

Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von
Thilo Marauhn und Christian Walter

116



Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht

herausgegeben von

Björnstjern Baade, Sebastian Ehricht,
Matthäus Fink, Robert Frau, Mirka Möldner,
Isabella Risini und Torsten Stirner

Mohr Siebeck

Björnstjern Baade ist Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht der Freien Universität Berlin.

Sebastian Ehricht ist Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Völkerrecht, der Georg-August-Universität Göttingen.

Matthäus Fink ist Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Völkerrecht, der Georg-August-Universität Göttingen.

Robert Frau ist Habilitand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Völkerrecht, Europarecht und ausländisches Verfassungsrecht der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder.

Mirka Möldner ist Doktorandin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

Isabella Risini ist Doktorandin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Europarecht, Völkerrecht & Int. Wirtschaftsrecht an der Ruhr-Universität Bochum.

Torsten Stirner ist Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Menschenrechte der Georg-August-Universität Göttingen.

ISBN 978-3-16-154243-5

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Geleitwort

Ich freue mich, dass die Arbeitsgemeinschaft junger Völkerrechtswissenschaftlerinnen und Völkerrechtswissenschaftler nun schon zum zweiten Mal eine Tagung veranstaltet hat, bei der „new voices“ ihre Stimme erheben und sich der fachlichen Kritik untereinander und durch Vertreter des Establishments aussetzen. Im deutschsprachigen Raum bilden wir unterschiedliche Karrierephasen etwas formeller ab als bei manchen Schwestergesellschaften. Ob das richtig oder falsch ist, darüber mag man streiten. Nicht streiten sollte man darüber, dass es Foren geben muss, in denen ein intensives und ernsthaftes generationsübergreifendes wissenschaftliches Gespräch geführt wird, das über bestimmte Institutionen oder Kreise hinausgeht. Dies ist mit der Göttinger Tagung gelungen. Sie behandelte mit „Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht“ ein Thema, das manche auswärtigen Kolleginnen und Kollegen, so konzipiert, auch als ein „deutsches“ sehen dürften. Ich bin gespannt, ob es den heute jungen Völkerrechtswissenschaftler und Völkerrechtswissenschaftlerinnen und ihren Mitdenkern in meiner Generation in zwanzig oder dreißig Jahren gelungen sein wird, „das“ Verhältnismäßigkeitsprinzip – oder bloß Verhältnismäßigkeit – im Völkerrecht so zu etablieren, dass daraus eine universelle Selbstverständlichkeit ohne nationale oder regionale Eierschalen geworden ist. Jedenfalls hoffe ich, dass die Form der Zusammenarbeit mit der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht, die mit der Göttinger Tagung praktiziert wurde, allgemein als wissenschaftlich fruchtbar empfunden und weitergeführt wird.

Georg Nolte
Berlin, im Juli 2015

Vorwort und Danksagung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist Bestandteil vieler Bereiche des Völkerrechts: Auf welche Weise wird das Verhältnis von militärischem Vorteil und dem Tod von Zivilisten bestimmt? Inwieweit sind Handelsbeschränkungen zum Tier- und Pflanzenschutz einer Abwägung fähig? Kann die Verhältnismäßigkeit als Kompetenzregulativ auf Unionsebene eingesetzt werden? Auch wenn der Grundsatz Eingang ins allgemeine Völkerrecht fand, wirft er vielfältige Fragen auf. Führt er im Völkerrecht zu subjektiv-willkürlichen Ergebnissen oder gibt es objektive Parameter für solche Abwägungsprozesse? Welche Rolle spielen nationale und internationale (Schieds-) Gerichte bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes? In welchem Verhältnis steht er zu den Konzepten der Billigkeit und Gerechtigkeit? Diesen und weiteren Fragen widmete sich die Tagung *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, die im September 2014 an der Georg-August Universität in Göttingen stattfand. Deren Referate liegen nunmehr in diesem Tagungsband fast vollständig vor. Die Keynote von Frau Professorin Dr. *Anne Peters* mit dem übergreifenden Ansatz zur *Verhältnismäßigkeit als globalem Verfassungsprinzip* ist den Einzelbeiträgen vorangestellt. Der Beitrag von *Jochen Rauber* ist unter dem Titel *Verhältnismäßigkeit und völkerrechtliche Systembildung* in der Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2015 erschienen. Einen Tagungsbericht legten *Heike Montag* und Prof. Dr. *Pierre Thielbörger* in den Informationsschriften zum Humanitären Völkerrecht zeitnah nach der Tagung vor, Teile der Tagung wurden zudem auf dem Blog des Arbeitskreises junger Völkerrechtswissenschaftler*innen (AjV) verfolgt (www.voelkerrechtsblog.com).

Gemeinsam mit der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht organisierte der AjV bereits zum zweiten Mal eine Veranstaltung, auf der Nachwuchswissenschaftler ihre Thesen vorstellen und erfahrenere Wissenschaftler diese kritisch beleuchten konnten. Zurück geht die Idee zu diesem Format auf eine Tagung zum Arabischen Frühling, die 2012 in Düsseldorf stattfand.

Ganz herzlich möchten sich die Organisatoren bei der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht (DGIR), insbesondere dem Vorsitzenden, Herrn Professor Dr. *Georg Nolte*, für die freundliche Unterstützung bei der Organisation der Tagung und vor allem deren Finanzierung bedanken. Den erfahrenen Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen aus dem Kreis der DGIR, welche die Referate in Göttingen kritisch beleuchteten, sei für ihren Beitrag nicht minder herzlich gedankt, namentlich Prof. Dr. *Marc Bungenberg*, Prof. Dr. *Robin Geiss*, Prof. Dr. *Heike Krieger*, Prof. Dr. *Georg Nolte*, Prof. Dr.

Andreas Paulus, Prof. Dr. *Frank Schorkopf*, Prof. Dr. *Anja Seibert-Fohr*, Prof. Dr. *Peter-Tobias Stoll* und Prof. Dr. *Erich Vranes*.

Ein besonderer Dank gilt auch dem niedersächsischen Ministerium für Wissenschaft und Kultur für die großzügige finanzielle Unterstützung der Tagung. Auch der Beitrag des Göttinger Universitätsbundes war ein wichtiger Baustein für das Gelingen der Tagung.

Herrn cand. iur *Simon Gauseweg* danken die Herausgeber und Herausgeberinnen für die Hilfe bei der Formatierung dieses Buches.

Nicht zuletzt soll den Teilnehmenden der Tagung gedankt werden, die sich so zahlreich auf den Weg nach Göttingen machten.

Den Göttinger Organisatoren und ihren studentischen Mitarbeitern sei von Seiten der externen Organisatoren auch noch einmal herzlich gedankt.

