

ABHANDLUNGEN

Entwicklungstendenzen der Immunität ausländischer Staaten

Georg Ress*)

- I. Die Entwicklungstendenzen und der Beschluß des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 13. Dezember 1977
- II. Die Entwicklungstendenzen und die bisherige Rechtslage
- III. Überbrückung der Spannungen zwischen absoluter und beschränkter Immunitätsauffassung durch internationale Vereinbarungen
 1. Die Brüsseler Konvention zur einheitlichen Feststellung von Regeln über die Immunität der Staatsschiffe vom 10. April 1926 (Zusatzprotokoll 1934)
 2. Der Standpunkt der sozialistischen Staatshandelsländer
 3. Das Übereinkommen des Europarates über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972
- IV. Wandel der englischen Rechtsprechung: der Übergang zur beschränkten Immunitätsdoktrin
 1. Die Entscheidung des Privy Council im Fall *The Philippine Admiral* vom 5. November 1975
 2. Der Fall *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*
 3. The State Immunity Act 1978
- V. Die Entwicklung der amerikanischen Rechtsprechung (US Supreme Court vom 24. Mai 1976: *Alfred Dunhill of London Inc. v. The Republic of Cuba*)
- VI. Der Foreign Sovereign Immunities Act vom 21. Oktober 1976
- VII. Ein internationaler Standard typischer Staatsaufgaben? Rückgriff auf Natur oder Zweck des staatlichen Handelns?
- VIII. Die Auswirkung hoheitlichen Handelns (*acta iure imperii*) auf Handelsgeschäfte des Staates (Der Fall des Schiffes *I Congreso del Partido*)
- IX. Schlußbemerkungen

*) o. Professor, Dr. iur., Dr. rer. pol., Universität des Saarlandes, Saarbrücken.

Abkürzungen: A. C. = Appeal Cases; AJIL = American Journal of International Law; All. E. R. = All England Law Reports; AWD = Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters; BVerfGE = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BGBl. = Bundesgesetzblatt; H. R. = House of Representatives; ILC = International Law Commission; ILM = International

*I. Die Entwicklungstendenzen und der Beschluß des
deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 13. Dezember 1977*

Der Inhalt des völkerrechtlichen Satzes über die Befreiung fremder Staaten von der inländischen Gerichtsbarkeit im Erkenntnis- und im Zwangsvollstreckungsverfahren hat im letzten Jahrzehnt durch die Staatenpraxis beachtliche Einengung und Präzisierung erfahren, gleichzeitig sind aber neue begriffliche Abgrenzungsprobleme entstanden. Kennzeichen der Entwicklung sind: 1. der Übergang der britischen und für das Commonwealth maßgeblichen Rechtsprechung von der absoluten zur beschränkten Immunitätsdoktrin; 2. der Versuch, die Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* in internationalen Konventionen, Gesetzen und in der Rechtsprechung entweder enumerativ zu beschreiben oder durch neue Kriterien zu präzisieren, schließlich 3. das Bemühen, dem Mißbrauch der Immunität durch den am Handelsverkehr teilnehmenden ausländischen Staat entgegenzuwirken, ohne ihm gleichzeitig die für den zwischenstaatlichen Verkehr in öffentlichen Angelegenheiten notwendige politische Bewegungsfreiheit zu nehmen. Die Erwägung, ob dem sich auf ein »privates« Handelsgeschäft einlassenden Staat ("when a state enters the market-place seeking customers") überhaupt noch Immunität vor den Gerichten zustehen soll, selbst wenn er in den Ablauf des »privaten« Geschäfts durch öffentliche Maßnahmen eingegriffen hat, öffnet eine über die beschränkte Immunitätsdoktrin noch erheblich hinausgehende Entwicklung in Richtung auf eine weitere Einengung der Immunität. Diese Tendenz trat erst jüngst in einem Streitfall vor englischen

Legal Materials; JÖR = Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge; JZ = Juristen-Zeitung; JW = Juristische Wochenschrift; LG = Landgericht; L.R.A. & E. = Law Reports, Admiralty and Ecclesiastical Cases; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; P. = Probate Division (House of Lords); P.D. = Law Reports, Probate, Divorce and Admiralty Division (House of Lords); Rep. = Report(er); RGBl. = Reichsgesetzblatt; RG(Z) = Reichsgericht (Entscheidungen); RGDIP = Revue générale de droit international public; S.Ct. = United States Supreme Court Reporter; S.D.N.Y. = (District Court for the) Southern District of New York; U.S. = United States Supreme Court Decisions; U.S.C. = United States Code; VVDStRL = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; W.L.R. = Weekly Law Reports.

Gerichten um das kubanische Staatshandelsschiff *I Congreso del Partido*¹⁾ deutlich zu Tage, in welchem sich die beiden Richter in der Berufungsinstanz über die Qualifikation des Eingriffs der kubanischen Regierung in einen rein kommerziellen Zuckerlieferungsvertrag mit chilenischen Staatshandelsunternehmen nicht einigen konnten. Die kubanische Regierung hatte nach Abbruch der diplomatischen Beziehungen mit Chile die Beschlagnahme aller chilenischen Aktiva und den Rückruf aller ihrer Schiffe aus chilenischen Gewässern verfügt; das kubanische Gesetz vom 27. September 1973 ordnete den Abbruch aller Wirtschaftsbeziehungen mit Chile (rückwirkend auf den 11. September 1973, den Tag des Staatsstreiches gegen Allende) an. Während Lord Justice Waller diesen Eingriff als "act of the government of the Republic of Cuba" kennzeichnete, d. h. als "a political decision, a foreign policy decision, which bore no relations to commercial interests"²⁾, bildeten Belange der auswärtigen Politik nach Ansicht von Lord Denning nur das Motiv des Eingriffs, der für ihn "essentially a repudiative breach of contract" darstellte. Die Natur des Eingriffs werde durch außenpolitische Erwägungen selbst nicht verändert. Lord Denning schließt mit der Feststellung³⁾: "When the government of a country enters into an ordinary trading transaction, it cannot afterwards be permitted to repudiate it and get out of its liabilities by saying that it did it out of high governmental policy or foreign policy or any other policy. It cannot come down like a god on to the stage — the *deus ex machina* — as if it had nothing to do with it beforehand. It started as a trader and must end as a trader. It can be sued in the courts of law for its breaches of contract and for its wrongs just as any other trader can".

¹⁾ Erstinstanzliches Urteil des High Court of Justice (Queen's Bench Division; Justice Robert Goff) 28. 1. 1977, [1977 3 W.L.R. 778] — siehe dazu R. Higgins, Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the United Kingdom, AJIL 71 (1977), S. 423 ff. (430 ff.); C. Schreuer, Neue Entwicklungen zur Immunität ausländischer Staaten vor englischen Gerichten, AWD 1979, S. 156 ff. (159 f.). Das zweitinstanzliche Urteil des Court of Appeal erging am 1. 10. 1979. — Da die beiden Richter des Court of Appeal sich nicht auf eine Ansicht einigen konnten (der dritte Richter war verhindert, an der Entscheidung teilzunehmen), wurde das erstinstanzliche Urteil bestätigt. Justice R. Goff hatte in diesem Fall der Republik Kuba Immunität zugestanden.

²⁾ *I Congreso del Partido*, Court of Appeal, 1. 10. 1979, zitiert aus der Gerichtsniederschrift S. 32.

³⁾ *Ibid.*, S. 21.

Angesichts dieser Tendenz sind die vom Bundesverfassungsgericht im Beschluß vom 13. Dezember 1977⁴⁾ angestellten Überlegungen, wie einem funktionswidrigen Gebrauch der Immunität begegnet werden könnte, zurückhaltend ausgefallen und der Unantastbarkeit der funktional gedeuteten Immunität ausländischer Staaten verpflichtet. Während dem von Lord Denning eingenommenen Standpunkt entgegengehalten werden kann, daß die Natur des Handelsgeschäfts ohne Differenzierung auch zur Deutung der in den Ablauf des Geschäfts eingreifenden Staatsakte herangezogen wird, ist andererseits die Linie des Bundesverfassungsgerichts mit der umgekehrten Erwägung kritisiert worden, daß es den Bereich der öffentlichen Funktionen zu stark erweitere, indem es reine Bankkonten, deren Bestand leicht wechseln kann, ohne Differenzierung der Zwangsvollstreckung entzieht⁵⁾. Das Bundesverfassungsgericht hatte festgestellt, daß »Forderungen aus einem laufenden, allgemeinen Bankkonto der Botschaft eines fremden Staates, das im Gerichtsstaat besteht und zur Deckung der Ausgaben und Kosten der Botschaft bestimmt ist, nicht der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsstaat (unterliegen)«⁶⁾. Dem privaten Einzelnen wird angesichts der Möglichkeit eines funktionswidrigen Gebrauchs der Immunität empfohlen, durch Vereinbarung über die Art und Weise der Abwicklung der Leistungen, über das Verfahren im Streitfall, insbesondere über einen Verzicht auf Immunität, der grundsätzlich unwiderruflich sei, oder über Sicherheiten seine Interessen soweit als möglich zu wahren.

⁴⁾ BVerfGE 46, 342. Der Beschluß ist mit einer Einleitung von K. Hailbronner abgedruckt in ZaöRV 38 (1978), S.242 ff. Zum Beschluß siehe die Bemerkungen von A. Bleckmann, Zwangsvollstreckung gegen einen fremden Staat, NJW 1978, S. 1092 ff., und von H. Steinberger, in: State Immunity: Law and Practice in the United States and Europe, Proceedings of International Law Association Conference held on November 17, 1978 in London, S. 18.

⁵⁾ C. Schreuer, Some Recent Developments in the Law of State Immunity, Comparative Law Yearbook 2 (1978), S. 215 ff. (233).

⁶⁾ BVerfGE 46, 342 (345, 364, 397 ff.); das Bundesverfassungsgericht begründet diese Feststellung unter Rückgriff auf die völkerrechtliche Norm *ne impediatur legatio*. Eine Pflicht der Vollstreckungsorgane des Empfangsstaates, sich gegebenenfalls über das Bestehen eines Guthabens auf einem solchen Konto und über die Zwecke, zu denen der Entsendestaat dieses Guthaben oder Teilbeträge davon bestimmt hat, zu vergewissern, lehnt das Gericht unter Hinweis auf »die Gefahr des Eindringens in den internen Funktionsbereich der diplomatischen Vertretung des Entsendestaates« ab. Dies sei kraft völkerrechtlichen Gesandtschaftsrechts ohne Zustimmung des Entsendestaates

Nun haben gerade die Probleme, welche die Berufung auf die Immunität im Zusammenhang mit internationalen Handelsgeschäften aufwirft, private Investoren und Handelsgesellschaften in der Tat häufig dazu veranlaßt, bei Geschäften mit ausländischen Staaten oder staatlichen Handelsorganisationen unter Umständen gegen entsprechendes wirtschaftliches Entgegenkommen den Verzicht auf die Immunität vertraglich zu vereinbaren⁷⁾. Das Mißliche derartiger Absprachen liegt in dem Umstand, daß eindeutig ökonomische Rücksichten zu einer Einschränkung der außenpolitischen Handelsfreiheit wirtschaftlich schwächerer Staaten in der spezifisch öffentlichen Sphäre führen können. Daß ausländische Regierungen, welche Staaten der Dritten Welt Entwicklungs- oder Handelshilfe gewähren, ihrerseits die Gewährung der Leistungen davon abhängig machen, daß ihnen im Zusammenhang mit der Abwicklung derartiger Geschäfte die Berufung auf die Immunität ungeschmälert offensteht, gehört ebenso zu den bekannten Erscheinungen wie umgekehrt diejenige, daß Regierungen zugunsten ihrer im Ausland investierenden Staatsangehö-

schlechterdings verwehrt. Das Bundesverfassungsgericht qualifiziert schon das »Ansinnen« gegenüber dem Entsendestaat, das Bestehen oder die früheren, gegenwärtigen oder künftigen Verwendungszwecke auf einem solchen Konto näher darzulegen, als völkerrechtswidrige Einmischung in die ausschließlichen Angelegenheiten des Entsendestaates — andererseits dürfe aber vom Entsendestaat verlangt werden, daß er (durch eine entsprechende Erklärung) glaubhaft macht, es handle sich um ein Konto, das zur Aufrechterhaltung der Funktionen seiner diplomatischen Vertretung diene. Schreuer, a.a.O. (Anm. 5), S. 233, hat diese Aussagen des Gerichts als "a somewhat over-cautious attitude" bezeichnet. Aber auch seine Gegenthese: "that fungibles, especially money . . . should not be regarded as property directly serving the public functions of foreign states", geht zu weit. Auf dem Feld der staatlichen Immunität führt eine »Alles oder Nichts«-Betrachtung zwar zu Vereinfachungen, jedoch nicht zu Lösungen, die den divergierenden Schutzzwecken gerecht werden.

7) Siehe F. A. Weber, *The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976: The origin, meaning and effect*, in *Yale Studies in World Public Order* 3 (1976), S. 27 ff. (29 ff.): "Private lenders usually require foreign state borrowers to waive their immunity from suits to enforce their obligations on the loan. Waivers are also typically been included in state bonds issued in the European market". Zu diesen Problemen eines Verzichts auf Immunität siehe auch G. R. Delaume, *Public Debt and Sovereign Immunity: Some Considerations Pertinent to S. [Senate] 566*, *AJIL* 67 (1973), S. 745, 752 f.; ders.: *Public Debt and Sovereign Immunity Revisited: Some Considerations Pertinent to H.R. 11315*, *AJIL* 70 (1976), S. 538 ff.; ders., *Public Debt and Sovereign Immunity: The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, *AJIL* 71 (1977), S. 399 ff. (413 ff.); ders.: *Legal Aspects of International Lending and Economic Development Financing* (1967), S. 169 ff.

rigen Druck auf die ausländischen Staaten ausüben, daß diese sich auf ihre Immunität nicht berufen oder gar vorweg darauf verzichten. Angesichts dieser teilweisen Unterordnung der Immunität unter das ökonomische Kräftespiel erscheint die Erwägung angebracht, ob nicht — trotz der Bestätigung dieser internationalen Praxis im Foreign Sovereign Immunities Act of 1976⁸⁾ — im Hinblick auf bestimmte, für die Existenz des Staates unerläßliche staatliche Akte ein Verzicht auf die Immunität völlig ausgeschlossen, andererseits aber die Berufung auf die Immunität bei ökonomischen Bagatellgeschäften auch dann verwehrt werden sollte, wenn in diesem Zusammenhang staatliche Akte gesetzt worden sind. Der dazwischen liegende Bereich könnte der freien vertraglichen Ausgestaltung überlassen bleiben. Die These des Bundesverfassungsgerichts⁹⁾, daß dem Risiko der Berufung auf die Immunität stets durch die Vereinbarung eines Verzichts *ex ante* begegnet werden könnte, entspricht zwar der Rechtslage *de lege lata*, sollte aber als rechtspolitische Leitlinie überdacht werden.

II. Die Entwicklungstendenzen und die bisherige Rechtslage

Entwicklungstendenzen der Immunität ausländischer Staaten lassen sich nur vor dem Hintergrund des bisherigen Inhalts dieses völkerrechtlichen Rechtsinstituts zeichnen. Dies freilich ist alles andere als einfach. Denn Herkunft, Begründung und Umfang des völkerrechtlichen Satzes von der staatlichen Immunität sind umstritten, insbesondere seitdem in den letzten zwanzig Jahren die wissenschaftliche Beschäftigung mit diesen Problemen zugenommen hat und zahlreiche gerichtliche Entscheidungen zu diesen Fragen vorliegen. Die Immunität des ausländischen Staates gegenüber der einheimischen Gerichtsbarkeit ist ein unbestrittenes rechtliches Phänomen. Ausgehend von dem schon bei Bartolus nachweisbaren Satz: «Par in parem non habet imperium» wird heute in der völkerrechtlichen Literatur und Praxis aus den parallelen Entscheidungen innerstaatlicher Gerichte (namentlich des 19. und 20. Jahrhunderts) ein Satz des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts abgeleitet, wonach ein ausländischer Staat der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit (*ratione personae*, also anknüpfend an die Person des Staates bzw. früher des Souveräns) nicht unterworfen ist¹⁰⁾. Daß Anwendung und Tragweite dieser Regel im Einzelfall schwer

⁸⁾ U.S. Public Law 94—583 (90 Stat. 2891—2898), § 1605 (a) (1); § 1610 (a) (1); § 1611 (b) (1).

⁹⁾ BVerfGE 46, 342 (401 f.).

¹⁰⁾ Dazu A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (1976), S. 565 ff.

auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen sind, hatte schon Sch a u m a n n ¹¹⁾ hervorgehoben: »Von der absoluten, d. h. umfassenden und in jedem irgendwie gearteten Verfahren mit einem ausländischen Staat als Beteiligten eingreifenden Immunität bis zu einer auf bestimmte Verfahren oder auf den Schutz bestimmter staatlicher Akte oder Funktionen beschränkten Immunität finden sich alle Abstufungen. Der Anerkennung der Immunität als völkerrechtliche Regel stehen jedoch diese Probleme der Fixierung so lange nicht entgegen, als ein M i n d e s t g e h a l t nachweisbar ist, für den die überwiegende Zahl der Staaten eine völkerrechtliche Verpflichtung anerkennt, ohne daß dieses Ausmaß in jeder Epoche gleich zu sein braucht«. Diese Überlegung zeigt bereits das erste Problem, welches sich bei der Beurteilung der Entwicklungstendenzen stellt. Die Herleitung eines in seinen Elementen und Konturen einheitlichen und präzisen völkerrechtlichen Rechtssatzes über die Staatenimmunität stößt deshalb auf Probleme, weil die Praxis der staatlichen Gerichtsentscheidungen und der administrativen Immunitätsgewährung zwischen der Konzeption der absoluten Immunität und der einer — vielfältig je nach den Funktionen des Staates variierten — beschränkten Immunität schwankte. Der Gesichtspunkt der funktional begrenzten Immunität entfaltete sich zunächst auch nur im Erkenntnisverfahren, mithin bezogen auf die Geltendmachung von Rechten und Ansprüchen, während bis in die jüngste Vergangenheit zahlreiche Staaten für die Zwangsvollstreckung nach wie vor an der Gewährung grundsätzlich unbeschränkter Immunität für den fremden Staat festhielten ¹²⁾. Erschwerend für die Einordnung und Bewertung der jeweiligen Praxis kommt auch der hier nicht näher zu entfaltende Streit um den »richtigen Ansatz« für die theoretische Ableitung der Immunität aus Strukturprinzipien der Völkergemeinschaft (Souveränität und Unabhängigkeit des Staates, Gleichheit und Gleichberechtigung, gegenseitige Achtung und Würde) hinzu. Überwiegend steht bei den Begründungsversuchen die theoretische Abgrenzung der beiden Souveränitätsbereiche im Vordergrund: die Souveränität des ausländischen Staates als Grenze für die Jurisdiktion des Gerichtsstandes und die Souveränität des Gerichtsstaates als Behauptung der Territorialhoheit gegenüber dem ausländischen Staat. Sch a u m a n n ¹³⁾ kommt bei seiner Unter-

¹¹⁾ W. Sch a u m a n n, Die Immunität ausländischer Staaten nach Völkerrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, H. 8 (1968), S. 9.

¹²⁾ So zutreffend BVerfGE 46, 342 (365 ff.) mit weiteren Nachweisen.

¹³⁾ A.a.O. (Anm. 11), S. 19.

suchung zu dem Ergebnis, daß in jedem Fall eine von der Souveränität des ausländischen Staates her gewonnene völkerrechtliche Grenze für die Jurisdiktion des inländischen Staates bleibt, an die sich ein mehr oder weniger breiter Raum anschließt, in dem der Gerichtsstaat dem ausländischen Staat Immunitätsschutz gewähren oder umgekehrt diesem im Hinblick auf das Rechtsschutzbedürfnis des klagenden Individuums eine Privilegierung als Beklagtem verweigern kann.

Für die Betrachtung von Entwicklungstendenzen ist auch die Frage von Bedeutung, ob die Regel der absoluten Immunität einen historischen Primat genießt¹⁴⁾. Die unterschiedliche Beantwortung dieser Frage hat Relevanz für die Bewertung der Praxis als derogatorisch oder konfirmatorisch¹⁵⁾. Nach der klassischen These ist die beschränkte Immunität, die sich *ratione materiae* nur auf bestimmte Objekte (Sachen oder Handlungen) oder/und darauf bezieht, in welcher Beziehung (Charakter oder Zweck einer Handlung, wie z. B. zum Schutz staatlicher Funktionen) auf ein Objekt Bezug genommen wird, das Ergebnis eines von der absoluten Immunität (*ratione personae*) ausgehenden Abbauprozesses. Die andere These geht davon aus, daß die Immunität von vornherein nur als eine beschränkte Ausnahme von der Gerichtsbarkeit eines Staates entstanden und zu verstehen ist. Im ersten Fall müßte, soweit die absolute Immunität gewohnheitsrechtlich begründet wird, eine Einschränkung als derogierendes Gewohnheitsrecht verstanden werden und die dafür maßgeblichen rechtlichen Anforderungen erfüllen (konsistente Praxis). Im zweiten Fall bleibt für die gewohnheitsrechtliche Begründung die Schwierigkeit bestehen, daß die Gerichte bis zum Ende des 19. Jahrhunderts – und im angelsächsischen Rechtsraum noch in den letzten Jahren – undifferenziert von einer absoluten Immunität ausgingen. Zur Überbrückung dieser Schwierig-

¹⁴⁾ Zu dieser Frage und den Konsequenzen ihrer Beantwortung siehe Schumann, a.a.O., S. 21 ff.

