

Verantwortlichkeit von Unternehmen unter dem Alien Tort Statute

Eine Bestandsaufnahme nach *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*

Dr. iur. MARTIN SCHAUB*

A. Einleitung

Das US-amerikanische Alien Tort Statute (ATS)¹ hat sich in den letzten 15 Jahren zum führenden Instrument zur Ahndung von Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen entwickelt. Es ermöglicht Schadenersatzklagen für Völkerrechtsverstöße irgendwo auf der Welt, wenn die beklagte Gesellschaft auch bloß geringe Kontakte mit den USA unterhält und damit der personal jurisdiction der US-Gerichte untersteht. In Verbindung mit anderen klägerfreundlichen Elementen des US-Rechts, wie der Möglichkeit von Strafschadenersatz, hat dies eine immer grösser werdende Zahl ausländischer Kläger vor US-Gerichte ziehen lassen.²

Sie stoßen dort jedoch zusehends auf höhere Hürden, besonders seit der Supreme Court 2004 in *Sosa v. Álvarez-Machain*³ zu Zurückhaltung bei der Zulassung von ATS-Klagen mahnte. Eine führende Rolle spielt hierbei das Bundesberufungsgericht für den Second Circuit, welches schon 2007 und 2009 die Latte für Menschenrechtsklagen gegen Unternehmen sehr hoch legte.⁴ Mit seinem neuesten Urteil in Sachen *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*⁵ hat es ihnen nun sogar kategorisch einen Riegel vorgeschoben.

* Dr. iur. (Universität Zürich), Visiting Researcher an der Harvard Law School.

¹ 28 U.S.C. § 1350.

² Siehe *Jonathan Drimmer*, Think Globally, Sue Locally: Out-of-Court Tactics Employed by Plaintiffs, Their Lawyers, and Their Advocates in Transnational Tort Cases, 2010, S. 17.

³ 542 U.S. 692 (2004); dazu unten bei Anm. 25.

⁴ Siehe *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007) (per curiam), aff'd for lack of quorum sub nom. *American Isuzu Motors Inc. v. Ntsebeza*, 553 U.S. 1028 (2008), und *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244 (2d Cir. 2009), cert. denied, 131 S. Ct. 79 (2010). Zu diesen Entscheidungen, welche die Verantwortlichkeit von Unternehmen für Beihilfe zu staatlichen Menschenrechtsverletzungen betreffen, siehe insbesondere unten Abschnitt D.

⁵ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010), second petition for

ben, indem es eine völkerrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit generell verneint. Falls und solange diese Entscheidung vom Gericht nicht revidiert wird und auch der Supreme Court sie nicht umstößt, sind von nun an im Second Circuit – und damit insbesondere in New York – keine ATS-Klagen gegen Unternehmen mehr möglich. Da ein erheblicher Teil dieser Prozesse bisher in diesem Gerichtsbezirk geführt wurde⁶ und alternative Klageorte in vielen Fällen nicht in Frage kommen, bedeutet dies einen erheblichen Rückschlag für den internationalen Menschenrechtsschutz. Auf der anderen Seite enden freilich auch problematische Aspekte und Auswüchse solcher ATS-Verfahren, die vor allem in den letzten Jahren zutage getreten sind und vor deren Hintergrund die neuere Rechtsprechung des Second Circuit teilweise gesehen werden muss.

Der vorliegende Artikel befasst sich schwergewichtig mit der in *Kiobel* verneinten Grundsatzfrage der Verantwortlichkeit von Unternehmen im Völkerrecht und unter dem ATS (Teil E). Dabei zeigt sich, dass dem Second Circuit insofern Recht zu geben ist, als sich im geltenden Völkergewohnheitsrecht kaum eine Basis für eine Unternehmenshaftung finden lässt. Auch als allgemeiner Rechtsgrundsatz lässt sich diese – jedenfalls im Kontext des ATS, wo eine Völkerrechtsverletzung erforderlich ist – nicht begründen. Aus rechtspolitischer Sicht hingegen ist die Entscheidung zu bedauern. Dies gilt nicht nur aus Sicht der Opfer von Menschenrechtsverletzungen, welche einen Rechtsweg verlieren, sondern auch aus Sicht der Weiterentwicklung des Völkergewohnheitsrechts. Gerade die bisherige ATS-Judikatur hätte der Beginn einer allgemeinen Anerkennung einer Unternehmensverantwortlichkeit im Völkerrecht sein können. Diese Entwicklung ist nun durch *Kiobel* beendet, ja umgekehrt worden.

Der zweite Schwerpunkt des Artikels sind die Voraussetzungen für eine Gehilfenschaftshaftung von Unternehmen und Privatpersonen unter dem ATS (Teil D). Gemäss der *Talisman*-Entscheidung des Second Circuit ist dafür ein absichtlicher und substantieller Tatbeitrag nötig. Nach der hier vertretenen Auffassung genügt als subjektiver Tatbestand hingegen Vorsatz. Die Frage ist nach *Kiobel* – und unter der Annahme, dass diese Entscheidung Bestand hat – freilich nur noch für natürliche Personen von Bedeutung.

reh'g and reh'g en banc filed (Feb. 17, 2011). Das Urteil betrifft eine Klage von Bewohnern des Nigerdeltas gegen den Royal-Dutch-Shell-Konzern wegen Beihilfe zu Menschenrechtsverletzungen durch das nigerianische Militär. Es handelt sich um ein Parallelverfahren zum *Wiwa-Fall* (Anm. 17).

⁶ 30% (*Drimmer* [Anm. 2], S. 18 Fn. 8). Weitere 20% entfallen auf Kalifornien, wo nun ebenfalls ein District Court die Haftbarkeit von Unternehmen unter dem ATS verneint hat (*Doe v. Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *191–255 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010)). Auch im – praktisch wenig bedeutsamen – siebten Circuit ist ein Bezirksgericht kürzlich zum selben Schluss gekommen (*Flomo v. Firestone Natural Rubber Co.*, 744 F. Supp. 2d 810 (S.D. Ind. 2010)).

Eingeleitet wird der Artikel durch eine allgemeine Einführung in den Inhalt des ATS und die bisherige Entwicklung der Rechtsprechung darunter (Teil B) sowie eine Analyse der Rechtsnatur der damit einklagbaren Ansprüche (C.I). Darauf wird das vom ATS verlangte Kriterium der „Völkerrechtsverletzung“ untersucht (C.II). Dabei interessiert v.a. die Frage, ob die beklagte Person selber das Völkerrecht verletzt haben muss, oder ob dieses Kriterium auch durch eine andere Person (z.B. bei der Gehilfenschaft: den Haupttäter; bei der Unternehmenshaftung: ein Unternehmensangestellter) erfüllt werden kann. Aufbauend auf diesen Ausführungen folgen sodann die Hauptteile D und E zur Beihilfe- und Unternehmensverantwortlichkeit.

Der Artikel liefert damit sowohl einen allgemeinen Überblick über das ATS wie eine vertiefte Analyse der wichtigsten aktuellen Fragen zur Haftbarkeit von Unternehmen unter diesem Gesetz.

B. Das Alien Tort Statute

I. Allgemeiner Inhalt

Das schon 1789 vom ersten US-Kongress erlassene und seither nur marginal revidierte Alien Tort Statute erklärt die US-Bundesgerichte zuständig für „any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States“. Die Bestimmung ermöglicht mithin die Erhebung von Zivilklagen durch Ausländer aufgrund einer unerlaubten Handlung, welche unter Verletzung von Völkerrecht begangen wurde. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so sind die Bundesgerichte (und nicht nur die Gerichte der Einzelstaaten) befugt, eine solche Klage zu beurteilen. Das ATS verleiht den Bundesgerichten demnach die sog. subject matter jurisdiction (sachliche Zuständigkeit im Rahmen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung). Materielle Ansprüche schafft es demgegenüber nicht, sondern setzt deren Existenz implizit voraus.⁷

Während einzelne Elemente dieses Gesetzes umstritten und unklar sind (und unten näher erörtert werden), bieten andere keine Auslegungsschwierigkeiten: Für die Eigenschaft als Ausländer (alien) wird es bei natürlichen Personen auf die Staatsangehörigkeit, bei juristischen Personen auf das Gründungsstatut ankommen. Offensichtlich gilt das Gesetz nur für Zivilklagen, während es für straf- oder öffentlichrechtliche Verfahren nicht als Zuständigkeitsgrundlage dienen kann. Die Zivilklage muss aufgrund einer unerlaubten Handlung (for a tort) erfolgen, worunter insbesondere Klagen auf Schadenersatz fallen. Weiter steht ausser Frage, dass die unerlaubte

⁷ Siehe unten bei Anm. 32 f.

Handlung in einer Völkerrechtsverletzung bestehen muss, also in einer Verletzung von Völkergewohnheits- („law of nations“) oder -vertragsrecht („a treaty of the United States“), theoretisch wohl auch eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes.⁸ Und schliesslich wirft das Kriterium der „unerlaubten Handlung“ (tort) keine (separaten) Probleme auf, da eine solche automatisch bejaht wird, wenn eine Völkerrechtsverletzung vorliegt, unerlaubte Handlung und Völkerrechtsverletzung mithin gleichgesetzt werden.⁹

II. Bisherige Entwicklung der Rechtsprechung

Während fast zweier Jahrhunderte fristete das ATS eine beinahe unbeachtete Existenz. Von 1789 bis 1979 stützte nur zwei Mal ein Bundesgericht seine Zuständigkeit auf diese Bestimmung;¹⁰ in weiteren 19 Fällen wurde sie angerufen, ihre Anwendbarkeit aber abgelehnt¹¹ oder offen gelassen.¹²

Dieser Dornröschenschlaf endete 1980, als in *Filártiga v. Peña-Irala*¹³ eine ATS-Klage wegen Folter gutgeheissen wurde. Auf dieses Grundsatzurteil folgten in zunehmender Kadenz weitere Klagen wegen Menschenrechtsverletzungen, welche sich zunächst ausschliesslich gegen natürliche Personen richteten. Erst in den 90er-Jahren wurden die ersten namhaften ATS-Klagen gegen Unternehmen seit *Filártiga* erhoben:¹⁴ 1993 wurden Klagen gegen Texaco wegen Umweltverschmutzungen in Ecuador an-

⁸ Im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut. Siehe dazu auch unten E.II.2.

⁹ Eine heute verschwundene Minderheitsauffassung verlangte früher das Vorliegen sowohl einer Völkerrechtsverletzung als auch eines landesrechtlichen tort-Tatbestands (siehe *Kenneth C. Randall*, *Federal Jurisdiction over International Law Claims: Inquiries into the Alien Tort Statute*, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 18 (1985), S. 1–72, 32–39; *Randall* selber vertrat auch diese Auffassung). In praktischer Hinsicht führt ein solcher Ansatz ohnehin kaum je zu einem anderen Ergebnis als die heutige „Einheitstheorie“, da bei fast allen ATS-Klagen auch eine unerlaubte Handlung im klassisch-landesrechtlichen Sinne durch Verletzung eines absoluten Rechtsguts (körperliche Integrität, Eigentum) vorliegt (siehe unten bei Anm. 209).

¹⁰ *Bolchos v. Darrel*, 3 Fed. Cas. 810 (D.S.C. 1795); *Adra v. Clift*, 195 F. Supp. 857 (D. Md. 1961).

¹¹ Siehe z.B. *Moxon v. Fanny*, 17 F. Cas. 942 (D. Pa. 1793); *O'Reilly de Camara v. Brooke*, 209 U.S. 45 (1908); *Khedivial Line, S.A.E. v. Seafarers' International Union*, 278 F.2d 49 (2d Cir. 1960); *Lopes v. Reederei Richard Schroder*, 225 F. Supp. 292 (E.D. Pa. 1963); *Damasminos v. Societa Navigacion Interamericana, S.A., Pan.*, 255 F. Supp. 919 (S.D.N.Y. 1966); *Vallanga v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 259 F. Supp. 324 (E.D. Pa. 1966); *Abiodun v. Martin Oil Service, Inc.*, 475 F.2d 142 (7th Cir. 1973); *IIT v. Vencap, Ltd.*, 519 F.2d 1001 (2d Cir. 1975).

¹² Siehe *Randall* (Anm. 9), S. 4 f. Fn. 15 f. (mit einer vollständigen Liste der Fälle).

¹³ 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

¹⁴ Zu entsprechenden Klagen aus den 60er- und 70er-Jahren, auf die allesamt nicht eingetreten wurde, siehe Anm. 11. Für ATS-Klagen gegen Unternehmen von 1980 bis 1995 siehe *Beth Stephens*, *Judicial Deference and the Unreasonable Views of the Bush Administration*, *Brook. J. Int'l L.* 33 (2008), S. 773–832, 815, und *Randall* (Anm. 9), S. 6 Fn. 17; auch auf diese wurde jeweils nicht eingetreten, sofern das Gericht die Frage der ATS-Jurisdiktion überhaupt behandelte (*Stephens*, S. 815; *Randall*, S. 7 Fn. 19).

hängig gemacht;¹⁵ eine 1996 eingereichte Klage gegen Unocal betraf Menschenrechtsverletzungen beim Bau einer Gaspipeline in Myanmar;¹⁶ im selben Jahr wurde Royal Dutch Shell im Zusammenhang mit der gewaltsamen Unterdrückung der Ogoni im Nigerdelta eingeklagt.¹⁷ Die beiden letzten Prozesse wurden mit Vergleichen beigelegt.

Seither sind ca. 120 weitere ATS-Klagen gegen Unternehmen eingereicht worden, von denen rund 50 noch anhängig sind.¹⁸ Unter den erledigten Fällen sind drei, in denen ein vollständiger Prozess (trial) stattfand; in zwei von ihnen wies das Gericht die Klagen ab,¹⁹ in einem hiess es sie gut.²⁰ In mindestens zwei Fällen erging ein Versäumnisurteil gegen die beklagten Unternehmen.²¹ Auf die übrigen erledigten Klagen wurde entweder aus prozessualen Gründen inhaltlich gar nicht eingegangen²², oder sie wurden schon nach einer kurzen rechtlichen Prüfung abgewiesen;²³ einige endeten mit Vergleichen.²⁴

¹⁵ Siehe *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470, 473 (2d Cir. 2002). – Es trifft also nicht zu, dass der Unocal-Fall die erste ATS-Klage gegen ein Unternehmen war; so aber etwa *Kiobel*, 621 F.3d at 116 n.5 and accompanying text.

¹⁶ Siehe insb. *Doe v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997); *Doe I v. Unocal Corp.*, 110 F. Supp. 2d 1294 (C.D. Cal. 2000); 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001).

¹⁷ *Wiwa v. Royal Dutch Petrol. Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000); on remand, 2002 U.S. Dist. LEXIS 3293 (S.D.N.Y. Feb. 28, 2002). Die *Kiobel*-Klage, die aufgrund derselben Geschehnisse von einer anderen Klägergruppe erhoben wurde, datiert erst von 2002.

¹⁸ Siehe *Drimmer* (Anm. 2), S. 5, 17 (mit einer Grafik der Entwicklung sämtlicher ATS-Klagen). Von bloss „more than 40 ATCA cases brought against companies“ ist (natürlich für den damaligen Zeitpunkt) die Rede bei *John Ruggie*, Business and human rights: mapping international standards of responsibility and accountability for corporate acts, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, U.N. Doc. A/HRC/4/35 (2007), para. 30; von 61 (mit 15 noch hängigen) bei *Stephens* (Anm. 14), S. 814.

¹⁹ *Bowoto v. Chevron Corp.*, 621 F.3d 1116 (9th Cir. 2010) (Bestätigung des Freispruchs durch den District Court); *Romero v. Drummond Co.*, 552 F.3d 1303 (11th Cir. 2008) (dito).

²⁰ Es handelt sich um *Chowdhury v. Worldtel Bangladesh Holding, Ltd.*, wo der Kläger nach einer ersten Abweisung der Klage (588 F. Supp. 2d 375 (E.D.N.Y. 2008)) in einem zweiten Anlauf erfolgreich war und 1.75 Mio. USD zugesprochen erhielt; siehe *Drimmer* (Anm. 2), S. 19; *Ross Todd*, Fulbright Wins Alien Tort Case for Bangladeshi Businessman, Am. Law. 10.8.2009.

²¹ *Licea v. Curaçao Drydock Co.*, 584 F. Supp. 2d 1355 (S.D. Fla. 2008); *Aguilar v. Imperial Nurseries*, 2008 WL 2572250, D. Conn. May 28, 2008; siehe *Drimmer* (Anm. 2), S. 19.

²² Z.B. *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002) (forum non conveniens); *Aldana v. Del Monte Fresh Produce, N.A., Inc.*, 578 F.3d 1283 (11th Cir. 2009) (dito); *Corrie v. Caterpillar Inc.*, 503 F.3d 974 (9th Cir. 2007) (political question); *Beanal v. Freeport-McMoran, Inc.*, 197 F.3d 161 (5th Cir. 1999) (ungenügende Spezifizierung der Vorwürfe); *Deutsch v. Turner Corp.*, 317 F.3d 1005 (9th Cir. 2003) (Verjährung); *Vietnam Ass'n for Victims of Agent Orange v. Dow Chem. Co.*, 517 F.3d 104 (2d Cir. 2008) (keine Völkerrechtsverletzung mangels völkerrechtlichen Verbots, Agent Orange einzusetzen); *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*, 578 F.3d 1252 (11th Cir. 2009) (keine Völkerrechtsverletzung mangels hoheitlichen Handelns).

²³ Z.B. *Abagninin v. AMVAC Chem. Corp.*, 545 F.3d 733 (9th Cir. 2008).

²⁴ So insbesondere *Wiwa v. Royal Dutch Petrol. Co.* (Vergleich über 15.5 Mio. USD), der Unocal-Fall (Vergleich über schätzungsweise 30 Mio. USD) und eine Klage gegen Yahoo wegen der Herausgabe von Daten chinesischer Dissidenten; siehe *Drimmer* (Anm. 2),

2004 entschied der Supreme Court mit *Sosa v. Álvarez-Machain*²⁵ zum ersten Mal in neuerer Zeit über einen ATS-Fall. Zu beurteilen war die Klage eines mexikanischen Arztes, der im Auftrag der US-Drogenbehörde DEA von einer Gruppe Mexikaner in die USA entführt worden war, weil er der Mitwirkung an der Folterung und Ermordung eines DEA-Mitarbeiters verdächtigt wurde. Nachträglich stellte sich seine Unschuld heraus, und er klagte, gestützt auf das ATS, gegen einen seiner Entführer. Der Supreme Court bestätigte, dass das ATS grundsätzlich Schadenersatzklagen wegen Völkerrechtsverletzungen ermöglicht, verlangte aber, dass die betreffende Norm klar definiert und universell anerkannt sei. Eine unrechtmässige Festnahme und Festhaltung während weniger als 24 Stunden erfülle diese Voraussetzung nicht. Zudem mahnte er generell zu „grosser Vorsicht“ bei der gerichtlichen Anerkennung völkerrechtlicher Klagegründe über einen unbestrittenen klassischen Kernbestand hinaus. Er drückte dies mit der Metapher aus, man lasse die Tür zu solchen Weiterentwicklungen (nur, aber immerhin) noch einen Spaltbreit offen, werde aber den Zutritt sorgsam bewachen.²⁶ Auch wenn die seitherige Rechtsprechung gezeigt hat, dass es in der Tat nurmehr mit grosser Mühe möglich ist, sich durch diesen Türspalt zu zwängen, ist der Andrang davor dennoch kaum zurückgegangen.²⁷

In der Rechtsprechung seit *Sosa* ging es unter anderem um die Frage, ob einzelne mögliche Völkerrechtsdelikte die in diesem Urteil aufgestellten Voraussetzungen für (neue) Klagegründe unter dem ATS erfüllten. Dies wurde etwa für die Belieferung der US-Armee mit Herbiziden zur Entlaubung und Erntevernichtung, mit gesundheitlichen Kollateralschäden an Menschen, verneint.²⁸ Dasselbe Verdikt erging in Bezug auf die Pflicht, einen ausländischen Inhaftierten unverzüglich über sein Recht zur Kontaktaufnahme mit seinem Konsulat zu unterrichten.²⁹ Hingegen wurde eine Klage zugelassen, die sich auf das völkergewohnheitsrechtliche Verbot medizinischer Experimente ohne Einwilligung des Probanden stützte.³⁰

Weiter bildete die *forum-non-conveniens*-Doktrin – nach der ein Gericht auf eine Klage nicht eintritt, wenn ein anderer, geeigneterer Gerichtsstand zur Verfügung steht – Grundlage verschiedener Entscheidungen.³¹

S. 19 Fn. 17, und *Catherine Rampell*, *Yahoo Settles With Chinese Families*, *Wash. Post* 14.11.2007, S. D4.

²⁵ 542 U.S. 692 (2004).

²⁶ *Id.* at 729.

²⁷ Wie oben bei Anm. 18 erwähnt, sind momentan allein ca. 50 ATS-Klagen gegen Unternehmen hängig; siehe auch unten Anm. 65.

²⁸ *Vietnam Ass'n for Victims of Agent Orange v. Dow Chemical Co.*, 517 F.3d 104 (2d Cir. 2008), cert. denied, 129 S. Ct. 1524 (2009).

²⁹ *Mora v. New York*, 524 F.3d 183 (2d Cir.), cert. denied, 129 S. Ct. 397 (2008).

³⁰ *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009), cert. denied, 130 S. Ct. 3541 (2010).

³¹ Siehe die zwei Beispiele oben in Anm. 22.

Und schliesslich hatte sich die neuere Judikatur insbesondere auch mit der Frage zu befassen, ob Beihilfe (aiding and abetting) eines Unternehmens zu einer staatlichen Völkerrechtsverletzung die vom Supreme Court aufgestellten Kriterien erfüllt und überhaupt erfüllen muss, und was diese Kriterien konkret wären. Darauf wird in den Abschnitten C.II.2.b) und D vertieft eingegangen.