Berlin, Bochum, Frankfurt (Oder),
Göttingen und Heidelberg
im Februar 2016

Björnstjern Baade
Sebastian Ehricht
Matthäus Fink
Robert Frau
Mirka Möldner
Isabella Risini
Torsten Stirner

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort von Georg Nolte.....	V
Vorwort und Danksagung.....	VII
<i>Anne Peters</i>	
Verhältnismäßigkeit als globales Verfassungsprinzip.....	1
<i>Frederik Becker</i>	
Jurisdiktion und Verhältnismäßigkeit	
Gewährleistungsumfang und Modifikationen der Menschenrechte bei	
extraterritorialen Sachverhalten.....	19
<i>Sebastian Wuschka</i>	
Proportionality reloaded	
Autonom agierende Waffensysteme und der Verhältnismäßigkeits-	
grundsatz des humanitären Völkerrechts.....	45
<i>Andreas Th. Müller</i>	
Abwägung von Menschenleben im Völkerrecht.....	65
<i>Sué González Hauck</i>	
Normenkonflikte als Optimierungsprobleme?	
Kritik am Einsatz des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Mittel zur	
Harmonisierung des Völkerrechts.....	87
<i>Rike Sinder</i>	
Verhältnismäßigkeit, Dekonstruktion, Gerechtigkeit	
Zugleich eine Erwiderung auf Martti Koskenniemi's postmoderne Kritik	
in <i>From Apology to Utopia</i>	105
<i>Michael Goldhammer</i>	
Kritik und Rekonstruktion kompetenzbezogener Verhältnismäßigkeit im	
Unionsorganisationsrecht.....	125
<i>Lars Schönwald</i>	
Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Recht der Auslandsinvestitionen	
unter Berücksichtigung der Änderungen durch den Lissabon-Vertrag.....	145
Autoren- und Herausgeberverzeichnis.....	173

Verhältnismäßigkeit als globales Verfassungsprinzip

Anne Peters

In diesem Beitrag soll gezeigt werden, dass drei Versionen des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Völkerrecht existieren, und dass diese drei unterschiedliche konstitutionelle Funktionen haben.

A. Begriff, Genese und Verbreitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Unter Verhältnismäßigkeit im weitesten Sinne verstehen wir ein angemessenes Verhältnis (eine Relation) zwischen verschiedenen Dingen in Bezug auf Größe, Zahl, Art. Unverhältnismäßigkeit ist dann eine „falsche“ Relation. Wir können den juristischen Begriff der Verhältnismäßigkeit abgrenzen von Abwägung (*balancing*¹) allgemein, von *necessity* (z.B. in Artikel 25 der ILC-Artikel zur Staatenverantwortung, in Artikel 51 UN-Charta und im humanitären Völkerrecht) und schließlich vom Prinzip der *reasonableness*.² Diese Abgrenzung ist nicht einfach und für viele Fragestellungen auch nicht nötig, die Konzepte überlappen sich.³

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wurde „erfunden“ vom preußischen Juristen *Carl Gottlieb Svarez*, dem geistigen Schöpfer des Allgemeinen Preußischen Landrechts von 1794⁴ und operationalisiert durch das preußische

¹ Grundlegend und kritisch zum US-amerikanischen Verfassungsrecht T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Yale Law Journal 1986–1987, S. 943–1005.

² Siehe z.B. ICSID, *Feldman Karpa (Marvin Roy) v. United Mexican States (Feldman v. Mexico)*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Decision on the Merits, 16. Dez. 2002, Rn. 129. Siehe für das Seerecht ITLOS, *Saiga* (Fn. 31).

³ Siehe für eine Gleichsetzung des Prinzips der „equitable and reasonable share of natural resources“ (hier des Donauwassers) mit der Verhältnismäßigkeit („proportionality which is required by international law“): IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, S. 7 ff, Rn. 85.

⁴ Preussisches Allgemeines Landrecht (1. Juni 1794): „Siebenzehnter Titel. Von den Rechten und Pflichten des Staats zum besondern Schutze seiner Unterthanen“; „Erster Abschnitt: „Von der Gerichtsbarkeit“, Zweiter Unterabschnitt: „Polizeygerichtsbarkeit“: „§ 10. Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevor-

Oberverwaltungsgericht in seinen Kreuzberg-Urteilen von 1880 und 1882.⁵ Es ist mittlerweile in zahlreichen Staatsverfassungen der Welt normiert und durch die nationale Rechtsprechung vieler Staaten ausgeformt worden.⁶ Nicht nur findet es sich in allen zentral- und osteuropäischen Verfassungsordnungen,⁷ sondern auch in der tunesischen Verfassung,⁸ Verfassungen von Südafrika und Israel, Lateinamerika, Australien und Neuseeland und einiger asiatischen Staaten wie Hong Kong, Korea und Indien.

Die Migration des Verhältnismäßigkeitsprinzips von einer Verfassung in die andere fand oft über das Vehikel des Völkerrechts statt. So wanderte das Prinzip vom deutschen Recht in das Recht der EU und EMRK, und von dort fand und findet ein *backflow* in andere nationale Rechtsordnungen statt. Das wohl bekannteste Beispiel ist die Reise des Prinzips via EMRK in das Vereinigte Königreich.⁹ Dort wurde es über den Human Rights Act von 1998 Teil des englischen Verfassungsrechts und hat den alten englischen *reasonableness*-Test (das *Wednesbury principle*)¹⁰ verdrängt.

B. Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird in vielen Teilrechtsgebieten des Völkerrechts in Vertragstexten genannt und ist in der Rechtsprechung internationaler Spruchkörper ausbuchstabiert worden. In ungefährer historischer Reihenfolge tauchte das Prinzip in folgenden völkerrechtlichen Teilrechtsgebieten auf: im Recht der Gegenmaßnahmen (Sanktionen), im Recht der

stehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.“ § 10 II 17 Preussisches Allgemeines Landrecht, 1. Juni 1794, online abrufbar unter: http://opiniojuris.de/quelle/1623#Erster_Abschnitt_Von_der_Gerichtsbarkeit (zuletzt geprüft am 10.11.2015); abgedruckt in H. Hattenhauer & G. Bernert (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, mit einer Einf. von H. Hattenhauer und einer Bibliographie von G. Bernert, 3. Aufl., 1996.

⁵ Kreuzberg-Urteile des preussischen OVG, v. 10. Juni 1880 und 14. Juni 1882 (abgedr. in DVBl., 1985, S. 216–226) zur Rechtswidrigkeit einer Berliner Polizeiverordnung.

⁶ Siehe für eine Rezeptionstafel A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, 2012, Israel. orig. 2012, S. 182. Siehe aus der neuen verfassungsvergleichenden und verfassungstheoretischen Literatur K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, 2012; J. Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights*, 2013; M. Cohen-Eliya & I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, 2013.

⁷ Siehe die ausdrücklichen Normierungen in Artikel 49 der Verfassung von Rumänien v. 21. November 1991; Artikel 54 der Verfassung von Moldawien v. 29. Juli 1994; Artikel 17 der Verfassung der Republik Albanien v. 21. Oktober 1998.

