischen Unterscheidung ist die Differenzierung auf einer konzeptionellen Ebene problematisch, etwa weil einige Teile der Rechtsordnung nicht eindeutig einem der beiden Bereiche zugeordnet werden können. Ausführlich zur seit Jahrzehnten geführten Debatte über die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht unlängst *Krüper*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 2020, 43–99; *Somek*, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, in: VVDStRL 79 (2019), 2020, 7–42; ferner *Stendel*, Immaterieller Schadensersatz und der Wandel völkerrechtlicher Privatrechtsanalogien, 2023, 59 ff.

1175 Statt vieler *Jestaedt*, in: Bruns/Kern u.a. (Hrsg.), 2013, 917–936, 919; *Krüper*, in: VVDStRL 79 (2019), 2020, 43–99, 61.

1176 Dass bspw. Privatrechtler eine *venia legendi* für Völkerrecht (oder umgekehrt) haben, ist äußerst selten, vgl. *Michaels*, Public and Private International Law: German Views on Global Issues, *Journal of Private International Law* 4:1 (2008), 121–138, 123. Eine bekannte Ausnahme ist der ehemalige Direktor des Luxemburger MPI *Burkhard Hess*, der als Zivilrechtler eine Lehrbefugnis sowohl für Internationales Privatrecht als auch Völkerrecht hat.

1177 Vgl. nur die Beiträge oben in Fn. 1152; die dort genannten Aufsätze sind allesamt in zivilrechtlichen Zeitschriften erschienen.

Das Fehlen einer intensiven Auseinandersetzung in der deutschen Korpusliteratur bedeutet allerdings nicht, dass völker- und (international-)privatrechtliche Fragen in der deutschen Rechtswissenschaft niemals gemeinsam adressiert würden: Eine bekannte Ausnahme ist der bereits erwähnte DGIR-Band, der jeweils vier völker- und (international-)privatrechtliche Beiträge enthält.¹¹⁷⁸ Zudem gibt es Dissertationen, die sowohl völker- als auch (international-)privatrechtliche Aspekte adressieren,¹¹⁷⁹ genauso wie Sammelbände zu verzeichnen sind, in denen das Thema BHR aus mehreren Perspektiven beleuchtet wird¹¹⁸⁰. Der Erlass des LkSG wird fachgebietsübergreifende Kooperationen weiter verstärken, da das Gesetz sowohl die in der Zivil- als auch der Völkerrechtswissenschaft geführte Debatte berührt.¹¹⁸¹

B) Die Völkerrechtssubjektivität privater Unternehmen

„In the past it was sometimes assumed that individuals and corporations, companies or other juridical persons created by the laws of a state, were not persons under (or subjects of) international law.“¹¹⁸²

American Law Institute, 1986

Während die Frage nach der Völkerrechtssubjektivität privater Unternehmen in der US-amerikanischen Korpusliteratur als lange geklärt, wenn nicht gar als irrelevant oder sogar fehlleitend aufgefasst wird, befasst sich die deutsche Korpusliteratur in ihrer Auseinandersetzung mit privaten Unternehmen weiterhin mit dem Konzept der Völkerrechtssubjektivität. Fundamentalkritik, wie sie einige US-amerikanische Korpusbeiträge äußern, findet sich darin nicht (I). Erklären lässt sich dieser Unterschied zum einen durch die unterschiedlichen völkerrechtswissenschaftlichen Traditionen beider Staaten: Während der systematischen Durchdringung des positiven Völkerrechts und damit Konstrukten wie dem Konzept der Völker-

1178 Reinisch/Hobe/Kieninger/Peters (Hrsg.), 2020.

1179 Vgl. bspw. die Untersuchung von Haider, 2019.

1180 Vgl. bspw. Krajewski/Oehm/Saage-Maß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018.

1181 Siehe nur den von Privat- und Öffentlichrechtlern herausgegebenen Kommentar von Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maß, Lieferkettensorgfaltspflichtenrecht, 2023.

1182 American Law Institute, Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of The United States (1987), Vorbemerkung vor § 201.

rechtssubjektivität in der deutschen Völkerrechtswissenschaft ein großer Wert beigemessen wird, stehen Teile der US-amerikanischen Völkerrechtswissenschaft dieser Form der rechtswissenschaftlichen Analyse skeptisch gegenüber (II). Zudem bestehen Parallelen zwischen den Vergleichsergebnissen und dem Umgang der US-amerikanischen und deutschen Rechtsordnung mit den am Rechtsverkehr beteiligten Personen: Ein einheitliches Personenrecht, wie es die deutsche (Privat-)Rechtsordnung aufweist, gibt es in den USA nicht (III).

Zuletzt sei ein bereits im US-Kapitel angeführter sprachlicher Hinweis gegeben: Die englische Übersetzung von Völkerrechtssubjekt (*subject of international law* bzw. *international legal person*) wird in der US-amerikanischen Korpusliteratur selten genutzt, wenn die am Völkerrechtsverkehr beteiligten Entitäten analysiert werden. Aus drei Gründen ist hier dennoch von Völkerrechtssubjektivität bzw. Völkerrechtssubjekten die Rede: Zum einen gibt es keine Bezeichnung, die sich in der US-amerikanischen Korpusliteratur durchgesetzt hat. Zweitens ist die Bezeichnung *international* weiterhin gängig. Drittens wird im Folgenden, soweit erforderlich, erklärt, welche Terminologie die US-amerikanischen Korpusbeiträge nutzen und welches Verständnis damit verbunden ist.

I) Analyse und Vergleich der Korpusliteratur: Das Konzept der Völkerrechtssubjektivität zwischen Zurückweisung und Verzicht in der US-amerikanischen und Akzeptanz in der deutschen Literatur

Der erste und auffälligste Unterschied liegt in der nahezu gegensätzlichen Haltung bzgl. des Konzepts der Völkerrechtssubjektivität an sich: In der US-Korpusliteratur wird das Konzept kaum verwendet, um die Rechtsstellung privater Unternehmen zu beschreiben. Vielmehr äußern die wenigen Beiträge, die sich ausführlicher mit der Thematik befassen, fundamentale Kritik an ihm: Bspw. kritisiert *Alvarez* unter Berufung auf die Thesen *Higgins'* den intellektuellen Ballast, der dem notorisch staatszentrierten Konzept der Völkerrechtssubjektivität anhafte; der Blick durch die Linse der Völkerrechtssubjektivität berge die Gefahr, die Realitäten des internationalen Verkehrs nicht oder nur unzureichend wahrzunehmen.¹¹⁸³

Viele deutsche Korpusbeiträge arbeiten dagegen gerade mit dem Konzept der Völkerrechtssubjektivität, um die Rechtsstellung privater Unter-

1183 Siehe zur Kritik *Alvarez'* oben Kapitel 4) D) I); Nachweis der zitierten Stelle oben Fn. 672.

nehmen zu beschreiben. Kritik am Konzept der Völkerrechtssubjektivität oder gar ein Verzicht auf dasselbe findet sich in der deutschen Literatur nicht; die Thesen *Higgins'*, auf die sich einige der US-amerikanischen Kritiker berufen, werden in der deutschen Korpusliteratur kaum aufgegriffen.

Der zweite Unterschied folgt aus der soeben beschriebenen Weichenstellung: Viele deutsche Korpusbeiträge definieren Völkerrechtssubjekte als Träger völkerrechtlicher Rechte und/oder Pflichten. Private Unternehmen ordnet die deutsche Korpusliteratur daher zumeist als partielle Völkerrechtssubjekte ein, da sie Träger völkerrechtlicher Rechtspositionen seien, nicht aber völkerrechtlichen Pflichten unterlägen. In der US-amerikanischen Aufsatzliteratur, auf die Lehrbücher wird sogleich eingegangen, sind solche Äußerungen dagegen weit weniger üblich: Da das Konzept der Völkerrechtssubjektivität eher kritisiert wird, finden sich kaum Arbeiten, die mit ihm arbeiten, um die völkerrechtliche Rechtsstellung privater Unternehmen zu beschreiben. Jedenfalls begrifflich hat die in der deutschen Literatur häufig festgestellte partielle Völkerrechtssubjektivität privater Unternehmen daher kein Gegenstück in der US-Korpusliteratur.¹¹⁸⁴

Drittens finden sich in der deutschen Korpusliteratur keine Perspektiven, wie sie *Butlers* Korpusbeiträge einnehmen: Ein Beitrag des Autors untersucht die Tätigkeiten privater Akteure in Situationen fragiler Staatlichkeit, ein anderer die Praxis privater Unternehmen, sich völkerrechtlichen Vorgaben zu unterwerfen, ohne dazu völkerrechtlich oder durch nationalstaatliche Rechtsakte verpflichtet zu sein.¹¹⁸⁵ Die Beiträge analysieren und bewerten also die tatsächlichen Aktivitäten privater Unternehmen im internationalen Verkehr, ohne sich ausschließlich Fragen des positiven Rechts zu widmen. Dagegen steht das positive (Völker-)Recht im Mittelpunkt aller deutschen Korpusbeiträge.

Die Unterschiede zwischen den nationalen oder regionalen Völkerrechtswissenschaften dürfen, so *Peters*, nicht „überbeton[t]“ werden.¹¹⁸⁶ Diese Maßgabe trifft auch auf den Vergleich hinsichtlich der Befassung mit dem Konzept der Völkerrechtssubjektivität zu: Schließlich arbeiten sowohl US-amerikanische als auch deutsche Völkerrechtslehrbücher mit dem Konzept, um die am Völkerrechtsverkehr beteiligten Einheiten zu beschreiben.

1184 Inhaltlich qualifizieren auch US-amerikanische Autoren private Unternehmen als Träger völkerrechtlicher Rechte, die allerdings keinen Pflichten unterliegen, sodass private Unternehmen zwar nicht ausdrücklich, wohl aber faktisch auch von der US-Literatur als partielle Völkerrechtssubjekte eingeordnet werden.

1185 Siehe oben Kapitel 4) E).

1186 *Peters*, ZaöRV 67:3 (2007), 721–776, 768.

Zudem nutzen zahlreiche US-amerikanische als auch deutsche Beiträge die formale Konzeption von Völkerrechtssubjektivität – allerdings auf unterschiedliche Weise: In der US-Korpusliteratur betonen viele Beiträge, bei der Ermittlung völkerrechtlicher Rechte und insbesondere Pflichten privater Unternehmen müssten schlicht die relevanten Völkerrechtsnormen in den Blick genommen werden. Einer theoretischen Untermauerung dieser Herangehensweise durch eine formale Konzeption von Völkerrechtssubjektivität bedarf es dafür nicht. Dagegen betonen einige deutsche Korpusbeiträge ausdrücklich, mit der formalen Konzeption von Völkerrechtssubjektivität zu arbeiten.¹¹⁸⁷

Die hiesigen Vergleichsergebnisse stimmen mit den Befunden des von *d'Aspremont* herausgegebenen Sammelbandes über nichtstaatliche Akteure überein, in dem einige Beiträge über die wissenschaftliche Diskussion über nichtstaatliche Akteure in ihrer Jurisdiktion berichten.¹¹⁸⁸ Einen Bericht aus Deutschland enthält der Band nicht; allerdings arbeitet die französische Rechtswissenschaft weitestgehend mit dem Konzept der Völkerrechtssubjektivität, um die völkerrechtliche Stellung einer nichtstaatlichen Einheit einzuordnen und zu beschreiben.¹¹⁸⁹ Aufschlussreich ist der Beitrag des US-amerikanischen Berichterstatters: Danach hätten US-amerikanische Völkerrechtler die formalistischen Debatten, die in Europa geführt wurden, weitestgehend gemieden; beispielsweise sei man der Frage, ob nichtstaatliche Akteure Völkerrechtssubjekte seien, in den USA kaum nachgegangen.¹¹⁹⁰ Viel relevanter seien die Erörterung der völkerrechtlichen Rechte und Pflichten nichtstaatlicher Akteure gewesen und, was von besonderem Interesse war, welche Rolle dieser Akteursgruppe in der internationalen Ordnung zukomme.¹¹⁹¹

1187 Siehe oben Kapitel 5) A) II).

1188 *d'Aspremont* (Hrsg.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, 2011.

1189 *Leroux*, *Non-State Actors in French Legal Scholarship*, in: *d'Aspremont* (Hrsg.), *Participants in the International Legal System – Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, 2011, 83–96, 86 ff.

1190 *Bachand*, *Non-State Actors in North American Legal Scholarship*, in: *d'Aspremont* (Hrsg.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, 2011, 97–108, 97.

1191 *Bachand*, in: *d'Aspremont* (Hrsg.), 2011, 97–108, 98.

II) Die Vergleichsergebnisse im Lichte der völkerrechtswissenschaftlichen Traditionen der USA und Deutschlands

Zur Erklärung dieser Unterschiede sind die in der Einleitung bereits erwähnten völkerrechtswissenschaftlichen Traditionen der USA (1) und Deutschlands (2) genauer in den Blick zu nehmen. Darauf aufbauend kann gezeigt werden, dass sich die ermittelten Unterschiede bzgl. des Konzepts der Völkerrechtssubjektivität als Ausdruck der unterschiedlichen wissenschaftlichen Traditionen beider Untersuchungsländer deuten lassen (3). Bei der Vorstellung der US-amerikanischen und deutschen Völkerrechtswissenschaftstraditionen liegt der Fokus auf deren charakteristischen Eigenschaften, die zur Kontextualisierung der Vergleichsergebnisse beitragen können. Wie in der Einleitung aufgezeigt, geht es dabei um Eigenschaften, die die jeweilige nationale Forschergemeinschaft (gerade im Vergleich) definieren; wie bei allen Verallgemeinerungen können dabei nur die großen Linien aufgezeigt werden.¹¹⁹²

1) Die US-amerikanische Völkerrechtswissenschaftstradition

Legal realism beschreibt eine juristische Denk- und Arbeitsweise, deren Anfänge gegen Ende des 19. Jahrhunderts liegen.¹¹⁹³ Ungeachtet skandinavischer Vertreter war der Rechtsrealismus insbesondere ein US-amerikanisches Phänomen.¹¹⁹⁴ Die Rechtsrealisten wollten die aus ihrer Sicht offensichtlichen Mängel der damals herrschenden Herangehensweise aufzeigen, dem *classical legal thought*. Darunter wird in den USA ein Verständnis von Recht als System miteinander verknüpfter Regeln verstanden, deren genauer Inhalt mittels Techniken, die dem Recht inhärent sind, präzise bestimmt werden kann, sodass Rechtsfragen objektiv beantwortet werden können.¹¹⁹⁵

1192 Vgl. oben Kapitel 1) B) II). Die für die Erklärung der Vergleichsergebnisse zur Völkerrechtssubjektivität weniger relevanten Eigenschaften beider Wissenschaftstraditionen bleiben vorliegend außer Betracht.

1193 Leiter, American Legal Realism, in: Golding/Edmundson (Hrsg.), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, 2005, 50–79, 50 ff.; aus der deutschen Literatur ausführlich Klein, Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft, 2020, 23 ff.

1194 Ratner, Legal Realism School, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2007, Rn. 1.

1195 Horwitz, The Transformation of American Law 1870–1960: The Crisis of Legal Orthodoxy, 1992, 9 ff.

Die Annahmen des *classical legal thought* kritisierten die Rechtsrealisten u. a. unter Verweis auf die tatsächliche Bedeutung des Rechts in der Rechtsprechung. Holmes' kanonische Aussage, „the life of the law has not been logic: it has been experience“¹¹⁹⁶, bringt die Überzeugung der Realisten zum Ausdruck, dass nicht allein Rechtsregeln bei der Entscheidung von Fällen zentral sind.¹¹⁹⁷ Vielmehr spielten etwa auch die persönlichen Präferenzen der Richter eine Rolle. Die Realisten strebten also danach, das Recht als menschengemachtes Phänomen zu begreifen und zu analysieren, ohne die Relevanz formeller Regeln zu überhöhen. Es gilt, das *law in action* zu verstehen, wohingegen der Fokus auf das Recht als vermeintliches System zusammenhängender Regeln (*law on the books*) nur den Blick auf die Realität verstelle.¹¹⁹⁸ Antiformalismus und Regelskeptizismus bilden daher zentrale Eigenschaften rechtsrealistischen Denkens.

Zudem lehnen die Rechtsrealisten den Anspruch des *classical legal thought* ab, das Recht von bspw. der Moral oder der Politik zu unterscheiden; vielmehr fordern sie, das Recht gerade als Mittel zur Erreichung gesellschaftlicher oder politischer Ziele zu verstehen und die rechtssetzende Tätigkeit der Gerichte anzuerkennen.¹¹⁹⁹ In diesem Sinne untersuchten die Realisten die Auswirkungen des Rechts auf die Gesellschaft und begannen, das Recht mit den Methoden anderer Disziplinen wie bspw. der Wirtschaftswissenschaften zu analysieren.

Die Kernannahmen des Realismus wurden im Laufe des 20. Jahrhunderts zum Allgemeingut der US-amerikanischen Rechtswissenschaft, was in der bekannten Formel „we are all realists now“ zum Ausdruck kommt.¹²⁰⁰ Vor diesem Hintergrund stehen häufig nicht die Auslegung, Anwendung und Aufbereitung des geltenden Rechts im Vordergrund des Interesses, sondern theoretische oder interdisziplinäre Perspektiven auf das Recht; Nachwuchswissenschaftlern wird geraten, nicht zu dogmatisch zu arbeiten,

1196 Holmes, *The Common Law*, 1882, 1.

1197 Holmes war Professor in Harvard und Richter am Supreme Court und gilt als Wegbereiter des Realismus, siehe Ratner, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2007, Rn. 1, 2; Cohen, in: Giorgetti/Verdirame (Hrsg.), 2021, 33–52, 34 ff.

1198 Ratner, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2007, Rn. 1; Reimann, *The American Advantage in Global Lawyering*, *RabelsZ* 78:1 (2014), 1–36, 14. Die Gegenüberstellung des *law in action* und *law in bzw. on the books* geht auf Roscoe Pound zurück, siehe Pound, *Law in Books and Law in Action*, *American Law Review* 44:1 (1910), 12–36.

1199 Cohen, in: Giorgetti/Verdirame (Hrsg.), 2021, 33–52, 35.

1200 Reimann, *RabelsZ* 78:1 (2014), 1–36, 15.

weil darunter die Karriereaussichten litten.¹²⁰¹ Aufgrund der angestrebten Wirklichkeitsnähe des Rechtsrealismus kommt bspw. empirisch belegten Befunden ein großer Stellenwert zu.¹²⁰² Gleichzeitig besteht eine große Offenheit, das Recht und seine Funktionsweise aus dem Blickwinkel immer neuer Theorien und anhand verschiedenster Methoden zu untersuchen, was zu der großen Perspektivenvielfalt in der US-amerikanischen Rechtsforschung führt.

Nehmen US-amerikanische Juristen interdisziplinäre Perspektiven ein, greifen sie häufig auf (methodische) Kenntnisse aus ihrem Grundstudium zurück: In den USA ist Voraussetzung für die Zulassung zum dreijährigen Jurastudium, zuvor (mindestens) einen Bachelorabschluss erworben zu haben. Weil dabei keine Beschränkungen bestehen, ist der fachliche Hintergrund US-amerikanischer Jurastudenten ungemein vielfältig, auch wenn Abschlüsse in den Wirtschafts-, Politik- oder Geschichtswissenschaften sehr häufig sind.¹²⁰³ Gerade die wissenschaftsinteressierten Studenten führen ihr Erststudium häufig weiter, sodass viele US-amerikanische Juraprofessoren einen Master- oder sogar Ph.D.-Abschluss in einem anderen Fach als den Rechtswissenschaften vorweisen können; juristische Dissertationen, wie sie in Deutschland und Europa verfasst werden, sind in den USA in der Standard-Juristenausbildung dagegen kaum bekannt und werden lediglich in den kleinen und meist von ausländischen Studenten belegten S.J.D.-Studiengängen angefertigt.¹²⁰⁴

Dass US-amerikanische Jurastudenten bereits mit den Methoden anderer Disziplinen vertraut sind, fördert die interdisziplinäre Diskussion über Rechtsfragen an der *law school*, deren Unterrichtsangebot ohnehin breiter als bspw. an deutschen Universitäten ist. Selbst in Fächern, die genuin das geltende Recht und dafür die einschlägige Rechtsprechung behandeln (z. B. *constitutional law* oder *contracts*),¹²⁰⁵ geht es zumeist nicht allein um die Erfassung der rechtlichen Kernaussagen einer Entscheidung. Die zugrundeliegenden Wertungen zu erkennen und einzuordnen (und ggf.

1201 Wood, Legal Scholarship for Judges, Yale Law Journal 124:7 (2015), 2592–2625, 2594.

1202 Vgl. Michaels, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), 2017, 238–267, 244, sowie oben Fn. III.

1203 Überblick über das US-amerikanische Rechtsstudium bei Dedek, JZ 64:II (2009), 540–550, 545 ff.

1204 Vgl. bereits oben Fn. 188.

1205 Zur Gestaltung der *casebooks*, die häufig im Unterricht an US-amerikanischen Rechtsfakultäten eingesetzt werden, siehe oben Kapitel 2) A) II) 3).

zu dekonstruieren), gehört ebenfalls zu den zentralen Anliegen des Unterrichts.¹²⁰⁶ Dogmatikwertschätzung ist folglich nicht das zentralste Element der Juristenausbildung, wogegen an der *law school* viel Wert auf Interdisziplinarität gelegt wird, was sich wiederum in der Ausrichtung signifikanter Teile der US-amerikanischen Rechtsforschung widerspiegelt.

Diese seit Jahrzehnten vorherrschende Grundhaltung hat zur Klage der Justiz geführt, die führenden Rechtszeitschriften enthielten für die Richterschaft kaum hilfreiche Beiträge: Schläge man eine US-amerikanische Rechtszeitschrift auf, stoße man auf Beiträge im Stile von „the influence of Immanuel Kant on evidentiary approaches in eighteenth century Bulgaria or something“, hat *Chief Justice Roberts* die praxisferne Tendenz der US-amerikanischen Rechtswissenschaft kritisiert.¹²⁰⁷

Die völkerrechtliche Ausprägung des Rechtsrealismus ist die bereits vorgestellte *New Haven School*.¹²⁰⁸ Die Formalismuskritik des Realismus übernehmend, ist es ihr zentrales Anliegen, das Völkerrecht nicht als ein System feststehender Regeln zu betrachten.¹²⁰⁹ Völkerrechtliche Normen würden vielmehr immer wieder in autoritativen Entscheidungsprozessen ausgehandelt und weiterentwickelt, an deren Verlauf unterschiedliche Akteure teilhaben.¹²¹⁰ Diese Prozesse und die beteiligten Akteure zu erfassen und zu analysieren, ist das Anliegen der Schule von New Haven.

