

Michael Agi

Zur Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes  
im Völkerrecht der bewaffneten Konflikte und im  
Völkerstrafrecht



**Nomos**

INSTITUTE FOR  
INTERNATIONAL PEACE  
AND SECURITY LAW



Kölner Schriften zum Friedenssicherungsrecht  
Cologne Studies on International Peace und Security Law  
Études colognaises sur le droit de la paix et de la sécurité  
internationales

Herausgegeben von/Edited by/Éditées par

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Claus Kreß LL.M. (Cambridge)

Band/ Volume 17

Michael Agi

Zur Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes  
im Völkerrecht der bewaffneten Konflikte und im  
Völkerstrafrecht



**Nomos**

INSTITUTE FOR  
INTERNATIONAL PEACE  
AND SECURITY LAW 



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8536-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-2897-3 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

إهداء إلى عائلتي



## Vorwort

Diese Arbeit wurde ganz überwiegend im September 2020 abgeschlossen und lag im Sommersemester 2021 der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation vor. Sie entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institute for International Peace and Security Law.

Mein größter Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Claus Kreß, LL.M. (Cambridge). Durch ihn habe ich das Völkerrecht nicht nur kennengelernt, er hat mich für seine Disziplin begeistert und ihm verdanke ich den Zugang zu einer völkerrechtlichen Sicht- und Denkweise. Professor Kreß hat mich stets uneingeschränkt unterstützt und gefördert und mir dabei volles Vertrauen geschenkt. Zugleich hat er mich immer wieder herausgefordert, mit neuen Fragestellungen konfrontiert und mich gelehrt, immer „hungrig“ zu bleiben. Das hat mich entscheidend motiviert und weitergebracht. Für diese Schule werde ich ihm stets sehr dankbar sein.

Großer Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Burkhard Schöbener für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, vor allem aber für die überaus wertvollen Denkanstöße, die er mir mit auf den Weg gegeben hat.

Bedanken möchte ich mich auch bei Professor Sarah Cleveland und dem Team des Human Rights Institute der Columbia Law School in the City of New York, darunter insbesondere Alex Moorehead. Sie haben mich für einen fünfmonatigen Forschungsaufenthalt herzlich empfangen und mir eine unvergessliche Zeit in einer faszinierenden Stadt ermöglicht. Professor David Pozen danke ich für interessante und wertvolle Einblicke in das US-amerikanische Verfassungsrecht. Ebenfalls bedanke ich mich bei Professor Michael N. Schmitt, Professor Robert Lawless und beim Lieber Institute for Law and Land Warfare der United States Military Academy in West Point für die Ermöglichung der Teilnahme an einem inspirierenden Lieber Institute Workshop.

Ferner möchte ich mich bei meinen Freunden und Kollegen bedanken, die mich in dieser Phase meines Lebens begleitet haben. Besonders hervorheben möchte ich Jannis Fischer und Sarah Gućanin-Gazibarić, denen ich nicht nur für einen intensiven Austausch und für unzählige Diskussionen danke. Darüber hinaus haben sie diese Arbeit bereitwillig und minutiös Korrektur gelesen und dabei sehr hilfreiche Verbesserungsvorschläge ge-

*Vorwort*

macht. Aus dem Kreise des Instituts bedanke ich mich insbesondere bei Priv.-Doz. Dr. Lars Berster, Dr. Paula Fischer, Svenja Raube und Dana Schirwon für eine stets spannende, bereichernde und schöne Zeit, sei es in Köln, New York City oder in West Point.

Ganz besonderer Dank gebührt schließlich meiner Familie, vor allem meinen Eltern Christina und Oussama Agi und meiner Oma, Ilse Nikola. Sie haben mich bei all meinen Vorhaben bedingungslos unterstützt, ebenso wie Sarah, die mit mir diesen Weg vom ersten Tag an immer gemeinsam gegangen ist. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Genf, im April 2022

