

Maßnahmen zur effektiven Durchsetzung von Menschen- und Arbeitsrechten – Völkerrechtliche Anforderungen

von Prof. Dr. Peter Hilpold, Innsbruck

- I. Einleitung
 - II. Die Leitprinzipien als Ausdruck eines „embedded liberalism“ – Gegenteilendungen
 - III. Abhilfe („remedies“) im Menschenrechtsschutz – Allgemeiner Rahmen und Umsetzung über die „Leitprinzipien“
 - 1. Die Rolle der Abhilfe im System der „Leitprinzipien“
 - 2. Abhilfe im internationalen Menschenrechtsschutz
 - 3. Die „remedies“ in den „Leitprinzipien“ – im Vergleich zu weiterführenden, bislang nicht konsensfähigen Ansätzen
 - IV. Die „remedies“ zur Geltendmachung der Unternehmensverantwortung nach 2011 – zwischen Anspruch und Wirklichkeit, zwischen positivem Recht und politischem Programm
 - 1. Der von den „Leitprinzipien“ vorgegebene Rahmen
 - 2. Einzelne Konkretisierungsversuche
 - a) Europarat
 - b) Europäische Union
 - c) Die UN-Ebene
 - V. Neuralgische Punkte für die Weiterentwicklung der Abhilfemaßnahmen im System der „Leitprinzipien“
 - 1. Grundsätzliches
 - 2. Die extraterritoriale Durchsetzung von Menschenrechten im Unternehmensbereich als Teilaspekt der „Human Rights Litigation“ („Menschenrechtsklagen“)
 - a) Das Alien Tort Statute (ATS)
 - b) Die Durchsetzung deliktsrechtlicher Haftung von Unternehmen im Ausland vor europäischen Gerichten: das „Brüssel I“ und das „Rom II-Regime“
 - 3. Die Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen über das Strafrecht
 - 4. Internationales Investitionsrecht und Menschenrechtsschutz – die Widerklage im Investitionsschiedsverfahren
 - VI. Die nationale Ebene
 - 1. Die nationalen Kontaktstellen (National Contact Points)
 - 2. Die nationalen Aktionspläne
 - 3. Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen
 - VII. Schlussbemerkungen
- Thesen
Summary

I. Einleitung

Mit den Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte¹, den „UN Guiding Principles on Business and Human Rights“ aus 2011, den „Ruggie Principles“, wurden neue Maßstäbe in der Etablierung einer Unternehmensverantwortung gesetzt, wobei diese primär prozeduraler Natur sind, Verantwortung zuweisen und einen Prozess in Gang setzen sollen, der diese Verantwortung inhaltlich konkretisiert und durchsetzbar machen soll. Es wurde die bewusste Entscheidung getroffen, keine neuen substanziellen Verpflichtungen zu schaffen, sondern in der Völkerrechtsordnung bereits Vorhandenes zu verknüpfen, neu zu gewichten, Verantwortlichkeiten in Erinnerung zu rufen und Verfahren zu schaffen, die diese Verantwortlichkeiten näher konkretisieren können.² Das Ziel ist zweifelsohne die substanzielle und prozedurale Festigung dieser Verantwortung, nicht aber ihre Festschreibung als Ausgangspunkt. Der Versuch, neue substanzielle Verpflichtungen vorzugeben, war in der Vergangenheit bereits mehrfach gescheitert.³

Die „Leitprinzipien“ sind in diesem Sinne Ausdruck einer rechtspolitischen Grundhaltung in einer Jahrzehnte währenden Kontroverse innerhalb der Vereinten Nationen: Dort der – bislang erfolglos gebliebene – Versuch, den transnationalen Unternehmen (*transnational corporations* – TNC) verbindliche Verpflichtungen und Verhaltensvorschriften vorzugeben, da das Bemühen, Verantwortung anzunehmen und multinationale Unternehmen an ihre gewichtige Rolle bei der Sicherstellung grundlegender Menschen- und Arbeitnehmerrechte zu erinnern. Der maßgebliche Paradigmenwechsel erfolgte im Jahr 2000 mit der Verabschiedung des UN Global Compact, eines aus 10 Prinzipien bestehenden Katalogs, der Unternehmen dazu bewegen sollte, grundlegende, international etablierte Regeln im Bereich des Menschenrechtsschutzes, der Arbeitnehmerrechte, des Umweltschutzes und der Korruptionsbekämpfung zu achten – wobei sich die primäre Verpflichtung der Unternehmen, die Teil dieses Netzwerkes

1 Die deutsche Übersetzung der einschlägigen Terminologie orientiert sich – in Ermangelung einer authentischen deutschsprachigen Version – partiell an *Geschäftsstelle Deutsches Global Compact Netzwerk (DGCN)*, Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, 2. Aufl., 2014.

2 Siehe „Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations „Protect, Respect and Remedy Framework“, A/HRC/17/31 v. 21. März 2011, General Principles: „Nothing in these Guiding Principles should be read as creating new international law obligations [...]“. Die „Leitprinzipien“ gelten als nicht rechtlich bindend. John Ruggie hat dazu Folgendes ausgeführt: „[their] normative contribution lies [...] in elaborating the implications of existing standards and practices for states and businesses; integrating them within a single, logically coherent and comprehensive template; and identifying where the current regime falls short and how it could be improved.“

3 Im Rahmen des 1974 eingerichteten United Nations Centre on Transnational Corporations (UNCTC) wurden drei Entwürfe für Verhaltenskodizes für Unternehmen erarbeitet (1983, 1988 und 1993), auf deren Grundlage allen Unternehmen (jeglicher Größe, nicht aber den Staatsunternehmen Osteuropas) menschenrechtliche Verpflichtungen im Bereich bürgerlicher, kultureller, wirtschaftlicher, politischer und sozialer Rechte auferlegt werden sollten. Diese Entwürfe stießen auf eine klare Ablehnung der westlichen Industriestaaten, was ihr weiteres Schicksal besiegelte.

Ähnliches galt für den 1995 von der OECD gestarteten Versuch, ein multilaterales Investitionsschutzabkommen (Multilateral Agreement on Investment) mit weitreichendem Investorenschutz (substantieller und verfahrensrechtlicher Art) zu schaffen. Die diesbezüglichen Bemühungen scheiterten 1998, wobei die Widerstandslinien durchaus vielfältig und diffus waren und auch die Zivilgesellschaft erheblichen Anteil an der letztlich erfolgten Ablehnung dieses Projekts hatte. Entscheidend war aber sicherlich der Widerstand der Dritten Welt, an den die Zivilgesellschaft anknüpfte. Vgl. *Stefanie Khoury/David Whyte*, Corporate Human Rights Violations, 2018, S. 29 f.

sein wollen und daraus Reputationsgewinn ziehen wollen, darin erschöpft, einmal jährlich Bericht in Form einer Selbstevaluierung zu erstatten.⁴

Davon ausgehend haben sich in der Dynamik der Verhandlungen und Diskussionen in der Menschenrechtskommission bzw. ab 2006 im Menschenrechtsrat die vom UN Sonderberichterstatter für Unternehmen und Menschenrechte entwickelten und 2008 vorgelegten Leitprinzipien ergeben.⁵ Diese Leitprinzipien wurden – anders als noch die „Draft Norms on the responsibility of TNCs“, die stark von der Diskussion der 1970er geprägt waren und weit präzisere Verpflichtungen enthalten als die Leitprinzipien – vom Menschenrechtsrat einstimmig angenommen („unanimously endorsed“). Im Anschluss wurde ein breit angelegter Implementierungsprozess in die Wege geleitet, der bis zum heutigen Tag andauert. Die dazu eingerichtete „Working Group on Business and Human Rights“ bildete das Forum, in dem über einen andauernden Diskussionsprozess fortlaufende Konkretisierungen vorgenommen wurden.

II. Die Leitprinzipien als Ausdruck eines „embedded liberalism“ – Gegentendenzen

Der Slogan „Protect, Respect and Remedy“ bildete fortan Leitorientierung und Rahmenprogramm für die Konkretisierung der Unternehmensverantwortung. Die Operationalisierung dieses Konzepts sollte somit über ein Drei-Säulen-Modell erfolgen: Einer staatlichen Verpflichtung zum Schutz vor Menschenrechtsverletzungen durch Dritte, einschließlich Unternehmen („protect“), sollte eine Verantwortung der Unternehmen, Menschenrechte über die gesamte Wertschöpfungskette hinweg zu achten („respect“), gegenübergestellt werden, wobei die Verwirklichung dieser Verantwortung über entsprechende Behelfe („remedies“) abgesichert werden sollte.

Dieses Bild bedarf einiger Präzisierungen:

- Das Schutzanliegen wird hier über ein Drei-Säulen-Modell operationalisiert, ein Modell, das in der UN-Praxis durchaus Tradition hat, man denke nur an die Schutzverantwortung („Responsibility to Protect“), die ebenfalls über drei Teilverantwortor-

4 Den sog. „Progress Annual Reports“. Vgl. *Khoury/Whyte* (Fn. 3), S. 45 ff.

5 Die von der Unterkommission für die Förderung und den Schutz der Menschenrechte im Jahr 1998 eingesetzte Working Group on the Working Methods and Activities of Transnational Corporations beschloss im Jahr 1999, einen Verhaltenskodex für Unternehmen auszuarbeiten, der 2003 vorlag und von der Unterkommission einstimmig angenommen wurde (UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc.E/CN.4/Sub.2/2003/12 (2003)), in der Folge aber von der Menschenrechtskommission abgelehnt wurde. Im Jahr 2005 wurde John Ruggie zum UN-Sonderbeauftragten für Unternehmen und Menschenrechte (UN Secretary-General's Special Representative on Human Rights and Transnational Corporations) ernannt. Im Jahr 2008 legte er einen „Referenzrahmen für Unternehmen und Menschenrechte“ („Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights“, A/HRC/8/5 v. 7. April 2008) vor, der vom Menschenrechtsrat angenommen wurde. Im selben Jahr wurde Ruggie vom Menschenrechtsrat damit betraut, diesen Referenzrahmen zu operationalisieren („to operationalize“) und voranzubringen („to promote“). Auf der Grundlage eines breit angelegten Konsultationsprozess mit zahlreichen stakeholders legte Ruggie schließlich im Jahr 2011 die „Leitprinzipien für Unternehmen und Menschenrechte“ („Guiding Principles on Business and Human Rights“) vor.

tungsbereiche (“prevent, protect, rebuild”) konkretisiert werden sollte.⁶ Mit der Verwendung eines Säulen-Ansatzes könnte aber die Vorstellung einhergehen, hier handle es sich um drei getrennte, selbsttragende Zugänge, die einer isolierten Betrachtung zugänglich seien: ein Trugschluss, vor dem schon John Ruggie unmittelbar im Kontext der erstmaligen Präsentation der Leitprinzipien warnte: Die Leitprinzipien sollten als einheitliches Ganzes gesehen werden, die sich wechselseitig stützen und ergänzen.⁷ Wenn hier also die „remedies“ einer näheren Betrachtung unterzogen werden, so dürfen gleichzeitig die beiden anderen Säulen nicht unberücksichtigt bleiben: Jede Säule erklärt sich nur in der Zusammenschau mit den übrigen Säulen und in Hinblick auf das gemeinsam verfolgte Ziel.

- Der Ausdruck „remedies“ ist vieldeutig und wird, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, unterschiedlich verwendet. Im vorliegenden Kontext lässt John Ruggie keinen Zweifel daran, dass hier ein weites Begriffsverständnis anzulegen ist, das sowohl die prozedurale als auch die materiellrechtliche Seite umfasst.⁸ Hier soll der Begriff der „Abhilfemaßnahme“ Verwendung finden, der ebenfalls breit angelegt ist. Darüber hinaus findet sich in der Literatur auch der Doppelbegriff des „Beschwerde- und Wiedergutmachungsmechanismus“.⁹
- Die „Leitprinzipien“ sind grundsätzlich marktwirtschaftlich orientiert und sind einer Variante des Wirtschaftsliberalismus verpflichtet, die einem regelgebundenen, institutionell gesteuerten Spiel der Marktkräfte vertraut – einem Konzept, für das John Ruggie selbst im Jahr 1982 den Begriff des „embedded liberalism“ (also ein liberales Wirtschaftssystem eingebettet in ein Regelwerk, das gesamtgesellschaftlich notwendig erscheinende Interventionen durch nationale und internationale Institutionen zulässt) geprägt hat.¹⁰ Für transnationale Unternehmen bedeutet dies ganz zentral

6 Vgl. dazu bspw. die Beiträge in *Peter Hilpold* (Hrsg.), *The Responsibility to Protect (R2P)*, 2015. Zu den Zusammenhängen zwischen R2P und Business and Human Rights (B&HR) vgl. *Humberto Cantú Rivera*, *On the Responsibility to Protect and the Business and Human Rights Agenda*, in: Richard Barnes/Vassilis P. Tzevelekos (Hrsg.), *Beyond Responsibility to Protect*, 2016, S. 203. In gewisser Hinsicht ähnelt die dritte Säule der „Leitprinzipien“ der zweiten Säule des R2P-Systems (“responsibility to react”). Siehe *Kasey L. McCall-Smith*, *Tides of Change – The State, Business and the Human*, in: Richard Barnes/Vassilis P. Tzevelekos (Hrsg.), *Beyond Responsibility to Protect*, 2016, S. 219 (234). Die Verwirklichung des gesamten UN-Menschenrechtsschutzkonzepts wurde – zumindest ursprünglich – über ein Drei-Elemente-Modell erklärt: „Promotion, protection, prevention“. Vgl. dazu *Manfred Nowak*, *Einführung in das internationale Menschenrechtssystem*, 2002.

7 Vgl. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, (Fn. 2), A/HRC/17/31, Annex: „*These Guiding Principles should be understood as a coherent whole and should be read, individually and collectively, in terms of their objective of enhancing standards and practices with regard to business and human rights so as to achieve tangible results for affected individuals and communities, and thereby also contributing to a socially sustainable globalization.*“

8 Siehe dazu den Kommentar von John Ruggie zu Prinzip Nr. 25: „Access to effective remedy has both procedural and substantive aspects.“ (Fn. 2), 22.

9 Vgl. zu dieser Terminologie bspw. *Felix Hadwiger/Brigitte Hamm/Karin Vitols/Peter Wilke*, *Menschenrechte im Unternehmen durchsetzen – Internationale Arbeitnehmerrechte: Die UN-Leitprinzipien als Hebel für Betriebsräte und Gewerkschaften*, 2017. Interessanterweise verwendet John Ruggie in seinen „Leitprinzipien“ nirgendwo den Ausdruck der Wiedergutmachung („reparations“), wenngleich diese zweifelsohne (auch) gemeint ist. Vgl. *John Drimmer/Lisa J. Laplante*, *The Third Pillar – Remedies, Reparations, and the Ruggie Principles*, in: Jena Martin/Karen E. Marten (Hrsg.), *The Business and Human Rights Landscape*, 2016, S. 316-347 (320).

10 Vgl. *John Ruggie*, *International regimes, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order*, *International Organisations* 36 (1982), 379. Vgl. auch *Khoury/Whyte* (Fn. 3), S. 50.

die Einhaltung von grundlegenden Menschen- und Arbeitnehmerrechten.¹¹ Referenzrahmen und Leitprinzipien legen den Unternehmen keine unmittelbar verbindlichen Verpflichtungen auf, sondern weisen dabei der staatlichen Ebene als Metaebene eine zentrale Rolle zu. Dagegen hatten die – letztlich nicht angenommenen – „Draft Norms“ aus 2003 die transnationalen Unternehmen unmittelbar als Adressaten menschenrechtlicher und arbeitsrechtlicher Verpflichtungen identifiziert¹² und diese auf direktem Wege an ein breites Spektrum an menschenrechtlichen Verpflichtungen gebunden.¹³ Was nach einer grundlegenden, irreversiblen Weichenstellung aussieht, verliert in Anbetracht der nachfolgenden Entwicklung an Trennschärfe und Richtungsbestimmtheit. Im Jahr 2013 hat nämlich eine Gruppe von 85 Staaten unter der Führung von Ecuador eine Initiative gestartet, ein verbindliches Instrument zu schaffen, das transnationale Unternehmen unmittelbar als Adressaten menschenrechtlicher Verpflichtungen ansprechen sollte. Im Menschenrechtsrat fand sich 2014 eine Mehrheit für diese Initiative – bei klarer Gegenstimme westlicher Industriestaaten.¹⁴ In dieser Initiative könnte eine natürliche Fortführung der Diskussion über die Implementierung der „Leitprinzipien“ gesehen werden, doch tatsächlich ist diese wohl eher als Versuch einer Abkehr von den Grundgedanken Ruggies zu interpretieren. Angesichts des dezidierten Widerstands der westlichen Staaten ist zwar nicht mit einem Erfolg dieser Initiative zu rechnen, doch zeigt diese Entwicklung, dass die Dialektik über den geeigneten Schutzansatz, in wenn auch weniger extremen Form als in den 1970er und 1980er Jahren, nach wie vor fortbesteht. Davon werden auch die Bemühungen zur Konkretisierung und inhaltlichen Umsetzung geeigneter Behelfe maßgeblich beeinflusst. Im Juli 2018 wurde ein erster Entwurf für ein verbindliches Instrument zur Regelung der menschenrechtlichen Verantwortung von Unternehmen vorgelegt.¹⁵ Dieses enthält nicht nur weitergehende materiell-rechtliche Verpflichtungen für Unternehmen, sondern setzt auch neue Maßstäbe im Bereich der Abhilfemaßnahmen („remedies“). In zentralen Bereichen geht dieses Dokument über das geltende Recht hinaus und ist damit Ausdruck einer fortschreitenden Entwicklung. Die verstärkte Durchsetzungskraft, die dieses Dokument in Aussicht stellen will, ist aber der damit verbundenen geringeren Konsensfähigkeit gegenüberzustellen.

-
- 11 Vgl. *Ravi Abdel/John G. Ruggie*, The Principles of Embedded Liberalism: Social Legitimacy and Global Capitalism, in: Davis Moss/John Cistemino (Hrsg.), *New Perspectives on Regulation*, 2009, S. 151-164. Dazu bezeichnend eine zentrale Aussage in diesem Beitrag: „The most essential principle is the need for markets to enjoy social legitimacy, because their political sustainability depends on it.“ (dies., S. 379).
- 12 ECOSOC, Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights, v. 26. August 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2: „Recognizing that even though States have the primary responsibility to promote, secure the fulfilment of, respect, ensure respect of and protect human rights, transnational corporations and other business enterprises, as organs of society, are also responsible for promoting and securing the human rights set forth in the Universal Declaration of Human Rights.“
- 13 Vgl. *Anita Ramasastry*, Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability, *Journal of Human Rights* 14 (2015), 237 (244): „The Draft Norms stated that virtually every human right gives rise to a wide range of duties on virtually every corporation.“
- 14 HRC, Resolution 26/9, Elaboration of an internationally legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, v. 26. Juni 2014.
- 15 HRC, Zero Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in *International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, v. 16. Juli 2018, <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>.

III. Abhilfe („remedies“) im Menschenrechtsschutz – Allgemeiner Rahmen und Umsetzung über die „Leitprinzipien“

1. Die Rolle der Abhilfe im System der „Leitprinzipien“

Wie gezeigt, stellen die Abhilfemaßnahmen („remedies“) die dritte Säule der die Referenzordnung für Unternehmen und Menschenrechte tragenden Leitprinzipien dar. Allein diese Letztreihung mag als Ausdruck einer zumindest impliziten Nachordnung angesehen werden. In der konkreten Umsetzungspraxis der „Leitprinzipien“ nach 2011 hat sich aber tatsächlich sehr rasch herausgestellt, dass den Abhilfemaßnahmen die geringste Aufmerksamkeit geschenkt wurde und¹⁶ dies die eigentliche Schwachstelle im Ansatz der „Leitprinzipien“ ist.¹⁷ Der Menschenrechtsrat und das UN-Hochkommissariat für Menschenrechte waren in der Folge bemüht, dieses Defizit auszugleichen, was zu einer Reihe von Studien und Berichten Anlass gab.¹⁸ Parallel dazu beschäftigten sich auch andere Institutionen auf regionaler Ebene mit dieser Thematik, so der Europarat im Jahr 2016¹⁹ und die Europäische Grundrechte-Agentur im Jahr 2017²⁰.

Diesen Dokumenten, Entwürfen und Vorschlägen ist gemeinsam, dass sie einerseits auf der Grundlage des geltenden Rechts argumentieren und in diesem System, durch eine Neuinterpretation und bessere Verknüpfung des bestehenden Instrumentariums, nach einer Bereitstellung wirksamerer Rechtsbehelfe suchen. Darüber hinaus argumentieren sie aber über weite Strecken auch *de lege ferenda*: Es wird nach Behelfen gesucht, die über das geltende Recht hinausreichen. Im Übrigen entsprechen diese Ansätze dem Grundgedanken der Ruggieschen Referenzordnung sowie der „Leitprinzipien“, wonach die Behelfe grundsätzlich über die nationale Ebene bereitgestellt werden sollen. Nachfolgend soll auf dieser Grundlage geprüft werden, in wie weit der hierbei entwickelte Rahmen dem geltenden Recht und der aktuellen Menschenrechtspraxis entspricht bzw. sich Tendenzen zur Umsetzung der darüber hinausreichenden Elemente abzeichnen.