¹⁵⁾ Vgl. dazu Bleckmann, a.a.O. (Anm. 4), S. 1093. Wenn man davon ausgeht, daß im 19. Jahrhundert der Grundsatz der absoluten Staatenimmunität im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren galt, so können, wie Bleckmann zutreffend bemerkt, diese Rechtssätze des Völkergewohnheitsrechts nur durch entgegengesetzte Regeln des Völkergewohnheitsrechts aufgehoben werden. Nach Bleckmann würde das alte Völkerrecht nicht schon dann aufgehoben, »wenn bei einer die Vergangenheit und Gegenwart umfassenden en bloc-Betrachtung bei Akten *iure gestionis* und bei einer Vollstreckung in privaten Zwecken dienende Vermögensgegenstände widersprüchliche Urteile der nationalen Gerichte vorlägen. Erforderlich wäre vielmehr, daß die Staatenpraxis einhellig (*sic!*) die Vollstreckung in privaten Zwecken dienende Vermögensgegenstände zuläßt, weil sich nur dann neues, entgegengesetztes Völkerrecht gebildet hätte«.

keiten hat Schumann¹⁶⁾ mit Recht darauf hingewiesen, daß die Gewährung der Immunität durch die Gerichte im 19. Jahrhundert im Lichte jener Zeit betrachtet werden müsse. Diese Urteile seien zugeschnitten auf Fälle, in denen auch noch heute regelmäßig Immunität gewährt werde. Die andere Fallkategorie, nämlich die des Handel treibenden, in privatwirtschaftlicher Weise tätig werdenden Staates, habe noch keine rechtlich beachtliche Rolle gespielt. Die rechtsbildende Kraft dieser Urteile habe sich deshalb nicht über die zur Beurteilung stehenden Fälle hinaus erstrecken können¹⁷⁾. Als im ausgehenden 19. Jahrhundert italienische und belgische Gerichte mit diesem neuartigen Tatbestand des über seinen hoheitlichen Bereich hinaus wirkenden, Handel treibenden Staates befaßt wurden, hätten sie es abgelehnt, die Immunitätsregel darauf anzuwenden, und seien so zwangsläufig zu einer ihrem Wesen nach auf bestimmte Bereiche beschränkten Immunität gelangt. Eine »absolute« Immunität im Sinne der heutigen Deutung gab es nach dieser These erst, als die anglo-amerikanischen Gerichte und die Gerichte einer weiteren Anzahl von Staaten (u. a. damals auch Deutschlands)¹⁸⁾ es — anfangs allerdings nur zögernd — ab-

¹⁶⁾ A.a.O. (Anm. 11), S. 22.

¹⁷⁾ Nachweise bei Schumann, a.a.O., S. 23 Anm. 23; E. Menzel, Die Immunität der Staatsschiffe (1961) (Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, Reihe A, H. 7); S. Maiwald, Die Entwicklung der staatlichen Handelsschiffahrt im Spiegel des internationalen Rechts (1946), S. 27 ff., 53 f.

¹⁸⁾ Vgl. die bei Schumann, a.a.O., S. 23 Anm. 24, erwähnten berühmten englischen Fälle *Charkieh* ([1873] L.R. 4 A & E 59) und vor allem *The Parlement Belge* ([1880] 5 P.D. 197), bei dem einem belgischen Postboot, das auch Handelsware zu Erwerbszwecken transportiert hatte, die Immunität in zweiter Instanz — unter Zugrundelegung der absoluten Immunitätsdoktrin — gewährt worden war. Siehe dazu F. Honig, Die Immunität ausländischer Staaten gegenüber der englischen Gerichtsbarkeit, *Annales Universitatis Saraviensis* 5 (1956/57), S. 77 ff. Im gleichen Sinne entschied das deutsche Reichsgericht im Fall des den USA gehörenden Handelsschiffes "Ice-King" (RGZ 103, 274 — JW 1922, S. 160 mit Anm. von Bauer). Diese Entscheidung erging unter Anknüpfung an RGZ 62, 165 ff. (JW 1906, 90), wo im Fall des belgischen Eisenbahnfiskus entschieden worden war, es müßte als ein Rechtssatz des Völkerrechts anerkannt werden, »daß ein ausländischer Staat auch aus rein privatrechtlichen Ansprüchen vor den inländischen Gerichten nicht belangt werden kann«. Der fremde Staat sei der hiesigen Gerichtsbarkeit überhaupt nicht unterworfen. Das RG führte aus: »Dieses Ergebnis entspricht der im internationalen Verkehr anerkannten gegenseitigen Unabhängigkeit und Gleichheit der souveränen Staaten, worauf das Völkerrecht beruht . . . Wenn der ausländische Staat, auch in Privatrechtssachen, gezwungen werden könnte, vor inländischen Gerichten Recht zu nehmen, (würde) er der inländischen Staatsgewalt unterworfen und an seiner völkerrechtlichen Unabhängigkeit Einbuße

lehnten, diese neuen Fälle als besondere Kategorie anzuerkennen; sie wendeten deshalb auch auf sie die Immunitätsregel an. Das angelsächsische *stare decisis*-Prinzip, d. h. die strikte Bindung der Untergerichte an die obergerichtlichen Entscheidungen (verbunden mit der Bindung der Obergerichte an seine eigenen Präjudizien)¹⁹⁾, gab dieser Regel eine bis in die jüngste Zeit hineinwirkende Festigkeit.

Diese Sachlage erlaubt den in der Literatur vorherrschenden Schluß, daß sich als Satz des Völkergewohnheitsrechts nur eine Verpflichtung der Staaten zur Gewährung beschränkter Immunität – bezogen auf hoheitliche Akte (*acta iure imperii*) – für das Erkenntnisverfahren mit Sicherheit feststellen läßt, während trotz divergierender Gerichtspraxis eine darüber hinausgehende Rechtspflicht, Immunität auch für *acta iure gestionis* zu gewähren, nicht nachweisbar ist. Freilich bestand bis in die jüngste Zeit über diese Rechtslage keine völlige Einigkeit, da u. a. die englischen Gerichte sich dem Grundsatz der absoluten Immunität ausländischer Staaten verpflichtet sahen²⁰⁾. Ob diese Praxis (u. a. auch Zyperns, der Türkei, Schwedens und der sozialistischen Staatshandelsländer²¹⁾) nur als inner-

erleiden«. Für diese im Urteil vom 12. 12. 1905 getroffene Feststellung der absoluten Immunität (Einschränkungen nur bei Klage in Bezug auf im Inland gelegene Grundstücke) beruft sich das RG auf die Rechtsprechung der höheren Gerichte in Deutschland (Preußischer Kompetenzgerichtshof vom 14. 1. 1882 und 14. 6. 1902 und Bayerischer Kompetenzgerichtshof vom 4. 3. 1885, Zeitschrift für internationales und öffentliches Recht, Bd. 13, S. 397 ff.), Österreich, Frankreich, England, USA, Italien und Belgien sowie auf L ö n i n g, Die Gerichtsbarkeit über fremde Staaten und Souveräne, in: Festgabe für Fitting (1902), S. 52 ff., und D r o o p, in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 26, S. 289 ff.

¹⁹⁾ Siehe dazu W. M o r v a y, Das House of Lords und der Grundsatz des *stare decisis*, ZaöRV 27 (1967), S. 735 ff., welcher den Beschluß vom 26. 7. 1966 (Lockerung der Selbstbindung für Sonderfälle) untersucht. Siehe auch unten Anm. 82.

²⁰⁾ Insbesondere *The Parlement Belge* [1870] 4 P.D. 129 und *The Porto Alexandre* [1920] P. 30; weitere Nachweise im Urteil des Privy Council in *The Philippine Admiral* 2 W.L.R. [1976] 214.

²¹⁾ Zum sowjetischen Standpunkt siehe M. M. B o g u s l a v s k i j, Staatliche Immunität (1965); vgl. auch S. S u c h a r i t k u l, State Immunities and Trading Activities in International Law (1959), sowie d e r s., Immunities of Foreign States before National Authorities, Recueil des Cours, Bd. 149 (1976), S. 87 ff.; vgl. auch W e b e r, a.a.O. (oben Anm. 7), S. 4: "State trading nations desire immunity from judicial process in order to maximize their wealth for the benefit of their subjects by gaining an advantage over their privately organized competitors". Das Gesetz Nr. 526 der UdSSR (Prinzipien des Zivilprozesses der Sowjetunion und der Unionsrepubliken) gewährt ausländischen Staaten absolute Immunität im Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren, erlaubt jedoch dem Ministerrat oder anderen dazu ermächtigten Behörden, die Immunität mangels Gegenseitigkeit zu verweigern (siehe W h i t e m a n, Digest of International Law 6 [1968], S. 563–564).

staatlich zusätzlich gewährte Immunität — und folglich nicht als Ausdruck der *opinio iuris* über das völkerrechtlich Gebotene — zu interpretieren war, mußte notwendigerweise fragwürdig bleiben, weil sich Bestand und Umfang der völkerrechtlichen Regel auf die staatliche Praxis stützten. Der Streit um den historischen Primat der absoluten Immunität verliert an Bedeutung, wenn — wie vom Bundesverfassungsgericht unausgesprochen angenommen wird — für die Derogation keine konsistente, sondern nur eine signifikante Praxis vonnöten ist. Für den Übergang zur beschränkten Immunitätsdoktrin liegt diese signifikante Praxis vor. Der »Todeskampf«²²⁾ der absoluten Immunität hat begonnen.

III. Überbrückung der Spannungen zwischen absoluter und beschränkter Immunitätsauffassung durch internationale Vereinbarungen

Lange vor den neuen Entwicklungstendenzen in der englischen und amerikanischen Rechtsprechung haben die Staaten versucht, der Spannung zwischen absoluter und beschränkter Immunitätsdoktrin durch internationale Vereinbarungen Herr zu werden. In diesem Zusammenhang sind vor allem die Brüsseler Konvention von 1926 und die Europaratskonvention von 1972 zu erwähnen.

1. Die Brüsseler Konvention zur einheitlichen Feststellung von Regeln über die Immunität der Staatsschiffe vom 10. April 1926 (Zusatzprotokoll 1934)

Die Tatsache, daß viele Staaten, insbesondere die USA und die UdSSR, nach dem ersten Weltkrieg dazu übergingen, in großem Stil mit staats-eigenen Schiffen Handelsschiffahrt zu betreiben — eine Entwicklung, die sich seither bei vielen seefahrenden Staaten verstärkt hat —, führte zu dem ersten gewichtigen Versuch, das formelle Immunitätskriterium »ausländischer Staat« durch ein materielles im Wege vertraglicher Einigung zu ersetzen. Das deutsche Reichsgericht hatte z. B. ursprünglich ausländischen Staaten auch im Hinblick auf rein kommerzielle, durch Staatshandels-schiffe betriebene Geschäfte Immunität gewährt²³⁾. Diese Rechtsprechung war u. a. Anlaß zu den Brüsseler Konferenzen von 1922 und 1926, die zu dem Internationalen Abkommen zur einheitlichen Feststellung von Re-

²²⁾ R. Higgins, *The Death Throes of Absolute Immunity: The Government of Uganda before the English Courts*, AJIL 73 (1979), S. 465 ff.

²³⁾ RGZ 103, 274.

geln über die Immunität der Staatsschiffe vom 10. April 1926²⁴⁾ führten (ergänzt durch ein von 1934 stammendes Zusatzprotokoll). Kernsatz dieser Konvention ist die Unterwerfung der einem Staat gehörenden Schiffe unter »die gleichen Regeln über die Verantwortlichkeit und die gleichen Verbindlichkeiten wie private Schiffe, Ladungen und Schiffsfahrtsunternehmen« (Art. 1)²⁵⁾. Ausgenommen waren nur Kriegsschiffe, Staatsjachten, Schiffe des Überwachungsdienstes und andere Fahrzeuge, »die einem Staat gehören und von ihm verwendet werden und die zur Zeit des Entstehens der Forderung ausschließlich für einen privaten Dienst und nicht für Handelszwecke bestimmt sind oder verwendet werden. Diese Schiffe werden nicht zum Gegenstand einer Beschlagnahme, Arrestierung oder Zurückbehaltung durch irgendeine gerichtliche Maßnahme gemacht und unterliegen keinem gerichtlichen Verfahren *in rem*« (Art. 3). Ausnahmen gelten für Ansprüche aus Anlaß von Schiffszusammenstößen, Bergung aus Seenot u. a. Diese Konvention, die von vielen, aber nicht allen europäischen Staaten ratifiziert wurde (ratifiziert u. a. von Deutschland und der Schweiz), führte zur Änderung der deutschen reichsgerichtlichen Rechtsprechung, welche bei der Verwendung für *H a n d e l s z w e c k e* nun ausländischen Staatsschiffen keine Immunität gewährte²⁶⁾. Die USA waren bei der Konferenz nicht vertreten, hatten jedoch schon 1925 im Public Vessels Act²⁷⁾ ein den Grundsätzen des Abkommens nahe kommendes Gesetz (unter Verwendung des Begriffes "public vessel employed as a merchant vessel") erlassen. Großbritannien — dies ist für die folgende Überlegung wichtig und fand auch im Urteil des Privy Council im Fall *Philippine Admiral*²⁸⁾ Erwähnung — hatte die Konvention zwar unterzeichnet, jedoch nicht ratifiziert. Die britische Rechtsprechung stand der Übernahme einer derartigen beschränkten Immunitätsdoktrin entgegen. Wenngleich durch die Brüsseler Konvention eine weitgehende rechtliche Gleichstellung der Staatshandelsschiffe mit privaten Schiffen herbeigeführt worden ist, er-

²⁴⁾ RGBI. 1927 II, 484.

²⁵⁾ Vgl. dazu K.-F. Steinert, Die internationale Stellung des Schiffes im fremden Küstenmeer im Frieden (1970), S. 301 ff.

²⁶⁾ Nachweise bei Steinert, aa.O.

²⁷⁾ Public Vessels Act vom 3. 3. 1925 (c. 428 § 1, 43); 43 Stat. 1112 (46 U.S.C. §§ 781–90 [1970]). Zur Vorgeschichte und weiteren Entwicklung siehe C. Odé, Note on *United States v. United Continental Tuna Corp.*, 425 U.S. 164 (1976), in Texas International Law Journal 12 (1977), S. 97 ff. Nach der genannten Entscheidung ergibt sich aus dem Act "in case of collision with public vessels of United States, foreign government may not sue U.S. Government absent showing of reciprocity".

gaben sich doch einige kontroverse Fragen wie z. B., ob der Zugriff durch Vollstreckungsmaßnahmen auf das Schiff beschränkt war, auf dessen Handelsverkehr oder Ladung sich der Anspruch bezieht²⁸⁾, oder die auch vom Court of Appeal im Fall *I Congreso del Partido* behandelte²⁹⁾, ob die Gleichstellung so weit geht, daß im Zusammenhang mit Staatshandelschiffen eine Berufung auf *acta iure imperii* überhaupt nicht mehr zulässig sei. Beide Fragen sind zu verneinen. Die Konvention beschränkte die Haftung weder auf das Staatshandelschiff, welches den Anspruch entstehen ließ, noch bezweckte sie die Gleichsetzung des Schiffsahrt treibenden Staates mit einer Privatperson schlechthin. Vielmehr beschränkt sich die Tragweite des in Art. 1 niedergelegten Grundsatzes auf die reinen Seeunternehmungen der Staaten und die sich hieraus ergebenden Verbindlichkeiten. Demgemäß bestimmt Art. 1 ferner, daß die Gleichsetzung mit den Privatschiffen lediglich »in Ansehung der Ladungen betreffenden

²⁸⁾ Diese Frage war schon vor der Verabschiedung der Brüsseler Konvention umstritten. Auf der Genueser Konferenz 1925 wurde von seiten der französischen Delegation die Behauptung aufgestellt, »daß nach dem Wortlaut des Art. I eine Vollstreckungshandlung in ein fremdes Staatshandelschiff nur auf Grund von Ansprüchen aus dem Verhalten dieses Schiffes vollzogen werden dürfe« (vgl. Marius Böger, Die Immunität der Staatsschiffe [1928], S. 188). Böger vertritt im Anschluß an van Slooten (La convention de Bruxelles, *Revue de droit international et de législation comparée* 1926, S. 464) die Ansicht, daß nach dem nationalen Recht des befaßten Gerichts zu verfahren ist und nach diesem beurteilt werden muß, ob ein Arrest auf Grund einer Forderung gegen ein Schiff auch in ein anderes derselben Reederei ausgebracht werden kann. »Ist dies nach dem nationalen Recht in Bezug auf Privatschiffe statthaft, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch mit den Staatshandelschiffen nicht anders zu verfahren ist. Es wäre unbillig, einen Staat nur mit einem bestimmten Staatshandelschiff, welches den Anspruch entstehen ließ, haften zu lassen. Man denke sich z. B. den Fall, daß ein portugiesisches Staatshandelschiff im Kieler Kanal mit einem deutschen Handelsdampfer in Kollision gewesen ist, seine Reise aber weiter fortgesetzt hat und niemals oder nach langer Zeit erst wieder deutsche Hoheitsgewässer betritt. Der deutsche Kläger ruft ein deutsches Gericht an, welches auf Grund des Brüsseler Abkommens von 1926 den portugiesischen Staat zur Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung verurteilt. Der portugiesische Staat zahlt aber nicht, und nun ist der deutsche Privatkäufer gezwungen, entweder zu warten, bis der schuldige Staatsdampfer in deutsche Gewässer zurückgekehrt ist, oder vor einem portugiesischen Gericht seine Klage zu wiederholen. Der ganze Sinn des Abkommens von 1926 wäre zwecklos, wenn nicht die grundsätzliche Immunität [sic!] der Staatshandelschiffe abgeschafft und die Staaten nicht in jeder Weise rechtlich mit ihren staatlichen Handelsschiffen wie Privatree der zu betrachten wären«. (A.a.O., S. 188 f.).

²⁹⁾ Im Urteil vom 1. 10. 1979 beruft sich Lord Justice Waller (Niederschrift S. 29, D-F) auf Art. 3 der Konvention, der zeige, »that the signatories intended to preserve sovereign immunity in proper cases«.

Ansprüche« Platz greift. Es hätte den Interessen der am Zustandekommen des Abkommens interessierten Kreise widersprochen, ihre eigenen staatlichen Angelegenheiten, die außerhalb der Handelssphäre lagen, durch eine internationale Konvention zu beschränken. Hiernach sollte ein gerichtlicher Zugriff auf ein Staatsschiff auf Grund des Abkommens, etwa wegen öffentlicher Schulden des betreffenden Staates, ausgeschlossen sein³⁰). Überhaupt blieb die rein öffentlich-rechtliche Sphäre der Staaten, so wie sie von den liberal orientierten Wirtschaftskreisen verstanden wurde, von den Bestimmungen der Brüsseler Konvention unberührt³¹).

2. Der Standpunkt der sozialistischen Staatshandelsländer

Widerstand gegen die Beschränkung der Immunität auf *acta iure imperii* leisten nach wie vor die sozialistischen Staatshandelsländer, wenngleich eher aus theoretischen Erwägungen als in der Praxis. Die UdSSR steht nach wie vor auf dem Boden der absoluten Immunitätsdoktrin³²), hat weder die Brüsseler Konvention unterzeichnet, noch sich 1958 bei den Verhandlungen auf der damaligen Seerechtskonferenz³³) aus naheliegenden Gründen dazu durchringen können, die These von der beschränkten Immunität zu akzeptieren. Polen und Rumänien haben die Brüsseler Konvention nach dem zweiten Weltkrieg gekündigt und damit zum Kreis der Staatshandelsländer mit ihrer These von der absoluten Immunität zurückgefunden³⁴).

Die UdSSR stützt sich zur Begründung ihrer These³⁵) vor allem auf die amerikanische und stärker noch auf die englische Rechtsprechung des Court of Appeal und des House of Lords, die in der Tat bisher von einer

³⁰) Vgl. van Slooten, aa.O. (Anm. 28), S. 463 f.

³¹) Maiwald, aa.O. (Anm. 17), S. 93.

³²) M. M. Boguslavskij, Staatliche Immunität (1965), S. 185 ff.; weitere Nachweise bei J. Žourek, Quelques observations sur les difficultés rencontrées lors du règlement judiciaire des différends nés du commerce entre les pays à structures économiques et sociales différentes, Journal du droit international 1959, S. 664 ff., vgl. auch B. Vitanyi, L'immunité des navires d'Etat, Netherlands International Law Review 10 (1963), S. 3 f., der völlig richtig hervorhebt, daß die sowjetische Doktrin nach wie vor von der absoluten Immunität ausgeht, während der sowjetische Außenhandel «sur la base d'une appréciation réelle des avantages et des désavantages de ce concept, a mis de côté dans la pratique les considérations de cette sorte» (S. 4; vgl. auch S. 50).

³³) Siehe dazu Vitanyi, aa.O., S. 35 ff., 39.

³⁴) Vitanyi, aa.O., S. 34 Anm. 112.

