

### TEIL 3 Die nähere Ausgestaltung der Berücksichtigung von Fehlvorstellungen bei unilateraler Gewalt

Nachdem im Hinblick auf unilaterale Gewalteinsätze die Hauptfrage beantwortet ist, können nun Anschlussfragen in den Blick genommen werden, die Inhalt und Konsequenzen der eingeschränkten Rechtfertigungslösung präzisieren: Wann ist ein Irrtum *unvermeidbar* und ein Fehlverdacht *hinreichend wahrscheinlich* (10. Kapitel), inwieweit können diese Sorgfaltsanforderungen von einem Kontrollorgan potentiell überprüft werden (11. Kapitel) und auf welche Personen des Staates kommt es an (12. Kapitel)? Die beiden wichtigsten Rechtsquellen, Vertragsauslegung und Staatenpraxis, helfen in diesen Bereichen nur noch punktuell weiter. Aufschlussreich sind insbesondere die Untersuchungsberichte zum Fall Irak 2003, die, auch wenn die Invasion verbreitet nicht an unilateralen Erlaubnissätzen gemessen wurde, eine Fülle fruchtbarer Hinweise auf die hier untersuchten Aspekte im unilateralen Kontext enthalten. Dennoch stützen sich viele Überlegungen – neben der weiterhin nützlichen Hilfsrechtsquelle der Literatur – stärker als bisher auf konzeptuelle Erwägungen unter Einschluss ökonomischer Argumente. Einige mathematische Bezüge sind zweifellos nicht ohne weiteres auf die Praxis übertragbar. Sie tragen aber zur dogmatischen Klärung bei und sollen nicht ausgespart werden in diesem Teil, der, stärker noch als dies ohnehin für diese Arbeit gilt, primär Denkanstöße für weitere Überlegungen geben soll. Obwohl das Ziel nach wie vor die Ermittlung der Rechtslage *de lege lata* ist, ist der Grat zur *lex ferenda* daher an vielen Stellen schmal.

#### *10. Kapitel: Anforderungen an sorgfaltsgemäßes Handeln*

Da nur der sorgfaltsgemäß handelnde – also der einem *unvermeidbaren* Irrtum oder *hinreichend wahrscheinlichen* Fehlverdacht unterliegende – Staat eingeschränkt gerechtfertigt ist, ist der Inhalt dieser Anforderungen von hoher Bedeutung. Bei seiner Ausfüllung können die für die völkerrechtli-

chen due-diligence-Pflichten<sup>1</sup> geltenden Grundsätze eine Hilfestellung geben.

Einen relevanten Sorgfaltsverstoß kann zunächst die Verletzung spezieller völkerrechtlicher Normen indizieren, deren Schutzzweck die Informationsermittlung umfasst.<sup>2</sup> Denn regelmäßig haben die Staaten mit diesen Normen für einen besonderen Kontext die Grenze zwischen dem allgemein erlaubten und verbotenen Risiko festgelegt, sodass das *ius contra bellum* diese Wertung nicht ignorieren kann. In Betracht kommen zB Regelungen des Chicagoer Abkommens zur Identifizierung fremder Flugzeuge vor ihrem Abfangen<sup>3</sup> oder Normen der UNCLOS.<sup>4</sup> Fehlt es an einer speziellen Norm, kommt die Verletzung allgemeiner Sorgfaltspflichten in Betracht. Die Schwierigkeit, ihren genauen Inhalt zu bestimmen, ist von völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten und aus dem nationalen Recht bekannt: Formeln vom hypothetischen Verhalten einer „reasonable“ oder „good“ government,<sup>5</sup> des (früheren) „bon père de famille“<sup>6</sup> oder eines „be-

---

1 Zu den speziellen Pflichten und der Frage, ob sie Ausprägungen einer übergeordneten due-diligence-Pflicht sind, s.o. 9. Kap., III. 3. C; ähnlich im Ansatz Pacholska, Complicity, S. 199 für die Ausfüllung der von ihr identifizierten „aggravated complicity rule“, die ebenfalls einen Sorgfaltsverstoß voraussetzt.

2 Vgl. ILA, Due Diligence, Second Report, S. 7 f zur Einschränkung des freien Ermessens in der Auswahl staatlicher Mittel, wenn spezifische Maßnahmen unverzichtbar sind, um Schäden zu vermeiden, und sich entsprechende Normen herausgebildet haben.

3 Chicago Convention on International Civil Aviation, Annex II, Appendix 2 „Interception of Civil Aircraft“.

4 Zum Beispiel muss das von UNCLOS mit Befugnissen ausgestattete Schiff oder Flugzeug stets „clearly marked and identifiable as being on governmental service“ sein, vgl. Art. 107, 110 (5), 111 (5) und 224 UNCLOS. Verletzt ein Staat diese Pflicht und verhält sich das andere Schiff daraufhin in einer Weise, die der erste Staat als bewaffneten Angriff missversteht, so kann diesem ein Sorgfaltsverstoß zur Last gelegt werden, wenn er daraufhin Gewalt einsetzt.

5 Koivurova, MPEPIL 1034 (2010), Rn. 16; ILA, Due Diligence, Second Report, S. 8 f; auch bei völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten wird auf *reasonableness* abgestellt, s. Kommentar zu Art. 17 der UN Guiding Principles on Business and Human Rights; Art. 3, Commentary (10) der ILC Draft Articles on Prevention; Tallinn Manual 2.0, Rule 6, Commentary (42), s. auch ICJ, Genocide, Urteil, 2007, Rn. 430, zur Häufigkeit des Begriffs „reasonable“ im Common Law Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (1 f); der Begriff „vernünftig“ wird auch im deutschen Recht nicht völlig gemieden, s. etwa § 93 (1) S. 2 AktG, §§ 253 (1), 286 (2), (3) Nr. 2, 313 (3), 423, 574 (3) HGB; vgl. aber Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (1 f).

6 Im Code civil ersetzt durch den Begriff „raisonnable“ durch die Loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

sonnenen und gewissenhaften Menschen“<sup>7</sup> in der Situation und sozialen Rolle des betroffenen Akteurs – die allesamt Ähnliches meinen<sup>8</sup> – sind letztlich Platzhalter.<sup>9</sup> Während die Frage im US-amerikanischen Strafrecht bis heute kontrovers diskutiert wird,<sup>10</sup> hat sich im Völkerrecht die Erkenntnis durchgesetzt, dass das, was *vernünftig* ist, nicht empirisch, sondern normativ zu bestimmen ist – also danach, wie sich eine „well-administered government“ hätte verhalten sollen.<sup>11</sup> Ansonsten drohten verbreitete Nachlässigkeiten den Sorgfaltsmaßstab zu senken. Diesem normativen Sorgfaltsmaßstab liegt eine Interessenabwägung zugrunde:<sup>12</sup> Der Schutz des von der Handlung betroffenen Rechtsguts muss mit der Notwendigkeit des Eingehens bestimmter Risiken in Einklang gebracht werden, ohne die die Ausübung der jeweiligen Handlungsbefugnisse – hier der Erlaubnissätze – zum Erliegen käme.<sup>13</sup> Wo die Grenze zwischen erlaubtem und verbotenem Risiko verläuft, hängt wesentlich von dem Wert der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter, dem Ausmaß der drohenden Gefahr für die geschützten Güter und dem Ausmaß der Beeinträchtigung der von der Reaktion betroffenen Rechtsgüter ab. Die für eine bestimmte Art von Operation üblicherweise verwendeten Rules of Engagement können zur Konkretisierung dieses Sorgfaltsmaßstabs beitragen, weil sie, auch wenn sie keine *Rechtsnormen* darstellen,<sup>14</sup> relevante Wertungen enthalten. Das gilt etwa

7 BGH NJW 2000, 2754 (2758).

8 Der Standard der besonnenen und gewissenhaften Person scheint i. Erg. nicht höher als der der reasonable person. Den Unterschied zwischen Common Law und deutschem Recht daher möglicherweise überbetonend Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (1 f, 19).

9 Vgl. Gardner, Torts and Other Wrongs, S. 279–283; ähnlich Corten, ICLQ 48 (1999), S. 613 (613 f).

10 S. eing. C. Lee, Murder and the Reasonable Man, S. 235–246; für einen normativen Standard Gardner, Torts and Other Wrongs, S. 288 f; The TJ Hooper 60 F 2d, 737 (1932), 740; im deutschen Recht ist dieser Maßstab weitgehend unumstritten, BeckOK StGB/Kudlich, § 15, Rn. 42.

11 Freeman, RCADI 88 (1955-II), S. 263 (277 f); ICSID, Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka, Final Award, Rn. 77; ILA, Due Diligence, Second Report, S. 10; Tallinn Manual 2.0, Rule 7, Commentary (16); ohne Bedeutung ist auch der in internen Angelegenheiten angelegte Maßstab, Kulesza, Due Diligence, S. 263.

12 Vgl. Alabama claims of the USA against Great Britain, Arbitral Award, 1872, RIAA XXIX, S. 125 (129); ILC, Draft Articles on Prevention, Art. 3, Commentary (10); Corten, ICLQ 48 (1999), S. 613 (623 f) zur reasonableness im Völkerrecht.

13 Ähnlich BeckOK StGB/Kudlich, § 15, Rn. 43 für das nationale Recht.

14 Zur Natur solcher RoE s. Blank, Case Western Res. J. Int'l L. 46 (2013), S. 397 (405 f).

für die Regeln zur Methode, um ein Zielobjekt zu identifizieren,<sup>15</sup> zur Notwendigkeit, Warnungen abzugeben, fremde Objekte zu beobachten („shadowing“) oder bestimmte Sensoren und Beleuchtungsmethoden einzusetzen.<sup>16</sup> Prozessuale Absicherungen, wie sie das kollektive Sicherheitssystem kennt, stehen im Bereich unilateraler Gewalt grundsätzlich weniger im Vordergrund.<sup>17</sup>

Bei Fehlvorstellungen sind drei Arten von Sorgfaltsverstößen denkbar. Erstens kann der Gewalt einsetzende Staat die für ihn erkennbaren Indizien, auf deren Grundlage er seine Entscheidung hätte treffen sollen, unsorgfältig ermittelt haben (unten I). Zweitens kann ihm ein Fehler bei der Würdigung dieser Indizien unterlaufen sein (unten II). Beim Fehlverdacht ist drittens denkbar, dass der Staat die erkennbaren Indizien zwar richtig ermittelt und gewürdigt hat, die ermittelte Wahrscheinlichkeit des Vorliegens rechtfertigender Umstände aber abstrakt zu gering war, um sein Handeln als vernünftig zu beurteilen (unten III). Wie etwa im Untersuchungsbericht des US-Verteidigungsministeriums zum Abschuss von Iran Air Flight 655 deutlich wird,<sup>18</sup> sind diese Sorgfaltsverstöße nur relevant, wenn sie sich auch auf das Ergebnis auswirken, sich der Staat bei „rechtmäßigem Alternativverhalten“<sup>19</sup> also gegen die Gewaltanwendung hätte entscheiden müssen. Andernfalls ist der Schutzzweck der verletzten Sorgfaltsnorm nicht betroffen.<sup>20</sup> Bei der zu niedrigen Wahrscheinlichkeitsschwelle ist das

---

15 S. dazu San Remo Manual on Rules of Engagement, Annex B, Series 31.

16 S. dazu San Remo Manual on Rules of Engagement, Annex B, Series 60–63.

17 Ausnahmen sind die im Wesentlichen prozessuale Pflicht zur Offenlegung relevanter Indizien (näher s.u. 11. Kap., IV) und die Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts (dazu sogleich); zu prozessualen Anforderungen bei kollektiver Gewalt s.u. 17. Kap., III; zum prozessualen und substantiellen Element von reasonableness Corten, ICLQ 48 (1999), S. 613 (620); s. auch ILA, Due Diligence, Second Report, S. 5.

18 S.o. 7. Kap., III. 2. b, ff, Fn. 432.

19 Zu diesem Begriff im nationalen Strafrecht s. MüKoStGB/Duttge, § 15, Rn. 166–169.

20 Das mag die hier befürwortete Auslegung von Art. 2 (4) UNC von der „duty to prevent genocide“ unterscheiden, für die der IGH den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens ausgeschlossen hat, ICJ, Genocide, 2007, Rn. 430. Sein Hauptargument, möglicherweise hätten zumindest gemeinsame Bemühungen mehrerer Staaten den Völkermord verhindert, greift hier nicht. Auch wirft die Frage, ob sich der Staat auch ohne Sorgfaltsverstoß für den Gewalteinsatz hätte entscheiden können, weniger Beweisschwierigkeiten auf als die Frage, ob der Völkermord verhindert worden wäre, ein Problem, auf das der IGH noch verwies.

stets zu bejahen. In den ersten beiden Fällen können die Dinge anders liegen.

Der Klarheit halber werden die Umstände, die sich unmittelbar unter das Tatbestandsmerkmal eines Erlaubnissatzes subsumieren lassen und auf die sich die Fehlvorstellung bezieht (zB die Existenz eines „bewaffneten Angriffs“), als *Haupttatsachen* bezeichnet. Umstände, von denen sich mittels eines Wahrscheinlichkeitsurteils, also indirekt auf das Vorliegen dieser Haupttatsache schließen lässt (zB Satellitenbilder, Radarsignale, oder Truppenmobilisierungen des anderen Staates), werden als *Indizien* bezeichnet.<sup>21</sup> Dazu werden hier nicht nur sinnlich unmittelbar wahrnehmbare und daher feststehende „Ausgangsindizien“ wie das erwähnte Radarsignal, sondern auch „Zwischenindizien“ gezählt: Diese bauen, wie etwa die Motivlage eines Staates oder die genaue Höhe eines Flugzeugs, auf anderen Indizien (und letzten Endes immer auch auf einem Ausgangsindiz) auf und setzen damit wieder ein Wahrscheinlichkeitsurteil voraus.<sup>22</sup>

## I. Sorgfältige Ermittlung der Indizien

### 1. Die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung

Die Staatenpraxis verlangt, dass der Staat seine Entscheidung über das Vorliegen rechtfertigender Umstände auf „all (reasonably) available information“ stützt.<sup>23</sup> Er muss die ihm erkennbaren Indizien also vor seinem Han-

21 Weder die IGH-Rechtsprechung noch die ILC-Artikelentwürfe kennen einen Unterschied verdeutlichende Terminologie. Daher werden hier die Begriffe des kontinentaleuropäischen Beweisrechts übernommen, dazu Schweizer, Beweiswürdigung, S. 17–20.

22 Vgl. Schweizer, Beweiswürdigung, S. 20 (mit anderen Beispielen).

23 So der australische Generalanwalt in seiner Rede 2017: „[T]here must be a reasonable and objective basis for determining that an attack is imminent. And this view can only be formed on the basis of *all available evidence* when the assessment is made“ [Hervorhebung hinzugefügt], s.o. 1. Kap., I. 2. Fn. 50; ebenso der amerikanische Völkerrechtsberater Egan in seiner Rede v. 1. April 2016, s.o. 7. Kap., III. 5. b, Fn. 647, Int'l L. Stud. 92 (2016), S. 235 (243); die Fußnote des Bethlehem-Prinzips (5), auf das der britische und australische Generalanwalt 2017 Bezug nahmen, verlangt die Berücksichtigung von „all reasonably available information“. Auch die von due-diligence-Pflichten häufig verlangten „impact assessments“ (zB Art. 7 ILC Draft Articles on Prevention) sind mit der umfangreichen Ermittlung der verfügbaren Informationen verbunden; s. auch ILC Articles on Prevention, Art. 3 Commentary (11); Pacholska, Complicity, S. 199–201.

deln sorgfältig ermitteln. Viele Fehlvorstellungen haben auf dieser Ebene ihren Ursprung. Der Irrtum beim Abschuss von Iran Air Flight 655 etwa ging maßgeblich darauf zurück, dass der Kommandeur von der falschen Höhe und dem falschen Kurs des Flugzeugs (sinkend statt steigend) ausging.<sup>24</sup> Beim Golf-von-Tonkin-Vorfall stützte sich der Flottenkommandeur auf Signale, die in Wahrheit nicht von fremden Torpedos, sondern wohl durch das Wetter und eigene Motorengeräusche verursacht wurden.<sup>25</sup> Bei der Zerstörung der sudanesischen Fabrik Al-Schifa 1998 basierte der Irrtum der Entscheidungsträger unter anderem auf einer Bodenprobe von zweifelhaftem Wert.<sup>26</sup> Der Irrtum im Fall Irak 2003 hatte seinen Ursprung in einer fehlerhaft<sup>27</sup> und unvollständig<sup>28</sup> ermittelten Indizienlage. Die Vermeidbarkeit der Fehlvorstellung hängt in diesen Fällen davon ab, ob der Staat die auf die wahre Sachlage hinweisenden Indizien bzw. die Falschheit der von ihm angenommenen Indizien hätte erkennen können. In den genannten Beispielen mag vieles dafür sprechen.

Wie der Ausdruck „all (reasonably) available information“ nahelegt, muss sich der handelnde Staat, der erkennt, dass ihm tatsächliche Informationen fehlen, solange um die weitere Aufklärung bemühen, wie die effektive Ausübung seines Notrechts aus seiner Sicht nicht gefährdet ist.<sup>29</sup> Dieser Grundsatz wurde etwa beim griechisch-bulgarischen Grenzzwischenfall von 1925,<sup>30</sup> beim Abschuss von Korean Airlines 007<sup>31</sup> und beim US-An-

24 S.o. 7. Kap., III. 2. b, ff.

25 S.o. 7. Kap., III. 2. c, aa.

26 S.o. 7. Kap., III. 3. a.

27 ZB war die Behauptung im US-National Interest Estimate (NIE) 2002, dass ein großer Teil des Personals einer neuen Magnetproduktionsstätte vor dem Golfkrieg im irakischen Zentrifugenprogramm gearbeitet habe, unzutreffend, WMD Commission Report, S. 74.

28 ZB hätte die Ermittlung der Maße des vom Irak 1996 verwendeten konventionellen Raketentyps aufgedeckt, dass die erworbenen Röhren diesen Maßen entsprachen und somit durchaus für konventionelle Zwecke geeignet waren, vgl. WMD Commission Report, S. 67 f, vgl. auch S. 172; vgl. auch SSCI Report, S. 131–137.

29 Vgl. dazu Kaye, Cornell L. Rev. 73 (1987), S. 54 (76).

30 Laut der Untersuchungskommission hätte die griechische Regierung vor der Gewaltanwendung die Situation vor Ort untersuchen lassen müssen, s.o. 7. Kap., II. 2. d, Fn. 172.

31 Schweden und die USA kritisierten den Abschuss unter dem Aspekt, dass die Sowjetunion zumutbare Maßnahmen zur Beseitigung tatsächlicher Zweifel unterlassen hatte, s.o. 7. Kap., III. 2., b, ee Fn. 409 f.

griff auf die Pharmafabrik Al-Schifa<sup>32</sup> formuliert. Er muss selbst dann gelten, wenn die hinreichende Wahrscheinlichkeitsschwelle<sup>33</sup> des Vorliegens eines Erlaubnissatzes bereits überschritten wäre. Denn hier ist das Eingehen eines Risikos schlicht nicht erforderlich. Die durch die weitere Informationsermittlung entstehenden wirtschaftlichen und sozialen Kosten – etwa der Verlust internationalen Prestiges, weil sein Abwarten als Zeichen der Schwäche interpretiert wird<sup>34</sup> –, sind dem Staat angesichts der höheren Schadenskosten, die ein potentieller Fehlverdacht verursachte, grundsätzlich zuzumuten. Die Aufklärungspflicht endet erst, wenn der zusätzliche Informationsaufwand keinen sinnvollen Beitrag mehr zur Aufklärung leistete,<sup>35</sup> die Information also nicht mehr „*reasonably available*“ wäre. Keine Pflicht zur weiteren Aufklärung besteht auch dann, wenn sie die Ausübung des Notrechts gefährdete. Der Staat muss dann ausgehend von den ihm bekannten Umständen sein Wahrscheinlichkeitsurteil bilden und anhand der (noch zu ermittelnden) Wahrscheinlichkeitsschwelle entscheiden, ob die Sachlage das Eingehen des Risikos eines Fehlverdachts rechtfertigt. Ist das nicht der Fall, muss er eine Beeinträchtigung seines potentiellen Notrechtes hinnehmen, kann aber freilich versuchen, weitere Informationen zu ermitteln, um das Wahrscheinlichkeitsmaß über die erforderliche Schwelle zu heben. Ist die gebildete Wahrscheinlichkeit des Vorliegens rechtfertigender Umstände hingegen ausreichend hoch, so genügt seine Entscheidung zum Gewalteinsatz den Sorgfaltsanforderungen, obwohl die Umstände in Wahrheit andere sind. Auch hier hat aber Vorrang vor einem die vermeintliche Gefahr *abwendenden* Gewalteinsatz als dessen „Minus“ ein die Sachlage (weiter) *aufklärender* Gewalteinsatz, soweit dieser noch möglich ist. Dazu gehört etwa das Betreten fremden Territoriums durch eigene Soldaten, um sich von den angenommenen Menschenrechtsverletzungen oder Verletzungen eigener Staatsangehöriger zu überzeugen.

32 Der Sudan kritisierte, dass sich die USA die Fabrik jederzeit hätten anschauen können, wodurch der Verdacht ausgeräumt worden wäre, s.o. 7. Kap., III. 3. a, Fn. 570.

33 Dazu näher s.u. 10. Kap., III.

34 Dieser Aspekt ist in Konflikten nach Art des Sechstagekrieges von Bedeutung, in denen die Darstellung der eigenen Stärke durch die Beteiligten strategisch eine große Rolle spielt.

35 Das ist der Fall, wenn eine Einheit zusätzlichen Informationsaufwands die erwarteten Schadenskosten nur noch um weniger als eine Einheit reduziert, zu diesem ökonomischen Argument Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse*, S. 182, 189; vgl. auch die Formel von Learned Hand in *US v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

Das folgt aus dem Grundsatz, dass Selbstverteidigung verhältnismäßig sein muss,<sup>36</sup> beeinträchtigt ein solcher „Gefahrerforschungseingriff“ den Territorialstaat doch regelmäßig in geringerem Maße.<sup>37</sup> Bei strafrechtlichen Notrechten wird ein solcher grundsätzlicher Vorrang einer „Angriffserforschungsmaßnahme“ (anders als zB im deutschen Polizeirecht)<sup>38</sup> zwar nicht ausdrücklich erörtert. Er gilt aber auch dort: Eine unnötigerweise über Angriffserforschung hinausgehende Notwehrhandlung war auch auf Grundlage der Tätervorstellung nicht *erforderlich*. Vieles spricht schließlich dafür, dass der handelnde Staat bei der Faktenaufklärung mit anderen Staaten kooperieren muss, also zB angebotene Informationen fremder Nachrichtendienste zu Rate ziehen muss. So ist auch bei völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten eine Kooperationspflicht anerkannt.<sup>39</sup>

Aus der Pflicht, den Sachverhalt so weit wie möglich aufzuklären, muss konsequenterweise folgen, dass ein Staat, der vor dem Einsatz von Gewalt einen erfolgten Angriff genau – zB auf seinen Urheber hin – untersucht, nicht zu schnell aus zeitlichen Gesichtspunkten von der Ausübung des Selbstverteidigungsrechts präkludiert sein darf.<sup>40</sup> Das Gleiche gilt für die Rettung eigener Staatsangehöriger und die humanitäre Intervention. Nicht nur setzte diese Rechtsfolge falsche Anreize. Sie wäre auch normativ nicht mit der Erwägung zu vereinbaren, dass Staaten vor der Ausübung von Gewalt besondere Umsicht walten zu lassen haben und keine Nachteile davontragen dürfen, wenn sie diese Pflicht ernst nehmen.

## 2. Auswahl und Arten berücksichtigungsfähiger Indizien

In das sorgfaltsgemäße Wahrscheinlichkeitsurteil sind nur solche Indizien einzubeziehen, die dem Staat in seiner Situation bekannt waren oder hät-

---

36 S.o. 1. Kap., II., Fn. 104.

37 Das San Remo Manual on Rules of Engagement enthält Anhaltspunkte für die Befugnis solcher Gefahrerforschungseingriffe, vgl. etwa Annex A, Appendix 4.3 f, 5.4 e; vgl. zu dem Aspekt auch Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (191).

38 S.u. 16. Kap., I. 1.

39 Art. 4 ILC Draft Articles on Prevention; Principle 24 Stockholm Declaration of the UN Conference on the Human Environment (1972); Principle 7 Rio Declaration on Environment and Development (1992).

40 Diese Debatte wurde u.a. durch die US-Reaktion nach 9/11 ausgelöst, die erst am 7. Oktober 2001 begann, für gegensätzliche Auffassungen s. Franck, AJIL 95 (2001), S. 839 (840) und S. A. Shah, Washington Univ. Global Stud. L. Rev. 9 (2010), S. 77 (102).



ten sein müssen. Dabei sind freilich nicht nur Indizien relevant, die auf das *Vorliegen* der Haupttatsache hindeuten, sondern auch solche, die für ihr *Fehlen* sprechen.