Eine Weiterentwicklung erfuhr die *New Haven School* in den 1980er-Jahren, als ihre Protagonisten, anknüpfend an *Jessup*¹²¹¹, neben klassischen zwischenstaatlichen zunehmend transnationale Prozesse in den Blick nahmen.¹²¹² Trotz dieser Perspektiverweiterung blieb die Herangehensweise „expressly nontraditional – cutting across historical private/public and do-

1206 Dedek, JZ 64:II (2009), 540–550, 547.

1207 Zitiert bei Wood, Yale Law Journal 124:7 (2015), 2592–2625, 2594. Ähnlich hat sich der ehemalige Rechtsberater des US-Außenministeriums, *John Bellinger III*, bzgl. der Völkerrechtsliteratur geäußert, siehe Bellinger, Interview, Harvard International Law Journal Online 52 (2010), 32–41, 33. Aus der deutschen Literatur zur z. T. vorherrschenden Praxisferne der US-amerikanischen Rechtsliteratur *Lepsius*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), 2007, 319–366, 346 f.; Kahl, 2020, 99.

1208 Koh, RdC 410 (2020), 9–93, 37 ff.; ferner Koskeniemi, The Gentle Civilizer of Nations, 2001, 475 f.; Ratner, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2007, Rn. II ff.; aus der deutschen Literatur umfassend Voos, 2000.

1209 Ratner, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2007, Rn. II.

1210 Ratner, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2007, Rn. II.

1211 Jessup, Transnational Law, 1956.

1212 Koh, RdC 410 (2020), 9–93, 46 ff. Vgl. hierzu bereits im Rahmen der Vorstellung von Kohs Korpusbeitrag oben Kapitel 4) B) I) 1).

mestic/international dichotomies – and nonstatist, inasmuch as the actors studied were not just, or even primarily, nation-states.”¹²¹³ In dieser Weiterentwicklung gilt der Ansatz als bis heute führende Völkerrechtsschule in den USA.¹²¹⁴ Entsprechend diesem Völkerrechtsverständnis fokussiert sich die US-amerikanische Völkerrechtswissenschaft auf Entscheidungsprozesse, weshalb die *black letter rules*, d. h. das positive Völkerrecht und dessen systematisierende Erfassung, regelmäßig in den Hintergrund treten.

2) Die deutsche Völkerrechtswissenschaftstradition

Die deutsche Juristenausbildung umfasst das meist fünfjährige Studium sowie das zweijährige Referendariat; sie vermittelt eine umfassende Kenntnis des (deutschen) positiven Rechts sowie der zur Bearbeitung konkreter Rechtsfragen notwendigen Techniken.¹²¹⁵ Dazu gehören der im Rahmen des Studiums zentrale Gutachten- sowie der in der Referendariatszeit zu praktizierende Urteilsstil.¹²¹⁶ Leitbild der Ausbildung ist der Volljurist, der aufgrund seiner Rechts- und Methodenkenntnisse grundsätzlich jeden juristischen Beruf ausüben kann. Dazu gehört auch das Richteramt, zu dem die juristische Ausbildung befähigt, § 5 DRiG. Folglich stehen die Anwendung und Auslegung des positiven Rechts im Zentrum der Ausbildung, die auch deutsche Rechtswissenschaftler durchlaufen. Da (Nachwuchs-)Wissenschaftler selbst in der Juristenausbildung tätig sind, bleibt ihnen die Befassung mit dem geltenden Recht allein schon aufgrund ihrer Lehrtätigkeit erhalten.¹²¹⁷ Vor diesem Hintergrund wird der Befassung mit dem positiven Recht in der deutschen Rechtswissenschaft großer Wert beigemessen.

Die Analyse des geltenden Rechts steht auch im Mittelpunkt der völkerrechtswissenschaftlichen Arbeit.¹²¹⁸ Ein Indiz dafür, dass die rechtspositivis-

1213 Koh, RdC 410 (2020), 9–93, 47.

1214 Koh, RdC 410 (2020), 9–93, 36 ff.

1215 Siehe nur Jestaedt, Deutsche Rechtswissenschaft im Kontext von Europäisierung und Internationalisierung, JZ 67:1 (2012), 1–10, 2 f.; mit vergleichendem Blick in die USA Schön, Tax Law Scholarship in Germany and the United States, in: Rosenbloom (Hrsg.), ITP@20, 1996–2016, 2016, 349–375, 355 ff.; Kuntz, AcP 219:2 (2019), 254–299, 278 f.; Kahl, 2020, 159 f.

1216 Kischel, 2015, § 6 Rn. 128 ff.

1217 Vgl. insoweit auch zu den juristischen Qualifikationsschriften oben Fn. 186.

1218 Vgl. nur Krisch, in: Roberts/Stephan u.a. (Hrsg.), 2018, 91–109, 96. Zu den jüngeren ökonomischen und postkolonialen Ansätzen in der deutschen Völkerrechtswissenschaft oben Fn. 115, 116.

tische Arbeitsweise international häufig mit der deutschen Völkerrechtswissenschaft assoziiert wird, liefert das AJIL-Symposium über völkerrechtliche Methoden aus dem Jahr 1999.¹²¹⁹ Die Perspektive des Rechtspositivismus stellten zwei deutsch(sprachig)e Völkerrechtler vor: Nach *Simma/Paulus* fasst der Rechtspositivismus das (Völker-)Recht als einheitliches System zusammenhängender Regeln auf, bei dessen Analyse strikt auf das geltende Recht abzustellen und außerrechtlichen Argumenten ohne Basis im positiven Recht keine Bedeutung zuzumessen sei.¹²²⁰

Von der Beantwortung konkreter Rechtsfragen zu unterscheiden, aber (in aller Regel) ebenfalls mit dem positiven Recht befasst ist die Rechtsdogmatik. Diese kann umschrieben werden als

„die Summe der aus der Rechtsordnung als geordnetes Ganzes unter Orientierung insbesondere an deren Prinzipien entwickelten Argumentationsfiguren (Sätze) mittlerer Abstraktionshöhe (Begriffe, allgemeine Lehren, Institute, Theorien, etc.), die als Zwischenschicht zwischen den Rechtsnormen und deren Anwendung unabhängig von diesen Geltung (im untechnischen Sinne von autoritätsbasierter Bedeutung/Relevanz) beanspruchen und primär die Rechtsanwendung anleiten.“¹²²¹

Die rechtsdogmatische, d. h. auf die Schaffung rechtsdogmatischen Wissens gerichtete Arbeitsweise gilt als Markenzeichen der deutschen Rechtswissenschaft.¹²²² Auch der deutschen Völkerrechtswissenschaft bescheinigen

1219 *Slaughter/Ratner*, Appraising the Methods of International Law: A Prospectus for Readers, AJIL 93:2 (1999), 291–302.

1220 *Simma/Paulus*, The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View, AJIL 93:2 (1999), 302–316, 304.

1221 *Kahl*, 2020, 66 ff. (Fußnoten ausgelassen).

1222 Siehe m. w. N. *Jestaedt*, JZ 69:1 (2014), 1–12, 4; *Jakab*, Warum verliert die deutsche Verfassungsrechtswissenschaft an internationalem Einfluss und was kann dagegen getan werden?, ZaöRV 82:3 (2022), 701–724, 703 („wichtigste[s] Zentrum des rechtsdogmatischen Denkens“). Ferner *Schönberger*, Der „German Approach“: Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, 2015, 38. Allerdings ist die Rechtsdogmatik auch Kritik ausgesetzt. Blickt man bspw. auf das öffentliche Recht, ist zum einen die Kritik am Fokus der Disziplin auf die Aufbereitung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts („Bundesverfassungsgerichtspositivismus“), andererseits gerade in der jüngeren Vergangenheit eine verstärkte Infragestellung der Dogmatik selbst auszumachen, siehe *Pleburch*, Das dogmatisierende Jahrzehnt: Verfassungsrechtswissenschaft und Verfassungsgerichtsbarkeit in den 1980er-Jahren, in: Löhnig (Hrsg.), Beginn der Gegenwart: Studien zur juristischen Zeitgeschichte der 1980er-Jahre, 2021, 283–333, 283 ff. Der Bericht des Wissenschaftsrats zur Zukunft der Rechtswissenschaft in Deutschland aus dem Jahr

sowohl Vertreter des Fachs als auch ausländische Beobachter eine besondere Dogmatikstärke und -fokussierung: Bspw. erkennt *Peters* in der dogmatischen Arbeitsweise „eine traditionelle deutsche Stärke“¹²²³, *Roberts* eine deutsche „excellence in doctrinalism“¹²²⁴ und *Krisch* eine ausgeprägte „orientation toward doctrine and system“ als charakteristisches Merkmal der deutschen Völkerrechtswissenschaft¹²²⁵.

Dabei ist zu beachten, dass Rechtsdogmatik und das angelsächsische Verständnis von *doctrine* bzw. *doctrinal legal analysis* im Kontext des nationalen Rechts unterschiedliche Bedeutungen haben können.¹²²⁶ Die Nutzung der Begriffe kann im Völkerrechtsdiskurs also zu Missverständnissen führen, wenn nicht klar ist, was mit *Völkerrechtsdogmatik* oder *doctrine*

2012 hat der Dogmatikdebatte weiteren Aufschub gegeben, siehe oben Kapitel 1) B) III). Insgesamt kann das Verhältnis der deutschen Rechtswissenschaft zur Dogmatik daher als „ambivalent“ beschrieben werden, siehe *Kirchhof/Magen/Schneider*, Was weiß Dogmatik?, 2012, v.

1223 *Peters*, ZaöRV 67:3 (2007), 721–776, 748. Siehe ferner *Nolte*, ZaöRV 67:3 (2007), 657–674, 674; *Oeter*, ZaöRV 67:3 (2007), 675–693, 683. Vgl. auch *Zimmermann*, ZaöRV 67:3 (2007), 799–824, 805.

1224 *Roberts*, 2017, 218.

1225 *Krisch*, in: *Roberts/Stephan* u.a. (Hrsg.), 2018, 91–109, 96.

1226 Die deutsche Rechtsdogmatik und vergleichbare Konzepte in anderen Jurisdiktionen haben einen gemeinsamen Kern, indem sie auf die Erfassung des positiven Rechts abzielen, siehe *Smits*, What is Legal Doctrine?, in: *van Gestel/Micklitz/Rubin* (Hrsg.), *Rethinking Legal Scholarship*, 2017, 207–228, 209 f. Dennoch bestehen Unterschiede: Insbesondere ist die Rechtsdogmatik durch den Fokus der Wissenschaft auf die Rechtsprechung der (obersten) Gerichte geprägt, die wiederum einen an der Wissenschaft orientierten Begründungsstil pflegen. Dieses Zusammenwirken hat eine bis ins Detail ausgearbeitete Feinsystematik hervorgebracht, „die sich als eine Art Zwischenschicht zwischen die Einzelfallkasuistik und die Grundregeln und Grundprinzipien schiebt“, vgl. *Stürner*, Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?, AcP 214:1 (2014), 7–54, 11. Diese Aspekte, das stark ausgeprägte Zusammenwirken von Wissenschaft und Praxis bei der (Fort-)Entwicklung der Dogmatik wie auch, als Folge dieses Zusammenwirkens, die z. T. weit verästelte Feinsystematik vieler Rechtsgebiete, kennzeichnen die deutsche Rechtsdogmatik und unterscheiden sie von anderen Konzepten. Dazu ausführlich *Schönberger*, 2015, 38 ff. Explizit zu den Unterschieden zwischen Rechtsdogmatik und der *doctrine* im *common law* *Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, in: *Kirchhof/Magen/Schneider* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, 17–37, 37; ferner aufschlussreich zu den Unterschieden zwischen der österreichischen und deutschen Dogmatik (des öffentlichen Rechts) *Jakab*, Die Dogmatik des österreichischen öffentlichen Rechts aus deutschem Blickwinkel – Ex contrario fiat lux, Der Staat 46:2 (2007), 268–291.

gemeint ist. Allerdings nennen *Roberts*, *Krisch* und andere Beobachter zu-
meist dieselben Beispiele und Gründe für die deutsche Dogmatikexpertise,
sodass die Begriffe in diesem Kontext dasselbe meinen, nämlich die syste-
matisierende Analyse und Erfassung des geltenden Völkerrechts.¹²²⁷

Im Zentrum der rechtsdogmatischen Analyse deutschen Verständnisses
steht der Systemgedanke.¹²²⁸ Im Systembegriff kommt einerseits die Ge-
samtheit der vom System erfassten Normen, andererseits das zwischen
den Normen bestehende Beziehungsgefüge zum Ausdruck.¹²²⁹ Letzteres,
zumeist als ordnendes Element aufgefasst, bringt insbesondere die „wer-
tungsmäßige, innere Einheit und Folgerichtigkeit der Rechtsnormen“ zum
Ausdruck.¹²³⁰ Systemdenken ist auch eine zentrale Eigenschaft deutscher
Völkerrechtsforschung.¹²³¹ Allerdings hängen die Möglichkeiten juristischer
Systembildung u. a. vom Ausgangsmaterial ab, das im Völkerrecht allein
schon aufgrund des fehlenden einheitlichen Rechtssetzers weniger systema-
tisch ist als in staatlichen Rechtsordnungen.¹²³² Vor diesem Hintergrund
gilt die deutsche Völkerrechtswissenschaft als bestrebt, die einzelnen Teil-
bereiche des Völkerrechts zu erschließen, zu systematisieren und zu einer
Gesamtordnung zusammenzuführen.¹²³³

Ausdruck dieser Herangehensweise sind bspw. die Kommentare zu
völkerrechtlichen Verträgen, die deutsche Völkerrechtler herausgeben:
Quantitative Daten belegen, dass fast die Hälfte aller Kommentare

1227 Die Kurzformel *Peters'*, die Aufgabe der Völkerrechtsdogmatik liege in der „Struk-
turerfassung des geltenden Völkerrechts“, bringt dieses Dogmatikverständnis auf
den Punkt, siehe *Peters*, ZaöRV 67:3 (2007), 721–776, 747; ebenso *Peters*, Rollen
von Rechtsdenkern und Praktikern – aus völkerrechtlicher Sicht, in: BDGVR 45
(2011), 2012, 105–173, 147.

1228 Vgl. nur *Jestaedt*, JZ 69:1 (2014), 1–12, 7; *Flohr*, 2017, 27; *Sahm*, 2019, 17; *Kahl*,
2020, 71 ff.; *Plebuch*, in: Löhnig (Hrsg.), 2021, 283–333, 295. Zur fehlenden Rele-
vanz des Systemdenkens im US-amerikanischen Rechtsdenken *Lepsius*, in: Schul-
ze-Fielitz (Hrsg.), 2007, 319–366, 326 f.

1229 *Hilbert*, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft,
2015, 15; *Sahm*, 2019, 18. Der in der deutschen Rechtswissenschaft gängige System-
begriff geht zurück auf *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurispru-
denz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Auflage 1983, 11 ff.

1230 *Sahm*, 2019, 18.

1231 Vgl. nur *Koskeniemi*, Redescriptions 15:1 (2011), 45–70, 63; *Dupuy*, Taking Inter-
national Law Seriously: The German Approach to International Law, GYIL 50
(2007), 375–392, 382; *Krisch*, in: *Roberts/Stephan* u.a. (Hrsg.), 2018, 91–109, 96 ff.

1232 So zum nationalen Recht *Sahm*, 2019, 18. Zum Völkerrecht *Peters*, ZaöRV 67:3
(2007), 721–776, 749.

1233 Siehe nur *Zimmermann*, ZaöRV 67:3 (2007), 799–824, 805; *Koskeniemi*, Rede-
scriptions 15:1 (2011), 45–70, 63.

zu völkerrechtlichen Verträgen auf Deutsch verfasst sind.¹²³⁴ Zudem werden einige der prominentesten völkerrechtlichen Kommentare von deutsch(sprachig)en Völkerrechtlern herausgegebenen, etwa der Kommentar zur VN-Charta von *Simma/Khan/Nolte/Paulus*.¹²³⁵

Kommentierungen völkerrechtlicher Verträge verfolgen insoweit einen systematischen Ansatz, als die analysierten Normen vor dem Hintergrund des gesamten Vertrages kommentiert, mitunter auch zu anderen Teilen der Völkerrechtsordnung in Bezug gesetzt werden.¹²³⁶ Eine solche systematisierende Herstellung von Bezügen zwischen unterschiedlichen Aspekten der Völkerrechtsordnung verfolgt auch die von *Peters* herausgegebene *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. In der Tradition deutscher Völkerrechtswörterbücher sucht die Enzyklopädie in heute über 1700 Beiträgen das Völkerrecht in seiner Gesamtheit zu erschließen.¹²³⁷

Den systematisierenden Arbeiten deutscher Völkerrechtswissenschaftler kann ein „internationalist spirit“¹²³⁸ entnommen werden. Darin kommt zum Ausdruck, dass die systematisierende Aufbereitung des Rechts auch eine gerechtigkeitsfördernde Komponente hat: Systemkohärenz herzustellen

1234 So *Djeffal*, Kommentarpraxis und Kommentarkultur im Völkerrecht: Einheit, Vielfalt, Besonderheit, in: Kästle-Lamparter/Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Juristische Kommentare: Ein internationaler Vergleich, 2020, 417–439, 423 ff., der die Bibliothekskataloge des Haager Friedenspalastes und des Heidelberger MPI nach deutsch-, englisch- und französischsprachigen Kommentaren durchsucht hat. Die Eingrenzung auf diese drei Sprachen sowie die Analyse der Bibliothek eines in Deutschland ansässigen Instituts mag die Ergebnisse etwas verzerren; die Ergebnisse des Autors stimmen allerdings mit der überwiegenden Einschätzung in der Literatur überein, dass die deutsche Völkerrechtswissenschaft als zentrale Produktionsstätte völkerrechtlicher Kommentare gelten darf, siehe nur *Roberts*, 2017, 221; *Koskenniemi*, Redescriptions 15:1 (2011), 45–70, 63; siehe auch *Krisch*, in: *Roberts/Stephan* u.a. (Hrsg.), 2018, 91–109, 97.

1235 *Simma/Khan/Nolte/Paulus* (Hrsg.), The Charter of the United Nations: A Commentary (in zwei Bänden), 3. Auflage 2012. Weitere Beispiele sind der Kommentar zum IGH-Statut von *Zimmermann/Tams/Oellers-Frahm/Tomuschat* (Hrsg.), The Statute of the International Court of Justice: A Commentary, 3. Auflage 2019, sowie der WVK-Kommentar von *Dörr/Schmalenbach* (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Auflage 2018. Vgl. auch zur deutschen Kommentartradition *Peters*, ZaöRV 67:3 (2007), 721–776, 771. Zur steigenden Akzeptanz des völkerrechtlichen Kommentars deutschen Verständnisses *Kischel*, 2015, § 11 Rn. 5.

1236 Vgl. am Bsp. aktueller WVK-Kommentare *Djeffal*, Commentaries on the Law of Treaties: A Review Essay Reflecting on the Genre of Commentaries, EJIL 24:4 (2013), 1223–1238, 1226, 1234.

1237 Siehe <https://opil.ouplaw.com/page/788> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

1238 *Krisch*, in: *Roberts/Stephan* u.a. (Hrsg.), 2018, 91–109, 97.

len trägt nach deutschem Verständnis zur Verwirklichung der Grundsätze der Rechtssicherheit und Gleichheit bei.¹²³⁹ Ein Beispiel ist der Konstitutionalisierungsansatz, der maßgeblich von deutschen Völkerrechtswissenschaftlern entwickelt wurde und viele Anhänger im deutschsprachigen Raum hat.¹²⁴⁰ Anhänger des *global constitutionalism* betonen, das Völkerrecht habe verfassungsartige Elemente entwickelt, die der staatlichen Machtausübung Grenzen setzen und die Reichweite des innerstaatlichen *domaine réservé* begrenzen.¹²⁴¹ Die Konstitutionalisierungsthese vereint Systemdenken und die Hoffnung, durch System- und Begriffsbildung zur Durchsetzung völkerrechtlicher Werte, wie sie in den Normen des zwingenden Völkerrechts zum Ausdruck kommen, beizutragen.¹²⁴² Gleichzeitig fußt der Konstitutionalisierungsansatz auf der Analyse des geltenden Völkerrechts, kann also grundsätzlich der positivistischen Betrachtungsweise des Völkerrechts zugeordnet werden.¹²⁴³

Der Konstitutionalisierungsansatz zeigt eine weitere Eigenschaft deutscher Völkerrechtswissenschaft: das Denken in öffentlich-rechtlichen Kategorien. Bestrebungen deutscher Völkerrechtswissenschaftler, das Völkerrecht mit öffentlich-rechtlichen Kategorien zu erfassen, lassen sich bis in das 19. Jahrhundert zurückverfolgen.¹²⁴⁴ Diese Tendenz wird zumeist auf die „Dreiteilung der juristischen Welt“ in Deutschland zurückgeführt, die oben bereits beschrieben wurde.¹²⁴⁵

1239 von Bogdandy, The Past and Promise of Doctrinal Constructivism: A Strategy for Responding to the Challenges Facing Constitutional Scholarship in Europe, I-Con 7:3 (2009), 364–400, 379.

1240 Bianchi, International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking, 2016, 45.

1241 Peters, Constitutionalization, in: d’Aspremont/Singh (Hrsg.), Concepts for International Law, 2019, 141–153, 141.

1242 Koskeniemi, Redescriptions 15:1 (2011), 45–70, 63 f.; Krisch, in: Roberts/Stephan u.a. (Hrsg.), 2018, 91–109, 98.

1243 Kleinlein, Non-State Actors from an International Constitutionalist Perspective, in: d’Aspremont (Hrsg.), Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law, 2011, 41–53, 43.

1244 von Bernstorff/Roeben, International Law as Public Law: On Recent and Historical German Approaches to International Law, AJIL 103:3 (2009), 609–619, 619.

1245 Siehe oben Kapitel 6) A) V) 3).

3) Abgleich der Vergleichsergebnisse mit den
völkerrechtswissenschaftlichen Traditionen der beiden
Untersuchungsländer

Der erste Unterschied zwischen den Literaturkorpora beider Länder betrifft die nahezu gegensätzliche Haltung bzgl. des Konzepts der Völkerrechtssubjektivität an sich: Die Kritik von *Higgins*, mit der einige US-amerikanische Korpusautoren, insbesondere *Alvarez*, gegen das (staatszentrierte) Konzept der Völkerrechtssubjektivität argumentieren, ist Ausdruck der *actor*-Konzeption von Völkerrechtssubjektivität. Die *actor*-Herangehensweise ist wiederum durch die Annahmen der *New Haven School* geprägt, der wichtigsten US-amerikanischen Völkerrechtsschule.¹²⁴⁶ Folglich stießen die Thesen *Higgins'*, selbst eine der führenden Stimmen der *New Haven School*, in den USA auf offene Ohren. Insbesondere entspricht die von *Higgins* geäußerte Kritik der Subjekt-Objekt-Dichotomie dem Anliegen US-amerikanischer Völkerrechtswissenschaftler, (vermeintliche) Schwächen der Dogmatik aufzudecken und zu kritisieren. Schließlich stehen dogmatische Konstruktionen immer unter dem Verdacht, die Eigenlogiken des Rechts zu überhöhen und den Blick auf die Realitäten des Rechts zu verstellen.

