



FAU Studien zu Menschenrechten 2

Markus Krajewski (Hrsg.)

Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte in globalen Lieferketten

FAU
UNIVERSITY
PRESS

Staatliche Schutzpflichten und
unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte
in globalen Lieferketten

FAU Studien zu Menschenrechten

Band 2

Herausgegeben vom Centre for Human Rights Erlangen-Nürnberg –
Interdisziplinäres Zentrum der FAU (CHREN)

**Centre for Human Rights
Erlangen-Nürnberg**
CHREN
Interdisziplinäres Zentrum der FAU

Markus Krajewski (Hrsg.)

**Staatliche Schutzpflichten und
unternehmerische Verantwortung für
Menschenrechte in globalen Lieferketten**

Erlangen
FAU University Press
2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt.
Die Rechte an allen Inhalten liegen bei ihren jeweiligen Autoren.
Sie sind nutzbar unter der Creative Commons Lizenz BY-NC-ND.

Der vollständige Inhalt des Buchs ist als PDF über den OPUS Server
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg abrufbar:
<https://opus4.kobv.de/opus4-fau/home>

Umschlagfoto:
Jimmy Tran, Shutterstock.com. Stockfotonummer: 428180881.

Verlag und Auslieferung:
FAU University Press, Universitätsstraße 4, 91054 Erlangen

Druck: docupoint GmbH

ISBN: 978-3-96147-123-2 (Druckausgabe)
eISBN: 978-3-96147-124-9 (Online-Ausgabe)
ISSN: 2512-4153
DOI: 10.25593/978-3-96147-124-9

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	1
Wirtschaft und Menschenrechte: Aktuelle Entwicklungen und prinzipielle Überlegungen	3
I. Einführung: Von Venus- und Mars-Perspektiven	3
II. Was haben wir?: Anmerkungen zum gegenwärtigen Stand menschenrechtlicher Unternehmensverantwortung	9
III. Warum haben wir (nur) das, was wir haben?: Zu den Gründen staatlicher Zurückhaltung bei der Anerkennung einer menschenrechtlichen Unternehmensverantwortung	23
IV. Wo können und sollten wir hin?: Konsequenzen für die zukünftige Entwicklung	34
UN-Leitprinzipien, Selbstregulierung der Wirtschaft und Deliktsrecht: Alternativen zu verpflichtenden Völkerrechtsnormen für Unternehmen?	43
I. Einleitung	43
II. UN-Leitprinzipien	47
III. Deliktsrechtliche Haftung in Konzernstrukturen und Lieferketten	50
1. Vorbemerkung: Gerichtsbarkeit und anwendbares Recht	53
2. Haftung für das Handeln Dritter?	55
3. Transnationale Sorgfaltspflichten und transnationaler Sorgfaltsmaßstab	75

IV. Synthese: Wechselwirkungen zwischen UN Leitprinzipien, Haftungsrecht, und transnationaler wirtschaftlicher Selbstregulierung	90
1. Parallelen zwischen UN Leitprinzipien und Deliktsrecht	90
2. Einwirkung des Deliktsrechts auf die UN-Leitprinzipien	91
3. Einwirkung der UN-Leitprinzipien auf nationale Deliktsrechte	92
4. Die Bedeutung wirtschaftlicher Selbstregulierung	94
V. Fazit	95
Regulierung transnationaler Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz der Menschenrechte: Staatliche Schutzpflichten jenseits der Grenze?	97
I. Einleitung	97
II. Begriffsbestimmungen	99
III. Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte	102
1. Regulierung wirtschaftlicher Tätigkeiten als Ausdruck menschenrechtlicher Schutzpflichten	102
2. Staatenpflichten und Unternehmensverantwortung in den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte	105
3. Die Umsetzung der UN-Leitprinzipien in Nationalen Aktionsplänen (NAP)	108
IV. Territoriale Reichweite menschenrechtlicher Staatenpflichten	110
1. Territorialitätsprinzip und Geltungsbereich menschenrechtlicher Übereinkommen	111

2.	Berechtigung zur Regelung von Sachverhalten mit Auslandsbezug	113
V.	Pflicht zur Regelung von Auslandstätigkeit	115
1.	Praxis der Vertragsorgane	116
2.	Theoretische Begründung einer Pflicht zur Regelung auslandsbezogener Unternehmens-tätigkeiten	121
3.	Grenzen extraterritorialer Schutzpflichten	124
VI.	Beispiele der Regulierung auslandsbezogener Tätigkeiten von Unternehmen	126
1.	Transparenz- und Offenlegungsverpflichtungen	126
2.	Gesetzliche Sorgfaltspflichten	129
3.	Deliktische Haftung	131
4.	Ergebnis	135
VII.	Zusammenfassung und Ausblick	136
	Autorenverzeichnis	141

Vorwort

Die Verantwortung von transnational tätigen Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen in globalen Lieferketten erreicht immer wieder das Interesse der Öffentlichkeit: Brennende Textilfabriken in Pakistan, Umweltzerstörungen bei der Erdölproduktion oder ausbeuterische Kinderarbeit beim Abbau von Rohstoffen für die Elektroindustrie sind nur einige Beispiele. Auch wenn Unternehmen nach herrschender rechtswissenschaftlicher Lesart nicht unmittelbar an völkerrechtliche Menschenrechte gebunden sind, haben sich inzwischen zahlreiche Rechts- und Politikinstrumente herausgebildet, mit denen Unternehmen verantwortlich gemacht werden sollen.

Die Beiträge dieses Bandes zeichnen aktuelle Entwicklungen im Völkerrecht und Deliktsrecht nach und vermessen die Grundfragen der unternehmerischen Verantwortung für Menschenrechtsverletzungen in globalen Lieferketten neu. Die Beiträge von Glinksi und Krajewski beruhen auf Vorträgen, die im Rahmen eines Symposiums des Centre for Human Rights Erlangen-Nürnberg (CHEN) am 14. Juli 2017 zum Thema „Menschenrechtsverletzungen in globalen Lieferketten: Staatliche Schutzpflicht und unternehmerische Verantwortung“ gehalten wurden. Der Beitrag von Nowrot beruht auf einem Vortrag bei der Jahrestagung der Deutschen Vereinigung für Internationales Recht (DVIR) in Frankfurt am Main am 23. Juni 2017.

Wirtschaft und Menschenrechte: Aktuelle Entwicklungen und prinzipielle Überlegungen

Karsten Nowrot

I. Einführung: Von Venus- und Mars-Perspektiven*

Das Thema „Wirtschaft und Menschenrechte“ ist selbst dann, wenn man es wie vorliegend weitgehend auf die völkerrechtliche Betrachtungsebene beschränkt, immer noch ein sehr weites und facettenreiches Feld. Versucht man, diese Weite und Komplexität im Wege der Systematisierung jedenfalls ein wenig zu reduzieren,¹ so lassen sie sich zunächst einmal grob auf zwei Perspektiven zurückführen. Zum einen umfasst das Thema zweifelsohne die Fragen im Zusammenhang mit den entsprechenden individualrechtlichen Grundlagen ökonomischen Handelns; die Vorstellung, dass Wirtschaft als soziale Tatsache untrennbar auch mit Selbststeuerung der individuellen ökonomischen Subjekte verbunden ist und daher auch als individuelle Freiheitsver-

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, welchen der Verfasser im Rahmen der Jahrestagung der Deutschen Vereinigung für Internationales Recht (DVIR) in Frankfurt am Main am 23. Juni 2017 gehalten hat. Die Vortragsform wurde verschiedentlich beibehalten.

¹ Zur Reduktion tatsächlicher Komplexität als Zwecksetzung von Systematisierungsansätzen *Luhmann*, Soziologie als Theorie sozialer Systeme, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 19 (1967), 615 (618 ff.); *ders.*, Soziale Systeme, 4. Aufl. 1993, 12, 50 und *passim*; vgl. überdies beispielsweise bereits *Bruner/Goodnow/Austin*, A Study of Thinking, 1956, 12 („A first achievement of categorizing has already been discussed. By categorizing as equivalent discriminable different events, the organism *reduces the complexity of its environment.*“) (Hervorhebung im Original).

wirklichung verstanden werden muss – eine Freiheitsverwirklichung, die gerade auch durch die internationalen Menschenrechte gewährleistet wird.² Und so können sich kleine – ebenso wie große, transnational operierende – Wirtschaftsunternehmen, jedenfalls soweit es sich um nach dem nationalen Recht eines oder mehrerer Staaten gegründete juristische Personen des Privatrechts handelt, in der Tat auf diejenigen völkervertragsrechtlich statuierten bzw. auf universeller oder zumindest regionaler Ebene gewohnheitsrechtlich anerkannten Menschenrechte berufen, welche auch auf diese juristischen Personen Anwendung finden.³ Hierzu gehören unter anderem Verfahrensgarantien sowie der Schutz des Eigentums. Obgleich – wie bereits

² Hierzu deutlich *Tietje*, Begriff, Geschichte und Grundlagen des Internationalen Wirtschaftssystems und Wirtschaftsrechts, in: ders. (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. 2015, § 1, Rn. 13 ff., 68 ff., m.w.N.

³ Siehe hierzu z.B. *Addo*, The Corporation as a Victim of Human Rights Violations, in: ders. (Hrsg.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, 1999, 187 ff.; *Schmalenbach*, Multinationale Unternehmen und Menschenrechte, *Archiv des Völkerrechts* 39 (2001), 57 (63 f.); *Kaufmann*, Menschenrechte: Risiko oder Chance für Unternehmen?, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 132 (2013), 497 (508); *Jägers*, Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability, 2002, 29; *Karl*, Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Menschenrechtsschutz, in: Hummer (Hrsg.), *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende*, 2002, 275 (303); *Morgera*, Corporate Accountability in International Environmental Law, 2009, 58; *Muchlinski*, Human Rights and Multinationals: Is there a Problem?, *International Affairs* 77 (2001), 31 (32); *Kleinlein*, Die juristische Person des Privatrechts in der Rechtsprechung des EGMR, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart N.F.* 65 (2017), 85 ff.; sowie eingehend zur historischen Entwicklung und Begründungsansätzen der Menschenrechtsträgerschaft juristischer Personen allgemein jüngst *Baldegger*, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten – Begründungsmodelle der korporativen Menschenrechtsträgerschaft, 2017, 43 ff., 666 ff.; zurückhaltender – und kritisch – hinsichtlich des aktuellen tatsächlichen Bestands an und der völkerrechtlichen Anerkennung von auf Unternehmen anwendbare Menschenrechte *Tietje*, Die juristische Person des Privatrechts im allgemeinen Völkerrecht und im internationalen Wirtschaftsrecht – Entwicklungen und rechtliche Herausforderungen, in: *Delbrück/Heinz/Odendahl/Matz-Lück/von Arnould* (Hrsg.), *Aus Kiel in die Welt: Kiel's Contribution to*

im Jahre 1964 von *Wolfgang Friedmann* konstatiert – „politically, sociologically and economically, it would be absurd to compare the international position of the Unilever concern, General Motors Corporation, or of Royal Dutch Shell, to that of a physical individual“, sind diese Akteure dennoch „in legal theory, subjects of private law, like any of the billions of physical inhabitants of this globe“.⁴

Diese *enabling function* der Menschenrechte für wirtschaftliches Handeln steht zwar bei dem Thema Wirtschaft und Menschenrechte regelmäßig nicht im Vordergrund. Gleichwohl könnte man bei einer ganz unbefangenen, entkontextualisierten Betrachtung – wenn man beispielsweise von einem anderen Planeten wie der Venus auf das Thema schauen würde – aus der idealistischen Perspektive eines Venusianers durchaus auf die Idee kommen, dass es genau darum primär geht – um die menschenrechtlichen Grundlagen ökonomischen Handelns.

Aber die an dem vorliegenden Thema primär interessierten Personenkreise sind ja ganz überwiegend nicht von der Venus.⁵ Die meisten kommen, und dies im Interesse einer effektiven Realisierung der menschenrechtlichen Schutzgüter im Prinzip auch nicht zu Unrecht, eher vom Mars bzw. sind zumindest dezidiert Mars-inspiriert.⁶ Aus ihrer deutlich konfrontativeren

International Law – Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht, 2014, 671 (686 ff.); demgegenüber insgesamt kritisch zur Anerkennung von Menschenrechten in Bezug auf Unternehmen z.B. *Isiksel*, *The Rights of Man and the Rights of the Man-Made: Corporations and Human Rights*, *Human Rights Quarterly* 38 (2016), 294 ff.

⁴ *Friedmann*, *The Changing Structure of International Law*, 1964, 221.

⁵ Anders, wengleich ohne nähere Begründung, *Voland*, *Unternehmen und Menschenrechte – Vom Soft Law zur Rechtspflicht*, *Betriebs-Berater* 70 (2015), 67 („Im internationalen Recht wurde das Thema ‚Unternehmen und Menschenrechte‘ lange Zeit maßgeblich durch die Frage bestimmt, auf welche Menschenrechte sich die Unternehmen selbst berufen können.“).

⁶ Hinsichtlich der mit den Metaphern Venus und Mars verbundenen Assoziationen exemplarisch *Pauwelyn*, *The Rule of Law without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators from Venus*,

Wahrnehmung des vorliegenden Themas geht es, und dies bildet die zweite Perspektive, in erster Linie um eine menschenrechtliche Verantwortung von Wirtschaftsteilnehmern, namentlich großer, transnational agierender Unternehmen. Dies illustriert bereits die entsprechende inhaltliche Ausrichtung der ganz überwiegenden Mehrheit der mittlerweile beinahe zahllosen Abhandlungen zu dieser Thematik.⁷ Hintergrund dieser

American Journal of International Law 109 (2015), 761 (765); sowie die bekannte These von *Kagan*, *Of Paradise and Power: America and Europe in the New World Order*, 2003, 3 („It is time to stop pretending that Europeans and Americans share a common view of the world, or even that they occupy the same world. On the all-important question of power – the efficacy of power, the morality of power, the desirability of power – American and European perspectives are diverging. Europe is turning away from power, or to put it a little differently, it is moving beyond power into a self-contained world of laws and rules and transnational negotiation and cooperation. It is entering a post-historical paradise of peace and relative prosperity, the realization of Immanuel Kant's "perpetual peace." Meanwhile, the United States remains mired in history, exercising power in an anarchic Hobbesian world where international laws and rules are unreliable, and where true security and the defense and promotion of a liberal order still depend on the possession and use of military might. That is why on major strategic and international questions today, Americans are from Mars and Europeans are from Venus: They agree on little and understand one another less and less.”).

⁷ Zu dieser Wahrnehmung jüngst auch u.a. *Henriksen*, *International Law*, 2017, 82 („a booming literature“); *Massoud*, „Unternehmen und Menschenrechte“ – Überzeugende progressive Ansätze mit begrenzter Reichweite im Kontext der Weltwirtschaftsordnung, in: *Nikol/Bernhard/Schniederjahn* (Hrsg.), *Transnationale Unternehmen und Nichtregierungsorganisationen im Völkerrecht*, 2013, 37 (41) („kaum mehr zu überschauende Anzahl unterschiedlichster Überlegungen und Abhandlungen“). Vgl. exemplarisch aus jüngerer Zeit statt vieler *Ruggie*, *Just Business – Multinational Corporations and Human Rights*, 2013, 1 ff.; *Kanalan*, *Die universelle Durchsetzung des Rechts auf Nahrung gegen transnationale Unternehmen*, 2015, 213 ff.; *McCorquodale*, *International Human Rights Law and Transnational Corporations: Responsibilities and Cooperation*, in: *Hestermeyer/König/Matz-Lück* u.a. (Hrsg.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity – Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Bd. I, 2012, 453 ff.; sowie die Beiträge in: *Martin/Bravo* (Hrsg.), *The Business and Human Rights Landscape – Moving Forward, Looking Back*, 2016; *Baumann-Pauly/Nolan* (Hrsg.), *Business and Human Rights – From Principles to Practice*, 2016; und

zweiten Perspektive bildet der im Prinzip auch unbestreitbare Befund, dass die Wirkungsmacht namentlich großer Unternehmen sowohl Chancen als auch Risiken für den Schutz und die Durchsetzung der Menschenrechte birgt, sich also insgesamt als gleichsam janusköpfig darstellt.⁸ Einerseits sind insbesondere große Unternehmen aufgrund ihrer vielfältigen wirtschaftlichen und politischen Einflussmöglichkeiten sehr wohl in der Lage, einen oftmals sehr wirksamen Beitrag zum Schutz und zur Verwirklichung der Menschenrechte zu leisten.⁹ Dies gilt für alle Länder, in denen sie wirtschaftlich tätig sind. Andererseits haben aber wiederum gerade große, transnational agierende Unternehmen zweifelsohne auch das Potential, unmittelbar durch eigenes Handeln beziehungsweise mittelbar durch die Unterstützung anderer staatlicher und nichtstaatlicher Akteure die universelle Durchsetzung der Menschenrechte zu verhindern oder zumindest erheblich zu erschweren.¹⁰ Beispiele für diese

Rodriguez-Garavito (Hrsg.), *Business and Human Rights – Beyond the End of the Beginning*, 2017; für einen eingehenderen Überblick über größere Teile des einschlägigen Schrifttums bis Mitte der 2000er Jahre überdies z.B. *Nowrot*, *Normative Ordnungsstruktur und private Wirkungsmacht*, 2006, 510 ff., m.umf.N.

⁸ So in der Sache auch z.B. bereits *Lu*, *Corporate Codes of Conduct and the FTC: Advancing Human Rights through Deceptive Advertising Law*, *Columbia Journal of Transnational Law* 38 (2000), 603 (604) („Not only are TNCs susceptible to involvement in human rights abuses, but they are also uniquely positioned to protect against such violations and to effect progress around the world.”).

⁹ *Buszewski*, *Unternehmen und Internationales Menschenrechte, Humanitäres Völkerrecht* 25 (2012), 201 f.; *Nowrot*, *60 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte – Es ist an der Zeit: Stand und Perspektiven der völkerrechtlichen Rahmenbedingungen einer menschenrechtlichen Unternehmensverantwortung*, 2008, 2.

¹⁰ Aus der Vielzahl an Beiträgen zu dieser Thematik vgl. u.a. *Felz*, *Das Alien Tort Statute – Rechtsprechung, dogmatische Entwicklung und deutsche Interessen*, 2017, 168 ff.; *Grabosch*, *Rechtsschutz vor deutschen Zivilgerichten gegen Beeinträchtigungen von Menschenrechten durch transnationale Unternehmen*, in: *Nikol/Bernhard/Schniederjahn* (Hrsg.), *Transnationale Unternehmen und Nichtregierungsorganisationen im Völkerrecht*, 2013, 69 (72 f.);

letztgenannte Konstellation kennen wir alle. Und dieser zweiten Dimension des Themas will auch ich mich hier – wahrscheinlich den Erwartungen der Leserschaft entsprechend – primär widmen, wobei die erste Betrachtungsebene, die Venus-Perspektive, uns auch noch gelegentlich wieder begegnen wird, also nicht gänzlich ausgeblendet werden soll.

Im Folgenden möchte ich mich dem so verstandenen Thema Wirtschaft und Menschenrechte aus völkerrechtlicher Sicht in drei Schritten annähern. Dabei ist es selbstverständlich und bedarf daher kaum einer weiteren Erläuterung, dass ich schon angesichts der Weite des Feldes hier nur einige Gedanken, Anmerkungen und Überlegungen präsentieren kann; diese aber zumindest in etwas strukturierter Form. In einem ersten Schritt sollen einige Anmerkungen zum gegenwärtigen Stand der menschenrechtlichen Unternehmensverantwortung aus völkerrechtlicher Perspektive dargelegt werden (II.). Hieran anschließend, und hierauf aufbauend, möchte ich einige Gedanken mit den Leserinnen und Lesern zu der Frage teilen, warum sich so viele Staaten so schwer damit tun, eine direkte völkerrechtlich verbindliche Menschenrechtsverantwortung von privaten Wirtschaftsakteuren zu realisieren bzw. anzuerkennen (III.). In einem dritten und letzten Schritt sollen schließlich einige Überlegungen angestellt werden, welche Konsequenzen

Köster, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater (multinationaler) Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen, 2010, 21 ff.; Muchlinski, Multinational Enterprises as Actors in International Law: Creating ‘Soft Law’ Obligations and ‘Hard Law’ Rights, in: Noortmann/Ryngaert (Hrsg.), Non-State Actor Dynamics in International Law, 2010, 9 ff.; *Heinemann*, Business Enterprises in Public International Law: The Case for an International Code on Corporate Responsibility, in: Fastenrath/Geiger/Khan/Paulus u.a. (Hrsg.), From Bilateralism to Community Interest – Essays in Honour of Judge Bruno Simma, 2011, 718 ff.; *De Schutter*, Sovereignty-plus in the Era of Interdependence: Toward an International Convention on Combating Human Rights Violations by Transnational Corporations, in: Bekker/Dolzer/Waibel (Hrsg.), Making Transnational Law Work in the Global Economy – Essays in Honour of Detlev Vagts, 2010, 245 ff.

wir aus den Befunden der ersten beiden Schritte ziehen können und sollten (IV.).

II. Was haben wir?: Anmerkungen zum gegenwärtigen Stand menschenrechtlicher Unternehmensverantwortung

Zunächst also zur Frage nach dem *status quo* der menschenrechtlichen Unternehmensverantwortung: Dreh- und Angelpunkt sowie gleichsam methodisches „Rüstzeug“ ist in diesem Zusammenhang natürlich zunächst die herrschende Dogmatik der Völkerrechtssubjektivität.¹¹ Danach ist bezogen auf die vorliegend relevanten, derivativen Völkerrechtssubjekte¹² die faktische, janusköpfige Wirkungsmacht namentlich großer Wirtschaftsunternehmen für sich genommen rechtlich betrachtet eigentlich irrelevant.¹³ Im Hinblick auf die Voraussetzungen zur Erlangung von Völkerrechtssubjektivität entspricht es nämlich der heutzutage so gut wie einhelligen Auffassung im Schrifttum, dass nicht alle auf internationaler Ebene tätigen Akteure allein aufgrund ihrer tatsächlichen Wirkungsmächtigkeit auch gleich-

¹¹ Zu dieser Wahrnehmung in gebotener Deutlichkeit auch z.B. *Klabbers*, *International Law*, 2. Aufl. 2017, 72 („it is through subjects doctrine that these rights and obligations under international law are allocated”).

¹² Allgemein zur Kategorie derivativer Völkerrechtssubjektivität vgl. statt vieler *Krajewski*, *Völkerrecht*, 2017, § 7, Rn. 9.

¹³ Siehe allerdings in diesem Zusammenhang zum Rekurs auf die ebenfalls „janusköpfige“ Wirkungsmacht des Staates als Grundlage für seine Bindung an völkerrechtliche Verhaltenspflichten hinsichtlich der Verwirklichung von Gemeinwohlbelangen *Tomuschat*, *Grundpflichten des Individuums nach Völkerrecht*, *Archiv des Völkerrechts* 21 (1983), 289 (306) („Der Staat kann deshalb primär und (fast) ausschließlich als Adressat der Rechtsbefehle aus den internationalen Rechtsinstrumenten in Anspruch genommen werden, weil er wegen seiner Machtmittel potentiell die stärkste Gefahrenquelle für individuelle Freiheit und sonstige Rechtspositionen darstellt, andererseits aber auch eben wegen dieser Machtmittel gleichzeitig in der Lage ist, für einen besonders effektiven Schutz Sorge zu tragen.“)

zeitig eine internationale Rechts- beziehungsweise Pflichtenstellung innehaben. Eine bloße *de facto* Teilnahme an den vielfältigen Interaktionen im internationalen System oder seinen Teilbereichen ist also für sich genommen nicht ausreichend, um als Völkerrechtssubjekt qualifiziert werden zu können.¹⁴ Vielmehr ist, sowohl im Hinblick auf die Erlangung als auch den konkreten Umfang der völkerrechtlichen Rechts- und Pflichtenstellung eines Akteurs, allein auf die normative Anerkennung durch die Völkerrechtsgemeinschaft – insbesondere die Staaten als so genannte „originäre“ bzw. „geborene“ Völkerrechtssubjekte¹⁵ – im Sinne einer Übertragung spezifischer Rechte und/oder Pflichten abzustellen.¹⁶ Wendet man diesen strikt induktiven, auf den empirischen Nachweis der Übertragung spezifischer Rechte und/oder Pflichten abstellenden methodischen Ansatz¹⁷

¹⁴ Vgl. u.a. *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl. 1989, 21 f.; *Krajewski* (Fn. 12), § 7, Rn. 141; *Shaw*, International Law, 8. Aufl. 2017, 156; *Herdegen*, Völkerrecht, 16. Aufl. 2017, § 7, Rn. 1; *Paulus*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001, 227.

¹⁵ So beispielsweise *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, Rn. 244; *Kau*, Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, 133 (142).

¹⁶ Siehe statt vieler *Henriksen* (Fn. 7), 62; *Jennings/Watts*, Oppenheim's International Law, Bd. I, Introduction and Part 1, 9. Aufl. 1992, 16; *Cassese*, International Law, 2. Aufl. 2005, 71; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Fn. 14), 22; *Menon*, The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine, *Journal of Transnational Law & Policy* 1 (1992), 151 (152 ff.).

¹⁷ Zu dieser Charakterisierung der gegenwärtigen Dogmatik der Völkerrechtssubjektivität u.a. *Jennings/Watts* (Fn. 16), 16; *Klabbers*, (I Can't Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors, in: Petman/Klabbers (Hrsg.), Nordic Cosmopolitanism – Essays in International Law for Martti Koskenniemi, 2003, 351 (367); *Focarelli*, International Law as Social Construct, 2012, 238; *Fastenrath*, Die Verantwortlichkeiten transnationaler Unternehmen und anderer Wirtschaftsunternehmen im Hinblick auf die Menschenrechte, in: von Schorlemer (Hrsg.), „Wir, die Völker (...)“ – Strukturwandel in der Weltorganisation, 2006, 69 (84); *Schmalenbach* (Fn. 3), 65; *Hempel*, Die Völkerrechtssubjektivität internationaler nichtstaatlicher Organisationen, 1999, 82.

auf unsere vorliegende Fragestellung an, so ergibt sich ein vergleichsweise klares Bild: Private Unternehmen sind mangels ausdrücklicher Anerkennung entsprechender Verpflichtungen durch die Staaten im Wege des Völkervertrags- und Gewohnheitsrechts zur Zeit grundsätzlich nicht in umfassenderer Weise an die Menschenrechte gebunden.¹⁸ So weit, so selbstverständlich.

Na ja, ganz so selbstverständlich scheint diese Feststellung nun auch wieder nicht zu sein, insbesondere wenn wir unseren Blick über das umfangreiche Schrifttum schweifen lassen. Dort finden sich seit langem auch immer wieder mehr oder weniger kreative Ansätze und Bemühungen mit dem Ziel, diesen vielfach als unbefriedigend wahrgenommenen Befund zu revidieren. Um in diesem Zusammenhang nur ein Beispiel zu nennen: So findet sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur im Grundsatz bereits seit längerem die Argumentation, dass namentlich große Wirtschaftsunternehmen schon aufgrund der Übertragung völkerrechtlicher Rechtspositionen zwangsläufig auch völkerrechtlichen Pflichten – nicht zuletzt im Hinblick auf den Schutz und die Verwirklichung der Menschenrechte – unterworfen seien.¹⁹

¹⁸ Vgl. u.a. *Tomuschat*, *Human Rights – Between Idealism and Realism*, 3. Aufl. 2014, 131 ff.; *Karavias*, *Corporate Obligations under International Law*, 2013, 59 und *passim*; *Peters*, *Beyond Human Rights – The Legal Status of the Individual in International Law*, 2016, 101; *Thielbürger/Ackermann*, *A Treaty on Enforcing Human Rights Against Business: Closing the Loophole or Getting Stuck in the Loop?*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 24 (2017), 43 (57 f.); *Hobe*, *Einführung in das Völkerrecht*, 10. Aufl. 2014, 164; *Krajewski* (Fn. 12), § 12, Rn. 60 ff.; *Wouters/Chané*, *Multinational Corporations in International Law*, in: *Noortmann/Reinisch/Ryngaert* (Hrsg.), *Non-State Actors in International Law*, 2015, 225 (236 f.); *Schmalenbach* (Fn. 3), 65 ff.; sowie eingehender hierzu z.B. *Nowrot* (Fn. 7), 534 ff., m.w.N.

¹⁹ Siehe exemplarisch *Koh*, *Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation*, *Journal of International Economic Law* 7 (2004), 263 (265) („If corporations have rights under international law, by parity of reasoning, they must have duties as well.“); *Emmerich-Fritsche*, *Zur Verbindlichkeit der Menschenrechte für transnationale Unternehmen*, *Archiv des Völker-*

Frei nach dem Motto: Wer Rechte hat, hat auch Pflichten. Wie man unschwer erkennen kann, wird hier die Venus-Perspektive von den Mars-Inspirierten für ihre Zwecke genutzt bzw. zumindest ein entsprechender Versuch unternommen. Aber es nützt ihnen nichts. Dieses Vorhaben kann nicht gelingen, solange die Mars-Inspirierten nicht auch gleichzeitig die aktuellen dogmatischen Grundlagen der Völkerrechtssubjektivität an sich in Frage stellen.²⁰ Der Satz „Wer Rechte hat, hat auch Pflichten“ klingt nämlich nicht nur für viele gleichsam etwas „altbacken“, er ist auch mit eben dieser derzeit noch herrschenden Dogmatik unvereinbar, denn – wie uns unter anderem schon *Hermann Mosler* gelehrt hat – es ergeben sich „[a]us der [derivativen] Völkerrechtspersönlichkeit als solcher [...] keine bestimmten Rechte und Pflichten; es gibt auch keine Mindestposition, die

rechts 45 (2007), 541 (563) („Ein Status, der den Unternehmen einseitig weitreichende, durchsetzbare Rechte zur Willkür gibt, ihnen aber keinerlei Pflichten auferlegt, ist, auch wenn Rechte und Pflichten nicht symmetrisch sein müssen, unausgewogen und verkennt den von jedem Rechtssystem vorausgesetzten Zusammenhang von Recht und Verantwortung.“), *ibid.*, 563 („Rechte und Pflichten in einer Gegenseitigkeitsbeziehung verbunden“); *dies.*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2007, 883 („Weltrechtlich ergibt sich die menschenrechtliche Bindung der Unternehmen aus der Wechselbezüglichkeit von Rechten und Pflichten, [...]“); *Geldermann*, Völkerrechtliche Pflichten multinationaler Unternehmen, 2009, 315 („Sobald eine nichtstaatliche Einheit auf der völkerrechtlichen Bühne in Erscheinung tritt – entweder durch eine einzige schwache völkerrechtliche Rechtsposition oder durch eine originäre Völkerrechtssubjektivität – bedeutet dies als Folge eine Bindung an das völkerrechtliche *ius cogens*.“); *Green*, Fragmentation in Two Dimensions: The ICJ’s Flawed Approach to Non-State Actors and International Legal Personality, *Melbourne Journal of International Law* 9 (2008), 47 (73) („correlativity of rights and duties“); *Dhooge*, Human Rights for Transnational Corporations, *Journal of Transnational Law & Policy* 16 (2007), 197 (205) („Transnational corporations could not credibly claim the benefits of human rights protection while simultaneously denying their accompanying duties and responsibilities.“).

²⁰ Eingehender bereits *Nowrot*, „Wer Rechte hat, hat auch Pflichten!“? Zum Zusammenhang zwischen völkerrechtlichen Rechten und Pflichten transnationaler Unternehmen, 2012, 15 ff., m.w.N.

damit verbunden wäre“.²¹ Gute Absichten, gute Argumente, logische Schlüsse²² oder humanitäre Erwägungen²³ haben auf der Grundlage dieser Dogmatik der Völkerrechtssubjektivität eben keine pflichtenkonstituierende Kraft.

Nun, wo wir gerade bei *Hermann Mosler* sind – Stichwort „Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte“²⁴ – sollte

²¹ *Mosler*, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 22 (1962), 1 (45); vgl. auch u.a. *Weiß*, Transnationale Unternehmen – weltweite Standards? Eine Zwischenbilanz des Global Compact, *MenschenRechtsMagazin* 7 (2002), 82 (85) („Wer also qua Rechtsträgerschaft zum Völkerrechtssubjekt geworden ist, muß deshalb nicht auch zwingend Adressat von Pflichten sein.“); *McConnell*, Assessing the Feasibility of a Business and Human Rights Treaty, *International and Comparative Law Quarterly* 66 (2017), 143 (149) („[...] international personality is an entirely open and neutral concept. It entails no presumptions as to the political status of the entity, or as to which rights and capacities a ‘subject’ of international law naturally ‘possesses.’“); *Klabbers* (Fn. 17), 367 („subjectivity does not entail any automatic rights or obligations [...] no rights or obligations flow from subjectivity *per se*“).

²² *Koebele*, Corporate Responsibility under the Alien Tort Claims Act, 2009, 205 („Logical arguments do not free oneself from the necessity of being able to point to a source of international law as a basis such as treaty law, customary international law, or general principles of law.“).

²³ Gegen die Zulässigkeit einer solchen Argumentation bereits sehr deutlich IGH, *South West Africa Cases* (Äthiopien v. Südafrika; Liberia v. Südafrika) (Second Phase), ICJ-Reports 1966, 6 (34) („The Court must now turn to certain questions of a wider character. Throughout this case it has been suggested, directly or indirectly, that humanitarian considerations are sufficient in themselves to generate legal rights and obligations, and that the Court can and should proceed accordingly. The Court does not think so. It is a court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form. Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline. Otherwise, it is not a legal service that would be rendered.“).

²⁴ *Mosler* (Fn. 21), 1 ff.; siehe im Grundsatz auch bereits *Schoen*, Zur Lehre von den Subjekten des Völkerrechts, *Zeitschrift für Völkerrecht* 23 (1939), 411 (414) („Erweiterung des Kreises der völkerrechtlichen Rechtssubjekte“); sowie *ibid.*, 448 („zumal offensichtlich die Entwicklung dahin geht, den Kreis der Völkerrechtssubjekte zu erweitern“).

natürlich nicht gänzlich unerwähnt bleiben, dass die Qualifizierung als Völkerrechtssubjekt nicht notwendigerweise bestimmten Kategorien von Akteuren im internationalen System vorbehalten bleiben muss, die gegenwärtige Völkerrechtsordnung also keinen *numerus clausus* von rechtlich handlungsfähigen Wirkungseinheiten mehr kennt.²⁵ Vor diesem Hintergrund wird im Schrifttum wohl so gut wie allgemein davon ausgegangen, dass rechtmethodisch die Statuierung menschenrechtlicher Pflichten für Wirtschaftsunternehmen durch die Staaten natürlich jederzeit im Wege einer Änderung bzw. Ergänzung des Völkervertrags- oder Gewohnheitsrechts möglich erscheint,²⁶ ebenso wie dies bei uns als Individuen ja bekanntermaßen vor allem im Bereich des Völkerstrafrechts realisiert worden ist. Diese Wahrnehmung sollte auch deswegen kurz erwähnt werden, weil sich auch hier wiederum die Frage stellt, ob dies wirklich so selbstverständlich der Fall ist. Könnte man nicht argumentieren, dass die Gestaltungsmöglichkeiten der Staaten diesbezüglich gewissen völkerrechtlichen Grenzen unterworfen sind, weil die privaten Wirtschaftsakteure auch selbst Träger von Menschenrechten sind? Mit anderen Worten: Die Menschenrechte der Unternehmen als Grenze für die Auferlegung menschenrechtsbezogener Verpflichtungen – natürlich nicht im Sinne einer prinzipiellen völkerrechtlichen Unzulässigkeit, aber verstanden als das aus ihnen ableitbare Gebot einer proportionalen und damit verhältnismäßigen Belastung im Rahmen

²⁵ Hierzu statt vieler *Nowrot*, Den „Kinderschuh“ entwachsen: Die (Wieder-)Entdeckung der rechtssoziologischen Perspektive in der Dogmatik der Völkerrechtssubjektivität, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 28 (2007), 21 (29); *ders.* (Fn. 7), 526 ff., m.umf. N.

²⁶ Exemplarisch *Krajewski*, Menschenrechtliche Verpflichtungen transnationaler Unternehmen im Mehrebenensystem, in: *Huhle/Huhle* (Hrsg.), *Die subversive Kraft der Menschenrechte - Rainer Huhle zum radikalen Jubiläum*, 2015, 97 (102); *McConnell* (Fn. 21), 146 ff.; *Nowak/Januszewski*, Non-State Actors and Human Rights, in: *Noortmann/Reinisch/Ryngaert* (Hrsg.), *Non-State Actors in International Law*, 2015, 113 (118 ff.); *Karavias* (Fn. 18), 16 und *passim*.

der Statuierung menschenrechtlicher Unternehmenspflichten.²⁷ Nun, diese Betrachtungsperspektive gibt ersichtlich gerade auch Anlass zu weitergehenden normhierarchischen Fragestellungen,²⁸ welche an dieser Stelle nicht eingehender behandelt werden können. Sie ist also vorliegend eher als eine Art Denkanstoß zu verstehen.

Vielmehr möchte ich mich im Rahmen dieses Überblicks über den *status quo* noch kurz drei aktuellen und hervorhebenswerten Entwicklungen zuwenden. Zunächst ist – erstens – im vorliegenden Zusammenhang beachtens- und berücksichtigenswert, dass sich die Statuierung völkerrechtlicher Pflichten für private Wirtschaftsakteure gerade auch bezogen auf den Schutz der Menschenrechte keineswegs nur als ein mögliches Zukunftsprojekt darstellt. Einzelne Staaten sind namentlich auf der Ebene des bilateralen Völkervertragsrechts jetzt schon mit der Implementierung befasst. So finden wir im Bereich des internationalen Investitionsrechts, welches bislang eher im Hinblick auf die Etablierung völkerrechtlicher Individualrechtspositionen für ausländische Investoren Prominenz erlangte²⁹ und vor

²⁷ In diesem Sinne wohl auch schon u.a. *Peters* (Fn. 18), 108; sowie speziell zu möglichen menschenrechtlichen Grenzen der Einführung von Monitoringverfahren für Unternehmen im Bereich der Menschenrechte jüngst *Eickenjäger*, Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen, 2017, 228 ff.

²⁸ Allgemein zur Diskussion über eine – sowie bestehenden Ansätzen einer – Normhierarchie im Völkerrecht vgl. z.B. International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group, finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682 of 13 April 2006, paras. 85 ff., 324 ff. und *passim*; *Shelton*, Normative Hierarchy in International Law, American Journal of International Law 100 (2006), 291 ff.; *Seiderman*, Hierarchy in International Law – The Human Rights Dimension, 2001; *Vidmar*, Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?, in: de Wet/Vidmar (Hrsg.), Hierarchy in International Law – The Place of Human Rights, 2012, 13 ff.

