

Zurechnungsfragen bei Handlungen von Privatpersonen

Joachim Wolf^{*}

Handlungen von Privatpersonen sind einem Staat nicht als eigenes Verhalten zurechenbar. Diese strikte Nichtzurechnung gilt insbesondere auch in Fällen, in denen durch Handlungen von Privatpersonen andere Staaten verletzt werden¹. In der Praxis handelt es sich vor allem um die Verletzung völkerrechtlich besonders geschützter Personen und Einrichtungen, z. B. durch Anschläge auf ausländische Diplomaten und Botschaften; in zunehmendem Maße wird der grenzüberschreitende und internationale Umweltschutz bedeutsam; auf den Gebieten der Bekämpfung des internationalen

* Dr. iur., wissenschaftlicher Referent am Institut.

Abkürzungen: AJIL = American Journal of International Law; ArchVR = Archiv des Völkerrechts; BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; BYIL = British Year Book of International Law; EPIL = Encyclopedia of Public International Law, R. Bernhardt (Hrsg.); GYIL = German Yearbook of International Law; IGH = Internationaler Gerichtshof; ILC = International Law Commission; RdC = Recueil des Cours de l'Académie de Droit International; RIAA = Reports of International Arbitral Awards; Strupp-Schlochauer, Wörterbuch = Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts (2. Aufl. 1960-1962); YILC = Yearbook of the International Law Commission.

¹ Aus der Rechtsprechung des IGH und der schiedsgerichtlichen Praxis vgl. hierzu *Korfu Kanal-Fall*, ICJ Reports 1949, S.18; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tebran*, ICJ Reports 1980, S.30ff. para.57ff.; *British Property in Spanish Morocco-Fall* (1925), RIAA 2, S.636, 709f.; *Janes-Fall* (1925), RIAA 4, S.86ff.; *Kennedy-Fall* (1927), RIAA 4, S.194ff.; *Venable-Fall* (1927), RIAA 4, S.219ff.; *Canahl-Fall* (1928), RIAA 4, S.389ff. Dieselbe Regel des allgemeinen Völkerrechts enthält der lediglich sprachlich abweichende Satz, daß die Staaten nur ihr eigenes Verhalten zu verantworten haben, vgl. den Schiedsspruch Bagge's im *Finnish Shipowner's-Fall* (1934), RIAA 3, S.1501. In der völkerrechtlichen Lehre ist diese Regel ebenfalls einhellig anerkannt. Speziell zur Frage der Zurechnung vgl. die Untersuchungen von J. G. Starke, *Imputability in International Delinquencies*, BYIL 19 (1938), S.104ff.; C. F. Amerasinghe, *Imputability in the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, *Revue égyptienne de droit international*, 22 (1966), S.91ff.; G. A. Christenson, *The Doctrine of Attribution in State Responsibility*, in: R.B. Lillich (Hrsg.),

Terrorismus, des internationalen Drogenhandels und des Söldnerwesens haben die Staaten neue Regelungsaufgaben übernommen oder sind dabei, sie zu übernehmen, mit denen sich der Kreis der völkerrechtlichen Zurechnungs- und Verantwortlichkeitsfragen erweitert².

I. Problemstellung

Die besondere Schwierigkeit dieser Fälle liegt in der Feststellung eines Fehlverhaltens von Personen, die für den in Anspruch genommenen Staat auftreten, das diesem Staat als *act of the State* zugerechnet werden kann und so seine völkerrechtliche Verantwortlichkeit begründet. Typischerweise ist dieses staatliche Fehlverhalten bei Handlungen von Privatpersonen ein Unterlassen. Staatliche Amtsträger versäumen es, Schädigungen anderer Staaten zu verhindern bzw. gegen die Schädiger vorzugehen. Der eher seltene Fall einer aktiven Beteiligung staatlicher Stellen an der von Privatpersonen begangenen Schädigungshandlung³ kann hier unberücksichtigt bleiben, nicht zuletzt, weil es völkerrechtlich im Ergebnis unerheblich ist, ob die staatliche Verantwortlichkeit auf einer zurechenbaren

International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens (1983), S.321 ff.; J. M. Mössner, Privatpersonen als Verursacher völkerrechtlicher Delikte, GYIL 24 (1981), S.63 ff.; O. Kimminich, Völkerrechtliche Haftung für das Handeln Privater im Bereich des internationalen Umweltschutzes, ArchVR 22 (1984), S.241 ff.; J. Wolf, Die gegenwärtige Entwicklung der Lehre über die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten, untersucht am Beispiel des Urteils des Internationalen Gerichtshofs in der Teheraner Geiselaire, ZaöRV 43 (1983), S.481 ff.

² Das gilt insbesondere für den Bereich des internationalen Umweltschutzes, vgl. hierzu Kimminich, S.248 ff.; G. Handl, State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons, AJIL 74 (1980), S.25 ff.; ders., International Liability for Marine Pollution, The Canadian Yearbook of International Law 1983, S.85 ff. Die Zurechnungsproblematik muß hier auf der Grundlage neuer Fragestellungen untersucht werden. Zu ihnen gehört das Problem einer völkerrechtlichen Gefährdungshaftung und die Frage einer »transnationalen« Schadensregulierung nicht auf völkerrechtlich-zwischenstaatlicher Grundlage, sondern unmittelbar im Verhältnis zwischen verantwortlichem Staat und geschädigter Privatperson im Ausland.

³ Zu diesen gehören z.B. der *Poggioli-Fall* (1903) der italienisch-venezolanischen Schiedskommission (RIAA 10, S.687 ff.) und das Urteil des IGH in der *Teheraner Geiselaire* (ICJ Reports 1980, S.36 para.74). In beiden Fällen wurde ein qualitativer Umschlag von privaten Handlungen in *acts of the State* angenommen. Beide Entscheidungen stimmen auch darin überein, daß die staatliche Verantwortlichkeit gleichzeitig auf völkerrechtliche Vorkehrungs- bzw. Verfolgungs- und Bestrafungspflichten gestützt wird, deren Verletzung eine eigenständige Zurechnungsgrundlage darstellt (vgl. hierzu Wolf [Anm.1], S.531 ff.). Die Entscheidungserheblichkeit des behaupteten qualitativen Umschlags bleibt also offen.

Handlung oder einer zurechenbaren Unterlassung beruht⁴. Das ändert allerdings nichts an der tatsächlichen Unterschiedlichkeit zwischen einem Handeln und einem Unterlassen⁵. Sie führt in den Unterlassungsfällen zu besonderen Zurechnungsproblemen, denen die folgende Untersuchung gilt.

Aus der bloßen Tatsache, daß Privatpersonen als Angehörige eines Staates A oder auf dessen Territorium einem Staat B oder dessen Angehörigen einen Schaden zugefügt haben, darf nicht ohne weiteres auf eine »Unterlassung« von Staat A im Sinne einer Nichtverhinderung der Schädigung geschlossen werden. Letztlich liefe dies auf die Annahme absoluter Garantiepflichten der Staaten für das Geschehen auf ihrem Territorium und für das Verhalten ihrer Angehörigen hinaus, die es im Völkerrecht nicht gibt⁶. Im Falle einer Schädigung von Staat B hängt eine Staat A zurechenbare Unterlassung vielmehr stets von besonderen Voraussetzungen ab. Wie die folgenden Beispiele zeigen, sind zur Bestimmung dieser Voraussetzungen höchst unterschiedliche Wege denkbar.

1. Tatsächliche und normative Unterlassungen

Wenn z. B. an Ort und Stelle anwesende Polizeibeamte tatenlos zusehen, wie »Demonstranten« gewaltsam in eine ausländische Botschaft eindringen, obwohl das Polizeiaufgebot jederzeit ausgereicht hätte, die Täter hieran zu hindern, liegt in diesem tatsächlichen Verhalten der Beamten eine Unterlassung. Als tatsächliches Verhalten staatlicher Organe ist diese Unterlassung dem Staat zurechenbar. Wenn dagegen bei demselben

⁴ Vgl. das Urteil des IGH im *Korfu Kanal*-Fall, ICJ Reports 1949, S.22f. Die völkerrechtliche Gleichstellung von Handlungen und Unterlassungen im Hinblick auf die Frage der Zurechenbarkeit ist in Art.3(a) des ILC-Entwurfs übernommen worden, YILC 1973 II, S.180 para.4.

⁵ Eine spezifisch völkerrechtliche Festlegung der Begriffe Handlung und Unterlassung gibt es nicht. Die ILC versteht hierunter ein tatsächliches menschliches Verhalten, siehe unten S.248. In demselben Sinne hat z. B. der Bundesgerichtshof eine Handlung definiert als »ein der Bewußtseinskontrolle und Willenslenkung unterliegendes beherrschbares Verhalten« eines Menschen (BGHZ 39, 103). Eine Unterlassung ist die Entscheidung eines Menschen, eine bestimmte Handlung nicht vorzunehmen. Dieses Verhalten ist zwar ebenfalls bewußt, enthält aber im Unterschied zur Handlung keine Ausübung einer Willensbetätigung.

⁶ Eine solche uneingeschränkte Garantiehaftung wird auch von der ILC abgelehnt, vgl. YILC 1975 II, S.73; zur Garantiehaftung und zu Garantieverträgen im Völkerrecht siehe allgemein G. Ress, Garantie, in: *Encyclopedia of Public International Law*, R. Bernhardt (Hrsg.) (EPIL), Instalment 7 (1984), S.109ff.; ders., *Guarantee Treaties*, *ibid.*, S.117ff.

Vorfall jedes Polizeiaufgebot fehlt, etwa weil der Einsatzleiter eine gegebene Veranlassung zu vorbeugenden Schutzmaßnahmen überhaupt nicht erkannt hat, kann von einer Unterlassung im tatsächlichen Sinne nicht gesprochen werden. Genausowenig kann man von einem schlafenden oder bewußtlosen Menschen sagen, daß er etwas unterlasse. Eine tatsächliche menschliche Unterlassung kann es nur im Hinblick auf eine bestimmte Handlungsmöglichkeit geben, die sich für den bzw. für die betreffenden Menschen in einer bestimmten Situation eröffnet und die von ihm bzw. von ihnen nicht ergriffen wird. Nur dieses Nichtergreifen einer von tatsächlichen Umständen abhängigen Handlungsmöglichkeit ist eine tatsächliche Unterlassung. Gleichwohl ist es im hier erörterten Beispielsfall denkbar, daß eine völkerrechtliche Verpflichtung zum Schutz ausländischer Botschaften verletzt ist, weil bei sorgfältiger Prüfung der Sachlage die Veranlassung zu vorbeugenden Schutzmaßnahmen hätte erkannt werden müssen. Will man auch hier von einer dem Staat zurechenbaren Unterlassung sprechen, wie dies häufig geschieht, so kann sich diese nur normativ daraus ergeben, einem völkerrechtlich verbindlichen Sorgfaltsmaßstab nicht entsprochen zu haben. Im ersten Fall entscheiden allein die konkreten Umstände des Sachverhalts über das Vorliegen einer Unterlassung. Im zweiten Fall ergibt sich eine Unterlassung normativ daraus, was nach dem Inhalt einer völkerrechtlichen Verpflichtung hätte geschehen müssen. Konkrete Gegebenheiten des Sachverhalts sind hier lediglich für die nur vom Ergebnis her begründbare Feststellung bedeutsam, daß das völkerrechtlich Gebotene nicht erfüllt ist.

Entsprechend unterschiedlich ist die jeweilige Zurechnungsoperation. Um eine tatsächliche Unterlassung einem Staat zurechnen zu können, muß zunächst deren Vorliegen aus den konkreten Umständen des Falles nachgewiesen werden. Andernfalls fehlt für den erforderlichen *act of the State* von vornherein jede Grundlage. Die Zurechnung einer tatsächlich vorliegenden Unterlassung hängt dann von einer besonderen Beziehung des unterlassenden Menschen zum Staat ab⁷. Kann eine Unterlassung dagegen normativ aus dem Vergleich einer gegebenen Sachlage mit der nach dem Inhalt einer völkerrechtlichen Verpflichtung gebotenen Sachlage abgeleitet werden, ergibt sich die Zurechnung – soweit nach dem Inhalt der jeweiligen völkerrechtlichen Verpflichtung keine besonderen Zurechnungsvoraussetzungen

⁷ Dies kann eine Organstellung, eine Amtsträgerschaft oder eine faktische Wahrnehmung von Staatsfunktionen sein; vgl. die in den Art.5–10 des Entwurfs geregelten Fälle sowie unten S.242f.

hinzukommen – schon daraus, daß die völkerrechtliche Verpflichtung den in Anspruch genommenen Staat trifft⁸.