2. Abhilfe im internationalen Menschenrechtsschutz

Bei Menschenrechtsverletzungen müssen Beschwerdemöglichkeiten gegeben sein und es besteht ein Anspruch auf Wiedergutmachung. Dieses Postulat ist immanent mit der

16 Dies wurde im Bericht des Hochkommissars für Menschenrechte (OHCHR), „Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse“, A/HRC/32/19 v. 10. Mai 2016, Abs. 8, auch unumwunden zugegeben.

17 So auch noch HRC, Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on the sixth session of the Forum on Business and Human Rights, A/HRC/38/49, v. 23. April 2018, Abs. 8.

18 Vgl. dazu insbesondere OHCHR, (Fn. 16); OHCHR, The OHCHR Accountability and Remedy Project, v. 5. Juli 2016; OHCHR, Accountability and Remedy Project, Part II: State-based non judicial mechanisms; OHCHR, Phase III: Enhancing the effectiveness of non-State-based grievance mechanism, v. 1. November 2018 sowie OHCHR, Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on the sixth session of the Forum on Business and Human Rights, A/HRC/38/49 v. 23. April 2018.

19 Council of Europe, Human rights and business, Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States, v. 2. März 2016.

20 Europäische Grundrechte-Agentur, Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level, Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights, FRA Opinion – 1/2017 [B&HR], v. 10. April 2017.

Entwicklung der Menschenrechtsidee und mit der Herausbildung des modernen Menschenrechtsschutzes verbunden. Menschenrechte sind aber äußerst differenziert, ihr Schutz weist große regionale Unterschiede auf, und das einschlägige Instrumentarium ist sehr diffus und keineswegs „aus einem Guss“. Aus diesem Grunde wurde schon vor geraumer Zeit die Notwendigkeit verspürt, das eigentlich Selbstverständliche, den Anspruch auf Abhilfe bei Menschenrechtsverletzungen, autoritativ außer Streit zustellen und nach Möglichkeit weiter zu präzisieren. Dies geschah mit der Res. der GV 60/147 „*Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*“ vom 16. Dezember 2005.²¹ Vorausgegangen ist dieser Resolution eine lange Debatte über ihren genauen Anwendungsbereich. Erst gegen Ende dieser Diskussion erfolgte eine Einschränkung der Ausrichtung auf „schwerwiegende Verstöße“ (*gross violations*)²². Dies ändert jedoch nichts Grundsätzliches an der Relevanz dieser Resolution auch für den Bereich der Unternehmensverantwortung für Menschenrechte:

- Zum einen kann auch unternehmerisches Handeln zu schweren Menschenrechtsverletzungen führen.²³
- Zum anderen stellt die UN Res. zu den „Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation“ klar, dass Abhilfe und Wiedergutmachung für alle Menschenrechtsverletzungen (und somit nicht allein für schwere Verstöße) gegeben sind.²⁴

21 Auch *van Boven/Bassiouni*-Prinzipien genannt. Siehe auch schon davor UNGV, Res. 40/34, Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power v. 29. November 1985 (A/RES/40/34) (Art. 4: „Victims [...] are entitled to access to the mechanisms of justice and to prompt redress, as provided for by national legislation, for the harm that they have suffered“) sowie die Resolution der Menschenrechtskommission 2005/81, Impunity v. 21. April 2005 (E/CN.4/RES/2005/81) (Joinet/Orentlicher-Prinzipien). Vgl. *Fabrizio Marrella*, *Protection Internationale des Droits de l'Homme et Activités des Sociétés Transnationales*, 2017, S. 297.

22 Vgl. *Ellen Desmet*, *The UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation: A Land or Window-Drissing? An Analysis with Special Attention to the Situation of Indigenous Peoples*, *South African Journal on Human Rights* 24 (2008), 71 (78).

23 So wurde im Endbericht von Professor *Theo van Boven* zu den „Draft Principles and Guidelines on the Right to Remedy and Reparation“ aus dem Jahr 1993 („Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms. Final Report submitted by Mr Theo van Boven, Special Rapporteur, UN Doc E/CN.4/Sub2/1993/8 (1993)“) festgehalten, dass gegenüber indigenen Völkern der Entzug von Land und natürlichen Ressourcen sowie Umweltschädigungen einen schweren Menschenrechtsverstoß darstellen können. Vgl. *Desmet* (Fn. 22), 79. Gerade solche Situationen sind in der Praxis typisch für die Begründung einer Umweltverantwortung.

24 Vgl. Abs. 26 der UNGV Res. A/RES/60/147, v. 16. Dezember 2005: „[...] it is understood that the present Basic Principles and Guidelines are without prejudice to the right to a remedy and reparation for victims of all violations of international human rights law and international humanitarian law.“

Die Frage, ob Abhilfe bei Menschenrechtsverletzungen generell – wohl auf völkergewohnheitsrechtlicher Basis – zusteht, ist Gegenstand einer langandauernden akademischen Diskussion. Kritisch dazu *Christian Tomuschat*, *Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations. The Position under General International Law*, in: Albert Randelzhofer/Christian Tomuschat (Hrsg.), *State Responsibility and the Individual – Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, 1999, S. 173. Siehe auch *ders.*, *Human Rights* (2014) 404, der nach einer detaillierten Überprüfung der wichtigsten Menschenrechtsinstrumente zu dem Ergebnis gelangt: „[...] it is clear that international law has not yet evolved to a point where it could be said that [...] individuals enjoy a full (secondary) right to reparation, including financial compensation, where their (primary) right has been infringed.“ Und wenn selbst die fortschrittlichsten Menschenrechtsinstrumente keine zweifelsfreie Basis für einen solchen

Zu dieser Resolution ist eine umfassende Studie der International Commission of Jurists erschienen, die mittlerweile in dritter Auflage (2018) vorliegt.²⁵

Darin wird festgehalten, dass an einem Recht auf einen wirksamen Behelf und auf Wiedergutmachung bei Menschenrechtsverletzungen kein Zweifel bestehen könne²⁶; allein über die konkreten Modalitäten bestehe in der Praxis Uneinigkeit, auch aufgrund einer fragmentierten Rechtslage und einer uneinheitlichen Terminologie.

The Commission of Jurists hebt hervor, dass der Ausdruck „remedy“ mit divergierendem Bedeutungsgehalt Verwendung findet: Einmal wird darunter allein ein prozedu-

Anspruch schaffen, dann könne es auch kein diesbezügliches Völkergewohnheitsrecht geben. *ders.*, S. 404 f.

Dies ist zutreffend, wenn man für eine wirksame Abhilfe volle Wiedergutmachung unter Einschluss finanzieller Entschädigung versteht. Stellt man hingegen weniger hohe Ansprüche an Abhilfemaßnahmen, so dass diese ein breites Spektrum an Instrumenten umfassen können, die zumindest die Menschenrechtsverletzung außer Streit stellen, Genugtuung einschließen und damit auch eine gewisse Garantie für eine Nichtwiederholung bieten (wobei in vielen Fällen von Menschenrechtsverletzungen ohnehin keine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes möglich ist), so kann auch die Existenz eines Rechts auf Abhilfe eher befürwortet werden.

Für das Vorliegen eines solchen Anspruchs *Dinah Shelton*, Remedies in International Human Rights Law, 2015, S. 17: „[...] [T]he jurisprudence of international tribunals indicates that such a right exists today. [...] [H]uman rights tribunals insist on remedies that are real, adequate and effective.“ *Dies.*, Human Rights, Remedies, in: MPEPIL online ed. (2006) 24: „Given the widespread recognition of the right to remedy in law and practice, many consider it to be a norm of customary international law.“

Vgl. auch *Gwynne Skinner/Robert McCorquodale/Olivier De Schutter*, The Third Pillar, 2013, S. 13 f.: „Under international law, victims of human rights abuses have the right to access an effective remedy; this means victims should always have recourse to judicial remedies where other remedial schemes, such as administrative remedies, are not sufficient. This has been explicitly recognized by various UN bodies, as well as in the regional context.

To be effective, remedies must be capable of leading to a prompt, thorough, and impartial investigation; cessation of the violation, if it is ongoing; and adequate reparation, including, as necessary, restitution, compensation, satisfaction, rehabilitation, and guarantees of non-repetition.“ Vgl. auch EGMR, *Papamichalopoulos v. Greece* (Article 50) (Series A No 330-B), App. No. 14556/89, Urteil v. 31. Oktober 1995: Hier (Abs. 34) stellte der EGMR eine Verpflichtung fest, „to restore as far as possible the situation existing before the breach“. Weiters EGMR, *Assanidze v. Georgia*, App. No. 71503/01, Urteil v. 8. April 2004: Hier (Abs. 34) betonte der EGMR die Notwendigkeit, einer restitutio in integrum den Vorrang einzuräumen. Zitiert nach *Shelton* (Fn. 24), 15.

Die Existenz eines völkergewohnheitsrechtlichen Individualbeschwerderechts an eine internationale Gerichtsstanz wird hingegen verneint. Siehe *Marrella* (Fn. 21), S. 395.

25 *International Commission of Jurists*, The Right to a Remedy and Reparation for Gross Human Rights Violations, Practitioners Guide No. 2, 2018.

26 *Dies.* Unter den Menschenrechtsdokumenten mit universeller bzw. quasiuniverseller Geltung vgl. Art. 8 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR); Art. 2 des UN Paktes über bürgerliche und politische Rechte (International Covenant on Civil and Political Rights); Art. 6 der Anti-Rassismuskonvention (Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination – CERD); Art. 6 der Anti-Folterkonvention (Convention against Torture – CAT) und Art. 39 der Kinderrechte-Konvention (Convention on the Rights of Children – CRC). Was das humanitäre Völkerrecht anbelangt vgl. Art. 3 der Haager Landkriegsordnung; Art. 91 des I. Zusatzprotokolls aus 1977 zu den Genfer Konventionen aus 1949. Im Völkerstrafrecht wären die Art. 68 und 75 des Römischen Statuts zu erwähnen.

Laut Allgemeinem Kommentar Nr. 29 über Ausnahmen im Notstand durchwirkt das Recht auf einen Behelf den gesamten Pakt über bürgerliche und politische Rechte. *Dies.* S. 53 f. unter Verweis auf Human Rights Committee, General Comment No. 29 on Derogations During a State of Emergency, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11 (2001), Abs. 14.

Einschlägige Menschenrechtsbestimmungen auf regionaler Ebene wären Art. 7 der Afrikanischen Charta über Menschenrechte und Rechte der Völker (African Charter on Human and Peoples’ Rights); Art. 25 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (American Convention on Human Rights); Art. 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie Art. 47 der EU-Grundrechte-Charta.

raler Behelf verstanden (so in der lateinischen Tradition); in anderen Fällen wird der materielle Aspekt der Wiedergutmachung mit einbezogen.²⁷

Der Titel der Res. 60/147 („Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation“) scheint darauf hinzudeuten, dass sich die Vereinten Nationen 2005 für eine Eingrenzung des „Remedy“-Konzepts auf prozedurale Gesichtspunkte entschieden haben. Der Text selbst lässt hingegen terminologische Konsequenz im Dokument selbst missen.²⁸

Was die Begründung von Unternehmensverantwortung und Unternehmensverpflichtungen im menschenrechtlichen Bereich sowie die daraus folgende Geltendmachung von Behelfen gegenüber Unternehmen anbelangt, waren die Basic Principles and Guidelines aus 2005 erstaunlich großzügig und progressiv. So findet sich in Prinzip 3 (c) ein – noch etwas versteckter – Hinweis auf eine unmittelbare Unternehmensverantwortung, wenn Opfern von Menschenrechtsverletzungen (sowie von Verletzungen des humanitären Völkerrechts) ein „gleicher und wirksamer Rechtsbehelf“ zuerkannt wird, „irrespective of who may ultimately be the bearer of responsibility for the violation“. Noch deutlicher wird eine horizontale, auch Unternehmen als Pflichtenträger umfassende Wirkung der Menschenrechte in Prinzip 15, letzter Satz, der „Basic Principles and Guidelines“ angesprochen:

„In cases where a person, a legal person, or other entity is found liable for reparation to a victim, such party should provide reparation to the victim or compensate the State if the State has already provided reparation to the victim.“²⁹

27 *Dies.*, unter Verweis auf die Amerikanische Menschenrechtskonvention und die EMRK für den erstgenannten Ansatz, während der UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte dem zweitgenannten Ansatz folgt. Dieses weite Verständnis des Ausdrucks „remedies“ scheint das vorherrschende zu sein. Siehe auch *Shelton* (Fn. 24), S. 16 („dual meaning of remedies“). Für die materielle Seite der Abhilfe wird in der Literatur auch der Ausdruck „*redress*“ verwendet.

28 So trägt Abschnitt VII dieses Dokuments (Fn. 24) den Titel „Victim’s right to remedies“, wobei der – einzige – Abs. 11 dieses Abschnitts dann aber diese Rechte folgendermaßen untergliedert:

- (a) Equal and effective access to justice;
- (b) Adequate, effective and prompt reparation for harm suffered;
- (c) Access to relevant information concerning violations and reparation mechanism.

Der wirksame Rechtsbehelf vor einem Gericht wird hier also von der Wiedergutmachung unterschieden, wobei im Titel selbst aber wiederum beide Behelfe als „remedies“ qualifiziert werden.

29 Zu diesen beiden Verweisen auf eine unmittelbare Unternehmensverantwortung in der UNGV Res. 60/147 aus (Fn. 24), siehe *International Commission of Jurists* (Fn. 25), 30, wo auch darauf hingewiesen wird, dass für den für die Ausarbeitung dieser Resolution zuständigen Berichterstatter, Theo van Boven, ein Konsens hinsichtlich des Bestehens einer solchen Unternehmensverantwortung bestanden habe. *Dies.*, unter Verweis auf *Theo van Boven*, *The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights and Serious Violations of International Law*, United Nations Audiovisual Library of International Law, 3, download unter http://legal.u.org/avl/pdf/ha/ga_60-147_e.pdf.

Aus dem Bericht des Kommissionsvorsitzenden geht hervor, dass der Ausdruck „shall“ verwendet wurde, wenn auf geltendes Recht (in Kraft befindliche internationale Normen) Bezug genommen worden ist, andernfalls wurde der Ausdruck „should“ verwendet. Vgl. *Shelton* (Fn. 24), 10.

3. Die „remedies“ in den „Leitprinzipien“ – im Vergleich zu weiterführenden, bislang nicht konsensfähigen Ansätzen

Die „Leitprinzipien“ aus 2011 sind in dieser Hinsicht – wie gezeigt – weit vorsichtiger: Zwar wird auch in diesen von einer „Unternehmensverantwortung“³⁰ gesprochen, doch die konkrete Ausformulierung dieser Verantwortung weicht schon allein terminologisch von jener des Staates („States must protect against human rights abuses“, Prinzip I, vs. „Business enterprises should respect human rights“, Prinzip 11) ab. Wirksame Rechtsbehelfe bei Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen werden eingefordert, doch die Ausführungen in den „Leitprinzipien“ dazu bewegen sich auf einer sehr abstrakten Ebene. Dabei verstehen sich sowohl die „Basic Principles“ aus 2005 als auch die „Leitprinzipien“ aus 2011 als unmittelbarer Ausdruck des geltenden Völkerrechts – ohne Hinzufügung von neuen Ansprüchen, aber auch ohne Abstriche gegenüber dem Erreichten.³¹

Der Grundgedanke der „Leitprinzipien“ 2011 ist somit, dass unzweifelhaft von einer Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen auszugehen ist. Ihre konkrete Natur ist aber in einem weiteren Diskussionsprozess noch zu bestimmen. Die Menschenrechtskommission greift dabei den Grundansatz von John Ruggie auf, wonach die Durchsetzung der Verpflichtungen vorwiegend über die nationale Schiene zu erfolgen hat, wobei für die Festlegung des diesbezüglichen Instrumentariums, für die Bestimmung der „remedies“ im Detail, erheblicher Spielraum offen bleibt. Gleichzeitig bleibt aber auch die Möglichkeit gegeben, dass auf internationaler Ebene weitere Behelfe geschaffen und bestehende konkretisiert werden.

Wie abgeschwächt der Verpflichtungscharakter der sich aus den „Leitprinzipien“ ergebenden menschenrechtlichen Auflagen ist, verdeutlicht eine Zusammenschau dieser Bestimmungen mit jenen der – nicht angenommenen – „Draft Norms“ aus 2003:

So lautet Prinzip 11 der Leitprinzipien aus 2011 folgendermaßen:

„Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved.“

Laut den „Leitprinzipien“ „sollten“ Unternehmen also Menschenrechtsverletzungen vermeiden und die menschenrechtlichen Folgen ihrer Handlungen angehen.

Im Vergleich dazu sah Pkt. 12 der „Draft norms“ aus 2003 eine Verpflichtung für Unternehmen vor, politische, wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte nicht nur zu achten, sondern auch zu fördern, insbesondere auch das Recht auf Entwicklung.³² Um-

30 Vgl. Abschnitt II. der Leitprinzipien. Vgl. auch Jan Wouters/Cedric Ryngaert/Tom Ruys/Geert De Baere (Hrsg.), *International Law*, 2019, S. 396.

31 Siehe die Präambel der Leitprinzipien (Fn. 2): *„Nothing in these Guiding Principles should be read as creating new international law obligations, or as limiting or undermining any legal obligations a State may have undertaken or be subject to under international law with regard to human rights.“*

In der Präambel der „Basic Principles and Guidelines“ lautet die einschlägige Präambelbestimmung folgendermaßen (Fn. 2): *„[...] the Basic Principles and Guidelines contained herein do not entail new international or domestic legal obligations but identify mechanism, modalities, procedures and methods for the implementation of existing legal obligations under international human rights law and international humanitarian law which are complementary though different as to their norms.“*

32 *„Transnational corporations and other business enterprises shall respect civil, cultural, economic, political and social rights and contribute to their realization, in particular the rights to development, adequate food and drinking water, the highest attainable standard of physical and mental health, adequate housing, pri-*

fassende Abhilfemaßnahmen einschließlich der Verpflichtung zur Wiedergutmachung sollten diese Verpflichtungen absichern.³³

Für eine derart ausgeprägte „Völkerrechtsunmittelbarkeit“ und Verpflichtung von Unternehmen hat sich jedoch keine Mehrheit im Menschenrechtsrat gefunden.

Der „Zero Draft“ vom 16. Juli 2018 schlägt im Vergleich zu den „Draft Norms“ aus 2003 auf den ersten Blick durchaus gemäßigere Töne an – er versteht sich ja auch als unmittelbare Fortführung und Konkretisierung der „Leitprinzipien“, als deren Verdichtung zu einem verbindlichen Normenwerk. Bei näherer Betrachtung bewegt er sich aber dennoch weit weg von der Grundphilosophie der Leitprinzipien, die auf eine evolutive, dialogbasierte Entwicklung des Normansatzes in der Unternehmenshaftung abstellen.

Den Unternehmen wird nicht eine Mitwirkungsverpflichtung in Bezug auf die Verwirklichung eines vielfältig deutbaren Rechts auf Entwicklung auferlegt, sondern vielmehr umfassende Sorgfaltspflichten („due diligence“, Art. 9)³⁴, die im Falle ihrer Verletzung auch Haftung und die Verpflichtung zur Wiedergutmachung zur Folge haben.³⁵ Die Staaten haben ein detailliertes System der Abhilfe insbesondere auch mit juristischen Verfahren, zivilrechtlicher, verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Natur einzurichten.³⁶ Weiters besteht eine umfassende Verpflichtung zu wechselseitiger Rechtshilfe.³⁷

Dass dieser Prozess in weiterer Folge zu einem Ergebnis führen mag, das jenem des „Zero Drafts“ entspricht, ist nicht auszuschließen, doch ist der bisherige Entwicklungsstand des Dialogs noch weit davon entfernt.³⁸ Dies gilt im Besonderen für die Festlegung einer strafrechtlichen Verantwortung, die dieses Dokument einfordert und für die Durchgriffshaftung im Konzernverbund, die im „Zero Draft“ ebenfalls schon Realität ist. Die Sorgfaltspflichten sind im „Zero Draft“ viel restriktiver ausgeführt und führen – anders als im Kontext der „Leitprinzipien“ – im Falle ihrer Verletzung unmittelbar zur Haftung im Sinne einer Verpflichtung zur Wiedergutmachung.³⁹

vacy, education, freedom of thought, conscience, and religion and freedom of expression, and shall refrain from actions which obstruct or impede the realization of those rights.“

33 Siehe Pkt. 18 der „Draft norms“ (Fn. 12): „*Transnational corporations and other business enterprises shall provide prompt, effective and adequate reparation to those persons, entities and communities that have been adversely affected by failures to comply with these Norms through, inter alia, reparations, restitution, compensation and rehabilitation for any damage done or property taken. In connection with determining damages, in regard to criminal sanctions, and in all other respects, these Norms shall be applied by national courts and/or international tribunals, pursuant to national and international law.*“

34 Siehe insbes. Art. 9 Abs. 2 c) (Fn. 12) „*[p]revent human rights violations, within the context of its business activities*“. Die Sorgfaltspflichten reichen aber weit darüber hinaus. Anders dagegen der Ansatz der OECD in den „OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct“ 2018, die sich als praktische Hilfestellung verbunden mit Fallbeispielen verstehen.