C. Einzelfragen

I. Rechtsnatur der Ansprüche

Das ATS schafft die Ansprüche, die gestützt auf diese Bestimmung eingeklagt werden können, nicht selbst,³² ja es erwähnt sie nicht einmal.³³ Der Gesetzgeber muss jedoch, als er eine Gerichtsbarkeit für Zivilklagen wegen Völkerrechtsverletzungen begründete, vorausgesetzt haben, dass entsprechende (Zivil-)Ansprüche bestehen; die Ermöglichung eines Rechtswegs ohne zugrunde liegende materielle Rechte hätte keinen Sinn gehabt.³⁴ Dies beantwortet allerdings die Frage noch nicht, welcher Rechtsnatur diese Entschädigungsansprüche sind, d.h. welcher Rechtsquelle sie zu entnehmen sind.

Da weder im Gesetzesrecht des Bundes noch in jenem der Gliedstaaten eine Grundlage für solche Ansprüche zu finden ist, müssen diese entweder völkerrechtlicher Natur sein oder sich aus dem ungeschriebenen Recht (common law) der Gliedstaaten oder des Bundes ergeben. Nach Auffassung des Supreme Court trifft die letztere Variante zu, der Entschädigungsanspruch hat seine Grundlage also im common law des Bundes (federal common law).³⁵ Es ist mithin das Landesrecht, welches dem Opfer einer Völkerrechtsverletzung einen Entschädigungsanspruch verschafft; die Völkerrechtsverletzung führt zu einem common-law-Anspruch bzw. wird gewissermassen in einen solchen transformiert. Diese Verbindung und gegenseitige Ergänzung von Landesrecht und Völkerrecht hatte der Supreme Court im Auge, als er die mittels des ATS einklagbaren Ansprüche als „international law cum common law claims“³⁶ bezeichnete.

Die Position des Supreme Court ist folgerichtig, da sich dem Völkerrecht nach herrschender Auffassung gegenwärtig gar keine zivilen Entschädi-

³² Siehe *Sosa v. Álvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 713–14 (2004) (das ATS sei „strictly jurisdictional“).

³³ Es besagt bloss, dass die Bundesgerichte für Klagen wegen einer unerlaubten Handlung in Form einer Völkerrechtsverletzung („for a tort ..., committed in violation of the law of nations“) zuständig sind, was höchstens implizit auf einen tort-Anspruch hinweist.

³⁴ Siehe *Sosa*, 542 U.S. at 719, 724, 731 n.19.

³⁵ *Id.* at 724.

³⁶ *Id.* at 694.

gungsansprüche Privater entnehmen lassen³⁷, so dass das ATS seines Sinnes beraubt wäre, wenn es (allein) auf solche Ansprüche abzielte.³⁸

II. Notwendigkeit einer Völkerrechtsverletzung durch den Beklagten

1. Völkerrechtsverletzung

a) Notwendigkeit der Verletzung einer völkerrechtlichen Verhaltensnorm

Eine ATS-Klage setzt eine Völkerrechtsverletzung voraus. „Verletzt“ werden können nur Normen, die ein bestimmtes Verhalten verbieten oder vorschreiben (verhaltensbestimmende Normen,³⁹ Verhaltensnormen).⁴⁰ Dazu gehören grundsätzlich alle Menschenrechtsnormen. Neben Verhaltensnormen enthält das Völkerrecht jedoch auch „verhaltensneutrale“ Normen.⁴¹ Dies gilt etwa für die Bestimmung, wonach völkerrechtliche Ansprüche nach einer gewissen Zeit verjähren.⁴² Diese Norm könnte nicht als Verbot oder Gebot qualifiziert werden. Ein Verhalten, das ihre Tatbestandsvoraussetzungen erfüllte, stellte deshalb auch keine Völkerrechtsverletzung im Sinne des ATS dar. Dies zu behaupten, käme auch niemandem in den Sinn.

Die Bedeutung dieser Unterscheidung liegt darin, dass die verletzte Verhaltensnorm unter dem ATS klarerweise völkerrechtlicher Natur sein muss, da es sonst eben an einer Völkerrechtsverletzung fehlt. Bei verhal-

³⁷ Siehe *Filártiga v. Peña-Irala*, 577 F. Supp. 860, 863 (E.D.N.Y. 1984) („[I]nternational law does not ordain detailed remedies but sets forth norms“). Siehe demgegenüber aber G.A. Res. 60/147 (2006), paras. 11, 15 und 18, wonach Opfer schwerer Menschenrechtsverletzungen offenbar völkerrechtlich einen Anspruch auf Entschädigung haben sollen. – Eine Ausnahme von der hier vertretenen Auffassung sind jedenfalls die unten bei Anm. 127–130 und 137 genannten Staatsverträge, welche Haftungsansprüche Privater gegen andere Private begründen dürften.

³⁸ Siehe *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, 777–81, 790 (D.C. Cir. 1984) (Edwards, C.J., concurring); *Doe v. Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *34–35 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010). Siehe auch *Tel-Oren*, 726 F.2d at 817 (Bork, C.J., concurring) („[A]s a general rule, international law does not provide a private right of action“ – was ihn aber nicht davon abhält, für die Anwendbarkeit des ATS einen solchen völkerrechtlichen Klage- bzw. Entschädigungsanspruch zu verlangen).

³⁹ So der Ausdruck bei *Tobias Jaag*, Die Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt, Zürich 1985, S. 35–37.

⁴⁰ *Chimène I. Keitner*, Conceptualizing Complicity in Alien Tort Cases, *Hastings L.J.* 60 (2008), S. 61–104, passim, spricht von „conduct-regulating rules“ und meint damit dasselbe. Gleichbedeutend ist auch der Ausdruck „prohibitory norms“ in *In re South African Apartheid Litig.*, 617 F. Supp. 2d 228, 301–02 (S.D.N.Y. 2009) (dazu unten bei Anm. 58), abgesehen davon, dass er nur Verbote und keine Gebote erfasst.

⁴¹ Zu dieser Normkategorie allgemein *Jaag* (Anm. 39), S. 38 f.

⁴² Es handelt sich dabei um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, siehe unten Anm. 149.

tensneutralen Normen hingegen ist es nicht ausgeschlossen, dass sie (auch) dem Landesrecht entnommen werden können. Zu diesen verhaltensneutralen Normen gehören zunächst prozessuale Bestimmungen, z.B. zur Frage der Verjährung oder des Beweismaßes, für die mangels entsprechender völkerrechtlicher Regeln eindeutig auf das Landesrecht zurückgegriffen werden muss. Neben rein prozessualen Fragen müssen jedoch zwischen der Völkerrechtsverletzung als Ausgangspunkt einer ATS-Klage und dem federal-common-law-Entschädigungsanspruch als Endresultat oft noch weitere Rechtsfragen materieller Natur beantwortet werden. Bei diesen ist oft nicht auf Anhieb klar, ob es sich tatsächlich um Fragen rein verhaltensneutraler Art (für die auf das Landesrecht zurückgegriffen werden kann) oder nicht doch um Aspekte der Völkerrechtsverletzung handelt. Dies betrifft insbesondere die stellvertretende Haftung im weiteren Sinn. Eine Beihilfeverantwortlichkeit z.B. kann einerseits als bloße Frage der (verhaltensneutralen) Haftungszuweisung angesehen werden, andererseits aber auch als Frage einer Völkerrechtsverletzung durch den Gehilfen selbst. Chimène Keitner bezeichnet die beiden Ansätze treffend als „ancillary question“ approach“ (Beihilfehaftung als bloße untergeordnete Frage der sekundären Haftungszuweisung, welche nach Landesrecht beurteilt werden kann) und „conduct-regulating rules“ approach“ (Beihilfe muss selbst völkerrechtlich verboten sein bzw. die vom ATS geforderte Völkerrechtsverletzung darstellen).⁴³ Damit, wie die Gerichte mit dieser Frage umgegangen sind, befasst sich der nächste Abschnitt.

2. Notwendigkeit einer Völkerrechtsverletzung durch den Beklagten?

a) Allgemeines

Wie erwähnt steht ausser Frage, dass für die Anwendung des ATS eine Völkerrechtsverletzung vorliegen muss. Fraglich ist jedoch, ob diese zwingend durch den Beklagten begangen worden sein muss, oder ob auch eine stellvertretende oder Mithaftung für Völkerrechtsverletzungen von Drittpersonen einklagbar ist. Wenn letzteres der Fall ist, stellt sich weiter die Frage, ob die Regelung der stellvertretenden oder Mithaftung dem Völkerrecht oder dem Landesrecht⁴⁴ zu entnehmen ist.

⁴³ Keitner (Anm. 40), insb. S. 74 f. Auf S. 79 Fn. 85 erwähnt sie als dritte Variante noch den Ansatz von *Beth Stephens*, für ancillary questions (wozu dieser wohl auch die Frage der Beihilfehaftung zählt) primär das Völkerrecht anzuwenden, aber bei Unklarheit desselben lückenfüllend auf Landesrecht zurückzugreifen.

⁴⁴ Nachdem der Entschädigungsanspruch bundesrechtlicher Natur ist, kommt als Landesrecht nur das Bundesrecht in Frage. Dennoch für eine Anwendung des Staatenrechts auf die Frage der „corporate complicity“ (insbesondere Beihilfe) plädiert *Philip A. Scarborough*, Rules of Decision for Issues Arising Under the Alien Tort Statute, Colum. L.

Der Wortlaut des ATS, der von einer „civil action by an alien for a tort ..., committed in violation of the law of nations“ spricht, gibt darauf keine klare Antwort: Man könnte einerseits die Meinung vertreten, dass eine Klage aufgrund oder wegen eines („for a“) tort in Form einer Völkerrechtsverletzung auch dann gegeben ist, wenn eine (selbst nicht völkerrechtswidrige) stellvertretende oder Mithaftung zu einer Völkerrechtsverletzung durch eine Drittperson eingeklagt wird, da auch dann eine Völkerrechtsverletzung (freilich nicht durch den Beklagten) Anlass zur Klage gab oder dieser zugrunde lag. Dem ließe sich aber entgegenhalten, dass das ATS nach natürlicher Lesart einen „tort“ bzw. eine Völkerrechtsverletzung des Beklagten⁴⁵ meinen müsse. Darauf deutete schon ein obiter dictum in *Sosa* hin,⁴⁶ und die sogleich darzustellende neuere Rechtsprechung zur Beihilfe- und Unternehmenshaftung zeigt, dass diese Auffassung bei den Gerichten heute praktisch unbestritten ist.

b) Bei Klagen wegen Gehilfenschaft

Nach US-amerikanischer Auffassung handelt es sich bei der Gehilfenschaftshaftung um einen Fall der stellvertretenden Haftung; der Gehilfe wird für die Taten des Haupttäters verantwortlich gemacht.⁴⁷ Dies würde es nahelegen, die Beihilfehaftung auch im Rahmen des ATS als „ancillary

Rev. 107 (2007), S. 457–502, 484–502. Er verweist auf den Rules of Decision Act (28 U.S.C. § 1652), welcher die US-Gerichte zur Anwendung von Staatenrecht verpflichtet, soweit kein Bundesrecht vorliegt (siehe unten Anm. 212).

⁴⁵ D.h. eine Völkerrechtsverletzung, die dem Beklagten völkerrechtlich zuzurechnen ist (was nicht heisst, dass er sie eigenhändig begangen haben muss).

⁴⁶ „A related [d.h. mit der Frage zusammenhängend, ob die verletzte Völkerrechtsnorm genügend spezifiziert und allgemein anerkannt sei] consideration is whether international law extends the scope of liability for a violation of a given norm to the perpetrator being sued, if the defendant is a private actor such as a corporation or individual“ (542 U.S. at 732 n.20); zustimmend auch Breyer in seiner Einzelmeinung, id. at 760. Die verletzte Völkerrechtsnorm muss demnach auch den Beklagten erfassen, d.h., dieser muss selbst völkerrechtswidrig gehandelt haben. Ob der Supreme Court dabei aber tatsächlich auch an Beihilfekonstellationen dachte, ist zweifelhaft; die angeführten Beispiele (betreffend Folter und Völkermord durch Private) deuten eher darauf hin, dass er nur Private als Haupt- oder Alleintäter im Auge hatte. Siehe aber *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254, 269 (2d Cir. 2007) (Katzmann, C.J., concurring).

⁴⁷ Siehe *United States v. Gallo-Chamorro*, 48 F.3d 502, 507 (11th Cir. 1995); *Wultz v. Islamic Republic of Iran*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 111469, at *7 (D.D.C. Oct. 20, 2010); *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, 964 (9th Cir. 2002) (Reinhardt, C.J., concurring) („[I]f Unocal is held liable, it will be because the Myanmar military committed the illegal acts and Unocal is determined to be legally responsible for that governmental conduct under a theory of third-party liability – not because Unocal itself engaged in acts transgressing international law“ – wobei Reinhardt allerdings nicht von einer aiding-and-abetting-Verantwortlichkeit sprechen will, sondern von einer Verantwortlichkeit aufgrund „joint liability“ oder „reckless disregard“); *Khulumani*, 504 F.3d at 281 (Katzmann, C.J., concurring) („Viewing aiding and abetting in this way, as a theory of identifying who was involved in an offense committed by another rather than as an offense in itself ...“).

question“⁴⁸ anzusehen und darauf Landesrecht anzuwenden. M.E. wird eine Gehilfenschaftshaftung – mindestens im Völkerrecht – aber besser als Haftung für eigenes Fehlverhalten verstanden.⁴⁹ Dies führt zum „conduct-regulating rules‘ approach“⁵⁰ und somit zur Anwendung von Völkerrecht.

Auch die Rechtsprechung hat diesen Weg gewählt. Der Second Circuit befasste sich erstmals 2007 im Khulumani-Fall mit diesem Thema. Zu beurteilen war eine Klage von Apartheidopfern gegen Unternehmen, welche das Apartheidsystem unterstützt haben sollen. Die Richter Katzmann und Korman waren der Auffassung, das Erfordernis einer „violation of the law of nations“ setze eine Völkerrechtsverletzung durch den Beklagten voraus. Den beklagten Unternehmen müsse deshalb die Völkerrechtswidrigkeit ihrer vorgeworfenen Beihilfe nachgewiesen werden.⁵¹ Richter Hall widersprach: Es genüge, wenn die Haupttat völkerrechtswidrig sei; die Gehilfenschaft sei nach landesrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.⁵² Definitiv entschieden wurde die Frage für den Second Circuit im Talisman-Fall, welcher Menschenrechtsverletzungen im Südsudan im Zusammenhang mit der Ölförderung zum Thema hatte. Das Gericht erklärte nunmehr – in anderer Zusammensetzung – einstimmig, dass die Voraussetzungen für Beihilfe dem Völkerrecht entnommen werden müssten.⁵³ Dies wurde in Kiobel bestätigt,⁵⁴ und auch ein Bezirksgericht im neunten Circuit hat sich dem angeschlossen.⁵⁵ In der Lehre hat etwa Chimène Keitner dieselbe Auffassung vertreten, da es bei der Beihilfehaftung um eine Verhaltensregelung gehe.⁵⁶

⁴⁸ Siehe dazu oben bei Anm. 43.

⁴⁹ So auch *Keitner* (Anm. 40), S. 79 („[I]f a defendant company is held liable under the ATS for aiding and abetting an international law violation, it will be because the company itself engaged in acts transgressing international law“), 103 („Although accomplice liability does in some sense depend upon wrongdoing by the principal, it can be adjudicated independent of the principal’s liability. The conduct being adjudicated is the defendant’s, not the principal’s“).

⁵⁰ Siehe auch dazu oben bei Anm. 43.

⁵¹ *Khulumani v. Barclay Nat’l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254, 268–70 (2d Cir. 2007) (Katzmann, C.J., concurring); id. at 308–309, 311–12, 321 (Korman, D.J., concurring in part and dissenting in part).

⁵² Id. at 284 (Hall, C.J., concurring). – Die praktische Bedeutung dieser Meinungsverschiedenheit liegt v.a. in den unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen für Beihilfe im US-Recht und im Völkerrecht: Im US-Recht ist bloss eine wissentliche Förderung der Haupttat nötig (id. at 287–88), im Völkerrecht gemäss *Talisman* hingegen eine absichtliche (siehe unten D.VII).

⁵³ *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244, 247, 259 (2d Cir. 2009).

⁵⁴ 621 F.3d at 127–31.

⁵⁵ *Doe v. Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *50–52 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010).

⁵⁶ *Keitner* (Anm. 40), S. 80.

c) Bei Klagen gegen Unternehmen

Die Judikatur geht bisher einhellig davon aus, dass sich die Frage der Unternehmenshaftung unter dem ATS nach Völkerrecht bestimmt.⁵⁷ Damit das ATS angerufen werden kann, muss also das angeklagte Unternehmen selbst Völkerrecht verletzt haben, was voraussetzt, dass sich die betreffende Völkerrechtsnorm auch an Unternehmen richtet.

Zwingend ist diese Sichtweise jedoch nicht. Es liesse sich auch vertreten, dass eine Völkerrechtsverletzung etwa durch eine Führungsperson eines Unternehmens (welche z.B. Geldmittel des Unternehmens für Völkerrechtsverbrechen zur Verfügung stellt und sich damit selbst der Beihilfe schuldig macht) genügt, und dass die Unternehmensverantwortlichkeit in einem zweiten Schritt nach dem Landesrecht bestimmt werden kann. Dies wirkt sich im Ergebnis entscheidend aus, da sich dem Völkerrecht selber eine Unternehmenshaftung kaum entnehmen lässt, eine solche im US-Recht aber unbestritten ist.

In gesellschaftsrechtlicher Sicht steht die zweite Sichtweise der Fiktions- theorie der juristischen Personen näher (unter der die Haftung einer juristischen Person nicht als Haftung für eigenes Verhalten angesehen wird, sondern als künstliche Haftung eines fiktiven Gebildes für das Verhalten natürlicher Personen), die erste der Realitätstheorie (nach der die Unternehmenshaftung eine Haftung für eigenes und nicht für Fremdverhalten ist).

d) Bei Klagen aufgrund Stellvertretung (agency)

Vereinzelte ist unter dem ATS auch schon eine Haftung aufgrund nicht- organschaftlicher Stellvertretung (agency) geltend gemacht worden. Bei dieser fragt sich wiederum, ob sich die Haftungsvoraussetzungen nach völker- oder landesrechtlichen Kriterien bestimmen. Bei der Diskussion dieser Frage hat der District Court of the Southern District of New York kürzlich eine hilfreiche Terminologie eingeführt, indem er zwischen prohibitory norms und liability-distributing rules unterschied. Die ersteren verböten ein bestimmtes Verhalten (sind also Verhaltensnormen) und müssten nach Sosa im Völkerrecht gefunden werden, die letzteren wiesen nur die Haftung für das Verhalten zu (sind also verhaltensneutral) und könnten dem

⁵⁷ So insbesondere Kiobel, 621 F.3d at 149 („[A]l of our precedents ... require us to look to international law to determine whether a particular class of defendant, such as corporations, can be liable under the Alien Tort Statute for alleged violations of the law of nations“), m.V. auf Sosa v. Álvarez-Machain, 542 U.S. 692, 732 n.20 (2004) (zit. in Anm. 46); siehe auch Sosa, 542 U.S. at 760 (Breyer, J., concurring in part and concurring in the judgment) („The norm [of international law] must extend liability to the type of perpetrator (e.g., a private actor) the plaintiff seeks to sue“). Siehe weiter auch Flomo v. Firestone Natural Rubber Co., 744 F. Supp. 2d 810, 815–16 (S.D. Ind. 2010), und Doe v. Nestlé, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *198–203 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010).

federal common law entnommen werden. Regeln zur Haftung aufgrund von Stellvertretung gehörten zur zweiten Kategorie.⁵⁸

Ohne den Wortlaut des ATS zu zitieren, trifft das Gericht mit dieser Unterscheidung das Erfordernis der violation of the law of nations genau. Nur eine prohibitory norm kann im Sinne des ATS verletzt werden, und sie muss, damit eine „violation of the law of nations“ vorliegt, völkerrechtlicher Natur sein. Reine liability-distributing rules können demgegenüber dem Landesrecht entnommen werden. Die Frage ist allerdings, wo die Abgrenzung zwischen diesen beiden Kategorien verläuft. Rein begrifflich kann auch etwa die Frage der Unternehmenshaftung als liability-distributing rule angesehen werden, sie bestimmt sich aber nach einhelliger Auffassung der Gerichte nach Völkerrecht und stellt somit wohl doch eine prohibitory norm bzw. einen Aspekt derselben dar. Letztlich kann deshalb auch mit diesem Begriffspaar die Frage nicht umgangen werden, ob eine Haftungsregel unter dem ATS völkerrechtlich verankert sein muss oder nicht. Die Schwierigkeiten verlagern sich einfach auf die Charakterisierung einer Norm als prohibitory oder liability-distributing. Ob agency-Normen zwingend der zweiten Kategorie angehören, ist diskutabel. Dafür spricht immerhin, dass auch Richter Reinhardt in der Unocal-Entscheidung die agency-Verantwortlichkeit – wie die third-party liability generell – als Frage des Landesrechts angesehen hat.⁵⁹

e) Bei Klagen gegen eine Erbschaft oder Erben

In mindestens einem Fall richtete sich eine ATS-Klage ab einem gewissen Zeitpunkt nicht mehr gegen den Täter selbst, sondern gegen seinen Nachlass (estate).⁶⁰ Das Gericht scheint hier keine Jurisdiktionsschwierigkeiten gesehen zu haben, obschon die beklagte Einheit (ein estate hat unter US-Recht Rechtspersönlichkeit) selbst kein Völkerrecht verletzt hatte. Unklar ist, ob das Gericht den Haftungsübergang als völkerrechtliche oder landesrechtliche Frage ansah.