³⁵) Vgl. Documents officiels de la Conférence de Genève sur le droit de la mer, 1958, Bd. IV, S. 77 f.

absoluten Immunitätsauffassung ausgingen. Der tschechoslowakische Delegierte auf der Seerechtskonferenz von 1958 faßte die Haltung der Staatshandelsländer wie folgt zusammen³⁶⁾:

«Chaque Etat souverain détermine lui-même quelles sont les fonctions qui incombent à l'Etat et en quoi elles consistent. Si un Etat considère que l'exploitation du trafic maritime fait partie de ses fonctions d'Etat, c'est uniquement son affaire et les autres Etats sont tenus de respecter l'immunité de ses navires. Ce serait une erreur de prétendre apprécier les actes et les institutions d'autres Etats ayant une structure économique et sociale différente d'après l'idée que l'on fait des fonctions de son propre Etat et de considérer les principes sur lesquels repose la législation d'un Etat ou d'un groupe d'Etats comme des critères permettant de juger les institutions juridiques d'un autre Etat. Une telle attitude est contraire à l'obligation de respecter les actes souverains des Etats étrangers et provoque des frictions dans les relations internationales».

Die Ostblockstaaten haben folgerichtig bei der Unterzeichnung des Genfer Übereinkommens über das Küstenmeer und die Anschlußzone vom 29. April 1958 Vorbehalte gegen Art. 20 bzw. Art. 21 eingelegt und sich dagegen verwahrt, daß die Regeln der Konvention »auch auf Staatsschiffe Anwendung finden, die Handelszwecken dienen« (Art. 21)³⁷⁾.

Ihr Standpunkt besagt, daß (ausgehend von der These der absoluten Immunität als geltendem Satz des Völkerrechts) die Vertragsstaaten sich zwar untereinander zu einem anderen Immunitätsregime (mit materiellen Kriterien) verpflichten können, daß aber für die übrigen Staaten die Regeln über die absolute Immunität gelten:

«... les pays non signataires (ou qui formulent des réserves) sont soumis à d'autres règles à savoir les règles de droit qui existaient antérieurement à la Convention et que celle-ci ne les a pas modifiées c'est-à-dire les principes traditionnels de l'immunité des navires d'Etat sans aucune discrimination»³⁸⁾.

Trotz dieser Haltung, die einer universellen Erstreckung der Grundsätze der Brüsseler Konvention bisher im Wege steht, hat sich die Auffassung der UdSSR und anderer sozialistischer Staatshandelsländer vor westeuropäischen Gerichten nicht durchsetzen können. Die deutschen Gerichte haben die Berufung der UdSSR auf ihre Immunität — wie im Arrestver-

³⁶⁾ *Ibid.*, S. 27 f.

³⁷⁾ Vgl. Vitanyi, a.a.O. (Anm. 32), S. 44.

³⁸⁾ So der Delegierte Rumäniens auf der Seerechtskonferenz 1958, Documents, a.a.O. (Anm. 35), S. 78 f.

fahren gegen den Reeder des sowjetischen Dampfers *Charkow*³⁹⁾ — stets mit der Begründung zurückgewiesen, daß »eine allgemeine Regel des Völkerrechts, nach der Staatsschiffe immun seien, nur festgestellt werden (können) für solche Staatsschiffe, die mit hoheitlichen Aufgaben tätig sind, nicht für solche, die im Rahmen normalen Handelsverkehrs als Handelsschiffe auf den Weltmeeren tätig sind«. Nach dem gleichen Grundsatz ist das Landgericht Hamburg in zahlreichen Kollisionsprozessen, bei denen es um Staatshandelsschiffe der UdSSR ging, verfahren⁴⁰⁾. In Hamburg werden nach der Gebührenordnung für die Hafen- und Schiffsverkehrsverwal-

³⁹⁾ *Nesat Doban Ve Ortaklari Komondit Sirketi, Istanbul v. Baltic Steamship Line Company, Leningrad*, Urteil des LG Bremen vom 21. 12. 1959 (Q Nr. 50/1959). Vgl. dazu Menzel, a.a.O. (Anm. 17), S. 21. In dem Urteil wird festgestellt: »Danach ist zusammenfassend festzustellen, daß es sich bei der »Charkow« um ein Staatsschiff der UdSSR handelt, daß dieses Staatshandelsschiff im Rahmen privatrechtlicher, fiskalischer Tätigkeit von der Arrestbeklagten jedenfalls bei dieser Reise verwendet worden ist, daß die Immunität solcher Schiffe vom Völkerrecht nicht mehr allgemein anerkannt ist, und zwar weder in der Richtung, daß sie von fremdstaatlicher Gerichtsbarkeit eximiert noch frei von Arrest, Beschlagnahme oder Vollstreckungsmaßnahmen sind«. Das Gericht hat sich auch eingehend mit der Frage befaßt, ob für Staatshandelsschiffe sozialistischer Staaten Sonderregeln gelten. »In Anlehnung an die eingangs erörterte Frage, daß nämlich die sozialistische Wirtschaftsauffassung der UdSSR ein Staatsmonopol für Handel und Wirtschaft allgemein vorsieht, nach welcher Auffassung mithin die Betätigung des Staates in Handel und Wirtschaft vom Ursprung her alleinige Staatsaufgabe ist, so daß die Betätigung in Handel und Wirtschaft die Betätigung dem Staate innewohnender hoheitlicher Aufgaben darstellt, kann es zweifelhaft sein, ob unter diesem Ausgangspunkt die Handelsschiffe der Arrestbeklagten Privat-Handelsschiffen auch anderer Staaten gleichgestellt werden können, d. h. ob die »Charkow« nach dieser grundsätzlichen Wirtschaftsauffassung ihres Flaggenstaates überhaupt als Kauffahrteischiff noch angesehen werden kann. Hierfür sprechen einmal die Tatsachen, daß nämlich die Kauffahrteischiffe der Staatsreedereien der UdSSR im internationalen Verkehr nicht anders auftreten als privatzugehörige Schiffe auch, daß sie entsprechend auch die für Kauffahrteischiffe international üblichen Unterscheidungssignale führen; zum anderen ist die Frage, ob es sich um Ausübung hoheitlicher oder privatrechtlicher, fiskalischer Tätigkeit handelt, nach der *lex fori* zu entscheiden (vgl. Verdross, Völkerrecht, 3. Auflage, S. 170). Nach deutscher Auffassung entspricht aber die Tätigkeit, hier der »Charkow« jedenfalls, wie aber auch überwiegend der hier ladenden und löschenden Schiffe der UdSSR jener Funktion, die zivile Kauffahrer ausüben, nämlich dem Ab- und Antransport ziviler Bedarfsgüter, wie ihn ganz überwiegend der privatrechtlich organisierte Teil der Privat-Handelsflotte durchführt«.

⁴⁰⁾ Mit der Begründung, daß Staatshandelsschiffe seit der Ratifizierung der Brüsseler Konvention vom 10. 4. 1926 von der deutschen Rechtsprechung den Regeln des Seehandelsrechts unterworfen werden (vgl. dazu Nachweise bei Prüssmann, Seehandelsrecht [2. Aufl.] Einführung zum 4. Buch I B 3). Beim LG Hamburg handelte es sich um folgende Prozesse: 1. *Döhle v. Belomar Onega* (24 O 16/71); 2. *Ahlmann v. Black Sea Steam-*

tung⁴¹⁾ nur Fahrzeuge von den Gebühren der Anlage B (Benutzungsgebühren) freigestellt, die keinem Erwerbszweck dienen. Staatshandelschiffe müssen diese Gebühren, insbesondere Hafengeld, Liegegeld, Lotsengebühr und Anlegegebühr entrichten. Auch sonst werden vom Oberhafenamt und von der Wasserschutzpolizei die Staatshandelsschiffe wie alle übrigen Handelsschiffe behandelt. Ausnahmen irgendwelcher Art werden ihnen nicht eingeräumt⁴²⁾. Diese Praxis dürfte in den Häfen der westlichen Staaten allgemein üblich sein.

Die Ostblockstaaten sind außerdem mehr und mehr dazu übergegangen, ihren Handelsverkehr und ihre Schifffahrt über selbständige juristische Personen (Staatshandelsunternehmen) abzuwickeln. Vitanyi⁴³⁾ hat diese neuere Praxis so gedeutet:

«que le principe du genre d'affectation du navire comme critère de l'immunité des navires d'Etat, malgré l'opposition doctrinale des Etats à économie collectiviste et malgré l'attitude réservée des tribunaux anglo-saxons, ne cesse pas de progresser et devient de plus en plus l'expression d'une conviction juridique, sinon universelle, du moins générale. La supposition paraît donc justifiée que le critère du genre d'affectation du navire d'Etat en matière d'immunité — selon les apparences — finira tôt ou tard par s'imposer, soit par voie conventionnelle soit par voie coutumière, comme règle universellement valable du droit international».

Diese Prognose hat in den letzten Jahren erheblich an Berechtigung gewonnen. Es erscheint nicht mehr ausgeschlossen, daß sich angesichts der Entwicklung der *opinio iuris* auch die UdSSR und die anderen sozialistischen Staatshandelsländer einer universellen Konvention anschließen würden, welche auf der Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* aufbaut.

ship (24 0 26/71); 3. *A. v. S. Straun/Belomorsk* (24 0 96/71); 4. *Arrestverfahren Trans Asiatic v. Black Sea Steamship* (24 0 188/71); 5. *Trans Asiatic v. Black Sea Steamship* (24 0 243/71); 6. *Latvian Steamship v. As Det Dans Franske Dampsskipsselskab* (24 0 54/72); 7. *Dr. Wodrich v. Estonian Shipping* (24 0 171/75) — keine Kollisionsforderung.

⁴¹⁾ Vom 26. 3. 1974, § 1 Abs. 3.

⁴²⁾ Laut schriftlicher Auskunft der Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Landwirtschaft der Freien und Hansestadt Hamburg vom 31. 3. 1976.

⁴³⁾ A.a.O. (Anm. 32), S. 51.

3. Das Übereinkommen des Europarates über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972

Der Europarat hat mit der Ausarbeitung des Übereinkommens über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972⁴⁴⁾ versucht, eine — über die Sonderregelung für Staatshandelsschiffe hinausgehende — allgemeine Regelung der Abgrenzung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* wenigstens für den Kreis der Europaratsstaaten zu finden⁴⁵⁾. Um die Schwierigkeiten zu überbrücken, die sich daraus ergaben, daß u. a. Großbritannien, Schweden, die Türkei und Zypern nach ihrem Recht dem Prinzip der absoluten Immunität anhängen, wählte der Europarat eine komplizierte enumerative Methode: Nach Art. 15 steht dem ausländischen Staat Immunität zu, sofern nicht einer der in Art. 1–14 geregelten Ausnahmefälle vorliegt. Diese Fälle umfassen solche, in denen eine rein wirtschaftliche Betätigung des Staats vorliegt (also eine enumerative Deutung des Begriffes *acta iure gestionis*), und solche, in denen von einer Unterwerfung unter die fremde Gerichtsbarkeit ausgegangen wird. Der in seinem Anwendungsbereich beschränkte Art. 7 nimmt dennoch wiederum in allgemeiner Weise auf den Begriff der »rein privatwirtschaftlichen« Tätigkeit Bezug, indem er statuiert: »Ein Vertragsstaat kann vor einem Gericht eines anderen Vertragsstaates Immunität von der Gerichtsbarkeit nicht beanspruchen, wenn er im Gerichtsstaat ein Büro, eine Agentur oder eine andere Niederlassung hat, durch die er auf die gleiche Weise wie eine Privatperson eine gewerbliche, kaufmännische oder finanzielle Tätigkeit ausübt, und wenn das Verfahren diese Tätigkeit des Büros, der Agentur oder der Niederlassung betrifft«.

Diese durch Ausnahmeregelungen über Widerklagen (Art. 1) und Einlassungen zur Hauptsache (Art. 3), über Verzicht (Art. 2) und Arbeitsverträge zwischen Staat und natürlicher Person, wenn die Arbeit im Gerichtsstaat zu leisten ist (Art. 5), über Beteiligung an Gesellschaften, Vereinigun-

⁴⁴⁾ Text im österreichischen BGBl. Nr. 432/1976 und in ILM 12 (1972), S. 470.

⁴⁵⁾ Vgl. dazu M.-O. Wiederkehr, La convention européenne sur l'immunité des Etats du 16 mai 1972, *Annuaire Français de Droit International*, 20 (1974), S. 924 ff.; Kraft, La convention européenne sur l'immunité des Etats et son protocole additionnel, *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, 31 (1975), S. 11 ff.; Sinclair, The European Convention on State Immunity, *International and Comparative Law Quarterly*, 22 (1973), S. 254 ff.; Knierim, Sovereign Immunity from Judicial Enforcement: The Impact of the European Convention on State Immunity, *Columbia Journal of Transnational Law*, 12 (1973), S. 130; Vallée, A propos de la Convention européenne sur l'immunité des Etats, *Revue trimestrielle de droit européen*, 9 (1973), S. 205.

gen und juristischen Personen im Gerichtsstaat (Art. 6), über Patente (Art. 8) und über unbewegliches Vermögen im Gerichtsstaat (Art. 9), über Deliktsansprüche (Art. 11) und schiedsgerichtliche Verfahren (Art. 12) höchst komplizierte⁴⁶⁾ und restriktive Fassung hätte für einige europäische Staaten einen Rückschritt hinter die nach ihrer Gerichtspraxis erarbeitete Reichweite der *acta iure gestionis* bedeutet⁴⁷⁾. Hinzukommt die restriktive Vollstreckungsklausel des Art. 23, wonach in einem Vertragsstaat gegen das Vermögen eines anderen Vertragsstaates weder eine Zwangsvollstreckung durchgeführt, noch eine Sicherungsmaßnahme getroffen werden durfte, außer in dem Fall und in dem Ausmaß, in denen der Staat selbst ausdrücklich in Schriftform zugestimmt hat⁴⁸⁾.

Es ist daher nicht erstaunlich, daß diese Konvention bisher nur von wenigen Staaten ratifiziert worden ist⁴⁹⁾. Ihr Ziel, den Konflikt zwischen den beiden Immunitätskonzeptionen zu überbrücken und Großbritannien den Beitritt zu ermöglichen, hat sie selbst nicht erreicht. Dazu bedurfte es eines radikalen Wechsels der englischen Rechtsprechung⁵⁰⁾. Andererseits erweckte diese »Methode« der Europaratkonvention das Interesse der USA, welche bemüht waren, das durch den Tate-letter von 1952 abgesteckte Regime (Erklärung des Außenministeriums) durch ein neues Immunitätsgesetz zu reformieren.

IV. Wandel der englischen Rechtsprechung: der Übergang zur beschränkten Immunitätsdoktrin

In dieser Situation, die gekennzeichnet war

a) durch eine unsichere Praxis (Divergenzen zwischen dem Standpunkt der kontinentaleuropäischen Länder und Großbritannien; Divergenzen zwischen der Praxis der westeuropäischen und der sozialistischen Staatshandelsländer);

⁴⁶⁾ Zu den Gründen für diese an das Recht des jeweiligen Gerichtsstaates anknüpfenden Regelungen siehe Council of Europe, Explanatory Reports on the European Convention on State Immunity and the Additional Protocol (1972), S. 10 ff.

⁴⁷⁾ Vgl. Schreuer, a.a.O. (Anm. 5), S. 221 f.

⁴⁸⁾ Ausnahmen sind nach Art. 26, dessen Annahme freigestellt ist, möglich. Vgl. dazu die kritischen Bemerkungen von Schreuer, a.a.O., S. 223 f. ("weakest point of the Convention").

⁴⁹⁾ Österreich, Belgien, Zypern. Die Konvention ist seit dem 11. 6. 1976 in Kraft (vgl. ILM 17 [1978], S. 1581).

⁵⁰⁾ Nach Verabschiedung des UK State Immunity Act [Elis. II 1978 c. 33] am 20. 7. 1978 (in Kraft seit 22. 11. 1978; Text in ILM 17 [1978], S. 1123) ist Großbritannien der Konvention beigetreten.

b) durch eine nur von einigen Staaten ratifizierte Brüsseler Konvention und eine seinerzeit ebenfalls von wenigen Staaten ratifizierte (und nach Art. 36 in Kraft getretene) Europaratskonvention;

c) durch vergebliche Bemühungen der ILC und der Genfer Seerechtskonferenz von 1958, traten einige wichtige, rechtlich erhebliche Veränderungen ein.

1. Die Entscheidung des Privy Council im Fall *The Philippine Admiral* vom 5. November 1975

Das erste, vielleicht wichtigste Ereignis lag im Wandel der englischen Rechtsprechung, welche sich in den Fällen *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad*⁵¹⁾ und *Thai Europe Tapioca Service Ltd. v. Government of Pakistan*⁵²⁾

⁵¹⁾ House of Lords [1958] A.C. 379. Schon in diesem Fall trat Lord Denning für die Unterscheidung zwischen "official acts of foreign governments" und "commercial transactions" in Immunitätsfällen ein, stimmte jedoch, da hoheitliches Handeln vorlag, der Immunitätsgewährung zu. Für seine Unterscheidung war maßgebend, daß "at the present time sovereign immunity should not depend on whether a foreign government is impleaded, directly or indirectly, but rather on the nature of the conflict. Is it properly cognizable by our courts or not? If the dispute brings into question, for instance, the legislative or international transactions of a foreign government, or the policy of its executive, the court should grant immunity if asked to do so, because it does offend the dignity of a foreign sovereign to have the merits of such a dispute canvassed in the domestic courts of another country: but if the dispute concerns, for instance, the commercial transactions of a foreign government (whether carried on by its own departments of agencies or by setting up separate legal entities), and it arises properly within the territorial jurisdiction of our courts, there is no ground for granting immunity". Im Urteil des Court of Appeal in Sachen *I Congreso del Partido* nahm Lord Denning nunmehr (1. 10. 1979) die Passage auf mit dem Zusatz "The only qualification I need make to that passage today is that the phrase about 'territorial jurisdiction of our court's has no application to an action *in rem* against a foreign state-owned trading ship: for the reasons stated by Mr. Justice Robert Goff in the present case (1977) 3 Weekly Law Reports at pages 809-810.

Subject to that qualification, that passage has virtually been adopted by Parliament in the State Immunity Act 1978 in section 3 (1) in relation to 'commercial transactions': and in section 14 (2) in regard to 'separate legal entities'. (S. 16 F-17 A).

⁵²⁾ Court of Appeal [1975] 1 W.L.R. 1485. Zwei Richter, Lord Lawton und Lord Scarman, folgten der absoluten Doktrin nur wegen der *stare decisis*-Doktrin, während Lord Denning mangels Berührungspunkten des Geschäfts mit Großbritannien die Gerichtsbarkeit verneinte. Er entwickelte jedoch schon in diesem Urteil (S. 1490) vier Ausnahmen von der Staatenimmunität u. a. für "actions in respect of commercial transactions with a trader in England".

schon angedeutet hatte. Am 5. November 1975 entschied der Privy Council über die *actio in rem* gegen das Schiff *The Philippine Admiral*⁵³⁾. In diesem Verfahren hatte sich die Regierung der philippinischen Republik auf Immunität berufen. Der Privy Council kam zu dem Schluß, "that although the theory of absolute immunity was applicable to an action *in personam* against a foreign sovereign state on a commercial contract it was inapplicable to an action *in rem* against a ship to which the 'restrictive' theory should apply"⁵⁴⁾. Das Schiff gehörte der philippinischen Republik, war jedoch im Charterwege für normale Handelszwecke (*as an ordinary trading ship*) verwendet worden. Streitbefangen waren Reparaturkosten in einem *in rem*-Verfahren gegen das in Hong Kong liegende Schiff. Der Privy Council prüfte zunächst die Frage, ob Immunität zu gewähren sei, obwohl das Schiff "was being used for ordinary commercial purposes". Die Präjudizien sprachen für die Immunität. Im Fall *The Parlement Belge* (1879)⁵⁵⁾, einem dem belgischen König gehörenden Post- und Passagierdampfer, der auf der Kanalstrecke eingesetzt war, hatte der Court of Appeal Immunität aus der Erwägung gewährt, daß Klagen *in personam* gegen einen ausländischen Souverän vor englischen Gerichten nicht zugelassen und auch Klagen *in rem* gegen fremdes Staatsvermögen — zumindest wenn es hauptsächlich für *public purposes* benutzt wurde — nicht zulässig seien. Umstritten war, ob die Entscheidung im Fall *The Parlement Belge* so ausgelegt werden mußte, Immunität sei auch unter der Voraussetzung zu gewähren, daß das Schiff ausschließlich für *trading purposes* benutzt wurde. In dieser Weise wurde der Fall in der Folgezeit vom Court of Appeal selbst interpretiert und 1920 im berühmten *The Porto Alexandre*-Fall herangezogen⁵⁶⁾. Die Porto Alexandre gehörte dem portugiesischen Staat und wurde für reinen Handelsverkehr (Kork-Fracht) eingesetzt. Gegenüber der Klage auf Zahlung von Bergungskosten berief sich die portugiesische Regierung auf die Immunität. Der Court of Appeal entschied seinerzeit "(with regret) that although the Porto Alexandre was being used in ordinary commerce", Immunität wegen der Bindung an den Fall *The Parlement Belge* zu gewähren sei. Die Streitfrage kam wohl in der Folgezeit (*The Cristina* 1938)⁵⁷⁾ erneut vor die englischen Gerichte, aber das House of Lords bestätigte mehrheitlich,

⁵³⁾ [1976] 2 W.L.R. 214.

⁵⁴⁾ A.a.O., S. 232 f.

⁵⁵⁾ [1879] 4 P.D. 129; Court of Appeal [1880] 5 P.D. 197.

⁵⁶⁾ [1920] P. 30.