35 Art. 9 Abs. 4 des „Zero Draft“ (Fn. 15).

36 Art. 8 des „Zero Draft“ (Fn. 15) („Rights of Victims“) sowie Art. 10 („Legal Liability“).

37 Art. 11 des „Zero Draft“ (Fn. 15) („Mutual Legal Assistance“).

38 In diesem Sinne auch *Pierre Thielbörger/Tobias Ackermann, A Treaty on Enforcing Human Rights Against Business: Closing the Loophole or Getting Stuck in a Loop?*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 24 (2017) 43. Positiver dagegen *Marco Fasciglione, Another Step on the Road? Remarks on the Zero Draft Treaty on Business and Human Rights*, *Diritti Umani e Diritto Internazionale* 12 (2018) 629.

39 Art. 9 Abs. 4 des „Zero Draft“ (Fn. 15). Siehe dagegen Leitprinzip 17 (Fn. 2): „*In order to identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts, business enterprises should carry out human rights due diligence.*“

Damit sind wir wieder zurückverwiesen auf die „Leitprinzipien“. So sehr diese auf den ersten Blick nur eine schwache Verpflichtungsgrundlage für Unternehmen schaffen⁴⁰, so sind diese gerade in ihrer Unbestimmtheit und in der wechselseitigen Bedingtheit der drei Säulen in vielerlei Hinsicht entwicklungs offen. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, wie dieses Potential in den Folgejahren gedeutet worden ist.

IV. Die „remedies“ zur Geltendmachung der Unternehmensverantwortung nach 2011 – zwischen Anspruch und Wirklichkeit, zwischen positivem Recht und politischem Programm

1. Der von den „Leitprinzipien“ vorgegebene Rahmen

Zur Durchsetzung der Unternehmensverantwortung enthalten die „Leitprinzipien“ ein komplexes Konstrukt. Unterschieden wird zwischen:

- staatlichen judiziellen Mechanismen (Prinzip 26)
- staatlichen nicht-judiziellen Beschwerdemechanismen (Prinzip 27)
- nicht-staatlichen Beschwerdemechanismen (Prinzip 28)

Im Vordergrund stehen die staatlichen judiziellen Mechanismen: Für den Fall von Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen sollen die Staaten wirksame Rechtsbehelfe vorsehen, wobei auch auf faktische Barrieren Bedacht genommen werden soll.⁴¹ Insbesondere wird dabei auch auf die Geltendmachung von menschenrechtlicher Verantwortung im Konzernverbund Bezug genommen: Menschenrechtsverletzungen von Tochtergesellschaften können im Gaststaat häufig nicht wirksam geltend gemacht werden, weshalb Opfer solcher Verstöße immer öfter versuchen, im Sitzstaat der Mutter zu klagen. Gemäß beigefügtem Kommentar begrüßen die „Leitprinzipien“ diese Entwicklung, die allerdings noch keine gefestigten Ergebnisse geliefert hat.

Was die staatlichen nicht-judiziellen Beschwerdemechanismen anbelangt, ist eine Vielzahl an Verfahren und Mechanismen (bspw. Aufsichtsbeschwerden an die staatliche Verwaltung, Volksanwaltschaften, nationale Menschenrechtsinstitutionen, nationale Kontaktstellen, Arbeitsinspektorate, Gesundheitsbehörden)⁴² denkbar, die auch einem laufenden Ausbau zugänglich sind. Das System der „Nationalen Kontaktstellen“ (*national contact points*), das eigentlich seine Wurzel in den OECD-Richtlinien für multinationale Unternehmen findet, das aber von den „Leitprinzipien“ ebenfalls aufgegriffen wird, ist hier auch zu erwähnen. Diese Kontaktstellen können als Infor-

40 Allenfalls kann von einer „mittelbaren Drittwirkung“ der Menschenrechte gesprochen werden: Eine unmittelbare rechtliche Handhabe gegenüber Unternehmen, diese zur Einhaltung der Menschenrechte zu zwingen, besteht nicht, doch ist der Staat verpflichtet, die Einhaltung der Menschenrechte zwischen den Rechtssubjekiven zu gewährleisten. Vgl. *Leonhard Hübner*, Grundlagen der Haftungsmöglichkeiten im nationalen Zivilrecht, in: Markus Krajewski/Franziska Oehm/Miriam Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen (2018) S. 13 (47).

41 Vgl. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 24 über „State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural in the context of business activities“, E/C.12/GC/24.

42 Vgl. OHCHR, Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse through State-based non-judicial mechanisms, v. 14. Mai 2018, A/HRC/38/20; <https://undocs.org/A/HRC/38/20>.

mations- und Mediationsstellen agieren. Dieses System ist erst im Aufbau begriffen und – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – noch in vielerlei Hinsicht entwicklungs-fähig. Allerdings liegen einige Entscheidungen („*specific instances*“) dieser Stellen vor, die die „due diligence“-Verpflichtung in Bezug auf die nationalen Aktionspläne näher konkretisieren.⁴³

Ähnliches gilt – in noch verstärktem Maße – für die nicht-staatlichen Beschwerdemechanismen, die insbesondere im unternehmensinternen Bereich bzw. über Unternehmerrdachverbände verwirklicht werden können.⁴⁴

Zu Recht wurden Bedenken gegen diese Mechanismen geäußert.⁴⁵ Stellen die Abhilfemaßnahmen, die dritte, „vergessene“, „weitgehend unergründete“ Säule der Leitprinzipien dar, so verkörpern innerhalb dieser Säule die nichtjudiziellen, staatlichen und nichtstaatlichen Maßnahmen den am wenigsten präzisierten äußersten Rand dieser dritten Säule. Präzisierungsbemühungen sind im Gange, aber die Vielzahl an Maßnahmen, die hier vorgeschlagen worden sind und potentiell in Frage kommen, verdeutlicht, wie unscharf diese Kategorie ist und wie sehr es hier noch weiterführender Diskussionen bedarf.

Der Ruggie-Kommentar zu den „Leitprinzipien“ selbst gemahnt hier zu Vorsicht.⁴⁶

Geklärt werden muss einmal, für welche Rechte diese Behelfe überhaupt in Frage kommen. Es ist offenkundig, dass diese Behelfe bei schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen ungeeignet sind.⁴⁷

Entscheidend ist, dass diesen Behelfen nicht zwingender Charakter zugesprochen wird, ohne dass entsprechende Rechtsgarantien gewährleistet werden, die grundlegende Verfahrensrechte der Beschwerdeführer garantieren können. Es muss also darauf geachtet werden, dass diese Behelfe den Rechtsschutz der Opfer verstärken und erweitern und nicht im Gegenteil absenken bzw. eine Barriere schaffen für den Zugang zu den judiziellen Behelfen.⁴⁸

Nach dem bisherigen Stand der Diskussion können die nichtstaatlichen Beschwerdemöglichkeiten somit nur eine subsidiäre, ergänzende Rolle⁴⁹ einnehmen, die oft par-

43 Zu der Praxis, die sich in diesem Zusammenhang herausgebildet hat, siehe *Basak Baglayan*, Searching for Human Rights Norms for Corporate conduct in Domestic Jurisprudence: A Bottom-Up Approach to International Law, *Nordic Journal of Human Rights* 36 (2018) 371 (381).

44 Ein hoch entwickeltes System an Beschwerde- und Compliance-Mechanismen ist innerhalb der Weltbankgruppe geschaffen worden; regionale Entwicklungsbanken haben dieses weitgehend übernommen. Interne Beschwerdemechanismen sind insbesondere von internationalen Öl- und Bergwerksunternehmen eingerichtet worden. Vgl. *Drimmer/Laplante* (Fn. 9), S. 330 ff.

45 Vgl. dazu im Detail *Lorna McGregor*, Activating the Third Pillar of the UNGPs on Access to an Effective Remedy, *EJIL Talk!* (2018), <https://www.ejiltalk.org/activating-the-third-pillar-of-the-ungps-on-access-to-an-effective-remedy/> (1. März 2019).

46 Siehe Leitprinzip 29 (Fn. 2), letzter Satz des Kommentars (konkret bezogen auf die nichtstaatlichen Beschwerdemechanismen): „*They should not be used to undermine the role of legitimate trade unions in addressing labour-related disputes, nor to preclude access to judicial or other non-judicial grievance mechanisms.*“

47 *Ders.*, S. 3.

48 *Ders.*, S. 3 ff. *Drimmer/Laplante* (Fn. 9) bezeichnen diese Abhilfemaßnahmen als „one of the least understood aspects of the Ruggie Framework“ und empfehlen die Durchführung von weiteren Studien und die Suche nach „best practices“.

49 Siehe auch Abs. 53 des General Comment No. 24 (Fn. 41).

allel zu den judiziellen Behelfen zur Anwendung kommen werden. Im Folgenden soll das Hauptaugenmerk somit den judiziellen Instrumenten gelten.

2. Einzelne Konkretisierungsversuche

Aufgrund ihrer weitgehend unbestimmten Natur in den „Leitprinzipien“ einerseits und ihrer tragenden Rolle für eine wirksame Geltendmachung der Unternehmensverantwortung andererseits wurden nach 2011 intensive Bemühungen unternommen, die „Behelfe“ inhaltlich zu konkretisieren. Dies geschah sowohl auf zentraler Ebene durch den Menschenrechtsrat bzw. durch die von diesem eingesetzte Arbeitsgruppe⁵⁰ als auch auf regionaler Ebene, insbesondere durch Europarat und EU.

a) Europarat

Der Europarat hat im Jahr 2014 die „Leitprinzipien“ der Vereinten Nationen unterstützt und ihre wirksame Umsetzung als essentiell für die Achtung der Menschenrechte im Unternehmensbereich erklärt.⁵¹ Am 2. März 2016 hat das Ministerkomitee den Mitgliedstaaten des Europarats nochmals detailliertere Empfehlungen für die Umsetzung der „Leitprinzipien“ erteilt. Verschiedene dieser Empfehlungen können als natürliche Konsequenz der für diese Staaten bereits bestehenden Verpflichtungen, insbesondere im menschenrechtlichen Bereich, gesehen werden. Dies gilt, was die Abhilfe angeht, im Besonderen für das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 6 und Art. 13 EMRK.⁵²

Die Empfehlungen des Europarats aus 2016 gehen aber viel weiter, gerade was die Abhilfe angeht. So wird im Bereich der zivilrechtlichen Haftung für Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen den Mitgliedstaaten nahegelegt:

- die „Forum-non-conveniens“-Regel für Unternehmen mit Sitz auf ihrem Territorium aufzugeben (was somit zu einer erweiterten Gerichtsbarkeit führen sollte);⁵³
- im Konzernverbund sollte eine Durchgriffshaftung auf die Konzernmutter mit Sitz in einem Mitgliedstaat für Menschenrechtsverletzungen durch die Konzerntöchter in Drittstaaten zur Anwendung kommen;⁵⁴
- Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen in Drittstaaten sollten in Ermangelung anderer Foren, die ein faires Verfahren garantieren können, vor einem Gericht eines Mitgliedstaats verfolgt werden können, soweit ein hinreichender Anknüpfungspunkt mit einem Mitgliedstaat besteht (*forum necessitatis*);⁵⁵

50 Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, eingesetzt mit Res. 17/4 des Menschenrechtsrats, mit welcher auch die „Leitprinzipien“ verabschiedet worden sind.

51 Declaration on the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 16. April 2014, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c6ee3.

52 Im Bereich der staatlichen Verpflichtungen findet sich in der Empfehlung Nr. 24 (Fn. 51) eine besondere Ausprägung dieses Zusammenhangs und eine materiell-rechtliche Verpflichtung, wie wir sie in den „Leitprinzipien“ nicht finden: Die Mitgliedstaaten des Europarats sollen in Bezug auf Unternehmen mit Sitz auf ihrem Territorium sicherstellen, dass diese mit keinen Produkten handeln, die nur für die Vollstreckung der Todesstrafe bzw. für Folter oder grausame oder erniedrigende Behandlung Verwendung finden können.

53 Siehe Empfehlung Nr. 34 (Fn. 51).

54 Siehe Empfehlung Nr. 35 (Fn. 51).

55 Siehe Empfehlung Nr. 36 (Fn. 51).

- Staatsunternehmen sollten ebenfalls der Gerichtsbarkeit in den Mitgliedstaaten unterliegen⁵⁶, es sollten Sammelklagen möglich sein⁵⁷ und es sollte eine Art Erkundungsbeweis zu Lasten der betreffenden Unternehmen („*phishing expeditions*“) eingeführt werden.⁵⁸

Was die strafrechtliche Verantwortung der Unternehmen bzw. der Unternehmer für Menschenrechtsverletzungen anbelangt, werden ebenfalls sehr weitreichende Empfehlungen ausgesprochen:

- Für bestimmte schwerwiegende Straftaten sollte unmittelbar eine Verantwortung der Unternehmen – auch im Falle von Beteiligungsdelikten – vorgesehen werden (völkerrechtliche Straftaten, die von Unternehmen begangen werden, Cybercrimes, Menschenhandel, sexuelle Ausbeutung und sexueller Missbrauch von Kindern, grenzüberschreitendes organisiertes Verbrechen, Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornographie).⁵⁹
- Bei völkerrechtlichen Straftaten und Straftaten, die unmittelbar in internationalen Abkommen vorgesehen sind, sollte – unabhängig davon, ob die Unternehmen zur Verantwortung gezogen werden – auf jeden Fall eine strafrechtliche Verfolgung der Unternehmensvertreter greifen.

b) Europäische Union

Auf EU-Ebene sind in diesem Kontext folgende Dokumente hervorzuheben:

- jeweils eine Untersuchung über den Stand der Umsetzung der „Leitprinzipien“ innerhalb (2015)⁶⁰ und außerhalb der EU (2017)⁶¹ sowie
- ein Gutachten der Europäischen Grundrechte-Agentur mit dem Titel „*Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level*“⁶².

Bei der Untersuchung des Ist-Standes heben die beiden erstgenannten Dokumente wiederum die Schwachstellen bei den Abhilfemaßnahmen und im Konkreten bei der Rechtsdurchsetzung hervor. Die gerichtliche Einklagbarkeit von Schadenersatzsprüchen gegenüber Konzerntöchtern mit Sitz außerhalb der EU stößt angesichts einer unzureichenden Harmonisierung auf Schwierigkeiten sowohl in Bezug auf die Gerichtsbarkeit als auch, was das anwendbare Recht anbelangt. Für die Geltendmachung einer strafrechtlichen Verantwortung liefert das EU-Recht einige vereinzelte Ansätze und ein gewisses Regelungspotential.

56 Siehe Empfehlung Nr. 38 (Fn. 51).

57 Siehe Empfehlung Nr. 39 (Fn. 51).

58 Siehe Empfehlung Nr. 43 (Fn. 51).

59 Siehe Empfehlung Nr. 44 (Fn. 51).

60 Fortschrittsbericht der Europäischen Kommission über die Umsetzung der Leitprinzipien („Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights“), 10947/15, v. 15. Juli 2015.

61 DIRECTORATE-GENERAL FOR EXTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT, „Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights“, EP/EXPO/B/COMMITTEE/FWC/2013-08/Lot8/09, v. 2. Februar 2017.

62 FRA Opinion – 1/2017 [B&HR] (Fn. 20). Dabei handelt es sich um das erste vom Rat bei der Grundrechte-Agentur in Auftrag gegebene Gutachten; alle übrigen Gutachten waren vom Europäischen Parlament beantragt worden. Siehe *Carmen Márquez Carrasco*, Access to Remedy for the Victims of Corporate-Related Human Rights Abuse, in: Angelica Bonfanti (Hrsg.) *Business and Human Rights in Europe*, 2019, S. 183 (187).

Das Gutachten der Europäischen Grundrechte-Agentur hakt genau hier ein – beim Aufzeigen von Entwicklungsperspektiven, auch unter Bezugnahme auf die Europarats-Empfehlung aus 2016. Damit wird die Ebene des geltenden Rechts verlassen und es werden Entwicklungsszenarien aufgezeigt, für die erst ein Konsens gefunden werden muss und die z.T. auch inhaltlich im Detail erst näher präzisiert werden müssen.

So unterstützt das Gutachten das Anliegen, eine Gerichtsbarkeit für Menschenrechtsverletzungen im EU-Raum zu begründen, auch wenn die Beklagten Unternehmen mit Sitz im EU-Ausland sind und es sich dabei um Tochtergesellschaften von Unternehmen mit Sitz in der EU handelt. Das Brüssel I-Regime bietet dafür gegenwärtig keine Handhabe. Soweit dieses keine Abänderung erfährt, könnten aber hilfsweise die nationalen Prozessordnungen eine solche extraterritoriale Gerichtsbarkeit begründen.⁶³

Das nächste Problem stellt sich in Bezug auf das anwendbare Recht. Das „Rom-Regime“ (Rom-II-Verordnung) knüpft diesbezüglich bekanntlich am Schadensort an, außer es besteht ein engerer Bezug zu einem anderen Staat. Die *ordre-public*-Ausnahme (hier: wenn die eigentlich anzuwendende nationale Regelung klar den Menschenrechten widerspricht)⁶⁴ bietet ein gewisses Korrektiv (konkret bislang bei Umweltschädigungen), das aber nicht ausreichend ist. Das Gutachten der Grundrechte-Agentur schlägt vor, an dieser Flexibilitätsklausel zu arbeiten.⁶⁵

Auch in Bezug auf die strafrechtliche Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen knüpft die Grundrechte-Agentur an die Europarats-Empfehlung aus 2016 an und empfiehlt eine wirksamere Nutzung der Möglichkeiten, die das vorhandene, wenngleich nur bruchstückhafte Instrumentarium (insbes. RL 2011/36/EU über die Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels⁶⁶ sowie RL 2009/52/EG über Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen⁶⁷) eröffnet.

c) Die UN-Ebene

Auf UN-Ebene kommt der Arbeitsgruppe für Menschenrechte und transnationale Unternehmen zentrale Bedeutung für die weitere Präzisierung möglicher Abhilfemaßnahmen im Rahmen der „Leitprinzipien“ zu. Es liegt bereits eine Vielzahl an Dokumenten vor, die zu diesem Zweck erstellt worden sind.⁶⁸ Der methodische Zugang zur „remedies“-Diskussion ist hier ein anderer als jener in den erwähnten europäischen Dokumenten: Im Rahmen der UN Arbeitsgruppe wurde ein noch viel breiteres Spektrum an (potentiellen) Abhilfemaßnahmen diskutiert, wobei aber durchwegs nicht be-

63 FRA Opinion – 1/2017, (Unter)Gutachten Nr. 6, (Fn. 20).

64 FRA Opinion – 1/2017, (Unter)Gutachten Nr. 8, (Fn. 20), S. 10.

65 *Dies*.

66 ABI Nr. L 101/1 v. 15.4.2011.

67 ABI Nr. L 168/24 v. 30.6.2009.

68 Vgl. OHC, The OHCR Accountability and Remedy Project, Illustrative examples for guidance to improve corporate accountability and access to judicial remedy for business-related human rights abuse, Companion document to A/HRC/32/19 and A/HRC/32/19/Add.1, v. 5 Juli 2016; OHC, Accountability and Remedy Project, Part II: State-based non-judicial mechanisms, v. 2 November 2017; OHC, Phase III: Enhancing the effectiveness of non-State-based grievance mechanisms, v. 1 November 2018 sowie HRC, Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on the sixth session of the Forum on Business and Human Rights, A/HRC/38/49, v. 23 April 2018.

stimmte Schritte angeraten werden, sondern die Diskussion beschränkt sich auf das Ausleuchten von Schwachstellen im gegenwärtigen System und auf das Darstellen von Handlungsoptionen.

Es wird deutlich hervorgehoben, dass judizielle Abhilfemaßnahmen höchste Priorität haben, wobei u.a. in folgenden Bereichen Handlungsbedarf gesehen wurde:⁶⁹

- Regelung der Haftung von Tochtergesellschaften transnationaler Unternehmen;
- Problematik der „forum non conveniens“-Regelung (die, soweit angewandt, zurückgedrängt werden sollte);
- Beweislastpflicht der Opfer (mit einer Favorisierung einer Beweislastumkehr).