Die Unterscheidung ist deshalb von erheblicher praktischer Bedeutung, weil die Zurechnung einer tatsächlichen Unterlassung im ersten Fall häufig an Beweisschwierigkeiten scheitert⁹. Dem verletzten Staat sind selten genaue Informationen über den tatsächlichen Geschehensablauf und die hiermit verbundenen Kenntnisse und tatsächlichen Eingriffsmöglichkeiten staatlicher Stellen des in Anspruch genommenen Staats zugänglich. Diese Schwierigkeiten entfallen weitgehend, wenn eine dem Staat zurechenbare Unterlassung normativ in der im zweiten Fall dargelegten Weise begründet werden kann. Auf den tatsächlichen Geschehensablauf und die sonstigen Umstände des Falles kommt es dann nur noch in dem beschränkten Umfang an, den der Nachweis der Nichterreichung des völkerrechtlichen Standards erfordert. In Fällen einer reinen Erfolgshaftung kann hierfür die bloße Tatsache des Erfolgseintritts genügen.

⁸ Die staatliche Verantwortlichkeit nach Völkerrecht hat keine festliegenden Deliktstatbestände zur Grundlage, vgl. statt vieler G. Dahm, Völkerrecht, Bd.3 (1961), S.209. Von einem »Delikt« kann daher nicht mehr im Sinne einer bestimmten Art von Rechts- oder Pflichtverletzungen gesprochen werden. Die bei einer Verantwortlichkeit für Pflichtverletzungen allein mögliche Qualifizierung des dem Staat zurechenbaren menschlichen Handelns oder Unterlassens ist seine Unvereinbarkeit mit Völkerrecht. Da die völkerrechtliche Verpflichtung jeden beliebigen Inhalt haben kann, kann dies jede beliebige menschliche Handlung oder Unterlassung sein. Dem *act of the State* kommt also keinerlei qualifizierende, den Inhalt der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit bestimmende Bedeutung mehr zu (wie hier Christenson [Anm.1], S.325f.). Seine Bedeutung reduziert sich auf die Verlagerung der Verantwortlichkeit von den jeweils handelnden Personen auf den Staat. Davon geht auch Christenson aus (S.321). Substantielle Ausdehnungen der Staatenverantwortlichkeit bei Handlungen von Privatpersonen, wie sie im heutigen Völkerrecht vielfach feststellbar sind, können daher nicht von den im wesentlichen unverändert gebliebenen Zurechnungsregeln her begründet werden. In Wahrheit geht es um eine inhaltliche Erweiterung der völkerrechtlichen Staatenverpflichtungen, mit denen die Grenzen einer Verantwortlichkeit nur für eigenes Verhalten zunehmend fragwürdiger werden. Zu Recht stellt Christenson fest, daß die Zurechnung als *act of the State* zum Staat hierbei immer mehr zur Fiktion wird: "The likelihood is that there are fewer and fewer purely private acts and that a public interest or public act or omission invariably accompanies a private act that affects the general security. In that sense, the doctrine of attribution becomes the fictional instrument for identifying and enlarging the substantive responsibility of States to prevent a harmful event" (S.337).

⁹ Vgl. hierzu den Diskussionsbeitrag von M. Meessen auf der 19.Tagung 1983 der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 24 (1984), S.82. A. Randelzhofer sprach in diesem Zusammenhang (*ibid.*, S.82) von »ins Zentrum der Problematik« führenden Fragen.

2. Keine einheitliche Linie in Lehre und Praxis

Unter den nach allgemeinem Völkerrecht unverzichtbaren Voraussetzungen der Staatenverantwortlichkeit sind lediglich die Erfordernisse einer Pflichtverletzung und einer Zurechenbarkeit dieser Pflichtverletzung zum betreffenden Staat im Ergebnis weitgehend außer Streit¹⁰. Schon die dogmatische Bedeutung der Zurechnung und die Frage nach den Zurechnungsvoraussetzungen sind dagegen höchst umstritten¹¹. Für die hier interessierenden Unterlassungsfälle ist bedeutsam, daß die mit der Zurechnungsproblematik unmittelbar verknüpfte Doktrin des *act of the State* weder einheitliche Kriterien noch eine einheitliche Methode zur Bestimmung einer dem Staat zurechenbaren Unterlassung kennt¹². Sowohl für Unterlassungen im tatsächlichen Sinne als auch für Unterlassungen im normativen Sinne finden sich zahlreiche Beispiele, wobei die einmal tatsächliche, ein andermal normative Bestimmung der Unterlassung auf die verantwortlichkeitsbegründende Bedeutung des pflichtverletzenden *act of the State* ohne Einfluß bleibt.

¹⁰ Vgl. Ago, YILC 1970 I, S.178 para.20, sowie YILC 1970 II, S.188ff. paras.35–55 mit zahlreichen Nachweisen zur Lehre und zur Praxis.

¹¹ Das mußte auch der Berichterstatter Ago in den Beratungen zu der in Art.3 getroffenen Unterscheidung einräumen: "But there again, unanimity did not go much beyond recognition of the distinction", YILC 1970 I, S.178 para.20.

¹² Der Entwurfsregelung liegen hinsichtlich der *act of the State*-Problematik diffizile Unterscheidungen zugrunde. Die Zurechenbarkeit hat allein die allgemeine Frage zum Gegenstand, ob ein bestimmtes Verhalten einen *act of the State* darstellt. Auf die Völkerrechtswidrigkeit bzw. Völkerrechtsgemäßheit dieses Verhaltens kommt es hierfür nicht an. Ebenso wenig kommt es für die völkerrechtliche Feststellung eines staatlichen Verhaltens auf die jeweilige innerstaatliche Zuständigkeits- und Organisationsregelung an. Von diesen allgemein anerkannten Grundsätzen geht auch die ILC aus (siehe unten S.243; vgl. ferner die Kommentierung zu Art.3, YILC 1973 II, S.181 para.6). Dennoch ist nach Auffassung der ILC weder die Völkerrechtswidrigkeit noch die innerstaatliche Zuständigkeitsordnung für die Zurechenbarkeit eines Verhaltens als *act of the State* gänzlich ohne Bedeutung. Während die innerstaatliche Ermächtigung zum Handeln für den Staat eine der völkerrechtlichen Zurechnung vorausgehende Grundbedingung ist, ohne die es keine Zurechnung nach Völkerrecht geben kann, muß bei dem zurechenbaren tatsächlichen Handeln oder Unterlassen berücksichtigt werden, daß die Zurechnung als *act of the State* letztlich der Begründung eines *internationally wrongful act* dient: "Attaching to the State a manifestation of will which is valid, for example, in order to establish its participation in a treaty is, however, in no way identifiable with the operation which consists of attributing to the State particular conduct for the purpose of imputing to it an internationally wrongful act entailing international responsibility. It would be wrong to adopt the same criteria in these two cases and to propose an identical solution based on a general and common definition of 'act of the State'. In the context of the responsibility of States for internationally wrongful acts, the 'act of the State' has its own specific character and must be defined according to particular criteria" (Vorbemerkungen zu den Art.5ff., YILC 1973 II, S.189 para.5).

Gestützt auf eine verbreitete schiedsgerichtliche und gerichtliche Praxis machen einige Autoren bei Unterlassungsdelikten im Unterschied zu Handlungsdelikten die Zurechenbarkeit zum Staat von einem Verschulden abhängig¹³. Soweit dieses Verschulden in einem subjektiv-psychologischen Sinne verstanden wird¹⁴, liegt hierin gleichzeitig zumindest implizit die Annahme einer tatsächlichen Unterlassung. Dasselbe gilt für eine Reihe schiedsgerichtlicher Entscheidungen, in denen die staatliche Verantwortlichkeit bei Schäden im Rahmen von Aufständen, Rebellionen und bürgerkriegsähnlichen Unruhen verneint wurde, weil sich aus den vorliegenden Tatsachen nicht ergab, daß staatliche Behörden in fahrlässiger Weise Gegenmaßnahmen und Schutzvorkehrungen unterlassen hatten¹⁵. Besonders deutlich ist die Zurechnung einer tatsächlichen Unterlassung dort, wo es maßgeblich darauf ankommt, daß zuständige Stellen Kenntnis von der tatsächlichen Sachlage haben. Zumeist sind dies gleichzeitig diejenigen Fälle, in denen die bei tatsächlichen Unterlassungen typischen Beweisschwierigkeiten im Mittelpunkt stehen. In den *Mexico City Bombardment Claims*-Fällen (1930) führte die British Mexican Claims Commission

¹³ P. Schoen, Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen, Zeitschrift für Völkerrecht, 10 (1917/18), Anhang S.54ff.; K. Strupp, Das völkerrechtliche Delikt (1920), S.54; ders., Die völkerrechtliche Haftung des Staates, insbesondere bei Handlungen von Privatpersonen (1927), S.17; A. Verdross/B. Simma, Universelles Völkerrecht (3. Aufl. 1984), S.850ff.

¹⁴ So z. B. bei Schoen; Dahm, Völkerrecht, Bd.3, S.224ff. In der schiedsgerichtlichen und gerichtlichen Praxis wird zwischen Verschulden im Sinne von individuellem Vorsatz oder Fahrlässigkeit und Verschulden im Sinne von objektivem Sorgfaltsmangel nicht immer klar unterschieden. Von einem Verschulden im zuerst genannten Sinne ist im Zweifel auszugehen, wenn auf die positive Kenntnis zuständiger staatlicher Amtsträger abgestellt wird. Das geschah z. B. in der Entscheidung des britisch-deutschen Schiedsgerichts im *Casablanca*-Zwischenfall von 1908 (Revue de Droit International, 4 [1909], S.251ff.; vgl. K. Doehring, Casablanca-Zwischenfall von 1908, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd.1, S.269ff.; ders., Casablanca Arbitration, EPIL, Instalment 2 [1981], S.45ff.), in der die völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands für die rechtswidrige Ausübung diplomatischen Schutzes von der Kenntnis deutscher Konsularbeamten abhängig gemacht wurde, daß sich unter den in Schutz genommenen Personen auch französische Staatsangehörige befanden. Auch der IGH machte in seinem Urteil im *Korfu Kanal*-Fall (ICJ Reports 1949, S.17ff.) die völkerrechtliche Verantwortlichkeit Albaniens davon abhängig, daß den albanischen Behörden die Existenz von Minen in albanischen Hoheitsgewässern bekannt war, die eine Gefährdung der internationalen Schifffahrt darstellten (vgl. R. Bernhardt, Corfu Channel Case, EPIL, Instalment 2 [1981], S.61ff.)

¹⁵ *Home Missionary Society*-Fall (1920), RIAA 6, S.42ff.; *Balderas de Diaz*-Fall (1926), RIAA 4, S.106; weitere Nachweise bei M. White man, Damages in International Law, Bd.1 (1937), S.651f.; siehe auch die Stellungnahmen der dissentierenden Richter Krylow, Azevedo und Ecer im *Korfu Kanal*-Fall (ICJ Reports 1949, S.72, 85f., 127f.), die meinten, ein Verschulden der albanischen Behörden sei nicht ausreichend erwiesen.

aus¹⁶: "In a great many cases it will be extremely difficult to establish beyond any doubt the omission or the absence of suppressive or punitive measures. The Commission realizes that the evidence of negative facts can hardly be given in an absolutely convincing manner. But a strong *prima facie* evidence can be assumed to exist in these cases in which first the British Agent will be able to make it acceptable that the facts were known to the competent authorities, either because they were of public notoriety or because they were brought to their knowledge in due time, and second the Mexican Agent does not show any evidence as to action taken by the authorities". Der Nachweis einer staatlichen Unterlassung wird hier allein aus der tatsächlichen Sachlage geführt. Für diesen Nachweis ist die Kenntnis der zuständigen Behörden von der konkreten Sachlage von entscheidender Bedeutung, weil von dieser Kenntnis die Möglichkeit abhängt, den Dingen einen anderen Verlauf zu geben.