Erklärt werden könnte die stillschweigende Bejahung der Anwendbarkeit des ATS dadurch, dass es sich nicht eigentlich um eine stellvertretende, sondern um eine vererbte Haftung handelte und der Nachlass der Uni-

⁵⁸ In re South African Apartheid Litig., 617 F. Supp. 2d 228, 301–02 (S.D.N.Y. 2009). Auch die Frage der Durchgriffshaftung betrifft nach dem Gericht eine liability-distributing rule; siehe id. at 271. – Auch schon Doe I v. Unocal Corp., 395 F.3d 932, 963, 966 (9th Cir. 2002) (Reinhardt, C.J., concurring), sah für die „ancillary legal question“ einer Haftung aufgrund agency das federal common law für anwendbar (siehe *Keitner* [Anm. 40], S. 76). Ein anderes Gericht hat diese Frage jedoch neulich dem Völkerrecht zugeordnet, siehe Nestlé, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *154–55.

⁵⁹ Unocal, 395 F.3d at 963–69 (Reinhardt, C.J., concurring)

⁶⁰ *Hilao v. Estate of Marcos*, 103 F.3d 767 (9th Cir. 1996). Der beklagte Ex-Diktator Ferdinand Marcos war während des Verfahrens gestorben.

versalrechtsnachfolger des Täters war. Im Unterschied zu den anderen besprochenen Situationen bestand zudem die (geltend gemachte) Verantwortlichkeit des Beklagten (d.h. des Nachlasses) nicht schon zum Zeitpunkt der Tat (denn damals existierte der Nachlass noch gar nicht), sondern entstand erst nachträglich (sogar erst nach Einreichung der Klage). Es konnte sich somit auch klarerweise nicht um eine Frage einer prohibitory norm bzw. einer Völkerrechtsverletzung durch den Nachlass handeln.⁶¹

f) Fazit

In der Rechtsprechung zur Beihilfe- und Unternehmensverantwortlichkeit wird klar die Tendenz erkennbar, Fragen der stellvertretenden oder Mithaftung als Aspekte der „violation of the law of nations“ anzusehen. Der haftbar Gemachte selbst muss nach Auffassung der Gerichte Völkerrecht verletzt haben. Diese Haftungsregelungen werden also nicht als blosse verhaltensneutrale liability-distributing rules betrachtet, sondern als eigenständige Verhaltensregelungen (prohibitory norms).

In Widerspruch dazu steht ein erstinstanzliches Urteil, in dem die Haftung eines gewillkürten Stellvertreters dem US-Landesrecht unterstellt wurde, da dies bloss eine liability-distributing rule betreffe. Es ist zu vermuten, dass diese Rechtsprechung nicht Bestand haben wird, da sie in Widerspruch zur Unterstellung der Unternehmenshaftung unter das Völkerrecht durch die Berufungsgerichte steht. Wenn die organschaftliche Stellvertretungshaftung, um die es bei der Unternehmensverantwortlichkeit geht, als Aspekt der prohibitory norms bzw. der violation of the law of nations angesehen wird, sollte dasselbe auch bei der Haftung für einen gewillkürten Stellvertreter gelten.

Eine Kategorie für sich stellt wohl die Konstellation dar, dass ein Nachlass für die Handlungen des Erblassers eingeklagt wird. Es ist unklar, ob im betreffenden Urteil diese Haftungsfrage dem Landes- oder dem Völkerrecht entnommen wurde. Unter beiden Rechtsordnungen dürfte es jedoch unbestritten sein, dass die Verantwortlichkeiten des Erblassers ohne Weiteres auf den Nachlass übergehen.

Eine weitere Frage ist, ob die Völkerrechtsregeln zur Beihilfe- oder Unternehmensverantwortlichkeit auch den Sosa-Standard der klaren Spezifiziertheit und allgemeinen Anerkennung erfüllen müssen, oder ob dieser nur für die Haupttat gilt. M.E. sollte der Sosa-Standard anwendbar sein, da das Völkerrechtsverbot als solches und seine Geltung für Gehilfen bzw.

⁶¹ Dennoch meint Richter Leval in *Kiobel*, 621 F.3d at 161 n.12, nach diesem Urteil seien nun auch keine Klagen gegen einen estate mehr möglich. Dem wäre entgegenzuhalten, dass selbst dann, wenn die Frage der Haftung eines Nachlasses unter Völkerrecht zu beurteilen wäre, wohl eine genügend einhellige Staatenpraxis vorliegt, um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz im Sinne einer Haftungs-Erbschaft anzunehmen.

Unternehmen zu eng zusammenhängen, als dass man sie aufteilen bzw. unterschiedlichen Standards unterstellen könnte.⁶² Es reicht deshalb nicht, wenn das Völkerrecht diesbezüglich bloss vage Normen enthält.

D. Beihilfeverantwortlichkeit

I. Bedeutung

Völkerrechtsverletzungen können – mit wenigen Ausnahmen,⁶³ die bei Unternehmen aber höchst selten zutreffen –, nur von Staaten als Haupttättern begangen werden. Private Akteure wie Unternehmen können sich höchstens sekundär – insbesondere als Gehilfen – völkerrechtlich verantwortlich machen. Zudem werden schwere Menschenrechtsverstöße von Unternehmen (insbesondere in Entwicklungsländern) wohl auch tatsächlich fast immer im Verbund mit staatlichen Organen begangen.⁶⁴ Aus diesen Gründen wird den Unternehmen in der grossen Mehrheit der ATS-Klagen Beihilfe zu staatlichen Völkerrechtsverletzungen vorgeworfen,⁶⁵

⁶² Gl. M. für die Unternehmenshaftung Nestlé, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *241, und für die Beihilfehaftung Corrie v. Caterpillar, Inc., 403 F. Supp. 2d 1019, 1027 (W.D. Wash. 2005), aff'd on other grounds, 503 F.3d 974 (9th Cir. 2007), und *Scarborough* (Anm. 44), S. 481 (für den die Beihilfeverantwortlichkeit von Unternehmen den Sosa-Standard im Allgemeinen nicht erfüllt, siehe S. 481 f.). A.M. für die Beihilfehaftung *Keitner* (Anm. 40), S. 70 Fn. 37, für die diese Frage nach allgemeinem Völkerrecht, ohne den erhöhten Sosa-Standard, zu beurteilen ist.

⁶³ Unbestrittene Ausnahmen sind Völkermord und Kriegsverbrechen; weiter kommen in Frage Sklaverei/Zwangsarbeit, Flugzeugterrorismus und ev. auch weitere Formen des Terrorismus. Siehe *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*, 578 F.3d 1252, 1266–67 (11th Cir. 2009); *Kadić v. Karadžić*, 70 F.3d 232, 239–43 (2d Cir. 1995); *Keitner* (Anm. 40), S. 71; *Steven R. Ratner, Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, Yale L.J. 111 (2001) S. 443–545, 467.

⁶⁴ Siehe *Keitner* (Anm. 40), S. 63, m.V. auf *Ruggie* (Anm. 18), para. 30.

⁶⁵ Die Hälfte der gegenwärtig gegen Unternehmen hängigen ATS-Klagen betrifft Beihilfe zu Menschenrechtsverletzungen im Ausland (Petition for Writ of Certiorari at 15–16, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, No. 09–1262 (Apr. 15, 2010)), wobei ATS-Klagen wegen Inlandssachverhalten ohnehin praktisch nicht vorkommen (*Velez v. Sanchez*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 126586, at *18 (E.D.N.Y. Nov. 30, 2010): „[T]he Court has not found a single post-Filartiga case addressing claims arising out of domestic conduct“). Siehe auch Brief of the Chamber of Commerce of the United States of America as Amicus Curiae in Support of Petitioners for a Writ of Certiorari at 7, *American Isuzu Motors, Inc. v. Ntsebeza*, 553 U.S. 1028 (2008) (No. 07–919) („This Court’s decision in *Sosa v. Alvarez-Machain* has done little to stop this particular flood of litigation against corporations. ... Despite Sosa’s charge that federal courts engage in ‚vigilant doorkeeping‘ when deciding whether to create implied causes of action, private plaintiffs exploited the door left ajar by Sosa to argue that it did not disturb the post-Kadic decisions holding that the ATS covered the activities of private corporations under various theories of third-party liability. Indeed, litigation commenced since *Sosa* ... demonstrates that Sosa has not stemmed the tide“), und *Ruggie* (Anm. 18), para. 30 (die Mehrheit der ATS-Klagen gegen Unternehmen betreffe Fälle von „complicity“).

und es ist von grosser praktischer Bedeutung, welche Standards für eine solche Beihilfeverantwortlichkeit gelten.

II. Massgebende Rechtsquelle: Völkerrecht oder Landesrecht?

Wie schon oben (C.II.2.b)) dargelegt, ist nach Auffassung der Gerichte das Völkerrecht die massgebende Rechtsquelle zur Beurteilung einer Beihilfeverantwortlichkeit. Damit stellt sich als nächster Schritt die Frage nach deren Voraussetzungen und ihrer Ermittlung. Die Richter Katzmann und Korman kamen dabei in *Khulumani* teilweise zu übereinstimmenden, teilweise zu abweichenden Ergebnissen.

III. Allgemeiner oder deliktsspezifischer Beihilfetatbestand

Richter Katzmann ging in seinen Ausführungen von einem allgemeinen völkerrechtlichen Beihilfetatbestand aus, welcher für alle Delikte gleichermaßen gelte. Aufgrund einer Untersuchung der Völkerrechtspraxis kam er zu dem Schluss, dieser bestehe in einer konkreten Unterstützung der Haupttat, welche sich auf diese substantiell auswirkt und mit einer entsprechenden Absicht geleistet wird.⁶⁶ Richter Korman verlangte demgegenüber für jedes Delikt eine gesonderte Prüfung, ob eine Beihilfeverantwortlichkeit völkerrechtlich anerkannt sei.⁶⁷ Für Apartheid verneinte er dies.⁶⁸

Für Richter Katzmanns Auffassung spricht die Praxis der Internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) und Ruanda (ICTR), welche bei ihrer Ermittlung der Strafbarkeit von Beihilfe jeweils keine deliktsspezifischen Analysen vorgenommen haben,⁶⁹ wobei sie dieses Vorgehen allerdings nicht begründet haben. Auch der Beihilfetatbestand im Römer Statut des IStGH ist deliktübergreifend,⁷⁰ wie auch die Beihilfetatbestände in wohl allen nationalen Strafrechtsordnungen. Eine deliktsspezifische Prüfung, wie von Richter Korman gefordert, sollte deshalb nicht nötig sein.

⁶⁶ Siehe *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254, 270–77 (2d Cir. 2007) (Katzmann, C.J., concurring).

⁶⁷ *Id.* at 331 (Korman, D.J., concurring in part and dissenting in part).

⁶⁸ *Id.* at 319–20.

⁶⁹ Siehe *id.* at 280–81 (Katzmann, C.J.).

⁷⁰ Art. 25 Ziff. 3 lit. d und e.

IV. Relevanz von Völkerstrafrecht

Richter Katzmann stützte sich bei der Ermittlung der Beihilfevoraussetzungen ausschliesslich auf völkerstrafrechtliche Praxis, was nicht überrascht, da es ausserhalb dieses Bereichs überhaupt keine völkerrechtlichen Präjudizien zur Beihilfeverantwortlichkeit gibt. Die Frage einer völkerzivilrechtlichen Beihilfeverantwortlichkeit hat sich ausserhalb des ATS soweit ersichtlich noch nie gestellt. Dennoch könnte man sich fragen, ob die völkerstrafrechtlichen Präjudizien bzw. Verbote für das ATS mit seinen zivilrechtlichen Klageansprüchen überhaupt von Bedeutung sind.

Die Antwort ergibt sich daraus, dass das ATS einzig eine Völkerrechtsverletzung verlangt (ein „tort ... in violation of the law of nations“). Völkerstrafrechtlich verpöntes Handeln aber verletzt zweifellos Völkerrecht. Die zivilrechtliche Haftung betrifft die Folge aus dieser Völkerrechtswidrigkeit, und sie ergibt sich ohnehin nicht aus dem Völker-, sondern aus dem Landesrecht.⁷¹ Ausserdem weist die Haftungsfolge, soweit sie in einem Strafschadenersatz besteht, auch selber ein pönales Element auf. Es ist deshalb verfehlt, das Völkerstrafrecht für das ATS als unmassgeblich zu bezeichnen.⁷²

Bei einer rein völkerzivilrechtlichen Norm ist es sogar zweifelhaft, ob man überhaupt von einer Völkerrechtsverletzung sprechen kann. Zum Beispiel legen die bei Fn. 137 genannten Warschauer und Montrealer Übereinkommen über die Beförderung im internationalen Luftverkehr fest, dass Luftfrachtführer für Schäden aus Flugzeugunfällen haften. Dass ein solcher Unfall aber das Völkerrecht verletzt, erscheint doch sehr fraglich.⁷³ Die Übereinkommen enthalten mit anderen Worten keine Verhaltensregelungen, sondern bloss – verhaltensneutrale – liability-distributing rules, die ihrer Natur nach nicht verletzt werden können. Derartige völkerrechtliche tort-Ansprüche sind deshalb unter dem ATS wohl nicht einklagbar,⁷⁴ sofern nicht gleichzeitig auch eine (ausserhalb dieser Übereinkommen zu findende) völkerrechtliche Verhaltensnorm verletzt ist.

⁷¹ Siehe oben C.I.

⁷² So aber *Kiobel*, 621 F.3d at 151–52 (Leval, C.J.). Siehe auch *Keitner* (Anm. 40), S. 86 f.

⁷³ *Verneind Benjamins v. British European Airways*, 572 F.2d 913, 916 (2d Cir. 1978) („The [Warsaw] Convention itself does not seek to outlaw accidents, crashes and other events causing death, injury or property loss. Rather, it sets forth the terms under which victims of such events may recover their damages. Airlines do not ‚violate‘ the Convention when they crash“).

⁷⁴ So denn auch die Folgerung in *Benjamins*, id. („The Alien Tort Claims Act does not provide a basis for jurisdiction over this action“).

V. Differenzierung zwischen Beihilfe durch Private und durch staatliche Akteure?

Beihilfe zu Völkerrechtsvergehen kann sowohl von Privaten wie von staatlichen Akteuren geleistet werden. Während Richter Katzmann die beiden Varianten stillschweigend einheitlich betrachtete, betonte Richter Korman die Verschiedenheit der beiden Tatbestände. Fälle, in denen Behördenmitglieder oder sonstige staatliche Organe für die Unterstützung von Völkerrechtsdelikten verurteilt worden seien, präjudizierten die Frage der Beihilfeverantwortlichkeit Privater nicht.⁷⁵

In der Tat besteht ein zentraler Unterschied zwischen Beihilfe durch Private und durch staatliche Organe. Das Völkerrecht befasst sich traditionell und auch heute noch überwiegend einzig mit staatlichem Handeln; dass auch Private völkerrechtlichen Pflichten unterworfen sind, ist eine Ausnahme, welche positiv begründet werden muss. Wenn deshalb Beihilfe von offizieller Seite völkerrechtlich anerkannt ist, kann daraus noch nicht auf eine entsprechende Verantwortlichkeit auch privater Akteure geschlossen werden. Dafür bedarf es einer spezifischen Staatenpraxis. Analoges gilt für die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen einer solchen Beihilfe, die bei Beihilfe durch Private und durch staatliche Organe divergieren können. Dieser Punkt ist in der Judikatur allerdings soweit ersichtlich noch nie thematisiert worden, was auf die stillschweigende Annahme eines einheitlichen Massstabs hindeutet.

VI. Objektiver Tatbestand: substantielle Förderung der Haupttat

Richter Katzmann identifizierte den objektiven Tatbestand der Beihilfe in Übereinstimmung mit der Furundžija-Entscheidung des ICTY zunächst als „practical assistance, encouragement, or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime“.⁷⁶ Einige Zeilen weiter unten spricht er freilich nur noch von „practical assistance“, so dass unklar bleibt, ob er in Bezug auf eine Ermunterung oder rein moralische Unterstützung von Furundžija abweicht, wie dies in Bezug auf die moralische Unterstützung auch schon der neunte Circuit getan hat.⁷⁷

⁷⁵ Khulumani, 504 F.3d at 311–19 (Korman, D.J.).

⁷⁶ Id. at 277 (Katzmann, C.J.), wörtlich Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T (Dec. 10, 1998), para. 235, zitierend. Der Furundžija-Standard entspricht ständiger Rechtsprechung des ICTY, siehe etwa Prosecutor v. Vasiljević, IT-98-32-T (Nov. 29, 2002), para. 102(i), und Prosecutor v. Blaškić, IT-95-14-A (July 29, 2004), para. 46. Er wurde auch vom Sondertribunal für den Libanon übernommen; siehe die Entscheidung der Appeals Chamber vom 16. Februar 2011, STL-11-01/I, para. 226.

⁷⁷ Siehe Doe I v. Unocal Corp., 395 F.3d 932, 947 (9th Cir. 2002) („We hold that the

Zentral ist auf jeden Fall der Begriff des substantial effect oder der substantial assistance, welcher unbedeutende Tatbeiträge ausschliessen soll. Katzmann äusserte sich zu dieser Anforderung nicht weiter, aber man kann davon ausgehen, dass er sich den entsprechenden Massstab der Furundžija-Entscheidung zu eigen machte. Demnach muss die Beihilfe für die Tatbegehung zwar nicht kausal sein – die Tat könnte also auch ohne die Beihilfe stattgefunden haben –, sich aber dennoch erheblich darauf ausgewirkt haben.⁷⁸ Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Gehilfe das Tatwerkzeug zur Verfügung stellt, während z.B. die blosser Gewährung von Krediten oder anderen Gütern, welche die Tat nur indirekt förderten und auch leicht von jemand anderem hätten bezogen werden können, nicht ohne Weiteres als Beihilfe gelten kann.⁷⁹ In Bezug auf Tatbeiträge in Form normaler Geschäftstätigkeiten ist sogar die Meinung vertreten worden, dass diese grundsätzlich keine strafbare Beihilfe darstellen könnten, sofern sie nicht das Ausmass der Mittäterschaft erreichten.⁸⁰ Dies ist allerdings abzuleh-

standard for aiding and abetting under the ATCA is ... knowing practical assistance or encouragement ...“), id. at 949 n.24 („[M]oral support“ is not part of the standard we adopt today“), vacated and reh'g en banc granted, 395 F.3d 978 (2003); gl. M. id. at 963, 969–70 (Reinhardt, C.J., concurring). Siehe auch *Doe v. Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *60–61, *134–46 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010) (zu den völkerrechtlichen Voraussetzungen für „moral support“ und „tacit approval and encouragement“, und mit der Folgerung, diese Tatbestände seien nicht genügend klar definiert und allgemein anerkannt, um unter dem ATS einen Klagegrund zu bilden).

⁷⁸ Furundžija, paras. 231–35; ebenso *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-A (July 29, 2004), para. 48; *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, IT-02-60-A (May 9, 2007), paras. 127, 134; *Prosecutor v. Mrkšić and Šljivančanin*, IT-95-13/1-A (May 5, 2009), paras. 49, 200. – Das Erfordernis der erheblichen oder substantiellen Auswirkung des Beitrags des Gehilfen wird bedeuten, dass „sich die Tat ohne seine Mitwirkung anders abgespielt hätte“ (wie das auch im schweizerischen Strafrecht nach BGE 98 IV 83, 85, erforderlich ist); siehe *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T (May 7, 1997), para. 688 („[T]he substantial contribution requirement calls for a contribution that in fact has an effect on the commission of the crime“), *Prosecutor v. Delalić*, IT-96-21-A (Feb. 20, 2001), para. 352, und *Mrkšić*, para. 49. In diesem Sinne kann man doch von einer Kausalität mindestens für den Tatverlauf sprechen.

⁷⁹ Siehe *In re South African Apartheid Litig.*, 617 F. Supp. 2d 228, 258–59, 269 (S.D.N.Y. 2009). – Umso weniger kann die Kreditgewährung oder das sonstige Zurverfügungstellen von Finanzmitteln an Drittpersonen, welche ihrerseits Terroristen finanziell unterstützen, zu einer Beihilfeverantwortlichkeit führen (siehe *Abecassis v. Wyatt*, 704 F. Supp. 2d 623, 640 (S.D. Tex. 2009), und *Rothstein v. UBS AG*, 647 F. Supp. 2d 292 (S.D.N.Y. 2009)).

⁸⁰ Siehe *Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *87–103, insb. *87 („[O]rdinary commercial transaction[s], without more, do not violate international law“), und *101–02 („When a business engages in a commercial quid pro quo – for example, by making a loan to a third party – it is insufficient to show merely that the business person knows that the transaction will somehow facilitate the third party's wrongful acts [an dieser Stelle verweist das Gericht auf das Rasche-Urteil, dazu unten bei Anm. 92–98]. Rather, the business person must participate more fully in the wrongful acts – most obviously, in the cases involving the primary liability of the industrialists who personally participated in planning and using of slave labor [Verweis auf die Krupp-, I.G.-Farben- und Flick-Urteile]. Or, alternatively, the business person must be acting in a non-commercial, non-mutually-beneficial manner, as with the banker in *The Flick Case* who gratuitously funded the SS's criminal activities“). At *115 wird diese Aussage dann allerdings offenbar auf reine finanzielle oder Kreditleistungen

nen,⁸¹ schon weil so die Geschäftswelt gegenüber dem öffentlichen Sektor ungerechtfertigt privilegiert würde. Warum sollte ein Geschäftsmann, der zu einem Völkermord beitrug, straflos ausgehen, während ein Beamter, der zu einem solchen Verbrechen im Rahmen seiner normalen Berufstätigkeit einen minimalen Beitrag leistete – ev. gar durch bloße Unterlassung –, strafbar ist⁸²? Beide handeln in der Regel aus monetären Interessen und nicht als ideologische Überzeugungstäter; der Beamte will und muss sich seinen Lohn verdienen, der Geschäftsmann Umsatz und Gewinn erzielen. Es sollten deshalb für beide Kategorien möglicher Gehilfen die gleichen Kriterien gelten. Normale bzw. geringfügigere kommerzielle Transaktionen können auch so von der Strafbarkeit ausgeschlossen werden, da es hier oft an einem „substantiellen“ Tatbeitrag und an der – gemäß dem Second Circuit notwendigen⁸³ – spezifischen Absicht der Unterstützung der Haupttat fehlen wird; die in diesem Zusammenhang oft genannten Darlehen oder sonstigen finanziellen Unterstützungen dürften zudem zu wenig direkt mit der Haupttat verbunden sein⁸⁴. Ein genereller Ausschluss von Geschäftstätigkeiten vom Beihilfetatbestand ist dafür nicht notwendig.