Im Vergleich zu den „Draft Norms“ verfolgen die „Leitprinzipien“ einen prononciert souveränitätsschonenden Ansatz, was sich im Besonderen darin äußert, dass den Staaten die Hauptverantwortung für die Umsetzung dieser Prinzipien zuerkannt wird und dass diesen dabei ein großer Spielraum zukommt. Internationalen Instanzen wird dabei primär eine Steuerungsfunktion bzw. auf einer Ebene noch geringerer Eingriffsintensität die Funktion zugesprochen, Transparenz zu schaffen, Gelegenheit für Diskussion zu bieten, „best practices“ zu identifizieren und einen wechselseitigen Lernprozess in Gang zu setzen.

Einen wichtigen Beitrag zur Umsetzung der „Leitprinzipien“ hat eine Reihe von Staaten – wie nachfolgend noch ausführlicher zu besprechen sein wird – durch die Einführung sog. „Nationaler Aktionspläne“ (National Action Plans – NAP) mit regelmäßigen Berichtsverfahren geleistet.⁷⁰ Bei weitem nicht alle Staaten sind aber diesem Appell gefolgt. Zudem weisen diese Pläne eine sehr unterschiedliche Qualität auf und lassen gerade konkrete Aussagen zu Abhilfemaßnahmen regelmäßig vermissen. Die Bereitstellung von Foren (wie der Arbeitsgruppe) für eine vergleichende Gegenüberstellung dieser Aktionspläne und daraus folgendem „Peer-Druck“ für eine kontinuierliche Ajournerung und Verbesserung dieser Pläne kann somit bedeutende Impulse setzen für eine laufende Aufwertung dieses Instruments.⁷¹

Besonders hervorgehoben werden regelmäßig auch die vielfältigen nationalen Umsetzungsmaßnahmen, wie die „Duty of vigilance“-Gesetzgebung in Frankreich, der „Modern Slavery Act“ in Großbritannien und in Australien, sektorale Regelungen in Indonesien (für den Fischfang-Sektor) bzw. in China (Einführung von Berichtspflichten) oder die Androhung in Deutschland, bindende due diligence-Verpflichtungen für den Fall einzuführen, dass eine freiwillige Einführung unterbleibt.⁷²

Selbst die nationalen Kontaktstellen haben von Staat zu Staat eine völlig unterschiedliche Umsetzung erfahren, wobei diesbezüglich, aber auch was die unternehmensinternen Beschwerdemechanismen anbelangt, enormes Entwicklungspotential identifiziert worden ist.

⁶⁹ OHC, A/HRC/38/49 (Fn. 68), Abs. 25.

⁷⁰ Die Einführung solcher NAPs wird sowohl vom Menschenrechtsrat (siehe Res. 26/22 v. 15. Juli 2014) als auch von der Arbeitsgruppe für Menschenrechte und Unternehmen begrüßt bzw. gefördert. Die Arbeitsgruppe hat dazu auch eine Broschüre als Wegweiser herausgegeben. Siehe <https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/nationalactionplans.aspx>.

⁷¹ Auf die besondere Rolle dieser NAPs verweisen sowohl der Europarat in der Empfehlung (2016) 3 (Abs. 10 ff.), die Grundrechte-Agentur (im Teilgutachten Nr. 18, S. 15 f.) sowie die Arbeitsgruppe (A/HRC/38/49, Rz 18 ff.).

⁷² *Ders.*, Abs. 61.

Ebenso angesprochen wurde das in den letzten Jahren stark ausgebauten Netz an Investitionsschutzabkommen, in dem letztlich immer stärker nach Ansätzen für die Geltendmachung von menschenrechtlichen Ansprüchen gegenüber Unternehmen gesucht worden ist.⁷³

V. Neuralgische Punkte für die Weiterentwicklung der Abhilfemaßnahmen im System der „Leitprinzipien“

1. Grundsätzliches

Wie gezeigt, ist über die „Leitprinzipien“ dem „Business and Human Rights“-Ansatz ein äußerst breites Entwicklungsspektrum vorgegeben worden, das souveränitätsschonend über einen Prozess des Dialogs konkretisiert werden soll. Wiewohl immer wieder hervorgehoben wird, dass nur ein gesamtheitlicher Ansatz, der der engen Vernetzung der drei Säulen der „Leitprinzipien“ („protect“, „respect“ and „remedy“) Rechnung trägt und der im Bereich der Abhilfemaßnahmen alle angesprochenen Ebenen (staatlich und nichtstaatlich, judiziell und nicht judiziell) berücksichtigt, letztlich zielführend sein kann, haben sich diesbezüglich im Laufe der letzten acht Jahre doch Schwerpunkte in der praktischen und akademischen Diskussion herausgebildet. Auffallend ist, dass entsprechend dem breiten Ansatz der „Business-and-Human-Rights“-Diskussion eine Vielzahl an Sparten der Rechtswissenschaften Zugänge dazu entwickelt hat und dass sich dementsprechend eine wahrhaft interdisziplinäre Auseinandersetzung mit dieser Materie ergeben hat. So beschäftigt die Frage der extraterritorialen Abhilfemaßnahmen Experten des Völkerrechts und des internationalen Privatrechts gleichermaßen, der Rückgriff auf Abhilfemaßnahmen im Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist ein Thema für Völkerrechtler und Experten des Schiedswesens, während die unternehmerischen Berichtspflichten als Ausdruck der Abhilfe durch Transparenz prioritär im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht thematisiert werden.⁷⁴ Mit einer möglichen strafrechtlichen Verfolgung von Verstößen in diesem Bereich beschäftigen sich vornehmlich Strafrechtsexperten mit internationalrechtlicher Orientierung. Nachfolgend sollen einige der dabei auftretenden Rechtsfragen näher betrachtet werden.

2. Die extraterritoriale Durchsetzung von Menschenrechten im Unternehmensbereich als Teilaspekt der „Human Rights Litigation“ („Menschenrechtsklagen“)

Diese Thematik weist unterschiedliche Teilaspekte und Zugänge auf. Der Beweggrund für die Konzeption dieser verschiedenen Ansätze ist aber ein einheitlicher: Regelmäßig wird dann eine Rechtsdurchsetzung im Ausland versucht, wenn im Inland, am Ort der Menschenrechtsverletzung, das Durchsetzungsinstrumentarium unzureichend bzw. inexistent ist. Mit dem Ort des angestrebten Gerichtsstands muss eine Anknüpfung gegeben sein. Diese lässt sich u.U. im Konzernverbund finden. Ein origineller – wenngleich

⁷³ Ders., Abs. 49.

⁷⁴ Vgl. dazu letztlich bspw. *Sebastian Eickenjäger*, Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen, 2018 sowie *Gregor Bachmann*, CSR-bezogene Vorstands- und Aufsichtsratspflichten und ihre Sanktionierung, in ZGR 47 (2018) 231.

in seiner Bedeutung in den letzten Jahren stark eingeschränkter – Ansatz wurde mit dem US-amerikanischen Alien Tort Statute entwickelt, das die Jurisdiktion US-amerikanischer Gerichte für Völkerrechtsverstöße begründete, wo immer diese auch geschehen sind. Extraterritoriale Abhilfemaßnahmen bei Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen hätten auf dieser Grundlage eine hervorragende Grundlage gefunden.

a) *Das Alien Tort Statute (ATS)*⁷⁵

Das Alien Tort Statute stammt aus dem Jahr 1789 und ist damit nahezu so alt wie die Vereinigten Staaten selbst. Es besteht aus einem einzigen Satz, der die Völkerrechtsverbundenheit der USA – einem Staat, der sich zum damaligen Zeitpunkt international erst behaupten musste und damit größtes Interesse an der Betonung seiner Völkerrechtsfreundlichkeit hatte – unmissverständlich zum Ausdruck brachte:

„*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only; committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.*“⁷⁶

Diese Bestimmung geriet bald in Vergessenheit, um erst im Jahr 1980 im Fall *Filártiga gegen Peña-Irala*⁷⁷ wiederentdeckt zu werden, als der aus Paraguay stammenden Familie Filártiga ein hoher Schadenersatzanspruch gegenüber dem früheren leitenden Polizeiinspektor von Asunción, Américo Norberto Peña Irala, zuerkannt wurde, der für die Folterung und Tötung eines minderjährigen Angehörigen der Familie Filártiga verantwortlich war und der sich nun – illegal – in den USA aufhielt. Rasch wurde das enorme Potential erkannt, das im ATS steckte und die USA wurden zum idealen Forumstaat für die gerichtliche Abhilfe bei schweren Menschenrechtsverletzungen im Ausland. In *Sosa vs. Alvarez-Machain*⁷⁸ bestätigte der Supreme Court im Jahr 2004 diese Rechtsprechung, wobei er allerdings im Ergebnis den Anwendungsbereich des ATS auf schwere Menschenrechtsverletzungen einschränkte.⁷⁹

75 28 U.S.C. § 1350. Vgl. dazu *Fiona Robertson*, Access Justice for Victims of Human Rights Abuse by Multinational Corporations, zitiert in *Daniel Augenstein/Nicola Jäger*, Judicial remedies – The issue of jurisdiction, in: Juan José Alvarez Rubio/Katerian Yiannibas (Hrsg.), *Human Rights in Business*, 2017, S. 7; *Mathias Reimann*, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen in den USA jenseits des Alien Tort Claims Act, in: *Krajewski/Oehm/Saage-Maaß* (Hrsg.) (Fn. 40), S. 101 sowie *Andrew Sanger*, Transnational Corporate Responsibility in Domestic Courts Still Out of Reach?, *AJIL Unbound* 113 (2019) 4.

76 Es handelt sich hierbei also um eine Zuständigkeitsnorm (sie begründet die Zuständigkeit der Bundesbezirksgerichte – District Courts) für zivilrechtliche Schadenersatzklagen, die tatbestandsmäßig eine Verletzung des Völkerrechts voraussetzt. Vgl. *Michael Stürmer*, Zivilprozessuale Voraussetzungen für Klagen gegen transnationale Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen, in: *Krajewski/Oehm/Saage-Maaß* (Hrsg.) (Fn. 40), S. 73.

77 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

78 542 U.S. 692 (2004).

79 Ein US-amerikanischer Drogenagent wurde in Mexiko von einem Drogenkartell entführt und ermordet. Die US-amerikanische Anti-Drogenbehörde DEA sah in Humberto Alvarez Machain einen der Verantwortlichen, der – nachdem er von Mexiko nicht ausgeliefert wurde – von der amerikanischen Drogenbehörde unter Beihilfe von mexikanischen Bürgern entführt und in den USA vor Gericht gestellt wurde. Nachdem Alvarez Machain aus Mangel an Beweisen freigesprochen worden war, verklagte dieser die amerikanischen Behörden sowie den mexikanischen Bürger Francisco Sosa, der an seiner Entführung beteiligt gewesen war. Er stützte sich dabei auf das ATS, das aber laut dem Supreme Court auf rechtswidrige Entführungen nicht zur Anwendung kommen konnte. Allein spezifische, schwerwiegende Verstöße gegen das Völkerrecht, die jenen vergleichbar sind, welche 1789 in Kraft waren (Piraterie, Verstoß gegen das Recht auf freies Geleit und gegen das Diplomatenrecht) sollten auf dieser Grundlage verfolgbar sein.

In der Folge wurden nicht nur Einzelpersonen, sondern auch Unternehmen verklagt – aufgrund des Beihilfevorwurfs und ihrer höheren Zahlungsfähigkeit. Im Wege außergerichtlicher Vergleiche wurden hohe Schadenersatzzahlungen erzielt.⁸⁰ „Menschenrechtsklagen“ („Human Rights Litigation“)⁸¹ erlebten eine Hochkonjunktur.

Damit war aber die Gefahr internationaler Verwicklungen vorprogrammiert. Weder war klar, wie ausgeprägt der Inlandsbezug des zu beurteilenden Sachverhalts sein sollte (lange Zeit schien auch ein minimaler Konnex zu genügen) noch, ob eine Passivlegitimation von Unternehmen – insbesondere im Fall von Beihilfe („*aiding and abetting*“) gegeben war. Sowohl von politischer Seite als auch von unternehmerischer Seite wurde ein intensives Lobbying für die Einschränkung dieser Gerichtsbarkeit betrieben und der Supreme Court hat tatsächlich diesen Bedenken in immer weiter gehender Form Gehör geschenkt.

In *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*⁸² stellte der Supreme Court eine Vermutung gegen eine extraterritoriale Anwendung des ATS auf⁸³, die nur überwunden werden kann, wenn die Beschwerden „*touch and concern the territory of the United States [...] with sufficient force*“, wenn also ein sehr ausgeprägter Inlandsbezug gegeben ist. Ein Anspruch gegen eine Muttergesellschaft in den USA wegen Menschenrechtsverletzungen der Tochter in einem Drittstaat war damit nur mehr schwer geltend zu machen, wenngleich er auch nicht ausgeschlossen war. Offen blieb allerdings, ob das ATS grundsätzlich auf Unternehmen anwendbar war.

In *Daimler AG v. Bauman*⁸⁴ hat der Supreme Court im Jahr 2014 diese Möglichkeit durchaus erwogen, dafür aber sehr hohe Anforderungen gestellt. Es ging dabei um eine Klage gegen die Daimler-Niederlassung in Kalifornien aufgrund des Vorwurfs der Beihilfe zu schweren Menschenrechtsverletzungen (u.a. Folter und Mord) der argentinischen Daimler-Niederlassung während der argentinischen Militärdiktatur. Für das Vorliegen einer Gerichtsbarkeit US-amerikanischer Gerichte führte der Supreme Court das „at home“-Kriterium ein, das dann gegeben sei, wenn die Beziehungen des heimischen Unternehmens mit dem Drittstaat „*[were] so substantial and of such a nature as to render the company at home in the State.*“⁸⁵

80 So im Fall *John Doe I, et al., v. UNOCAL Corp., et al.*, 395 F.3d 932 (9th Circ. 2002). Dabei handelte es sich um eine Klage von burmesischen Zwangsarbeitern gegen Unocal und ihre US-amerikanische Muttergesellschaft, die Union Oil Company, die in Burma Öl-Pipelines mit Hilfe von Zwangsarbeitern errichtete, die vom burmesischen Militär bereitgestellt worden sind. Die Entschädigungszahlungen erlaubten umfangreiche Schadenersatzzahlungen an die Opfer von Folter, Versklavung und Vergewaltigung.

81 Zu diesem – technischen unscharfen – Ausdruck vgl. *Matthias Weller*, Haftung englischer Konzernmütter für Delikte drittstaatlicher Töchter im Spiegel des zuständigkeitrechtlichen Missbrauchseinwands, in: Burkhard Hess/Erik Jayme/Heinz-Peter Mansel (Hrsg.), *Festschrift für Christian Kohler*, 2018, S. 583 (583).

82 569 U.S. 108, 124-25 (2013). Gegenstand des Verfahrens waren Klagen von nigerianischen Bürgern gegen britische, niederländische und nigerianische Ölfördergesellschaften, denen Beihilfe zu schweren Verletzungen, gewohnheitsrechtlich geschützter Menschenrechte im Rahmen Ölexplorationsmaßnahmen im Ogoniland vorgeworfen wurde.

83 Der Supreme Court stellte in Abrede, dass der erste Kongress die USA zu einem „*einzigartig offenen Land für die Durchsetzung völkerrechtlicher Normen*“ („*uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms*“, ders., Abs. 12) machen wollte.

84 134 SCt 751.

85 Ders., 761.

In *Jesner v. Arab Bank*⁸⁶ im Jahr 2018 hat der Supreme Court die immer wieder vor den Bundesgerichten aufgeworfene Frage, ob Unternehmen auf der Grundlage des ATS überhaupt passivlegitimiert seien, immer noch nicht definitiv beantwortet, in Bezug auf ausländische Unternehmen aber verneint: Gegenüber Unternehmen mit Sitz außerhalb der USA kann das ATS also nicht zur Anwendung gebracht werden. Schadenersatzklagen gegen in den USA domizilierte Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen können zudem nur dann erhoben werden, wenn diese Verletzungen einen unmittelbaren Bezug zum Territorium der USA haben.⁸⁷

Insgesamt ist damit eine Entwicklung weitgehend zum Stillstand gekommen, die im Bereich der Unternehmensverantwortung bzw. der Abhilfemaßnahmen in diesem Bereich lange Zeit Anlass zu großen Hoffnungen gegeben hat. Damit wendet sich die internationale Aufmerksamkeit immer mehr den europäischen Gerichten zu, da vor diesen nun eher Aussicht auf Abhilfe bei Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen im Ausland gesehen wird.⁸⁸

b) *Die Durchsetzung deliktsrechtlicher Haftung von Unternehmen im Ausland vor europäischen Gerichten: das „Brüssel I“ und das „Rom II-Regime“*

Bei Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen mit Inlandsbezug zu einem EU-Mitgliedstaat bestünde regelmäßig ein Opferinteresse an der Begründung des Gerichtsstandes in der EU: aufgrund der dort vorherrschenden Dichte an menschenrechtlichen Normen, aber auch aufgrund des vergleichsweise guten Funktionierens des Justizwesens. Allein ist die Begründung eines solchen Gerichtsstandes vielfach nicht möglich.

Laut der hier maßgeblichen Brüssel I-VO⁸⁹ sind grundsätzlich die Gerichte des Wohnsitzstaates des Beklagten zuständig, soweit der Beklagte seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats (MS) hat.⁹⁰ Andernfalls wird die Zuständigkeit vom IPR

86 138 S Ct 1386, 1407 (2018). Opfer von Selbstmordattentaten bzw. ihre Angehörigen in Israel, im Gaza-Streifen und im Westjordanland beklagten in diesem Verfahren die Arab Bank, der vorgeworfen wurde, über ihre New Yorker Filiale die Selbstmordattentäter finanziert zu haben. Vgl. dazu *William S. Dodge*, Corporate Liability Under the US Alien Tort Statute: A Comment on *Jesner v Arab Bank*, in *Business and Human Rights Journal* 4 (2018) 131.

87 Vgl. *Gerhard Wagner*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, in *RabelsZ* 80 (2016) 717 (731). In der Literatur wird auch von „Neoterritorialisierung“ gesprochen. Vgl. *Martin Metz*, US Menschenrechtsklagen und Neoterritorialisierung (2017).

88 Anzumerken ist auch, dass die restriktive Politik des Supreme Court nicht nur die Attraktionskraft der amerikanischen Gerichte für die Abhilfe bei außeramerikanischen Menschenrechtsverletzungen reduziert (bzw. zum Hinfall gebracht) hat, sondern es leidet darunter die diesbezügliche Abhilfe in den USA generell, was umso schwerer wiegt, als sonstige menschenrechtliche Abhilfelinstrumente in den USA nur viel eingeschränkter zur Verfügung stehen als bspw. in Europa. So sind die USA – wie *Reimann* (Fn. 75), 142 hervorhebt – insbesondere nicht an folgende Abkommen gebunden: die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermords (1948), den Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte (1966), das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (1966) sowie die UN-Anti-Folter-Konvention (1984). Die USA sind auch nicht an die Amerikanische Menschenrechtskonvention unmittelbar gebunden, sondern es besteht allein die Möglichkeit, sich an die in diesem System errichtete Inter-Amerikanische Menschenrechtskommission zu wenden, die einen Bericht über Verstöße gegen die Amerikanische Menschenrechtserklärung verfassen kann. *Ders.*, Fn 187.

89 VO Nr. 1215/2012 v. 12.12.2012. Seit der Reform aus 2012 wird diese Richtlinie verschiedentlich auch als „Brüssel I a – VO“ bezeichnet. Hier soll aber weiter die Bezeichnung „Brüssel I“ Verwendung finden, womit die reformierte Fassung aus 2012 gemeint ist.

90 *Dies.*, Art. 4.

des jeweiligen MS geregelt (keine Vollharmonisierung der Zuständigkeitsregeln).⁹¹ Aber auch dann, wenn die Brüssel I-VO nicht unmittelbar greift, da die für die Menschenrechtsverletzung verantwortliche Tochtergesellschaft ihren Sitz im Ausland hat, kann das nationale Prozessrecht ähnliche bzw. dieselben Anknüpfungspunkte vorsehen, wie die Brüssel I-VO.⁹²

Art. 63 der Brüssel I-VO bestimmt, dass für Gesellschaften und juristische Personen der Wohnsitz an dem Ort gegeben ist, an dem sich

- a) ihr satzungsmäßiger Sitz
- b) ihre Hauptverwaltung oder
- c) ihre Hauptniederlassung befinden.

Diese Regelung könnte auf den ersten Blick zur Annahme verleiten, dass im Konzernverbund mit Sitz der Konzernmutter in einem EU-MS Menschenrechtsverletzungen der Konzerntöchter deliktsrechtlich in eben diesem MS eingeklagt werden können.