Geschieht dies dennoch nicht, liegt eine Unterlassung im tatsächlichen Sinne vor. Dieselbe Linie verfolgt der IGH im *Korfu Kanal-Fall*¹⁷. Vom Kläger Großbritannien wurde der Nachweis verlangt, daß das beklagte Albanien versäumt hatte, die internationale Schifffahrt zu warnen, obwohl ihm die Existenz von Minen im Korfu Kanal bekannt war. Albanien bestritt jede Kenntnis. Da der Korfu Kanal zu den albanischen Hoheitsgewässern gehört und der Kläger damit keinen Zugang zu Informationen am Ort des Schadensereignisses hatte, nahm der IGH eine Umkehr der Beweislast zu Lasten Albaniens an und ging von der Kenntnis albanischer Behörden vom Vorhandensein der Minen aus. Der Unterschied zu den *Mexico City Bombardment Claims*-Fällen liegt lediglich in den erheblich geringeren Beweisanforderungen, während an einer Unterlassung im tatsächlichen Sinne unverändert festgehalten wird.

In der Mehrzahl der Fälle liegt der Zurechnung einer Unterlassung zum Staat dagegen eine nicht nur die Zurechnung selbst, sondern auch die zurechenbare Unterlassung normativ begründende Betrachtungsweise zugrunde. Über die im Einzelfall erforderlichen Zurechnungsvoraussetzungen entscheiden Art und Inhalt der jeweiligen völkerrechtlichen Verpflichtung¹⁸. Nach diesem Ansatz gibt es weder eine von der Norm unab-

¹⁶ RIAA 5, S.80; ähnlich die Entscheidung derselben Kommission im *John McGill-Fall* (1930), RIAA 5, S.159; vgl. die Kommentierung der ILC zu Art.14, YILC 1975 II, S.95 para.18.

¹⁷ ICJ Reports 1949, S.17f.

¹⁸ R. Quadri, *Cours général de droit international public*, RdC 113 (1964 III), S.460f.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (2.Aufl. 1973), S.421.

hängige Zurechnungsvoraussetzung noch einen von der Norm unabhängigen Zurechnungsinhalt. Beides hängt in der Weise miteinander zusammen, daß die völkerrechtliche Verpflichtung die Bedingungen festlegt, bei deren Vorliegen eine Unterlassung anzunehmen ist¹⁹. Der hierin eingeschlossene Bezug auf die tatsächliche Sachlage dient lediglich der Feststellung, daß einem nach der Norm »gesollten Verhalten« im Ergebnis nicht genügt wurde. Auf die Frage, ob der Staat in der gegebenen Situation der Norm überhaupt entsprechen konnte, kommt es z. B. dann nicht an, wenn es sich um einen für jeden Staat verbindlichen Mindeststandard handelt²⁰. In den praktisch bedeutsamen Fällen einer Verantwortlichkeit für mangelnde *due diligence* führt dies häufig dazu, daß die Feststellung einer zurechenbaren Unterlassung mit derjenigen eines hier objektiv zu verstehenden Sorgfaltsverstoßes zusammenfällt. So heißt es beispielsweise im *Neer-Fall* von 1926 zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit Mexikos, "that the propriety of governmental acts should be put to the test of international standards", und der Sorgfaltsverstoß wird dann begründet mit einer "insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency"²¹. Nach dem *Mecham-Fall* von 1929 kam es für den Mangel an der gebotenen *due diligence* im Zusammenhang mit der Ermordung eines Ausländers nicht darauf an, ob wirksamere Schutz- und Verfolgungsmaßnahmen hätten getroffen werden können. Maßgeblich war vielmehr, daß "what was done shows such a degree of negligence, defective administration of justice

¹⁹ Siehe neben den in Anm. 18 genannten Autoren außerdem D. Anzilotti, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1: Einführung, Allgemeine Lehren (3. Aufl. 1929), S. 360ff.; Verdross/Simma (Anm. 13), S. 849 unter Hinweis auf das Urteil des IGH im *Südwestafrika-Fall*, ICJ Reports 1966, S. 32; ferner die Ausführungen der ILC zu Art. 3, YILC 1973 II, S. 182 para. 11, S. 183f. para. 12.

²⁰ Vgl. den *Mecham-Fall* (1929), RIAA 4, S. 443. Der völkerrechtliche Mindeststandard im *Mecham-Fall* weist mit bestimmten innerstaatlichen Zuständen und mit dem Verhalten staatlicher Organe unterschiedliche Bezugspunkte auf. Entscheidend ist jedoch jeweils ein nach dem völkerrechtlichen Standard gebotenes Mindestergebnis. Gegenüber diesem Mindestergebnis ist der Einwand eines im innerstaatlichen Bereich liegenden Unvermögens, den gebotenen Standard einzuhalten, unerheblich; vgl. hierzu Wolf (Anm. 1), S. 522 insbesondere Anm. 142. Entsprechendes gilt für völkerrechtliche Verpflichtungen, die von den Staaten ein so spezifisches Verhalten verlangen, daß eine Relativierung der Verantwortlichkeit durch die konkreten innerstaatlichen Verhältnisse unsinnig zu werden droht. Der IGH hat im Hinblick auf den Friedensvertrag mit Bulgarien, Ungarn und Rumänien festgestellt: "The failure of machinery for settling disputes by reason of the practical impossibility of creating the Commission provided for in the treaties is one thing; international responsibility is another" (ICJ Reports 1950, S. 229).

²¹ RIAA 4, S. 61f.

or bad faith that the procedure falls below the standards of international law"²². Die Unverzichtbarkeit objektiver oder objektivierter Kriterien zur Feststellung eines *due diligence*-Mangels wird auch in anderen Fällen deutlich, in denen beispielsweise mit dem völkerrechtlichen Schutz ausländischer Diplomaten vor Übergriffen Privater ein erheblich schärferer *due diligence*-Maßstab eingreift. Auf Grund der Ermordung des UN-Unterhändlers für Palästina, Graf Bernadotte, durch israelische Extremisten im Jahre 1948 verlangte der UN-Generalsekretär von Israel Reparation in Höhe von 54624 Dollar für Schäden, die den Vereinten Nationen in diesem Zusammenhang entstanden waren. Begründet wurde dieses Verlangen mit einem "failure to exercise due diligence and to take all reasonable measures for the prevention" sowie mit "failure to take all the measures required by international law ... to bring the culprits to justice"²³. Israel zahlte die verlangte Summe mit dem Ausdruck des Bedauerns für den Vorfall. Wendungen wie "reasonable measures", "all the measures required by international law", "all the measures which can be expected by a civilized nation" und ähnliches mehr findet man bei jeder *due diligence*-Prüfung.

Der Dualismus von tatsächlicher und normativer Betrachtungsweise, der in den verschiedenen in Lehre und Praxis bedeutsamen Zurechnungsmethoden und ihren unterschiedlichen Anforderungen an die jeweilige Zurechnungsoperation deutlich wird, ist dem Zurechnungsdenken immanent. Der von Kelsen in die Lehre vom völkerrechtlichen Delikt eingeführte und weithin übernommene Ausdruck »Zurechnung«²⁴ schließt stets zwei Elemente ein: »das eine ist ein in Zeit und Raum vor sich gehender, sinnlich wahrnehmbarer Akt, oder eine Reihe solcher Akte, ein äußerer Vorgang menschlichen Verhaltens; das andere seine rechtliche Bedeutung, das heißt die Bedeutung, die der Akt von Rechts wegen hat«²⁵. Für die hier interessierende Problematik ist bedeutsam, daß in der völkerrechtlichen Lehre und Praxis nicht geklärt ist, in welchen Fällen der »in Zeit und Raum vor sich gehende, sinnlich wahrnehmbare Akt« als solcher ungeachtet der dargelegten Beweisschwierigkeiten nachgewiesen werden muß und in welchen anderen Fällen unter Umgehung dieser Beweisschwierigkeiten seine normative Ableitung aus dem Inhalt einer völkerrechtlichen Verpflichtung genügt.

²² Nachweise oben in Anm.20.

²³ UN Doc. GAOR, 5th Session 1950, Suppl. No.1, S.124f.

²⁴ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (2.Aufl. 1960), S.79ff.; ders., *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht* (1932), S.5ff., 10ff.

²⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S.2.

II. Zurechnungskonzeption der International Law Commission (ILC)

Die hiermit zusammenhängenden Fragen werden im folgenden auf der Grundlage des von der ILC in erster Lesung angenommenen Entwurfs einer Staatenverantwortlichkeit für *internationally wrongful acts* untersucht²⁶. Zum generellen Verständnis dieses Entwurfs muß vorab auf eine grundlegende Prämisse der Kodifizierungsarbeiten hingewiesen werden. Dem ILC-Entwurf liegen jahrzehntelange Vorarbeiten zugrunde. Bereits in ihrer Anfangsphase in den 60er Jahren drohten diese Arbeiten daran zu scheitern, daß man sich nicht über die materiellen völkerrechtlichen Verpflichtungen einigen konnte, bei deren Verletzung die staatliche Verantwortlichkeit entsteht²⁷. Die weitere Kodifizierungsarbeit wurde aus diesem Grund auf allgemeine Verantwortlichkeitsvoraussetzungen beschränkt. Die Frage nach den materiellen völkerrechtlichen Verpflichtungen blieb als sog. Primärbereich außerhalb der Entwurfsregelung. Geregelt wurde nur der Sekundärbereich allgemeiner Kriterien, die bei Bestehen einer materiellen völkerrechtlichen Verpflichtung zur Begründung einer staatlichen Verantwortlichkeit gegeben sein müssen²⁸.

1. Allgemeine Zurechnungsgrundlagen

Die zentrale Zurechnungsbestimmung des Entwurfs ist Art. 3, der mit der Festlegung der Elemente eines *internationally wrongful act* den in Art.1 enthaltenen Grundsatz aufgreift, wonach jeder *internationally wrongful act* die völkerrechtliche Verantwortlichkeit desjenigen Staates begründet, dem dieser *act* nach den Art.5–10 zuzurechnen ist. Während die staatliche Verantwortlichkeit die Unvereinbarkeit mit einer völkerrechtlichen Verpflichtung erfordert, knüpft die Zurechnung an ein tatsächliches menschliches Verhalten an, entweder an eine Handlung oder an eine Unterlassung, deren Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit mit Völkerrecht für die Zurechnung zum Staat unerheblich ist. Nach Art.3 muß jeder *internationally wrongful act* (a) ein zurechenbares Handeln oder Unterlassen und (b) eine hierin begründete Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung aufweisen. Es ist also allein das erste Element, das Handeln und Unterlassen von für den Staat handelnden Personen, welches über die

²⁶ Text dieses Entwurfs siehe Report of the ILC on the Work of its 31st Session 1979, GAOR, 34th Session, Suppl. No.10 (A/34/10).

²⁷ Einen Überblick über die früheren – gescheiterten – Arbeiten der ILC gibt der Berichterstatter Ago in seinem ersten Bericht, YILC 1969 II, S.132 ff.

²⁸ Siehe den zweiten Bericht Ago's, YILC 1970 II, S.179 para.11.