VII. Subjektiver Tatbestand: Wissen oder Absicht?

Was die subjektive Seite des Beihilfetatbestandes angeht, so stellte Richter Katzmann hauptsächlich auf das Römer Statut ab, welches in Art. 25 Ziff. 3 lit. c eine absichtliche Förderung der Haupttat verlange und weitgehend als Ausdruck der allgemeinen Rechtsüberzeugung angesehen werden könne. Zudem sei in einem der Nürnberger Nachfolgeprozesse ein Bankier freige-

beschränkt; würden zusätzlich weitere Dienstleistungen erbracht, wie das Akquirieren von Mitteln, so soll doch Beihilfe möglich sein.

⁸¹ So auch *Almog v. Arab Bank*, 471 F. Supp. 2d 257, 291 (E.D.N.Y. 2007) („Arab Bank argues that it merely provided routine banking services. Arab Bank ignores that acts which in themselves may be benign, if done for a benign purpose, may be actionable if done with the knowledge that they are supporting unlawful acts“).

⁸² Wie z.B. Ernst von Weizsäcker, der 1942 als Staatssekretär im Auswärtigen Amt von der SS gefragt wurde, ob er Einwände gegen geplante Deportationen von Juden aus Frankreich nach Auschwitz habe, was er verneinte (wobei solche Einwände sowieso nichts an den Deportationen geändert hätten). Für diese Unterlassung wurde er im Wilhelmstrassen-Prozess verurteilt (*Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Washington 1949–1953* [zit. „TWC + Bandnr.“], vol. XIV, S. 496 f.; überzeugend dazu die Dissenting opinion von Richter Powell, ebd., S. 912 f.).

⁸³ Siehe sogleich Abschnitt VII.

⁸⁴ Siehe *In re South African Apartheid Litig.*, 617 F. Supp. 2d at 269: „[S]upplying a violator of the law of nations with funds – even funds that could not have been obtained but for those loans – is not sufficiently connected to the primary violation to fulfill the actus reus requirement of aiding and abetting a violation of the law of nations“. Das Erfordernis eines direkten Tatbeitrags findet sich auch in *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T (May 7, 1997), paras. 678–80, 688–89, 691–92.

sprochen worden, der Unternehmen Darlehen gewährte, obwohl er wusste, dass er damit auch die Beschäftigung von Zwangsarbeitern finanzierte.⁸⁵

Diese Begründung überzeugt nicht. Wie das ICTY im Furundžija-Urteil ausführlich dargelegt hat, wird im Völkerstrafrecht ganz überwiegend eine wissentliche, also vorsätzliche Beihilfe als genügend angesehen. Eine eigentliche Absicht, das Verbrechen als solches zu fördern und dessen Erfolg zu bewirken, d.h. ein Mittragen der damit verfolgten Ziele,⁸⁶ wird in der Rechtsprechung nicht verlangt.⁸⁷ Dieselbe Auffassung hat das Sondertribunal für den Libanon in seiner Entscheidung vom 16. Februar 2011 geäußert.⁸⁸ Auch aus dem Römer Statut lässt sich wenig für die Absichtstheorie ableiten. Zwar verlangt Art. 25 Ziff. 3 lit. c für eine Beihilfeverantwortlichkeit tatsächlich ein Handeln „[f]or the purpose of facilitating the commission of such a crime“.⁸⁹ Gleichzeitig erklärt aber Art. 25 Ziff. 3 lit. d auch diejenigen für strafbar, der „[i]n any other way contributes to the commission ... of ... a crime by a group of persons acting with a common purpose“. Dieser Tatbeitrag muss bloss vorsätzlich und in Kenntnis der Absicht der Haupttäter⁹⁰ geschehen; eine Absicht, die Haupttat zu fördern, ist nicht notwendig.⁹¹ Art. 25 Ziff. 3 lit. d wurde zwar noch nie angewendet, so dass seine Tragweite bisher ungeklärt ist, aber aufgrund seines Wortlauts scheint er klar als Auffangtatbestand für Beihilfehandlungen zu fungieren, die das Absichtserfordernis des Art. 25 Ziff. 3 lit. c nicht erfüllen. Bloss vorsätzliche Beihilfe wäre demnach auch unter dem Römer Statut strafbar.

Differenziert zu betrachten ist auch der von Katzmann angeführte teilweise Freispruch des Vorstandsmitglieds der Dresdner Bank Rasche nach

⁸⁵ Khulumani, 504 F.3d at 277 (Katzmann, C.J.), m.V. auf United States v. von Weizsäcker (Wilhelmstrassen-Prozess), TWC XIV, S. 622.

⁸⁶ Man könnte sich weiter fragen, ob diese Absicht (wenn sie denn überhaupt notwendig wäre) zwingend die einzige sein müsste, oder ob der Gehilfe daneben auch andere Motive – z.B. ein Gewinnmotiv – haben könnte. Dies wäre wahrscheinlich zu bejahen, die Gerichte haben sich damit aber bisher nicht befasst.

⁸⁷ Siehe Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T (Dec. 10, 1998), paras. 236–49, m.V. u.a. auf das Einsatzgruppen-Urteil des amerikanischen Militärgerichts in Nürnberg, das Zyklon-B-Urteil eines britischen Militärgerichts und das Tadić-Urteil des ICTY. Das ICTY hat den Furundžija-Standard seither konstant bestätigt, siehe etwa Prosecutor v. Vasiljević, IT-98-32-A (Feb. 25, 2004), para. 102(ii); Prosecutor v. Blaškić, IT-95-14-A (July 29, 2004), para. 45; Prosecutor v. Mrkšić and Šljivančanin, IT-95-13/1-A (May 5, 2009), paras. 49, 159; und Prosecutor v. Haradinaj, IT-04-84-A (July 19, 2010), para. 58.

⁸⁸ Appeals Chamber, STL-11-01/I, paras. 225, 227.

⁸⁹ *Doug Cassel*, Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts, Nw. U. J. Int'l Hum. Rts. 6 (2008), S. 304–326, 312 f., 325, will es dafür genügen lassen, dass der Gehilfe vom Vorhaben des Haupttäters weiß. Seine Begründung überzeugt nicht; dennoch folgt ihm In re South African Apartheid Litig., 617 F. Supp. 2d at 261–62.

⁹⁰ Die Bestimmung setzt seltsamerweise voraus, dass die Haupttat durch eine Gruppe, und nicht durch einen Einzeltäter, begangen wird.

⁹¹ Siehe Art. 25 Ziff. 3 lit. d(ii) i.V.m. Art. 30 Ziff. 2 Römer Statut; *Cassel* (Anm. 89), S. 313.

dem Zweiten Weltkrieg. Zwar erklärte es das amerikanische Militärgericht nicht für strafwürdig „to make a loan, knowing or having good reason to believe that the borrower will use the funds in financing enterprises which are employed in using labor in violation of either national or international law“.⁹² Dass dies im Fehlen einer Absicht des Angeklagten begründet lag, Zwangsarbeit zu fördern, sagte es aber nicht. Das Gericht führte bloss allgemein aus, ein geschäftlicher Akt wie das Verkaufen von Gütern oder Rohstoffen oder eben eine Darlehensgewährung im Wissen darum, dass diese Güter bzw. Gelder für ein Verbrechen verwendet würden, könne nicht als verbrecherisch angesehen werden; es seien ihm auch keine anderslautenden Präjudizien bekannt. Dies kann sich ebenso gut auf den objektiven Tatbestand bezogen haben,⁹³ indem man solche Akte als nicht genügend gewichtig oder – wahrscheinlicher – als nicht genügend tatnah bzw. zu indirekt mit der Tat verbunden ansah. Darauf deutet hin, dass das Gericht ein Absichtserfordernis an keiner Stelle erwähnt, was zu erwarten gewesen wäre, wenn sich das Urteil darauf gestützt hätte; zudem verlangt das Urteil an anderen Stellen⁹⁴ ausdrücklich oder implizit nur ein Wissen.⁹⁵ Schliesslich muss dieses Urteil vor dem Hintergrund seiner Zeitumstände gesehen werden. Als es im April 1949 – als letztes in den Nürnberger Nachfolgeprozessen – erging, befand sich der Kalte Krieg auf einem ersten Höhepunkt, die Berlin-Blockade war in vollem Gang. Während Rasche ursprünglich gerade deshalb ausgewählt worden war, weil auch an einem Vertreter der Finanzwirtschaft die Mitverantwortung der Wirtschaftseliten symbolisch aufgezeigt werden sollte,⁹⁶ setzten die US-Behörden nun alles

⁹² TWC XIV, S. 622. Siehe auch ebd., S. 854: „We cannot go so far as to enunciate the proposition that the official of a loaning bank is chargeable with the illegal operations alleged to have resulted from loans or which may have been contemplated by the borrower“. Der Ausdruck „contemplated“ erklärt sich damit, dass das Gericht auf S. 854 davon ausgeht, Rasche habe von der Beschäftigung von KZ-Häftlingen in den mit Krediten unterstützten Betrieben gar nicht gewusst. Dies steht in Widerspruch zu S. 622, wo es das Gegenteil annimmt.

⁹³ Siehe *Doe v. Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *83 n.38 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010), m.V. auf In re South African Apartheid Litig., 617 F. Supp. 2d at 258, 260 (wo die Entscheidung in diesem Sinne interpretiert wird).

⁹⁴ TWC XIV, S. 478 („The question is whether they knew of the program and whether in any substantial manner they aided, abetted, or implemented it“), S. 620 f. (der Vizepräsident der Reichsbank Puhl wird der Beteiligung an SS-Verbrechen durch Verwertung von Raubgut schuldig erklärt, weil er von dessen Herkunft wusste. Er habe diese Verwertung zwar nicht initiiert und „it was probably repugnant to him“, aber „he was a consenting participant in part of the execution of the entire plan“. Der Ausdruck „repugnant“ zeigt klar, dass Puhl keineswegs die Absicht hatte, die Haupttat zu fördern; siehe auch *Keitner* [Anm. 40], S. 92).

⁹⁵ Siehe In re South African Apartheid Litig., 617 F. Supp. 2d at 260. A.M. aber *Keitner* (Anm. 40), S. 92 (das Rasche-Urteil sei eine Ausnahme vom „knowledge standard“).

⁹⁶ Siehe *Ralf Abrens*, Der Exempelkandidat. Die Dresdner Bank und der Nürnberger Prozess gegen Karl Rasche, Vierteljh. Zeitgesch. 52 (2004), S. 637–670, 637, 640 f., 651 f. Vertreter der Industrie waren schon u.a. in den I.G.-Farben-, Krupp- und Flick-Prozessen zur Verantwortung gezogen worden.

daran, diese Eliten auf ihre Seite zu bringen und die westdeutsche Wirtschaft wieder möglichst reibungslos in Schwung zu bringen. Eine allzu weit gehende Bestrafung von Unternehmen und Unternehmern für Nazi-verbrechen auch aufgrund rein geschäftlicher Tätigkeiten hätte sich damit schlecht vertragen.⁹⁷ Der Freispruch Rasches in diesem Anklagepunkt ist demnach – ebenso wie übrigens umgekehrt ein Teil der Verurteilungen in diesem und in anderen Prozessen – wohl auch als ergebnisgeleitet zu verstehen,⁹⁸ was seinen Präjudizwert beschränkt.

Dies alles deutet stark darauf hin, dass Beihilfe – im Gegensatz zur Mittäterschaft⁹⁹ und sehr wahrscheinlich auch zur Verschwörung¹⁰⁰ – völker-

⁹⁷ Vgl. *Jonathan A. Bush*, *The Prehistory of Corporations and Conspiracy in International Criminal Law: What Nuremberg Really Said*, Colum. L. Rev. 109 (2009), S. 1094–1262, 1121–1123, 1126, 1193 (deutsche Grossunternehmer mussten 1948 keine Strafverfahren mehr befürchten), 1231 f. (starker politischer Widerstand in den USA gegen die Strafverfolgung deutscher Unternehmer ab 1947/48); TWC VI, S. 163 f. („In the meantime, as is generally known, the republican Party in the United States declared itself against the Industrial Trials and ... evidently also the government of the British Empire, since it refused participation in these trials“).

⁹⁸ Vgl. *Keitner* (Anm. 40), S. 92. Siehe auch *Bush* (Anm. 97), S. 1221 f., wo der Freispruch Rasches als „astonishing“ bewertet wird.

⁹⁹ *Prosecutor v. Vasiljević*, IT-98-32-T (Nov. 29, 2002), paras. 66, 68: Für eine Mittäterschaft (joint criminal enterprise) sei „an arrangement or understanding amounting to an agreement between two or more persons that a particular crime will be committed“ notwendig. Es müsse nachgewiesen werden, dass der Mittäter, der das Verbrechen selbst nicht begeht, „shared a common state of mind with the person who personally perpetrated the crime charged (the ‚principal offender‘) that the crime charged should be carried out“. – Das subjektive Element bildet im Völkerstrafrecht gerade ein zentrales Unterscheidungsmerkmal zwischen Beihilfe und Mittäterschaft; siehe *id.*, para. 102(ii) („In the case of aiding and abetting, the requisite mental element is knowledge that the acts performed by the aider and abettor assist the commission of the specific crime of the principal. By contrast, in the case of participation in a joint criminal enterprise, i.e. as a co-perpetrator, the requisite mens rea is intent to pursue a common purpose“), zit. in *Prosecutor v. Kvočka*, IT-98-30/1-A (Feb. 28, 2005), para. 89. – Vgl. auch die landesstrafrechtliche Theorie von der Notwendigkeit eines *animus auctoris* bei der Mittäterschaft im Gegensatz zu einem blossen *animus socii* bei der Beihilfe, welche der Abgrenzung von Absicht und Vorsatz im hier verstandenen Sinn entsprechen dürfte.

¹⁰⁰ Siehe das I.G.-Farben-Urteil, wo – offenbar zustimmend – aus einem US-Entscheid (*Direct Sales Co. v. United States*, 319 U.S. 703, 711 (1943)) der Satz zitiert wird, „[The intent of a seller to promote and cooperate in the intended illegal use of goods by a buyer], when given effect by overt act, is the gist of conspiracy“ (TWC VIII, S. 1127). Siehe auch *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244, 260 (2d Cir. 2009) (eine Verschwörung unter Völkerstrafrecht setze jedenfalls dann, wenn die Haupttat effektiv begangen wurde – womit sie zu einem „joint criminal enterprise“ werde –, Absicht voraus); *Cabello v. Fernandez-Larios*, 402 F.3d 1148, 1159 (11th Cir. 2005) (*per curiam*) („For the jury to find Fernandez indirectly liable by means of conspiracy, the Cabello survivors needed to prove ... that ... Fernandez joined the conspiracy knowing of at least one of the goals of the conspiracy and intending to help accomplish it“); *Doe v. Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *60 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010) („... co-conspirators who knowingly and actively join in the criminal conspiracy and share its criminal purpose“); *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg*, 14 November 1945 – 1 October 1946, Nürnberg 1947–1949 (zit. als „IMT + Bandnr.“), vol. I, S. 225 („[I]n the opinion of the Tribunal the conspiracy must be clearly outlined in its criminal purpose“). Nach *In re South*

gewohnheitsrechtlich blossen Vorsatz erfordert.¹⁰¹ Dennoch ist das Absichtserfordernis vom Second Circuit in *Talisman*¹⁰² und auch in *Kiobel*¹⁰³ bestätigt worden, und auch Bezirksgerichte anderswo haben diese Auffassung vertreten.¹⁰⁴ Dies steht im Gegensatz zum Ninth Circuit, der zu Recht nur Vorsatz verlangt hat.¹⁰⁵

Die Tragweite dieser Rechtsprechung ist nicht zu unterschätzen. Wenn ein Unternehmen sich an Menschenrechtsverletzungen beteiligt, wird es dies so gut wie nie in der Absicht tun, diese zu fördern, sondern aus Gewinnmotiven. Auch aus stark ideologisch geprägten Zeiten wie dem Zweiten Weltkrieg ist kein gegenteiliger Fall bekannt. Es ist daher nicht übertrieben zu sagen, dass mit diesem subjektiven Kriterium die Unternehmensverantwortlichkeit steht oder fällt.¹⁰⁶ Verlangt man eine Absicht, sind Unternehmen als Gehilfen faktisch nicht mehr zur Rechenschaft zu ziehen.

African Apartheid Litig., 617 F. Supp. 2d 228, 263 (S.D.N.Y. 2009), ist freilich Verschwörung als Straftatbestand völkergewohnheitsrechtlich sowieso nicht genügend breit anerkannt, als dass entsprechende ATS-Klagen möglich wären. Soweit ein solcher Tatbestand völkerrechtlich doch existiert, wäre er jedenfalls auf die Verschwörung zum Völkermord beschränkt (so die Entscheidung der Appeals Chamber des Sondertribunals für den Libanon vom 16. Februar 2011, STL-11-01/I, para. 258).

¹⁰¹ So auch *Cassel* (Anm. 89), S. 325, *Keitner* (Anm. 40), S. 90–94, und *Ruggie* (Anm. 18), para. 32.

¹⁰² *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244, 247, 257–59 (2d Cir. 2009).

¹⁰³ *Kiobel*, 621 F.3d at 122, 149 (majority opinion); id., at 154, 158, 192–94 (Leval, C.J., concurring only in the judgment).

¹⁰⁴ *Corrie v. Caterpillar, Inc.*, 403 F. Supp. 2d 1019, 1027 (W.D. Wash. 2005) („One who merely sells goods to a buyer is not an aider and abettor of crimes that the buyer might commit, even if the seller knows that the buyer is likely to use the goods unlawfully, because the seller does not share the specific intent to further the buyer’s venture“; es wäre aber denkbar, dass dieses Absichtserfordernis nur für Geschäftstätigkeiten gelten soll, während bei Beihilfe z.B. durch Beamte möglicherweise Vorsatz genügt), aff’d on other grounds, 503 F.3d 974 (9th Cir. 2007); *Abecassis v. Wyatt*, 704 F. Supp. 2d 623, 654–55 (S.D. Tex. 2009); *Doe v. Drummond*, No. 2:09-CV-01041-RDP, slip. op. at 20–28 (N.D. Ala. Apr. 30, 2010).

¹⁰⁵ Siehe *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, 947 (9th Cir. 2002) („We hold that the standard for aiding and abetting under the ATCA is ... knowing practical assistance or encouragement that has a substantial effect on the perpetration of the crime“), vacated and reh’g en banc granted, 395 F.3d 978 (2003). Abweichend aber neulich *Doe v. Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *62–63, 65–71, 149–51 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010).

¹⁰⁶ Siehe *Petition for Writ of Certiorari* at 18, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, No. 09-1262 (Apr. 15, 2010) („de facto immunity from ATS liability for corporations“ bei einem Absichtsstandard).

VIII. Gesamtbeurteilung des objektiven und subjektiven Tatbestands?

Soweit ersichtlich nicht diskutiert wurde bisher in Judikatur und Literatur die Möglichkeit, dass der objektive und der subjektive Tatbestand nicht isoliert, sondern gesamthaft betrachtet werden könnten oder müssten. Ein geringerer objektiver Tatbeitrag (z.B. eine bloße Kreditgewährung) könnte demnach etwa durch ein stärker ausgeprägtes subjektives Element (absichtliche Tatförderung) kompensiert werden, während bei einem gewichtigeren Tatbeitrag (z.B. der Lieferung der Tatwaffe) blosser Vorsatz genügt. Dies könnte auch erklären, weshalb das amerikanische Militärgericht im Rasche-Fall im Gegensatz zu anderen Verfahren und Gerichten¹⁰⁷ möglicherweise blosses Wissen nicht für genügend hielt: Rasches objektiver Tatbeitrag war so geringfügig und indirekt, dass er nur in Kombination mit einer Absicht die Schwelle zur strafbaren Beihilfe überschritten hätte.

IX. Spezialfall der Veranlassung oder Verursachung von Völkerrechtsverletzungen?

Im Talisman-Fall wurde dem beklagten Unternehmen im Kern letztlich vorgeworfen, dass es die Ölförderung im Südsudan aufnahm, obwohl es wissen musste, dass dies unweigerlich zu Menschenrechtsverletzungen des Militärs bei seinen Sicherungstätigkeiten führen musste. Ähnlich lautete ein Vorwurf an die I.G. Farben in Nürnberg, ab 1941 mit den Buna-Werken in Auschwitz eine Produktionsstätte errichtet zu haben, obwohl (oder weil) klar damit zu rechnen war, dass beim Bau wie auch beim Betrieb derselben Zwangsarbeiter und KZ-Häftlinge zum Einsatz kommen würden.¹⁰⁸ Da jeweils das Reichsarbeitsamt den Unternehmen die Arbeitskräfte verbindlich zuwies,¹⁰⁹ wusste die I.G. Farben auch, dass sie sich gegen den Einsatz von Zwangsarbeitern, selbst wenn sie dies wollte, nicht mehr würde wehren können, sobald das Projekt angelaufen war.¹¹⁰ Ein vergleichbarer Vorwurf wurde im Flick-Fall gegen einen führenden Angestellten dieses

¹⁰⁷ Siehe etwa den Zyklon-B-Fall (United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, London 1947–1949 [zit. „UNTWC + Bandnr.“], vol. 1, S. 93), wo der Eigentümer und ein Prokurist des Unternehmens, welches die SS mit Zyklon B beliefert hatte, zum Tode verurteilt wurden, obwohl ihnen keine Absicht, die damit beangangenen Morde zu fördern, vorgeworfen wurde, sondern ein blosses Wissen oder gar nur Wissenmüssen.