⁸ Artikel 49 der Verfassung von Tunesien v. 26. Januar 2013.

⁹ EGMR, *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72, Rn. 46–49 (insbesondere Rn. 49).

¹⁰ *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation*, [1947] EWCA Civ 1 (10. November 1947).

internationalen Verantwortung, im Recht der Selbstverteidigung, im Recht der natürlichen Ressourcen, im Recht des bewaffneten Konflikts, im internationalen und regionalen Menschenrechtsschutz, im Welthandelsrecht (WTO und NAFTA) und im internationalen Investitionsschutzrecht.

Das Recht der Gegenmaßnahmen ist heute als Teil des Rechts der Staatenverantwortung in den ILC-Artikeln von 2001 quasi-normiert.¹¹ Artikel 51 ILC zu Gegenmaßnahmen (*countermeasures*) besagt: „Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.“ Im WTO-Recht sind die Gegenmaßnahmen speziell reglementiert, und auch hier gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip, zum Teil in einer vom allgemeinen Völkergewohnheitsrecht abweichenden Form.¹² Nach Artikel 22 Abs. 4 und 7 WTO Dispute Settlement Understanding (DSU 1994) muss der Umfang der Aussetzung der Vertragspflichten der vorausgegangenen Vertragsverletzung „entsprechen“ (engl. „equivalent“).¹³ Die Vorschrift des Artikel 4.10 SCM-Abkommen nennt vom DSB autorisierte „appropriate countermeasures“.

Für den Inhalt der Staatenverantwortung (also die Konsequenzen, die dem Rechtsbrecher auferlegt werden) gilt, dass sowohl die Restitution, also der Naturalersatz (Artikel 35 lit. b) ILC-Artikel¹⁴) als auch die Genugtuung (Artikel 37 ILC-Artikel¹⁵) vom Rechtsverletzer nur insofern verlangt werden, als dies noch verhältnismäßig ist.

Jede Einschränkung der Ausübung von EMRK-Grundrechten muss ihrerseits verhältnismäßig sein. Unabhängig von der expliziten Normierung von Grundrechtsschranken (wie in den jeweiligen Abs. 2 von Artikel 8 bis 11 EMRK: „necessary in a democratic society“) hat die Rechtsprechung diese Anforderung zu allen Konventionsrechten ausgeformt, z.B. zu Artikel 6 und zum Diskriminierungsverbot des Artikel 14. Auch die Befugnis zur allgemeinen Abweichung im öffentlichen Notstand ist nach Artikel 4 Abs. 1 EMRK nur erlaubt unter Wahrung strikter Verhältnismäßigkeit: „to the extent strictly required by the exigencies of the situation“. Auch im Anwendungs-

¹¹ Das alte Rechtsinstitut waren die Repressalien, einschließlich der bewaffneten Repressalien.

¹² A. D. Mitchell, *Proportionality and Remedies in WTO Disputes*, EJIL 2006, S. 985–1008.

¹³ Hierzu WTO, Decision by the arbitrators, *EC – Regime for the importation, sale and distribution of bananas, Recourse to arbitration by the EC under Article 22.6 of the DSU*, WT/DS27/ARB, 9. April 1999, Rn 6.16 unter Verweis auf „the general international law principle of proportionality of countermeasures“.

¹⁴ Artikel 35: „[...] to the extent that restitution: [...] Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.“

¹⁵ Artikel 37 Abs. 3: „Satisfaction shall not be out of proportion to the injury [...]“.

bereich des UN-Zivilpakts (IPbPR) gilt für die Einschränkung der Paktrechte das Verhältnismäßigkeitsgebot.¹⁶

Im Investitionsschutzrecht spielt die Verhältnismäßigkeit in drei Kontexten eine Rolle.¹⁷ Erstens ist sie ein Faktor der Abgrenzung zwischen einer legitimen Eigentumseinschränkung einerseits und der entschädigungspflichtigen Enteignung andererseits.¹⁸ Zweitens rekurrieren Schiedsgerichte auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip, um zu beurteilen, ob der Gaststaat die *Fair and equitable treatment*-Standards, unter Beachtung der berechtigten Erwartungen des Investors, respektiert hat.¹⁹ Drittens ist die Verhältnismäßigkeit relevant für die Ermittlung der *non precluded measures clauses* in BITs.²⁰ In einigen neueren Investitionsschutzverträgen ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip ausdrücklich normiert.²¹

¹⁶ UNHRC, General Comment 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 29. März 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, Rn. 6.

¹⁷ Hierzu grundlegend B. Kingsbury & S. Schill, Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality, in: S. Schill (Hrsg.), International Investment Law and Comparative Public Law, 2010, S. 75–104.

¹⁸ *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States (Tecmed v. Mexico)*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29. Mai 2003, Rn. 122; *Azurix Corporation v. The Argentine Republic (Azurix v. Argentina)*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14. Juli 2006, Rn. 311; *Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/02/01, Award, 17. Juli 2006, Rn. 176(j); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc v. Argentine Republic (LG&E v. Argentina)*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3. Oktober 2006, Rn. 195; *Continental Casualty v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/09, Award, 5. September 2008, Rn. 276; *Total S.A. v. Argentine Republic (Total v. Argentina)*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27. Dezember 2010, Rn. 197, Fn. 232; *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31. Oktober 2011, Rn. 241, 243.

¹⁹ *Saluka Investments BV v. Czech Republic (Saluka v. Czech Republic)*, UNCITRAL, Partial Award, 17. März 2006, Rn. 306; *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8. Oktober 2009, Rn. 293; *Glamis Gold Ltd. V. United States of America (Glamis Gold v. US)*, UNCITRAL (NAFTA), Award, 8. Juni 2009, Rn. 803; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina (InterAgua v. Argentina)*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30. Juli 2010, Rn. 216; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. and The Argentine Republic and AWG Group v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30. Juli 2010, Rn. 236 f.

²⁰ ICSID, *Continental casualty* (Fn. 20), Rn. 189 ff. zu Artikel XI BIT United States – Argentinien.

²¹ Artikel 11 (2) lit. b) ASEAN Comprehensive Investment Agreement (2009) zum *Fair and equitable treatment*-Standard; Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Colombia, 17. März 2010 (nicht in Kraft): Artikel IV zu „exceptions“; Artikel VI Abs. 2 lit. c) zur Enteignung.