Kritik an aus ihrer Sicht wenig sinnvollen Konstruktionen oder Argumenten formulieren US-amerikanische Völkerrechtler mitunter mit deutlichen Worten: Bspw. meint *Alvarez*, nur ein „formalist blind to reality“ könne verneinen, dass Unternehmen Völkerrechtspersönlichkeit haben.¹²⁴⁷ Dieser Ausspruch *Alvarez'* ist Ausdruck des vielfach in der US-Korpusliteratur feststellbaren Impulses, die eigene Position von der Argumentation (imaginerter) „traditional international legal scholars“¹²⁴⁸, „traditionalists“¹²⁴⁹ oder „purists“¹²⁵⁰ abzugrenzen.¹²⁵¹

Naturgemäß ist die US-amerikanische Völkerrechtswissenschaft auch bzgl. des Konzepts der Völkerrechtssubjektivität kein Einheitsblock: Einzelne Verweise auf das Konzept, ohne es zu kritisieren, sind in der Korpusliteratur ebenso zu finden wie der gelegentliche Gebrauch desselben,

1246 Siehe oben Kapitel 3) A) II).

1247 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 6.

1248 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 449.

1249 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 71 (Zitat oben Fn. 1022).

1250 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 512.

1251 Vgl. ähnlich den Verweis auf die Irrelevanz von „doctrinal disagreements“ (oben vor Fn. 588) oder die mit beinahe derber Sprache formulierte Kritik *Pausts* (oben vor Fn. 686).

insbesondere in der Lehrbuchliteratur; insgesamt überwiegt jedoch die skizzierte kritische Grundhaltung.

Ein gänzlich anderes Bild findet sich in der deutschen Korpusliteratur: Viele deutsche Beiträge arbeiten *mit* dem Konzept der Völkerrechtssubjektivität, um die völkerrechtliche Rechtsstellung privater Unternehmen zu beschreiben. Dieser Befund entspricht dem Fokus der deutschen Völkerrechtswissenschaft auf das positive Recht: Versteht man Völkerrechtssubjekte als Träger völkerrechtlicher Rechte und/oder Pflichten, mithin im formalen Sinne gemäß der Klassifizierung *Portmanns*, bedeutet die Arbeit mit dem Konzept der Völkerrechtssubjektivität, sich mit dem geltenden Völkerrecht zu befassen. Die Erschließung des Bestandes völkerrechtlicher Rechte und Pflichten einer Einheit wird folglich als wichtige Aufgabe betrachtet.¹²⁵² Zudem befassen sich, wie gezeigt, alle analysierten deutschen Völkerrechtslehrbücher mit dem Konzept der Völkerrechtssubjektivität. Dass auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung auf das Konzept der Völkerrechtssubjektivität zurückgreift,¹²⁵³ verdeutlicht die große Akzeptanz, die dem Konzept in der deutschen Völkerrechtswissenschaft zukommt.

Vor diesem Hintergrund lässt sich auch der zweite Unterschied zwischen der US-amerikanischen und deutschen Korpusliteratur betreffend das Konzept der Völkerrechtssubjektivität erklären: Der Unterteilung der völkerrechtlichen Akteure in originäre/derivative oder umfassende/partielle Völkerrechtssubjekte wird aus US-amerikanischer Sicht schlicht weniger Wert zugemessen, wenn sie nicht sogar als problematische, da realitätsverzerrende Konstruktion wahrgenommen wird.¹²⁵⁴

Aus deutscher Sicht ist die Unterteilung der am völkerrechtlichen Verkehr beteiligten Einheiten in originäre/derivative Völkerrechtssubjekte etc. dagegen eine typische Kategoriebildung: Jedenfalls zu Lehrzwecken erleichtert die Unterscheidung den ersten Zugriff auf die verschiedenen in-

1252 Vgl. nur *Peters*, ZaöRV 67:3 (2007), 721–776, 748.

1253 Vgl. bspw. BVerfG, *Kunduz*, Beschluss vom 18.11.2020 (2 BvR 477/17), JZ 76:3 (2021) 142, Rn. 18 (partielle Völkerrechtssubjektivität des Menschen).

1254 Zur US-amerikanischen Skepsis gegenüber dogmatischen Kategorisierungen *Reimann*, *RabelsZ* 78:1 (2014), 1–36, 12. Vgl. auch (den in der US-amerikanischen Korpusliteratur vertretenen) *Ratner*, in: *Peters/Wolfrum* (Hrsg.), *MPEPIL*, 2007, Rn. 19: „[M]any American international law scholars – including this author – (...) criticize the dominant European approach for overemphasis on doctrine for its own sake (...)“.

ternationalen Akteure, denen anhand ihrer Qualifizierung schnell erste Eigenschaften zugeschrieben werden können.¹²⁵⁵

Die Unterteilung erinnert zudem an Denkmuster aus dem deutschen Recht, namentlich die insbesondere aus dem Privatrecht bekannten „Begriffshierarchien [und] -netze“¹²⁵⁶. Als Beispiel lässt sich die feingliedrige Unterteilung der unterschiedlichen Arten des Rechtsgeschäfts nennen: Die Zivilrechtsdogmatik unterscheidet zwischen einseitigen Rechtsgeschäften wie der Willenserklärung und mehrseitigen Rechtsgeschäften wie dem Vertrag.¹²⁵⁷ Weiter kann auf Seiten der einseitigen zwischen empfangsbedürftigen (z. B. die Anfechtung) und nicht-empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften (z. B. das Testament) sowie, mit Blick auf die mehrseitigen Rechtsgeschäfte, zwischen Verpflichtungsgeschäften (z. B. Verträgen) und Verfügungsgeschäften (z. B. die Übereignung) unterschieden werden usw. In vergleichbarer Weise kann der „Kreis der Völkerrechtssubjekte“¹²⁵⁸ zunächst in umfassende¹²⁵⁹ und partielle unterteilt werden. Auf Seiten der partiellen Völkerrechtssubjekte lässt sich weiter unterscheiden zwischen Einheiten, die wie das Individuum sowohl Träger von Rechten als auch von Pflichten sind (Menschenrechte und Völkerstrafrecht). Ist eine Einheit dagegen völkerrechtlich ausschließlich berechtigt, wie es bei privaten Unternehmen nach herrschendem deutschem Verständnis der Fall ist, lässt sich ihre völkerrechtliche Rechtsstellung als eine asymmetrisch partielle Völkerrechtssubjektivität¹²⁶⁰ beschreiben.

Der dritte Unterschied betrifft die Herangehensweise der beiden Korpusbeiträge *Butlers*, die sich mit konkreten Beispielen dafür befassen, wie private Unternehmen als globale Akteure auf internationaler Ebene wirken: U. a. analysiert einer der beiden Beiträge die freiwillige Berücksichtigung völkerrechtlicher Standards durch private Unternehmen, ohne sich auf das positive (Völker-)Recht zu konzentrieren – das freilich im Zentrum aller deutschen Korpusbeiträge steht. Auch dieser Unterschied lässt sich mit

1255 Vgl. aus der jüngeren Lehrbuchliteratur nur *Krajewski*, 5. Auflage 2021, Rn. 40.

1256 *Kischel*, 2015, § 6 Rn. 63.

1257 Vgl. bspw. *Schiemann*, Das Rechtsgeschäft, in: Herresthal/Magnus/Stoffels (Hrsg.), *Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts*, 8. Auflage 2023, Rn. 2, 15.

1258 So die in Deutschland gängige Formulierung, siehe oben Fn. 805.

1259 Gerade die Qualifizierung der Völkerrechtssubjektivität des Staates als „umfassend“ ist allerdings unpräzise, da Staaten in vielen Bereichen des Völkerrechts nicht umfassend berechtigt oder verpflichtet sind: Bspw. sind Staaten nicht Inhaber von Menschenrechten, siehe nur *Peters*, 2016, 42 f.

1260 Vgl. oben Fn. 774.

den völkerrechtswissenschaftlichen Traditionen der beiden Untersuchungsländer erklären: Die prozessorientierte Herangehensweise der *New Haven School* verlangt, die an den Prozessen der Aushandlung und Weiterentwicklung des Völkerrechts beteiligten Akteure zu analysieren.¹²⁶¹ Welche Motive verfolgt ein Akteur, und mit welchen Mitteln vermag er sie durchzusetzen? Antworten auf ebendiese Fragen suchen die Beiträge *Butlers* zu geben, während derartige Perspektiven in der deutschen Korpusliteratur nicht auftauchen.¹²⁶²

Die wesentliche Gemeinsamkeit zwischen den beiden Literaturkorpora, die US-amerikanische faktische und die deutsche ausdrückliche Arbeit mit der formalen (kelsenianischen) Konzeption von Völkerrechtssubjektivität, ermöglicht eine letzte Überlegung. Die formale Konzeption von Völkerrechtssubjektivität wäre vor vielen der US-amerikanischen Kritikpunkten gefeit: Insbesondere ermöglicht dieses Verständnis von Völkerrechtssubjektivität die Anerkennung nichtstaatlicher Einheiten als Völkerrechtssubjekte, da die Völkerrechtsordnung spätestens seit dem Zweiten Weltkrieg immer häufiger auch anderen Einheiten als Staaten oder Internationalen Organisationen völkerrechtliche Rechte und Pflichten zuspricht. Korrekt angewendet, bildet die formale Herangehensweise diese Entwicklung zutreffend ab. Dennoch greift die US-amerikanische Korpusliteratur kaum auf das Konzept der Völkerrechtssubjektivität zurück: Zu sehr ist das Konzept in Einklang mit der Kritik *Higgins'* mit einem staatszentrierten Völkerrechtsdenken verknüpft, das völkerrechtliche Rechtspositionen nichtstaatlicher Entitäten verhindert. Die Überzeugung von der Unbrauchbarkeit des Konzepts der Völkerrechtssubjektivität rührt also daher, dass es in den USA häufig auf seine staatszentrierte Konzeption reduziert wird, die überwiegend als nicht geeignet betrachtet wird, das Völkerrecht der Gegenwart adäquat zu erfassen.

Eine solche Herangehensweise verortet *Alvarez'* Beitrag aus dem Jahr 2011 ausdrücklich in Europa.¹²⁶³ Inwieweit der Autor diese Einschätzung heute noch treffen würde, ist nicht bekannt. Die Analyse der deutschen Korpusliteratur verdeutlicht jedoch: Jedenfalls in der BHR-Debatte hier-

1261 Siehe oben Kapitel 3) A) II).

1262 Vgl. auch *Kjeldgaard-Pedersen*, 2018, 39, nach der die *actor*-Konzeption unter positivistischen Völkerrechtlern sowie in der Praxis kaum Anklang gefunden hat.

1263 *Alvarez*, Santa Clara Journal of International Law 9:1 (2011), 1–36, 9: „[A]t least among European scholars, Higgins remains an outlier. Most of these continue to affirm (...) that the only real subjects or persons in international law are states and their creations (...). On this side of the Atlantic, we most often hear the reverse.“

zulande arbeiten viele Autoren mit der formalen Herangehensweise.¹²⁶⁴ Das folglich mindestens ungenaue Bild der europäischen Völkerrechtswissenschaft, das *Alvarez* zeichnet, ist kein Einzelfall: Regelmäßig kritisieren europäische Völkerrechtler ihre US-amerikanischen Kollegen für deren unpräzise Darstellung der europäischen Völkerrechtswissenschaft: Bspw. hat *Jouannet* in Frage gestellt, ob die US-amerikanische Völkerrechtswissenschaft die Entwicklung des Positivismusverständnisses in Frankreich zutreffend erfasst.¹²⁶⁵ Dass innerhalb der westlichen Welt verzerrte Bilder von der jeweils anderen Seite des Atlantiks gezeichnet werden, geschieht allerdings nicht nur in den USA, und erst recht nicht nur in der (Völker-)Rechtswissenschaft.

III) Die Vergleichsergebnisse im Lichte des nationalen (Personen-)Rechts

Dem Recht der Personen ist der erste Abschnitt des ersten Buchs des BGB gewidmet. Nach § 1 BGB beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen ab Vollendung der Geburt.¹²⁶⁶ Diese Entscheidung ist unter dem Grundgesetz durch die Menschenwürdegarantie des Art. 1 abgesichert.¹²⁶⁷ Daneben weist die deutsche Rechtsordnung bestimmten Personenzusammenschlüssen und Vermögensmassen Rechtsfähigkeit zu.¹²⁶⁸ Rechtsfähigkeit bezeichnet dabei die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.¹²⁶⁹

1264 Dies gilt auch für Beiträge, die vor *Alvarez'* Beitrag erschienen sind, etwa die mit der formalen Konzeption arbeitenden Beiträge von *Schmalenbach*, AdV 39:1 (2001), 57–81; *Fastenrath*, in: von Schorlemer (Hrsg.), 2006, 69–94.

1265 *Jouannet*, *Maine Law Review* 58:2 (2006), 292–337, 307. Vgl. mit ähnlichem *Impeatus Verdirame*, *EJIL* 18:3 (2007), 553–580, 565.

1266 Ähnlich das Schweizer Privatrecht, siehe § 11 Abs. 1 ZGB: „Rechtsfähig ist jeder-mann.“

1267 *Enders*, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997, 502 ff.; *Klingbeil*, *Der Begriff der Rechtsperson*, AcP 217:6 (2017), 848–885, 853; *Kannowski*, *Vorbemerkung § 1 BGB*, in: Roth (Hrsg.), *Staudinger*, §§ 1–14 BGB; *VerschG*, 2018 (Neubearbeitung), Rn. 2. Ausführlich zu den Rechtsgebieten, die für das deutsche Personenrecht (neben dem BGB und dem GG) relevant sind *Thieme*, *Das Deutsche Personenrecht*, 2003, 52 ff.

1268 *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Auflage 2008, 467 ff. Siehe bspw. § 1 Abs. 1 S. 1 AktG: „Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit.“

1269 Siehe nur *Spickhoff*, § 1, in: *MüKo BGB*, 9. Auflage 2021, Rn. 6 m. w. N. Das Konzept der Rechtspersönlichkeit, das auf die Rechtsfähigkeit der von der Rechtsordnung als Rechtsperson anerkannten Entität abstellt, wurde maßgeblich von

So wie das Personenrecht im BGB im Allgemeinen Teil vor die Klammer gezogen ist, behandeln viele (Privatrechts-)Lehrbücher das Personenrecht als eigenständige Thematik.¹²⁷⁰ Häufig werden die von der Rechtsordnung als rechtsfähig anerkannten Personen in Kategorien eingeteilt: Zunächst ist zwischen natürlichen Personen, also den Menschen, sowie den von der Rechtsordnung geschaffenen juristischen Personen zu unterscheiden. Der Kreis der juristischen Personen setzt sich zusammen aus den privat- und den öffentlich-rechtlichen Personen, deren Bestand weiter aufteilbar ist: auf Seiten der privatrechtlichen in Personenvereinigungen und Stiftungen, während die öffentlich-rechtlichen Personen Stiftungen (d. ö. R.), Körperschaften und Anstalten umfassen.¹²⁷¹

Im US-amerikanischen Recht ergibt sich ein nahezu gegensätzlicher Befund: Zwar haben US-amerikanische Gerichte das Konzept der Rechtsfähigkeit immer wieder im Rahmen von strittigen Fällen diskutiert.¹²⁷² Allerdings ist die Erarbeitung „allgemeiner Teile“ dem US-amerikanischen Recht und Rechtsdenken grundsätzlich fremd.¹²⁷³ Folglich kennt das amerikanische Recht, wie *Reimann* beschreibt, „auch kein eigenes Gebiet des Personenrechts. Es gibt kein *Restatement* oder Lehrbuch über *persons*, über Rechts- oder Geschäftsfähigkeit. Diese Fragen werden eben nicht allgemein und gemeinsam vorab, sondern im jeweiligen Zusammenhang behandelt, etwa im Vertragsrecht. Diese Behandlung ist deshalb auch nicht ganz einheitlich.“¹²⁷⁴

deutschen Rechtswissenschaftlern im 18. und 19. Jahrhundert entwickelt, siehe *Heldrich/Steiner*, Legal Personality, in: Chloros/Rheinsteine/Glendon (Hrsg.), International Encyclopedia of Comparative Law, Band 4: Persons and Family, 1995, Rn. 1; *Kurki*, A Theory of Legal Personhood, 2019, 6, 35 ff.

1270 Siehe nur *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 47. Auflage 2023, §§ 33 f.; *Leipold*, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 11. Auflage 2022, §§ 30 ff. Aus der rechtstheoretischen Literatur *Röhl/Röhl*, 3. Auflage 2008, §§ 57 f. Ferner monographisch *Thieme*, 2003.

1271 Zu den öffentlich-rechtlichen juristischen Personen *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2023, Rn. 180 ff.

1272 *Student Note (anonym)*, What We Talk about When We Talk about Persons: The Language of a Legal Fiction, Harvard Law Review 114:6 (2001), 1745–1768, 1746.

1273 So bspw. zum Verfassungsrecht *Brugger*, 2. Auflage 2001, 92 f.

1274 *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Auflage 2004, 13 (Fußnoten ausgelassen; Hervorhebung im Original). Vgl. ferner *Heldrich/Steiner*, in: Chloros/Rheinsteine/Glendon (Hrsg.), 1995, Rn. 1; *Student Note (anonym)*, Harvard Law Review 114:6 (2001), 1745–1768, 1747. Vgl. auch *Brugger*, 2. Auflage 2001, 92 f., der erklärt, warum das US-amerikanische Verfassungsrecht allgemeine

Dieser Befund ist auch durch die Zugehörigkeit der USA zum *common law*-Rechtskreis zu erklären, der trotz allen Annäherungen von *common* und *civil law* weiterhin mehr durch ein Einzelfalldenken als die systematische Aufbereitung des Rechtsstoffs geprägt ist.¹²⁷⁵

Die Rechtsstellung privater Unternehmen in den Rechtsordnungen beider Länder weist dagegen Gemeinsamkeiten auf: Genauso wie das deutsche Recht Unternehmen, soweit sie etwa als AG oder GmbH organisiert sind, Rechtspersönlichkeit zuspricht, setzt das Gesellschaftsrecht vieler US-amerikanischer Einzelstaaten die rechtliche Selbstständigkeit von Kapitalgesellschaften voraus.¹²⁷⁶ Ebenfalls sind private Unternehmen in den USA wie in Deutschland Grundrechtsträger.¹²⁷⁷ Der an dieser Stelle zentrale Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen liegt darin, dass das deutsche, von der Rechtswissenschaft systematisch aufbereitete Personenrecht inkl. seines einheitlichen Verständnisses von Rechtsfähigkeit kein Pendant in der US-amerikanischen Rechtsordnung hat.

Stellt man die Existenz eines allgemeinen Personenrechts in Deutschland sowie die gegenteilige Lage in den USA den Vergleichsergebnissen bzgl. des Konzepts der Völkerrechtssubjektivität gegenüber, zeigen sich Paralle-

Grundrechtslehren nur in weitaus geringerem Maß als das deutsche Verfassungsrecht entwickelt hat.

1275 Vgl. ausdrücklich hinsichtlich des Fehlens eines allgemeinen Personenrechts *Heldrich/Steiner*, in: Chloros/Rheinstein/Glendon (Hrsg.), 1995, Rn. 1.

1276 *Kingreen/Möslein*, Die Identität der juristischen Person: Die Hobby Lobby-Entscheidung des U.S. Supreme Court zur Glaubensfreiheit gewinnorientierter Kapitalgesellschaften, JZ 71:2 (2016), 57–66, 59.

1277 Inländische juristische Personen können sich nach Art. 19 Abs. 3 GG auf die Grundrechte berufen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Die wesensmäßige Anwendbarkeit bejaht das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf zahlreiche Grundrechtsgarantien, etwa die Kommunikationsgrundrechte (Art. 5 Abs. 1 GG), während sich Unternehmen nicht auf Grundrechte berufen, die wie das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 1 GG) nur dem Menschen zustehen können, vgl. statt Vieler *Remmert*, Art. 19 Abs. 3, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, 101. EL 2022, Rn. 101 ff. Die US-Bundesverfassung enthält, wie die meisten westlichen Verfassungen, keine Art. 19 Abs. 3 GG vergleichbare Bestimmung, siehe *Kaufhold*, Art. 19 Abs. 3, in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier-Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 4. Auflage 2023, Rn. 24. In den USA können sich juristische Personen indes ebenfalls auf einige der in der US-Bundesverfassung niedergelegten Rechte berufen, siehe *Kingreen/Möslein*, JZ 71:2 (2016), 57–66, 60; *Brugger*, 2. Auflage 2001, 95. Gerade in der jüngeren Vergangenheit hat der Supreme Court den grundrechtlichen Schutz von Unternehmen in den oben in Fn. 677 erwähnten Fällen *Citizens United* und *Hobby Lobby* kontrovers ausgeweitet. Für einen Vergleich der US-amerikanischen und deutschen Rechtslage siehe *Kingreen/Möslein*, JZ 71:2 (2016), 57–66, 60 ff.

len: Genauso wie das deutsche Privatrecht ein allgemeines Personenrecht kennt und die Wissenschaft die unterschiedlichen Rechtspersonen in Kategorien einteilt, nutzt die deutsche Völkerrechtswissenschaft das Konzept der Völkerrechtssubjektivität im Rahmen ihrer Auseinandersetzung mit der Rechtsstellung privater Unternehmen. In den USA korrespondiert das fehlende Personenrecht mit dem geringen Interesse der US-Korpusliteratur, das Konzept der Völkerrechtssubjektivität zu nutzen oder die Rechtsstellung privater Unternehmen mittels Kategorien genauer zu qualifizieren. Damit zeigt sich neben den unterschiedlichen Völkerrechtstraditionen der beiden Länder das nationale (Personen-)Recht als einer der Faktoren, die die Vergleichsergebnisse zum Konzept der Völkerrechtssubjektivität erklären können.

C) Die Völkerrechtsbindung privater Unternehmen

Die Frage nach der Bindung privater Unternehmen an das Völkerrecht ist eines der zentralen Themen des völkerrechtlichen BHR-Diskurses. Die Zentralität der Thematik zeigt sich auch in der Korpusliteratur: Sowohl in der US-amerikanischen als auch der deutschen Literatur setzen sich etwa ein Dutzend Beiträge ausführlich(er) mit der Bindungsfrage auseinander.¹²⁷⁸ Der Vergleich der einschlägigen Literatur(passagen) beider Literaturkorpora ergibt sowohl Differenzen als auch Gemeinsamkeiten, die mit z. T. unterschiedlichen Begebenheiten erklärbar sind und daher einzeln in den Blick genommen werden: Zunächst lässt sich in der US-Literatur ein Fokus auf Normen des Völkergewohnheitsrechts ausmachen, deren Bindungswirkung gegenüber privaten Unternehmen regelmäßig bejaht wird, während in der deutschen Literatur die Menschenrechtsverträge stärker im Vordergrund stehen, die nach vorherrschendem Verständnis Unternehmen keine Pflichten auferlegen (I). Zweitens unterscheiden zahlreiche deutsche Korpusbeiträge ausdrücklich zwischen *lex lata* und *lex ferenda*, während der ausdrückliche Hinweis auf die Unterscheidung zwischen beiden Sphären in der US-amerikanischen Korpusliteratur weniger gängig ist (II). Drittens nutzen sowohl einige US-amerikanische als auch deutsche Beiträge ein Konzept des nationalen Verfassungsrechts, um die Frage nach der Bindungswirkung völkerrechtlicher Normen gegenüber Privaten zu beschrei-

1278 Zur US-amerikanischen Literatur oben Kapitel 4) B), zur deutschen Literatur oben Kapitel 5) B).

ben: Dabei handelt es sich um die US-amerikanische *state action doctrine* und die Drittwirkung der Grundrechte (III). Ein Zwischenergebnis fasst die wesentlichen Erkenntnisse des Abschnitts zusammen (IV).