Unmittelbar von Bedeutung sind zunächst die sinnlich wahrnehmbaren Ausgangsindizien.<sup>41</sup> Sie variieren je nach Art und Kontext der Gewaltanwendung. Bei der Feststellung der feindlichen Absichten eines einzelnen Flugzeugs, Schiffs oder Landfahrzeugs kommt es etwa entscheidend auf die mittels Radar, GPS oder Radio erlangten Informationen über die Freund-Feind-Abfrage (IFF) bzw. den von zivilen Objekten ausgesendeten Transpondercode, über die Höhe, Geschwindigkeit und den Kurs des Objekts, auf die Reaktion auf Kommunikationsversuche, auf visuelle Erkennungsmerkmale wie Markierungen, Beleuchtung oder den Typ der unter Umständen verwendeten Waffen an.<sup>42</sup> Bei länger geplanten Gewalteinsätzen – etwa gegen einen Staat mit Massenvernichtungswaffen oder im Kampf gegen Terrorismus – kommen als forensische Indizien signalerfassende Aufklärungsdaten (signals intelligence)<sup>43</sup> oder Bildaufklärungsdaten über Anlagen oder den Erwerb bestimmter Materialien oder Waffen in Betracht.<sup>44</sup> Diese Informationen können auch von menschlichen Quellen stammen, solange sie auf Glaubwürdigkeit, ihre Aussagen auf Glaubhaftigkeit überprüft werden. Defizite in diesem Bereich trugen maßgeblich zum Irrtum der Kriegskoalition im Fall Irak 2003 bei.<sup>45</sup> Auch der Formulierung feindlicher Absichten kommt Bedeutung zu, wobei ihr Gewicht freilich vom Kontext abhängt.

Neben diesen unmittelbar wahrnehmbaren Indizien sind weitere Umstände berücksichtigungsfähig. Innerhalb eines bewaffneten Konflikts gehört dazu die „situational awareness“, also die allgemeine Kenntnis von der insbesondere taktischen Umgebung,<sup>46</sup> etwa eine Vorstellung von den Orten, an denen sich zivile Objekte aufhalten – die Kenntnis ziviler Luft-

41 Ohne den feststehenden Brückenkopf der sinnlichen Wahrnehmung entbehrte der Schluss ins Ungewisse eines Fundamentes, vgl. für das zivilprozessrechtliche Beweisrecht Schweizer, Beweiswürdigung, S. 20; MüKoZPO/Prütting, § 284, Rn. 25.

42 Vgl. Office of Technology Assessment (OTA), Who Goes There: Friend or Foe, S. 42.

43 Vgl. dazu Daun, in: Jäger/Höse/Oppermann, Deutsche Außenpolitik, S. 171 (178 f.).

44 Zu diesen Indizien im Zusammenhang mit dem Irakkrieg WMD Commission Report, S. 65; vgl. allgemein auch Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (63).

45 Vgl. WMD Commission Report, S. 88 f.

46 OTA, Who Goes There: Friend or Foe, S. 33–35.

und Wasserstraßen –, und von den militärischen Fähigkeiten des Gegners. Auch die Motivlage des anderen Staates kann, soweit sie für den handelnden Staat erkennbar ist, entscheidend sein und insbesondere über die Ernsthaftigkeit formulierter Aussagen Aufschluss geben. Hätte Israel im Vorfeld des Sechstagekriegs zB erkennen müssen, dass Ägypten an einem Krieg mit Israel kein Interesse haben konnte und seine Drohungen deshalb kaum wahr machen würde, spräche dies für die Vermeidbarkeit des israelischen Irrtums.<sup>47</sup>

Besonderes Gewicht kommt tatsächlichen Feststellungen internationaler Organisationen zu,<sup>48</sup> soweit ihnen aufgrund ihrer Repräsentativität und ihrer internen prozessualen Absicherungen eine besondere Legitimation anhaftet, zumal sie häufig über ein weit gespanntes Netz von Informationsquellen verfügen. Dazu zählen lassen sich die UNO, UN-Sonderorganisationen, die mit ihr durch Vertrag verbundenen Organisationen wie die Internationale Atomenergie-Organisation (IAEA), andere Regierungsorganisationen wie das Internationale Komitee vom Roten Kreuz, unter Umständen aber auch Nichtregierungsorganisationen.<sup>49</sup> Relevant sind dabei nicht nur Feststellungen, die in auf Faktenermittlung gerichteten Untersuchungsberichten enthalten sind, sondern auch Äußerungen der Organe selbst wie zB Resolutionen des SR. Dass betroffene Staaten internationalen Untersuchungsmechanismen zukünftig dadurch noch kritischer gegenüberstehen,<sup>50</sup> ist unwahrscheinlich. Ein Staat, der einer IAEA-Inspektion zustimmt, weiß schon heute, dass die in diesem Rahmen zu Tage geförderten Tatsachen auch außerhalb des multilateralen Sicherheitssystems gegen ihn verwendet werden. Er kann sie unilateral handelnden Staaten zudem entgegenhalten, wenn sie ihm die Einhaltung der Vorgaben bescheinigen. Insofern kann das Fruchtbarmachen von Informationen „multilateraler Herkunft“ im unilateralen Bereich gerade das Motiv für die Zustimmung zu dem Inspektionsprozess bilden. Auch die Sorge, dass sich auf diese Weise das Irrtumsrisiko vergrößere, weil der ursprünglich auf den multilateralen Kontext beschränkte Zweck dieser Untersuchungen erweitert werde,<sup>51</sup>

---

47 Näher zu dem Fall s.o. 7. Kap., 1. a.

48 Ähnlich Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (183 f).

49 Die Bedeutung von Informationen solcher Organisationen ist auch vor Gerichten anerkannt, s. nur ECHR (Gr. Ch.), Saadi v. Italy, 37201/06, 2008, Rn. 65–94 (zu verschiedenen NGOs); ECHR (4th Section), NA v. UK, 25904/07, 2008, Rn. 48 (zum UNHCR); UK Court of Appeal, [2019] EWCA Civ 1020, Rn. 87, 134 (zu beiden).

50 Vgl. Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (56).

51 Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (57).

ist unbegründet. Eine Untersuchungskommission oder Inspektionsgruppe arbeitet nicht weniger genau, weil sie weiß, dass ihr Bericht nur eine beschränkte Funktion erfüllt. Freilich kann es auch im kollektiven Sicherheitssystem zu Irrtümern kommen. Doch erscheinen die dort hervorgebrachten Feststellungen aufgrund der prozessualen Hürden<sup>52</sup> immer noch zuverlässiger als die von einem einzelnen Staat wahrgenommenen Fakten.

## II. Sorgfältige Indizienwürdigung

### 1. Grundlagen

Die sich an die Ermittlung der relevanten Indizien anschließende *Würdigung* derselben, also die Bildung des Wahrscheinlichkeitsurteils für das Vorliegen der Haupttatsache, führt entweder dazu, dass der Staat von der (in Wahrheit fehlenden) Haupttatsache fest *überzeugt* ist (Irrtum) oder sie zu einem bestimmten Grad für *wahrscheinlich* hält (Fehlverdacht). Auch bei diesem Prozess muss der Staat bestimmte Sorgfaltsanforderungen einhalten.

Auf den ersten Blick läge es nahe, die vorgenommene Indizienwürdigung an der Indizienwürdigung eines „vernünftigen“ Staates zu messen und also zu überprüfen, ob nach der Indizienlage das Vorliegen der Haupttatsache objektiv so wahrscheinlich erschien wie der Staat annahm. Auch der britische und der australische Generalanwalt forderten 2017 in Anlehnung an *Sir Bethlehem's* Unmittelbarkeitskriterien eine „reasonable and objective basis“, um festzustellen, ob der Angriff unmittelbar bevorsteht.<sup>53</sup> Dieser Versuch der Objektivierung begegnet jedoch dem Problem, dass es eine *objektive*, für alle Beobachter gleiche Wahrscheinlichkeit eines *Einzelfalles* nach heute ganz verbreiteter Ansicht nicht gibt.<sup>54</sup> Denn objek-

---

52 Dazu näher s.u. 17. Kap., III. 3.

53 Rede des australischen und britischen Generalanwalts s.o. 1. Kap., I. 2., Fn. 65; für Bethlehem's Prinzipien s. AJIL 106 (2012), S. 770 (775–777).

54 Schweizer, Beweiswürdigung, S. 125; Brinkmann, Beweismaß, S. 23–27 (der von ihm befürwortete induktive Wahrscheinlichkeitsbegriff ist eine Unterform des subjektiven); Evers, Wahrscheinlichkeit, S. 51 f, 65–67; zu den verschiedenen Begriffen eing. Schweizer, Beweiswürdigung, S. 95–125; auch die UN Guidance Note on Human Rights Due Diligence Policy 2015, S. 23 konzipiert etwa, dass „there is no mathematic formula to assess a risk of grave human rights violations with certainty and it is difficult to determine a precise percentage of risk as a result of the risk assessment“.

tive Wahrscheinlichkeiten werden normalerweise frequentistisch, das heißt durch die häufige Wiederholung eines Versuchs unter gleichen Bedingungen erforscht. Davon, dass eine Münze, die 10.000 Mal geworfen wird und 5.010 Mal auf den Kopf fällt, kann zum Beispiel geschlossen werden, dass der Anteil der Kopflandungen bei unendlich häufigen Würfeln bei 50 % liegt.<sup>55</sup> Mit diesem frequentistischen (auch ontologischen) Wahrscheinlichkeitsbegriff<sup>56</sup> lässt sich aber nicht die Wahrscheinlichkeit bestimmen, mit der die Münze bei einem *bestimmten Wurf* auf den Kopf fällt. Diese Wahrscheinlichkeit wird von diesem Begriff schlicht nicht definiert.<sup>57</sup> Da es bei juristischen Fragestellungen stets um Einzelfälle geht – Fälle also, die sich nicht in genau derselben Form wiederholen –, ist der frequentistische Wahrscheinlichkeitsbegriff für diesen Bereich ungeeignet.<sup>58</sup> Stattdessen wird dort mit einem subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriff gearbeitet. Damit ist der *Grad der persönlichen Überzeugung*<sup>59</sup> des den Sachverhalt beurteilenden Akteurs vom Vorliegen der Haupttatsache gemeint. Dieser Überzeugungsgrad kann zumindest theoretisch ermittelt werden, indem man den Akteur nach einer bestmöglichen Schätzung fragt,<sup>60</sup> ihn wetten<sup>61</sup> oder seine Überzeugung mit einem feststehenden Standard vergleichen lässt.<sup>62</sup> Der Bezugspunkt dieser Überzeugung ist die Wahrheit der Tatsache, nicht ihre Wahrscheinlichkeit. Anders als objektive

55 Beispiel von Mark Schweizer aus dem persönlichen Schriftverkehr; s. auch Rosenthal, Z. phil. Forschung 60 (2006), S. 241 (254–262).

56 Eing. Schweizer, Beweiswürdigung, S. 100–102; Brinkmann, Beweismaß, S. 24–26 (den Begriff „klassische/statistische/numerische Wahrscheinlichkeit“ verwendend); s. auch Winkler, Bayesian Inference and Decision, S. 10–15.

57 GBS Schweiz, Subjektive und objektive Wahrscheinlichkeit, Blogbeitrag v. 9. Januar 2013; s. auch Winkler, Bayesian Inference and Decision, S. 14–16.

58 Evers, Wahrscheinlichkeit, S. 65–67; Schweizer, Beweiswürdigung, S. 99, 103, 125 gelangt zu demselben Ergebnis, stellt aber die Begründung in den Vordergrund, dass die Makrowelt (anders als die Quantenmechanik) vollständig determiniert sei, weshalb sämtliche Geschehnisse mit *Sicherheit* feststünden und für eine bloße objektive Wahrscheinlichkeit kein Platz sei. Allein fehlte das Wissen darüber, weshalb Wahrscheinlichkeiten stets epistemisch, also subjektiv, seien. Diese Determiniertheit wird hier indes bestritten, insb. das Recht geht bislang nicht davon aus (s.o. 1. Kap., II. 3.).

59 Winkler, Bayesian Inference and Decision, S. 16; Schweizer, Beweiswürdigung, S. 104; Lindley, Understanding Uncertainty, S. 45–58.

60 Schweizer, Beweiswürdigung, S. 104–107.

61 Hampton/Moore/Thomas, J. Roy. Stat. Soc. 136 (1973), S. 21 (22 f); für Beispiele s. Winkler, Bayesian Inference and Decision, S. 19 ff.

62 Lindley, Understanding Uncertainty, S. 52 f; einen Vergleich nicht immer für möglich haltend Keynes, A Treatise on Probability (1921), Teil 1, Kap. 3, Rn. 14.

Wahrscheinlichkeitsbegriffe kann sich die subjektive Überzeugung eines Akteurs auf einen Einzelfall beziehen. Dieser subjektive Wahrscheinlichkeitsbegriff wird auch hier zugrunde gelegt. Bei seiner Überzeugungsbildung ist der Akteur freilich nicht völlig frei – ansonsten wäre dieser Wahrscheinlichkeitsbegriff auch keiner normativen Bewertung zugänglich. Diesen *objektiven* Anforderungen gelten die nachfolgenden Bemerkungen.

## 2. Die Rationalität der staatlichen Überzeugungsbildung als Mindestanforderung

Die Überzeugungsbildung verschiedener Akteure über eine Einzelfallwahrscheinlichkeit fällt aufgrund ungleichen Erfahrungswissens unterschiedlich aus.<sup>63</sup> Es existieren aber objektive Kriterien, anhand derer sich zumindest objektiv beurteilen lässt, ob eine Überzeugungsbildung *rational* war. Diese Mindestanforderung muss die staatliche Überzeugungsbildung in jedem Fall erfüllen, um als sorgfältig beurteilt werden zu können. Ob ein potentiell Kontrollorgan über diese Rationalitätskontrolle hinausgehen und die Indizienwürdigung durch eine eigene Würdigung, also eine eigene Überzeugungsbildung, *ersetzen* kann, wird an späterer Stelle erörtert.<sup>64</sup>

Wie *Schweizer* für die richterliche Beweiswürdigung gezeigt hat, setzt eine rationale Bildung des subjektiven Wahrscheinlichkeitsurteils zunächst voraus, dass der Entscheider den Axiomen der Wahrscheinlichkeitstheorie gehorcht.<sup>65</sup> Dazu gehört, dass die Wahrscheinlichkeit einer Tatsache immer zwischen 0 und 1 liegt (Normierung), dass eine sichere Tatsache eine Wahrscheinlichkeit von 1 hat (Sicherheit) und die Überzeugung, dass entweder die eine oder die andere Aussage wahr ist, der Summe der jeweiligen Wahrscheinlichkeit dieser Aussagen entspricht, soweit sie sich ausschließen (Additivität).<sup>66</sup> Die Vorstellung eines Staates, der zu 70 Prozent überzeugt ist, Staat A sei alleiniger Urheber eines Angriffs, zu 50 Prozent, Staat B sei alleiniger Urheber, und zu 110 Prozent annimmt, entweder A oder B sei der alleinige Urheber, verstößt gegen das erste und dritte Axiom und ist daher nicht rational.

---

63 Keynes, *A Treatise on Probability* (1921), Teil 1, Kap. 2, Rn. 11.

64 S.u. 11. Kap., II.

65 Schweizer, Beweiswürdigung, S. 126–128.

66 Winkler, *Bayesian Inference and Decision*, S. 7; Schweizer, Beweiswürdigung, S. 90 f.

Neben diesen Denkgesetzen im engeren Sinne ist der Staat an weitere Denk- und Naturgesetze sowie an Erfahrungssätze gebunden. Diese Anforderungen sind bekannt von der revisionsinstanzlichen Kontrolle der freien richterlichen Beweiswürdigung bzw. der *intime conviction* im kontinental-europäischen Beweisrecht.<sup>67</sup> Entsprechende Fehler des Instanzgerichts halten auch im Common Law nicht vor dem Revisionsgericht stand,<sup>68</sup> das die Tatsachenfeststellung auf „manifest or palpable error[s]“ überprüft.<sup>69</sup> Die Situation eines Richters, der ausgehend von Beweisen auf die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung schließen und dabei zwischen verschiedenen möglich erscheinenden Sachverhaltsvarianten wählen muss, kann eine nützliche Referenz für die Indizienwürdigung durch den Gewalt anwendenden Staat darstellen. Freilich hat die Parallele Grenzen insoweit, als der Richter anders als der entscheidende Staat nicht selbst Beteiligter, sondern neutrale Instanz ist und insoweit nicht selbst von den Folgen einer Fehlentscheidung betroffen ist.<sup>70</sup>

Zu den *Denkgesetzen* im weiteren Sinne gehört insbesondere, dass die Überzeugungsbildung nicht nur widerspruchsfrei, sondern auch vollständig sein, also sämtliche erkennbaren Unklarheiten, Zweifel und Widersprüche berücksichtigen muss.<sup>71</sup> Die Irak-Untersuchungsberichte identifizierten zahlreiche solcher Denkgesetzverstöße: Aus wachsendem Bildmaterial habe man etwa den Schluss gezogen, der Umschlag vermuteter Chemiewaffen nehme in seinem Volumen zu, obwohl die Steigerung teilweise schlicht darauf zurückgegangen sei, dass die USA von 2001 an mehr Material sammelten.<sup>72</sup> Für Widersprüche zwischen den Aussagen eines Infor-

67 Vgl. etwa MüKoZPO/Prütting, § 286, Rn. 14; Musielak/Voit/Foerste, ZPO, § 286, Rn. 10a; die *intime conviction* wird aufgrund ihrer Grenzen heute auch als *conviction raisonnée* bezeichnet, vgl. Schweizer, Beweiswürdigung, S. 57–65; andere verstehen darunter eine bloße Begründungspflicht, vgl. Vriend, Avoiding a Full Criminal Trial, S. 47.

68 *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, 794 („what matters is that his conclusions be based on the evidence, that is, consistent with the evidence, and that no evidence essential to the outcome of the case be ignored“); vgl. auch *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491, 504; ähnlich auch die auf „irrationality“ beschränkte gerichtliche Überprüfung exekutiver Entscheidungen, s. Turner, King’s L. J. 21 (2010), S. 311–331.

69 *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, 794; *Lapointe v. Hopital Le Gardeur*, 1992 1 S.C.R. 351, 352.

70 Dieser Umstand ist noch für den Kontrollmaßstab von Bedeutung, s.u. 11. Kap., II.

71 Musielak/Voit/Foerste, ZPO, § 286, Rn. 10a zur richterlichen Beweiswürdigung.

72 WMD Commission Report, S. 125 f.

manten und eigenem Bildmaterial seien wenig plausible Erklärungen gesucht worden.<sup>73</sup> Die logische Möglichkeit, dass Saddam Hussein sämtliche Massenvernichtungswaffen bereits zerstört hatte, sei nicht einmal erwogen worden.<sup>74</sup> Umstände wie die politische, soziale, ökonomische und kulturelle Situation des Iraks seien außen vor gelassen worden.<sup>75</sup> Insgesamt habe die Indizienwürdigung der Nachrichtendienstanalysten erheblich unter einem Tunnelblick gelitten. Sie hätten einseitig nach Indizien gesucht, um ihre bestehenden Vermutungen zu erhärten. Entgegenstehende Indizien seien entweder nicht wahrgenommen oder gar als Bestätigung der Annahme gedeutet worden, dass das irakische Regime seine wahren Absichten zu verschleiern suche.<sup>76</sup>

Bei *Erfahrungssätzen* wird aufgrund der Lebenserfahrung von einem festgestellten Indiz auf ein anderes Indiz oder die relevante Haupttatsache geschlossen. Es handelt sich um Wahrscheinlichkeitsaussagen,<sup>77</sup> die bewirken, dass sich das Gewicht der vom handelnden Staat ansonsten vorzubringenden Anhaltspunkte, die die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Erlaubnislage begründen, verringert und sich die Bürde des Gegenbeweises insoweit auf den anderen Staat verlagert.<sup>78</sup> Der Sache nach erhalten mit der Berücksichtigung von Erfahrungssätzen objektive (iSv frequentistische) Wahrscheinlichkeiten Einzug in die Überzeugungsbildung. Denn Erfahrung ist „nichts anderes als die wiederholte Wahrnehmung von Objekten und Ereignissen.“<sup>79</sup> Daher ist die Pflicht, Erfahrungssätze zu berücksichtigen, letztlich eine Pflicht, sich nach objektiven Wahrscheinlichkeiten zu richten, wenn – was vergleichsweise selten ist – entsprechende statistische Daten für ein bestimmtes Indiz existieren.<sup>80</sup> Auch wenn es für den relevanten *Einzelfall* also keine objektive Wahrscheinlichkeit gibt, muss der han-

73 WMD Commission Report, S. 92.

74 WMD Commission Report, S. 147 f, 155 f; Chilcot Report, S. 290, 411.

75 WMD Commission Report, S. 173 f; ähnlich Butler Report, Rn. 459.

76 WMD Commission Report, S. 49, 145, 168–171; Chilcot Report, S. 290, 412 f, 416; vgl. auch Butler Report, Rn. 304.

77 Vgl. zum deutschen Zivil- und Strafrecht MüKoZPO/Prüttung, § 286, Rn. 56; MüKoStPO/Trüg/Habetha, § 244, Rn. 22 f; zum US-Zivilrecht Supr. 455 US 745 (1982).

78 Ähnlich Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (70–75) speziell zur „Beweislastverlagerung“ bei fehlender Kooperation des Opferstaates mit internationalen Inspektoren; vgl. auch WMD Commission Report Rn. 168 f; s. auch Roscini, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 233 (265–269).

79 Schweizer, Beweiswürdigung, S. 350; s. auch Evers, Wahrscheinlichkeit, S. 55 f; Winkler, Bayesian Inference and Decision, S. 17 f.

80 Ähnlich zu diesem Zusammenhang Schweizer, Beweiswürdigung, S. 350–351.



delnde Akteur, wenn er zB weiß oder wissen muss, dass die vom Gegner verwendeten Torpedos *normalerweise* eine Trefferquote von 50 Prozent haben, diese frequentistische Wahrscheinlichkeit vernünftigerweise berücksichtigen, wenn er beurteilt, für wie wahrscheinlich er einen Einschlag hält. Mit dieser „Verobjektivierung“ des subjektiven Wahrscheinlichkeitsbegriffs handelt man sich jedoch auch das sogenannte Referenzklassenproblem der objektiven Wahrscheinlichkeitstheorie ein: Wenn der handelnde Staat weiß, dass von 1.000 russischen Torpedos 400 ihr Ziel getroffen haben und er sich einem zufällig ausgewählten *russischen* Torpedo gegenüber sieht, ist seine rationale subjektive Wahrscheinlichkeit, dass der Torpedo treffen wird, 40 Prozent. Wenn der Staat weiß, dass von 1.000 Torpedos des *Baujahres* 1975 200 ihr Ziel treffen und man einen zufälligen Torpedo des Baujahres 1975 auswählt, ist die rationale subjektive Wahrscheinlichkeit, dass dieser trifft, 20 Prozent. Was aber ist die rationale subjektive Wahrscheinlichkeit, dass ein zufällig ausgewählter *russischer* Torpedo *des Baujahres* 1975 trifft (wenn die generelle Trefferquote eines Torpedos, der beide Eigenschaften erfüllt, unbekannt ist): 20 Prozent, 40 Prozent, etwas dazwischen oder gar 60 Prozent? Eine logisch zwingende Lösung für das Problem gibt es nicht.<sup>81</sup> Man kann allenfalls diejenige Referenzklasse wählen, die nach allgemeiner Lebenserfahrung einen sachlich engeren Zusammenhang mit der gesuchten Eigenschaft (hier die Trefferquote) hat.<sup>82</sup> Im Beispiel wäre das wohl das Baujahr. Doch liegt die Antwort nicht immer auf der Hand.

Schwierig zu beurteilen ist auch, ob aus Erfahrungssätzen, Natur- und Denkgesetzen abgeleitet werden kann, dass es einer Mindeststärke der Indizien bedarf, um eine bestimmte Überzeugung als rational zu beurteilen – ob eine hohe Überzeugung also *schon deshalb* als irrational gelten kann, weil sie auf (aus objektiver Sicht) zu vagen Indizien basiert. Die praktische Relevanz dieser Frage zeigt sich wieder am Irrtum im Fall Irak, der laut Untersuchungsberichten wesentlich darauf basierte, dass einzelnen Indizien schlicht eine zu große Bedeutung beigemessen wurde.<sup>83</sup> Im Common Law stellt etwa die sogenannte evidentiary burden sicher, dass der Jury nur

81 Zu Problem und Lösungsansätzen Schweizer, Beweiswürdigung, S. 354–367.

82 Vgl. Schweizer, Beweiswürdigung und Beweisrecht, S. 366 f.

83 WMD Commission Report, S. 75 (zum Rückschluss von irakischen Versuchen, Uran aus dem Niger zu erwerben, auf die Verfolgung eines Atomwaffenprogrammes), S. 110 f (von Aussagen eines einzelnen Informanten auf die Existenz biologischer Waffen) und S. 122–124 (von Bildaufklärungsmaterial auf die Existenz von Chemiewaffendepots), S. 143 f (von einer Zeugenaussage über die Beschaffung von US-Kartenmaterial auf die Absicht, US-Territorium anzugreifen); Butler



Beweismittel einer bestimmten Mindeststärke präsentiert werden, damit sie ihre Entscheidung nicht auf offensichtlich ungenügende Beweise stützt.<sup>84</sup> Die Beantwortung der Frage, ob in einem Fall objektiv die erforderlichen Mindestindizien vorliegen, stößt jedoch an dieselben Grenzen, die die Bestimmung der objektiven Wahrscheinlichkeit eines Einzelfalles unmöglich machen. Denn dafür müsste die sich aus den existierenden Indizien ergebende Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der Haupttatsache objektiv bestimmbar sein. Soweit statistische Daten fehlen, ist das nicht der Fall. Auch die Einführung einer Art Grauzone, unterhalb derer die Indizienstärke eine bestimmte Überzeugung in jedem Fall irrational erscheinen lässt, verlagerte die Unschärfe nur an den unteren Rand dieses Intervalls.<sup>85</sup> Insofern ist eine „objektive Mindeststärke“ von Indizien für die Rationalität einer Überzeugung kein taugliches Kriterium.