Dies trifft aber nicht zu, denn das europäische Zivilprozessrecht beruht nicht auf dem Konzept der „*enterprise jurisdiction*“, das den Konzern als einheitliches Rechtssubjekt mit ebensolchem Konzerngerichtsstand betrachtet, sondern auf dem Rechtsträgerprinzip, das für jedes rechtlich selbstständige (Teil)element des Konzerns einen gesonderten Gerichtsstand annimmt.⁹³

Bei der Durchsetzung von deliktsrechtlichen Ansprüchen aufgrund von Menschenrechtsverletzungen ist zudem die besondere Zuständigkeitsregel gemäß Art. 7 Abs. 2 der Brüssel I-VO zu berücksichtigen: Wenn eine unerlaubte Handlung vorliegt (und das ist bei Menschenrechtsverletzungen der Fall), dann greift wahlweise die Zuständigkeit der Gerichte des Erfolgsortes oder des Handlungsortes⁹⁴ (immer unter der Voraussetzung, dass der Beklagte seinen Wohnsitz im Unionsgebiet hat – ansonsten ist wieder das IPR der Wohnsitzstaates des Klägers maßgeblich). Im Konzernverbund eines multinationalen Unternehmens mit Niederlassungen in verschiedenen Ländern wären theoretisch, angesichts der wechselseitigen Verbundenheit des Konzerngeschehens, zahlreiche „Handlungsorte“ denkbar – u.a. und wohl auch idealerweise der Sitz der Konzernobergesellschaft, wo potentiell weitreichender Menschenrechtsschutz gewährleistet wird. In der Praxis wird der Begriff des Handlungsortes aber eng definiert, nämlich als Ort, der die engste Verbindung mit der Rechtsgutverletzung aufweist⁹⁵. Damit wäre also für die vorliegende Problematik wenig gewonnen, da auf dieser Grundlage Erfolgsort und Handlungsort im Regelfall zusammenfallen und auf jeden Fall der Handlungsort im Normalfall wiederum im Ausland liegt.⁹⁶

91 Im Anwendungsbereich sind die Zuständigkeitsregeln aber verbindlich. Der EuGH hat in *Owusu v. Jackson* (Rs. C-281/02, Urteil v. 1. März 2005) festgehalten, dass die *forum non conveniens*-Regel (die im angloamerikanischen Bereich Anwendung findet und eine Ablehnung der Zuständigkeit erlaubt, wenn es eine „bessere Zuständigkeit“ gibt) im Anwendungsbereich der Brüssel I-VO nicht gilt.

92 Dies war im niederländischen Fall *Akpan v. Shell* gegeben, was laut EuGH auch die Zusammenlegung der Klagen von Mutter- und Tochtergesellschaft vorhersehbar machte und damit auch rechtfertigte. Siehe *Akpan v. Shell*, ECLI:NL:RBSGR:2013:BY9854 v. 30. Januar 2013, zitiert nach *Augenstein/Jäger* (Fn. 75), S. 19.

93 Vgl. *Wagner* (Fn. 87), 732.

94 Art. 7 Nr. 2 Brüssel I-VO: „der Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder eintreten droht“. Laut EuGH umfasst der Begriff des schädigenden Ereignisses sowohl den Handlungs- als auch den Erfolgsort, Vgl. *Wagner* (Fn. 87), 734.

95 *Ders.*, 735.

96 Vgl. *ders.*, 735.

Jeder Rechtsträger haftet also grundsätzlich für sein eigenes Verhalten.⁹⁷ Dies hat der englische Court of Appeals im Fall *Young* – unter Bezugnahme auf gesamteuropäische Rechtsprechungstendenzen – sehr deutlich bestätigt.⁹⁸ Im Konzern ist es aber durchaus denkbar, dass haftungsbegründendes Verhalten der Tochtergesellschaft von der Konzernobergesellschaft beeinflusst, mitbestimmt oder sogar maßgeblich vorgegeben wird, wodurch als Handlungsort der Sitz der Konzernmutter identifiziert werden kann.⁹⁹ Wenn die Konzernobergesellschaft ihren Sitz in einem europäischen Land hat, dann wäre der Gerichtsstand nach der Brüssel I-VO dort gegeben.

Bei einem europäischen Konzern, dessen Töchter außerhalb Europas für Menschenrechtsverletzungen verantwortlich sind, ist somit ein europäischer Gerichtsstand zwar nicht ohne weiteres gegeben (was zu einer Ungleichbehandlung der Opfer führen kann, je nachdem, ob das Unternehmen seinen Sitz im In- oder Ausland hat), aber dennoch durchaus denkbar. Damit ist noch nichts über das anwendbare Recht gesagt. Und diese Frage ist vielleicht die noch wichtigere: Ein europäischer Gerichtsstand kann die Durchführung eines korruptionsfreien, transparenten und einigermaßen zügigen Verfahrens garantieren. Entschieden wird aber auf der Grundlage der anwendbaren Regeln und diese bestimmen sich nach der Rom II-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht,¹⁰⁰ mit der – im Gegensatz zur Brüssel I-VO bezüglich des Gerichtsstandes – eine Vollharmonisierung der Regeln über das

97 Nicht geteilt werden können somit die Ausführungen der Europäischen Kommission im „Commission Staff Working Document on implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights“ SWD (2015) 144 final, S. 24: „*The definition of the domicile of the company in Article 63 is quite extensive thus giving broad possibilities to sue companies before the European courts, for example, in a situation where the company’s seat is not located in an EU Member State but the company nevertheless has its central administration within an EU Member State.*“

98 Der Begriff „zentrale Verwaltung“ („*central administration*“) ist dabei grundsätzlich auf jeden einzelnen Rechtsträger zu beziehen. Nur wenn die Konzernobergesellschaft in die Verwaltung des Tochterunternehmens im Ausland maßgeblich eingreift, ergibt sich ein anderes Bild. Vgl. *Lucas Roorda*, Adjudicate This! Foreign Direct Liability and Civil Jurisdiction in Europe, in: Bonfanti (Hrsg.) (Fn. 62), S. 197 (200). Das englische Gericht hat sich dabei auf Entscheidungen anderer europäischer Gerichte und auf die Schlussanträge von GA Darmon im Daily-Mail-Fall (Rs. C-81/87, Schlussanträge v. 27. September 1988) berufen.

99 Diesen Ansatz verfolgt auch die englische Rechtsprechung. Siehe *Sanger* (Fn. 75). Eine „*duty of care*“ und eine daraus folgende Verantwortlichkeit wird dort angenommen, wenn die Konzernobergesellschaft an den materiellen Operationen der Tochter beteiligt war oder in das Gefahrenmanagement der Tochter eingegriffen hat. *Ders.*, S. 7.

Weiter präzisiert wurde diese „*duty of care*“ im britischen Fall *Chandler v. Cape* (Court of Appeal 2012, EWCA Civ. 525, 25. April 2012). Dort wurde neben der Einflussnahme auf das Gefahrenmanagement der Umstand betont, dass es sich um ein weitgehend identes Geschäftsfeld handeln muss, in dem Mutter und Tochter tätig sind. Zur vergleichbaren Rechtsprechung in den Shell-Fällen vor niederländischen Gerichten s. *Claire Bright*, The Civil Liability of the Parent Company for the Acts or Omissions of Its Subsidiary, in: Bonfanti (Hrsg.) (Fn. 62), S. 212.

Im Fall *Vedanta Resources* erklärte der britische High Court am 27. Mai 2016 die Klage von sambischen Klägern vor britischen Gerichten, die durch die Tochtergesellschaft von Vedanta geschädigt worden waren, für zulässig, da die Muttergesellschaft ihre Fürsorgepflicht verletzt hatte („*piercing the corporate veil*“). Vgl. Business & Human Rights Centre Resources, <https://www.business-humanrights.org/en/vedanta-resources> (abgerufen am 9. März 2019).

100 VO 864/2007 v. 11. Juli 2007. Vgl. dazu *Michael Stürner*, Transnationale Menschenrechtsverletzungen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, *International Journal of Procedural Law* 4 (2014) 350. *Ders.*, Zivilprozessuale Voraussetzungen für Klagen gegen transnationale Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen, in: *Krajewski/Oehm/Saage-Maaß* (Hrsg.) (Fn. 40), 73 sowie *Axel Halfmeier*, Zur Rolle des Kollisionsrechts bei der zivilrechtlichen Haftung für Menschenrechtsverletzungen, in: *Krajewski/Oehm/Saage-Maaß* (Hrsg.) (Fn. 40), S. 33.

anwendbare Recht gemäß dem Universalitätsprinzip erreicht wurde.¹⁰¹ Gemäß Art. 4 (1) Rom II-VO ist der Erfolgs- bzw. Schadensort maßgeblich¹⁰², was für den „Normalfall“ außervertraglicher Schuldverhältnisse durchaus Sinn macht – grundsätzlich soll der Schaden nach den Regeln des Ortes beurteilt werden, in dem der Eingriff in die Rechtsordnung geschehen ist –; im vorliegenden Kontext, in dem es um eine deliktsrechtliche Haftung durch Menschenrechtsverletzungen geht, ist diese Lösung aber weniger überzeugend, zumal zumindest der Verdacht besteht, dass die Standards am Erfolgsort oft ungenügend sind und damit die Menschenrechtsverletzung überhaupt erst ermöglicht haben.¹⁰³ Ein Wahlrecht zwischen dem Recht des Handlungs- bzw. Erfolgsorts kennt Art. 7 Rom II-VO nur mehr für Umweltschäden.¹⁰⁴ Soweit Menschenrechtsverletzungen auf Umweltschäden beruhen, können die Opfer solcher Delikte an diesem Wahlrecht partizipieren – ansonsten sind sie regelmäßig auf ihr Heimatrecht zurückverwiesen.¹⁰⁵

Heimisches Deliktsrecht könnten die Forurgerichte dann anwenden, wenn das primär berufene Recht gegen den ordre-public-Vorbehalt gemäß Art. 26 Rom II-VO verstößt. Nach überwiegender Auffassung in der Literatur ist aber ein solcher Nachweis im menschenrechtlichen Bereich schwer bis gar nicht zu erbringen, da universell geltende Menschenrechtsnormen grundsätzlich auch von der Rechtsordnung des Erfolgsorts zu beachten ist.¹⁰⁶

Von den Ansprüchen, die von Literatur und Praxis an die Leistungsfähigkeit des europäischen Deliktsrechts bei der Geltendmachung von Schadenersatzforderungen aufgrund von Menschenrechtsverletzungen im außereuropäischen Raum herangetragen werden, ist die Realität somit noch weit entfernt. Während ein europäischer Gerichtsstand verschiedentlich zu finden ist, verweist das Kollisionsrecht wieder auf das materielle Recht des Schadensorts – mit all den Unzulänglichkeiten, die regelmäßig damit verbunden sind.

Aus internationalen Dokumenten ergibt sich diesbezüglich ein ambitionierter Reformbedarf.

So enthalten die Empfehlungen des Europarats aus 2016 in Pkt. 35 die Vorgabe, Klagen gegen Tochtergesellschaften wegen Menschenrechtsverletzungen zuzulassen, wenn ein enger Zusammenhang mit Haftungsklagen gegen die Konzernobergesellschaften mit Sitz in einem Mitgliedstaat gegeben ist:

„Member States should consider allowing their domestic courts to exercise jurisdiction over civil claims concerning business-related human rights abuses against subsidiaries, wherever they are

101 Vgl. *Augenstein/Jäger* (Fn. 75), S. 20 unter Verweis auf Art. 3 der Rom II-VO: „Das nach dieser Verordnung bezeichnete Recht ist auch dann anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedstaats ist.“

102 Außer die unerlaubte Handlung weist eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen Vertragsstaat auf, Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO.

103 Hinzu kommt, dass diese Verweismorm nicht das „law on the books“ im Auge hat, sondern das „law in action“, das Recht, so wie es tatsächlich von den Gerichten angewandt wird, was ebenfalls standard-senkend wirken könnte. Vgl. dazu *Halfmeier* (Fn. 100), S. 43, der aber darauf verweist, dass diese Regel nicht darauf abziele, Korruption und Rechtsbeugung zu importieren, sondern das Recht eben so anwende „wie es ist“. *Ders.*, S. 44.

104 Art. 7 Rom II-VO.

105 Vgl. *Wagner* (Fn. 87), 749.

106 Vgl. *Stürner* (Fn. 100), 369.

based, of business enterprises domiciled within their jurisdiction if such claims are closely connected with civil claims against the latter enterprises.“

Darüber hinaus empfiehlt der Europarat die Einführung einer Notzuständigkeit (*forum necessitatis*) in diesem Bereich, wenn keine andere Gerichtsbarkeit gegeben ist:

„Where business enterprises are not domiciled within their jurisdiction, member States should consider allowing their domestic courts to exercise jurisdiction over civil claims concerning business-related human rights abuses against such a business enterprise, if no other effective forum guaranteeing a fair trial is available (forum necessitatis) and there is a sufficiently close connection to the member State concerned.“¹⁰⁷

Der Menschenrechtsausschuss hat in seinen Prüfverfahren wiederholt auf die unzureichende menschenrechtliche Kontrolle der Tätigkeiten der Tochtergesellschaften durch die Konzernobergesellschaften hingewiesen.¹⁰⁸

Ebenso hat der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights CESCR*) sowie der Ausschuss für Kinderrechte (*Committee on the Rights of the Child*) die Verantwortung der Konzernobergesellschaften sowie des Sitzstaates für Menschenrechtsverletzungen in diesem Bereich durch Tochtergesellschaften betont.¹⁰⁹

Die EMRK eröffnet zwar keine Zuständigkeiterweiterung bei Menschenrechtsklagen gegen Unternehmen in Drittstaaten, garantiert aber in Art. 6 ein faires Verfahren, während in Art. 47 der Grundrechte-Charta der – in diesem Kontext noch unerprobte – Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf verankert ist.¹¹⁰

Damit stellt sich abschließend zu diesem Kapitel noch die Frage, welche Position die UN-Leitprinzipien aus 2011 zu diesem Themenkomplex einnehmen. Sie sind weiter und enger zugleich. Sie sind weiter reichend, als sie in Prinzip 17 dem Gesamtunternehmen menschenrechtliche Sorgfaltspflichten auferlegen, wie sie bislang nur vereinzelt und ansatzweise in nationalen Rechtsordnungen vorzufinden sind.¹¹¹ Sie sind aber auch enger, als sie keine rechtlich verbindlichen Verpflichtungen schaffen und erst recht nicht im grenzüberschreitenden Kontext. Den Staaten wird die Verpflichtung zur Einführung eines wirksamen Rechtsbehelfs auferlegt – aber für ihr Territorium und/oder

107 Gegenwärtig sind Notzuständigkeiten nach dem Motto „Wo sonst kein Land zuständig ist, soll jedes Land zuständig sein“ (Paul Neuhaus) sehr rar. Vgl. dazu *Stürner* (Fn. 100), 363.

108 So bspw. Human Rights Committee, Concluding observation on the sixth periodic report of Canada, v. 13. August 2015, Abs. 6, CCPR/C/CAN/CO/6, wo Sorge ausgedrückt worden ist über:
„companies operating abroad, in particular mining corporations, and about the inaccessibility to remedies of such violations [...] regrets the absence of an effective independent mechanism with powers to investigate complaints alleging abuses by such corporations that adversely affect the enjoyment of the human rights of victims, and of a legal framework that would facilitate such complaints“.
Vgl. FRA Opinion 1/2017 (Fn. 20), S. 27.

109 Siehe dazu *Daniel Augenstein/Nicola Jäger* (Fn. 75), S. 15 mwN.

110 *Dies.*, 13 ff. Vereinzelt wurde auch angeregt, Art. 6 EMRK extraterritorial anzuwenden und damit die durch *Kiobel* geschaffene Lücke zu schließen. So *Jodie Adams Kirshner*, *The Role of the European Convention on Human Rights in the Wake of Kiobel*, in *EJIL: Talk!* (2013), <https://www.ejiltalk.org/the-role-of-the-european-convention-on-human-rights-in-the-wake-of-kiobel/> (abgerufen am 9. März 2019). Bislang widersetzt sich allerdings der EGMR einer solchen extraterritorialen Anwendung. Siehe zuletzt *EGMR, Nait-Liman v. Switzerland*, App. No. 51357/07, Urteil v. 15.3.2018, kommentiert durch *Cecilia De Marziis*, *Diritto di accesso a un giudice e giurisdizione civile universale dinanzi alla Corte europea dei diritti umani, Diritti Umani e Diritto Internazionale* 12 (2018) 693.

111 Vgl. dazu insbes. die „*Devoir-de-vigilance*“-Gesetzgebung in Frankreich aus 2017 (G v. 27. März 2017).

für den Bereich ihrer Jurisdiktionsgewalt (Prinzip 25). Diese Vorgaben stehen also durchaus in Einklang mit der geltenden Rechtslage in Europa und in Nordamerika.

Die Ansätze im „Zero-Draft“ v. 18.7.2018 gehen dagegen weit darüber hinaus, wenn sich in Art. 5 die Gerichtsbarkeit im Bereich der „human rights litigation“ auf alle Unternehmen mit Sitz im Forumstaat erstreckt und „Sitz“ als

- statutarischer Sitz oder
- der Ort der zentralen Geschäftsführung oder
- der Ort der substantiellen wirtschaftlichen Interessen oder
- der Sitz der Zweigniederlassung, der Agentur, Nebenstelle, des Vertretungsbüros u.ä.

definiert wird.¹¹²

Auf dieser Grundlage würden zahlreiche neue Gerichtsstände geschaffen mit zahlreichen wechselseitigen Überlappungen.¹¹³ Doch damit nicht genug: Im nachfolgenden Art. 7, der das anwendbare Recht regelt, weicht der „Zero Draft“ völlig vom Rom-II-Recht ab, wenn nicht mehr auf den Schadensort abgestellt wird, sondern grundsätzlich auf das Recht des Forumstaates (der, wie gezeigt, ohne weiteres der Sitzstaat der Konzernobergesellschaft sein kann), wobei dem Opfer auch noch zusätzlich ein Wahlrecht zusteht, sich für das Recht desjenigen Staates auszusprechen, in dem das transnationale Unternehmen seinen Sitz hat.

Damit würde eine wesentliche Forderung der Menschenrechts-Community erfüllt werden, wobei auf dieser Grundlage auch mit einer viel intensiveren, viel kapillaren Kontrolle transnationaler Unternehmen auch über judizielle Instrumente zu rechnen wäre. Es ist allerdings zweifelhaft, ob die Sitzstaaten der großen transnationalen Konzerne bereit sind, eine solche Regelung zu akzeptieren, was die Akzeptanzfähigkeit des „Zero Draft“ weiter schmälert.

112 Art. 5 Abs. 2 des „Zero Drafts“ (Fn. 15). Laut *Olivier de Schutter* ist für den Heimatstaat eine menschenrechtliche Verpflichtung, das Handeln von TNCs im Ausland zu regeln, klar gegeben, weshalb der „Zero Draft“ nur diese Verpflichtung umsetzen würde, während die „Leitprinzipien“ übertriebene Zurückhaltung in diesem Bereich an den Tag legen. Vgl. *Olivier de Schutter*, Towards a new treaty on business and human rights, *Business and Human Rights Journal* 1 (2016) 41. Auch der Allgemeine Kommentar Nr. 24 zum Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Fn. 41) vertritt eine ähnliche Position.

Zu Recht kritisch in diesem Zusammenhang *Claire Methven O'Brien*, Are European States of Transnational Corporations Responsible for Their Impacts Abroad under the ECHR?, in: Bonfanti (Hrsg.) (Fn. 62), S. 48. Die Autorin weist in diesem Beitrag nach, dass die Bemühungen, eine extraterritoriale Anwendung der Regeln der Unternehmensverantwortung aus den Prinzipien der extraterritorialen Anwendung der EMRK abzuleiten, ins Leere gehen. Die extraterritoriale Anwendung der EMRK greift nämlich nur in eng umgrenzten Fällen: im Falle einer „effektiven gesamthaften Kontrolle“ eines fremden Territoriums („effective overall control“; siehe Louzidou-Fall) oder bei „Ausübung von Gewalt und physischer Kontrolle über Personen außerhalb des eigenen Territoriums“ („authority and physical control over individuals outside its own territory“ siehe Öcalan-Fall). Andernfalls fehlt ein „hinreichender Anknüpfungspunkt“ („jurisdictional link“). Hinzu kommt, dass TNCs idR private Unternehmen sind und ihr Handeln nicht dem Heimatstaat zugerechnet werden kann. Das Fehlen einer nationalen Kontrollregelung kann nicht als rechtswidrige Unterlassung gesehen werden.

Laut *Skinner/McCorquodale/De Schutter* (Fn. 24), S. 30 besteht eine Verpflichtung der Staaten zur Zusammenarbeit in diesem Bereich.

113 Es wäre damit – was die Gerichtsstandsregelung angeht – eine Vollharmonisierung zu verwirklichen, die die Brüssel I-VO gerade nicht intendiert. Die Europäische Kommission hatte eine solche im Rahmen der letzten Reformdiskussion zu Brüssel I zu verwirklichen versucht, doch ist diese u.a. mit dem Argument abgelehnt worden, dass diese Verordnung nur Gerichtsstände zuweise und nicht neue schaffen sollte („distributive“, „not attributive“). Vgl. *Augenstein/Jäger* (Fn. 75), S. 19 ff.

