

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 20 40
ISSN 0022-6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
e-mail: jz@mohr.de

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen Zeitung

5

73. Jahrgang
2. März 2018
Seiten 213–264

Aus dem Inhalt:

Axel Beater

Öffentliches, inneres und reproduktives Selbst –
Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen
allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Oliver Dörr

Völkerrechtliche Grenzen des Populismus?
Der amerikanische Präsident und das geltende
Völkerrecht

René Börner

Der Diskursvorbehalt der Fristlösung für Beweisanträge

BGH mit Anmerkung von

Christian Schröder

Vorsatz und Verbotsirrtum im Rahmen der Haftung
gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 32 Abs. 1 Satz 1,
54 Abs. 1 KWG

BGH mit Anmerkung von

Gerhard Werle und **Aziz Epik**

Zur Strafbarkeit von Leichenschändungen
nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB



Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

5 73. Jahrgang
2. März 2018

JZ Juristen Zeitung

Inhalt

Aufsätze

Professor Dr. **Axel Beater**
Öffentliches, inneres und reproduktives Selbst –
Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen
allgemeinen Persönlichkeitsrechts **213**

Professor Dr. **Oliver Dörr**, LL.M.
Völkerrechtliche Grenzen des Populismus?
Der amerikanische Präsident und das geltende
Völkerrecht **224**

Privatdozent Dr. **René Börner**
Der Diskursvorbehalt der Fristlösung
für Beweisanträge **232**

Umschau

Kurzbeitrag
Regierungsbildung in der parlamentarischen
Demokratie mit Genehmigung der Parteibasis?
Professor Dr. **Christian Starck** **240**

Tagungsbericht
Der 71. Deutsche Juristentag vom
14.–16. September 2016 in Essen

Abteilung Zivilrecht
Professor Dr. **Astrid Stadler** **241**

Abteilung Arbeits- und Sozialrecht
Professor Dr. **Peter Udsching**,
Vors. Richter am BSG a. D. **243**

Abteilung Strafrecht
Rechtsanwältin **Anke Müller-Jacobsen** **244**

Abteilung Öffentliches Recht
Professor Dr. **Klaus Ferdinand Gärditz** **245**

Abteilung Wirtschaftsrecht
Rechtsanwalt Dr. **Peter Hemeling** **246**

Abteilung Familienrecht
Dr. **Susanne L. Gössl**, LL.M.,
und **Anja Timmermann** **248**

Literatur

Johanna Zanger: Freiheit von Furcht.
Zur grundrechtsdogmatischen Bedeutung
von Einschüchterungseffekten
Professor Dr. **Markus Winkler** **250**

Stefan Korch: Haftung und Verhalten.
Eine ökonomische Untersuchung des Haftungsrechts
unter Berücksichtigung begrenzter Rationalität und
komplexer Präferenzen
Professor Dr. **Tim W. Dornis**, JSM (Stanford) **250**

Entscheidungen

BGH, 16. 5. 2017 – VI ZR 266/16
mit Anmerkung von
Professor Dr. **Christian Schröder**
Vorsatz und Verbotsirrtum im Rahmen der Haftung
gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit §§ 32 Abs. 1 Satz 1,
54 Abs. 1 KWG **253**

BGH, 27. 7. 2017 – 3 StR 57/17
mit Anmerkung von
Professor Dr. **Gerhard Werle** und Dr. **Aziz Epik**,
LL.M. (Cambridge)
Zur Strafbarkeit von Leichenschändungen
nach § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB **257**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung **136***
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **136***
Gesetzgebung **137***
Entscheidungen in Leitsätzen **138***
Neuerscheinungen **149***
Zeitschriftenübersicht **161***
Festschriften/Sammelwerk **164***
Impressum **167***

Professor Dr. Oliver Dörr, LL.M., Osnabrück*

Völkerrechtliche Grenzen des Populismus? Der amerikanische Präsident und das geltende Völkerrecht

U.S. Präsident Trump beschäftigt praktisch täglich den universellen Politik- und Medienbetrieb, nicht zuletzt mit seinen verbalen Eskapaden. In der allgemeinen Wahrnehmung gilt er als anschauliches Beispiel für einen populistischen Politiker. Soweit sein Verhalten und das seiner Administration die zwischenstaatlichen Beziehungen betrifft, stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem geltenden Völkerrecht. Eine nähere Analyse seines ersten Jahres im Amt zeigt, dass auch das moderne Völkerrecht prinzipiell flexibel genug ist, um populistische Ausschläge zu verarbeiten. Dort, wo Grenzen überschritten werden, handelt es sich regelmäßig um Konstanten der U.S.-amerikanischen Außenpolitik.

I. Populismus

Selten war in den letzten Jahren ein verantwortlicher Politiker eine dermaßen universelle Reizfigur wie der gegenwärtige Präsident der USA. Seine spezielle Art des öffentlichen Auftretens, sei es in Person oder digital, löst praktisch reflexartig heftige Reaktionen in der medialen und politischen Öffentlichkeit aus. Die leicht hysterische Aufregung über *Donald Trump* trifft im gegenwärtigen Betrieb der Politikbeobachtung auf eine ebenso aufgeregte Debatte über Populismus, der als ein Trend unserer Zeit gesehen wird. Jedes Nachrichtenmagazin und jede Talkshow scheint dies bereits festgestellt zu haben. Beide aktuellen Debatten bieten Anlass, sich den Entwicklungsstand des geltenden Völkerrechts vor Augen zu führen, und zwar anhand derjenigen Felder, auf denen der amerikanische Präsident im ersten Jahr seiner Amtszeit Spuren hinterlassen hat.

Zuvor aber ist der titelgebende Begriff einzugrenzen: Um Populismus als Phänomen zu erfassen, auch begrifflich, müssen Juristen auf die Politikwissenschaft zurückgreifen: Nach *Jan-Werner Müller* ist Populismus eine Politikvorstellung, in der einem moralisch reinen, homogenen Volk unmoralische, korrupte Eliten gegenüberstehen, die es zu bekämpfen gilt.¹ Der Populist reklamiert für sich, Vertreter des wahren Volkes zu sein, das gegen die vorgeblichen Eliten zu schützen sei, und als einziger den wahren Volkswillen zu erkennen. Personen mit anderer Meinung werden aus diesem wahren Volk ausgegrenzt, zum Teil als undemokratisch verunglimpft. Populismus ist also vor allem anti-elitär, antipluralistisch und von einem moralischen Alleinvertretungsanspruch getragen. Der Anti-Eliten-Reflex führt zur Ablehnung des politischen Repräsentanten, an dessen Stelle der wahre Volkswille treten soll. Verachtung gegenüber Parlamenten und dem parlamentarischen Prozess ist nicht selten die Folge. Der Populist sucht und zelebriert die direkte Kommunikation mit „dem Volk“ und verachtet daher die sogenannten Intermediäre,