²⁹ Hierzu statt vieler *Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction v. 8. Februar 2005, para. 141 („For all these

diesem Hintergrund in den vergangenen Jahren zu einem zentralen Referenzgebiet bzw. geradezu „Paradebeispiel“ innerhalb des völkerrechtlichen Fortschrittsnarratives hinsichtlich einer wachsenden Individualisierung bzw. Privatisierung der internationalen Rechtsordnung geworden ist,³⁰ in jüngster Zeit mit zumindest etwas zunehmender Tendenz auch eine völkervertragsrechtliche Verankerung entsprechender Verhaltensvorgaben.³¹ Besonders erwähnenswert ist in unserem Zusammenhang unter anderem das am 3. Dezember 2016 von Marokko und Nigeria unterzeichnete Investitionsabkommen, sieht es doch – neben zahlreichen weiteren Verhaltensvorgaben für Investoren – in seinem Art. 18 Abs. 2 vor, dass ausländische Investoren „shall uphold human rights in the host state“.³² Dies lässt sich als eine völkerrechtlich verbindliche Verpflichtung zur Beachtung derselben interpretieren.

reasons, Article 26 ECT provides to a covered investor an almost unprecedented remedy for its claim against a host state. [...] By any standards, Article 26 is a very important feature of the ECT which is itself a very significant treaty for investors, marking another step in their transition from objects to subjects of international law.”); *Tietje*, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts, *Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht* 2011, 128 (135) („unmittelbar aus dem Völkerrecht folgende Rechtspositionen natürlicher und juristischer Personen, die deren partielle Völkerrechtssubjektivität begründen“); *Nowrot*, International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judicial Regionalism, 2010, 14 ff.

³⁰ Allgemein hierzu statt vieler *Peters* (Fn. 18), 1 ff.; *Dörr*, „Privatisierung“ des Völkerrechts, *JuristenZeitung* 60 (2005), 905 ff.

³¹ Allgemein zur Thematik völkerrechtlicher Investorenpflichten in Investitionsabkommen vgl. z.B. *Nowrot*, Obligations of Investors, in: *Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch* (Hrsg.), *International Investment Law*, 2015, 1154 ff., m.w.N.

³² Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria of 3 December 2016, u.a. erhältlich unter: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5409>> (zuletzt besucht am 8. Januar 2018). Siehe zu diesem Abkommen auch z.B. *Gazzini*, The 2016 Morocco–Nigeria BIT: An Important Contribution to the Reform of Investment Treaties, *Investment Treaty News*, Issue 3, Volume 8, September 2017, 3 f.

Weiterhin hat – zweitens – ebenfalls im Dezember 2016 wohl erstmals ein internationales gerichtsähnliches Gremium eine sehr weitgehende unmittelbare völkerrechtliche Menschenrechtsverantwortung von Wirtschaftsunternehmen – und im Ergebnis auch von uns allen – angenommen. Das Investitionsschiedsgericht im Verfahren *Urbaser S.A. et al. v. Argentina* sah sich unter anderem mit einem *counterclaim* Argentiniens konfrontiert, demzufolge der ausländische Investor das Menschenrecht auf Wasser verletzt habe. Der Fall wirft eine Reihe von interessanten Fragen auf. Hier soll uns aber nur die vorliegend besonders relevante, zentrale Argumentation des ICSID-Schiedsgerichts zur Menschenrechtsbindung von Investoren interessieren. Es hat nämlich – für viele ziemlich überraschenderweise – festgestellt, dass auch private Akteure jedenfalls in Bezug auf Menschenrechte in ihrer klassischen Funktion als Abwehrrechte völkerrechtlich gebunden seien.³³ Gestützt wird dieser Befund im konkreten Fall insbesondere auf die Regelung des Art. 5 Abs. 1 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPsoz),³⁴ eine Bestimmung

³³ *Urbaser S.A. et al. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award of 8 December 2016, para. 1210 („Indeed, the enforcement of the human right to water represents an obligation to perform. Such obligation is imposed upon States. It cannot be imposed on any company knowledgeable in the field of provision of water and sanitation services. In order to have such an obligation to perform applicable to a particular investor, a contract or similar legal relationship of civil and commercial law is required. In such a case, the investor’s obligation to perform has as its source domestic law; it does not find its legal ground in general international law. The situation would be different in case an obligation to abstain, like a prohibition to commit acts violating human rights would be at stake. Such an obligation can be of immediate application, not only upon States, but equally to individuals and other private parties.”). Vgl. zu diesem Schiedsspruch auch u.a. *Crow/Lorenzino Escobar*, *International Corporate Obligations, Human Rights and the Urbaser Standard: Breaking New Ground?*, 2017, 5 ff.

³⁴ *Urbaser S.A. et al. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award of 8 December 2016, paras. 1196 ff. Art. 5 Abs. 1 IPsoz: „Keine Bestimmung dieses Paktes darf dahin ausgelegt werden, dass sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht begründet, eine Tätigkeit auszuüben oder

die sich so gut wie wortgleich auch schon in Art. 30 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte³⁵ sowie unter anderem in Artikel 17 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)³⁶ findet. Hinsichtlich einer Bewertung dieses interpretatorischen Ansatzes belasse ich es hier mal bei folgender Feststellung: Dies ist eine sehr kreative, weil sehr weite Auslegung eines Typus von Bestimmungen, der – ebenso wie beispielsweise Art. 18 GG – bislang soweit ersichtlich einhellig auf der Basis einer restriktiven Interpretation im Sinne eines Missbrauchsverbots verstanden worden ist, welches auf der Grundlage eines „streitbaren Menschenrechtskonzepts“³⁷ als Schranke gegen totalitäre Aktivitäten privater Akteure dient, sich bestimmte Individualrechte zu Nutze zu machen, um die Menschenrechte anderer zu beseitigen.³⁸ Schon

eine Handlung zu begehen, die auf die Abschaffung der in diesem Pakt anerkannten Rechte und Freiheiten oder auf weitergehende Beschränkungen dieser Rechte und Freiheiten, als in dem Pakt vorgesehen, hinzielt.“ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966, abgedruckt in: BGBl. 1973 II, 1570.

³⁵ Universal Declaration of Human Rights, UN Doc. GA-Res. 217 A (III) vom 10. Dezember 1948.

³⁶ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, abgedruckt in: BGBl. 1952 II, 685, 2010 II, 1198 (Neufassung).

³⁷ So treffend schon *Nowak*, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, CCPR-Kommentar, 1989, Artikel 5, Rn. 7.

³⁸ Zu dem in dieser Weise weitgehend konsentierten Bedeutungsgehalt dieses Typus von Bestimmungen vgl. z.B. European Court of Human Rights, *Paksas v. Lithuania*, Application no. 34932/04, Judgment of the Grand Chamber of 6 January 2011, para. 87 („Since the general purpose of Article 17 is, in other words, to prevent individuals or groups with totalitarian aims from exploiting in their own interests the principles enunciated in the Convention [...], this Article is applicable only on an exceptional basis and in extreme cases, as indeed is illustrated by the Court’s case-law.”); *Schabas*, *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, 2015, 611 ff.; *Neidhardt*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), *Europäische Menschenrechtskonvention*, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Artikel 17, Rn. 1 ff.; *Nowak* (Fn. 37), Artikel 5, Rn. 1 ff.; *Saul/Kinley/Mowbray*, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Commentary, Cases, and Materials*, 2014, 262 ff.; *Karavias* (Fn. 18), 28 f.

vor diesem Hintergrund würde man an der Küste zur Argumentation des Investitionsschiedsgerichts wohl nicht ganz zu Unrecht sagen, sie habe gleichsam keinen festen Grund unter den „Füßen“.³⁹

Die dritte hervorhebenswerte Entwicklung bildet schließlich natürlich das aktuelle Projekt zur Ausarbeitung und Verabschiedung eines völkerrechtlichen Vertrages mit dem Ziel einer Regulierung von Unternehmen im Bereich des Menschenrechtsschutzes, welches im Juni 2014 durch Einsetzung einer entsprechenden Arbeitsgruppe auf Grundlage der Resolution 26/9 des Menschenrechtsrates der Vereinten Nationen seinen Ausgangspunkt nahm.⁴⁰ Mittlerweile fand im Oktober 2017 bereits das dritte Treffen der Arbeitsgruppe in Genf statt,⁴¹ in dessen Rahmen auch erstmals – in Einklang mit den zeitlichen Vorgaben

³⁹ Zu Recht kritisch daher auch schon u.a. *Guntrip, Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?*, EJIL: Talk!, 10 February 2017, erhältlich unter: <<https://www.ejiltalk.org/urbaser-v-argentina-the-origins-of-a-host-state-human-rights-counterclaim-in-icsid-arbitration/>> (zuletzt besucht am 8. Januar 2018).

⁴⁰ UN Human Rights Council, Resolution 26/9, Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights, UN Doc. A/HRC/RES/26/9 of 14 July 2014, para. 1 („Decides to establish an open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights; whose mandate shall be to elaborate an international legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises; [...]“). Allgemein zu dem im Jahre 2006 eingerichteten UN-Menschenrechtsrat vgl. z.B. *Higgins/Webb/Akande/Sivakumaran/Sloan*, *Oppenheim’s International Law*, United Nations, Bd. II, 2017, 755 ff., m.w.N.

⁴¹ Vgl. hierzu Draft Report on the Third Session of the Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights, 23 - 27 October 2017, erhältlich unter: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session3/Pages/Session3.aspx>> (zuletzt besucht am 11. Januar 2018). Zu den vorangegangenen zwei Sessions des Gremiums siehe Human Rights Council, Report on the First Session of the Open-ended Intergovernmental Working

des UN-Menschenrechtsrates⁴² – ein vom Vorsitzenden des Gremiums vorbereitetes und Ende September 2017 veröffentlichtes Dokument diskutiert wurde, welches mögliche Elemente im Sinne von Inhalten und Regelungsansätze eines entsprechenden Vertragsentwurf aufzeigt.⁴³ Es handelt sich hierbei zweifelsohne um einen erwähnenswerten aktuellen Vorgang. Gleichzeitig ist er aber zumindest aus einer übergreifenden Perspektive betrachtet auch nichts prinzipiell Neues. Vielmehr reiht er sich ein in das seit Anfang der 1970er Jahre in diesem Zusammenhang auf internationaler Ebene nachweisbare Wechselspiel zwischen erfolglosen hard law-Projekten und vielfach erfolgreichen soft law-Vorhaben: Von dem zwischen 1972 und 1992 im Rahmen der Vereinten Nationen erfolglos verhandelten „UN Code of

Group on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights, with the Mandate of Elaborating an Internationally Legally Binding Instrument, UN Doc. A/HRC/31/50 of 5 February 2016; Human Rights Council, Report on the Second Session of the Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights, UN Doc. A/HRC/34/47 of 4 January 2017. Vgl. zu diesem Prozess auch z.B. *Martens/Seitz*, Auf dem Weg zu globalen Unternehmensregeln – Der „Treaty-Process“ bei den Vereinten Nationen über ein internationales Menschenrechtsabkommen zu Transnationalen Konzernen und anderen Unternehmen, 2016, 18 ff.; *Simons*, The Value-Added of a Treaty to Regulate Transnational Corporations and Other Business Enterprises, in: Deva/Bilchitz (Hrsg.), Building a Treaty on Business and Human Rights, 2017, 48 ff.

⁴² UN Human Rights Council, Resolution 26/9, UN Doc. A/HRC/RES/26/9 of 14 July 2014, para. 3 („Further decides that the Chairperson-Rapporteur of the open-ended intergovernmental working group should prepare elements for the draft legally binding instrument for substantive negotiations at the commencement of the third session of the working group on the subject, taking into consideration the discussions held at its first two sessions; [...]“).

⁴³ Elements for the Draft Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights v. 29. September 2017, erhältlich unter: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf> (zuletzt besucht am 11. Januar 2018).

Conduct on Transnational Corporations“⁴⁴ zu den vom Ministerrat der OECD nach achtzehnmonatigen Verhandlungen im Juni 1976 als Annex zur „Declaration on International Investment and Multinational Enterprises“ verabschiedeten „OECD Guidelines for Multinational Enterprises“⁴⁵ und der nach fünfjähriger Verhandlungszeit im November 1977 vom Verwaltungsrat der ILO verabschiedeten „Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy“,⁴⁶ von den im August 2003 von der Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, einem Unterorgan der seinerzeit dem Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen zugeordneten ehemaligen Commission on Human Rights, ausgearbeiteten und im Ergebnis erfolglos initiierten „UN Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights“⁴⁷ zu den

⁴⁴ Für den dritten und gleichzeitig letzten Entwurf des Verhaltenskodex vom Juni 1990 vgl. Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, abgedruckt in: UN Doc. E/1990/94 vom 12. Juni 1990; zu den Vorgängerversionen und der Entwicklungsgeschichte siehe u.a. *Spröte*, Negotiations on a United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, German Yearbook of International Law 33 (1990), 331 ff.; *Nowrot* (Fn. 7), 54 ff., m.umf.N.

⁴⁵ Abgedruckt in: I.L.M. 15 (1976), 969 ff.; die aktuelle Fassung der OECD Guidelines vom 25. Mai 2011 ist erhältlich unter: <<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>> (zuletzt besucht am 17. Januar 2018); siehe hierzu u.a. *Huarte Melgar/Nowrot/Wang*, The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Balanced Outcome or an Opportunity Missed?, 2011, 5 ff. *Weidmann*, Der Beitrag der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen zum Schutz der Menschenrechte, 2014, 172 ff.

⁴⁶ Abgedruckt u.a. in: I.L.M. 17 (1978), 422 ff.; die aktuelle Fassung vom März 2017 ist u.a. erhältlich unter: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf> (zuletzt besucht am 17. Januar 2017).

⁴⁷ Sub-Commission resolution 2003/16 vom 13. August 2003, para. 1, abgedruckt in: Report of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights on its Fifty-Fifth Session, UN Doc. E/CN.4/2004/2, E/CN.4/Sub.2/2003/43 vom 20. Oktober 2003, 51 ff.; für den Text der UN Norms selbst vgl. Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/

im Juni 2011 vom UN-Menschenrechtsrat⁴⁸ verabschiedeten „UN Guiding Principles on Business and Human Rights“⁴⁹ und nunmehr aktuell zurück zur Einsetzung und dem Mandat der „Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights“. Gleichsam wie das Pendel einer großen alten Kuckucksuhr ging es in den vergangenen Jahrzehnten immer hin und her;⁵⁰ allerdings mit der Besonderheit, dass der

2003/12/Rev.2 (2003) vom 26. August 2003; sowie die Erläuterungen in Commentary on the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 (2003); eingehender hierzu statt vieler *Nowrot*, Die UN-Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights – Gelungener Beitrag zur transnationalen Rechtsverwirklichung oder das Ende des Global Compact?, 2003, 5 ff.; *Weissbrodt/Kruger*, Human Rights Responsibilities of Businesses as Non-State Actors, in: Alston (Hrsg.), Non-State Actors and Human Rights, 2005, 315 ff.; *Wallace*, Human Rights and Business – A Policy-Oriented Perspective, 2015, 239 ff.

⁴⁸ Human Rights Council Resolution 17/4 vom 16. Juni 2011, abgedruckt in: United Nations General Assembly, Report of the Human Rights Council, UN Doc. A/66/53 (2011), 136 ff.

⁴⁹ Human Rights Council, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, Annex, UN Doc. A/HRC/17/31 vom 21 März 2011; vgl. hierzu statt vieler *Hamm*, Die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte – Auswirkungen auf das Menschenrechtsregime, Kritische Justiz 49 (2016), 479 (485 ff.); *Winkler*, Die Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechten – Fortschritt oder Rückschritt im Bereich der menschenrechtlichen Verantwortung von Unternehmen?, Zeitschrift für Menschenrechte 5 (2011), 164 ff. Siehe überdies den im Dezember 2016 von der Bundesregierung für Deutschland verabschiedeten Nationalen Aktionsplan – Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte 2016 – 2020, 21. Dezember 2016, erhältlich unter: <<https://www.auswaertiges-amt.de/blob/297434/8d6ab29982767d5a31d2e85464461565/nap-wirtschaft-menschenrechte-data.pdf>> (zuletzt besucht am 17. Januar 2018).

⁵⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Klimke/Lorenzoni Escobar/Tietje*, Fünf Jahre UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, Vereinte Nationen 64 (2016), 243 („Die Dialektik von tatsächlicher Wirkungsmacht und feh-

„Kuckuck“ bislang immer nur herausgekommen ist, um den erfolgreichen Abschluss eines soft-law-Projekts zu vermelden, niemals denjenigen eines entsprechenden Vorhabens auf dem Gebiet des völkerrechtlichen hard law. Und es sieht jedenfalls gegenwärtig so aus, als würde diese Serie auch nicht durch die aktuelle Arbeitsgruppe des UN-Menschenrechtsrates gebrochen werden. Diese zurückhaltende Einschätzung legt unter anderem schon der Umstand nahe, dass bereits die Einsetzung dieser Open-ended Intergovernmental Working Group selbst nur mit einer wirklich überschaubaren relativen Mehrheit von zwanzig zu vierzehn Stimmen bei dreizehn Enthaltungen erfolgte.⁵¹

III. Warum haben wir (nur) das, was wir haben?: Zu den Gründen staatlicher Zurückhaltung bei der Anerkennung einer menschenrecht- lichen Unternehmensverantwortung

Nicht zuletzt im Lichte der insgesamt wohl tendenziell eher bescheidenen Erfolgsaussichten dieser jüngsten Initiative stellt sich vor allem eine Frage: Warum tun sich eigentlich so viele

lender völkerrechtlicher Pflichten hat seit den siebziger Jahren zu immer wieder wechselnden Regulierungskonzepten geführt, die zwischen pragmatisch-politischen und rechtsdogmatischen Ansätzen hin und her pendeln.“); *ibid.*, 247 („Die stockende und unzureichende Umsetzung der UN-Leitprinzipien – sowohl durch die Staaten als auch die Unternehmen – hat dazu beigetragen, dass das Pendel ungeachtet der breiten internationalen Zustimmung zu den UN-Leitprinzipien noch nicht zum Stehen gekommen ist.“).

⁵¹ Siehe UN Human Rights Council, Resolution 26/9, UN Doc. A/HRC/RES/26/9 of 14 July 2014; skeptisch hinsichtlich der Realisierungschancen und Effektivität des anvisierten völkerrechtlichen Abkommens auch z.B. bereits *Thielbürger/Ackermann* (Fn. 18), 65 ff.; *Krajewski* (Fn. 12), § 12, Rn. 62; *Klimke/Lorenzoni Escobar/Tietje* (Fn. 50), 247. Zurückhaltend überdies u.a. *Schmid*, *The Identification and Role of International Legislative Duties in a Contested Area: Must Switzerland Legislate in Relation to „Business and Human Rights“?*, *Swiss Review of International and European Law* 25 (2015), 563 (587) („adoption of a treaty promises to be a (potentially very) long and bumpy road at best“).

Staaten so schwer damit, eine direkte und völkerrechtlich verbindliche Menschenrechtsverantwortung von privaten Wirtschaftsakteuren anzuerkennen? Hierbei handelt es sich um eine Fragestellung, welche gar nicht so häufig in den zahlreichen Beiträgen zur vorliegenden Thematik behandelt wird. Gleichwohl kommt ihr aber schon angesichts der weiterhin streng staatsbezogenen Dogmatik der Völkerrechtssubjektivität natürlich eine – wenn nicht sogar die – zentrale Rolle zu: Ohne Übertragung durch die Staaten, keine menschenrechtlichen Pflichten für Unternehmen auf dem Gebiet des Völkerrechts. Vor diesem Hintergrund lohnt doch eigentlich einmal ein Blick auf diejenigen Akteure, welche das ganze gleichsam ins Rollen bringen können, die entsprechenden Initiativen aber eben auch sehr effektiv zu blockieren in der Lage sind.

Nun, zunächst einmal können und sollten wir die Fragestellung etwas präzisieren, denn es sind ja keineswegs alle Staaten dieser Welt, die einem solchen Projekt ablehnend gegenüber stehen. Wenn wir uns nur einmal exemplarisch das Abstimmungsergebnis zur besagten Resolution 26/9 des UN-Menschenrechtsrates vom 26. Juni 2014 etwas eingehender anschauen, so erscheint ein Befund als auffallend: Alle Staaten, die gegen diese Resolution gestimmt haben, können dem Typus moderner Verfassungsstaaten westlicher Prägung⁵² zugeordnet werden. Kein europäischer Verfassungsstaat westlicher Prägung hat für die Resolution gestimmt oder sich auch nur enthalten. Überdies handelt es sich bei der Mehrzahl derjenigen Staaten,

⁵² Zur Vorstellung des modernen Verfassungsstaates als Typus, Leitbild bzw. Ordnungsidee vgl. z.B. *Anter*, Die Macht der Ordnung, 2. Aufl. 2007, 166 ff., 209 ff.; *Nowrot*, Das Republikprinzip in der Rechtsordnungsgemeinschaft, 2014, 275 ff.; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl. 2010, 9; *Brugger*, Gemeinwohl als Integrationskonzept von Rechtssicherheit, Legitimität und Zweckmäßigkeit, in: ders./Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, 17 (18); *Schorkopf*, Grundgesetz und Überstaatlichkeit, 2007, 177 ff.; grundlegend zum Typus „westlicher Demokratien“ überdies *Fraenkel*, Deutschland und die westlichen Demokratien, 7. Aufl. 1979, 32 ff.

welche für die Initiative gestimmt haben, nicht um moderne Verfassungsstaaten westlicher Prägung.⁵³ Dieser Befund ist an sich zunächst einmal auch weder besonders überraschend noch weist er auf ein neues Phänomen hin. Vielmehr erblicken wir hier im Prinzip gleichsam die alten „Frontlinien“ aus den 1960er und 1970er Jahren, welche schon die Auseinandersetzungen über die Errichtung einer „Neuen Weltwirtschaftsordnung“ im Allgemeinen⁵⁴ und die Verabschiedung eines zunächst ja ebenfalls von vielen Akteuren zumindest langfristig als rechtsverbindlich anvisierten UN-Verhaltenskodex für transnationale Unternehmen im Besonderen⁵⁵ prägten.

Was verbirgt sich aber nun dahinter, dass nicht nur, aber namentlich auch, die westlichen Verfassungsstaaten sich – wie im Grundsatz schon immer, so auch heute noch – gegen eine völkerrechtliche Verpflichtung von Privatunternehmen zur Beachtung und dem Schutz der Menschenrechte aussprechen? Die Gründe sind im Einzelnen natürlich zahlreich und vielfältig. Um

⁵³ Allgemein zur Identifikation und Einteilung der entsprechenden „Lager“ innerhalb der internationalen Staatengemeinschaft in diesem Zusammenhang auch z.B. *Deva*, *Scope of the Proposed Business and Human Rights Treaty – Navigating through Normativity, Law and Politics*, in: ders./Bilchitz (Hrsg.), *Building a Treaty on Business and Human Rights*, 2017, 154 (164 f.).

⁵⁴ Zu den entsprechenden Auseinandersetzungen statt vieler *Weiß*, *Shift in Paradigm: From the New International Economic Order to the World Trade Organization – Germany’s Contribution to the Development of International Economic Law*, *German Yearbook of International Law* 46 (2003), 171 (177 ff.).

⁵⁵ Siehe hierzu UN Economic and Social Council, *The Impact of Multinational Corporations on the Development Process and on International Relations*, Report of the Group of Eminent Persons, UN Doc. E/5500/Add. 1 of 24 May 1974, u.a. abgedruckt in: I.L.M. 13 (1974), 800 (833); *Baxter*, *International Law in “Her Infinite Variety”*, *International and Comparative Law Quarterly* 29 (1980), 549 (561 f.); *Hamdani/Ruffing*, *Lessons from the UN Centre on Transnational Corporations for the Current Treaty Initiative*, in: *Deva/Bilchitz* (Hrsg.), *Building a Treaty on Business and Human Rights*, 2017, 27 (29); sowie aus übergreifender Perspektive z.B. *Sauvant*, *The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations – Experience and Lessons Learned*, *Journal of World Investment & Trade* 16 (2015), 11 ff.

nur einige Beispiele zu nennen: Da ist zunächst einmal sicherlich auch etwas, was man als ideologisch motivierte Bedenken bzw. Reserviertheit charakterisieren kann. Eine Initiative, die seinerzeit maßgeblich von der deutlich linksgerichteten, ecuadorianischen Regierung eines Präsidenten *Rafael Correa* initiiert worden ist und namentlich von Staaten wie Kuba, Äthiopien, Bolivien und Venezuela unterstützt wird – na ja, denken sich wahrscheinlich viele westliche Staaten: Nothing good can come of this. Darüber hinaus mögen auch pragmatisch-implementierungsorientierte Überlegungen eine Rolle spielen. Zu diesen gehört unter anderem die Frage, auf welche Weise diese menschenrechtlichen Unternehmenspflichten in angemessener Weise, effektiv sowie global einheitlich durchzusetzen wären bzw. ob sich die Erreichung dieser Zielsetzungen zunächst einmal überhaupt als realistisch darstellt.⁵⁶ Und schließlich wird man die ablehnende Haltung sicherlich auch auf eine effektive Lobbytätigkeit von Unternehmen und Wirtschaftsverbänden zurückführen können, welche gerade in westlichen Verfassungsstaaten über vergleichsweise gute Entfaltungsmöglichkeiten verfügen.

Aber über diese und wahrscheinlich noch zahlreiche weitere Einzelgründe und -motive hinaus ist da auch noch dieser Satz, den man so oder ähnlich gelegentlich hören bzw. lesen kann: „Als Private sind diese [Unternehmen] an sich nicht Adressaten, sondern Träger von Menschenrechten.“⁵⁷ Man kann sofort erkennen, dass es sich hierbei um die zweite – und dieses Mal umgekehrte – Schlussfolgerung aus der Venus-Perspektive handelt. So haben wir im Vorgenannten bereits die erste Variante

⁵⁶ Diesbezüglich zweifelnd beispielsweise *Thielbörger/Ackermann* (Fn. 18), 72 ff.

⁵⁷ von *Arnauld*, *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2016, Rn. 629; vgl. auch z.B. *Thielbörger/Ackermann* (Fn. 18), 58 („Private persons – natural as well as, to a limited extent, legal ones – are not those obligated, but those protected by human rights law.“).

kennengelernt – weil sie Rechte haben, haben sie auch Pflichten;⁵⁸ gleichsam zur Herstellung der gebotenen Symmetrie in Bezug auf ihre Völkerrechtssubjektivität.⁵⁹ Und wir haben auch schon gesehen, dass eine solche Wahrnehmung im Lichte der aktuell herrschenden Dogmatik der Völkerrechtssubjektivität, sagen wir mal, nur schwerlich vertretbar erscheint.⁶⁰ Hier soll uns nun der umgekehrte Schluss nahegelegt werden – weil Privatunternehmen sich als Träger von Menschenrechten darstellen, sind sie nicht an selbige gebunden und sollen es auch nicht sein. Dieser Befund bzw. Rückschluss ist natürlich aus der Perspektive der herrschenden Dogmatik der Völkerrechtssubjektivität – jedenfalls im Prinzip und in dieser Rigidität – genauso schwerlich vertretbar.

Aber um diese Perspektive geht es hierbei auch gar nicht. Es handelt sich bei näherer Betrachtung eigentlich nicht um eine rechtskonstituierende bzw. rechtsbestätigende Begründung, sondern dahinter verbirgt sich primär auch ein rechtspolitisches Argument: Den Satz „Wirtschaftsunternehmen sind an sich nicht Adressaten, sondern Träger von Menschenrechten“ kennen wir nämlich alle aus einer anderen Rechtsebene im Mehrebenensystem des Rechts.⁶¹ In ihm spiegelt sich eine der

⁵⁸ Siehe bereits unter II.

⁵⁹ Allgemein und vor diesem Hintergrund zur Vorstellung einer aktuell asymmetrischen Völkerrechtssubjektivität transnationaler Wirtschaftsunternehmen z.B. *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 4. Aufl. 2017, Rn. 64 („Da das Völkerrecht multinationalen Unternehmen somit Rechte, aber (noch) keine Pflichten überträgt, kann man von einer asymmetrischen, partiellen Völkerrechtssubjektivität dieser Unternehmen ausgehen.“).

⁶⁰ Siehe bereits unter II.

⁶¹ Exemplarisch *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 3, Rn. 38 („Grundrechte binden ausdrücklich die staatliche Gewalt. Natürliche und unter bestimmten Voraussetzungen auch juristische Personen [...] sind hingegen prinzipiell grundrechtsberechtigt, nicht grundrechtsverpflichtet.“).

zwei Anwendungsdimensionen des so genannten „Konfusionsarguments“ wider,⁶² demzufolge Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung nicht in einer Person zusammentreffen dürfen; Akteure somit „nur entweder grundrechtsberechtigt oder grundrechtsgebunden sein können“.⁶³ Das Konfusionsargument besagt also nicht nur in staatsgerichteter Orientierung, dass aus der Grundrechtsverpflichtung die fehlende Grundrechtsberechtigung folgt,⁶⁴ sondern gerade auch – gesellschaftsgerichtet –, dass wer grundrechtsberechtigt ist, nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar⁶⁵ grundrechtsverpflichtet sein kann.⁶⁶

⁶² Allgemein zu diesem Begriff und der hiermit verbundenen Argumentationslinien statt vieler *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rn. 176; *Epping*, Grundrechte, 7. Aufl. 2017, Rn. 162; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, 188 f.; eingehender – und kritisch – zu diesem Begründungsansatz jüngst auch *Kingreen*, Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht – Die juristische Person zwischen grundrechtsgeschützter Freiheit und grundrechtsgebundener Macht, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart N.F. 65 (2017), 1 (6 ff.).

⁶³ *Wißmann*, Grundrechtsbindung im Gewährleistungsstaat, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart N.F. 65 (2017), 41 (52); siehe auch z.B. *Manssen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 10. Aufl. 2013, Rn. 75; *Kingreen* (Fn. 62), 6 („Danach folgt aus der Grundrechtsverpflichtung die fehlende Grundrechtsberechtigung und aus der Grundrechtsberechtigung die fehlende Grundrechtsverpflichtung: Wer also grundrechtsverpflichtet ist, kann nicht grundrechtsberechtigt sein, und wer grundrechtsberechtigt ist, kann nicht grundrechtsverpflichtet sein.“).

⁶⁴ Exemplarisch bereits BVerfGE 21, 362 (369 f.) („Wenn die Grundrechte das Verhältnis des Einzelnen zur öffentlichen Gewalt betreffen, so ist es damit unvereinbar, den Staat selbst zum Teilhaber oder Nutznießer der Grundrechte zu machen; er kann nicht gleichzeitig Adressat und Berechtigter der Grundrechte sein [...]“).

⁶⁵ Zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel der Verfassungsordnung des deutschen Grundgesetzes z.B. *Papier*, Drittwirkung der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 55, Rn. 23 ff.; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG, Rn. 96 ff., jeweils m.w.N.

⁶⁶ Statt vieler hierzu jüngst *Kingreen* (Fn. 62), 6 ff., m.w.N.; speziell zu den Konsequenzen im Hinblick auf eine grundrechtliche Bindung von Privatunternehmen überdies beispielsweise *Michael/Morlok*, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, Rn. 479 („Im Übrigen ist auch soziale bzw. wirtschaftliche Übermacht kein

Schon der vielfach verwandte Begriff „Konfusionsargument“ selbst ist dabei sprachlich durchaus aufschlussreich – geht es doch danach um den Vorwurf einer Verwirrung, Unordnung bzw. eines Zustands des Durcheinanders. Und wenn man sich weiter fragt, was denn da nun genau durcheinander gebracht wird, dann kommt man auch sehr schnell zu der hinter dem Konfusionsargument stehenden, „elementare[n] Unterscheidung“;⁶⁷ die binäre Differenzierung zwischen einer durch menschenrechtliche Freiheit geprägten Gesellschaft und einem mit hoheitlicher Macht ausgestatteten, gemeinwohl- sowie damit

hinreichender Grund für eine unmittelbare Grundrechtsbindung Privater. Noch so wirkmächtige Wirtschaftskonzerne, Banken, Versicherungen, Arbeitgeber oder Vermieter sind nicht mit dem Staat vergleichbar. Für sie gilt die Grundrechtsbindung auch nicht analog.“).

⁶⁷ BVerfGE 128, 226 (244 f.) („Art. 1 Abs. 3 GG liegt dabei eine elementare Unterscheidung zugrunde: Während der Bürger prinzipiell frei ist, ist der Staat prinzipiell gebunden. Der Bürger findet durch die Grundrechte Anerkennung als freie Person, die in der Entfaltung ihrer Individualität selbstverantwortlich ist. Er und die von ihm gegründeten Vereinigungen und Einrichtungen können ihr Handeln nach subjektiven Präferenzen in privater Freiheit gestalten, ohne hierfür grundsätzlich rechenschaftspflichtig zu sein. Ihre Inpflichtnahme durch die Rechtsordnung ist von vornherein relativ und - insbesondere nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit - prinzipiell begrenzt. Demgegenüber handelt der Staat in treuhänderischer Aufgabenwahrnehmung für die Bürger und ist ihnen rechenschaftspflichtig. Seine Aktivitäten verstehen sich nicht als Ausdruck freier subjektiver Überzeugungen in Verwirklichung persönlicher Individualität, sondern bleiben in distanzierterem Respekt vor den verschiedenen Überzeugungen der Staatsbürger und werden dementsprechend von der Verfassung umfassend an die Grundrechte gebunden.“); siehe auch z.B. *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 3, Rn. 58 („die fundamentale Differenz zwischen grundrechtsgebundenem Staat [...] und grundrechtsberechtigten Privatpersonen“); *Becker*, Gebiets- und Personalhoheit des Staates, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 230, Rn. 115 („notwendigen kategorialen Unterscheidung zwischen privater Grundrechtsberechtigung und staatlicher Grundrechtsverpflichtung“); *Michael/Morlok* (Fn. 66), Rn. 478 („Die Unterscheidung zwischen dem Staat einerseits und Privaten andererseits ist maßgeblich für zwei Weichenstellungen der Grundrechtsgeltung. Danach berechtigen die Grundrechte grundsätzlich nur Private [...] und verpflichten grundsätzlich nur die öffentliche Hand.“).

auch grundrechtsgebundenen Staat. Hierbei handelt es sich gleichsam – und im Interesse einer systematisierenden Erfassung natürlich wiederum etwas vereinfachend⁶⁸ – um eine Grenzziehung zwischen Staat und Gesellschaft, welche gerade auch auf internationaler, völkerrechtlicher Ebene mit den Mitteln des Rechts – namentlich durch den staatsgerichteten Charakter der Menschenrechte – stabilisiert wird, die aber eben genauso durch Änderungen in der Struktur der internationalen Rechtsordnung labilisiert werden kann.⁶⁹ Mit welchem Ziel labilisiert? Nun, um im Bilde zu bleiben, insbesondere mit dem Ziel, entsprechende Grenzüberschreitungen zu ermöglichen. Und genau so stellen sich die einschlägigen Forderungen im Rahmen der Diskussion über das Thema „Wirtschaft und Menschenrechte“ aus Sicht der Staaten dar – als Versuch einer völkerrechtlichen Grenzüberschreitung.

Warum reagieren aber nun gerade westliche Verfassungsstaaten so sensibel und zurückhaltend auf die Forderungen nach einer solchen völkerrechtlichen Grenzüberschreitung? Meiner Ansicht nach gibt es da im Wesentlichen zwei Interpretationsmöglichkeiten: Eine eher wohlmeinende und eine eher weniger wohlmeinende, ein gewisses Maß an Missgunst unterstellende Lesart, welche sich allerdings gegenseitig nicht kategorisch ausschließen müssen. Zunächst also zur benevolenteren Deutung: Die Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft wird bekanntermaßen verschiedentlich als eine zentrale Voraussetzung für die effektive Garantie individueller Freiheit angesehen.⁷⁰

⁶⁸ Siehe zum Beziehungsgefüge von Staat und Gesellschaft als einem insgesamt komplexen rechtlichen und faktischen Phänomen z.B. *Hesse*, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, DÖV 28 (1975), 437 (438 ff.); *Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, 247 ff.; *Nowrot* (Fn. 52), 416 ff., m.w.N.

⁶⁹ Vgl. auch – in einem anderen Kontext – zur Vorstellung einer Stabilisierung bzw. Labilisierung von Grenzregimen mit den Mitteln des Rechts *Augsberg*, Über die Grenzen des Rechts, Juristen-Zeitung 72 (2017), 109 (110).

⁷⁰ Hierzu u.a. *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973; *Müller-*

Und in der Tat ist – umgekehrt betrachtet – die Identität von staatlicher und privat-gesellschaftlicher Sphäre in dem Sinne, dass alles menschliche Handeln an der Verwirklichung öffentlicher Interessen ausgerichtet sein soll, unbestritten eher für autoritäre Regime charakteristisch.⁷¹ Solche Regime stören sich denn auch gar nicht so sehr daran, eine entsprechende Identitätsannäherung in Bezug auf Privatunternehmen mit den Mitteln des Völkerrechts zu verwirklichen. Anders die modernen Verfassungsstaaten westlicher Prägung: Sie sind prinzipiell gerade auch durch die Auffassung geprägt, dass eine Menschenrechtsbindung aller gegenüber allen den Sinn und Zweck der Menschenrechte gleichsam ins Gegenteil verkehren würde – menschenrechtlich geschützte Freiheiten würden zu einer umfassenden Pflichtenordnung umgestaltet.⁷² Das wäre das Ende der so verstandenen, liberalen Freiheit.⁷³ Westliche Verfassungsstaaten betrachten die Forderungen, private Wirtschaftsakteure unmittelbar auf die Beachtung der Menschenrechte zu verpflichten, im Sinne eines „slippery-slope“-Arguments also

Franken, Bindung Privater an Grundrechte? Zur Wirkung der Grundrechte auf Privatrechtsbeziehungen, in: Detterbeck/Rozek/von Coelln (Hrsg.), *Recht als Medium der Staatlichkeit – Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag*, 2009, 223 (228 ff.).

⁷¹ Zu den freiheitsgefährdenden Konsequenzen eines im Sinne einer allumfassenden Identität wahrgenommenen Verhältnisses von staatlicher und privat-gesellschaftlicher Sphäre siehe z.B. *Böckenförde* (Fn. 70), 21 ff.; *Hesse* (Fn. 68), 439; *Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat der Bundesrepublik Deutschland, 1960, 14 f.; *Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 31, Rn. 28; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, 153 ff.

⁷² Vgl. exemplarisch *Hufen*, *Staatsrecht II – Grundrechte*, 6. Aufl. 2017, § 7, Rn. 8; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG, Rn. 98; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 62), Rn. 198.

⁷³ *Michael/Morlok* (Fn. 66), Rn. 478 („Grundrechtsungebundene Privatautonomie ist gewollt. Sie ist Ausgangspunkt liberaler Freiheitsgewährleistung.“).

gerade auch als einen Schritt zu einem grundlegenden Verständniswandel der Menschenrechte hin zu einem Werkzeug individueller Freiheitsbeschränkung.⁷⁴ Und dieses Argument ist ja im Prinzip auch durchaus ernst zu nehmen.