Schließlich ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip im EU-Recht stark ausgebildet.²² Erstens muss es bei der Bestimmung der Kompetenzen der EU (gegenüber den Mitgliedstaaten) beachtet werden (Artikel 5 Abs. 4 EUV und das Protokoll zur Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit von 2007). Zweitens fungiert das Verhältnismäßigkeitsprinzip als „Schranken-Schranke“ bei der Einschränkung der Ausübung von EU-Grundfreiheiten und EU-Grundrechten.²³

Ein aktuelles Beispiel für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Arten- und Ressourcenschutz bietet das Walfang-Urteil des IGH im Rechtsstreit Australien gegen Japan um den sog. wissenschaftlichen Walfang, den Japan durchführt.²⁴ Nach der Internationalen Walfangkonvention von 1946 dürfen Vertragsparteien ihren Staatsangehörigen „spezielle Erlaubnisse“ für den Walfang „zu wissenschaftlichen Zwecken“ gewähren.²⁵ Sämtliche Walfangmutorien, die im Rahmen des Regimes in neuerer Zeit vereinbart wurden, gelten für diesen wissenschaftlichen Walfang nicht, das heißt, dieser bleibt erlaubt. Australien hatte Japan vor dem IGH verklagt mit der Begründung, dass die japanischen Aktivitäten in Wirklichkeit nicht wissenschaftlich, sondern kommerzielle Jagden seien und deshalb von der fraglichen Vertragsvorschrift gar nicht gedeckt seien. Der IGH interpretierte den Passus der Vorschrift des Artikel VIII „for purposes of scientific research“ und hielt fest, dass die Elemente des Designs und der Implementierung des japanischen Forschungsprogramms „reasonable in relation to“ seinen selbst gesetzten wissenschaftlichen Zwecken sein müssten.²⁶ Der IGH kam zum Ergebnis, dass das japanische Programm JARPA II in Wirklichkeit nicht zu wissenschaftlichen Zwecken bestand, da kein Forschungsziel, keine Methode und vor allem keine Transparenz über das Programm existierte, mit dem Außenstehende dessen Wissenschaftlichkeit hätten einschätzen können. Der Gerichtshof stellte also eine Vertragsverletzung von Japan fest.

In den Kategorien der traditionellen völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre ist das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit teilweise als vertragliche Pflicht normiert. Dabei kann „Verhältnismäßigkeit“ keinen substantiellen Verhal-

²² N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in EU Law: A Comparative Study*, 1999; A. Emmerich Fritsche, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung*, 2000.

²³ Grundlegend EuGH, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 ff.; heute Artikel 52 Abs. 1 Grundrechtecharta.

²⁴ IGH, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, 31. März 2014.

²⁵ Artikel VIII(1) ICRW v. 2. Dezember 1946, UNTS 161, No. 72: „any Contracting Government may grant to any of its nationals a special permit authorizing that national to kill, take and treat whales for purposes of scientific research [...]“.

²⁶ IGH, *Whaling* (Fn. 24), Rn. 67, 88, 97, Rn. 127 ff.

tenstandard bieten, sondern stellt eine Technik oder Methode dar, um einen solchen Verhaltensmaßstab im Licht der konkreten Umstände zu ermitteln.²⁷ Diese Technik bildet bereits jetzt möglicherweise ein rechtsgebietsübergreifendes völkergewohnheitsrechtliches Prinzip. Plausibel ist auch eine Einordnung als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Sinne von Artikel 38 Abs. 2 lit. c) IGH-Statut. Auch wenn sich Proportionalität der ersten, horizontalen, Version (dazu sogleich) unabhängig und sogar zeitlich vor der weltweiten Ausbreitung des liberalen nationalen Verwaltungs- und Verfassungsprinzips als Technik im Völkerrecht der Land- und Ressourcennutzung und der Gegenmaßnahmen herausgebildet hat,²⁸ so entstammt vor allem seine diagonale Version dem nationalen Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Das Prinzip insgesamt hat mittlerweile in allen Versionen globale Verbreitung gefunden, es ist von allen „Kulturvölkern“ anerkannt, um den altmodischen Begriff des IGH-Statuts zu verwenden.

C. Drei Versionen des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Der kursorische Überblick über die verschiedenen Völkerrechtsgebiete hat gezeigt, dass im Völkerrecht drei verschiedene Versionen des Verhältnismäßigkeitsprinzips existieren. Die erste Version, welche ich als horizontale, zwischenstaatliche Version bezeichne, gilt unter anderem im Bereich der Gegenmaßnahmen, einschließlich der Selbstverteidigung. Das Prinzip bezieht sich hier auf die Relation zwischen Aktion (Völkerrechtsverletzung) eines Staates und der erlaubten Reaktion eines anderen Staates, gilt also rein zwischenstaatlich. Die zweite Version nenne ich die diagonale, individualbezogene Version. Es geht hier um ein anderes Verhältnis, nämlich dasjenige zwischen einem nationalen öffentlichen Interesse und Partikularinteressen, von Individuen (im Menschenrechtsschutz sowie im humanitären Völkerrecht) oder von Investoren. Die dritte Version bezieht sich auf die Relation zwischen einem globalen öffentlichen Interesse, z.B. am Freihandel, und Partikularinteressen von Staaten (und dahinter stehenden Wirtschaftsinteressen, z.B. im WTO-Recht). Ich nenne es die vertikale Version. In diesen drei Versionen, die sich auf verschiedene Verhältnisse beziehen, hat das Prinzip konstitutionelle Funktionen, aber nicht unbedingt identische.

²⁷ E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, 2000, S. 472.

²⁸ Ebd., S. 482.

I. Die horizontale Version

Die horizontale Version des Verhältnismäßigkeitsprinzips bezieht sich auf die Situation kollidierender (Nutzungs-)Interessen von Staaten, z.B. im Seerecht, im Recht der Landnutzung und im Recht der natürlichen Ressourcen (Fischerei, Gewässer, usw.).²⁹ Der „archaische“ Charakter dieser Version zeigt sich vor allem im Bereich der Gegenmaßnahmen und der Selbstverteidigung nach Artikel 51 UN-Charta. Hier gilt das Gebot der Verhältnismäßigkeit bezogen auf das Verhältnis von Aktion und Reaktion. Die vorausgehende Aktion war eine Verletzung von Völkerrecht, etwa die Verletzung eines Vertrages, oder sogar ein bewaffneter Angriff. Der verletzte Staat darf darauf reagieren, mit friedlichen Sanktionen, oder – im Fall des bewaffneten Angriffs – mit militärischer Selbstverteidigung. Immer aber darf dies nur in verhältnismäßiger Weise geschehen.³⁰

Die vorausgegangene Aktion kann im zwischenstaatlichen Verhältnis auch in einer (behaupteten) Verletzung von staatlichem Recht bestehen. Beispielsweise wandte der Seegerichtshof das Verhältnismäßigkeitsprinzip an zur Eindämmung von Waffengewalt bei der Festnahme eines fremden Schiffes: „it must not go beyond what is reasonable and necessary in the circumstances.“³¹ Das Prinzip wurde vom Gerichtshof aus „Erwägungen der Menschlichkeit“ hergeleitet als Grundsatz des allgemeinen Völkerrechts, das vom Tribunal nach Artikel 293 UNCLOS angewendet werden darf. Der Grundsatz begrenzte das Mittel der Waffengewalt gegen ein fremdes Schiff und seine Besatzung, die vom Staat Guinea zwecks Verwirklichung des staatlichen Interesses an der Durchsetzung der nationalen Gesetze gegen Schmuggel, Betrug und Steuerflucht eingesetzt worden war. Der Seegerichtshof hielt den Waffeneinsatz für „exzessiv“ und deshalb völkerrechtsverletzend.