sei es Institutionen der innerparteilichen Demokratie oder der Medienöffentlichkeit: Bezeichnungen wie „Lügenpresse“ oder „Fake News“ oder die Zuflucht zu teils paranoiden Verschwörungstheorien sind hierfür äußere Anzeichen. Zu dieser Vorliebe für direkte Kommunikation, die heute durch die digitalen Möglichkeiten praktisch jedermann möglich ist, tritt die Neigung des Populisten, komplexe Fragestellungen auf einfache Konfrontationen zu reduzieren und hierfür einfache Antworten anzubieten. *Andreas Voßkuhle* hat kürzlich herausgearbeitet, dass populistische Politik nicht nur antidemokratisch ist, sondern darüber hinaus regelmäßig inhaltsleer bzw. von inhaltlicher Beliebigkeit.² Damit wird klar, dass Populismus an sich mit rechtlichen Konzepten oder Normen nicht zu fassen ist. Denn es handelt sich im Kern um eine Ideologie, die als solche nicht Gegenstand rechtlicher Beurteilung sein kann.

Mit rechtlichen, auch mit völkerrechtlichen Maßstäben bewerten lässt sich nur staatliches Verhalten, also zurechenbares Tun oder Unterlassen, das allerdings von populistischen Vorstellungen geleitet sein kann. Für die Zurechenbarkeit zu einem Staat ist es regelmäßig erforderlich, dass der Populist nicht mehr in der Opposition sein Unwesen treibt, sondern dass er einen Staat regiert oder jedenfalls an der Regierung beteiligt ist. Auch dafür gibt es bekanntlich mittlerweile einige Beispiele (Venezuela, Polen, Ungarn, Türkei); das wirkmächtigste Beispiel ist aber sicherlich der gegenwärtige Präsident der USA: Auch wenn das erste Jahr seiner Amtszeit gezeigt hat, dass ein Populist im Weißen Haus allein die Weltlage nicht grundlegend verändert, so herrscht durch ihn doch nicht nur ein anderer Ton in den internationalen Beziehungen. Vielmehr haben etliche Handlungen der Trump-Administration, die nicht selten von populistischem Getöse begleitet waren, durchaus mit einigen Konstanten der amerikanischen Außenpolitik gebrochen und die Position der USA in der internationalen Staatengemeinschaft verändert. Manche dieser Handlungen trafen auf große, zum Teil weltweite Empörung. Ob sie auch mit dem geltenden Völkerrecht in Konflikt gerieten, soll hier untersucht werden.

II. Der Rückzug aus internationalen Vereinbarungen

Ein wesentliches Element der neuen U.S. Außenpolitik ist der Rückzug aus multilateralen Vereinbarungen und Kooperationszusammenhängen. Nicht wenige Journalisten, Politiker und sogenannte Experten sahen hierin verschiedentlich eine Missachtung des Völkerrechts oder des Werts völkerrechtlicher Vereinbarungen. Dieses Pauschalurteil wird allerdings, wie so häufig, der tatsächlichen Rechtslage nicht gerecht. Auch das moderne Völkerrecht ist eine Rechtsordnung souveräner Staaten und beruht auf dem Konsensprinzip, wonach jeder Staat nur an diejenigen Regeln gebunden

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung und Direktor am *European Legal Studies Institute* der Universität Osnabrück. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 7. 12. 2017 vor der Juristischen Gesellschaft Osnabrück-Emsland gehalten hat.

¹ *J.-W. Müller* Zeitschrift für Politische Theorie 2016, 187–191; dort auch zum Folgenden. Siehe auch *ders.*, Was ist Populismus? Ein Essay, 2016.

² FAZ v. 23. 11. 2017, S. 6.

ist, die er freiwillig akzeptiert hat.³ Das gilt vor allem für völkerrechtliche Verträge, die zum Schutz der staatlichen Entscheidungsfreiheit nicht selten Beendigungs- und Kündigungsklauseln enthalten. Sie sind Ausdruck des Einvernehmens der Vertragsparteien darüber, dass ein einseitiger Rückzug erlaubt sein soll. Auch spontan kann dieser Konsens zustande kommen, wie nicht zuletzt Art. 54 Buchst. b der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) anschaulich zum Ausdruck bringt.

1. Rückzug mit Kündigungsklausel

Gemäß Art. 54 Buchst. a WVK, der als Völkergewohnheitsrecht auch für die USA gilt, kann ein völkerrechtlicher Vertrag insbesondere nach Maßgabe seiner Bestimmungen beendet werden. Das gilt zum Beispiel für das sogenannte Klimaschutzabkommen von Paris von 2015⁴, das der amerikanische Präsident bekanntlich für einen schlechten „Deal“ hält. Dieses Abkommen enthält in Art. 28 eine ausdrückliche Kündigungsklausel, wonach jeder Vertragsstaat drei Jahre nach Inkrafttreten des Abkommens schriftlich die Vertragsbeendigung erklären kann; diese Erklärung wird ein Jahr nach ihrem Zugang beim Depositar wirksam. Da das Abkommen am 4. 11. 2016 in Kraft trat,⁵ ist eine Kündigung erstmals im November 2019 zulässig und würde dann frühestens am 4. 11. 2020 wirksam – also genau am Tag nach der nächsten Präsidentschaftswahl in den USA. Als der jetzige Präsident den Rückzug Anfang Juni 2017 ankündigte, der dann Anfang August offiziell erklärt wurde, handelte er also nicht völkerrechtswidrig, sondern machte im Gegenteil von einer völkerrechtlichen Gestaltungsbefugnis Gebrauch, die allen Vertragsparteien zusteht. Die Ankündigung erfolgte nur viel zu früh, weil sie erstmals in knapp zwei Jahren zulässig sein wird.

Eine Klausel gilt auch für den Austritt der USA aus der UNESCO, der Organisation der Vereinten Nationen für Erziehung, Wissenschaft und Kultur, den die *U.S. State Department* im Oktober 2017 zum 31. 12. 2018 erklärt hat. Politisch war dieser Schritt schon länger erwartet worden, weil die USA sich vor allem am Beitritt Palästinas zur UNESCO und immer wieder an deren angeblich israelfeindlicher Politik gestoßen hatten. 1984 waren die USA schon einmal ausgetreten, damals aus Protest gegen die pro-sowjetische Haltung der Organisation, ein Jahr später gefolgt vom Vereinigten Königreich; beide Staaten traten der Organisation später wieder bei. Auch im gegenwärtigen Fall machen die USA von einer vertraglichen Kündigungsklausel Gebrauch: Art. II (6) der UNESCO-Satzung⁶ sieht einen Austritt durch schriftliche Erklärung zum Ablauf des nächsten Jahres ausdrücklich vor. Die Anwendung einer solchen Vorschrift ist eine Betätigung, keine Verletzung des Völkerrechts.