Zurechenbarkeit entscheidet. Die Art.5–10 führen diese Trennung zwischen einem dem Staat zurechenbaren menschlichen Verhalten einerseits und der Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung andererseits konsequent fort. Sie knüpfen mit der Regelung der Voraussetzungen, unter denen ein menschliches Verhalten als Handeln oder Unterlassen von Organen, Amtsträgern oder sonst für den Staat handelnden Personen einen *act of the State* darstellt und folglich dem betreffenden Staat zugerechnet werden kann (zurechenbares Verhalten), an das in Art.3 (a) aufgestellte Verhaltenselement an, nicht dagegen an die in Art.3 (b) genannte Nichteinhaltung einer völkerrechtlichen Verpflichtung. Die »Technik« der Verweisung in Art.11 para.2 enthält auf Grund dieser Zurechnungskonzeption eine spezifische Klarstellung. Da nicht etwa generell auf Art. 3, sondern auf die Spezialregeln über den *act of the State* nach den Art.5–10 verwiesen wird, muß insbesondere auch in den Fällen privater Verletzungshandlungen festgestellt werden, welche Regel nach den Besonderheiten des Falles das jeweilige zurechenbare Verhalten bestimmt und damit die Zurechnung zum Staat begründet. Das gilt insbesondere auch für Unterlassungen, die ja den Normalfall des staatlichen Verhaltens bei privaten Verletzungshandlungen darstellen. Hier muß nach dem Inhalt der Verweisung zumindest festgestellt werden, ob es sich um die Unterlassung eines Staatsorgans handelt (Art.5), wobei die Stellung und die Funktion dieses Organs im Rahmen der internen Staatsorganisation unerheblich sind (Art.6), ob es sich um Unterlassungen anderer Amtsträger handelt, die mit der Ausübung staatlicher Gewalt betraut sind (Art. 7), ob eine Unterlassung einer Person vorliegt, die lediglich in einem tatsächlichen Sinne für den Staat handelt (Art.8), oder ob Organe eines anderen Staates oder einer internationalen Organisation etwas unterlassen haben, die dem betreffenden Staat unterstellt sind und auf seine Anweisung handeln (Art.9). Ob diese Unterscheidungen in den für Art. 11 typischen Unterlassungsfällen praktisch durchführbar sind, wird zu prüfen sein. Die Verweisung in Art.11 para.2 stellt jedenfalls ausdrücklich klar, daß das zurechenbare Verhalten in diesen Fällen in einem Verhalten staatlicher Stellen zu sehen ist, das nach einer der in Art.5–10 genannten Bestimmungen einen *act of the State* darstellt²⁹.

²⁹ Der Entwurf folgt insoweit allgemeinem Völkerrecht. Danach sind Zurechnungsregeln alle Regeln, von denen die Unterscheidung zwischen privatem und staatlichem Verhalten abhängt, vgl. hierzu Christenson (Anm.1), S.329ff. Die äußere Einheit, mit der Staaten anderen Völkerrechtssubjekten gegenüber in allen staatlichen Handlungen und Unterlassungen auftreten, ist lediglich das Ergebnis von im einzelnen auch nach Völkerrecht höchst unterschiedlichen Zurechnungsregeln. Die These der Ostblockstaaten, daß völkerrechtlich grundsätzlich nur ein nach innerstaatlichen Regeln zu bestimmendes Organ-

Die allgemeine Zurechnungsvoraussetzung bei privaten Verletzungshandlungen ist demnach ein nach den Bestimmungen der Art. 5–10 dem Staat zurechenbares menschliches Verhalten, typischerweise ein Unterlassen. Die Konzeption des Entwurfs beruht auf einer Trennung der Zurechnung von der Frage der Nichteinhaltung einer völkerrechtlichen Verpflichtung. Diese Trennung kommt gleichermaßen in Art. 3 wie in dem mit dieser Ausgangsbestimmung korrespondierenden gesamten Entwurfsaufbau zum Ausdruck. In Art. 3 (a) wird das Element eines dem Staat zurechenbaren Handelns oder Unterlassens als sog. »subjektives Element« dem in Art. 3 (b) genannten »objektiven Element« der Nichteinhaltung einer völkerrechtlichen Verpflichtung vorangestellt. Dem entspricht im weiteren Aufbau des Entwurfs, daß zuerst in Kapitel 2 mit den Bestimmungen über die Zurechnung eines Verhaltens als *act of the State* an das »subjektive Element« in Art. 3 (a) angeknüpft wird, während in Kapitel 3 mit den Regeln über die Nichteinhaltung einer völkerrechtlichen Verpflichtung das »objektive Element« des Art. 3 (b) näher ausgeführt wird. In der Kommentierung der ILC zu Art. 3 heißt es im Hinblick auf das Verhältnis beider Elemente: "As regards the order in which these two elements appear, it seemed more logical to mention the subjective element before the objective element, because it is necessary to determine whether State conduct exists before it can be determined whether or not it constitutes a breach of an international obligation"³⁰.

Die konzeptionelle Bedeutung dieser Trennung wird dadurch bekräftigt, daß die ILC mit dem vorliegenden Entwurf eine umfassende Kodifikation der Staatenverantwortlichkeit für jede völkerrechtliche Pflichtverletzung unternommen hat. Mit dem zweiten Verantwortlichkeitselement des Art. 3, der Nichtbeachtung einer völkerrechtlichen Verpflichtung, wird dem Anspruch nach jede Verletzung des Völkerrechts erfaßt³¹. Irgendwelche Festlegungen nach der Art oder dem Inhalt der Verpflichtung gibt es nicht. Vertragsverletzungen gehören ebenso hierher wie tatsächliche Schädigungen. Auch die Verletzung von Rechten anderer Staaten, etwa territo-

verhalten im Sinne einer unmittelbaren oder übertragenen Ausübung von Regierungsgewalt zugerechnet werde (vgl. die Diskussionsbeiträge Ushakovs in den Beratungen der ILC, UN Doc.A/CN.4/SR.1256, S.13; A/CN.4/SR.1255, S.11 und 15; siehe ferner die Ausführungen von B. Graefrath/E. Oeser/P. A. Steiniger, Völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten [1977], S.76 ff.), konnte sich nicht durchsetzen (siehe die einleitende Kommentierung der ILC zu den Art. 5 ff., YILC 1973 II, S.190 paras.10, 11).

³⁰ YILC 1973 II, S.184 para.13.

³¹ Vgl. YILC 1973 II, S.182 para.8 mit eingehenden Nachweisen zur völkerrechtlichen Lehre und Praxis.

rialer Hoheitsrechte, muß hiernach als Pflichtverletzung begriffen werden, nämlich im Sinne einer Verpflichtung, in diese Rechte nicht einzugreifen³². Man ist sich durchaus darüber im klaren gewesen, mit dieser umfassenden Regelung unterschiedliche Verantwortlichkeitsregime in den Entwurf einzubeziehen³³. Auf der anderen Seite sind irgendwelche Unterscheidungen verschiedener Arten von *wrongful acts* in Kapitel 1 über die allgemeinen Prinzipien des Entwurfs ausdrücklich abgelehnt worden³⁴. Mit Art.3 ist demnach ganz bewußt eine allgemeine und in keinem Fall verzichtbare Grundlage der Staatenverantwortlichkeit geschaffen worden. Für die hier interessierenden Fragen bedeutet dies, daß jede Nichtbeachtung einer völkerrechtlichen Verpflichtung gleich welcher Art und welchen Inhalts nach der Entwurfskonzeption zur staatlichen Verantwortlichkeit führt, wenn zuerst nach den dargelegten Regeln ein dem Staat zurechenbares Verhalten nachgewiesen wurde.

2. Behandlung der grundlegenden Zurechnungsfragen in den Beratungen der ILC

Das grundlegende Zurechnungsproblem, nämlich die Formulierung des Art.3 und die hiermit verbundene Frage der Trennung zwischen einem zurechenbaren subjektiven Verhaltenselement und einer objektiven Pflichtverletzung, war in den Beratungen der ILC erheblich umstritten. Einige Mitglieder der Kommission sahen überhaupt keinen Sinn in der Trennung eines subjektiven und eines objektiven Elements, bzw. sie hielten etwaige sachliche Unterschiede zwischen diesen Elementen für unbe-

³² Zwischen Rechtspflichten und subjektiven Rechten besteht nach der ILC ohne Ausnahme ein Entsprechungsverhältnis. Verletzungen von Rechten anderer, die nicht gleichzeitig Verletzungen eigener Verpflichtungen sind, kann es danach nicht geben (YILC 1973 II, S.182 para.9).

³³ In den Beratungen über die im 1. Kapitel des Entwurfs geregelten Grundprinzipien ist mehrfach von unterschiedlichen »Formen« und »Arten« der Staatenverantwortlichkeit die Rede, aber auch von verschiedenartigen Rechtsfolgebeziehungen (YILC 1973 II, Kommentierung zu Art.11, S.175 paras.5-7, 10). Der Nachfolger Agos, Riphagen, geht in seinem dritten Bericht aus dem Jahre 1982 über die Grundlegung zu Teil 2 des Entwurfs (Content, forms and degrees of State responsibility) einen Schritt weiter. Nach seiner Auffassung gibt es im heutigen Völkerrecht nicht nur ein System der Staatenverantwortlichkeit, sondern innerhalb desselben eine Vielfalt miteinander zusammenhängender »Subsysteme«. Im Rahmen jedes »Subsystem« seien Primärregeln und Sekundärregeln jeweils untrennbar miteinander verbunden (UN Doc.A/CN.4/354/Add.1, S.7).

³⁴ In der Kommentierung zu Art.1 heißt es, "it would be wrong to distinguish between various categories of wrongful acts and the effects of their different character on the new relationships which are established as a result of those acts" (YILC 1973 II, S.175 para.10).

deutend³⁵. Mehrfach wurde verlangt, die enge Verknüpfung durch eine andere Formulierung zum Ausdruck zu bringen³⁶. Noch weiter ging der Vorschlag des amerikanischen Kommissionsmitglieds, Kearney, die jetzige Fassung des Art.3 durch eine einheitliche Formulierung zu ersetzen³⁷. Allerdings, so räumte Kearney ein, führe eine einheitliche Formulierung zu der Frage, ob die völkerrechtliche Verpflichtung bestehe, weil das Verhalten dem Staat nach Völkerrecht zugerechnet werde, oder ob das Verhalten zugerechnet werde, weil die völkerrechtliche Verpflichtung bestehe³⁸. Er selbst beantwortete die Frage im Sinne der ersten Alternative. Dagegen hielt Bartoš die Trennung beider Elemente für undurchführbar, "since only failure to fulfil an international legal obligation was necessarily conduct imputable to the State which was bound by that obligation"³⁹. Die von Kearney aufgeworfene Frage beantwortete Bartoš damit genau im gegenteiligen Sinne. Auch Castañeda und Ustor wandten sich gegen die in Art.3 getroffene Unterscheidung. Castañeda⁴⁰ hielt die Trennung in Subparagraph (a) und (b) für zu schematisch. Schließlich stehe letztlich immer ein »Verhalten« des seine völkerrechtlichen Verpflichtungen verletzenden Staates in Frage, und dieses »Verhalten« sei ein einziges Element. Ustor⁴¹ meinte, es genüge festzustellen, daß ein *internationally wrongful act* existiere, wenn man von einem Akt des Staates sagen könne, daß er mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen dieses Staates nicht übereinstimme. Eine Bezugnahme auf ein »Verhalten« erübrige sich damit, und das gesamte subjektive Element könne gestrichen werden.

Diesen grundlegenden Einwänden hielt der Berichterstatter Ago mehrfach die Konzeption und Logik des ILC-Entwurfs entgegen. In den Beratungen über die Grundprinzipien des Entwurfs, zu einem Zeitpunkt also, als die Kapitel 2 und 3 noch nicht vorlagen, verteidigte Ago mit Entschiedenheit die klare Trennung beider Elemente in Art.3, "since, in logic, the two elements were distinct and, according to the method following in the draft, they should be analysed separately one after the other"⁴². Nachdem

³⁵ Castañeda, YILC 1973 I, S.28 para.23; Ustor, *ibid.*, para.19; Bedjaoui, *ibid.*, S.24 para.10; Rosenne, YILC 1970 I, S.219 para.56.

³⁶ Vgl. die Zusammenfassung der Debatte zu Art.3 von Ago, YILC 1970 I, S.225 para.25.

³⁷ YILC 1970 I, S.218 para.38.

³⁸ *Ibid.*, para.39.

³⁹ *Ibid.*, S.214 para.47.

⁴⁰ YILC 1973 I, S.28 para.23.

⁴¹ *Ibid.*, para.19.

⁴² YILC 1970 I, S.225 para.25.