Die Ratio des Verhältnismäßigkeitsprinzips in diesem Kontext ist die Verhinderung von Eskalationen. Wie Thomas Franck schreibt, ist seine zentrale Funktion (ich füge hinzu: in der horizontalen, „archaischen“ Version),

²⁹ Hierzu grundlegend ebd., Teil 1, Kapitel II und III.

³⁰ Zu Gegenmaßnahmen IGH, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Fn. 3), Rn. 85. Zum völkergewohnheitsrechtlich geltenden Erfordernis der „necessity and proportionality“ der Selbstverteidigungshandlung IGH, *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (merits), ICJ Reports 1986, S. 14 ff., Rn. 176, 194 u. 237; IGH, *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (8. Juli 1996), ICJ Reports 1996, S. 226 ff., Rn. 41; IGH, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2003, S. 161 ff., Rn. 43 u. 51 und 73–78; IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ICJ Reports 2005, S. 168 ff., Rn. 147.

³¹ ITLOS, *The M/V Saiga (No. 2) case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS Case No. 2, Urt. v. 1. Juli 1999, Rn. 155–159, Zitat Rn. 155.

„to keep countermeasures from spiraling out of control“.³² Diese Funktion wird verständlich, wenn wir uns die gesamthafte Struktur des Völkerrechts vergegenwärtigen. Es wird in diesem Paradigma als horizontales, „genossenschaftliches“ Recht aufgefasst, als ein Recht, in dem sich die Akteure oder Rechtspersonen, das sind insbesondere die Staaten, als souveräne Gleiche gegenüberstehen, auf einer, bildlich vorgestellten, ebenen Fläche, ohne dass es eine übergeordnete Instanz gäbe. Die Völkerrechtssubjekte (vor allem Staaten) dürfen und sollten auf Völkerrechtsverletzungen anderer reagieren, indem sie sich selbst helfen, mittels Gegenmaßnahmen. Die Wirksamkeit dieser Rechtsordnung beruht auf der dezentralen Durchsetzung, es gibt kein Gewaltmonopol einer zentralen Instanz und sowieso keinen Weltstaat. Die Staaten auf internationaler Ebene sind, aus dieser Perspektive, vergleichbar mit Individuen oder Familien vor der Entstehung des mit dem Gewaltmonopol ausgestatteten modernen Staates. In einer Sphäre ohne Gewaltmonopol, wie es in Europa erst (vereinfachend gesprochen) mit dem Allgemeinen Landfrieden von 1495 eingeführt wurde, musste die Fehde (bzw. die Selbsthilfe) toleriert werden. De-Eskalation ist in einem solchen System eine besondere konstitutionelle Funktion; sie ist konstitutionell deshalb, weil sie grundlegend für die Aufrechterhaltung der gesamten Ordnung ist.

II. Die diagonale Version

Die zweite Version des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Völkerrecht bezieht sich auf die Relation zwischen nationalem öffentlichem Interesse und Partikularinteressen von Individuen. Das nationale öffentliche Interesse des Staates wird realisiert beispielsweise im Teilgebiet der Menschenrechte mittels Maßnahmen des Staates zur Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung (etwa in der Terrorbekämpfung). Im Teilgebiet des Investitionsschutzrechts ist es das Interesse eines Gaststaates von Investoren z.B. an strikter Umweltregulierung in seinem Staat. Im humanitären Völkerrecht ist es das Interesse einer Konfliktpartei, einen militärischen Vorteil zu erlangen. Die von staatlichen Maßnahmen betroffenen Individuen können Angehörige des agierenden Staates sein oder auch nicht. Der Menschenrechtsschutz greift, sobald die Einzelnen der Hoheitsgewalt des Staates unterworfen sind, auch extraterritorial. Im humanitären Völkerrecht sind typischerweise Zivilisten der anderen Konfliktpartei, also des gegnerischen Staates oder der Rebellen, betroffen. Im Investitionsschutzrecht sind die von Maßnahmen des Gaststaates betroffenen Investoren gerade nicht Staatsangehörige des Gaststaates, das ist sogar die Voraussetzung des Eingreifens des ICSID-Mechanismus.³³

³² T. Franck, On Proportionality of Countermeasures in International Law, AJIL 2008, S. 715–767 (763).

³³ Artikel 25 ICSID-Abkommen.

Diese Konstellation, die Spannung zwischen dem nationalen öffentlichen Interesse und Individualinteressen, ähnelt derjenigen, die wir aus dem nationalen Verfassungsrecht kennen. Es gibt jedoch einen Unterschied: Das Individualinteresse ist völkerrechtlich geschützt, es existiert ein völkerrechtliches Regime, zum Teil mit Durchsetzungsinstitutionen, um die Wahrung der Interessen der Individuen (einschließlich der Investoren) zu garantieren. Diese Individualschutzrichtung war den betreffenden Regimen nicht von Anfang an inhärent. Beispielsweise wurde der Schutz von Personen im humanitären Völkerrecht historisch mit dem rein staatlichen Interesse daran, keine eigenen Staatsbürger zu verlieren, begründet; ähnliches galt für das Fremdenrecht, den Vorläufer des Menschenrechtsschutzes und des Investitionsschutzrechts. Die internationale Garantie zeigt jedenfalls, dass der Respekt der hier geschützten Partikularinteressen, also Menschenrechte, Rechte von Zivilisten und von Investoren (unabhängig davon, ob dieser Schutz nur die Form objektivrechtlicher Pflichten der Staaten annimmt oder weitergehend subjektive Rechte der Individuen einschließt³⁴) als gleichzeitig im globalen öffentlichen Interesse liegend angesehen wird.³⁵ Die Sicherung der Partikularinteressen ist „auch“ ein öffentliches Interesse, nämlich dasjenige der internationalen Gemeinschaft. So gesehen geht es auch hier um die Spannung zwischen nationalstaatlichen Partikularinteressen und globalem öffentlichem Interesse.