Auch ein weiteres Freihandelsabkommen, dasjenige mit Kanada und Mexiko (NAFTA)⁷, hat der amerikanische Prä-

sident im Visier. Auf der Website des Weißen Hauses konnte man dazu lesen: „President Trump is committed to renegotiating NAFTA. If our partners refuse a renegotiation that gives American workers a fair deal, then the President will give notice of the United States’ intent to withdraw from NAFTA.“ Im Mai 2017 teilte der U.S. Handelsbeauftragte mit, dass die Administration Verhandlungen mit Kanada und Mexiko über Veränderungen des NAFTA-Vertrages beginnen wolle. Auch in diesem Fall entspricht das Vorgehen den Regeln des betroffenen Vertrages: Das NAFTA-Abkommen sieht in seinem Kapitel XXII ausdrücklich die Veränderung durch Vereinbarung zwischen den Parteien sowie die einseitige Kündigung mit einer Frist von sechs Monaten vor.

2. Unsigning

Etwas anders gelagert ist der Rückzug der USA vom Transpazifischen Partnerschaftsabkommen (TPP)⁸, den die Trump Administration formell am 30. Januar 2017 erklärt hat. Hierbei handelte es sich um ein sogenanntes *unsigning*, das heißt um den Rückzug einer Unterschrift unter einen völkerrechtlichen Vertrag, der noch nicht in Kraft getreten ist. Ein solcher Rückzug ist jedem Staat erlaubt, der einen Vertrag unter dem Vorbehalt der Ratifikation unterzeichnet hat, weil in diesem Fall erst die Ratifikation die eigentlich maßgebliche Willenserklärung darstellt und die völkerrechtliche Bindungswirkung auslöst. Vor dem Inkrafttreten unterliegt der Unterzeichnerstaat gemäß Art. 18 WVK nur einem sehr weiten Frustrationsverbot, das ihm lediglich verbietet, „Ziel und Zweck des Vertrages zu vereiteln“.⁹ Im Grunde handelt es sich um eine spezielle Treuepflicht als Vorwirkung des in Aussicht genommenen Vertragsverhältnisses. Selbst diese Pflicht endet aber nach Buchst. a der Vorschrift, sobald der Staat „seine Absicht klar zu erkennen gegeben hat, nicht Vertragspartei zu werden“. Dadurch, dass Art. 18 WVK diese Möglichkeit anführt und mit keinerlei rechtlichen Kautelen versieht, macht die Norm deutlich, dass auch nach einer Vertragsunterzeichnung die Ratifikation grundsätzlich ein freiwilliger Akt bleibt: Wenn nichts Anderes vereinbart ist, unterliegt kein Staat, nur weil er einen völkerrechtlichen Vertrag unterzeichnet hat, einer Rechtspflicht zur Ratifikation.¹⁰

Von der damit verbundenen Prärogative haben die USA Gebrauch gemacht, als der U.S. Handelsbeauftragte am 30. 1. 2017 erklärte, die USA „does not intend to become a party to the Transpacific Partnership Agreement“, welches sie zuvor im Februar 2016 unterzeichnet hatten. Auch in diesem Fall machte die U.S. Regierung also von einem Gestaltungsrecht Gebrauch, das zum bekannten und universell anerkannten Instrumentarium des Völkervertragsrechts gehört. Man mag den Rückzug von diesem regionalen Freihandelsabkommen für politisch und strategisch falsch halten – völkerrechtswidrig war er sicher nicht.

³ Grundlegend noch immer das Diktum des *StIGH, The Case of the S.S. Lotus*, PCIJ Series A No. 10 (1927), S. 18: „International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law ...“.

⁴ Übereinkommen von Paris v. 12. 12. 2015, BGBl 2016 II S. 1083. Über den Abschluss war aus amerikanischer Sicht berichtet in AJIL 110 (2016), 374–384.

⁵ BGBl 2016 II S. 1240.

⁶ BGBl 1971 II S. 473, zuletzt geändert in BGBl 1983 II S. 475.

⁷ Text unter <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts> (zuletzt aufgerufen 16. 1. 2018).

⁸ Text unter <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text> (zuletzt aufgerufen 16. 1. 2018); über den Abschluss des Vertrages war berichtet in AJIL 110 (2016), 384–389.

⁹ Im Einzelnen zum Inhalt dieser Verpflichtung Dörr, in: *Dörr/Schmalenbach* (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, 2012, Art. 18 Rn. 30–39; *Aust*, Modern Treaty Law and Practice, 3. Aufl. 2013, S. 108 f.

¹⁰ Ebenso z. B. *Bernhardt* ZaöRV 18 (1957/58), 652, 659 f.; *McNair*, Law of Treaties, 1961, S. 133–135; *Rogoff* Maine Law Review 32 (1980), 263, 267; *McDade* NILR 32 (1985), 5, 10 in Fn. 20; *Bradley*, in: *D.B. Hollis* (Hrsg.), The Oxford Guide to Treaties, Oxford 2012, S. 212; *Aust* (Fn. 9), S. 98; *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach* (Fn. 9), Art. 18 Rn. 19.

3. Ein Sonderfall: das sogenannte Atomabkommen mit dem Iran

Wieder anders liegen die Dinge im Zusammenhang mit dem sogenannten Atomabkommen mit dem Iran, das im Juli 2015 von China, Frankreich, Deutschland, der EU, Russland, dem Vereinigten Königreich und den USA abgeschlossen wurde. Auch dieses Abkommen werde er „zerreißen“, hatte *Donald Trump* im Wahlkampf behauptet, da es ein schlechter „Deal“ sei. Seit er im Amt ist, formuliert er insoweit etwas zurückhaltender. Das könnte mit der besonderen Konstruktion dieses Abkommens zu tun haben, die in der Tat sehr speziell ist und die fast grenzenlose Flexibilität des Völkerrechts in Bezug auf zwischenstaatliche Vereinbarungen anschaulich vor Augen führt. Der *Joint Comprehensive Plan of Action*, der am 14. 7. 2015 unterschrieben wurde,¹¹ ist kein verbindlicher völkerrechtlicher Vertrag, sondern lediglich eine politisch bindende Vereinbarung zwischen Völkerrechtssubjekten.¹² Dies ergibt sich nicht nur aus dem Text des Abkommens und der darin verwendeten Wortwahl, sondern auch aus seinem systematischen Aufbau und dem Verhalten der Vertragsparteien im Zusammenhang mit seinem Abschluss.¹³ Dieser politische Vertrag wurde erst dadurch rechtsverbindlich, dass der UN-Sicherheitsrat ihn am 20. 7. 2015, wie von den Parteien vereinbart, mit seiner Resolution 2231 (2015)¹⁴ bestätigte und konkrete Festlegungen und Rechtspflichten in Bezug auf seine Implementierung statuierte. Dabei berief sich der Sicherheitsrat ausdrücklich auf seine Befugnis zu rechtsverbindlichem Handeln nach Art. 41 UN-Charta und auf die bindende Wirkung seiner Beschlüsse gemäß Art. 25 UN-Charta.

