

Sonderdruck aus:

# Polis und Kosmopolis

Festschrift für Daniel Thürer

Herausgegeben von

Giovanni Biaggini / Oliver Diggelmann / Christine Kaufmann

---

## Anne Peters

Prof. Dr. iur., Direktorin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg; Professorin an den Universitäten Basel, Heidelberg und FU Berlin

# Drei Versionen der Verhältnismässigkeit im Völkerrecht



**DIKE**

ISBN 978-3-03751-727-7 Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2015  
ISBN 978-3-8487-2530-4 Nomos Verlag, Baden-Baden 2015



**Nomos**

# Drei Versionen der Verhältnismässigkeit im Völkerrecht

Anne Peters

In diesem Beitrag soll gezeigt werden, dass drei Versionen des Verhältnismässigkeitsprinzips im Völkerrecht existieren, und dass diese drei unterschiedliche konstitutionelle Funktionen haben. Diese Untersuchung folgt dem Aufruf Daniel Thürers nach »constitutionalism as a method of construction and interpretation« des Völkerrechts, unter anderem des humanitären Völkerrechts.<sup>1</sup>

## 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«) allgemein, von »necessity« (z.B. in Art. 25 der ILC-Artikel zur Staatenverantwortung, in Art. 51 UN-Charta und im humanitären Völkerrecht) und schliesslich vom Prinzip der »reasonableness«. Diese Abgrenzung ist nicht einfach und für viele Fragestellungen auch nicht nötig, die Konzepte überlappen sich.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip wurde »erfunden« vom preussischen Juristen Carl Gottlieb Svarez, dem geistigen Schöpfer des Allgemeinen Preussischen Landrechts von 1794<sup>2</sup> und operationalisiert durch das preussische Oberverwaltungsgericht in seinen Kreuzberg-Urteilen von 1880 und 1882.<sup>3</sup> Es ist mittlerweile in zahlreichen Staatsverfassun-

<sup>1</sup> Daniel Thürer, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*, The Hague, 2008, The Hague 2011, S. 318–326, 325.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Kreuzberg-Urteile des preussischen OVG, v. 10. Juni 1880 und 14. Juni 1882 (abgedr. in DVBl., 1985, S. 216–226).

gen der Welt normiert und durch die nationale Rechtsprechung vieler Staaten ausgeformt worden.<sup>4</sup> Nicht nur findet es sich in allen zentral- und osteuropäischen Verfassungsordnungen<sup>5</sup>, sondern auch in der tunesischen Verfassung,<sup>6</sup> Verfassungen von Südafrika und Israel, Lateinamerika, Australien und Neuseeland und einiger asiatischer 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.<sup>7</sup> Dort wurde es über den Human Rights Act von 1998 Teil des englischen Verfassungsrechts und hat den alten englischen ›reasonableness-Test (das Wednesbury principle)‹<sup>8</sup> verdrängt.

### 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 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.

<sup>4</sup> Siehe für eine Rezeptionstafel Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge 2012, S. 182.

<sup>5</sup> Siehe die ausdrücklichen Normierungen in Art. 49 der Verfassung von Rumänien v. 21. November 1991; Art. 54 der Verfassung von Moldawien v. 29. Juli 1994; Art. 17 der Verfassung der Republik Albanien v. 21. Oktober 1998.

<sup>6</sup> Art. 49 der Verfassung von Tunesien v. 26. Januar 2013.

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

<sup>8</sup> *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation*, [1947] EWCA Civ 1 (10. November 1947).

## Verhältnismässigkeit im Völkerrecht

Das Recht der Gegenmassnahmen ist heute als Teil des Rechts der Staatenverantwortung in den ILC-Artikeln von 2001 quasi-normiert.<sup>9</sup> Art. 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. Nach Art. 22 Abs. 4 und 7 WTO Dispute Settlement Understanding (DSU 1994) muss der Umfang der Aussetzung der Vertragspflichten der vorausgegangenen Vertragsverletzung »entsprechen« (engl. »equivalent«).<sup>10</sup> Die Vorschrift des Art. 4.10 SCM-Abkommen (Subsidies and Countervailing Measures) nennt vom Dispute Settlement Body autorisierte »appropriate countermeasures«.

Für den Inhalt der Staatenverantwortung (also die Konsequenzen, die dem Rechtsbrecher auferlegt werden) gilt, dass sowohl die Restitution, also der Naturalersatz (Art. 35 lit. b) ILC-Artikel) als auch die Genugtuung (Art. 37 ILC-Artikel) von ihm 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 Art. 8 bis 11 EMRK: »necessary in a democratic society«) hat die Rechtsprechung diese Anforderung zu allen Konventionsrechten ausgeformt, z.B. zu Art. 6 und zum Diskriminierungsverbot des Art. 14. Auch die Befugnis zur allgemeinen Abweichung im öffentlichen Notstand ist nach Art. 4 Abs. 1 EMRK nur erlaubt unter Wahrung strikter Verhältnismässigkeit: »to the extent strictly required by the exigencies of the situation«. Auch im Anwendungsbereich des UN-Pakts II gilt für die Einschränkung der Paktrechte das Verhältnismässigkeitsgebot.