III. Die vertikale Version

Schließlich ist in neuerer Zeit eine dritte völkerrechtliche Version des Verhältnismäßigkeitsprinzips in den Vordergrund getreten, die ich als vertikale Version bezeichnen möchte. Das Hauptanwendungsfeld bildet das WTO-Recht.³⁶ Hier spielt das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Rolle als „Schranken-Schranke“ bei der Abweichung von GATT-Liberalisierungspflichten, vor allem, wenn ein WTO-Mitglied versucht, diese Abweichung nach der allgemeinen Ausnahme des Artikel XX GATT zu rechtfertigen; und ähnlich nach Artikel 2 Abs. 1 und Artikel 5 Abs. 6 SPS-Abkommen sowie Artikel 2 Abs. 2 TBT-Abkommen. Artikel XX GATT erlaubt beispielsweise nach lit. a) den Mitgliedern den Schutz der öffentlichen Moral, nach lit. b) den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und

³⁴ Beispielsweise ist im humanitären Völkerrecht umstritten, ob geschützte Personen lediglich Nutznießer (Schutzobjekte) des humanitären Völkerrechts sind (so R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, 2002, S. 27–34; K. Parlett, *The Individual in the International Legal System*, 2011, S. 176–228, insb. 224) oder unter Umständen Träger internationaler Rechte (so A. Peters, *Jenseits der Menschenrechte: Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, 2014, § 7, S. 179–213).

³⁵ Grundlegend S. Peter, *Public Interest and Common Good in International Law*, 2012.

³⁶ A. Desmedt, *Proportionality in WTO Law*, *JIEL* 2001, S. 441–480.

Pflanzen. Lit. d) GATT erlaubt Maßnahmen zur Durchsetzung bestimmter Rechtsvorschriften (Patentrecht, Zoll, u.a.). Diese nationalen (potentiell handelshemmenden) Maßnahmen zum Schutz der genannten Rechtsgüter müssen immer „necessary to [...]“ sein. Nach Artikel XX lit. g) muss die staatliche Maßnahme in Beziehung stehen („relate to“) zu einer von diesem verfolgten Umweltpolitik.³⁷ Die Prüfung des Eingreifens dieser Ausnahmen (einschließlich der Anforderungen des *chapeau* des Artikel XX GATT³⁸) beinhaltet nach der WTO-Rechtsprechung einen „process of ‚weighing and balancing‘ a series of factors, including the importance of the objective, the contribution of the measure to that objective, and the trade-restrictiveness of the measure.“³⁹ Im Seehundprodukte-Fall (zu Artikel XX lit. a) GATT) unternahmen das Panel und der Appellate Body eine genaue Prüfung, ob es „reasonably available alternative means“ zum Importverbot von Seehundprodukten gab, untersuchten in diesem Zusammenhang konkret die Machbarkeit der möglichen Alternativmaßnahmen (Etikettierungsvorschriften u.ä.) und berücksichtigten auch prohibitiv hohe Kosten, welche die Alternativen letztlich ausschlossen.⁴⁰

Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips beziehungsweise der Technik des Abwägens beruht wiederum auf der Annahme, dass es ein globales öffentliches Interesse gibt, zu dem Partikularinteressen (hier von einzelnen Staaten) in Spannung stehen können. Im WTO-Recht ist es das globale öffentliche Interesse an Freihandel, basierend auf der Annahme, dass hierdurch – nach *David Ricardos* Theorie des komparativen Vorteils – ein globaler Wohlfahrtsgewinn erzielt wird. Dies drückt sich in der Präambel des WTO-Abkommens aus, welche als Ziel der WTO den Abbau von Zöllen und anderen Handelshemmnissen zum „gemeinsamen Nutzen“ der WTO-Mitglieder nennt. Die Gemeinwohlorientierung dieses Regimes besteht unabhängig von der Frage, ob die WTO-Vertragspflichten als kollektive Pflichten

³⁷ Hierzu Appellate Body, *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp products*, 12. Oktober 1998, WT/DS58/AB/R, Rn. 136: „substantial relationship“, „close and genuine relationship of ends and means“.

³⁸ Prüfung der Verhältnismäßigkeit des angegriffenen nationalen Gesetzes zusätzlich im Rahmen der Anwendung des *chapeau* in AB, *Shrimp* (Fn. 37) Rn. 141.

³⁹ WTO Appellate Body Reports, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R and WT/DS401/AB/R (22. Mai 2014), Rn. 5.169. Grundlegend WTO AB, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11. Dezember 2000, Rn. 164–165 (zu Artikel III(4) GATT). Siehe ferner WTO AB, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, 7. April 2005, Rn. 306 (zu „necessity“ im Sinne von Artikel XIV GATS); WTO AB, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, 3. Dezember 2007, Rn. 182 (zu Artikel XX lit. b) GATT).

⁴⁰ WTO AB, *Seal Products* (Fn. 39), Rn. 5.260–5.278.

(allen anderen Mitgliedern unteilbar und ganzheitlich geschuldet), oder als ein Bündel bilateraler Pflichten aufzufassen sind.⁴¹

Das globale öffentliche Interesse am Freihandel (das letztlich wiederum allen Mitgliedern und ihrer Bevölkerung dienen soll) steht in einem Spannungsverhältnis mit den Partikularinteressen der Staaten und ihrem „Recht auf Regulierung“.⁴² Das nationale Interesse kann allerdings seinerseits völkerrechtlich abgestützt sein. Dementsprechend berufen sich Staaten zur Rechtfertigung einer Abweichung von WTO-Verpflichtung oder zur Legitimierung der Einschränkung völkerrechtlich garantierter Investorenrechte manchmal nicht nur auf nationale, sondern auch auf völkerrechtliche Vorgaben.⁴³

IV. Vergleich

Wenn wir die drei Versionen des Proportionalitätsprinzips vergleichen, so zeigt sich, dass die Frage, was wogegen abgewogen bzw. miteinander ausgeglichen wird, ganz unterschiedlich beantwortet werden muss. In der horizontalen, archaischen Version 1 geht es um die Relation zwischen Maßnahme und Gegenmaßnahme, in der diagonalen Version 2 um die Relation zwischen nationalem Interesse und Individualinteresse und schließlich in der vertikalen Version 3 um die Relation zwischen globalem öffentlichem Interesse und einzelstaatlichem Interesse. Diese Einteilung vereinfacht die Problematik stark, da die jeweiligen Partikularinteressen ihrerseits, wie einige Beispiele zeigten, universalistisch unterfüttert sind. Deshalb darf ihre gemeinsame Struktur betont werden: In allen drei Versionen ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Technik, die einen Ausgleich zwischen gegenläufigen Interessen oder Positionen oder Rechten zu einem gewissen Grad strukturieren, offenlegen und damit rationalisieren und dadurch diesen Ausgleich, der immer eine Wertung erfordert, nachprüfbar und kritisierbar machen soll.

⁴¹ Für letztere Qualifikation J. Pauwelyn, A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature? EJIL 2003, S. 907–952.

⁴² WTO AB, *Seal Products* (Fn. 39), insb. Rn. 5.124–5.127.