Ist die Ablehnung einer solchen völkerrechtlichen Grenzüberschreitung zwischen Staat und Gesellschaft also wahrscheinlich nicht zuletzt auch durch die Sorge um die Wahrung einer individuellen und menschenrechtlich effektiv geschützten Freiheitssphäre motiviert, so existiert aber daneben noch eine zweite, etwas weniger benevolente Erklärungsmöglichkeit für diese ablehnende Haltung; mit anderen Worten, das Konfusionsargument hat nicht nur eine progressiv-schützende Dimension, sondern möglicherweise auch eine eher konservativ-defensive Funktion. Mit der Verantwortungsübertragung für den Schutz der Menschenrechte im Sinne einer Verantwortungsteilung zwischen den Staaten und Privatunternehmen gerät nämlich noch etwas anderes durcheinander – nicht nur die Freiheitssphäre der Gesellschaft wird potentiell gefährdet, sondern auch die Macht und Stellung des Staates.⁷⁵ Diese Wahrnehmung trifft in besonderer Weise auf westliche Verfassungsstaaten zu, welche die bisherige Grenzziehung ebenso wie eine zukünftige

⁷⁴ Siehe zu dieser Befürchtung statt vieler *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 354 („mithin zu einer nicht unerheblichen Einengung selbstverantwortlicher Freiheit führen“); *Michael/Morlok* (Fn. 66), Rn. 478; *Ehlers*, Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 14, Rn. 81.

⁷⁵ Allgemein zu der bereits seit einiger Zeit intensiv und kontrovers geführten Diskussion über die sich wandelnde Position der Staaten im internationalen System beispielsweise *Schachter*, The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law, *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1997), 7 ff.; *Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, 93 ff.; *Fox*, Strengthening the State, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 7 (1999), 35 ff.; *Delbrück*, Das Staatsbild im Zeitalter wirtschaftsrechtlicher Globalisierung, 2002, 5 ff.

Verantwortungsübertragung und -teilung gleichsam ernst nehmen, also letztere nicht lediglich als ein gerade auch rhetorisches Werkzeug betrachten, um weitergehende Beschränkungen für die Aktivitäten von Privatunternehmen zu rechtfertigen. Die Übertragung der bislang so gut wie exklusiven völkerrechtlichen Verantwortung für den Schutz der Menschenrechte – zwischenzeitlich von Seiten der Staaten allenfalls, und insbesondere im Zuge der Übertragung von Hoheitsrechten, mit juristischen Personen des öffentlichen Völkerrechts wie supra- und internationalen Organisationen geteilt⁷⁶ – auf namentlich wirtschaftlich machtvolle Akteure wie große transnationale Unternehmen geht immer auch einher mit einer Anerkennung der Wirkungsmacht derselben im internationalen System und kann interpretiert werden als Eingeständnis eigener Schwäche. Und wie schon bei der ersten, benevolenteren Lesart existiert hier wohl gerade auch ein Unbehagen angesichts eines drohenden slippery-slope- oder Domino-Effekts; dieses Mal aber eben aus der Perspektive des einst singulären Akteurs „Staat“ im internationalen System: Wenn wir heute die Primärverantwortung für den Schutz der Menschenrechte aufgeben, was folgt bzw. fällt als nächstes? Das weitgehende völkerrechtliche Rechtsetzungsmonopol? Oder – auf innerstaatlicher Ebene – das staatliche Gewaltmonopol? Was unterscheidet uns am Ende dieses Prozesses noch kategorial von machtvollen privaten Akteuren?⁷⁷

⁷⁶ Hinsichtlich der Grundlagen und Ausprägungen einer menschenrechtlichen Bindung supranationaler Organisationen am zentralen Beispiel der Europäischen Union statt vieler *Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Die Europäische Union, 12. Aufl. 2016, 59 ff.; *Schütze*, European Union Law, 2015, 429 ff.; zur Menschenrechtsverantwortung internationaler Organisationen exemplarisch *Janik*, Die Bindung internationaler Organisationen an internationale Menschenrechtsstandards, 2012, 14 ff.

⁷⁷ Bereits gegenwärtig ein „wachsendes Machtgefälle zwischen Staaten und transnational agierenden Unternehmen“ konstatierend z.B. *Marauhn*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 74 (2015), 373 (374).

Beide Deutungsmöglichkeiten – die benevolente und die eher auch ein bisschen missgünstige und damit malevolente Lesart – schließen sich dabei keineswegs notwendigerweise gegenseitig aus. Ja, es ist viel eher wahrscheinlich, dass sie sich in ihrer Wirkung wechselseitig verstärken und damit gemeinsam zur ablehnenden Haltung gerade westlicher Verfassungsstaaten gegenüber einer unmittelbaren Menschenrechtsverpflichtung von Privatunternehmen beitragen.

IV. Wo können und sollten wir hin?: Konsequenzen für die zukünftige Entwicklung

Dieser Befund leitet schließlich über zur dritten und letzten Frage; der nach den Konsequenzen, welche wir aus dem *status quo* – keine weitergehende unmittelbare Bindung von privaten Wirtschaftsakteuren an die Menschenrechte – und den tendenziell wohl eher geringen Realisierungschancen einer entsprechenden, staatlicherseits konsentierten Änderung der völkerrechtlichen Ordnungsstrukturen ziehen können und sollten? Nun, aus der Perspektive des Völkerrechts sehe ich im Wesentlichen drei Möglichkeiten. Zunächst besteht natürlich die Option, weiterzumachen wie bisher. Das heißt im vorliegenden Kontext, weiterhin in erster Linie auf transnationale soft law-Regime wie die OECD Guidelines for Multinational Enterprises oder den United Nations Global Compact⁷⁸ zu setzen. Diese Vorgehensweise stellt natürlich immer eine mögliche Option dar und ist im Übrigen auch hier gar nicht so abwertend gemeint, wie die Charakterisierung als „weiter so“ zunächst nahelegen könnte. Gerade das Beispiel der OECD Guidelines und seiner

⁷⁸ Für weitere Informationen zum United Nations Global Compact vgl. die Angaben unter: <www.unglobalcompact.org/> (zuletzt besucht am 17. Januar 2018). Siehe überdies z.B. Nowrot, *The New Governance Structure of the Global Compact – Transforming a “Learning Network” into a Federalized and Parliamentarized Transnational Regulatory Regime*, 2005, 5 ff.; und die Beiträge in: Rasche/Kell (Hrsg.), *The United Nations Global Compact*, 2010.

innovativen sowie durchsetzungsorientierten Implementierungsmechanismen⁷⁹ verdeutlicht, dass internationale Steuerungsmechanismen aus dem Bereich des soft law auch im vorliegenden Zusammenhang durchaus wirkungsmächtig sein können. Darüber hinaus haben sie natürlich den unbestreitbaren Vorteil, dass sie schon existieren – und das teilweise schon eine ziemlich lange Zeit – und man im Hinblick auf optimierende Anpassungen auf den in der Vergangenheit gemachten Erfahrungen aufbauen kann. Und im Übrigen stehen diese derzeit bereits existierenden Steuerungsinstrumente durchaus im Einklang mit einem im internationalen System allgemein zu beobachtenden Trend weg von dem primären Fokus auf Rechtspflichten sowie hiermit korrespondierende Rechtsverstöße und hin zur Vorstellung einer allgemeinen Rechenschaftspflicht für unangemessenes Verhalten; und dies gänzlich unabhängig davon, ob eine völkerrechtliche Verpflichtung verletzt worden ist oder auch nur besteht. *Jan Klabbers* hat diesen übergreifenden Trend von „responsibility“ zu „accountability“ vor kurzem nachgezeichnet.⁸⁰

Zweitens, und ebenfalls weiterhin dem Paradigma eines primär zwischenstaatlichen Völkerrechts mit den Staaten als den primären Verpflichtungssubjekten der Menschenrechte verpflichtet, könnte man den Regulierungsfokus noch stärker als bislang geschehen auf die Etablierung bzw. völkerrechtliche Verfestigung extraterritorialer Schutzpflichten der Staaten rich-

⁷⁹ Allgemein zu den im Zusammenhang mit den OECD Guidelines vorgesehenen Implementierungsmechanismen vgl. u.a. *Huarte Melgar/Nowrot/Wang* (Fn. 45), 43 ff. Hinsichtlich der aktuelleren Implementierungspraxis gerade auch im Hinblick auf menschenrechtliche Fragestellungen *Krajewski/Bozorgzad/Heß*, Menschenrechtliche Pflichten von multinationalen Unternehmen in den OECD-Leitsätzen: Taking Human Rights Seriously?, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 76 (2016), 309 (315 ff.).

⁸⁰ *Klabbers*, International Legal Positivism and Constitutionalism, in: *Kammerhofer/D'Aspremont* (Hrsg.), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, 2014, 264 (276 ff.).

ten. Es ist auch aus der Perspektive der internationalen Rechtsordnung weitgehend unbestritten, dass sich die Menschenrechte nicht allein als Abwehrrechte des Individuums gegen den Staat darstellen, sondern aus ihnen unter anderem auch staatliche Schutzpflichten im Hinblick auf Gefährdungen menschenrechtlicher Schutzgüter durch private Akteure erwachsen.⁸¹ Gänzlich unbestritten ist dies jedoch nur in Bezug auf den Schutz vor nichtstaatlichen Wirkungseinheiten auf dem eigenen Hoheitsgebiet. Darüber hinaus ist auch die Zulässigkeit einer extraterritorialen Rechtsanwendung unter bestimmten Voraussetzungen – namentlich bei Vorliegen eines legitimen Anknüpfungspunktes – im Grundsatz völkerrechtlich anerkannt.⁸² Von der Zulässigkeit und damit der legalen Möglichkeit einer solchen Vorgehensweise hin zur Anerkennung einer entsprechenden völkerrechtlichen Handlungspflicht ist es jedoch bekanntermaßen manchmal – und so auch vorliegend – ein weiter Weg. Es gibt zweifelsohne im internationalen System gewisse Ansätze in dieser Hinsicht; zu nennen wären hier beispielsweise die von einem nichtstaatlichen Expertenkreis am 28. September 2011 angenommenen Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural

⁸¹ Siehe zu dieser Thematik z.B. *Stahl*, Schutzpflichten im Völkerrecht – Ansatz einer Dogmatik, 2012, 27 ff.; *Marauhn* (Fn. 77), 384 ff.; *Ehlers*, Allgemeine Lehren der EMRK, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 2, Rn. 31; kritisch hinsichtlich der dogmatischen Adäquanz dieses Ansatzes jedoch u.a. *Bilchitz*, Corporations and the Limits of State-Based Models for Protecting Fundamental Rights in International Law, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 23 (2016), 143 (149 ff.).

⁸² Allgemein hierzu sowie zu den völkerrechtlich anerkannten Anknüpfungspunkten im Einzelnen statt vieler *Tietje* (Fn. 2), Rn. 106 ff., m.w.N.; speziell im Zusammenhang mit unternehmerischem Handeln überdies z.B. *Krajewski* (Fn. 12), § 12, Rn. 77; *Kahl*, Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 76 (2017), 343 (375); *Koenen*, *Wirtschaft und Menschenrechte – Staatliche Schutzpflichten auf der Basis regionaler und internationaler Menschenrechtsverträge*, 2012, 54 ff., 136 ff.

Rights,⁸³ entsprechende Aussagen des Committee on the Rights of the Child in seinem General Comment No. 16 (2013) zur UN-Kinderrechtskonvention,⁸⁴ der Regelungsansatz des Art. 20 des bereits erwähnten Investitionsabkommens zwischen Marokko und Nigeria⁸⁵ sowie die Agenda der ebenfalls bereits erwähnten, auf Grundlage der Resolution 26/9 des Menschenrechtsrates der

⁸³ Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, u.a. erhältlich unter: <http://www.eto-consortium.org/nc/en/main-navigation/library/maastricht-principles/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=23> (zuletzt besucht am 15. Januar 2018). Vgl. hierzu auch u.a. *De Schutter/Eide/Khalfan/Orellana/Salomon/Seiderman*, Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly* 34 (2012), 1084 ff.; *Coomans*, Die Verortung der Maastrichter Prinzipien zu den extraterritorialen Staatenpflichten im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, *Zeitschrift für Menschenrechte* 6 (2012), 27 ff.

⁸⁴ Siehe Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 16 (2013) on State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights, UN Doc. CRC/C/GC/16 of 17 April 2013, para. 43 („Home States also have obligations, arising under the Convention and the Optional Protocols thereto, to respect, protect and fulfil children's rights in the context of businesses' extraterritorial activities and operations, provided that there is a reasonable link between the State and the conduct concerned. A reasonable link exists when a business enterprise has its centre of activity, is registered or domiciled or has its main place of business or substantial business activities in the State concerned. When adopting measures to meet this obligation, States must not violate the Charter of the United Nations and general international law nor diminish the obligations of the host State under the Convention.“). Allgemein zur Bedeutung von General Comments im Bereich des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes statt vieler *Roth-Isigkeit*, Die General Comments des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen – Ein Beitrag zur Rechtsentwicklung im Völkerrecht, *MenschenRechtsMagazin* 17 (2012), 196 ff., m.w.N.

⁸⁵ Art. 20 des Marokko-Nigeria BIT 2016 lautet: „Investors shall be subject to civil actions for liability in the judicial process of their home state for the acts or decisions made in relation to the investment where such acts or decisions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the host state.“ Zu dem Abkommen selbst vgl. bereits unter II.

Vereinten Nationen eingesetzten „Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights“. Überdies wäre diese Option sicherlich prinzipiell ein effektiver dogmatischer Ansatz. Gleichwohl kann man von der Existenz entsprechender völkerrechtlicher Verpflichtungen der Staaten jedenfalls derzeit noch nicht ausgehen.⁸⁶ Der Rekurs hierauf steht noch weitgehend im freien Belieben der Staaten – und den meisten von ihnen beliebt es meistens, sich diesbezüglich eher in vornehmer Zurückhaltung zu üben.

Schließlich und drittens – und „freies Belieben der Staaten“ liefert hier schon das Stichwort – kann man aber natürlich auch die Frage aufwerfen, ob die weiterhin streng staatsbezogene Dogmatik der Völkerrechtssubjektivität selbst wirklich noch zeitgemäß und gegenstandsangemessen ist. Muss es tatsächlich weiterhin allein dem freien Belieben der Staaten überlassen bleiben, eine völkerrechtliche Verantwortung mächtiger nichtstaatlicher Akteure wie großer Wirtschaftsunternehmen für die Achtung und den Schutz der Menschenrechte zu begründen beziehungsweise – wie gegenwärtig – eben nicht zu begründen? Oder entspricht es nicht vielmehr eher der übergreifenden, in einem positiven Sinne verstandenen Befriedungsfunktion des

⁸⁶ Vgl. auch beispielsweise Human Rights Council, Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts, Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, UN Doc. A/HRC/4/035 of 9 February 2007, para. 15; *Marauhn* (Fn. 77), 393 („zurzeit völkerrechtlich kaum vertretbar“); *Lagoutte*, New Challenges Facing States within the Field of Human Rights and Business, *Nordic Journal of Human Rights* 33 (2015), 158 (174 f.); *von Bernstorff*, Extraterritoriale menschenrechtliche Staatenpflichten und Corporate Social Responsibility, *Archiv des Völkerrechts* 49 (2011), 34 (56 f.); *Pöschl*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 74 (2015), 405 (430 f.); *Zerk*, *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, 2006, 88 f.

Völkerrechts⁸⁷ und der gebotenen Wirklichkeitsnähe dieser Rechtsordnung, dass bereits aus einer machtvollen faktischen Position im internationalen System die widerlegbare Vermutung erwächst, dass die entsprechende Akteurskategorie – auch unabhängig von der ausdrücklichen Übertragung völkerrechtlicher Pflichtenpositionen im Wege des Vertrags- oder Gewohnheitsrechts – einen Status als Völkerrechtssubjekt im Sinne des Unterworfenenseins unter völkerrechtliche Verhaltenspflichten hinsichtlich der Verwirklichung von globalen Gemeinwohlbelangen wie dem Schutz der Menschenrechte innehat.⁸⁸

⁸⁷ Zu den Bedeutungsgehalten des positiven Friedensbegriffs im Völkerrecht und seiner Abgrenzung vom negativen Friedensbegriff, welcher sich allein durch die Abwesenheit von Krieg definiert, vgl. z.B. *Randelzhofer*, Der normative Gehalt des Friedensbegriffs im Völkerrecht der Gegenwart, in: *Delbrück* (Hrsg.), *Völkerrecht und Kriegsverhütung*, 1979, 13 ff.; *Delbrück*, Rechtsprobleme der Friedenssicherung durch Sicherheitsrat und Generalversammlung der Vereinten Nationen, in: *Kewenig* (Hrsg.), *Die Vereinten Nationen im Wandel*, 1975, 131 (138 ff.); *Gading*, Der Schutz grundlegender Menschenrechte durch militärische Maßnahmen des Sicherheitsrates – das Ende staatlicher Souveränität?, 1996, 82 ff., m.w.N.

⁸⁸ Eingehender zu diesem konzeptionellen Ansatz bereits *Nowrot*, Nun sag, wie hast du's mit den Global Players? Fragen an die Völkerrechtsgemeinschaft zur internationalen Rechtsstellung transnationaler Unternehmen, *Die FriedensWarte* 79 (2004), 119 ff.; *ders.* (Fn. 7), 560 ff.; *ders.*, Reconceptualising International Legal Personality of Influential Non-State Actors: Towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities, *Philippine Law Journal* 80 (2006), 563 ff. Grundsätzlich positiv beispielsweise *Peters*, Sind transnationale Unternehmen verpflichtet, (internationale) Menschenrechte zu respektieren und zu fördern?, in: *Kirchschläger* u.a. (Hrsg.), *Menschenrechte und Wirtschaft im Spannungsfeld zwischen State und Nonstate Actors*, 2005, 127 (133 Fn. 5) („weiterführend“); *Klabbers/Peters/Ulfstein*, The Constitutionalization of International Law, 2009, 243 Fn. 333 („subtle analysis“); kritisch demgegenüber *Fastenrath* (Fn. 17), 81 f.; *Krajewski*, Rechtliche Steuerung transnationaler Unternehmen, in: *Giegerich* (Hrsg.), *Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise*, 2011, 35 (46). Siehe zu diesem Ansatz überdies u.a. *Hörtreiter*, Die Vereinten Nationen und Wirtschaftsunternehmen – Zwischen Kooperation und Kontrolle, 2007, 189 ff.; *Geldermann* (Fn. 19), 146 ff.; *Wouters/Chané* (Fn. 18), 229.

Im Hinblick auf diese letztgenannten Überlegungen hinsichtlich einer partiellen Neukonzeption der Dogmatik der Völkerrechtssubjektivität bedarf es keiner erweiterten hellseherischen Fähigkeiten, um sich vorstellen zu können, wie die Reaktion bei zahlreichen Leserinnen und Lesern ausfallen dürfte: Ja, ja, lieber Autor, ich mach mir die Welt, wie sie mir gefällt. Das ist doch jetzt die umgekehrte Venus- bzw. Pippi-Langstrumpf-Perspektive, welche den nur sehr schmalen Grat zwischen Idealismus und Traumtänzerium illustriert. Nun, einer solchen Wahrnehmung möchte ich entgegenhalten, dass diesen Überlegungen – ganz im Gegenteil – eine zutiefst realistische, Mars-inspirierte Sichtweise zugrunde liegt.⁸⁹ Bereits die geschichtliche Entwicklung der Menschenrechte selbst einschließlich ihrer Anerkennung in der politischen Praxis zeigt uns, dass solche zentralen Innovationsprozesse vielfach nicht von oben, also von den geborenen Völkerrechtssubjekten bzw. den geborenen Herrschern und Herrscherinnen ausgehen, sondern häufig gleichsam von weiter unten ihren Ausgang nehmen. So ist ja unter anderem schon die Magna Charta Libertatum bekanntermaßen nicht deswegen statuiert worden, weil der König von England, John Lackland, eines morgens im Jahre 1215 gleichsam geläutert aufgewacht wäre und plötzlich solche Individualrechtsgarantien für gut und richtig befunden hätte.⁹⁰ Gleiches gilt nachfolgend beispielsweise für die Virginia Declaration of Rights vom Juni 1776 sowie die französische Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen vom August 1789. Und auch eine grundlegende Ausweitung des passiven Adressatenkreises der Menschenrechte unter Einbeziehung von großen Privatunternehmen ist, wenn man sie denn gutheißen sollte, vielleicht

⁸⁹ Für eine eingehendere Auseinandersetzung mit möglichen Einwänden gegen diese partielle Neukonzeption der Dogmatik der Völkerrechtssubjektivität siehe bereits *Nowrot* (Fn. 7), 571 ff.

⁹⁰ Allgemein zur Magna Charta Libertatum und dem historischen Kontext ihrer Unterzeichnung statt vieler *Goerlich*, 800 Jahre Magna Charta Libertatum Revisited – Mythos und mehr, *Archiv des Völkerrechts* 54 (2016), 153 ff., m.w.N.

so ein weiterer Entwicklungsschritt, bei dessen wirkungsvoller Realisierung es in zentraler Weise auf Denk-Anstöße von Kräften außerhalb bzw. jenseits der geborenen Völkerrechtssubjekte ankommt; nicht zuletzt – und nicht zu gering – auch von Seiten interessierter und engagierter Vertreterinnen und Vertreter der Völkerrechtswissenschaft.

UN-Leitprinzipien, Selbstregulierung der Wirtschaft und Deliktsrecht: Alternativen zu verpflichtenden Völkerrechtsnormen für Unternehmen?

Carola Glinski

I. Einleitung

Die Verantwortung transnational tätiger Unternehmen für Menschenrechtsverletzung bzw. Schadensverursachung auch in ihren Tochterunternehmen und ihren Lieferketten steht bereits seit den 1970iger Jahren auf der völkerrechtlichen Agenda, hat bislang jedoch nicht zu verbindlichen Normen geführt. Entsprechende Initiativen sind entweder gescheitert,¹ unverbindlich geblieben² oder bauen auf die freiwillige Kooperation und Selbstregulierung von Unternehmen.³ Inwieweit der jüngste Vorstoß

¹ Vgl. UN Intergovernmental Working Group on a Code of Conduct, Draft UN Code of Conduct on Transnational Corporations, UN-Dok. E/1990/94 vom 12.6.1990; Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights (draft Norms), UN-Dok. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 vom 26.8.2003.

² Vgl. etwa die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, ursprünglich von 1976,. Die überarbeiteten OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen von 2011 sehen wenigstens gewisse Durchsetzungs- und Sanktionsmechanismen vor, vgl. <http://mneguidelines.oecd.org/48808708.pdf>. Ein weiteres Beispiel ist die Dreigliedrige Grundsatzerklärung über multinationale Unternehmen und Sozialpolitik der ILO, ursprünglich von 1977, in der 5. Aufl. von März 2017, vgl. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_579897.pdf.

³ Vgl. etwa den UN Global Compact, <http://www.unglobalcompact.org>.

des UN-Menschenrechtsrats für verbindliche Völkerrechtsnormen für Unternehmen⁴ von Erfolg gekrönt sein wird, bleibt abzuwarten.

Derzeit stellen die formal unverbindlichen „UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte“⁵ den umfassendsten Versuch dar, Unternehmensverantwortung für (potentielle) Menschenrechtsverletzungen auch in Subunternehmen und Zulieferern herzustellen. Neben der staatlichen Schutzpflicht adressieren die Leitprinzipien auch eine unmittelbare Verpflichtung multinationaler Unternehmen zur Respektierung der Menschenrechte, der Unternehmen durch entsprechende Selbstverpflichtungen und konzern- bzw. lieferkettenweite Sorgfaltspflichten nachkommen sollen. Begründet wird dieser Ansatz mit korrespondierenden sozialen Normen bzw. gesellschaftlichen Erwartungen, die sich bereits in einer Fülle von verbindlichen und unverbindlichen Initiativen zur sozialen Verantwortung von Unternehmen sowie in der Unternehmenspraxis nachweisen lassen.⁶

Tatsächlich gibt es eine Vielzahl privater und halbprivater selbstregulativer Initiativen, die die Einhaltung von Menschenrechten und bestimmten Sozial- und Umweltstandards durch multinationale Unternehmen zum Ziel haben. Diese umfassen

⁴ Human Rights Council, Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights, UN-Dok. A/HRC/26/L.22/Rev.1 vom 24.6.2014; Human Rights Council, Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, UN-Dok. A/HRC/26/L.1 vom 23.6.2014.

⁵ *Ruggie*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, UN Dok. A/HRC/17/31 vom 31.3.2011, <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>. Deutsche Übersetzung unter http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/140522_leitprinzipien_wirtschaft_und_menschenrechte.pdf.

⁶ Ausf. *Ruggie*, Business and Human Rights, The evolving international agenda, 101 *The American Journal of International Law* (2007), 818 ff.

neben Vereinbarungen mit bzw. Selbstverpflichtungen gegenüber staatlichen oder internationalen Institutionen,⁷ NGOs und/oder Gewerkschaften⁸ insbesondere auch unilaterale Selbstregulierungsmaßnahmen von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen. Gerade die unilateralen Regelwerke sind oftmals ausgesprochen detailliert und umfangreich und bestehen aus Selbstverpflichtungserklärungen, konzernweiten internen Leitlinien, detaillierten Handbüchern, Schulungen und konzernweiten Audits insbesondere im Sicherheits-, Gesundheits- und Umweltbereich.⁹

Gleichzeitig gibt es im Deliktsrecht zunehmend Tendenzen hin zu einer Anerkennung konzern- und sogar lieferkettenweiter haftungsrechtlicher Verantwortung der Obergesellschaft für Rechtsverletzungen in der Wertschöpfungskette. Grundlegend hierfür war vor allem die englische Entscheidung *Chandler v. Cape*,¹⁰ der andere (bedingt) bejahende Entscheidungen zur Haftung in Konzernstrukturen folgten.¹¹ Neben weiteren Fällen zur konzernweiten Haftung¹² haben Fälle zur Haftung für Rechts-

⁷ Wie z.B. dem Global Compact.

⁸ Siehe z.B. jüngst den sog. „Bangladesh Accord“ oder das deutsche „Bündnis für nachhaltige Textilien“.

⁹ Zur deutschen chemischen Industrie vgl. *Herberg*, Codes of Conduct und kommunikative Vernunft, *Zeitschrift für Rechtssoziologie (ZfR)* 2001, 25 ff.; *ders.*, Globalisierung und private Selbstregulierung, 2007.

¹⁰ *Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525.

¹¹ Vgl. Rechtbank 's-Gravenhage, 30.12.2009, *Fidelis Ayoro Oguru et al. v Royal Dutch Shell plc et al*, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8616, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8616>. Der Fall ist in der Berufung anhängig beim Gerichtshof Den Haag.

¹² Insbesondere *Lungowe and others v (1) Vedanta Resources plc (2) Konkola Copper Mines plc*, [2016] EWHC 975 (TCC) und [2017] EWCA Civ 1528, wo der englische High Court wie auch der Court of Appeal die Zuständigkeit der englischen Gerichte für Klagen sowohl gegen die Muttergesellschaft Vedanta als auch gegen die sambische Tochtergesellschaft KCM bejaht hat. Vgl. auch *Okpabi and others v Royal Dutch Shell plc and Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd.* [2017] EWHC 89 (TCC) und [2018] EWCA Civ 191.

gutsverletzungen in Lieferketten die Gerichte erreicht. Prominente Beispiele sind Klagen der Opfer des Einsturzes des Rana Plaza-Gebäudes in Bangladesh oder des Feuers in der Produktionsstätte von Ali Enterprises in Pakistan in Deutschland¹³ und in Kanada.¹⁴

Tatsächlich eignet sich das Haftungsrecht in besonderem Maße, die UN-Leitprinzipien zu rezipieren, ist es doch ein Wesenszug des Haftungsrechts, soziale Normen in verbindliche rechtliche Pflichten zu transformieren. Das Erfordernis der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ wird regelmäßig nicht nur unter Rückgriff auf (öffentlich-)rechtliche Erfordernisse, sondern auch auf soziale Normen und auf Regeln und Übungen der Praxis wie DIN, CEN oder ISO-Normen oder *best practices* konkretisiert. Dabei wandeln sich deliktische Sorgfaltspflichten nicht nur entsprechend der rechtlichen, sondern vor allem auch aufgrund gesellschaftlicher, technologischer und organisatorischer Entwicklung. Dies hat zur Folge, dass eine große Bandbreite verbindlicher wie unverbindlicher Regulierungs- und Selbstregulierungsinstrumente haftungsrechtliche Relevanz erlangen können.¹⁵

Im Folgenden werden zunächst die Parallelen zwischen den UN-Leitprinzipien und deliktsrechtlichen Prinzipien im Hinblick auf die (verschiedenen Stufen der) Zurechnung der Verantwortung von Obergesellschaften für Tochterunternehmen und Zulieferer sowie auf deren Konkretisierung durch transnationale wirtschaftliche Selbstverpflichtungen herausgearbeitet.

¹³ LG Dortmund, 7 O 95/15.

¹⁴ Der Ontario Superior Court of Justice lehnte die Zertifizierung einer class action ab, vgl. *Das v. George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129.

¹⁵ Vgl. hierzu *Glinski*, Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung globaler Produktionsstandards, 2010, 263 ff.; vgl. auch *Weller/Thomale*, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 2017, 509, 521; *Halfmeier*, Zur Rolle des Kollisionsrechts bei der zivilrechtlichen Haftung für Menschenrechtsverletzungen, in: *Krajewski/Oehm/Saage-Maaß*, Zivil- und strafrechtliche Verantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, 33, 47.

In einem zweiten Schritt wird das Potential für gegenseitige Beeinflussung und das Zusammenwirken von UN-Leitprinzipien und Deliktsrecht unter besonderer Berücksichtigung der rechtlichen Bedeutung unternehmerischer Selbstregulierung analysiert. Im Ergebnis kann dies zu einer Überwindung der Schwächen des jeweiligen Regimes (namentlich die formale rechtliche Unverbindlichkeit der UN-Leitprinzipien und der zögerlichen einzelfallabhängigen Entwicklung des Haftungsrechts) und zur Entwicklung rechtlich verbindlicher Standards für Unternehmensverantwortung, die durch unternehmerische Selbstregulierung konkretisiert werden, führen. Auf diese Weise kann sich ein ausgefeiltes System der Zuordnung rechtlicher Pflichten, mit einer inhärenten Tendenz zu stetiger Verbesserung, entwickeln.

II. UN-Leitprinzipien

Die 2011 vom UN-Menschenrechtsrat verabschiedeten UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte konkretisieren den 2008 von John Ruggie präsentierten Rahmen der Vereinten Nationen „Schutz, Achtung und Abhilfe“ (*Protect, Respect and Remedy*)¹⁶ und stellen derzeit (noch) den Stand der Dinge zum Thema Wirtschaft und Menschenrechte dar. Sie basieren auf drei Säulen, namentlich der staatlichen Pflicht, Schutz vor Menschenrechtsverletzungen zu gewährleisten, der Pflicht der Unternehmen, die Menschenrechte zu respektieren, und der Pflicht nicht nur der Staaten, für Rechtsmittel, Abhilfe und Wiedergutmachung zu sorgen.

Die Leitprinzipien wurden nicht als verbindliches völkerrechtliches Abkommen verabschiedet und stellen damit lediglich „soft law“ dar. Sie beanspruchen jedoch auch nicht, neue völkerrechtliche Verpflichtungen zu kreieren, sondern sehen

¹⁶ *Ruggie, Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, UN-Dok. A/HRC/8/5 vom 7.4.2008, <http://www.reports-and-materials.org/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>.

sich als praxistaugliche Bündelung und Konkretisierung bestehender Standards, und zwar nicht nur völkerrechtlich verbindlicher Staatenpflichten, sondern auch aller anderen rechtlich verbindlichen und unverbindlichen Regelungen, gesellschaftlichen Normen und wirtschaftlichen Selbstverpflichtungen zum Thema.¹⁷

Nicht nur aufgrund der rechtlichen Unverbindlichkeit besteht in vielen Staaten nur unzureichender Schutz vor (Menschen-)Rechtsverletzungen durch private Wirtschaftakteure. Dies kann durch ungenügende regulative Schutzstandards (insbesondere im Umgang mit Gefahrstoffen oder Risikotechnologien) oder Vollzugsdefizite durch ungenügende Behördenausstattung oder Korruption begründet sein. Ebenso ist der Zugang zu effektivem Rechtsschutz in vielen Ländern schwierig. Gründe hierfür sind vielfältig und reichen von mangelhafter Ausstattung der Gerichte und Korruption über fehlende Finanzierungsmöglichkeiten für Klagen, fehlende Möglichkeiten für Sammel- oder Gruppenklagen und geringe Schadensersatzsummen bis hin zu wenig erfahrenen Anwälten. Auch sind die schadensverursachenden Unternehmen vor Ort nicht selten zahlungsunfähig, sobald es zu einem größeren Haftungsfall kommt.

Umso wichtiger ist die zweite Säule der Leitprinzipien, die die Unternehmen direkt zur Respektierung der Menschenrechte anhält. Diese zweite Säule ist weit anwendbar auf transnationale wie sonstige Wirtschaftsunternehmen, ungeachtet ihrer Größe, ihres Sektors, ihres Standorts, ihrer Eigentumsverhältnisse und ihrer Struktur,¹⁸ wobei das Hauptaugenmerk traditionell auf

¹⁷ “The Guiding Principles’ normative contribution “lies not in the creation of new international law obligations but in elaborating the implications of existing standards and practices for States and businesses; integrating them within a single, logically coherent and comprehensive template; and identifying where the current regime falls short and how it should be improved.”, vgl. UN Dok. A/HRC/17/31 (Fn. 5), Introduction, Nr. 14.

¹⁸ UN-Leitprinzipien, Einleitung, Prinzip 14.

transnationale Wertschöpfungs- bzw. Produktionsketten gerichtet ist. Hierbei sind sowohl eigene (Menschen-)Rechtsverletzungen bzw. Verletzungshandlungen der (Ober-)Unternehmen als auch solche von Drittunternehmen, die mittels einer Geschäftsbeziehung mit Geschäftstätigkeit, Produkten oder Dienstleistungen unmittelbar verbunden sind, umfasst (Prinzip 13). Die Verpflichtung zur Achtung der Menschenrechte ist nicht nur negativ gefasst (im Sinne einer Verpflichtung, Rechte Dritter nicht zu verletzen), sondern verlangt auch proaktive Schritte. Sie besteht aus zwei Teilen, namentlich der Verpflichtung zur Abgabe einer Selbstverpflichtungserklärung zur menschenrechtlichen Verantwortungsübernahme sowie deren Implementierung durch sog. *due diligence* bzw. Sorgfaltsmechanismen (Prinzip 15). Die konkreten Pflichten variieren je nach Größe des Wirtschaftsunternehmens, der Art seiner Geschäftstätigkeit und des Risikos und der Schwere menschenrechtlicher Auswirkungen (Prinzip 14). Dies führt insbesondere für Obergesellschaften und Haupteinkäufer in Zulieferbeziehungen zu spezifischen und umfassenderen Sorgfaltspflichten auch hinsichtlich ihrer Tochterfirmen und Zulieferer.¹⁹ Die Selbstverpflichtungserklärung zur Achtung der Menschenrechte muss von höchster Firmen- bzw. Konzernebene angenommen werden, sich auf einschlägiges internes und/oder externes Fachwissen beziehen, die entsprechenden Erwartungen an Mitarbeiter, Geschäftspartner und sonstige relevante Parteien formulieren, entsprechend intern kommuniziert werden und durch operative Politiken und Verfahren verankert werden. Außerdem muss sie öffentlich verfügbar sein (Prinzip 16). Die Gewährleistung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht erfordert zunächst die Ermittlung tatsächlicher und potentieller negativer Menschenrechtsauswirkungen mithilfe internen sowie externen Fachwissens und unter

¹⁹ Vgl. auch *Mares, A Gap in the Responsibility to Respect Human Rights* (auch veröffentlicht in 36 *Monash University Law Review* (2010), 33 ff.), <http://rwi.lu.se/app/uploads/2012/08/A-Gap-in-the-Corporate-Responsibility.pdf>, 8 ff.

Konsultation potentiell betroffener Gruppen sowie anderer Stakeholder (Prinzip 18). Die entsprechenden Risikoerkenntnisse sowie wirksame Gegenmaßnahmen sind dann sinnvoll in Geschäfts-, Entscheidungs- und Kontrollabläufe zu integrieren und zu überwachen (Prinzipien 19 und 20). Außerdem sollen die Unternehmen über die getroffenen menschenrechtlichen Sorgfaltsmaßnahmen Rechenschaft ablegen, insbesondere gegenüber betroffenen Stakeholdern (Prinzip 21). Werden Risiken bzw. negative Auswirkungen nicht von Unternehmen selbst hervorgerufen, sondern sind mit seiner Geschäftstätigkeit, seinen Produkten oder Dienstleistungen verbunden, so hängt der Umfang der Sorgfaltspflicht vom Einfluss des Unternehmens auf die entsprechende Einheit, von der Relevanz der Geschäftsbeziehung hierfür sowie der Schwere der (potentiellen) Verletzung ab. Bestehender Einfluss sollte genutzt werden; gegebenenfalls sollte versucht werden, Einflussmöglichkeiten zu steigern.²⁰

Mit diesen vier Schritten der Unternehmenspflicht, namentlich der Verabschiedung einer expliziten menschenrechtlichen Verantwortungsübernahme, einer menschenrechtlichen Risikoanalyse, der Implementierung von entsprechenden *due diligence*-Mechanismen im Gesamtkonzern bzw. in den Geschäftsaktivitäten und der Überprüfung ihrer Wirksamkeit soll erreicht werden, dass sich Unternehmen ihrer (potentiellen) negativen menschenrechtlichen Auswirkungen bewusst werden und diese verhüten, beenden oder jedenfalls abmildern.²¹

III. Deliktsrechtliche Haftung in Konzernstrukturen und Lieferketten

Die menschenrechtliche Verantwortung von Unternehmen beruht letztlich – ebenso wie die Deliktsrechte vieler Länder – auf

²⁰ Kommentar zu Prinzip 19.

²¹ Ruggie Framework (Fn. 16), Nr. 56, 60-64; Ruggie, Business and human rights: Towards operationalizing the “protect, respect and remedy” framework, UN-Dok. A/HRC/11/13 vom 22.4.2009, Nr. 71.

dem Verbot, die Rechte anderer zu verletzen.²² So basiert das englische *tort of negligence* auf der Regel “you must not injure your neighbour”.²³ Die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB entsteht bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums oder eines sonstigen Rechts eines anderen. Damit lässt sich die menschenrechtliche Verantwortung – soweit sie sich nicht auf den Schutz klassischer (kollektiver) Arbeitsrechte oder Gleichheitsrechte bezieht²⁴ - privatrechtlich weitgehend in entsprechende deliktsrechtliche Sorgfaltspflichten übersetzen.²⁵

Zentrale Elemente hierbei - nicht nur nach deutschem Deliktsrecht - sind die Kriterien der Vorhersehbarkeit und der Vermeidbarkeit der Verletzung.²⁶ Damit können auch die soeben umrissenen Anforderungen der UN Leitprinzipien gleichzeitig typische deliktische Sorgfalts- oder Verkehrspflichten darstellen. Das Erfordernis, anspruchsvolle Risikoermittlungen durchzuführen, verbessert die Basis der Vorhersehbarkeit von Schädigungen, die dann weitest möglich – unter Einbeziehung von Verhältnismäßigkeitserwägungen – zu verhindern oder abzumildern wären.²⁷

²² “To respect rights essentially means not to infringe on the rights of others – put simply, to do no harm”, Ruggie Framework (Fn. 16), Nr. 24.