<sup>9</sup> International Law Commission (ILC): Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), A/CN.4/L.602, Rev. 1., auch als Annex der kenntnisnehmenden Resolution der UN-Generalversammlung (GA/Res/56/83 [2002]). Die ILC ist ein Expertengremium, das Völkerrecht kodifizieren und weiterentwickeln soll. Die ILC-Artikel zur Staatenverantwortung sind Soft Law.

<sup>10</sup> 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«.

Im Investitionsschutzrecht spielt die Verhältnismässigkeit in drei Kontexten eine Rolle. Erstens ist sie ein Faktor der Abgrenzung zwischen einer legitimen Eigentumseinschränkung einerseits und der entschädigungspflichtigen Enteignung andererseits.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> Drittens ist die Verhältnismässigkeit relevant für die Ermittlung der »non precluded measures-clauses« in BITs.<sup>13</sup> In einigen neueren Investitionsschutzverträgen ist das Verhältnismässigkeitsprinzip ausdrücklich normiert.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> *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 July 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.

<sup>12</sup> *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.

<sup>13</sup> ICSID, *Continental casualty* (Anm. 11), Rn. 189 ff. zu Art. XI BIT United States – Argentinien. „Non-precluded measures clauses“ sind Vertragsklauseln, in denen sich der Gaststaat die Möglichkeit vorbehält, bestimmte Massnahmen, etwa zum Schutz der nationalen Sicherheit, zu ergreifen, die dann nicht als investorenschädigend angesehen werden.

<sup>14</sup> Art. 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

## Verhältnismässigkeit im Völkerrecht

Schliesslich ist das Verhältnismässigkeitsprinzip im EU-Recht stark ausgebildet. Erstens muss es bei der Bestimmung der Kompetenzen der EU (gegenüber den Mitgliedstaaten) beachtet werden (Art. 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.<sup>15</sup>

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.<sup>16</sup>

In den Kategorien der traditionellen völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre ist das Erfordernis der Verhältnismässigkeit teilweise als vertragliche Pflicht normiert. Dabei kann ›Verhältnismässigkeit‹ keinen substantiellen Verhaltensstandard bieten, sondern stellt eine Technik oder Methode dar, um einen solchen Verhaltensmassstab im Licht der konkreten Umstände zu ermitteln.<sup>17</sup> Diese Technik bildet bereits jetzt möglicherweise ein rechtsgebietsübergreifendes völkergewohnheitsrechtliches Prinzip. Plausibel ist auch eine Einordnung als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Sinne von Art. 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,<sup>18</sup> 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.

Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Colombia, 17 March 2010 (nicht in Kraft): Art. IV zu ›exceptions‹; Art. VI Abs. 2 lit c) zur Enteignung.

<sup>15</sup> Grundlegend EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 ff., Internationale Handelsgesellschaft; heute Art. 52 Abs. 1 Grundrechtecharta.

<sup>16</sup> IGH, Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening), 31. März 2014, Rn. 67, 88, 97, Rn. 127 ff.

<sup>17</sup> Enzo Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Mailand 2000, S. 472.

<sup>18</sup> *Ibid.*, S. 482.

### 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.

#### *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.). Der »archaische« Charakter dieser Version zeigt sich vor allem im Bereich der Gegenmassnahmen und der Selbstverteidigung nach Art. 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.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Zu Gegenmassnahmen IGH, *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), Judgment, ICJ Reports 1997, S. 7 ff, Rn. 85. Zum völkergewohnheitsrechtlich geltenden Erfordernis der »necessity and proportionality« der Selbstvertei-

## Verhältnismässigkeit im Völkerrecht

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.«<sup>20</sup> Das Prinzip wurde vom Gerichtshof aus »Erwägungen der Menschlichkeit« hergeleitet als Grundsatz des allgemeinen Völkerrechts, das vom Tribunal nach Art. 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), »to keep countermeasures from spiraling out of control«.<sup>21</sup> 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, in dem sie sich selbst helfen, mittels Gegenmassnahmen. Die Wirksamkeit dieser Rechtsordnung beruht auf der dezentralen Durchsetzung, es gibt kein Gewaltmonopol

dungshandlung 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.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Thomas Franck, *On Proportionality of Countermeasures in International Law*, *American Journal of International Law*, 2008, S. 763.