I) Die in der Korpusliteratur untersuchten Normen

1) Völkergewohnheitsrechtliche und -vertragliche Menschenrechtsgarantien: Unterschiedliche Schwerpunkte in der Korpusliteratur

Die deutschen Korpusbeiträge konzentrieren sich bei der Analyse der Völkerrechtsbindung auf die Menschenrechtsverträge. Eine Bindung privater Unternehmen verneinen die bei weitem meisten Autoren.¹²⁷⁹ Insbesondere ist die Frage nach der Menschenrechtsbindung keine kontroverse Thematik, da Unternehmen weder Parteien der Menschenrechtsverträge sind noch ausdrücklich von diesen in die Pflicht genommen werden.¹²⁸⁰

Ein anderes Bild offenbart die US-Literatur: Zwar kommen die Beiträge, die sich losgelöst vom ATS mit der Bindung privater Unternehmen an das Völkerrecht befassen, im Wesentlichen zu ähnlichen Ergebnissen wie die deutsche Korpusliteratur. Allerdings stehen diesen Abhandlungen die im ATS-Kontext zu verortenden Beiträge entgegen, die Unternehmen an zahlreiche Völkerrechtsnormen gebunden sehen: Dazu zählen zunächst die von *Paust* und *Stephens*, die eine Bindung von Unternehmen an die Menschenrechtsverträge aufgrund der offenen Formulierung der Vertragstexte annehmen.¹²⁸¹ Außerdem sieht der ATS-bezogene Teil der Korpusliteratur Unternehmen an Normen des zwingenden Völkerrechts wie das Völkermordverbot gebunden. Diese Normen verbieten eine konkrete Verhaltensweise, ohne an einen bestimmten Akteur gerichtet zu sein, lautet eine wesentliche Säule des Arguments, das viele Autoren anführen, u. a. *Dodge*, der diese Position gemeinsam mit anderen US-amerikanischen

1279 Kapitel 5) B) I).

1280 Vgl. nochmals *Dörr*, in: BDGIR 50 (2019), 2020, 133–158, 141 f., dessen Analyse der völkerrechtlichen Pflichten Privater schließt mit der „simple[n] dogmatische[n] Erkenntnis, dass Private durch völkerrechtliche Gestaltungsakte souveräner Staaten (bzw. des UN-Sicherheitsrates) sehr wohl in die Pflicht genommen werden können, dass die maßgeblichen Akteure von dieser Möglichkeit allerdings nur sehr zurückhaltend Gebrauch machen.“

1281 Ausführlich oben Kapitel 4) B) I) 1).

Völkerrechtsprofessoren in ATS-Verfahren vor dem Supreme Court eingebracht hat.¹²⁸² Somit kommt den Normen des zwingenden Völkerrechts in der US-amerikanischen eine größere Bedeutung als in der deutschen Korpusliteratur zu, die sich auf die Menschenrechtsverträge konzentriert.

2) Die Vergleichsergebnisse im Lichte der Ratifikation völkerrechtlicher Menschenrechtsverträge durch die USA und Deutschland

Zur Erklärung des deutschen Fokus auf die Menschenrechtsverträge sind zwei Erwägungen plausibel: Indem die deutsche Literatur vordergründig die Menschenrechtsabkommen adressiert, liegt der Fokus auf dem geschriebenen Recht, was der typischen juristischen Arbeitsweise im nationalen Recht entspricht.¹²⁸³

Außerdem entspricht der deutsche Fokus auf die Menschenrechtsverträge der hervorgehobenen Bedeutung dieser Rechtsquelle in der deutschen Rechtsordnung und Rechtswissenschaft: Die Menschenrechtsverträge sind die zentrale Rechtsquelle des völkerrechtlichen Menschenrechtsregimes.¹²⁸⁴ Dies gilt auch für die Bundesrepublik, die alle zentralen Menschenrechtskonventionen ratifiziert hat.¹²⁸⁵ Deshalb kommt dem Völkervertragsrecht bei der Identifizierung der menschenrechtlichen Pflichten Deutschlands eine weitaus größere Rolle als dem Gewohnheitsrecht zu.¹²⁸⁶

In der deutschen Normenhierarchie haben völkerrechtliche Verträge grundsätzlich den Rang einfachen Bundesrechts; sie können nach der *lex posterior*-Regel an sich durch spätere Bundesgesetze überschrieben werden.¹²⁸⁷ Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf die

1282 Vgl. *Dodge*, *Georgetown Journal of International Law* 43:4 (2012), 1045–1052, 1049 (Hervorhebung im Original): „The norms that are actionable under *Sosa* prohibit acts that are both specifically defined and universally condemned – acts like torture, genocide, and war crimes. Such differences as exist between natural and juridical persons are simply irrelevant to these norms, which categorically prohibit all such *conduct*.“ Ausführlich oben Kapitel 4) B) II) 3).

1283 Vgl. zur zentralen Bedeutung des Gesetzes im kontinentaleuropäischen Rechtskreis *Kischel*, 2015, § 6 Rn. 8 ff.

1284 Vgl. nur *Kälin/Künzli*, 2. Auflage 2019, 33.

1285 Die von Deutschland ratifizierten Menschenrechtsverträge finden sich unter https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=66&Lang=EN (zuletzt besucht: 22.12.2023).

1286 Vgl. *Schorkopf*, 2017, § 8 Rn. 27.

1287 Während Art. 25 S. 2 GG den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, also bspw. dem Völkergewohnheitsrecht, Übergesetzesrang zuspricht, trifft Art. 59 Abs. 2 GG

EMRK betont, dass die Kollisionsregel nur dann anzuwenden ist, wenn der Gesetzgeber seinen Willen zur Abweichung von den völkerrechtlichen Vorgaben ausdrücklich bekundet.¹²⁸⁸ Außerdem dienen die Gewährleistungen der EMRK sowie die EGMR-Rechtsprechung aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sowie des Bekenntnisses des deutschen Volkes zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten (Art. 1 Abs. 2 GG) als „Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes (...)“.¹²⁸⁹

Dieser Bedeutung entsprechend sind die völkerrechtlichen Menschenrechtsverträge, insbesondere die EMRK, Gegenstand vielfältiger Veröffentlichungen, Kommentare und Lehrbücher eingeschlossen.¹²⁹⁰ In Deutschland ausgebildete und sozialisierte Rechtswissenschaftler „sind von daher ganz selbstverständlich gewöhnt, mit Grundrechtsgarantien internationaler Provenienz“, insbesondere solchen kodifizierter Natur, umzugehen und zu arbeiten.¹²⁹¹ Dies spiegelt sich in der hiesigen Korpusliteratur. Gleichzeitig entspricht die nahezu einhellige inhaltliche Position, Unternehmen seien

keine ausdrückliche Aussage über den Rang völkerrechtlicher Verträge in der deutschen Normenhierarchie. In Einklang mit der Vorschrift, nach der völkerrechtliche Verträge der Zustimmung in Form eines Bundesgesetzes bedürfen, spricht das Bundesverfassungsgericht völkerrechtlichen Verträgen in st. Rspr. den Rang einfachen Bundesrechts zu, vgl. nur BVerfG, *Görgülü*, Beschluss vom 14.10.2004 (2 BvR 1481/04), BVerfGE 111, 307, 317; BVerfG, *Treaty Override*, Beschluss vom 15.12.2015 (2 BvL 1/12), BVerfGE 141, 1, 19, 31. Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit der *lex posterior*-Regel auch bei Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen siehe BVerfG, *Treaty Override*, BVerfGE 141, 1, 21 ff. Zu den in der Literatur diskutierten Ansätzen, einen Übergesetzesrang menschenrechtlicher Verträge zu begründen, vgl. *Giegerich*, Kapitel 2: Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 3. Auflage 2022, Rn. 52 ff.

1288 BVerfG, *Unschuldsvormutung*, Beschluss vom 26.03.1987 (2 BvR 589/79 u.a.), BVerfGE 74, 358, 370.

1289 BVerfG, *Sicherungsverwahrung*, Urteil vom 04.05.2011 (2 BvR 2365/09 u.a.), BVerfGE 128, 326, 367 f.

1290 Vgl. aus der umfassenden Literatur nur den Kommentar von Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage 2023, oder das Lehrbuch von Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, 4. Auflage 2022.

1291 So bzgl. österreichischer Juristen Müller, Gibt es eine österreichische Europarechtswissenschaft?, European Papers 8:1 (2023), 99–115, 104.

nicht an die Menschenrechtsverträge gebunden, der internationalen Ausschuss- und Gerichtspraxis.¹²⁹²

Interessanterweise hat das Bundesverfassungsgericht die potentielle Bindung juristischer Personen an die Normen des zwingenden Völkerrechts in einem Beschluss aus dem Jahr 2015 angedeutet.¹²⁹³ Die Beschwerdeführerin rügte die durch die deutschen Behörden vorgenommene Zustellung einer gegen sie unter dem ATS eingereichten Klage: Die mit der Klage verfolgten Ziele seien nicht mit den Grundsätzen eines freiheitlichen Rechtsstaates vereinbar. In seinem Beschluss äußert sich das Bundesverfassungsgericht u. a. zu der Möglichkeit, Völkerrechtsverstöße durch Privatpersonen unter dem ATS geltend zu machen: Eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen des Privatrechts sei „nicht von vorneherein ausgeschlossen“¹²⁹⁴. Schließlich gebe es nach einer Literaturauffassung „einen Kern menschenrechtlicher Grundpflichten, namentlich das Verbot von Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Genozid, Kriegsverbrechen oder Folter“, die auch juristische Person des Privatrechts trafen.¹²⁹⁵ Angesichts des zu prüfenden Maßstabes, ob das Verfahren vor den ausländischen Gerichten offenkundig rechtsmissbräuchlich ist, zog sich das Gericht darauf zurück, die zivilrechtliche Haftung privater Unternehmen aufgrund von Verstößen gegen Normen des zwingenden Völkerrechts als nicht gänzlich ausgeschlossen anzusehen.¹²⁹⁶ Die Entscheidung wurde jedoch weder innerhalb noch außerhalb der deutschen Korpusliteratur eingehend aufgegriffen.¹²⁹⁷

Zur Erklärung des US-amerikanischen Fokus auf die Normen des zwingenden Völkerrechts ist zunächst erneut die ATS-Rechtsprechung in den Blick zu nehmen: In der *Sosa*-Entscheidung bestätigte der Supreme Court

1292 Siehe oben Kapitel 3) B) II) 1). Vgl. ferner die in Deutschland gängigen Menschenrechtslehrbücher, siehe *Tomuschat*, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3. Auflage 2014, 131; *Kälin/Künzli*, 2. Auflage 2019, 72.

1293 BVerfG, JZ 71:15/16 (2016) 796.

1294 BVerfG, JZ 71:15/16 (2016) 796, 799 (Rn. 47).

1295 BVerfG, JZ 71:15/16 (2016) 796, 799 (Rn. 47).

1296 Diese Position stützte das Gericht u. a. auf das Wirtschaftsvölkerrechtslehrbuch von *Herdegen*, der darin im Abschnitt über Unternehmen (im Gegensatz zu seinem allgemeinen Völkerrechtslehrbuch) auf menschenrechtliche „Grundpflichten“ hinweist, die „den Einzelnen treffen“, siehe *Herdegen*, 13. Auflage 2023, § 4 Rn. 82 (ausdrücklich sagt der Autor nicht, Unternehmen unterlägen diesen „Grundpflichten“; der Kontext der Aussage inmitten eines Absatzes über Unternehmen legt diesen Schluss, den wohl auch das Bundesverfassungsgericht gezogen hat, jedoch nahe). Das Gericht zitiert die 10. Auflage des Lehrbuchs (dort § 4 Rn. 74).

1297 Eine Ausnahme bildet der Korpusbeitrag *Dörres*, siehe oben vor Fn. 803.

die Vorgabe der Instanzgerichte, dass unter dem ATS nur solche Völkerrechtsnormen geltend gemacht werden können, die als „specific, universal and obligatory“ einzustufen sind.¹²⁹⁸ Weil nach der Rechtsprechung der US-Bundesgerichte nur völkergewohnheitsrechtliche Normen (zwingenden Charakters) diesen Anforderungen entsprechen, prägen diese die ATS-Rechtsprechung und damit auch die US-amerikanische (ATS-)Literatur, die sich mit der Völkerrechtsbindung privater Unternehmen befasst.

Als zweiter hier relevanter Faktor ist anzuführen, dass an der Entstehung des völkerrechtlichen Menschenrechtssystems zwar viele US-Amerikaner beteiligt waren, darunter *Eleanor Roosevelt*, die zu den führenden Köpfen hinter der AEMR zählt.¹²⁹⁹ Jedoch sind die USA vielen der unter dem Dach der Vereinten Nationen entstandenen Menschenrechtsabkommen nicht beigetreten oder haben ihrem Beitritt keine Ratifikation folgen lassen.¹³⁰⁰ Unter dem Stichwort *American exceptionalism* wird diese Haltung als Widerspruch zur US-amerikanischen Außenpolitik aufgefasst, die das weltweite Eintreten für Menschenrechte vorsieht.¹³⁰¹ Dabei ist jedoch zu bedenken, dass die Ratifizierung eines Vertrages noch nichts über die Menschenrechtslage des Landes aussagt: Zwar haben die USA als einziger VN-Staat bspw. die Kinderrechtskonvention nicht ratifiziert,¹³⁰² und doch

1298 Siehe oben Kapitel 4) A) II) 2).

1299 *Henkin*, Rights: American and Human, *Columbia Law Review* 79:3 (1979), 405–425, 415; zur Rolle *Roosevelts* bei der Entstehung der AEMR *Charlesworth*, in: *Peters/Wolfrum* (Hrsg.), *MPEPIL*, 2008, Rn. 3 ff.

1300 Vgl. die Übersichten der UN Treaty Body Database, abrufbar unter https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=187&Lang=EN (zuletzt besucht: 22.12.2023), sowie *Weissbrodt/Martin/Newman*, *International Human Rights Law: Law, Policy, and Process*, 5. Auflage 2021, xxxvi ff. Vgl. auch die Übersicht bei *Fellmeth*, *Leading from (a Bit) Behind: The United States and International Human Rights Law*, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 40:4 (2015), 977–1020, 1019, über die Ratifikation menschenrechtlicher Verträge durch Deutschland, Japan, China, Brasilien und die USA.

1301 Einführend *Ignatieff*, *Introduction: American Exceptionalism and Human Rights*, in: *Ignatieff* (Hrsg.), *American Exceptionalism and Human Rights*, 2005, 1–26; *Aust*, in: *Lammert/Siewert/Vormann* (Hrsg.), 3. Auflage 2023 (im Erscheinen), abrufbar unter https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-3-658-04125-0_58-2 (zuletzt besucht: 22.12.2023, im dortigen Dokument S. 5).

1302 Siehe <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-II.en.pdf> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

steht es um das Kindeswohl im Großteil der Staatengemeinschaft schlechter als in den USA.¹³⁰³

Zu den Gründen für die zurückhaltende Ratifikation menschenrechtlicher Verträge zählen die *Bill of Rights*, die ersten zehn Zusatzartikel zur US-Verfassung: US-Bürger bedürften keiner völkerrechtlichen Menschenrechte; die verfassungsrechtlichen Grundrechte gewährleisteten bereits ein ausreichendes Schutzniveau, das notfalls gerichtlich durchgesetzt werden kann.¹³⁰⁴ Dies konnten aus US-amerikanischer Sicht insbesondere in den Anfangsjahren des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzsystems nicht viele Staaten für sich in Anspruch nehmen. Deshalb unterstützten die USA die Verabschiedung völkerrechtlicher Menschenrechtsverträge zur Verbesserung der Rechte von Bürgern anderer Staaten.¹³⁰⁵

Der VN-Sozialpakt ist der bekannteste Vertrag, den die USA nicht ratifiziert haben. Ursprünglich sollte nach Verabschiedung der AEMR unter dem Dach der VN ein Menschenrechtsvertrag entstehen, der sowohl bürgerliche und politische wie auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechtsgarantien enthält.¹³⁰⁶ Doch weil die USA und ihre Verbündeten die Menschenrechte der ersten Generation bevorzugten und den – von der Sowjetunion betonten – Rechten der zweiten Generation skeptisch gegenüberstanden, wurde schnell klar, dass es für die Menschenrechte jeder Generation jeweils eines eigenständigen Vertrages bedurfte.¹³⁰⁷ In der Folge entstanden der IPBürg und der IPwskR, die die VN-Generalversammlung im Dezember 1966 annahm; beide Verträge traten nach der 35. Ratifikation im Jahr 1976 in Kraft.¹³⁰⁸

Die USA haben den Sozialpakt im Jahr 1976 zwar unterzeichnet, aber auch nach Ende des Kalten Krieges bis heute nicht ratifiziert. Zu den Gründen der ablehnenden Haltung US-amerikanischer Regierungen gehört

1303 Vgl. Koh, On American Exceptionalism, Stanford Law Review 55:5 (2003), 1479–1528, 1484 (Hervorhebung im Original: „the relevant question is not nonratification but *noncompliance* with the underlying norms“).

1304 Roberts, Righting Wrongs or Wronging Rights? The United States and Human Rights Post-September 11, EJIL 15:4 (2004), 721–749, 725. Ausführlich zur ablehnenden US-amerikanischen Haltung Damrosch/Murphy, 7. Auflage 2019, 923 f.

1305 Henkin, The Age of Rights, 1990, 74.

1306 Riedel, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2011, Rn. 2; Tomuschat, International Covenant on Civil and Political Rights (1966), in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2019, Rn. 4.

1307 Ohlin, International Law, 2. Auflage 2021, 435 f.

1308 Kälin/Künzli, 2. Auflage 2019, 36.

weiterhin die höhere Wertschätzung der in der US-Bundesverfassung verbürgten bürgerlichen und politischen Rechte.¹³⁰⁹ Sozioökonomische Rechte kennt die Bundesverfassung grundsätzlich nicht, und sozialstaatliche Maßnahmen, die häufig mit sozioökonomischen Rechten verknüpft werden, gelten oft als unvereinbar mit dem amerikanischen Staats- und Freiheitsverständnis.¹³¹⁰

Ratifizieren die USA einen menschenrechtlichen Vertrag, erfolgt dies meist unter Beigabe sogenannter RUDs (*reservations, understandings and declarations*): Diese sollen u. a. sicherstellen, dass der Vertrag keinen Einfluss auf die US-amerikanische Rechtsordnung und -praxis hat.¹³¹¹ Etwa erklären die USA völkerrechtliche Verträge stets als *non-self-executing*

1309 Ausführlich zu den Gründen, die US-amerikanische Regierungen, insbesondere die *Bush administration*, gegen den VN-Sozialpakt angeführt haben *Alston*, Putting Economic, Social, and Cultural Rights Back on the Agenda, in: Schulz (Hrsg.), *The Future of Human Rights: U.S. Policy for a New Era*, 2008, 120–138, 121 ff.

1310 Zum Fehlen sozioökonomischer Rechte *Henkin*, *Columbia Law Review* 79:3 (1979), 405–425, 419. Dadurch unterscheidet sich die US-amerikanische von den Verfassungen zahlreicher Staaten, die sozioökonomische Grundrechte enthalten, vgl. *Sunstein*, *Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees?*, in: Ignatieff (Hrsg.), *American Exceptionalism and Human Rights*, 2005, 90–110, 91 f. Allerdings erfassen manche US-Grundrechte bereits Verhaltensweisen, die sozioökonomische Grundrechte gewähren: Bspw. beinhaltet die Versammlungsfreiheit nach US-amerikanischem Verständnis das Recht, einer Gewerkschaft beizutreten, siehe *Henkin*, *Columbia Law Review* 79:3 (1979), 405–425, 418. Außerdem zeigt *Zackin*, *Looking for Rights in All the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights*, 2013, dass die Verfassungen vieler US-amerikanischer Einzelstaaten sozioökonomische Rechte enthalten (für einen Überblick über sozioökonomische Rechte in den Verfassungen der Einzelstaaten siehe auch *Versteeg/Zackin*, *American Constitutional Exceptionalism Revisited*, *University of Chicago Law Review* 81:4 (2014), 1641–1708, 1681 ff.). Zum US-amerikanischen Grundrechtsverständnis ferner *Bederman/Keitner*, 4. Auflage 2016, 147; *Murphy*, 3. Auflage 2018, 409. Eine weitere Ausprägung des primär abwehrrechtlichen US-amerikanischen Grundrechtsverständnisses ist die weitgehende Ablehnung staatlicher Schutzpflichten, dazu unten Kapitel 6) D) II) 1).

1311 Ausführlich zu den US-amerikanischen RUDs *Henkin*, U.S. Ratification of Human Rights Conventions: The Ghost of Senator Bricker, *AJIL* 89:2 (1995), 341–350, 341 ff.; *Bradley/Goldsmith*, *Treaties, Human Rights, and Conditional Consent*, *University of Pennsylvania Law Review* 149:2 (2000), 399–468, 416 ff.; *Miller*, *American Journal of Comparative Law Supplement* 62:4 (2014), 133–150, 140; *Fellmeth*, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 40:4 (2015), 977–1020, 991 ff. Zur inneramerikanischen und internationalen Kritik an vielen der US-amerikanischen RUDs *Sadat/George*, *Gun Violence and Human Rights*, *Washington University Journal of Law & Policy* 60:1 (2019), 1–90, 38 f. (mit weiteren Nachweisen in Fn. 238, 239).

und somit nicht unmittelbar innerstaatlich anwendbar.¹³¹² Die Ratifikation menschenrechtlicher Verträge durch die USA hat daher häufig nur symbolischen Charakter.¹³¹³ Auch vor diesem Hintergrund spielten die Menschenrechtsverträge in der ATS-Rechtsprechung allenfalls insoweit eine Rolle, als sie zur Konturierung einer völkergewohnheitsrechtlichen Norm herangezogen wurden.¹³¹⁴

Trotz des im Vergleich zu Deutschland geringeren Ratifikationsstandes und der US-amerikanischen Vorbehalte (RUDs) befassen sich natürlich auch US-amerikanische Korpusbeiträge mit der Bindung privater Unternehmen an die Menschenrechtsverträge.¹³¹⁵ Dennoch nimmt das Argument, Unternehmen unterlägen keinen menschenrechtlichen Pflichten, da sie nicht an die Menschenrechtsverträge gebunden seien, in der US-Korpusliteratur eine weniger prominente Rolle ein als in der deutschen. Dabei steht zur Vermutung, dass dies auch mit der geringen Bedeutung der Menschenrechtsverträge in der US-amerikanischen Rechtsordnung zusammenhängt. Überspitzt formuliert ließe sich sagen, dass es in der US-Literatur nicht nur um das (völkervertragsrechtliche) Recht auf Leben geht, sondern vielmehr um das Verbot von Völkermord und Kriegsverbrechen. Und diese Normen binden nach gängiger (wenngleich nicht unumstrittener) US-Lesart in Einklang mit der (frühen) ATS-Rechtsprechung auch private Unternehmen, weil sie allgemein und ohne Einschränkung des Adressatenkreises bestimmte Verhaltensweisen verbieten.