⁵⁷⁾ *Compania Naviera Vascongada v. SS. Cristina*, [1938] 1 All.E.R. 719, H.L. (E.).

insbesondere mit der bemerkenswerten Stellungnahme von Lord Atkin: "The foundation for the application to set aside the writ and arrest of the ship is to be found in two propositions of international law engrafted into our domestic law which seem to me to be well-established and to be beyond dispute. The first is that the courts of a country will not implead a foreign sovereign. That is, they will not by their process make him against his will a party to legal proceedings whether the proceedings involve process against his person or seek to recover from him specific property or damages. The second is that they will not by their process, whether the sovereign is a party to the proceedings or not, seize or detain property which is his, or of which he is in possession or control. There has been some difference in the practice of nations as to possible limitations of this second principle, as to whether it extends to property used only for the commercial purposes of the sovereign or to personal private property. In this country, it is, in my opinion, well-settled that it applies to both"⁵⁸⁾.

Für die Analyse des Wandels dieser Rechtsprechung erscheint weniger das intellektuelle Kunststück bedeutsam, wie der Privy Council versucht, sich aus den Fallstricken der früheren Entscheidungen zu lösen. Denn seine Analyse beruht auf der Rezeption dessen, was er "a movement away from the absolute theory of sovereign immunity . . . towards a more restrictive theory"⁵⁹⁾ nennt, indem er unter Berücksichtigung der gerichtlichen Praxis zahlreicher Staaten die Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* als maßgebliches Charakteristikum der völkerrechtlichen Immunitätsdoktrin seit dem zweiten Weltkrieg bezeichnet. Nicht klar wird freilich bei diesen Erwägungen des Privy Council, ob dieser *change of view* als Wandel des Völkerrechts oder der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung begriffen wird. Zur Stützung seiner Ansicht beruft sich der Privy Council auf seit 1945 vorliegende Präjudizien des amerikanischen Rechts — die Entscheidung des Supreme Court in Sachen *Republic of Mexico v. Hoffmann*⁶⁰⁾ und die mit dem Tate-letter von 1952 begonnene Praxis⁶¹⁾, in solchen Fällen die Ansicht der amerikanischen Regierung einzuholen und entsprechend dem außenpolitischen Kalkül zu entscheiden. Deutlich wird, daß der Privy Council einer solchen Praxis für die Gerichte des Commonwealth nicht zugeneigt ist.

⁵⁸⁾ *Ibid.*, S. 720 f.

⁵⁹⁾ A.a.O. (Anm. 53), S. 228.

⁶⁰⁾ (1945) 324 U.S. 30.

⁶¹⁾ Im Brief von J. B. Tate, acting legal adviser of the State Department, an den Attorney General vom 19. 5. 1952 wird folgende Praxis beim Abgehen von der absoluten Immu-

Eine weitere Stütze für die Entscheidungsfindung des Privy Council ist die von Großbritannien unterzeichnete – schon erwähnte – Konvention des Europarates über die Staatenimmunität⁶²⁾. Aus der Unterzeichnung könne zumindest der Schluß gezogen werden, daß die britische Regierung den dort verankerten Regeln nicht ablehnend gegenüber stehe⁶³⁾. Deshalb dürfe auch aus der Tatsache, daß die Brüsseler Konvention von 1926 von Großbritannien niemals ratifiziert worden ist, kein negativer Schluß gezogen werden.

Die Entscheidung schließt mit einem eindringlichen Hinweis auf den "trend of opinion in the world outside the Commonwealth since the last war". Dieser Trend habe sich – und dies ist zutreffend – gegen die Anwendung der *doctrine of sovereign immunity* auf normale wirtschaftliche Geschäfte gewendet. Auch der eigene Staat sei den Gerichten unterworfen: "In this country – and no doubt in most countries in the western world – the state can be sued in its own courts on commercial contracts into which it has entered and there is no apparent reason why foreign states should not be equally liable to be sued there in respect of such transactions"⁶³⁾. Freilich erkennt der Privy Council, daß die Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* – namentlich in einem Rechtsbereich, dem die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht in gleicher Weise geläufig ist wie dem kontinental-europäischen Recht – erhebliche Probleme aufwirft. Ähnliche Schwierigkeiten sieht der Privy Council jedoch bei der Anwendung der absoluten Theorie (wobei er freilich verschiedene Fragen miteinander vermengt), indem er ausführt, es sei auch im Rahmen dieser Theorie oft schwierig zu entscheiden, ob der Beklagte, wenn es nicht der ausländische Staat selbst als Person sei, mit diesem so eng verbunden ist, daß es sich *in substance* um eine Klage gegen den

nitätsdoktrin empfohlen: "It is realized that a shift in policy by the executive cannot control the courts but it is felt that the courts are less likely to allow a plea of sovereign immunity where the executive has declined to do so. There have been indications that at least some justices of the Supreme Court feel that in this matter courts should follow the branch of the government charged with responsibility for the conduct of foreign relations. In order that your department, which is charged with representing the interests of the government before the courts, may be adequately informed it will be the department's practice to advise you of all requests by foreign governments for the grant of immunity from suit and of the department's action thereon" (zitiert aus [1976] 2 W.L.R. 229).

⁶²⁾ *Ibid.*, S. 231 f., 233.

⁶³⁾ *Ibid.*, S. 232.

Staat selbst handelt. Die restriktive Immunitätstheorie erscheint dem Privy Council schließlich "more consonant with justice"⁶⁴⁾.

Damit ist für den Privy Council der Weg frei für die Prüfung der Rechtsfrage, ob die *Philippine Admiral* als bloßes Handelsschiff anzusehen und mithin der Jurisdiktion der Gerichte des Commonwealth unterworfen ist. Der Privy Council bejahte die Frage, ließ aber ausdrücklich offen, wie der Fall zu entscheiden wäre, wenn die Philippinen schon früher zu erkennen gegeben hätten, sie wollten das Schiff in Zukunft für öffentliche Zwecke (*public purposes*) gebrauchen.

2. Der Fall *Trendtex Trading Corporation* v. *Central Bank of Nigeria*

Man hätte die Entscheidung des Privy Council noch als eine — für die Entwicklung des Commonwealth interessante — Ausnahme ansprechen können, wenn nicht der englische Court of Appeal im Fall *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* am 13. Januar 1977⁶⁵⁾ die Überlegungen des Privy Council als generell anwendbar und die Theorie der restriktiven Immunität — mit einer überlegten theoretischen Position — auch für Großbritannien als rechtlich maßgeblich erklärt hätte. In diese Entscheidung fällt auch die vom Privy Council noch aufrecht erhaltene Unterscheidung von *actiones in rem* und *actiones in personam*⁶⁶⁾.

Der Ausgangsfall war mit gleicher Sachverhaltsstruktur vor deutschen und englischen Gerichten gleichermaßen anhängig und ist inzwischen durch Vergleiche erledigt worden. Nigeria hatte vor einigen Jahren unter der Regierung Gowon rund 21 Mill. t Zement bei Firmen in verschiedenen Staaten bestellt, davon über sein Verteidigungsministerium allein 16 Mill. t. Die Löschkapazität des Hafens von Lagos lag zur Zeit der Bestellung bei rund 1,5 Mill. t pro Jahr. Zur Abwicklung der Geschäfte eröffnete die Central Bank of Nigeria unwiderrufliche Dokumentakkreditive bei europäischen Banken. Für die Überschreitung der Lösungszeit waren hohe Liegegelder vereinbart worden. Anfang 1976 lagen 260 mit Zement beladene Schiffe auf der Reede vor Lagos, weitere 140 waren zu erwarten. Ein Teil der Schiffe sank — im übrigen wurde der größte Teil des Zements unbrauch-

⁶⁴⁾ *Ibid.*, S. 233.

⁶⁵⁾ [1977] 2 W.L.R. 356.

⁶⁶⁾ A.a.O. (Anm. 53), S. 232.

bar. Diese »Zementkatastrophe« führte zum Regierungswechsel in Nigeria. Die neue Regierung stellte alle Zahlungen ein und änderte die Abnahmebedingungen.

Der für unsere Betrachtung wichtige Umstand dieser »Zementkatastrophe« tritt in der Frage zu Tage, ob Nigeria für diese Geschäfte deshalb Immunität zu gewähren war, weil der Zement für den Bau von Verteidigungsanlagen, also öffentlicher Einrichtungen bestellt worden war. Das Landgericht Frankfurt verneinte diese Frage⁶⁷⁾, während das erstinstanzliche englische Gericht⁶⁸⁾, das vornehmlich der Frage nachging, ob die nigerianische Zentralbank als *alter ego*, also als Teil des nigerianischen Staates zu betrachten sei, zu dem Ergebnis kam, daß die Beklagte als Teil Nigerias Immunität genießt. In dieser Entscheidung findet sich mit keinem Wort ein Hinweis auf die Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis*, keine Erwägung über die Frage, ob der Staat Nigeria auch für die Abwicklung derartiger Zementkäufe – wegen der Natur oder der Zweckbestimmung des Geschäfts – Immunität genießt. Mögen auch die Erwägungen des Landgerichts Frankfurt im Lichte des Grundsatzes *in dubio pro immunitate*⁶⁹⁾ anfechtbar erscheinen, so ist vor allem die Diskrepanz zur starren Linie des High Court of Justice auffällig.

⁶⁷⁾ Entscheidung vom 2. 12. 1975, in: Die Aktiengesellschaft (1976), S. 47 ff. mit Anm. von H. J. Mertens. Für das Landgericht gehören »nach der somit nach deutschem Recht vorzunehmenden Qualifikation . . . der Abschluß eines Kaufvertrages und die Erfüllung der Zahlungspflicht des nigerianischen Verteidigungsministeriums als Käufer bzw. die Eröffnung eines Dokumentenakkreditivs ihrer rechtsgeschäftlichen Natur nach nicht zum Bereich der Staatsgewalt im engeren und eigentlichen Sinne, so daß es auch nicht ausnahmsweise – im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin geltend gemachte nigerianische Rechtsauffassung – völkerrechtlich geboten sein kann, die privatrechtliche Mitwirkung der Antragsgegnerin bei der Beschaffung von Baumaterial für die Errichtung der Militäranlagen durch die Übernahme der Zahlungsverpflichtung gegenüber der Antragstellerin als *acta iure imperii* zu qualifizieren . . .«. Vgl. auch den gleichgelagerten Fall *National American Corporation v. Fed. Rep. of Nigeria*, 448 F. Supp. 622 (S.D.N.Y.); ILM 17 (1978), S. 1407. Nigeria hatte sich auf *act of State* berufen u. a. wegen der angeordneten Schließung des Hafens von Lagos und der Bildung eines besonderen Cement Committee. Dazu heißt es (S. 1415): »If the majority view of Dunhill is applied, Nigeria's continuing refusal to pay demurrage is not 'invested with sovereign authority' by the separate sovereign acts of embargoing the port or executing settlements through the Cement Committee. Indeed, the very act of forming a settlement committee, paying for cement and processing demurrage documents, signifies an intent, espoused by the sovereign, to meet its commercial obligations».

⁶⁸⁾ [1976] W.L.R. 868; [1976] 3 All.E.R. 437.

⁶⁹⁾ Vgl. dazu unten, S. 260 f.

Demgegenüber geht die Analyse des Court of Appeal⁷⁰⁾ durch Lord Denning vom Wandel des Völkerrechts im Hinblick auf die *doctrine of sovereign immunity* aus. Ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht⁷¹⁾ versucht er, aus den Entscheidungen der Gerichte anderer Staaten, aus der völkerrechtlichen Literatur, aus internationalen Verträgen eine Regel herauszufinden, "in terms which are consonant with justice rather than adverse to it". Dabei zieht er auch die Überlegungen des Landgerichts Frankfurt als "strong support for the views . . . expressed" heran, sucht nach "sufficient evidence to show that the rule of international law has changed" und lehnt die These, es entstehe eine solche Regel aus dem "consensus of the civilised nations of the world", d. h. der Zustimmung aller, ab. "To my mind this notion of a consensus is a fiction. The nations are not in the least agreed upon the doctrine of sovereign immunity. The courts of every country differ in their application of it. Some grant absolute immunity. Others grant limited immunity, with each defining the limits differently. There is no consensus whatever. Yet this does not mean that there is no rule of international law upon the subject. It only means that we differ as to what that rule is. Each country delimits for itself the bounds of sovereign immunity. Each creates for itself the exceptions from it. It is, I think, for the courts of this country to define the rule as best they can, seeking guidance from the decisions of the courts of other countries, from the jurists who have studied the problem, from treaties and conventions and, above all, defining the rule in terms which are consonant with justice rather than adverse to it"⁷²⁾.

Dieser für das *common law* eigentümliche Rückgriff auf die *natural justice* wird mit Erwägungen aufgefüllt, deren Berechtigung auch in anderen Staaten zur restriktiven Immunitätsdoktrin geführt haben, mit einer sehr detaillierten Betrachtung der Gerichtspraxis, die zur langsamen Bildung einer neuen Regel führe und nicht davon abhängt, daß alle Staaten sich schon entsprechend verhalten.

"Whenever a change is made, some one some time has to make the first move. One country alone may start the process. Others may follow. At first a trickle, then a stream, last a flood. England should not be left behind on the bank . . . We must take the current when it serves, or lose our ventures: Julius Caesar. Act. IV. sc. III."⁷³⁾ Daß diese Erwägungen schließlich in

⁷⁰⁾ [1977] 2 W.L.R. 360 ff.

⁷¹⁾ BVerfGE 16, 27 ff.

⁷²⁾ Lord Denning (Anm. 70), S. 364.

⁷³⁾ *Ibid.*, S. 367.

ein Shakespeare-Zitat münden, kann nur den überraschen, der englischen Urteilsstil nicht kennt. Diese Betrachtungsweise, geht man von der Anwendung von Völkerrecht als Landesrecht in Großbritannien aus⁷⁴⁾, wird man für einen korrekten Weg der Begründung halten können. Denn es ist in der Tat »eine Fiktion«, noch von einem Konsens über die absolute Immunitätsdoktrin zu sprechen, wenn die höchsten Gerichte u. a. Belgiens, Hollands, Österreichs, der Schweiz, der Bundesrepublik und der USA, wie jüngst besonders markant im Fall *Alfred Dunhill of London Inc. v. Republic of Cuba* vom 24. Mai 1976⁷⁵⁾, sich für die beschränkte Immunität als geltenden Satz des Völkerrechts ausgesprochen haben. Als weiteres zulässiges Argument (und dies betrifft die Ausfüllung des Terminus *justice*) muß auf die gewandelten Voraussetzungen zurückgegriffen werden, unter denen die Staaten heute im Verkehr untereinander und mit Privaten auftreten. Die letzten 50 Jahre haben einen erheblichen Funktionswandel des Staates mit sich gebracht, der sich darauf auswirkt, in welchem Umfang die Staaten untereinander nach Treu und Glauben Immunität gewähren müssen. Der Staat, der nur hoheitlich tätig wird und im wesentlichen reine Ordnungsfunktionen, Gesetzgebung, Außenpolitik und Verteidigung bewirkt, gehört mehr und mehr der Vergangenheit an. Diese Entwicklung tritt relativ gleichartig in Erscheinung. Die Staaten wickeln Handelsgeschäfte selbst oder über staatliche Eigenunternehmen und Handelsflotten in erheblichem Umfang ab. Dem Wandel der völkerrechtlichen Regel korrespondiert daher ein Funktionswandel der Staats-tätigkeit⁷⁶⁾. Für die Rolle Londons als Welthandelsplatz hat z. B. die Tatsache, daß die englischen Gerichte in Zukunft Klagen gegen auswärtige Staaten in *commercial transactions* zulassen werden, erhebliche wirtschaftliche Bedeutung.

⁷⁴⁾ Dazu *ibid.*, S. 364 ff.

⁷⁵⁾ 96 S.Ct. 1854.

⁷⁶⁾ Siehe dazu Lord Denning, a.a.O. (Anm. 70), S.366: "In the last 50 years there has been a complete transformation in the functions of a sovereign state. Nearly every country now engages in commercial activities. It has its departments of state — or creates its own legal entities — which go into the market-places of the world. They charter ships. They buy commodities. They issue letters of credit. This transformation has changed the rules of international law relating to sovereign immunity. Many countries have now departed from the rule of absolute immunity. So many have departed from it that it can no longer be considered a rule of international law". Siehe dazu auch unten Anm. 123.

Als Zwischenergebnis zeigt sich, daß nahezu alle wichtigen westlichen Handelsnationen nunmehr die Doktrin der beschränkten Immunität akzeptiert haben⁷⁷⁾. Der Anlaßfall vor den englischen Gerichten ist inzwischen verglichen worden. Es wäre daher wohl für die meisten Staaten ohne den enumerativen Aufwand der Europaratskonvention möglich, sich auf die auch von Großbritannien als "part of the law of the land" angenommene Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* einzulassen und — vielleicht sogar im Rahmen einer universellen Konvention — zu verständigen⁷⁸⁾.

In Paraphrase sei nur noch vermerkt, daß für die englischen Richter die schon erwähnte *stare decisis*-Regel nach wie vor erhebliche Probleme aufwirft. Lord Denning behauptete, ausgehend von der automatischen Inkorporation des Völkerrechts in das englische Recht, daß eine Entscheidung des Court of Appeal, die vor fünfzig Jahren eine Regel des Völkerrechts feststellte, das heutige Gericht nicht binden könne⁷⁹⁾. "International law knows no rule of stare decisis. If this court today is satisfied that the rule of international law on a subject has changed from what it was 50 or 60 years ago, it can give effect to that change, and apply the change in our English law, without waiting for the House of Lords to do it".

⁷⁷⁾ Selbst in Staaten wie Argentinien, die (gemäß Art. 24 Abs. 1 des Gesetzes 1285/58) die absolute Staatenimmunität — freilich unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit — gesetzlich verankert haben, geht die Rechtsprechung bei der Interpretation dieses Gesetzes neuerdings davon aus, daß es nur die Fälle der *acta iure imperii* regelt, während bei *acta iure gestionis* der ausländische Staat der argentinischen Gerichtsbarkeit ohne weiteres, d. h. ohne Prüfung der Gegenseitigkeit, unterliegen soll (Camera Nacional del Trabajo, Sala IV, 24. 10. 1974, *Roldan Segundo B. c. Embajada de la República de Vietnam del Sur*, La Ley, Bd. 1975-B, S. 527). Nur wenn *ex lege fori* Argentinien ein ausländischer Staatsakt *iure imperii* vorliegt, müsse das Gericht die Gegenseitigkeit prüfen. Diese Konsequenz ist aber umstritten: Vgl. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Urteil vom 24. 6. 1976, *Embajada de Francia*, in: *El Derecho*, Bd. 68 (1976), S. 232 ff., sowie *Gomez, Samuel c. Embajada Británica*, *ibid.*, S. 237 ff. mit Anm. von W. Goldschmidt, La Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual composición y el Derecho Internacional Público).

⁷⁸⁾ Die International Law Association hat 1979 eine "working group on State Immunity" unter Vorsitz von Monroe Leigh gebildet, die auf der Belgrader Konferenz der ILA im August 1980 einen ersten Bericht über die Staatenpraxis vorlegen soll. Ziel der Arbeit wird die Ausarbeitung eines Entwurfs einer internationalen Konvention über Staatenimmunität sein.

⁷⁹⁾ A.a.O. (Anm. 70), S. 365 f.

Demgegenüber bestand Lord Justice Stephenson (unter Anknüpfung an den Fall *Thai Europe Tapioca Service Ltd. v. Government of Pakistan* von 1975)⁸⁰⁾ auf der Auffassung, daß auch der Court of Appeal an frühere Entscheidungen über den Inhalt einer Regel des Völkerrechts gebunden sei, bis entweder das House of Lords oder der Gesetzgeber die neue Regel anerkannt hätten. Solange müsse der Richter "stand loyally but reluctantly on the old doctrine and the old decisions"⁸¹⁾. Gegen diese These läßt sich das *argumentum ad absurdum* geltend machen, daß sie zur Auflösung der für Großbritannien typischen automatischen Inkorporation der allgemeinen Regeln des Völkerrechts in das Landesrecht führen würde. Denn sie hätte zur Folge, daß jeder Wandel des Völkerrechts durch Akte des Gesetzgebers ins englische Recht eingeführt werden müßte. In diesem Sinne wirkt sich die *stare decisis*-Regel nach ihrem überlieferten Sinngehalt sicher nicht aus: Sie bindet die Gerichte im Hinblick auf eine bestimmte Regel des Völkerrechts, hindert aber die Gerichte nicht daran, eine Regel anzuwenden, die zur Zeit der ersten Entscheidung noch nicht existierte⁸²⁾. Justice Shaw fügte dem die Erwägung hinzu: "May it not be that the true principle as to the application of international law is that the English courts must at any given time discover what the prevailing international rule is and apply that rule? This is not the same process as applying foreign law in our courts for that only comes into question when for a particular reason the proper law relating to the matter before the courts is that foreign law. In the case of international law it is always part of the law to be applied irrespective of any intention or agreement of the parties in suit".

⁸⁰⁾ A.a.O. (Anm. 52) 1485, 1491.

⁸¹⁾ A.a.O. (Anm. 70), S. 381.