Dasselbe gilt hinsichtlich der konkret zur Verfügung stehenden Abhilfemaßnahmen. In Art. 8 Abs. 1 lit a) erwähnt der Zero-Draft dazu beispielhaft Restitution, Entschädigung, Rehabilitierung, Genugtuung sowie Garantien der Nicht-Wiederholung. In diesem Punkt gibt der Zero-Draft weitgehend die Ausführungen in den Leitprinzipien (bzw. im Kommentar dazu; Prinzip 25) wieder. Zumindest das europäische Schadenersatzrecht ist gegenwärtig weit von solchen Abhilfemaßnahmen entfernt.

Ganz eigene Wege gegangen ist die französische Gesetzgebung, die mit dem Gesetz Nr. 399/2017 bezüglich der „*devoir de vigilance*“ für Großkonzerne mit Sitz in Frankreich (mehr als 5.000 Mitarbeiter bzw. mehr als 10.000 Mitarbeiter im Dienstleistungsbereich) ganz spezielle Aufsichtspflichten für die Konzernobergesellschaft im Bereich Menschenrechtsschutz und Umwelt eingeführt und auch entsprechende Haftungsfolgen daran geknüpft hat.

3. Die Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen über das Strafrecht

Die „Leitprinzipien“ sprechen im Kontext möglicher Abhilfemaßnahmen bei Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen auch Strafsanktionen (verwaltungsrechtlicher oder pönaler Natur) an.¹¹⁴

Der „Zero Draft“ geht noch darüber hinaus und gibt den Parteien die Einführung von Strafsanktionen für Menschenrechtsverletzungen krimineller Natur durch Unternehmen verbindlich vor.¹¹⁵ Dabei ist offenkundig auch unmittelbar die Verfolgung von Unternehmen selbst gemeint, wenn Art. 10 Abs. 12 des „Zero Draft“ für den Fall, dass eine nationale Rechtsordnung die Einführung solcher Sanktionen nicht zulässt, als Alternative die Einführung von „effektiven, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen, einschließlich monetärer oder anderer administrativen Strafen“ vorsieht.

Auch die Empfehlungen des Europarats aus 2016 sind der Einführung solcher Sanktionen offensichtlich gewogen, zumindest bei schweren Verstößen.¹¹⁶ Auch Unternehmen selbst sollten solchen Strafen unterliegen.¹¹⁷

Obwohl der Einsatz von strafrechtlichen Sanktionen als systematische Abhilfemaßnahme in diesem Bereich in den letzten Jahren immer intensiver diskutiert wird, ist die internationale Entwicklung noch lange nicht so weit. Zu viele Fragen sind in diesem Zusammenhang noch ungeklärt.¹¹⁸

114 Siehe Kommentar zu Prinzip 25 (Fn. 2).

115 Art. 10 Abs. 8 „Zero Draft“ (Fn. 15).

116 Vgl. Pkt. 44 ff. des Anhangs der Empfehlungen.

117 Vgl. Pkt. 44 ff. letzter Satz des Anhangs der Empfehlungen.

118 Wie Kai Ambos ausführt, werden Fragestellungen, wie jene der Handlungs-, Schuld- und Straffähigkeit von Unternehmen, die für die deutsche Strafrechtsdogmatik zentral sind, im angloamerikanischen Bereich „pragmatisch ignoriert“, was dort die Übernahme des „Organisationsmodells“ ermöglicht (das von der kollektiven Haftung der juristischen Person an sich ausgeht), während in Kontinentaleuropa das Modell der individuellen, derivativen Zurechnung bevorzugt wird, wobei die Haftung des Unternehmens an das betriebsbezogene Verhalten des Mitarbeiters des Unternehmens anknüpft. Vgl. Kai Ambos, *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2018, S. 45 ff., 53.

Es gibt gegenwärtig kein internationales Gericht, vor welchem Unternehmen unmittelbar strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könnten.¹¹⁹ Die meisten europäischen Rechtsordnungen kennen zwar ein Unternehmensstrafrecht¹²⁰, aber die hier relevanten Straftatbestände sind rar und selbst die wenigen EU-rechtlichen Vorgaben in diesem Bereich werden einschränkend bzw. ungenügend umgesetzt.

Hinsichtlich der individuellen völkerstrafrechtlichen Verantwortlichkeit kann ein Unternehmensbezug jedoch hergestellt werden. So können Unternehmen direkt an Kriegsverbrechen (bspw. Plünderung) oder an Verbrechen gegen die Menschlichkeit (bspw. über Zwangsumsiedlungen, „land grabbing“) beteiligt sein, und die maßgeblichen Entscheidungsträger können dafür individuell zur Verantwortung gezogen werden.¹²¹ Daneben ist auch noch eine Vielzahl an Teilnehmehandlungen (*aiding and abetting*) von Unternehmen an den völkerstrafrechtlichen Kernverbrechen möglich, doch liegt im System des ICC bislang noch keine Praxis dazu vor.¹²²

Die Tatsache, dass sowohl die Leitprinzipien als auch der Zero Draft auf das Strafrecht als Instrument der Abhilfe bei Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen Bezug nehmen, verdeutlicht, dass in solchen Instrumenten eine erhebliche generalpräventive Funktion gesehen wird. Auch internationale Gerichte bestätigen diesen Umstand.¹²³

Kritische Stimmen heben aber die Notwendigkeit hervor, die Rolle des Strafrechts nicht überzubetonen, sondern darin allein ein, vielleicht auch nur subsidiäres Instru-

119 Vgl. *Kai Ambos*, International Economic Criminal Law, Criminal Law Forum 29 (2018) 499 (510), der darauf hinweist, dass Versuche, eine strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs IStGH (International Criminal Court – ICC) zu verankern, keine Mehrheit gefunden haben: Art. 25 des ICC-Statuts regelt allein die strafrechtliche Verantwortung von natürlichen Personen.

Allerdings soll die Zuständigkeit des Afrikanischen Gerichtshofs der Menschenrechte und der Rechte der Völker auch auf das Strafrecht erweitert werden (Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, v. 27 Juni 2014 (*Malabo*-Protokoll)), wobei im Abschnitt über „Corporate Criminal Liability“ auch eine Strafkammer vorgesehen ist (Art. 46C des Statuts).

120 Eine bedeutende Ausnahme ist Deutschland. Siehe *Adriana Espinosa Gonzáles/Marta Sosa Navarro*, Corporate Liability and Human Rights, in: Bonfanti (Hrsg.) (Fn. 62), S. 223 (228). Zu Italien vgl. *Markus Rübenthal/Jonathan Wittig*, Strafrechtliche Unternehmenshaftung in Italien, RIW (2019) 105.

121 *Dies.*, 181 ff.

122 *Dies.*, 184 ff. Der frühere Chef-Ankläger beim ICC *Luis Moreno Ocampo* hatte ein solches Tätigwerden angekündigt, diesen Ankündigungen aber keine Taten folgen lassen. Vgl. *Ambos* (Fn. 119), 520.

123 Die große Bedeutung des Strafrechts zur Verhinderung von besonders schweren Verbrechen wurde vom EGMR bereits hervorgehoben, so *M.C. v. Bulgaria*, App. No. 39272/98, Urteil v. 4. Dezember 2003, Abs. 150 (in Bezug auf ein in Bulgarien nicht hinreichend verfolgtes Vergewaltigungsverbrechen):

„Positive obligations on the State are inherent in the right to effective respect for private life under Article 8; these obligations may involve the adoption of measures even in the sphere of the relations of individuals between themselves. While the choice of the means to secure compliance with Article 8 in the sphere of protection against acts of individuals is in principle within the State’s margin of appreciation, effective deterrence against grave acts such as rape, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, requires efficient criminal-law provisions. Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to effective protection (see *X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, pp. 11-13, §§ 23-24 and 27, and *August v. the United Kingdom* (dec.), no. 36505/02, 21 January 2003).“

Vgl. auch *Shelton* (Fn. 24), S. 18: „Prosecution has become an essential component of the remedy owed victims of certain grave human rights violations. International tribunals have sometimes declared that other forms of reparations, such as compensation or disciplinary sanctions, are insufficient to remedy the harm caused by these violations.“

ment in einem breiten Arsenal von Maßnahmen zu sehen, mit welchen Unternehmensverantwortung zur Geltung gebracht werden kann.¹²⁴

Im Übrigen sehen verschiedene Einzelinstrumente eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmensverantwortlichen bzw. unmittelbar von Unternehmen in punktuellen Bereichen vor.

So wurden in der EU erste Schritte für eine Begründung einer unternehmensstrafrechtlichen Verantwortung in diesem Bereich einmal mit der RL über „Arbeitsrechtlichen Schutz bei illegaler Beschäftigung“ (RL 2009/52/EG v. 28.6.2009, „RL über Arbeitgebersanktionen“), auf deren Grundlage schwere Formen der Ausnutzung am Arbeitsplatz strafrechtlich verfolgt werden müssen¹²⁵ und zum anderen mit der RL über den Menschenhandel (RL 2011/36/EU)¹²⁶, die ebenfalls eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen vorsieht, gesetzt.¹²⁷

Wie oben erwähnt, hat sich die Grundrechte-Agentur jüngst kritisch über den Stand der Umsetzung dieser Verpflichtungen geäußert.¹²⁸

Auf multilateraler Ebene ragt das Fakultativprotokoll zur Kinderrechtekonvention über den Kinderhandel und die Kinderprostitution hervor. Art. 3 Abs. 4 dieses Protokolls aus 2000 sieht die Haftung auch von juristischen Personen für die in diesem Dokument geregelten Straftaten vor, wobei diese Haftung straf-, zivil- oder verwaltungsrechtlicher Natur sein kann.

Das UN-Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität aus 2001 regelt in Art. 10 die Verantwortlichkeit juristischer Personen, die ebenfalls wiederum strafrechtlicher, zivilrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Natur sein kann.

Auch eine Reihe von Europarats-Konventionen sieht die strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen – bezogen auf spezifische, besondere schwerwiegende kriminelle Tatbestände – vor.¹²⁹

124 Vgl. *Ambos* (Fn. 118), 79. Dabei habe die individuelle Verantwortlichkeit der Unternehmensmitarbeiter vorrangig geprüft zu werden und nur nachrangig und eventuell sei eine davon abgeleitete Haftung des Unternehmens anzudenken.

125 Dabei sind strafrechtliche Sanktionen für Individuen (Art. 10) und eine Haftung juristischer Personen für Straftaten zu ihren Gunsten von Leitungspersonen (Art. 11) vorgesehen.

126 Dabei ist auch eine strafrechtliche Verfolgung von juristischen Personen vorgesehen (siehe Art. 5 ff.).

127 Auch der Rahmenbeschluss 2008/913/JI v. 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Einführung von wirksamen Sanktionen gegenüber juristischen Personen, die für die betreffenden Straftaten verantwortlich sind.

128 Vgl. FRA Opinion – 1/2007 (Fn. 20), S. 42 ff. Dies gilt im Besonderen für die RL über die Arbeitgebersanktionen.

129 So im Bereich Korruptionsbekämpfung Nr. 173/1999, Cybercrime Nr. 185/2001, Menschenhandel, Konvention Nr. 17/2000, Schutz von Kindern gegen sexuelle Ausbeutung Nr. 201/2007 und Schutz gegen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt Nr. 210/2011. Eine detaillierte Auflistung dieser Dokumente findet sich bei *González/Sosa Navarro* (Fn. 120), S. 226.

4. Internationales Investitionsrecht und Menschenrechtsschutz – die Widerklage im Investitionsschiedsverfahren

Internationalen Investitionsschutzabkommen (IIAs) ist die Annahme eigen, dass ein Machtgefälle zwischen Investor und Gaststaat besteht und deshalb Schutzvorkehrungen nur für den Erstgenannten erforderlich sind.¹³⁰ Auf dieser Grundlage spricht man auch von der „asymmetrischen Natur“ der IIAs.¹³¹ Mittlerweile wird die tatsächliche Existenz dieses Machtgefälles immer mehr in Zweifel gezogen und sogar schon von seiner Umkehrung gesprochen.¹³² Eine solche Auffassung ist sicherlich übertrieben¹³³, aber dennoch gibt es Fälle, in denen Investoren eine dominante Position erlangen und diese auch missbrauchen bzw. in denen sie in menschenrechtlich geschützte Positionen eingreifen – mit oder ohne Kooperation des Gaststaates. Damit ist hier eine der typischen Situationen gegeben, die Abhilfe für menschenrechtliche Verstöße durch Unternehmen im Sinne der Ruggie-Leitsätze verlangt. Da die Rechtsbeziehungen zwischen Gaststaat und Investor maßgeblich vom IIA präeterminiert werden, ist es naheliegend, innerhalb dieses Regimes nach Abhilfemaßnahmen zu suchen. Wenngleich die fehlende Gegenseitigkeit im Rechtsschutz zwischen Investor und Gaststaat diesem Vorhaben auf den ersten Blick entgegensteht (Gegenseitigkeit ist nur zwischen den Vertragsparteien gegeben), konnten hier Lösungsansätze in der Widerklage (counterclaims) gefunden werden.

Widerklagen reichen bis zu den Anfängen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zurück, doch sind diese Klagen überwiegend erfolglos geblieben.¹³⁴

130 Eine rein formale Gleichbehandlung zwischen inländischem und ausländischem Investor reicht dabei nicht aus; es ist hier vielmehr materielle Gleichheit zu garantieren. Dies hat das zuständige Schiedsgericht sehr deutlich in dem vielzitierten Fall *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No ARB (AF)/002, Urteil v. 29. Mai 2003 zum Ausdruck gebracht. Dabei hat das Schiedsgericht das Urteil des EGMR *James v. Großbritannien* betreffend den Eigentumsschutz zitiert:

„Especially as regards a taking of property effected in the context of a social reform, there may well be good grounds for drawing a distinction between nationals and non-nationals as far as compensation is concerned [...] non-nationals are more vulnerable to domestic legislation [...] although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals and non-nationals and there may well be legitimate reason for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals.“ *Ders.*, Abs. 122.

131 In diesem Sinne gibt es klare Parallelen zwischen IIA und Menschenrechtsverträgen. Vgl. *Moshe Hirsch*, Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths, in: Pierre-Marie Dupuy/Ernst-Ulrich Petersmann/ Francesco Francioni (Hrsg), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (2009) 97 (98). Das Bild der „Asymmetrie“ entsteht allerdings, wie letztlich sehr eindrucksvoll von Frédéric Gilles Sourgens gezeigt wurde, in Abhängigkeit von der gewählten Perspektive. Lenkt man nämlich den Blick auf das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien des BIT, so ist dieses durchaus wieder von Reziprozität gekennzeichnet. Das Verhältnis zwischen Gaststaat und Investor ist auch kein Nullsummenspiel, wobei alles, was der Investor durch das BIT an Rechtssicherheit gewinnt, der Gaststaat an wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit verliert. Vielmehr sollte die Stabilität in den Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien zu einem allgemeinen Wohlfahrtsgewinn und damit zu einer erweiterten Dispositionsfreiheit aller Beteiligten führen. Vgl. *Frédéric Gilles Sourgens*, *Supernational Law*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 50 (2017) 155.

132 Sehr kritisch bspw. *Sergio Puig/Gregory Shaffer*, *Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law*, *AJIL* 112 (2018) 361 (371).

133 Vgl. *Jorge F. Vinuales*, *Investor Diligence in Investment – Arbitration: Sources and Arguments*, *ICSID Rev.* 32 (2017) 346 (367).

134 Vgl. *Anne K. Hoffmann*, *Counterclaims*, in: Meg Kinnear/Geraldine R. Fischer/Jara Minguez Almeida/Luisa Fernanda Torres/Mairée Uran Bidegain (Hrsg.), *The First 50 Years of ICSID*, 2016, S. 505 (505). Sie sind auch nicht sehr zahlreich. Laut einer Untersuchung kam es in 3% der ICSID-Fälle zu Wi-

Während Widerklagen in der gewerblichen Schiedsgerichtsbarkeit durchaus üblich sind, stoßen diese in der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit auf das grundsätzliche Problem, dass die Vertragsbeziehung eigentlich zwischen zwei Staaten besteht, während der Investor nur Begünstigter und damit Dritter ist.

Zwar sehen das ICSID-Abkommen (Art. 46) sowie die ICSID-Schiedsordnung (Regel Nr. 40/1) ebenso wie Art. 21/3 der UNCITRAL-Schiedsordnung Widerklagen vor, doch wurde lange Zeit die Auffassung vertreten, dass solche Widerklagen nur unter ganz engen Voraussetzungen zulässig seien. Insbesondere wurde eine rechtliche Verknüpfung zwischen der Hauptklage und der Widerklage verlangt.¹³⁵

Die Entscheidung im Fall *Urbaser* scheint hingegen völlig neue Perspektiven für Widerklagen zu eröffnen.¹³⁶

Urbaser ist ein spanischer Versorger, der u.a. im Bereich der Wasserversorgung tätig ist. Urbaser hat sich an einem Konsortium für die Wasserversorgung in der Provinz Buenos Aires beteiligt und dabei auch die Verpflichtung übernommen, in die Infrastruktur zu investieren, um den Zugang zu Trinkwasser zu erweitern. Nach der schweren Wirtschafts- und Finanzkrise ab 2001 wurden aber die Tarife reduziert und eingefroren, es wurden einseitige Maßnahmen zur Neufestlegung des Konzessionsvertrages getroffen und schließlich wurde im Jahr 2006 die Konzession entzogen. Im Jahr 2007 hat Urbaser auf der Grundlage des BIT Spanien – Argentinien ein ICSID-Schiedsverfahren in die Wege geleitet und dabei die beschriebenen Vorgänge u.a. als Verstoß gegen das fair and equitable treatment-Gebot beanstandet. Argentinien hat Widerklage aufgrund der unterlassenen Investitionsmaßnahmen von Urbaser eingebracht. Das Schiedsgericht hat die Widerklage zugelassen, beide Klagen aber letztlich abgewiesen¹³⁷: Die Klage Urbasers, da die Maßnahmen der argentinischen Regierung – obwohl sie auf den ersten Blick gegen den fair and equitable treatment-Standard verstießen – durch den gegebenen wirtschaftlichen Notstand gerechtfertigt erschienen und zudem, angesichts der bereits bestehenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Versorgungskonsortiums für das Schiedsgericht nicht ursächlich für die Insolvenz des Versorgers waren. Die Widerklage Argentiniens wurde zurückgewiesen, da aus dem Völkerrecht zwar eine menschenrechtliche Verpflichtung Urbasers abzuleiten war, nicht das Recht auf Wasser der Bevölkerung von Buenos Aires zu verletzen (negative Verpflichtung¹³⁸), nicht aber eine positive Verpflichtung, einen solchen Zugang zu schaffen.

derklagen. Vgl. *José Antonio Rivas*, ICSID Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution in Jean E. Kalicki/Anna Joubin-Bret (Hrsg.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journey of the 21th Century*, 2015, S. 779.

135 So in *Saluka v. Czech Republic*, PCA Case No. 2001-04, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim v. 7. Mai 2004.

136 *Urbaser v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Urteil v. 8. Dezember 2016. Vgl. dazu *Nico Longo*, *Considerazioni a margine del caso ICSID Urbaser: Tra responsabilità sociale d'impresa ed „International Corporate Human Rights Obligations“*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali* 1-2/2018, S. 117.

137 Einzig in der Feststellung, dass Argentinien im Zuge der Bemühungen um eine Neuverhandlung des Konzessionsvertrages gegen die fair-and-equitable-treatment-Verpflichtung verstoßen hat, kann als ein (kleiner) moralischer Teilsieg gesehen werden, wobei dieser mangels Zuerkennung einer Entschädigung ohne praktische Konsequenzen geblieben ist.

138 Unter Bezugnahme u.a. auf die Art. 1, 21, 25 und 30 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (Fn. 26) sowie auf Art. 11, 12 sowie Art. 5 des Paktes über bürgerliche und politische Rechte (Fn. 26).

Beachtlich an diesem Schiedsspruch ist einmal, dass das Gericht überhaupt die Gerichtsbarkeit für die Widerklage akzeptiert hat. Dies war möglich, da die Zuständigkeitsklausel (jurisdictional clause) im BIT Spanien – Argentinien sehr breit definiert ist („*disputes in connection with investments within the meaning of this treaty*“)¹³⁹ und das Schiedsgericht das anwendbare Recht („*applicable law*“) ebenfalls extensiv ausgelegt, unter Berufung auf Normen, die aber kaum das hergeben, was das Gericht hineinzulesen versuchte.