### 3. Abgrenzung von Erfahrungssätzen und Vorurteilen

Der IGH hat sich gegenüber dem gerichtlichen Beweis von Tatsachen durch Erfahrungssätze bislang zurückhaltend gezeigt.<sup>86</sup> Tatsächlich sind Erfahrungssätze zu unterscheiden von bloßen Vorurteilen, die derart schwach wahrscheinlich sind, dass ihnen ein ernst zu nehmender Erfahrungswert nicht zukommt.<sup>87</sup> Die Grenze ist fließend, was die Abgrenzung erschwert. Nicht leicht zu beurteilen ist etwa, ob der Schluss *von früherem*

---

Report, Rn. 225, 304, 466; vgl. auch Chilcot Report, S. 162–168. Dies ging teilweise auch auf eine mangelhafte Kommunikation zwischen Behörden zurück, etwa weil sich Informationen verschiedener Behörden gegenseitig bestärkten, ohne dass erkannt wurde, dass sie von derselben Quelle stammten, vgl. WMD Commission Report, S. 180.

84 Brinkmann, Beweismaß, S. 20 f.

85 Vgl. Schweizer, Beweismwürdigung, S. 106 zu einem ganz ähnlichen Problem bei der Bestimmung der genauen Überzeugung.

86 S. ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 18 („it cannot be concluded from the mere fact of the control exercised by a State over its territory [...] that that State necessarily knew, or ought to have known, of any unlawful act perpetrated therein“; dennoch erlaubt der IGH letztlich doch einen „more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence“); ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 51–61, in dem das Gericht die Verantwortlichkeit Irans für den Angriff auf die *Sea Isle City* für nicht erwiesen hielt; s. auch Roscini, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 233 (266 f.).

87 MüKoZPO/Prüttung, § 286, Rn. 62.

auf gegenwärtiges Fehlverhalten den Wert eines Erfahrungssatzes besitzt.<sup>88</sup> Er kann bei Selbstverteidigung und der humanitären Intervention gegen ein möglicherweise Massenvernichtungswaffen einsetzendes Regime relevant werden und spielte 2003 bei der Beurteilung der durch Irak drohenden Gefahr eine erhebliche Rolle.<sup>89</sup> Intuitiv mag man es einem Regime, das in der Vergangenheit gegen seine Bevölkerung massenhaft chemische Waffen eingesetzt hat, eher zutrauen davon erneut Gebrauch zu machen als einem Regime ohne diese Historie, weil ersteres diesen Einsatz offenbar für ein zulässiges strategisches Mittel hält. Auch bei der vor Waffenlieferungen anzustellenden Risikobewertung, ob ein Regime mit den Waffen Konfliktvölkerrecht verletzen wird, ziehen Staaten das frühere Verhalten als Indiz heran.<sup>90</sup> Im Beihilferecht stellt die Rechtsprechung ebenfalls auf dieses Kriterium ab für die Frage, ob Völkerrechtsverstöße eines unterstützten Staates für den unterstützenden Staat voraussehbar waren.<sup>91</sup> Doch ist – zumindest im Bereich von Gewaltanwendungen<sup>92</sup> – ein solcher „propensity evidence“, also ein Neigungs- oder Charakterbeweis, nicht unproblematisch. Nicht nur machte er den Anreiz zur Änderung staatlichen Verhaltens zunichte.<sup>93</sup> Auch mag er, wie der Fall Irak zeigt, weit in die Irre führen, kann sich Verhalten doch ändern. Diese Prämisse liegt nicht zuletzt dem Abschluss von Menschenrechtsverträgen mit Regimen zugrunde, die Menschenrechte zuvor in flagranter Weise verletzt haben. *Waxman* identifiziert als weiteres Problem, dass „those contemplating self-defensive force against a notorious human rights-abusing state are especially susceptible to biased

---

88 Dafür der Sache nach Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (188).

89 Chilcot Report, S. 290, 411; Butler Report, Rn. 456; WMD Commission Report, S. 168, wobei dieser nur kritisiert, dass sich dieser Rückschluss zu einer Vermutung erhärtete.

90 Criterion 2c der Consolidated EU and National Arms Export Licensing Criteria (UK); UK Court of Appeal, [2019] EWCA Civ 1020, Rn. 139; auch im Cyber-Kontext wird von früherem auf zukünftiges Verhalten geschlossen, s. Tallinn Manual 2.0, Rule 7, Commentary (14).

91 S. Pacholska, Complicity, S. 164 zu Court of Appeal, [2019] EWCA Civ 2010 (QP).

92 Im Bereich von Waffenlieferungen sind die Kosten einer falsch-negativen Entscheidung, also einer im Nachhinein unnötigen Entscheidung gegen die Lieferungserlaubnis viel geringer als im Bereich von Gewaltanwendungen; zur Relevanz der Kostenfaktoren noch unten 10. Kap., III.

93 Vgl. auch Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (69) („it may seem hypocritical, even cynical, [...] to draw negative inferences against states for violating international rules as part of an effort contemplating use of force outside the UN Security Council system“).

assessments based on culturally skewed views of state decisionmaking.“<sup>94</sup> Auch im nationalen Recht hat man grundsätzlich Bedenken gegenüber dem Schluss von früheren Taten einer Person nicht nur auf ihre *Einstellung*, sondern auch ihr zukünftiges *Verhalten*.<sup>95</sup> Über dieses Problem hilft auch der Vorschlag, die Berücksichtigung auf frühere Verletzungen der UNC und von SR-Anordnungen zu begrenzen,<sup>96</sup> nicht hinweg. Dass anderweitige, insbesondere forensische Anhaltspunkte oft unzulänglich sind, um eine hinreichende Wahrscheinlichkeit zu begründen,<sup>97</sup> macht diesen Schluss nicht zuverlässiger. Insgesamt ist die Indizwirkung früheren Verhaltens daher zumindest nicht zu überschätzen.

Vorsicht ist auch gegenüber einem Erfahrungssatz geboten, dass ein Staat, der sich weigert, Informationen bereitzustellen, regelmäßig etwas zu verbergen hat. Die Frage stellt sich beim Besitz von Massenvernichtungswaffen, aber auch in anderen Zusammenhängen: im Cyberbereich, wenn ein vom Opfer verdächtigter Staat seine Kooperation bei der Aufklärung eines Cyberangriffs verweigert; in Fällen wie dem Abschuss von Malaysia Airlines Flight 17 über der Ostukraine, dessen Untersuchung am Absturzort ukrainische Rebellen zunächst erheblich behinderten;<sup>98</sup> oder beim Giftanschlag auf den russische Agenten Skripal, bei dem Russland (nach dem Angebot einer gemeinsamen Untersuchung) ein britisches Ultimatum zur Abgabe einer Stellungnahme verstreichen ließ.<sup>99</sup> Zwar steht der Berücksichtigung fehlender Kooperation ein Prinzip wie das der Selbstbelastungsfreiheit oder des Rechts zu schweigen nicht entgegen. Denn selbst wenn diese Prinzipien – anders als etwa im englischen<sup>100</sup> oder US-amerika-

94 Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (68).

95 Nach Rule 404 (b) (1) der Federal Rules of Evidence ist die Einführung von Vorstrafen zum Beweis eines Charakterzuges, von dem aus auf ein Verhalten geschlossen wird, grundsätzlich unzulässig; nach OLG Bamberg, MDR 2004, 647 (647) gibt es keinen Erfahrungssatz, wonach ein vorbestrafter Zeuge unglaubwürdig wäre; nach BGH NStZ-RR 2015, 180 (181) lässt sich aus einschlägigen Vorstrafen nicht mehr ableiten, als dass entsprechende Taten der Person womöglich nicht wesensfremd sind.

96 Auf diese Verletzungen beschränkend Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (69).

97 So Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (68 f).

98 Vgl. UN Doc. S/PV.7219, S. 4 (Vereinigtes Königreich); S/PV.7221, S. 3 (Luxemburg).

99 Vgl. UN Doc. S/PV.8203, S. 8.

100 § 35 (2) und (3) Criminal Justice and Public Order Act 1994.

nischen Recht<sup>101</sup> – das Verbot umfassten, negative Rückschlüsse aus dem Schweigen des Akteurs zu ziehen,<sup>102</sup> kann sich ein Staat gegenüber einem anderen Staat darauf nicht berufen: Weder ist die Menschenwürde, die eine Grundlage dieses Grundsatzes darstellt,<sup>103</sup> auf Staaten übertragbar,<sup>104</sup> noch greift das Recht auf ein faires Verfahren<sup>105</sup> unter (gleichgeordneten) Staaten bei unilateraler Gewalt.<sup>106</sup> Auch der IGH hat im Korfu-Kanal-Fall ausdrücklich anerkannt, dass sich ein Staat, auf dessen Territorium eine völkerrechtswidrige Maßnahme stattfindet, erklären muss.<sup>107</sup> Problematisch ist aber die geringe Aussagekraft der Verweigerung von Informationen. Der Gedanke, dass diese die Wahrscheinlichkeit friedensbedrohender Tätigkeiten schon deshalb steigert, weil im Falle seiner Kooperation die Sachlage schlicht nachgeprüft werden könnte, trügt. Denn seine Nichtkooperation vergrößert erst einmal nur die *Ungewissheit* über die Situation. Darin bereits ein Indiz für bedrohende Aktivitäten oder die Verwicklung in ein Schadensereignis zu sehen, setzte voraus dass ein vernünftiger Staat, der nichts zu verbergen hat, normalerweise keinen Grund hat, die Kooperation zu verweigern. Doch genau das ist zweifelhaft: Es mag den Sicherheitsinteressen eines Staates dienen, die Weltgemeinschaft im Glauben zu lassen, man sei zu Angriffen der vermuteten Art in der Lage. Kaum ein Staat legt bereitwillig seine militärischen und technischen (Un-)Fähigkeiten detailliert offen. Die „Einmischung“ internationaler Inspektoren in diese Angelegenheiten oder auch nur ihre Präsenz auf eigenem Staatsgebiet kann – auch wenn der Staat zu ihrer Duldung verpflichtet ist – je nach kultureller Prägung als demütigend empfunden werden und innen- wie außenpolitische Nachteile mit sich ziehen. Der Fall Irak im Jahr 2003 ist ein Beispiel für viele dieser Motive.<sup>108</sup> Der Schluss von der mangelnden Kooperation des Iraks auf das Vorhandensein von Massenvernichtungswaffen, der die Entscheidungsträger der militärischen Invasion maßgeblich be-

101 *Salina v. Texas*, 133 S. Ct. 2174 (2013); Maclin, Univ. Chicago Leg. For. (2016), S. 255 (262).

102 So etwa in Deutschland NJW 2009, 1061 (1062); einen Mittelweg wählt ECHR (Gr. Ch.), *John Murray v. UK*, 18731/91, 1996, Rn. 46 f; gegen jegliche negativen Rückschlüsse *Partly Dissenting Opinion Judges Pettiti und Valticos*.

103 BVerfG NStZ 1995, 555; BVerfG NJW, 1997, 1841 (1844).

104 Vgl. BVerfG NJW, 1997, 1841 (1844) zu juristischen Personen.

105 Zu dieser Anknüpfung Roets, *AJ pénal* (2008), S. 119 (zur EMRK); Mauro, *Garde à vue*, Rn. 189 (für Frankreich).

106 Anderes mag im Bereich kollektiver Gewalt gelten, dazu s.u. 17. Kap., III. 3.

107 ICJ, *Corfu Channel*, Merits, 1949, S. 18.

108 WMD Commission Report (2005), S. 148, 153; Waxman, *Mich. J. Int'l L.* 31 (2009), S. 1 (70 f).

einflusste,<sup>109</sup> führte hier fatal in die Irre. Die Lehren aus diesem Fall mögen der Grund für die in der Folge deutlich zurückhaltenderen Äußerungen in Bezug auf den Iran sein.<sup>110</sup> Der Aussagewert einer Kooperationsverweigerung erhöht sich auch nicht dadurch, dass sie durch den SR festgestellt wird.<sup>111</sup> ist doch nicht ihre Wahrheit selbst, sondern ihre Indizwirkung zweifelhaft. Anders liegen die Dinge, wenn der SR über die fehlende Kooperation hinaus den Besitz von Massenvernichtungswaffen und eine daran anknüpfende Friedensbedrohung anerkennt.<sup>112</sup>

Bei Verletzungen völkerrechtlicher Verpflichtungen des Opferstaates, die die Aufdeckung der wahren Sachlage bezwecken, erscheint allenfalls erwägenswert, das *abstrakt verlangte Wahrscheinlichkeitsmaß* abzusenken – nicht wegen eines Erfahrungssatzes, sondern weil sich normativ begründen ließe, dass der Opferstaat in diesem Fall einen größeren Teil des Irrtumsrisikos tragen sollte. Wie sogleich dargelegt wird, begegnet jedoch auch dieser Gedanke Schwierigkeiten.

### III. Überschreitung der hinreichenden Wahrscheinlichkeitsschwelle

Neben der sorgfaltswidrigen Indizienermittlung und Indizienwürdigung existiert beim Fehlverdacht eine dritte Fehlerquelle: die Annahme, dass die im Einzelfall gebildete Überzeugung von dem Vorliegen der Haupttatsache abstrakt ausreiche, um das Risiko eines Fehlverdachts einzugehen. Um sorgfaltsgemäß zu handeln, muss die Überzeugung des Staates ein Wahrscheinlichkeitsmaß erreichen, das den Gewalteinsatz noch objektiv vernünftig erscheinen lässt. Dass es keiner 100-prozentigen Sicherheit bedarf, wurde bereits festgestellt.<sup>113</sup> Die Grenze zwischen erlaubtem und verbotem Risiko ist jedoch bislang unklar. Wie stets bei der Bestimmung eines

---

109 S. Chilcot Report, S. 412–414; George W. Bush, Address to the Nation on Iraq from Cincinnati, Public Papers of the US Presidents (2002), S. 1751 (1754); CIA Report Iraq's WMD Programs, unter „UN Security Council Resolutions and Provisions for Inspection and Monitoring“.

110 IAEA Director General El-Baradei, Remarks on Iran During the IAEA Board of Governors Meeting, 9 September 2003; zum Fall Iran s.u. 14. Kap., III. 2.

111 So aber Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (73 f.).

112 So die Präambel von UN Doc. S/RES/1441 (2002): „Recognizing the threat Iraq's non-compliance with Council resolutions and proliferation of weapons of mass destruction and long-range missiles poses to international peace and security“.

113 S.o. 9. Kap., III. 5.

Sorgfaltsmaßstabs basiert diese Frage letztlich auf einer Interessenabwägung.<sup>114</sup> Auch wenn gelegentlich als „rules of evidence“<sup>115</sup> bezeichnet, geht es hier allein um das *vom Staat* bei seiner ad-hoc-Entscheidung zu berücksichtigende *ex-ante-Wahrscheinlichkeitsmaß* für das Vorliegen der Haupttatsache, also zB das unmittelbare Bevorstehen eines Angriffs. Erst an späterer Stelle wird hier die Frage des *Beweismaßes* behandelt, mit dem der Staat die objektiv ex ante erkennbaren Indizien nachträglich beweisen muss, wenn ein Gericht oder ein Organ wie der SR seine Maßnahme rechtlich beurteilen.<sup>116</sup>

Wenige Literaturstimmen haben sich bisher mit diesem Wahrscheinlichkeitsmaß auseinandergesetzt, und wenn, dann primär mit Blick auf antizipierte Selbstverteidigung.<sup>117</sup> Nicht alle von ihnen scheinen sich bewusst zu sein, dass sie, indem sie eine *ex-ante-Wahrscheinlichkeit* des bevorstehenden Angriffs genügen lassen, die tatsächlichen Voraussetzungen des Selbstverteidigungsrechts bereits objektiv ex ante beurteilen.<sup>118</sup> Diese Konzeption lässt sich, wie festgestellt, auch kaum überzeugend auf *antizipierte* Selbstverteidigung beschränken.<sup>119</sup> Unter Rückgriff auf Formeln des amerikanischen Beweisrechts wird, je nach Autor, verlangt, das Bevorstehen eines Angriffs müsse feststehen nach „preponderance of evidence“, „clear and convincing evidence“ oder gar einer „conviction beyond the reason-

114 Dazu bereits oben 10. Kap. am Anfang.

115 Kritsiotis/Jacobsson/O’Connell/O’Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 39–54; ähnlich Waxman, Mich. J. Int’l L. 31 (2009), S. 1 (57–75); Lubell, in: Weller, Oxford Handbook, S. 697 (716); Roscini, Texas Int’l L. J. 50 (2015), S. 233–273.

116 Ebenfalls unterscheidend Jacobssen, in: Kritsiotis/Jacobsson/O’Connell/O’Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 40 (41); nicht hingegen O’Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19–36; zum Beweismaß s.u. 11. Kap., I.

117 Dazu gehören O’Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19–36; Waxman, Mich. J. Int’l L. 31 (2009), S. 1 (57–75); Schmitt, Counter-Terrorism, S. 69 f; Kritsiotis/Jacobsson/O’Connell/O’Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 39–54; Lobel, Yale J. Int’l L. 24 (1999), S. 537 (547 f); Greenwood, San Diego Int’l L. J. 4 (2003), S. 7 (16); Lubell, in: Weller, Oxford Handbook, S. 697 (716–718); zum Wahrscheinlichkeitsmaß für die Zuschreibung eines Cyberangriffs s. Roscini, Texas Int’l L. J. 50 (2015), S. 233 (248–254); Roscini, Cyber Operations, S. 97–103; allg. s. auch Nessa, Just Security v. 8. Juli 2019.

118 So wirft O’Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (35 f) nach Begründung eines „clear-and-convincing-evidence“-Maßstabs gesondert die Frage der Beachtlichkeit von Irrtümern auf.

119 S.o. 9. Kap., I. 1. c.

able doubt“.<sup>120</sup> Tatsächlich bestehen zwischen den vom Richter und vom Staat zu treffenden Entscheidungen über einen nicht mit Sicherheit feststehenden Sachverhalt, wie gesehen, Parallelen.<sup>121</sup> Die drei vorgeschlagenen US-Beweisstandards beziehen sich – wie Beweisstandards des kontinental-europäischen Rechts – auch sämtlich auf den richterlichen *Überzeugungsgrad* und damit eine subjektive, keine objektive Wahrscheinlichkeit,<sup>122</sup> so dass sie zur hier gesuchten Wahrscheinlichkeitsgrenze konzeptuell passen. Sie werden hier mit einer *überwiegenden Wahrscheinlichkeit*, einer *hohen Wahrscheinlichkeit* und einer *an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit* gleichgesetzt.<sup>123</sup>

Die Praxis der Staaten, die in der Vergangenheit auf die ex ante verfügbaren Fakten und nicht die ex-post-Sachlage abstellten, zeichnet hinsichtlich des verlangten Wahrscheinlichkeitsstandards kein einheitliches Bild. Äußerungen, denen zufolge für entscheidende Tatsachen „indisputable evidence“ vorliege<sup>124</sup> oder diese „beyond any doubt“ seien,<sup>125</sup> sind wenig aussagekräftig, da sie regelmäßig die eigene Position absichern sollen und nicht notwendigerweise bedeuten, dass es dieses hohen Wahrscheinlichkeitsstandards abstrakt bedarf. Das Gleiche gilt umgekehrt für Aussagen,

---

120 O’Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19–36; Schmitt, Counter-Terrorism, S. 69 f (beide clear and convincing); Roscini, Texas Int’l L. J. 50 (2015), S. 233 (249–251) (clear and convincing evidence im allgemeinen ius contra bellum und im Cyberwar); Ruys, Armed Attack, S. 509 (clear and compelling evidence); Lobel, Yale J. Int’l L. 24 (1999), S. 537 (551) (reasonable certainty and direct evidence), ebd. S. 547 (high degree of certainty); Greenwood, San Diego Int’l L. J. 4 (2003), S. 7 (16) (sufficient evidence); ders., West Vir. L. Rev. 89 (1987), S. 933 (935) (convincing evidence); Waxman, Mich. J. Int’l L. 31 (2009), S. 1 (58–62) (dynamischer Standard, krit. insb. zum strafrechtlichen „beyond-a-reasonable-doubt“-Standard); s. auch Banks/Criddle, Leiden J. Int’l L. 29 (2016), S. 67 (75 f); Jervis, J. Strat. Stud. 29 (2006), S. 3 (14) zum Irakkrieg; Lubell, in: Weller, Oxford Handbook, S. 697 (717 f).

121 S.o. 10. Kap., II. 2.

122 Brinkmann, Beweismaß, S. 29 f, 61 f.

123 Mit variierenden Bezeichnungen und (jedenfalls formal) anderen Anwendungsbereichen existieren diese Standards auch in kontinentaleuropäischen Recht, vgl. Schweizer, Beweiswürdigung, S. 454, 463, 465, 474–476, 482; Brinkmann, Beweismaß, S. 41–60.

124 Der iranische stellvertretende Außenminister Araqchi über die Tatsache, dass sich die am 20. Juni 2019 abgeschossene US-Drohne in iranischem Luftraum befand, s. Iran Protests US Intrusion, Iran Front Page v. 21. Juni 2019; ähnlich die USA zum Tanker-Vorfall am 13. Juni 2019, s.o. 7. Kap., III. 2. d, Fn. 537.

125 US Press Statement v. 22. Juni 2019 über die Tatsache, dass sich die Drohne (s. Fn 124) im internationalen Luftraum aufhielt.



dass es in einem konkreten Fall an „any proof“ mangle.<sup>126</sup> Das Spektrum verallgemeinerungsfähiger Äußerungen<sup>127</sup> wiederum reicht von der Existenz von „good reasons“<sup>128</sup> bis zum Erfordernis eines „strongest and clearest evidence“.<sup>129</sup> Immerhin haben sich mit den USA, Australien und Großbritannien drei gewichtige Stimmen mit bemerkenswerter Deutlichkeit dafür ausgesprochen, dass es einer „reasonable and objective basis“ bedarf, diese aber auch genügt, um auf das unmittelbare Bestehen eines Angriffs zu schließen.<sup>130</sup> Doch führt dieser Begriff zu der Ausgangsfrage zurück, ab welchem Punkt das Eingehen des Risikos eines Fehlverdachts *vernünftig* erscheint.<sup>131</sup> Die Fußnote zum fünften Bethlehem-Prinzip, auf das der britische und der australische Generalanwalt Bezug nahmen, füllt den Ausdruck „reasonable and objective basis“ zwar mit der Anforderung aus, dass die „conclusion is being reliably supported with a high degree of confidence on the basis of credible and all reasonably available information“.<sup>132</sup> Dennoch bleibt ein weiter Interpretationsspielraum. Wertende Erwägungen erscheinen daher unvermeidbar.

Je höher man das erforderliche Wahrscheinlichkeitsmaß ansetzt, umso geringer wird zwar das Risiko sogenannter *falsch-positiver* Entscheidungen (der Staat setzt Gewalt ein, obwohl die Umstände objektiv keinen Erlaub-

126 So Russland über die von den USA und Großbritannien 2003 geltend gemachte Tatsache, der Irak besitze Massenvernichtungswaffen, s.o. 7. Kap., III. 1. c, Fn. 268, ähnlich die Aussagen Malis und des Jemens, s. Nachweise in Fn. 267; ebenso Iran zum Tanker-Vorfall 2019, s.o. 7. Kap., III. 2. d, Fn. 538.

127 Verallgemeinerungsfähiger deshalb, weil entweder ein vergleichsweise geringes Wahrscheinlichkeitsmaß im konkreten Fall für ausreichend erachtet wurde oder der Standard explizit in abstrakte Begriffe gefasst wurde (zB „We believe a State should intercept a civilian aircraft only on the basis of the strongest and clearest evidence that terrorists are aboard“, Nachweis in Fn. 129).

128 So die USA im Entebbe-Fall, s.o. 7. Kap., III. 6. b, 680; Mali zu Cyber-Angriffen, s.o. 7. Kap., III. 4., Fn. 616; die USA nach den Luftangriffen auf Syrien im April 2018 wegen des Einsatzes von Chemiewaffen („large body of information indicates“), S/PV.8233, S. 5.