²³ Grundlegend *Donoghue v. Stevenson* (1932] AC 562, 580.

²⁴ Etwa das ILO-Übereinkommen über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit von 1951.

²⁵ Vgl. zur Frage von Menschenrechtsverletzungen als Rechtsgutsverletzungen nach § 823 Abs. 1 BGB auch *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 752 ff.; *Weller/Kaller/Schulz*, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, *AcP* 216 (2016), 387, 400.

²⁶ Im englischen *tort of negligence*: “(y)ou must take reasonable care to avoid acts and omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour”, vgl. *Donoghue v. Stevenson* (Fn. 23). Das US amerikanische *tort of negligence* definiert die Verkehrspflicht (*reasonable care burden*) als bestehend aus den Erfordernissen *should have known* und *should have acted*, vgl. *Mares* (Fn. 19), 58 ff. und die Nachweise dort.

²⁷ Zu Parallelen zwischen den UN-Leitprinzipien und dem Deliktsrecht vgl. auch *Mares* (Fn. 19), 37 ff.; *Sanders*, *The Impact of the 'Ruggie Framework' and*

Die größere deliktische Hürde liegt jedoch in dem Umstand, dass sich die Anforderungen der UN-Leitprinzipien nicht nur auf den Risikobereich des eigenen Unternehmens beziehen, sondern Tochterunternehmen und Zulieferer miteinbeziehen. Im Folgenden wird daher die potentielle Reichweite deliktischer Sorgfaltspflichten der Ober- oder Käufergesellschaft auch für Gefahren, die von rechtlich selbständigen Untergesellschaften oder von Zulieferern ausgehen, näher beleuchtet. Dabei werden Wege aufgezeigt, gegebenenfalls einschlägige Sorgfalts- bzw. Verkehrspflichten genauer zu umreißen. Hierbei werden nicht nur mögliche Wechselwirkungen mit den UN-Leitprinzipien, sondern insbesondere auch die deliktsrechtliche Bedeutung der von den Leitprinzipien geforderten unternehmerischen Verantwortungsübernahme und menschenrechtlichen Selbstregulierung - bestehend aus Gefahrforschungs- und Gefahrvermeidungs- bzw. minimierungspflicht - analysiert.

So basieren deliktsrechtliche Erwartungen an die Verantwortung und Sorgfalt einer vernünftigen und umsichtigen Person oder – in einer hochkomplexen und technisierten Wirtschaftswelt - an ein vernünftiges und umsichtiges Unternehmen (einer bestimmten Branche) traditionell auch auf Standards, Selbstregulierungsmechanismen und *best practices* in dieser Branche, da diese illustrieren, was in der Profession selbst als notwendig und machbar zur Vermeidung von Schäden erkannt wird.

the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights on Transnational Human Rights Litigation, LSE Law, Society and Economy Working Papers 18/2014, 1, 14 ff.

1. Vorbemerkung: Gerichtsbarkeit und anwendbares Recht

Weltweit anwendbare Zuständigkeitsregeln existieren bisher nicht, die internationale Zuständigkeit der europäischen Gerichte für Klagen gegen europäische Ober- oder Käufergesellschaften ergibt sich aus Art. 4 der Brüssel Ia-Verordnung (EU) Nr. 1215/2012,²⁸ wonach die Gerichte in dem Mitgliedstaat, in dem die Beklagte ihren Wohnsitz bzw. bei Gesellschaften ihren Sitz haben, zuständig sind.

Seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Owusu*²⁹ ist klar, dass englische Gerichte von dieser Regel auch nicht durch Anwendung der *forum non conveniens*-Doktrin abweichen dürfen.³⁰ Die weitere diesbezügliche Rechtsentwicklung nach dem Brexit bleibt natürlich abzuwarten.

Obwohl es weltweit auch kein einheitliches Kollisionsrecht gibt, sind die nationalen international-privatrechtlichen Regeln doch relativ einheitlich, indem sie für die deliktische Haftung auf das Recht des Schadensorts abstellen. Für die EU regelt dies Art. 4 (1) der Rom II-Verordnung (EG) Nr. 864/2007.³¹ Damit ist auf Ersatzansprüche für Schäden, die durch unsichere, rechtsverletzende oder umweltgefährliche oder Produktionsbedingungen vor Ort hervorgerufen wurden, in der Regel das entsprechende ausländische Deliktsrecht anwendbar. Der Umstand,

²⁸ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen, ABl. 2012 L 351/1.

²⁹ EuGH, Urteil vom 1.3.2005, Rs. C-281/02 *Andrew Owusu gegen N.B. Jackson u.a.*, ECLI:EU:C:2005:120.

³⁰ Für eine frühere diesbezügliche Entscheidung vgl. *Rockware Glass v MacShannon* [1978] AC 795. Aus dem US-amerikanischen Recht: *In Re Union Carbide Corporation Gas Plant Disaster at Bhopal, India*, 1984, 634 F Supp. 842 (SD NY 1986).

³¹ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. 2007 L 199/40.

dass im sog. „globalen Süden“ häufig noch das Recht der ehemaligen Kolonialmächte angewandt wird, führt dabei zu einer enormen Bedeutung des *common law* und damit des englischen Deliktsrechts in den bisherigen und derzeit anhängigen Schadensersatzklagen aufgrund von Schäden in Pakistan (Ali Enterprises), Bangladesh (Rana Plaza), Nigeria (Shell) oder Sambia (Vedanta).³² Zu klären ist in diesen Fällen zumeist nur, inwieweit sich die jeweiligen Rechtsordnungen auch an die jüngeren englischen Entscheidungen, insbesondere an das Urteil des Court of Appeal in *Chandler v. Cape*, gebunden sehen³³ bzw. wie die mit dieser Frage befassten europäischen Gerichte dies einschätzen.³⁴

Deutsches Deliktsrecht spielt zwar international eine eher geringe Rolle, könnte aber bei Klagen in Deutschland gegen deutsche Unternehmen zumindest einen *ordre public*-Rahmen bilden.³⁵ Außerdem wird die Möglichkeit erwogen, trotz grundsätzlicher Anwendung ausländischen Rechts nach Art. 17 der Rom II VO bei der Frage möglicher Verkehrssicherungspflichten deutscher Obergesellschaften auch auf deutsche Standards zurückzugreifen.³⁶ Teilweise wird dafür plädiert, die Ausweichklausel des Art. 4 (3) der Rom II-VO zu nutzen, um bei derarti-

³² Vgl. bereits *Frynas*, Legal Change in Africa: evidence from oil-related litigation in Nigeria, 43 *Journal of African Law* (1999), 121 ff., zur nigerianischen Rechtsprechung zu von Shell und Chevron verursachten Schäden.

³³ Vgl. nur die unterschiedlichen Stellungnahmen sambischer Experten in *Vedanta* (Fn. 12), [123].

³⁴ Die Rechtbank 's-Gravenhage hat *Chandler v. Cape* als Bestandteil des nigerianischen Rechts angesehen, vgl. *Oguru* (Fn. 11), [4.30] und [4.34] ff.

³⁵ Vgl. *Halfmeier*, Menschenrechte und Internationales Privatrecht im Kontext der Globalisierung, *RabelsZ* 68 (2004), 653, 671 ff.; *Weller/Kaller/Schulz*, *AcP* 216 (2016), 387, 394 ff., für Fälle schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen.

³⁶ Siehe hierzu auch *Saage-Maaß/Leifker*, Haftungsrisiken Deutscher Unternehmen und ihres Managements für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, *BB* 2015, 2499, 2502. A.A. *Wagner*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 742 f.

gen Distanzdelikten deutsches Recht zur Anwendung zu bringen.³⁷ Eine andere Möglichkeit, zur Anwendbarkeit deutscher Standards zu gelangen, wäre deren verpflichtende Festschreibung als Eingriffsnorm nach Art. 16 der Rom II VO, wie dies in aktuellen Gesetzen und Gesetzesinitiativen in Frankreich³⁸ oder der Schweiz³⁹ getan wird.⁴⁰ Im Folgenden werden das deutsche und das englische Deliktsrecht näher beleuchtet.

2. Haftung für das Handeln Dritter?

Wesentliches Problem der deliktischen Haftung der Obergesellschaft im Konzern oder des Käuferunternehmens in einer Lieferkette ist, dass es sich bei dem schadensverursachenden Tochter- oder Zulieferunternehmen regelmäßig um ein rechtlich selbstständiges Unternehmen und damit um einen „Dritten“ handelt. Grundsätzlich besteht deliktische Verantwortung jedoch nur für eigenes rechtswidriges Tun oder Unterlassen, wobei es keine allgemeine Rechtspflicht gibt, andere vor Schäden zu bewahren.⁴¹ Im Rahmen von (transnationalen) Konzern- oder Lieferkettenstrukturen kommt es allerdings häufig zu einer vielfältigen gesellschaftsübergreifenden Einfluss-, Aufgaben-

³⁷ Vgl. *Weller/Thomale*, ZGR 2017, 509, 524 ff. A.A. *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 740 f.

³⁸ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

³⁹ Vgl. die „Konzernverantwortungsinitiative“ von über achtzig Hilfswerken, Frauen-, Menschenrechts- und Umweltorganisationen, kirchlichen und gewerkschaftlichen Vereinigungen sowie Aktionärsverbänden, <http://konzerninitiative.ch/die-initiative/initiativtext>.

⁴⁰ Auch in Deutschland liegt ein solcher von NGOs in Auftrag gegebener Gesetzesentwurf vor, vgl. *Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann*, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, https://www.brot-fuer-die-welt.de/fileadmin/mediapool/2_Downloads/Fachinformationen/Sonstiges/gutachten_sorgfaltspflicht.pdf.

⁴¹ Statt vieler *BeckOGK –Spindler*, § 823 BGB, Rn. 385; *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 757 ff.

und Verantwortungsverteilung, die eine eigene (Mit-)Verantwortung der Obergesellschaft oder des Käuferunternehmens nahelegen. In Betracht kommen - neben eigenem schadensverursachendem Tun - das pflichtwidrige Unterlassen oder die Schlechterfüllung von Sicherungsmaßnahmen in einem von der Obergesellschaft übernommenen Verantwortungsbereich sowie das pflichtwidrige Unterlassen oder die Schlechterfüllung von Sicherungsmaßnahmen im Falle von konzern- oder lieferkettenweiten Verkehrssicherungs- und Sorgfaltspflichten.⁴²

Sowohl für das deutsche als auch für das englische Deliktsrecht ist anerkannt, dass sich deliktsrechtliche Wertungen der Verantwortungszurechnung nicht unbedingt an die des Konzernrechts anschließen.⁴³ An die Stelle von konzernrechtlichen Fragen nach Beherrschung und Abhängigkeit treten für die Entstehung von Sorgfaltspflichten (auch) in der Obergesellschaft klassische deliktsrechtliche Kriterien der (Mit-)Schaffung und Unterhaltung einer Gefahrenquelle und ihrer Beherrschung oder auch Garantenpflichten gegenüber potentiell Geschädigten aus einem gewissen Näheverhältnis oder aus vorangegangenen gefährlichen Tun.⁴⁴

Im Gegensatz zu England und auch den USA, wo Haftungsklagen wegen der größeren Erfolgsaussichten schon länger auf

⁴² Vgl. zum Ganzen auch *Glinski* (Fn. 15), 332 ff. A.A. noch *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 401.

⁴³ Vgl. zu Deutschland z.B. *Hommelhoff*, Produkthaftung im Konzern, ZIP 1990, 761 ff. Hier wurde die Diskussion v.a. im Zusammenhang mit der Produkthaftung geführt. Für das englische Recht stellte das House of Lords in *Williams v. Natural Life Health Foods Ltd* [1998] 1 WLR 830 die Unabhängigkeit deliktsrechtlicher Wertungen von den Regeln des Gesellschaftsrechts ausdrücklich fest. Krit. dazu *Grantham/Rickett*, Directors' 'Tortious' Liability: Contract, Tort or Company Law?, 62 *Modern Law Review* (1999), 133 ff.

⁴⁴ Statt vieler BeckOGK – *Spindler*, § 823 BGB, Rn. 385 ff.

Deliktsrecht gestützt werden,⁴⁵ zeigt sich gerade in der deutschen Literatur eine deutliche Zurückhaltung, das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip, auf dem auch die unternehmerische Risikokalkulation beruht, deliktsrechtlich anzugreifen.⁴⁶

Im Folgenden soll eine rein deliktsrechtliche Betrachtung gewählt werden, wobei sich der Beitrag auf mögliche Haftungsgrundlagen nach § 823 Abs. 1 BGB sowie nach dem *tort of negligence* im englischen Recht beschränkt.⁴⁷

a) Direkte Einflussnahme auf die Produktionsbedingungen

Die deliktsrechtliche Haftung der Konzernobergesellschaft bei einer Einflussnahme auf die Produktion der Tochtergesellschaft, insbesondere in Form von Weisungen im Einzelfall, aber auch in Form genereller Handlungsanleitungen in Richtlinien oder Handbüchern, erscheint in allen Rechtsordnungen unproblematisch, wenn diese Weisungen den haftungsrechtlich relevanten Sorgfaltsstandards nicht genügen und zu Schäden führen.⁴⁸ In solchen Fällen liegt ein deliktsrechtlich relevanter unmittelbarer Zusammenhang zwischen einer Maßnahme der Konzernobergesellschaft und einer Schädigung vor Ort vor.⁴⁹

⁴⁵ So zum US-amerikanischen Recht schon *Hofstetter*, *The Ecological Liability of Corporate Groups: Comparing US and European Trends*, in: Teubner/Farmer/Murphy (Hrsg.), *Environmental Law and Ecological Responsibility*, 1992, 99, 100, 103; *Landwehr*, *Die Durchgriffshaftung in konzernverbundenen Gesellschaften*, 2002, 103. Zu den aktuellen englischen Verfahren siehe sogleich.

⁴⁶ Statt vieler *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 766.

⁴⁷ Andere mögliche Haftungstatbestände wie die Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB / *breach of a statutory duty* im englischen Recht oder die Haftung für Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB / *vicarious liability* im englischen Recht werden nicht betrachtet.

⁴⁸ Vgl. auch *Westermann*, *Umwelthaftung im Konzern*, *ZHR* 155 (1991), 223, 239 f.; *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 770.

⁴⁹ Vgl. *Glinski* (Fn. 15), 336 ff.; so jetzt auch *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 770.

b) Übernahme von Aufgaben oder Verantwortungsbereichen

Übernimmt die Obergesellschaft in einem Konzern ausdrücklich bestimmte Aufgaben wie etwa die Wartung von Anlagen, so wird sie deliktsrechtlich auch dafür verantwortlich, diese Aufgaben ordnungsgemäß durchzuführen. Schon im Fall *Amoco Cadiz* stellte der State Court of Illinois fest, dass der Tankerunfall auf Fahrlässigkeit der Konzernspitze zurückzuführen war, die u.a. für die Sicherheit und die Instandsetzung der gesamten Schiffsflotte und für die Ausbildung des Personals verantwortlich war.⁵⁰ Eine deliktische Haftung als Folge der Übernahme von (Verkehrssicherungs-)Aufgaben auch außerhalb von Produktionsketten ist in vielen Rechtsordnungen bekannt und im Prinzip unproblematisch. Im deutschen Haftungsrecht wird dies als Übernahme- oder Übernehmerhaftung diskutiert. Eine Übernahme von Sicherungspflichten kann vertraglich oder auch (einvernehmlich) faktisch geschehen und auch nur teilweise erfolgen. Sie führt insoweit zu einer eigenen deliktischen Verantwortlichkeit des Übernehmers.⁵¹ Innerhalb eines Unternehmens kommt die Übernehmerhaftung nicht zum Tragen, sie ist jedoch möglich zwischen rechtlich selbständigen Unternehmen.⁵² Erwähnung gefunden hat diese Möglichkeit in jüngerer Zeit hauptsächlich im Hinblick auf die vertragliche oder faktische Übernahme der Verantwortung der Ober- oder Käufergesellschaft für die Arbeitssicherheit der Beschäftigten in Tochtergesellschaft oder Zulieferer.⁵³

⁵⁰ Vgl. *Antunes*, Neue Wege im Konzernhaftungsrecht – Nochmals: Der „Amoco Cadiz“-Fall -, in: Schneider u.a. (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, 2000, 995, 1007. Auch im Fall der Havarie der Erika stellte die französische Cour de cassation, 25.9.2012, no. H 10-82.938, eine Verantwortung der Obergesellschaft für die resultierenden Umweltschäden fest.

⁵¹ Statt vieler BeckOGK – *Spindler*, § 823 BGB, Rn. 392 f., 427 ff.; MüKoBGB – *Wagner*, 7. Aufl. 2017, § 823 BGB, Rn. 466 ff.

⁵² MüKoBGB – *Wagner*, § 823 BGB, Rn. 464.

⁵³ Vgl. *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 770, 776 f.

Eine solche von gesellschaftsrechtlichen Strukturen unabhängige Einfluss- und Aufgabenverteilung wird im Übrigen auch von den Umwelthaftungsgesetzen verschiedener Staaten anerkannt. Hier kann die Konzernobergesellschaft aufgrund ihrer Kontrolle über das umweltrelevante Verhalten der Tochtergesellschaft als (Mit-)Betreiberin einer Anlage angesehen werden, die im Schadensfall unmittelbar haftet.⁵⁴

Auch das englische Deliktsrecht kennt die Fallgruppe der (freiwilligen) Übernahme von Verantwortung unter dem Stichwort *assumption of responsibility*. Grundsätzlich beruht beim *tort of negligence* die Entstehung von Sorgfaltspflichten auf dem Vorliegen von Vorhersehbarkeit der Schädigung (*foreseeability*) und einem gewissen Näheverhältnis zu den potentiell Geschädigten (*proximity*), zudem muss die Haftungszurechnung vernünftig und gerecht sein (*fair and reasonable*).⁵⁵ Eine Verantwortungsübernahme erzeugt hier das erforderliche Näheverhältnis (*proximity*) zwischen Schädiger und Geschädigten. Anerkannt ist neben der Expertenhaftung⁵⁶ vor allem die Fallgruppe, in der eine Person mit spezifischen Fähigkeiten eine andere Person in der Verkehrssicherung unterstützt, und in der Dritte, die vorhersehbar verletzt werden könnten,⁵⁷ hiervon abhängig

⁵⁴ Zum deutschen Umwelthaftungsrecht vgl. z.B. *Salje*, Umwelthaftungsgesetz, 1990, 50; *Westermann*, ZHR 155 (1991), 223, 240; *Schneider*, Die Überlagerung des Konzernrechts durch öffentlich-rechtliche Strukturnormen und Organisationspflichten, ZGR 1996, 225, 239 f.; *Hucke/Schröder*, Umwelthaftung von Konzernen, DB 1998, 2205, 2206. Zum US-amerikanischen Umwelthaftungsrecht, namentlich dem Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA), 42 U.S.C. Par. 9601-9675 (1991), und der Fülle der hierzu ergangenen Rechtsprechung, vgl. *Vettori*, Haftung für Ökoschäden im Recht der USA, 1996, 100 ff.; *Meier*, Grenzüberschreitender Durchgriff in der Unternehmensgruppe nach US-amerikanischem Recht, 2000, 585 ff.; *Landwehr* (Fn. 45), 113 ff.

⁵⁵ Grundlegend *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] UKHL 2.

⁵⁶ Grundlegend *Hedley Byrne v Heller* [1964] AC 465 (HL).

⁵⁷ *Phelps v Hillington LBC*; *Anderton v Clwyd CC*; *G (A Minor) v Bromley LBC*; *Jarvis v Hampshire CC*, [2000] 4 All ER 504 (HL).

sind.⁵⁸ Dabei ist zu betonen, dass die *assumption of responsibility* nicht vom Willen des Übernehmenden abhängt, sondern diesem vom Recht bei Vorliegen bestimmter Umstände auferlegt wird.⁵⁹

Eine solche Haftung ist jedoch abhängig von den spezifischen Umständen und Verhältnissen des Einzelfalls.⁶⁰ Daher stellt sich im Rahmen von Konzernstrukturen oder Lieferketten die Frage, inwieweit eine solche Verantwortungsübernahme tatsächlich stattgefunden hat, woraus sie sich im Einzelnen ergibt, welche Faktoren hierfür als relevant erachtet werden und ob bzw. inwieweit gar eine Pflicht zur Verantwortungsübernahme besteht.⁶¹

Für das englische Recht hat hier insbesondere der viel zitierte Fall *Chandler v. Cape plc.* mehr Klarheit geschaffen, in dem der englische *Court of Appeal* der Schadensersatzklage eines an Asbestose erkrankten Angestellten der Tochtergesellschaft gegen die Obergesellschaft *Cape plc.* stattgegeben hat. Eine Verantwortungsübernahme wurde insbesondere darin gesehen, dass die Obergesellschaft einen Arzt angestellt hatte, der für die Arbeitsgesundheit der Angestellten der Tochtergesellschaft verantwortlich war und Folgen von Asbestexposition für die Gesundheit erforscht hat.

Lady Justice Arden fasste zusammen, dass eine Verantwortungsübernahme durch die Konzernobergesellschaft bestehe, wenn (1) die Konzerngesellschaften denselben Unternehmensgegenstand haben, (2) die Obergesellschaft überlegenes Wissen in Bezug auf Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz in der betreffenden Branche hat oder haben müsste, (3) der von der

⁵⁸ Vgl. *Capital & Counties PLC v Hampshire County Council* [1997] QB 1004, [1034].

⁵⁹ So sehr deutlich Lord Bingham in *Customs and Excise Commrs v Barclays Bank plc* [2007] 1 AC 181, [5].

⁶⁰ Vgl. nur *Customs and Excise Commrs v Barclays Bank plc* [2007] 1 AC 181, [8].

⁶¹ Zu letzterem vgl. insb. III. 3. c).

Tochtergesellschaft gebotene Sicherheitsstandard defizitär ist, was die Obergesellschaft wusste oder hätte wissen müssen, und (4) die Obergesellschaft wusste oder hätte wissen müssen, dass die Tochtergesellschaft oder deren Arbeitnehmer darauf vertrauten, dass sie ihr überlegenes Wissen für die Zwecke der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes einsetzen würde. Für Letzteres hielt das Gericht es nicht für erforderlich, dass sich die Obergesellschaft aktiv in die Gestaltung des Arbeitsschutzes bei der Tochtergesellschaft eingeschaltet hat, vielmehr erachtete es auch eine allgemeinere Einmischung in die Geschäfte bzw. in die Produktion der Tochtergesellschaft für ausreichend.⁶²

Auf derselben Linie liegen die Zulässigkeitsentscheidungen des High Court sowie des Court of Appeal im Fall *Vedanta*. Hier wurden der Klage durch die von der sambischen Tochtergesellschaft Konkola Copper Mines plc verursachte Umweltverschmutzung geschädigter Anwohner gegen die Obergesellschaft Vedanta in beiden Instanzen Erfolgsaussichten zugesprochen. Der Court of Appeal setzte sich auch hier grundsätzlich mit der deliktischen Verantwortung von Obergesellschaften auseinander.⁶³ Demnach entstünden Sorgfaltspflichten der Obergesellschaft entweder, wenn diese die Verantwortung für die Festlegung der Umwelt-, Gesundheits- und Arbeitssicherheitspolitik übernommen habe, die sich dann als unzureichend herausstelle, oder die entsprechenden Aktivitäten, die Anlass zu Schadenersatzansprüchen geben, kontrolliere. Justice Coulson hatte für den High Court argumentiert, eine mögliche Verantwortungsübernahme der Obergesellschaft für das Umweltverhalten der Tochtergesellschaft könne hierbei sowohl auf den Umweltbericht der Obergesellschaft, der eine gewisse Umweltaufsicht

⁶² *Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525 [80].

⁶³ Court of Appeal – *Vedanta* (Fn. 12), [83] ff.

über die Tochtergesellschaften behauptete, als auch auf tatsächliche Kontrollbesuche gestützt werden.⁶⁴ Die *Chandler*-Kriterien konkretisierte der Court of Appeal wie folgt: Die Erfordernisse, in der gleichen Branche tätig zu sein und über überlegenes Risikowissen zu verfügen, seien dahin zu verstehen, dass die Obergesellschaft aufgrund ihres Wissens und ihrer Expertise in einer guten Position sein müsse, die Angestellten der Tochtergesellschaft zu schützen. Im Falle gleichwertigen Risikowissens mit der Tochtergesellschaft und bei gemeinsamen Entscheidungen über die Sicherheit käme (abhängig von den Umständen) eine gesamtschuldnerische Haftung in Betracht. Auch komme unter bestimmten Umständen nicht nur eine Sorgfaltspflicht gegenüber den Angestellten der Tochtergesellschaft, sondern auch gegenüber anderen durch die Aktivitäten direkt Geschädigten in Betracht.⁶⁵

Bereits in *Thompson v Renwick*⁶⁶ wurden diese Kriterien allerdings eher restriktiv ausgelegt und betont, dass die Obergesellschaft tatsächlich in derselben Branche tätig sein und über überlegenes Risikowissen verfügen muss, während eine rein finanzielle Investitionstätigkeit nicht ausreiche. Letzteres war auch der Tenor der Entscheidung des englischen High Court in *Okpabi*,⁶⁷ in der Justice Fraser in der vorgeschalteten Zulässigkeitsentscheidung der Klage geschädigter Anwohner nigerianischer Ölförderaktivitäten gegen Royal Dutch Shell nur geringe Erfolgsaussichten in der Hauptsache bescheinigte. Für relevant erachtete Justice Fraser insbesondere, dass die Obergesellschaft Royal Dutch Shell nach konzerninternen Umstrukturierungsmaßnahmen nur noch als reine Investment-Holding-Gesellschaft fungiere, die nicht mehr selbst im operativen Geschäft

⁶⁴ High Court – *Vedanta* (Fn. 12), [121].

⁶⁵ Court of Appeal – *Vedanta* (Fn. 12), [83]. Ebenso Court of Appeal – *Okpabi* (Fn. 12).

⁶⁶ [2014] EWCA Civ 635.

⁶⁷ Fn. 12.

tätig sei und nur indirekt Aktien der nigerianischen Tochtergesellschaft halte. Entsprechend verfüge sie auch nicht über überlegenes Risikowissen gegenüber der nigerianischen Shell Petroleum Development Company, die darüber selbst hinreichend verfüge, was durch die nigerianische Ölfördergenehmigung belegt sei.⁶⁸ Den Umstand, dass Royal Dutch Shell konzernweite Umweltleitlinien aufgestellt und auch schon selbst Förderstätten aufgrund von Umweltproblemen geschlossen hat, wertete das Gericht nicht als Verantwortungsübernahme.⁶⁹ Der Court of Appeal bestätigte die Entscheidung mit abweichender Stellungnahme von Lord Justice Sales.⁷⁰

Aktuell beim LG Dortmund anhängig ist der *KiK*-Fall, in dem vier Geschädigte des Fabrikbrandes in der Zulieferfirma Ali Enterprises vom Textil-Discounter KiK je 30.000 Euro Schmerzensgeld fordern. Sie werfen KiK vor, es als Hauptkunde des pakistanischen Zulieferers Ali Enterprises trotz Kenntnis von den unhaltbaren Zuständen in der Fabrik unterlassen zu haben, seinen Einfluss zu nutzen, um zumutbare Feuerschutzmaßnahmen zu verlangen. Zudem habe KiK in seinen Codes of Conduct, die auch Eingang in die Lieferverträge gefunden hätten, Verantwortung für sichere Arbeitsbedingungen übernommen und Schulungen für leitende Angestellte vor Ort und Kontrollbesuche durch eigenes Personal durchgeführt.⁷¹

Damit würde sowohl nach deutschem als auch nach englischem Recht die von den UN-Leitprinzipien geforderte Übernahme von Verantwortung für (bestimmte) Risiken, die von Tochterunternehmen oder Zulieferern ausgehen, auch haf-

⁶⁸ *ibid.*, [114] ff.

⁶⁹ *ibid.*, [93] ff.

⁷⁰ Court of Appeal – *Okpabi* (Fn. 12).

⁷¹ Zu Einzelheiten vgl. *Wesche/Saage-Maaß*, Holding Companies Liable for Human Rights Abuses Related to Foreign Subsidiaries and Suppliers before German Civil Courts: Lessons from *Jabir and Others v KiK*, 16 Human Rights Law Review (2016), 370 ff.

tungsrechtlich sanktioniert, soweit sie denn erfolgt ist. Unternehmerische Selbstregulierungsmaßnahmen wie Kodizes, Umwelterklärungen, Sicherheitsleitlinien oder -audits könnten hierbei eine bedeutende Rolle spielen, wie es sich nun auch in der *Vedanta*-Entscheidung andeutet.

c) Konzern- oder lieferkettenweite Verkehrssicherungspflichten?

Was ist jedoch mit Unternehmen bzw. Obergesellschaften, die unter außer-Acht-Lassen aller Forderungen nach konzern- oder lieferkettenweiter Verantwortungsübernahme sämtliche Aspekte des Sicherheits- und Umweltmanagements sowie des Schutzes von Arbeitnehmern der Tochtergesellschaft oder dem Zulieferer überlassen, obwohl (offensichtlich ist, dass) diese – im Gegensatz zur Obergesellschaft - dafür weder technisch noch finanziell hinreichend gerüstet sind? Fraglich ist damit, ob bzw. inwieweit das Deliktsrecht Obergesellschaften bzw. Haupteinkäufern eine solche Verantwortung auch zuweist bzw. diese für das Fehlen oder für unzureichende Sicherungsstrukturen haftbar werden können.

Bereits in den Klagen gegen *Thor Chemicals*⁷² and *Cape Industries plc.*⁷³ hatten die Kläger argumentiert, dass die Obergesellschaften gegenüber Arbeitnehmern und Nachbarn der Tochtergesellschaften verkehrssicherungspflichtig seien. So habe bereits die Lieferung und Errichtung einer gefährlichen Produktionsstätte entsprechende Sorgfaltspflichten hinsichtlich eines gefahrlosen Betriebs begründet, deren Nichterfüllung zu Haftung führe. Diese Frage wurde jedoch wegen eines Vergleichs

⁷² *Sithole & Others v. Thor Chemicals Holdings Limited & Others* [1999] All ER (D) 102.

⁷³ *Lubbe and others v Cape plc* [2000] 4 All ER 268.

nach Anerkennung der internationalen Zuständigkeit gerichtlich nicht entschieden.⁷⁴

Zwar wurde *Chandler v. Cape plc* häufig als Fallbeispiel für tatsächlich erfolgte Verantwortungsübernahme rezipiert,⁷⁵ aus den allgemeiner formulierten Kriterien lässt sich jedoch auch weitergehend schließen, dass das englische Deliktsrecht der Obergesellschaft jedenfalls bei überlegenem Risikowissen bzw. überlegenen Sicherungskompetenzen,⁷⁶ tatsächlich unsicheren Arbeits- (oder Umwelt-)bedingungen, einer Abhängigkeit der Geschädigten vom Einsatz dieser Kompetenzen sowie einer generellen Praxis der Einmischung auch rechtliche Verantwortung zuordnet. Dies ergibt sich insbesondere auch aus den klassischen sorgfaltspflichtbezogenen Formulierungen wie „wusste oder hätte wissen müssen“, oder „hatte oder hätte haben müssen“.⁷⁷

Zusammen mit der weiter erfolgten Präzisierung dieser Kriterien in *Vedanta* könnte sich damit in der englischen Judikatur eine gewisse Tendenz herausbilden, Obergesellschaften deliktische Verantwortung für von der Tochtergesellschaft hervorgerufene Schädigungen nicht nur bei tatsächlich erfolgter Verantwortungsübernahme über die schadensrelevanten Bereiche der Arbeitssicherheit, des Gesundheits- oder Umweltschutzes zuzuweisen, sondern auch bei erhöhten Sicherungskompetenzen,

⁷⁴ Ausf. *Ward*, Towards a New Convention on Corporate Accountability? Some Lessons from the Thor Chemicals and Cape PLC Cases, *Yearbook of International Environmental Law* 2001, 105, 120 u. 131.

⁷⁵ Vgl. nicht zuletzt *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 769 f.

⁷⁶ Dies hat das Gericht im vorliegenden Fall auch daraus geschlossen, dass die Tochtergesellschaft nach den Produktspezifikationen der Obergesellschaft produziert hat.

⁷⁷ Vgl. auch *Sanger*, Crossing the Corporate Veil: The Duty of Care Owed by a Parent Company to the Employees of its Subsidiary, *Cambridge Law Journal* 7 (2012), 478, 480; *Rott/Ulfbeck*, Supply Chain Liability of Multilateral Corporations?, *European Review of Private Law (ERPL)* 2015, 415, 432 f. A.A. *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 770, der *Chandler v. Cape* auf die Fallgruppe der tatsächlichen Beeinflussung des Gefahrenmanagements beschränkt sieht.

tatsächlicher Einflussmöglichkeit auf die Tochtergesellschaft sowie Abhängigkeit der Geschädigten von Sicherungsmaßnahmen der Obergesellschaft.

Im deutschen Recht wird die Frage nach einer möglichen deliktsrechtlichen Zuordnung rechtssubjektübergreifender Sorgfaltspflichten in Konzern- oder Lieferkettenstrukturen trotz vergleichbarer Kriterien wie des Inverkehrbringens einer Gefahrenquelle oder der (Mit-)Schaffung und Unterhaltung einer Gefahrenquelle oder ihrer Beherrschung in der Literatur derzeit noch eher vorsichtig behandelt.⁷⁸ Wesentlicher Gedanke hierbei scheint zu sein, dass trotz grundsätzlich vom Konzernrecht unabhängiger deliktischer Wertungen die konzernrechtliche Haftungsbegrenzung, auf der unternehmerische Risikoentscheidungen beruhen, nicht haftungsrechtlich durchkreuzt werden sollte.⁷⁹

Dem ist zweierlei entgegenzuhalten. Zum einen ist – außerhalb des Gesellschaftsrechts – ein genereller Trend zur Aufweichung der strikten Trennung der Gesellschaften erkennbar, zum anderen unterscheidet sich die deliktsrechtliche Haftung von einer gesellschaftlichen Einheitsbetrachtung im Erfordernis einer schuldhaften Pflichtverletzung durch die Obergesellschaft. Auch die UN Leitprinzipien gehen nicht von einer automatischen Haftung der Obergesellschaft aus, sondern sehen die Möglichkeit einer Enthftung durch Einführung eines angemessenen menschenrechtlichen *due diligence*-Systems vor.⁸⁰

Konzernweite Organisationspflichten wurden z.B. bereits in einigen speziellen öffentlich-rechtlichen Rechtsakten normiert. So verpflichtet etwa § 25g Kreditwesengesetz (KWG) übergeord-

⁷⁸ Vgl. z.B. *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 756 ff.; *Weller/Kaller/Schulz*, *AcP* 216 (2016), 387, 401 f.; mittlerweile vorsichtig bejahend *Weller/Thomale*, *ZGR* 2017, 509, 520 ff.; bejahend auch *Saage-Maaß/Leifker*, *BB* 2015, 2499, 2502.

⁷⁹ Vgl. *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 765 f.

⁸⁰ Prinzip 10, Kommentar zu Prinzip 17.

nete Unternehmen einer Institutsgruppe oder einer Finanzholding-Gruppe oder als Oberunternehmen eines Finanzkonglomerats in Bezug auf ihre Zweigstellen, Zweigniederlassungen und mehrheitlich in ihrem Eigentum befindlichen Unternehmen gruppenweite interne Sicherungsmaßnahmen nach § 9 Geldwäschegesetz (GwG) und § 25c Abs. 1 KWG zu schaffen und die Einhaltung der Sorgfaltspflichten nach den §§ 3, 5 und 6 GWG und den §§ 25d und 25f KWG sowie der Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht nach § 8 GwG sicherzustellen. § 10a Abs. 12 KWG macht übergeordnete Kreditinstitute für eine angemessene Kapitalausstattung der Kreditinstitutsgruppe oder Finanzholding-Gruppe verantwortlich.⁸¹ Umstritten ist, ob diese Regelungen verallgemeinerungsfähig sind⁸² oder sich gerade aus der spezialgesetzlichen Regelung ergibt, dass es keine allgemeine Konzernorganisationspflicht gibt.⁸³ Im EU-Recht findet sich ein Überspielen der gesellschaftlichen Trennung insbesondere im Kartellrecht.⁸⁴

Zudem gibt es auch im deutschen Deliktsrecht Fälle, in denen Wirtschaftsakteuren Sorgfalts- bzw. Verkehrspflichten auch im Hinblick auf ihre Vertragspartner auferlegt wurden. Zu nennen wäre zum Beispiel die Haftung eines Reiseveranstalters für den ungesicherten Balkon eines Vertragshotels.⁸⁵ Argumentiert wurde hier mit der vertraglichen (Nähe-)Beziehung zwischen Veranstalter und Geschädigtem sowie dem Vertrauen des Geschädigten darauf, dass der Veranstalter alles für seine Sicherheit Erforderliche unternehmen würde. Argumentativ

⁸¹ Vgl. dazu auch *Schneider*, ZGR 1996, 225, 241 f.; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, 218 ff. u. 268 f. sowie 242 ff. zum Versicherungsaufsichtsrecht.

⁸² So *Schneider*, ZGR 1996, 225, 243 ff. Zu aktuellen Entwicklungen einer Konzerneinheitsbetrachtung, vgl. auch *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717, 762 ff.

⁸³ So *Hommelhoff*, ZIP 1990, 761, 766 f.

⁸⁴ Vgl. insb. EuGH, Urteil vom 10.9.2009, Rs. C-97/08 P *Akzo Nobel NV u.a. gegen Kommission*, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 58 ff., m.w.N.