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.

### *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 kann, sobald die Einzelnen der Hoheitsgewalt des Staates unterworfen sind, auch extraterritorial greifen. 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 (Art. 25 ICSID).

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

## Verhältnismässigkeit im Völkerrecht

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 Interessen, 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 einschliesst) als gleichzeitig im globalen öffentlichen Interesse liegend angesehen wird. 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 öffentlichen Interesse.

### *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. Hier spielt das Verhältnismässigkeitsprinzip eine Rolle als »Schranken-Schranke« bei der Abweichung von GATT-Liberalisierungs-Pflichten, vor allem, wenn ein WTO-Mitglied versucht, diese Abweichung nach der allgemeinen Ausnahme des Art. XX GATT zu rechtfertigen; und ähnlich nach Art. XIV GATS, Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 6 SPS-Abkommen sowie Art. 2 Abs. 2 TBT-Abkommen. Art. 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 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 Art. XX lit. g) muss die staatliche Massnahme in Beziehung stehen (»relate to«) zu einer von diesem verfolgten Umweltpolitik.<sup>22</sup> Die Prüfung des Eingreifens dieser Ausnahmen (einschliesslich der Anforderungen des *chapeau* des Art. XX GATT) beinhaltet nach der WTO-Rechtsprechung einen »process of »weighing and

<sup>22</sup> 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«.

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».<sup>23</sup> Im Seehundprodukte-Fall (zu Art. 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.<sup>24</sup>

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

Das globale öffentliche Interesse am Freihandel als Mittel zur Erzielung globaler Wohlfahrtsgewinne (die letztlich wiederum allen Mitgliedern und ihrer Bevölkerung dienen sollen) steht in einem Spannungsverhältnis mit den Partikularinteressen der Staaten und ihrem »Recht auf Regulierung«.<sup>25</sup> Das nationale Interesse kann allerdings seinerseits völker-

<sup>23</sup> 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. Dez. 2000, Rn. 164–165 (zu Art. 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 Art. XIV GATS); WTO AB, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres, WT/DS332/AB/R, 3. Dez. 2007, Rn. 182 (zu Art. XX lit. b) GATT).

<sup>24</sup> WTO AB, Seal products (Anm. 23), Rn. 5260–5278.

<sup>25</sup> WTO AB, Seal products (Anm. 23), insb. Rn. 5.124–5.127.

## Verhältnismässigkeit im Völkerrecht

rechtlich 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.<sup>26</sup>

### *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.

### Ein globales Verfassungsprinzip?

Ist das Verhältnismässigkeitsprinzip mehr als ein nur »gewöhnliches« Völkerrechtsprinzip; gehört es zur Untermenge des globalen 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.<sup>27</sup> Das globale Verfassungsrecht besteht aus »horizontal« ähnlichen Rechtsnormen in zahlreichen staatlichen Rechtsordnungen und es besteht, bildlich »verti-

<sup>26</sup> ZB. in NAFTA Chap 11, Arbitration, Glamis Gold v. United States of America, Klageerwidlungsschrift der USA v. 19. Sept. 2006, S. 33–35.

<sup>27</sup> Thomas Kleinlein/Anne Peters, International Constitutional Law, in: Anthony Carty, Oxford Bibliographies in International Law, Oxford 2014.

kal vorgestellt, aus einer Kombination, einem Zusammenspiel von Völkerrechtsnormen mit seinerseits »globalisierten« staatlichen Verfassungsrechtsnormen. 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«<sup>28</sup> 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. Dadurch kann das Völkerrecht veränderlichen Interessenkonstellationen und veränderlichen Wertungen Rechnung tragen. 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 Re-

<sup>28</sup> Colin Turpin/Adam Tomkins, *Law in Context: British Government and the Constitution: Text and Materials*, Cambridge 2011, S. 6.

## Verhältnismässigkeit im Völkerrecht

gimes angesehen wird.<sup>29</sup> 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.

Die wohl wichtigste Eigenschaft und Wirkungsweise des Verhältnismässigkeitsprinzips, aufgrund derer es das Hochwertetikett als »Verfassungsprinzip« verdient, ist seine Qualität als übergreifendes Strukturprinzip. Es wirkt de-fragmentierend und erfüllt damit die konstitutionelle Funktion der Einheitsbildung. 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. Beispielsweise stützten sich Investitionsschiedsgerichte für die Abgrenzung zwischen Enteignung und legitimer Eigentumsregulierung auf das Verhältnismässigkeitsprinzip in der Ausformung durch den EGMR,<sup>30</sup> für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit von Gegenmassnahmen auf die Rechtsprechung des IGH<sup>31</sup> und für die Auslegung einer Ausnahmeklausel in einem BIT auf die WTO-Rechtsprechung zur »necessity« im Sinne von Artikel XX GATT.<sup>32</sup>