129 So die USA zum Abfangen von durch Terroristen gekidnappte Flugzeuge nach dem Abfangen des libyschen Flugzeugs mit syrischen Offiziellen 1986, s.o. III. 3. c, Fn. 605; ähnlich nach den unilateralen Luftangriffen auf Syrien im April 2018 Äquatorialguinea („reliable and irrefutable proof“), S/PV.8233, S. 17, und China („reliable conclusion that can withstand the test of history“), ebd. S. 10.

130 S.o. III. 5. b.

131 Anders Nessa, *Just Security* v. 8. Juli 2019, die den „reasonable and objective“-Standard allgemein noch unterhalb einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit und eines „good evidence“ ansiedelt. Dabei lässt sich „reasonable“ auch als flexibler Standard verstehen, dazu sogleich näher.

132 Bethlehem, *AJIL* 106 (2012), S. 770 (775, Fn. a).



nissatz begründen). Gleichzeitig steigt aber die Gefahr *falsch-negativer* Entscheidungen (der Staat bleibt untätig, obwohl er tatsächlich angegriffen wird bzw. Staatsangehörige oder Menschenrechte der fremden Bevölkerung verletzt werden). Dieser Zusammenhang wird – aufbauend auf dem von den Psychologen *Dunwoody* und *Hammond* in diesen Zusammenhang eingeführten Taylor-Russell-Diagramm<sup>133</sup> – in der folgenden Abbildung verdeutlicht. Die Ellipse steht dabei für alle einen Erlaubnissatz aus ex-ante-Sicht potentiell begründenden Situationen. Die horizontale Linie („hinreichende ex-post-Wahrscheinlichkeit“) trennt dabei die Situationen, in denen tatsächlich eine Erlaubnislage vorlag (oberhalb der Linie) von den Situationen, in denen sie in Wahrheit fehlte (unterhalb der Linie). Die vertikale Linie („hinreichende ex-ante-Wahrscheinlichkeit“) beschreibt den hier gesuchten Wahrscheinlichkeitsgrad, jenseits dessen es als vernünftig beurteilt werden kann, dass sich ein Staat aufgrund der ex ante bekannten Fakten für den Gewalteinsatz entscheidet.<sup>134</sup>

Bei der Suche nach dem richtigen ex-ante-Wahrscheinlichkeitsstandard kann wie im Beweisrecht die subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie eine Hilfestellung geben.<sup>135</sup> Zwar begegnet der Gebrauch mathematischer Formeln der Schwierigkeit, dass sich juristische Sachverhalte nicht genau quantifizieren lassen. Insbesondere in kontinentaleuropäischen Ländern trifft diese Methode daher bis heute auf große Skepsis.<sup>136</sup> Zweifellos ist die Herleitung des gesuchten Wahrscheinlichkeitsstandards auch keine „bloße Rechenoperation“. <sup>137</sup> Das Durchdenken der quantitativen Beziehungen zwischen den jeweiligen Variablen trägt aber dazu bei, die maßgeblichen Faktoren zu identifizieren.<sup>138</sup> Darauf basierend können dann handhabbare Kategorien gebildet werden.

133 Vgl. Dunwoody/Hammond, *Peace and Conflict J. Peace Psych.* 12 (2006), S. 19 (24 f.).

134 Dunwoody und Hammond symbolisieren durch Vergrößerung der Ellipse in der zweiten Abbildung zusätzlich, dass sich bei Verringerung des hinreichenden Wahrscheinlichkeitsmaßes die Unsicherheit als solche steigert, *Peace and Conflict J. Peace Psych.* 12 (2006), S. 19 (25, 28). Dies wurde hier zur Vereinfachung außen vorgelassen.

135 Umf. dazu für das Beweisrecht Schweizer, *Beweiswürdigung* 83–252; s. auch ders., *Int'l J. Evid. & Proof* 20 (2016), S. 217 (219–221); Kaplan, *Stan. L. Rev.* 20 (1968), S. 1065–1092.

136 Vgl. nur Brinkmann, *Beweismaß*, S. 24–26.

137 Frister, *FS Rudolphi*, S. 45 (60) für strafrechtliche Notrechte.

138 Vgl. Kaplan, *Stan. L. Rev.* 20 (1968), S. 1065 (1066).

### TEIL 3 Die nähere Ausgestaltung der Berücksichtigung unilateraler Fehlvorstellungen

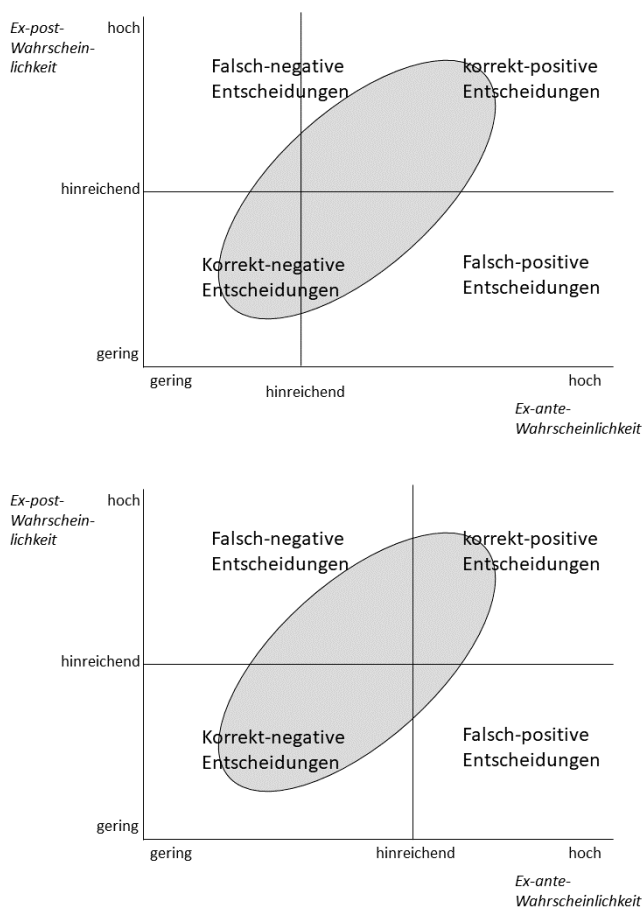


Abb: Einfluss der maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsschwelle auf das Risiko von Fehlentscheidungen

Nach der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie ist die Entscheidung eines Staates über einen Gewalteininsatz als rational zu beurteilen, wenn sie die erwartbaren *Fehlerkosten*, also die negativen Auswirkungen einer falsch-positiven Entscheidung und die einer falsch-negativen Entscheidung mini-

miert.<sup>139</sup> Das Verhältnis zwischen diesen Fehlerkosten bestimmt die geeignete Entscheidungsgrenze: Sind wie bei der richterlichen Entscheidung über das Bestehen eines zivilrechtlichen Anspruchs die Fehlerkosten regelmäßig gleich hoch – es hat gleich schwere Folgen, einen nicht bestehenden Anspruch zu gewähren, wie einen bestehenden Anspruch zu verneinen<sup>140</sup> –, liegt die rationale Entscheidungsgrenze bei 50 %. Tatsächlich wird das im Zivilprozessrecht des Common Law grundsätzlich geltende Wahrscheinlichkeitsmaß der *preponderance of evidence*, das die Grenze bei 50 % anlegt, auf diese Weise begründet.<sup>141</sup> Wie *Schweizer* darlegt, liegt dieser Standard auch nicht weit unter dem in kontinentaleuropäischen Ländern *faktisch* angewandten Maß, auch wenn man sich dort gegen eine Quantifizierung des Überzeugungsgrades wehrt und formal eine volle Überzeugung verlangt.<sup>142</sup> Weil es hingegen als deutlich gravierender angesehen wird, einen Unschuldigen zu verurteilen als einen Schuldigen freizusprechen, liegt das im Strafrecht des Common Law zugrunde gelegte Wahrscheinlichkeitsmaß weit über 50 %, nämlich bei „*beyond the reasonable doubt*“.<sup>143</sup> Die Erwägung hat sich auch im Beweismaß vor dem IGH niedergeschlagen.<sup>144</sup> Der Gedanke, das erforderliche Wahrscheinlichkeitsmaß für ein Handeln bei ungewisser Sachlage und Entwicklung von den

139 Vgl. Kaye, Cornell L. Rev. 73 (1987), S. 54 (55); ähnlich bereits Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (59–62), jedoch ohne Konsequenzen zu ziehen; im Ansatz auch Lubell, in: Weller, Oxford Handbook, S. 697 (713–717); so auch Frister, FS Rudolphi, S. 45 (52) für den „Erlaubnistatumszweifel“.

140 Dass einen nicht bestehenden Anspruch zu gewähren gravierender sei, weil mittels *staatlicher Hilfe* Unrecht erst geschaffen werde, überzeugt nicht. Es macht wertungsmäßig keinen Unterschied, ob der Staat, verkörpert durch das Gericht, eine rechte Situation in eine unrechte verwandelt oder in einer unrechten Situation keine Abhilfe schafft, obwohl dies Aufgabe der staatlichen Institutionen ist. Insoweit ist die Veränderung des status quo kein eigener Kostenfaktor. Im Übrigen müsste ansonsten bei einer negativen Feststellungsklage ein anderer Beweisstandard gelten als bei einer Leistungsklage, was jedenfalls in Deutschland nicht der Fall ist.

141 Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1065 (1072); Kaye, Cornell L. Rev. 73 (1987), S. 54 (55); dieser Standard gilt, solange nicht ein besonders hohes Interesse auf dem Spiel steht, Grogan v. Garner, 498 U.S. 279 (1991); Mueller/Kirkpatrick, Evidence, 5. Aufl., S. 111; zum *preponderance*-Standard im englischen Recht vgl. Bate v. Bate, [1950] 2 All ER 458.

142 Schweizer Int'l J. Evid. & Proof 20 (2016), S. 219–234; Brinkmann, Beweismaß, S. 61–83, schließt sogar auf einen rechtlichen einheitlichen Standard; zur in Deutschland weiterhin hM, die ein volles Überzeugungsmaß verlangt MüKoZ-PO/Prütting, § 286, Rn. 35–40.

143 Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1065 (1073).

144 S.u. 11. Kap., I. 2.

potentiellen Fehlerkosten abhängig zu machen, findet sich bereits im Tallinn Manual 2.0,<sup>145</sup> in den due-diligence-Pflichten<sup>146</sup>, dem umweltvölkerrechtlichen Vorsorgeprinzip<sup>147</sup> sowie im Gefahrenbegriff des nationalen Notstands- und des Polizeirechts.<sup>148</sup> Will man die Entscheidungsgrenze möglichst präzise abbilden, müssen auch die Kosten der *korrekt*-positiven und *korrekt*-negativen Entscheidung berücksichtigt werden. Auf dieser Grundlage wendet Schweizer für das richterliche Beweismaß eine Formel an,<sup>149</sup> die sich auch für den hier interessierenden Kontext heranziehen lässt:

$$P(p) \geq \frac{(D_{fp} - D_{cn})}{(D_{fn} - D_{cp}) + (D_{fp} - D_{cn})}$$

$P(p)$  ist dabei die Wahrscheinlichkeit, dass die einen Erlaubnissatz begründenden Haupttatsachen vorliegen. Wenn sie dem Wert des Bruchs entspricht oder ihn überschreitet, werden die Fehlerkosten minimiert und die Entscheidung ist rational.  $D_{fp}$  sind die Kosten einer falsch-positiven Entscheidung,  $D_{fn}$  die Kosten einer falsch-negativen Entscheidung,  $D_{cp}$  die Kosten einer korrekt-positiven Entscheidung und  $D_{cn}$  die Kosten einer korrekt-negativen Entscheidung.<sup>150</sup> Darauf ist gleich zurückzukommen.

Für das richterliche Beweismaß wurden neben den Fehlerkosten auch andere Faktoren vorgeschlagen: Das Beweismaß müsse umso niedriger sein, je geringer Quantität und Qualität der zur Verfügung stehenden Beweise allgemein sind, je eher es sich um innere Tatsachen handelt und je

145 Section 1, Commentary (11), auf Nachweise für das Beweismaß vor dem IGH abstellend.

146 S. ILC Draft Articles on Prevention, Art. 10 (a)–(c) und Commentary (4).

147 S.o. 2. Kap., III., Fn. 294 und begleitender Text.

148 Zum Notstand in Deutschland s.o. 8. Kap., I. 1. Fn. 718; zum Polizeirecht noch unten 16. Kap., I. 1; dieselbe Idee steht hinter den dynamischen Kriterien, die für die Unmittelbarkeit des bevorstehenden Angriffs bei antizipierter Selbstverteidigung vorgeschlagen werden (je nach Höhe des drohenden Schadens), s. Doyle, *Striking First*, S. 63; Schiffbauer, *Vorbeugende Selbstverteidigung*, S. 168 f. Auch die „doppelte Nachteilsabwägung“ im einstweiligen Rechtsschutz vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht erinnert zunächst daran, BVerfGE 132, 195 (232 f) = NJW 2012, 3145 (3146), zu dieser Parallele auch Frister, FS Rudolphi, S. 45 (52). Dort sollen die Erfolgsaussichten der Hauptsache (die dem hier gesuchten Wahrscheinlichkeitsmaß entsprechen) aber gerade unberücksichtigt bleiben. Insoweit führt dieser Vergleich nicht weiter.

149 Schweizer, *Int'l J. Evid. & Proof* 20 (2016), S. 219 (221); für die Herleitung s. Schweizer, *Beweiswürdigung*, S. 434–437; ähnlich bereits (aber ohne Berücksichtigung der Kosten einer richtigen Entscheidung) Kaplan, *Stan. L. Rev.* 20 (1968), S. 1065 (1071 f).

150 Schweizer, *Int'l J. Evid. & Proof* 20 (2016), S. 219 (221).

schwieriger die Beweisführung ist.<sup>151</sup> Diese Kriterien mögen für die Bestimmung des richterlichen Beweismaßes geeignet sein.<sup>152</sup> Die Grenze der hinreichenden ex-ante-Wahrscheinlichkeit der Haupttatsache können sie nicht überzeugend beeinflussen: Die Entscheidung für einen Gewalteinsatz aufgrund einer an sich ungenügenden Indizienlage erscheint nicht deshalb *vernünftiger* – und hierauf kommt es für die Sorgfaltswidrigkeit allein an –, weil insgesamt nicht viele Indizien zur Verfügung stehen, es sich primär um schwer ergründbare innere Tatsachen handelt oder ihre Ermittlung dem handelnden Staat aus anderen Gründen schwer fällt.

Auch die Verletzung einer Kooperationspflicht, also zB die Missachtung einer verbindlichen SR-Resolution, die einen Staat verpflichtet, internationalen Inspektoren Zutritt zu gewähren,<sup>153</sup> rechtfertigt eine Absenkung des hinreichenden Wahrscheinlichkeitsmaßes kaum.<sup>154</sup> Sicherlich wäre dem Opferstaat die Beseitigung von Unklarheit in diesem Fall leichter möglich als dem handelnden Staat.<sup>155</sup> Auch wäre es aus normativer Sicht plausibel, einem völkerrechtswidrigen Verhalten des Opferstaates bei der Verteilung des Irrtumsrisikos Rechnung zu tragen. Mit der Clean-Hands-Doktrin, nach der sich der Opferstaat in bestimmten Fällen nicht auf den Gewaltverbotsverstoß berufen kann, wurde bereits ein Weg in diese Richtung aufgezeigt.<sup>156</sup> Doch für die hier entscheidende (vorgelagerte) Frage, ob der Gewalt einsetzende Staat mit dem für Art. 2 (4) UNC erforderlichen Handlungsunrecht, also *sorgfaltswidrig* handelte, kann das Fehlverhalten des anderen Staates noch keine Rolle spielen. Denn war die Faktenlage für sich genommen zu vage, erscheint sein Handeln nicht weniger *unvernünftig* dadurch, dass der andere Staat seinen Teil zur fehlenden Aufklärung des Sachverhalts beigetragen hat und ihm diese Aufklärung leichter möglich gewesen wäre. Weder im nationalen Straf- noch im Schuldrecht lässt ein (selbst überwiegendes) Mitverschulden des Opfers *die Sorgfaltswidrigkeit* des Handelnden entfallen, allenfalls entfällt oder reduziert sich ein darauf basierender Schadensersatzanspruch. In der internationalen Rechtsprechung ist man zu Recht zurückhaltend gegenüber Versuchen, dem Zu-

151 Brinkmann, Beweismaß, S. 66 f.

152 Vgl. ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 18, das einem Staat einen „more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence“ erlaubt, wenn sich die Tatsachen unter der ausschließlichen Kontrolle des anderen Staates befinden, vgl. aber auch oben Fn. 86.

153 Vgl. insb. UN Doc. S/RES/687 (1991) und S/RES/1284 (1999).

154 Zu diesem Gedanken schon oben 10. Kap., II. 3.

155 Befürwortend Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (71–73).

156 S.o. 9. Kap., IV.

gang zu Beweisen im Beweisrecht Bedeutung beizumessen.<sup>157</sup> Daher spricht vieles dafür, dass die fehlende Kooperation bei der Sachverhaltsaufklärung die objektive ex-ante-Wahrscheinlichkeit weder konkret über die Indizienwürdigung<sup>158</sup> noch abstrakt bei der Festlegung des hinreichenden Wahrscheinlichkeitsmaßes beeinflusst.

Da es damit primär auf die Fehlerkosten ankommt, stellt sich die Frage, wie hoch diese bei staatlichen Gewaltanwendungen sind. Dass auch die falsche Entscheidung *gegen* eine Verteidigungsmaßnahme Kosten verursacht, wird bisweilen völlig ausgeblendet, wenn es heißt, dass „states should [always] err on the side of caution“.<sup>159</sup> Dabei sind die Kosten falsch-negativer Entscheidungen bei Selbstverteidigung im Ausgangspunkt nicht einmal geringer als die falsch-positiver: Der Staat, der einen tatsächlich stattfindenden Angriff nicht abwehrt, hat – wenn man einmal nur das *überhaupt*-Opferwerden ungerechtfertigter Gewalt betrachtet – ebenso hohe Kosten wie der andere Staat, wenn dieser Opfer einer irrtumsbehafteten und objektiv ungerechtfertigten Selbstverteidigungshandlung wird.<sup>160</sup> Soweit man den Wert staatlicher Souveränität und territorialer Unversehrtheit für mit dem von Leib und Leben eigener und fremder Staatsangehöriger vergleichbar hält, gilt dasselbe für die humanitäre Intervention und die Rettung eigener Staatsangehöriger. Freilich stoßen die Quantifizierungsversuche hier an ihre Grenzen.

Dennoch werden die Kosten einer falsch-positiven Entscheidung gegenüber denen einer falsch-negativen durch den Faktor der Eskalationsgefahr regelmäßig signifikant erhöht: Ein Gewalteinsatz provoziert häufig eine gewaltsame Reaktion des Opferstaates oder von Drittstaaten und bringt damit den internationalen Frieden in Gefahr. Nur soweit eine Eskalation nahezu ausgeschlossen ist – etwa weil beide Staaten befreundet sind und der Irrtum für alle Beteiligten sofort ersichtlich ist – kann dieses Kriterium ver-

157 ICJ, Avena, Urteil v. 31. März 2004, Rn. 55–57; Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27 (48) (beide zur Beweislast); weniger zurückhaltend noch ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 18; Nicaragua, Jurisdiction, 1984, Rn. 101.

158 Dazu s.o. 10. Kap., II. 3.

159 O'Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (36); wie hier dagegen Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (59–62); die Rede des australischen Generalanwalts George Brandis v. 11. April 2017: „Governments have to weigh the consequences not only of action but equally the consequences of inaction“.

160 Die Schonung des Angreifers bei einer falsch-negativen Entscheidung ist aus normativer Sicht nicht schutzwürdig und daher kein berücksichtigungsfähiger Faktor, anders offenbar Frister, FS Rudolphi, S. 45 (52) für strafrechtliche Notrechte.

nachlässigt werden. Selbst bei einer *korrekt*-positiven Entscheidung ist es regelmäßig – wenn auch in geringerem Maße – zu berücksichtigen, da auch gerechtfertigte Gewalt Eskalationspotential besitzt.

Ein weiterer für die Fehlerkosten relevanter – wenn auch gegenüber dem Eskalationsrisiko wohl nachrangiger – Aspekt ist die mögliche Differenz zwischen den erwartbaren Folgen des angenommenen Schadensereignisses für den Entscheiderstaat bei Untätigbleiben und den Folgen der angewandten Gewalt für den Opferstaat bei Tätigwerden. Den Zusammenhang zwischen dem Wert der betroffenen Rechtsgüter und der erforderlichen Wahrscheinlichkeit deutete etwa Israel beim bulgarischen Abschuss von El Al Flight 402 an.<sup>161</sup> Einerseits können die erwartbaren Folgen der angewandten Gewalt *erheblicher* sein als die der angenommenen Gefahr. Denn auch wenn das Selbstverteidigungsrecht durch das Verhältnismäßigkeitsgebot begrenzt wird, kann die angewandte Gewalt – soweit man sie dem *Ziel der Abwehr* des Angriffs und nicht dem Ausmaß der drohenden Gewalt gegenüberstellt<sup>162</sup> – schwerer wiegen als der durch den Angriff drohende Schaden. Das Gleiche gilt für die humanitäre Intervention. Das Überwiegen der Kosten der Gewaltanwendung erhöht dann die erwartbaren Kosten einer falsch-positiven Entscheidung und so das erforderliche Wahrscheinlichkeitsmaß.

Schwieriger zu beurteilen ist andererseits der umgekehrte Fall, dass der erwartete Schaden der Gewaltanwendung hinter der angenommenen eigenen Bedrohung *zurückbleibt*, zB weil der möglich erscheinende Angriff ein besonders wertvolles Ziel (zB einen Flugzeugträger) bedroht und der handelnde Staat ihn durch die Zerstörung eines weniger wertvollen Ziels (zB der allein angreifenden Drohne) abwehren kann.<sup>163</sup> Häufig ist das geringere Maß an Gewalt wie in dem Beispiel bereits aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten geboten. Manche Staaten mögen darüber hinaus auch gerade deshalb zu geringerer Gewalt greifen, um die Kosten einer etwaigen Fehlentscheidung niedrig zu halten.<sup>164</sup> Das Zurückbleiben der erwartba-

161 S.o. 7. Kap., III. 2. b, bb, Fn. 361.

162 So der „means-end-Test“, vgl. Kretzmer, EJIL 24 (2013), S. 235–282.

163 Vgl. OTA, Who Goes There: Friend or Foe, S. 35.

164 Dem Richter im Zivil- oder Strafprozess steht ein solcher „Mittelweg“ nicht zur Verfügung, da er die Tatsachen nur als hinreichend erwiesen oder nicht ansehn und die Klage abweisen oder ihr stattgeben kann, den Täter für das betreffende Delikt verurteilen kann oder nicht. Für den von Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1065 (1078–1082) angenommenen Kompromiss der Reduzierung der Anspruchshöhe im Zivilrecht oder der Bestrafung für ein weniger schweres Delikt fehlt es in den meisten Rechtsordnungen wohl an einer Grundlage.

ren Kosten der angewandten Gewalt hinter dem drohenden Schaden senkt die Kosten einer falsch-positiven Entscheidung.<sup>165</sup> Doch darf dieser Umstand wohl nicht so weit berücksichtigt werden, dass die erforderliche Schwelle unter eine bestimmte *Mindestschwelle* sinkt.<sup>166</sup> Denn aus normativer Sicht – die bei der Interessenabwägung entscheidend ist<sup>167</sup> – ist es auch bei einer Gefahr *ganz erheblichen* Ausmaßes nicht wünschenswert, dass sich ein Akteur auf eine ganz geringe Wahrscheinlichkeit des Bestehens dieser Gefahr verlässt und (wenn auch geringere) Gewalt einsetzt. Eine zu niedrige Schwelle riskierte eine Erosion des Gewaltverbotes, des Kerns des *ius contra bellum*. Dieser Aspekt lässt sich wiederum als Kostenfaktor begreifen. Auch im ICJ Gabčíkovo-Nagymaros-Fall hielt das Gericht die zum Handlungszeitpunkt bestehende *Möglichkeit* einer Gefahr iSd Art. 25 ARSI-WA nicht für ausreichend.<sup>168</sup> Ähnlich ist der Protest gegen den israelischen Angriff auf den Osirak-Reaktor und die Irakinvasion 2003 zu werten, bei dem die Faktenlage als zu vage beurteilt wurde,<sup>169</sup> obwohl die mit geringer Wahrscheinlichkeit drohende Gefahr ganz erheblich war. Wo die Mindestschwelle festzulegen ist, ist schwer zu beantworten und letztlich willkürlich. Ein Wert von 50 % böte den Vorteil, dass er ausreichend hoch erscheint und vergleichsweise leicht festzustellen ist. Denn was ein Staat für *wahrscheinlicher* hält – das Vorliegen des Angriffs oder sein Fehlen – lässt sich im Regelfall beantworten.