Im Ergebnis ist das sogenannte Atomabkommen der sieben beteiligten Parteien also schlicht ein politisch verhandelter Text, der als Anhang in eine verbindliche Resolution des UN-Sicherheitsrates aufgenommen wurde und dadurch – erst dadurch – für alle Staaten der Welt völkerrechtliche Verbindlichkeit erlangte. Es handelt sich um ein sehr interessantes (und seltenes) Beispiel dafür, wie die dezentrale Gestaltungsbefugnis der Staaten und die zentrale Rechtsetzungsmacht der Vereinten Nationen zusammenwirken können, um universell wirksames Völkerrecht hervorzubringen. Da die völkerrechtliche Bindungswirkung allein durch den multilateralen Akt der Vereinten Nationen entstanden ist, kann sie auch nur auf diesem Wege beseitigt werden. Der amerikanische Präsident allein kann an der rechtlichen Verbindlichkeit des Textes nichts ändern, ihm bleibt aber natürlich die politische Blockade oder Nichterfüllung, die dann gegebenenfalls völkerrechtlich am Maßstab der UN-Charta zu bewerten wäre.

¹¹ Text z. B. unter <http://www.consilium.europa.eu/de/policies/sanctions/iran/jcpoa-restrictive-measures/>; <https://www.state.gov/e/eb/tfs/sp/iran/jcpoa/> (zuletzt aufgerufen am 16. 1. 2018).

¹² Ebenso z. B. *Bungenberg/Giegerich* ZEuS 2017, 377, 379; *Meier/Zamirad*, Die Atomvereinbarung mit Iran, SWP-Aktuell 70 (2015), S. 1; *Joyner*, Guest Post v. 15. 7. 2015 auf opiniojuris.org (zuletzt aufgerufen am 16. 1. 2018).

¹³ Für die entsprechende Auffassung der U.S. Administration unter Präsident *Obama* z. B. *Goldsmith* Harvard ILJ 57 (2016), 455, 465–467; *S.P. Mulligan*, Withdrawal from International Agreements: Legal Framework, the Paris Agreement, and the Iran Nuclear Agreement, Congressional Research Service, R44761 (9. 2. 2017), S. 20 f.

¹⁴ Text unter <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/> (zuletzt aufgerufen am 16. 1. 2018).

4. Zwischenergebnis

Als erstes Zwischenergebnis ist festzuhalten: Ein Element populistischer Außenpolitik mag der Rückzug aus völkerrechtlichen Vereinbarungen sein, um einen besseren „Deal“ für das eigene Volk und dessen wahre Interessen zu erreichen. Die damit verbundene Selbstisolierung ist allerdings völkerrechtlich nicht verboten, sondern durchaus vom koordinationsrechtlichen Charakter des Völkerrechts getragen: Dieses baut als Rechtsordnung zwischen gleichberechtigten Akteuren auf der Selbstbestimmung und Gestaltungsfreiheit der souveränen Staaten auf und lässt ihnen daher im Völkervertragsrecht sehr viel Spielraum, um ihre Interessen zu verfolgen. Soweit Staaten im Konsens handeln, können sie praktisch alles miteinander vereinbaren, wenn man einmal vom schmalen Kern des sogenannten zwingenden Völkerrechts absieht. Dem entsprechen die weitreichenden Möglichkeiten, die Bindungswirkung eines völkerrechtlichen Vertrages einzuschränken oder sich von diesem wieder zu lösen, die zum Teil ebenfalls auf Vereinbarungen zwischen den Parteien beruhen. Solche Klauseln machen es einem Populisten leicht, sich ostentativ für die wahren Interessen des Volkes einzusetzen und so zu tun, als ob dies nur der eigenen Stärke und Entschlossenheit zu verdanken ist. Völkerrechtlicher Hintergrund ist die Flexibilität und Dispositivität des geltenden Völkervertragsrechts, die allerdings dann endet, wenn der UN-Sicherheitsrat ins Spiel kommt und eine Vereinbarung mit seiner rechtlichen Autorität versieht: Erst diese multilaterale, vom universellen Gemeinwohlsanspruch getragene Unterfütterung vertraglicher Abreden kann der populistischen Selbstisolierung Grenzen setzen, jedenfalls vorübergehend.

III. Gewaltanwendung und -androhung gegen andere Staaten

Ein Element, das man häufig mit Populisten assoziiert, ist ihr Hang zu Gewalt und Gewalttätigkeit. Das mag mit dem Versprechen einfacher Lösungen zusammenhängen, und gerade die krude Rhetorik des amerikanischen Präsidenten zeigt, dass ein bestimmtes Persönlichkeitsprofil hier durchaus verstärkend wirken kann. Nun ist die Anwendung militärischer Gewalt seit vielen Jahren ein regelmäßiges Element der U.S. Außenpolitik und als solches immer wieder Gegenstand völkerrechtlicher Debatten; nicht selten – zuletzt etwa 2003 in Bezug auf den Einmarsch im Irak – war die Rechtswidrigkeit des amerikanischen Handelns offensichtlich. Die gegenwärtige Administration unterscheidet sich also dadurch, dass sie militärische Optionen in ihr strategisches Arsenal einbezieht, nicht sehr von ihren Vorgängern. Allerdings ist die gelegentliche Wortwahl des Präsidenten, wenn er sich öffentlich äußert, durchaus gewöhnungsbedürftig.