⁸⁵ BGH, 25.2.1988 – VII ZR 238/86, BGHZ 103, 298.

noch einschlägiger ist der Fall der Haftung des Abfallerzeugers nach § 823 Abs. 1 BGB für die nicht ordnungsgemäße Abfall- bzw. Altölentsorgung durch den Vertragspartner.⁸⁶ Argummentiert wurde im Wesentlichen mit der fortdauernden Verantwortung für eine geschaffene Gefahrenquelle, der man sich nicht ohne weiteres durch Übergabe an einen Dritten entziehen könne. Insbesondere seien erkennbare potentielle Gefahren bei der Abfallbehandlung entweder durch Überwachung der Behandlung oder durch sorgfältige Auswahl des Dritten zu vermeiden. Je geringer der Einfluss auf den Dritten, desto höher seien die Anforderungen an seine Auswahl.⁸⁷

Diese Argumente lassen sich durchaus auf die oft viel intensiver verquickten Kompetenz- und Einflussbereiche in transnationalen Konzernstrukturen oder Lieferketten übertragen,⁸⁸ wo nicht selten eine von der Obergesellschaft entwickelte Produktionstechnologie in einer mit weniger Expertise, Know-how und technischen und finanziellen Mitteln ausgestatteten Tochtergesellschaft verwendet wird.⁸⁹ Zusätzlich ist in Ländern mit einem anderen sozioökonomischen Entwicklungsstand häufig mit Anpassungsschwierigkeiten, mangelhafter Anschlussinfrastruktur sowie inadäquater öffentlicher Kontrolle der Zuverlässigkeit und des technischen Sachverstands der produzierenden Tochtergesellschaft zu rechnen.⁹⁰ Klassisches Problem einer Vielzahl von Produktionsverfahren, sei es in der ressourcenextrahierenden

⁸⁶ BGH, 7.10.1975 – VI ZR 34/74, NJW 1976, 46 – Altöl; dazu *Oehler*, Produzentenhaftung im Konzern – Deliktsrecht und Haftungsbeschränkung, ZIP 1990, 1445, 1451.

⁸⁷ Vgl. auch *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717, 775 f.; Für weitere Fälle von Sorgfaltspflichten hinsichtlich des Verhaltens Dritter, vgl. z.B. *Wagner*, *ibid.*, 773 ff.

⁸⁸ A.A. noch *Weller/Kaller/Schulz*, AcP 216 (2016), 387, 401 f., die dies auf sog. Delegationsfälle beschränkt sehen.

⁸⁹ Vgl. nur den Sachverhalt von *Chandler v. Cape*.

⁹⁰ Insofern problematisch ist die Argumentation von Justice Fraser in *Okpabi* (Fn. 12), die nigerianische Ölfördergenehmigung belege die Expertise der nigerianischen Shell Petroleum Development Company.

Industrie, der chemischen Industrie oder schlicht der Textilproduktion, ist beispielsweise die mangelhafte Abfall- und Abwasserbehandlung vor Ort, die zu schwerwiegenden Umwelt- und Gesundheitsschädigungen führt. In Anwendung der Wertungen der eben zitierten *Altöl*-Entscheidung des BGH wäre mit diesen Defiziten von Seiten der Obergesellschaft adäquat umzugehen. Weiter ließe sich argumentieren, dass (potentiell) Geschädigte unsicherer bzw. gesundheitsschädlich-ausbeuterischer Arbeitsverhältnisse, die auch aus dem vom (einflussreichen Haupt-) Käufer vorgegebenen finanziellen und zeitlichen Rahmen resultieren, darauf angewiesen sind, bzw. darauf vertrauen *müssen*, dass dieser Verantwortung zu ihrem Schutz übernimmt.

Die Frage rechtssubjektübergreifender Sorgfaltspflichten in Konzernstrukturen wurde im deutschen Recht bereits allgemeiner unter dem Begriff der Konzernorganisationspflicht bzw. des deliktischen Organisationsverschuldens diskutiert.⁹¹ Dieses wurde von der deutschen Rechtsprechung hauptsächlich für Betriebe bzw. Unternehmen entwickelt, lässt sich aber unter Umständen auch auf die Konzernebene übertragen.⁹²

Betriebliche Organisationspflichten stellen eine Sonderform der Verkehrssicherungspflichten auf unternehmerischer Ebene dar.⁹³ Sie resultieren direkt aus § 823 Abs. 1 BGB und stellen

⁹¹ Bejahend in bestimmten transnationalen Konstellationen, *Glinski* (Fn. 15), 346 ff.; ebenso *Saage-Maaß/Leifker*, BB 2015, 2499, 2502; vorsichtig bejahend nun auch *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 767 ff.; *Weller/Thomale*, ZGR 2017, 520 ff.

⁹² Dafür z.B. *Saage-Maaß/Leifker*, BB 2015, 2499, 2502.

⁹³ Zumindest hierüber scheint in der Literatur Einigkeit zu bestehen, vgl. z.B. *Matusche-Beckmann*, *Das Organisationsverschulden*, 2001, 97 ff., 395 ff.; *Hilgers*, *Schadensverantwortung und Unternehmensorganisation*, 2002, 129 ff., 218 ff.; *Brüggemeier*, *Prinzipien des Haftungsrechts*, 1999, 125: Zumindest für mittelbare Schädigungen wie bei Verkehrssicherungspflichten und Umweltschäden, bei denen es eher um Systemversagen geht, finde sich die ausschließliche Basis in § 823 Abs. 1 BGB; bei direkten Rechtsgutsverletzungen, bei denen das Versagen eines Mitarbeiters im Vordergrund steht, ergebe sich die Haftung

eigene Pflichten des Geschäftsherrn dar. Die Organisationshaftung knüpft an die Kriterien der Bereichsbeherrschung, der tatsächlichen Verkehrseröffnung und der Ingerenz an⁹⁴ und damit an die Schaffung, das Fortdauernlassen oder die Beherrschung einer Gefahrenquelle.⁹⁵ Ihre Entwicklung beruhte historisch darauf, dass § 831 BGB der komplexen mehrstufigen Arbeitsorganisation in modernen Betrieben nicht gerecht werden konnte, da sich der Geschäftsherr in diesen Prozessen bereits mittels sorgfältiger Auswahl und Überwachung der nächsten Organisationsstufe entlasten konnte.⁹⁶

Da Organisationspflichten ab- bzw. übergeleitete Sicherungspflichten darstellen, bedürfte es im Konzern originärer rechtsobjektübergreifender Sicherungspflichten der Obergesellschaft bzw. der Konzernspitze, die durch Delegation an eine Tochtergesellschaft in Organisationspflichten umgewandelt werden. Diese lassen sich nicht schlicht aus der Leitungsmacht der Konzernobergesellschaft ableiten,⁹⁷ könnten sich aber gerade im transnationalen Zusammenhang aus den – eben dargestellten – Grundwertungen des Deliktsrechts ergeben.⁹⁸

weiterhin aus § 831 Abs. 1 BGB, allerdings ergänzt durch Organisationspflichten nach § 823 Abs. 1 BGB.

⁹⁴ Vgl. z.B. *Hilgers* (Fn. 93), 223, 233.

⁹⁵ Vgl. die Übersicht bei *Hilgers* (Fn. 93), 66 ff.

⁹⁶ Anders ausgedrückt: Bei einer schadensverursachenden Handlung auf der niedrigsten Organisationsstufe bedürfte es für eine Haftung des Geschäftsherrn einer ununterbrochenen Kette von Auswahl- und Überwachungsverschulden von ganz unten bis ganz oben, vgl. z.B. *Matusche-Beckmann* (Fn. 93), 1 ff., 394; *Hilgers* (Fn. 93), 17 ff.

⁹⁷ Vgl. *Spindler* (Fn. 81), 945 ff.

⁹⁸ *Hübner*, Grundlagen der Haftungsmöglichkeiten im nationalen Zivilrecht, in *Krajewski u.a.* (Fn. 15), 14, 19 f., sieht hierbei das Problem, dass die Töchter bzw. Zulieferer für die Entstehung von Produktionskettenweiten als Verrichtungsgehilfen angesehen werden können müssten, was nach herrschender Ansicht gerade nicht der Fall sei.

Eine Parallele lässt sich bei der Produkthaftung nach § 823 Abs. 1 BGB finden, wofür von der Rechtsprechung bereits Kriterien entwickelt wurden.⁹⁹ Anknüpfungspunkte für die Verantwortungszurechnung von Produktschäden sind die Haftung des Konstrukteurs sowie Instruktions- und Produktbeobachtungspflichten. Als Konstrukteur wird angesehen, nach wessen „Rezeptur“ bzw. Entwicklung ein Produkt hergestellt wird. Dies kann auch und gerade Obergesellschaften betreffen, wenn sie an der Entwicklung des Produkts beteiligt ist, indem sie etwa die Konstruktionspläne liefern.¹⁰⁰ Die Produktverantwortung impliziert die Verpflichtung, die praktische Bewährung der in den Verkehr gebrachten Produkte zu kontrollieren und auf später erkannte Risiken und Gefahren zu reagieren.¹⁰¹ Tochtergesellschaften sind finanziell hinreichend auszustatten oder abzusichern.¹⁰²

Übertragen auf Produktionsrisiken könnte sich die Mitverantwortung der Konzernobergesellschaft vor allem aus der Entwicklung bzw. dem Zurverfügungstellen der Produktionstechnologie ergeben, wie sie gerade bei Direktinvestitionen im „globalen Süden“ häufig vorkommt. Parallel zur Konstrukteurshaftung wäre auf der Ebene von Produktionsgefahren an die Haftung der Konzernobergesellschaft für Schädigungen durch von ihr entwickelte oder gelieferte Produktionsverfahren zu denken. Die Obergesellschaft würden Instruktionspflichten für den Umgang mit Produktionsabläufen oder einzelnen Geräten treffen sowie eine Pflicht zur Beobachtung der tatsächlichen Bewährung der von ihr entwickelten Technologien und Verfahren in den Tochtergesellschaften, insbesondere in Ländern mit

⁹⁹ Zu dieser Argumentationslinie nun auch *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 767 ff.

¹⁰⁰ Vgl. auch *Spindler* (Fn. 81), 957.

¹⁰¹ Vgl. etwa BGH, 9.12.1986 - VI ZR 65/86, BGHZ 99, 167 – Lenkradverkleidung.

¹⁰² Vgl. zum Ganzen *Hommelhoff*, *ZIP* 1990, 761, 763 ff.; *Rieckers*, *Die Konzernmutter als Quasihersteller – Haftung für enttäushtes „Konzernvertrauen“?*, *VersR* 2004, 706 ff.

einem anderen sozioökonomischen und rechtlichen Entwicklungsstand. Die beispielsweise für die deutsche chemische Industrie empirisch nachgewiesene entsprechende Pflichtenübernahme der Obergesellschaften¹⁰³ entspräche dann weniger einer freiwilligen Verantwortungsübernahme als vielmehr der Umsetzung deliktsrechtlicher Sicherungspflichten im Konzern.

Verkehrssicherungspflichten wandeln sich dann bei komplexeren Strukturen und Delegation auf Tochtergesellschaften in Organisationspflichten, namentlich in Pflichten zur Organisation schadensvermeidender Strukturen und (technischer) Produktionsabläufe.¹⁰⁴ Während Verkehrssicherungspflichten Erfolgspflichten darstellen, sind Organisationspflichten Handlungspflichten.¹⁰⁵ Sie richten sich nach der Erkennbarkeit und Schwere der Gefahr sowie der Zumutbarkeit entsprechender Organisationsabläufe. Beweisrechtlich muss der Geschädigte die Schadensverursachung durch den Betrieb nachweisen, der Unternehmensträger umgekehrt zu seiner Entlastung eine adäquate Organisation. Diese kann die Konzernobergesellschaft erfüllen, indem sie sicherstellt und regelmäßig kontrolliert, dass in der Tochtergesellschaft die Fähigkeit und die Strukturen zum ordnungsgemäßen Umgang mit Technologien und Verfahren vorhanden sind.¹⁰⁶ Andernfalls hat sie dafür Sorge zu tragen, dass diese Aufgaben auf andere Konzernteile oder auf Dritte delegiert werden. Häufig wird eine problemadäquate Kompetenzverteilung der Obergesellschaft wesentliche Leitungs- und Überwachungsaufgaben zuweisen müssen. Insbesondere dort,

¹⁰³ Vgl. *Herberg*, ZfR 2001, 25, 39.

¹⁰⁴ Vgl. zu betrieblichen Organisationspflichten *Matusche-Beckmann* (Fn. 93), 87 ff., 395 f.

¹⁰⁵ Dasselbe gilt etwa für die Organisation von Abläufen im Krankenhaus, vgl. *Hart*, Organisationshaftung und Medikationssicherheit. Krankenhausorganisation als Gegenstand der Arzthaftung, in: *Colombi Ciacchi u.a.* (Hrsg.), Haftungsrecht im Dritten Millennium, *Liber amicorum Gert Brüggemeier*, 2009, 345, 346 ff.

¹⁰⁶ Vgl. auch *Oehler*, ZIP 1990, 1445, 1448.

wo Technik, Verfahren oder Know-how in der Obergesellschaft entwickelt wurden und werden, besteht ein entsprechender Erfahrungsvorsprung gerade gegenüber Tochtergesellschaften¹⁰⁷ im „globalen Süden“. Steuerungs-, Instruktions-, Leitungs- und Überwachungsfunktionen können daher nicht sinnvoll auf die Tochtergesellschaft übertragen werden. Oft verfügt auch nur die Obergesellschaft über die hierfür notwendigen Ressourcen. Weiter ist für einen angemessenen technischen und organisatorischen Produktionsablauf zu sorgen, beispielsweise durch Dokumentationspflichten und Überwachungsmaßnahmen.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass transnationale Konzerne verpflichtet wären, ein konzernweites Umwelt- und Sicherheitsmanagementsystem einzuführen, welches – nach umwelt- und sicherheitsrelevanten Gesichtspunkten – die notwendigen Kompetenzen und Aufsichtspflichten optimal den verschiedenen Konzerngesellschaften bzw. -organen zuteilt.¹⁰⁸ Bei Fehlen einer solchen Struktur würde die für die Leitung des Konzerns verantwortliche Stelle – in der Regel die Konzernobergesellschaft – für den Organisationsmangel haften. Ist ein adäquates Organisationssystem eingeführt und kommt es dennoch durch Nichteinhaltung der entsprechenden Vorgaben auf einer nachgelagerten Stufe zu einem schädigenden Ereignis, haftet die Konzerneinheit, bei der der haftungsauslösende Fehler aufgetreten ist. Umgekehrt sollte ein solches System mit einer Enthaltungsmöglichkeit bei Nachweis eines *best practice*-Umweltschutz- bzw. Sicherheitssystems gekoppelt sein,¹⁰⁹ wobei in der Regel die Konzernleitung bzw. die Konzernobergesellschaft die

¹⁰⁷ So war in *Chandler v. Cape plc.* ein Argument für die deliktische Verantwortung der Obergesellschaft, dass die Tochtergesellschaft die Asbesterzeugnisse nach Produktspezifikationen der Obergesellschaft produziert hatte.

¹⁰⁸ Vgl. auch *Oehler*, ZIP 1990, 1445, 1449.

¹⁰⁹ Hierzu sogleich.

Beweislast für das Vorliegen einer adäquaten Struktur tragen würde.¹¹⁰

Da – ähnlich dem englischen Recht – auch hier weder die relevanten haftungsrechtlichen Kriterien der Gefahrschaffung und –beherrschung noch anerkannten Konstellationen einer „Dritthaftung“, wie die Haftung des Abfallerzeugers oder die Produzentenhaftung, notwendiger Weise an Konzernstrukturen anknüpfen, sondern sich auch auf Vertragspartner beziehen (können), ließen sich für Lieferketten - bei Vorliegen vergleichbarer haftungsbegründender Umstände wie der Beteiligung an der Gefahrschaffung, erhöhter Kompetenz zur Gefahrbeherrschung und Abhängigkeit der Gefährdeten hiervon - im Prinzip vergleichbare Organisationspflichten diskutieren.¹¹¹ Ein solcher Ansatz würde sich auch mit der Herangehensweise der UN-Leitprinzipien decken, die die *due diligence*-Anforderungen auch auf Lieferketten und andere Geschäftsbeziehungen erstrecken.¹¹² Allerdings wird hier einschränkend vertreten, dass eine solche rechtssubjektübergreifende Verantwortungserweiterung nur in Ausnahmefällen vorliegen werde, nämlich hauptsächlich wenn tatsächlich eine Gefahrenquelle wie z.B. Chemikalien weitergegeben wurde.¹¹³

d) Zwischenergebnis: konzern-bzw. lieferkettenweite Haftung

Konzern- bzw. lieferkettenweite deliktische Verantwortung der Obergesellschaft besteht jedenfalls insoweit, als diese das Schaden verursachende Verhalten tatsächlich veranlasst hat oder die Verantwortung für Arbeitssicherheit, Gesundheit oder Umweltmanagement tatsächlich übernommen hat.

¹¹⁰ So *Brüggemeier*, *Enterprise Liability for Environmental Damage: German and European Law*, in: Teubner/Farmer/Murphy (Fn. 45), 75, 90 ff., für die Betriebsorganisation.

¹¹¹ Vgl. etwa *Rott/Ulfbeck*, ERPL 2015, 415 ff.

¹¹² Vgl. Prinzip 17.

¹¹³ *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 776 f.

Sowohl das englische als auch das deutsche Deliktsrecht verfügen aber auch über Kriterien, der Obergesellschaft oder dem einflussreichen Hauptkäufer eine solche Verantwortung auch zuzuweisen, wo dies problemadäquat ist, nämlich dort, wo eine Beteiligung an der Gefahrschaffung vorliegt und sich die Obergesellschaft in einer (besonders) geeigneten Position zur Gefahrbeherrschung und Schadensvermeidung bzw. -minimierung befindet. Dies wiederum ist insbesondere dann der Fall, wenn die Obergesellschaft über besonderes Wissen, Erfahrung oder Ressourcen zur Gefahrvermeidung verfügt und die Art der Geschäftsbeziehung so gestaltet ist, dass die Obergesellschaft Einfluss auf die Produktionsbedingungen der Tochtergesellschaft oder des Zulieferers hat und weiß oder wissen müsste, dass diese unsicher sind und die potentiell Geschädigten zu ihrem Schutz von einer Verantwortungsübernahme abhängen. Praktisch würde sich eine konzern- bzw. lieferkettenweite deliktische Verantwortung in eine Organisationsverantwortung der Obergesellschaft übersetzen und diese verpflichten, für eine problemadäquate Kompetenzverteilung und Produktionsabläufe zu sorgen. Eine solche produktionskettenweite Organisationspflicht würde sich auch weitgehend mit der in den UN Leitprinzipien verankerten Selbstverpflichtung zur Verantwortungsübernahme und der Einführung entsprechender interner *due diligence*-Systeme decken.

3. Transnationale Sorgfaltspflichten und transnationaler Sorgfaltsmaßstab

Akzeptiert man grundsätzlich die mögliche deliktische Verantwortung der Obergesellschaft, so stellt sich die Frage nach der Reichweite dieser Verantwortung und damit nach der Reichweite transnationaler Sorgfaltspflichten und dem konkreten Sorgfaltsmaßstab.

Grundsätzlich richtet sich die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ nach den entsprechenden gesellschaftlichen Normen

und Erwartungen. Diese werden traditionell nicht nur durch (öffentlich-)rechtliche Verhaltenspflichten begründet, sondern ergeben sich aus einer Vielzahl möglicher - auch privater - Normen. Der bekannteste Anwendungsfall ist die haftungsrechtliche Heranziehung von DIN-, CEN/ELEC- oder ISO-Normen. Klassisch liegt die rechtliche Bedeutung privater Normen und *best practices* in der Konkretisierung bestehender Sorgfaltspflichten. Aber bereits im Fall der Schädigung durch Unterlassen erforderlicher Sicherungsmaßnahmen geht es bei der Frage der Konkretisierung der haftungsbegründenden Verkehrssicherungspflichten gleichzeitig auch um die Frage nach der Reichweite des eigenen „Verkehrs“ bzw. des eigenen Verantwortungsbereichs. Entsprechend sind die Grenzen zwischen der *Konkretisierung* von transnationalen Sorgfaltspflichten und der *Begründung* von subjektübergreifenden wertschöpfungskettenweiten transnationalen Sorgfaltspflichten fließend.

Im Folgenden soll daher nun die (haftungs-)rechtliche Bedeutung und das Potential privater Normen wie unternehmerischer Selbstverpflichtungen, konzern- bzw. lieferkettenweiter Selbstregulierung und transnationaler *best practices* - wie sie ihrerseits als *due diligence* von den UN Leitprinzipien verlangt werden - zur Konkretisierung transnationaler Sorgfaltspflichten näher beleuchtet werden. Diese beziehen sich auf die Sicherstellung der erforderlichen Maßnahmen vor Ort insbesondere durch adäquate konzern- oder lieferkettenweite Organisation.

Weiter lassen private Normen auch Rückschlüsse auf die Reichweite der eigenen oder branchenweiten Verantwortung zu, und es lassen sich auch Kriterien wie Verantwortungsübernahme, Kontrolle, Gefahrschaffung und -beherrschung, besondere Risikokompetenz, Nähe zu den Geschädigten oder Schutzbedürftigkeit der Geschädigten näher konkretisieren.

a) Einführung

Bei der verschuldensabhängigen deliktischen Haftung bzw. dem *tort of negligence* liegt Fahrlässigkeit bzw. eine Sorgfaltspflichtverletzung, (jedenfalls) dann vor, wenn trotz Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit einer Schädigung keine entsprechenden Abwehrmaßnahmen getroffen wurden. Der ursprünglich relevante individuelle Verschuldensmaßstab wurde insoweit objektiviert, als man sich daran messen lassen muss, was von einer vernünftigen und umsichtigen Person in derselben Situation erwartet werden kann. Ausländische Gerichte beziehen sich ebenso auf den *reasonable man* (England) oder den *bon père de famille* (Frankreich). Dies spiegelt sich auch im Konzept der Verkehrspflichten wider, die sich an Vergleichsgruppen oder Verkehrskreisen orientieren.¹¹⁴ Entsprechend gilt als Haftungsmaßstab, was für ein „vernünftiges Unternehmen“ in der gleichen Situation als vorhersehbar und vermeidbar angesehen werden kann und wird.

Die Konkretisierung dieser Kriterien stellt das Einfallstor für die Einbeziehung gesellschaftlicher Erwartungen und unternehmerischer Selbstregulierung dar.¹¹⁵ Obwohl die haftungsrechtlich geforderte Sorgfalt - schon aufgrund des Worts „erforderlich“ - ein normativer Standard und kein empirischer ist, beruht sie nichtsdestotrotz auf dem Verhalten und den Sicherungsmaßnahmen, die von real existierenden Unternehmen tatsächlich in der Praxis angewendet werden. In diesem Zusammenhang können beide Typen privater Regulierung, die von UN Leitprinzipien gefordert werden, nämlich explizite menschen-

¹¹⁴ Vgl. z.B. *Brüggemeier*, *Common Principles of Tort Law*, 2004, 5 ff., 62 ff., 73 ff. Für einen objektivierten Verschuldensmaßstab im europäischen Vergleich vgl. *Wurmnest*, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts*, 2003, 113 ff.

¹¹⁵ Ausf. *Glinski* (Fn. 15), 263 ff. So jetzt auch *Weller/Thomale*, *ZGR* 2017, 509, 521 f.

rechtliche Sorgfaltspolitiken ebenso wie interne Selbstregulierung oder *due diligence*, eine wichtige Rolle bei der Ausfüllung des Haftungsstandards spielen.

Diese Standardisierungsfunktion unterliegt jedoch Einschränkungen. Zum einen dient der objektivierte Sorgfaltsstandard dem Zweck, ein allgemein erwartbares Minimum an Sorgfalt unabhängig von individuellen Eigenschaften einzuführen,¹¹⁶ und damit einer Haftungsverschärfung.¹¹⁷ Umgekehrt soll nicht die Haftung derer, die über besonderes Wissen und besondere Fähigkeiten verfügen, gemindert werden.¹¹⁸

Zum anderen ist es aufgrund der Normativität der „erforderlichen“ Sorgfalt im Prinzip unstrittig, dass die allgemeine Übung oder private (Selbst-)Regulierung zwar einen wichtigen Anhalts- und Ausgangspunkt für das, was als vorhersehbar und vermeidbar angesehen werden kann, gibt, nicht jedoch notwendigerweise ein abschließendes Verhaltensprogramm, da sich in der Praxis ein inakzeptabler Schlendrian eingeschlichen haben kann.¹¹⁹

Weiterhin ermöglichen auch objektivierte Standards eine differenzierte Verantwortung durch entsprechend differenzierte Einteilung von Verkehrskreisen, die – ähnlich den UN Leitprinzipien¹²⁰ – auch technische, finanzielle und organisatorische Ressourcen berücksichtigt.¹²¹

¹¹⁶ Ausf. *Brügemeier*, *Common Principles* (Fn. 114), 76 ff.

¹¹⁷ Jedenfalls für die Personen, denen die objektiv erwartete Umsicht und die entsprechenden Fähigkeiten fehlen. Ausnahmen werden im Allgemeinen bei Kindern und behinderten Menschen gemacht.

¹¹⁸ Vgl. *MüKoBGB – Grundmann*, § 276 BGB, Rdnr. 56, mit Nachw. aus der Rspr. Auch Spezialisten haften freilich nur, soweit dies nicht unverhältnismäßig ist, also die Kosten von Präventionsmaßnahmen zur Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und zur möglichen Schadenshöhe nicht außer Verhältnis stehen.

¹¹⁹ Vgl. allgemein *Brügemeier*, *Common Principles* (Fn. 114), 66 f.

¹²⁰ Prinzip 14.

¹²¹ Vgl. auch *MüKoBGB – Wagner*, § 823 BGB, Rn. 37.

Entsprechend kann unternehmerische Selbstregulierung haftungsrechtlich insbesondere als Mindeststandard verschiedentlich Bedeutung erlangen.

b) Selbstregulierung als individueller Mindeststandard

Zunächst können Unternehmen für die Verletzung ihrer eigenen (internen) technischen Normen bzw. für die Abweichung von ihrer als richtig erkannten Praxis haftbar gemacht werden. Dies gilt auch und gerade dann, wenn der eigene Standard höher ist als das gemeinhin als nötig Erkannte. Mit anderen Worten kann das Recht auf private Regeln und Erkenntnisse zurückgreifen, um gegebenenfalls auch einen individuell höheren Sorgfaltsmaßstab anzunehmen, falls besondere Kenntnisse und Möglichkeiten vorliegen. Hier können Instrumente privater Regulierung eine wichtige Rolle beim Nachweis dieser Erkenntnisse spielen.¹²² So führte im US-amerikanischen Fall *Toussaint v. Blue Cross & Blue Shield* ein Verstoß gegen die Bestimmungen des Handbuchs für das Personal zur Haftung.¹²³

c) Selbstregulierung als verkehrskreiseigener Mindeststandard

Zweitens reflektieren unternehmerische und branchenweite Selbstregulierungen, was in der Profession selbst als notwendig und machbar zur Vermeidung von Schäden erkannt wird. Entsprechend können nicht nur (öffentlich-)rechtliche bzw. institutionalisierte private Normen wie ISO-, CEN/ELEC- oder DIN-Normen einen objektivierten Sorgfaltsstandard konkretisieren,

¹²² Vgl. dazu auch *Pitt/Groskaufmanis*, *Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct*, 78 *Georgetown Law Journal* (1990), 1559, 1607 f., mit Verweis auf *Yates v. Avco Corp.*, 819 F.2d 630, 636 (6th Cir. 1987), wo das Gericht aus einer Regelung im Unternehmenskodex hinsichtlich sexueller Belästigung auf deren Vorhersehbarkeit geschlossen hat.

¹²³ *Toussaint v. Blue Cross & Blue Shield*, 408 Mich. 579, 614 f. 292 N.W.2d 880, 892 (1980). Zum Ganzen auch *Glinki* (Fn. 15), 265 f.

sondern auch die Sicherungsmaßnahmen und Regeln, die die (repräsentative) Praxis selbst bereits entwickelt hat und vorsieht. Solche Maßnahmen, die in der Praxis bzw. von repräsentativen Teilen der Praxis (bereits) angewandt oder als angemessen erachtet werden, können als Maßnahmen angesehen werden, die auch von den anderen Mitgliedern einer bestimmten Branche bzw. eines bestimmten Verkehrskreises erkannt und angewandt werden können. Dies gilt auch und gerade dann, wenn das öffentliche Sicherheitsrecht bzw. institutionalisierte (technische) Normen geringere Anforderungen stellen. Der Praxis soll nicht die Eigenverantwortung für die „kritische Beobachtung“ des eigenen Tuns genommen werden, zumal Recht und Normung häufig dem Wissensstand und den technischen Fähigkeiten der Praxis „hinterherhinken“. ¹²⁴ Auch sog. „Außenseiter“, d.h. Unternehmen, die eine entsprechende Regel weder praktizieren noch anerkennen, sind an einen solchen von anderen definierten bzw. etablierten Mindeststandard gebunden. ¹²⁵ Die gleichen Erwägungen liegen auch der Heranziehung von DIN-Normen ¹²⁶, ISO-Normen ¹²⁷ oder den Regeln von Sportverbänden ¹²⁸ durch deutsche Gerichte zur Bestimmung des objektiven

¹²⁴ Vgl. z.B. LG Berlin, 18.10.1996 - 26 O 337/95, NJWE-VHR 1997, 94 – Fahrradreflektor. Vgl. auch *Sach*, Genehmigung als Schutzschild?, 1994, 239; *Falke*, Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA, 2000, 451.

¹²⁵ Vgl. auch *Meidinger*, Environmental Certification Programs and U.S. Environmental Law: Closer Than You May Think, 31 The Environmental Law Reporter (2001), 10162, 10172, zu dieser Breitenwirkung „freiwilliger“ Standards.

¹²⁶ Vgl. statt vieler BGH, 1.3.1988 - VI ZR 190/87, NJW 1988, 2667 - Spielplatz; BGH, 4.4.1989 - VI ZR 269/87, NJW-RR 1989, 921 - Baugerüst; BGH, 12.11.1996 - VI ZR 270/95, NJW 1997, 582 - Löschteich; BGH, 27.4.1999 - VI ZR 174/98, NJW 1999, 2593 - Baugerüst; BGH, 4.12.2001 - VI ZR 447/00, NJW-RR 2002, 525 - Wasserversorgungsleitung.

¹²⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, 15.1.1999 - 22 U 160/98, NJW-RR 2000, 168 – Skibindung; OLG Köln, 7.4.1997 - 16 U 28/96, NJW-RR 1998, 1634 – Skibindung.

¹²⁸ Vgl. BGH, 29.11.1983 - VI ZR 137/82, NJW 1984, 801 – Eishockey; OLG Hamm, 22.4.1997 - 9 U 19/97, NJWE-VHR 1997, 211 - Tennishalle.

Sorgfaltsstandards und zur Begründung der Haftung bei Verstoß zugrunde. Ein Abweichen von diesen Normen wird nur als hinreichend sorgfältig angesehen, wenn ein mindestens gleich hohes Sicherheitsniveau auf anderem Weg erreicht wird.¹²⁹ Ähnliche Erwägungen lassen sich auch in anderen europäischen Ländern finden.¹³⁰ Ein Beispiel aus dem englischen Recht bietet der Fall *Ward v Ritz Hotel*.¹³¹ Die Argumentation der Gerichte entspricht derjenigen der deutschen Gerichte: British Standards sind keine Rechtsnormen, aber sie spiegeln das Wissen und die Expertise der Profession wider.¹³²

Die rechtliche Bindung, die hier von der Praxis bzw. der unternehmensübergreifenden oder internen Regulierung einiger auch für andere Unternehmen einer bestimmten „Gruppe“ ausgeht, ist eine (legitime) Folge der haftungsrechtlichen Entscheidung für objektive Sorgfaltsstandards. Dies gilt jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen: Zum einen muss eine bestimmte Praxis oder Regel von einer – jedenfalls für den entsprechenden Verkehrskreis - repräsentativen Bandbreite von Unternehmen im Hinblick auf finanzielle und technische Ressourcen befolgt

¹²⁹ Vgl. OLG Celle, 18.1.1995 – 9 U 211/93, NJW-RR 1995, 984 - Fußballtor (letztlich abgelehnt); OLG Hamm, 23.2.1989 - 6 U 2/88, NJW-RR 1989, 736 - Schwimmbadfliesen; OLG Hamm, 17.9.1996 – 9 U 54/96, NJWE-VHR 1997, 71 - Hausinnentreppe in Altbau; OLG Hamm, 22.3.2004 - 13 U 198/03, NZV 2004, 648 - Beleuchtung auf öffentlichem Parkplatz. Vgl. auch *Falke* (Fn. 124), 453 m.w.N.

¹³⁰ Vgl. z.B. *Schepel/Falke*, Legal aspects of standardisation in the Member States of the EC and EFTA, Bd. 1, Comparative Report, 2000, 233 ff., m.w.N.

¹³¹ *Ward v. The Ritz Hotel (London)* [1992] PIQR 315.

¹³² Vgl. auch *The Board of Governors of the Hospitals for Sick Children v. McLaughlin & Harvey plc* 19 Con LR 25 (93). Zur Situation in den USA vgl. *Meidinger*, Multi-Interest Self-Governance through Global Product Certification Programmes, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.), *Responsible Business: Self-Governance and the Law in Transnational Economic Transactions*, 2007, 259, 282.

oder anerkannt sein, um eine Regel zulasten weniger gut ausgestatteter Unternehmen zu vermeiden.¹³³ Zum anderen muss der entsprechende Verkehrskreis korrekt bestimmt werden.

Im nationalen Rahmen eines sog. Industrielands bilden Hersteller einer bestimmten Branche, die auch den gleichen öffentlich-rechtlichen Normen unterliegen, in der Regel einen Verkehrskreis. Größenunterschiede zwischen den Unternehmen spielen dabei nicht zwingend eine Rolle, wie die *Hochzeitsessen*-Entscheidung des BGH belegt.¹³⁴ Dabei wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass sich die finanziellen Möglichkeiten der transnationalen Konzerne und der kleinen und mittelständischen Unternehmen beispielsweise in der Chemiebranche drastisch unterscheiden,¹³⁵ was darauf hindeuten könnte, dass hier kein einheitlicher Verkehrskreis vorliegt. Auf die unterschiedlichen Ressourcen selbst transnationaler Unternehmen wurde bereits im Zusammenhang mit den Vorläufern der UN-Leitprinzipien, den „Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to

¹³³ Vgl. zur Legitimität privater Gruppenregeln *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, 108 ff., 172 ff.; *ders.* Privatrecht als Organisationsrecht – Grundlagen einer Theorie privater Rechtssetzung, *JbJZivRWiss* 2002, 9, 13 ff. Insbesondere kann davon ausgegangen werden, dass eine für den eigenen Verkehrskreis repräsentative Bandbreite von Unternehmen das eigene (ökonomische) Gruppenwohl (im Verhältnis zu den Interessen potentiell Geschädigter oder der Allgemeinheit) hinreichend selbst im Blick hat und eines weitergehenden Schutzes durch das Recht nicht bedarf; vgl. auch *Glinski* (Fn. 15), 89 f., 266 ff.

¹³⁴ BGH, 19.11.1993 - VI ZR 171/91, BGHZ 116, 104. Dort übertrug der BGH die für industrielle Produktion geltende Beweislastumkehr im Produkthaftungsrecht auf die Speisenzubereitung in einer Gaststätte, also einem handwerklichen Kleinstbetrieb.

¹³⁵ Vgl. *Gunningham*, Environmental Management Systems and Community Participation: Rethinking Chemical Industry Regulation, 16 *UCLA Journal of Environmental Law and Policy* (1997-1998), 319, 345.

Human Rights”, hingewiesen.¹³⁶ Auch sind kleinere und mittelständische Unternehmen weniger an der Ausarbeitung privater Regeln beteiligt.¹³⁷

Entsprechend wird man im globalen Kontext den relevanten Verkehrskreis wohl nicht einfach mit einer bestimmten Branche gleichsetzen können. Stattdessen müssen weitere Kriterien wie technisches Know-how, (Umwelt- und Sicherheits-) Managementkapazitäten, Zugang zu aktueller (und womöglich patentgeschützter) Technologie und nicht zuletzt die finanziellen Möglichkeiten herangezogen werden. Eine entsprechende Differenzierung findet sich auch in den UN-Leitprinzipien in Prinzip 14.

d) Kein „sicherer Hafen“ oder Enthaltungsstandard

Unternehmerische oder branchenweite Selbstregulierung, sowohl auf nationaler als auch auf transnationaler Ebene, dient häufig dem Ziel, durch Einhaltung eben dieser Normen und Standards auch (haftungs-)rechtlich auf der sicheren Seite zu sein. Dennoch können (unilaterale) private Regeln ebenso wie die institutionalisierte Normung und das öffentliche Sicherheitsrecht nur als Ausgangspunkt, d.h. als Mindeststandard, angesehen werden, nicht jedoch notwendigerweise auch als abschließendes Verhaltensprogramm.¹³⁸

In den UN Leitprinzipien findet sich dieses Problem im Kommentar zu Prinzip 17:

„Die Ausübung von Sorgfaltspflicht auf dem Gebiet der Menschenrechte sollte Wirtschaftsunternehmen dabei helfen, dem Risiko gegen sie vorgebrachter Rechtsansprü-

¹³⁶ Vgl. nur *Nollkaemper*, Responsibility of transnational corporations in international environmental law: three perspectives, in: Winter (Hrsg.), *Multilevel Governance of Global Environmental Change*, 2006, 176, 197.

¹³⁷ Vgl. *Glinski* (Fn. 15), 258.

¹³⁸ Vgl. statt vieler *Falke* (Fn. 124), 454 ff., m.w.N.

che zu begegnen, indem sie nachweisen, dass sie alle angemessenen Maßnahmen ergriffen haben, um ihre eigene Beteiligung an mutmaßlichen Menschenrechtsverletzungen zu vermeiden. Wirtschaftsunternehmen, die eine solche Sorgfaltspflicht walten lassen, sollten indessen nicht annehmen, dass dies allein sie automatisch und vollständig von der Verantwortung für Menschenrechtsverletzungen befreit, die sie verursacht oder zu denen sie beigetragen haben.“

Dies entspricht haftungsrechtlicher Dogmatik. Zum einen ergibt sich aus der Normativität der „erforderlichen Sorgfalt“, dass es der Wirtschaft nicht erlaubt sein kann, sich mittels eigener Regeln gegenüber Dritten, z.B. potentiellen Geschädigten oder dem öffentlichen Interesse, zu enthaften, insbesondere soweit diese Regeln weder über Sicherungen für ihre materielle (technische) Richtigkeit noch für die Gewährleistung entsprechender Drittinteressen oder des öffentlichen Interesses verfügen.¹³⁹ Entsprechend urteilte der Court of Appeal of British Columbia in *Kripps v. Touche Ross & Co.*:

„A professional body cannot bind the rest of the community by the standard it sets for its members. Otherwise, all professions could immunize their members from claims of negligence.“¹⁴⁰

Zivilgerichte sind aber auch aus anderen Gründen nicht daran gehindert, einen höheren Sorgfaltsstandard als den, der sich in privaten Regeln, institutionalisierten Standards oder auch dem öffentlichen Recht ausdrückt, anzuwenden. Hauptargument ist, dass es bei der Regulierung um die Erfassung der allgemeinen und typischen Gefahren geht, ein klassisches Anliegen der

¹³⁹ Dazu ausf. *Glinski* (Fn. 15), 270 ff.