¹⁰⁸ Siehe UNTWC X, S. 25–27; TWC VII, S. 55; TWC VIII, S. 695 f., 1180.

¹⁰⁹ Siehe UNTWC X, S. 28, 55; TWC VIII, S. 688, 794, 1174–1177; TWC VI, S. 1197.

¹¹⁰ In Wirklichkeit war es dann so, dass kein solcher Zwang auf I.G. Farben ausgeübt werden musste, da sich das Unternehmen in Eigeninitiative um KZ-Häftlinge bemühte (UNTWC X, S. 26 f.; TWC VIII, S. 1187, 1192 f.).

Konzerns erhoben, der in Eigeninitiative um eine Erhöhung der Produktionsziele für Güterwaggons nachgesucht hatte, wozu dann Zwangsarbeiter eingesetzt wurden. Er wurde dafür verurteilt.¹¹¹

Sowohl Talisman wie I.G. Farben und Flick (bzw. die betreffenden Angestellten) erscheinen demnach als Verursacher von Menschenrechtsverletzungen, die ohne sie nicht stattgefunden hätten, auch wenn sie möglicherweise an deren konkreter Begehung nicht mehr beteiligt bzw. dafür nicht mehr verantwortlich waren (dies wird hier jedenfalls, zu Zwecken der Argumentation, angenommen).

Die allgemeine Beihilfedefinition scheint auf solche Situationen schlecht zu passen. Ein Unternehmen, das eine Ölbohrung beginnt und damit rechnen muss, dass das Militär deswegen alle Urbewohner im Umfeld massakrieren wird, wobei das Unternehmen zu den Massakern aber keine Unterstützung leistet oder sie sogar verurteilt, hat dazu kaum „practical assistance, encouragement, or moral support“ geleistet. Schliesslich wurde das Verbrechen selbst vom Militär im Alleingang begangen. Auch der subjektive Tatbestand wäre kaum je gegeben, wenn man dafür Absicht verlangt, da das Unternehmen diesen Förderungsort aus rein kommerziellen Gründen gewählt haben wird und nicht mit dem Ziel, Menschenrechtsverletzungen des Militärs zu bewirken.

Trotzdem drängt sich eine rechtliche Erfassung solcher Tatbestände auf. Schliesslich hat es das Unternehmen in diesen Situationen in der Hand, die Menschenrechtsverletzungen zu bewirken oder zu vermeiden¹¹² – im Gegensatz zur typischen Beihilfesituation, bei der das Verbrechen auch ohne den Gehilfen stattgefunden hätte¹¹³ und dieser sich dennoch strafbar macht. Die moralische Schuld eines verursachenden Unternehmens wiegt deutlich schwerer, wovon auch das Völkerrecht nicht die Augen verschliessen kann. Zumindest rechtspolitisch ist deshalb zu postulieren, dass es ebenfalls strafbar sein muss, Menschenrechtsverletzungen wissentlich zu bewirken oder zu verursachen, auch wenn dies von den klassischen Beihilfe- und Anstiftungstatbeständen nicht erfasst ist. Ob dies als Unterfall der Beihilfe oder als neuartige Mitwirkungsform behandelt würde, wäre von geringer Bedeutung.

Dieser Tatbestand hätte auch nicht den Nachteil, dass er Geschäftstätigkeiten in menschenrechtsverletzenden Staaten generell unter Strafe stellen

¹¹¹ TWC VI, S. 1198, 1202; siehe dazu auch *Doe v. Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *92–93 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010).

¹¹² Dies natürlich nur dann, wenn es nicht aus äusseren Gründen gezwungen ist, diese Niederlassung zu eröffnen, z.B. weil die Regierung ihm dies vorschreibt. Bei den I.G.-Farben-Betrieben in Auschwitz bestand offenbar kein solcher Zwang (TWC VIII, S. 1186 f.; siehe aber auch ebd., S. 691), ebensowenig bei der Erhöhung der Produktionsquote im Flick-Fall.

¹¹³ Wie erwähnt muss die Beihilfe nicht natürlich kausal für die Haupttat sein, und sie ist dies in der Regel auch nicht.

würde, wie es bei einer ausufernden Beihilfedefinition im Sinne der Erfassung auch minimaler oder indirekter Tatbeiträge der Fall wäre.¹¹⁴ Unternehmen könnten – aus völkerrechtlicher Sicht – grundsätzlich weiterhin auch in Staaten tätig sein, welche Apartheid, Völkermord usw. betreiben. Sie dürften sich bloss nicht an konkreten Verbrechen beteiligen (aufgrund des klassischen Beihilfeverbots) und diese auch nicht bewusst bewirken (aufgrund des hier vertretenen Verursachungsverbots).

E. Völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen

I. Kiobel: Ausschluss jeglicher Verantwortlichkeit

Die Kiobel-Entscheidung scheint die Diskussion um die einzelnen Voraussetzungen für eine Beihilfeverantwortlichkeit oder eine sonstige stellvertretende Haftung von Unternehmen unter dem ATS nun obsolet zu machen, indem sie eine solche Verantwortlichkeit ganz grundsätzlich verneint.¹¹⁵ Diese Entscheidung und ihre Begründung werden im Folgenden analysiert und bewertet.

1. Mehrheitsmeinung

Richter Cabranes leitete die auch von Chief Judge Jacobs unterstützte Mehrheitsmeinung mit einem Rückblick auf die Entwicklung des Völkerrechts seit dem Zweiten Weltkrieg ein und stellte fest, die größte Errungenschaft sei die Ausdehnung menschenrechtlicher Rechte und Pflichten auf Individuen gewesen. Er verwies dazu auf entsprechende Äusserungen aus und im Zusammenhang mit den internationalen und amerikanischen Nürnberger Nachkriegstribunalen, in denen die Bedeutung der individuellen Verantwortlichkeit hervorgehoben wurde, und verwendete diese Aussagen als Argumente gegen eine Unternehmensverantwortlichkeit.¹¹⁶ Dabei verkennt Cabranes aber, dass es in Nürnberg nie um eine exklusiv

¹¹⁴ Siehe zu solchen Befürchtungen *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244, 264 (2d Cir. 2009) (wo festgestellt wird, ein solches faktisches Tätigkeitsverbot in gewissen Staaten käme der gerichtlichen Verhängung eines Embargos gleich); *In re South African Apartheid Litig.*, 617 F. Supp. 2d 228, 257 (S.D.N.Y. 2009) („It is (or should be) undisputed that simply doing business with a state or individual who violates the law of nations is insufficient to create liability under customary international law. International law does not impose liability for declining to boycott a pariah state“); UNTWC X, S. 38 f.

¹¹⁵ Eine Woche vor dem Second Circuit war auch schon der District Court for the Central District of California zum selben Schluss gekommen (*Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *191–255), ebenso wie Richter Korman im Apartheid-Urteil (*Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254, 321–26 (2d Cir. 2007) (Korman, D.J., concurring in part and dissenting in part)).

¹¹⁶ *Kiobel*, 621 F.3d at 118–19.

individuelle Verantwortlichkeit ging, sondern dass sowohl der Staat – als juristische Person – als auch die für ihn handelnden Personen haftbar sein sollten.¹¹⁷ Eine Ablehnung der Verantwortlichkeit juristischer Personen kann deshalb in diesen Entwicklungen und Äusserungen nicht gesehen werden, sondern es liegt darin vielmehr ein Hinweis darauf, dass sich individuelle und kollektive Haftung nicht ausschliessen.

Wenn der Second Circuit anschliessend darauf hinweist, dass in diesen und auch allen seither durchgeführten völkerrechtlichen Verfahren noch nie ein Unternehmen angeklagt oder verurteilt wurde, ist ihm hingegen Recht zu geben.¹¹⁸ Gleichzeitig ist jedoch zu berücksichtigen, dass

¹¹⁷ Siehe *Chimène I. Keitner*, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum: Another Round in the Fight Over Corporate Liability Under the Alien Tort Statute*, ASIL Insight 12, Issue 30 (2010), bei Fn. 21, sowie die folgende Aussage des Chefanklägers vor dem Internationalen Militärtribunal in Nürnberg, Robert Jackson: „Of course, the idea that a state, any more than a corporation, commits crimes, is a fiction. Crimes always are committed only by persons. While it is quite proper to employ the fiction of responsibility of a state or corporation for the purpose of imposing a collective liability, it is quite intolerable to let such a legalism become the basis of personal immunity“ (IMT II, S. 150); dazu auch *Bush* (Anm. 97), S. 1162 Fn. 234. Siehe auch Nestlé, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *227 n.66 (das betreffende Zitat aus dem Nürnberger Hauptprozess habe bloss verneint, dass Völkerrecht ausschliesslich die Staaten binde, und sich nicht auf Unternehmen bezogen), und Art. 25 Ziff. 4 des Römer Statuts („No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law“).

¹¹⁸ Immerhin fielen im I.G.-Farben-Urteil obiter dicta, die auf den ersten Blick eine direkte Unternehmensverantwortlichkeit jedenfalls für Kriegsverbrechen zu bejahen scheinen: „Where private individuals, including juristic persons, proceed to exploit the military occupancy by acquiring private property against the will and consent of the former owner, such action ... is in violation of international law ... Similarly where a private individual or a juristic person becomes a party to unlawful confiscation of public or private property by planning and executing a well-defined design to acquire such property permanently, acquisition under such circumstances subsequent to the confiscation constitutes conduct in violation of the Hague Regulations ... [W]e find that the proof establishes beyond a reasonable doubt that offenses against property as defined in Control Council Law No. 10 were committed by Farben ... Such action on the part of Farben constituted a violation of the Hague Regulations“ (TWC VIII, S. 1132f., 1140, auch zit. in *Kiobel*, 621 F.3d at 180 (Leval, C.J.)). Das Gericht stellte aber klar, dass es hier den Ausdruck „Farben“ nur als Sammelbegriff für die gemeinsam handelnden natürlichen Personen verwendete: „[T]he corporate defendant, Farben, is not before the bar of this Tribunal and cannot be subjected to criminal penalties in these proceedings. We have used the term ‚Farben‘ as descriptive of the instrumentality of cohesion in the name of which the enumerated acts of spoliation were committed“ (TWC VIII, S. 1153; siehe auch Nestlé, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *225–27). Insofern falsch *Kiobel*, 621 F.3d at 180 (Leval, C.J.) („The tribunal’s judgment makes clear that the Farben company itself committed violations of international law. ... Then – after concluding that Farben violated international law – the tribunal imposed criminal liability on Farben’s employees because of their complicity in violations committed by Farben“), obwohl diese Lesart sich auch anderswo findet (z.B. bei *Ratner* [Anm. 63], S. 478, 494; *Andrew Clapham*, *The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*, in *Menno T. Kamminga/Saman Zia-Zarifi* (Hg.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, 2000, S. 139–195, 170f.; und *Rebecca M. Bratspies*, „Organs of Society“: A Plea for Human Rights Accountability for Transnational Enterprises and Other Business Entities, *Mich. St. J. Int’l L.* 13 (2005), S. 9–37, 21). Für ein anderes Nürnberger Zitat, das eine Unternehmens-

Unterlassungen aus einer Vielzahl von Motiven geschehen können; völkerrechtlich sind sie nur dann entscheidend, wenn sie auf der Überzeugung (*opinio iuris*) basieren, die unterlassene Handlung wäre unzulässig. Eine solche Überzeugung ist bei keinem der nach dem Zweiten Weltkrieg durchgeführten Kriegsverbrecherprozesse zu erkennen,¹¹⁹ ebensowenig bei den in jüngerer Zeit eingerichteten Gerichtshöfen für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda oder beim IStGH¹²⁰ (welche alle keine Gerichtsbarkeit über Unternehmen haben) oder bei materiellrechtlichen Konventionen wie der Genozidkonvention (welche Unternehmen nicht erfasst¹²¹).¹²² Wenn diese also keine Staatenpraxis zu Gunsten einer völkerrechtlichen Unternehmensverantwortlichkeit darstellen, sind sie zumindest auch kein schlüssiger Beleg für die Ablehnung einer solchen. Die Vertragsstaaten des Römer Statuts haben sich entschieden, dass der Internationale Strafgerichtshof keine Zuständigkeit über Unternehmen haben soll, aber sie haben weder gesagt, dass diese Unternehmen sich materiell nicht strafbar machen können, noch dass es rechtlich nicht möglich gewesen wäre, dem IStGH eine entsprechende Zuständigkeit zu verleihen.¹²³ Freilich ist es auch richtig, dass bei den Verhandlungen zu diesem Vertrag zum Ausdruck gekommen ist, dass zumindest erhebliche Differenzen in Bezug auf den Umfang und die Umsetzung einer allfälligen Unternehmensverantwortlichkeit bestehen, und dass auch der Grundsatz einer solchen Verantwortlichkeit nicht von allen Staaten geteilt wird.¹²⁴ Die Sosa-Standards, die eine klare Definition und universelle Anerkennung

verantwortlichkeit auszudrücken scheint und auch nicht von einer Präzisierung wie der obigen gefolgt ist, siehe TWC IX, S. 1352 f. („We conclude from the credible evidence before us that the confiscation of the Austin plant based upon German inspired anti-Jewish laws and its subsequent detention by the Krupp firm constitute a violation of Article 43 of the Hague Regulations ...; that it was also a violation of Article 46 of the Hague Regulations; that the Krupp firm, through defendants Krupp, Loeser, Houdremont, Mueller, Janssen, and Eberhardt, voluntarily and without duress participated in these violations“) (auch zit. bei *Ratner* [Anm. 63], S. 478 Fn. 134), S. 1370 („[F]rom 1942 onwards illegal acts of spoliation and plunder were committed by, and in behalf of, the Krupp firm“).

¹¹⁹ Während der Vorbereitung der amerikanischen Nürnberger Nachfolgetribunale war in Memoranda der US-Behörden vereinzelt eine Strafverfolgung von Unternehmen vorgeschlagen und auch als zulässig erachtet worden. Dass man dem nicht folgte, hatte wohl nichts mit völkerrechtlichen Bedenken zu tun; siehe *Bush* (Anm. 97), S. 1150–1152, 1176 f., 1198 f., 1223, 1239, 1247 f. Hingegen bestehen keine Hinweise darauf, dass auch die Strafverfolgungsbehörden in der französischen und der britischen Besatzungszone sowie in Polen solche Ansätze in Betracht zogen (ebd., S. 1221, 1226).

¹²⁰ Zu den Gründen für den Ausschluss von Unternehmen unter dem Römer Statut siehe Nestlé, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *239–43, und *Cassel* (Anm. 89), S. 315 f.

¹²¹ A.M. *Harold Hongju Koh*, Separating Myth from Reality about Corporate Responsibility Litigation, J. Int'l. Econ. L. 7 (2004) S. 263–274, 266, wonach Unternehmen der Genozidkonvention unterstehen sollen.

¹²² Zu den Gründen für deren Nichterfassung von Unternehmen kurz *Bush* (Anm. 97), S. 1227.

¹²³ Siehe die Belege oben in Anm. 120.

¹²⁴ Siehe Nestlé, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *238–41.

einer Völkerrechtsnorm verlangen, sind damit kaum erfüllt.¹²⁵ Und richtig ist auch, dass eine völkerrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit nicht allein negativ mit dem Fehlen des Verbots einer solchen Verantwortlichkeit begründet werden kann, sondern dass ein positiver Nachweis nötig ist.¹²⁶ Sie muss jedoch nicht zwingend im Völkergewohnheitsrecht verankert sein, sondern kann sich aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ergeben, womit sich Abschnitt E.II.2 befassen wird.

Anschliessend an seine völkerstrafrechtlichen Ausführungen ging der Second Circuit auf völkervertragliche Grundlagen für eine Unternehmensverantwortlichkeit ein. Er erwähnte mehrere Staatsverträge, die eine solche Verantwortlichkeit vorsehen, namentlich:

- das Pariser Übereinkommen über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie von 1960,¹²⁷ das direkt eine Haftung für „Inhaber einer Kernanlage“ bei Nuklearunfällen statuiert und in monistischen Systemen unmittelbar anwendbar ist;¹²⁸
- das Wiener Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung für nukleare Schäden von 1963,¹²⁹ dessen Haftungsbestimmungen jenen des Pariser Übereinkommens von 1960 weitestgehend entsprechen;
- das Internationale Übereinkommen über die zivilrechtliche Haftung für Ölverschmutzungsschäden von 1992,¹³⁰ dessen Haftungsnorm für Schiffsbesitzer ebenfalls direkt und unmittelbar anwendbar sein dürfte;¹³¹
- das ILO-Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen von 1949.¹³² Dieses hat u.a. den Schutz der Gewerkschaftsfreiheit von

¹²⁵ Id. at *241. – Dies setzt voraus, dass die Sosa-Standards auf die Unternehmensverantwortlichkeit überhaupt anwendbar sind, was zunächst bedeutet, dass sich diese Frage nach Völkerrecht und nicht nach Landesrecht bestimmt. Dass dem nach ganz herrschender Auffassung so ist, ist in den Abschnitten C.II.2.c) und C.II.2.f) gezeigt worden.

¹²⁶ Kiobel, 621 F.3d at 120–21.

¹²⁷ BGBl 1975 II 959; BBl 2007 5471.

¹²⁸ Siehe die Botschaft des schweizerischen Bundesrates vom 8.6.2007, BBl 2007 5397, 5416; wohl ebenso Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc., 244 F. Supp. 2d 289, 317 (S.D.N.Y. 2003); siehe auch Nestlé, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *230–31.

¹²⁹ BGBl 2001 II 207.

¹³⁰ BGBl 1996 II 671; SR 0.814.291. Dieses Übereinkommen ersetzt das praktisch gleichlautende Brüsseler Übereinkommen von 1969; zu dessen Haftungsbestimmung für Unternehmen siehe *Ratner* (Anm. 63), S. 480.

¹³¹ Siehe *Menno T. Kamminga*, Corporate Obligations under International Law, ILA Rep. 2004, S. 422–427, 424 (das Übereinkommen „directly impose[s] obligations on companies“); ebenso *Talisman*, 244 F. Supp. 2d at 317, und *Argyrios A. Fatouros*, Introduction: Looking for an International Legal Framework for Transnational Corporations, in *ders.* (Hg.), *Transnational corporations: the international legal framework*, 1994 (United Nations Library on Transnational Corporations, Vol. 20), S. 1–37, 22; siehe auch Nestlé, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *230.

¹³² BGBl 1955 II 1123; SR 0.822.719.9.

Arbeitnehmern gegen Arbeitgeber zum Inhalt, richtet sich m.E. jedoch direkt nur an Staaten und spricht damit Unternehmen nicht als Völkerrechtssubjekte an,¹³³

- das UNO-Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität von 2000,¹³⁴ welches sich allerdings auch nur an Staaten richtet und sie verpflichtet, landesrechtliche Strafbestimmungen gegen organisierte Kriminalität (inklusive einer Verantwortlichkeit juristischer Personen) zu erlassen; und
- das OECD-Antikorruptionsübereinkommen von 1997,¹³⁵ für welches dasselbe gilt.

Nebst den vom Gericht genannten existieren noch weitere Staatsverträge, in denen Unternehmen direkt in die Pflicht genommen werden. Zu erwähnen sind insbesondere das UNO-Seerechtsübereinkommen, welches es auch juristischen Personen verbietet, sich den Meeresboden unter der Hohen See oder seine Ressourcen anzueignen,¹³⁶ sowie das Montrealer und das Warschauer Übereinkommen mit ihren Haftungsbestimmungen für den Lufttransport.¹³⁷

Das Gericht erklärte zu all diesen Staatsverträgen kurzerhand, sie beträfen andere Sachbereiche als den Menschenrechtsschutz und seien deshalb dafür irrelevant. Überhaupt könne aus Staatsverträgen nicht auf das Bestehen von entsprechendem Völkergewohnheitsrecht geschlossen werden.¹³⁸ Dies greift jedoch zu kurz. Natürlich kann eine bereichsspezifische Regelung nicht unbesehen verallgemeinert werden. Bei einer grundsätzlich-dogmatischen Frage wie der Völkerrechtssubjektivität von Unternehmen jedoch ist es sehr wohl von allgemeiner Bedeutung, wenn diese in einzelnen Bereichen ausdrücklich anerkannt wird. Dies zeigt auf, dass einer solchen Rechtsfigur zumindest keine grundlegenden Hindernisse entgegenstehen. Zudem kann die bereichsspezifische Regelung unter Umständen als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips gesehen werden, welches anderswo einfach noch nicht kodifiziert worden ist. Zwar ist es eher unwahrscheinlich, dass dies bei den genannten Konventionen (schon) der Fall ist,¹³⁹ aber es kann nicht a priori ausgeschlossen werden. Allerdings

¹³³ A.M. neben der Kiobel-Entscheidung auch Talisman, 244 F. Supp. 2d at 317, m.V. auf *Ratner* (Anm. 63), S. 478 f.

¹³⁴ BGBl 2005 II 956; SR 0.311.54.

¹³⁵ BGBl 1998 II 2327; SR 0.311.21.

¹³⁶ Art. 137 Abs. 1 (zur direkten Verpflichtung von Gesellschaften *Kamminga* [Anm. 131], S. 424).

¹³⁷ BGBl 2004 II 459/SR 0.748.411 bzw. RGL 1933 II 1040/SR 0.748.410, je Art. 17–19. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit dieser Haftungsbestimmungen siehe *Benjamins v. British European Airways*, 572 F.2d 913 (2nd Cir. 1978).

¹³⁸ *Kiobel*, 621 F.3d at 138.