1. Syrien

Das betrifft nicht so sehr die Angriffe der U.S. Luftwaffe zwischen April und Juni 2017 auf Stellungen der syrischen Armee in Syrien¹⁵ oder die Unterstützung kurdischer Gruppen im Kampf gegen den IS auf syrischem Staatsgebiet. Diese Handlungen erscheinen vielmehr als durchaus typische Elemente amerikanischer Außenpolitik der letzten fünfzig Jah-

¹⁵ Berichtet in AJIL 111 (2017), 781–787.

re, und im Fall Syriens erfolgen sie zudem im Konzert mit anderen westlichen Staaten; auch Deutschland nimmt durch die Entsendung bewaffneter Streitkräfte am militärischen Vorgehen gegen den sogenannten Islamischen Staat auf syrischem Staatsgebiet teil.¹⁶ Die völkerrechtliche Legitimation dieses Vorgehens ist mehr als zweifelhaft: Das geltende Völkerrecht – konkret: Art. 2 (4) UN-Charta – verbietet grundsätzlich jeden Einsatz und jede Androhung militärischer Gewalt gegen einen anderen Staat. Es handelt sich zusammen mit dem Menschenrechtsschutz um die wesentliche Fortentwicklung des universellen Völkerrechts im 20. Jahrhundert. Gewalt in den internationalen Beziehungen kann danach nur noch zulässig sein, wenn und soweit sie von einer anerkannten Ausnahme zum völkerrechtlichen Gewaltverbot getragen ist. Als solche anerkannt sind vor allem die Legitimation durch den UN-Sicherheitsrat nach Art. 39 ff. UN-Charta und das individuelle oder kollektive Selbstverteidigungsrecht gemäß Art. 51 UN-Charta. Beide Ausnahmen kommen im Falle Syriens allerdings nicht zur Anwendung.

Der Sicherheitsrat hat für diesen Fall keinen eindeutigen Beschluss zustande gebracht: Die relevante Resolution 2249 (2015), die hierfür regelmäßig bemüht wird, vermeidet jede Bezugnahme auf die Autorität des Kap. VII der UN-Charta, ruft statt einer verbindlichen Vorgabe die Mitgliedstaaten nur zu Maßnahmen gegen den IS auf („calls upon“) und stellt solche Maßnahmen ausdrücklich unter den Vorbehalt, dass sie mit dem Völkerrecht vereinbar sind.¹⁷ Ein Dispens vom allgemeinen Gewaltverbot kann diesen unklaren Formulierungen nicht entnommen werden, denn eine Ausnahme von einer Norm, die als zwingendes Völkerrecht anerkannt ist, würde eine klare und ausdrückliche Autorisierung zur Gewaltanwendung erfordern.¹⁸

Das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 UN-Charta würde in jedem Fall einen „bewaffneten Angriff“ durch ein anderes Völkerrechtssubjekt voraussetzen, da es sich um ein völkerrechtliches Rechtsverhältnis handelt. Soweit Private den auslösenden Angriff führen, muss ihr Verhalten einem anderen Staat zurechenbar sein, um völkerrechtliche Qualität zu gewinnen. Dieses Zurechnungserfordernis ist in der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs klar bestätigt.¹⁹ Für die USA liegt eine solche völkerrechtliche Selbstverteidigungslage gegenüber Syrien offensichtlich nicht vor: Weder hat das syrische Militär amerikanisches Gebiet angegriffen, noch ist dem Staat Syrien das Handeln des sogenannten Islamischen Staats zurechenbar. Aus völkerrechtlicher Sicht ist letzterer kein Rechtssubjekt, sondern schlicht eine private Mörderbande.

Sehr anschaulich wird die Schwäche der völkerrechtlichen Rechtfertigung des Syrien-Einsatzes auch dadurch, dass die deutsche (wie zum Beispiel auch die britische) Regierung Resolution 2249 und das Recht der Selbstverteidigung insoweit schlicht kumulativ anführen,²⁰ während der Wortlaut von Art. 51 Satz 1 UN-Charta deutlich macht, dass eine verbindliche Maßnahme durch den Sicherheitsrat die Selbst-

verteidigungslage und damit den einseitigen Gewalteinsatz durch die Mitgliedstaaten beendet.

Der amerikanische Militäreinsatz in und gegen Syrien ist daher völkerrechtswidrig, die deutsche Beteiligung daran ebenfalls. Allerdings hat dies nichts mit einer populistischen Administration zu tun, sondern reflektiert eine Konstante amerikanischer Außenpolitik.

2. Ost-Jerusalem

Dasselbe gilt im Grunde auch für die im Dezember 2017 von *Donald Trump* angekündigte Verlegung der U.S. Botschaft in Israel nach Jerusalem²¹, die ja bereits früher vom U.S. Kongress beschlossen worden war.²² Sollte dieser symbolische Akt als Anerkennung der gewaltsamen Einnahme Ost-Jerusalems durch Israel zu verstehen sein (und die politische Begleitmusik auf verschiedenen Seiten spricht sehr dafür), dann wäre sie völkerrechtswidrig. Denn Israel hatte den Ostteil der Stadt 1967 militärisch besetzt und 1980 durch Gesetz zum Teil seines Staatsgebiets erklärt, also im Ergebnis annektiert.²³ Als Reaktion hatte der UN-Sicherheitsrat dieses Vorgehen als völkerrechtswidrig und die darauf gestützten Maßnahmen als null und nichtig bezeichnet.²⁴ Als gewaltsamer Gebietserwerb verstieß das Vorgehen Israels gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot und begründete für alle übrigen Staaten die völkergewohnheitsrechtliche Pflicht, den gewaltsam geschaffenen Zustand nicht anzuerkennen. Diese Pflicht zur Nichtanerkennung als Rechtsfolge eines verbotenen gewaltsamen Gebietserwerbs ist heute völkergewohnheitsrechtlich anerkannt, sie war in den 1970er Jahren in zwei prominenten Resolutionen der UN-Generalversammlung statuiert worden²⁵ und wurde 2004 vom *Internationalen Gerichtshof* ausdrücklich zum universellen Völkergewohnheitsrecht gezählt.²⁶ Erst 2014 hat die Staatenpraxis diese Rechtspflicht aus Anlass der russischen Annexion der Krim nachdrücklich bestätigt.²⁷ Gegen diese Pflicht würde eine Verlegung der U.S. Botschaft nach Jerusalem verstoßen, wenn sie implizierte, durch die Anerkennung ganz Jerusalems als Hauptstadt die Einverleibung Ost-Jerusalems nach Israel anzuerkennen.²⁸

3. Nordkorea

Während das Verhalten der Trump-Administration in Sachen Syrien und Jerusalem weitgehend in der Kontinuität ame-

¹⁶ Zur völkerrechtlichen Rechtfertigung vgl. den Antrag der Bundesregierung in BT-Drucks. 18/6866 v. 1. 12. 2015.

¹⁷ SR-Res. 2249 (2015) v. 20. 11. 2015, Ziff. 5. Treffend z.B. *Akande/Milanovic*, The Constructive Ambiguity of the Security Council's ISIS Resolution, Beitrag in EJIL:Talk! v. 21. 11. 2015 (www.ejiltalk.org); *Latty* RGDIP 120 (2016), 11 (32) nennt die Resolution passend „un petit monstre d'ambivalence“.