¹⁴⁰ *Kripps v. Touche Ross & Co.*, CA 019919, <http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/ca/97/02/c97-0295.txt>.

präventiven und abstrakten Gefahrsteuerung im öffentlichen Sicherheitsrecht, während das Haftungsrecht auf die Kompensation (dennoch) erfolgter Schädigungen individueller Rechte und Rechtsgüter im besonderen Fall abzielt und damit auch eine Ergänzungsfunktion ausübt.¹⁴¹ Der Praxis soll dadurch eben nicht die Eigenverantwortung für die kritische Beobachtung ihres eigenen Tuns genommen werden, insbesondere soll sie nicht für Fehler bzw. Schäden enthaftet werden, die für sie vorhersehbar und vermeidbar waren, auch wenn diese Erkenntnisse (noch) nicht Eingang in die institutionalisierten technischen Normen bzw. das öffentliche Sicherheitsrecht gefunden haben.¹⁴²

Dem entspricht, dass die deutschen Gerichte in ständiger Rechtsprechung die Unabhängigkeit ihrer Entscheidung von den Vorfestlegungen etwa durch DIN-Normen betonen, die sie lediglich als „Orientierungshilfen“ bezeichnen.¹⁴³ So wurden die entsprechenden Normen nicht angewandt, wenn die Praxis mittlerweile darüber hinaus ging oder sich weitergehende Gefahren gezeigt haben,¹⁴⁴ wenn sie das relevante Problem gar nicht ansprachen,¹⁴⁵ wenn die Umstände des konkreten Falles

¹⁴¹ Pointiert *Brüggemeier*, Unternehmenshaftung für „Umweltschäden“ im deutschen Recht und nach EG-Recht, in: Martinek u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jahr zum 70. Geburtstag, 1993, 223, 230 f.; *Falke* (Fn. 124), 451 ff.; *Sach* (Fn. 124), 235 ff.; A.A. *Marburger*, Die haftungs- und versicherungsrechtliche Bedeutung technischer Regeln, *VersR* 1993, 597, 602, der die haftungsrechtliche Bedeutung institutionalisierter technischer Normen ähnlich ihrer Bedeutung im öffentlichen Recht sieht; dies allerdings nur in engen Grenzen und mit vielen Ausnahmen.

¹⁴² Vgl. *supra*, bei Fn. 123.

¹⁴³ Grundlegend BGH, 11.12.1979 - VI ZR 141/78, *NJW* 1980, 1219 - Klapprad. Dazu auch *Steffen*, Verkehrspflichten im Spannungsfeld von Bestandsschutz und Handlungsfreiheit, *VersR* 1980, 409, 412.

¹⁴⁴ Vgl. nur BGH, 27.9.1994 - VI ZR 150/93, *NJW* 1994, 3349 - Elektrodenkabel für Atemüberwachungsgerät; BGH, 14.6.2007 - VII ZR 45/06, *NJW* 2007, 2983, 2985 - Schallschutz.

¹⁴⁵ So etwa BGH, 13.3.2001 - VI ZR 142/00, *NJW* 2001, 2019 - Hörsturz bei Rockkonzert.

unüblich waren,¹⁴⁶ aber selbst im typischen Normalfall, wenn sich dennoch weitergehende Sorgfaltsanforderungen stellen. Im *Eishockey*-Fall entschied der Bundesgerichtshof:

„Die Regeln der Technik, wie sie in den genannten Normen ihren Niederschlag finden, können zwar zur Konkretisierung der Verkehrssicherungspflichten herangezogen werden und stellen oft, zumal sie von Experten-Kommissionen erarbeitet sind, einen brauchbaren Maßstab für die zu fordernde Sorgfalt dar (...). Jedoch bestimmen sie nicht stets das Äußerste, was im Einzelfall verlangt werden kann, sondern sind ergänzungsbedürftig und entlassen den Richter nicht aus der Pflicht, das Integritätsinteresse des potentiellen Geschädigten selbst zu bewerten“.¹⁴⁷

Dies entspricht der Sichtweise in anderen Rechtsordnungen, u.a. dem englischen Recht.¹⁴⁸ In einer rechtsvergleichenden Studie kamen *Falke* und *Schepel* zu der Erkenntnis, dass die Befolgung einer Norm eine notwendige, aber nicht notwendigerweise auch eine hinreichende Bedingung für einen Haftungsausschluss sei. Die Einhaltung einer Norm sage nicht viel mehr aus, als dass überhaupt irgendwelche Sorgfaltspflichten eingehalten wurden.¹⁴⁹

e) Zwischenergebnis

Für die Bestimmung einer (potentiellen) haftungsrechtlichen (Organisations-)Verantwortung der Obergesellschaft auch für konzern- oder lieferkettenweite Produktionsabläufe ergibt sich

¹⁴⁶ Vgl. OLG Zweibrücken, 20.9.1976 - 2 U 217/75, NJW 1977, 111.

¹⁴⁷ BGH, 29.11.1983 - VI ZR 137/82, NJW 1984, 801, 802 - Eishockey. Ebenso OLG Schleswig, 19.10.2007 - 17 U 43/07, VuR 2008, 277 - Geschirrspüler, m. Anm. Glinski.

¹⁴⁸ Vgl. im englischen Recht *Gillingham Borough Council v Medway Docks* [1993] Q.B. 343.

¹⁴⁹ *Schepel/Falke* (Fn. 130), 233 ff., m.w.N.

fast automatisch eine rechtliche Einbindung von wirtschaftlichen Selbstregulierungsmechanismen, wie sie auch von den UN-Leitprinzipien gefordert werden. So können *due diligence*-Systeme zunächst eine bedeutende Rolle bei der Bestimmung konkreter haftungsrechtlich relevanter Mindestsicherheitsanforderungen bei der Produktion spielen. Weiter lassen sich aus konzern- oder lieferkettenweit festgelegten oder praktizierten Regeln aber auch in organisatorischer Hinsicht die individuellen Erkenntnisse der Obergesellschaft für richtiges Sicherheits-, Gesundheits- oder Umweltmanagement ablesen, was problemadäquate Kompetenzverteilung und Produktionsabläufe einschließt. Aus den oftmals recht ähnlichen Sicherheitsmanagementsystemen der Obergesellschaften einer Branche lassen sich bei Repräsentativität aber auch Schlüsse für diejenige Sorgfalt ziehen, die generell mindestens einzuhalten ist.¹⁵⁰ Anhaltspunkte für die Chemiebranche können sich beispielsweise aus der weltweiten Praxis der deutschen chemischen Industrie ergeben, wo in den verschiedenen Firmen ein in etwa identisches System aus Kodizes, internen Leitlinien und Handbüchern sowie Audits der Obergesellschaft besteht.¹⁵¹ Auch können neuere Entwicklungen in der Textilindustrie wie der „Bangladesh Accord“¹⁵² möglicherweise eine solche Funktion erfüllen. Managementsysteme wie die Serien ISO 14000 oder ISO 9000 eignen sich als Organisationsstandards schon deshalb nicht, weil sie

¹⁵⁰ Zu vergleichbaren Erwägungen hinsichtlich des Risikomanagements in Krankenhäusern vgl. *Hart* (Fn. 105), 345, 356. Skeptisch hinsichtlich einer Standardisierung von Organisationspflichten *Spindler* (Fn. 81), 433 ff. und 511 f.

¹⁵¹ Vgl. *Herberg*, *ZfR* 2001, 25, 38 ff.; *ders.*, „Die Betriebe müssen ihre Hausaufgaben machen“ – Auslandsaudits als Instrument der Selbstregulierung in transnationalen Chemiekonzernen, *FEU-Werkstattberichte* 2001/1, 7; *ders.*, *Globalisierung* (Fn. 8), 216 f.

¹⁵² Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh vom 15.5.2013, vgl. <http://bangladeshaccord.org>.

sich nur auf einzelne Betriebe bzw. Standorte beziehen und zudem zu grobmaschig sind.¹⁵³ Allerdings kann auch aus der Nichteinhaltung sogar dieser niedrigen Standards geschlossen werden, dass ein Unternehmen sich in dieser Hinsicht nicht sorgfältig verhalten hat,¹⁵⁴ womit aber nicht gemeint ist, dass Unternehmen sich konzernweit nach ISO 14000 zertifizieren lassen müssten, sondern nur, dass sie ein mindestens vergleichbares Umweltmanagement vorweisen müssten. Dabei ist zu beachten, dass konzerninterne Umweltmanagementsysteme die Anforderungen von ISO 14000 ff. regelmäßig überschreiten.¹⁵⁵ Für eine haftungsrechtliche Entlastung sind die Serien ISO 14000 ff. schon deshalb nicht geeignet.

Somit kann das Haftungsrecht als Anreiz für die Einführung adäquater konzern- und lieferkettenweiter Organisations- und Produktionsstrukturen dienen, in denen private Regeln wie Codes of Conduct, Richtlinien, Handbücher und Audits dann zu einem unverzichtbaren Element werden. Im Ergebnis ergeben sich die erforderlichen Standards aus einem Wechselspiel aus praktischen Erfahrungen, tatsächlichen Entwicklungen und normativen Anforderungen, wobei die konzernweiten Selbstregulierungssysteme jedenfalls entsprechende Mindeststandards konstituieren können.¹⁵⁶

¹⁵³ Vgl. z.B. *Bayer*, Auswirkungen eines zertifizierten Qualitätsmanagementsystems DIN EN ISO 9000ff. auf die Haftungssituation im Unternehmen, 1998, 193; *Krut/Gleckman*, ISO 14001 – A Missed Opportunity for Sustainable Global Industrial Development, 1998. Zur Kritik auch *Herberg*, Globalisierung (Fn. 8), 127 ff. A.A. wohl *Martens*, Environmental Liability of Parent Companies, *European Environmental Law Review* (EELR) 2003, 135, 145 f.

¹⁵⁴ Vgl. zu Beispielen aus der kanadischen Rechtsprechung *Meidinger*, 31 ELR (2001), 10162, 10171.

¹⁵⁵ Vgl. *Herberg*, FEU-Werkstattberichte 2001/1.

¹⁵⁶ *Brüggemeier*, in: Teubner/Farmer/Murphy (Fn. 45), 75, 91 f.; *Hofstetter*, *ibid.*, 99, 109.

Weiterhin lassen sich aus Selbstregulierungsmechanismen wie publizierter menschenrechtlicher Verantwortungsübernahme oder internen *due diligence*-Systemen Hinweise auf eine Verantwortungsübernahme der Obergesellschaft oder die Verantwortungsverteilung im Konzern oder in der Lieferkette entnehmen. Aber auch Kriterien wie die (mögliche) Gefahrbeherrschung, (besonderes) Risikowissen, Einfluss auf die Produktionsbedingungen oder die Nähe zu den Geschädigten lassen sich durch wirtschaftliche Selbstregulierung konkretisieren.¹⁵⁷ Dies gilt wiederum sowohl für das fragliche Unternehmen als solches als auch für das, was branchenweit als erforderlich angesehen werden kann.

Eine haftungsrechtliche Entlastung ist bei Einhaltung der erforderlichen Sicherungsmechanismen grundsätzlich möglich, lässt sich aber auch aus der Unternehmenspraxis aus den oben angestellten Erwägungen nicht notwendigerweise ableiten; vielmehr bleibt es - in Übereinstimmung mit den UN Leitprinzipien¹⁵⁸ - stets dem erkennenden Gericht überlassen, die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt zu prüfen.¹⁵⁹

¹⁵⁷ So bezogen sich in *Vedanta* sowohl der High Court als auch der Court of Appeal auf Selbstregulierungsmechanismen der Obergesellschaft wie deren publizierte Umweltleitlinien sowie durchgeführte Umwelt- und Sicherheitsaudits, um (vorbehaltlich der Beweisaufnahme) deren haftungsrechtliche Verantwortung für möglich zu halten.

¹⁵⁸ Vgl. UN-Leitprinzipien, Kommentar zu Prinzip 17.

¹⁵⁹ Vgl. III. 3. c) und d).

IV. Synthese: Wechselwirkungen zwischen UN Leitprinzipien, Haftungsrecht, und trans- nationaler wirtschaftlicher Selbstregulierung

1. Parallelen zwischen UN Leitprinzipien und Deliktsrecht

Die Analyse hat deutliche Parallelen zwischen der haftungsrechtlichen Sorgfaltspflicht und den *due diligence*-Anforderungen der UN Leitprinzipien gezeigt. Zwar geht das Haftungsrecht im Gegensatz zu den UN Leitprinzipien nicht grundsätzlich von einer Verantwortung für durch Tochter- oder Zulieferunternehmen verursachte Risiken und Schäden aus, im Einzelnen lassen sich aber für eine solche Verantwortungszuschreibung recht ähnliche Erwägungen finden. Während die UN Leitprinzipien (z.B. die Prinzipien 13, und 14) die Vermeidung von Risikobeiträgen im Rahmen von Geschäftsbeziehungen fordern und präventive Maßnahmen vom Wesen der Geschäftsbeziehung, der Möglichkeit effektiven Einflusses auf Tochter- oder Zulieferunternehmen, der Größe und den Fähigkeiten des (Ober- oder Käufer-) Unternehmens sowie von der Schwere möglicher Rechtsgutsverletzungen abhängig machen, wendet das Haftungsrecht Kriterien wie (Beteiligung an der) Gefahrerzeugung, Gefahrbeherrschung, (besonderes) Risikowissen, Kontrolle der schädigenden Verfahren, Einfluss auf Tochter- oder Zulieferunternehmen, Nähe zu (potentiell) Geschädigten, sowie deren Abhängigkeit vom Einsatz des überlegenen Wissens und entsprechender Mittel an. Auch im Haftungsrecht stehen Sorgfaltspflichten im Verhältnis zur Schwere möglicher Rechtsgutsverletzungen. Diese werden dann in beiden Regimen durch unternehmerische Selbstregulierung, Branchenstandards und *best practices* konkretisiert.

Entsprechend wurden in der Literatur bereits rechtliche Wechselwirkungen in beide Richtungen diskutiert: *Sanders* argumentiert, dass die in den UN-Leitprinzipien verankerte,

sich auf allgemeine gesellschaftliche Erwartungen stützende Unternehmensverantwortung, Menschenrechte zu achten, auch haftungsrechtlich zu weiterreichenden Sorgfaltspflichten innerhalb von Produktionsketten führe als dies noch der derzeitigen Gerichtspraxis entspricht.¹⁶⁰ Umgekehrt argumentiert *Mares*, dass das Haftungsrecht der in den UN-Leitprinzipien verankerten Konzern- und Lieferkettenverantwortung erst ihre Geltungsbegründung verleihe, allerdings nur insoweit, als sie sich auf gesicherte haftungsrechtliche Doktrin stützen könne.¹⁶¹

Dieser Aufsatz argumentiert, dass ein wesentliches Zwischenstück in diesem Ping-Pong hin zu einem echten Zusammenwirken und zu gegenseitigen Wechselwirkungen, das die Schwächen des jeweiligen Regimes überwinden kann, in der Einbeziehung und der rechtlichen Bedeutung von unternehmerischer Selbstregulierung gefunden werden kann.

2. Einwirkung des Deliktsrechts auf die UN-Leitprinzipien

Insbesondere *Mares* hat ausgeführt, dass das Deliktsrecht als rechtliche Basis der Legitimität (besser: Geltung) der UN-Unternehmensverantwortung diene. Die UN-Leitprinzipien berufen sich für die Geltungsbegründung der Unternehmensverantwortung zwar primär auf *soft law* wie die OECD-Leitlinien und auf soziale Normen. Diese könnten die Unternehmensverantwortung jedoch nicht hinreichend legitimieren, zumal und soweit sie dem Prinzip der begrenzten Haftung, welches jedem Konzernrecht in allen entwickelten Rechtsordnungen inhärent sei, widersprüchen.¹⁶² Demnach wären die UN-Leitprinzipien im Grunde vollständig auf freiwillige Befolgung und sozialen Druck angewiesen.

¹⁶⁰ *Sanders* (Fn. 27), 23 ff.

¹⁶¹ *Mares* (Fn. 19), 37 ff.

¹⁶² *Mares* (Fn. 19), 24 (zu den OECD-Leitlinien vor ihrer jüngsten Revision) und 27 f.

Stattdessen würde das Deliktsrecht die Unternehmenspflichten der UN-Leitprinzipien, die sich auf die haftungsrechtliche Maxime „füge keinen Schaden zu“ und die entsprechenden Kriterien der Verantwortungszurechnung zurückführen lassen, tatsächlich als Rechtspflichten, nämlich als deliktische Verkehrspflichten ausgestalten.¹⁶³

In der Tat kann die ausdifferenzierte Haftungsrechtsdoktrin und -rechtsprechung zur Konkretisierung des Ausmaßes und der Grenzen der Verantwortung für Dritte sowie der konkreten Sorgfaltspflichten der UN-Leitprinzipien beitragen.¹⁶⁴

Darüber hinaus aber ist es gerade der haftungsrechtliche Ansatz, (rechtliche und) gesellschaftliche Normen verschiedener Herkunft sowie unternehmerische Selbstregulierung, Branchenstandards und *best practices* in bindende Sorgfaltspflichten zu übersetzen, der die UN-Unternehmensverantwortung rechtlich ausfüllen und weiter entwickeln kann. Auf diese Weise liefert das Haftungsrecht nicht nur eine rechtliche Basis für die UN-Unternehmensverantwortung, sondern verleiht unternehmerischer Selbstregulierung auch rechtliche Relevanz, auf deren Basis sich die UN-Leitprinzipien weiter entwickeln können.

3. Einwirkung der UN-Leitprinzipien auf nationale Deliktsrechte

Umgekehrt lässt sich argumentieren, dass die UN-Leitprinzipien eine fortschrittliche Interpretation des Deliktsrechts hin zu gesellschaftsübergreifenden Sorgfaltspflichten befördern und damit Haftungsklagen gegen Obergesellschaften stützen.¹⁶⁵ Ob-

¹⁶³ *Mares* (Fn. 19), 48.

¹⁶⁴ Vgl. auch *Mares* (Fn. 19), 37 ff.; *Davitti*, *Refining the Protect, Respect and Remedy Framework for Business and Human Rights and its Guiding Principles*, *Human Rights Law Review* 16 (2016), 55, 72 ff.

¹⁶⁵ Vgl. auch *Sanders* (Fn. 27), 22 ff. *Davitti*, *Human Rights Law Review* 16 (2016), 55, 72, will eine solche progressive Auslegung des Deliktsrechts sogar

wohl die deliktische Fahrlässigkeitsdogmatik, wie oben dargestellt, im Prinzip bereits über ausgefeilte Kriterien verfügt, auf die eine Haftung für Dritte gestützt werden könnte, zögerten die Zivilgerichte noch, eine deliktische Haftung von Obergesellschaften anzuerkennen. Aus diesem Grund hat *Chandler v. Cape* so viel Aufmerksamkeit im Schrifttum, aber auch bei Unternehmen und NGOs, hervorgerufen und weitere Klagen gegen transnational operierende Obergesellschaften und auch Käuferunternehmen nach sich gezogen, die sich nicht nur auf Menschenrechtsverletzungen bei Arbeitnehmern, sondern auch auf Rechtsverletzungen von Anwohnern, die durch Umweltverschmutzung verursacht wurden, beziehen. Hierbei wurden auch die UN-Leitprinzipien teilweise als Argumentationshilfe herangezogen.¹⁶⁶

Die dogmatische Rechtfertigung für die Beachtlichkeit der UN-Leitprinzipien im Deliktsrecht wird darin gesehen, dass diese eine Reflexion der im Deliktsrecht beachtlichen gesellschaftlichen Normen und Erwartungen an Unternehmensverantwortung darstellten, unabhängig davon, ob diese letztendlich auf internationalem *soft law* oder auf der breiten Akzeptanz durch die wesentlichen Stakeholder beruhten.¹⁶⁷

Besonders relevant in diesem Zusammenhang ist darüber hinaus gehend, dass die UN-Leitprinzipien von den Unternehmen proaktive Maßnahmen verlangen, insbesondere eine Selbstverpflichtungserklärung, die Menschenrechte in ihrem

aus der Regulierungspflicht der Heimatstaaten transnationaler Unternehmen aus der ersten Säule des Ruggie-Rahmens herleiten.

¹⁶⁶ Vgl. *Doe v. Nestle* 748 F Supp 2d 1057 (CD Cal. 2010), 1141 und Fn. 67; *Doe VIII v. Exxon Mobil* 654 F 3d 11 (DC Cir. 2011), Rn. 4 (und Fn. 9). In *Choc v. Hubday Minerals Inc.*, 2013 ONSC 1414, hat Amnesty International Canada als Nebenintervenient zur Rechtsfragen und insbesondere zu völkerrechtlichen Standards hinsichtlich der Existenz und des Ausmaßes von Sorgfaltspflichten u.a. auf die UN-Leitprinzipien verwiesen. Jüngst wohl auch im *KiK*-Fall, vgl. *Wesche/Saage-Maaß*, 16 Human Rights Law Review (2016), 370, 379.

¹⁶⁷ Vgl. dazu III. 3. a). Zur letzteren Begründung vgl. *Sanders* (Fn. 27), 24 ff.

Einflussbereich zu achten, eine umfassende menschenrechtliche Risikoanalyse, die grundsätzlich auch Produktionsketten umfasst, und entsprechende selbstregulative Präventions-, Vermeidungs- und Abmilderungsmaßnahmen. Soweit solche menschenrechtlichen Sorgfaltsmaßnahmen durchgeführt werden, sind diese in besonderem Maße geeignet, Bewusstsein, Wissen und Erfahrung über (potentielle) Rechtsverletzungen sowie deren Prävention zu schaffen. Dies wiederum führt zu deliktsrechtlich relevanter erhöhter Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit von Schädigungen.

4. Die Bedeutung wirtschaftlicher Selbstregulierung

Der entscheidende dynamische Faktor in der Wechselwirkung zwischen den UN-Leitprinzipien und dem Deliktsrecht hin zu höheren Verantwortlichkeitsstandards kann in der Einbeziehung privater transnationaler Unternehmens- bzw. Branchenregulierung gesehen werden. Sowohl die UN-Leitprinzipien als auch die Sorgfaltsanforderungen im nationalen Haftungsrecht beruhen auf gesellschaftlichen Normen, welche wiederum durch (transnationale) Unternehmens- bzw. Branchenregeln konkretisiert werden, wenn auch nur insoweit als diese – bei hinreichender Repräsentativität – haftungsrechtlich relevante Mindestsorgfaltsanforderungen, nicht jedoch einen „sicheren Hafen“, darstellen.

Diese Wechselwirkung könnte sich wie folgt gestalten: Die UN-Leitprinzipien fordern die Unternehmen dazu auf, ihre menschenrechtliche Verantwortung explizit anzuerkennen und umfassende (konzern- bzw. lieferkettenweite) *due diligence*-Systeme einzuführen, was mittelfristig in einem ersten Schritt idealerweise zu erhöhter Sorgfalt und gestiegenen Anforderungen in unternehmens- bzw. branchenweiter Selbstregulierungspraxis führt. In einem zweiten Schritt würde dies zu erhöhten deliktischen Sorgfaltsanforderungen auch für diejenigen Unternehmen führen, die sich entsprechender Selbstregulierung

bislang verschlossen haben. Das erhöhte Haftungsrisiko würde dann einen Anreiz zur Enthaltung jedenfalls dieser (von anderen gesetzten) Mindestsorgfaltsstandards auch bei den bisher eher passiven Unternehmen auslösen. Als letzten Schritt könnten sich die UN-Leitprinzipien auf der Basis der gewonnenen Erfahrungen sowie existierender Haftungsrechtsprechung weiterentwickeln. Idealerweise würde sich die menschenrechtliche Sorgfaltspflicht auf die eben geschilderte Weise kontinuierlich weiterentwickeln und gleichzeitig auch (haftungs-)rechtliche Relevanz erlangen.

V. Fazit

Dieser Beitrag zeigt, dass im Zusammenwirken zwischen den UN-Leitprinzipien und dem Deliktsrecht unter Berücksichtigung der rechtlichen Bedeutung wirtschaftlicher Selbstregulierung ein Potential zur Weiterentwicklung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht sowohl in der unternehmerischen Praxis als auch hinsichtlich ihrer (haftungs-)rechtliche Relevanz liegt.

Eine nicht unerhebliche Rolle hierbei spielt die Eigenart der Fahrlässigkeitshaftung bzw. des *tort of negligence*, zur Bestimmung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht nur auf gesellschaftliche Normen und Erwartungen, sondern auch auf unternehmerische bzw. branchenweite Selbstregulierung und *best practices* als erwartbare Mindestsorgfalt zurückzugreifen. Damit wäre eine den UN-Leitlinien entsprechende „freiwillige“ Übernahme menschenrechtlicher Sorgfaltsmaßnahmen insofern nicht mehr freiwillig, als damit haftungsrechtliche Sorgfaltspflichten konkretisiert werden und die fortschrittliche Praxis einiger nichtsdestotrotz repräsentativer Unternehmen zum Haftungsstandard auch für weniger verantwortungsvolle Unternehmen wird.

*UN-Leitprinzipien, Selbstregulierung der Wirtschaft und Deliktsrecht:
Alternativen zu verpflichtenden Völkerrechtsnormen für Unternehmen?*

Letztlich könnte dieses Zusammenwirken zur Begründung auch (haftungs-)rechtlich relevanter Standards menschenrechtlicher Unternehmensverantwortung mit einer inhärenten Tendenz zur kontinuierlichen (Selbst-)Verbesserung beitragen.

Regulierung transnationaler Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz der Menschenrechte: Staatliche Schutzpflichten jenseits der Grenze?

Markus Krajewski

I. Einleitung

Brandkatastrophen in Textilfabriken in Bangladesch und Pakistan oder Umweltverschmutzungen im Zusammenhang mit der Ölproduktion im Nigerdelta in Nigeria zeigen deutlich, dass globale wirtschaftliche Tätigkeiten in einem engen Zusammenhang zu schweren Menschenrechtsverletzungen stehen. Nach herrschendem Völkerrechtsverständnis sind jedoch weder multinationale Konzerne noch lokale Unternehmen unmittelbar an international verbürgte Menschenrechte gebunden.¹ Ob derartige Pflichten in einem von zahlreichen Staaten befürworteten und seit 2017 in einer Intergouvernementalen Arbeitsgruppe des Menschenrechtsrats verhandelten Übereinkommens zu Wirtschaft und Menschenrechten verankert werden, ist ebenfalls fraglich.² Auf der Grundlage derzeit geltender Dogmatik werden aus Menschenrechtsübereinkommen nur Staaten verpflichtet. Diese haben auch die Pflicht, Regeln zum Schutz vor Menschenrechtsverletzungen durch Privatpersonen sowie Unternehmen

¹ Statt vieler *Nowrot*, in diesem Band. Anders aber wohl das Schiedsgericht in *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award vom 8. Dezember 2016. Dazu *Krajewski*, Human rights in international investment law: Recent trends in arbitration and treaty-making practice, *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2018, im *Erscheinen*.

² Zu den Problemen siehe *Lopez*, *Struggling to Take Off?: The Second Session of Intergovernmental Negotiations on a Treaty on Business and Human Rights*, *Business and Human Rights Journal* 2017, S. 365-370.

aufzustellen und durchzusetzen. Für den Staat, auf dessen Territorium die Menschenrechtsverletzung stattfinden, ist dies unbestritten. Oft scheidet dies in der Praxis jedoch an mangelndem Willen oder mangelnden Kapazitäten des Territorialstaats. Daher stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang auch die sog. Heimatstaaten, d. h. die Staaten, in denen multinationale Unternehmen oder die Hauptunternehmen einer globalen Lieferkette ihren Sitz haben, berechtigt oder sogar verpflichtet sind, Regeln für auslandsbezogene Tätigkeiten von Unternehmen aufzustellen, um Menschenrechtsverletzungen durch unternehmerisches Handeln mit Auslandsbezug zu verhindern oder um hiergegen Abhilfe zu verschaffen. Es geht also um Grundlage, Inhalt und Grenzen der staatlichen Regulierung transnationaler Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz der Menschenrechte.

Um diese Fragen im Folgenden zu untersuchen, werden zunächst die zentralen Begriffe des vorliegenden Beitrags – Regulierung zum Schutz der Menschenrechte und transnationale Wirtschaftsbeziehungen – erläutert und von anderen Konzepten abgegrenzt (II.). Im nächsten Schritt werden die Grundlagen menschenrechtlicher Staatenpflichten und unternehmerischer Verantwortung unter Berücksichtigung der UN-Leitprinzipien dargelegt (III.). Dabei wird die besondere Bedeutung und Funktion der Regulierung von Unternehmen und unternehmerischer Tätigkeit zur Realisierung der staatlichen Schutzverantwortung herausgestellt. Im Zentrum dieses Beitrages steht sodann die Frage, ob staatliche Regulierungen auch auf unternehmerische Tätigkeiten ausgedehnt werden können, die einen Auslandsbezug aufweisen, bei denen sich mögliche Menschenrechtsverletzungen also nicht auf dem Territorium des regulierenden Staats realisieren (IV.). Während ein grundsätzliches Recht, auslandsbezogene Sachverhalte zum Anknüpfungspunkt der Regulierung von Unternehmen zu machen, nicht bestritten werden dürfte, sind die Grenzen derartiger Regulierungsmöglichkeiten noch nicht abschließend geklärt (IV.). Das gilt erst recht für die

Frage, ob die Heimatstaaten ebenso verpflichtet sind, transnationale Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz der Menschenrechte zu regeln. Auch wenn in Literatur und Praxis eine derartige Pflicht zunehmend postuliert wird, fehlt es noch an einer dogmatischen Begründung, die hier entwickelt werden soll (V.). Abschließend werden dann Beispiele aus der Staatenpraxis herangezogen, anhand derer die praktische Umsetzung, der in diesem Beitrag entwickelten Grundsätze, illustriert werden kann (VI.). Fazit und Ausblick schließen den Beitrag ab (VII.)

II. Begriffsbestimmungen

Unter *Regulierung* soll im Folgenden entsprechend der Bedeutung des Begriffs „regulation“ im internationalen Sprachgebrauch jede Form staatlicher Steuerung wirtschaftlichen Handelns verstanden werden.³ Der Begriff ist also weiter als der Regulierungsbegriff des Rechts der netzgebundenen Industrien wie Energie, Telekommunikation und Verkehr.⁴ Unter Regulierung fallen dabei nicht nur Gesetze und ihre Durchsetzung durch Behörden, sondern auch Rechtsprechung wie z. B. die Begründung von deliktischer Haftung für Beteiligungen an Menschenrechtsverletzungen.⁵ Schließlich kann auch die Förderung wirtschaftlicher Tätigkeiten durch Subventionen, öffentliche Kredite oder durch staatliche Wirtschaftstätigkeiten oder -beteiligung als Regulierung im weiteren Sinne angesehen werden.

Als transnationale Wirtschaftsbeziehungen soll jedes unternehmerische Handeln verstanden werden, das einen grenzüberschreitenden Bezug hat. Typischerweise handeln in einer transnationalen Wirtschaftsbeziehung mindestens zwei wirtschaftliche Akteure, die sich in unterschiedlichen Staaten befinden.

³ *Krajewski*, Rechtliche Steuerung transnationaler Unternehmen, in: *Giegerich* (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise, 2011, S. 35-70. Allgemein *Ogus*, Regulation: Legal Form and Economic Theory, 1994.

⁴ *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., 2016, § 13 Rn. 6.

⁵ Siehe dazu *Glinski*, in diesem Band.

Dabei können zwei Haupttypen derartiger Tätigkeiten unterschieden werden. Zum einen kann zwischen den Unternehmen eine Handelsbeziehung im weiteren Sinne bestehen. Hierzu zählen auch *globale Liefer- oder Wertschöpfungsketten* (*global supply chains, global value chains*), an denen unterschiedliche Unternehmen beteiligt sind, deren Beziehungen über Kauf-, Liefer- oder Produktionsverträge gestaltet werden. Zum anderen können die transnationalen Wirtschaftsbeziehungen als Investitionsbeziehungen gestaltet werden. In diesem Fall entstehen oft *multinationale Konzerne* mit Mutter- und Tochterunternehmen oder sog. Joint-Ventures.⁶

Für beide Konstellationen lassen sich in der Debatte um unternehmerische Verantwortung für Menschenrechtsverletzungen typische Beispiele finden. So stehen die Fälle, in denen nach der Verantwortung internationaler Textilkonzerne für katastrophale Arbeits- und Sicherheitsbedingungen in der Bekleidungsindustrie in Südostasien gefragt wird, idealtypisch für die Problematik der Unternehmensverantwortung in Lieferketten. In dieser Branche sind die örtlichen Produzenten keine Tochterunternehmen europäischer Modehäuser, sondern schlicht deren Lieferanten. Als Beispiel kann der Brand in der Fabrik des pakistanischen Bekleidungs Herstellers Ali Enterprises im Jahre 2012 und die Verantwortung des Unternehmers KiK für mögliche Sicherheitsmängel bei Ali Enterprises genannt werden („KiK“-Szenario).⁷ Für die transnationale Konzernbeziehungen finden sich dagegen im Rohstoffsektor zahlreiche Beispiele. So wird die

⁶ Ausführlich *Muchlinski*, *Multinational Enterprises and the Law*, 2. Aufl., 2007 und *Nowrot*, *Normative Ordnungsstruktur und private Wirkungsmacht – Konsequenzen der Beteiligung transnationaler Unternehmen an den Rechtssetzungsprozessen im internationalen Wirtschaftssystem*, 2006.

⁷ Dazu *Saage-Maaß/Klinger*, *Unternehmen vor Zivilgerichten wegen der Verletzung von Menschenrechten – Ein Bericht aus der deutschen und internationalen Praxis*, in: *Krajewski/Saage-Maaß/Oehm* (Hrsg.), *Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen*, 2018, S. 251 ff.

niederländische Muttergesellschaft des Shell-Konzerns für die Umweltverschmutzungen der nigerianischen Tochtergesellschaft in Nigeria mitverantwortlich gemacht („Shell“-Szenario). In diesen Fällen sind die Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen gesellschaftsrechtlicher Art, so dass u.a. Fragen der Konzernverantwortung und der deliktischen Durchgriffshaftung im Raum stehen.⁸

In den soeben genannten Konstellationen verfügen typischerweise mindestens zwei Staaten über einen Regelungszugriff auf die transnationale Wirtschaftsbeziehung: Der Gaststaat und der Heimatstaat. Mit dem *Gaststaat* wird der Staat gemeint, auf dessen Territorium die wirtschaftliche Aktivität, die eine Menschenrechtsverletzung begründet oder dazu beiträgt, tatsächlich stattfindet: Im KiK-Fall demnach Pakistan, im Shell-Fall Nigeria. Auch wenn die Bezeichnung „Gaststaat“ aus verschiedenen Gründen ungenau ist⁹, hat sie sich eingebürgert. Zu beachten ist dabei jedoch, dass im Fall der Lieferkette der Begriff „Gaststaat“ nicht passt, da das produzierende Unternehmen in diesem Staat seinen Sitz hat. Gleichwohl wird der Einfachheit halber auch für diese Konstellation der Begriff „Gaststaat“ verwendet. Als *Heimatstaat* wird der Staat verstanden, in dem sich der Hauptverwaltungssitz einer Konzernmutter oder des den Lieferauftrag stellenden Unternehmens (= auftraggebendes Unternehmen) einer globalen Lieferkette befindet. In den Fallbeispielen also Deutschland bzw. die Niederlande.

⁸ Renner/Kunzt, Konzernhaftung und deliktische Durchgriffshaftung, in: Krajewski/Saage-Maaß/Oehm (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, S. 51 ff.

⁹ Richtigerweise müsste vom „Gastgeber“-Staat gesprochen werden, da der Staat nicht Gast ist (so auch im englischen „host state“). Zudem wird durch den Begriff „Gast“ der Eindruck erweckt, das transnationale Unternehmen sei nur vorübergehend in dem jeweiligen Staat tätig. Tatsächlich bestehen mit dem „Gaststaat“ jedoch häufig dauerhafte Wirtschaftsbeziehungen als mit dem „Heimatstaat“, insbesondere wenn letztere nur der Staat des Gesellschaftsstatus ist. Der Begriff „Tätigkeitsstaat“ wäre daher genauer, wird jedoch in Praxis und Literatur nicht verwendet.

III. Staatliche Schutzpflichten und unternehmerische Verantwortung für Menschenrechte

Die Dogmatik des internationalen Menschenrechtsschutzes unterscheidet nach neuem Verständnis drei unterschiedliche Dimensionen staatlicher Verpflichtungen, die sich aus internationalen Menschenrechten ergeben: Die sogenannte Respektierungspflicht (*duty to respect*), die Schutzpflicht (*duty to protect*) und die Gewährleistungspflicht (*duty to fulfil*). Diese ursprünglich durch den Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte entwickelte Pflichtentrias wurde inzwischen von anderen Vertragsorganen und von der Lehre übernommen.¹⁰

Die Achtungspflicht verlangt das Unterlassen direkter staatlicher Eingriffe in den menschenrechtlich geschützten Bereich und ist daher abwehrrechtlich konstruiert. Die Schutzpflicht verlangt legislative, administrative und judikative Maßnahmen zum Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Dritte. Hierin begründet sich auch die menschenrechtliche Pflicht zur Regulierung unternehmerischen Handelns. Die Gewährleistungspflicht verlangt dagegen die Bereitstellung staatlicher Leistungen und Einrichtungen zur Erfüllung menschenrechtlicher Ansprüche. Im weiteren Verlauf der Untersuchung wird in erster Linie auf die Schutzpflicht abgestellt, da sie im Verhältnis Wirtschaft und Menschenrechte die dominante Pflichtdimension ist.

1. Regulierung wirtschaftlicher Tätigkeiten als Ausdruck menschenrechtlicher Schutzpflichten

Die Schutzdimension der Menschenrechte verpflichtet den Staat zu wirksamen Maßnahmen, um Menschenrechtsverletzungen durch andere zu verhindern.¹¹ Nach der ständigen Praxis

¹⁰ Kälin/Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl., 2013, Rn. 261 ff.

¹¹ Dazu auch Weiler, *Transnationale Unternehmen im rechtsfreien Raum? Geltung und Reichweite völkerrechtlicher Standards*, *ZaöRV* 2009, S. 888 ff.

der Vertragsorgane der internationalen Menschenrechtsübereinkommen umfasst dies auch den Erlass von Gesetzen, die präventiv oder kurativ auf Menschenrechtsverletzungen reagieren.¹² Dazu gehören sowohl zivil- und strafrechtlichen Schutzgesetze mit der Schwere der Menschenrechtsbeeinträchtigung angemessene Sanktionen¹³ als auch einschlägige arbeits-, gesundheits- und sicherheitsrechtlicher Vorschriften. Ein Staat verletzt seine Verpflichtungen, wenn in Fällen, in denen die Menschenrechte von Privatpersonen bedroht werden, kein Schutz gegenüber dem Verhalten dieser Privatpersonen gewährt wird. Daher ist neben dem Erlass der entsprechenden Regeln auch deren effektive Durchsetzung durch Behörden und Gerichte von zentraler Bedeutung.