Auf dieser Grundlage lassen sich folgende Schlüsse ziehen: Die erwartbaren Kosten einer falsch-positiven Entscheidung sind entweder höher als die einer falsch-negativen (wenn ein Eskalationsrisiko besteht oder der durch die angewandte Gewalt eintretende Schaden den vermeintlich drohenden Schaden übersteigt) oder gleich hoch (wenn kein Eskalationsrisiko besteht und der eintretende hinter dem vermeintlich drohenden Schaden zurückbleibt). Bei einer Eskalationsgefahr sind regelmäßig auch die Kosten einer korrekt-positiven Entscheidung größer 0, wenn auch kleiner als die Eskalationskosten einer falsch-positiven Entscheidung. Die Kosten einer korrekt-negativen Entscheidung sind stets 0, da das Untätigbleiben eines

165 Ebenso Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (62).

166 Zur Möglichkeit einer Untergrenze Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (62). Nicht zu verwechseln ist diese Mindestüberzeugung mit der oben abgelehnten Mindestindizienstärke für die Rationalität einer bestimmten Überzeugung (s.o. 10. Kap., II. 2.). Letzteres würde eine *objektive*, keine subjektive Mindestwahrscheinlichkeit einführen.

167 S.o. 10. Kap. am Anfang.

168 S.o. 2. Kap., Fn. 281.

169 S.o. 7. Kap., III. 1. b.



Staates bei Fehlen einer Gefahrenlage keine (hier relevanten) negativen Folgen hat. Nach der beschriebenen Formel liegt die für eine rationale Entscheidung hinreichende Wahrscheinlichkeitsschwelle  $P(p)$  damit stets zwischen  $1/2$  und  $1$ . Je höher die falsch-positiven und die korrekt-positiven Kosten und je niedriger die falsch-negativen Kosten, desto eher tendiert  $P(p)$  zu  $1$ .

Innerhalb dieser Spanne kann das Wahrscheinlichkeitsmaß – wie das Ergebnis jeder anderen Interessenabwägung – nicht mit mathematischer Exaktheit bestimmt werden, da sich das erwartete Eskalationsrisiko und die Erheblichkeitsdifferenz zwischen vermeintlich drohender Gefahrenlage und angewandter Gewalt nicht genau quantifizieren lassen. Um das Wahrscheinlichkeitsmaß dennoch praktisch handhabbar zu machen, erscheint es sinnvoll, die unterschiedlichen Szenarien auf Grundlage der erwähnten Formel mit Werten, die den relevanten Faktoren im Regelfall entsprechen mögen, drei verschiedenen Wahrscheinlichkeitsstandards zuzuordnen.<sup>170</sup> Hierdurch wird freilich stark vereinfacht und entstehende Ungenauigkeiten werden in Kauf genommen. Die Szenarien sind in der folgenden Tabelle 3 dargestellt. Maßgeblich sind dabei stets die (aus objektiver ex-ante-Sicht) *erwartbaren* Kosten, wobei es wiederum eines Wahrscheinlichkeitsurteils bedarf, für das die obigen Ausführungen zur Indizienwürdigung gelten.

---

170 Dabei wird das Bestehen eines Eskalationsrisikos im Ausgangspunkt doppelt so schwer gewichtet wie die Erheblichkeit der jeweiligen Gewaltanwendung. Erst wenn entweder die drohende oder die angewandte Gewalt die jeweils andere Gewaltanwendung überwiegen, beeinflusst sie die Fehlerkosten mit demselben Gewicht wie das Eskalationsrisiko. Das lässt sich an folgendem Beispiel veranschaulichen: Sowohl die Kosten einer falsch-positiven als auch einer falsch-negativen Entscheidung bestehen zunächst beide aus einem Basiswert von  $2$ , der die jeweiligen Fehlerschäden abbildet (die verursachten Schäden des Opfers bei falscher Entscheidung zum Handeln und die Schäden des Entscheiderstaates bei falscher Entscheidung zum Untätigbleiben). Überwiegt einer dieser Schäden den anderen mehr als unerheblich, erhöht sich sein jeweiliger Wert auf  $4$ , der andere Schaden behält den Wert  $2$ . Zu diesem Wert addiert sich sodann das Eskalationsrisiko: Ein mehr als ganz geringes Eskalationsrisiko erhöht die Kosten einer falsch-positiven Entscheidung um  $4$ , die Kosten einer korrekt-positiven Entscheidung (die ansonsten  $0$  sind) um  $1$ ; fehlt ein Eskalationsrisiko, erhöht dieser Faktor die Kosten einer falsch- oder korrekt-positiven Entscheidung nicht. In den Fn 174-181 sind die Werte für jedes Szenario dargestellt.

Tabelle 3: Die maßgeblichen Wahrscheinlichkeitsstandards für den sorgfaltsge-  
mäßigen Fehlverdacht in Abhängigkeit von den Kosten einer Fehlent-  
scheidung

	Keine oder ganz geringe Eskalationsgefahr <sup>171</sup>	Mehr als ganz geringe Eskalationsgefahr <sup>172</sup>
Drohende Gefahr wesentlich er- heblicher als angewandte Gewalt <sup>173</sup>	Überwiegende Wahr- scheinlichkeit <sup>174</sup>	Hohe Wahrscheinlichkeit <sup>175</sup>
Drohende Gefahr und angewandte Gewalt gleich erheblich oder dro- hende Gefahr nur unwesentlich erheblicher <sup>176</sup>	Überwiegende Wahrscheinlichkeit <sup>177</sup>	An Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit <sup>178</sup>
Angewandte Gewalt erheblicher als drohende Gefahr <sup>179</sup>	Hohe Wahrscheinlichkeit <sup>180</sup>	An Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit <sup>181</sup>

Ein Aspekt ist noch zu ergänzen: Die notwendigen Komponenten einer Haupttatsache – etwa die *Fähigkeit* und der *Wille* zum Angriff – sind häufig nicht gleich wahrscheinlich. *Waxman* hat für diesen Fall vorgeschlagen, dass sich die einzelnen Wahrscheinlichkeiten gegenseitig kompensieren können, die Wahrscheinlichkeit der Angriffsfähigkeit also umso niedriger sein könne, je höher die Wahrscheinlichkeit des Angriffswillens ist.<sup>182</sup> Das überzeugt nicht. Ein Angriff wird nicht insgesamt wahrscheinlicher, weil eine seiner *notwendigen* Bedingungen besonders wahrscheinlich war. Die

171 Dieser Faktor erhöht die Kosten einer positiven Entscheidung nicht.

172 Dieser Faktor erhöht die Kosten einer falsch-positiven Entscheidung um 4, einer korrekt-positiven Entscheidung um 1.

173 Dieser Faktor erhöht den Basiswert der Kosten einer falsch-negativen Entscheidung um 2.

174 Eigentlich müsste unter Zugrundelegung der obigen Werte gelten:

$D_{fp} = 2; D_{fn} = 4; D_{cp} = 0; D_{cn} = 0; P(p) \geq \frac{(2-0)}{(4-0)+(2-0)} = \frac{2}{6} = \frac{1}{3}$ . Aus den ge-  
nannten Gründen ist  $\frac{1}{2}$  aber die Mindestschwelle.

175  $D_{fp} = 6; D_{fn} = 4; D_{cp} = 1; D_{cn} = 0; P(p) \geq \frac{(6-0)}{(4-1)+(6-0)} = \frac{6}{9} = \frac{2}{3}$ .

176 Dieser Faktor erhöht weder den Basiswert der Kosten einer falsch-positiven noch den einer falsch-negativen Entscheidung.

177  $D_{fp} = 2; D_{fn} = 2; D_{cp} = 0; D_{cn} = 0; P(p) \geq \frac{(2-0)}{(2-0)+(2-0)} = \frac{2}{4} = \frac{1}{2}$ .

178  $D_{fp} = 6; D_{fn} = 2; D_{cp} = 1; D_{cn} = 0; P(p) \geq \frac{(6-0)}{(2-1)+(-0)} = \frac{6}{7}$ .

179 Dieser Faktor erhöht den Basiswert der Kosten einer falsch-positiven Entscheidung um 2.

180  $D_{fp} = 4; D_{fn} = 2; D_{cp} = 0; D_{cn} = 0; P(p) \geq \frac{(4-0)}{(2-0)+(4-0)} = \frac{4}{6} = \frac{2}{3}$ .

181  $D_{fp} = 8; D_{fn} = 2; D_{cp} = 1; D_{cn} = 0; P(p) \geq \frac{(8-0)}{(2-1)+(8-0)} = \frac{8}{9}$  (insoweit ist die er-  
forderliche Wahrscheinlichkeit hier noch etwas höher als in Fn. 178, beide Stan-  
dards werden aber der Einfachheit halber unter einen Standard gefasst).

182 *Waxman*, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (61).

Wahrscheinlichkeit, dass beide notwendigen Elemente vorliegen – und *nur dann* kann ein Angriff erfolgen – bestimmt sich vielmehr nach dem Produkt der Wahrscheinlichkeiten für das Eintreten der jeweiligen Ereignisse:  $P(A \cap B) = P(A) \cdot P(B)$ , wobei  $P(A)$  die Wahrscheinlichkeit ist, dass der andere Staat einen Angriffswillen hat,  $P(B)$  die Wahrscheinlichkeit, dass er angriffsfähig ist, und beide Ereignisse unabhängig sind. Selbst wenn der Angriffswille sicher ist ( $P(A) = 1$ ), ist die Wahrscheinlichkeit, dass der angriffswillige Staat auch angriffsfähig ist ( $P(A \cap B)$ ), nur so hoch wie die Wahrscheinlichkeit der Angriffsfähigkeit  $P(B)$ . Ist keines der beiden Ereignisse sicher, ist  $P(A \cap B)$  kleiner als die Wahrscheinlichkeiten für die einzelnen Ereignisse.

#### IV. Reichweite der Subjektivierung bei Indizienermittlung und -würdigung

Sowohl für die Ermittlung als auch für die Würdigung der Indizien ist die konkrete Situation des Staates entscheidend.<sup>183</sup> Das gilt vor allem in zeitlicher Hinsicht: Je spontaner die Reaktion erfolgen muss, desto niedriger sind die an ihn zu stellenden Erwartungen. Unter großem Zeitdruck lässt sich die Umgebung weniger genau überprüfen und die erkannten Informationen lassen sich weniger gewissenhaft würdigen. Etwas anderes mag gelten, wenn der Staat den Zeitdruck selbst verschuldet hat, etwa weil er das vermeintlich gefährliche Objekt später entdeckt, als es von ihm erwartet werden konnte.<sup>184</sup>

Wie weit sich der Rechtsanwender in die Lage des Akteurs versetzen muss, ist indes nicht leicht zu beurteilen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob besonderes *Wissen* und *Unwissen*, spezielle *Fähigkeiten* und *Defizite* des Staates und seiner Amtsträger zu berücksichtigen sind. Eine Armee, die mit modernstem Equipment ausgerüstet und ausgezeichnet ausgebildet ist und die auf ein weit verzweigtes Netz nachrichtendienstlicher Quellen zurückgreifen kann, ist zu anderen Informationsleistungen in der Lage als ein Militär, das nur über elementarste und leidlich gewartete Ausrüstung verfügt. Auch die *subjektiven Erfahrungen* des Entscheidungsträgers und des

183 So auch die völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten, Tallinn Manual 2.0, Rule 7, Commentary (16); OHCHR, The Corporate Responsibility to Respect Human Rights, An Interpretive Guide, S. 6.

184 Der Sache nach handelt es sich um eine *actio illicita in causa*, dazu sogleich näher.

betroffenen Staates können divergieren. Die Beobachtung von Militärübungen hat gezeigt, dass die Beurteilung eines Objekts als Freund oder Feind durch einen Schützen stark von den jüngeren persönlichen Erfahrungen geprägt ist.<sup>185</sup> Die Entscheidungsträger eines von militärischen Auseinandersetzungen gebeutelten Staats mögen daher nervöser auf Gefahrenanzeichen reagieren als die eines Staat, der seit fünfzig Jahren keinen gewaltsamen Konflikt erfahren hat.<sup>186</sup>

Die Debatte über den richtigen Sorgfaltsstandard – objektiv oder subjektiv – ist nicht nur aus dem nationalen Strafrecht,<sup>187</sup> sondern auch von den völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten bekannt. Im Nicaragua-Fall berücksichtigte der IGH bei der Frage, ob Nicaragua in der Lage war, den Strom von Waffen nach El Salvador zu stoppen, die weitaus geringere Ausstattung Nicaraguas mit dafür geeigneten Mitteln im Vergleich zu den USA.<sup>188</sup> Auch im Völkermord-Urteil stellte der IGH fest, dass die Anwendung von „due diligence“ in concreto bewertet werden müsse, wobei verschiedene Faktoren relevant seien: „The first, *which varies greatly from one State to another*, is clearly the *capacity* to influence effectively the action of persons likely to commit, or already committing, genocide.“<sup>189</sup> In anderen Bereichen – etwa im Investitionsvölkerrecht oder im Tiefseebodenregime – stellte die internationale Rechtsprechung hingegen eine „sliding scale“, from the old 'subjective' criteria that takes into consideration the relatively

185 OTA, Who Goes There: Friend or Foe, S. 38.

186 Zum sogenannten Holocaust-Syndrom Israels im Zusammenhang mit dem Sechstagekrieg Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (497 f Fn. 212).

187 Eindrücklich Nourse, New Crim. L. Rev. 11 (2008), S. 33 (34) zur US-Literatur: „Long ago, the criminal law academy appears to have decided that the single most important question about the reasonable man was whether we should require a standard that is ‘objective or subjective.’“; eing. C. Lee, Murder and the Reasonable Man, S. 204–225; in Deutschland, wo Unrecht von Schuld unterschieden wird, hat sich der Kompromiss durchgesetzt, dass der Unrechtsstatbestand eine objektive (generelle) Sorgfaltswidrigkeit, die Schuldebene eine subjektive (individuelle) Sorgfaltswidrigkeit verlangt. Überdurchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten werden überwiegend bereits im Unrechtsstatbestand, unterdurchschnittliche erst bei der Schuld berücksichtigt, Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (16, 23); BeckOK StGB/Kudlich, § 15, Rn. 65; aA MüKoStGB/Duttge, § 15, Rn. 95–100; ähnlich zum japanischen Recht Yamanaka, FS Szwarc, S. 279 (279 f, 288); vgl. auch Greenawalt, Columbia L. Rev. 84 (1984), S. 1897 (1910); speziell zum ex-ante-Maßstab beim rechtfertigenden Notstand Roxin, Strafrecht AT I § 16, Rn. 16–18 mwN.

188 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 157.

189 ICJ, Genocide, 2007, Rn. 430, Hervorhebung hinzugefügt; s. zu diesen Urteilen auch Koivurova, MPEIL 1034 (2010), Rn. 40.

limited existing possibilities of local authorities in a given context, towards an 'objective' standard of vigilance“ fest<sup>190</sup> oder wies eine unterschiedliche Behandlung von „developing“ und „developed [States]“ ausdrücklich zurück.<sup>191</sup> Die ILA schließt aus diesem Bild, dass sich der maßgebliche Standard von Bereich zu Bereich unterscheide.<sup>192</sup>

Der hier interessierende Standard für das Überprüfen einer Sachlage auf das Vorliegen Gewalt rechtfertigender Tatsachen steht der im Nicaragua-Fall formulierten due-diligence-Pflicht am nächsten, die wie festgestellt subjektiver Natur ist. Auch einige der untersuchten Irrtumsfälle weisen in diese Richtung.<sup>193</sup> Tatsächlich erscheint eine gewisse Anpassung des Sorgfaltsmaßstabs an den Akteur bereits aus dem Grund unverzichtbar, weil die mit Art. 2 (4) UNC formulierte Verhaltenspflicht vom Handelnden nur verlangen kann, was *ihm möglich* gewesen wäre.<sup>194</sup> Ein im Entwicklungsstadium begriffener Staat ist bei der Vermeidung von Fehlvorstellungen also nicht an dem Verhaltensstandard zu messen, den eine hochentwickelte Industrienation mit ihrer technischen und personellen Ausrüstung erreicht hätte. Der Grundsatz der Gleichheit der Staaten wird damit nicht unterlaufen. Im Gegenteil würden ansonsten ohne Grund zwei unterschiedliche Dinge an demselben Maß gemessen<sup>195</sup> – was im Übrigen generell für einen subjektiven Standard streiten mag. Freilich darf die friedenssicherungsrechtliche Sorgfaltsnorm (wie jede Sorgfaltsnorm) auch nicht *zu* stark individualisiert werden: Fügt man der „reasonable person“ sämtliche Eigenschaften, Neigungen, Überzeugungen und Gedanken des handelnden Akteurs hinzu, wäre sie davon nicht mehr zu unterscheiden und

---

190 ICSID, Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka, Final Award, Rn. 77.

191 ITLOS, Seabed Mining, Advisory Opinion v. 1. Februar 2011, Rn. 158.

192 ILA, Due Diligence, Second Report, S. 15–20, andere stärker subjektive Regime sind danach die due-diligence-Pflichten im Konfliktvölkerrecht und bei den Menschenrechten; im Umweltvölkerrecht ist, angelehnt an Art. 7 der Rio Declaration on Environment and Development (1992) von „common but differentiated responsibilities“ die Rede; objektive Standards gelten dagegen für die Pflicht, eigene Staatsangehörige von rechtswidrigem Fischen in einer fremden AWZ abzuhalten sowie bedrohte Meeresarten zu schützen.

193 So berücksichtigte der WMD Commission Report, S. 48 zum Irakkrieg 2003, dass die USA keine Botschaft im Irak besaßen; im Iran-Air-Flight-655-Fall machte Iran geltend, die Crew sei frisch und gut trainiert gewesen, ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 1.88, 4.52.

194 Für das Strafrecht Rostalski, GA (2016), S. 73 (75–77); MüKoStGB/Duttge, § 15, Rn. 95.

195 Ebenso für das Strafrecht MüKoStGB/Duttge, § 15, Rn. 100.

die Sorgfaltsnorm verlöre ihren Normcharakter.<sup>196</sup> Tatsächlich beschränkt sich die Diskussion bei völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten auf die Berücksichtigung besonderer Fähigkeiten und Defizite. Gegenüber der Berücksichtigung auch subjektiver *Erfahrungen* scheint daher Zurückhaltung geboten, auch wenn sich in manchen Irrtumsfällen Anhaltspunkte dafür finden.<sup>197</sup>

Der Schutzzweck des Gewaltverbotes spricht indes dafür, dass einem Staat, der seine Fehlvorstellung in der vermeintlichen Notsituation aufgrund individueller Fähigkeitsdefizite nicht hätte vermeiden können, auch *im Vorfeld* verletzte Sorgfaltspflichten zur Last gelegt werden können.<sup>198</sup> Dazu zählt insbesondere das Übernahmeverschulden, bei dem die Beteiligung an einem militärischen Einsatz wegen individueller Defizite so risikant erscheinen musste, dass sie als sorgfaltswidrig zu qualifizieren ist: Man stelle sich ein Schiff vor, das ausschließlich über (günstige) vollautomatische Waffen verfügt, die ohne vorherige Prüfung jedes herannahende Ziel vernichten. Es ist kein Grund ersichtlich, die grob sorgfaltswidrige Entscheidung, das Schiff einzusetzen, nicht zu berücksichtigen bei der Frage, ob ein späterer Irrtum über den Sachverhalt (nehmen wir an, die „blinden“ Waffen des Schiffs versenken ein sich näherndes unbeteiligtes Zivilschiff) vermeidbar war. Auch der IGH knüpfte im Korfu-Kanal-Urteil bei der festgestellten Verletzung des Verbotes, andere Staaten durch das eigene Territorium zu schädigen, letztlich an ein „Vorverhalten“ an, nämlich an die ausgebliebene Warnung vor dem Minenfeld durch albanische Behör-

---

196 Vgl. für das Strafrecht Nourse, in: Dubber/Hörnle, Oxford Handbook of Criminal Law, S. 607 (617 f); Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (15 f); Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Puppe, Vor. § 13, Rn. 160; Gardner, Torts and Other Wrongs, S. 295; für Grenzen der Subjektivierung s. auch Nourse, New Crim. L. Rev. 11 (2008), S. 33 (35 f); Art. 121–3 al. 3 Code civil, der Aufgaben, Funktionen, Fähigkeiten und zur Verfügung stehenden Mittel explizit als berücksichtigungsfähig nennt, nicht dagegen Charaktereigenschaften; zu dem damit gefundenen Kompromiss Segonds, Santé et sécurité au travail, Rn. 115–118.

197 So der WMD Commission Report, S. 92 und Butler Report, Rn. 458 zum Irakkrieg 2003 über Erfahrungen aus dem Irakkrieg 1991; Israel beim Abschuss von Libyan Arab Airlines Flight 114, ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 51 f.

198 Dazu für das Strafrecht Hörnle, New Crim. L. Rev. 1 (2008), S. 1 (8 f); Herrmann, Brigham Y. Univ. L. Rev. (1986), S. 747 (750–753); Robinson, Virg. L. Rev. 71 (1986), S. 1 (27–50), speziell zur Herbeiführung eines Irrtums über die Erlaubnistatumstände durch fahrlässiges Vorverhalten, ebd. S. 34 f.

den.<sup>199</sup> Die Figur des Übernahmeverschuldens setzt indes voraus, dass die Nichtvornahme der Tätigkeit zumutbar war.<sup>200</sup> Daneben ist die Verletzung anderer Sorgfaltspflichten im Vorfeld denkbar, deren Schutzzweck die spätere korrekte Tatsachenfeststellung umfasst, etwa die mangelhafte Auswahl der Crew oder die schlechte Wartung technischer Ausrüstung, soweit der Akteur diese Mängel – hier kommt es wieder auf die individuellen Fähigkeiten und den individuellen Wissensstand an – hätte vermeiden können.

### 11. Kapitel: Die Kontrolle der staatlichen Entscheidung

Nachdem die hinreichende Wahrscheinlichkeit – also die inhaltlichen (Mindest-)Anforderungen an die staatliche Entscheidung zum Gewalteinsatz – definiert sind, stellt sich die Frage ihrer potentiellen Kontrolle. Diese ist durch ein Gericht, aber auch durch ein Organ wie den SR (oder die UN-Generalversammlung) denkbar. Letztere sollten sich in Ausübung dieser quasi-rechtsprechenden Funktion<sup>201</sup> von den für die rechtsprechende Gewalt geltenden Regeln leiten lassen.<sup>202</sup> Wird die Maßnahme *nachträglich* beurteilt, geht es primär darum, ob der Staat das Gewaltverbot verletzt hat, weil sein Irrtum vermeidbar oder sein Fehlverdacht nicht hinreichend wahrscheinlich war. Die Maßnahme selbst kann nicht mehr verhindert werden. Erfolgt die Kontrolle *vor* dem Stattfinden der Gewaltanwendung, wird zwar keine schon eindeutig als solche identifizierbare *Fehl*vorstellung beurteilt, sondern geprüft, ob die staatliche Annahme, es liege ein Erlaubnistatbestand vor, objektiv vernünftig erscheint. Der Sache nach geht es aber um dieselbe Frage, nämlich ob die objektiv ex ante erkennbaren Indizien mit hinreichender Wahrscheinlichkeit das Vorliegen der für den Erlaubnissatz erforderlichen Haupttatsachen begründen. Eine solche ex-ante-Kontrolle wird freilich kaum durch ein Gericht geschehen. Denn selbst wenn sich der potentielle Opferstaat (der zB bestreitet, Massenvernich-

---

199 ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 22, es handelte sich um ein „Vorverhalten“ zur akuten Schädigung britischer Schiffe, die Albanien zumindest nicht mehr verhindern konnte.

200 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Puppe, Vor. § 13, Rn. 160 für das Strafrecht.

201 Dazu Schachter, AJIL 58 (1964), S. 960–965; Doyle, Striking First, S. 62 schlägt vor, dass der SR (antizipierte) unilaterale Gewalteinsätze stets nachträglich auf Grundlage eines nationalen Berichts untersuchen soll.

202 Zur Relevanz von Beweisregeln außerhalb des Gerichtssaals vgl. Kritsiotis, in: Kritsiotis/Jacobsson/O’Connell/O’Donnell, ASIL Proceedings 100 (2006), S. 39 (39); O’Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (21).



tungswaffen zu besitzen) an den IGH wendete, um die Rechtswidrigkeit eines sich abzeichnenden Gewalteinsatzes feststellen zu lassen, würde – ganz abgesehen von der Hürde der gerichtlichen Zuständigkeit – auch das Eilverfahren regelmäßig nicht dem Zeitdruck gerecht, der in Situationen dieser Art typischerweise besteht. Zu Vorab-Beurteilungen eines unilateralen Gewalteinsatzes durch den SR hingegen mag es in der Praxis (unabhängig von Fehlvorstellungen) bereits gekommen sein. Zumindest „erkannte“ der SR nach den Anschlägen vom 11. September in den Resolutionen 1368 und 1373 (2001) das individuelle und kollektive Selbstverteidigungsrecht „an“ – freilich ohne explizit die Fakten darunter zu subsumieren.<sup>203</sup> In Resolution 2249 (2015) forderte er die Mitgliedstaaten im Hinblick auf das vom Islamischen Staat kontrollierte Gebiet im Irak und in Syrien auf, unter Einhaltung der UN-Charta „alle notwendigen Maßnahmen“ zu ergreifen.<sup>204</sup> Diese Resolutionen wurden überwiegend als Bestätigung der bereits geltend gemachten individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsansprüche interpretiert und bestärkten viele Staaten darin, sich der militärisch eingreifenden Koalition anzuschließen.<sup>205</sup> Auch wenn die Rechtsnatur solcher „Bestätigungen“ unilateraler Erlaubnissätze im Einzelnen hochumstritten ist, erscheint es möglich, sie nicht allein als politische, sondern auch als rechtliche Vorab-Legitimierung des Gewalteinsatzes nach den Maßstäben des jeweils anwendbaren unilateralen Erlaubnissatzes zu verstehen.<sup>206</sup> Denkbar ist auch der umgekehrte Fall, dass die SR-Mitglieder das *Nichtbestehen* der Gefahrenlage in einer Resolution feststellen. Besteht schließlich kein Konsens unter den ständigen Mitgliedern, ist der Weg über den SR versperrt. Dann bleibt die Beurteilung des Gewalteinsatzes den „eyes of the world“<sup>207</sup>, den einzelnen Staaten also, überlassen.