¹⁸ *Randelzhofer/Dörr*, in: *Simma* u.a. (Hrsg.), The Charter of the United Nations. A Commentary, 3. Aufl. 2012, Art. 2(4) Rn. 48 m.w.N.; *Krisch* ebd., Art. 42 Rn. 21 m.w.N.; *Kunig* AVR 41 (2003), 327 (329f.); *Corten*, The Law Against War, 2010, S. 394–400 m.w.N.; *Dörr*, Use of Force, Prohibition of, in: Max Planck Encyclopedia of International Law (online unter opil.ouplaw.com), Rn. 42 (2015).

¹⁹ Vgl. *IGH*, *Case concerning Oil Platforms*, Merits, ICJ Reports 2003, 161, para. 51; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004, 136, para. 139; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)*, Merits, ICJ Reports 2005, 168, para. 146. Aus der Literatur statt aller *Randelzhofer/Nolte*, in: *Simma* u.a. (Fn. 18), Art. 51 Rn. 37 f. m.w.N. Für die Gegenmeinung statt aller *Dinstein*, War, Aggression and Self-Defence, 5. Aufl. 2011, paras. 601–606.

²⁰ Vgl. den Antrag in BT-Drucks. 18/6866 in der Überschrift und unter Ziffer 2, insbes. im letzten Absatz.

²¹ Proclamation 9683 v. 6. 12. 2017, Federal Register vol. 82, 58331.

²² *Jerusalem Embassy Act* v. 8. 11. 1995, Public Law 104–45, 109 Stat. 398.

²³ Zu den Vorgängen z.B. *Lapidoth*, Jerusalem, in: MPEPIL online (Fn. 18), Rn. 20–29 (2013).

²⁴ SR-Res. 476 v. 30. 6. 1980; SR-Res. 478 v. 20. 8. 1980.

²⁵ GA-Res. 2625 (XXV), sog. *Friendly Relations Declaration* (1970), im ersten Prinzip; GA-Res. 3314 (XXIX), sog. *Aggressionsdefinition* (1974), in Art. 5 (3).

²⁶ *IGH*, *Legal Consequences* (Fn. 19), paras. 87 und 159. Aus der Literatur statt aller *Dawidowicz*, The Obligation of Non-Recognition of an Unlawful Situation, in: *Crawford/Pellet/Olleson* (Hrsg.), The Law of International Responsibility, 2010, S. 677, 678 f.

²⁷ Stellvertretend GA-Res. 68/262 v. 27. 3. 2014, Ziffer 6; weiter Nachw. bei *Grant* AJIL 109 (2015), 68, 87–93.

²⁸ Gegen eine solche Deutung könnte allerdings sprechen, dass die Erklärung des Präsidenten (Fn. 21) sich nur auf die Anerkennung der Realität beruft und einen ausdrücklichen Vorbehalt in Bezug auf Gebietsfragen enthält: „The United States continues to take no position on any final status issues. The specific boundaries of Israeli sovereignty in Jerusalem are subject to final status negotiations between the parties. The United States is not taking a position on boundaries or borders“.

rikanischer Außenpolitik steht, zeigt sich im Verhältnis zu Nordkorea jedenfalls ein neuer Ton, wenn der amerikanische Präsident zum Beispiel Anfang August 2017 in einem Statement zu Reportern sagte: „They will be met with fire and fury like the world has never seen“ oder wenn er im September in einer Rede vor der UN-Generalversammlung damit drohte, Nordkorea „vollkommen zu zerstören“.29 Die Wortwahl ist sicher ungewöhnlich für einen aktiven Politiker und dem Amt nicht angemessen, aber sind solche Drohungen völkerrechtswidrig?

Art. 2 (4) UN-Charta verbietet nicht nur die Anwendung, sondern auch die bloße Androhung von Gewalt in den internationalen Beziehungen.30 Allerdings wird man dieses Verbot nicht allzu weit ausdehnen und etwa jede verbale Entgleisung oder Eskalation eines Staatenvertreterers darunter fassen dürfen.31 Denn da den Staaten die tatsächliche militärische Gewalt als politisches Instrument genommen ist, um ihre Interessen international durchzusetzen, wird man andere Formen der Druckausübung sehr weitgehend zulassen müssen, um die Akzeptanz der Verbotsnorm nicht zu gefährden. Daher dürfte die Schwelle der unzulässigen Gewaltandrohung erst dann erreicht sein, wenn die Worte von konkreten Vorbereitungsmaßnahmen begleitet oder selbst derart konkret sind, dass sie ein räumlich und zeitlich greifbares Szenario militärischer Gewaltanwendung in Aussicht stellen. In diesem Sinne sprach der IGH in seinem Atomwaffen-Gutachten, um die verbotene Gewaltandrohung zu beschreiben, von „a signalled intention to use force if certain events occur“ bzw. von „the particular use of force envisaged“.32 Dieses notwendige Maß an Konkretheit besaßen die geschilderten Äußerungen des amerikanischen Präsidenten nicht.

Sollten die USA in Zukunft einen militärischen Präventivschlag als Reaktion auf nordkoreanische Waffentests erwägen, so wären dem von Völkerrechts wegen enge Grenzen gesetzt: Die geltenden Regeln der Gewaltanwendung lassen zwar eine Maßnahme der präventiven Selbstverteidigung zu, aber nur in Fällen, in denen ein bewaffneter Angriff eindeutig und unmittelbar bevorsteht.33 Das ist von Seiten Nordkoreas zwar nicht ganz auszuschließen, gegenwärtig aber nicht absehbar.

IV. Diskriminierende Einreisepolitik

In verschiedenen Rechtsakten vom Januar und März 2017 hatte der amerikanische Präsident angeordnet, den Staatsangehörigen von sieben, später sechs Staaten die Einreise in die USA vorübergehend zu verweigern.34 Weil es sich um Staaten mit überwiegend muslimischer Bevölkerung handelte, war schnell von einem *Muslim Ban* die Rede, was fälschlicherweise suggerierte, das Einreiserecht sei an das religiöse Bekenntnis

der Betroffenen gekoppelt. Beide Anordnungen des Präsidenten beschäftigten die amerikanischen Gerichte, die zum Teil ihren Vollzug aus Gründen des nationalen Rechts aussetzten. Im September 2017 ergänzte der Präsident die Liste der inkriminierten Herkunftsländer um den Tschad, Nordkorea und Venezuela, während der Sudan gestrichen wurde.35 Auch die Einreise von Flüchtlingen soll im Zuge der verschiedenen Präsidialanordnungen zeitweise erschwert worden sein.