Kapitel 2 und 3 ausformuliert waren, betonte Ago erneut, "it would be both difficult and inadvisable to draft article 3 as a single sentence, since it was essential to indicate that the conduct was attributed to the State in virtue of international law and to state two ideas, corresponding to two main chapters which would follow, namely, that the conduct was an act of the State and that it constituted failure to comply with an international obligation"⁴³. Damit ist klar ausgesprochen, daß die Zurechnung eines menschlichen Verhaltens zum Staat den spezifischen Zurechnungsregeln in Kapitel 2 folgt, während die anschließende Feststellung der Nichtbeachtung einer völkerrechtlichen Verpflichtung Kapitel 3 des Entwurfs unterliegt. Dieser Konzeption einer Trennung zwischen Zurechnung und Pflichtverletzung ist die Mehrheit der Kommissionsmitglieder schließlich im Ergebnis gefolgt.

Wie tief die sachlichen Bedenken gegen diesen Weg dennoch waren, zeigt der hieran unmittelbar anknüpfende Vorschlag, die Reihenfolge der in Art.3 genannten Elemente umzukehren. Denn "chronologically, a failure to comply with an international obligation of the State must already have occurred before it could be attributed to the State in virtue of international law"⁴⁴. Das entspricht den gegen die Trennung als solche vorgetragenen Bedenken, weil die klar erkennbare Zielsetzung der Umstellung auf die Möglichkeit einer Ableitung der Zurechnung aus dem Inhalt der völkerrechtlichen Verpflichtung, also auf die Möglichkeit einer Zusammenfassung beider Elemente hinausläuft. Auch dieser Vorschlag wurde zurückgewiesen, nachdem der Berichterstatter erneut die gegenteilige Zurechnungskonzeption des Entwurfs mit den bereits erwähnten Argumenten verteidigt hatte.

3. Bedeutung der Trennung zwischen zurechenbarem Verhalten und Pflichtverletzung

Die klare Unterscheidung zwischen einem subjektiven und einem objektiven Verantwortlichkeitselement im Wortlaut des Art.3 und der mit dieser Unterscheidung korrespondierende gesamte Entwurfsaufbau weisen der Trennung zwischen zurechenbarem Verhalten und Pflichtverletzung eine systematische Bedeutung zu, die in allen vom Geltungsbereich des Entwurfs erfaßten Fällen einer Staatenverantwortlichkeit beachtet werden muß. Diese systematische Bedeutung schließt zwei miteinander zusam-

⁴³ YILC 1973 I, S.28 para.24; siehe auch *ibid.*, para.18.

⁴⁴ Bilge, YILC 1973 I, S.25 para.20.

menhängende, für die von der ILC verfolgte Zurechnungskonzeption grundlegende Aussagen ein.

- (a) Als subjektives Verantwortlichkeitselement ist das zurechenbare Handeln oder Unterlassen im Sinne des Art.3 (a) stets ein tatsächliches menschliches Verhalten.
- (b) Dieses tatsächliche menschliche Verhalten muß unabhängig von der jeweiligen völkerrechtlichen Verpflichtung im Sinne des Art.3 (b) bestimmt werden. Seine Zurechnung zum Staat unterliegt eigenen, im 2. Kapitel des Entwurfs enthaltenen völkerrechtlichen Zurechnungsregeln, die mit den Regeln über die völkerrechtliche Verpflichtung im 3. Entwurfskapitel nichts zu tun haben.

Im Unterschied zu der eingangs erwähnten dualistischen Haltung in Lehre und Praxis⁴⁵ kann nach dieser Konzeption eine Handlung oder Unterlassung nicht vom Inhalt der jeweiligen völkerrechtlichen Verpflichtung her bestimmt werden und kann sich die Zurechnung dementsprechend nicht schon daraus ergeben, daß die völkerrechtliche Verpflichtung den in Anspruch genommenen Staat trifft. Dieses Ergebnis wird durch die kommentierenden Ausführungen der ILC zu Art.3 und zu den Zurechnungsbestimmungen des 2. Kapitels bestätigt.

Das subjektive Verhaltenselement des Art.3 (a) ist stets ein menschliches Handeln oder Unterlassen, welches dem Staat in den Fällen der Art.5–10 als *act of the State* zugerechnet wird. In der Kommentierung zu Art.3 heißt es hierzu: "... conduct regarded as an 'act of the State' can only be some physical action or omission by a human being or group of human beings. Hence the necessity of establishing when and how an 'act of the State' can be discerned in a given action or omission. In other words, it is a question of determining by whom and in what circumstances these actions or omissions must have been performed for them to be attributable to the State. This is what the articles in chapter II of the draft set out to do"⁴⁶. Das Zurechnungskonzept der ILC ist also das einer Verhaltenszurechnung im Sinne eines tatsächlichen menschlichen Handelns oder Unterlassens. Wo ein solches Verhalten fehlt oder nicht nachgewiesen werden kann, muß die Zurechnung von vornherein ins Leere gehen. Dies ist der Grund, warum die ILC im Zusammenhang mit Zurechnungsfragen durchgängig von "a given conduct" oder von "a given action or omission" spricht⁴⁷. Es

⁴⁵ Siehe oben I.2.

⁴⁶ Kommentierung zu Art.3, YILC 1973 II, S.181 para.5.

⁴⁷ Art.3, YILC 1973 II, S.181 para.5; Vorbemerkung zu Art.5ff., *ibid.*, S.189 para.3; Ago, YILC 1970 I, S.225.

muß also zunächst einmal die Tatsache irgendeiner tatsächlichen menschlichen Handlung oder Unterlassung nachgewiesen sein, bevor rechtliche Erwägungen eingreifen können. Daß ein solcher Ansatz in den Unterlassungsfällen mangels tatsächlicher Anhaltspunkte zu kaum lösbaren Beweisschwierigkeiten führt, wurde in den Beratungen eingewendet, blieb aber ohne Beachtung⁴⁸.

Erst auf der Grundlage eines tatsächlichen Verhaltens stellt sich nach dem ILC-Entwurf die Frage der Zurechenbarkeit zum Staat nach den Zurechnungsregeln des 2. Kapitels. Art.5 enthält hierbei ebenso wie die anderen Zurechnungsbestimmungen der Art.6–10 ausschließlich allgemeine Merkmale der internen Staatsorganisation und der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben, die unabhängig von der Organisationsform dieses oder jenes Staates bei jedem Staat zu finden sind. Der *act of the State*, zu dem jede dieser Regelungen führt, folgt also jeweils aus einer völkerrechtlichen Zurechnungsregel. Er ist stets das Ergebnis einer Zurechnungsoperation nach Völkerrecht⁴⁹, die allein an die organisatorische oder an die funktionale Beziehung einer Person zum Staat anknüpft. Da es nur diese Beziehung zum Staat ist, die über die Zurechnung entscheidet, kommt es auf die Frage, was die betreffende Person im Einzelfall getan oder nicht getan hat, für die Zurechnung nicht an.

Von der Zurechnung nach Völkerrecht ist die Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung nach dieser Konzeption zu unterscheiden. Das stellt die ILC in ihrer einführenden Kommentierung zu den Art.5ff. ausdrücklich klar: "Though itself a normative operation, 'attribution' does not imply any juridical characterization of the act to be attributed, and it must be clearly distinguished from the subsequent operation, which consists of ascertaining whether that act is wrongful. It is solely concerned with establishing when there is an act of the State, when it is the State which must be considered to have acted"⁵⁰. Obwohl selbst ein normativer Vorgang, enthält die Zurechnung also keinerlei rechtliche Charakterisierung des zuzurechnenden menschlichen Handelns oder Unterlassens. Dasselbe gilt für die der Zurechnung erst nachfolgende Feststellung einer völkerrechtlichen Pflichtverletzung. Beide Klarstellungen bestätigen damit, daß das zurechenbare menschliche Handeln oder Unterlassen nach der ILC-Konzeption nicht normativ bestimmt werden kann.

⁴⁸ Bartoš, YILC 1970 I, S.214 para.46; Tammes, YILC 1973 I, S.20 para.23.

⁴⁹ Das ist von der ILC mehrfach ausdrücklich betont worden; vgl. Kommentierung zu Art.3, YILC 1973 II, S.181 para.6; Vorbemerkung zu Art.5ff., *ibid.*, S.189 para.2.

⁵⁰ Vorbemerkung zu Art.5ff., YILC 1973 II, S.189 para.2.

III. Durchführung der Zurechnungskonzeption bei Handlungen von Privatpersonen (Art.11)

Die staatliche Verantwortlichkeit tritt bei Handlungen von Privatpersonen in derselben Weise wie in allen anderen Verantwortlichkeitsfällen nur auf Grund eines dem Staat als *act of the State* zurechenbaren menschlichen Verhaltens ein. Folgerichtig enthält Art.11 daher eine Verweisung auf die Zurechnungsregeln der Art.5–10 des Entwurfs. Über die Formulierung dieser Verweisungsbestimmung haben lange und kontroverse Beratungen stattgefunden. Ihr Ergebnis ist ein Formelkompromiß, der teilweise über eine bloße Verweisungsregelung hinausgeht.

1. Die Verweisungsregelung

In Art.11 para.1 des Entwurfs wird die Zurechenbarkeit der Handlungen von Privatpersonen zum Staat verneint. Unter Privatpersonen sind hierbei alle Personen und Personenverbände zu verstehen, deren Verhalten nicht nach den Art.5–10 des Entwurfs einen *act of the State* begründet, sei es als Staatsorgan, sei es auf Grund einer organisatorischen Einbeziehung in den Staatsapparat oder sei es auf Grund eines funktionalen Handelns für den Staat im tatsächlichen Sinne. In Art.11 para.2 wird daneben klargestellt, daß dieser Zurechnungsausschluß für Handlungen von Privatpersonen die Zurechnung jedes anderen Verhaltens zum Staat unberührt läßt, "which is related to that of the persons or groups of persons referred to in that paragraph and which is to be considered as an act of the State by virtue of articles 5 to 10". Art.11 para.2 verweist also für die Fälle privater Verletzungshandlungen auf die allgemeinen Zurechnungsregeln und bekräftigt damit den Satz, daß ein Staat nur für das ihm zurechenbare eigene Verhalten verantwortlich gemacht werden kann. Der Sache nach ist dies kaum mehr als die Wiedergabe allgemeinen Völkerrechts, dem spezifische Zurechnungs- und Verantwortlichkeitsregeln im Hinblick auf Handlungen von Privatpersonen bisher unbekannt sind.

In den Beratungen der ILC wurde aus diesem Grund die Auffassung vertreten, Art.11 könne ohne jede sachliche Änderung des Entwurfs ersatzlos gestrichen werden⁵¹. Ob sich dies so halten läßt, ist zumindest

⁵¹ Reuter, YILC 1975 I, S.31 para.30f.; Tammes, *ibid.*, S.26 para.22; Tsuruoka, *ibid.*, S.30; dieselbe Ansicht wurde im 6.Ausschuß der Generalversammlung geäußert, siehe Fernandez-Ballesteros (Uruguay), 1544th meeting vom 21.10.1975 (UN Doc.A/C.6/SR.1544, S.110 para.53).

zweifelhaft. Denn Art.11 para.2 stellt einen Formelkompromiß in einer weitreichenden Sachfrage dar, über die man lange beraten hat⁵². Sie galt dem Verhältnis zwischen einem "conduct of an organ" bzw. einem "conduct of persons acting in fact on behalf of the State" einerseits und einem "conduct of a private individual or group of individuals" andererseits. Zwar hat man abschließende Festlegungen in dieser Frage letztlich vermieden⁵³. Das heißt jedoch nicht etwa, daß Art.11 para.2 insoweit gänzlich ohne eigenen Regelungsgehalt geblieben wäre. Eine Gegenüberstellung der negativen und der positiven Bedeutung dieser komplizierten und verklau-sulierten Bestimmung mag dies verdeutlichen.

