



## Anne van Aaken, Dr. iur.

Max Schmidheiny Foundation Tenure Track Professor of Law and Economics,  
Public, International and European Law

### University of St. Gallen

Born in 1969 in Bonn;

Studium der Volkswirtschaftslehre und Journalistik an der Universität Freiburg i. Ü. (Schweiz) und Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität München und der Europa Universität Viadrina, Frankfurt/Oder

#### PROJECT

### State Liability in an Open and Cooperative State

Die Rolle und das Verständnis des Staates haben sich im Zuge von Internationalisierung und Privatisierung erheblich geändert. Diese gewandelte Rolle spiegelt sich in der Diskussion um Gewährleistungsverantwortung des Staates wider, die von einer weitgehenden Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privatem ausgeht. Eine solche wird aber bislang nicht in einem gewandelten Verständnis der Staatshaftung aufgenommen. Wenn Verantwortungsteilung und

-teilung nicht ein Euphemismus für Verantwortungsverwischung bzw. -verlust sein sollen, dann muss untersucht werden, welche Verantwortung der Staat - gerade in der Form der Staatshaftung - noch trägt, in welcher Form und unter welchen Umständen. Hier kommt es gewissermaßen "zum Schwur" auch bezüglich des Staatsverständnisses. Staatshaftung ist nicht als eigenständiger Untersuchungsgegenstand im Rahmen der Literatur zum Gewährleistungsstaat zu finden. Ebenso wenig wird in der Literatur zur Staatshaftung die Brücke zur Gewährleistungsdebatte geschlagen. Diese Lücke soll das vorliegende Forschungsprojekt schließen, indem verschiedene Verantwortungstufen jeweils exemplarisch auf ihre haftungsrechtlichen Implikationen untersucht werden.

Warum ist Haftungsrecht überhaupt relevant für die Gewährleistungsdiskussion? Haftungsrecht ist immer auch Risikozuweisungsrecht. Steuerungstheoretisch betrachtet dient Haftungsrecht nicht nur der Wiedergutmachung, sondern auch als Anreiz für die Akteure, sich in bestimmter Weise zu verhalten und damit ihre Verantwortung wahrzunehmen (oder auch nicht). Kompliziert wird das Staatshaftungsrecht im Gewährleistungsstaat dadurch, dass bei vermehrter Aufgabe der Erfüllungsverantwortung Dreiecksverhältnisse entstehen zwischen Staat, Dienstleistungsempfänger und Dienstleistungserbringer. Nicht außer Acht zu lassen ist dabei, dass Staatshaftung durch die Budgetrelevanz die Allgemeinheit der Steuerzahler belasten kann. Inwieweit Haftungsrecht notwendige und hinreichende Bedingung für den Steuerungsansatz im Verwaltungsrecht ist, ist innerhalb des Projektes zu diskutieren. Methodisch wird funktional, steuerungsperspektivisch und rechtsvergleichend vorgegangen.

#### Lektüreempfehlung

Aaken, Anne van. *Rational Choice in der Rechtswissenschaft: Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht*. Dissertation. Baden-Baden: Nomos, 2003, Neudruck 2009.

- "International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis." *Journal of International Economic Law* 12, 2 (2009): 507-538.

- "Primary and Secondary Remedies in Investment Arbitration and State Liability: A Functional and Comparative View." In *International Investment Law and Comparative Public Law*, herausgegeben von Stephan Schill. Oxford: Oxford University Press, 2010.

## State Liability in a Transforming State: Who pays??

The transformation of the state has been discussed for some time now. The transformation is taking place in two ways: vertically, that is, ever more state tasks are being outsourced to a higher level (be it European or international), and horizontally, that is, ever more state tasks are being outsourced to private (legal) persons. Examples abound: air traffic control, privatized security (prisons and military), water supply, school buses, etc. It is not a new problem that activities that are potentially hazardous to constitutionally guaranteed rights of third persons are executed by private persons (nuclear energy, the use of chemicals, nanotechnology, emissions by industry), but the legal means of dealing with those might be unsatisfactory in a transformed state. Lawyers usually consider this development problematic only with regard to the democratic principle. But is there also a problem for the rule of law in the form of responsibility of the state?

The traditional way of dealing with potential violations of rights is by primary remedies that reconstitute the status quo ante. State liability, in contrast, compensates for losses (damages or indemnification). State liability has not been at the forefront of the discussion of the transforming state, neither horizontally nor vertically (the latter is a future (secret) book project).

Rather, the discussion has concentrated on the concept of the state as "responsible"/"guaranteeing" state. A new division of labor between the private and the public is the core of this concept. The state can produce itself as before, it can completely get rid of its tasks (e.g. telecommunication) or it can share responsibility. Although privatizing, it then still continues to have some kind of state responsibility in the form of regulatory, supervisory, or absorbing responsibility.

I am interested in the question whether this "responsible state" contains at its core "state liability" or whether it is just a nice expression covering up the obliteration of responsibility. If reduced responsibility accompanies the "responsible state", the changed risk distribution may potentially set wrong incentives.

The way to answer this question is to examine 1) whether the new forms of acting (regulation, supervision) are captured by the current state liability law and 2) what other possibilities there are of attributing behavior of private persons to the state; if attribution is possible, state liability can be constructed. From a constitutional point of view, there are two main ways of attribution: the duty to protect constitutional rights and the core tasks of the state. If attribution fails, we have to consider other means if we want to uphold "responsibility of the state by liability".

Aaken, Anne (2016)

Too big to handle? : interdisciplinary perspectives on the question of why societies ignore looming disasters

<https://kxp.k10plus.de/DB=9.663/PPNSET?PPN=877292124>

Aaken, Anne (2010)

Balancing of human rights : constitutional interpretation in international law

<https://kxp.k10plus.de/DB=9.663/PPNSET?PPN=831836458>

Aaken, Anne (2009)

Einwirkungen des Völkerrechts auf das Sozialverfassungsrecht am Beispiel der Daseinsvorsorge

<https://kxp.k10plus.de/DB=9.663/PPNSET?PPN=831840811>

Aaken, Anne (2009)

Independent electoral management bodies and international election observer missions : any impact on the observed level of democracy? ; a conceptual framework

<https://kxp.k10plus.de/DB=9.663/PPNSET?PPN=757182828>

Aaken, Anne (2009)

Effectuating public international law through market mechanisms?

<https://kxp.k10plus.de/DB=9.663/PPNSET?PPN=757181724>

Aaken, Anne (2008)

Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft : eine Skizze

<https://kxp.k10plus.de/DB=9.663/PPNSET?PPN=1354082087>

Aaken, Anne (2008)

Informationsverwaltungsrechtsökonomik : eine rechtsökonomische Perspektive auf das Informationsverwaltungsrecht

<https://kxp.k10plus.de/DB=9.663/PPNSET?PPN=831841591>

Aaken, Anne (2008)

Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft : eine Skizze

<https://kxp.k10plus.de/DB=9.663/PPNSET?PPN=83183515X>

Aaken, Anne (2008)

Perils of success? : the case of international investment protection

<https://kxp.k10plus.de/DB=9.663/PPNSET?PPN=757183379>

Aaken, Anne (2007)

Transnationales Kooperationsrecht nationaler Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte

<https://kxp.k10plus.de/DB=9.663/PPNSET?PPN=831834668>