Michael Agi



## Inhaltsverzeichnis

Kapitel I – Einleitung	15
Kapitel II – Der rechtstheoretische Ansatz	27
A. Die Prinzipientheorie nach Robert Alexy	27
I. Die Grundlagen der Prinzipientheorie	31
1. Prinzipien und Regeln	32
2. Beispiele aus dem Völkerrecht der bewaffneten Konflikte	34
II. Der Grundsatz der militärischen Notwendigkeit	37
1. Inhalt des Grundsatzes der militärischen Notwendigkeit	38
2. Prinzip i.S.d. Prinzipientheorie?	43
III. Der Grundsatz der Menschlichkeit	45
1. Inhalt des Grundsatzes der Menschlichkeit	47
2. Prinzip i.S.d. Prinzipientheorie?	50
3. Ergebnis	52
IV. Das unterschiedliche Kollisionsverhalten von Prinzipien und Regeln	52
V. Die Kollision des Kampfführungsrechts <i>im weiteren Sinne</i> mit der Schutzpflicht <i>im weiteren Sinne</i>	54
1. Der Status des Unterscheidungsgrundsatzes	60
a. Der Inhalt des Unterscheidungsgrundsatzes	61
b. Regel i.S.d. Prinzipientheorie?	62
2. Der Status des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	64
a. Regel i.S.d. Prinzipientheorie?	68
b. Die resultierende Problemstellung	70
VI. Das Abwägungsgesetz i.S.d. Prinzipientheorie	72
1. Die Geeignetheit des Mittels	72
2. Die Erforderlichkeit des Mittels	73
3. Die Verhältnismäßigkeit <i>im engeren Sinne</i>	75
4. Die Implikation für das Verständnis von Art. 51 V b) ZP I	78
VII. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Unterfall des Unterscheidungsgrundsatzes?	81
B. Ergebnis und Thesen aus der Anwendung der Prinzipientheorie auf das Völkerrecht der bewaffneten Konflikte	84

*Inhaltsverzeichnis*

C. Die Erforderlichkeitsregel in Art. 57 II a) ii) ZP I und das systematische Gegenargument	86
Kapitel III – Der vertragsdogmatische Ansatz	91
A. Zur Zulässigkeit der Berücksichtigung der <i>travaux préparatoires</i>	92
I. Die konkreten Voraussetzungen des Art. 32 WVK	93
II. Die Zulässigkeit der Berücksichtigung der <i>travaux préparatoires</i> im Hinblick auf die Forschungsfrage	96
B. Die Diplomatische Konferenz von 1974–1977	99
I. Das Ziel der Konferenz	101
II. Die Konferenzteilnehmer	103
III. Der IKRK-Entwurf zu den Zusatzprotokollen	105
IV. Die Arbeitsweise und ihre Dokumentation	108
C. Die vertragsdogmatische Auslegung des Verhältnisses von Art. 51 ZP I zu Art. 57 ZP I	111
I. Die Analyse des IKRK-Entwurfs von Art. 46 EZP I	113
1. Der Entwurf des IKRK von Art. 46 EZP I	113
2. Die Erläuterungen des IKRK zum Entwurf von Art. 46 EZP I	114
II. Die Analyse des IKRK-Entwurfs von Art. 50 EZP I	119
1. Der Entwurf des IKRK von Art. 50 EZP I	119
2. Die Erläuterungen des IKRK zum Entwurf von Art. 50 EZP I	120
III. Hypothesen aus der Analyse der IKRK-Entwürfe zu den Art. 46, 50 EZP I	130
IV. Erstes Zwischenergebnis im Hinblick auf die Prämisse des systematischen Gegenarguments	132
D. Die Analyse des Verhältnisses der Art. 46, 50 EZP I, insbesondere vor dem Hintergrund ihrer Ausarbeitungspraxis	133
I. Derselbe Zweck	133
II. Die gleiche Verhältnismäßigkeitsregel <i>im Allgemeinen</i>	137
1. Die Untersuchung der Ausarbeitungspraxis	138
2. Ergebnis	145
III. Das Verhältnis von Art. 46 III b) EZP I zu Art. 50 II EZP I <i>im Besonderen</i>	145
1. „to launch an attack“ vs „an attack“	146
2. Die Aussagen der Delegierten aus dem Vereinigten Königreich und aus den Niederlanden	149