Negativ scheint der Formelkompromiß des Art.11 para.2 in seiner jetzigen Fassung, im Hinblick auf Handlungen von Privatpersonen keine eigenen Zurechnungskriterien aufzustellen, weil insoweit eine Verweisung auf die allgemeinen Entwurfsbestimmungen vorliegt. Demgegenüber hatte der Berichterstatter Ago die Formulierung vorgeschlagen, die in para.1 getroffene Absage an eine Zurechnung privater Handlungen sei "without prejudice to the attribution to the State of any omission on the part of its organs, where the latter ought to have acted to prevent or punish the conduct of the individual or group of individuals and failed to do so"⁵⁴. Mit dem "ought to have acted to prevent or punish ... and failed to do so" hätte ein eigenständiger, auf eine einheitliche Formel gebrachter Zurechnungstatbestand bestanden. Art.11 wäre auf Grund dieser Fassung seines para.2 zu einer spezifischen Zurechnungsregelung mit sachlich selbständiger Bedeutung für die staatliche Verantwortlichkeit bei privaten Verletzungshandlungen geworden. Zum Tatbestand des Art.11 para.2 hätte dann allerdings die Nichtbeachtung einer völkerrechtlichen Verpflichtung gehört.

Dieser Weg scheiterte an dem Einwand Ushakovs, mit dem Bezug auf die Art und Weise, in der staatliche Organe nach der jeweiligen völkerrechtlichen Primärregel hätten handeln sollen, sei ein »subjektives Element«⁵⁵ aufgenommen und die Sphäre des *act of the State* zugunsten derje-

⁵² Vgl. YILC 1975 I, 1308th–1311th meetings, S.23–41.

⁵³ Vgl. die Ausführungen von Tsuruoka (YILC 1975 I, 1309th meeting, S.30 para.27) und die zusammenfassenden Bemerkungen von Ago hierzu (*ibid.*, S.39 para.10).

⁵⁴ YILC 1975 I, S.23 para.1, 1308th meeting.

⁵⁵ Nach der Terminologie des Berichterstatters Ago, die von der ILC uneingeschränkt übernommen wurde, hätte Ushakov hier den Ausdruck »objektives Element« verwenden müssen. Die ILC spricht vom »subjektiven Element« nur im Hinblick auf die Zurechnung und das zurechenbare menschliche Verhalten, während das »objektive Element« die völkerrechtliche Verpflichtung betrifft, die Ushakov der Sache nach meint.

nigen von *wrongful acts of the State* verlassen. Im Hinblick auf die strikte Beschränkung des Entwurfs auf sekundäre Verantwortlichkeitsregeln sei dies nicht akzeptabel⁵⁶. Diesem Einwand wurde in den Beratungen der ILC grundsätzlich Rechnung getragen. In seiner abschließenden Stellungnahme zu dieser Frage räumte der Berichterstatter Ago ein, daß man in der von ihm in Art.11 para.2 formulierten Regelung in der Tat eine Verlagerung vom subjektiven Element der Zurechnung zum Staat zum objektiven Element der Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung feststellen könne⁵⁷. Dem eigenen Vorschlag Ushakovs, "paragraph 1 is without prejudice to the attribution to the State of its own act", wurde umgekehrt das Bedenken entgegengehalten, mit dieser Wendung werde die Zurechnungsproblematik in den Fällen des Art.11 umgangen⁵⁸. Bei diesem Bedenken wurde nicht beachtet, daß mit der Ablehnung der Formulierung des Berichterstatters bei grundsätzlicher Übernahme der Auffassung Ushakovs die Zurechnungsproblematik in den Fällen des Art.11 gänzlich entfiel, also gar nicht mehr umgangen werden konnte und sie dennoch zu berücksichtigen der Sache nach widersprüchlich war. Folgte man also dem Einwand Ushakovs gegen Ago, wie es die ILC tat, so war der Formulierungsvorschlag Ushakovs die einzige wirkliche Alternative. Dennoch konnte sich auch diese Formulierung nicht gänzlich durchsetzen. Sie wurde durch die der jetzigen Fassung zu entnehmenden, auf die Bedenken von Martinez-Moreno und Ramangasoawina zurückgehenden Änderungen ergänzt, mit denen die Kommission bemerkenswerterweise zumindest mittelbar die Erforderlichkeit einer spezifischen Zurechnungsregelung mit sachlich eigenständiger Bedeutung in diesen Fällen anerkannt hat. Der Verweis auf die allgemeinen Zurechnungsregeln, der eine Absage an ein spezifisches Regelungsbedürfnis in Art.11 enthält, wird damit in einer nicht näher offengelegten Weise eingeschränkt.

2. Das positive Bezugskriterium

Das folgt auch aus der positiven Bedeutung des Formelkompromisses in Art.11 para.2, die in der Unberührtheit der Zurechnung jedes

⁵⁶ YILC 1975 I, S.33 para.51.

⁵⁷ *Ibid.*, S.40 para.16.

⁵⁸ So ausdrücklich Martinez-Moreno (YILC 1975 I, S.37 para.31); Ramangasoawina (*ibid.*, S.38 para.34) meinte, Ushakovs Vorschlag treffe eine zu strikte Unterscheidung zwischen der Handlung einer Privatperson und dem *act of the State*. Die Verbindung zwischen *act of the State* und privatem Handeln dürfe nicht verneint, sondern müsse verdeutlicht werden.

andere Verhaltens zum Staat zum Ausdruck kommt, "which is related to that of the persons ... referred to in paragraph 1". Die Beratungen der Kommission und die Kommentierung zu Art.11 lassen keinen Zweifel daran, daß die Wendung, "which is related to ...", einen Bezug des staatlichen auf das private Verhalten kennzeichnet⁵⁹. Ohne auf den Inhalt der staatlichen Verpflichtungen in diesen Fällen näher eingehen zu müssen, sollte sichergestellt werden, "that there must be a relationship or link between the acts of the State envisaged in this paragraph and the injurious acts of persons referred to in paragraph 1"⁶⁰. Über die Frage, wie dieser Bezug im einzelnen zu definieren sei und worin seine konkrete juristische Bedeutung liege, konnte man sich nicht einigen⁶¹. In den Beratungen und in der Kommentierung enthaltene Feststellungen, die von Privatpersonen verursachte Schädigung bleibe gemessen an der staatlichen Verantwortlichkeit ein bloßes »äußeres Ereignis«, sie sei auf der anderen Seite eine notwendige Bedingung, gewissermaßen der »Katalysator« für die Völkerrechtswidrigkeit des staatlichen Verhaltens⁶², helfen hier kaum weiter. Sie stellen auf eine Verletzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen durch den verantwortlichen Staat ab, die erklärtermaßen nichts mit Art.11 para.2 zu tun hat, weil sich diese Regelung generell auf *acts of the State* und nicht lediglich auf *wrongful acts* bezieht. Positiv gewendet heißt dies, daß – wenn die Rechnung aufgehen soll – der ausdrücklich in den Formelkompromiß des Art.11 para.2 aufgenommene Bezug des staatlichen auf das private Verhalten allein die Zurechnung jenes besagten anderen Verhaltens zum Staat betreffen kann, nicht dagegen die Frage der völkerrechtlichen Pflichtverletzung. Stellt man allein auf die Formulierung ab, so ist diese Bestimmung nicht überflüssig. Seiner Formulierung nach enthält Art.11 para.2 vielmehr ein eigenständiges Zurechnungskriterium. Mehr läßt sich dieser Bestimmung allerdings nicht entnehmen.

⁵⁹ Vgl. die Ausführungen von Ago (YILC 1975 I, S.39 para.9) und Ramangasoawina (*ibid.*, S.38 para.37); siehe ferner die Kommentierung zu Art.11, YILC 1975 II, S.71 para.5 und S.83 para.37.

⁶⁰ Kommentierung zu Art.11, *ibid.*

⁶¹ Reuter meinte sogar, die Frage einer Verbindung zwischen staatlichem und privatem Verhalten habe mit Art.11 nichts zu tun; sie sei in anderem Zusammenhang zu erörtern, den er aber nicht nannte (YILC 1975 I, S.31 para.31). Gesichert ist lediglich, daß der Ausdruck *connected*, den Ago für den Bezug des staatlichen auf das private Verhalten verwendete, im Verlauf der Beratungen in *related* geändert wurde. Im Schrifttum ist von Mössner (Anm.1), S.79, die Vermutung geäußert worden, hiermit könnte ein Wechsel von einer kausalen zu einer finalen Betrachtung stattgefunden haben. Mössner stellt jedoch selbst fest, daß sich dies aus den Materialien nicht belegen läßt.

⁶² Sette Camara, YILC 1975 I, S.28 para.5ff., Ago, *ibid.*, S.39 para.9; Kommentierung zu Art.11, YILC 1975 II, S.71 para.5.

Die letztlich entscheidende Frage nach Inhalt und praktischer Bedeutung des verlangten Bezugs des staatlichen auf das private Verhalten wird in Art.11 para.2 nicht beantwortet. Praktische Auswirkungen auf den Zurechnungsvorgang scheiden im Ergebnis ebenso aus wie solche auf die Schadensfeststellung oder die Feststellung einer völkerrechtlichen Pflichtverletzung. Was den Zurechnungsvorgang betrifft, so ist die Frage der Zurechenbarkeit eines Verhaltens zum Staat abschließend in den Art.5-10 des Entwurfs geregelt. Diese Bestimmungen schließen jeden zurechenbaren *act of the State* ein, also auch das staatliche Unterlassen bei Handlungen von Privatpersonen⁶³. Es ist nicht ersichtlich, auf welche Weise die Nichtverhinderung von Schädigungen und die Nichtverfolgung der Schädiger durch ein positives Bezugskriterium klassifiziert werden könnte und welchen Sinn eine solche generelle Klassifizierung haben sollte. Wenn kein Amtsträger eine Schädigung verhindert und keine staatliche Stelle Verfolgungsmaßnahmen eingeleitet hat, müssen weitergehende Unterscheidungen auf der Ebene des tatsächlichen Verhaltens staatlicher Amtsträger ins Leere gehen. Für sie gibt es keine Anknüpfungspunkte mehr⁶⁴. Die Fälle, in denen staatliche Stellen aktiv mit Privatpersonen bei der Schädigung fremder Staaten zusammengewirkt haben, sind nicht geeignet, die tatsächliche Verknüpfung des staatlichen mit dem privaten Verhalten zu einem allgemeinen Zurechnungskriterium zu machen. Es handelt sich um seltene Ausnahmen⁶⁵, die in den für Art.11 typischen Unterlassungsfällen als Grundlage für die Zurechnung eines Versäumnisses zum Staat gerade nicht herangezogen werden können.

Der einzige Sinn weitergehender Unterscheidungen innerhalb des staatlichen Unterlassens könnte nur in der Frage liegen, welche zuständige staatliche Stelle verpflichtet gewesen wäre, Maßnahmen zu ergreifen und diese Maßnahmen nicht ergriffen hat. Das aber ist nach der Konzeption der ILC eindeutig keine Zurechnungsfrage mehr. Es ist eine Frage nach der jeweiligen völkerrechtlichen Verpflichtung des betreffenden Staa-

⁶³ Das ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang zwischen Art.3(a) und den Art.5ff., auf den in den erläuternden Vorbemerkungen der ILC zu den Zurechnungsregeln des 2.Kapitels ausdrücklich hingewiesen wird, YILC 1973 II, S.189 para.1ff. Während Art.3(a) mit dem zurechenbaren Handeln oder Unterlassen auf jedes beliebige menschliche Verhalten Bezug nimmt, regeln die Art.5ff. diejenigen Voraussetzungen, unter denen ein solches Verhalten nach Völkerrecht dem Staat zugerechnet wird.

⁶⁴ Wie hier Christenson (Anm.1), S.323: "We have no underlying criteria for determining when nonaction is a conscious decision or a legitimate sphere of nonconduct in these kinds of cases".

⁶⁵ Siehe oben Anm.3.

tes, die man aus Art.11 gerade eliminiert hat. In den Entwurf sollten keine Primärpflichten aufgenommen werden, und es war klar, daß sich Art.11 para.2 auf Grund des Gesamtzusammenhangs des 2. Kapitels des Entwurfs nicht etwa nur auf *wrongful acts*, sondern allgemein auf *acts of the State* bezieht⁶⁶. Zurechenbarkeit und Zurechnung hängen danach also nicht allgemein von einem Bezug des staatlichen auf das private Verhalten ab.