Diese Maßnahmen, die wiederum von erheblicher medialer Erregung begleitet waren, rufen die zweite wesentliche Errungenschaft des modernen Völkerrechts auf den Plan, den Menschenrechtsschutz. Während das Individuum bis zum Ende des 2. Weltkriegs kein Rechtssubjekt des Völkerrechts, sondern auf der internationalen Ebene durch seinen Heimatstaat mediatisiert war, sind im Gefolge der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen (1948) bekanntlich eine Vielzahl von Rechtsnormen entstanden, die dem Einzelnen unmittelbar völkerrechtliche Rechte verleihen.36 Diese Gewährleistungen beruhen überwiegend auf völkerrechtlichen Verträgen, binden also nur die Staaten, die sie freiwillig akzeptiert haben, und nur in dem Umfang, wie sie das getan haben.

1. Kein Menschenrecht auf Einreise

Die Einreise auf das Staatsgebiet eines bestimmten Staates ist nicht Gegenstand einer universellen Menschenrechtsgewährleistung. Im Gegenteil ist die Einreisegestattung traditionell Teil des souveränen Gestaltungsspielraums der Staaten als Ausfluss ihrer Gebietshoheit: Von den eigenen Staatsangehörigen abgesehen, die der Staat stets aufnehmen muss, kann jeder Staat grundsätzlich frei darüber entscheiden, wen er auf sein Staatsgebiet einreisen lassen will und wen nicht. Auch ein Menschenrecht auf Asyl kennt das universell geltende Völkerrecht nicht;37 lediglich die Amerikanische Menschenrechtskonvention (1969) enthält eine solche Gewährleistung (Art. 22 Abs. 7), doch sind die USA nicht Partei dieser Konvention. Die Asylgewährung ist daher – jedenfalls außerhalb der Europäischen Union – eine freie Entscheidung des souveränen Staates.

2. Das Refoulement-Verbot gegenüber Flüchtlingen

Die Einreise auf das Staatsgebiet ist allerdings betroffen durch die Genfer Flüchtlingskonvention von 1951³⁸, an die auch die USA gebunden sind. Art. 33 Abs. 1 der Konvention verbietet, Flüchtlinge über die Grenzen von Gebieten zurückzuweisen, in denen ihr Leben oder ihre Freiheit aus Gründen der Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, der Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder der politischen Überzeugung bedroht wären. Dieses Verbot des *refoulement*

29 Voller Wortlaut der Rede abrufbar unter <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-72nd-session- united-nations-general-assembly/> (zuletzt aufgerufen am 16. 1. 2018).

30 Dazu z.B. Wood, Use of Force, Prohibition of Threat (2013), in: MPEIL online (Fn. 18); Stürchler, The Threat of Force in International Law, Cambridge 2007; Roscini NILR 54 (2007), 229; Sadurska AJIL 82 (1988), 246.

31 Ebenso Corten (Fn. 18), S. 109.

32 IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, 226, paras. 47 und 48.

33 Randelzhofer/Nolte, in: Simma u.a. (Fn. 18), Art. 51 Rn. 52–54 m. w. N.; Dinstein (Fn. 19), paras. 531–549. Ablehnend angesichts von Staatenpraxis und *opinio iuris* Corten (Fn. 18), S. 406–443.

34 Die innerstaatliche Debatte in den USA ist geschildert z. B. in AJIL 111 (2017), 764–776.

35 Die letzte Fassung erhielt die Anordnung durch die *Presidential Proclamation Enhancing Vetting Capabilities and Processes for Detecting Attempted Entry into the United States by Terrorists or Other Public-Safety Threats*, Proclamation 9645 v. 24. 9. 2017, Federal Register vol. 82, 45 161, abrufbar unter <https://www.gpo.gov/fdsys/granule/FR-2017-09-27/2017-20899> und unter <https://www.whitehouse.gov> (jeweils zuletzt aufgerufen am 16. 1. 2018).

36 Dazu statt aller v. Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 67, 604; umfassend Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, 2. Aufl. 2010.

37 V. Arnould (Fn. 36), Rn. 787; Stein/v. Buttlar/Kotzur, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, Rn. 591; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, Rn. 1210.

38 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28. 7. 1951, BGBl 1953 II S. 560; 1969 II S. 1294.

untersagt also die Zurückweisung, das Zurückschieben von verfolgten Personen in eine Bedrohungssituation, gibt aber formal kein Recht auf Einreise. Soweit also das Einreiseverbot in einer Weise implementiert wird, die eine Überstellung in gefährliche Gebiete vermeidet (zum Beispiel indem die betroffenen Personen erst gar nicht an Bord eines Flugzeugs mit einem Ziel in den USA gelangen), ist die Verpflichtung zum *non-refoulement* nicht verletzt. Sobald die Betroffenen allerdings auf dem Staatsgebiet oder an der Grenze gelandet sind und kein Drittstaat bereit steht, sie aufzunehmen, dürfte das Verbot des Zurückschiebens *de facto* auch die Zurückweisung an der Grenze umfassen.³⁹ Jedenfalls wird Art. 33 der Konvention in der ständigen Praxis des UN-Hochkommissars für Flüchtlinge in diesem Sinne ausgelegt.⁴⁰ Im praktischen Ergebnis steht die Unterlassungspflicht aus der Flüchtlingskonvention damit einer positiven Pflicht zur Einreisegewährung gleich. Allerdings findet die Norm von vornherein nur auf Flüchtlinge, also auf Personen Anwendung, die ihr Land „aus begründeter Furcht vor Verfolgung“ verlassen haben, nicht etwa auf alle Flugreisenden in die USA. Dies wird der Grund sein, warum genau für diese Personengruppe, wie auch für Folteropfer, das Einreiseverbot, zuletzt in der Fassung der *Presidential Proclamation* vom 24. 9. 2017⁴¹, in Abschnitt 6 eine ausdrückliche Ausnahme vorsieht.

3. Völkerrechtswidrige Diskriminierung?

Man könnte schließlich daran denken, dass ein Einreiseverbot, das nur bestimmte Personen erfasst, gegen ein völkerrechtliches Diskriminierungsverbot verstößt. Und in der Tat gewährleistet Art. 26 des Internationalen Pakts über Bürgerliche und Politische Rechte (IPBPR) von 1966⁴² die Gleichheit vor dem Gesetz und verbietet die Diskriminierung unter anderem aufgrund der Sprache, der Religion und der nationalen oder sozialen Herkunft. Das selektive Einreiseverbot der USA, zuletzt in der genannten *Presidential Proclamation*, knüpft an die Staatsangehörigkeit der Person an und mag daher die „nationale Herkunft“ (*national origin*) berühren, die Art. 26 des Pakts als Unterscheidungsmerkmal verbietet. Allerdings sind Ungleichbehandlungen nach der Norm nicht automatisch menschenrechtswidrig, sondern nur wenn sie willkürlich sind, für sie also ein sachlicher Grund fehlt.⁴³ Die amerikanische Maßnahme nennt sehr ausführlich den sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung, nämlich die mangelhafte Kooperation der betreffenden Staaten in Sachen Terrorprävention und Datenaustausch, so dass von einer Diskriminierung, also einer willkürlichen Ungleichbehandlung i. S. von Art. 26 IPBPR wohl keine Rede sein kann. Ein

weitergehendes Diskriminierungsverbot enthält das universelle Völkerrecht nicht.