203 UN Doc. S/RES/1368 Präambelabsatz 3; S/RES/1373 Präambelabsatz 4.

204 UN Doc. S/RES/2249, para. 5.

205 Für Resolution 2249 s. etwa UK Prime Minister's Response to the Foreign Affairs Select Committee's Second Report of Session 2015–16 (November 2015), S. 15; ähnlich in Deutschland, BT-Drucks. 18/6866; für die Interpretation von Resolution 1368 und 1373 s. nur Franck, AJIL 95 (2001), S. 839 (840); O'Connell, Univ. Pittsburgh L. Rev. 63 (2002), S. 889 (892).

206 Wie hier Johnstone, AJIL Unbound 112 (2018), S. 113–117; anders Hakimi, AJIL 112 (2018), S. 151–190 (insb. 185), die zwar eine rechtliche Entscheidung annimmt, aber nicht über die generelle Regel, sondern nur über die besonderen Umstände; offenlassend, ob überhaupt rechtliche Wirkung Akande/Milanovic, EJIL: Talk!, 21. November 2015.

207 Fletcher/Ohlin, Defending Humanity, S. 169.



Bei der potentiellen Kontrolle stellen sich im Wesentlichen drei Fragen: wie werden die dem Wahrscheinlichkeitsurteil zugrunde liegenden Indizien bewiesen (I), wie weit reicht die Überprüfung der vom Staat angestellten Indizienwürdigung (II) und wie lässt sich die mögliche Kollision der Offenlegung dieser Indizien mit Geheimhaltungsinteressen des handelnden Staates auflösen (III)?

## I. Beweis der Indizien

Das völkerrechtliche Beweisrecht ist weniger entwickelt als die materiellen Regeln. Häufig stützen sich internationale Gerichte auf unstreitige Fakten und erwähnen die Beweislast und das erforderliche Beweismaß nur am Rande.<sup>208</sup> Dennoch lassen sich aus Rechtsprechung und Literatur einige Grundsätze herleiten und für den hier interessierenden Kontext fruchtbar machen.

### 1. Beweislast

Muss der handelnde Staat das Vorliegen der Indizien beweisen, die die Haupttatsache nahelegten, oder muss umgekehrt der Opferstaat das Fehlen dieser Indizien beweisen? Der vor internationalen Gerichten und Tribunalen geltende Satz, dass derjenige Staat die Tatsachen beweisen muss, auf die er sich beruft<sup>209</sup> und die seine Klage oder Verteidigung stützen,<sup>210</sup> gibt für diese Frage keine eindeutige Antwort: Die Existenz eines unvermeidbaren Irrtums ließe sich als Verteidigung, das Vorliegen des Handlungsunrechts als Teil der Klage formulieren. Klarheit verschafft aber ein zweiter Grundsatz, nach dem derjenige, der sich auf eine *Ausnahme* beruft, die dieser zugrunde liegenden Umstände beweisen muss,<sup>211</sup> womit nicht nur die Beweisführungslast (burden of producing evidence), sondern auch die Last eines non liquet, also die materielle Beweislast (burden of persuasion) ge-

---

208 Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27 (27 f.); vgl. auch Shaw, in: Rosenne's Law and Practice, Vol. III, S. 1065.

209 ICJ, Nicaragua, Jurisdiction, 1984, Rn. 101; ICJ, Pulp Mills, Rn. 162; Shaw, in: Rosenne's Law and Practice, Vol. III, S. 1067.

210 Auf diesen letzten entscheidenden Aspekt gehen die Gerichte zu selten ein, Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27 (41 f.).

211 Roscini, Texas Int'l L. J. 50 (2015), S. 233 (243); Amerasinghe, Evidence in International Litigation, S. 215 f.

meint ist.<sup>212</sup> Dem liegt zugrunde, dass beim Handeln zuwider einer Regel die Vermutung rechtmäßigen Verhaltens nicht mehr gilt.<sup>213</sup> Der sich auf eine Ausnahme berufende Akteur weicht vom empirisch betrachtet *normalen* Verhalten ab, was begründungsbedürftig ist.<sup>214</sup> Ausnahmen vom Gewaltverbot sind – wie bereits ihre Bezeichnung nahelegt – Ausnahmen von der Regel und die sie begründenden Haupttatsachen daher von dem Staat zu beweisen, der sich auf sie beruft. Dass hier konzeptuell von einem Rechtfertigungsgrund, sogar einem Erlaubnissatz ausgegangen wird,<sup>215</sup> ändert an diesem Verhältnis nichts. Die internationale Rechtsprechung hat wiederholt deutlich gemacht, dass nicht nur die Tatsachen eines Rechtswidrigkeitsausschlussgrundes iSd Kapitels V ARSIWA von demjenigen zu beweisen sind, der sich darauf beruft,<sup>216</sup> sondern auch die auf Primärebene eingreifenden Erlaubnissätze wie Art. 51 UNC.<sup>217</sup>

Zwar geht es beim Irrtum und Fehlverdacht nicht um den Beweis der einen Erlaubnissatz *objektiv* begründenden Haupttatsachen. Auch wenn sich der handelnde Staat aber auf einen „eingeschränkten Rechtfertigungsgrund“ – das Fehlen eines Handlungsunrechts – beruft, wird von der Regel abgewichen, da ein objektiv ungerechtfertigter Staat regelmäßig um das Fehlen einer Rechtfertigung weiß. Es obliegt daher dem handelnden Staat, das exzeptionelle Fehlen dieser Kenntnis ebenso wie die Indizien zu beweisen, die die Unvermeidbarkeit des Irrtums bzw. die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Fehlverdachts begründen.<sup>218</sup>

212 Vgl. Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27 (35), die sich überhaupt nur der materiellen Beweislast widmet, ebd. S. 29; zu dieser Unterscheidung s. Kokott, Burden of Proof, S. 151.

213 Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27 (36 f, 63); ähnlich Amerasinghe, Evidence in International Litigation, S. 215 f.

214 Foster, Austr. YB Int'l L. 29 (2010), S. 27 (63).

215 S.o. 9. Kap., III. 4.

216 Internationaler Seegerichtshof, M/V Saiga, Urteil v. 1. Juli 1999, Rn. 135; ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, 1997, Rn. 52–57 (zur necessity) war wohl keine Beweislastentscheidung, sondern das Gericht war vom Fehlen einer zum Handlungszeitpunkt bestehenden Gefahr überzeugt, s. insb. ebd. Rn. 57; im Sinne einer Beweislastentscheidung aber ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros, Separate Opinion Koroma, 1997, S. 141; vgl. auch Chapter V ARSIWA, Commentary (8).

217 Vgl. ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 152 f; ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 51, 57, 59, 61.

218 Ebenso Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind, S. 167 (184).

## 2. Beweismaß

Des Weiteren stellt sich die Frage, bis zu welchem Überzeugungsgrad des Kontrollorgans der handelnde Staat das *ex-ante*-Vorliegen der *Indizien* beweisen muss, die seiner Entscheidung zum Handeln zugrundeliegen. In der Literatur wird dieses Beweismaß bislang nicht von dem *ex-ante*-Überzeugungsgrad des handelnden Staates über das Vorliegen der Haupttatsache unterschieden.<sup>219</sup> Dabei darf bei den auch hier gezogenen Parallelen von dieser *ex-ante*-Wahrscheinlichkeit zu gerichtlichen Beweisstandards nicht übersehen werden, dass es zumindest bei der *ex-post*-Kontrolle des fehlvorstellungsbehafteten Gewalteinsatzes um eine ganz andere Überzeugung geht: Nicht die Überzeugung des handelnden Staates zum Handlungszeitpunkt von dem Vorliegen des Angriffs oder anderer Haupttatsachen, sondern die *Überzeugung des Kontrollorgans zum Kontrollzeitpunkt von dem ex-ante-Vorliegen der Indizien* steht hier in Rede. Eine Verteidigungsmaßnahme mag zum Handlungszeitpunkt schon bei einer 51-prozentigen Wahrscheinlichkeit eines bevorstehenden Angriffs vernünftig erschienen sein, weil ein hoher Schaden drohte, die Verteidigungsmaßnahme marginale Beeinträchtigungen zur Folge hatte und keine Eskalationsgefahr bestand. Dennoch mag für den *ex-post*-Beweis der *ex ante* vorliegenden *Indizien* ein höheres Beweismaß als eine 51-prozentige Wahrscheinlichkeit geboten sein. Denn es geht nicht mehr um das Risiko, dass *der Staat* eine Fehlentscheidung trifft (diese ist schon nicht mehr rückgängig zu machen), sondern das Kontrollorgan.

In der völkerrechtlichen Rechtsprechung existiert kein einheitlicher Standard für den Beweis einer Tatsache vor Gericht.<sup>220</sup> Auch wenn teilweise der Standard der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (*preponderance of evidence*) als prinzipielles Beweismaß angesehen wird,<sup>221</sup> geht zumindest bei der Feststellung schwerer Völkerrechtsverletzungen die Tendenz hin zu einem höheren Beweismaß: einer hohen Wahrscheinlichkeit (*clear and convincing evidence*)<sup>222</sup> oder gar eines Vollbeweises (*full conviction*). Letz-

219 S. die Nachweise im 10. Kap., III., Fn. 117, besonders deutlich Roscini, *Texas Int'l L. J.* 50 (2015), S. 233 (248–254).

220 Roscini, *Texas Int'l L. J.* 50 (2015), S. 233 (243); das mag an den jedenfalls formalen Unterschieden zwischen Beweisstandards im Common und im Civil Law liegen, dazu Schweizer, *Int'l J. Evid. & Proof* 20 (2016), S. 217 (217 f).

221 Kazazi/Shifman, *Int'l L. For. Dr. Int'l* 1 (1999), S. 193 (195); krit. J. A. Green, *ICLQ* 58 (2009), S. 163 (167).

222 Vgl. Dadras International et al. Case, *Iran-US CTR* 31 (1995), S. 127 (Rn. 123 f) (zur Urkundenfälschung); Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*,

teres hat der IGH etwa beim Völkermord,<sup>223</sup> bei der Misshandlung von Kriegsgefangenen<sup>224</sup> und möglicherweise auch beim Minenlegen<sup>225</sup> verlangt. Auch im Bereich des Gewaltverbotes scheint der IGH zumindest das Beweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit anzulegen.<sup>226</sup> So betonten die Richter im Nicaragua-Urteil, dass, wenn auch kein „full proof“ existiere, „it cannot overlook a number of concordant indications, [...] from which it can *reasonably* infer the provision of a certain amount of aid“.<sup>227</sup> An anderer Stelle heißt es, dass „there is no *clear evidence* of the United States having actually exercised such a degree of control [...] as to justify treating the *contras* as acting on its behalf“.<sup>228</sup> Im Ölplattformen-Urteil ließen die Richter „evidence [that] is highly suggestive, but not conclusive“ nicht genügen.<sup>229</sup> Das Armed-Activities-Urteil legt ein ähnliches Beweismaß zugrunde, auch wenn die Meinungen darüber auseinander gehen.<sup>230</sup>

Diese höheren Anforderungen für schwere Völkerrechtsverstöße scheinen nach dem zur subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie Gesagten zunächst rational begründbar: Je höher die Kosten einer falsch-positiven und je niedriger die einer falsch-negativen Entscheidung, desto höher sollte das erforderliche Beweismaß für eine positive Entscheidung sein.<sup>231</sup> Sind die

S. 373–375; Partial Awards on Prisoners of War, Eritrea v. Ethiopia, Rn. 37, ILM 5 (2003), S. 1056 (1063) (zu Verletzungen des Konfliktvölkerrechts).

223 ICJ, Genocide, 2007, Rn. 209 (fully conclusive evidence).

224 Partial Awards on Prisoners of War, Rn. 37, ILM 5 (2003), S. 1056 (1063) (clear and convincing evidence).

225 ICJ, Corfu Channel, Merits, 1949, S. 17 (conclusive evidence), S. 18 (no room for reasonable doubt), wobei das Urteil auch Anhaltspunkte für andere Standards bietet, s. J. A. Green, ICLQ 58 (2009), S. 163 (177).

226 Ebenso J. A. Green, ICLQ 58 (2009), S. 163 (172 f); O’Connell, J. Confl. & Sec. L. 7 (2002), S. 19 (22–24); Foster, Austr. YB Int’l L. 29 (2010), S. (61 f).

227 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 152, Hervorhebung hinzugefügt; vgl. aber auch ICJ, Nicaragua, Jurisdiction, 1984, Rn. 101 („sufficient proof“).

228 ICJ, Nicaragua, Merits, 1986, Rn. 109, erste Hervorhebung hinzugefügt; ebenso Rn. 29.

229 ICJ, Oil Platforms, Merits, 2003, Rn. 71.

230 S. insb. ICJ, Armed Activities, 2005, Rn. 72, 91, 136; die von J. A. Green, ICLQ 58 (2009), S. 163 (175 f) für ein geringeres Beweismaß angeführten Stellen im Urteil (Rn. 62, 71, 159–161) kann man auch anders deuten. Insb. der Ausdruck „it has not been established to the satisfaction of the court“ (Rn. 71, ähnlich Rn. 62) kann nach kontinentaleuropäischem Verständnis bedeuten, dass der Beweis nicht erbracht wurde, ohne ein Beweismaß zu spezifizieren. Andere Stellen (Rn. 160) mögen allein auf die Unergiebigkeit und Unglaubhaftigkeit der Beweismittel bezogen sein.

231 S.o. 10. Kap., III.; so insb. ICJ, Oil Platforms, Separate Opinion Higgins, Merits, 2003, Rn. 33; J. A. Green, ICLQ 58 (2009), S. 163 (167 f).

Interessen beider Parteien eines Rechtsstreits vor dem IGH gleich hoch, ist das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit rational. Geht es hingegen um die ex-post-Feststellung besonders schwerer Völkerrechtsverletzungen, durch die das internationale Ansehen des Rechtsverletzers erheblich beschädigt würde, hat er regelmäßig mehr zu verlieren als das Opfer zu gewinnen und ein höheres Beweismaß ist geboten.<sup>232</sup> Diese Logik stößt jedoch insoweit an ihre Grenzen, als das vom IGH zugrunde gelegte hohe Beweismaß nicht nur die die *Gewaltanwendung* begründenden Tatsachen umfasst,<sup>233</sup> sondern auch die vom potentiellen Gewaltverbotsverletzer zu beweisenden Umstände seiner *Ausnahmen* umschließt: Einige der erwähnten Rechtsprechungspassagen sind gerade auf die (für die volle Rechtfertigung entscheidende) Existenz eines bewaffneten Angriffs bezogen.<sup>234</sup> Mit dem *Schutz* des potentiellen Gewaltverbotsverletzers vor der falschen Feststellung eines Gewaltverbotsverstosses kann dies kaum erklärt werden, würde das Eingreifen einer Ausnahme vom Gewaltverbot ihm doch nützen statt zu schaden. Ein Grund für das einheitliche Beweismaß für Regel und Ausnahmen des Gewaltverbotes mag vielmehr darin liegen, dass entgegen der hier befürworteten Sicht<sup>235</sup> verbreitet angenommen wird, die Feststellung eines bewaffneten Angriffs beinhalte stets die Feststellung einer Gewaltverbotsverletzung des Angreifers. In diesem Fall müsste das Beweismaß für die von jeder Seite zu beweisenden Tatsachen identisch sein; die maßgebliche Weiche wäre dann mit der Verteilung der Beweislast gestellt.<sup>236</sup> Nach der hier zugrunde gelegten Konzeption ist dies zwar nicht zwingend. Dennoch leuchtet es auch nach dieser Sicht ein, dass eine mit hoher Wahrscheinlichkeit bewiesene „tatbestandliche“ Gewaltanwendung ein so starkes Indiz für die Verletzung des Gewaltverbotes dar-

232 Für den entsprechenden Gedanken im Common Law vgl. *Addington v. State of Texas* (1979), 441 U.S. 418, 423.

233 S. die Passagen oben in Fn. 228.

234 Namentlich die Passagen oben in Fn. 227, 229.

235 S.o. 9. Kap., III. 3. b. am Ende.

236 Anderes gilt im Strafrecht. In den USA reicht es je nach Jurisdiktion aus, dass der Angeklagte die tatsächlichen Umstände der Notwehr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachweist (*Smart v. Leeke*, 873 F.2d 1558 (1989), 4<sup>th</sup> Cir.; *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987), Supreme Court), oder gar die Staatsanwaltschaft ihr Fehlen jenseits vernünftiger Zweifel beweisen muss (*State v. Davis*, 282 S.C. 45 (1984), Supreme Court of South Carolina; vgl. *Mueller/Kirckpatrick, Evidence*, 5. Aufl., S. 137, 140 f., so auch in England, *R. (Duggan) v. HM Assistant Deputy Coroner*, [2017] EWCA Civ 142, Rn. 91, und in Deutschland, *MüKoStGB/Erb*, § 32, Rn. 257).

stellt, dass an das Vorliegen einer Ausnahme ebenso hohe Anforderungen zu stellen sind wie an die tatbestandliche Regel.

Verlangt man mit dem IGH für den Beweis der rechtfertigenden Umstände demnach eine hohe Wahrscheinlichkeit, so muss derselbe Maßstab für den Beweis der eine eingeschränkte Rechtfertigung begründenden ex-ante-Indizien gelten.

## II. Nachprüfung der Indizienwürdigung

Im Falle der ex-post-Kontrolle eines Fehlverdachts ist es zuvor bereits zu einer Indizienwürdigung durch den handelnden Staat gekommen und der Staat hat auf ihrer Grundlage Gewalt eingesetzt. Hier kommen zwei mögliche Kontrollstandards in Betracht: Entweder beschränken sich das Gericht bzw. der SR auf die Prüfung, ob die Überzeugungsbildung des Staates *rational* war, also nicht gegen Erfahrungssätze, Denk- und Naturgesetze verstoßen hat, oder sie ersetzen die Würdigung des Staates vollständig durch ihre eigene Indizienwürdigung, wobei sie freilich selbst Erfahrungssätze, Denk- und Naturgesetze einhalten müssen.<sup>237</sup> Gegen eine auf Rationalität beschränkte Kontrolldichte spricht, dass man dem Staat damit einen weiten Beurteilungsspielraum zubilligte, innerhalb dessen er politischen Erwägungen walten lassen könnte. Das gilt insbesondere dann, wenn man sich aus den genannten Gründen nicht in der Lage sieht, das Vorliegen einer rationalen Entscheidung von einer Mindeststärke der Indizien abhängig zu machen.<sup>238</sup> Auch ein Staat, der von einer tatsächlich nicht bestehenden Angriffsfahrer zwar überzeugt ist, seine politische Entscheidung zum Gewalteinsatz aber auf völlig vage Indizien stützt, wäre eingeschränkt gerechtfertigt, solange seine Überzeugung die (geringen) Anforderungen der Rationalität einhält. Das riskierte eine Flexibilisierung des Gewaltverbotes, die mit dessen Normzweck kaum vereinbar scheint. Anders als Art. 39 UNC für den SR<sup>239</sup> legen auch weder Art. 2 (4) noch Art. 51 UNC die Existenz eines solchen unilateralen Beurteilungsspielraumes nahe.

Die Alternative – die Ersetzung der Indizienwürdigung durch das Kontrollorgan – setzt sich auf den ersten Blick dem Einwand aus, dass das Kontrollorgan den handelnden Staat an einem Standard misst, der diesem zum

---

237 Zur Bindung des SR an diese Grenzen noch unten 17. Kap., II. 2. a.

238 S.o. 10. Kap., II. 3.

239 Zum Einschätzungsspielraum s.u. 17. Kap., II.

Handlungszeitpunkt nicht notwendigerweise bekannt sein konnte, und letztlich einen Sorgfaltsmaßstab für einen kognitiven Vorgang erfindet, der sich wie festgestellt nicht vollständig objektivieren lässt. Bei näherem Hinsehen lassen sich diese Bedenken jedoch zerstreuen. Denn Sorgfaltsnormen basieren auf normativen Wertungen, nicht auf empirischen Beobachtungen. Es ist durchaus möglich – und bei Fahrlässigkeitsurteilen sogar die Regel –, dass diese Wertungen vom kontrollierenden Organ festgelegt werden, obwohl handfeste objektive Kriterien fehlen und es nicht „die eine“ objektiv richtige Entscheidung gibt. Den Entscheidungen eines Gerichts oder des SR, die prozessualen Anforderungen unterliegen und nicht selbst in das Geschehen verwickelt sind, ist ein höheres Maß an Objektivität zuzutragen<sup>240</sup> als dem in das Geschehen verwickelten und von politischen Zielen beeinflussten Staat, sodass sich die Indizienwürdigung ersterer durchsetzen sollte. Im Ergebnis besteht also kein Grund, die Kontrollen hier auf eine bloße Rationalitäts- oder Vertretbarkeitskontrolle zu beschränken. Doch erlangt dieser Mindeststandard noch Bedeutung bei der gerichtlichen Kontrolle einer Kapitel-VII-Resolution des SR, die einer Fehlvorstellung unterliegt. Denn hier liegen die Dinge anders.<sup>241</sup>

Auch bei der (seltenen) ex-ante-Kontrolle kann der handelnde Akteur bereits eine Indizienwürdigung angestellt haben und zu dem Ergebnis gelangt sein, dass die Haupttatsache hinreichend wahrscheinlich oder sogar gewiss ist. Im Unterschied zur ex-post-Kontrolle hat er auf dieser Grundlage aber noch nicht zur Gewalt gegriffen. Hier muss die gerichtliche oder gerichtsähnliche Würdigung der Indizien gegenüber der Würdigung des Staates erst recht den Vorzug haben, weil der Staat sie noch berücksichtigen kann.

### III. Pflicht zur Offenlegung der Indizien und Geheimhaltungsinteressen

Um vor Gericht oder dem SR den Beweis der eingeschränkten Rechtfertigung zu führen, muss der handelnde Staat die relevanten Indizien offenlegen. Doch auch wenn eine formalisierte Kontrolle ausbleibt, müssen die

---

240 Zu diesem Argument beim Beurteilungsspielraum des SR Martenczuk, Rechtsbindung, S. 243; vgl. im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitserfordernis bei Selbstverteidigung Franck, AJIL 102 (2008), S. 715 (717 f); van den Herik, in: Kreß/Schmitt/Lawless, Proportionality (im Erscheinen), Text zu Fn. 16–20.

241 S.u. 17. Kap., II. 1.



anderen Staaten die maßgeblichen Indizien kennen, damit zumindest sie den Gewalteinsatz beurteilen können. Ein primär dezentral verwaltetes System wie das *ius contra bellum* ist auf diese gegenseitige Kontrolle in besonderem Maße angewiesen.<sup>242</sup> Dieses Bedürfnis spricht entscheidend dafür, dass der handelnde Staat die Indizien grundsätzlich enthüllen muss, und zwar – so die Zeit dies erlaubt<sup>243</sup> – noch vor Durchführung des Gewalteinsatzes,<sup>244</sup> ansonsten danach.<sup>245</sup> Konstruieren lässt sich diese Pflicht als vertragliche Nebenpflicht aus Art. 51 S. 2 UNC, der den Verteidigerstaat verpflichtet, seine Maßnahme dem SR anzuzeigen. Auch wenn viele Artikel-51-Briefe der Staaten an den SR bis heute eine umfassende Darstellung der tatsächlichen Grundlagen der Selbstverteidigungsmaßnahme vermissen lassen,<sup>246</sup> finden sich in der Staatenpraxis Anhaltspunkte für eine Offenlegungspflicht.<sup>247</sup> So forderten Staaten einander in der Vergangenheit zur Offenlegung von Indizien auf<sup>248</sup> oder enthüllten Indizien von sich aus. Die Powell-Rede im SR vor der Irakinvasion ist ein prominentes Beispiel.<sup>249</sup> Doch auch bei „originär“ unilateralen Maßnahmen kam es zur Offenlegung von Indizien.<sup>250</sup> Man kann diese Enthüllungen so verstehen,

---

242 Fletcher/Ohlin, *Defending Humanity*, S. 169; van den Herik, in: Kreß/Schmitt/Lawless, *Proportionality* (im Erscheinen), Text zu Fn. 64 f.