II) Die Unterscheidung zwischen *lex lata* und *lex ferenda* in der Korpusliteratur

„Es ist üblich, daß der Jurist streng unterscheidet zwischen Aussagen ‚de lege lata‘ und ‚de lege ferenda.‘“¹³¹⁶

Der zweite Unterschied zwischen den Diskursen betrifft den Umgang mit der fehlenden Bindung privater Unternehmen an die (kodifizierten) Menschenrechte: Viele deutsche Beiträge verweisen ausdrücklich darauf, Unter-

1312 Henkin, AJIL 89:2 (1995), 341–350, 346 ff. Zur *self-execution doctrine* Bradley, 3. Auflage 2020, 43 ff.

1313 Ignatieff, in: Ignatieff (Hrsg.), 2005, 1–26, 6.

1314 Reimann, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maß (Hrsg.), 2018, 101–145, 126.

1315 Siehe oben Kapitel 4) B) II) 1).

1316 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage 1995, 58.

nehmen seien „gegenwärtig“ oder „derzeit“ nicht an die Menschenrechte gebunden, was zukünftig allerdings möglich sei. Anders gewendet: Zahlreiche deutsche Beiträge unterscheiden zwischen *lex lata* und *lex ferenda*, mitunter bei ausdrücklicher Nutzung dieser Terminologie.¹³¹⁷ Die explizite Unterscheidung zwischen beiden Sphären findet sich auch in den Abhandlungen über die menschenrechtliche Schutzpflicht.¹³¹⁸

Die Trennung zwischen *lex lata* und *lex ferenda* ist Ausdruck der in der deutschen (Völker-)Rechtswissenschaft vorherrschenden dogmatischen Arbeitsweise, die grundsätzlich auf das geltende Recht ausgerichtet ist.¹³¹⁹ Die Befassung mit dem geltenden Recht geht mit dem Anspruch einher, ausschließlich das Recht zu analysieren, wünschenswerte Erwägungen mit hin so weit wie möglich auszublenden.¹³²⁰ Die (ausdrückliche) Unterscheidung zwischen beiden Sphären ist kein deutsches Spezifikum; sie ist auch im Völkerrecht verankert.¹³²¹ Bspw. sah der IGH in einem der Südwestafrika-Fälle seine Aufgabe ausdrücklich in der Rechtsanwendung und betonte, keine legislative Funktion zu haben.¹³²²

In seiner Studie über die ersten völkerrechtswissenschaftlichen Stellungnahmen zum Irakkrieg u. a. in den USA und in Deutschland kam Hestermeyer zu dem Schluss, dass amerikanische Völkerrechtler eher als ihre

1317 Siehe oben Kapitel 5) B) III).

1318 Siehe oben Kapitel 5) C).

1319 Sahm, 2019, 17. Zum Völkerrecht Oeter, ZaöRV 67:3 (2007), 675–693, 689.

1320 Vgl. Simma/Paulus, AJIL 93:2 (1999), 302–316, 302 f.; Bianchi, 2016, 25.

1321 Thirlway, Reflections on *Lex Ferenda*, Netherlands Yearbook of International Law XXXII (2001), 3–26; Tanaka, Rethinking *Lex Ferenda* in International Adjudication, GYIL 51 (2008), 467–496, 467. Laut Helmersen nutzen IGH-Richter bevorzugt Lehrmeinungen i. S. v. Art. 38 Abs. 1 (d) IGH-Statut, die sich streng mit der *lex lata* befassen, siehe Helmersen, The Application of Teachings by the International Court of Justice, 2021, 114. In diese Richtung argumentiert auch die Völkerrechtskommission: Nach dieser können die Lehrmeinungen der fähigsten Völkerrechtler bei der Identifizierung von Völkergewohnheitsrecht berücksichtigt werden. Dabei müsse allerdings mit Bedacht vorgegangen werden: U. a. unterschieden manche Autoren nicht (deutlich genug) zwischen der Wiedergabe der geltenden Rechtslage und ihren Vorstellungen von der Fortentwicklung des Rechts, siehe VN-Völkerrechtskommission, Draft Conclusion on Identification of Customary International Law with Commentaries, ILC Yearbook 2018 II 2, 91–113, Conclusion 14 Rn. 3.

1322 IGH, *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Second Phase, Urteil vom 18.07.1966, 1966 ICJ Reports 6, Rn. 89. Vgl. auch IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Gutachten vom 08.07.1996, 1996 ICJ Reports 226, Rn. 73; Pellet/Müller, Art. 38, in: Zimmermann/Tams u.a. (Hrsg.), 3. Auflage 2019, Rn. 147 ff.

europäischen Kollegen bereit waren, politische oder moralische Erwägungen in ihre Argumentation *de lege lata* einzubeziehen.¹³²³ Die Analyse der US-amerikanischen Korpusliteratur ergibt ein ähnliches Bild: Zwar rekurren einige US-amerikanische Beiträge, die sich (losgelöst vom ATS) mit der Völkerrechtsbindung privater Unternehmen befassen, regelmäßig auf das geltende Völkerrecht, wenngleich die lateinischen Formulierungen nicht benutzt werden.¹³²⁴ In der ATS-bezogenen Literatur, die sich mit der Völkerrechtsbindung befasst, ist die (ausdrückliche) Unterscheidung dagegen weniger gängig; vielmehr argumentieren bspw. *Koh* und *Stephens* ausdrücklich normativ.¹³²⁵ Dies führt zurück zu *Higgins*, die die Unterscheidung zwischen geltendem Recht und *lex ferenda* ablehnt: Je weiter man den Rechtspositivismus und den Fokus auf Rechtsregeln hinter sich ließe, desto unwichtiger würde die Unterscheidung zwischen *lex lata* und *lex ferenda*: „If law as rules requires the application of outdated and inappropriate norms, then law as process encourages interpretation and choice that is more compatible with values we seek to promote and objectives we seek to achieve.“¹³²⁶

Dass sich die Kritik *Higgins'* am Konzept der Völkerrechtssubjektivität insoweit in der US-amerikanischen Korpusliteratur widerspiegelt, als das Konzept darin kaum eine Rolle spielt, wurde bereits gezeigt.¹³²⁷ Der Erfolg ihrer Kritik an der Unterscheidung zwischen *lex lata* und *ferenda* fällt in der Korpusliteratur bescheidener aus, da Beiträgen mit normativem Impetus wie dem *Kohs* diejenigen Abhandlungen entgegenstehen, die explizit auf das geltende Völkerrecht rekurren. Dennoch ist die ausdrückliche Unterscheidung zwischen beiden Sphären stärker in der deutschen Literatur verankert.

1323 *Hestermeyer*, ZaöRV 64:2 (2004), 315–341, 330, 337. Ebenso allgemein bzgl. der juristischen Arbeitsweise *Reimann*, *European Advantages in Global Lawyering*, *RabelsZ* 82:4 (2018), 885–921, 900.

1324 Siehe *Kinley/Tadaki*, *Virginia Journal of International Law* 44:4 (2004), 931–1024, 948: „current scope of (...) international human rights law duties of TNCs“; *Knox*, *AJIL* 102:1 (2008), 1–47, 38 (eigene Hervorhebung): „Although the Norms have been described as a ‚restatement of international legal principles applicable to companies‘, they go far beyond *current human rights law*.“ Implizit auch *Ratner*, *Yale Law Journal* 111:3 (2001), 443–546, 449.

1325 Siehe oben Kapitel 4) B) I) 1) sowie das Zitat von *Stephens* oben vor Fn. 649.

1326 *Higgins*, 1994, 10.

1327 Siehe oben Kapitel 6) B) II) 3).

III) Der Rückgriff auf die *state action doctrine* und die Drittwirkung der Grundrechte in der Korpusliteratur

Mit Blick auf die Gemeinsamkeiten zwischen den einschlägigen Elementen beider Literaturkorpora sind wie bzgl. der Unterschiede mehrere Ebenen zu unterscheiden: Dass sowohl die deutsche als auch der als vom ATS losgelöst zu charakterisierende Teil der US-Korpusliteratur eine Bindung privater Unternehmen an die Menschenrechtsverträge ablehnen, wurde bereits aufgezeigt. Außerdem nehmen auf beiden Seiten vereinzelte Stimmen eine Bindung privater Unternehmen an die Umwelthaftungsübereinkommen an.¹³²⁸ Die beiden Literaturkorpora eint außerdem, dass eine Handvoll US-amerikanischer als auch deutscher Korpusbeiträge auf ein Konzept des nationalen Verfassungsrechts zurückgreifen, um die Frage nach der Bindung privater Unternehmen an völkerrechtliche Normen zu umschreiben. Dabei handelt es sich um die US-amerikanische *state action doctrine* und die Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte.

Die *state action doctrine* besagt, dass nur staatliches Handeln an die US-Bundesverfassung gebunden ist.¹³²⁹ Private unterliegen grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Pflichten.¹³³⁰ Die Doktrin geht auf die *Civil Rights Cases* aus dem Jahr 1883 zurück.¹³³¹ Darin entschied der Supreme Court, der 14. Verfassungszusatz erlaube es dem Kongress nicht, rassistische Diskriminierungen Privater zu untersagen: „It is State action of a particular character that is prohibited. Individual invasion of individual rights is not the subject matter of the amendment.“¹³³²

Angesichts der Gefahren auch des Handelns Privater für die Grundrechtsverwirklichung des Individuums entwickelte der Supreme Court in

1328 Siehe oben Kapitel 4) B) II) 2) sowie Kapitel 5) B) II).

1329 Ausführlich Gardbaum, The „Horizontal Effect“ of Constitutional Rights, Michigan Law Review 102:3 (2003), 387–459, 411 ff.; Gerbig, Grundrecht auf staatlichen Schutz: Ein Vergleich von Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, 2014, 185 ff.; Jaggi, State Action Doctrine (United States), in: Grote/Lachenmann/Wolfrum (Hrsg.), MPECCoL, 2017; Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, 120 ff.

1330 Eine Ausnahme bildet der 13. Verfassungszusatz, der die Sklaverei und Zwangsarbeit auf dem Gebiet der Vereinigten Staaten abschaffte: „Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.“

1331 US SC, *Civil Rights Cases*, Entscheidung vom 15.10.1883, 109 U.S. 3.

1332 US SC, *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 11.

den vergangenen 140 Jahren Ausnahmen, wann *privates* wie staatliches Handeln anzusehen und damit grundrechtsverpflichtet ist.¹³³³ Die Ausnahmen werden meist zwei Fallgruppen zugeordnet: Nach der *public function exception* ist ein privater wie ein staatlicher Akteur zu behandeln, wenn der Private eine typischerweise dem Staat zustehende Funktion ausübt. Außerdem kann *privates* Handeln grundrechtsverpflichtet sein, wenn der Staat eng mit dem Privaten zusammenwirkt (*public entanglement exception*).¹³³⁴

In ATS-Fällen bejahten die US-Bundesgerichte die Haftung privater Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen in zwei Konstellationen: Verbietet eine Völkerrechtsnorm eine bestimmte Verhaltensweise, etwa die Begehung eines Völkermordes, ohne allein an Staaten gerichtet zu sein, kurz: wenn die Norm keine *state action* verlangt, könne ein Unternehmen bei Verstoß gegen die Norm zur Haftung gezogen werden. Außerdem sei eine Haftung denkbar, wenn Unternehmen in die Handlungen eines Staates verstrickt sind, die Völkerrechtsnormen (mit *state action*-Erfordernis) verletzen.¹³³⁵

In der Korpusliteratur finden sich in vielen Beiträgen, die sich mit der ATS-Rechtsprechung befassen, Verweise auf die *state action doctrine*.¹³³⁶ Mitunter entsteht allerdings den Eindruck, auch das Völkerrecht kenne eine *state action doctrine*, etwa wenn *Stephens* in dem Abschnitt über universelle Menschenrechtsnormen und Unternehmen zusammenfasst: „Non-state actors thus violate international norms when they are complicit in such abuses, as well as when they directly commit abuses. Moreover, private actors violate the norms requiring *state action* when they participate in acts taken in complicity with state actors.“¹³³⁷

Ratner, der eine eigene Theorie zur Menschenrechtsbindung entwickelt, erörtert zu Beginn seines Beitrags die Frage, inwieweit das Völkerrecht

1333 Jaggi, in: Grote/Lachenmann/Wolfrum (Hrsg.), MPECCoL, 2017, Rn. 2 f., 5 ff.

1334 Allerdings betonen US-amerikanische Verfassungsrechtler seit Jahrzehnten die großen Inkonsistenzen der Supreme Court-Rechtsprechung, siehe bspw. *Schmidt*, On Doctrinal Confusion: The Case of the State Action Doctrine, Brigham Young University Law Review 2016:2 (2016), 575–628, 576 f.

1335 Vgl. *Bradley*, 3. Auflage 2020, 231 f.; *Stephens*, in: Deva/Birchall (Hrsg.), 2020, 46–62, 51. Aus der Rechtsprechung siehe bspw. US Court of Appeals for the Second Circuit, *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 239.

1336 Vgl. bspw. *Forcese*, Yale Journal of International Law 26:2 (2001), 487–516, 498 ff.; *Breed*, Virginia Journal of International Law 42:4 (2002), 1005–1036, 1017 ff.

1337 *Stephens*, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 75 (eigene Hervorhebung). Vgl. auch *Dodge*, Georgetown Journal of International Law 43:4 (2012), 1045–1052, 1048.

Privaten überhaupt Pflichten auferlegen kann. Die Erörterungen erfolgen unter der Überschrift „The Problem of State Action“.¹³³⁸ Ist im Kontext der Reichweite völkerrechtlicher Normen von *state action* die Rede, geht es also darum, ob und inwieweit die Völkerrechtsnorm nichtstaatliche Akteure adressiert und verpflichtet (was nur der Fall ist, wenn die Norm kein *state action requirement* hat).

Ähnlich ist der in der deutschen Literatur gängige Verweis auf die Drittwirkung völkerrechtlicher Normen zu verstehen. Die Drittwirkung der Grundrechte ist eine dogmatische Figur des deutschen Verfassungsrechts, die das Verhältnis der Grundrechte zwischen Privaten umschreibt.¹³³⁹ Seit dem *Lüth*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist gesichert, dass die Grundrechte eine objektive Werteordnung bilden und aufgrund ihrer Ausstrahlungswirkung auch private Rechtsbeziehungen erfassen.¹³⁴⁰ Danach binden die Grundrechte Private nicht unmittelbar, sondern wirken über die Vorschriften des einfachen Rechts mittelbar auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen ein. Diese auf *Dürig* zurückgehende Konstruktion¹³⁴¹ wird seither als Lehre von der mittelbaren Drittwirkung bezeichnet.

In der Korpusliteratur nutzen einige Autoren den Begriff der Drittwirkung, um die Frage zu umschreiben, inwieweit völkerrechtliche Normen Privaten Pflichten auferlegen. Bspw. heißt es bei *Dörr*: „Die UN-Pakte etwa sind in ihren allgemeinen Bestimmungen (Art. 2–5) ausdrücklich an die *States Parties* adressiert, für eine unmittelbare Drittwirkung gegenüber Privaten finden sich weder hier noch in den anderen Konventionen mit universellem Geltungsanspruch irgendeine Anhaltspunkte.“¹³⁴² Der Verweis auf die (fehlende) unmittelbare Drittwirkung der VN-Pakte zielt also auf die Schlussfolgerung ab, die Konventionen bänden Private nicht. Damit nutzt *Dörr* das Konzept allein zu beschreibenden Zwecken: „Drittwirkung“ soll die Konstellation der Wirkung eines völkerrechtlichen Vertrages zwischen Privaten umschreiben. Inhaltliche Aspekte der grundgesetzlichen

1338 *Ratner*, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 465 ff.

1339 Die Figur der Drittwirkung geht zurück auf *Ipsen*, Gleichheit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band 2, 1954, 111–198, 143.

1340 BVerfG, *Lüth*, BVerfGE 7, 198.

1341 *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, 157–190, 157 ff.

1342 *Dörr*, in: BDGIR 50 (2019), 2020, 133–158, 138 (Hervorhebung im Original). Für weitere Beispiele siehe oben Fn. 837.

Drittwirkung – etwa dass die Grundrechtsbindung Privater der des Staates in bestimmten Konstellationen „nahe oder auch gleich kommen kann“¹³⁴³ – überführt der Autor nicht in seine völkerrechtlichen Erwägungen. Die anderen Korpusbeiträge, die den Begriff Drittwirkung nutzen, verfahren ebenso.

Der in der Verfassungsvergleichung wie in der Praxis der Menschenrechtsausschüsse gängige Begriff, um die Wirkung der Grund- und Menschenrechte im Verhältnis zwischen Privaten zu beschreiben, ist Horizontalwirkung bzw. *horizontal effect/application*.¹³⁴⁴ Allerdings spricht selbst die englischsprachige Literatur mitunter von der Drittwirkung völkerrechtlicher (Menschenrechts-)Normen, um die Konstellation zu beschreiben.¹³⁴⁵ Vor diesem Hintergrund ist die Nutzung des Begriffs der Drittwirkung in der deutschen Korpusliteratur umso verständlicher – zumal die Beiträge auf Deutsch und in deutschen Völkerrechtszeitschriften erschienen sind.

Im Rahmen der Debatte über die Völkerrechtsbindung wird eine weitere, bereits angedeutete sprachliche Besonderheit der US-amerikanischen Korpusbeiträge sichtbar: Diese verwenden *government* häufig synonym für „Staat“, wenn sie über die Bindung Privater an völkerrechtliche (Menschenrechts-)Normen schreiben. Dies veranschaulichen die folgenden drei Beispiele aus den Korpusbeiträgen von *Knox*, *Ratner* und *Stephens*:

1343 Vgl. BVerfG, *Fraport*, Urteil vom 22.02.2011 (1 BvR 699/06), BVerfGE 128, 226, 249: „Je nach Gewährleistungsgehalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates vielmehr nahe oder auch gleich kommen.“

1344 Vgl. nur *Unsold*, Horizontal Application, in: Grote/Lachenmann/Wolfrum (Hrsg.), MPECCoL, 2017.

1345 Vgl. nur *Bjorge*, Human Rights, Treaties, Third-Party Effect, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2011, Rn.1 (Hervorhebung im Original): „When a right has effects not only in an individual-State relationship, but extends also to an individual-individual relationship then one may talk about a third-party effect or *Drittwirkung* of the right at issue.“ Für weitere Nachweise zur Nutzung des Drittwirkungs-Begriffs in der englischsprachigen Literatur *Köster*, 2010, 60 (Fn. 179, 180). Aus der US-amerikanischen Korpusliteratur *Ratner*, Yale Law Journal III:3 (2001), 443–546, 471 (Hervorhebung im Original): „Long before (...), German courts had developed the notion of third-party (or horizontal) effect (*Drittwirkung*), holding that some German constitutional rights affect private legal relationships.“ Laut *Drzemczewski*, The European Human Rights Convention and Relations between Private Parties, Netherlands International Law Review 26:2 (1979), 163–181, 163, könnte ein Grund für den Gebrauch der Bezeichnung Drittwirkung auch über den deutschsprachigen Raum hinaus darin liegen, dass die Wirkung verfassungsrechtlicher Bestimmungen im Verhältnis zwischen Privaten in Europa erstmals in Deutschland diskutiert wurde.

„A common belief used to be that international law cannot place such duties on private actors because, *unlike governments*, they are not subjects of international law (...).“¹³⁴⁶

„While adhering to the orthodox distinction between *duties of governments* under international law and duties of enterprises under domestic law, the treaty (...).“¹³⁴⁷

„Although international enforcement mechanisms may be weak, with enforcement often left to domestic legal systems, the international rules of law prohibiting, for example, genocide, slavery and torture bar such conduct by individuals as well as *by governments*.“¹³⁴⁸

Bei der Einordnung dieser Terminologie sind verschiedene Ebenen zu unterscheiden: Zunächst gehört *government* i. S. v. Staatsgewalt zu den drei Elementen, die eine Einheit aufweisen muss, um völkerrechtlich als Staat qualifiziert zu werden; *government* kann außerdem „Regierung“ nach deutschem Verständnis, d. h. die Zentralregierung meinen, durch die der Staat völkerrechtlich agiert.¹³⁴⁹ Träger völkerrechtlicher Pflichten (im Bereich der Menschenrechte) ist aber stets das Völkerrechtssubjekt Staat, dem nach Art. 4 Abs. 1 ASR das Verhalten staatlicher Organe aller Gewalten (Legislative, Exekutive, Judikative) zugerechnet werden kann, unabhängig davon, ob das Organ der Zentralregierung oder einer Gliedeinheit des Staates angehört.¹³⁵⁰ Typischerweise dürfte die Nutzung des *government*-Begriffs in der Korpusliteratur in diesem Sinne, d. h. als Synonym von *state*, gemeint sein und das Völkerrechtssubjekt *state* adressieren.¹³⁵¹ Die zitierten Passagen zeigen jedoch, dass der synonyme Gebrauch von *government* und *state* im Völkerrecht mit Unklarheiten verbunden ist: Schließlich ist der Staat

1346 Knox, AJIL 102:1 (2008), 1–47, 19 (eigene Hervorhebung).

1347 Ratner, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 482 (eigene Hervorhebung).

1348 Stephens, Berkeley Journal of International Law 20:1 (2002), 45–90, 75 (eigene Hervorhebung).

1349 Magiera, Governments, in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2007, Rn.1 ff.; Crawford, The Creation of States in International Law, 2. Auflage 2007, 33 f.

1350 Vgl. anhand der menschenrechtlichen Pflichten des Staates Kälin/Künzli, 2. Auflage 2019, 69 f.

1351 Vgl. insoweit auch aus der Korpusliteratur Ratner, Yale Law Journal 111:3 (2001), 443–546, 461 (eigene Hervorhebung): „Protecting human rights solely through obligations on *governments* seems rather uncontroversial if *host states* represented the only threat to human dignity, or if states could be counted on to restrain conduct within their borders effectively. However, a system in which the *state* is the sole target of international legal obligations may not be sufficient to protect human rights.“

als Völkerrechtssubjekt Träger menschenrechtlicher Pflichten und nicht die (Zentral-)Regierung.

Der Grund dieses Sprachgebrauchs dürfte auch darin liegen, dass man in den USA kaum über den Staat in dem allumfassenden Sinn spricht, wie es in Deutschland und Kontinentaleuropa geläufig ist, sondern über *government*.¹³⁵² Schon die Amerikanische Revolution zielte in erster Linie auf die Vertreibung einer staatlichen Macht ab (England). Entsprechend hegen viele US-Amerikaner ein grundsätzliches Misstrauen gegenüber staatlicher Machtausübung.¹³⁵³ Diese Grundhaltung spiegelt sich in einer der zentralen Funktionen der US-Bundesverfassung wider: der Sicherung der Freiheit des Einzelnen vor staatlichen Übergriffen.¹³⁵⁴ Dies wiederum soll erreicht werden etwa durch die *separation of powers* innerhalb der Zentralregierung (*federal government*) wie auch die vertikale Machtverteilung zwischen Bund und Einzelstaaten. Vor diesem Hintergrund ist der Staat keine so zentrale Kategorie verfassungsrechtlichen Denkens wie etwa in Europa.¹³⁵⁵ Dies wiederum scheint sich mitunter auf die völkerrechtliche Terminologie auszuwirken.