Auch im Hinblick auf die Schädigung des fremden Staates läßt sich der Wendung, "which is related to ...", keine juristische Bedeutung abgewinnen. Die ILC hebt mehrfach zutreffend hervor, daß die von Privatpersonen begangene Schädigung als »äußeres Ereignis« in den Fällen des Art.11 zu den unverzichtbaren Entstehungsvoraussetzungen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit des in Anspruch genommenen Staates gehört⁶⁷. Die Fälle der Staatenverantwortlichkeit bei Handlungen von Privatpersonen weisen damit ein Schadenserfordernis auf, welches nicht zu den allgemeinen Verantwortlichkeitselementen nach Art.3 gehört, sondern welches nur in den Fällen des Art.11 gegeben sein muß⁶⁸. Da es sich hierbei lediglich um die Folge der Handlungen von Privatpersonen handelt, die ihrerseits dem Staat nicht zugerechnet werden, kann man dieses Kriterium durchaus als »äußeres Ereignis« bezeichnen. Mit einem »Bezug« einer staatlichen Unterlassung auf die private Handlung hat dieses »äußere Ereignis« aber ersichtlich nichts zu tun. Für die staatliche Verantwortlichkeit in den Fällen des Art.11 kommt es, was das Schadenserfordernis betrifft, allein darauf an, ob das »äußere Ereignis« tatsächlich eingetreten ist oder nicht. Praktischen Auswirkungen des Bezugskriteriums auf die völkerrechtliche Pflichtverletzung steht, wie bereits dargelegt, die in Art.11 durchgeführte Trennung zwischen tatsächlicher Zurechnungsgrundlage und normativem Verstoß gegen das Völkerrecht entgegen. Obwohl als eigenständiges Zurechnungskriterium in die Formulierung des

⁶⁶ Mit diesem in den Beratungen der ILC allgemein akzeptierten Argument konnte sich Ushakov gegen die von Ago für Art.11 para.2 vorgesehene Formulierung durchsetzen (vgl. oben bei Anm.54). Dasselbe ergibt sich aus dem einhelligen Ergebnis der Beratungen. Danach hat die Verweisung in Art.11 para.2 auf die allgemeinen Zurechnungsbestimmungen des 2. Kapitels keine konstitutive, sondern lediglich klarstellende Bedeutung. Die Unabhängigkeit der Zurechnung als *act of the State* von der völkerrechtlichen Pflichtverletzung folgt schon aus dem System des Entwurfs.

⁶⁷ Vgl. die Nachweise oben in Anm.62.

⁶⁸ Die Frage, ob das Schadenserfordernis als drittes allgemeines Verantwortlichkeitselement neben zurechenbarem Verhalten und Pflichtverletzung in Art.3 berücksichtigt werden müsse, war in den Beratungen umstritten (vgl. YILC 1970 I, S.175, Section II(g), sowie *ibid.*, S.226 para.33f.). Sie wurde im Ergebnis jedoch klar verneint, wie sich aus dem Wortlaut des Art.3 und der Kommentierung ergibt, YILC 1973 II, S.184 para.12.

Art.11 para.2 aufgenommen, steht man mit dem Bezug des staatlichen auf das private Verhalten letzten Endes vor einem sachlich ins Leere führenden Kriterium⁶⁹. Im Ergebnis, wenn auch nicht nach den in der ILC mehrheitlich verfolgten Vorstellungen, ist damit den Stimmen Recht zu geben, die davon ausgingen, Art.11 para.2 könne ersatzlos gestrichen werden⁷⁰. Die in dieser Bestimmung enthaltene Verweisung auf die Art.5–10 des Entwurfs hat lediglich klarstellende Bedeutung.

IV. Durchführung der Zurechnungskonzeption bei Erfolgstatbeständen (Art.20ff.)

Daß diese Zurechnungskonzeption für alle vom ILC-Entwurf erfaßten Bereiche der Staatenverantwortlichkeit durchgeführt ist, folgt auch aus den Art.20ff., in denen besondere völkerrechtliche Pflichtverletzungen geregelt werden. Nach Art.20 liegt ein Verstoß gegen eine völkerrechtliche Verpflichtung vor, wenn das tatsächliche Verhalten eines Staates mit dem auf Grund einer völkerrechtlichen Verpflichtung in besonderer Weise von ihm verlangten Verhalten nicht übereinstimmt. Ist der Staat dagegen zur Erreichung eines bestimmten Erfolgs verpflichtet, wobei die Wahl der Mittel ihm überlassen bleibt, dann liegt nach Art.21 eine völkerrechtliche Pflichtverletzung vor, "if, by the conduct adopted, the State does not achieve the result required of it by that obligation". Art.23 regelt die gerade bei privaten schädigenden Handlungen besonders bedeutsamen Tatbestände, bei denen die völkerrechtliche Verpflichtung der Staaten in der Verhinderung bestimmter Erfolge besteht, wobei auch hier den Staaten die Wahl der Mittel überlassen bleibt. Eine Verletzung dieser Verpflichtung liegt nach Art.23 vor, "if, by the conduct adopted, the State does not achieve that result".

Obwohl hier klar Erfolgstatbestände geregelt werden, fehlt in keiner Bestimmung das Kriterium "conduct of the State" bzw. "by the conduct adopted". Es genügt also nicht ein bestimmter Erfolgseintritt und seine Unvereinbarkeit mit einer völkerrechtlichen Verpflichtung. Eine staatliche

⁶⁹ Die Kritik Mössners an dieser Bestimmung ist im Ergebnis nicht klar. Mössner (Anm.1), S.80, meint zum einen, Art.11 sei in seiner vorliegenden Form ohne eigenen Inhalt und damit entbehrlich. Auf der anderen Seite faßt er den Bezug des staatlichen auf das private Verhalten (*related to*) im Sinne einer »Kausalität der Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden« auf, die lediglich sprachlich im Sinne der Formulierung A g o s (*connected with*) verdeutlicht werden müsse (S.89). Art.11 para.2 enthielte dann allerdings ein positives Verantwortlichkeitskriterium, wäre also nicht entbehrlich.

⁷⁰ Siehe oben Anm.51.

Verantwortlichkeit liegt immer erst mit dem Nachweis eines staatlichen Verhaltens vor, das nach der Konzeption der ILC den Erfolgseintritt zumindest ermöglicht haben muß. Dieses Verhalten staatlicher Stellen hängt jedoch nicht vom Inhalt der völkerrechtlichen Verpflichtung ab, sondern es muß von dem durch Privatpersonen verursachten Schädigungserfolg her nachgewiesen werden. In den Fällen der Nichtverhinderung eines Erfolgs nach Art.23 verlangt die ILC damit drei verschiedene Voraussetzungen der Staatenverantwortlichkeit.

Die erste Voraussetzung ist der Erfolgseintritt selbst. In der Kommentierung zu Art.23 heißt es: "The characteristic feature of the case taken into consideration by the Commission here is precisely the notion of an event, i.e. an act of man or of nature which, as such, involves no action by the State. Consequently, if the result which the obligation requires the State to ensure is that one or another event should not take place, the key indication of breach of the obligation is the occurrence of the event, just as the nonoccurrence of the event is the key indication of fulfilment of the obligation. The State bound by an obligation of this kind cannot assert that it has achieved the required result by claiming that it has set up a perfect system of prevention if in practice that system proves ineffective and permits the event to occur"⁷¹. Vom Erfolgseintritt hängt also der ILC zufolge die charakteristische Eigenart der völkerrechtlichen Pflichtverletzung in den Fällen des Art.23 ab (Erfolgsunrecht). Sie wird noch einmal ausdrücklich in Art.26 hervorgehoben, der mit Art.23 korrespondiert. Art.26 Satz 1 bestimmt, "the breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event begins". In der Kommentierung wird diese Regelung dahin gehend gedeutet, daß Pflichtverletzung und Erfolgseintritt zeitlich notwendigerweise zusammenfallen⁷².

Der Erfolgseintritt genügt jedoch nach Auffassung der ILC nicht. Als weitere Voraussetzung der Pflichtverletzung müsse eine besondere staatliche Verhaltensweise hinzutreten. "The State can obviously be required only to act in such a way that the possibility of the event is obstructed, i.e. to frustrate the occurrence of the event as far as lies within its power. Only when the event has occurred because the State has failed to prevent it by its conduct, and when the State is shown to have been capable of preventing it by different conduct, can the result required by the obligation be said not to have been achieved. Consequently, for there to be a breach of the obligation, a certain causal link – indirect, of course, not direct – must exist

⁷¹ YILC 1978 II, S.82 para.4.

⁷² *Ibid.*, S.97 para.3.

between the occurrence of the event and the conduct adopted in the matter by the organs of the State"⁷³.

Diese Ausführungen besagen zweierlei. Zum einen hält die ILC auch in den Fällen des Art. 23 an der tatbestandsmäßigen Bedeutung eines menschlichen Verhaltens, nämlich eines Unterlassens, fest, das nach den allgemeinen Regeln der Art. 5–10 dem Staat zurechenbar ist. Entsprechend der allgemeinen Zurechnungskonzeption bedeutet dies gleichzeitig ein Festhalten an der Vorrangigkeit des zurechenbaren Verhaltens gegenüber der Pflichtverletzung und an seiner Unabhängigkeit von dieser. Mit der zunächst aufgestellten Behauptung einer »Schlüsselbedeutung« des bloßen Erfolgseintritts ist dies nicht zu vereinbaren. Nimmt man das Erfordernis einer zurechenbaren Unterlassung ernst, handelt es sich um den normalen Fall einer Staatenverantwortlichkeit bei Handlungen von Privatpersonen.

Darüber hinaus verlangt die ILC als dritte Voraussetzung der Pflichtverletzung in diesen Fällen eine »gewisse kausale Verbindung« zwischen Erfolgseintritt und zurechenbarer Unterlassung. Nicht irgendein Erfolgseintritt und nicht irgendeine Unterlassung sind ausreichend. Aus der Sachlage muß sich vielmehr ergeben, daß dieser Erfolg gerade deswegen eingetreten ist, weil die tatsächliche Möglichkeit, ihn zu verhindern, nicht ergriffen wurde. Die Worte "by the conduct adopted concisely express the requirement referred to above, namely, that the occurrence of the event must have been made possible by the conduct that the State chose to adopt in the case in question, whereas by a different conduct it would have been able to achieve the required result"⁷⁴. Die ILC hält also auch bei Erfolgstatbeständen an ihrer auf ein tatsächliches menschliches Verhalten gegründeten Zurechnungskonzeption fest.

V. *Schlußbemerkung*

Nach allgemeinem Völkerrecht entscheidet die völkerrechtliche Verpflichtung über die Anforderungen, die zur Begründung der Verantwortlichkeit eines Staates an das Vorliegen einer staatlichen Handlung oder Unterlassung zu stellen sind⁷⁵. Das gilt einmal für die primäre Frage, was ein Staat zu tun hat bzw. nicht tun darf, wenn er seine Verantwortlichkeit nach Völkerrecht vermeiden will. Das gilt ferner für die hiermit zusammenhängende Frage, in welchem Umfang die Verantwortlichkeit eines

⁷³ *Ibid.*, S. 82f. para. 6.

⁷⁴ *Ibid.*, S. 86 para. 16.

⁷⁵ Vgl. oben die Nachweise in den Anm. 18, 19.

Staates von seinen konkreten Verhaltensmöglichkeiten im Einzelfall begrenzt wird. Zwar können auch die beste Polizei und die aufmerksamsten Behörden nicht jede schädigende Handlung von Privatpersonen gegenüber anderen Staaten und deren Angehörigen verhindern⁷⁶. Darauf kommt es jedoch dann nicht an, wenn der betreffende Staat weitergehende völkerrechtliche Verpflichtungen übernommen hat, nach denen seine Verantwortlichkeit von einem rein objektiven Haftungsstandard oder vom bloßen Eintritt eines Erfolgs abhängt. Von Art und Inhalt der Verpflichtung hängt schließlich drittens ab, ob und inwieweit ein Schadenseintritt und ein Verschulden staatlicher Stellen zur Begründung der Verantwortlichkeit nach Völkerrecht erforderlich sind⁷⁷.