Was den Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage anbelangte, genügten dem Schiedsgericht die „klar gegebenen faktischen Zusammenhänge zwischen den Klagen“, „der Umstand, dass es sich um dieselbe Investition“ handelte.¹⁴⁰ So interpretiert würde Art. 46 des ICSID-Statuts generell breiten Raum für Widerklagen schaffen und im Besonderen auch menschenrechtliche Widerklagen grundsätzlich zulassen.¹⁴¹ Völkerrecht kann auch über den Auslegungsprozess, konkret unter Bezugnahme auf Art. 31(3)(c) der Wiener Vertragsrechtskonvention zur Anwendung kommen, somit als einschlägiger Rechtsgrundsatz in den Beziehungen zwischen den Parteien.¹⁴² Die Anwendbarkeit der verschiedenen völkerrechtlichen Normen muss aber stets im Einzelfall nachgewiesen werden, was sich insbesondere aber bei gewohnheitsrechtlichen Normen sehr schwierig gestalten kann.

Dies setzt aber immer noch voraus, dass die Menschenrechte Teil des anwendbaren Rechts sind.

In Ermangelung eines expliziten Verweises auf menschenrechtliche Normen im BIT kann sich dies über eine Rechtswahlklausel ergeben, die auf das Völkerrecht (und damit auf Menschenrechte) verweist.¹⁴³

Das Schiedsgericht im Urbaser-Fall hat einen sehr unorthodoxen Ansatz gewählt. Im Urbaser-Urteil erfolgt weder ein überzeugender Nachweis des anwendbaren Rechts noch wird dieses zutreffend interpretiert. So betont das Gericht, dass das BIT nicht ein self-contained regime darstelle, sondern – selbst als eine völkervertragliche Regelung – im Kontext des allgemeinen Völkerrechts beurteilt werden müsse.¹⁴⁴ Das Gericht verweist weiter auf das „anwendbare zwingende Recht“, ohne dieses näher zu spezifizieren. Das BIT müsse in Einklang mit dem Völkerrecht, einschließlich der menschenrechtlichen Regeln, ausgelegt werden.¹⁴⁵ Diese Überlegungen sind im Ansatz sicher richtig; sie bleiben aber in ihrer Tragweite unspezifiziert.

139 Siehe Art. X des BIT Spanien – Argentinien aus 1991.

140 Vgl. Abs. 1151 des Schiedsspruchs (Fn. 136).

141 Vgl. *Edward Guntrip*, Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?, in EJIL: Talk!, <https://www.ejiltalk.org/urbaser-v-argentina-the-origins-of-a-host-state-human-rights-counterclaim-in-icsid-arbitration/> (2017) (abgerufen am 27. Februar 2019). In der Vergangenheit ist, wie Guntrip richtig betont, nicht allein ein faktischer Zusammenhang verlangt worden, sondern ein rechtlicher.

142 Vgl. *Ursula Kriebaum*, Human rights and international investment law, in: Yannick Radi (Hrsg.), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, 2018, S. 13 (16).

143 Vgl. *Clara Reiner/Christoph Schreuer*, Human Rights and International Investment Arbitration, in: Pierre-Marie Dupuy/Ernst-Ulrich Petersmann/Francesco Francioni (Hrsg.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009, S. 82 (84 ff.). Unter „Völkerrecht“ werden dabei nach vorherrschender Auffassung die Völkerrechtsquellen gemäß IGH-Statut verstanden.

144 Vgl. Abs. 555 des Urbaser-Schiedsspruchs (Fn. 136).

145 *Ders.*, Abs. 1200.

Die darauf aufbauenden, weiteren Überlegungen sind hingegen kaum mehr vertretbar: Das Schiedsgericht leitet aus Art. 30 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte 1948 (AEMR) sowie aus Art. 5(1) des Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 1966 (ICESCR) die – auch für Einzelpersonen und Unternehmen geltende Verpflichtung ab, die von diesen Dokumenten gewährten Rechte nicht zunichte zu machen. Tatsächlich handelt es sich hierbei aber – ähnlich wie bei Art. 17 EMRK – um Missbrauchsverbote, die darauf abzielen, zu verhindern, dass Menschenrechte in Anspruch genommen werden, um Menschenrechte abzuschaffen oder ungebührlich einzuschränken.¹⁴⁶ Hintergrund der Einführung dieser Bestimmung war die Befürchtung, dass totalitäre Kräfte demokratisch-rechtsstaatliche Strukturen dazu nutzen könnten, genau diese Rechte zu bekämpfen.¹⁴⁷ Es handelt sich hierbei also um einen Absicherungsmechanismus und nicht um eine Rechtsgrundlage für eine generelle horizontale Anwendung der Menschenrechte.

Im Ergebnis musste das Gericht die Widerklage aber zurückweisen, da dieser (verfehlt) Ansatz nur negative Rechte (hier im Sinne eines Eingriffsverbots in das Recht auf Wasser) gewährleisten kann, niemals aber positive Leistungsrechte.

Es erscheint somit mehr als zweifelhaft, ob die Urbaser-Rechtsprechung nun wirklich eine grundlegende Weichenstellung für die Zulassung von menschenrechtlich fundierten Widerklagen darstellen kann.

Zutreffend ist allerdings, dass sie ein positives Grundklima für die Zulassung solcher Klagen geschaffen hat, wobei allerdings an den spezifischen rechtlichen Voraussetzungen noch gearbeitet werden muss.

Eine erste Voraussetzung liegt in der Einigung auf eine breite Zuständigkeitsklausel, so wie im Urbaser-Fall, die nicht schon von vornherein eine Widerklage ausschließt („disputes in connection with investments“)¹⁴⁸. Wie *Edward Guntrip* aufgezeigt hat, ist es noch unsicher, ob zukünftige Schiedsgerichte diese Wendung ebenso interpretieren wie das Gericht im Urbaser-Fall (und dabei Art. 25 des ICSID-Abkommens – „any legal dispute arising directly out of an investment“ – entsprechend weit auslegen), weshalb zur Sicherheit die Aufnahme einer klaren diesbezüglichen Regelung in die jeweiligen BITs empfohlen wird.¹⁴⁹

146 Vgl. *Guntrip* (Fn. 141), 3.

147 *Ders.*

148 Bezieht sich die Zuständigkeit dagegen allein auf Streitfälle aufgrund einer behaupteten Verletzung des BIT durch den Gaststaat, ist eine Widerklage des Gaststaates wegen Menschenrechtsverletzungen durch ein Unternehmen praktisch ausgeschlossen.

149 Vgl. *Edward Guntrip*, *A Host State Human Rights Counterclaim in Investment Arbitration*, 2018, [217](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:S6m9NoLzsOUJ:https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Forum2018Submission7.pdf+&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=at&client=firefox-b-d, S. 3 (abgerufen am 28. Februar 2019), unter Verweis auf Art. 28.9 des COMESA MA: „A Member State against whom a claim is brought by a COMESA investor under this Article may assert as a defence, counterclaim, right of set off or other similar claim, that the COMESA investor bringing the claim has not fulfilled its obligations under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages.“</p></div><div data-bbox=)

Was das anwendbare Recht anbelangt, kann der Verweis auf das Völkerrecht eine hilfreiche Basis darstellen, ebenso ein explizites Erfordernis der Rechtskonformität der Investition¹⁵⁰, doch wäre eine klare Bezugnahme auf die Menschenrechte wohl zu bevorzugen. Beispielhaft seien in diesem Zusammenhang Art. 15.1 des Musterabkommens (MA) der Südafrikanischen Entwicklungsgemeinschaft (2012)¹⁵¹, Art. 7 des niederländischen MA, der auch auf die Leitprinzipien Bezug nimmt,¹⁵² sowie Art. 18

150 Die „clean hands“-Doktrin hat Anlass zu intensiven Diskussionen geboten. So wurde in *Plama v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Urteil v. 8. Februar 2005, einer rechtswidrig erfolgten Investition der Rechtsschutz durch das BIT entzogen.

Z.T. geschah dies auch ohne explizite Klausel dieser Art, so in *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Urteil v. 15. April 2009, Abs. 78 und *Metal-Tech Ltd v. Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Urteil v. 4. Oktober 2013, wobei sich diese Fälle aber nicht spezifisch auf Menschenrechtsverletzungen im engeren Sinne bezogen haben. Siehe auch *Hamester v. Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Urteil v. 18. Juni 2010: Dabei wurde generell auf den Grundsatz des guten Glaubens Bezug genommen.

Vgl. *Yulia Levashova*, The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgressions in Host States through International Investment Law, *Utrecht Law Review* 14 (2018) 40 (48). Die Reichweite der „clean hands“-Doktrin ist insgesamt unklar. Sie birgt enormes Potential, insbesondere wenn die Forderung erhoben werden sollte, dass auch ein nachträglicher Verstoß gegen die nationale Rechtsordnung (also ein Verstoß nach der Erstzulassung des Investors) – bspw. wegen eines Menschenrechtsverstoßes – einem Abkommensschutz entgegensteht. In der Praxis zeigt sich, dass nachträgliche Verstöße gegen die nationale Rechtsordnung zwar nicht unbedingt zur Anwendung der „clean hands“-Doktrin führen, wohl aber zu einer Reduktion des Schadenersatzanspruchs im Fall eines enteignungsähnlichen Eingriffs durch den Gaststaat. So in *Yukos v. Russia*, PCA Case NO. AA 227, Urteil v. 18. Juni 2014, Abs. 1633), zitiert nach *Vivian Kube/E.-U. Petersmann*, Human Rights law in international investment arbitration, *EUI Working Papers* (2016) 22. Auch über den „clean-hands“-Bereich hinaus können Verstöße des Investors (etwa gegen Sorgfaltpflichten oder gegen den guten Glauben) zu einer Reduzierung des Schadenersatzanspruchs führen. *ders.*, 26. Der Fall *Copper Mesa v. Ecuador*, PCA Case No. 2012-02, Urteil, v. 15. März 2016) betraf ein kanadisches Unternehmen, dessen Tätigkeit nach der Verursachung schwerer Umweltschäden mit erheblicher Beeinträchtigung der Lebensgrundlagen der lokalen Bevölkerung vom Gaststaat Ecuador eingestellt worden ist. *Copper Mesa* hat auf der Grundlage des IIA Kanada-Ecuador geklagt. Das zuständige Schiedsgericht hat den Schadenersatz aufgrund der verursachten Schäden (denen z.T. kriminelle Handlungen zugrunde lagen) um 30% reduziert. Vgl. *Nicolas M. Perrone*, The „Invisible“ Local Communities: Foreign Investor Obligations Inclusiveness, and the International Investment Regime, *AJIL Unbound* (2019) 16.

151 SADC Model Bilateral Investment Treaty Template, Article 15.1.: „Investors and their investments have a duty to respect human rights in the workplace and in the community and State in which they are located. Investors and their investments shall not undertake or cause to be undertaken acts that breach such human rights. Investors and their investments shall not assist in, or be complicit in, the violation of the human rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife.“

Article 15.2.: „Investors and their investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Workers.“

Article 15.3.: „Investors and their investments shall not [establish,] manage or operate Investments in a manner inconsistent with international environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State or the Home State, whichever obligations are higher.“

152 Dutch Model BIT, Article 7: Corporate Social Responsibility („The Contracting Parties reaffirm the importance of each Contracting Party to encourage investors operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognized standards, guidelines and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party, such as the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, and the Recommendation CM/REC(2016) of the Committee of Ministers to Member States on human rights and business.“)

des BIT Marokko-Nigeria (2016)¹⁵³ und Art. 12 ff. des indischen Model BIT (2016)¹⁵⁴ zu erwähnen.¹⁵⁵

Ein wirklicher Trend hin zur Erleichterung von menschenrechtlich fundierten Widerklagen scheint sich auch bei den jüngsten Investitionsschutzregelungen aber nicht abzuzeichnen.¹⁵⁶

153 Article 18 Morocco-Nigeria BIT („1) Investments shall, in keeping with good practice requirements relating to the size and nature of the investment, maintain an environmental management system. Companies in areas of resource exploitation and high-risk industrial enterprises shall maintain a current certification to ISO 14001 or an equivalent environmental management standard. 2) Investments shall uphold human rights in the host state. 3) Investors and investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998. 4) Investors and investments shall not manage or operate the investments in a manner that circumvents international environmental, labour and human rights obligations to which the host state and/or home state are Parties.“)

Laut Art. 20 dieses Abkommens können die Investoren vor den Gerichten ihres Heimatstaats wegen Verletzung der Verpflichtungen aus dem Abkommen verklagt werden.

Das Morocco-Nigeria BIT ragt auch in der Hinsicht hervor, als es die menschenrechtlichen Verpflichtungen der Investoren spezifiziert, während in anderen Abkommen vielfach nur auf die Unternehmensverantwortung verwiesen wird, die dann von den Schiedsgerichten näher zu bestimmen ist.

154 Indian Model BIT, Article 12: Compliance with Law of Host State („12.1 Investors and their Investments shall be subject to and comply with the Law of the Host State. This includes, but is not limited to, the following:

(i) Law concerning payment of wages and minimum wages, employment of contract labour, prohibition on child labour, special conditions of work, social security and benefit and insurance schemes applicable to employees;

(ii) information sharing requirements of the Host State concerning the Investment in question and the corporate history and practices of the Investment or Investor, for purposes of decision making in relation to that Investment or for other purposes;

(iii) environmental law applicable to the Investment and its business operations;

(iv) law relating to conservation of natural resources;

(v) law relating to human rights;

(vi) law of consumer protection and fair competition; and

(vii) relevant national and internationally accepted standards of corporate governance and accounting practices.

12.2 Investors and their Investments shall strive, through their management policies and practices, to contribute to the development objectives of the Host State. In particular, Investors and their Investments should recognise the rights, traditions and customs of local communities and indigenous peoples of the Host State and carry out their operations with respect and regard for such rights, traditions and customs.“).

Besonders innovativ ist auch der Ansatz, mit welchem das indische Model BIT das Territorialitätsprinzip lösen will, konkret die Möglichkeit, gegen die Investoren in ihrem Heimatstaat gerichtlich vorzugehen: Indian-Model BIT, Article 13: Home State Obligations: („13.1 Without prejudice to the jurisdiction of the Courts located in the Host State, Investors and their Investments shall be subject to civil actions for liability in the judicial process of their Home State for the acts, decisions or omissions made in the Home State in relation to the Investment where such acts, decisions or omissions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the Host State.

13.2 The Home State shall ensure that their legal systems and rules allow for, or do not prevent or unduly restrict, the bringing of court actions on their merits before their domestic courts relating to the civil liability of Investors and Investments for damages resulting from alleged acts, decisions or omissions made by Investments or Investors in relation to their Investments in the territory of the Host State.“)

155 Zitiert nach *Guntrip* (Fn. 149), S. 1.

156 So *Tomoko Ishikawa*, Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration, ASIL Unbound, Symposium on Investor Responsibility (2019) 33 (37) unter Verweis auf Art. 8.18(I) Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) und 9.19(2) des Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership.

Regelmäßig werden Widerklagen wegen fehlender Gerichtsbarkeit laut BIT zurückgewiesen und soweit die Gerichtsbarkeit anerkannt wird, scheitern sie häufig auf der meritorischen Ebene.¹⁵⁷

Es ist also noch offen, in wie weit sich die Widerklage als Instrument anbietet, auf breiterer Basis Abhilfe für Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen im investitionsschutzrechtlichen Kontext zu schaffen.

VI. Die nationale Ebene

Von fundamentaler Bedeutung für eine wirksame Abhilfe bei Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen ist letztlich der Beitrag der Staaten. Damit wird erneut die enge Verbindung der drei Säulen der Leitprinzipien deutlich. Dies gilt einmal für die Einrichtung von Verfahren, die den Opfern von Menschenrechtsverletzungen eine direkte Abhilfe im Wege von juristischen Verfahren eröffnen.

Dies gilt aber auch darüber hinaus, im Kontext der nicht-judiziellen staatlichen und nichtstaatlichen Verfahren und Maßnahmen, deren Zustandekommen letztlich entscheidend von staatlicher Förderung oder staatlichem Druck bis Zwang abhängt.

Im Folgenden soll kurz auf einige dieser Verfahren und Instrumente eingegangen werden, die für Abhilfe sorgen können.

1. Die nationalen Kontaktstellen (National Contact Points)

Die Einrichtung von nationalen Kontaktstellen wurde von den OECD-Richtlinien für multinationale Unternehmen vorgeschrieben¹⁵⁸, doch nehmen auch die Leitprinzipien darauf Bezug.¹⁵⁹ Aufgabe dieser Stellen ist es, die vertretenen Anliegen zu bewerten, Anfragen zu behandeln und Streitfälle zu schlichten. Das Potential dieser – von Staat zu Staat in vielem unterschiedlich geregelten – Kontaktstellen gilt allgemein als bei weitem nicht ausgeschöpft. Die Werbe- und Fördertätigkeit der Kontaktstellen wird vielfach als unzureichend angesehen.¹⁶⁰ Was die vorgebrachten Beschwerden angeht, wurde ein Großteil als unzulässig bzw. als inhaltlich ungerechtfertigt qualifiziert – in Verfahren, die weitgehend Transparenz vermissen ließen.¹⁶¹ Es handelt sich hierbei um nicht-judizielle staatliche Verfahren, die die Wahrnehmung von Unternehmensverantwortung durch die Schaffung von Transparenz (insbesondere über die an die Unternehmen gerichteten Empfehlungen) sicherstellen sollte.¹⁶² Dieses Ziel ist bislang nicht überzeugend erreicht worden. Immerhin können die Stellungnahmen der Kontaktstel-

157 Ders. Jüngere Ausnahmen sind *Berlington v. Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/5, Urteil v. 7. Februar 2017 sowie *Perenco v. Ecuador*, ICSID Case No ARB/05/17, Urteil v. 6. Februar 2008, die allerdings in der Hinsicht eine Sonderstellung einnehmen, als sich die Kläger freiwillig in das mit der Widerklage initiierte Verfahren eingelassen haben.

158 Konkret durch die „Decision of the Council on the Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Decision C(2000)96/FINAL, abgeändert durch OECD Decision C/MIN(2011)11/FINAL.

159 Vgl. Kommentar zu Prinzip 25 (Fn. 2).

160 Vgl. FRA Opinion – 1/2017 (Fn. 20), S. 60.

161 Ders.

162 „Naming and shaming“, „mobilisation de la honte“. Vgl. dazu *Marrella* (Fn. 21), 379 sowie *Matthias Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 2014, S. 71.

len aber als Teil der Staatenpraxis und der völkerrechtlichen Überzeugungsbildung gewertet werden.¹⁶³

2. Die nationalen Aktionspläne

Zum Zwecke einer wirksamen und koordinierten Umsetzung der Leitprinzipien gehen immer mehr Staaten dazu über, „nationale Aktionspläne“ auszuarbeiten.¹⁶⁴

Seit 2013 haben 21 Staaten einen solchen Aktionsplan vorgelegt¹⁶⁵; eine größere Zahl an Staaten arbeitet daran bzw. hat die Vorlage eines solchen Plans angekündigt.¹⁶⁶

Wert und Nutzen nationaler Aktionspläne bei der wirksamen Umsetzung der Unternehmensverantwortung – und im Besonderen für die Schaffung geeigneter Abhilfemaßnahmen – liegen auf der Hand: Die Erstellung dieser Pläne geht einher mit einer Bestandsaufnahme der bestehenden Maßnahmen, einer Bewusstseinsbildung hinsichtlich des noch fehlenden Instrumentariums und der Schaffung eines breiten, inklusiven Diskussionsforums.¹⁶⁷

In der konkreten Umsetzung sind diese Pläne den Ansprüchen bislang nicht gerecht geworden. Insbesondere im Bereich der Abhilfemaßnahmen sind sie weitgehend vage geblieben.¹⁶⁸ Allerdings liegen einige Entscheidungen dieser Stellen vor, die die „due diligence“-Verpflichtung in Bezug auf spezifische Menschenrechtsverpflichtungen näher konkretisieren.¹⁶⁹

3. Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen

Die Bemühungen der Europäischen Union, die soziale Verantwortung der Unternehmen zu stärken, reichen weit in die Vergangenheit zurück. Intensiviert wurden sie zeitgleich mit der Annahme der „Leitprinzipien“ und der großen Finanz- und Wirtschaftskrise, die um 2011 ihren Höhepunkt erreichte.¹⁷⁰ Ein wesentliches Instrument dazu wurde in der Verschärfung der Rechnungslegungspflichten gesehen.¹⁷¹

163 So *Herdegen* (Fn. 162) S. 71.

164 So bspw. Deutschland mit dem Aktionsplan „Wirtschaft und Menschenrecht 2016-2020“ (<https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/aussenwirtschaft/wirtschaft-und-menschenrechte>) (abgerufen am 9. März 2019).

165 Es sind dies Belgien, Chile, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Georgien, Großbritannien, Indonesien, Irland, Italien, Kolumbien, Litauen, die Niederlande, Norwegen, Polen, Spanien, Schweden, Schweiz und Tschechien. Für eine graphische Darstellung vgl. <https://globalnaps.org/> (abgerufen am 9. März 2019).

166 Vgl. <https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/nationalactionplans.aspx> (abgerufen am 9. März 2019).

167 Vgl. *Marta Bordignon*, National Action Plans, in: Bonfanti (Hrsg.) (Fn. 62), S. 85. Dementsprechend legen die Empfehlungen des Europarats aus 2016 den Mitgliedstaaten auch die Entwicklung und Annahme solcher Pläne nahe. Vgl. Empfehlung CM/Rec(2016)3 (Fn. 19), Abs. 10 ff.