⁸²⁾ Vgl. auch Justice Shaw im Fall *Trendtex*, a.a.O. (Anm. 70), S. 387 f.: "The rule of stare decisis operates to preclude a court from overriding a decision which binds it in regard to a particular rule of (international) law, it does not prevent a court from applying a rule which did not exist when the earlier decision was made if the new rule has had the effect in international law of extinguishing the old rule. The judgment in *The Parlement Belge* cannot be a binding authority as to what form the doctrine of sovereign immunity would take a century after the judgment was delivered". Siehe dazu auch C. H. Schreuer, *The Applicability of Stare Decisis to International Law in English Courts*, *Netherlands International Law Review*, 25 (1978), S. 234 ff. Ein vergleichbares Problem entsteht im deutschen Recht, wenn das Bundesverfassungsgericht im Rahmen von Art. 100 Abs. 2 GG feststellt, daß »eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist« (vgl. BVerfGE 23, 288 ff. [315 ff.], und R. Wenig, *Die gesetzeskräftige Feststellung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts durch das Bundesverfassungsgericht* [1971], S. 51 ff.).

3. The State Immunity Act 1978

Angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheit, die die Verfahren in Sachen *Philippine Admiral* und *Trendtex* hervorgerufen hatten, wurde noch während der Frist zur Berufung an das House of Lords im Oberhaus⁸³⁾ der Entwurf für ein britisches Immunitätsgesetz⁸⁴⁾ eingebracht, welches als State Immunity Act am 22. November 1978 in Kraft trat. Inhaltlich lehnt es sich stark an die Europaratskonvention an — auch in der Technik, den ausländischen Staaten grundsätzlich Immunität im Rahmen einer Fülle von Ausnahmen zu gewähren, die zum Teil über den Umfang der Ausnahmen der Europaratskonvention hinausgehen⁸⁵⁾. Dennoch wurde es

Als interessantes Nachspiel aus der englischen Judikatur sei in diesem Zusammenhang der Fall *Uganda Company (Holdings) Ltd. v. Government of Uganda* ([1979] 1 Lloyd's Rep. 481) erwähnt. Er betraf die Enteignung von Anteilen an britischen Tee-Gesellschaften in Uganda und die sich daraus für den Staat Uganda ergebenden Verpflichtungen. Nicht die Ungültigkeit der Enteignung, nicht ein *act of State* war im Streit, sondern im Gegenteil, die Gültigkeit staatlicher Eingriffe war unbestritten und nur die darauf gestützte Immunität fraglich (siehe dazu Higgins, a.a.O. [Anm. 22], S. 466. 468). Judge Donaldson, der schon im *Trendtex*-Fall die erstinstanzliche Entscheidung gefällt hatte, entschied sich auch in diesem Fall für die absolute Immunität *in personam*, weil er sich zwei widersprechende Court of Appeal-Entscheidungen (*Thai-Europa* und *Trendtex*) und einer nach wie vor nicht umgestoßenen Rechtsprechung des House of Lords (*The Cristina* [1938] A.C. 485) zugunsten absoluter Immunität *in personam* gegenübergestellt sah. Donaldson folgte *Thai-Europa* mit der Erwägung, daß "a decision which asserts the doctrine of precedent must logically have more weights as a precedent than one which denies or modifies that doctrine". Rosalyn Higgins nannte dies mit Recht eine zumindest "most surprising proposition, both of logic and law" (S. 470).

⁸³⁾ Das Motiv für die Vorlage soll u. a. die Angst gewesen sein, daß als Folge der Rechtsunsicherheit ein weiteres Abwandern internationaler geschäftlicher Transaktionen von London nach New York einsetzen könnte (Hansard, vom 3. 5. 1978, S. 414, zitiert nach Schreuer, a.a.O. [Anm. 1], S. 160 Anm. 37/38).

⁸⁴⁾ State Immunity Bill vom 13. 12. 1977; 1978 Elis. 2, c. 33, State Immunity Act 1978, vom 20. 7. 1978.

⁸⁵⁾ Vgl. dazu G. R. Delaume, The State Immunity Act of the United Kingdom, AJIL 73 (1979), S. 185 ff., 185 Anm. 4: "It was the original and main purpose of the Act to enable the United Kingdom to ratify the European Convention. However, in several respects the final version of the Act takes into account the most recent judicial developments in the United Kingdom... As a result, the Act leads to certain solutions, which are more liberal than those of the convention. This is particularly the case in regard to section 3 of the Act which, as to the adjudicatory of the courts in the United Kingdom does not contain the same territorial connection requirements that are found in the convention and in the U.S. Foreign Sovereign Immunities Act of 1976"; vgl. auch Schreuer, a.a.O. (Anm. 1), S. 160.

nicht allgemein begrüßt. Gerade wegen der gesetzlichen Festschreibung einer im Fluß befindlichen Entwicklung und wegen des in Art. 1 gewählten Ausgangspunktes der absoluten Immunität mit sich daran anschließenden Ausnahmen sprach sich O'Connell⁸⁶⁾ kritisch gegen jede Gesetzgebung auf diesem Gebiet aus: "The general thrust of the common law has been in the direction of a convergence between what is supposed to be public international law and English law and that may now be stopped by this Act, which to that extent may prove to be retrograde"⁸⁷⁾.

Das Gesetz findet — was für den noch anhängigen Fall *I Congreso del Partido* von Bedeutung ist — nicht auf Transaktionen und Angelegenheiten Anwendung, die vor seiner Inkraftsetzung stattfanden. Ein Verzicht auf Immunität kann "with written consent of the State concerned" erklärt werden — und zwar begrenzt oder allgemein⁸⁸⁾.

⁸⁶⁾ O'Connell, in: State Immunity: Law and Practice in the United States and Europe (a.a.O. oben Anm. 1), S. 14 f.: "The decision in *Trendtex* was in favour of the automatic induction of international law into English law, so that a convergence was in fact developing between international law and English law. The position now is that the legislation is going to freeze the matter, concretize it in perpetuity, subject to statutory amendments, while international law may again develop in a different direction. This is because, following the precedent in the Act of Congress, Section I legislates for absolute immunity. It says: 'A state is immune from the jurisdiction of the Courts of the United Kingdom except as provided in this Act'. So you have to bring yourself within the exception, which deprives the Courts of any flexibility to mould the law to follow the changing patterns of international practice, trade and technology and that is one reason why I am critical of legislating in this field at all".

⁸⁷⁾ *Ibid.*, S. 15. Vgl. demgegenüber die positive Beurteilung durch De laume, a.a.O. (Anm. 85), S. 198 f.: "the most characteristic features of the Act, in comparison with the European Convention and the Foreign Sovereign Immunities Act, are increased comprehensiveness and greater certainty of results. This is particularly apparent from the provisions of the Act concerning the 'commercial transactions' of states. For the first time in the history of the codification of a modern doctrine of immunity, the Act provides unequivocal definitions of the most frequent commercial activities of states. These provisions, together with the correlated treatment of state property used for commercial purposes and of waivers of immunity not only make the Act the most advanced codification in existence, but should also be of great assistance to the courts and the parties.

Relieved in most cases of the need to overcome the threshold problem of characterization, the courts and the parties be able to concentrate attention on the real merits of individual cases. Furthermore, and aside from this most important factor of expediency, the Act permits planning ahead of litigation, either by relying on the provisions of the Act, or, to the extent that they still leave room for further refinement, by way or appropriate stipulations in waivers of immunity or other contractual arrangements. This, clearly, is not the least significant feature of the Act".

⁸⁸⁾ Sect. 13 (3); vgl. dazu De laume, a.a.O., S. 197 f.

Zu den Ausnahmen von der Immunität gehören als erste Kategorie Situationen, in denen aus dem Verhalten des Staates geschlossen wird, daß er sich der Gerichtsbarkeit unterworfen habe⁸⁹⁾; zweitens Verfahren u. a. in Bezug auf in Großbritannien gelegene Grundstücke, Nachlasssachen, Schadensersatzklagen für in Großbritannien begangene unerlaubte Handlungen usw.; drittens Verfahren in Steuersachen⁹⁰⁾ und Verfahren *in rem* gegen Staatshandelschiffe⁹¹⁾, "if at the time when the cause of action arose, the ship was in use or intended for use for commercial purposes". Viertens schließlich — als wichtigste Kategorie — Verfahren in Bezug auf:

- "(a) a commercial transaction entered into by a State; or
- (b) an obligation of the State which by virtue of a contract (whether a commercial transaction or not) falls to be performed wholly or partly in the United Kingdom" ⁹²⁾.

Was ist eine *commercial transaction*? Das Gesetz versucht, die schwierige Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* durch eine Definition dieses Begriffes in Art. 3 (3) zu bewältigen: Unter einer *commercial transaction* ist demnach zu verstehen:

- "(a) any contract for the supply of goods or services;
- (b) any loan or other transaction for the provision of finance and any guarantee or indemnity in respect of any such transaction or of any other financial obligation; and
- (c) any other transaction or activity (whether of a commercial, industrial, financial, professional or other similar character) into which a State enters or in which it engages otherwise than in the exercise of sovereign authority" ⁹³⁾.

Diese Definition geht über einen Verweis auf die »Natur« des Geschäfts hinaus und gibt mehr oder minder deutliche Beispiele für kommerzielle Geschäfte, selbst noch im Rahmen der allgemeinen Ausweich-Klauseln in

⁸⁹⁾ Sect. 2.

⁹⁰⁾ Sect. 11.

⁹¹⁾ Sect. 10. Auch Verfahren *in personam* zur Durchsetzung von Ansprüchen gegen ein Staatshandelschiff.

⁹²⁾ Nach Sect. 3 (2) gilt diese Regel nicht, wenn die Parteien des Rechtsstreites Staaten sind oder schriftlich Abweichendes vereinbart haben. Abs. 1 b findet auch keine Anwendung, wenn der nicht-kommerzielle Vertrag auf dem Gebiet des betreffenden Staates geschlossen wurde und darauf das öffentliche Recht (Verwaltungsrecht) des Staates Anwendung findet.

⁹³⁾ Ausgenommen sind nach Art. 3 (3) letzter Satz Arbeitsverträge zwischen einem Staat und einem Einzelnen. (Siehe dazu Art. 4).

Art. 3 Abs. 3(c), welche das Problem dann doch wieder auf den Gegenbegriff des hoheitlichen Handelns (*exercise of sovereign authority*) zurückführen. Trotz dieser Klarstellungen⁹⁴⁾ wird das Problem nicht gelöst, das Gesetz macht, wie O'Connor bitter vermerkt, "spasmodic attempts to do so by defining a commercial transaction as 'any contract for the supply of goods and services'. A contract to supply foreign armies with tanks is a contract for goods; have we therefore eliminated the distinction between acts *jure imperii* and *jure gestionis*? I know that in *Trendtex* when I made the point, I was prepared to concede that a contract for the supply of bullets to the army was different from a contract for the supply of shoes, and Lord Justice Seag-Shaw said, 'Why? It's just a contract like any other contract'. Well, I have my doubts as to whether or not in public international law a State can be sued in respect of a contract for the purchase of tanks for the army or missiles or anything else you may think of. Yet that is what is legislated for. 'Or any loan or other transaction for the provision of finance in any guarantee or indemnity in respect of any such transaction'. Now that is very far-reaching also because any public bond-holding is now presumably a commercial matter, whereas, again, I think it is open to question in international law".

⁹⁴⁾ Vgl. De laume, a.a.O. (Anm. 85), S. 190 f., der Art. 3 Abs. 2 des britischen Act mit section 1603 (d) und (e) des (unten näher gewürdigten) US Foreign Sovereign Immunities Act 1976 vergleicht und zu dem Ergebnis kommt: "In the first place, their scope is not the same. As evidenced by section 1603 (e) and other provisions of the Foreign Sovereign Immunities Act the American act is intended to apply to the activities of foreign states taking place, or having a direct effect in the United States. Section 3 of the Act contains no such limitation. Thus, it may apply to activities carried out by a foreign state outside the United Kingdom, but which by reason of rules of transnational jurisdiction, might be the object of proceedings in the courts of the United Kingdom.

In the second place, section 3 is much more specific than section 1603 (d). In effect, the 'definition' found in section 1603 is no more than an admonition to the courts to base their decisions on the 'nature' rather than the 'purpose' of the foreign state's activity, and the ultimate determination in each case is surrendered to the judiciary. Section 3 of the Act shows no such timidity. In categorical terms, it solves the issue of characterization in respect of two of the most frequent transnational activities of foreign states, namely, those arising out of contracts for the supply of goods and services and those relating to loans or similar financial transactions concluded by foreign states. Even the 'catch all' provision found in section 3 (2) (c), which requires determination by the courts, affords them some guidance by listing the types of activities most likely to fall within the 'commercial' category".

Nicht geringere Probleme warf die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen trotz der Regel in Art. 13 Abs. 2b⁹⁵⁾ in das in Großbritannien belegene Vermögen eines fremden Staates vollstreckt werden konnte. Auch in diesem Zusammenhang macht das Gesetz eine Ausnahme in Bezug auf "property which is for the time being in use or intended for use for commercial purposes"⁹⁶⁾.

Mag auch die Regelung in Art. 13 (Ausschluß des vorläufigen Rechtsschutzes) wenig befriedigend und das Gesetz einerseits als zu weitgehend, andererseits als rückständig erscheinen, so bleibt doch die auch gesetzgeberisch verankerte Wende zur (verklausulierten) restriktiven Immunitätsdoktrin bemerkenswert.

⁹⁵⁾ Der Text von Art. 13 Abs. 2 lautet: "Subject to subsections (3) and (4) below — (a) relief shall not be given against a State by way of injunction or order for specific performance or for the recovery of land or other property; and

(b) the property of a State shall not be subject to any process for the enforcement of a judgment or arbitration award or, in an action in rem, for its arrest, detention or sale".

Der Text von Art. 13 Abs. 4 lautet: "Subsection (2) (b) above does not prevent the issue of any process in respect of property which is for the time being in use or intended for use for commercial purposes; but, in a case not falling within section 10 above, this subsection applies to property of a State party to the European Convention on State Immunity only if

(a) the process is for enforcing a judgment which is final within the meaning of section 16 (1) (b) below and the State has made a declaration under Article 24 of the Convention; or

(b) the process is for enforcing an arbitration award".

⁹⁶⁾ Vgl. die Diskussion darüber zwischen O'Connell, I. Sinclair and Monroe Leigh (a.a.O. oben Anm. 86), S. 27, 29 f. Monroe Leigh stellte m. E. mit Recht die Frage, was unter kommerziellen Zwecken zu verstehen sei. O'Connell war — in völliger Übereinstimmung mit dem Beschluß des BVerfG vom 13. 12. 1977 — der Ansicht, daß das Bankkonto einer ausländischen Botschaft kaum je unter den Begriff *commercial purposes* falle. "Funds in a bank in the name of a foreign government are hardly ever likely to be regarded as commercial. This was the problem in *Trendtex*; there was one lump sum of money and nobody knew if it came out of oil or whether it was for the running of the Embassy. There will always be a mixed sort of account like this, so that I do not think that it will ever be possible to attach bank funds under this Act. Therefore it will be necessary to find a physical asset which at the time is being used for commercial purposes. A merchant ship, obviously, would fit the bill but I cannot really think of very many other examples". Vgl. auch Delaume, a.a.O. (Anm. 85), S. 195 f., der auf den bemerkenswerten Unterschied zum amerikanischen Gesetz (siehe unten S. 254 ff.) hinweist: "There is, however, a significant difference between the American and the British acts. The American act permits execution against the property of a foreign state only when the property 'is or was used for the commercial activity upon which the claim is based'.

V. Die Entwicklung der amerikanischen Rechtsprechung
(US Supreme Court vom 24. Mai 1976: *Alfred Dunhill of
London Inc. v. The Republic of Cuba*)

In das Bild dieser Tendenzen, denen wir mit der Betrachtung des State Immunity Act 1978 schon vorausgeeilt sind, gehört die amerikanische Rechtsprechung. Der am 24. Mai 1976 entschiedene Fall *Alfred Dunhill of London Inc. v. The Republic of Cuba*⁹⁷⁾ steuert zu unserer Analyse zwei bemerkenswerte Feststellungen bei. Erstens unterstreicht der Supreme Court seine Auffassung, daß die von ihm seit dem Tate-letter von 1952 vertretene restriktive Theorie mit dem Völkerrecht vereinbar sei. "Although it had other views in years gone by, in 1952 as evidenced by . . . the Tate-letter, the United States abandoned the absolute theory of sovereign immunity and embraced the restrictive view under which immunity in our courts should be granted only with respect to causes of actions arising out of a foreign state's public or governmental actions and not with respect to those arising out of its commercial or proprietary actions. This has been the official policy

[§ 1610 (a), also applicable to the property of political subdivisions. This provision contrasts with § 1610 (b) which, in regard to agencies or instrumentalities, provides that the property of any such entity engaged in a commercial activity in the United States is not immune from execution 'regardless of whether the property is or was used for the activity upon which the claim is based']. In other words, a link must exist between the property subject to execution and the commercial activity from which the claim arose. No such limitation is to be found in section 13 (4) of the Act. Therefore, a foreign state may be responsible in the United Kingdom for all its property used for commercial purposes.

In this respect, the Act contrasts sharply with the European Convention, since the convention adheres, in the absence of an express waiver of immunity, to the immunity rule (Art. 23). However, it should be recalled that pursuant to Article 24 of the Convention any contracting state may make a declaration to the effect that it will apply a wider jurisdiction against contracting states to the extent that such jurisdiction is exercised against noncontracting states, and subject to the preservation of immunity for acts performed 'with exercise of sovereign immunity'".

⁹⁷⁾ 96 S. Ct. 1854; 425 U.S. 682, die Gerichtsmeinung vertrat Justice White, dem freilich für Teil III des Urteils nur Chief Justice Burger, Justice Powell und Justice Rehnquist folgten, Justice Stevens stimmte nur mit dem Ergebnis überein. *Dissenting opinions* gaben Justices Marshall, Brennan, Stewart und Blackmun ab (96 S. Ct. 1871 ff.). Der Fall entstand durch die Verstaatlichung von fünf Zigarren-Exportunternehmen in Kuba und betraf die Weigerung, den früheren Eigentümern Geldbeträge aus Geschäften vor der Enteignung auszubezahlen.

of our Government since that time, as the attached letter of november 25, 1975, confirms: 'such adjudications are consistant with international law on sovereign immunity'"⁹⁸).

Zweitens unterstreicht er seine Auffassung, daß die gleichen Grundsätze für die Bestimmung dessen gelten, was als *act of State* zu qualifizieren und auf der Grundlage der *act of State*-Doktrin sich der Justitiabilität entziehe. Auch ein *act of State* könne nur vorliegen, wenn "the conduct in question was the public act of those with authority to exercise sovereign powers"⁹⁹).

Die dritte These des Gerichts, die für die Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* einen neuen Ansatz bringt, wird freilich von der Mehrheit nicht geteilt. In diesem Teil entwickelt Justice White die These, daß selbst wenn die Weigerung der kubanischen Regierung, ihr irrtümlich als »Schuldner« bezahlte Gelder zurückzuerstatten, als Konfiskation und folglich als Ausübung hoheitlicher Gewalt anzusehen wäre, diese »Weigerung« nicht als *act of State* qualifiziert werden könne. Gleiche Erwägungen hätten diese Richter, wie die Urteilsbegründung zu erkennen

⁹⁸ *Ibid.*, S. 1863. Der erwähnte Brief (*ibid.*, S. 1867 ff.) stammt vom Legal Advisor Monroe Leigh.

⁹⁹ *Ibid.*, S. 1861. Die inhaltlichen Berührungspunkte zwischen der *doctrine of sovereign immunity* und der *act of State*-Doktrin sind in der amerikanischen Rechtsprechung oft betont worden (vgl. Justice Rehnquist und Justice White in: *City-Bank-Urteil*, ILM 12 [1972], 811 f., 817 f.). F. A. Mann, *The Sacrosanctity of the Foreign Act of State*, *Law Quarterly Review* 1943, S. 43 ff., S. 155 ff., hat sogar die These vertreten, daß die *act of State*-Doktrin auf einer unrichtigen Anwendung des Grundgedankens der persönlichen Immunität beruhe (siehe dazu die Kritik bei H.-E. Folz, *Die Geltungskraft fremder Hoheitsäußerungen* [1975], S. 180 ff.). Obgleich sich beide »Doktrinen« – die Immunität als völkerrechtliches Institut, die *act of State*-Doktrin als Institut des amerikanischen Verfassungsrechts – nach Herkunft und Geltungsgrund unterscheiden, ist doch die inhaltliche Übereinstimmung in der Abgrenzung der Geltungsbereiche nicht zu übersehen. Siehe auch D. R. Andrews, *Act of State-Executive Determination*, *ZaöRV* 35 (1975), S. 41 ff., 46 ff. Nach *Sabbatino* (vgl. die folgende Anm. 100) und dem sog. Hickenlooper-Amendment von 1964 (§ 304 (a) (4) Foreign Assistance Act; 1965 Pub. L. 89–171, § 301 (d), 79 Stat. 659 22 U.S.C. § 2370 (e) (2)) haben die Gerichte die Vereinbarkeit fremdstaatlicher Eigentumsbeziehungen mit den Regeln des völkerrechtlichen Eigentumschutzes zu überprüfen (vgl. Nachweise bei E. Petersmann, *Act of State Doctrine, Political Question Doctrine und gerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt*, JöR 25 [1976], S. 598 ff.), in anderen Fällen haben sie jedoch auf eine derartige Kontrolle am Maßstab des Völkerrechts in der Regel verzichtet ("in the absence of a treaty or other unambiguous agreement regarding controlling legal principles", 376 U.S. 428), vgl. dazu Petersmann, a.a.O., S. 613 f., und ausführlich Folz, a.a.O., S. 217 ff.

gibt¹⁰⁰⁾, für den Fall entwickelt, daß die Frage unter Immunitäts Gesichtspunkten zu entscheiden gewesen wäre¹⁰¹⁾. Hier gelte der Satz: "When a state enters the market-place seeking costumers it diverts itself of its quasi sovereignty pro tanto and takes on the character of a trader"¹⁰²⁾.