¹³⁹ Verneinend *Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *237–38: „In short, courts have identified various treaties, conventions, and international proclamations as support for the

ist dem Second Circuit Recht zu geben, dass eine Übertragbarkeit zumindest auf das Völkerstrafrecht und den Menschenrechtsschutz schwer zu begründen wäre, da neue einschlägige Konventionen wie das Römer Statut eine Unternehmensverantwortlichkeit eben gerade nicht enthalten und auch sonst keine entsprechende Praxis existiert.¹⁴⁰ Weiter ist zu beachten, dass die erwähnten Staatsverträge bloss Haftungsbestimmungen (liability-distributing rules) und keine Verhaltens- bzw. Verbotsnormen (prohibitory norms) enthalten.¹⁴¹ Der Grundsatz, der aus ihnen allenfalls abgeleitet werden kann, ist deshalb bloss der einer zivilen Haftung von Unternehmen für Grossschadensereignisse, nicht der einer Bindung an Verhaltensnormen, wie es Menschenrechtspflichten sind. Das ATS aber setzt mit der violation of the law of nations gerade die Verletzung solcher Verhaltensnormen voraus.

2. Minderheitsmeinung von Richter Leval

An die Mehrheitsmeinung in *Kiobel* schliesst sich eine individuelle Meinung von Richter Leval an. Dieser hat sich offensichtlich vor allem von rechtspolitischen Erwägungen leiten lassen, indem er auf die Schwächung des internationalen Menschenrechtsschutzes hinweist, die sich aus der Mehrheitsentscheidung ergibt.¹⁴² Zudem argumentiert er mit der Logik.¹⁴³ Positivrechtlich überzeugt seine Position nicht. Sie basiert auf dem falschen Ansatz, das Völkerrecht müsste eine Unternehmenshaftung verbieten (was es tatsächlich nicht tut), wenn Unternehmen unter dem ATS nicht einklagbar sein sollten.¹⁴⁴ Dabei verkennt Leval, dass für die Anwendbarkeit des ATS eine Völkerrechtsverletzung – und zwar durch den Beklagten – vorliegen muss. Eine solche Verletzung setzt eine Völkerrechtsnorm voraus, die den Beklagten bindet. Dass das Völkerrecht kein Verbot enthält, eine solche Norm zu schaffen oder anzuerkennen, reicht dafür selbstverständlich nicht aus. Richter Leval müsste vielmehr eine Völkerrechtsnorm zur Verantwortlichkeit von Unternehmen positiv nachweisen. Nicht gefolgt werden kann ihm wie schon erwähnt auch bei der Aussage, das Völker-

view that international law recognizes corporate liability. However, none of these international law sources provides a well-defined universal consensus regarding corporate liability.“

¹⁴⁰ Siehe *Kiobel*, 621 F.3d at 139; Nestlé, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *237–39.

¹⁴¹ Siehe schon bei und mit Anm. 73.

¹⁴² Siehe u.a. *Kiobel*, 621 F.3d at 149–50, 156–59 (Leval, C.J., concurring only in the judgment).

¹⁴³ Siehe u.a. *id.* at 154 („The improbability that the humanitarian law of nations, which is based in moral judgments reflected in legal systems throughout [recte: the] world and seeks to protect fundamental human rights, would espouse a rule which undermines that objective and lacks any logical justification“).

¹⁴⁴ Siehe *id.* at 151.

strafrecht sei für die Frage der zivilen Unternehmensverantwortlichkeit unter dem ATS ohne Bedeutung.¹⁴⁵

II. Gegenargumente

1. Blosser „liability-distributing rule“?

Auf einer grundlegenden Ebene könnte der Kiobel-Entscheidung entgegengehalten werden, dass es sich bei der Unternehmensverantwortlichkeit nicht um eine Frage der violation of the law of nations handle, sondern um eine blosser liability-distributing rule, die landesrechtlich zu beurteilen sei (und im US-Landesrecht ist die Unternehmensverantwortlichkeit unbestritten). Wie oben dargelegt, ist dieses Argument aber kaum erfolgversprechend.¹⁴⁶ Möglicherweise aus diesem Grund brachte es Richter Leval gar nicht erst vor.

2. Unternehmensverantwortlichkeit als allgemeines Rechtsprinzip?

Die Mehrheitsmeinung erwähnt in einer Fussnote auch das Konzept der allgemeinen Rechtsgrundsätze nach Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut. Sie führt dazu aber bloss aus, zwar habe sich das Konzept der strafrechtlichen Unternehmensverantwortlichkeit in neuerer Zeit stark verbreitet. Dies sei jedoch kein Beleg für dessen völkergewohnheitsrechtliche Natur.¹⁴⁷ Das Gericht ging dabei offenbar davon aus, eine Völkerrechtsnorm im Sinne des ATS müsse zwingend Völkergewohnheitsrecht sein – eine Auffassung, die der Second Circuit und andere Gerichte anderswo auch schon ausdrücklich ausgesprochen haben¹⁴⁸ –; allgemeine Rechtsgrundsätze scheint es höchstens als eine Unterform von Gewohnheitsrecht anzusehen.

¹⁴⁵ Id. at 151–52; dazu oben D.IV.

¹⁴⁶ Siehe C.II.2.c).

¹⁴⁷ Siehe Kiobel, 621 F.3d at 118, 141 n.43.

¹⁴⁸ Siehe Flores v. S. Peru Copper Corp., 414 F.3d 233, 237 n.2 and accompanying text, 247 (2d Cir. 2003); Abagnin v. AMVAC Chem. Corp., 545 F.3d 733, 738 (9th Cir. 2008) („The law of nations is synonymous with ‚customary international law‘“). – Der Ursprung für diese Auffassung könnte in der Aussage von Filártiga v. Peña-Irala, 630 F.2d 876, 888 (2d Cir. 1980), liegen, dass „[i]t is only where the nations of the world have demonstrated that the wrong is of mutual, and not merely several, concern, by means of express international accords, that a wrong generally recognized becomes an international law violation within the meaning of the statute“. Diese seither oft übernommene (siehe z.B. Flores, 414 F.3d at 244) Formel beschreibt einigermaßen zutreffend die Voraussetzungen für Völkergewohnheitsrecht. Für allgemeine Rechtsgrundsätze passt sie hingegen überhaupt nicht, da sich die Landesrechtsregeln, aus denen diese Grundsätze abgeleitet werden, gerade nicht mit internationalen oder als international bedeutsam empfundenen Sachverhalten (also Angele-

Diese Sichtweise ist abzulehnen. Das ATS spricht vom „law of nations“, was das Völkerrecht in seiner Gesamtheit einschliesst (abgesehen vom Staatsvertragsrecht, das separat erwähnt wird). Neben dem Völkergewohnheitsrecht gehören auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze dazu, und diese sind nicht bloss eine Unterform des Gewohnheitsrechts.¹⁴⁹ Man könnte dem allenfalls entgegenhalten, dass allgemeine Rechtsgrundsätze beinahe zwangsläufig an der Sosa-Voraussetzung der klaren Spezifiziertheit¹⁵⁰ scheitern, da sie nicht ausformuliert vorzufinden sind, sondern aus Normen, die sich in (fast) allen nationalen Rechtsordnungen finden, abgeleitet oder herausdestilliert werden, was mit einer gewissen Unschärfe verbunden ist. Es sollte aber Gerichten unter dem ATS dennoch möglich sein, zumindest ergänzend zum Gewohnheitsrecht auch allgemeine Rechtsgrundsätze anzuwenden.

Voraussetzung für einen allgemeinen Rechtsgrundsatz ist jedoch generell, dass diesbezüglich eine echte Lücke im Völkergewohnheits- und Vertragsrecht besteht. Allgemeine Rechtsgrundsätze können nur lückenfüllend zum Zuge kommen.¹⁵¹ Es ginge also nicht an, auf dem Umweg über einen allgemeinen Rechtsgrundsatz der Unternehmenshaftung eine gegenläufige völkergewohnheitsrechtliche Regel des Inhalts, dass Unternehmen eben gerade nicht völkerrechtlich haften, auszuhebeln. Eine solche gegen-

genheiten „of mutual concern“) befassen und sie auch keine „express international accords“ darstellen.

¹⁴⁹ Überzeugender sind in dieser Hinsicht denn auch die Ausführungen in *Doe v. Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010) wo die allgemeinen Rechtsgrundsätze als ein „secondary“ und „gap-filling“ „body of [international] law“ bezeichnet werden (id. at *197–98) und festgestellt wird, dass „international law sometimes looks to ‚general principles common to the major legal systems of the world‘ that operate ‚interstitially‘ to fill gaps in international law ‚when there has not been practice by states sufficient to give the particular principle status as customary law and the principle has not been legislated by general international agreement“ (id. at *253 n.70, m.V. auf Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States [zit. „Restatement“] § 102(1)(c) & cmt. l). Auch dieses Gericht scheint aber die Rechtsnatur dieser Völkerrechtsquelle nicht richtig zu erfassen, indem es sie offenbar nur als sekundäre Völkerrechtsquelle i.S.v. Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH-Statut ansieht (id. at *198 n.61) und für ihre Entstehung wie bei Gewohnheitsrecht eine *opinio iuris* voraussetzt (id. at *253 n.70: Es müsse sich um landesrechtliche Normen handeln, die als „matters of mutual, and not merely several, concern“ angesehen würden. Die betreffenden landesrechtlichen Regeln sind dies jedoch per definitionem nicht, sondern regeln erst nach ihrer Transponierung auf die Völkerrechtsebene zwischenstaatlich relevante Sachverhalte). – Als Beispiele für allgemeine Rechtsgrundsätze genannt worden sind das Verbot des Rechtsmissbrauchs (*Barcelona Traction*, C.I.J. Rec. 1970, p. 324, par. 32 (op. ind. Ammoun)), der Grundsatz der Verjährung von Ansprüchen (Restatement § 102 cmt. l) sowie der Anspruch eines Grundeigentümers ohne direkten Zugang zu einem öffentlichen Verkehrsweg auf einen Notweg über ein Nachbargrundstück (*Right of Passage over Indian Territory*, I.C.J. Rep. 1960, pp. 11–12).

¹⁵⁰ Wie erwähnt könnte man die Geltung dieses Standards für die Frage der Unternehmensverantwortlichkeit auch überhaupt verneinen, was hier jedoch nicht gemacht wird (siehe oben C.II.2.f)).

¹⁵¹ Siehe oben Anm. 149.

läufige Regel liegt aber wohl nicht vor, so dass man von einer echten Lücke ausgehen kann.

Demnach besteht grundsätzlich die Möglichkeit, den Grundsatz der Unternehmenshaftung als allgemeines Rechtsprinzip den nationalen Rechtsordnungen zu entnehmen und auf das Völkerstrafrecht oder den Menschenrechtsschutz – d.h. auf die Verhaltensnormen, deren Verletzung Anlass zur Anwendung des ATS gibt – zu übertragen. Die Frage ist jedoch, in welchen Bereichen des Landesrechts sich dieser Grundsatz finden müsste, und ob er dort weit genug verbreitet ist.

Wohl nicht als Ausgangspunkt dienen kann die – wiewohl universell geltende¹⁵² – zivilrechtliche Haftung von Unternehmen für unerlaubte Handlungen,¹⁵³ denn diese begründet keine (oder zumindest nicht zwingend eine) Verletzung des Landesrechts (analog der violation of the law of nations). Wenn etwa ein Transportunternehmen einem Kunden den Wert eines Schrankes erstatten muss, der bei einem Umzug beschädigt wurde, weil ein Angestellter ihn nicht sachgemäss befestigt hatte, kann kaum davon gesprochen werden, das Unternehmen habe „das Recht verletzt“.¹⁵⁴ Dies gilt generell bei Gefährdungshaftungen; mit ihnen soll nicht das Verhalten des Haftpflichtigen gesteuert, sondern das Risiko sachgerecht verteilt werden. Diese Haftungsbestimmungen sind, mit anderen Worten, verhaltensneutral und nicht verhaltensbestimmend. Und auch bei Haftungstatbeständen, die gleichzeitig Rechtsverletzungen darstellen – z.B. die Haftung eines Mörders für den Unterhaltsschaden der Opferfamilie –, ist es nicht das zivile Haftungsrecht, gegen das der Täter verstoßen oder das er verletzt hat, sondern die betreffende Strafnorm. Für die Geltung völkerrechtlicher Verhaltensnormen auch für Unternehmen bieten nationale zivilrechtliche Haftungsgrundsätze deshalb keine Basis.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen in den Landesrechtsordnungen wäre demgegenüber eine potentielle Grundlage für einen entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatz. Diese Verantwortlichkeit ist jedoch zu wenig weit verbreitet, als dass man von einem allgemeinen Rechtsgrundsatz sprechen könnte. Verschiedenen Ländern, darunter auch Deutschland,¹⁵⁵ ist das Konzept immer noch fremd.¹⁵⁶ An-

¹⁵² *Cassel* (Anm. 89), S. 322, zit. in Kiobel, 621 F.3d at 160.

¹⁵³ A.M. Brief in Opposition to Conditional Cross-Petition to Petition for Writ of Certiorari at 18, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, No. 09–1418 (June 23, 2010), und Supplemental Brief of Respondents at 7–8, *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, No. 09–1418 (July 21, 2010), wo die Tatsache, dass alle Rechtsordnungen eine „corporate civil liability“ kennen und diese deshalb ein allgemeiner Rechtsgrundsatz sei, als Argument für eine Unternehmensverantwortlichkeit unter dem ATS genannt wird.

¹⁵⁴ Siehe auch schon oben bei Anm. 73.

¹⁵⁵ *Bush* (Anm. 97), S. 1229 Fn. 514.

¹⁵⁶ Siehe Kiobel, 621 F.3d at 151–52 (Leval, C.J.); *Cassel* (Anm. 89), S. 315, 322; *International Commission of Jurists, Corporate Complicity & Legal Accountability*, vol. 2: Crimi-

dere kennen es nur in beschränktem Umfang, z.B. bei Handlungen von höheren Führungsorganen,¹⁵⁷ bei bestimmten Delikten, subsidiär zur individuellen Verantwortlichkeit oder bei Vorliegen eines Organisationsverschuldens¹⁵⁸.¹⁵⁹ Eine generelle Unternehmensverantwortlichkeit ist daher gewiss kein allgemeiner Rechtsgrundsatz. Dies könnte höchstens für den kleinsten gemeinsamen Nenner der Fall sein, der vielleicht in einer Unternehmensverantwortlichkeit für Korruption und Geldwäsche in Fällen eines Organisationsverschuldens bestünde.

Im Ergebnis, nicht aber in der Begründung, ist dem Second Circuit deshalb zuzustimmen, dass sich die Unternehmensverantwortlichkeit nicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz begründen lässt.

3. Gegenteilige frühere Judikatur

Der Kiobel-Entscheidung könnte entgegengehalten werden, dass zahlreiche andere Urteile zuvor die Einklagbarkeit von Unternehmen unter dem ATS bejaht haben.¹⁶⁰ Eine Lektüre dieser Urteile zeigt jedoch, dass sie dies mit einer Ausnahme¹⁶¹ nicht auf Grundlage einer substantiellen Untersuchung getan haben, sondern entweder nur zu Zwecken der Argumentation (*arguendo*),¹⁶² stillschweigend,¹⁶³ oder mit einer selbstreferentiellen¹⁶⁴ oder

nal Law and International Crimes, 2008, S. 57. Zur Entwicklung der Strafbarkeit von Unternehmen in den Ländern, die eine solche kennen, *Bush* (Anm. 97), S. 1152 f.

¹⁵⁷ Siehe *Doe v. Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *241 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010).

¹⁵⁸ Zum unterschiedlichen Verschuldensmassstab siehe *Ratner* (Anm. 63), S. 523. Für *Ratner* folgt schon daraus das Fehlen eines entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes.

¹⁵⁹ Siehe z.B. Art. 102 StGB CH.

¹⁶⁰ Siehe *Nestlé*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *192: „Defendants argue that international law does not extend liability to corporations. ... With a single exception, this argument has been uniformly rejected or ignored by other courts.“ Die Ausnahme ist Richter Korman dissenting opinion in *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254, 321–26 (2d Cir. 2007).

¹⁶¹ Die Entscheidungen *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 308–19 (S.D.N.Y. 2003), und 374 F. Supp. 2d 331, 335–37 (2005), enthalten eine ausführliche Begründung für das Bestehen einer völkerrechtlichen Unternehmensverantwortlichkeit, welche aber aus den in diesem Artikel dargelegten Gründen dennoch nicht überzeugt.

¹⁶² *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244, 261 n.12 (2d Cir. 2009) („We will ... assume, without deciding, that corporations ... may be held liable for ... violations of customary international law“); *Carmichael v. United Tech. Corp.*, 835 F.2d 109, 113–14 (5th Cir. 1988).

¹⁶³ *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009); *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002); *Sarei v. Rio Tinto*, 487 F.3d 1193 (9th Cir. 2007); weitere Belege bei *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289, 311–15 (S.D.N.Y. 2003).

¹⁶⁴ *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*, 578 F.3d 1252, 1263 (11th Cir. 2009), bejaht eine Unternehmenshaftung unter dem ATS mit Verweis auf *Romero v. Drummond Co.*, 552 F.3d 1303 (11th Cir. 2008), und *Aldana v. Del Monte Fresh Produce, N.A., Inc.*, 416 F.3d 1242 (11th Cir. 2005). In *Aldana* qualifizierte das Gericht jedoch die Handlungen des beklagten Unternehmens als Staatshandeln (*state action*), da sie in Zusammenwirken mit staatlichen

rechtspolitischen¹⁶⁵ Begründung. Neuere Entscheide, die sich wie Kiobel gründlich mit dem Thema auseinandergesetzt haben, sind demgegenüber zum selben Schluss gekommen wie der Second Circuit.¹⁶⁶ Dies deutet stark darauf hin, dass dessen Position überzeugt und deshalb auch vom Supreme Court oder von Berufungsgerichten in anderen Circuits gestützt werden wird.

III. Relativierung der Entscheidung

1. Verantwortlichkeit von Angestellten und Führungspersonen

Die praktische Tragweite der Kiobel-Entscheidung wird zunächst dadurch relativiert, dass weiterhin Klagen gegen Angestellte und Führungspersonen von Unternehmen möglich sind.¹⁶⁷ Auf diese Weise können indirekt

Organen begangen wurden (für die Unternehmensverantwortlichkeit in solchen Konstellationen siehe unten E.III.2). Für eine Verantwortlichkeit von Unternehmen für ihr privates Handeln gibt die Entscheidung deshalb nichts her. Und Romero begründete seine Aussage „[T]he law of this Circuit is that this statute grants jurisdiction from complaints of torture against corporate defendants“ (552 F.3d at 1315) nur mit einem Verweis auf Aldana. Inhaltlich mit der Unternehmenshaftung auseinandergesetzt hat sich der elfte Circuit deshalb nie.

¹⁶⁵ In re Agent Orange Prod. Liab. Litig., 373 F. Supp. 2d 7, 58–59 (E.D.N.Y. 2005) („Limiting civil liability to individuals while exonerating the corporation directing the individual’s action through its complex operations and changing personnel makes little sense in today’s world ... Defendants present no policy reason why corporations should be uniquely exempt from tort liability under the ATS“) (dazu auch Kiobel, 621 F.3d at 140 n.41); Iwanowa v. Ford Motor Co., 67 F. Supp. 2d 424, 445 (D.N.J. 1999) („No logical reason exists for allowing private individuals and corporations to escape liability for universally condemned violations of international law merely because they were not acting under color of law“; es handelt sich um ein obiter dictum, da die beklagten Ford-Gesellschaften als „de facto state actors“ qualifiziert wurden).

¹⁶⁶ Siehe Doe v. Nestlé, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *191–255 (C.D. Cal. Sept. 8, 2010), und Flomo v. Firestone Natural Rubber Co., 744 F. Supp. 2d 810 (S.D. Ind. 2010). (Letztere Entscheidung weicht von Kiobel insofern ab, als sie bei einer Klage gegen ein Unternehmen nicht schon die subject matter jurisdiction verneinen und deshalb gar nicht darauf eintreten, sondern sie erst materiellrechtlich abweisen will. Der Ansatz von Kiobel ist jedoch deutlich überzeugender, und zwar sowohl wenn man an die subject matter jurisdiction unter dem ATS dieselben Voraussetzungen stellt wie bei der „federal question jurisdiction“ (28 U.S.C. § 1331) (wie das Sarei v. Rio Tinto, 487 F.3d 1193, 1201 n.5 (9th Cir. 2007), Roe v. Bridgestone Corp., 492 F. Supp. 2d 988, 1004–06 (S.D. Ind. 2007), und implizit auch Flomo, 744 F. Supp. 2d at 813, selber, tun), wie – und umso mehr – wenn man dafür einen höheren Grad der Glaubhaftmachung einer Völkerrechtsverletzung verlangt (was Khulumani v. Barclay Nat’l Bank Ltd., 504 F.3d 254, 309–10 (2d Cir. 2007) (Korman, D.J., concurring in part and dissenting in part), Kadić v. Karadžić, 70 F.3d 232, 238 (2d Cir. 1995), Arndt v. UBS AG, 342 F. Supp. 2d 132, 138 (E.D.N.Y. 2004), und In re Sinaltrainal Litig., 474 F. Supp. 2d 1273, 1283–1287 (S.D. Fla. 2006), vertreten).) Siehe auch Viera v. Eli Lilly & Co., 2010 U.S. Dist. LEXIS 103761, at *7 (S.D. Ind. Sept. 30, 2010), wo die Kiobel-Entscheidung ohne weitere Erläuterungen als „persuasive“ bezeichnet wird.