Die Schutzpflicht betrifft zunächst den Staat, auf dessen Territorium sich die Menschenrechtsverletzung tatsächlich ereignet hat. Diesem stehen zur Erfüllung seiner Schutzpflicht die typischen Regulierungsmöglichkeiten zur Verfügung, die sich aus dem Territorialitätsprinzip ergeben.¹⁴ Das betrifft sowohl örtlich ansässige Unternehmen als auch Niederlassungen transnationaler Unternehmen. Der Staat hat damit den unmittelbaren Zugriff auf die Aktivitäten transnationaler Unternehmen auf seinem Hoheitsgebiet und kann insbesondere arbeits-, sozial- und umweltrechtliche Vorgaben machen. Verlangt der Gaststaat die

¹² Human Rights Committee, General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 May 2004, Abs. 7; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/20, 2 July 2009, Abs. 11.

¹³ EGMR, Urt. v. 26. Juli 2005, *Silidain/Frankreich*, Nr. 73316/01, ECHR 2005-VII, Rdnr. 89 ff. mwN.

¹⁴ *Sornarajah*, The international law on foreign investment, 2nd ed, 2004, S. 97; *Böttger*, Zwischen „Ökoimperialismus“ und „fremdnütziger Umweltverantwortung“, in: *Winter* (Hrsg.), Die Umweltverantwortung multinationaler Unternehmen, 2005, S. 37-71 (60f.)

Inkorporation des Unternehmens nach seinem nationalen Gesellschaftsrecht stehen ihm auch die mit dem Personalitätsprinzip verbundenen Zugriffsmöglichkeiten steuer-, gesellschafts- und unternehmensrechtlicher Art zur Verfügung.

Trotz der umfassenden rechtlichen Zuständigkeit des Gaststaats sind dessen tatsächliche Regelungs- und Durchsetzungsmöglichkeiten häufig beschränkt. Dies gilt vor allem in Staaten, deren Rechts- und Verwaltungssystem strukturell und personell schwach entwickelt ist und, die sich daher gegenüber transnationalen Unternehmen weniger gut durchsetzen können.¹⁵ Hinzu kommt, dass seitens der Regierung oft kein Interesse an der Implementierung strenger Schutzstandards besteht, da unternehmerische Aktivitäten gefördert werden sollen.¹⁶ Aus diesen Gründen ist die rechtlich mögliche Steuerung transnationaler Unternehmen durch den Gaststaat faktisch häufig beschränkt.

Dem Staat kommt bei der konkreten Festlegung der Maßnahmen ein Ermessensspielraum zu. Allerdings ist dieser Spielraum insoweit begrenzt als der Staat effektive Maßnahmen ergreifen muss. Mit Blick auf das unternehmerische Handeln folgt daraus, dass der Staat grundsätzlich legislativ tätig werden muss und Verhaltensmaßstäbe gesetzlich festlegen muss. Freiwillige und unverbindliche Kodizes oder Leitlinien dürften nur dann genügen, wenn hinreichend sicher nachgewiesen werden kann, dass diese ausreichen, um die staatliche Schutzpflicht wirksam durchzusetzen. Weisen freiwillige Kodizes dagegen „einen hohen Grad an Fragmentierung“ auf und können sie nicht sicherstellen, „dass alle multinational agierenden Unternehmen erfasst werden“¹⁷, folgt hieraus die Pflicht zu einer umfassenden

¹⁵ *Weschka*, Human Rights and Multinational Enterprises: How Can Multinational Enterprises Be Held Responsible for Human Rights Violations Committed Abroad? *ZaöRV* 66 (2006), 625-661 (628f).

¹⁶ *Geldermann*, Völkerrechtliche Pflichten multinationaler Unternehmen, 2009, S. 48; *Weilert* (Fn.11), S. 898.

¹⁷ So *Voland*, Unternehmen und Menschenrechte - vom Soft Law zur Rechtspflicht, *BB* 2015, 67 (74).

gesetzlichen Regelung. Insofern verdichtet sich die staatliche Schutzpflicht zu einer konkreten Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungspflicht.

Diese Pflicht umfasst alle Handlungsfelder, in denen unternehmerisches Handeln menschenrechtlich geschützte Rechtsgüter verletzen kann. Diese Möglichkeit besteht grundsätzlich bei allen Menschenrechten. Die Verbote von schwerster Kinderarbeit, von Sklaverei und Zwangsarbeit sowie von Folter und unmenschlicher Behandlung sind ebenso einschlägig wie grundlegende Arbeitsrechte oder Diskriminierungsverbote. Dabei trifft den Staat eine menschenrechtliche Sorgfaltspflicht, nach der er zur Beobachtung der jeweiligen Gefährdungen verpflichtet ist und entsprechend gesetzgeberisch tätig werden muss.

Die vorgenannten Grundsätze sind bei reinen Inlands Sachverhalten weitgehend unumstritten, d. h. bei Gefährdungen oder Verletzungen menschenrechtlich geschützter Rechtsgüter durch Unternehmen im Hoheitsgebiet des regelnden Staats. Uneinigkeit und Unklarheit besteht bei der Frage, ob und inwieweit eine Pflicht zum Schutz von Menschenrechten auch bei Verletzungen oder Beeinträchtigungen von Menschenrechten außerhalb dieses Hoheitsgebiets begründet werden kann.¹⁸

2. Staatenpflichten und Unternehmensverantwortung in den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte

Als zentraler Referenzpunkt der Debatte um Wirtschaft und Menschenrechte gelten derzeit die 2011 vom Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen angenommenen Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte.¹⁹ Sie beru-

¹⁸ Dazu unten V.

¹⁹ Human Rights Council, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other

hen auf dem zwischen 2005 und 2011 vom ehemaligen Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen zur Frage der Menschenrechte und transnationaler Unternehmen *John G. Ruggie* entwickelten dreidimensionalen Konzept „protect, respect and remedy“²⁰, das ohne Veränderung Eingang in die Leitprinzipien der Vereinten Nationen gefunden hat. Anders als die 2003 von der Unterkommission zur Förderung und zum Schutz von Menschenrechten der Vereinten Nationen vorgeschlagenen Normen zur Verantwortlichkeit transnationaler Unternehmen²¹ enthalten die VN-Leitprinzipien keine rechtsverbindlichen Pflichten für Unternehmen.

Die sog. erste Säule der Leitprinzipien ist die staatliche Schutzpflicht (*state duty to protect human rights*). Sie beruht auf der oben erwähnten zweiten Dimension der allgemeinen menschenrechtlichen Staatenpflichten. Ebenso wie diese gehen die Leitprinzipien davon aus, dass die Staaten verpflichtet sind, Individuen gegen Menschenrechtsverletzungen durch Dritte, d. h. durch nicht-staatliche Einrichtungen und Privatpersonen zu schützen. Die zweite Säule der Leitprinzipien umfasst die Verantwortung der Unternehmen zur Beachtung von Menschenrechten (*corporate responsibility to respect human rights*). Bedeutsam ist, dass die menschenrechtliche Verantwortung der

business enterprises, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, 21. März 2011, A/HRC/17/31. Deutscher Text herausgegeben von der Geschäftsstelle des Deutschen Global Compact Netzwerk (DGCN), Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte - Umsetzung des Rahmens der Vereinten Nationen „Schutz, Achtung und Abhilfe“, 2. Aufl., 2014. Dazu *Winkler*, Die Leitprinzipien zu Wirtschaft und Menschenrechte – Fortschritt oder Rückschritt im Bereich der menschenrechtlichen Verantwortung von Unternehmen, Zeitschrift für Menschenrechte 2011, 164-182 und *Massoud*, Die Guiding Principles on Business and Human Rights – eine absehbar begrenzte UN-Agenda, KJ 2013, 7-17.

²⁰ Dazu *Hamm*, Die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, KJ 2016, 479, 486 ff.

²¹ Dazu *Weschka* (Fn.15), S. 653 ff.

Unternehmen über den unmittelbaren Bereich des eigenen Unternehmens und seiner Tochtergesellschaften hinaus auf vertragliche Geschäftsbeziehungen ausgedehnt wird. Praktisch folgt aus der Unternehmensverantwortung, dass die Unternehmen die Verpflichtung zu Menschenrechten zum offiziellen Teil ihrer Geschäftspolitik erklären, dass sie ihre Aktivitäten einer menschenrechtlichen Sorgfaltspflichtenprüfung unterziehen und dass sie bei Menschenrechtsverletzungen Abhilfemaßnahmen ergreifen. Die dritte Säule der Leitprinzipien betrifft den Zugang zu Abhilfemaßnahmen gegen negative Auswirkungen der Aktivitäten von Unternehmen (*access to remedy*), die sowohl durch rechtliche als auch durch nicht-rechtliche Institutionen oder Verfahren gewährt werden kann.

Die Leitprinzipien sehen ein gestuftes Verantwortungssystem für die menschenrechtliche Unternehmensverantwortung vor. Zunächst sind Unternehmen angehalten, es zu vermeiden, dass sie durch ihre eigene Tätigkeit nachteilige Auswirkungen auf Menschenrechte verursachen. Weiterhin sollen sie vermeiden, dass ihre eigene Tätigkeit zu nachteiligen Auswirkungen auf Menschenrechte beiträgt. Schließlich sollen Unternehmen negative Auswirkungen auf Menschenrechte durch Geschäftsbeziehungen, Geschäftstätigkeit, Produkte oder Dienstleistungen verhüten oder mindern, selbst wenn diese keinen eigenen unmittelbaren Beitrag zu diesen negativen Auswirkungen geleistet haben.

Die Leitprinzipien enthalten keine neuen Rechte oder Pflichten von Unternehmen, sondern beruhen auf den geltenden menschenrechtlichen Verpflichtungen der Staaten. Die Leitprinzipien sind vor diesem Hintergrund dogmatisch zwischen Auslegungs- und Konkretisierungshinweisen (erste Säule) und formal unverbindlichen Verhaltensregeln, d. h. *soft law* (zweite Säule) anzusiedeln. Der Menschenrechtsrat hat die Leitprinzipien im Jahre 2011 einstimmig begrüßt und damit deutlich ge-

macht, dass sie Ausdruck eines Konsenses in der Staatengemeinschaft sind. Bezüglich der Interpretationsfunktion der Leitprinzipien ist jedoch zu beachten, dass ihnen nicht die gleiche Autorität wie den Vertragsausschüssen der jeweils einschlägigen Menschenrechtsübereinkommen zukommt. Sowohl das Mandat des Sonderberichterstatters als auch die Resolutionen des Menschenrechtsrats beruhen im Kern auf der Charta der Vereinten Nationen. Sie können bei der Auslegung der vertraglich geltenden Menschenrechte nicht als abschließender Ausdruck der Staatenpraxis der jeweiligen Vertragsstaaten angesehen werden. Das in der Ausschusspraxis zum Ausdruck kommende Menschenrechtsverständnis kann im Einzelfall weiterreichen als die Leitprinzipien. Im Zweifel ist der Ausschusspraxis für die Vertragsparteien der jeweiligen Abkommen daher Vorrang gegenüber den Leitprinzipien zu gewähren.

3. Die Umsetzung der UN-Leitprinzipien in Nationalen Aktionsplänen (NAP)

Die UN-Leitprinzipien verfügen über keinen eigenen Durchsetzungsmechanismus und enthalten auch keine konkreten Umsetzungsverpflichtungen seitens der Staaten. Der Menschenrechtsrat hatte 2011 eine Arbeitsgruppe eingesetzt, die über mögliche Umsetzungsvarianten beraten soll.²² Eine – in der Staatengemeinschaft derzeit kontrovers diskutierte – Möglichkeit sieht die Weiterentwicklung der Leitprinzipien in ein verpflichtendes Rechtsinstrument vor. Der Prozess, der zu einem solchen Vertrag führen soll („Treaty process“), ist jedoch in den Vereinten Nationen noch nicht konsensfähig.

Gleichzeitig mit dem Beginn des sog. Treaty Process wurden die Mitglieder der Vereinten Nationen vom Menschenrechtsrat aufgefordert, Nationale Aktionspläne (NAP) zur Umsetzung der

²² Human Rights Council, Human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/RES/17/4, 6. Juli 2011.

UN-Leitprinzipien zu erstellen.²³ NAP enthalten verschiedene rechtliche und politische Maßnahmen, mit denen die Vorgaben der Leitprinzipien innerstaatlich umgesetzt werden sollen. Inzwischen haben 19 Staaten derartige Pläne aufgestellt. In über 30 weiteren Staaten wurde mit der Erstellung derartiger Pläne begonnen.²⁴

In Deutschland wurde der NAP nach einem fast zweijährigen Konsultations- und Verhandlungsprozess im Dezember 2016 von der Bundesregierung vorgelegt.²⁵ Der deutsche NAP sieht keine konkreten gesetzlichen Änderungen vor. Unter der Überschrift „Schutzpflichten im eigenen Hoheitsgebiet“ verweist der NAP auf ein bereits generell hohes Schutzniveau hin. Als konkrete Handlungsfelder werden lediglich die Bereiche Menschenhandel zum Zweck der Arbeitsausbeutung, Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen sowie der Schutz von sog. „Whistleblowern“ erwähnt.²⁶ Die Sicherstellung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten wird dagegen zunächst den Unternehmen selbst überlassen.

Allerdings erwartet die Bundesregierung laut NAP „von allen Unternehmen“ die von den UN-Leitprinzipien geforderten Kernelemente menschenrechtlicher Sorgfaltspflicht „in einer ihrer Größe, Branche und Position in der Liefer- und Wertschöpfungskette angemessenen Weise einzuführen“.²⁷ Die Umsetzung dieser Einführung wird ab 2018 jährlich überprüft. Ziel ist es,

²³ Human Rights Council, Human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/RES/26/22, 15. Juli 2014.

²⁴ Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, State national action plans, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>

²⁵ Auswärtiges Amt, Nationaler Aktionsplan Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, 2016-2020, im Internet unter <https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/aussenwirtschaft/wirtschaft-und-menschenrechte/161221-nap-kabinett-node>.

²⁶ Nationaler Aktionsplan (Fn. 25), S. 12.

²⁷ Nationaler Aktionsplan (Fn. 25), S. 10.

dass bis zum Jahr 2020 mindestens 50 % aller in Deutschland ansässigen Unternehmen mit über 500 Beschäftigten Elemente menschenrechtlicher Sorgfalt in ihre Unternehmensprozesse integriert haben. Hierzu gehört laut NAP auch, „dass die Unternehmen, wenn sie bestimmte Verfahren und Maßnahmen nicht umsetzen, darlegen können, warum dies nicht geschehen ist („Comply or Explain“-Mechanismus)“.²⁸ Sollte dieses Ziel nicht erreicht werden, behält sich die Bundesregierung weitere Maßnahmen einschließlich des Vorschlags einer gesetzlichen Verpflichtung vor.²⁹

IV. Territoriale Reichweite menschenrechtlicher Staatenpflichten

Die Frage der territorialen Reichweite menschenrechtlicher Verpflichtungen gehört zu den völkerrechtlich und menschenrechtsdogmatisch umstrittensten und kompliziertesten Fragen. Diese Komplexität hängt teilweise damit zusammen, dass die grundlegenden Begrifflichkeiten und Zusammenhänge im politischen und fachwissenschaftlichen Diskurs nicht immer klar getrennt und erörtert werden.³⁰

²⁸ Nationaler Aktionsplan (Fn. 25), S. 28.

²⁹ Nationaler Aktionsplan (Fn. 25), S. 10.

³⁰ So wird in Praxis und Literatur oft der Begriff der „jurisdiction“ verwendet, ohne diesen genau zu definieren. Teilweise finden sich Verwendungen, die nicht mit dem Begriff „jurisdiction“ im Rechtssinn übereinstimmen. So bezeichnete John Ruggie Regelungen von bestimmten Sachverhalten mit Auslandsbezug als „certain uses of extraterritorial jurisdiction“ und verwendet den Begriff daher in einem eher untechnischen Sinne, siehe Human Rights Council, Business and human rights: further steps toward the operationalization of the “protect, respect and remedy” framework, A/HRC/14/27, 9. April 2010, Abs. 46.

1. Territorialitätsprinzip und Geltungsbereich mensenrechtlicher Übereinkommen

Ausgangspunkt der Überlegungen zur territorialen Reichweite menschenrechtlicher Verpflichtungen ist die grundsätzlich territorial geprägte Verfasstheit des Völkerrechts. Die sich aus der souveränen Gleichheit der Staaten ergebende Territorialhoheit eines Staates umfasst zum einen die Kompetenz, auf eigenem Territorium hoheitlich zu handeln und zum anderen das Verbot, Hoheitsakte auf dem Territorium eines anderen Staates vorzunehmen, wenn dieser dem nicht ausdrücklich zugestimmt hat und, wenn kein anerkannter Fall extraterritorialen Hoheitsausübung vorliegt.³¹

Von der Frage der Territorialhoheit ist die Frage nach der territorialen Reichweite und dem Verpflichtungsumfang der internationalen Menschenrechte jedoch zu trennen. Zwar sind Territorialhoheit und Geltungsbereich menschenrechtlicher Übereinkommen insoweit deckungsgleich, als dass Menschenrechte in jedem Fall überall dort gelten, wo ein Staat territoriale Hoheitsgewalt ausübt. Die staatliche Souveränität erfasst nämlich nach dem Territorialitätsprinzip grundsätzlich alle auf dem Staatsgebiet befindlichen natürlichen Personen und dort tätigen juristischen Personen.

Entsprechend stellen menschenrechtliche Verträge zum Teil ausdrücklich auf einen territorial geprägten Anwendungsbereich ab. So heißt es z. B. in Art. 2 Abs. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr), dass jeder Vertragsstaat verpflichtet ist, die im Pakt genannten Menschenrechte „allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen“ zu gewährleisten. Auch soweit die einschlägigen Abkommen keinen ausdrücklichen Bezug zum Gebiet des Vertragsstaats aufweisen, ist unumstritten, dass Menschenrechtsabkommen jedenfalls das gesamte

³¹ Von Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl., 2016, Rn. 334 ff.

Staatsgebiet erfassen. Weitgehend anerkannt ist, dass menschenrechtliche Verpflichtungen auch in typischen Fällen extraterritorialer Hoheitsausübung, z. B. in Botschaften oder auf Schiffen, die unter der Flagge des betreffenden Staates fahren³², Geltung entfalten. Dies gilt auch für reguläre militärische Besetzungen.³³

Die regionalen Menschenrechtsgerichtshöfe und die Vertragsorgane der internationalen Menschenrechtsübereinkommen haben die Reichweite der Menschenrechtsabkommen jedoch über den eigentlichen Bereich extraterritorialer Hoheitsgewalt ausgedehnt und auch solche Konstellationen in den Geltungsbereich einbezogen, in denen der Staat „effektive Kontrolle“ über ein Geschehen ausübt. Das gilt für faktische Besetzungen, Folterungen auf fremden Hoheitsgebiet³⁴ oder die Errichtung eines Gefängnisses, das unter ausschließlicher Kontrolle des betreffenden Staates steht.³⁵

Auf dieser Grundlage steht damit fest, dass Menschenrechte auch außerhalb des Territoriums des jeweils handelnden Staats Anwendung finden können.³⁶ Neben den Fällen extraterritorialer Hoheitsgewalt gilt dies in Fällen, in denen ein Staat den konkreten Sachverhalt effektiv kontrolliert. Unter welchen Voraussetzungen eine derartige effektive Kontrolle vorliegt, ist indes unklar. Die bisherige Praxis beschränkt sich auf Fälle einer gewissen räumlichen Nähe, in denen in tatsächlicher Hinsicht

³² EGMR, *Hirsi Jamaa / Italien*, Urteil vom 14.09.2016 - 27765/09.

³³ EGMR, *Loizidou/Türkei*, Urteil vom 18.12.1996 - 15318/89; EGMR, *Ilascu u.a. / Moldawien und Russland*, Urteil vom 8.7.2004 - 48787/99; IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004, 136.

³⁴ Menschenrechtsausschuss, *Lopez Burgos/Uruguay*, No. R.12/52, (1981).

³⁵ EGMR, *Al-Skeini u.a./Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 7.7.2011 - 55721/07.

³⁶ Zum Ganzen auch *Kanalan*, Extraterritoriale Staatenpflichten jenseits der Hoheitsgewalt: Ein neues Konzept für umfassende extraterritoriale Staatenpflichten, AVR 2014, 495, 499 ff.

eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit staatlicher Organe auf die betroffenen Personen bestand.

2. Berechtigung zur Regelung von Sachverhalten mit Auslandsbezug

Von den vorstehenden Grundsätzen der territorialen Reichweite menschenrechtlicher Abkommen und dem grundsätzlich auf das Territorium beschränkten staatlichen Regelungsanspruch ist die Frage zu unterscheiden, ob die Regelung von Sachverhalten mit Auslandsbezug völkerrechtlich eingeschränkt wird. Unter einem Sachverhalt mit Auslandsbezug versteht man dabei den Regelungszugriff auf eine natürliche oder juristische Person aufgrund eines Tuns oder Unterlassens dieser Person im Ausland.³⁷

Ob und unter welchen Umständen Staaten Sachverhalte mit Auslandsbezug regeln dürfen, ist im geltenden Völkerrecht weitgehend geklärt. Es gilt nach wie vor das sogenannte *Lotus*-Prinzip³⁸, wonach ein Staat grundsätzlich frei ist, Regelungen vorzunehmen, die Auslandssachverhalte betreffen, wenn die eigentliche Anknüpfung der Hoheitsgewalt auf einem anerkannten Tatbestand beruht und wenn die Regelung des Sachverhalts nicht gegen andere völkerrechtliche Regeln verstößt. Als Anknüpfungspunkte sind dabei das Territorialitäts- und das Personalitätsprinzip anerkannt. Der Gesetzgeber verfügt also ohne weiteres über einen völkerrechtlich zulässigen Regelungszugriff auf alle inländischen natürlichen und juristischen Personen. Soweit also Rechtspflichten von Unternehmen mit Sitz in Inland begründet werden, ist dies grundsätzlich völkerrechtlich zulässig. Das gilt auch dann, wenn sich diese Rechtspflichten faktisch auf das Verhalten von Unternehmen im Ausland auswirken.

³⁷ Von Arnould (Fn. 31), Rn. 344 f.

³⁸ StIGH, The Case of the S.S. "Lotus", PCIJ Series A No 10 (1927). Dazu auch von Bogdandy/Rau, Lotus, The, www.mpepil.com, June 2006.

Derartige faktische Auswirkungen sind nämlich keine unzulässige Ausübung von Hoheitsgewalt.

Aus dem Vorstehenden wird deutlich, dass es grundsätzlich keiner ausdrücklichen völkerrechtlichen Erlaubnisnorm bedarf, um eine gesetzliche Regelung unternehmerischen Handelns mit Auslandsbezug zu rechtfertigen, wenn ein anerkannter Anknüpfungspunkt besteht. Hiervon gehen auch die Leitprinzipien aus. In den Erläuterungen zu Leitprinzip 2 heißt es, dass es den Staaten nicht generell untersagt ist, „die extraterritorialen Tätigkeiten in ihrem Hoheitsgebiet ansässiger und/oder ihrer Jurisdiktion unterstehender Unternehmen zu regulieren.“ Die Leitprinzipien verweisen darauf, dass einige Menschenrechtsvertragsorgane Heimatstaaten empfehlen, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, um Verletzungen im Ausland durch Wirtschaftsunternehmen innerhalb ihrer Jurisdiktion zu vermeiden. Dazu zählten auch „innerstaatliche Maßnahmen mit extraterritorialer Reichweite.“³⁹

Ist damit klar gestellt, dass Staaten grundsätzlich das Recht haben, auslandsbezogene Sachverhalte und damit auch auslandsbezogene Tätigkeiten von Unternehmen zu regeln, ist zu fragen, ob und unter welchen Umständen aus völkerrechtlichen Menschenrechten eine Pflicht zu Regelung von Sachverhalten mit Auslandsbezug folgt, wenn Menschenrechtsverletzungen im Zusammenhang mit unternehmerischem Handeln drohen. Im Kommentar zu den UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte heißt es dazu an der entsprechenden Stelle ausdrücklich: „Gegenwärtig verpflichten die Menschenrechte Staaten grundsätzlich nicht, die extraterritorialen Tätigkeiten in ihrem Hoheitsgebiet ansässiger und/oder ihrer Jurisdiktion unterstehender Unternehmen zu regulieren.“⁴⁰ Die Leitprinzipien halten dies aus Gründen der Politikkohärenz zwar für ein sinnvolles Instrument und empfehlen derartige Regelungen auch

³⁹ Kommentar zu Leitprinzip 2 (Fn. 19).

⁴⁰ Kommentar zu Leitprinzip 2 (Fn. 19).

ausdrücklich für die Außenwirtschaftsförderung und für öffentliche Beschaffung. Eine entsprechende Rechtspflicht erkennen sie jedoch nicht an. Hierauf soll nunmehr eingegangen werden.

V. Pflicht zur Regelung von Auslandstätigkeit

Im gegenwärtigen Diskurs in der menschenrechtlichen Literatur und in der neueren Praxis der Vertragsorgane der Menschenrechtsabkommen finden sich zunehmend Hinweise darauf, dass sich aus der staatlichen Schutzpflicht dem Grunde nach nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht zur Regelung von unternehmerischem Handeln bei Sachverhalten mit Auslandsbezug ergeben kann. Ein entsprechender Ansatz findet sich prominent in den 2011 von einer Expertengruppe verabschiedeten „Maastrichter Grundsätze über Extraterritoriale Schutzpflichten“⁴¹. Den in ihnen formulierten Prinzipien folgen inzwischen auch zahlreiche Stimmen in der Literatur.⁴² Die Maastrichter Grundsätze postulieren mit Blick auf multinationale Unternehmen eine Handlungspflicht des Heimatstaates, wenn das Unternehmen in dem betreffenden Staat sein Tätigkeitszentrum hat, dort eingetragen oder niedergelassen ist, oder dort wesentliche Geschäftstätigkeiten ausübt.⁴³

⁴¹ Maastricht Principles on the Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights von 2011, im Internet unter <http://www.etoconsortium.org/en/main-navigation/library/maastricht-principles/>. Dazu auch *De Schutter* et al., *Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, *Human Rights Quarterly* 2012, 1084 ff. Eine deutsche Übersetzung findet sich unter <http://www.etoconsortium.org/en/main-navigation/library/maastricht-principles/>

⁴² *Davitti*, *Refining the Protect, Respect and Remedy Framework for Business and Human Rights and its Guiding Principles* HRLRev 2016, 55 (59 ff). Vgl. *Augenstein/Kinley*, *When human rights ‘responsibilities’ become ‘duties’: the extra-territorial obligations of states that bind corporations*, in: *Deva/Bilchitz* (Hrsg.), *Human Rights Obligations of Business - Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, 2013, 271-294.

⁴³ Maastricht Principles (Fn. 41), Principle 25: “States must adopt and enforce measures to protect economic, social and cultural rights through legal and

1. Praxis der Vertragsorgane

Auch in der Praxis der Vertragsausschüsse der internationalen Menschenrechtsübereinkommen finden sich zunehmend Hinweise auf Staatenpflichten zur Regelung unternehmerischen Handelns bei Sachverhalten mit Auslandsbezug. Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (WSK-Ausschuss), der mit der Auslegung und Einhaltung des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) betraut ist, hat bereits in seinen Allgemeinen Bemerkungen Nr. 14 zum Recht auf Gesundheit und Nr. 15 zum Recht auf Wasser aus dem Jahren 2000 und 2002 auf die extraterritoriale Reichweite der Schutzdimension der WSK-Rechte hingewiesen.⁴⁴

Im Jahre 2013 hat der Ausschuss für Kinderrechte in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 16 eine direkte staatliche Handlungspflicht postuliert, um den Schutz von Kindern vor Ausbeutung durch oder mit Hilfe von transnationalen Unternehmen sicher zu stellen.⁴⁵ Der Ausschuss sah eine staatliche Verpflichtung, grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeiten zu regulieren, wenn eine angemessene Verbindung („reasonable link“) zwischen dem Staat und dem entsprechenden Verhalten des Unternehmens bestehe. Eine derartige Verbindung sah der

other means, including diplomatic means, in each of the following circumstances: a) the harm or threat of harm originates or occurs on its territory; b) where the non-State actor has the nationality of the State concerned; c) as regards business enterprises, where the corporation, or its parent or controlling company, has its centre of activity, is registered or domiciled, or has its main place of business or substantial business activities, in the State concerned; (...)"

⁴⁴ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14 The right to the highest attainable standard of health, E/C.12/2000/4, Abs. 39; Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 15: The right to water, E/C.12/2002/11, Abs. 33.

⁴⁵ Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 16 (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights, CRC/C/GC/16, 17. April 2013.

Ausschuss, wenn das Unternehmen den Schwerpunkt seiner Aktivitäten, seinen Sitz oder wesentliche Geschäftstätigkeiten in dem betreffenden Staat habe. Gleichzeitig müsse der regelnde Staat jedoch auf seine völkerrechtlichen Pflichten achten, dürfe die Charta der Vereinten Nationen nicht verletzen und die Pflichten des Gaststaats nach der Kinderrechtskonvention nicht reduzieren.⁴⁶

Der Ausschuss hat damit einerseits deutlich gemacht, dass die Regulierung unternehmerischer Aktivitäten außerhalb des Territoriums des rechtsetzenden Staats dann als Realisierung der staatlichen Schutzpflicht anzusehen ist, wenn eine angemessene Verbindung zwischen dem regelnden Staat und dem jeweiligen unternehmerischen Handeln vorhanden ist. Diese Verbindung ergibt sich aus den anerkannten Anknüpfungspunkten der Ausübungen von staatlicher Rechtsetzungsgewalt. Gleichzeitig hat der Ausschuss die Grenzen des Regelungszugriffs betont. Sie sind in der Charta der Vereinten Nationen und den Normen des allgemeinen Völkerrechts zu sehen, zu denen insbesondere das Interventionsverbot zählt.⁴⁷ Gleichzeitig betont der Ausschuss, dass die staatliche Regelungspflicht eines Heimatstaates nicht zu einer Reduktion der Schutzpflicht des sogenannten Gaststaates führt. Beide Schutzpflichten ergänzen sich und stehen in einem komplementären Verhältnis zueinander.

⁴⁶ CRC (Fn. 45), Abs. 43: "Home States also have obligations, arising under the Convention and the Optional Protocols thereto, to respect, protect and fulfil children's rights in the context of businesses' extraterritorial activities and operations, provided that there is a reasonable link between the State and the conduct concerned. A reasonable link exists when a business enterprise has its centre of activity, is registered or domiciled or has its main place of business or substantial business activities in the State concerned. When adopting measures to meet this obligation, States must not violate the Charter of the United Nations and general international law nor diminish the obligations of the host State under the Convention."

⁴⁷ Dazu unten 3.

Die Allgemeine Bemerkung des Kinderrechtsausschusses ist von zentraler Bedeutung, da sie die erste Allgemeine Bemerkung eines Vertragsorgans ist, die sich explizit auf staatliche Pflichten in Bezug auf unternehmerisches Handeln mit Auslandsbezug bezieht. Ferner ist daran zu erinnern, dass die Kinderrechtskonvention mit 191 Vertragsstaaten über den höchsten Ratifikationsstand aller Menschenrechtsübereinkommen verfügt, so dass dem Ausschuss eine besonders hohe Legitimation zukommt.

Jüngstes und zugleich prominentestes Beispiel für die Anerkennung extraterritorialer Pflichten ist die Allgemeine Bemerkung Nr. 24 WSK-Ausschusses vom 23. Juni 2017.⁴⁸ Unverkennbar ist diese von den Maastrichter Prinzipien beeinflusst worden. Ausdrücklich enthält die Allgemeine Bemerkung Nr. 24 einen Abschnitt mit der Überschrift „Extraterritorial obligation to protect“.⁴⁹ Unter dieser Überschrift führt der Ausschuss zunächst aus, dass Staaten verpflichtet sind, Maßnahmen zu treffen, um Verletzungen von Paktrechten zu verhindern, die außerhalb ihres Territoriums aufgrund von Aktivitäten von Unternehmen stattfinden, wenn die Staaten diese kontrollieren. Das gelte vor allem, wenn den Opfern vor den nationalen Gerichten des Staates, in dem die Verletzung stattfand, keine Abhilfe zur Verfügung stehe.⁵⁰

⁴⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, 10 August 2017, E/C.12/GC/24

⁴⁹ CESCR (Fn. 48), Abs. 30 ff.

⁵⁰ CESCR (Fn. 48), Abs. 30: „The extraterritorial obligation to protect requires States Parties to take steps to prevent and redress infringements of Covenant rights that occur outside their territories due to the activities of business entities over which they can exercise control, especially in cases where the remedies available to victims before the domestic courts of the State where the harm occurs are unavailable or ineffective.“

Dem Ausschuss ist durchaus bewusst, dass sich ein Spannungsfeld ergibt. Daher hält er auch daran fest, dass die Vertragsparteien „normalerweise“ nicht direkt für die Verletzung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten durch das Verhalten einer privaten Einheit verantwortlich seien. Gleichwohl sei es ein Bruch der Pflichten des IPwskR, wenn die Menschenrechtsverletzung (durch den Privaten) zeige, dass der Staat vertretbare Maßnahmen unterlassen habe, welche die Verletzung verhindert hätte.⁵¹ Wann ein derartiger Fall eintreten könnte, führt der Ausschuss indes nicht aus.

Die Verantwortung des Staates könne sogar dann eintreten, wenn andere Ursachen ebenfalls zur Verletzung beigetragen hätten und, wenn der Staat es nicht vorausgesehen habe, dass Verletzungen eintreten würden, dies jedoch vernünftigerweise voraussehbar gewesen sei. Dazu erwähnt der Ausschuss, dass angesichts der gut dokumentierten Risiken im Zusammenhang mit der Ausbeutung von Rohstoffen eine besondere Sorgfalt für Bergbau und Erdölprojekte bestehe.⁵²

Während der Ausschuss in den Randziffern 30 bis 32 der Allgemeinen Bemerkung Nr. 24 noch Begriffe wie „obligation“ und „responsibility“ verwendet und so auf einen verbindlichen Charakter der genannten Pflichten hinweist, benutzt er im Zusammenhang mit der Lieferkette eine unverbindlichere Sprache.

⁵¹ CESCR (Fn. 48), Abs. 32: “Whereas States Parties would not normally be held directly internationally responsible for a violation of economic, social and cultural rights caused by a private entity’s conduct (...), it would be in breach of its obligations under the Covenant where the violation reveals a failure by the State to take reasonable measures that could have prevented the occurrence of the event.”

⁵² CESCR (Fn. 48), Abs. 32: “The responsibility of the State can be engaged in such circumstances even if other causes have also contributed to the occurrence of the violation, and even if the State had not foreseen that a violation would occur, provided such a violation was reasonably foreseeable. For instance, considering the well-documented risks associated with the extractive industry particular due diligence is required with respect to projects in mining and oil development projects.”

Um ihre Schutzverpflichtung zu erfüllen, sollten die Staaten von den Unternehmen verlangen, dass auch diejenigen Einheiten, welche von den Unternehmen beeinflusst würden, wie z. B. Zweigstellen oder Geschäftspartner einschließlich Lieferanten, Franchisenehmer oder Subunternehmen die Paktrechte achten. Unternehmen, die in einem Vertragsstaat des IPwskR inkorporiert sind sollten verpflichtet werden, sorgfältig zu handeln, um Verletzungen des Pakts zu identifizieren, zu erkennen und zu bearbeiten.⁵³

Zum Schluss weist der Ausschuss noch auf den oben bereits dargestellten Unterschied zwischen der Regelung auslandsbezogener Sachverhalte und extraterritorialer Hoheitsgewalt hin. Er betont, dass die Auferlegung von Sorgfaltspflichten Auswirkungen auf Situationen habe, die außerhalb des Territoriums des regulierenden Staates stattfänden, da mögliche Verletzungen der Paktrechte in globalen Wertschöpfungsketten oder in multinationalen Unternehmen vermieden bzw. bearbeitet werden sollten. Dies bedeutet jedoch keine Ausübung extraterritorialer hoheitlicher Gewalt.⁵⁴

⁵³ CESCR (Fn. 48), Abs. 33: “In discharging their duty to protect, States Parties should also require corporations to deploy their best efforts to ensure that entities whose conduct these corporations may influence, such as subsidiaries (including all business entities in which they have invested, whether registered under the State party’s laws or under the laws of another State) or business partners (including suppliers, franchisees or sub-contractors) respect Covenant rights. Corporations domiciled in the territory and/or jurisdiction of States Parties should be required to act with due diligence to identify, prevent and address abuses to Covenant rights by such subsidiaries and business partners, wherever they may be located.”

⁵⁴ CESCR (Fn. 48), Abs. 33: “The Committee underlines that, although the imposition of such due diligence obligations does have impacts on situations located outside these States’ national territories since potential violations of Covenant rights in global supply chains or in multinational groups of companies should be prevented or addressed, this does not imply the exercise of extraterritorial jurisdiction by the States concerned.”

Der WSK-Ausschuss hat damit recht weitreichende Forderungen und Interpretationen des IPwskR aufgestellt, ohne eine ausführliche theoretische Begründung hierfür anzubieten. Indes besteht die Aufgabe des Ausschusses nicht darin, eine Dogmatik des IPwskR zu entwickeln, sondern den Staaten Handlungsempfehlungen mitzugeben, wie diese ihre Verpflichtungen aus dem Pakt am besten erfüllen. Um die Staaten von der Nützlichkeit und Richtigkeit der Einschätzungen des WSK-Ausschusses zu überzeugen, müssen diese auch gleichwohl völkerrechtsdogmatisch begründbar sein und den Verdacht entkräften, reine rechtspolitische Desiderata darzustellen.

2. Theoretische Begründung einer Pflicht zur Regelung auslandsbezogener Unternehmens-tätigkeiten

Um eine menschenrechtliche Pflicht zur Regelung auslandsbezogener Unternehmenstätigkeiten *de lege lata* zu begründen, muss diese auf der Auslegung bestehender Menschenrechtsübereinkommen im Lichte allgemeiner völkerrechtlicher Grundsätze und Prinzipien beruhen. Bei der Frage, welche Pflichten der Sitzstaat eines Unternehmens zur Regelung dessen Tätigkeiten hat, die sich nachteilig auf Menschenrechte in einem anderen Staat auswirken, geht es strukturell um staatliches Handeln und Unterlassen, das sich negativ auf Rechtspositionen außerhalb des staatlichen Territoriums auswirkt.