Dieser Ansatz scheint für das Zusammenspiel von *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* von grundlegender Bedeutung. Denn er greift von der Sphäre der ökonomischen Betätigung des Staates über auf den hoheitlichen Bereich, geht also erheblich über den bisher vertretenen und entwickelten

¹⁰⁰⁾ Vgl. dazu *ibid.*, S. 1866 f.: "For all the reasons which led the Executive Branch to adopt the restrictive theory of sovereign immunity, we hold that the mere assertion of sovereignty as a defense to a claim arising out of purely commercial acts by a foreign sovereign is no more effective if given the label 'Act of State' than if it is given the label 'sovereign immunity'. In describing the act of state doctrine in the past we have said that it 'precludes the courts of this country from inquiring into the validity of the public acts as recognized foreign sovereign power committed within its own territory'. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 401, 84 S. Ct. 923, 11 L.Ed. 2d 804, 808 (1964) (emphasis added), and that it applies to 'acts done within their own states, in the exercise of governmental authority'. *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250, 252, 18 S.Ct. 83, 84, 42 L.Ed. 456 (1897) (emphasis added). We decline to extend the act of state doctrine to acts committed by foreign sovereigns in the course of their purely commercial operations".

¹⁰¹⁾ Zur Frage, ob zwischen Immunitätsdoktrin und *act of State*-Doktrin der Unterschied in der Exemption von der Gerichtsbarkeit wegen des Status einerseits und der bloßen Ermittlung des auf den konkreten Fall anwendbaren Rechts andererseits bestehe (so Justice Marshall in seiner *dissenting opinion*, *ibid.*, S. 1876) — mit der Folge, daß Beschränkungen der Immunität "ought not be transferred automatically, therefore, to the act of state doctrine" —, hat Justice White erklärt: "It may be true that the one doctrine has been described in jurisdictional terms and the other in choice of law terms, and it may be that the doctrines point to different results in certain cases. It cannot be gainsaid, however, that the proper application of each involves a balancing of the injury to our foreign policy, the conduct of which is committed primarily to the Executive Branch, through judicial affronts to sovereign powers, compare *Mexico v. Hoffmann*, 324 U.S. *supra*, 35–36, 65 S.Ct. at 532–533, 89 L.Ed. at 735 (sovereign immunity) with *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 423, 427–428, 84 S.Ct. 923, 937, 939–940, 11 L.Ed. at 804, 820, 823 (act of state) against the injury to the private party, who is denied justice through judicial deference to a raw assertion of sovereignty, and a consequent injury to international trade. The State Department has concluded that in the commercial area the need for merchants 'to have their rights determined in courts' outweighs any injury to foreign policy. This conclusion was reached in the context of the jurisdictional problem of sovereign immunity. We reach the same one in the choice of law context of the act of state doctrine".

¹⁰²⁾ *Ibid.*, S. 1862 mit weiteren Nachweisen. Der zitierte Satz stammt schon aus *Ohio v. Helvering*, 292 U.S. 360, 369; 54 S.Ct. 725, 726.

Einbruch in die Sphäre absoluter Immunität hinaus. Denn obwohl mit der Konfiskation — nach der im Urteil gepflogenen Unterstellung — *sovereign power* ausgeübt worden war, könne der Staat sich wegen der d a r i n liegenden “repudiation of a purely commercial obligation” nicht mehr auf Immunität berufen. Für Justice White gilt hier offenbar der Satz *in dubio contra immunitatem*. Er hat keinen Zweifel, daß weder die Immunität noch die *act of State*-Doktrin sich auf Akte erstreckt, “committed by foreign sovereigns in the course of their purely commercial operations”. Die Behauptung, daß im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Transaktionen Staatsgewalt ausgeübt worden sei (sei es als Sequestration, Zahlungsstop, Nichtherausgabe etc.), sei weder im Hinblick auf den Begriff *act of State* noch im Hinblick auf die »Immunität« ein rechtlich relevantes Argument¹⁰³.

VI. Der Foreign Sovereign Immunities Act vom 21. Oktober 1976

Ebenso wie der Fall *Trendtex* das britische Parlament zum Erlaß des State Immunity Act 1978 veranlaßte, fand — freilich nicht allein ausgelöst durch den Fall *Alfred Dunhill* — die Festigung der restriktiven Immunitätstheorie schon sehr bald Eingang in die amerikanische Gesetzgebung. Der Kongreß verabschiedete am 21. Oktober 1976 den Foreign Sovereign Immunities Act¹⁰⁴) und entzog damit der Exekutive die Befugnis, selbständig über den Umfang der zu gewährenden Immunität zu entscheiden. Nach dem amerikanischen Gesetz wird ausländischen Staaten keine Immunität gewährt u. a. für Klagen aus *commercial activities*, die in den USA ausgeübt wurden, aber auch nicht für solche Akte fremder Staaten, die außerhalb der USA im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Tätigkeiten ausgeführt werden und die eine direkte Auswirkung in den USA

¹⁰³) *Ibid.*, S. 1866 f.

¹⁰⁴) Foreign Sovereign Immunities Act vom 21. 10. 1976 (H.R.Rep. Nr. 94—1487, 94th Congress, 2nd Sess. 7), Public Law 94—583 (90 Stat. 2891—2898), 28 U.S.C. §§ 1330, 1332 (a) (2), (3), (4), 1391 (f), 1441 (d), 1602—1611; abgedruckt in AJIL 71 (1977), S. 595. Das Gesetz trat am 19. 1. 1977 in Kraft. Vgl. dazu C. N. Brower/F. W. Bestline, Jr./G. W. Loomis, Jr., The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 in Practice, AJIL 73 (1979), S. 200 mit weiteren Nachweisen; von Mehren, The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Columbia Journal of Transnational Law, 17 (1978), S. 33. Zur Vorgeschichte siehe auch Delaume, a.a.O. (Anm. 7).

haben ("causes a direct effect in the USA")¹⁰⁵). Damit wird die von Justice White im Fall *Alfred Dunhill* entwickelte Konzeption, die nicht die Mehrheit des Gerichts vereinigen konnte¹⁰⁶), durch den amerikanischen Gesetzgeber übernommen und ins amerikanische Recht eingeführt. Denn der Begriff *act* umfaßt dem Wortlaut nach alle Arten von Akten, hoheitliche und privatrechtliche; soll doch dem fremden Staat verwehrt werden, die Immunität zum beliebigen Deckmantel für hoheitliche Eingriffe in seine Handelsgeschäfte heranzuziehen¹⁰⁷). Zwar muß ein solcher Akt die Kriterien des *direct effect*-Tests, also "of minimum jurisdictional contacts and

¹⁰⁵) Der Text von § 1605 (a) lautet: "A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States on any case —

(1) in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication, notwithstanding, any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver

(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;

(3) in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States;

(4) in which rights in property in the United States acquired by succession or gift or rights in immovable property situated in the United States are in issue, or

(5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of an official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment; except this paragraph shall not apply to

(A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or

(B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights".

¹⁰⁶) Für den erwähnten Teil III der gerichtlichen Urteilsbegründung war das Stimmenverhältnis 4:5.

¹⁰⁷) Zur bisherigen Rechtsprechung an Hand des Foreign Sovereign Immunities Act 1976 siehe Brower [*et al.*], a.a.O. (Anm. 104).

adequate notice" erfüllen¹⁰⁸); fraglich bleibt jedoch, wieweit bei derartigen *acts* die Berufung auf die Immunität noch möglich ist. Im Fall *Carey v. National Oil Corporation*¹⁰⁹) vertrat der amerikanische District Court die Ansicht, daß für Verstaatlichungsmaßnahmen Immunität in Anspruch genommen werden könne, denn "nationalization is the quintessentially sovereign act, never viewed as having a commercial character". Das gelte jedoch nur, solange in der Verstaatlichung kein Bruch ausdrücklicher Vereinbarungen liege¹¹⁰). Gerade dies ist jedoch die entscheidende Frage: Paktiert der Staat bewußt im Hinblick auf jegliche künftig mögliche Ausübung seiner Staatsgewalt, hat er sich seiner Immunität ausdrücklich begeben. Ist er dagegen ohne Ansehung künftig im Zuge seiner Außenpolitik notwendig werdender staatlicher Maßnahmen wirtschaftliche Verpflichtungen eingegangen, so läßt sich ein solcher Schluß nicht ohne weiteres ziehen. Deshalb geht das Gesetz insoweit in ein umstrittenes Neuland. Man wird sich die Frage stellen müssen, ob das amerikanische Gesetz nicht im Lichte völkerrechtlicher Verpflichtungen der USA (Pflicht zur Gewährung mindestens der beschränkten Immunität) restriktiv zu interpretieren ist.

Vor dem Inkrafttreten des Foreign Sovereign Immunities Act hatten sich die Gerichte bemüht, den vom Völkerrecht geforderten *minimum standard* zu beachten, da das Völkergewohnheitsrecht im Bund und in den Einzelstaaten "part of the law of the land" ist¹¹¹). Durch die Praxis des amerikanischen Außenministeriums im Anschluß an den Tate-letter von 1952 wurde aber von den Gerichten häufig Immunität "beyond the minimum immunities required by international law" gewährt. Nunmehr muß — nach Äußerungen in der Literatur — Immunität strikt nach den Bestimmungen

¹⁰⁸) Vgl. dazu U.S. District Court for the Southern District of New York im Fall *Carey v. National Oil Corp.* 453 F. Supp. 1097 (S.D.N.Y. 1978) (Duffy, J.), bestätigt durch Nr. 78–7323 (2nd Cir. Jan. 24, 1979). Dieser *direct effect*-Test wurde als erfüllt angesehen durch Akkreditive, zahlbar durch New Yorker Banken und ausgegeben durch (die Bank von) Nigeria: *National American Corporation v. Federal Republic of Nigeria*, 448 F. Supp. 622, 639 (S.D.N.Y. 1978) (Goettel, J.), abgedruckt auch in ILM 17 (1978), S. 1407.

¹⁰⁹) Siehe oben Anm. 108.

¹¹⁰) von Mehren, a.a.O. (Anm. 104), S. 54 f. Lowenfeld, *Claims against Foreign States, A Proposal for Reform of the United States Law*, N.Y. University Law Review, 44 (1969), S. 901, 916 ff.; siehe auch den Schiedsspruch vom 19. 1. 1977 in Sachen *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Libya* (Schiedsrichter: Dupuy), abgedruckt in ILM 17 (1978), S. 1.

¹¹¹) Nachweise in *Alfred Dunhill*, 96 S.Ct. 1163 ff.; *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino and Farr Whitlock & Co.*, 376 U.S. 398, 451 (1964) unter Verweis auf die *Paquete-Habana*-Entscheidung des Supreme Court (175 U.S. 677 [1900]). Siehe dazu Petersmann, a.a.O. (Anm. 99), S. 587 ff. (605 Anm. 99).

des Gesetzes, also gegebenenfalls über das völkerrechtlich Gebotene hinausgehend, was unbedenklich ist, gewährt, aber auch den bisherigen Standard unterschreitend verweigert werden. Der Erosionsprozeß der Immunität scheint unaufhaltsam.

Angesichts dieser Tendenzen ist der Inhalt des Begriffes *commercial activity* von entscheidender Bedeutung. Das Gesetz definiert in § 1603 (d) diesen Begriff entweder als ständigen Ablauf geschäftlichen Verhaltens oder als einmalige besondere geschäftliche Transaktion oder als Geschäftsakt: "The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct of a particular transaction or act, rather than by reference to its purpose".

VII. Ein internationaler Standard typischer Staatsaufgaben? Rückgriff auf Natur oder Zweck des staatlichen Handelns?

Durch § 1603 (d) des Foreign Sovereign Immunities Act wird eine in der Judikatur zahlreicher Staaten, namentlich auch in der Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts vom 10. Februar 1960¹¹²⁾ und des Bundesverfassungsgerichts vom 30. April 1963¹¹³⁾, eingeführte Unterscheidung auch für den angelsächsischen Rechtsraum maßgeblich. Fügt man hinzu, daß Lord Denning im Fall *Trendtex* den Hinweis, daß der Zementlieferungsvertrag den Zweck hatte, dem Bau von Armeeunterkünften zu dienen, damit abtat, daß der Verkäufer "is not concerned with the purpose to which the purchaser intends to put the goods"¹¹⁴⁾, so wird deutlich, daß auch für die englischen Gerichte die »Natur« des Geschäfts als rein kommerzielles und nicht sein »Zweck« entscheidend ist¹¹⁵⁾.

¹¹²⁾ *République Arabe Unie c. Dame X*, AJIL 55 (1961), S. 167.

¹¹³⁾ BVerfGE 16, 27 ff.

¹¹⁴⁾ [1977] 2 W.L.R. 369.

¹¹⁵⁾ Vgl. Lord Denning, *ibid.*: "If a government department goes into the market-place of the world and buys boots or cement — as a commercial transaction — that government department should be subject to all the rules of the market-place". In der früheren amerikanischen Rechtsprechung (*Victory Transport Inc. v. Comisaria General*, 336 F. 2 d 354 (2 d Cir. 1964) *cert. denied*, 381 U.S. 934) wurde Immunität zuerkannt für "acts concerning the armed forces". Vgl. auch die Klage einer amerikanischen Gesellschaft wegen Waffenlieferungen gegen Haiti, die vom U.S. District Court mit der Begründung als unzulässig verworfen wurde, daß "Haiti was immune from suit because the transaction sued upon was one concerning the armed forces" (*Aerotrade, Inc. v. Republic of Haiti*, 376 F. Supp. 1281 (S.D.N.Y. 1974)). Dazu

Maßgebend für die Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* kann — so läßt sich mit den Worten des deutschen Bundesverfassungsgerichts¹¹⁶⁾ dieser Trend umschreiben — »nur die Natur der staatlichen Handlung oder des entstandenen Rechtsverhältnisses sein, nicht aber das Motiv oder der Zweck der Staatstätigkeit. Es kommt also darauf an, ob der ausländische Staat in Ausübung der ihm zustehenden Hoheitsgewalt, also öffentlich-rechtlich, oder wie eine Privatperson, also privat-rechtlich, tätig geworden ist«.

Die These des Bundesverfassungsgerichts, daß die Qualifikation der Staatstätigkeit als hoheitlich oder nichthoheitlich grundsätzlich nach nationalem Recht, und zwar nach der *lex fori*¹¹⁷⁾, vorzunehmen sei, weil das Völkerrecht »jedenfalls in der Regel« Kriterien für die Abgrenzung nicht enthalte (und allenfalls ein Kernbereich der Staatsgewalt bezeichnet werden könne), hat zwar Bestätigung durch den Hohen Rat der Niederlande¹¹⁸⁾ und eine frühe Stütze schon durch das Tribunal di Roma¹¹⁹⁾ gefunden, ist jedoch von Schumann¹²⁰⁾ zu Recht kritisiert worden und läßt sich in dieser Form auch der — oft als Beleg herangezogenen — Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts¹²¹⁾ nicht entnehmen. Der Rückgriff auf die *lex fori* allein kann zu ungleicher Behandlung gleichartiger Fälle führen und ist deshalb mit dem völkerrechtlichen

Lowenfeld, *Litigating a Sovereign Immunity Claim — The Haiti Case*, New York University Law Review, 49 (1974), S. 377. Die Absicht (*intention*) bzw. der Zweck (*purpose*) der Verwendung des Zements untersucht noch Judge Weinfeld in *National American Corporation v. Fed. Rep. of Nigeria*, 420 F. Supp. 954 (S.D.N.Y. 1976); in derselben Sache wurde unter Bezugnahme auf 28 U.S.C. § 1603 (d) diese Argumentation zurückgewiesen: "If any clarification of this language were needed, it is supplied by the House Report which states that 'the fact that goods or services to be procured through a contract are to be used for a public purpose is irrelevant; it is the essentially commercial nature of an activity or transaction that is critical'. House Report at 16 U.S. Code Cong. & Admin. News 1976 at 6615. This definition eliminates the significance attached by Nigeria to its purposed intent to use the cement for military purposes".

¹¹⁶⁾ BVerfGE 16, 27 (61 f.). Zu deliktischem Handeln (*acta iure gestionis*) des fremden Staates siehe auch den Fall des dem dänischen Staat (Eisenbahnverwaltung) gehörenden Autobusses (Unfall auf einer Reiseveranstaltung), Landgericht Kiel, 10. 3. 1953, JZ 1954, S. 117 mit Anm. Aubin.

¹¹⁷⁾ *Ibid.*, S. 62 f. Das schließt freilich nicht aus, daß die *lex fori* für das Geschäft das Recht eines anderen Staates für anwendbar erklärt.

¹¹⁸⁾ Entscheidung vom 20. 10. 1973, *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises c. Yougoslavie*, ILM 14 (1975), S. 71 ff.

¹¹⁹⁾ Entscheidung vom 15. 11. 1951, *Florida c. Sovexportfilm*, AJIL 49 (1953), S. 98.

¹²⁰⁾ A.a.O. (Anm. 11), S. 21.

¹²¹⁾ A.a.O. (Anm. 112).

Charakter der Immunitätsgewährung schwerlich vereinbar¹²²⁾. Gleiches gilt — wegen der subjektiven Elemente — vom Zweck der Handlung. Denn der Staatszweck vermag sich als Zuordnungsmoment über jede Transaktion zu breiten, wenn man nicht von einer objektiven — und damit der Begrenzung zugänglichen — Staatszwecklehre ausgeht, die sich im Ansatzpunkt auch in dem »Kernbereich der Staatstätigkeit« verbirgt, dem das Bundesverfassungsgericht »nach der von den Staaten überwiegend vertretenen Auffassung« die Betätigung der auswärtigen und militärischen Gewalt, die Gesetzgebung, die Ausübung der Polizeigewalt und die Rechtspflege zuordnet. Offensichtlich bereitet es nicht nur für die völkerrechtliche, sondern auch für die innerstaatliche Abgrenzung mehr und mehr erhebliche Schwierigkeiten, im aufgeblähten staatlichen Betätigungsbereich jenen Kernbereich der »Staatsgewalt im engeren und eigentlichen Sinn« auszumachen¹²³⁾, für den allein der Begriff der »Würde des Staates« (*sovereign dignity*)¹²⁴⁾ Relevanz hat. Diesem Bereich wäre dann aber auch ein entsprechender Kreis von Hilfsgeschäften (z. B. militärisches Beschaffungswesen) zuzuordnen. Um einen Ausweg aus den Schwierigkeiten zu weisen, schlägt Schumann in seinem Bericht vor, auf die *nature intrinsèque (intrinsic nature)* des Aktes bzw. des Vorganges nach internationalem Standard abzustellen. These 25 c des von der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht vorgelegten Berichts lautet: »Ein der Funktion der Immunität entsprechendes Ergebnis ist in erster Linie durch eine inhaltliche, nicht durch eine formale Beurteilung zu erreichen. Die für die Handlung oder den Sachverhalt charakteristischen Merkmale, die ihre »eigentliche Natur«

¹²²⁾ Eher erscheint es unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten des *tu quoque* vertretbar, die *lex* des verklagten ausländischen Staates als maßgebliches Kriterium heranzuziehen. Es ist nicht einzusehen, daß sich der ausländische Staat etwa auf eine für ihn günstigere *lex fori* soll berufen können. Gegen eine derartig kombinierte Heranziehung aber These 26 der 2. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, a.a.O. (Anm. 11), S. 289.

¹²³⁾ Auf die damit zusammenhängenden Probleme, einerseits des Verlustes an überlieferter »Staatlichkeit« (vgl. die pointierte »Erinnerung an den Staat« bei Ernst Forsthoff, Der Staat der Industrie-Gesellschaft [1971], S. 11 ff.), andererseits der diffusen Aufblähung staatlicher Aufgabenwahrnehmung und ihrer zunehmenden internationalen »Verflechtung« (siehe C. Tomuschat/R. Schmidt, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 [1978], S. 7 ff., 65 ff.), kann hier nur verwiesen werden.

¹²⁴⁾ Vgl. die Stellungnahme von Lord Maugham im Fall *The Cristina* [1938] A.C. 485, 521 f.

(*nature intrinsèque*) ausmachen, sind daraufhin zu überprüfen, ob sie nach internationalem Standard zu den spezifischen oder typischen Staatsaufgaben gehören¹²⁵).

Beim Verweis auf den internationalen Standard typischer Staatsaufgaben muß freilich selbst für die westliche Welt – ungeachtet der Probleme, die diese Frage bei Staaten der dritten Welt und der sozialistischen Staatshandelsländer aufwirft – erheblicher Zweifel darüber aufkommen, ob hiermit ein wirklich befriedigendes funktionales Abgrenzungskriterium gewonnen ist. Die Sphären dessen, was als „powers peculiar to sovereigns“ (wie es Justice White im Fall *Alfred Dunhill* bezeichnete)¹²⁶ zu gelten haben, verlaufen in den einzelnen Staaten – und dies bestätigt die Rechtsvergleichung – unterschiedlich. Sicher besteht ein unbestrittener Kernbereich, aber gerade die interessanten Fälle staatlich betriebener Wirtschaft und Wirtschaftspolitik bewegen sich in einer unsicheren »Grauzone«. Gilt für diese Zone angesichts des »allgemeinen Trends« schon die Vermutung, es handele sich um Handelsgeschäfte (*acta iure gestionis*), oder gilt gerade wegen der früheren Zuordnung in den Immunitätsbereich immer noch *in dubio pro immunitate*?