IV) Zwischenergebnis

Der Menschenrechtsbegriff ist vielschichtig. Er umfasst eine rechtliche, politische und moralische Dimension.¹³⁵⁶ Der Verweis auf die Menschenrechte kann also je nach Kontext verschiedene Bedeutungen haben. Der Blick in die US-amerikanische und deutsche Korpusliteratur zeigt, dass der Verweis auf die Menschenrechte im Rahmen der Frage nach der Menschenrechtsbindung von Unternehmen verschiedene Implikationen haben kann: Ist in der deutschen Völkerrechtsliteratur von der Menschenrechtsbindung von Unternehmen die Rede, geht es in erster Linie um die EMRK oder die VN-

1352 Zu den (verfassungstheoretischen) Grundlagen *Beaud*, *Conceptions of the State*, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, 269–282; vgl. auch *Ewald*, *What's so Special about American Law?*, *Oklahoma City University Law Review* 26:3 (2001), 1083–1101, 1100; *Michaels/Jansen*, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, *American Journal of Comparative Law* 54:4 (2006), 843–890, 853 f.

1353 *Michaels*, *American Law*, in: Smits/Husa u.a. (Hrsg.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 3. Auflage 2023, 102–111, 102.

1354 *Chemerinsky*, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 6. Auflage 2019, 3 ff.

1355 *Beaud*, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), 2012, 269–282, 270.

1356 Vgl. *Mende*, *Der Universalismus der Menschenrechte*, 2021, 30 ff.

Pakte. Diesem Normenbestand kann *de lege lata* eine Verpflichtung multinationaler Unternehmen nicht entnommen werden. Eine Bindung privater Unternehmen an völkergewohnheitsrechtliche Menschenrechtsnormen (zwingenden Charakters) spielt eine nur untergeordnete Rolle, auch wenn sie mitunter bejaht wird. Im amerikanischen Diskurs geht es in Einklang mit der ATS-Rechtsprechung dagegen häufiger gerade um diese Normen, deren Bindungswirkung gegenüber Unternehmen regelmäßig bejaht wird.

D) Staatliche Schutzpflichten im Bereich BHR

„Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur – selbstverständlich – unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren.“¹³⁵⁷
Bundesverfassungsgericht, 1975

„But nothing in the language of the Due Process Clause itself requires the State to protect the life, liberty, and property of its citizens against invasion by private actors. The Clause is phrased as a limitation on the State’s power to act, not as a guarantee of certain minimal levels of safety and security.“¹³⁵⁸
US Supreme Court, 1989

Mit der Frage, inwieweit ein Staat aufgrund menschenrechtlicher Schutzpflichten verpflichtet sein kann, inländischen Unternehmen menschenrechtliche (Sorgfalts-)Pflichten entlang ihrer Lieferketten aufzuerlegen, befassen sich zahlreiche deutsche Beiträge: Die menschenrechtliche Schutzpflicht ist ein prominentes Thema in der deutschen Korpusliteratur. Ein anderes Bild offenbart die US-Korpusliteratur, in der die menschenrechtliche Schutzpflicht nur selten ausführlich aufgegriffen wird. Der zentrale Unterschied zwischen den Literaturkorpora liegt also nicht in inhaltlichen Differenzen, vielmehr ist das Interesse an der Thematik in den Literaturkorpora beider Länder unterschiedlich ausgeprägt (I).

1357 BVerfG, *Schwangerschaftsabbruch I*, Urteil vom 25.02.1975 (1 BvF 74/1 u.a.), BVerfGE 39, 1, 42.

1358 US SC, *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, Entscheidung vom 22.02.1989, 489 U.S. 189, 195.

Zur Erklärung dieses Befunds drängt sich eine auffällige Korrelation auf: Genauso wie die US-Literatur nur selten auf die menschenrechtliche Schutzpflicht eingeht, sind grundrechtliche Schutzpflichten im US-Verfassungsrecht kaum ausgeprägt, und genauso wie die deutsche Literatur Schutzpflichten intensiv analysiert, erkennt das Bundesverfassungsgericht die Schutzpflichtendimension der Grundrechte seit langem an. Dieser Unterschied setzt sich auf völkerrechtlicher Ebene fort: Nach gängiger Argumentation fußt die potentielle Pflicht eines Staates, die Auslandsaktivitäten inländischer Unternehmen im Hinblick auf Menschenrechtsverletzungen zu adressieren, auf drei Elementen: den menschenrechtlichen Bindungen eines Staates sowie der Schutzpflichtendimension und der extraterritorialen Reichweite der Menschenrechte. Die Existenz einer solchen Pflicht würde bedeuten, dass die Staaten die Auslandsaktivitäten ihrer Unternehmen regulieren müssten, womit viele der typischen BHR-Fallkonstellationen erfasst wären. Nimmt man die beiden Untersuchungsländer hinsichtlich dieser Aspekte in den Blick, ergeben sich einige Unterschiede: Die USA sind zahlreichen Menschenrechtsverträgen nicht beigetreten oder haben ihrer Unterzeichnung keine Ratifizierung folgen lassen; außerdem verneinen die USA die Schutzpflichtendimension sowie die extraterritoriale Reichweite der Menschenrechte. Dagegen ist die Bundesrepublik Mitglied aller wichtigen Menschenrechtsverträge und akzeptiert die menschenrechtliche Schutzpflicht sowie, in bestimmten Konstellationen, die extraterritoriale Reichweite der Menschenrechte. Es ist denkbar, dass diese Unterschiede gemeinsam mit der gegensätzlichen Auffassung davon, ob der Staat verfassungsrechtlich zum Schutz der Grundrechte seiner Bürger verpflichtet ist, zum unterschiedlich ausgeprägten Interesse an der menschenrechtlichen Schutzpflicht in den beiden Literaturkorpora beigetragen haben (II).

Außerdem ist das ATS das bis heute bekannteste nationale Instrument, mit dem Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen zur Rechenschaft gezogen werden können, auch wenn der Anwendungsbereich durch den Supreme Court immer stärker begrenzt wurde. Es scheint denkbar, dass der ATS-Fokus in der US-amerikanischen Korpusliteratur die abstrakte Frage, inwieweit der Staat aufgrund der Schutzpflichtendimension der Menschenrechte verpflichtet ist, regulierend tätig zu werden, in den Hintergrund hat treten lassen (III).

I) Die menschenrechtliche Schutzpflicht: Seltener

Untersuchungsgegenstand in der US-Korpusliteratur, zentrale Thematik in der deutschen Literatur

In der deutschen Korpusliteratur setzen sich sieben Beiträge ausführlich sowie mehrere Beiträge am Rande mit der menschenrechtlichen Schutzpflicht auseinander.¹³⁵⁹ Im Vordergrund steht die von den VN-Leitprinzipien verneinte Frage, ob Staaten verpflichtet sind, inländische Unternehmen zur Achtung der Menschenrechte im Rahmen ihrer Auslandsaktivitäten anzuhalten.¹³⁶⁰ Diese Frage verneinen einige Beiträge, während sie *Zimmermann/Weiß* aufgrund der völker- und grundrechtlichen Schutzpflicht *de lege lata* bejahen. Ebenfalls von einer Regulierungspflicht gehen *von Bernstorff* und *Krajewski* aus, die diese Pflicht allerdings nicht ausschließlich aus den Menschenrechten ableiten, sondern andere Völkerrechtsregeln und -prinzipien anführen. *Kanalan* schließlich nimmt eine solche Pflicht auf Grundlage eines neukonzeptionierten (ökologischen) Menschenrechtsverständnisses ebenfalls an. Auch in der Lehrbuchliteratur finden sich Hinweise auf die menschenrechtliche Schutzpflicht im BHR-Kontext.

Dagegen hat sich in der US-Korpusliteratur nur *Narula* im Rahmen ihres Beitrags zum Recht auf Nahrung ausführlich mit der menschenrechtlichen Schutzpflicht befasst.¹³⁶¹ Ihr Beitrag erschien bereits in den 2000er-Jahren, also noch bevor die VN-Leitprinzipien entwickelt waren. Daneben sind in der US-Literatur (inkl. der Lehrbücher) allein noch Verweise auf Säule I der VN-Leitprinzipien zu finden, die die menschenrechtliche Schutzpflicht der Staaten betont. Außerdem befasst sich der Beitrag *Martins* mit dem Gesetzgebungstrend in vielen Staaten, Unternehmen menschenrechtliche Berichtspflichten aufzuerlegen.

Angesichts der nur wenigen US-amerikanischen Beiträge ist kein Vergleich bezüglich der Positionen möglich, die die Korpusliteratur beider Länder bzgl. der Fragen zur menschenrechtlichen Schutzpflicht im BHR-Kontext einnimmt. Als zentrales Ergebnis lässt sich vielmehr festhalten, dass die menschenrechtliche Schutzpflicht in der deutschen prominenter und ausführlicher als in der US-amerikanischen Korpusliteratur diskutiert wird.

1359 Siehe oben Kapitel 5) C).

1360 Siehe oben Kapitel 5) C) II).

1361 Siehe oben Kapitel 4) F).

II) Die Vergleichsergebnisse im Lichte des Verfassungsrechts und der Völkerrechtspraxis beider Untersuchungsländer

1) Die fehlende Schutzpflichtendimension der Grundrechte im US-amerikanischen und die Akzeptanz grundrechtlicher Schutzpflichten im deutschen Verfassungsrecht

Der US-amerikanischen Verfassungstradition liegt ein naturrechtliches Grundrechtsverständnis zugrunde: Die Rechte des Einzelnen gehen der US-Bundesverfassung vor, sie werden von dieser nicht begründet.¹³⁶² Die Bill of Rights von 1791 bestätigen diesen Befund: Stoßrichtung ihrer Aufnahme in die Verfassung war die Besänftigung der Anti-Föderalisten der jungen Republik.¹³⁶³ Diese fürchteten, die gerade zu Ende gegangene britische Kolonialherrschaft vor Augen, eine übergriffige Zentralregierung. Dieser Sorge sollte die Bill of Rights Rechnung tragen.¹³⁶⁴ Ihr Ziel, die Macht der Bundesgewalt¹³⁶⁵ zu begrenzen, kommt in der Formulierung etwa des ersten Verfassungszusatzes zum Ausdruck: „Congress shall make no law respecting an establishment or religion (...) or abridging the freedom of speech (...)“. Das Verbot, etwa die Meinungsfreiheit einzuschränken, komplementiert allerdings keine Pflicht des Kongresses, zur Verwirklichung der Meinungsfreiheit beizutragen.¹³⁶⁶ Die US-amerikanischen Grundrechte sind daher in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat.

1362 Vgl. nur *Henkin*, Columbia Law Review 79:3 (1979), 405–425, 407 ff.; *Tourkochoriti*, Bill of Rights, in: Grote/Lachenmann/Wolfrum (Hrsg.), MPECCoL, 2020, Rn. 8. Ausführlich zum Grundrechtsbegriff im US-amerikanischen Verfassungsrecht *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, 22 f.

1363 *Brugger*, § 186: Angloamerikanischer Einfluß auf die Grundrechtsentwicklung in Deutschland, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage 2011, Rn. 29.

1364 Vgl. nur *Beaud*, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), 2012, 269–282, 273; *Farber/Siegel*, United States Constitutional Law, 2019, 233 ff.

1365 Ursprünglich galt die Bill of Rights ausschließlich gegenüber der Bundesgewalt, wie der Oberste Gerichtshof im Jahr 1833 klarstellte, siehe US SC, *Barron v. Baltimore*, Entscheidung vom 16.02.1833, 32 US 243. Die Einzelstaaten wurden erst über den 14. Verfassungszusatz, der der US-Bundesverfassung als Teil der *reconstruction amendments* nach dem Bürgerkrieg angefügt wurde, an die Grundrechte der US-Bundesverfassung gebunden. Ausführlich *Fleming/McClain*, Liberty, in: Tushnet/Graber/Levinson (Hrsg.), The Oxford Handbook of the U.S. Constitution, 2015, 479–500, 482 f.; *Chemerinsky*, 6. Auflage 2019, 537 ff.

1366 *Henkin*, Columbia Law Review 79:3 (1979), 405–425, 412.

Im Rahmen der fehlenden US-amerikanischen Ratifikation des VN-Sozialpakts wurde dieses Verständnis bereits aufgezeigt.¹³⁶⁷

Eine ähnliche Formulierung wie der erste Verfassungszusatz weist die *due process*-Klausel des 14. Verfassungszusatzes auf: „No State shall (...) nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law (...).“¹³⁶⁸ In der eingangs zitierten Entscheidung *DeShaney v. Winnebago County* hat der Oberste Gerichtshof diesen Artikel ausdrücklich abwehrrechtlich interpretiert.¹³⁶⁹ Ausgangspunkt des Verfahrens war die brutale Misshandlung eines kleinen Jungen durch seinen Vater, dem die zuständige Behörde das Sorgerecht nicht entzog, obwohl ihr Indizien für die Misshandlungen vorlagen. Nachdem der Vater das Kind beinahe zu Tode geprügelt hatte, legte die Mutter gemeinsam mit dem Kind Klage vor einem Bundesgericht u. a. gegen die Behörde ein: Diese wusste oder hätte wissen müssen, dass das Kind von seinem Vater misshandelt wurde. Indem die Behörde passiv blieb, habe sie den 14. Verfassungszusatz verletzt.¹³⁷⁰ Der Fall landete vor dem Supreme Court, der eine Verletzung des vierzehnten Verfassungszusatzes ablehnte: Der Formulierung des Artikels ließen sich keine Anhaltspunkte für eine staatliche Pflicht entnehmen, den Einzelnen vor Beeinträchtigungen durch nichtstaatliche Akteure zu schützen.¹³⁷¹ „Its purpose was to protect the people from the State, not to ensure that the State protected them from each other“, fasst das Gericht zusammen.¹³⁷² Im Rahmen seiner Entscheidung verwies das Gericht außerdem auf die

1367 Siehe oben Kapitel 6) C) I) 2).

1368 Zum Wortlaut zahlreicher Bestimmungen der US-Bundesverfassung als Argument gegen staatliche Schutzpflichten *Currie*, Positive and Negative Constitutional Rights, University of Chicago Law Review 53:3 (1986), 864–890, 864 f.

1369 US SC, *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189.

1370 Die *due process*-Klausel des 14. Verfassungszusatzes bindet die Einzelstaaten; die wortgleiche Bestimmung des 5. Verfassungszusatzes den Bund. Die *due process*-Klauseln haben eine prozedurale und eine substantielle Komponente, siehe *Brugger*, 1987, 312 f. Unter Verweis auf die substantielle *due process*-Klausel hat der Supreme Court eine Reihe fundamentaler, nicht ausdrücklich im Verfassungstext festgeschriebene Rechte entwickelt, darunter das auf dem Recht auf Privatsphäre basierende Recht, einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen. Dieses hat der Oberste Gerichtshof im Jahr 2022 wieder abgeschafft, siehe US SC, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, Entscheidung vom 24.06.2022, 142 S. Ct. 2228. Einführend zur *due process*-Klausel *Chemerinsky*, 6. Auflage 2019, 591 ff., 855 ff.

1371 US SC, *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 195.

1372 US SC, *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 196.

Möglichkeit, die Behörde nach einzelstaatlichem Recht vor einem einzelstaatlichen Gericht zur Rechenschaft zu ziehen.¹³⁷³

Eine grundlegende Absage an staatliche Schutzpflichten formulierte der Seventh Circuit in einer von *Judge Posner* verfassten Entscheidung aus dem Jahr 1982:

„There is a constitutional right not to be murdered by a state officer, for the state violates the Fourteenth Amendment when its officer (...) deprives a person of life without due process of law. But there is no constitutional right to be protected by the state against being murdered by criminals or madmen. (...) The Constitution is a charter of negative liberties; (...) it does not require the federal government or the state to provide services, even so elementary a service as maintaining law and order.“¹³⁷⁴

In bestimmten Konstellationen, etwa wenn sich eine Person in staatlichem Gewahrsam befindet, bejaht der Supreme Court allerdings durchaus staatliche Schutzpflichten: In *Estelle v. Gamble* entschied der Oberste Gerichtshof, die unzureichende medizinische Versorgung eines Strafgefangenen könne gegen den 8. Verfassungszusatz verstoßen, der grausame Bestrafungen untersagt.¹³⁷⁵

Auf diese und vergleichbare Entscheidungen berief sich *Justice Brennan*, der sich der Gerichtsmehrheit der *DeShaney*-Entscheidung nicht anschloss: In seinem Sondervotum kritisierte er, die Mehrheit verkenne, dass staatliches Unterlassen in bestimmten Konstellationen grundrechtswidrig sein könne.¹³⁷⁶ *Justice Blackmun*, der ein weiteres Sondervotum verfasste, kritisierte die starre Unterscheidung der Gerichtsmehrheit zwischen staatlichem Handeln und Unterlassen als formalistische Herangehensweise, die bei der

1373 US SC, *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 201 f.

1374 US Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Bowers v. De Vito*, Entscheidung vom 20.08.1982, 686 F.2d 616, 618. Ein Jahr später bekräftigte der Seventh Circuit – in einer erneut von *Judge Posner* verfassten Entscheidung – diese Sichtweise, siehe US Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Jackson v. Joliet*, Entscheidung vom 23.08.1983, 715 F.2d 1200, 1203.

1375 US SC, *Estelle v. Gamble*, Entscheidung vom 30.11.1976, 429 U.S. 97, 103. Weitere Konstellationen, in denen das Gericht Schutzpflichten bejaht hat, nennt *Brugger*, 2. Auflage 2001, 125 f.

1376 US SC, *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 203 ff. (*Brennan*, J., dissenting).

Auslegung des 14. Verfassungszusatzes nicht angezeigt sei.¹³⁷⁷ Vor diesem Hintergrund sowie mit Blick auf eine Vielzahl weiterer Überlegungen kritisieren viele Autoren die Charakterisierung der US-Bundesverfassung als „charter of negative liberties“.¹³⁷⁸ Dennoch kann mit Blick auf das Schutzpflichtenverständnis des US-Bundesverfassungsrechts festgehalten werden: „The government¹³⁷⁹ generally has no duty to provide protection from private inflicted harms.“¹³⁸⁰

Unter dem Grundgesetz sind grundrechtliche Schutzpflichten anerkannt. Textlicher Ausgangspunkt ist Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, der die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt vorsieht, die Menschenwürde zu achten und zu schützen. Die Pflicht des Staates, die Menschenwürde zu schützen, strahlt aufgrund des programmatischen Charakters des Artikels sowie des „Menschenwürdekerns aller Grundrechte“ auch auf die anderen Grundrechte aus.¹³⁸¹

Entwickelt wurde die Schutzpflicht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, beginnend mit dem eingangs zitierten Urteil *Schwangerschaftsabbruch I*.¹³⁸² Gegenstand des Verfahrens aus dem Jahr 1975 waren die von der sozialliberalen Koalition unter Willy Brandt reformierten

1377 US SC, *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 212 (*Blackmun*, J., dissenting). Kritik an der Unterscheidung übt auch *Bandes*, *The Negative Constitution: A Critique*, Michigan Law Review 88:8 (1990), 2271–2347, 2279 ff.

1378 Statt vieler *Currie*, University of Chicago Law Review 53:3 (1986), 864–890, 886; *Bandes*, Michigan Law Review 88:8 (1990), 2271–2347; *Gardbaum*, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, Michigan Law Review 107:3 (2008), 391–466, 455 ff.

1379 Vgl. auch hier den Bezug auf die fehlenden Pflichten der Staatsmacht i. S. v. *government*, während der Supreme Court in *DeShaney* z. T. auch die Pflichten des „Staates“ adressiert, siehe bspw. das Zitat oben vor Fn. 1372. Ausführlich hierzu oben Kapitel 6) C) III).

1380 *Chemerinsky*, 6. Auflage 2019, 600.

1381 *Mörtl*, Schutzpflichten (§ 68), in: Stern/Sodan/Mörtl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Band 3: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 2. Auflage 2022, Rn. 3 (Zitat); ferner *Volkmann*, § 16 Allgemeine Grundrechtslehren, in: Herdegen/Masing u.a. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, Rn. 59.

1382 Statt vieler *Sauer*, Vorbemerkungen vor Art. 1, in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), *Drei-er-Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, 4. Auflage 2023, Rn. 115 f. Für eine nach Falltypen geordnete Übersicht über die Verfassungsgerichtsrechtsprechung zur Schutzpflicht siehe *Isensee*, § 191: Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage 2011, 413–567, Rn. 146 ff.

strafrechtlichen Vorschriften zum Schwangerschaftsabbruch. Nach dem damaligen § 218a StGB waren Abtreibungen während der ersten zwölf Schwangerschaftswochen straffrei.¹³⁸³ Das Bundesverfassungsgericht verwarf diese Regelung als verfassungswidrig, da sie der staatlichen Pflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, „das werdende Leben wirksam zu schützen“, nicht ausreichend gerecht werde.¹³⁸⁴ Im Rahmen der Entscheidung formulierte das Gericht die Pflicht des Staates, sich „schützend und fördernd“ vor das Leben zu stellen, es also insbesondere auch vor „rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren“.¹³⁸⁵ Diese hat das Gericht in der Folge auf nahezu alle Grundrechte und verschiedenste Gefährdungskonstellationen ausgeweitet.¹³⁸⁶ Zuletzt entschied das Gericht vor dem Hintergrund des Klimawandels, die staatliche Schutzpflicht erfasse nicht nur gegenwärtige Grundrechtsgefährdungen, sondern könne den Staat auch zum Schutz künftiger Generationen verpflichten.¹³⁸⁷

Art. 1 Abs. 3 GG bindet alle drei Staatsgewalten an die Grundrechte.¹³⁸⁸ Eine besondere Stellung bei der Erfüllung staatlicher Schutzpflichten kommt dem Gesetzgeber zu, der den Schutz grundrechtlicher Güter einfachgesetzlich auszugestalten hat.¹³⁸⁹ Dabei sind einige Parameter zu beachten, die den gesetzgeberischen Ermessensspielraum begrenzen, etwa die Wertigkeit des in Rede stehenden Grundrechts.¹³⁹⁰ Außerdem muss die Legislative das Untermaßverbot berücksichtigen, das einen Mindestmaß staatlichen Schutzes verlangt, das nicht unterschritten werden darf.¹³⁹¹

1383 Die Vorschrift ist abgedruckt in BVerfG, *Schwangerschaftsabbruch I*, BVerfGE 39, 1, 5.

1384 BVerfG, *Schwangerschaftsabbruch I*, BVerfGE 39, 1, 51.

1385 BVerfG, *Schwangerschaftsabbruch I*, BVerfGE 39, 1, 42. Vgl. nahezu wortgleich die zweite Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch, siehe BVerfG, *Schwangerschaftsabbruch II*, Urteil vom 28.05.1993 (2 BvF 2/90 u.a.), BVerfGE 88, 203, 251.