¹⁶⁷ Siehe Kiobel, 621 F.3d at 149 (majority opinion); id. at 151 (Leval, C.J., concurring

auch die Unternehmen zur Kasse gebeten werden, da sie ihre Angestellten mutmasslich für deren Prozesskosten und das Urteil entschädigen werden. Die betreffenden Schadenersatzurteile dürften allerdings deutlich geringer ausfallen als jene gegen die Unternehmen selber, da die Höhe jedenfalls des Strafschadenersatzes auch vom Vermögen des Beklagten abhängt.^{168, 169} Das geringere und zudem oft nur ausserhalb der USA befindliche Vermögen der Angestellten macht auch die Vollstreckung eines allfälligen Urteils weniger aussichtsreich,¹⁷⁰ was Opfer von vornherein von Klagen abhalten kann. Zudem besteht die Notwendigkeit, den einzelnen Beklagten ihre individuellen Tatbeiträge nachzuweisen, was in komplexen Organisationen wie multinationalen Unternehmen notorisch schwierig ist.¹⁷¹ Es ist gut denkbar, dass die einzelnen Angestellten isoliert betrachtet keine Schuld etwa an einem Grossunfall wie der Bhopal-Katastrophe trifft, dass aber dem Unternehmen als ganzem vorgeworfen werden kann, seine Sorgfaltpflichten missachtet zu haben.¹⁷² Auch die Begründung der Gerichtsbarkeit (personal jurisdiction) über den Beklagten ist bei einer natürlichen Person – wenn es sich nicht um einen Amerikaner handelt oder Handlungen in den USA in Frage stehen – viel schwieriger. In Frage kommt immerhin die sog. tag jurisdiction durch persönliche Zustellung der Klageschrift, wie sie etwa auch bei der ATS-Klage gegen Radovan Karadžić erfolgreich angewandt wurde.¹⁷³

Trotz diesen Schwierigkeiten ist zu vermuten, dass Klagen gegen Angestellte und Führungspersonen nach Kiobel – notgedrungen – zunehmen werden.¹⁷⁴ Und gemäss der Argumentation eines US-Bezirksgerichts könnte dies sogar dazu führen, dass das ATS eine stärkere Abschreckungswirkung entfaltet. Denn bisher hätten Angestellte davon ausgehen können, dass sie bei allfälligen Völkerrechtsverletzungen nicht selber angeklagt

only in the judgment); Nestlé, 2010 U.S. Dist. LEXIS 98991, at *252. Für bisherige Beispiele solcher Klagen siehe *Romero v. Drummond Co.*, 552 F.3d 1303 (11th Cir. 2008) (Klage u.a. gegen den „president of the mining operations“ einer kolumbianischen Tochtergesellschaft eines US-Kohleunternehmens), und *Roe v. Bridgestone Corp.*, 492 F. Supp. 2d 988 (S.D. Ind. 2007) (Klage u.a. gegen die Verwaltungsratspräsidenten zweier Tochtergesellschaften des Firestone-Konzerns).

¹⁶⁸ Siehe *Licea v. Curaçao Drydock Co.*, 584 F. Supp. 2d 1355, 1364 (S.D. Fla. 2008); *Filártiga v. Peña-Irala*, 577 F. Supp. 860, 866 (E.D.N.Y. 1984); BGHZ 118, 312 (336); siehe aber immerhin auch *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 427–28 (2003) (das Vermögen dürfe nur ein Faktor unter anderen sein).

¹⁶⁹ *Cassel* (Anm. 89), S. 321 f.

¹⁷⁰ Siehe *Ratner* (Anm. 63), S. 473; *Keitner* (Anm. 40), S. 64 Fn. 11; *Scarborough* (Anm. 44), S. 460 Fn. 16 („Most individual ATS defendants are judgment proof“).

¹⁷¹ Dies war auch ein zentraler Grund, weshalb mindestens ein Mitglied der amerikanischen Strafverfolgungsbehörden in Nürnberg vorschlug, deutsche Unternehmen als solche anzuklagen (*Bush* [Anm. 97], S. 1150, 1247 f.; siehe auch schon oben Anm. 119).

¹⁷² Siehe *Ratner* (Anm. 63), S. 474.

¹⁷³ Siehe *Kadić v. Karadžić*, 70 F.3d 232, 246–47 (2d Cir. 1995).

¹⁷⁴ Siehe *Keitner* (Anm. 117), bei Fn. 29.

würden, da ein Vorgehen gegen das Unternehmen für die Opfer fast immer attraktiver (gewesen) sei. Die Gefahr einer persönlichen Haftung könnte hier ein Umdenken bewirken.¹⁷⁵

2. Verantwortlichkeit von Unternehmen als funktionalen Staatsorganen

Teilweise relativiert würde die Kiobel-Entscheidung auch dann, wenn an sich private Unternehmen aufgrund von Verbindungen zum Staat, in dem sie tätig sind, selber als staatliche Organe gälten und als solche verklagbar wären. Schliesslich bezieht sich die Kiobel-Entscheidung bloss auf die völkerrechtliche Haftung von Unternehmen, die in privater, d.h. nicht-hoheitlicher Funktion handeln; die Einklagbarkeit juristischer Personen, die Staatsorgane darstellen, ist davon nicht betroffen. Es fragt sich jedoch, ob solche Klagen überhaupt möglich sind, und wenn ja, welche Voraussetzungen ein privates Unternehmen dafür erfüllen müsste.

Unbestritten ist, dass ein Staat für Handlungen seiner Organe, auch wenn sie rechtlich selbständig organisiert sind, völkerrechtlich verantwortlich ist. Unter dem ATS sind demnach Klagen gegen Staaten möglich, deren als juristische Personen organisierte Organe Menschenrechtsverletzungen begangen haben. Der Staat hat hier rechtlich gesehen durch seine Organe selber Völkerrecht verletzt.

Weniger klar ist, ob in solchen Situationen neben dem Staat auch das betreffende Organ völkerrechtlich eigenständig verantwortlich ist und damit unter dem ATS eingeklagt werden könnte. In der US-Rechtsprechung¹⁷⁶ und auch in der Literatur¹⁷⁷ ist dies jedoch bejaht worden, und zwar gerade auch dann, wenn das Staatsorgan ein privates Unternehmen ist. Unter der Annahme, dass dies zutrifft, ist als nächstes zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen ein solches Unternehmen als Staatsorgan gilt.

Dies wird zunächst dann der Fall sein, wenn es sich um ein eigentliches Staatsunternehmen handelt, das nur formell privat ist, wie z.B. eine staatliche Ölgesellschaft.¹⁷⁸ Um solche geht es im vorliegenden Kontext jedoch kaum. Vielmehr interessiert die Frage, ob ein Unternehmen, das im All-

¹⁷⁵ Siehe *Flomo v. Firestone Natural Rubber Co.*, 744 F. Supp. 2d 810, 817 (S.D. Ind. 2010). Weiter wird dort auch argumentiert, eine persönliche Haftung der verantwortlichen Personen sei gerechter, weil dann nicht unschuldige Drittpersonen (Aktionäre usw.) für die Verfehlungen anderer mitbüßen müssten.

¹⁷⁶ Explizit *Iwanowa v. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp. 2d 424, 445–46 & n.27 (D.N.J. 1999), und implizit auch alle anderen Entscheidungen, die ATS-Klagen gegen Unternehmen, die in staatlicher Organeigenschaft handelten, zuließen.

¹⁷⁷ *Drimmer* (Anm. 2), S. 18, Fn. 7; *Ratner* (Anm. 63), S. 497 f.

¹⁷⁸ Vgl. 28 U.S.C. § 1603(b)(2), wonach als „agency or instrumentality of a foreign state“ u.a. ein Unternehmen gilt, dessen Aktien mehrheitlich im Besitz eines ausländischen Staats sind.

gemeinen kein Staatsorgan ist, in einzelnen Situationen – funktional – doch als solches zu gelten hat.

Man wird dies generell dann bejahen können, wenn die Tätigkeiten des Unternehmens dem Staat unter dem Aspekt der Staatenverantwortlichkeit zuzurechnen sind. Dies ist zunächst dann der Fall, wenn das Unternehmen in Ausübung delegierter staatlicher Hoheitsbefugnisse gehandelt hat.¹⁷⁹ Zu denken ist hier insbesondere an private Sicherheitsunternehmen, denen z.B. polizeiliche oder militärische Aufgaben übertragen wurden.¹⁸⁰ Eine funktionale Staatsorganschaft wird auch vorliegen, wenn der Staat die betreffende Unternehmenstätigkeit entweder kontrolliert – d.h. beherrscht – oder angeordnet hat.¹⁸¹ Dasselbe wird schliesslich gelten, wenn ein (Gast-)Staat ein Unternehmen in einem Gebiet de facto frei schalten und walten lässt und dort selbst gar nicht präsent ist, so dass das Unternehmen auch quasi-hoheitliche Aufgaben übernimmt.¹⁸²

Gerade wegen des Wegfalls der Beihilfeverantwortlichkeit von Unternehmen unter dem ATS ist sodann von grosser Bedeutung, ob auch eine Zusammenarbeit oder ein Zusammenwirken von Staat und Unternehmen letzteres zu einem funktionalen Staatsorgan bzw. das Unternehmenshandeln zu einem Staatshandeln machen kann. Die ATS-Rechtsprechung bejaht dies unter dem Titel „state action“ schon dann, wenn ein Privater „in concert“ mit dem Staat gehandelt hat¹⁸³ – eine Formel, die aus der US-Grundrechtsrechtsprechung¹⁸⁴ übernommen wurde. Bei der Übernahme solcher landesrechtlichen Standards in das Völkerrecht ist allerdings Vorsicht geboten.¹⁸⁵

¹⁷⁹ Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, ILC Y.B. 2001, vol. II, pt. 2 (zit. „Draft art. ...“), pp. 26–143, art. 5; *Ratner* (Anm. 63), S. 500.

¹⁸⁰ Siehe für ein Beispiel *Saleh v. Titan Corp.*, 580 F.3d 1 (D.C. Cir. 2009) (Klage gegen zwei private Sicherheitsunternehmen, die im Auftrag der US-Armee in Abu Ghraib Gefangene vernahmen und dabei misshandelt haben sollen).

¹⁸¹ Siehe Draft art. 8 (Anm. 179) sowie *Ratner* (Anm. 63), S. 499 f., beide mit Verweis auf das Nicaragua-Urteil des IGH und das Tadić-Urteil des ICTY.

¹⁸² Draft art. 9 (Anm. 179); *Ratner* (Anm. 63), S. 500, 509, 517.

¹⁸³ Siehe *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163, 188 (2d Cir. 2009), m.V. auf *Kadić v. Karadžić*, 70 F.3d 232, 245 (2d Cir. 1995).

¹⁸⁴ Es geht dabei zum einen um Urteile zum Handeln „under color of law“ nach 42 U.S.C. § 1983, zum andern um solche zur „state action“ insb. unter dem 14. Amendment (wie *Lugar v. Edmondson Oil Co.*, 457 U.S. 922 (1982), wonach eine joint participation von Staat und Privatem das Verhalten des Privaten zu einer state action macht).

¹⁸⁵ Die Draft articles der ILC (Anm. 179) sehen in solchen Konstellationen überhaupt keine Staatenverantwortlichkeit vor. Damit ist jedoch die vorliegende Frage – ob Völkerrechtsnormen, die sich nur an Staaten richten, u.U. nicht auch durch Private verletzt werden können – noch nicht zwingend beantwortet. Es wäre möglich – wenn auch unwahrscheinlich –, dass der Staat als solcher für ein Verhalten eines Privaten nicht haftet, der Private aber dennoch im Sinne der verletzten Norm als Staatsorgan bzw. sein Verhalten als Staatshandeln gilt. Ablehnend dazu aber *Doe I v. Exxon Mobil Corp.*, 393 F. Supp. 2d 20, 26 (D.D.C. 2005) („Grafting § 1983 color of law analysis onto international law claims would be an end-run

In all diesen Situationen ergibt sich freilich das Problem, dass ein Unternehmen, wenn und soweit es als funktionales Staatsorgan gilt, auch Immunität geniessen könnte.¹⁸⁶ Unter dem Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA) ist auch eine „agency or instrumentality of a foreign state“ mit separater Rechtspersönlichkeit vor der US-Gerichtsbarkeit immun.¹⁸⁷ Allerdings setzt das voraus, dass diese juristische Person auch unter dem Recht des betreffenden Staates gegründet wurde,¹⁸⁸ was bei den unter dem ATS beklagten Unternehmen praktisch nie der Fall ist. Auch an der Voraussetzung, dass es sich um ein „organ of a foreign state“ handeln muss,¹⁸⁹ wird es wohl fehlen, da dafür eine viel engere Bindung als ein nur punktuelles Tätigwerden für den fremden Staat verlangt wird.¹⁹⁰ Es wäre zu untersuchen, ob der FSIA damit e contrario eine Immunität solcher faktischen Staatsorgane ausschliesst, oder ob diesbezüglich einfach die allgemeinen völkergewohnheitsrechtlichen Regeln zum Zuge kommen.¹⁹¹ Theoretisch wäre auch denkbar, dass grundsätzlich zwar das Völkergewohnheitsrecht anwendbar wäre, ergänzend aber auch Bestimmungen des FSIA (v.a. dessen Ausnahmen von der Immunität¹⁹²) analog herangezogen würden. Beim Völkergewohnheitsrecht stellt sich sodann die Frage, ob rein funktionale

around the accepted principle that most violations of international law can be committed only by states“).

¹⁸⁶ Aus diesem Grund wollten die Kläger in *Saleh v. Titan Corp.*, 580 F.3d 1 (D.C. Cir. 2009), die Misshandlungen durch private Unternehmen nicht als staatliche Handlungen qualifiziert haben. Zwar hätte sich so eine Völkerrechtsverletzung eher begründen lassen, aber im Gegenzug war zu befürchten, dass den Unternehmen Immunität zubilligt würde (id. at 15–16, 16: „[A]ppellants are caught between Scylla and Charybdis: they cannot artfully allege that the contractors acted under color of law for jurisdictional purposes while maintaining that their action was private when the issue is sovereign immunity“).

¹⁸⁷ 28 U.S.C. § 1603(a)–(b).

¹⁸⁸ Id. § 1603(b)(3).

¹⁸⁹ Id. § 1603(b)(2).

¹⁹⁰ Siehe *Michael A. Granne*, Defining „Organ of a Foreign State“ Under the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, U.C. Davis L. Rev. 42 (2008), S. 1–56, insbesondere S. 22, wo die Faktoren aufgezählt werden, welche Gerichte bei der Bestimmung der Organ-Qualität mehrheitlich verwenden. Ein ausländisches Unternehmen, das mit einem Gaststaat bei Menschenrechtsverletzungen kooperiert, wird in der Regel keinen einzigen dieser Faktoren erfüllen. Dasselbe gilt für die Faktoren, die Granne selber auf S. 47–54 vorschlägt. Siehe auch *Keitner* (Anm. 40), S. 102: „[T]he language of the FSIA specifically limits its reach to ‚agencies and instrumentalities‘ of foreign states, which does not encompass independent corporate accomplices“.

¹⁹¹ Wie das bei der Immunität natürlicher Personen der Fall ist, die gemäss *Samantar v. Yousuf*, 130 S. Ct. 2278 (2010), dem FSIA nicht unterstehen, für die aber die Immunitätsregeln des „common law“ (womit wohl das Völkergewohnheitsrecht gemeint ist) gelten sollen.

¹⁹² 28 U.S.C. §§ 1605–1605A.

Staatsorgane überhaupt Immunität geniessen¹⁹³ und ob eine Immunität auch im Fall von Völkerrechtsverbrechen Bestand hat.¹⁹⁴

Schliesslich ist noch auf die umgekehrte Konstellation hinzuweisen, bei der der Staat als ausführendes Organ des Unternehmens tätig wird, etwa indem die Justiz infolge von Machenschaften eines Unternehmens eine diesem im Wege stehende Person zu Unrecht inhaftiert.¹⁹⁵ Das Verhalten des Unternehmens selbst kann hier wohl kaum als Staatshandeln qualifiziert werden,¹⁹⁶ aber ev. könnte das Unternehmen stellvertretend für das Handeln des Staates – welches natürlich ein Staatshandeln darstellt – haftbar gemacht werden.¹⁹⁷ Mit der Verantwortlichkeit würde sich wohl auch die hoheitliche Natur der Handlung auf das Unternehmen übertragen, gleichzeitig aber ev. wiederum die Immunität.

¹⁹³ Dazu scheint, jedenfalls in Bezug auf private Unternehmen, keine Judikatur vorzuliegen, und auch in der Lehre zeigt sich kein Konsens. Siehe United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, G.A. Res. 59/38 [2004], Annex, art. 2(1)(b)(iii) i.V.m. art. 5 (Staatenimmunität gilt auch für „agencies or instrumentalities of the State or other entities [„including private entities“: ILC Y.B. 1991, vol. II, pt. 2, p. 17 para. 14], to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State“); *Benedetto Conforti*, In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri, Riv. Dir. Int. 93 (2010), S. 5–14, 8 (trotz der Zurechenbarkeit der Handlung eines Organs an den Staat muss das Organ nicht zwingend immun sein); Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, ILC Y.B. 1999, vol. II, pt. 2, pp. 149–73, 157 paras. 22–23 (unterschiedliche Meinungen zu dieser Frage).

¹⁹⁴ In der Lehre wird dies tendenziell verneint (siehe *Andrea Atteritano*, Immunity of states and their organs: the contribution of Italian jurisprudence over the past ten years, Ital. Y.B. Int'l. L. 19 [2009] S. 33–56, 55), der Internationale Gerichtshof ist aber jedenfalls in Bezug auf die Immunität von Aussenministern anderer Meinung (Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, C.I.J. Rec. 2002, p. 23–24, par. 56–58), und auch in der Staatenpraxis wird eine solche Ausnahme von der Immunität bisher kaum anerkannt (siehe den ILC Working Group Report [Anm. 193], p. 172).

¹⁹⁵ Für Praxisbeispiele siehe *Chowdhury v. WorldTel Bangladesh Holding, Ltd.*, 588 F. Supp. 2d 375 (E.D.N.Y. 2008), und *Eastman Kodak Co. v. Kavlin*, 978 F. Supp. 1078 (S.D. Fla. 1997).

¹⁹⁶ Gl. M. Doe I v. Exxon Mobil Corp., 393 F. Supp. 2d 20, 27 (D.D.C. 2005); a.M. Doe I v. Unocal Corp., 110 F. Supp. 2d 1294, 1307 (C.D. Cal. 2000) (ein Privater handle „under color of law“, wenn er die völkerrechtswidrigen Handlungen eines Beamten veranlasse); siehe auch Doe I v. Unocal Corp., 395 F.3d 932, 954 n.32 (9th Cir. 2002) (bestätigt Letzteres im Grundsatz).

¹⁹⁷ Siehe *Ratner* (Anm. 63), S. 504–506, wo eine „superior or command responsibility“ von Unternehmen (analog zu solchen Konzepten bei der Verantwortlichkeit militärischer Vorgesetzter) diskutiert wird. *Ratner* kommt zum Schluss, dass „command responsibility itself seems a justifiable basis for corporate duties in situations where corporations are indeed superiors to governmental actors“ (S. 506). In Frage käme hier aber m.E. eher eine Haftung aufgrund agency (dazu Abschnitt C.II.2.d)).

3. Problematik des Durchgriffs auch bei Anerkennung einer Unternehmensverantwortlichkeit

In untechnischer Weise ist in diesem Aufsatz jeweils von Unternehmen die Rede gewesen; rechtlich sind aber nicht Unternehmen Rechtssubjekte, sondern einzelne Gesellschaften. Bei Unternehmen, welche sich aus mehreren Gesellschaften zusammensetzen – also Konzernen –, muss deshalb grundsätzlich gegen die einzelnen Gesellschaften, welche die Verfehlungen begangen haben, geklagt und ihnen eine konkrete Verantwortlichkeit nachgewiesen werden. Nur in Extremfällen ist ein Durchgriff oder eine agency-Haftung möglich.¹⁹⁸ In *Kiobel* etwa hat Richter Leval diese Möglichkeit verneint.¹⁹⁹ Die Klage gegen die beiden Konzernobergesellschaften wäre deshalb wohl sowieso gescheitert, selbst wenn eine Unternehmenshaftung grundsätzlich bejaht worden wäre.

Insofern drängen sich Klagen gegen jene Konzerngesellschaften auf, die möglichst „tatnah“ sind, d.h. die Tochtergesellschaften vor Ort. Diese unterstehen freilich oft nicht der personal jurisdiction der USA.²⁰⁰ So wurde in *Kiobel* auch gegen die nigerianische Tochtergesellschaft geklagt, das Gericht trat auf diesen Teil der Klage aber mangels personal jurisdiction nicht ein.²⁰¹

Besonders hürdenreich wird es, wenn nicht klassische Konzernstrukturen mit 100 %-Beteiligungen vorliegen, sondern Joint Ventures, was gerade bei Aktivitäten ausländischer Unternehmen in Entwicklungsländern – speziell im Rohstoffsektor – oft der Fall ist.²⁰² Ein Durchgriff dürfte hier so

¹⁹⁸ *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244, 268 (2d Cir. 2009), hat die Frage offen gelassen, unter welchem Recht (Völkerrecht oder Landesrecht, und wenn letzteres, welches) die Frage des Durchgriffs zu beurteilen wäre. Die Wahl zwischen Völker- und Landesrecht wird davon abhängen, ob man den Durchgriff als Aspekt der Verhaltensregelung (conduct-regulating norm) oder als eine bloss liability-distributing rule ansieht, wobei Letzteres vorzuziehen ist.

¹⁹⁹ *Kiobel*, 621 F.3d at 194–96 (Leval, C.J.).

²⁰⁰ Die Begründung einer personal jurisdiction aufgrund eines Durchgriffs (d.h. die Zurechnung der Forumskontakte der Mutter- auf die Tochtergesellschaft) ist zwar möglich, aber ähnlich schwierig wie ein materieller Durchgriff.

²⁰¹ Siehe *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 61452 (S.D.N.Y. June 21, 2010); 621 F.3d at 189 (Leval, C.J.). – Für ein analoges Beispiel siehe *Flomo v. Firestone Natural Rubber Co.*, 744 F. Supp. 2d 810, 812 (S.D. Ind. 2010) (personal jurisdiction über die Tochtergesellschaft *Firestone Liberia* verneint, über die – durchgriffsweise verantwortlich gemachte – amerikanische Muttergesellschaft *Firestone Natural Rubber Co.* aber bejaht).