Es mutet wie eine Umformulierung der von Schumann vertretenen These an, wenn im Fall *Alfred Dunhill*¹²⁷ vom Supreme Court unter Hinweis auf die Arbeiten von Schmitthoff und die Bemühungen zur Vereinheitlichung des Kaufrechts und des Rechts des internationalen Handels behauptet wird, diese Regeln seien geeignet, den Begriff der *commercial transactions* von dem Begriff der hoheitlichen Staatstätigkeit abzusondern. Hier bahnt sich eine Definitionshilfe von anderer Seite an. Bemerkenswerterweise beschreiten sowohl das amerikanische als auch das englische Gesetz den Weg, über den Begriff der *commercial transaction* das Abgrenzungsproblem zu lösen, das englische Gesetz durch eine sehr weitgehende Aussonderung z. B. aller Warenlieferungs- und Dienstleistungsverträge¹²⁸,

¹²⁵ A.a.O. (Anm. 11), S. 289, als Sekundärkriterium. Herangezogen wird auch als Sekundärkriterium der Zweck der Handlung (These 23 b). Interessanterweise gehen die Thesen von der Definition der typischen Staatsaufgaben aus und beziehen sich nur zur »negativen Abgrenzung« auf die *actes de commerce* (*actes de gestion privée*).

¹²⁶ 96 S.Ct. 1865.

¹²⁷ *Ibid.*, S. 1866 unter Hinweis auf Schmitthoff, *The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions*, *International and Comparative Law Quarterly*, 17 (1968), S. 551, 563–564.

¹²⁸ Vgl. oben S.248 f. Der englische State Immunity Act 1978 wirft insofern noch stärker als das amerikanische Gesetz (siehe oben Anm. 104) die Frage auf, ob er die völkerrechtliche Mindestverpflichtung wahr.

das amerikanische durch einen Verweis eher auf die Natur als auf den Zweck des Geschäfts bzw. des Aktes¹²⁹⁾. Daß im Fall *Alfred Dunhill* der Begriff *commercial transaction* selten allein, sondern in der Regel als *purely commercial transaction*¹³⁰⁾ oder *purely commercial conduct of foreign governments*¹³¹⁾ qualifiziert wird, weist darauf hin, daß in echten Zweifelsfällen ein internationaler Standard fehlt und Immunität zu gewähren wäre.

Von einer durch die Gerichte aufgegriffenen Entwicklungstendenz in Richtung auf einen »internationalen Standard« zu sprechen, erscheint jedoch verfrüht. Noch ist den Gerichten der Rückgriff auf die *lex fori* der naheliegende Weg, um die Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* im Einzelfall zu lösen. Dabei vermag auch die ausschließliche Anknüpfung an die »Natur« einer Handlung als Abgrenzungskriterium die Zweifelsfälle nicht zu lösen. Der Bericht der 2. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht fügt deshalb als hilfswise heranzuziehendes Kriterium den Zweck hinzu¹³²⁾ — ähnlich wie § 1603 (d) des amerikanischen Foreign Sovereign Immunities Act 1976. Diese Kombination hat immer wieder Befürworter gefunden¹³³⁾. Sie würde auch in den nigerianischen Zementfällen eine Argumentation erlauben, daß der erkennbare Zweck auf die Erfüllung der Verteidigungsbelange Nigerias gerichtet war. Beide Gerichte, die mit dieser Frage befaßt waren, sowohl das Landgericht Frankfurt als auch der Court of Appeal, haben eine solche Betrachtungsweise abgelehnt. Sie manifestieren die Tendenz, Staatszweck und Wirtschaftsverkehr vollständig — und eher *in dubio contra immunitatem* — zu trennen.

VIII. Die Auswirkung hoheitlichen Handelns (*acta iure imperii*) auf Handelsgeschäfte des Staates (Der Fall des Schiffes "I Congreso del Partido")

Selbst wenn dieses Verständnis einer höchst restriktiven Immunität akzeptiert wird, bleiben dennoch Fragen von erheblichem politischen Gewicht offen. Die Immunität soll dem fremden Staat die ungehinderte Aus-

¹²⁹⁾ Siehe oben S. 254 ff.

¹³⁰⁾ A.a.O. (Anm. 126), S. 1865.

¹³¹⁾ *Ibid.*, S. 1863.

¹³²⁾ Oben Anm. 11.

¹³³⁾ Vgl. z. B. C. Rousseau, note in RGDIP 1971, S. 565, zu einer Entscheidung des Tribunal de grande instance de Paris in Sachen *Etat Espagnol c. Société anonyme de l'Hôtel Gorge V*; Mertens, a.a.O. (Anm. 67), S. 52 f.; Bezirksgericht Den Haag vom 15. 4. 1965, ILM 5 (1966), S. 477.

übung seiner Souveränität — nach innen wie nach außen — sichern. Das wirft die Frage auf, wie sich hoheitliches Handeln auf die Erfüllung privatrechtlicher Geschäfte oder, um einen neutraleren Ausdruck zu gebrauchen, reiner Handelsgeschäfte des Staates auswirken kann. Die Überlegungen kehren damit noch einmal zu jener von Justice White entwickelten These zurück, daß selbst hoheitliche Akte, die im Zusammenhang mit reinen Handelsgeschäften der Staaten gesetzt werden, weder Immunität begründen, noch als *act of State* zu behandeln sind.

Das Problem läßt sich an Hand eines vor englischen Gerichten noch anhängigen Falles (*I Congreso del Partido*)¹³⁴⁾ verdeutlichen. In diesem Fall nahmen die Eigner von zwei Schiffsladungen (das chilenische Staatshandelsunternehmen IANSA) in einer *actio in rem* wegen Ansprüchen aus Zuckerlieferungsverträgen auf ein der Republik Kuba gehörendes, in einer britischen Werft gerade fertiggestelltes, noch im britischen Hafen ankern des Handelsschiff Zugriff.

Im Jahre 1973, als Chile und Kuba noch freundschaftliche Beziehungen unterhielten, kaufte das chilenische Staatshandelsunternehmen IANSA beim kubanischen staatlichen Handelsunternehmen CUBAZUCAR größere Mengen Rohrzucker, die nicht ausgeliefert wurden, da nach dem Regierungswechsel in Chile (Sturz des Ministerpräsidenten Allende) die neue chilenische Regierung die diplomatischen Beziehungen mit Kuba abbrach mit der Behauptung, Kuba habe zusammen mit Allende einen Staatsstreich und die Übernahme durch die Kommunisten vorbereitet. Daraufhin brach Kuba seinerseits alle Beziehungen zu Chile ab und verhängte eine vorläufige Beschlagnahme über chilenisches Vermögen — dazu gehörten die Zuckerladungen, die sich schon auf See befanden. Sie wurden zurückbeordert und der Erlös, soweit einer erzielt wurde, zugunsten des chilenischen Staates auf einem Sperrkonto der kubanischen Zentralbank hinterlegt. Chile hingegen betrieb auf Grund seiner Schadensersatzansprüche (und aus Vertrag) eine *actio in rem* gegen ein in England liegendes kubanisches Staatshandelsschiff.

Sieht man von der Frage ab, ob die Ansprüche überhaupt einen zur Begründung der englischen Jurisdiktion maßgeblichen Anknüpfungspunkt haben¹³⁵⁾, so ist sicher, daß die Republik Kuba für das Zugriffsobjekt

¹³⁴⁾ Siehe dazu Queen's Bench Division, Urteil vom 8. 1. 1977 (R. Goff, J.), *I Congreso del Partido*, [1977] 3 W.L.R. 778, 791 ff.; Court of Appeal, Urteil vom 1. 10. 1979, S. 8 ff.

¹³⁵⁾ Der erste Zugriff Chiles gegen ein den Panama-Kanal durchfahrendes Schiff (IMIAS), das dem kubanischen Staat gehörte, scheiterte, weil das U.S. Department of State auf kubanisches Ersuchen Immunität gewährte, vgl. *Spacil v. Crowe* (1974), 489 Federal Cases, 2nd 614. Zu den politischen Hintergründen siehe Monroe Leigh, *The Case of the "Imias"*, AJIL 68 (1974), S. 280 ff.

(Staatsschiff) keinerlei Immunität geltend machen kann. Wirkt sich aber die Ausübung seiner außenpolitischen Befugnisse (Retorsions- bzw. Repressalienmaßnahmen gegenüber Chile in der Form der Sequestrierung chilenischen Staatsvermögens in Kuba) nicht dahin aus, daß in Bezug auf den Anspruch, der zweifellos privatrechtlicher Natur ist, eine Sperre durch hinzugetretene hoheitliche Akte anzunehmen ist mit der Folge, daß insoweit Immunität besteht, der Fall also anders als die bloße Zahlungsverweigerung eines privaten Schuldners behandelt werden muß? Justice White würde die Frage verneinen. Nach dieser Sicht bleibt »Vertragsbruch« stets ein Vorgang im Zusammenhang mit *commercial transactions*¹³⁶⁾, die denkbare Doppelfunktionalität der staatlichen Handlung bleibt gänzlich außer Betracht. Das hätte zur Folge, daß die Staaten, die in hohem Maße selbst Handel treiben, unter Umständen bei der Gestaltung ihrer Außenpolitik völlig anderen Rücksichten ausgesetzt sind als solche, die den Handel ihren Bürgern überlassen. Vermutlich würden Staatshandelsunternehmen in Zukunft mehr als bisher ihre Eigenständigkeit vom Staate (kein *alter ego*)¹³⁷⁾ betonen und könnten damit wie im Fall *C. Czarnikow Ltd. v. Centrala Handlu Zagranicznego »Rolimpex«*¹³⁸⁾ erreichen, daß die Nichterfüllung von Lieferverpflichtungen auf Grund einer staatlichen Exportsperrung ihnen nicht zu gerechnet, sondern als »höhere Gewalt« entschuldigend und haftungsausschließend an gerechnet würden.

Demgegenüber hielt Justice Goff den Begriff *acta iure gestionis* insofern für "misleading". "It is too broad because even where a sovereign acts in a private capacity, he does not cease to be a sovereign. His action as a private citizen does not detract from his status, and he may thereafter find it necessary to act in a public capacity"¹³⁹⁾. Handele er aber in Ausübung der Staatsgewalt, so dürfe darüber Gerichtsbarkeit wegen der Unabhängigkeit und Würde des Staates nicht ausgeübt werden¹⁴⁰⁾.

¹³⁶⁾ Bei sehr enger Interpretation dieses Begriffes könnte man sich fragen, ob die Leistungstörungen von dem Begriff erfaßt werden. Angesichts der Fassung z. B. in Art. 3 des UK State Immunity Act "proceedings relating to a commercial transaction" kann daran kein Zweifel sein.

¹³⁷⁾ Siehe zu diesen Problemen Brower [*et al.*] (Anm. 104), S. 202.

¹³⁸⁾ House of Lords [1978] 3 W.L.R. 274. Die Klage gegen das polnische Staatshandelsunternehmen wurde abgewiesen.

¹³⁹⁾ *I Congreso del Partido* [1977] 3 W.L.R. 803.

¹⁴⁰⁾ *Ibid.* unter Berufung auf Chief Justice Marshall in *The Schooner Exchange* (1812) 7 Cranch 116, 144. Schreuer, a.a.O. (Anm. 1), S. 159, kritisiert demgegenüber, daß »der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes«, welcher für die beschränkte Staatenimmunität als rechtspolitische Grundlage diene, nicht berücksichtigt werde. Schreuer

Diese Lösung des Problems liegt auch auf Grund der bisher entschiedenen Fälle nahe. Immunität ist stets gewährt worden, wenn ein im Privatverkehr erworbenes Gut (Grundstück, Gebäude) vom fremden Staat zur Erfüllung hoheitlicher Belange verwendet wurde, wobei die Natur des jeweiligen Aktes maßgeblich war¹⁴¹⁾.

In Fällen, in denen *iure gestionis*-Beziehungen und -Verpflichtungen zwischen Staat und Privaten bestanden, haben die Gerichte stets noch die Frage geprüft, ob die Erfüllung dieser Verpflichtungen die Ausübung hoheitlicher Befugnisse (z. B. Erfüllung der Aufgaben einer diplomatischen Mission) behindert¹⁴²⁾.

Ausgehend von diesen Erwägungen liegt die Schlußfolgerung nahe, daß ein ausländischer Staat auch dann Immunität genießt, wenn die Erfüllung privater Handelsgeschäfte zu einem Eingriff in die Ausübung seiner hoheitlichen z. B. diplomatischen Funktionen führen würde. Diese auch vom Bundesverfassungsgericht angedeutete Folge führt konsequenterweise zur Frage, ob dann nicht wenigstens die Völkerrechtsmäßigkeit der Ausübung hoheitlicher Funktionen, somit der *acta iure imperii*, die die Erfüllung eines Handelsvertrages unmöglich machen, zu prüfen wäre.

Der High Court of Justice¹⁴³⁾ verneinte auch diese Frage. Zunächst wies er die Position: "once the sovereign has descended to the market-place, he can no longer involve sovereign immunity" aus prinzipiellen Erwägungen zurück, die wohl aus dem Zweck der Immunität hergeleitet werden — denn es sei möglich

sieht bei dem Verkehr mit Staatshandelsländern die gleiche Unsicherheit für ausländische Gläubiger wie bei der früheren absoluten Immunität, weil allfälligen Verpflichtungen dadurch entgangen werden könnte, daß die Regierung den Bruch eingegangener Verträge hoheitlich anordnet. Aber auch westliche Staaten können Liefer- und Handelsperren aus außenpolitischen Rücksichten verfügen, ausländisches Vermögen sequestrieren usw. — der einzige Unterschied besteht darin, daß sich diese Maßnahmen beim Staatshandelsland auch »gegen es selbst« als Handelspartner richten und sich daher die Immunitätsfrage stellt, während beim westlichen Privathandels-Staat diese Maßnahme die (eigenen) Bürger erfaßt und bei der Abwicklung des privaten Handelsgeschäfts ihre Rechtmäßigkeit als Vorfrage voll oder nur eingeschränkt nach *act of State*-Gesichtspunkten für die Gerichte überprüfbar ist.

¹⁴¹⁾ Vgl. dazu die eingehenden Erwägungen von BVerfGE 16, 27 ff., 64 (Reparaturarbeiten in der Botschaft des Iran). Das Bundesverfassungsgericht sah im Abschluß eines Reparaturvertrages mit Recht keine hoheitliche Betätigung.

¹⁴²⁾ BVerfGE 15, 25 ff. (43): Grundbuchberichtigungsklage betreffend das jugoslawische Botschaftsgelände. Vgl. andererseits die Zurückweisung des Immunitätsbegehrens der DDR gegenüber einer Grundsteuerforderung im Fall *County Board of Arlington County v. Government of the German Democratic Republic*, order des U.S.D.C. for the Eastern District of Virginia, ILM 17 (1978), S. 1402, 1404.

¹⁴³⁾ A.a.O. (Anm. 134), S. 807.

a) daß der Staat sich seiner Immunität begeben, ohne sich in den Handelsverkehr eingelassen zu haben, oder

b) daß der Staat sich in den Handelsverkehr eingelassen habe und nachträglich sich genötigt sehen könne, in hoheitlicher Eigenschaft zu handeln.

“A sovereign may, as a private citizen can, sell wheat, charter a ship or promise to marry. He may thereafter, as a private citizen cannot, decide as sovereign that he should not deliver the wheat (e.g. because his own subjects are in a desperate need of wheat) or take delivery of the ship (e.g. because the shipowner is a citizen of a state with which he has severed all relations) or marry (because his own council of state has forbidden the marriage)”¹⁴⁴).

Nach Ansicht des High Court ist es mit dem »Prinzip, auf dem die Doktrin staatlicher Immunität beruht« unvereinbar, wenn ein fremdes Gericht Gerichtsbarkeit über derartige Akte ausüben würde. Dies wäre ein Eingriff in “the power and the dignity of the foreign sovereign”. “That principle requires, in my judgment, that even where a sovereign ... ‘descends into the market place’ by permitting one of his ships to sail as an ordinary trading ship, his sovereign acts in relation to that ship should be afforded the respect due to his independence and dignity as sovereign. It is not enough to say that he can, if necessary, plead act of state by way of defence. Such a plea will in any event depend upon the extent to which the defence is recognised in the relevant jurisdiction; but, more important, the whole purpose of the doctrine of sovereign immunity is that the domestic courts of a foreign state should not even take cognizance of a dispute in which a foreign sovereign is impleaded”¹⁴⁵).

Die Akte der Staatsgewalt – im konkreten Fall: der Rückruf der Schiffe samt ihrer Ladungen, deren Beschlagnahme und Verwertung als Antwort auf den Staatsstreich in Chile und den Abbruch der diplomatischen Bezie-

¹⁴⁴) *Ibid.*, S. 804. Justice Goff fügte hinzu: “certainty in commercial transactions is not in my judgment, the true reason why in certain circumstances the doctrine of sovereign immunity is restricted. The true reason is, that it is restricted where the foreign sovereign does not act as such, that is, where he has acts as any private citizen may act. I should add that, in so far as the introduction into international law of the restrictive doctrine of sovereign immunity is due to a desire that contracting parties should not be deprived of their reasonable business expectations in commercial transactions, it would not be inconsistent with recognition of such expectations to qualify the doctrine by permitting the sovereign to invoke immunity where the alleged breach of contract arose from an *actus jure imperii*, for example an act performed as a matter of national defence or of foreign policy, especially when it is borne in mind that a sovereign cannot ordinarily plead force majeure, as other parties can, in respect of governmental intervention, when it is itself the government which has intervened”.

¹⁴⁵) A.a.O. (oben Anm. 1), S. 805.

hungen — sind deutlich von rein kommerziellen Handlungen zu scheiden. Es sind ihrer Natur nach "acts concerning diplomatic activity"¹⁴⁶⁾ und mit der bloßen Zahlungsverweigerung eines ausländischen Staates als Schuldner — wie im Fall der von der iranischen Botschaft geschuldeten Reparaturkosten⁷¹⁾ — nicht vergleichbar. Wie vertauschbar »Natur« und »Zweck« der Akte werden, wenn in die Bestimmung der Natur der (öffentlichen) Zweck weitgehend einfließt, oder umgekehrt, alle wesentlichen Elemente der (öffentlichen) Natur in den dahinterliegenden Zweck verlagert werden, macht die schon eingangs zitierte Kontroverse zwischen Justice Waller und Lord Denning in der Berufungsentscheidung noch einmal sehr deutlich. Lord Denning unterscheidet unzweifelhafte Akte staatlicher Hoheitsgewalt wie Nationalisierungen, Konfiskationen, Beschlagnahmen, mit denen in das Eigentum von Privaten eingegriffen wird, von Maßnahmen, durch die der Staat in den durch ihn selbst geführten Handel eingreift. Die Weigerung, eine Zuckerladung auszuliefern, stellt seiner Ansicht nach eine klare Zurückweisung und einen Bruch des Vertrages dar: "Such an act — a plain repudiation of a contract — cannot be regarded as an act of such a nature as to give rise to sovereign immunity. It matters not what was the purpose of the repudiation. If it had been done for economic reasons — as, for instance, because the market-price of sugar had risen sharply — it could not possibly have given rise to sovereign immunity. If it had been done for humanitarian reasons — as, for instance, because the Cuban government were short of sugar for their own people or wanted to give it to the people of North Vietnam — equally it could not possibly have given rise to sovereign immunity. It was in fact done out of anger at the coup d'Etat in Chile — and out of hostility to the new régime. That motive cannot alter the nature of

¹⁴⁶⁾ Vgl. *Victory Transport Inc. v. Comisaria General de Abastecimientos y Transportes*, 336 F. (2 d) 354, 360 (1964). Vgl. auch das illustrative Beispiel von Justice Goff (a.a.O. oben Anm. 1, S. 805): "Suppose that a foreign sovereign, whose country is threatened with invasion, seizes strategic materials which are being carried on some of his ordinary trading ships. Again, it is difficult to believe that the sovereign could not claim immunity in respect of a claim for conversion of the goods; indeed, even if the sovereign was a party to the contracts of affreightment under which the goods were being carried on his ships, and such contracts could be characterised as *acta iure gestionis*, he should surely be entitled to immunity. To assert jurisdiction in the case of such claims would be inconsistent with the power and dignity of the sovereign. The claims would be more appropriately dealt with through diplomatic channels, than through the courts of another country. Such an act is an *actus iure imperii*; it is not just that the purpose or motive of the act is to serve the purpose of the state, but that the act is of its own character a governmental act, as opposed to an act which any private citizen can perform".

the act. Nor can it give sovereign immunity where otherwise there would be none. It is the nature of the act that matters, not the motive behind it"¹⁴⁷). Für Justice Waller liegt dagegen das Interesse der Republik Kuba klar zu Tage, "in being free to perform political acts without undergoing the embarrassment or hindrance of defending the propriety of such acts before foreign courts. . . . In my opinion in this case it was the act of the government of the Republic of Cuba which prevented these cargoes from being delivered. I do not think it is possible to say that the act was clearly commercial in its nature . . . No suggestion has been made that it was in the commercial interests of the Republic of Cuba to cease trading with Chile. On the contrary, it was a political decision, a foreign policy decision which bore no relation to commercial interests. The dispute would bring into question 'Legislative or international transactions of a foreign government, or the policy of its executive' (see per Lord Denning in *Rahimtoola* (1958)⁵¹) Appeal Cases 422)"¹⁴⁸).