1386 Volkmann, in: Herdegen/Masing u.a. (Hrsg.), 2021, Rn. 59.

1387 BVerfG, *Klimaschutz*, Beschluss vom 24.03.2021 (1 BvR 2656/18 u.a.), BVerfGE 157, 30, III.

1388 Möstl, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), 2. Auflage 2022, Rn. 3.

1389 Möstl, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), 2. Auflage 2022, Rn. 31.

1390 BVerfG, *Schwangerschaftsabbruch II*, BVerfGE 88, 203, 254.

1391 BVerfG, *Schwangerschaftsabbruch II*, BVerfGE 88, 203, 254. Als Folge dieser Maßgabe dürfte bspw. neben einer strafrechtlichen auch eine gewisse deliktsrechtliche Absicherung zentraler grundrechtlicher Güter wie des Rechts auf Leben oder Freiheit zwingend sein, vgl. Wagner, vor § 823, in: MüKo BGB, 8. Auflage 2020, Rn. 79. Einführend zum Untermaßverbot Sauer, Vorbemerkungen vor Art. 1, in: Brosius-Gersdorf (Hrsg.), 4. Auflage 2023, Rn. 119.

Staatliche Schutzpflichten sind sowohl unter der EMRK als auch der GRCh wie auch im Verfassungsrecht zahlreicher europäischer Staaten etabliert.¹³⁹² Den unter dem Dach der VN entstandenen Menschenrechtsverträgen entnehmen die Vertragsausschüsse ebenfalls seit Jahrzehnten staatliche Schutzpflichten, wie schon gezeigt wurde.¹³⁹³ Vor diesem Hintergrund lässt sich das Grundgesetz als Teil eines „internationalen Menschenrechtskonstitutionalismus“ auffassen, in dem Fragen der Drittwirkung sowie die Figur der staatlichen Schutzpflicht immer größere Bedeutung einnehmen.¹³⁹⁴

Die Grundrechte gewähren damit im Sinne ihrer Abwehrfunktion Schutz vor dem Staat (*status negativus*).¹³⁹⁵ Im Sinne des *status positivus* muss der Staat außerdem aktiv zur Grundrechtsverwirklichung beitragen, bspw. indem er den Einzelnen vor Gefährdungen durch nichtstaatliche Gefahrenquellen schützt.¹³⁹⁶

Der Kontrast zwischen der US-amerikanischen einerseits und der deutschen und europäischen Grundrechtstradition andererseits im Hinblick auf die Existenz grundrechtlicher Schutzpflichten ist gängiges Thema der Verfassungsvergleichung.¹³⁹⁷

1392 Vgl. nur *Szczekalla*, § 8: Funktionen der Grundrechte, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Auflage 2020, Rn. 7 ff. Ferner mit Blick auf EMRK und GRCh statt Vieler *Möstl*, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), 2. Auflage 2022, Rn. 2.

1393 Siehe oben Kapitel 3) C).

1394 *Volkman*, in: Herdegen/Masing u.a. (Hrsg.), 2021, Rn. 49.

1395 *Krieger*, Kapitel 6: Funktionen von Grund- und Menschenrechten, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 3. Auflage 2022, Rn. 22.

1396 *Krieger*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), 3. Auflage 2022, Rn. 22. Vgl. auch zum Grundgesetz *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), 3. Auflage 2011, 413–567, Rn. 1.

1397 *Grimm*, The Protective Function of the State, in: Nolte (Hrsg.), European and US Constitutionalism, 2005, 137–155, 137; *Volkman*, in: Herdegen/Masing u.a. (Hrsg.), 2021, Rn. 49. Auf die Unterschiede zwischen EMRK und US-amerikanischem Verfassungsrecht weist hin *Krieger*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), 3. Auflage 2022, Rn. 22.

- 2) Die Elemente der potentiellen Pflicht eines Staates, die Auslandsaktivitäten inländischer Unternehmen im Hinblick auf Menschenrechtsverletzungen zu regulieren
- a) Die Ratifikation menschenrechtlicher Verträge durch die USA und durch Deutschland

Die USA sind, wie bereits gezeigt, menschenrechtlichen Verträgen nur selten beigetreten oder haben ihrem Beitritt oftmals keine Ratifikation folgen lassen, während die Bundesrepublik alle wesentlichen Menschenrechtsverträge ratifiziert hat.¹³⁹⁸ Insbesondere haben die USA den VN-Sozialpakt nicht ratifiziert und unterliegen auch nicht der Jurisdiktion eines regionalen Menschenrechtsgerichtshofs, wie sie der EGMR über Deutschland ausübt.¹³⁹⁹ Die ablehnende US-amerikanische Haltung ist Ausfluss der insgesamt zurückhaltenden Eingehung völkerrechtlicher Verpflichtungen, die besonders prominent in der ausbleibenden US-amerikanischen Ratifizierung des Kyoto-Protokolls sowie des Rom-Statuts zum Vorschein kam.¹⁴⁰⁰ Damit ist schon der Normenbestand, aus dem sich menschenrechtliche Schutzpflichten der USA ergeben könnten, recht gering und nicht vergleichbar mit der großen Zahl der menschenrechtlichen Pflichten Deutschlands.

- b) Die Schutzpflichtendimension der Menschenrechte: US-amerikanische Ablehnung und deutsche Akzeptanz

Im Einklang mit ihrem nationalen Verfassungsrecht verwahren sich die USA in internationalen Foren gegen die Schutzpflichtendimension der Menschenrechte, obwohl der Menschenrechtsausschuss diese Haltung bereits kritisierte: Im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens nach Art. 40 IP-Bürg müssen die Vertragsstaaten darlegen, welche Maßnahmen sie zur Verwirklichung der Paktrechte treffen. In seiner Prüfung des zweiten und

1398 Siehe oben Kapitel 6) C) 1) 2).

1399 Die USA sind der IAMRK nicht beigetreten. Zur insgesamt zurückhaltenden Unterwerfung der Großmächte, etwa der P5, unter die Zuständigkeit internationaler Gerichte vgl. *Alter*, *The New Terrain of International Law*, 2014, 101.

1400 *Aust*, in: Lammert/Siewert/Vormann (Hrsg.), 3. Auflage 2023 (im Erscheinen), abrufbar unter https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-3-658-04125-0_58-2 (zuletzt besucht: 22.12.2023, im dortigen Dokument S. 5).

dritten US-Berichts stellt der Ausschuss im Jahr 2006 mit Besorgnis fest, dass die USA ihre Verpflichtungen aus dem Pakt restriktiv auslegen.¹⁴⁰¹ Dies führt der Ausschuss insbesondere auf die distanzierte Haltung der USA hinsichtlich der Schutzpflichtendimension der Menschenrechte zurück.¹⁴⁰² Dennoch bekräftigten die USA in der Folge ihre Position: In ihrer Stellungnahme zur Allgemeinen Bemerkung Nr. 31 des VN-Menschenrechtsausschusses erklären die USA, menschenrechtliche Schutzpflichten seien denkbar, wenn ein Vertrag staatliches Handeln zum Schutz des Individuums vor privatem Handeln ausdrücklich anordnet; eine allgemeine Schutzpflicht könne Art. 2 IPBürg jedoch nicht entnommen werden.¹⁴⁰³

Die beiden jüngsten Allgemeinen Bemerkungen des VN-Menschenrechtsausschusses adressieren das Recht auf Leben (2018) sowie die Versammlungsfreiheit (2020). In beiden Erklärungen hat der Ausschuss seine Position bestätigt, dass die Paktrechte Schutzpflichten auslösen können, und beide diesbezügliche Passagen wurden von den USA kritisiert.¹⁴⁰⁴

1401 VN-Menschenrechtsausschuss, Concluding Observations on the Second and Third Periodic Report of the United States of America, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18.12.2006, Rn. 10.

1402 VN-Menschenrechtsausschuss, Concluding Observations on the Second and Third Periodic Report of the United States of America, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18.12.2006, Rn. 10. Hierzu auch McQuigg, Domestic Violence and the Inter-American Commission on Human Rights: *Jessica Lenahan (Gonzales) v United States*, Human Rights Law Review 12:1 (2012), 122–134, 133.

1403 Vereinigte Staaten von Amerika, Observations on the Human Rights Committee's General Comment No. 31, 27.12.2007, teilw. abgedruckt in: Digest of United States Practice in International Law 2007, „Human Rights“, 270, 275 (Rn. II; Fußnoten ausgelassen): „While the United States agrees that, in certain areas, the Covenant entails positive obligations that extend to private acts, the Committee's General Comment sweeps too broadly and categorically. As a general matter, with notable exceptions such as slavery, a human rights violation entails state action. Human rights treaties may contain provisions that clearly and specifically impose obligations upon States Parties to prevent, in certain limited circumstances, particular kinds of misconduct by private parties or non-state actors. Article 2, however, contains no language stating that Covenant obligations extend to private, non-governmental acts, and no such obligations can be inferred from Article 2.“

1404 Siehe zum Recht auf Leben VN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 36 (2018) on the Right to Life (Article 6), UN Doc. CCPR/C/GC/36, 03.09.2019, Rn. 18; zur Kritik der USA siehe Vereinigte Staaten von Amerika, Observations on the Human Rights Committee's Draft General Comment No. 36 on Article 6: Right to Life, 06.10.2017, teilw. abgedruckt in: Digest of United States Practice in International Law 2017, „Human Rights“, 186; in Gänze ist die Stellungnahme abrufbar unter <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/general-comment-no-36-article-6-right-life> (zuletzt besucht: 22.12.2023). Zur Versammlungsfreiheit

Zu den Gründen, die neben der abwehrrechtlichen Zentrierung der US-amerikanischen Grundrechte als Erklärung für die Ablehnung der menschenrechtlichen Schutzpflicht angeführt werden, zählt die föderalistische Struktur der USA: Während die Aushandlung völkerrechtlicher Verträge der Zentralregierung obliegt, sind bspw. im Bereich des Privatrechts die Einzelstaaten zuständig.¹⁴⁰⁵ Folglich kann die Umsetzung völkervertragsrechtlicher Pflichten nach der inneramerikanischen Kompetenzverteilung den Einzelstaaten unterfallen, ohne dass die Regierung sicherstellen kann, dass diese der Verpflichtung nachkommen.¹⁴⁰⁶ Aus völkerrechtlicher Sicht ist dies allerdings unbeachtlich: Nach Art. 27 S.1 WVK kann sich ein Vertragsstaat nicht auf sein innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen. Da diese Regel völkergewohnheitsrechtlichen Charakter hat, bindet sie auch die USA, die der WVK zwar beigetreten sind, sie aber nicht ratifiziert haben.¹⁴⁰⁷ Unter Verweis auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 31, die Art. 27 WVK aufgreift¹⁴⁰⁸, hat der VN-Menschenrechtsausschuss die USA bereits aufgefordert, Maßnahmen zu ergreifen, um den Konventionsrechten zu größtmöglicher Wirkung auf Bundes- sowie Einzelstaaten- und kommunaler Ebene zu verhelfen.¹⁴⁰⁹

Ihre Ablehnung menschenrechtlicher Schutzpflichten haben die Vereinigten Staaten auch im Rahmen des *Lenahan*-Verfahrens vor der Inter-amerikanischen Menschenrechtskommission (IAKMR) kundgetan. Gegenstand des Verfahrens war die Verschleppung und spätere Ermordung dreier

VN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 37 (2020) on the Right of Peaceful Assembly (Article 21), UN Doc. CCPR/C/GC/37, 17.09.2020, Rn. 25; zur Kritik der USA siehe *Vereinigte Staaten von Amerika*, Observations on the Human Rights Committee's Draft General Comment No. 37 on Article 21: Peaceful Assembly, 14.02.2020, teilw. abgedruckt in: Digest of United States Practice in International Law 2020, „Human Rights“, 254, 263 (Rn. 36).

1405 Siehe nur Miller, American Journal of Comparative Law Supplement 62:4 (2014), 133–150, 141. Zu den RUDs, die die USA menschenrechtlichen Verträgen beifügen, um ihre föderale Struktur zu betonen, siehe Sadat/George, Washington University Journal of Law & Policy 60:1 (2019), 1–90, 38 f.

1406 Diese Konstellation lag dem *LaGrand*-Fall zugrunde, in dem die USA argumentierten, Exekutionen durch die Einzelstaaten nicht unterbinden zu können, siehe Crawford, 2. Auflage 2007, 488.

1407 Vgl. nur Schmalenbach, Art. 27, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Auflage 2018, Rn. 5.

1408 VN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 31 (2004), Rn. 4.

1409 VN-Menschenrechtsausschuss, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of the United States of America, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/4, 23.04.2014, Rn. 4 (b).

Kinder durch ihren vorbestraften Vater.¹⁴¹⁰ Die örtliche Polizei unternahm trotz mehrfacher Aufforderungen durch die Mutter keine Anstrengungen, die Kinder aufzufinden. Nachdem die Klage der Mutter bis hin zum Supreme Court¹⁴¹¹ erfolglos blieb, wandte sie sich an die IAKMR¹⁴¹²: Das Verhalten der US-Behörden verstoße gegen zahlreiche Garantien der Amerikanischen Erklärung der Rechte und Pflichten des Menschen. In ihrer Entscheidung wies die Kommission u. a. den US-amerikanischen Einwand

1410 *Interamerikanische Menschenrechtskommission*, Lenahan (Gonzales) v. United States of America, Case 12.626, Bericht No. 80/11 vom 21.07.2011, abgedruckt in: ILM 51:1 (2012), 54–105.

1411 US SC, *Town of Castle Rock v. Gonzales*, Entscheidung vom 27.06.2005, 545 U.S. 748.

1412 Zur Einordnung des Verfahrens ist eine kurze Einführung in das interamerikanische Menschenrechtssystem notwendig: Die Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) wurde im Jahr 1948 gegründet. Bereits wenige Tage nach ihrer Gründung verabschiedete sie die Amerikanische Erklärung der Rechte und Pflichten des Menschen, das erste völkerrechtliche Menschenrechtsdokument überhaupt, siehe *Grossman*, American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948), in: Peters/Wolfrum (Hrsg.), MPEPIL, 2010, Rn. 11 ff. Neben der OAS ist die im Jahr 1969 unterzeichnete Interamerikanische Menschenrechtskonvention (IAMRK) die zweite wichtige Säule des interamerikanischen Menschenrechtssystems. Einige OAS-Mitglieder wie die USA sind der Interamerikanischen Menschenrechtskonvention allerdings nicht beigetreten, unterfallen also nicht der Zuständigkeit des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR), der durch die Konvention eingesetzt wurde (Art. 33 (b), 52 ff. IAMRK). Auch vor diesem Hintergrund nimmt die Interamerikanische Menschenrechtskommission eine wichtige Rolle innerhalb des interamerikanischen Systems ein: Sie ist sowohl Vertragsorgan der OAS als auch der IAMRK (Art. 106 OAS-Charta; Art. 34 ff. IAMRK). Zu ihren Zuständigkeiten gehört das Beschwerdeverfahren, das u. a. Individuen anstrengen können. Ist der Staat, gegen den sich eine Beschwerde richtet, wie die USA nicht Mitglied der Interamerikanischen Menschenrechtskonvention, bewertet die Kommission das gerügte Verhalten am Maßstab der Amerikanischen Menschenrechtserklärung, die der Gerichtshof in einem Gutachten aus dem Jahr 1989 als verbindlich eingestuft hat (siehe IAMRK, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, Gutachten vom 14.07.1989, Rn. 43 ff.). Die Zuständigkeit der Kommission ergibt sich in diesen Fällen aus Art. 20 IAKMR-Statut (Statut der Interamerikanischen Menschenrechtskommission, angenommen durch Resolution Nr. 447 Generalversammlung der OAS, Oktober 1979). Für eine Einführung in das interamerikanische Menschenrechtssystem siehe *Antkowiak/Gonza*, The American Convention on Human Rights, 2017, 5 ff.; *Stendel*, 2023, 285 ff. Siehe zuletzt die Fundstellen der Menschenrechtserklärung (*Konferenz der amerikanischen Staaten*, Amerikanische Erklärung der Rechte und Pflichten des Menschen vom 02.05.1948, abgedruckt in UN Doc. E/CN.4/122) sowie der IAMRK (Interamerikanische Menschenrechtskonvention vom 22.11.1969, 1144 UNTS 123).

der fehlenden Schutzpflichtendimension der Rechte aus der Erklärung zurück und stellte einen Schutzpflichtenverstoß der USA fest.¹⁴¹³

In der US-amerikanischen Literatur wurde die Betonung der menschenrechtlichen Schutzpflicht durch die IAKMR als wichtiges Gegengewicht zur Ablehnung grundrechtlicher Schutzpflichten durch den Obersten Gerichtshof gewertet.¹⁴¹⁴ Dieser Gedankengang findet sich häufiger in der US-Literatur: Bspw. argumentieren *Sadat/George*, die USA müssten der grassierenden Waffengewalt im Land stärker entgegenwirken, um ihren menschenrechtlichen Schutzpflichten gerecht zu werden.¹⁴¹⁵

Für die Bundesrepublik ist die Schutzpflicht dagegen unstrittiger Bestandteil ihrer menschenrechtlichen Pflichten, zumal die grundgesetzlichen und die menschenrechtlichen Schutzpflichten ohnehin Gemeinsamkeiten aufweisen: In ihrem fünften Bericht an den VN-Menschenrechtsausschuss nach Art. 40 IPBürg hat die Bundesrepublik auf diesen Einklang etwa mit Blick auf das Recht auf Leben hingewiesen.¹⁴¹⁶

1413 *Interamerikanische Menschenrechtskommission*, Lenahan (Gonzales) v. United States of America, Case 12.626, Bericht No. 80/11 vom 21.07.2011, abgedruckt in: ILM 51:1 (2012), 54–105, 72 ff. (Rn. 102 ff.).

1414 Siehe bereits vor der Entscheidung der Kommission *Bettinger-Lopez*, Jessica Gonzales v. United States: An Emerging Model for Domestic Violence & Human Rights Advocacy in the United States, *Harvard Human Rights Journal* 21:2 (2008), 183–196, 192 f.; *Sennett*, Lenahan (Gonzales) v. United States of America: Defining Due Diligence, *Harvard International Law Journal* 53:2 (2012), 537–548, 544 ff. Vgl. auch die Kontrastierung der *DeShaney*-Entscheidung des Supreme Courts mit der Rechtsprechung des IAGMR zur menschenrechtlichen Schutzpflicht bei *Shelton*, Private Violence, Public Wrongs, and the Responsibility of States, *Fordham International Law Journal* 13:1 (1989), 1–34. Aus der internationalen Literatur *McQuigg*, *Human Rights Law Review* 12:1 (2012), 122–134, 132.

1415 *Sadat/George*, *Washington University Journal of Law & Policy* 60:1 (2019), 1–90, 36 ff. (insbesondere 42 ff.). Mit ähnlicher Stoßrichtung auf die Problematik des Kindesmissbrauchs in den USA eingehend *Schriwer*, Establishing an Affirmative Governmental Duty to Protect Children's Rights: The European Court of Human Rights as a Model for the United States Supreme Court, *University of San Francisco Law Review* 34:2 (2000), 379–408.

1416 *Deutsche Bundesregierung*, Fifth Periodic Report under Art. 40 ICCPR vom 04.12.2002, UN Doc. CCPR/C/DEU/2002/5, Rn. 45 ff.

c) Der Kontrast zwischen der US-amerikanischen und der deutschen Haltung bzgl. der extraterritorialen Reichweite der Menschenrechte

Schließlich verneinen die USA seit den 1990er-Jahren die extraterritoriale Reichweite ihrer menschenrechtlichen Verpflichtungen.¹⁴¹⁷ Besondere Brisanz erlangte die US-amerikanische Position während des *war on terror*: Bspw. errichteten die USA das Guantanamo-Gefängnis gerade außerhalb der USA, um ihren US- wie völkerrechtlichen Pflichten gegenüber den Inhaftierten entfliehen zu können.¹⁴¹⁸ Hinsichtlich des IPBürg verweisen die USA auf den Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 des Vertrages: Danach verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, die Konventionsgarantien „allen in seinem Gebiet befindlichen *und* seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen“ zuzusichern; in der englischen Fassung: „within its territory *and* subject to its jurisdiction“¹⁴¹⁹. Die USA verstehen die Vorschrift kumulativ: Eine Menschenrechtsbindung bestehe nur auf dem eigenen Hoheitsgebiet bei gleichzeitiger Ausübung von Hoheitsgewalt.¹⁴²⁰ Dafür spräche etwa die Entstehungsgeschichte der Formulierung, die auf Drängen der USA in den Vertragstext aufgenommen worden sei.¹⁴²¹ Mit der einschränkenden Formulie-

1417 Aus der umfassenden Literatur statt vieler *Hathaway/Levitz/Nielsen/Nowlan*, Human Rights Abroad: When Do Human Rights Treaty Obligations Apply Extraterritorially?, *Arizona State Law Journal* 43:2 (2011), 389–426, 390 ff.; *Van Shaack*, The United States' Position on the Extraterritorial Application of Human Rights Obligations: Now Is the Time for Change, *International Law Studies Series*. US Naval War College 90 (2014), 20–65, 22 ff., 53 ff.; *Murphy*, 3. Auflage 2018, 405. Der schon vielfach rezipierte *Koh* erarbeitete während seiner Tätigkeit als Völkerrechtsberater der US-amerikanischen Regierung zwei Vermerke, in denen er dafür warb, die USA möge die kategorische Ablehnung einer extraterritorialen Menschenrechtsbindung aufgeben, siehe *Milanovic*, Harold Koh's Legal Opinions on the US Position on the Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, *EJIL:talk*, 07.03.2014, abrufbar unter <https://www.ejiltalk.org/harold-kohs-legal-opinions-on-the-us-position-on-the-extraterritorial-application-of-human-rights-treaties/> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

1418 Ausführlich mit regelmäßigen Verweisen auf US-amerikanische Praktiken *Milanovic*, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy, 2011 (zu Guantánamo 54 ff., 98 ff.).

1419 Eigene Hervorhebung. Zur Auslegung der Bestimmung siehe bereits oben Fn. 341.

1420 *Wenzel*, Human Rights Treaties, Extraterritorial Application and Effects, in: *Peters/Wolfrum* (Hrsg.), *MPEPIL*, 2008, Rn. 4.