3. Der einstweilige Verweis von Art. 46 III b) EZP I auf Art. 50 II a) iii) EZP I	150
4. Ergebnis	153
IV. Keine Verhältnismäßigkeitsregel ohne Erforderlichkeitsregel	154
1. Die Ursache für die veränderte Position der Erforderlichkeitsregel in Art. 50 EZP I	158
2. Zusätzliche Implikation der veränderten Position der Erforderlichkeitsregel	160
a. Die drei möglichen Szenarien	161
b. Die Relevanz der Erforderlichkeitsregel in den drei Szenarien	163
c. Besteht eine Schutzlücke?	165
d. Stimmigkeit im Kontext des ZP I	166
(1) Schutzgedanke von Art. 57 II b) ZP I	166
(2) Rechtsgedanke von Art. 57 II c), III ZP I	167
(3) Grundsatz des Art. 35 II ZP I	169
(4) Martens' sche Klausel	171
(5) Realisierbarkeit der Pflicht	173
(6) Historischer Kontext der Diplomatischen Konferenz	174
e. Ergebnis zur Stimmigkeit	183
3. Ist es aus rechtssystematischer Sicht erheblich, dass die Erforderlichkeitsregel in Art. 46 III b) EZP I nicht ausdrücklich erwähnt wird?	184
V. Zweites Zwischenergebnis im Hinblick auf die Prämisse des systematischen Gegenarguments	187
E. Thesen aus der Gesamtschau der Analyse der IKRK-Entwürfe und der Ausarbeitungspraxis des ZP I	188
F. Konsequenzen für das Verständnis von Art. 8 II b) iv) IStGH-Statut	190
I. Art. 8 II b) iv) IStGH-Statut als Sanktionsnorm zu Art. 51 V b) ZP I	190
II. Vereinbarkeit mit Art. 22 IStGH-Statut	192
III. Ergebnis	198

Inhaltsverzeichnis

G. Die Relevanz weiterer Änderungen an den Art. 46 III b), 50 EZP I	198
I. Art. 46 III b) EZP I vs Art. 51 V b) ZP I	199
1. Die Änderung des Abwägungsbegriffs von „disproportionate“ zu „excessive“	199
a. Die grammatikalische Auslegung	200
(1) Die Änderung in der englischen und französischen Sprachfassung	201
(2) Deutliche Unverhältnismäßigkeit?	210
(3) Der Vergleich zu Art. 8 II b) iv) IStGH-Statut	211
b. Gesamtbetrachtung der Wortlautänderung	218
(1) Die Argumente für eine Lockerung des Abwägungsmaßstabs	219
(2) Die Argumente gegen eine Lockerung des Abwägungsmaßstabs	225
c. Ergebnis	231
2. Der „konkrete“ militärische Vorteil – „concrete“ an Stelle von „substantial“	231
3. Die Kombinationsmöglichkeit der einzelnen Schadensposten – „or“ und „and“ an Stelle von „and“	234
4. Zusammenfassung	236
II. Art. 50 EZP I vs Art. 57 ZP I	237
1. Die „Constant-care“-Vorschrift als <i>lex generalis</i> des Art. 57 ZP I	237
2. Der „Feasibility“-Vorbehalt	239
3. Die Änderung des grammatikalischen Modus in Art. 57 II b) ZP I	252
a. Der temporäre Anwendungsbereich des Art. 57 II b) ZP I	252
b. Die Veränderung des persönlichen und strukturellen Anwendungsbereichs von Art. 50 II b) EZP I	254
c. Die Auslegung von Art. 57 II b) ZP I im Hinblick auf den persönlichen und strukturellen Anwendungsbereich	255
d. Die Ursache der Änderung des Modus (nur) in Art. 57 II b) ZP I	262
4. Zusammenfassung	272
H. Der Angriffszyklus – das modellhafte Zusammenspiel der Art. 51 V b), 57 ZP I, Art. 8 II b) iv) IStGH-Statut	273
I. Das Schema des Angriffszyklus	275

II. Implikation des Modells für das Verhältnis von Art. 51 V b), 57 ZP I, Art. 8 II b) iv) IStGH-Statut	287
I. Endergebnis zur Prämisse des systematischen Gegenarguments	289
Kapitel IV – Inhaltliche Übereinstimmung der vertragsdogmatischen Auslegung mit der rechtstheoretischen Interpretation	291
Kapitel V – Schluss	294
Literaturverzeichnis	301