⁴³ NAFTA Chap 11, Arbitration, *Glamis Gold v. United States of America*, Klageerwidderungsschrift der USA v. 19. September 2006, S. 33–35: Der beklagte Staat rechtfertigte seine Vorschrift, dass nach Abbauaktivitäten in der Nähe heiliger Stätten amerikanischer indigener Völker wieder aufgefüllt werden müsse, unter Verweis auf die Prinzipien der UNESCO Konvention zum Weltkulturerbe, welche die Investorenrechte nach dem NAFTA einschränken. Der Staat verwies auf „principles of cultural preservation [...] that reflect the ‘policy’ of the international community.“ (S. 35). Im *Biotech*-Fall verwies die EG zur Rechtfertigung ihrer Abweichung vor allem vom SPS-Abkommen auf das Cartagena-Protokoll zur Artenvielfalt. WTO, *EC – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* (29. Juni 2006), Panel-Reports, WT/DS 291–293/R.

D. Ein globales Verfassungsprinzip?

Ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip mehr als ein nur gewöhnliches Völkerrechtsprinzip; gehört es zur Untermenge des globalen (synonym verwendet: transnationalen) Verfassungsrechts? Globales Verfassungsrecht ist die Summe besonders wichtiger völkerrechtlicher und nationaler Rechtsnormen, die Ordnungsprinzipien, Institutionen und Verfahren festlegen, in Bezug auf Sachverhalte und Probleme, die mehr als einen einzigen Staat betreffen. Das globale Verfassungsrecht besteht aus „horizontal“ ähnlichen Rechtsnormen in zahlreichen staatlichen Rechtsordnungen und es besteht, bildlich „vertikal“ vorgestellt, aus einer Kombination, einem Zusammenspiel von Völkerrechtsnormen mit seinerseits globalisierten staatlichen Verfassungsrechtsnormen.⁴⁴ Das Ganze bildet also eine Mehr-Ebenen-Rechtsstruktur oder ein juristisches Netzwerk mit horizontalen und vertikalen Verbindungsnormen, teilweise übergreifenden oder ineinander spielenden Verfahren, die unter anderem Interaktionsmechanismen bereitstellen.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gehört zu diesem Rechtskorpus, sollte also als (globale) Verfassungsnorm eingeordnet werden. Vier Gründe sprechen für eine solche Qualifikation. Der erste Grund ist, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip substantiell wichtig ist. Das Kennzeichen von Verfassungsrecht im materiellen Sinne (also unabhängig von möglichen formalen Kennzeichen, wie Höherrangigkeit, Änderungsfestigkeit, etc.) ist bekanntlich seine inhaltliche Bedeutsamkeit. Verfassungsrecht sind die wichtigen Normen des Gemeinwesens. Sie müssen, wie es in einem englischen Verfassungsrechtslehrbuch heißt, „something fundamental“⁴⁵ haben. Dies trifft auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu: In allen drei Versionen erfüllt es – wie wir gesehen haben – fundamentale, wichtige Aufgaben für die jeweiligen Teilrechtsgebiete.

Das zweite Argument für eine verfassungsmäßige Qualität des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist, dass die Anwendung des Prinzips den Charakter der Völkerrechtsordnung durch die Ermöglichung der Anpassung an neue Situationen tiefgreifend veränderte, wie *Enzo Cannizzaro* zeigt

⁴⁴ A. Peters, *The Globalization of State Constitutions*, Chapter 10, in: J. Nijman & A. Nollkaemper (Hrsg.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, 2007, S. 251–308.

⁴⁵ C. Turpin & A. Tomkins, *Law in Context: British Government and the Constitution: Text and Materials*, 7. Aufl. 2011, S. 6. Die englische Verfassung genießt keinen Vorrang vor den Gesetzen und ist nicht in einer einzigen Urkunde kodifiziert, so dass das Verfassungsrecht (ähnlich wie das internationale Verfassungsrecht) nur anhand von materiellen Merkmalen definiert werden kann.

hat.⁴⁶ Dadurch kann das Völkerrecht veränderlichen Interessenkonstellationen und veränderlichen Wertungen Rechnung tragen. Das passt besser zu einer pluralistischen und dynamischen Welt. Dieser Mechanismus ist grundlegend, und dies rechtfertigt eine Einordnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Verfassungsprinzip. Eine Folgefrage ist, wem die Realisierung dieser Anpassungen und schleichenden Veränderungen von Normen zusteht, hierauf komme ich am Ende zurück.

Das dritte Argument für die Einordnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Verfassungsprinzip ergibt sich daraus, dass insbesondere in Bezug auf den seit 1994 existierenden schiedsgerichtsähnlichen WTO-Streitbeilegungsmechanismus hervorgehoben wird, dass „balancing“, wie es der Appellate Body vornimmt, eine „konstitutionelle Technik“ sei, die üblicherweise als Manifestation der Konstitutionalisierung dieses Regimes angesehen wird.⁴⁷ Abzuwägen ist im WTO-Kontext oft zwischen legitimen Regulierungsinteressen der Mitglieder, die sich als Handelsbarrieren auswirken können, einerseits und der Vertragspflicht zum Freihandel andererseits. Warum aber ist die Abwägung als eine konstitutionelle Technik aufzufassen? Sie ist es, weil der Ausgleich der Spannung zwischen Partikularinteressen und öffentlichem Interesse (Gemeinwohl; *public interest*, *bien commun*) eine typische Aufgabe der Verfassung und ihrer Institutionen ist.

E. Insbesondere die Funktion der Einheitsbildung

Die wohl wichtigste Eigenschaft und Wirkungsweise des Verhältnismäßigkeitsprinzips, aufgrund derer es das Hochwertetikett als Verfassungsprinzip verdient, ist seine Qualität als übergreifendes Strukturprinzip. Es wirkt defragmentierend und erfüllt damit die konstitutionelle Funktion der Einheitsbildung.⁴⁸ Wir haben gesehen, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip in praktisch allen Teilrechtsgebieten des Völkerrechts etabliert ist. Es ist von einem Völkerrechtsgebiet in ein anderes gewandert, indem die speziellen Spruchkörper Rechtsprechung aus anderen Rechtsgebieten herangezogen haben.

⁴⁶ E. Cannizzaro, Proportionality in the Law of Armed Conflict, in: A. Clapham & P. Gaeta (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, 2014, S. 332–352 (332 f.).

⁴⁷ D. Z. Cass, *The Constitutionalization of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutionalization*, *EJIL* 2001, S. 39–77.

⁴⁸ Siehe zum „einheitstiftenden Potential“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes J. Rauber, *Verhältnismäßigkeit und völkerrechtliche Systembildung: Überlegungen zur einheitsbildenden Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Völkerrecht der Konstitutionalisierung*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2015, S. 259–299.