1421 *Vereinigte Staaten von Amerika*, Third Periodic Report under Article 40 ICCPR vom 28.11.2005, UN Doc. CCPR/C/USA/3, Annex I; *Dennis*, Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Operations, *AJIL* 99:1 (2005), 119–141, 123 f.

rung sei darauf abgezielt worden, dass die Vertragsstaaten außerhalb ihres Staatsgebietes, etwa im Rahmen einer Besatzung wie der Deutschlands nach dem Zweiten Weltkrieg, keinen menschenrechtlichen Bindungen unterliegen.¹⁴²²

International wird die US-amerikanische Deutung jedoch kaum geteilt: Die Ausgestaltung von Art. 2 Abs. 1 IPBürg sollte nicht den Ausschluss jeglicher extraterritorialer Bindungen der Konventionsstaaten bewirken; vielmehr sollte sichergestellt werden, dass im Ausland lebende Staatsangehörige gegenüber ihrem Herkunftsstaat keine Konventionsrechte geltend machen können, deren Gewährung Sache des Wohnsitzstaates ist.¹⁴²³ So bejahen sowohl der IGH als auch der Menschenrechtsausschuss die extraterritoriale Anwendbarkeit des IPBürg.¹⁴²⁴ Dennoch bekräftigen die USA konstant ihre ablehnende Position, etwa in ihrer Stellungnahme zur Allgemeinen Bemerkung Nr. 36 des VN-Menschenrechtsausschusses zum Recht auf Leben, die die extraterritorialen Staatenpflichten im Hinblick auf das Konventionsrecht betont.¹⁴²⁵ Dagegen schützen einige Rechte aus der US-Verfassung US-Bürger auch im Ausland; inwieweit die Grundrechte der US-Verfassung auch Interaktionen zwischen den USA und ausländischen Personen außerhalb des US-amerikanischen Staatsgebiets erfassen, ist weniger klar.¹⁴²⁶

1422 *Vereinigte Staaten von Amerika*, Third Periodic Report under Article 40 ICCPR vom 28.11.2005, UN Doc. CCPR/C/USA/3, Annex I; *Dennis*, AJIL 99:1 (2005), 119–141, 124.

1423 Siehe nur IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 2004 ICJ Reports 136, Rn. 109.

1424 Siehe ausführlich oben Fn. 341. Ferner direkt die US-amerikanische Position kritisierend VN-Menschenrechtsausschuss, Concluding Observations on the Second and Third Periodic Report of the United States of America, UN Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18.12.2006, Rn. 3, 10.

1425 Vgl. VN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 36 (2018), Rn. 63. Dagegen die Auffassung der USA: „As the United States has previously advised, the Covenant applies only to individuals who are both within the territory of a State Party and subject to its jurisdiction. This interpretation is the most consistent with the ordinary meaning of Covenant text and its negotiating history (...).“ Siehe *Vereinigte Staaten von Amerika*, Observations on the Human Rights Committee’s Draft General Comment No. 36 on Article 6: Right to Life, 06.10.2017, teilw. abgedruckt in: Digest of United States Practice in International Law 2017, „Human Rights“, 186, 188 (Rn. 13).

1426 *Bradley*, 3. Auflage 2020, 175 ff.; ausführliche Rechtsprechungsübersicht bei *Veneziano*, Applying the U.S. Constitution Abroad, from the Era of the U.S. Founding to the Modern Age, Fordham Urban Law Journal 46:3 (2019), 602–640, 608 ff.

Die Bundesregierung erkennt die extraterritoriale Wirkung der Menschenrechtsgarantien des IPBürg mit Blick auf Auslandseinsätze der Bundeswehr ausdrücklich an.¹⁴²⁷ Außerdem bejahen deutsche Gerichte einschließlich des Bundesverfassungsgerichts die extraterritoriale Reichweite der Grundrechte, wobei sie die Rechtsprechung des EGMR, der die extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK in zahlreichen Konstellationen bejaht, als Auslegungshilfe berücksichtigen (müssen).¹⁴²⁸

3) Der Zusammenhang zwischen dem Verfassungsrecht und den völkerrechtlichen Positionen der Untersuchungsländer sowie der Thematisierung der Schutzpflicht in der Korpusliteratur

Die menschenrechtliche Schutzpflicht des Staates ist eine der drei Säulen der VN-Leitprinzipien, dem bis heute zentralen Dokument zum Thema Wirtschaft und Menschenrechte. Dass die Schutzpflicht in der deutschen Korpusliteratur intensiv diskutiert wird, ist daher nicht überraschend, zumal deutsche Juristen aufgrund der Akzeptanz der Schutzpflicht im Verfassungsrecht in der Auseinandersetzung mit Schutzpflichten geübt sind.¹⁴²⁹

1427 Vgl. nur *Deutsche Bundesregierung*, 15. Bericht der Bundesregierung über ihre Menschenrechtspolitik, BT-Drcks. 20/4865, 07.12.2022, 156; *Deutsche Bundesregierung*, National Report Submitted in Accordance with Paragraph 5 of the Annex to HRC Resolution 16/21, UN Doc. A/HRC/WG.6/16/DEU/1, 07.02.2013, Rn. 18; *Deutsche Bundesregierung*, Sixth Periodic Report under Art. 40 ICCPR vom 18.04.2011, UN Doc. CCPR/C/DEU/6, Rn. 77 ff.; *Deutsche Bundesregierung*, Comments by the Government of Germany to the Concluding Observations of the Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/CO/80/DEU/Add.1, 11.04.2005; weitere Nachweise bei *Schmahl*, Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt im Ausland, NJW 73:31 (2020), 2221–2224, 2223 (Fn. 37).

1428 Vgl. bspw. BVerfG, *BND*, Urteil vom 19.05.2020 (1 BvR 2835/17), BVerfGE 154, 152, 216 ff. Einen aktuellen Überblick über die Rechtsprechung deutscher Gerichte zur extraterritorialen Reichweite der Grundrechte gibt *Gött*, Extraterritoriale Bindung deutscher Grundrechte, DÖV 75:15 (2022), 616–626. Ausführlich zum beim BVerfG anhängigen *Ramstein*-Verfahren (Az. 2 BvR 508/21), das die extraterritoriale Reichweite der staatlichen Schutzpflicht betrifft, siehe *Marauhn/Mengeler/Strobel*, Deutsche Außen- und Verteidigungspolitik vor dem BVerwG: Extraterritoriale grundrechtliche Schutzpflichten bei US-amerikanischen Drohneneinsätzen, AdV 59:3 (2021), 328–351. Für eine Übersicht der EGMR-Rechtsprechung siehe *Röben*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), 3. Auflage 2022, Rn. 109 ff.; *Johann*, Art. 1, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 3. Auflage 2022, Rn. 20 ff.

1429 Die Frage, inwieweit den Staat menschenrechtliche Schutzpflichten in den typischen BHR-Fallkonstellationen treffen, beleuchten oder adressieren auch außerhalb der Korpusliteratur zahlreiche Stellungnahmen, siehe bspw. aus der Monogra-

Der Gesetzesbegründung des LkSG lässt sich nicht entnehmen, ob die Bundesregierung die Bundesrepublik völkerrechtlich zum Erlass des Gesetzes verpflichtet sah.¹⁴³⁰ Allerdings lehnt die Bundesrepublik die Elemente einer solchen Pflicht¹⁴³¹ – die Schutzpflichtendimension sowie die extraterritoriale Reichweite der Menschenrechte – auch nicht kategorisch ab. Gerade die Schutzpflicht hat die Bundesregierung im Nationalen Aktionsplan für Wirtschaft und Menschenrechte für die Jahre 2016 bis 2020, der die VN-Leitprinzipien umsetzte, mehrfach betont.¹⁴³² Daher fand die deutsche Schutzpflichtendiskussion in einem Rahmen statt, in dem der wissenschaftliche Befund, Staaten seien zum Erlass von Gesetzen vom Typ eines Lieferkettengesetzes verpflichtet, nicht völlig konträr zu den menschenrechtlichen Positionen Deutschlands stand.

Dass sich die US-Korpusliteratur weniger intensiv mit der (Reichweite der) menschenrechtlichen Schutzpflicht befasst, ist angesichts der zentralen Rolle der Schutzpflicht in den VN-Leitprinzipien das erklärungsbedürftigere Ergebnis als der deutsche Fokus auf die Schutzpflicht.

Die geringe Prominenz der Schutzpflicht in der US-amerikanischen Korpusliteratur korreliert zunächst mit dem geringen Stellenwert der Schutzpflicht im US-amerikanischen Verfassungsrecht. Allerdings folgt weder aus der abwehrrechtlichen Grundrechtstradition noch aus der Ablehnung menschenrechtlicher Schutzpflichten durch die US-Regierung, dass die Schutzpflicht in der US-amerikanischen Völkerrechtswissenschaft keinerlei Rolle spielte: Die Beiträge, die die Schutzpflichtendimension der Menschenrechte in den US-amerikanischen (Verfassungsrechts-)Diskurs etwa über das Thema Waffengewalt einbringen,¹⁴³³ zeugen ebenso davon wie der (kleine) Teil der US-amerikanischen Korpusliteratur, der sich mit der Schutzpflicht befasst. Außerdem wird die Existenz von (extraterritorialen) Schutzpflichten

phieliteratur Koenen, Wirtschaft und Menschenrechte: Staatliche Schutzpflichten auf der Basis regionaler und internationaler Menschenrechtsverträge, 2012; Papp, Extraterritoriale Staatenpflichten: Völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz und die deutsche Außenwirtschaftsförderung, 2013.

1430 Vgl. etwa den Hinweis auf die „Verantwortung zum Schutz der Menschenrechte“, siehe *Deutsche Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, 19.04.2021, BT-Drcks. 19/28649, 1. Ausführlich Jahn, § 2 Abs. 1, in: Jahn (Hrsg.), LkSG, 2023, Rn. 50 f.

1431 Deren Existenz ist allerdings, wie gezeigt, nicht gesichert.

1432 *Deutsche Bundesregierung*, Nationaler Aktionsplan: Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (2016–2020), 5, II. Zur vorherigen Praxis der Bundesrepublik Haider, 2019, 146 f.

1433 Vgl. oben Fn. 1414, 1415.

ten in der Korpusliteratur nicht verneint; die US-Korpusliteratur folgt also nicht den Positionen der US-amerikanischen Regierung, vielmehr spielt die Schutzpflicht in der US-Literatur schlicht eine geringere Rolle.¹⁴³⁴ Bzgl. des Stellenwerts der Schutzpflicht stellt das Menschenrechtslehrbuch von *Henkin/Cleveland/Helfer/Neuman/Orentlicher* fest, dass „the positive aspect of civil rights receives greater emphasis in international human rights law than in U.S. constitutional law.“¹⁴³⁵ Diese Beobachtung lässt sich mit Blick auf das Thema BHR um eine weitere Komponente ergänzen: Die menschenrechtliche Schutzpflicht wird in der deutschen Völkerrechtsliteratur intensiver als in der US-amerikanischen diskutiert.

Auch wenn die Korpusliteratur nicht die Auffassungen der US-amerikanischen Regierung übernimmt, so dürften die menschenrechtlichen Positionen der USA doch eine Rolle für die geringe Thematisierung der Schutzpflicht spielen. Denn die Akzeptanz einer extraterritorialen Schutzpflicht durch die USA würde einen doppelten Paradigmenwechsel in der US-amerikanischen Interpretation der Menschenrechte verlangen: die Anerkennung der Schutzpflichtendimension sowie der extraterritorialen Reichweite der Menschenrechte.¹⁴³⁶ Außerdem haben die USA den VN-Sozialpakt bis heute nicht ratifiziert, sodass die auf diesen Vertrag gestützte Argumentation zugunsten der Existenz extraterritorialer Staatenpflichten im Bereich BHR gegenüber den USA nicht vorgebracht werden kann. Ferner obliegen die USA keiner Jurisdiktion eines regionalen Menschenrechtsgerichtshofs, der, wie es in Deutschland durch den EGMR der Fall ist, kontinuierlich die *positive obligations* seiner Mitgliedstaaten betont. All dies könnte zu dem geringen Interesse an einer intensiven Auseinandersetzung mit der menschenrechtlichen Schutzpflicht und ihrer extraterritorialen Reichweite in der US-amerikanischen Korpusliteratur beigetragen haben.

1434 Vgl. auch den Hinweis auf die menschenrechtliche Schutzpflicht im Restatement Third, siehe *American Law Institute*, Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of The United States (1987), § 702 Reporters' Note 2.

1435 *Henkin/Cleveland/Helfer/Neuman/Orentlicher* (Hrsg.), Human Rights, 2. Auflage 2009, 1148.

1436 Vgl. insoweit auch die vorsichtige Formulierung hinsichtlich der menschenrechtlichen Schutzpflicht in der US-amerikanischen Stellungnahme nach Annahme der VN-Leitprinzipien durch den Menschenrechtsrat, siehe <https://geneva.usmission.gov/2011/06/16/humanrightsandtransnationalcorps/> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

III) Die Prominenz des ATS als Erklärung für die weniger intensive Thematisierung menschenrechtlicher Schutzpflichten in der US-Korpusliteratur?

Hinzu kommt eine weitere Überlegung: Ist in der deutschen Debatte von Extraterritorialität die Rede, wird in aller Regel die Reichweite der menschenrechtlichen Schutzpflicht gemeint sein. Befasst man sich in der US-amerikanischen BHR-Diskussion dagegen mit Extraterritorialität, geht es spätestens seit der *Kiobel*-Entscheidung des Supreme Courts ganz überwiegend um die *presumption against extraterritoriality doctrine*, die den Anwendungsbereich des ATS erheblich beschneidet. Die Frage nach der territorialen Reichweite betrifft in der US-Korpusliteratur also häufig die Reichweite des ATS, in der deutschen Debatte dagegen die Reichweite der menschenrechtlichen Schutzpflicht.

Der Fokus auf die *presumption*-Doktrin in der US-Korpusliteratur könnte Ausdruck eines größeren Phänomens sein: Während des Untersuchungszeitraums gab es mit dem ATS ein weltweit bekanntes US-amerikanisches Gesetz, mittels dessen Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen adressiert werden konnten. Teile der US-Korpusliteratur befassen sich also mit der Auslegung und der Zukunft eines *konkreten* Gesetzes, während bspw. in Deutschland ein auf die typischen BHR-Fallkonstellationen zugeschnittenes Gesetz bis zum Erlass des LkSG fehlte.

Der Erlass von Gesetzen gehört zu den Maßnahmen, die ein Staat ergreifen kann und unter Umständen muss, um seine menschenrechtlichen Schutzpflichten zu erfüllen. Dazu gehört gerade auch der Erlass deliktischer Haftungstatbestände.¹⁴³⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint es denkbar, dass der Fokus auf das ATS, mithin auf einen konkreten Mechanismus, die abstrakte Frage nach der Existenz extraterritorialer Schutzpflichten in der US-amerikanischen Debatte hat in den Hintergrund treten lassen.¹⁴³⁸

1437 So allgemein mit Blick auf staatliche Schutzpflichten Wagner, *RebelsZ* 80:4 (2016), 717–782, 722.

1438 Ein dem deutschen LkSG vergleichbares Gesetz gibt es auf Bundesebene in den USA bisher nicht, vgl. oben Fn. 69.

E) Die Zusammensetzung der Literaturkorpora und gängige
Argumentationsmuster

Das zentrale Anliegen der deutschen Staatsrechtslehre liegt darin, „Probleme am Maßstab des positiven Rechts zu lösen bzw. lösbar zu machen.“¹⁴³⁹ Dies gilt auch für die deutsche Völkerrechtswissenschaft, die sich trotz des Zulaufs anderer Strömungen weiterhin vorwiegend als am positiven Recht ausgerichtete, dogmatische Disziplin versteht.¹⁴⁴⁰ Indem die deutsche Korpusliteratur ganz überwiegend das positive Völkerrecht im Hinblick auf das Thema BHR adressiert, entspricht sie dieser Ausrichtung.

Unmittelbar erkennen lässt sich diese Ausrichtung häufig bereits anhand des Ziels vieler Beiträge, einen Überblick über die relevanten Rechtsfragen rund um das Thema BHR zu geben: So liegt das Anliegen vieler Beiträge darin, die (völker-)rechtlichen Instrumente in den Blick zu nehmen, mittels derer Unternehmen reguliert und Menschenrechtsverletzungen geahndet werden können. Da viele Beiträge einschließlich der Lehrbücher mehrere dieser Themen (bei schwerpunktmäßiger Analyse eines Aspekts) beleuchten, weist die deutsche Korpusliteratur insgesamt eine große Einheitlichkeit auf.

Ein wesentliches Muster der deutschen Literatur liegt ferner darin, auf die dogmatischen Grundlagen der Thematik hinzuweisen, sei es bei der Wiedergabe des Stands des Rechts oder bei der Entwicklung neuer Ansätze.¹⁴⁴¹ Entsprechend wird die Unterscheidung zwischen *lex lata* und *lex ferenda* bzw. zwischen rechtlichen und politischen Argumenten häufig ausdrücklich betont. Die Einheitlichkeit der deutschen Korpusliteratur ergibt sich folglich nicht nur aufgrund der adressierten Themen, sondern auch aus der z. T. ähnlichen Gedankenfolge und Argumentationsweise vieler Beiträge.

Im Vergleich zur deutschen ist die US-amerikanische Korpusliteratur allein schon aufgrund der intensiven ATS-Debatte, aber auch aufgrund der Beiträge, die nicht (ausschließlich) der Analyse geltendrechtlicher Fragen gewidmet sind, sehr vielfältig.¹⁴⁴² Dieser Befund ist vor dem Hintergrund

1439 von Arnould, in: VVDStRL 74 (2014), 2015, 39–87, 45.

1440 Vgl. Nolte, ZaöRV 67:3 (2007), 657–674, 673: „Der Kernbereich der Völkerrechtswissenschaft ist immer noch die rechtsdogmatische Analyse.“ Ferner Krisch, in: Roberts/Stephan u.a. (Hrsg.), 2018, 91–109, 105 f.

1441 Vgl. bspw. die Äußerungen vor oder in den Fn. 768, 796, 840, 843, 875, 878, 886, 909, 920 und 921.

1442 Siehe oben Kapitel 4) I).

der US-amerikanischen Völkerrechtswissenschaftstradition zu sehen, in der Perspektiven geschätzt sind, die nicht (allein) das geltende (Völker-)Recht analysieren: Bspw. ist der empirische Beitrag *Sarfatys*¹⁴⁴³ ein typisches Beispiel für die in der US-amerikanischen (Völker-)Rechtswissenschaft fest verankerte empirische Analyse des Rechts. Außerdem können die Beiträge *Butlers* als Ausdruck der in der US-amerikanischen Völkerrechtswissenschaft geschätzten prozess- und akteurszentrierten Herangehensweise gedeutet werden.

Die größere Einheitlichkeit der deutschen sowie die thematische wie methodische Vielfalt der US-amerikanischen Literatur ist Ausdruck der unterschiedlichen völkerrechtswissenschaftlichen Traditionen, die wiederum auf die Ausrichtung der Zeitschriften ausstrahlen. So stellen die Autorenhinweise des AJIL, das für die US-amerikanische Völkerrechtsforschung tonangebend ist, klar: „For lead articles, AJIL is unlikely to publish purely doctrinal analysis (...). It is much more likely to publish articles that analyze cross-cutting issues and/or make bigger picture theoretical, empirical, or prescriptive claims.“¹⁴⁴⁴ Auf der anderen Seite reflektieren die Abhandlungen im Archiv des Völkerrechts laut der Webseite der Zeitschrift „dogmatische und theoretische Grundfragen des Völkerrechts ebenso wie die Entwicklung der internationalen Rechtsprechung“¹⁴⁴⁵.

Ein weiterer Grund für die große Vielfalt der US-Literatur ist das Themenspektrum vieler US-amerikanischer *international law journals*, das häufig neben dem Völker- auch das Internationale Privatrecht sowie andere Themen mit internationalen Bezügen umfasst.¹⁴⁴⁶ Diese offene Ausrich-

1443 *Sarfaty*, Harvard International Law Journal 56:2 (2015), 419–464; siehe dazu oben Kapitel 4) H) II).

1444 Siehe <https://www.cambridge.org/core/services/aop-file-manager/file/5dcc2e17843bea9f0a610946/AJIL-Tips-for-Authors.pdf> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

1445 Siehe <https://www.mohrsiebeck.com/zeitschrift/archiv-des-voelkerrechts-avr> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

1446 Vgl. bspw. *Zimmermann*, in: *Zimmermann* (Hrsg.), 1995, 87–131, 96, der *international law journals* folglich als „international-rechtliche“ Zeitschriften bezeichnet. Dies hat auch *Bederman* aufgegriffen, der den US-amerikanischen *international law journals* eine „tendency to regard anything with an international aspect as international law“ attestiert, siehe *Bederman*, I Hate International Law Scholarship (Sort of), Chicago Journal of International Law 1:1 (2000), 75–84, 80. Ähnlich *Wood*, Diffusion and Focus in International Law Scholarship, Chicago Journal of International Law 1:1 (2000), 141–148, 141. Eine Ausnahme bildet hier das AJIL, das auf das Völkerrecht (i. S. v. *public international law*) fokussiert ist.

tung der *journals* erklärt die zahlreichen US-rechtlichen Beiträge¹⁴⁴⁷ sowie unkonventionelle Perspektiven wie bspw. die Reflexionen der Menschenrechtsanwältin *Farbstein*¹⁴⁴⁸.

Schließlich ist neben der Ausrichtung der Zeitschriften auch der Aufbau der Abhandlungen zu nennen: Beiträge in US-amerikanischen Rechtszeitschriften sind im Vergleich zu deutschen Aufsätzen häufig weitaus länger, etwa indem sie umfangreiche Einleitungen aufweisen und mitunter umfassende Ausführungen zu den adressierten Sachproblemen enthalten, bevor sie sich der rechtlichen Analyse widmen. So weisen viele US-amerikanische Beiträge eine Länge von mehr als 50, einige gar von mehr als 100 Seiten auf, während kaum ein deutscher Beitrag 30 Seiten überschreitet.¹⁴⁴⁹

Zu den Gründen für diesen Unterschied gehört, dass US-amerikanische *law reviews* zumeist von Studenten herausgegeben werden, die allgemeinverständliche Beiträge anstreben.¹⁴⁵⁰ Eine Ausnahme bildet das *AJIL*, das von Völkerrechtsexperten herausgegeben wird. Dies wiederum ist bei deutschen Rechtszeitschriften die Regel, weshalb die einleitenden Teile eines Beitrags generell kürzer ausfallen. (Überblicks-)Artikel, die die völkerrechtlichen Aspekte des Themas BHR knapp erschließen und ein Grundverständnis über die rechtlichen Kernfragen bieten (sowie einen eigenen Ansatz zu einer Teilfrage der Thematik darlegen), sind in den USA folglich kaum vorzufinden, während sie in Deutschland sehr gängig sind.¹⁴⁵¹

1447 Siehe oben Kapitel 4) H) II).

1448 Zum Beitrag *Farbsteins* oben Kapitel 4) C) III).

1449 Allgemein zu diesem Unterschied zwischen US-amerikanischen *international law journals* und deutschen Völkerrechtszeitschriften *Morrison*, German Scholars in the Invisible College of International Lawyers, *GYIL* 50 (2007), 445–456, 455; *Schmidt*, On American „dilettantism“ and German „pedantry“: A Comparative Look at Law Journal Culture and the Future of Legal Knowledge Production, *Völkerrechtsblog*, 17.11.2014, abrufbar unter <https://voelkerrechtsblog.org/on-american-dilettantism-and-german-pedantry-a-comparative-look-at-law-journal-culture-and-the-future-of-legal-knowledge-production/> (zuletzt besucht: 22.12.2023).

1450 Vgl. *Zimmermann*, in: *Zimmermann* (Hrsg.), 1995, 87–131, 108 ff.

1451 Vgl. allgemein zu diesem Unterschied zwischen US-amerikanischen und deutschen Rechtszeitschriften *Kischel*, 2015, § 3 Rn. 206; § 5 Rn. 39.