In Abweichung von dieser nach allgemeinem Völkerrecht maßgeblichen Rechtslage hat die ILC mit Art.3 (a) und den hiermit zusammenhängenden Zurechnungsregeln der Art.5–10 eine von der völkerrechtlichen Verpflichtung unabhängige subjektive Verantwortlichkeitsgrundlage geschaffen. Die generelle Ausdehnung dieses in einem tatsächlichen menschlichen Verhalten bestehenden subjektiven Elements auf alle vom Entwurf erfaßten Verantwortlichkeitsfälle und seine Vorrangigkeit gegenüber der Pflichtverletzung nach Art.3 (b) stoßen erstens auf das Bedenken, daß hiermit zu Lasten des verletzten Staates Beweisführungsschwierigkeiten festgeschrieben und verallgemeinert werden, die bereits nach allgemeinem Völkerrecht in den Fällen einer Verantwortlichkeit für die Nichteinhaltung objektiver Sorgfaltsstandards ausgeräumt oder zumindest erheblich eingeschränkt sind. Die generelle Ausdehnung des subjektiven Verantwortlichkeitselements ist zweitens nicht damit zu vereinbaren, daß es den Staaten unbenommen ist, weitergehende völkerrechtliche Verpflichtungen einzugehen, nach denen es tatbestandsmäßig auf das tatsächliche Verhalten ihrer Organe und Amtsträger nicht mehr ankommt. Im Hinblick auf die praktisch immer bedeutsamer werdenden Erfolgstatbestände der Art.20 ff. entsteht damit die zwiespältige Lage, daß entweder die allgemeine Zurechnungskonzeption des Art.3 (a) in Verbindung mit den Art.5–10 aufgegeben oder eine nach geltendem Völkerrecht nicht zweifelhafte staatliche Verantwortlichkeit verneint werden müßte.

Bejaht man die Verantwortlichkeit des Staates, wie dies in den Fällen nach Art.21 und 23 häufig geschieht und geschehen muß, wird die Zurech-

⁷⁶ Diesen Punkt juristisch zu erfassen, ist seit jeher ein Hauptanliegen der Völkerrechtslehre in den Fällen der Verhinderung und Verfolgung privater Verletzungshandlungen, vgl. H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (1899), S.334.

⁷⁷ Vgl. oben die Nachweise in Anm.68.

nung in Wahrheit auf der Grundlage der völkerrechtlichen Verpflichtungen des betreffenden Staates durchgeführt. Auf die konkreten Umstände eines tatsächlichen menschlichen Verhaltens kommt es hierfür nicht an, jedenfalls nicht im Sinne eines allgemeinen Verantwortlichkeitselements. Diese Umstände betreffen die Frage, ob den staatlichen Stellen in der betreffenden Situation ein anderes Verhalten möglich war oder nicht. Nicht nur über die Erheblichkeit dieser Fragestellung für die völkerrechtliche Verantwortlichkeit, sondern vor allem auch über die Frage, welches andere Verhalten dies sein sollte, entscheidet der Inhalt der völkerrechtlichen Verpflichtung. Den *act of the State* in diesen Fällen unabhängig vom jeweiligen völkerrechtlichen Verpflichtungsstatbestand zu bestimmen, wie dies die ILC verlangt, ist nicht möglich. Es wäre nicht mehr zu beantworten, welche nicht ergriffenen Maßnahmen man denn vom Staat verlangen will, wenn nicht die, zu deren Vornahme er verpflichtet ist.

Mit der Aufnahme von Erfolgstatbeständen in die Entwurfsregelung hat sich die ILC in besondere Schwierigkeiten begeben. Die charakteristische Eigenart von Erfolgstatbeständen ist die Begründetheit des Völkerrechtsverstoßes nicht in einem menschlichen Fehlverhalten, sondern in der bloßen Tatsache des Erfolgseintritts. Daß die ILC mit den Art. 21 und 23 die Regelung eines Erfolgsunrechts angestrebt hat, ergibt sich klar aus den kommentierenden Ausführungen zu diesen Bestimmungen. Im Unterschied zu einem im eigenen rechts- und pflichtwidrigen Handeln oder Unterlassen begründeten Verhaltensunrecht bedarf ein reines Erfolgsunrecht einer besonderen Verantwortlichkeitsgrenze. Kein Staat übernimmt es, die nachteiligen Folgen zufälliger Erfolgseintritte ohne gleichzeitige spezifische Beschränkung auf ein kalkulierbares Risiko zu tragen. Zu den bei einem reinen Erfolgsunrecht typischen Verantwortlichkeitsgrenzen gehört die tatbestandsmäßige Eingrenzung und Bestimmung derjenigen »Erfolge«, die ein Unrecht darstellen. Wo diese Eingrenzung zur Kalkulierbarkeit des Risikos nicht ausreicht, sind darüber hinaus absolute, in Höchstsummen festgelegte Haftungsgrenzen üblich. Diesen in derartigen Fällen an sich allein sachgemäßen Weg ist die ILC jedoch nicht gegangen. Sie sah sich hierzu wohl deshalb außerstande, weil die tatbestandsmäßige Festlegung derjenigen »Erfolge«, die ein völkerrechtliches Unrecht darstellen, den sekundären Bereich allgemeiner völkerrechtlicher Verantwortlichkeitsregeln erheblich überschritten hätte. Der statt dessen gewählte Ausweg, die im Ergebnis unabdingbare Grenzziehung durch einen Rückgriff auf die allgemeine Zurechnungskonzeption des Entwurfs herzustellen, kann sachlich nicht befriedigen. Er bedeutet ein Festhalten an einem Verhaltensunrecht in Fällen, die klar als Erfolgsunrecht konzipiert sind.

Die in Art.19 getroffene Unterscheidung zwischen *international crime* und *international delict*⁷⁸ beweist, daß dem ILC-Entwurf eine aus dem primären völkerrechtlichen Regelungsbereich entnommene tatbestandsmäßige Festlegung einer bestimmten Verantwortlichkeitskategorie keineswegs fremd ist⁷⁹. Dieser Weg bietet sich auch bei den Erfolgstatbeständen an. Sollte diese Lösung scheitern, wäre der konsequente Ausweg allein der, die Fälle eines reinen Erfolgsunrechts nicht in die Entwurfsregelung aufzunehmen, sondern dem partikulären Völkerrecht und der weiteren völkergewohnheitsrechtlichen Entwicklung zu überlassen. Da die Erfolgstatbestände der Art.20ff. völkerrechtliches Unrecht regeln, würde dies allerdings eine teilweise Preisgabe des von der ILC verfolgten Kodifizierungsziels bedeuten.

Summary*

Questions of Attribution Relating to Acts of Private Persons

Acts of private persons are in no way attributable to a State as acts of its own. Relating to injuries pursuant to acts of private persons, a conduct attributable to the State can only be some failure of persons acting on its behalf. Normally such a failure is an omission. The actual differences between acts and omissions create special problems of attribution with regard to the ascertainment of omissions. The mere fact that State B is injured on the territory or by members of State A is in no way a sufficient basis for the ascertainment of an omission. An omission rather depends at all times on preconditions, on which international lawyers make quite different demands.

There are many cases in which the existence of an omission is established only pursuant to actual criterions of the case in question without any reference to the legal obligations of the State concerned. If, for instance, policemen being present and able to prevent attacks on a foreign embassy do not take action, their conduct is an omission in an actual sense. As actual conduct of State organs the omission is attributable to the State. If, however, in the same case policemen failed

⁷⁸ Siehe hierzu den Beitrag von R. Hofmann, oben S.195 ff.

⁷⁹ D. Rauschnig, Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidriges Verhalten (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 24) (1984), S.7ff., 13ff., sieht hierin einen der hauptsächlichen Widersprüche des ILC-Entwurfs.

* Summary by the author.

to appear, perhaps because the head of the executive did not realize that there was reason to take countermeasures, there is no omission in an actual sense. Nevertheless, the State may be responsible for not fulfilling its obligations under international law to protect foreign embassies. To accept an attributable omission even in this case, like many international lawyers do, such an omission can only be presumed in the normative sense as not to have fulfilled what ought to have been done under international law. Both kinds of omission are different not only regarding the method of ascertainment of the omission, but also regarding the operation of attribution. An omission in the actual sense has to be proved on the basis of the given circumstances of the particular case. The attribution then only depends on conduct of a person acting on behalf of the State. If, however, the omission can be derived from the international law obligation the attribution follows from the fact that it is the State concerned which is legally bound by that obligation. The distinction is of practical importance, because the attribution of an actual omission often fails on grounds of evidence. Under the normative procedure of ascertaining an omission those difficulties largely vanish. In cases concerning obligations of result at times the ascertainment of the occurrence of the event to be prevented is sufficient.

In international law and practice there exists no clear line to decide when it is necessary to prove an actual omission involving all difficulties of evidence and when it suffices to derive a normative omission from the international law obligation concerned. The article analyses the problem on the basis of the ILC Draft on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts which was accepted by the Commission in first reading.

The central draft-provision of attribution is Art.3. The approach of the draft in attribution matters is based upon a separation of the question of attribution from that of the breach of an obligation. This separation is laid down both in Art.3 and in the whole structure of the draft corresponding with that basic provision. Art.3 contains two elements necessarily existing for every internationally wrongful act. The first element in Art.3 (a) called "subjective element" and consisting of an action or omission attributable to the State is distinguished from the second one in Art.3 (b) called "objective element" and consisting of a breach of an obligation. Corresponding to Art.3 the draft first deals in chapter 2 with the rules of attribution of a given action or omission to the State and then in chapter 3 lays down the provisions regulating the breach of an obligation. The ILC Commentary to Art.3 points out: "As regards the order in which these two elements appear, it seemed more logical to mention the subjective element before the objective element, because it is necessary to determine whether State conduct exists before it can be determined whether or not it constitutes a breach of an international obligation".

In the Commission's debates the distinction between a subjective element of conduct attributable to the State and an objective element of a breach of an obliga-

tion was heavily disputed. Many members of the Commission denied that the separation made any sense. They proposed a restatement of Art.3 with an unified formulation. Another proposal was to reverse the order of Art.3 by regulating first the objective and then the subjective element. Against these amendment proposals the Special Rapporteur, supported by the majority of the Commission, defended the concept of attribution and the corresponding structure of the draft. Therefore a clear distinction between a subjective and an objective element of State responsibility in the wording of Art.3 received a systematic significance which is relevant in all cases covered by the draft. This systematic significance comprises two assertions of great importance for the concept of attribution of the draft.

- (a) As a subjective element the action or omission attributable to the State at all times is an actual conduct of a human being.
- (b) This actual conduct is to be proved without any reference to the international obligations of the State concerned. The attribution of this conduct to the State is governed by its own rules of international law covered by chapter 2 of the draft. These rules do not have any connection with the regulations of chapter 3 regarding the international obligations of the State.

This approach is realized in the draft articles not only with respect to acts of private persons but also in the Art.20 et seq. Whereas Art.11 refers explicitly to Arts.5–10 dealing with attribution, Art.20 et seq. provide the criterion “conduct of the State” or “by the conduct adopted” which implies a reference to the general rules of attribution.

The first objection to the general extension of the subjective element of responsibility, which consists of actual human conduct, to all cases covered by the draft and to the predominance of this element as to the violation of an obligation provided for in Art.3 (b) is that difficulties of the injured State to produce evidence are generalized in a manner inconsistent with the ease of the burden of proof according to general international law in cases of responsibility for disrespecting objective due diligence standards. Secondly, the general extension of the subjective element of responsibility does not take into account that States may agree upon more far-reaching international obligations under which the actual conduct of State organs is irrelevant.

The codification of obligations requiring the achievement of a specific result in the draft causes problems with respect to the determination of an adequate borderline of responsibility. The only adequate solution would have been to specify those “results” which are internationally wrongful. The ILC did not do so, probably because it was reluctant to be forced to enter into the area of primary rules which are in principle excluded from the scope of the draft. The alternative solution adopted by the Commission is unsatisfactory as it extends rules governing wrongful conduct to cases which are clearly designed as breaches of obligations requiring the achievement of a specified result. As the distinction between “international

crimes” and “international delict” in Art.19 shows, the codification of primary rules referring to special category of responsibility is not totally unknown in the ILC’s draft articles. This solution should also be adopted as far as obligations requiring a specific result are concerned. If this is not possible it is preferable not to codify these cases at all and rather to leave them to the development of customary international law.