168 Vgl. *Bordignon* (Fn. 167), S. 89 sowie *Humberto Cantú Rivera*, National Action Plans on Business and Human Rights: Progress or Mirage?, in *Business and Human Rights Journal* 4 (2019) 213.

169 Vgl. *Basak Baglayan*, Searching for Human Rights Norms for Corporate Corporate Conduct in Domestic Jurisprudence: A Bottom-Up Approach to International Law, in *Nordic Journal of Human Rights* 36 (2018) 371 (381).

170 Vgl. Mitteilung der Kommission v. 25. Oktober 2011 „Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR)“.

171 Vgl. die Entschließung des Europäischen Parlaments v. 6. Februar 2013 zur sozialen Verantwortung der Unternehmen: Rechenschaftspflichtiges, transparentes und verantwortungsvolles Geschäftsgebahren und nachhaltiges Wachstum.

Mit der Richtlinie 2014/95 v. 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34 im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen (CSR-Richtlinie 2014) wurden die entscheidenden Vorgaben dazu gesetzt: Große Unternehmen von öffentlichem Interesse sollten verpflichtet werden, in den Lagebericht eine nichtfinanzielle Erklärung betreffend ihre Tätigkeit aufzunehmen, die sich „*mindestens auf Umwelt-, Sozial-, und Arbeitnehmerbelange, auf die Achtung der Menschenrechte und auf die Bekämpfung von Korruption und Bestechung*“ beziehen soll.¹⁷²

Es handelt sich hierbei somit um eine inhaltlich breite Verpflichtung, die aber ebenso breiten Spielraum für die Umsetzung eröffnet.¹⁷³ Die Lehre sieht darin eine reine Wissens- und keine Willenserklärung, die nur in Ausnahmefällen einen justiziablen Vertrauensschutzbestand schafft.¹⁷⁴ Es handle sich grundsätzlich um eine „Selbstverpflichtung ohne Obligation“.¹⁷⁵

Die Tragweite dieses Instruments zur Konkretisierung einer wirklichen Unternehmensverantwortung bzw. einer wirksamen Abhilfe ist damit als eher bescheiden einzustufen. Schon die Entschließung des EP v. 6. Februar 2013 hat betont, dass das Konzept der Unternehmensverantwortung nicht zu einem Marketinginstrument verkümmern dürfe¹⁷⁶. Das kann im vorliegenden Fall zwar nicht behauptet werden, da diese Publizitätsvorschriften zumindest eine gewisse Selbstreflexion in die Wege leiten können. Recht viel weiter reichen die Wirkungen dieses Instruments zumindest vorläufig aber nicht.

VII. Schlussbemerkungen

Wurde die Diskussion um eine „Corporate Social Responsibility“ noch in jüngerer Zeit als „Modeerscheinung“ bzw. als „Nebenskriegsschauplatz“ bezeichnet¹⁷⁷ so treffen diese abwertenden Qualifizierungen auf die Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, so wie sie durch die Ruggie-Leitprinzipien konkretisiert worden ist, eindeutig nicht zu. Dennoch verschließt sich dieser Ansatz einer Qualifizierung nach traditionellen Denkkategorien, und dies wird im besonderen Maße im Bereich der Abhilfemaßnahmen deutlich.

Nach jahrzehntelangen, weitgehend erfolglosen Bemühungen, transnationalen Unternehmen Verhaltensregeln vorzugeben, war der Ruggie-Ansatz wahrscheinlich gerade deshalb konsensfähig, da er auf eine unmittelbare Verpflichtung der Unternehmen verzichtet hat, ohne sich auf einen rein politisch-moralisch Appell zu beschränken.

172 Art. 19a RI 2013/34, L 182/19, v. 26. Juni 2013. Soweit der Lagebericht darauf Bezug nimmt, kann auch ein gesonderter Bericht dazu vorgelegt werden.

173 Vgl. dazu E-Avis ISDC 2017-12, Umsetzung der Richtlinie 2014/95/EU, L 330/1, v. 22. Oktober 2014 (CSR-Richtlinie), (2017) 5, <http://www.e-collection.isdc.ch/zoom/4363/view?page=1&p=separate&tool=info> (7. März 2019).

174 Vgl. *Bachmann* (Fn. 74) 234.

175 *Ders.*, 235.

176 *Ders.*, Abs. 23. Das Fehlen präziser Berichtsstandards führt zu einer Heterogenität der Berichterstattung, die dadurch insgesamt intransparent zu werden droht und die Gefahr aufwirft, nur mehr einem „Greenwashing“ zu dienen. Vgl. *Eickenjäger* (Fn. 74), 294 f.

177 Vgl. die betreffenden Nachweise bei *Bachmann* (Fn. 74), 232.

Was die Abhilfemaßnahmen anbelangt, stehen hier – wie gezeigt – sicherlich die judiziellen Instrumente im Mittelpunkt. Auf den ersten Blick bewegen sich die „Leitprinzipien“ auf einem vertrauten Feld, auf welchem auf eine breite Praxis zurückgegriffen werden kann. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass eine wirksame Abhilfe bei Menschenrechtsverletzungen durch grenzüberschreitend tätige Unternehmen auf zahlreiche Hindernisse stößt. Weder das Instrumentarium des Zivilprozessrechts noch jenes des Strafrechts noch jenes der internationalen Investitionsschutzabkommen ist darauf hinreichend vorbereitet. Der vielversprechende Ansatz des Alien Tort Statutes hat nach *Kiobel*, *Daimler* und *Jessner* seine Zugkraft weitgehend verloren. Europäische Gerichte konnten diese Lücke noch nicht schließen.

Vom Strafrecht wird eine starke präventive Wirkung erwartet bzw. erhofft, doch wirft die Konzeptualisierung einer strafrechtlichen Unternehmensverantwortung noch zahlreiche Fragestellungen auf.

Die internationalen Investitionsschutzabkommen hatten in ihrer traditionellen Gestalt die aktuelle Herausforderung rund um die Unternehmensverantwortung im menschenrechtlichen Bereich noch nicht im Auge. Die dafür notwendige Umgestaltung dieser Abkommen erweist sich als langwierig und mühsam.¹⁷⁸

Was die nicht-judiziellen bzw. die nichtstaatlichen Abhilfemaßnahmen anbelangt, so besticht auf den ersten Blick ihre bunte Vielfalt sowie die entwicklungs offene Gestalt dieser Subsektoren der „dritten Säule“. Dies ist aber auch gleichzeitig eine der größten Schwächen dieser Maßnahmenbündel. Die nahezu unüberschaubare Zahl an möglichen Abhilfemaßnahmen dieser Art sowie die praktische Unmöglichkeit, diese flächendeckend zur Anwendung zu bringen, wirft die Gefahr auf, dass die Auswahl der anzuwendenden Maßnahmen beliebig wird und dass hier vielleicht auch nur Alibi-handlungen gesetzt werden. Wie in der Literatur festgehalten worden ist, stellen diese Abhilfemaßnahmen „one of the least understood aspects of the Ruggie Framework“ dar, weshalb die Durchführung von weiteren Studien und die Suche nach „best practices“ empfohlen wurde.¹⁷⁹ Letztlich kann nur ein Ansatz erfolgreich sein, der diese verschiedenen Maßnahmen als wechselseitig komplementär und nicht substitutiv sieht und in diesem Sinne, in gegenseitiger Abstimmung, fortentwickelt.¹⁸⁰

Gezeigt wurde auch, dass die Überführung der Leitprinzipien in einen verbindlichen Vertrag der falsche Weg bzw. zum jetzigen Zeitpunkt verfrüht ist. Und der „Zero Draft“ stellt auf jeden Fall keinen geeigneten Ansatz dar, da er in vielem an eine Philosophie anknüpft, die sich nicht als konsensfähig erwiesen hat und in jedem Fall eine Entwicklung vorweg nimmt, für die sich noch kein Konsens abgezeichnet hat.

178 Die Landschaft der IIA ist generell im Wandel begriffen. Z.T. wird ISDS erschwert, z.T. werden IIAs gekündigt. Die EU ist bemüht, ständige Investitionsschiedsgerichte (bzw. langfristig ein ständiges Investitionsschiedsgericht) zu etablieren. Vgl. *Caterine Titi*, Who’s Afraid of Reform? Beware the Risk of Fragmentation, *AJIL Unbound* (2018) 232. Was den Schutz von Menschenrechten gegen TNCs über IIA anbelangt, wurde letzthin treffend vermerkt: „[...] in international investment law, how to create an international remedy against transnational businesses is just emerging as a scholarly debate.“ Vgl. *James Gathii/Sergio Puig*, Introduction to the Symposium on Investor Responsibility: The Next Frontier in International Investment Law, in *ASIL Unbound* (2019) 1 (2). Zum Thema Unternehmensverantwortung und Investitionsschutz siehe jüngst auch *Ursula Kriebaum*, The Ruggie Principles and investment arbitration, in: *Patricia Hladshik/Fiona Steinert* (Hrsg.), *Menschenrechten Gestalt und Wirksamkeit verleihen*, 2019, S. 565.

179 Vgl. *Drimmer/Laplante* (Fn. 9).

180 Vgl. *Marrella* (Fn. 21), 305.

Dagegen hat sich das „Forum für Unternehmen und Menschenrechte“ (*Forum on Business and Human Rights*) als sehr nützlicher Diskussionsrahmen erwiesen, in dem Schwächen aufgezeigt, Erfahrungen geteilt und Erfolgsmodelle vermittelt werden können. Erfolgversprechend kann nur ein Mehr-Ebenen-Ansatz¹⁸¹ sein, in dem sanfter völkerrechtlicher Druck zur Einführung neuer völkerrechtlicher Standards der Unternehmensverantwortung, die schrittweise Adaptierung der judiziellen Systeme zum Zwecke der Erleichterung der grenzüberschreitenden Durchsetzung menschenrechtlicher Ansprüche gegenüber Unternehmen, die entsprechende Adaptierung der Investitionsregime und – in einer proaktiven Perspektive – die Förderung einer die Unternehmensverantwortung ernsthaft wahrnehmenden Unternehmenspublizität Hand in Hand gehen.

Wenn Unternehmen zu verantwortungsvollen Akteuren der Menschenrechtspolitik werden sollen, werden weder Regulierung noch marktwirtschaftliche Konzepte für sich allein erfolgversprechend sein, wohl aber eine Verbindung dieser Ansätze, wie sie in den Ruggie-Leitprinzipien angedeutet wird und nun weiter umgesetzt werden soll. In diesem Sinne haben diese Leitprinzipien zu einer Wiederbelegung des „embedded liberalism“ mit einer stark pragmatisch geprägten, auf kontinuierlichen Dialog zwischen den „stakeholders“ abstellenden Konnotation geführt, weshalb in diesem Kontext nunmehr auch von einem „embedded pragmatism“ gesprochen wird.¹⁸²

181 Dabei ist auch auf die Notwendigkeit eines internationalen institutionellen Dialogs hinzuweisen. Schon erwähnt wurden die wichtigen Vorarbeiten der OECD, auf die sich auch die Vereinten Nationen stützen. Es kann mit Fug und Recht gesagt werden, dass die Vereinten Nationen gemeinsam mit der OECD das Konzept der Unternehmensverantwortung im Allgemeinen und jenes der Abhilfemaßnahmen im Besonderen gemeinsam fortentwickeln. Zu erwähnen ist hier auch die ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (ILO Grundsatz-erklärung über multinationale Unternehmen und Sozialpolitik, gerichtet an Regierung, Unternehmen und Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen) aus 1977 idF aus 2017. Im Mittelpunkt stehen dabei rechtlich unverbindliche Verpflichtungserklärungen und ein umfassendes Berichtssystem. Der Wert dieses komplexen, eher intransparenten und nur einer engeren community vertrauten Systems ist eher im Standard-Setting und der Bewusstseinsbildung unter Experten zu sehen als in einem Beitrag zur Abhilfe im Einzelfall.

Erwähnung finden muss hier auch der ISO 26000 Leitfaden für soziale Verantwortung und Nachhaltigkeit aus 2011, der von über 500 Experten erarbeitet worden ist und eine Reihe von Empfehlungen für die stakeholders u.a. im Bereich Menschenrechte, Umwelt und Arbeitsbedingungen erteilt.

182 Vgl. dazu *Michelle Staggs Kelsall*, From a Stark Utopia to Everyday Utopias, GYIL 60 (2017) 575.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Peter Hilpold

1. Die Leitprinzipien der Vereinten Nationen für Wirtschaft und Menschenrechte aus 2011 haben einen Prozess in Gang gesetzt, durch welchen die Unternehmensverantwortung näher konkretisiert werden soll. Es werden keine Ergebnisse vorgegeben, sondern Verfahren geschaffen, durch welche die Unternehmensverantwortung im Dialogwege, im Einvernehmen zwischen den maßgeblichen Interessensvertretern, Konturen gewinnen kann.
2. Operationalisiert wird dieses Konzept durch ein Drei-Säulen-Modell („protect“, „respect“, „remedy“), das auf dem Grundgedanken des „embedded liberalism“ beruht, das ein liberales Wirtschaftssystem vor Augen hat, das aber auch nationale und internationale Interventionen zulässt.
3. Die hier im Mittelpunkt stehenden „remedies“ (Abhilfemaßnahmen) stellen den noch am wenigsten entwickelten Teil der Leitprinzipien dar, der auch noch konzeptionell weiter ergründet werden muss.
4. Für eine Präzisierung dessen, was im Kontext der Unternehmensverantwortung unter „Abhilfe“ zu verstehen ist, kann auf weiterführende Vorarbeiten im Bereich des allgemeinen Menschenrechtsschutzes Bezug genommen werden, insbesondere auf die Res. der GV 60/147 und darauf basierende Studien.
5. Die Abhilfemaßnahmen in den „Leitprinzipien“ sind verhältnismäßig „weich“ formuliert, nachdem vorangehende Versuche auf UN-Ebene, weitergehende Verpflichtungen zu Lasten der Unternehmen festzuschreiben, gescheitert sind. Die „Leitprinzipien“ sollen aber in einen verbindlichen Vertrag überführt werden, in dem laut „Zero Draft“ wiederum straffere Regeln vorgesehen sind. Auch aus diesem Grunde sind die Erfolgsaussichten dieses Vorhabens auf absehbare Zeit gering.
6. Weitere Bemühungen, das Konzept der „Abhilfe“ zu präzisieren, sind auf europäischer Ebene unternommen worden, durch den Europarat und durch die EU. Dabei vermischen sich aber Analysen des geltenden Rechts mit Gestaltungsvorschlägen, deren Realisierung ungewiss erscheint.
7. Stellt man auf neuralgische Punkte für die Weiterentwicklung der Abhilfemaßnahmen im System der „Leitprinzipien“ ab, so können folgende identifiziert werden:
 - 7.1 Die extraterritoriale Durchsetzung der Unternehmensverantwortung
 - a) Hierbei ist einmal der Sonderweg zu erwähnen, der in den USA mit der Alien-Tort-Statute-Rechtsprechung eingeschlagen worden ist. Diesen Entwicklungen hat aber der US-amerikanische Supreme Court beginnend mit der Kiobel-Rechtsprechung weitgehend den Weg versperrt.
 - b) Die deliktsrechtliche Haftung in Europa über das „Brüssel I“- und das „Rom II“-Regime. Dieses setzt der extraterritorialen Durchsetzung der Unternehmensverantwortung aber sehr enge Grenzen.

7.2 Rückgriff auf das Strafrecht zur Durchsetzung der Unternehmensverantwortung
Dem Strafrecht wird für die Durchsetzung der Unternehmensverantwortung von verschiedenen Seiten eine wichtige Rolle zugesprochen, doch ergibt eine genauere Analyse, dass die Rechtsrealität mit diesen Ambitionen gegenwärtig noch nicht mithalten kann.

7.3 Die Durchsetzung der Unternehmensverantwortung über Internationale Investitionsschutzabkommen (IIA)

IIA scheinen aufgrund ihrer „asymmetrischen Natur“ (sie dienen auf dem ersten Blick dem Schutz des Investors) keine Grundlage zu bieten, Unternehmen wegen Verletzung von Menschenrechten und Arbeitnehmerrechten zur Verantwortung zu ziehen. Letztlich, im Gefolge des Urbaser-Falls, sind Hoffnungen aufgekommen, die Widerklage (counterclaims) zu diesem Zwecke zu nutzen. Diese Hoffnungen sind aber wohl verfrüht. Einige moderne Investitionsschutzabkommen (bzw. Musterabkommen) gehen aber umfassender auf die Unternehmensverantwortung ein.

7.4 Die nationale Ebene

Ein wesentlicher Beitrag zur wirksamen Abhilfe bei Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen kann von den Staaten mit Hilfe innerstaatlicher Maßnahmen geleistet werden. Zu nennen wären dabei die nationalen Kontaktstellen, die nationalen Aktionspläne und die Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen. Maßnahmen dieser Art wurden bereits vielfach gesetzt; sie haben aber noch nicht vollends überzeugt.

8. Die bislang vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen umfassen ein breites Spektrum an judziellen und nicht nicht-judziellen Instrumenten, an staatlichen und nicht-staatlichen Maßnahmen, die vielfach erst weiter erprobt und präzisiert werden müssen. Für eine verbindliche Vorgabe von präzisen Verpflichtungen, so wie diese im „Zero Draft“ zum Ausdruck kommen, ist es wohl noch zu früh. Weitere Diskussionen und weiterer Erfahrungsaustausch im „Forum für Unternehmen und Menschenrechte“ scheinen der realistischere Weg zu sein.

Summary

by Prof. Dr. Peter Hilpold

1. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights (2011) have set forth a process by which Corporate Social Responsibility (CSR) rules are to be further specified. The approach followed is not to impose specific results but to create procedures by which CSR is given further flesh on the basis of a continuing dialogue between all relevant stakeholders.
2. The operationalization of this concept takes place by a three pillar model („protect“, „respect“, „remedy“) based on an approach called „embedded liberalism“ according to which the creation of a liberal economic order allowing also for governmental and international intervention is pursued.
3. The „remedies“ pillar is the least developed one within the system of the Guiding Principles. Intense discussion and studies are still needed to bring more clarity into this field.
4. In the attempt to bring more clarity into this area guidance can be obtained by discussions that have taken place within the UN in the field of general human rights law and by ensuing academic studies referring to the respective documents.
5. The remedies mentioned in the Guiding Principles are formulated in a relatively „soft“ manner, after attempts to create „harder“ norms have failed. There are, however, initiatives underway to create a binding instrument in this field. According to the „Zero Draft“ for such a treaty much more restrictive rules are envisaged. It is, however, unlikely that such an instrument will meet with the necessary consensus within the foreseeable future.
6. In Europe, within the Council of Europe as well as within the European Union, various attempts have been undertaken to give further substance to the „remedies“. The relevant documents contain both an analysis of the law in force as well as proposals for new instruments to be introduced. These proposals are, however, in part rather far-reaching and thus it is unclear whether they can be realized any time soon.
7. If some pivotal questions shall be identified that have emerged as an issue for further discussion, the following can be mentioned:
 - 7.1 The extraterritorial application of remedies
 - a) In this context, first of all, the specific approach taken by the US Courts when applying the Alien Tort Statute (ATS) has to be mentioned. However, after „Kiobel“ this development seems to have come to a halt.
 - b) Some hopes are associated with the application of tort law in Europe according to the „Bruxelles I“- and the „Rome II“-Regulation. However, on this basis European tort law can be applied to human rights violations by companies and subsidiaries abroad only to a very limited measure.
 - 7.2 Criminal law as a remedy

According to some, remedies should be sought more forcefully within the realm of international criminal law. A closer look at the relevant norms reveals, however, that expectations should not be too high as to such an endeavour.

7.3 International Investment Agreements (IIAs) and Counterclaims

Due to their „asymmetrical“ nature (As are intended to protect primarily the investor) IIAs do not offer, at first sight, a suitable basis for holding investors responsible for human rights abuses in the guest state. Recently, however, in the wake of the „Urbaser“ case, hopes have come up that counterclaims could be used to such avail. For the time being, however, these hopes are not justified. Nonetheless, attempts are under way to re-draft IIAs so that counterclaims are more easily available and, in general, to emphasize the responsibility of investors.

7.4 The national level

The national level is of decisive importance for finding remedies in the area of CSR. In this context, National Contact Points, National Action Plans and Corporate Social Reporting have to be mentioned. A wide array of initiatives have been taken in this field. Up to this moment the results are, however, not really convincing.

8. The Guiding Principles envisage a vast panoply of judicial and non-judicial initiatives, of State-based and non-State based measures. Many of these measures have to be further specified and tested. It is most probably too early to impose binding obligations in this field as the „Zero Draft“ ultimately intends. Further discussion and a further exchange of experience, as it happens within the „Forum on business and human rights“, seem to be the more promising way to follow.