Diese Überlegungen sind einleuchtend, denn die von Kuba ergriffenen Maßnahmen fallen in das klassische Repertoire außenpolitischer Repressalien- bzw. Retorsionsakte¹⁴⁹) gegen einen anderen Staat. Zu derartigen Akten gehört gerade auch der Abbruch von Wirtschaftsbeziehungen, das »Einfrieren« von Guthaben des anderen Staates und seiner Staatsangehörigen u.a.m. Diese Akte sind nach einer am Kernbereich staatlicher Hoheitsgewalt orientierten Betrachtung nie kommerzieller Natur (schon gar nicht rein kommerzieller Natur), mögen sie auch erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen haben – worin im übrigen der Sinn solcher Repressalien- bzw. Retorsionsakte liegt. Die künftige Judikatur wird nur dann eine brauchbare Leitlinie bei der Abgrenzung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* gewinnen können, wenn zumindest dieser Kernbereich klassischer außenpolitischer Akte im zwischenstaatlichen Verkehr als *acta iure imperii* geachtet und vom kommerziellen Bereich ausgeklammert wird.

Außerdem widerspricht es gerade dem Prinzip der Immunität, wenn die Völkerrechtsmäßigkeit des Handelns überprüft werden könnte, z. B. im Hinblick auf eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben und

¹⁴⁷) A.a.O. (Anm. 2), S. 19 f.

¹⁴⁸) *Ibid.*, S. 32.

¹⁴⁹) Es kann offenbleiben, ob, wie Kuba behauptet hat, rechtswidrige Übergriffe gegen kubanisches Vermögen und diplomatisches Personal durch die neuen Machthaber in Chile am 11. 9. 1973 geschehen sind und die ergriffenen Maßnahmen daher (auch) Repressaliencharakter haben.

des Diskriminierungsverbotes¹⁵⁰⁾. Wenn es eine hoheitliche Maßnahme war, kommt es für die Gewährung der Immunität nicht darauf an, ob sie völkerrechtswidrig geschah. Diese Erwägung ist überzeugend; denn die Immunität schützt als völkerrechtlicher Rechtssatz den unerläßlichen politischen Spielraum des hoheitlich handelnden Staates nicht nur im Rahmen des völkerrechtlich Zulässigen, sondern auch bei rechtswidrigen Übergriffen. Die Akte mögen völkerrechtswidrig sein, nichtsdestoweniger bleiben sie *acta iure imperii*. Es ist nicht »unlogisch« anzunehmen, daß nach geltendem Völkerrecht den Staaten Immunität auch für hoheitliche Maßnahmen zusteht, die andere Regeln des Völkerrechts verletzen. Würden die Gerichte den Mantel der Immunität zerreißen und die völkerrechtliche Zulässigkeit des geschützten Hoheitsaktes kontrollieren, wäre die Gerichts-exemption des hoheitlich handelnden fremden Staates grundsätzlich in Frage gestellt¹⁵¹⁾. Andererseits schließt diese These nicht aus, dem Staat die Berufung auf die Immunität zu verwehren, wenn er sich rechtsmißbräuchlich gerade darauf beruft, z. B. bewußt Voraussetzungen schafft, um sich seinen Verpflichtungen aus Handelsgeschäften zu entziehen. Ein Beispiel dafür bietet die Frage, ob ein Staat ein bisher für Handelszwecke genutztes Schiff durch die während des gerichtlichen Verfahrens abgegebene Erklärung dem Zugriff entziehen kann, er werde das Schiff in Zukunft für öffentliche Aufgaben nutzen. Der Privy Council schien im Fall *The Philippine Admiral* eine solche denkbare, aber nicht abgegebene Erklärung einer Reihe von schwierigen (hypothetischen) Fragen auszusetzen¹⁵²⁾, zum Beispiel "whether it would require any evidence of the intention over and above its mere assertion; whether the fact that it was formed in order to defeat the plaintiffs' claim would be a relevant consideration: and at what

¹⁵⁰⁾ So Justice Goff, a.a.O. (Anm.1), S. 807. "But the suggestion that sovereign immunity may not be invoked in cases where there is a breach of international good faith is certainly not supported, on the material before me, by any evidence of consensus among the laws of other nations, the only authority cited being the judgment of the Commercial Court of Frankfurt in *Y.M.N. Establishment v. Central Bank of Nigeria*, December 2, 1975. Moreover, the submission appears to run contrary to the whole principle of sovereign immunity; the sovereign is immune from process precisely because the domestic court will not adjudicate upon his actions".

¹⁵¹⁾ Diese Erwägung schließt nicht aus, daß die Völkerrechtmäßigkeit des Hoheitsaktes als Vorfrage in einem Verfahren, an dem der fremde Staat nicht beteiligt ist, überprüft wird (zu diesem Unterschied zur *act of State*-Doktrin siehe oben Anm. 99 und 101).

¹⁵²⁾ Unter Berufung auf die Entscheidungen des Supreme Court of Canada in Sachen *Canadian Conqueror*, (1962) 34 D.L.R. (2 d) 628, war argumentiert worden, daß vermutet werden müsse, das Schiff würde für öffentliche Belange gebraucht, weil der

time such a claim would have to be formulated to be listened to at all"¹⁵³).

Der State Immunity Act 1978 hat die Frage in Art. 10 Abs. 3–5 dadurch beantwortet, daß Immunität ausgeschlossen ist, wenn "at the time when the cause of action arose, the ship (both ships, the cargo etc.) was in use or intended for use for commercial purposes"¹⁵⁴). Diese Fixierung auf den Zeitpunkt der Klageerhebung schließt zwar einen möglichen Mißbrauch aus – jedoch auch, daß ein Staat dringenden staatlichen Interessen durch nachträgliche Zweckänderungen der Verwendung des Schiffes Rechnung tragen kann. Dennoch erscheint diese Regelung für die Bedürfnisse sowohl der Staaten als auch des internationalen Wirtschaftsverkehrs angemessen.

Mit dieser Überlegung wird auch ein wichtiger Zusammenhang zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Dezember 1977 offenbar: Das BVerfG hat in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung die These aufgestellt, daß die Vollstreckung in Gegenstände, die hoheitlichen Zwecken des fremden Staates dienen, unzulässig sei, und den Schutzbereich zugunsten des fremden Staates (auf Grund des Rechtssatzes *ne impediatur legatio*) sehr weit gezogen, ausgehend von den abstrakten Gefahren der Funktionsfähigkeit der diplomatischen Vertretung. Es hat folgenden Satz des allgemeinen Völkerrechts festgestellt: »Forderungen aus einem laufenden, allgemeinen Bankkonto der Botschaft eines fremden Staates, das im Gerichtsstaat besteht und zur Deckung der Ausgaben und Kosten der Botschaft bestimmt ist, unterliegen nicht der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsstaat«. Einem Mißbrauch, d. h. einem funktionswidrigen Gebrauch der Immunität durch Nutzung des Kontos für andere Leistungen und Vorgänge soll nur von Organen der Bundesrepublik Deutschland mit diplomatischen Mitteln begegnet werden können.

Eigentümer (die staatliche Kommission) ein unmittelbares Recht auf Besitz an dem Schiff habe und sofort zugunsten öffentlicher Belange davon Gebrauch machen könne. Da die Philippine Admiral seit 10 Jahren für Handelszwecke benutzt werde, und es gab "no reason whatsoever to suppose that (the Republic) is going to change (its use)", wurde dieses Argument zurückgewiesen. C. M. Chinkin, *The Modern Law Review*, 39, S. 597 (Trading Activities by Foreign Sovereign States and the Law of Sovereign Immunity), betont, daß "difficult questions of proof would have arisen, if the republic had alleged the ship would be used for public activities in the future".

¹⁵³) A.a.O. (Anm. 53), S. 233.

¹⁵⁴) A.a.O. (Anm. 84). Der Begriff *commercial purposes* umfaßt nach Art. 17 Abs. 1 "purposes of such transactions or activities as are mentioned in section 3 (3) . . .".

IX. Schlußbemerkungen

1. Die weltweite Tendenz, zur Umschreibung des völkerrechtlich gebotenen Mindestbereichs der Immunität die Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* zu akzeptieren, festigt diese Unterscheidung als maßgeblichen Teil des allgemeinen Völkerrechts. Die von den sozialistischen Staatshandelsländern nur noch offiziell vertretene, in der Praxis aber kaum mehr wahrgenommene Position der absoluten Immunität hat sich nicht durchsetzen können und kann nicht mehr wie früher auf englische und amerikanische Gerichtspraxis gestützt werden.

Die UdSSR hat sich auch darauf eingelassen, daß erst durch Verträge einzelnen Leitern und Mitgliedern der sowjetischen Handelsvertretungen Immunität zuerkannt wurde, also nicht dem Handel treibenden Staat und seinen ausführenden Organen als solchen¹⁵⁵). Die UdSSR hat sich vor deutschen Gerichten (seit dem Fall der *Charkow* von 1952) soweit ersichtlich nie wieder auf die Immunität in Bezug auf Handelsschiffe berufen.

2. Bemerkenswert ist die Koinzidenz der materiellen Abgrenzungskriterien für *acts of State* und Immunität in der Entscheidung *Alfred Dunhill* des US Supreme Court. Auch der amerikanische Kongreß betrachtet die *commercial activity* als Eckstein für die Begrenzung der *act of State*-Doktrin und der Staatenimmunität, "suggesting that both theories be interpreted in tandem"¹⁵⁶).

3. Ob man das Kriterium der »Natur« der Tätigkeit (über die *lex fori* hinausgehend) nach einem allgemeinen internationalen Standard – sei es der Staatssphäre, sei es der kommerziellen Sphäre – wird näher qualifizieren können, muß zweifelhaft bleiben. Die Gerichtspraxis an Hand des englischen State Immunity Act 1978 und des amerikanischen Foreign Sovereign Immunities Act 1976 zum Begriff der *commercial transactions* wird – vielleicht – weiteren Aufschluß geben.

¹⁵⁵) Verdross/Simma, a.a.O. (Anm. 10), S. 567.

¹⁵⁶) So der U.S. District Court (S.D.N.Y.) in Sachen *National American Corporation v. Fed. Rep. of Nigeria*, 448 F. Supp. 622, ILM 17 (1978), S. 1407, 1415. Die Befürchtung, die Einführung der restriktiven Immunität könne in ausländischen Staaten durch die »Hintertür« der *act of State*-Doktrin umgangen werden, wies der amerikanische Kongreß bezeichnenderweise während der Beratungen über den Foreign Sovereign Immunities Act mit Bezugnahme auf den Fall *Alfred Dunhill* zurück (R. House Rep. a.a.O. [oben Anm. 104], S. 20 n. 1). Denn nach der Mehrheitsmeinung in *Dunhill*, "the concept of an act of State should not be extended to include the repudiation of a purely commercial obligation" (96 S.Ct. 1861). Vgl. zu diesen Erwartungen die Zurückhaltung bei Weber (oben Anm. 7), S. 103 f.

4. In der Tendenz der Entwicklung könnte es liegen, dem Staat sogar für hoheitliche Eingriffe in wirtschaftliche Beziehungen, an denen er beteiligt ist, Immunität zu verwehren (*market-place-doctrine*).

Diese Entwicklung führt zum Übergriff in einen vom funktionellen staatlich-hoheitlichen Verständnis der Immunität abgedeckten Bereich und ist daher nicht ohne Risiko für das völkerrechtliche Institut der Immunität überhaupt. Sie opfert meines Erachtens unnötigerweise die für den zwischens t a a t l i c h e n Verkehr notwendige Bewegungsfreiheit angeblichen Bedürfnisse des internationalen W i r t s c h a f t s v e r k e h r s. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts liegt demgegenüber auf der anderen Linie und ordnet zugunsten der gefährdeten staatlichen Funktionen des fremden Staates ganz generell Botschaftskonten dem Immunitätsbereich zu. Auch sie wird — angesichts der Mißbrauchsmöglichkeiten — nicht das Ende der Entwicklung sein, die möglicherweise in der Pflicht der Staaten zu mehrfacher Kontoführung Ausdruck finden wird.

Summary*)

Trends in the Development of Foreign State Immunity

1. The past five years have seen a remarkable and ever more accelerated development concerning foreign State immunity towards a general acceptance of the necessity to restrict functionally the immunity of foreign States and to differentiate between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* as separating the sphere of public activity where a State is immune from the jurisdiction of foreign courts from that where the State acts like a private person and as such is submitted to the jurisdiction of foreign courts.

Steps which may be enumerated in this recent development are: (a) the movement of the British courts and the Privy Council away from the concept of absolute immunity (*ratione personae*) towards a functionally restricted one (*ratione materiae*); (b) the attempts to define the criteria of distinction of *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* in international conventions and State legislation and (c) the discussion on the question whether a State should be immune in cases where it had sought involvement for itself in commercial transactions in which it then interfered by *acta jure imperii* (market-place-doctrine). The point of departure of this discussion is the decision of the English Court of Appeal in the case of the Cuban State-owned merchant vessel *I Congreso del Partido* of 1st October, 1979, where the Cuban Government by means of diplomatic reprisals interfered in a purely commercial sugar transaction treaty which had been concluded between Cuban and Chilean

*) Summary by the author.

State enterprises. While Lord Justice Waller characterized this act of the Government of the Republic of Cuba as a political decision which bore no relation to commercial interests, Lord Denning saw it essentially as a repudiative breach of contract.

In contrast to this development, the attitude of the German Federal Constitutional Court in its decision of 13th December, 1977 (BVerfGE 46, 342) has to be considered as cautious and aimed at avoiding an eventual erosion of the legal institution of immunity as a whole. The German Federal Constitutional Court has always accepted the criteria of *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* as relevant for the circumscription of the standards of the international law of nations (BVerfGE 16, 27) and even decided (BVerfGE 15, 25) that in the case of actions against a foreign State in order to obtain the permission to correct the Land Register concerning the ownership of legal property, the German Court's jurisdiction is not precluded on account of a general principle of international law. An action in favour of a correction of the Land Register does not imply any restrictions for a diplomatic mission to carry out its functions. In its decision of 13th December, 1977, the Court declared that "claims to a foreign embassy's current bank account opened in the forum State for the purpose of covering current expenses and costs of the embassy are not submitted to the forum State's execution".

2. There have been two major efforts to overcome the difficulties arising from the different State practice in respect to the theories of absolute and restrictive foreign immunity. The first one was the Brussels Convention on the Establishment of Uniform Rules for the Immunity of State-owned Merchant Ships (April 10, 1926) and the second the Convention of the Council of Europe on State Immunity of May 16, 1972. Whereas the Brussels Convention submitted State-owned merchant ships to the same liability rules as private ships, the Council of Europe, starting from the premisses of absolute immunity, tried, by enumerating exceptions, to define what might be considered as *acta jure gestionis*. Both conventions were unacceptable for Great Britain which had for a long time adhered to the theory of absolute immunity. Nor was the Brussels Convention acceptable for the United States of America who had adopted national legislation (Public Vessels Act, 1925) with an analogous purpose. Apart from Great Britain, Sweden, Cyprus and Turkey, the socialist countries, and in particular the USSR, in theory firmly supported the concept of absolute immunity whereas in practice they approved the conduct of the European countries who submitted foreign State-owned merchant vessels to their jurisdiction (e.g. see the case of the Soviet steamer *Charkov* before the Landgericht Bremen). The socialist countries based their attitude mainly on the argument that Great Britain also adhered to the theory of absolute immunity.

3. The position of the English courts began to change with the decision of the Privy Council in the case of the *Philippine Admiral*, 1976, where the Privy Council abandoned the theory of absolute foreign immunity in favour of a more restricted concept. In an *actio in rem* against a State-owned trading ship, the Council applied the restrictive theory, which means that a foreign State can be sued with respect to ships used for normal commercial purposes. In its decision the Privy Council clearly declared not to follow precedents such as the *Parlement Belge* or the *Porto*

Alexandre cases and found support for its decision in judgments of the American Supreme Court as e.g. in the case *Republic of Mexico v. Hoffmann* (1945).

4. The next step in this direction involved the decisions in the case of *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*. While the High Court at first instance granted immunity irrespective of the nature of the transaction, the Court of Appeal rejected any international obligation to grant immunity because the transaction under consideration was of a purely commercial nature. (Moreover, the German Landgericht Frankfurt decided the point in the same sense). The Court of Appeal (Lord Denning) in this case sought to find support in the analogous situation before the American Supreme Court in the case *Alfred Dunhill of London Inc. v. the Republic of Cuba* (of May, 24, 1976), which considered the same distinction between public and commercial acts to be relevant for the act of State-doctrine as well as for the question of immunity.

This development in Great Britain came to an — albeit perhaps not definite — end with the State Immunity Act of July 20, 1978. According to that Act, a State may not claim immunity if at the same time when the cause of action arose the ship was in use or intended for use for commercial purposes. Furthermore, any transaction, or any obligation entered into by a State which by virtue of a contract (whether commercial or not) is to be performed wholly or in part in the United Kingdom, is considered as *acta jure gestionis* with the consequence, that the foreign State may not then claim immunity. The definitions of the United Kingdom State Immunity Act of 1978 may be called clear and pragmatic — as they go beyond the accepted meaning of the “nature” of a transaction —, but the question still arises whether the terms of this Act do not go beyond the minimum standards of public international law required even by the restrictive theory of State immunity.

5. In the United States a similar development is reflected in the famous decision of the Supreme Court in the case *Alfred Dunhill of London Inc. v. the Republic of Cuba* of May 24, 1976. The United States had since the Tate-letter of 1952 practically abandoned the principle of absolute sovereign immunity and endorsed the restrictive view. Similarly the Supreme Court now argued with respect to the act of State-doctrine that under this doctrine an act is only an act of State when the conduct under consideration is the public act of an organ authorized to exercise foreign powers. Furthermore, Justice Wright in this decision developed the argument (which was not shared by the majority) that neither immunity nor act of State could be claimed by a State for actions which it took in respect to its own commercial transactions. When a State enters the market-place with the purpose to find customers, it gives up its quasi-sovereignty *pro tanto* and takes on the character of a trader. This “market-place-doctrine” would even submit *acta jure imperii* to the jurisdiction of foreign courts when they are related to commercial transactions. This North American Development is now embodied in the Foreign Sovereign Immunities Act of October 21, 1976. It is interesting to note that the American Act defines the exceptions to the immunity of foreign States with the term of “commercial activity” by which the commercial character of an activity is to be determined by reference to the nature of the course of conduct of a particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.

6. Starting from the attempts to eliminate the difficulties arising from the differing concepts of absolute and restricted sovereign immunity by means of international conventions, this trend which is to be discerned on the international level is now translated into the national legislation. For the further development this trend may not be favorable and, hence, has encountered justified criticism, for example by O'Connell. On the other hand, it has turned out to be extremely difficult to find an internationally adequate answer to the decisive question of how to define a "commercial transaction". In general legal opinion — shared also by the German Federal Constitutional Court, as developed in the *Empire of Iran* case — the decisive factor lies in the nature of the transaction and not in its purpose. The public or private nature has, according to this opinion, in the first place to be determined by the application of *lex fori* and only then according to internationally accepted criteria of what is to be the "nucleus of State activity" or, on the other hand, "purely economic". It is obvious that such international standards which can really solve the difficult borderline questions do not exist, but there should be an attempt at least at defining the major fields of State activity such as foreign policy, defence and interior public order. It is equally obvious that at least current diplomatic and foreign relations and acts fall under the classical sphere of State activity and should not be regarded as "purely commercial", even if they imply a disturbance or interruption of economic relations with other States. In this context, regard should be given also to the fact that the nature and purpose of an act can to a certain extent be interchangeable and that there might be fields of State activity where *acta jure imperii* could as well be regarded as *acta jure gestionis* and seem to serve both functions (*dédoublement fonctionnel*). In all instances where the *acta jure imperii* test as to the classical State functions does not give rise to any doubt, the existing standards of public international law provide that State immunity is to be granted. It may occur in the future that a State is not allowed to base his claim for immunity on a public act by which he disturbs commercial relations or transactions in which he is a partner (market-place-doctrine). This development clearly goes beyond a functionally-restricted State immunity because it rejects the claim for immunity even in respect of *acta jure imperii*. For this reason this tendency bears some risk for the legal institution of immunity as a whole. In the view of the author, this tendency sacrifices the inalienable freedom of political decision-making in the foreign relations of the States for the benefit of international economic relations without urgent necessity, although this approach is not — yet — accepted as *opinio juris* of the States. It therefore seems necessary to interpret the United Kingdom State Immunity Act according to the generally accepted rules of international law on State immunity in the restricted sense. If the market-place-doctrine is too widely accepted, the recent decision of the German Federal Constitutional Court which, with a view to the unhampered functioning of a foreign embassy, considered its bank account to be immune from execution, may be qualified as being somewhat too cautious. It might be argued that in order to avoid improper use of this protection, foreign States should be obliged to make a clear distinction between their bank accounts which serve public purposes and those which serve private or commercial transactions.

7. Since the radical change of the British courts' practice and their new attitude in favour of the theory of restricted State immunity, there is now a real chance for a worldwide convention on State immunity based on a double concept: The definition of the nature of State activity which is beyond any doubt to be considered as *acta jure imperii* and, on the other hand, a definition of commercial transactions which have to be considered as *acta jure gestionis*, except in cases where a State intervenes by *acta jure imperii* in inter-State economic relations by means of reprisals or retortion.