Insoweit bestehen Parallelen zu den Grundsätzen des gewohnheitsrechtlichen Schädigungsverbots (*neminem laedere*-Prinzip), nach dem ein Recht nicht so ausgeübt werden darf, dass die Rechte anderer geschädigt werden. Im Umweltvölkerrecht hat sich dieses Prinzip im allgemeinen Grundsatz des Ver-

bots erheblicher grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen konkretisiert.⁵⁵ Danach darf ein Staat sein Territorium nicht für Handlungen nutzen bzw. zur Verfügung stellen, die sich in erheblicher Weise nachteilig auf die Umwelt in benachbarten Staaten auswirken. Dabei trifft den Staat neben der Verpflichtung für eigenes Tun und Unterlassen auch die Verpflichtung, private Personen an erheblichen grenzüberschreitenden Umweltbelastungen zu hindern. In diesem Sinne wird aus dem Schädigungsverbot heute auch eine allgemeine Sorgfaltspflicht abgeleitet, dafür zu sorgen, dass keine vermeidbaren Schäden entstehen.⁵⁶

Verknüpft man diese Verpflichtung mit der allgemeinen menschenrechtlichen Schutzpflicht, folgt daraus, dass ein Staat verpflichtet ist, Maßnahmen zu treffen, um Menschenrechtsverletzungen zu verhindern oder Abhilfe zu schaffen, wenn diese durch Privatpersonen und Unternehmen verursacht werden, die auf seinem Territorium handeln, auch wenn sich die Menschen, deren Menschenrechte verletzt werden, nicht auf diesem Territorium befinden.⁵⁷ Damit lässt sich also die Grundlage für eine staatliche Pflicht zur Regelung auslandsbezogener Sachverhalte herleiten. Noch nicht geklärt ist jedoch, wie weit diese Schutzpflicht reicht.

Bei der Frage nach der Reichweite dieser Schutzpflicht handelt es sich nicht um eine Frage der extraterritorialen Geltung von Menschenrechten, sondern um die Reichweite der Schutzberechtigung. Dass dabei ein Staat nur die Rechte der Menschen schützen muss, die sich auf seinem Territorium aufhalten, lässt

⁵⁵ Erstmals *Trail smelter case (United States, Canada)*, 16. April 1938 und 11. März 1941, Reports of International Arbitration Awards, Vol. III, S. 1905, 1965. Siehe auch IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, ICJ Reports 1996, 226, Abs. 29 und IGH, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ Reports 1997, 7, Abs. 101.

⁵⁶ Vgl. auch *Junker*, Schädigungsverbot (no harm rule), in: Schöbener (Hrsg.), *Völkerrecht*, 2014, S. 356 f.

⁵⁷ So auch Maastricht Principles, Prinzip 25 a) (Fn. 43).

sich weder dogmatisch noch konzeptionell begründen. Vielmehr ist mit Blick auf die universelle Geltung der Menschenrechte gerade nicht zwingend, dass die Schutzpflicht nur territorial konstruierbar ist.⁵⁸

Während der Kinderrechtsausschuss eine angemessene Verbindung („reasonable link“) fordert, ohne die Beziehung zwischen dem betroffenen Staat und der jeweiligen Menschenrechtsverletzung näher zu spezifizieren, stellt der WSK-Ausschuss auf die Vorhersehbarkeit ab. Man wird das Kriterium der Vorhersehbarkeit um das Kriterium der Vermeidbarkeit ergänzen müssen, da nicht nur ein kognitives Element, sondern auch ein Kausalzusammenhang zwischen dem Tun oder Unterlassen des betroffenen Staats und der Menschenrechtsverletzung bestehen muss. Insofern kann man annehmen, dass eine staatliche Pflicht, auslandsbezogene Tätigkeiten von im Inland tätigen oder registrierten Unternehmen zu regulieren, dann besteht, wenn vorhersehbar und erwartbar ist, dass diese Tätigkeiten Menschenrechtsverletzungen verursachen, dazu beitragen oder damit unmittelbar verbunden sind und wenn eine staatliche Regelung dies verhindern könnte.⁵⁹

⁵⁸ Ebenso *Kanalan* (Fn. 36), S. 508 ff.

⁵⁹ Siehe auch *Maastricht Principles* (Fn. 41), Principle 9: “A State has obligations to respect, protect and fulfil economic, social and cultural rights in any of the following: a) situations over which it exercises authority or effective control whether or not such control is exercised in accordance with international law; b) situations over which State acts or omissions bring about foreseeable effects on the enjoyment of economic, social and cultural rights, whether within or outside its territory; c) situations in which the State, acting separately or jointly, whether through its executive, legislative or judicial branches, is in a position to exercise decisive influence or to take measures to realize economic, social and cultural rights extraterritorially in accordance with international law.”

3. Grenzen extraterritorialer Schutzpflichten

Fraglich kann allerdings sein, unter welchen Umständen der Regelungsinhalt der jeweiligen Rechtspflicht aufgrund ihres Inhalts gegen Völkerrecht verstoßen könnte. Hierauf haben sowohl der Kinderrechtsausschuss als auch der WSK-Ausschuss aufmerksam gemacht, allerdings wiederum ohne genauer zu konkretisieren, welche Völkerrechtsverletzungen hier möglicherweise in Betracht kommen.

Soweit ein Staat Auslandssachverhalte zum Gegenstand von innerstaatlichen Regeln macht, käme ein Verstoß gegen das Interventionsverbot in Betracht. Dieses – ebenfalls aus der souveränen Gleichheit der Staaten ableitbare – Prinzip verbietet es, dass Staaten das politische, soziale, wirtschaftliche und kulturelle System eines anderen Staats nachhaltig negativ beeinträchtigen.⁶⁰

Eine derartige Beeinträchtigung könnte dann vorliegen, wenn durch Regelungen des Heimatstaats im Ausland tätige Unternehmen veranlasst würden, gegen das geltende Recht des Gaststaats zu verstoßen. Führt eine Regelung des Heimatstaats jedoch dazu, dass sich ausländische Unternehmen und ihre Geschäftspartner an das innerstaatliche Recht halten müssen, ist das aus völkerrechtlicher Sicht unproblematisch. Das dürfte auch gelten, wenn die Regelung des Heimatstaats an im Gaststaat geltendes, aber nicht durchgesetztes Recht anknüpft, da die Nichteinhaltung und Nichtumsetzung des eigenen Rechts kein nach dem Interventionsverbot schützenswertes Interesse eines Staats ist.

Im Ergebnis ebenso wird der Fall zu bewerten sein, dass die Regelung des Heimatstaats an höhere Anforderungen anknüpft

⁶⁰ Siehe Generalversammlung, Erklärung über Grundsätze des Völkerrechts betreffend freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen den Staaten im Einklang mit der Charta der Vereinten Nationen, A/RES/2625 (XXV).

als nach im Gaststaat geltendes Recht. Durch eine derartige Regelung wird dem im Gaststaat geltenden Recht nicht die normative Wirksamkeit genommen. Zwar kann der vom Gaststaat festgelegte niedrigere Standard von diesem aus entwicklungspolitischen Gründen gewollt sein, um mehr Investitionen und Kapital anzuziehen. Ein derartiges wirtschaftspolitisches Interesse dürfte jedoch nicht vom Schutzzweck des Interventionsverbots umfasst werden.

Problematisch ist es dagegen, wenn im Ergebnis ein im Ausland verbotenes Verhalten gefordert wird. Das könnte z. B. sein, wenn der Heimatstaat verlangt, dass bei auslandsbezogenen Geschäftstätigkeiten die Geschäftspartner kollektive Arbeitnehmerrechte – wie z.B. Tarifverhandlungen – beachten, deren Ausübung im betreffenden Land jedoch gesetzlich untersagt ist. In diesem Fall würde die Regelung des Heimatstaats von den Unternehmen letztlich verlangen, ihre Geschäftspartner zum Rechtsbruch anzustiften. Das dürfte grundsätzlich gegen das Interventionsverbot verstoßen. Hiervon ist jedoch dann eine Ausnahme zu machen, wenn die Verbotsnorm des Gaststaats gegen eine für diesen geltende Norm des Völkerrechts verstößt. Dazu ist auf die jeweils geltenden Menschenrechtsabkommen und das einschlägige Gewohnheitsrecht abzustellen, von dem jedenfalls im Umfang der ILO-Kernarbeitsnormen auch kollektive Arbeitnehmerrechte erfasst werden. Das Interventionsverbot kann seinerseits kein völkerrechtswidriges Verhalten schützen, so dass ein Anknüpfen an im und für den Gaststaat geltenden Völkerrecht nicht als Verletzung des Interventionsverbots zu werten ist. Werden insbesondere universelle Menschenrechte zum Maßstab der auslandsbezogenen Regulierung gemacht, liegt kein Verstoß gegen das Interventionsverbot vor.⁶¹

⁶¹ Vgl. auch *Schöbener*, Interventionsverbot, in: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, 2014, S. 241.

VI. Beispiele der Regulierung auslandsbezogener Tätigkeiten von Unternehmen

Zur Umsetzung extraterritorialer Schutzpflichten haben sich in der Staatenpraxis in den vergangenen Jahren verschiedene Ansätze herausgebildet, die sich hinsichtlich ihres Regelungsinstrumentariums, ihrer inhaltlichen Reichweite und ihres Anwendungsbereichs zum Teil erheblich unterscheiden, zum Teil jedoch auch überschneiden. Im Kern lassen sich die verschiedenen Ansätze drei Regelungstypen zuordnen: Transparenz- und Offenlegungsverpflichtungen, gesetzlich verankerte menschenrechtliche Sorgfaltspflichten und deliktische Haftung wegen Menschenrechtsverletzungen.

1. Transparenz- und Offenlegungsverpflichtungen

Eine erste Gruppe staatlicher Regulierungsinstrumente für auslandsbezogene Tätigkeiten von Unternehmen umfassen Transparenz- und Offenlegungsverpflichtungen.⁶² Sie verlangen von den in ihren Anwendungsbereich fallenden Unternehmen die Offenlegung bestimmter Zusammenhänge und Tatbestände, aus denen sich ergeben soll, ob und in welcher Weise das Unternehmen bei seinen auslandsbezogenen Tätigkeiten Menschenrechte achtet bzw. verhindert, dass seine wirtschaftlichen Tätigkeiten Menschenrechtsverletzungen verursachen oder dazu beitragen. Dabei stehen die entsprechenden Anforderungen häufig im weiteren Kontext von Verpflichtungen zu Corporate Social Responsibility (CSR).⁶³

Erstmals größere Bedeutung erlangten Transparenzverpflichtungen mit dem 2000 in Kraft getretenen sog. Dodd-Frank

⁶² Umfassend dazu *Eickenjäger*, Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen, 2017

⁶³ *Rühmkorf*, Corporate social responsibility, private law and global supply chains, 2014; *Fleischer*, Corporate Social Responsibility - Vermessung eines Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht, AG 2017, 509-525.

Act der USA.⁶⁴ Ein Teil dieses in Reaktion auf die Finanzkrise 2007/2008 erlassenen umfassenden Transparenzgesetzes betrifft Konfliktmineralien aus der Demokratischen Republik Kongo.⁶⁵ Demnach sind börsennotierte Unternehmen verpflichtet, öffentlich darüber zu berichten, ob bestimmte „Konfliktmineralien“, die zur Herstellung eines Produkts erforderlich sind, aus dem Kongo oder angrenzenden Staaten stammen und zu beschreiben, welche Sorgfaltspflichtenmaßnahmen am Herstellungsort oder in der Lieferkette durchgeführt wurden. Damit wird deutlich, dass der Anwendungsbereich des Dodd-Frank Acts sich auf bestimmte Menschenrechtsverletzungen in einer bestimmten Region beschränkt und auch nur für bestimmte Unternehmen gilt.

Vergleichbare auf Unternehmen oder bestimmte Menschenrechtsverletzungen beschränkte Transparenz- und Offenlegungspflichten finden sich z. B. im britischen Modern Slavery Act⁶⁶ und dem California Transparency in Supply Chains Act⁶⁷. Beide Gesetze verlangen von Unternehmen einer bestimmten Größe, dass sie darüber berichten, ob in ihren Lieferketten Sklaverei oder andere ausbeuterische Arbeitsverhältnisse vorkommen oder zu befürchten sind und mit welchen Maßnahmen die Unternehmen dagegen vorgehen wollen. Einen ähnlichen regulatorischen Ansatz wählt der derzeit in den Niederlanden

⁶⁴ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, § 1502, 124 Stat. 1376, 2213-18 (2010).

⁶⁵ *Ochoa/Keenan*, Regulating Information Flows, Regulating Conflict: An Analysis of United States Conflict Minerals Legislation, *Goettingen Journal of International Law* 2011, 129, 134 ff.

⁶⁶ *Doris/Zimmer*, Der Modern Slavery Act und seine Anwendung auf deutsche Unternehmen, *BB* 2016, 181-183

⁶⁷ *Prokopets*, Trafficking in Information: Evaluating the Efficacy of the California Transparency in Supply Chains Act of 2010, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 2014, 351-375.

diskutierte Gesetzentwurf über Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Kinderarbeit in der Lieferkette.⁶⁸

Deutlich umfangreicher, allerdings erheblich allgemeiner sind dagegen die Transparenzverpflichtungen der sog. CSR-Richtlinie der EU.⁶⁹ Die Richtlinie verlangt von Unternehmen einer bestimmten Größe u.a. über die Auswirkungen ihrer Tätigkeit auf die Achtung der Menschenrechte zu berichten. Zur Berichterstattung über diese Belange können sich Unternehmen auf verschiedene Rahmenwerke wie die UN-Leitprinzipien für Unternehmen und Menschenrechte, die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen oder die Dreigliedrige Grundsatz-erklärung der ILO zu multinationalen Unternehmen und zur Sozialpolitik stützen. Falls kein Rahmenwerk genutzt wurde, ist dies zu begründen. Es besteht somit keine Verpflichtung, die genannten Leitlinien zu verwenden, aber eine Verpflichtung, zu erläutern, wenn kein Rahmenwerk genutzt wurde. Damit bedient sich die CSR-Richtlinie des sog. „comply or explain“-Ansatzes.⁷⁰ Allerdings betrifft das „comply“ hier nur die Berichtspflicht und nicht die materielle Pflicht, den Vorgaben der entsprechenden Rahmenwerke zu folgen.

Transparenzverpflichtungen sind Regelungsinstrumente von verhältnismäßig geringer Intensität und Eingriffstiefe. Sie verlangen von den betroffenen Unternehmen regelmäßig nicht

⁶⁸ Erste Kamer der Staten-General, Initiatiefvoorstel-Kuiken Wet zorgplicht kinderarbeid, https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34506_initiatiefvoorstel_kuiken

⁶⁹ Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 Abl. L 330, 15.11.2014, S. 1. Dazu *Spießhofer*, Die neue europäische Richtlinie über Offenlegung nichtfinanzieller Informationen -Paradigmenwechsel oder Papiertiger?, NZG 2014, 1281-1287 und *Voland*, Erweiterung der Berichtspflichten für Unternehmen nach der neuen CSR-Richtlinie, DB 2014, 2815-2818.

⁷⁰ *Eufinger*, Die neue CSR-Richtlinie - Erhöhung der Unternehmenstransparenz in Sozial- und Umweltbelangen, EuZW 2015, 424, 426; *Spießhofer* (Fn. 69), S. 1284.

mehr als eine Erklärung, jedoch kein konkretes Verhalten. Zwar können fehlerhafte Berichte rechtliche Konsequenzen wie Schadensersatzansprüche nach sich ziehen.⁷¹ Das setzt jedoch voraus, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen einem Schaden und der Erklärung besteht. Hauptzweck von Transparenzregelungen ist daher in erster Linie die Verbraucherinformation.⁷² Der Regelgeber bezweckt also eine Verhaltenssteuerung über das Konsumentenverhalten. Dieses wird jedoch nicht nur über Informationen gesteuert, sondern auch über andere Präferenzen und wirkt sich ggf. allenfalls mittelbar auf unternehmerische Tätigkeiten von Unternehmen aus.⁷³

2. Gesetzliche Sorgfaltspflichten

Einen Schritt weiter als Transparenz- und Offenbarungspflichten gehen gesetzliche Verpflichtungen, die von bestimmten Unternehmen die Beachtung konkreter menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten verlangen. Die im März 2017 verabschiedete französische *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* (*Loi de vigilance*)⁷⁴ kann

⁷¹ *Roth-Mingram*, Corporate Social Responsibility (CSR) durch eine Ausweitung der nichtfinanziellen Informationen von Unternehmen, NZG 2015, 1341, 1343 ff.; *Weller/Kaller/Schulz*, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AcP 2016, 387, 411f.; *Brunk*, Nichtfinanzielle Berichterstattung und Organverantwortung – Erweitert die Umsetzung der CSR-Richtlinie die Haftungsrisiken für Gesellschaftsorgane?. in: *Krajewski/Saage-Maafß (Hrsg.)*, Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen, 2018, S. 187 ff.; *Horst*, Shareholder Activism for Human Rights? Aktienrechtliche Instrumente zur (mittelbaren) Durchsetzung von Menschenrechtspflichten auf den Finanzmärkten, ebenda, S. 232 ff.; *Eickenjäger*, Die Durchsetzung von Menschenrechten gegenüber Unternehmen mittels nichtfinanzieller Berichterstattung, ebenda, S. 254 ff.

⁷² *Prokopets* (Fn. 67), S. 357.

⁷³ *Prokopets* (Fn. 67), S. 365 ff.

⁷⁴ LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Journal Officiel de la République française, No 74, 28. März 2017; im Internet unter <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte>

als das erste umfassende Gesetz in diesem Sinne angesehen werden. Es verlangt von Unternehmen einer bestimmten Größe die Aufstellung eines Sorgfaltsplans (*plan de vigilance*), in dem menschenrechtliche Risiken in der eigenen Geschäftstätigkeit oder Lieferkette identifiziert und Maßnahmen vorgesehen werden, diese Risiken zu vermeiden oder Gefahren für Menschenrechte zu verhindern. Weitere Details enthält das Gesetz nicht. Vielmehr wird der Staatsrat ermächtigt, Konkretisierungen im Verordnungswege vorzunehmen.⁷⁵ Zwar hat der Conseil constitutionnel die mit dem Gesetz ursprünglich verknüpften Bußgeldvorschriften für verfassungswidrig erklärt.⁷⁶ Gleichwohl ist die *Loi de Vigilance* eine neue Form der menschenrechtsbasierten Regulierung der auslandsbezogenen Tätigkeiten von Unternehmen.⁷⁷

Einen vergleichbaren Regelungsansatz wählt ein Gesetzesvorschlag, der von einigen deutschen Nichtregierungsorganisationen 2016 in die Debatte eingebracht wurde. Das von Germanwatch, Amnesty International, Brot für die Welt und Oxfam Deutschland vorgeschlagene Menschenrechtsbezogene Sorgfaltspflichten-Gesetz (MSorgfaltsG) verlangt von Unternehmen einer bestimmten Größe die Durchführung einer menschenrechtlichen Risikoanalyse sowie Präventions- und Abhilfemaßnahmen, wenn Risiken oder Gefahren für Menschenrechte in der Lieferkette oder bei eigenen Geschäftstätigkeiten bestehen.⁷⁸ Umfang und Reichweite der Analyse sowie durchzuführende Maßnahmen hängen dabei von den Einflussmöglichkeiten des Unternehmens und der Größe der Gefahr für die

⁷⁵ Hoffberger, Das französische Gesetz über die menschenrechtliche due diligence von Muttergesellschaften und Auftrag gebenden Unternehmen, AVR 2017, 465, 468 ff.

⁷⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 2017-750 DC, 23. März 2017.

⁷⁷ Hoffberger (Fn.75), S. 475,

⁷⁸ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, 2016, im Internet unter <https://germanwatch.org/de/11970>

Menschenrechte ab. Zur Sicherstellung der Einhaltung der Sorgfaltspflichten sind in erster Linie eine ordnungsrechtliche Überwachung durch Verwaltungsbehörden und Berichtspflichten vorgesehen, die jedoch ggf. durch zivilrechtliche Haftungsinstrumente ergänzt werden können.

Gleichsam zwischen dem von der Loi de Vigilance gewählten Ansatz und dem Dodd-Frank Act kann die EU-Verordnung über Sorgfaltspflichten bei Einfuhr von Konfliktrohstoffen eingeordnet werden.⁷⁹ Sie bezieht sich – ähnlich wie der Dodd-Frank Act – auf Konfliktmineralien aus der Demokratischen Republik Kongo, beschränkt ihren Regelungszugriff aber auf Importeure, was bereits kritisiert wurde, weil damit die verarbeitenden Unternehmen aus der Pflicht genommen werden.⁸⁰ Anders als der Dodd-Frank Act verlangt die EU-Verordnung von den betroffenen Unternehmen aber konkrete Maßnahmen zur Einhaltung von Sorgfaltspflichten und nicht bloß, hierüber zu berichten.

3. Deliktische Haftung

Seit rund 15 Jahren wird in verschiedenen Staaten und Jurisdiktionen mit unterschiedlichem Erfolg versucht, Schadensersatzansprüche aufgrund einer deliktischen Haftung gegen transnational tätige Unternehmen einzuklagen. Begründet wird dies mit dem Beitrag des Unternehmens zum schädigenden Verhalten des Tochterunternehmens oder Lieferanten.⁸¹

⁷⁹ Verordnung (EU) 2017/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten, Abl. L 130, 19.5.2017, S. 1. Dazu *Heße/Klimke*, Die EU-Verordnung zu Konfliktmineralien: Ein stumpfes Schwert?, *EuZW* 2017, 446-450

⁸⁰ *Elsholz*, Die EU-Verordnung zu Konfliktmineralien - Hat die EU die richtigen Schlüsse aus bestehenden Regulierungsansätzen gezogen?, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* Heft 148, 2017, S. 22 f.

⁸¹ Dazu auch *Glinski*, in diesem Band.

Erstmals wurde die deliktische Haftung von Mutterkonzernen auf der Grundlage des US-amerikanischen *Alien Tort Claims Acts* (ATCA) in den USA geltend gemacht.⁸² Nach dem seit 1789 geltende ATCA besteht eine originäre Jurisdiktion der *District Courts* (Bundesgerichte erster Instanz) über deliktsrechtliche Ansprüche eines ausländischen Bürgers aufgrund einer Verletzung des Völkerrechts. Das Gesetz hatte bis 1980 kaum praktische Relevanz und wurde danach zunächst genutzt, um Klagen gegen (ehemalige) Bedienstete ausländischer Staaten wegen Menschenrechtsverletzungen, insbesondere wegen Folter, zu begründen.⁸³ Ab Anfang der 2000er Jahre wurden auf der Grundlage des ATCA auch Klagen gegen Unternehmen wegen Beteiligung an Verstößen gegen Menschenrechte und wegen Verletzung von Umweltstandards erhoben. Als erste wichtige Entscheidung gilt das Urteil *Doe v. Unocal Corp* des Bundesberufungsgerichts für den Neunten Bezirk aus dem Jahre 2002.⁸⁴ Dem kalifornischen Unternehmen Unocal wurde im Zusammenhang mit dem Bau einer Pipeline in Myanmar (Burma) vorgeworfen, gewusst oder wenigstens billigend in Kauf genommen zu haben, dass das für die Sicherheit der Pipeline zuständige burmesische Militär zahlreiche Menschenrechtsverletzungen

⁸² *Wouters/De Smet/Ryngaert*, Tort Claims Against Multinational Companies for Foreign Human Rights Violations Committed Abroad: Lessons from the Alien Tort Claims Act?, Institute for International Law K.U. Leuven, Working Paper No. 46, November 2003; *Koebele*, Corporate responsibility under the Alien Tort Statute- Enforcement of international law through US torts law, 2009; *Schaub*, Verantwortlichkeit von Unternehmen unter dem Alien Tort Statute, AVR 2011, 124-172; *Thomale*, Internationale Menschenrechtsklagen gegen europäische Gesellschaften vor US-amerikanischen Gerichten, ZIP 2014, 1158-1164.

⁸³ *Gaedtke*, Der US-amerikanische Alien Tort Claims Act und der Fall Doe v. Unocal: Auf dem Weg zu einer Haftung transnationaler Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen?, AVR 42 (2004), 241-260 (242)

⁸⁴ 248 F.3d, 915 (9th Cir. 2002). Dazu ausführlich *Seibert-Fohr*, Die Deliktshaftung von Unternehmen für die Beteiligung an im Ausland begangenen Völkerrechtsverletzungen, ZaöRV 63 (2003), 195-204 (197 ff.) und *Gaedtke* (Fn. 83), S. 243 ff.

wie Mord, Folter und Vergewaltigungen begangen hatte. Das Berufungsgericht entschied zwar nur über die Zulässigkeit der Klage, damit wurde jedoch der Grundstein für zahlreiche weitere Klagen gegen transnationale Unternehmen wie Exxon-Mobil, Coca-Cola oder Nike vor US-amerikanischen Gerichten wegen Verletzungen von Menschenrechten gelegt.⁸⁵

Während die Distrikts- und Berufungsgerichte Klagen auf der Grundlage des ACTA teils wohlwollend gegenüber standen, nahm der Supreme Court eine eher restriktive Haltung ein. In seinem 2004 ergangenen Grundsatzurteil *Sosa v. Alvarez-Machain*⁸⁶ beschränkte er zunächst die Klagemöglichkeiten nach dem ACTA auf Anspruchsgrundlagen aus völkerrechtlichen Normen, die Teil des *common law* sind. Dazu zählen das Folter- und Sklavereiverbot sowie Kriegsverbrechen, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

Eine noch weitere Einschränkung erfuhren menschenrechtlich motivierte Klagemöglichkeiten durch das Urteil des Supreme Court in der Rechtssache *Kiobel v. Royal Dutch Shell* vom 17. April 2013.⁸⁷ Die Kläger waren Angehörige des nigerianischen Volkes der Ogoni, die dem Ölkonzern Shell vorwarfen, er habe Menschenrechtsverletzungen in den 1990er Jahren in Nigeria bewusst unterstützt und davon profitiert. Der Supreme Court urteilte, dass der ATCA auf einen derartigen Sachverhalt keine Anwendung finde, da er keine extraterritoriale Wirkung entfalte. Nach dem *Kiobel*-Urteil des Supreme Court fand die Ent-

⁸⁵ *Seibert-Fohr/Wolfrum* Die einzelstaatliche Durchsetzung völkerrechtlicher Mindeststandards gegenüber transnationalen Unternehmen, AVR 2005, 153, 155.

⁸⁶ United States Supreme Court, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

⁸⁷ United States Supreme Court, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 596 US __ (2013), Docket No. 10-1491. Dazu *Stürner*, Die territorialen Grenzen der Human Rights Litigation in den USA, JZ 2014, 13-23

wicklung deliktischer Haftung wegen Menschenrechtsverletzungen auf der Grundlage des ACTA ein vorläufiges Ende.⁸⁸ Die Diskussionen über zivilrechtliche Klagen gegen Unternehmen sind jedoch keinesfalls verstummt, zumal nicht ausgeschlossen ist, dass gegen Unternehmen, die ihren Sitz und Tätigkeitsschwerpunkt in den USA haben, vorgegangen werden kann. Zudem sind inzwischen in den USA auch neue Ansätze zu beobachten.⁸⁹ Dazu zählen Klagen nach dem *Torture Victim Protection Act* oder Klagen vor einzelstaatlichen Gerichten.⁹⁰

In Europa liegen erste Urteile aus Großbritannien und den Niederlanden vor, die allerdings noch keine gefestigte Rechtsprechung begründen.⁹¹ In anderen Staaten (Deutschland, Schweiz, Frankreich, Kanada) sind Verfahren anhängig bzw. anhängig gewesen, in denen Opfer von Menschenrechtsverletzungen Schadensersatzansprüche von Mutterkonzernen von multinationalen Unternehmen oder den führenden Unternehmen globaler Lieferketten fordern.⁹² So klagen z. B. die Opfer der Brandkatastrophe in der pakistanischen Textilfabrik von Ali Enterprises gegen KiK vor dem Landgericht Dortmund, da sie KiK für die Arbeits- und Produktionsbedingungen in Pakistan

⁸⁸ Saage-Maaß/Beinlich, Das Ende der Menschenrechtsklagen nach dem Alien Tort Statute?, KJ 2015, 146-158.

⁸⁹ Reimann, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen in den USA jenseits des Alien Tort Claims Act, in: Krajewski u.a. (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2017, S. 101-145.

⁹⁰ Reimann, Das Ende der Menschenrechtsklagen vor den amerikanischen Gerichten?, IPRax 2013, 455, 461 f.

⁹¹ Gerechtshof Den Haag, *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587; High Court of Justice, *Lungowe et al. v. Vedanta et al.*, [2016] EWHC 975 (TCC).

⁹² Kaleck/Saage-Maaß, Unternehmen vor Gericht: globale Kämpfe für Menschenrechte, 2016.

mitverantwortlich machen.⁹³ In der deutschen Zivilrechtswissenschaft ist umstritten, ob und unter welche Umständen derartige Klagen in Deutschland Erfolg haben werden bzw. haben sollten.⁹⁴

4. Ergebnis

Die oben genannten Transparenzpflichten, Sorgfaltspflichten oder zivilrechtliche Haftung beziehen sich typischerweise auf Risiken für bzw. Verletzungen von Menschenrechten außerhalb des Territoriums des Staates, der den Unternehmen die entsprechenden Pflichten auferlegt. Damit zielen die vorgenannten Regelungsinstrumente auf den Schutz der Menschenrechte außerhalb des Hoheitsgebiets des regelnden Staats ab. Sie können daher als Ausdruck extraterritorialer menschenrechtlicher Schutzpflichten angesehen werden.⁹⁵ Allerdings ist zu beachten, dass die jeweiligen Maßnahmen in ihren Begründungen nur eingeschränkt auf extraterritoriale Schutzpflichten eingehen, sondern zumeist eher auf allgemeine Grundsätze der Unternehmensverantwortung abstellen. Daher sind Transparenzpflichten, Sorgfaltspflichten oder zivilrechtliche Haftung zwar ein Nachweis dafür, dass sich die Staaten zur Regelung auslandsbezogener Wirtschaftstätigkeiten berechtigt sehen, aber nur eingeschränkt dafür, dass sie von einer entsprechenden Regelungspflicht ausgehen.

⁹³ LG Dortmund, Beschluss vom 29.08.2016, siehe Pressemitteilung http://www.lg-dortmund.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/PM-KiK_docx.pdf.

⁹⁴ Dafür etwa *Thomale/Hübner*, Zivilgerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Unternehmensverantwortung, JZ 2016, 385-397. Kritisch dagegen *Wagner*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, RabelsZ 2016, 717, 739 ff. Ablehnend auch *Weller/Kaller/Schulz* (Fn. 71), S. 419: „De lege lata lässt sich eine deliktsrechtliche Haftung der Muttergesellschaft für Menschenrechtsverletzungen auf Ebene der Tochtergesellschaften oder Zulieferer kaum herleiten“.

⁹⁵ So auch *Kanalan* (Fn. 36), S. 517.

Ob und in welchem Umfang die vorgenannten Maßnahmen zum Schutz der Menschenrechte jenseits des Territoriums des regulierenden Staats beitragen, ist weder einheitlich noch abschließend zu beurteilen. Auch wenn Transparenzpflichten bereits seit mehreren Jahren bestehen, stehen belastbare Studien zu deren Auswirkungen noch nicht zu Verfügung. Das gleiche gilt für die noch jüngeren gesetzlichen Verpflichtungen zu menschenrechtlicher Sorgfalt in der Lieferkette und die noch sehr fragmentarische Rechtslage bei deliktischer Haftung. Bezüglich letzterer lässt sich immerhin festhalten, dass Schadensersatzansprüche wegen des Beitrags zu Menschenrechtsverletzungen jedenfalls dann als Abhilfemaßnahme angesehen werden können, wenn sie den tatsächlichen Opfern zu Gute kommen.

VII. Zusammenfassung und Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass keine völkerrechtlichen Grundsätze einer Regelung auslandsbezogener Wirtschaftstätigkeiten von Unternehmen entgegenstehen: Staaten sind berechtigt, Anforderungen an menschenrechtliche Sorgfaltspflichten durch gesetzliche Vorgaben zu stellen und diese auch administrativ oder judikativ durchzusetzen. Grenzen werden allenfalls dort erreicht, wo durch die Regelung auslandsbezogener Wirtschaftstätigkeiten Anreize gesetzt werden, dass lokale Unternehmen gegen geltendes Recht verstoßen, wenn dieses mit internationalen Verpflichtungen im Einklang steht. Abgesehen von dieser – praktisch zu vernachlässigenden – Konstellation, ist es Staaten nicht verwehrt, Unternehmen, auf die sie nach dem Territorialitäts- oder Personalitätsprinzip regulatorisch zugreifen können, Vorgaben für menschenrechtliche Sorgfaltspflichten zu machen.

Über das Recht, derartige Regelungen zu treffen, hinaus wurde in diesem Beitrag jedoch auch verdeutlicht, dass u. U.

eine menschenrechtliche Pflicht zu Regelung auslandsbezogener Wirtschaftstätigkeiten bestehen kann. Diese lässt sich völker- und menschenrechtstheoretisch damit begründen, dass Staaten nach allgemeinem Völkerrecht verpflichtet sind, dafür Sorge zu tragen, dass von ihrem Territorium keine nachhaltigen negativen Auswirkungen auf andere Staaten ausgehen. Kombiniert man dieses Prinzip mit der staatlichen Pflicht zum Schutz der Menschenrechte, wird deutlich, dass es keinen überzeugenden Grund gibt, warum diese Pflicht dem Grunde nach nicht auch potentielle Menschenrechtsverletzungen außerhalb des eigenen Territoriums erfassen sollte. Allerdings wird man eine derartige extraterritoriale Schutzpflicht nur dann begründen können, wenn staatliche Regulierungen mögliche Menschenrechtsverletzungen verhindern oder jedenfalls das entsprechende Risiko reduzieren können und wenn dies für den regulierenden Staat vorhersehbar war.

Eine signifikante Unterstützung und Absicherung erhielten das Recht, aber auch die Pflicht, auslandsbezogene Wirtschaftstätigkeiten von Unternehmen aus menschenrechtlicher Sicht zu regulieren, wenn eine derartige Staatenpflicht in einem zukünftigen Vertrag über Wirtschaft und Menschenrechte, wie es derzeit im Rahmen einer Intergouvernementalen Arbeitsgruppe des Menschenrechtsrats verhandelt wird, verankert würde.⁹⁶ In dem vom Vorsitz der UN-Arbeitsgruppe, in der hierüber verhandelt wird, im September 2017 veröffentlichten Diskussionspapier findet sich unter den möglichen Zielen eines Abkommens der Hinweis darauf, dass das Abkommen bestätigen solle, dass menschenrechtliche Schutzpflichten nicht an der Staatsgrenze enden.⁹⁷ Die Reichweite des Abkommens soll sich

⁹⁶ Ausführlich dazu *Deva/Bilchitz* (Hrsg.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, 2017.

⁹⁷ Chairmanship of the Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, *Elements for a draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*,

zudem auf alle Verletzungen oder Missachtungen von Menschenrechten beziehen, die das Ergebnis einer transnationalen Wirtschaftsaktivität sind.⁹⁸ Schließlich enthält das Diskussionspapier eine Formulierung, die auf eine staatliche Pflicht zur gesetzlichen Verankerung von menschenrechtlichen Sorgfaltpflichten für multinationale Unternehmen und andere Wirtschaftsakteure in ihren Geschäftsbeziehungen und Lieferketten hinweist.⁹⁹

Würde das geplante Abkommen über Wirtschaft und Menschenrechte in diesem Sinne staatliche Schutzpflichten konkretisieren, stünde es in der Tradition jüngerer Menschenrechtsabkommen wie der Kinderrechtskonvention oder der Behindertenrechtskonvention, die keine neuen Menschenrechte begründen, sondern bestehende menschenrechtliche Verpflichtungen der Staaten für Personen in bestimmten vulnerablen Situationen konkretisieren. Angesichts der nach wie vor diametral entgegengesetzten Positionen in der Staatengemeinschaft zur Begründung direkter menschenrechtlicher Pflichten von Unternehmen, ließe sich insoweit möglicherweise ein Konsens herstellen. Da die oben genannten Regulierungsmaßnahmen für auslandsbezogene Wirtschaftstätigkeiten von

29 September 2017, S. 4: “reaffirm that State Parties’ obligations regarding the protection of human rights do not stop at their territorial borders”, im Internet unter: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf

⁹⁸ Chairmanship of the Open-ended intergovernmental working group (Fn. 97), S. 5: “Violations or abuses of human rights resulting from any business activity that has a transnational character, including by firms, partnerships, corporations, companies, other associations, natural or juridical persons, or any combination thereof, irrespective of the mode of creation or control or ownership, and includes their branches, subsidiaries, affiliates, or other entities directly or indirectly controlled by them.”

⁹⁹ Chairmanship of the Open-ended intergovernmental working group (Fn. 97), S. 6: “States should adopt measures to ensure that TNCs and OBEs under their jurisdiction adopt adequate mechanisms to prevent and avoid human rights violations or abuses throughout their supply chains.”

*Regulierung transnationaler Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz der
Menschenrechte: Staatliche Schutzpflichten jenseits der Grenze?*

Industriestaaten erlassen wurden, dürfte es diesen Staaten auch nicht schwerfallen, der Konkretisierung einer extraterritorialen menschenrechtlichen Schutzpflicht zuzustimmen, da sie in diesem Sinne bereits regelnd tätig geworden sind.

Autorenverzeichnis

Carola Glinski forscht am Centre for Enterprise Liability der Universität Kopenhagen. Sie war zuvor wissenschaftliche Mitarbeiterin am Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“ und am Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) der Universität Bremen sowie Lehrbeauftragte an der Universität Kassel.

Markus Krajewski ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (FAU) und Sprecher des Interdisziplinären Zentrums Centre for Human Rights Erlangen-Nürnberg (CHREN) sowie einer der Direktoren des Interdisziplinären Masterstudiengangs Human Rights an der FAU.

Karsten Nowrot ist Professor für Öffentliches Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften der Universität Hamburg und Stellvertretender Leiter des Masterstudiengangs „European and European Legal Studies“ am Europa-Kolleg Hamburg.

Die Verantwortung von transnational tätigen Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen in globalen Lieferketten erreicht immer wieder das Interesse der Öffentlichkeit: Brennende Textilfabriken in Pakistan, Umweltzerstörungen bei der Erdölproduktion oder ausbeuterische Kinderarbeit beim Abbau von Rohstoffen für die Elektroindustrie sind nur einige Beispiele. Auch wenn Unternehmen nach herrschender rechtswissenschaftlicher Lesart nicht unmittelbar an völkerrechtliche Menschenrechte gebunden sind, haben sich inzwischen zahlreiche Rechts- und Politikinstrumente herausgebildet, mit denen Unternehmen verantwortlich gemacht werden sollen. Dieser Band zeichnet aktuelle Entwicklungen im Völkerrecht und Deliktsrecht nach und vermisst die Grundfragen der unternehmerischen Verantwortung für Menschenrechtsverletzungen in globalen Lieferketten neu. Damit leistet der Band auch einen Beitrag zu den aktuellen Diskussionen um die menschenrechtliche Verantwortung transnationaler Unternehmen auf der Grundlage der Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte.

ISBN 978-3-96147-123-2