243 Zu zeitlichen Beschränkungen Jacobsson, in: Kritsiotis/Jacobsson/O’Connell/O’Donnell, *ASIL Proceedings* 100 (2006), S. 40 (41).

244 Fletcher/Ohlin, *Defending Humanity*, S. 174; Charney, *AJIL* 95 (2001), S. 835 (836); Lobel, *Yale J. Int’l L.* 24 (1999), S. 537 (547); Ruys, *Armed Attack*, S. 509 f; Schiffbauer, in: Kulick/Goldhammer, *Terrorist als Feind*, S. 167 (185 f).

245 S. umf. van den Herik, in: Kreß/Schmitt/Lawless, *Proportionality* (im Erscheinen), Text zu Fn. 21–62.

246 Vgl. van den Herik, in: Kreß/Schmitt/Lawless, *Proportionality* (im Erscheinen), Text zu Fn. 29–44.

247 Krit. das Tallinn Manual 2.0, Section 1, Commentary (13), die bisherige Staatenpraxis und *opinio iuris* sei unzureichend. Die völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten jedenfalls, die einen Staat zur Notifizierung der Daten seiner Risikobewertung verpflichten (zB Art. 8, 13 ILC Draft Articles on Prevention), sind nicht ohne weiteres auf Gewaltanwendungen übertragbar, sollen sie den anderen Staaten doch primär die Gefahrenabwehr, weniger eine Kontrolle ermöglichen.

248 So Japan gegenüber den USA bei den Tanker-Angriffen 2019 (s.o. 7. Kap., III. 2. d), Shim, *Japan Requests Proof of Iran Involvement in Tanker Attack*, UPI v. 16. Juni 2019.

249 S/PV.4701, S. 3–17, näher s.u. 14. Kap., III. 1. a.

250 Im Tanker-Fall (Fn. 248) veröffentlichten die USA noch vor der japanischen Aufforderung bereits ein Video; nach den Luftangriffen auf Libyen nach dem Attentat in Westberlin 1986 (s.o. 7. Kap., III. 3. b) legten die USA Beweise von sich aus offen, Lobel, *Yale J. Int’l L.* 24 (1999), S. 537 (549); Großbritannien und

dass sie nicht ausschließlich politisch motiviert waren,<sup>251</sup> obwohl die USA dies 2016 geltend machten.<sup>252</sup> Auch Expertenpapiere wie die *Leiden Policy Recommendations* und die *Chatham House Principles* formulieren eine Pflicht, antizipierte Selbstverteidigungshandlungen unter Hinweis auf die vorhandenen Indizien öffentlich zu rechtfertigen.<sup>253</sup>

Nicht selten kollidiert die Offenlegungspflicht jedoch mit legitimen Geheimhaltungsinteressen des handelnden Staates.<sup>254</sup> So kann eine Offenlegung nationale Sicherheitsinteressen und Zeugen gefährden oder (bei ausländischen Nachrichtendienstinformationen) Geheimhaltungspflichten aus bi- oder multilateralen Abkommen<sup>255</sup> zuwiderlaufen.<sup>256</sup> Bei völkerrechtlichen due-diligence-Pflichten erkennt die Staatenpraxis zum Schutz von Sicherheitsinteressen Ausnahmen von der Pflicht zur Information über gefährliche Tätigkeiten an.<sup>257</sup> Auch das Recht auf ein faires Verfahren bei der gerichtlichen Überprüfung staatlicher Maßnahmen gegenüber

---

Frankreich erläuterten nach ihren Luftangriffen auf syrische Ziele im April 2018 die (zum Teil aus nachrichtendienstlichen Quellen stammenden) Indizien, auf denen ihre Überzeugung basierte, S/PV.8233, S. 6, 8.

- 251 Vgl. die Formulierung Powells: „I asked for this meeting today for two purposes: first, to support the core assessments made by Mr. Blix and Mr. ElBaradei. As Mr. Blix reported to the Council on 27 January, '...Iraq appears not to have come to a genuine acceptance – not even today – of the disarmament that was demanded of it' (S/PV.4692, p. 3). [...] My second purpose today is to provide you with additional information and to share with you what the United States knows about Iraq's weapons of mass destruction as well as Iraq's involvement in terrorism [...]. I might add, at this point, that we are providing all the relevant information we can to the inspection teams, for them to do their work.“, S/PV.4701, S. 2. Darin schwingt die Anerkennung eines Informationsanspruchs der übrigen Staaten mit, den diese zuvor angedeutet hatten (White, *Putin Demands Proof Over Iraqi Weapons*, *TheGuardian* v. 12. Oktober 2002), sowie dass die Inspekture andernfalls ihre Aufgabe nicht erfüllen könnten.
- 252 US-Völkerrechtsberater Egan in einer Rede, abgedruckt in *Berk. J. Int'l L.* 35 (2017), S. 169 (177).
- 253 *Leiden Policy Recommendations on Counterterrorism and International Law* (2010), Rn. 48; *Chatham House Principles*, *ICLQ* 55 (2006), S. 963 (968).
- 254 Vgl. Jacobsson, in: *Kritsiotis/Jacobsson/O'Connell/O'Donnell, ASIL Proceedings* 100 (2006), S. 40 (42).
- 255 Ein Beispiel ist das mittlerweile bekannte *UKUSA-Agreement*, das außer England und den USA heute auch Australien, Kanada und Neuseeland umfasst.
- 256 Problematisch ist Transparenz etwa auch bei Verletzungen des Konfliktvölkerrechts oder von Menschenrechten, dazu Alston, *Harvard Nt'l Sec. J.* 2 (2011), S. 283 (308–318).
- 257 Art. 14 ILC Draft Articles on Prevention; Art. 31 Convention on the Law of the Non-navigational uses of International Watercourses.

einem Individuum kann zugunsten staatlicher Geheimhaltungsinteressen eingeschränkt werden. So können im Vereinigten Königreich Nachrichtendienstinformationen in geschlossenen Verfahren (closed material procedures) als Beweismittel eingeführt und die Kenntnisnahme auf den Richter und spezielle Anwälte (special advocates) beschränkt werden. Letztere vertreten die betroffene Person, dürfen dieser aber nur sehr eingeschränkt Informationen übermitteln.<sup>258</sup> In diesen Verfahren wird auch die Einstufung der Information als geheim überprüft.<sup>259</sup> Auch in Kanada<sup>260</sup> oder Neuseeland<sup>261</sup> kommen spezielle Anwälte zum Einsatz. Im niederländischen Strafverfahren können Aussagen von Nachrichtendienstmitarbeitern verwertet werden, die sie anonym als abgeschirmte Zeugen machen.<sup>262</sup> In anderen Ländern können entsprechende Aussagen als indirekte Beweismittel eingeführt werden.<sup>263</sup> Der EGMR hat Einschränkungen der prozessualen Waffengleichheit zugunsten staatlicher Geheimhaltungsinteressen gebilligt, soweit die Einschränkung unbedingt erforderlich war, wobei der EGMR den gerichtlichen Entscheidungsprozess nur eingeschränkt überprüft.<sup>264</sup> Eine Gerichtsentscheidung dürfe indes nicht entscheidend auf anonyme Aussagen gestützt,<sup>265</sup> die Verteidigungsrechte nicht ohne Grund extrem verkürzt<sup>266</sup> und die wesentlichen Gesichtspunkte des Falles müssten offengelegt werden, um eine effektive Verteidigung<sup>267</sup> und das öffentliche Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zu gewährleisten.<sup>268</sup>

Auch im *ius contra bellum* müssen die von der Offenlegungspflicht geschützten Interessen – die Kontrollierbarkeit der staatlichen Gewaltanwen-

258 Justice and Security Act (2013), S. 6–14; European Parliament (EP) Policy Department C, National Security and Secret Evidence, S. 22.

259 Vgl. Tomkins, *Curr. Legal Problems* 64 (2011), S. 215 (217).

260 Vgl. Sections 85 ff Bill C-3 v. 14. Februar 2008.

261 Vgl. Sections 263–271 Immigration Act 2009; NZLC, National Security Information in Proceedings, Rn. 4.17–4.20.

262 Art. 226m-226s Niederländische Strafprozessordnung, Vierter Abschnitt E, eingefügt durch den Wet afgeschermdede getuigen (2006); EP Policy Department C, National Security and Secret Evidence, S. 25.

263 So in Deutschland, Spanien und Schweden, EP Policy Department C, National Security and Secret Evidence, S. 26 f.

264 ECHR (Gr. Ch.), *Fitt v. UK*, 29777/96, 2000, Rn. 46; ECHR (Gr. Ch.), *Jasper v. UK*, 27052/95, 2000, Rn. 53.

265 ECHR (Chamber), *Doorson v. the Netherlands*, 20524/92, 1996, Rn. 76.

266 Vgl. ECHR (Chamber), *Van Mechelen et al. v. the Netherlands*, 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93, 1997, Rn. 59 f.

267 Vgl. ECHR (Gr. Ch.), *A et al. v. UK*, 3455/05, 2009, Rn. 220–224.

268 Vgl. ECHR (1st Section), *Anguelova v. Bulgaria*, 38361/97, 2002, Rn. 140.

dung und damit das Vertrauen in die Integrität des sich selbstverwaltenden Völkerrechtssystems – mit den Geheimhaltungsinteressen abgewogen werden. Weder kann sich ein Staat vollständig hinter von ihm selbst als geheim eingestuftes Dokumenten verschanzen, noch dürfen seine Geheimhaltungsinteressen gänzlich unberücksichtigt bleiben. Literaturstimmen, die die Offenlegung an ein Zumutbarkeitskriterium knüpfen,<sup>269</sup> ist daher im Grundsatz beizupflichten. Selbst legitime Geheimhaltungsinteressen berechtigen den Staat aber nicht dazu, Informationen vollständig zu verweigern. Die Zulässigkeit solcher gänzlich „geheimen Beweise“ vor einem Gericht schränkte die Gleichheit der Parteien<sup>270</sup> zu stark ein.<sup>271</sup> Außerhalb eines Gerichts machte sie jede Kontrolle durch andere Staaten unmöglich. In Anlehnung an die EGMR-Rechtsprechung liegt es nahe, dass eine Einschränkung der Offenlegungspflicht erstens absolut erforderlich sein muss und zweitens nur so weit gehen darf, wie der Öffentlichkeit noch ausreichend Informationen für eine zumindest rudimentäre Beurteilung der Maßnahme zur Verfügung stehen. Drittens – hier wird indes der Bereich der *lex ferenda* betreten – sollten selbst Informationen, bei denen das Interesse an ihrer Geheimhaltung überwiegt, nicht vollständig unter Verschluss bleiben, sondern im Rahmen geschlossener Verfahren vor einem Gericht oder dem SR offengelegt werden.<sup>272</sup> Der Rückgriff auf spezielle Anwälte im nationalen Recht könnte bei der Einrichtung dieser Verfahren als Blaupause dienen. Der handelnde Staat muss sich auf die Geheimhaltung durch die beteiligten Akteure verlassen können, da seine Kooperationsbereitschaft ansonsten gering ist.<sup>273</sup> Innerhalb dieser Verfahren könnte

269 Schmitt, *Counter-Terrorism*, S. 70–72; s. auch Waxman, Mich. J. Int'l L. 31 (2009), S. 1 (65).

270 Dazu Shaw, in: *Rosenne's Law and Practice*, Vol. III, S. 1079–1983; Kotuby/Sobota, *General Principles of Law*, S. 176–183.

271 Vgl. Kotuby/Sobota, *General Principles of Law*, S. 179 („The fundamentals of a trial are denied when a decision is made upon the strength of evidential facts not spread upon the record and thus not made available for one of the parties to appreciate and address“); vgl. auch *Ohio Bell el. Co. v. Pub. Utils. Comm'n*, 301 U.S. 292, 300 (1937).

272 So im Ansatz bereits Schmitt, *Counter-Terrorism*, S. 72; zur Offenlegung vor dem SR s. auch Schiffbauer, in: *Kulick/Goldhammer, Terrorist als Feind*, S. 167 (185 f).

273 Anschaulich Joyner, *International Law and the Proliferation of Weapons of Mass Destruction*, S. 292: „The intelligence which states collect on WMD threats [...] is intelligence of the highest sensitivity, and will have been collected through means the secrecy of which the collecting state will protect at all costs. [It] will simply not be shared by states with a group as diverse as the Security Council, no matter who the collecting state is“.

auch überprüft werden, ob die betreffende Information sensibel genug ist, um sie der Öffentlichkeit vorzuenthalten.<sup>274</sup> Idealerweise kämen sie selbst dann zum Einsatz, wenn es weder zur Debatte im SR noch zu einem Gerichtsverfahren kommt und die Beurteilung der Staatenwelt obliegt.

## 12. Kapitel: Relevanter Personenkreis

### I. Grundlagen zur Wissens- und Verschuldenszurechnung

Ob beim Verteidigungswillen im Rahmen des Selbstverteidigungsrechts, beim animus aggressionis, beim Vorsatz in Bezug auf die „tatbestandliche“ Gewaltanwendung oder bei den hier interessierenden Fehlvorstellungen auf Rechtfertigungsebene: In jeder völkerrechtlichen Debatte über die Notwendigkeit eines *subjektiven* Tatbestandsmerkmals wird der Einwand formuliert, ein Staat selbst besitze überhaupt keine Vorstellung. Jedenfalls sei es unmöglich, sie zu ermitteln.<sup>275</sup> Dass ein Staat, eine juristische Person, keine eigene Vorstellung besitzt, lässt sich nicht bestreiten. Es sind die für ihn handelnden natürlichen Personen, deren Sinne die wahrnehmbaren Informationen erfassen, deren Gehirne sie verarbeiten und eine Vorstellung von der tatsächlichen Umwelt bilden – ein kognitiver Prozess, der Disziplinen wie die Neurowissenschaft, Psychologie oder Ökonomie bis heute beschäftigt.<sup>276</sup> Wenn in juristischen Zusammenhängen von der Vorstellung „eines Staates“ gesprochen wird, ist damit der Kenntnisstand natürlicher Personen gemeint, der dem Staat als eigenes Wissen zugerechnet wird. Bei genauem Hinsehen handelt es sich um eine doppelte Zurechnung: Das Wissen natürlicher Personen (sogenannter Organwalter) wird zunächst einem staatlichen Organ zugerechnet, das Wissen dieses Organs dann dem Staat.<sup>277</sup>

---

274 Zum Problem fehlender Möglichkeiten, die Klassifizierung von Informationen effektiv zu überprüfen EP Policy Department C, National Security and Secret Evidence, S. 29–31.

275 S.o. 5. Kap., I., Fn. 14.

276 Zur neueren neurowissenschaftlichen Entscheidungsforschung, die das Gehirn als „komplexe Interpretations- und Vorhersagemaschine“ ansieht, Glöckner/Towfigh, Deutsche Richterzeitung, 7 (2015), S. 270 (271); vertiefter Clark, Behavioral and Brain Sciences 36 (2013), S. 1–21.

277 Vgl. zu juristischen Personen des nationalen Rechts MüKoBGB/Leuschner, § 26, Rn. 3.

Dieser Zurechnungsprozess, durch den das Verhalten und das Wissen des Organwalters *zu dem des Staates wird* – dieser also nicht nur für *fremdes* Verhalten und Wissen *einstehen* muss –, ist aus den nationalen Rechtsordnungen bekannt, die sich im Bereich juristischer Personen für die sogenannte Organtheorie (in Abgrenzung zur Mandats- oder Vertretertheorie) entschieden haben.<sup>278</sup> Art. 4 ARSIWA deutet darauf hin, dass auch das Völkerrecht diese Konzeption zugrunde legt, auch wenn sich die Zurechnungsartikel der ILC-Artikel als solche auf die Zurechnung für den Zweck der Staatenverantwortlichkeit beschränken.<sup>279</sup> Denn nach Art. 4 ARSIWA ist das Verhalten eines Staatsorgans *als Verhalten des Staates* zu beurteilen („shall be considered an act of that State“). Zwar findet die Zurechnung von *Wissen* im Kapitel II ARSIWA keine Erwähnung. Es wäre aber nicht zu erklären, warum die Unfähigkeit eines Staates, selbst zu handeln,<sup>280</sup> mit der Zurechnung des Verhaltens seiner Organe umschifft werden sollte, seine Unfähigkeit, eine Vorstellung zu bilden, dagegen nur Raum für ein Entstehen für fremdes Wissen lassen oder gar subjektive Tatbestandsmerkmale aus dem Völkerrecht völlig ausschließen sollte. Ebenso wie das Verhalten seiner Organe zu dem des Staates wird, muss ihm auch ihr Wissen unmittelbar zugerechnet werden. Dasselbe gilt für das *Verschulden* seiner Organe, das in den Art. 4 ff ARSIWA ebenfalls unerwähnt bleibt. Anders als im nationalen Recht<sup>281</sup> geht es bei der Verhaltens-, Wissens- und Verschuldenszurechnung im Völkerrecht also nicht darum, dass Staaten nicht besser gestellt werden sollen als Individuen: Die hier relevanten völkerrechtlichen Regeln binden von vornherein ausschließlich Staaten. Doch wäre die Existenz völkerrechtlicher Pflichten ohne die Fiktion eines *handelnden* und (zumindest bei manchen Pflichten) eines sich Umstände *vorstellenden* oder einen Erfolg *verschuldenden* Staates nicht denkbar. Der beschriebene Zurechnungsprozess ist dafür Voraussetzung.

Die entscheidende Frage ist, auf welche Organwalter es bei der hier interessierenden Zurechnung von Wissen und Sorgfaltswidrigkeit ankommt. Ein Staat hat viele Gehirne: das des Regierungschefs, der übrigen Regie-

278 Vgl. zur französischen Rechtslage Frey, in: Hadding/Schneider, Vertretung selbstständiger Rechtsträger, S. 350–359; in Deutschland ist die Frage noch immer umstritten, s. MüKoBGB/Leuschner, § 26, Rn. 4.

279 Chapter II ARSIWA, Commentary (4).

280 Vgl. zur Fiktionalität juristischer Personen den berühmten Satz von Gaston Jèze: „Je n’ai jamais déjeuné avec une personne morale“, s. auch Hauser, RTD civ. (2013), S. 85.

281 S. MüKoBGB/Leuschner, § 31, Rn. 26 zum Zweck der Gleichstellung juristischer mit natürlichen Personen.

rungsmitglieder, der Parlamentarier, des Armeeführers, des den Einsatzbefehl gebenden Kommandeurs, des ihn ausführenden Soldaten<sup>282</sup>, der Nachrichtendienstmitarbeiter<sup>283</sup> oder die seiner Bevölkerung.<sup>284</sup> Wessen Vorstellung über die Existenz einer Fehlvorstellung des Staates und über ihre Vermeidbarkeit entscheidet, gilt es zu erörtern.

## II. Die Relevanz des Entscheidungsträgers und weiterer Staatsorgane

In der Literatur geht man stillschweigend davon aus, dass sich der Kenntnishorizont eines Staates nach der Vorstellung der *Entscheidungsträger* richtet, also derjenigen Personen, die die Entscheidung zum Gewalteinsatz treffen. So wird beim Sechstagekrieg in der Literatur überwiegend auf die Vorstellung der israelischen Regierung<sup>285</sup> abgestellt, beim Abschuss von Iran Air Flight 655 auf die des Kommandeurs der USS Vincennes,<sup>286</sup> um nur zwei Beispiele zu nennen.

Tatsächlich weist die Staatenpraxis in diese Richtung. Zwar haben Staaten in der Vergangenheit, wenn sie sich zu einem Irrtum geäußert haben, nicht immer präzise das entscheidende Organ benannt, sondern sich häufig zB nur auf das Schiff bezogen, von dem aus gefeuert wurde („the Vincennes fired [...] at what it believed“),<sup>287</sup> auf die handelnde Militäreinheit („situation, as seen at the time, by the Israeli military air defense“),<sup>288</sup> oder gar auf die gesamte Nation („all this is well known in Israel“, „the Israelis know“).<sup>289</sup> In einigen Fällen wurden ihre Äußerungen jedoch konkreter. So stellte zB der Iran auf die Vorstellung des „Commanding Officer of the Vincennes“ ab,<sup>290</sup> der NSA-Report zum Liberty-Fall hob Fehler der Piloten und des Division Commanders hervor<sup>291</sup> und die Sowjetunion begründete

---

282 Vgl. Žourek, AFDI 20 (1974), S. 9 (26).

283 Vgl. Bassiouni, Univ. Kansas L. Rev. 19 (1971), S. 373 (395).

284 Möglicherweise andeutend Singer, Boston College L. R. 28 (1987), S. 459 (497 f. Fn. 212); vgl. zum Problem divergierender Auffassungen innerhalb eines Staates (wenn auch auf *rechtliche* Überzeugungen bezogen) Gray, Use of Force, S. 27.

285 Quigley, Six-Day War, S. 142.

286 Linnan, Yale J. Int'l L. 16 (1991), S. 245 (385).

287 UN Doc. S/19989 (1988).

288 ICAO 4th Plenary Meeting (1973), Minutes, Doc. 9061, S. 53 zum Abschuss von Libyan Arab Airlines Flight 114 (1973).

289 UN Doc. S/PV.2280 Rn. 196 (Jordanien) und S/PV.2286 Rn. 72 (Italien) zur Bombardierung des Osirak-Reaktors.

290 ICJ, Aerial incident of 3 July 1988, Memorial of Iran, 1990, Rn. 2.61.

291 NSA Report (1981), S. 41 zum Liberty-Fall.



den Abschuss von KAL 007 mit dem Irrtum der sowjetischen Piloten.<sup>292</sup> Der danach naheliegende Grundsatz, dass es auf den Entscheidungsträger ankommt, muss aber ergänzt werden: Denn die Vorstellung anderer Personen kann für das Handlungsunrecht eines Staates ebenfalls von Bedeutung sein. Der Grundsatz wie seine Ergänzung ergeben sich aus konzeptuellen Überlegungen. Anwendungsbeispiele zeigen, dass diese Überlegungen zu sinnvollen Ergebnissen führen und sich in Einklang mit der Staatenpraxis befinden.

Wessen Kenntnis oder Kennenmüssen der den Erlaubnissatz begründenden Umstände entscheidend ist, um ein Handlungsunrecht iSd Art. 2 (4) UNC zu begründen, lässt sich als Frage der Auslegung des Gewaltverbotes formulieren, wobei die Zurechnungsnormen des Kapitels II ARSIWA eine Hilfestellung geben können. Nach hier befürworteter Ansicht verletzt nur derjenige Staat Art. 2 (4) UNC, der erkennt oder hätte erkennen müssen, dass keine rechtfertigenden Umstände vorliegen.<sup>293</sup> Auch wenn sowohl Unrechtsvorsatz als auch Unrechtsfahrlässigkeit genügen – es also keinen Unterschied macht, ob der Staat bereits keiner Fehlvorstellung unterlag oder diese sorgfaltswidrig war – muss für den relevanten Personenkreis zwischen beiden Fällen unterschieden werden.

Für den Unrechtsvorsatz und damit für die Frage, ob der Staat überhaupt einer Fehlvorstellung unterlag,<sup>294</sup> kann es nur auf das Vorstellungsbild des *Entscheidungsträgers* ankommen. Denn der besondere Unrechtsgehalt vorsätzlichen Tuns besteht darin, dass sich ein Akteur zu einer Handlung im Bewusstsein der ihm das Handeln verbietenden Umstände entschließt. Innerhalb eines Kollektivs wie einem Staat müssen also diejenigen Organwalter über die Kenntnis verfügen, die auch die Entscheidung für die Handlung fällen. Die Fiktion, dass ein Staat bereits dann vorsätzlich handelte, wenn einer seiner Organwalter die Entscheidung zum Handeln trifft und ein anderer Kenntnis vom Fehlen eines Erlaubnissatzes besitzt, verfehlte diesen Unrechtsgehalt. In diesem Fall lässt sich nur ein Kennenmüssen bejahen.<sup>295</sup> Auch die in einigen nationalen Rechtsordnungen für arbeitsteilig arbeitende juristische Personen angenommene „Wissens-

292 UN. Doc. S/PV.2472, Rn. 3.

293 S.o. 9. Kap., I. 1. c und III. 3. a.

294 Hier wurde zugrunde gelegt, dass bedingter Unrechtsvorsatz nicht ausreicht, um ein vorsätzliches Handlungsunrecht auf Rechtfertigungsebene zu begründen, s.o. 9. Kap., III. 5. Daher schließt auch ein Fehlverdacht (bei dem nur Eventualvorsatz in Betracht käme) einen relevanten Unrechtsvorsatz aus.