²⁰² Siehe *Kiobel*, 621 F.3d at 189 n.50 (Leval, C.J.) (die nigerianische Tochtergesellschaft des Shell-Konzerns „is the ... 30% owner of a joint venture engaged in oil exploration, refinement, and extraction in Nigeria“); *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244, 248 (2d Cir. 2009) (Joint Venture zwischen ausländischen Ölkonzernen sowie einem sudanesischen Staatsunternehmen zur Ölförderung im Sudan); *Bowoto v. Chevron Texaco Corp.*, 312 F. Supp. 2d 1229, 1233 (N.D. Cal. 2004) (Joint Venture von Chevron mit der staatlichen Ölgesellschaft Nigerias); *Doe I v. Unocal Corp.*, 110 F. Supp. 2d 1294, 1297–99 (C.D. Cal. 2000) (Joint Venture zwischen ausländischen Ölkonzernen und der staatlichen Öl- und Gasgesellschaft Myanmar).

gut wie nie möglich sein, da es an einer beherrschenden Kontrolle durch eines der beteiligten Unternehmen fehlt. Mit Joint Ventures kann deshalb ev. eine erfolgreiche Haftungsabschirmung erzielt werden, sofern nicht eine joint venture liability²⁰³ greift.

4. Andere Klagemöglichkeiten ausserhalb des ATS

Die Gerichtsbarkeit der Bundesgerichte unter dem ATS ist keine ausschliessliche, sondern besteht neben jener der Gerichte der Einzelstaaten; es handelt sich mit anderen Worten um eine konkurrierende und nicht um eine exklusive Jurisdiktion.²⁰⁴ Die Kläger machen von der konkurrierenden Gerichtsbarkeit der Einzelstaaten auch rege Gebrauch; die Zahl der Klagen wegen Menschenrechtsverletzungen im Ausland, die vor Staatengerichten erhoben werden, übersteigt jene vor Bundesgerichten deutlich.²⁰⁵ Für die Kläger dürften die Staatengerichte generell attraktiver sein, da sie unberechenbarer sind und damit den Vergleichsdruck erhöhen. Allerdings hat ein Beklagter immer die Wahl, eine solche Klage an ein Bundesgericht transferieren zu lassen (removal).²⁰⁶

Wenn unter dem ATS keine Klagen gegen Unternehmen mehr möglich sind, könnten die Kläger ihr Glück vermehrt in den Staatengerichten suchen.²⁰⁷ Als anwendbares Recht käme zunächst das federal common law in Frage, welches wie gesehen Entschädigungsansprüche bei Völkerrechtsverletzungen enthält. Auch die Staatengerichte sind befugt und sogar verpflichtet, dieses Bundesrecht anzuwenden. Allerdings sind sie dabei an dessen Auslegung durch die Bundesgerichte gebunden. Wenn die Bundesgerichte Entschädigungsansprüche wegen Völkerrechtsverletzungen gegen

²⁰³ In *Talisman* machten die Kläger eine solche Haftungsgrundlage geltend, das Gericht trat darauf mangels genügender Spezifizierung aber nicht ein (582 F.3d at 268). In *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, 947 n.20 (2002) (majority opinion) (vacated and reh'g en banc granted, 395 F.3d 978 (9th Cir. 2003)), und *id.*, at 963, 969–71 (Reinhardt, C.J., concurring), wurde eine Joint-Venture-Verantwortlichkeit für möglich erklärt.

²⁰⁴ Der ursprüngliche Wortlaut des ATS sagte das noch explizit: „[T]he district courts ... shall have cognizance, concurrent with the courts of the several States, or the circuit courts, as the case may be, of all causes where an alien sues for a tort only in violation of the law of nations or a treaty of the United States“ (Judiciary Act of 1789, ch. 20, 1 Stat. 73). Dasselbe gilt aber unbestrittenermassen auch heute noch; siehe *William R. Casto*, *The Federal Courts' Protective Jurisdiction over Torts Committed in Violation of the Law of Nations*, Conn. L. Rev. 18 (1986) S. 467–530, 508–510; *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, 790 (D.C. Cir. 1984) (Edwards, C.J., concurring).

²⁰⁵ Siehe *Drimmer* (Anm. 2), S. 4 f., 13, 19 („[S]ome have been brought in federal courts under the Alien Tort Statute ..., while many more have been filed in state courts under traditional bases of jurisdiction“).

²⁰⁶ Siehe 28 U.S.C. § 1441.

²⁰⁷ Siehe zu dieser Möglichkeit als Reaktion auf eine enge Auslegung des ATS durch die Bundesgerichte *Keitner* (Anm. 40), S. 61 Fn. 2, und *Casto* (Anm. 204), S. 510.

Unternehmen unter dem federal common law verneinen, ist derselbe Anspruch deshalb auch vor einem Staatengericht chancenlos.

Neben dem federal common law könnte man sich auch vorstellen, dass die Staatengerichte die Entschädigungsansprüche dem common law des betreffenden Einzelstaats entziehen. Analog zum Vorgehen der Bundesgerichte unter dem ATS würden die Staatengerichte in einem ersten Schritt eine Völkerrechtsverletzung feststellen und sodann einen Entschädigungsanspruch unter dem lokalen common law annehmen bzw. kreieren. Allerdings stellt auch das Völkerrecht in seiner Anwendung durch Bundesgerichte einen Bestandteil des federal common law dar. Wenn in der Auslegung der Bundesgerichte Akte von Unternehmen keine Völkerrechtsverletzung darstellen, wäre diese Interpretation deshalb vermutlich auch für die Staatengerichte verbindlich. Nicht zwingend wäre dieses Ergebnis freilich, wenn die Gliedstaaten das Völkerrecht auch unabhängig vom federal common law direkt in ihr common law rezipieren könnten und würden.²⁰⁸ Diesfalls wäre es möglich, wenn auch unwahrscheinlich, dass die Staatengerichte zu einer anderen Interpretation des Völkerrechts kämen als die Bundesgerichte und auch Unternehmen als völkerrechtlich haftbar ansähen. In einem zweiten Schritt würde dann aufgrund der Völkerrechtsverletzung ein common-law-Entschädigungsanspruch gewährt.

Weit realistischer dürfte es aber sein, dass Klagen wegen Menschenrechtsverletzungen vor Staatengerichten auf das normale gliedstaatliche tort law gestützt werden, wie dies schon heute oft getan wird. Völkerrechtsverletzungen als solche sind zwar keine torts, aber sie erfüllen in aller Regel auch die Voraussetzungen klassischer unerlaubter Handlungen. Aussergerichtliche Tötung oder Folter etwa können unter die torts der Tötung, Körperverletzung oder absichtlichen Zufügung von psychischem Stress subsumiert werden.²⁰⁹ Allerdings ist das tort law der Gliedstaaten in der Regel kollisionsrechtlich territorial beschränkt, so dass es auf Vorfälle im Ausland nicht anwendbar wäre.²¹⁰ Hier wäre dann auf das Recht

²⁰⁸ Eine Grundlage dafür könnten insbesondere die sog. „state receiving statutes“ sein, welche das alte common law Englands in das Staatenrecht rezipierten und darin möglicherweise auch das Völkergewohnheitsrecht einschlossen (siehe *Curtis A. Bradley/Jack L. Goldsmith/David H. Moore, Sosa, Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie*, Harv. L. Rev. 120 [2007], S. 869–936, 906 Fn. 203; *Curtis A. Bradley/Jack L. Goldsmith, Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position*, Harv. L. Rev. 110 [1997], S. 815–876, 870 Fn. 345).

²⁰⁹ *Barnali Choudhury, Beyond the Alien Tort Claims Act: Alternative Approaches to Attributing Liability to Corporations for Extraterritorial Abuses*, Nw. J. Int'l L. & Bus. 26 (2005), S. 43–75, 49.

²¹⁰ Siehe z.B. *Romero v. Drummond Co.*, 552 F.3d 1303, 1318 (11th Cir. 2008) („Alabama law does not apply to injuries that occurred outside the state. ... Alabama has long followed the rule of *lex loci delicti*“); *Viera v. Eli Lilly & Co.*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 103761, at *12 (S.D. Ind. Sept. 30, 2010) („[A]bsent circumstances where the place of the tort bears little connection to the lawsuit, Indiana still applies the traditional *lex loci delicti* rule when de-

des Tatortstaats zurückzugreifen, welches für das Opfer oft wenig attraktiv ist.²¹¹ Im Übrigen könnten solche Ansprüche nicht nur bei Staatsgerichten, sondern auch bei den Bundesgerichten erhoben (oder auf Antrag der Beklagten zu diesen transferiert) werden, wenn eine andere bundesgerichtliche Jurisdiktionsgrundlage als das ATS gegeben ist.²¹² Dies wäre insbesondere bei Klagen von Ausländern gegen Amerikaner bzw. amerikanische Gesellschaften der Fall, welche den Streitwert von 75 000 US-Dollar übersteigen (diversity oder alienage jurisdiction).²¹³ Schon bisher ist es zu vereinzelt solchen Klagen gekommen;²¹⁴ meist wurden einzelstaatliche Ansprüche aber kumulativ mit bundesrechtlichen geltend gemacht,²¹⁵ so dass die Gerichtsbarkeit der Bundesgerichte auf das ATS in Verbindung mit ihrer „supplemental jurisdiction“²¹⁶ gestützt werden konnte.

IV. Einordnung und Ausblick

Aller Voraussicht nach bedeutet die Kiobel-Entscheidung das Ende für ATS-Klagen gegen Unternehmen; diesbezüglich ist die Tür nicht mehr einen Spaltbreit offen,²¹⁷ sondern geschlossen.²¹⁸ Da ausserhalb der USA

termining choice of law for tort claims“). – Dasselbe Problem könnte sich übrigens bei den im vorherigen Abschnitt skizzierten „state-common-law-cum-international-law“-Entschädigungsansprüchen stellen, wenn diese nicht – wie das bei den „federal-common-law-cum-international-law“-Ansprüchen unter dem ATS der Fall zu sein scheint – als weltweit anwendbar gelten sollten.

²¹¹ Siehe *Scarborough* (Anm. 44), S. 476 Fn. 114.

²¹² Zur Möglichkeit bzw. Verpflichtung der Anwendung gliedstaatlichen Rechts durch die Bundesgerichte siehe 28 U.S.C. § 1652 („The laws of the several states, except where the Constitution or treaties of the United States or Acts of Congress otherwise require or provide, shall be regarded as rules of decision in civil actions in the courts of the United States“).

²¹³ Siehe 28 U.S.C. § 1332(a)(2).

²¹⁴ Siehe z.B. *Deutsch v. Turner Corp.*, 317 F.3d 1005, 1016 (9th Cir. 2003) (Klage eines Schwitz-Überlebenden gegen Unternehmen des Hochtief-Konzerns, für den er und sein getöteter Bruder Zwangsarbeit leisten mussten, auf Grundlage des kalifornischen Rechts, u.a. wegen „intentional infliction of emotional distress“ und „wrongful death“).

²¹⁵ Siehe z.B. *Wiwa v. Royal Dutch Petrol. Co.*, 226 F.3d 88, 94 (2d Cir. 2000) (Klage wegen Völkerrechtsverletzungen wie Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Folter; parallel wurden auch Ansprüche aufgrund „Nigerian law ... and various state law torts“ geltend gemacht); *Vietnam Ass'n for Victims of Agent Orange v. Dow Chem. Co.*, 517 F.3d 104, 113 (2d Cir. 2008) (Herstellung und Lieferung von „Agent Orange“ an die US-Armee im Vietnamkrieg als Beihilfe zu Kriegsverbrechen und anderen Völkerrechtsverletzungen eingeklagt, parallel auch als tort-Tatbestand unter amerikanischem und vietnamesischem Recht).

²¹⁶ 28 U.S.C. § 1367.

²¹⁷ Siehe oben bei Anm. 26.

²¹⁸ Zur Unwahrscheinlichkeit, dass die Kiobel-Entscheidung vom Supreme Court revidiert oder von anderen Circuits nicht übernommen wird, siehe oben nach Anm. 166. Politisch ausgeschlossen ist es auch, dass der Kongress durch eine Gesetzesänderung die von Kiobel geschlossene Tür wieder aufstösst (siehe zu dieser theoretischen Möglichkeit Kiobel, 621 F.3d at 122, 149).

keine vergleichbaren Klagemöglichkeiten bestehen, stellt dies einen erheblichen Rückschlag für den Menschenrechtsschutz dar. Das einzige Forum, in dem Opfer von Menschenrechtsverletzungen weltweit die Möglichkeit hatten, die dafür (mit)verantwortlichen Unternehmen zur Rechenschaft zu ziehen, ist weggefallen.

Bei der Einordnung des Urteils könnte man sich zunächst fragen, was der tiefere Grund für die Entscheidung des Gerichts war. Spielten neben der positivrechtlichen Argumentation rechtspolitische Überlegungen eine Rolle – wollte das Gericht einfach ATS-Klagen gegen Unternehmen einen Riegel schieben und suchte dafür eine passende Begründung? In der Tat finden sich Anhaltspunkte, dass gerade im Second Circuit, der zahlreiche ATS-Klagen zu beurteilen hat, einzelne Richter wenig Freude an dieser zusätzlichen Arbeitsbelastung haben. Ihre Motivation, sich aufwendig in diese Fälle einzuarbeiten, könnte auch dadurch beeinträchtigt werden, dass solche Klagen nur selten mit einem gerichtlichen Sachurteil enden.²¹⁹ Eine gewisse Abneigung und Skepsis gegenüber ATS-Klagen mag auch dadurch entstanden sein, dass darin teilweise leichtsinnige und überrasene Vorwürfe bzw. Argumente vorgebracht worden sind, die der Ernsthaftigkeit und Tragweite der betreffenden Völkerrechtsverbrechen nicht Rechnung tragen.²²⁰ Andererseits wird jedoch auch gesagt, die Richter freuten sich allgemein über ATS-Fälle, da sie ihnen die Gelegenheit böten, sich mit interessanten Völkerrechtsfragen zu befassen.²²¹ Letztlich ist es aber müßig, über diese Hintergründe zu spekulieren, da das Fehlen einer

²¹⁹ Siehe *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254, 333 n.14 (2d Cir. 2007) (Korman, D.J., concurring in part and dissenting in part) (es sei besonders angebracht, erhöhte Anforderungen an die Begründung von Sammelklagen wie der vorliegenden zu stellen, „which are intended to coerce a settlement rather than provide the framework for a trial which we all know will never take place“).

²²⁰ Siehe z.B. *Mujica v. Occidental Petrol. Corp.*, 381 F. Supp. 2d 1164 (C.D. Cal. 2005), wo die Kläger die Bombardierung eines Dorfes aus einem Helikopter zwecks Guerilla-Bekämpfung, bei der 17 Zivilpersonen getötet wurden, u.a. als „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ und als „Folter“ (aufgrund der psychischen Folgen für die Opfer) qualifiziert haben wollten, und *Abagnin v. AMVAC Chem. Corp.*, 545 F.3d 733 (9th Cir. 2008), wo der Gebrauch fruchtbarkeitsschädigender Pestizide auf Plantagen in der Elfenbeinküste Völkermord darstellen sollte. Solch verantwortungsloses Prozessieren und Argumentieren dürfte teilweise damit erklärbar sein, dass private Akteure – jedenfalls als Haupttäter – praktisch nur wegen Völkermordes oder Kriegsverbrechen einklagbar sind; Kläger machen dann etwa bei einer Umweltverschmutzung bei der Ölförderung im Urwald statt einer aussichtslosen Umweltvölkerrechtsverletzung einen Völkermord an den Ureinwohnern geltend, was am Ende ebenso chancenlos ist, aber den Fall länger am Laufen hält.

²²¹ So der ehemalige Rechtsberater des US-Außenministeriums *John B. Bellinger* am 22.10.2009 in einem Vortrag vor der Washington Legal Foundation, abrufbar unter <iis.cast.wlf.org/vod/1thealientortstatute001/archiveA.html>, bei Minute 9:00: „For the last 15 years, the federal courts have been all over the map in accepting these cases. They generally don't like to let them go. My personal belief is that they are much more interesting than doing tax or securities law cases, not only to the judges, but their law clerks [as well].“

Basis für Menschenrechtspflichten von Gesellschaften im Völkergewohnheits- wie auch im Völkervertragsrecht einfach unübersehbar ist.²²²

Wesentlicher ist die Frage nach den Auswirkungen der Entscheidung auf das Völkergewohnheitsrecht. Da weder in anderen Staaten noch auf internationaler Ebene die Möglichkeit besteht, Unternehmen wegen Völkerrechtsverletzungen juristisch zur Rechenschaft zu ziehen,²²³ bildete die ATS-Rechtsprechung bisher die einzige Quelle für Staatenpraxis zur völkerrechtlichen Unternehmensverantwortlichkeit.²²⁴ Die US-Rechtsprechung allein wäre zwar nicht in der Lage gewesen, entsprechendes Völkergewohnheitsrecht zu schaffen, aber sie hätte den Grundstein dafür legen können, auf den andere Staaten hätten aufbauen können.²²⁵ Eine solche Entwicklung ist nun in weitere Ferne denn je gerückt. Mit Kiobel liegt eine Staatenpraxis vor, welche eine völkerrechtliche Unternehmenshaftung explizit verneint. Selbst wenn andere Staaten in Zukunft eine gegenteilige Auffassung vertreten und zu praktizieren begännen, wäre die Entstehung einer völkergewohnheitsrechtlichen Unternehmensverantwortlichkeit angesichts der gegenläufigen US-Praxis kaum mehr denkbar. Die Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts ist durch Kiobel somit nicht bloss auf den Stand Mitte der 90er-Jahre – als die ATS-Klagen gegen Unternehmen begannen – zurückgeworfen worden, sondern noch deutlich weiter zurück.

²²² Anders ist es bei den Entscheidungen (Khulumani und Talisman), die für Beihilfe im Völkerrecht Absicht verlangen, obwohl alles für einen Vorsatzstandard spricht (siehe D.VII). Diese sind wohl tatsächlich mit einem Überdross über oder einer Abneigung gegen ATS-Klagen zu erklären.

²²³ In der Schweiz sollte es aufgrund des monistischen Systems grundsätzlich möglich sein, gestützt auf Art. 41 OR Private wegen Völkerrechtsverletzungen auf Schadenersatz einzuklagen. Voraussetzung für ein Obsiegen wäre aber, dass die betreffende Völkerrechtsnorm den Beklagten überhaupt verpflichtet bzw. bindet, was wie dargelegt bei Unternehmen kaum der Fall ist. – Das wohl einzige Praxisbeispiel ist die Klage der „Gypsy International Recognition and Compensation Action“ gegen IBM wegen Beihilfe zum Nazi-Völkermord (qualifiziert als Verbrechen gegen die Menschlichkeit). Zu einem Sachurteil kam es hier jedoch nicht, weil die Klage wegen Verjährung abgewiesen wurde (BGE 132 III 661). Es wäre interessant zu wissen, ob sich wenigstens in den unterinstanzlichen Urteilen Aussagen zur völkerrechtlichen Haftung von Unternehmen finden. Die Urteile sind leider nirgends publiziert.

²²⁴ Zu vorsichtig *Ruggie* (Anm. 18), para. 30, wonach ATS-Fälle „now the largest body of domestic jurisprudence regarding corporate responsibility for international crimes“ darstellen – sie sind die einzige Quelle dafür. Zu vorsichtig auch Kiobel, 621 F.3d at 152 (Leval, C.J.) („[M]ost nations have not recognized tort liability for violations of international law“).

²²⁵ Ähnlich, wie dies bei der Nürnberger Rechtsprechung für die individuelle Verantwortlichkeit der Fall war. Das Internationale Militärgericht wandte diesen Grundsatz erstmals an, wenn auch unter der Prämisse, er sei schon vorher „implizit“ im Völkerrecht enthalten gewesen (siehe Kiobel, 621 F.3d at 127) – was allerdings jedenfalls in Bezug auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit und das Verbrechen des Angriffskriegs eine sehr gewagte Aussage war. Dennoch wird diese Verantwortlichkeit heute einhellig anerkannt, da sich gegen das innovative Vorangehen der Alliierten kein Widerspruch erhob und ihr Ansatz im Gegenteil immer breiter übernommen wurde.

Summary

In the past fifteen years, the Alien Tort Statute (28 U.S.C. § 1350) has become the leading instrument for the litigation of human rights abuses committed by companies worldwide. It allows non-US citizens to seek damages for violations of international law before U.S. federal courts, regardless of where the alleged wrongdoings took place, as long as the defendant company (or individual) is subject to the personal jurisdiction of the court. To date, about 150 ATS claims against companies have been filed, with only very few actually proceeding to trial. The liability of companies is usually premised on the aiding and abetting of actions committed by state organs.

In 2004, the Supreme Court admonished courts to exercise caution in recognizing causes of action under the ATS (*Sosa v. Álvarez-Machain*, 542 U.S. 692). Since then, the bar for ATS claims has risen substantially. In 2007/2009, the Court of Appeals for the Second Circuit determined the mens rea standard for aiding and abetting to be purpose, and not mere knowledge, to further the principal offense. In a recent decision (*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010)), the same court held that companies can not be sued under the ATS at all, because international (human rights and criminal) law is only addressed to states and individuals; thus, companies are unable to violate it.

This article begins with a general introduction to the ATS and the relevant case law (part B). Next, it turns to the jurisdictional requirement of a “violation of the law of nations” (part C.II). The main issue here is whether this violation must be committed by the person being sued (e.g., the company which assisted a state’s human rights violations), or whether it can be committed by another person (the state as a principal; a natural person as an organ of the company), for whose actions the defendant is held responsible on other grounds. This is followed by a review of recent case law on aiding and abetting as well as on corporate liability (parts D and E). While the correct mens rea for aiding and abetting would appear to be knowledge rather than purpose, the Second Circuit was right in holding that at present, international law is not directly binding on companies.

The article concludes with an assessment of the impact of the *Kiobel* decision. From the viewpoint of legal policy, it is unfortunate that victims of human rights violations are losing a crucial remedy to seek redress from companies. It is equally regrettable that the development of customary international law towards corporate accountability has suffered a serious setback.