Beispielsweise stützten sich Investitionsschiedsgerichte für die Abgrenzung zwischen Enteignung und legitimer Eigentumsregulierung auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Ausformung durch den EGMR,⁴⁹ für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Gegenmaßnahmen auf die Rechtsprechung des IGH⁵⁰ und für die Auslegung einer Ausnahmeklausel in einem BIT auf die WTO-Rechtsprechung zur „necessity“ im Sinne von Artikel XX GATT.⁵¹

Auch das Recht der Gegenmaßnahmen ist teilrechtsgebietsübergreifend behandelt worden. Deren Verhältnismäßigkeit wird von Spruchkörpern im allgemeinen Völkerrecht, im Investitionsschutzrecht⁵² und im Welthandelsrecht⁵³ unter Rekurs auf gleiche Prinzipien und im Dialog der (Schieds-) Gerichte geprüft. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip könnte, wenn es folgerichtig (nicht notwendig uniform) angewendet wird, zur Konkordanz beziehungsweise zu einer Harmonisierung zwischen den einzelnen Rechtsgebieten beitragen.

Ein gutes Beispiel ist die Notwendigkeit, aber auch die Möglichkeit der Harmonisierung der Vorschriften des Menschenrechtsschutzes mit denjenigen des humanitären Völkerrechts im bewaffneten Konflikt. Heute finden beide Arten von Normen im bewaffneten Konflikt kumulativ Anwendung.⁵⁴ Es geht vielfach um das Recht auf Leben von Zivilisten. Dieses darf nicht „willkürlich“ genommen werden, so Artikel 6 IPbPR. Demgegenüber fordert die EMRK eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung: Nach dem Wortlaut der Konvention muss eine Tötung „unbedingt erforderlich“ sein, um (gewisse, speziell aufgezählte) legitime staatliche Ziele zu erreichen.⁵⁵

Was heißt „willkürlich“ oder „unbedingt erforderlich“ im bewaffneten Konflikt? Wenn ein Menschenrechtsgerichtshof entscheiden muss, ob das Recht auf Leben oder auf körperliche Freiheit im bewaffneten Konflikt ver-

⁴⁹ ICSID, *Continental Casualty* (Fn. 18), Fn. 407 auf S. 124; ICSID, *Tecmed* (Fn. 18), Fn. 143 auf S. 47; ICSID, *Azurix* (Fn. 18), Rn. 311.

⁵⁰ ICSID, *Archer Daniels* (Fn. 18), Rn. 126.

⁵¹ ICSID, *Continental Casualty* (Fn. 18), Rn. 192–195.

⁵² Beispielsweise legte das ICSID Tribunal *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States (Archer Daniels v. Mexico)*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, 21. November 2007, Rn. 152–160 den Standard des IGH, *Gabcikovo-Nagymaros* (Fn. 3) zugrunde.

⁵³ Der WTO Appellate Body, *United States – Definitive safeguard measures on imports of circular welded carbon quality line pipe from Korea*, WTO DS 202/AB/R, 8. März 2002, Rn. 259 mit Fn. 256 zitierte die IGH-Urteile *Nicaragua* und *Gabčikovo-Nagymaros*.

⁵⁴ IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, ICJ Reports 2004, S. 136 ff., Rn. 106. Die Rede vom humanitären Völkerrecht als „lex specialis“ bedeutet keine Exklusivität.

⁵⁵ Hierzu z.B. EGMR (GK), *Nachova v. Bulgarien*, Nr. 43577/98, 6. Juli 2005, Rn. 95.

letzt wurde, wie etwa der EGMR in den Tschetschenien- oder Irak-Fällen,⁵⁶ darf er den Sachverhalt nur am Maßstab der EMRK prüfen. Er kann und muss aber die EMRK im Lichte des humanitären Völkerrechts, nach dem Prinzip der systemischen Interpretation (Artikel 31 Abs. 3 lit. c) Wiener Vertragsrechtskonvention) auslegen. Daraus folgt für die Beurteilung einer Tötung von Kombattanten, dass diese nicht willkürlich ist, da sie nach dem humanitären Völkerrecht prinzipiell erlaubt ist und somit das Recht auf Leben auch nicht verletzt.

Die Tötung von Zivilisten muss rechtlich ganz anders bewertet werden. Diesbezüglich gelten im humanitären Völkerrecht eine Reihe von Prinzipien, deren normativer Gehalt sich überlappt: das Prinzip der Unterscheidung zwischen militärischen und zivilen Zielen (Artikel 48 und 51 Abs. 4 ZP I 1977), das Verbot des gezielten Angriffs auf zivile Objekte (Artikel 51 Abs. 2 ZP I 1977) und das Prinzip der militärischen Notwendigkeit („military necessity“). Ferner dürfen Methoden und Mittel der Kriegführung nicht unbegrenzt gewählt werden (Artikel 35 Abs. 1 ZP I 1977). Die Zufügung „unnötiger“ Leiden (Artikel 35 Abs. 2 ZP I 1977) und „exzessive Angriffe“ sind verboten (Artikel 51 Abs. 5 lit. b) und Artikel 57 Abs. 2 (a) lit. iii) ZP I 1977). All dies sind Formulierungen, die Elemente einer Verhältnismäßigkeitsprüfung enthalten.

Aus der Kombination all dieser Prinzipien des Rechts des bewaffneten Konflikts, insbesondere aus dem Unterscheidungsprinzip in Verbindung mit dem Prinzip der militärischen Notwendigkeit, ergibt sich die Rechtsfolge, dass gezielt nur militärische Ziele (Kombattanten und Objekte) angegriffen werden dürfen. Dabei sind „Kollateralschäden“ an Zivilbevölkerung, zivilen Objekten oder der Umwelt erlaubt, sofern sie nicht „unverhältnismäßig“ zum erwarteten konkreten und direkten militärischen Vorteil sind.⁵⁷ Dabei ist für die Abwägung, bildlich gesprochen, die Waage nicht auf null geeicht. Sie ist von vornherein ein bisschen gekippt, und zwar zulasten des Angreifers: Das Rechtsgut Schutz der Zivilisten wiegt schwerer. Um Beeinträchtigungen aufzuwiegen, muss der militärische Vorteil massiv sein. Nach dem *law on the books* rechtfertigt nur ein massiver militärischer Vorteil (gewisse) Schäden. Allerdings wirkt sich die Abwägung in der Realität oft doch zum Nachteil der Zivilbevölkerung aus, nicht zuletzt aufgrund der großen Spannweite und Unsicherheit bei der Beantwortung von Faktenfragen und der Bestimmung, was alles als Vorteil oder Schaden gelten soll und wie die Vor- und Nachteile bemessen und verglichen werden sollen. Wenn ein Gericht nachträglich die Richtigkeit der Abwägung, also die „Angemessenheit“ dieses Verhältnisses

⁵⁶ EGMR (GK), *Case of Hassan v. United Kingdom*, Nr. 29750/09, 16. Sept. 2014, Rn. 77 und 102–105.

⁵⁷ Siehe z.B. ICTY, Appeals Chamber, *Judgment Prosecutor v. Galič*, No. IT-98-29-A, 30. November 2006 (Appeal Case), Rn. 190.