295 Dazu sogleich.

zurechnung“<sup>296</sup> wurzelt in Wahrheit in der Kategorie des Kennenmüssens.<sup>297</sup>

Ein Kennenmüssen des Staates – relevant für die Frage, ob die vorhandene Fehlvorstellung sorgfaltswidrig war – lässt sich hingegen nicht nur bejahen, wenn der Entscheidungsträger die Sachlage hätte erkennen müssen. Das Kennenmüssen kann auch daraus folgen, dass ein *anderes staatliches Organ* – genauer gesagt sein Organwalter – erstens die relevante Kenntnis besaß oder hätte besitzen müssen, zweitens diese Information nach Lage der Dinge an den Entscheidungsträger hätte gelangen müssen und drittens die Fehlentscheidung dadurch hätte vermieden werden können. Konzeptuell ergibt sich die Sorgfaltswidrigkeit des Staates hier entweder aus einer *Zurechnung* der Sorgfaltswidrigkeit des Organwalters, der die Informationsweiterleitung versäumt, oder aus einem *Organisationsverschulden*.<sup>298</sup> Entsprechend Art. 2 ARSIWA ist dabei die Kenntnis oder das Kennenmüssen jedes Staatsorganes potentiell ausreichend, unabhängig davon, welcher Gewalt es angehört und welche Position es innerhalb der Staatsorganisation und – das mag man gegenüber Art. 2 ARSIWA hinzufügen – im Vergleich zum Entscheidungsträger einnimmt. Die dadurch entstehende Weite der Wissens- und Verschuldenszurechnung ist legitim: Es wäre kaum begründbar, dass nach Art. 2 ARSIWA das Verhalten jeglicher Staatsorgane, nicht aber ihr Wissen oder Verschulden zu denen des Staates werden. Die Kenntnis einfacher Staatsangehöriger genügt dagegen nicht. Erfasst wird zudem nicht nur die Nichtweitergabe der Information, dass es an den rechtfertigenden Umständen fehlt, sondern auch der Fall, dass der Organwalter eine vermutete Sachlage gegenüber dem Entscheidungsträger als sicherer darstellt als sie ihm erscheint oder hätte erscheinen müssen.

Die Anforderung, dass die betreffende Information hätte weitergegeben werden müssen, stellt in großen Konflikten selten eine große Hürde dar. Regelmäßig liegt die Bedeutung entsprechender Informationen hier für die Staatsorgane auf der Hand und der zeitliche Rahmen lässt die Weiterleitung zu. Hätte der israelische Nachrichtendienst 1967 gewusst, dass Ägypten nicht angreifen würde,<sup>299</sup> so wäre der israelische Irrtum als vermeidbar anzusehen, selbst wenn (was nahezu ausgeschlossen erscheint)

---

296 So in Deutschland im Rahmen von § 123 und § 166 BGB, vgl. MüKoBGB/Schubert, § 166, Rn. 45–80.

297 Ähnlich Bork, DB (2012), S. 33 (38); vgl. auch MüKoBGB/Schubert, § 166, Rn. 50.

298 Vgl. zum Organisationsverschulden bei der Wissenszurechnung im nationalen Recht Bork, DB (2012), S. 33 (35).

299 So Bassiouni, Univ. Kansas L. Rev. 19 (1971), S. 373 (395).

dieses Wissen den Entscheidungsträgern vorenthalten worden wäre. Das Gleiche gilt für Kenntnisse der US-Nachrichtendienste im Irakkrieg 2003. Das erklärt die Aufmerksamkeit, die die Untersuchungsberichte dem Kenntnisstand der Nachrichtendienste und den ihnen unterlaufenen Fehlern widmen.<sup>300</sup> Ein wesentlicher Kritikpunkt dieser Berichte ist, dass die Nachrichtendienste gegenüber den Entscheidungsträgern nicht offenlegten, wie vage die Basis ihrer Erkenntnisse war,<sup>301</sup> und dass an der Glaubwürdigkeit entscheidender Informanten<sup>302</sup> und der Authentizität relevanter Unterlagen<sup>303</sup> erhebliche Zweifel bestanden, die die Analysten hätten erkennen können.

Bei kleineren Auseinandersetzungen ist hingegen denkbar, dass ein besser als der Entscheidungsträger informiertes Staatsorgan zur Weiterleitung der Information keinen Anlass oder keine Zeit hat. Diskussionswürdig erscheint diese Frage etwa beim Abschuss von Iran Air Flight 655: Die Besatzung der in der Nähe der *USS Vincennes* befindlichen *USS Sides* identifizierte den Airliner eine Minute vor dem Abschuss durch die *Vincennes* als ziviles Flugzeug und wandte ihre Aufmerksamkeit einem iranischen Militärflugzeug im Westen zu. Die *Sides* besaß andere technische Daten und erkannte insbesondere die korrekte Höhe des Flugzeugs.<sup>304</sup> Warum ihr Kommandeur den der *Vincennes* über seine Identifizierung nicht informierte, ist unklar. Möglicherweise ging er irrig davon aus, dass die *Vincennes* das Fehlen einer Gefahr ebenfalls erkannt hatte. Zur Sorgfaltswidrigkeit des amerikanischen Irrtums führt diese unterlassene Information (unabhängig von Fehlern der Besatzung der *Vincennes*) also nur, wenn man diese Annahme für sorgfaltswidrig hält oder ein Organisationsverschulden bejaht. Darüber mag man streiten. Ein anderes interessantes Beispiel ist der Maziua-Vorfall von 1914, in dem der Gouverneur von Deutsch-Ostafrika das Gerücht über die portugiesische Kriegserklärung nicht rechtzeitig aus-

---

300 WMD Commission Report, S. 45–196; Chilcot Report, Vol. IV, Sections 4.1–4.3; Butler Report, S. 71–76, 79–82, 111–113.

301 Besonders deutlich WMD Commission Report, S. 50, 93 f, 124, 144; ähnlich Chilcot Report, S. 290, 419; SSCI Report, S. 137 Conclusion 40, S. 188 Conclusion 49, S. 194 Conclusion 56; etwas zurückhaltender insgesamt der Butler Report, vgl. aber ebd. Rn. 239, 303, zu den öffentlichen JIC-Einschätzungen ebd. Rn. 330–332.

302 WMD Commission Report, S. 50, 74, 90, 94, 105; SSCI Report, S. 190 Conclusion 51.

303 WMD Commission Report, S. 77.

304 ICAO Report, Rn. 2.12.2, abgedruckt in ILM 28 (1989), S. 900–943, s. auch oben 7. Kap., III. 2. b. ff, Fn. 426.

räumte und der Grenzposten, den der Befehl nicht anzugreifen nicht erreicht hatte, in der Annahme eines bevorstehenden Angriffs das Feuer eröffnete.<sup>305</sup> Ob der Gouverneur die erforderliche Sorgfalt anwandte, hängt auch hier davon ab, ob er Anlass zur Befürchtung hatte, sein Grenzposten werde infolge eines Irrtums zur Gewalt greifen. Unberührt bleibt davon freilich, ob der Entscheidungsträger selbst sorgfaltswidrig handelte, was im Maziua-Fall naheliegt. In anderen kleineren Auseinandersetzungen lag die Pflicht zur Weiterleitung von Informationen dagegen auf der Hand. Dazu gehört die unterlassene Weiterleitung der Nachricht des Flottenkommandeurs im Golf-von-Tonkin-Vorfall an US-Präsident Johnson, die den zuvor gemeldeten Angriff in Zweifel zog.<sup>306</sup> Weitere Beispiele ließen sich nennen.<sup>307</sup>

Insgesamt kann festgehalten werden: Ob eine Fehlvorstellung *vorlag*, richtet sich allein nach der Vorstellung der Entscheidungsträger. Ob sie auch *sorgfaltsgemäß* war, hängt auch von anderen Staatsorganen ab. Während das Kennen oder Kennenmüssen des Entscheidungsträgers stets ein Handlungsunrecht des Staates begründen, gilt dies für die übrigen Staatsorgane nur dann, wenn sie ihr (hypothetisches) Wissen hätten weitergeben müssen und dies den Umständen nach noch rechtzeitig möglich gewesen wäre.

### III. Abgrenzung zwischen Entscheidungsträgern und anderen Organen

Nach dem Gesagten ist die Frage durchaus relevant, wer die Eigenschaft eines Entscheidungsträgers besitzt. Bei Entscheidungen, an denen mehrere Organe und Personen beteiligt sind, liegt das nicht immer auf der Hand. Zwei Fälle sind insoweit besonders hervorzuheben.

In einer *Befehlskette* wird ein Befehl von Instanz zu Instanz weitergeben, wobei jede Instanz die Ausführung des Befehls durch Nicht-Weitergabe oder Nichtausführung zumindest faktisch verhindern kann. Bei einer drohenden Gefahr für den deutschen Luftraum durch ein fremdes Flugzeug etwa fordert das Nationale Lage- und Führungszentrum der Luftwaffe vom

---

305 S.o. 7. Kap., II. 2. b.

306 S.o. 7. Kap., III. 2. c.

307 ZB der griechisch-bulgarische Grenzzwischenfall, in dem die Frontsoldaten ihre Regierung nicht akkurat informierten (s.o. 7. Kap., I. 2, d) oder der USS-Liberty-Fall, in dem der israelische Division Commander offenbar den Befehl seines Naval Headquarters überhörte, das aus Sorge vor einem Irrtum angeordnet hatte, nicht anzugreifen, vgl. NSA Report (1981), S. 41.

Combined Air Operations Centre der NATO die Alarmrotte an. Der Bundesminister der Verteidigung, auf den die Kommandogewalt von der NATO übergeht, erteilt sodann seine Befehle über den Inspekteur der Luftwaffe und die militärische Jägerleitstelle (Control and Reporting Center) an den Jägerpiloten. Bei ihm liegt die letzte Entscheidung für etwaige Maßnahmen.<sup>308</sup> Hier sind alle staatlichen Instanzen Entscheidungsträger, sodass ihre Kenntnis oder ihr Kennenmüssen stets zu einem Handlungsunrecht des Staates führt. Das muss selbst dann gelten, wenn das nationale Recht dem Beteiligten einen entsprechenden Entscheidungsspielraum nicht zugesteht. Denn die Weitergabe oder Ausführung des Befehls zu einer objektiv völkerrechtswidrigen Tat, deren Rechtswidrigkeit der Betroffene erkennt oder hätte erkennen müssen, ist auch dann völkerrechtswidrig, wenn ihm das nationale Recht keinen Spielraum für eine Befehlsverweigerung belässt.<sup>309</sup> Art. 3 ARSIWA und Art. 27 WVK schließen aus, dass nationales Recht Völkerrechtsverletzungen rechtfertigen kann.<sup>310</sup> Dass Art. 33 IStGHSt den Soldaten nur im Falle eines *offensichtlich* rechtswidrigen Befehls strafrechtlich zur Verantwortung zieht, steht dem nicht entgegen. Denn diese Norm betrifft nur die Strafbarkeit des Soldaten – genauer seine Schuld<sup>311</sup> –, nicht die Völkerrechtswidrigkeit der Befehlsausführung. Auch in Fällen wie dem sowjetischen Abschuss von Korean Air Lines Flight 902, in dem der Pilot das Flugzeug in der Luft als Airliner identifizierte, seinen Vorgesetzten davon aber nicht überzeugen konnte,<sup>312</sup> lässt sich der Pilot daher als Entscheidungsträger qualifizieren, sodass der Staat schon keinem Irrtum unterliegt.

Der zweite erwähnenswerte Fall betrifft Entscheidungen zum Gewalteneinsatz, die von der Zustimmung verschiedener Organe – zB Regierungschef und Parlament – abhängen.<sup>313</sup> Sind beide Organe somit in der Lage, den Gewalteinsatz aufzuhalten, können sie (neben den Instanzen der nach-

308 Das taktische Luftwaffengeschwader 71 Richthofen im persönlichen Gespräch und Schriftverkehr; zum Ablauf des Abfangens eines Flugzeugs näher B. Hirsch, in: Giemulla/Rothe, *Recht der Luftsicherheit*, S. 82 (84 f).

309 Vgl. Nagpal, J. *Indian L. Institute* 21 (1979), S. 397 (398); diese Wertung enthalten auch die due-diligence-Pflichten, die einem Staat nicht gestatten, sich durch nationales Recht zu exkulpieren, ILA, *Due Diligence, Second Report*, S. 6; ähnlich Kulesza, *Due Diligence*, S. 263 zum Sorgfaltsstandard in eigenen Angelegenheiten.

310 S. Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction*, S. 58 f.

311 Vgl. Ansermet, *Vanderbilt J. Transnt'l L.* 47 (2014), S. 1425 (1452).

312 S.o. 7. Kap., III. 2. b, dd.

313 Zu der Frage, wie die Vorstellung eines Kollektivorgans festgestellt wird, s. so gleich IV.

folgenden Befehlskette) als Entscheidungsträger beurteilt werden. Insoweit besitzt das nationale Recht durchaus Relevanz. Da nach dem *Condorcet-Jury-Theorem* mit wachsender Zahl der Entscheider innerhalb eines Gremiums die Richtigkeitsgewähr der Entscheidung steigt,<sup>314</sup> stellt ein solches doppeltes Zustimmungserfordernis auch eine gewisse institutionelle Absicherung gegen Irrtümer dar. Eine völkerrechtliche Pflicht zu besonderen Zustimmungshürden lässt sich bislang jedoch nicht identifizieren.

Nicht alle am Entscheidungsprozess beteiligten Personen sind aber gleich Entscheidungsträger. Nicht dazu gehört etwa ein Soldat, der nur die Informationen liefert, auf deren Grundlage ein anderes Organ die Entscheidung fällt (so zB im Golf-von-Tonkin-Vorfall). Auch ein Jägerpilot, der den Gewalteinsatz zwar begleitet, nicht aber selbst die Rakete abfeuert, ist kein Entscheidungsträger. Erkennt ein solches Organ den Irrtum und erfährt der Entscheidungsträger nicht rechtzeitig davon, hängt die Einhaltung der Sorgfaltsanforderungen von den oben beschriebenen Anforderungen ab.

#### IV. Entscheidungen durch staatliche Kollektivorgane

Ist der Entscheidungsträger ein *kollektives* Organ, etwa ein nationaler Sicherheitsrat oder ein Parlament, das sich aus Unterorganen oder jedenfalls einer Vielzahl an Organwaltern zusammensetzt, stellen sich viele weitere Fragen.<sup>315</sup> Zwei besonders interessante können hier nur angerissen werden.

Erstens gilt es – wie beim Staat selbst, dem größten Kollektivorgan –, zu bestimmen, welches Organmitglied zu den Entscheidungsträgern gehört. Bei einer per Abstimmung getroffenen Entscheidung dürften das die Organmitglieder sein, die die entscheidungstragende Mehrheit bilden.<sup>316</sup> Freilich ist jedes Mitglied gehalten, etwaiges entscheidungsrelevantes Sonderwissen im Rahmen des Entscheidungsprozesses offenzulegen. Unterlässt es dies und begnügt es sich mit einer Nein-Stimme, unterliegt der

---

314 Nitzan/Paroush, in: Parisi, Oxford Hb. L. Econ., Vol. I, Rn. 24.1.

315 ZB die optimale Größe eines Kollektiventscheidungsorgans, seine Entscheidungsregeln, die Auswirkungen strategischen Abstimmungsverhaltens und von Interessenkonflikten (s. Nitzan/Paroush, Oxford Hb. L. Econ. Vol. I, Rn. 24.1–24.11) sowie das Problem, dass Experten überstimmt werden können, vgl. WMD Commission Report, S. 183.

316 Vgl. zu einem ähnlichen Problem im Rahmen der Vorstandshaftung Scholl, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen, S. 237 f.

Staat zwar einer Fehlvorstellung, sie ist aber sorgfaltswidrig. Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn alle Organmitglieder denselben Kenntnisstand besitzen und sie darauf gestützt nur unterschiedliche Wahrscheinlichkeitsurteile bilden. Werden also Organmitglieder, die die Gefahrenlage für nicht hinreichend wahrscheinlich halten, überstimmt, sind ihre Überzeugungen kein dem Staat zurechenbares Kennen oder Kennenmüssen. Freilich können sie aber ein Indiz dafür bilden, dass auch ein potentiell Kontrollorgan zu einer von der Mehrheit abweichenden Indizienwürdigung gelangt wäre und die Fehlvorstellung dennoch als sorgfaltswidrig beurteilt.

Die zweite Frage betrifft die Anforderung, dass die Überzeugung vom Vorliegen der Haupttatsache (zB des unmittelbaren Bestehens eines Angriffs) widerspruchsfrei gebildet werden muss. Denn bei Kollektiven stellt sich das Problem, dass die Mehrheitsüberzeugung des Kollektivs widersprüchlich sein kann, obwohl die individuellen Überzeugungen der Mitglieder konsistent entstanden sind. Dieses im Bereich richterlicher Kollektiventscheidungen zunehmend diskutierte Problem<sup>317</sup> lässt sich durch eine Abwandlung des *Condorcet-Paradoxon* veranschaulichen: Angenommen, Entscheidungsträger für einen Gewalteinsatz ist die aus den Mitgliedern A, B und C bestehende Regierung R, die sich über drei mögliche Sachverhaltsvarianten einen Überzeugungsgrad bilden muss:

- (1) Es steht ein erheblicher Angriff durch den Staat S bevor.
- (2) Es steht ein geringfügiger Angriff durch S bevor.
- (3) Es steht überhaupt kein Angriff durch S bevor.

A hält (1) für wahrscheinlicher als (2) und (2) für wahrscheinlicher als (3). Weil er rational denkt, hält er (1) für wahrscheinlicher als (3). B hält (2) für wahrscheinlicher als (3), (3) für wahrscheinlicher als (1) und also (2) für wahrscheinlicher als (1). C wiederum hält (3) für wahrscheinlicher als (1), (1) für wahrscheinlicher als (2) und, weil auch er rational denkt, (3) für wahrscheinlicher als (2). Stimmen A, B und C durch Mehrheitsbeschluss über ihre jeweiligen Präferenzen ab, ergibt sich, dass R (mit den Stimmen von A und C) (1) für wahrscheinlicher hält als (2) und (mit den Stimmen von A und B) (2) für wahrscheinlicher hält als (3). Wäre R rational, müsste sie (1) für wahrscheinlicher halten als (3). Tatsächlich ist das Gegenteil der Fall: Mit den Stimmen von B und C hält R (3) für wahrscheinlicher als (1).

---

317 S. etwa Kaplan, Stan. L. Rev. 20 (1968), S. 1065 (1080 f).



Der Überzeugung von R fehlt es an der für ein konsistentes Wahrscheinlichkeitsurteil erforderlichen Transitivität.<sup>318</sup>

In einem anderen Beispiel, das nicht dem Bereich der Präferenz-, sondern dem der Urteilsaggregation entstammt,<sup>319</sup> streiten die Regierungsglieder A, B und C über die Wahrheit folgender Propositionen:

- (1) Staat S besitzt Massenvernichtungswaffen.
- (2) Wenn, und nur wenn S Massenvernichtungswaffen besitzt, steht ein Angriff durch S bevor.
- (3) Es steht ein Angriff durch S bevor.

Hält man (2) für wahr, lässt sich (3) logisch konsistent nur bejahen, wenn auch (1) bejaht wird. A, B und C halten, jeweils individuell konsistent, unterschiedliche Propositionen für wahr. Bei der Mehrheitsabstimmung über die einzelnen Propositionen gelangen sie jedoch zu einer nicht konsistenten Kollektiventscheidung:<sup>320</sup>

	(1)	(2)	(3)
<b>A</b>	wahr	wahr	wahr
<b>B</b>	nicht wahr	wahr	nicht wahr
<b>C</b>	nicht wahr	nicht wahr	wahr
<b>Regierung</b>	<b>nicht wahr</b>	<b>wahr</b>	<b>wahr</b>

Will man die Überzeugungsbildung von Kollektiventscheidungen nicht von vornherein einer Kontrolle entziehen, kommen im Wesentlichen zwei Umgehensweisen mit dem Problem in Betracht. Die Entscheidung des Kollektivs wie die Entscheidung eines Individuums zu behandeln und die Überzeugungsbildung in den genannten Fällen als sorgfaltswidrig zu beurteilen, überzeugt kaum. Hierbei bliebe außen vor, dass die Überzeugung eines Kollektivs in Wahrheit durch Individuen gebildet wird, eine *Kollektiventscheidung* also letztlich eine Fiktion ist. Um eine widerspruchsfreie Entscheidung des Kollektivs zu gewährleisten, müssten die einzelnen Organwalter unter Umständen entgegen ihren individuell konsistenten Teilüberzeugungen stimmen. Individuelle Überzeugungen sind bei größeren Kollektivorganen wie einem Parlament zudem kaum zu überblicken, so-

318 Damit ist gemeint: wenn gilt  $a > b$  und  $b > c$ , dann  $a > c$ ; zum Ganzen Caplin/Nalebuff, *Econometrica* 56 (1988), S. 787–814; vgl. auch Kaplan, *Stan. L. Rev.* 20 (1968), S. 1065 (1080 f).

319 Zu beidem näher List, *Social Choice Theory*, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Rn. 3 ff, 5 ff.

320 Abgewandelt von List, *Social Choice Theory*, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Rn. 5.1.

dass eine konsistente Kollektiventscheidung nicht gewährleistet wäre, selbst wenn die Organwalter nicht auf ihren individuellen Teilüberzeugungen bestünden. Vorzugswürdig erscheint es daher, bei Kollektivorganen auf die Überzeugungsbildung der *Organwalter* abzustellen und außen vor zu lassen, dass sie überhaupt eine kollektive Entscheidung treffen. In den Beispielen wäre die Überzeugungsbildung der Regierung danach solange als widerspruchsfrei zu beurteilen, wie es die ihrer Mitglieder war, die die entscheidungstragende Mehrheit bilden. Bei größeren Kollektivorganen wird sich dies in der Praxis freilich nicht immer mit Gewissheit feststellen lassen.

## V. Zwischenergebnis: Präzisierungen zum unilateralen Irrtumsrisiko

Ein irrender oder fehlvermutender Staat ist nur dann eingeschränkt gerechtfertigt, wenn er die ex ante erkennbaren Indizien sorgfältig ermittelt und gewürdigt hat und, soweit er die rechtfertigenden Umstände nur vermutete, ihr Vorliegen hinreichend wahrscheinlich erschien. Wo die maßgebliche Wahrscheinlichkeitsschwelle verläuft, hängt von den Kosten ab, die die jeweilige Fehlentscheidung aus Sicht des handelnden Staates verursacht hätte: ein Tätigwerden ohne tatsächlich drohendes Schadensereignis und ein Untätigbleiben bei tatsächlich eintretendem Schadensereignis. Maßgeblich für die Höhe dieser Kosten sind zum einen das Eskalationsrisiko der angewandten Gewalt, zum anderen das Verhältnis zwischen dem vermeintlich drohenden Schaden und der durch die Gewalt verursachten Beeinträchtigung. Nur wenn eine Eskalation nahezu ausgeschlossen ist und die angewandte Gewalt erheblich hinter dem drohenden Schaden zurückbleibt, mag eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der rechtfertigenden Umstände genügen. Ansonsten bedarf es, je nach Situation, einer hohen oder sogar einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit. Bei dem Sorgfaltsstandard, den der Staat bei der Ermittlung und Würdigung der Indizien einhalten muss, sind besondere Kenntnisse, Fähigkeiten und entsprechende Defizite des handelnden Staates und seiner Entscheidungsträger, nicht aber besondere Erfahrungen zu berücksichtigen. Überdies kann der handelnde Staat Sorgfaltspflichten im Vorfeld der Entscheidung für den Gewalteinsatz verletzt haben.

Die Entscheidung für den Gewalteinsatz ist einer Kontrolle durch den IGH (oder den SR) vollständig zugänglich. Insbesondere darf das Kontrollorgan die Indizienwürdigung des Staates also durch die eigene Überzeugung ersetzen; es ist nicht auf eine bloße Rationalitätskontrolle be-

schränkt. Der insoweit beweisbelastete Staat, der Gewalt eingesetzt hat, muss die Indizien, die ihn zum Einsatz veranlasst haben, zum Überzeugungsgrad der hohen Wahrscheinlichkeit beweisen. Doch auch außerhalb einer solchen gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Kontrolle muss der Staat die relevanten Indizien gegenüber der Staatengemeinschaft offenlegen, soweit nicht schutzwürdige Interessen die Geheimhaltung absolut erfordern. In jedem Falle müssen so viele Informationen enthüllt werden, wie nötig ist, damit andere Staaten die Gewaltmaßnahme zumindest im Ansatz beurteilen können.

Für die Frage, ob ein Staat einer Fehlvorstellung überhaupt unterliegt, kommt es auf das Vorstellungsbild der Person des Entscheidungsträgers an. Dazu gehören alle Staatsorgane, die an der Entscheidung für den Gewalteinsatz derart beteiligt sind, dass ihnen zumindest ein faktischer Entscheidungsspielraum zukommt. Bei Kollektivorganen ist die entscheidungstragende Mehrheit maßgeblich. Dafür, ob die Fehlvorstellung Sorgfaltsanforderungen entsprach, sind jedoch nicht nur die Kenntnismöglichkeiten des Entscheidungsträgers zu berücksichtigen, sondern auch solche anderer staatlicher Organe, wenn sie einschlägige Informationen besaßen oder hätten besitzen müssen, diese nach Lage der Dinge an den Entscheidungsträger hätten gelangen müssen und die Fehlvorstellung so hätte vermieden werden können. Ihr Verschulden wird dem Staat zugerechnet. Denkbar ist auch ein Organisationsverschulden des Staates.