## Verhältnismässigkeit und Herrschaft der Gerichte

Die eben genannte zentrale Aufgabe der Anpassung und Weiterentwicklung des Rechts mit Hilfe des Verhältnismässigkeitsprinzips fällt im Verfassungsstaat typischerweise Gerichten zu. Die Ausbreitung des Verhältnismässigkeitsprinzips in praktisch allen staatlichen Rechtsordnungen und in völkerrechtlichen Regimen hat, wie Alec Stone Sweet und Jud

<sup>29</sup> Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutionalization*, *European Journal of International Law* 2001, S. 39–77.

<sup>30</sup> ICSID, *Continental Casualty* (Anm. 11), Fn. 407 auf S. 124; ICSID, *Tecmed* (Anm. 11), Fn. 143 auf S. 47; ICSID, *Azurix* (Anm. 11), Rn. 311.

<sup>31</sup> ICSID, *Archer Daniels* (Anm. 11), Rn. 126.

<sup>32</sup> ICSID, *Continental Casualty* (Anm. 11), Rn. 192–195.

Mathews zeigten, massgeblich zur ›judicialization‹ der diversen Gemeinwesen beigetragen, also zur Stärkung der gerichtlichen Rolle in der Rechts- und Verfassungsentwicklung: »Proportionality constitutes a doctrinal underpinning for the expansion of judicial power globally.«<sup>33</sup>

Die Verfahrensweise, Sachkunde und Entscheidungsformate von Gerichten und Schiedsgerichten befähigt und legitimiert jene Institutionen, die Abwägung von Interessen und die damit einhergehenden Rechtsanpassungen vorzunehmen. Jedoch lassen Abwägungsentscheidungen grosse Wertungsspielräume zu, welche die Strukturierung und Stufung der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht wegrationalisieren kann. Die Ausnutzung jener Spielräume in der proportionalitäts-gesteuerten Rechtsfortbildung durch Gerichte haben diese immer wieder dem Vorwurf des *gouvernement des juges* ausgesetzt. Der Legitimitätsmangel (schieds-)richterlicher Rechtsfortbildung ist im Völkerrecht nach verbreiteter Sichtweise gravierender als im nationalen Recht, weil auf der internationalen Ebene der Rechtssetzer nicht ohne weiteres durch ›gesetzgeberisches‹ Tätigwerden eine richterliche Rechtsschöpfung korrigieren kann. Vor allem kann eine eventuelle Untätigkeit der Staaten (der Regierungen) weniger gut als Billigung von richterlichem Aktivismus gewertet werden, da die Rechtserzeugung durch Vertrag durch zahlreiche Faktoren gehandicapt ist. Aus diesem Grund sollten übergeordnete Abwäger, also die internationalen Spruchkörper, nationale Abwägungsentscheidungen nur mit besonderer Zurückhaltung nachprüfen und in der Regel keine ganz andere Austarierung vornehmen.

Die diagonale Version des Verhältnismässigkeitsprinzips, also die Technik der Abwägung von nationalen Gemeinwohlmassnahmen gegen Individualinteressen, die aber ihrerseits global garantiert werden, gewinnt an Bedeutung. Diese Balance wird im ersten Anlauf von den staatlichen Behörden selbst gesucht. Jedoch kann als Folge der Vergerichtlichung des Völkerrechts eine Überprüfung dieser Abwägung durch internationale (Quasi-)Gerichte stattfinden, insbesondere durch Menschenrechtsgerichte und Investitionsschutz-Schiedsgerichte. Nicht nur durch diese Überprüfungsmöglichkeit ausgelöst, aber dadurch befördert, ergibt sich – unter der Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips – eine Darlegungs- und Begründungslast für jede völkerrechtsanwendende Behörde und Institution. Der südafrikanische Verfassungsrechtler, der gegen die

<sup>33</sup> Alec Stone Sweet/Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law* 2008, S. 73–165, insb. 161, Zitat aus dem Abstract.

## Verhältnismässigkeit im Völkerrecht

Apartheid gekämpft hatte, Etienne Mureinik,<sup>34</sup> beschrieb die Wirkung des Verhältnismässigkeitsprinzips dahingehend, dass seine konsequente Anwendung zur Einübung einer »culture of justification« beitrage und zur Verabschiedung einer »culture of authority«. Die Einübung einer Kultur der Rechtfertigung auch in den zwischen-, über- und transstaatlichen Beziehungen ist der zentrale konstitutionelle Beitrag der Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Völkerrecht.

<sup>34</sup> Etienne Mureinik, A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights, South African Journal on Human Rights, 1994, S. 32.