4. Zwischenergebnis

Es zeigt sich also, dass die vielkritisierte Einreisepolitik der Trump-Administration, solange sie den Flüchtlingsschutz beachtet, völkerrechtlich nicht angreifbar ist. Sie betrifft mit der Einreise auf das Staatsgebiet ein Souveränitätsreservat der Staaten, in das auch der völkerrechtliche Menschenrechtsschutz bislang kaum eine Bresche geschlagen hat.

V. Drohung mit der Todesstrafe

Dass die Wirkung der völkerrechtlichen Menschenrechte vor allem vom Willen der souveränen Staaten abhängt, sich ihnen zu unterwerfen, wird auch anhand des nächsten Problems deutlich: Am 31. 10. 2017 wurden acht Menschen in New York City durch eine Terrorattacke mit einem Lastwagen getötet. Nicht einmal 48 Stunden nach der Tat, für die ein usbekischer Staatsangehöriger verantwortlich gemacht wird, forderte der amerikanische Präsident in zwei seiner berüchtigten Tweets öffentlich die Todesstrafe für den Tatverdächtigen.⁴⁴ Nun dürfte kein Zweifel daran bestehen, dass dies erneut eine unangemessene Äußerung für einen verantwortlichen Politiker, erst recht für ein Staatsoberhaupt darstellte, aber war sie auch völkerrechtswidrig?

1. Kein allgemeines Verbot der Todesstrafe

Ein Blick in die geltenden Verträge ergibt, dass die Todesstrafe als solche nicht universell verboten ist. Art. 6 IPBPR garantiert das Recht auf Leben, enthält aber eine Ausnahme für die Todesstrafe, die auf gesetzlicher Grundlage und in einem rechtsstaatlichen Verfahren verhängt wird (Abs. 2). Darüber hinaus verbietet die Norm die Verhängung gegen Minderjährige und die Vollstreckung gegen schwangere Frauen (Abs. 5); die erstgenannte Beschränkung haben die USA allerdings ihrerseits durch einen Vorbehalt ausgeschlossen: Minderjährige dürfen daher in den USA weiterhin zum Tode verurteilt werden. In Europa stünden die Dinge etwas anders: Zwar enthält auch Art. 2 EMRK eine ausdrückliche Ausnahmeklausel zugunsten der Todesstrafe, doch, wie der *EGMR* schon 2010 festgestellt hat, ist diese Klausel durch die entgegenstehende Praxis der Europaratsstaaten derogiert und daher nicht länger wirksam.⁴⁵ Für den Fall des volljährigen usbekischen Tatverdächtigen, der in den USA nun einmal nicht in die Jurisdiktion eines EMRK-Staates fällt, ergibt sich also, dass die Verhängung der Todesstrafe gegen ihn nicht *per se* dem Völkerrecht widerspräche.

2. Garantie eines fairen Strafverfahrens

Man könnte allerdings daran denken, dass die vorlaute Forderung einer bestimmten Strafe durch das Staatsoberhaupt die Unbefangenheit der zuständigen Gerichte beeinträchtigt, erst recht wenn es sich im Ergebnis vielleicht um ein Militärtribunal handeln sollte, dessen Angehörige die Äußerung

³⁹ *Ebenso v. Arnould* (Fn. 36), Rn. 787; *Stein/v. Buttlar/Kotzur* (Fn. 37), Rn. 595; *Kau*, in: *Graf Vitzthum/Proelß* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2013, III Rn. 304f.; *Kälin/Caroni/Heim*, in: *A. Zimmermann* (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2011, Art. 33 Rn. 105–109.

⁴⁰ Nachw. bei *Kälin/Caroni/Heim*, in: *A. Zimmermann* (Fn. 39), Art. 33 Rn. 107. Siehe auch *UNHCR, Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol* (2007), para. 8, abrufbar unter www.unhcr.org/4d9486929.pdf (zuletzt aufgerufen am 16. 1. 2018).

⁴¹ Fn. 35.

⁴² BGBl 1973 II S. 1534.

⁴³ Zur Beschränkung auf ein Willkürverbot vgl. die Spruchpraxis des *UN-Menschenrechtsausschusses*; z. B. in *Ms. G./Canada*, Communication 934/2000, § 4.2; *Wackenheim/France*, Communication 854/1999, § 7.3. Näher *Schilling* (Fn. 36), Rn. 630–631.

⁴⁴ Berichtet u. a. in *FAZ* v. 3. 11. 2017, S. 1.

⁴⁵ *EGMR* v. 2. 3. 2010, No. 61498/08, *Al-Saadoon und Mufdhi v. Vereinigtes Königreich*, ECHR 2010-II, § 120; angedeutet zuvor schon in *EGMR* (GK) v. 12. 5. 2005, No. 46221/99, *Ocalan v. Türkei*, ECHR 2005-IV, §§ 189–196.

ihres Oberbefehlshabers als eine Art Weisung deuten könnten. Diese Erwägung bietet immerhin Anlass, darauf hinzuweisen, dass das geltende Völkerrecht auch hierfür Regeln enthält: Art. 14 IPBPR gewährleistet ein faires Strafverfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht. Die Gewährleistung der Unabhängigkeit impliziert auch auf universeller Ebene die Freiheit jedes Gerichts von Weisungen durch die Exekutive oder auch nur vom Anschein solcher Weisungen.⁴⁶ Ob es tatsächlich zu einer Verletzung dieser Gewährleistung kommt, hängt aber in jedem Fall vom tatsächlichen Verlauf des gerichtlichen Strafverfahrens ab; die Ereignisse im ersten Jahr der Trump-Administration legen doch sehr deutlich nahe, dass sich die U.S.-amerikanischen Gerichte nicht ohne weiteres von den großspurigen Ankündigungen ihres Präsidenten einschüchtern lassen.

VI. Nichtvorgehen gegen Rassismus

Eine weitere Dimension des internationalen Menschenrechtsschutzes ist aufgerufen, wenn es um das Verhältnis des amerikanischen Präsidenten zu öffentlichen rassistischen Äußerungen und Ausschreitungen geht. Am 11. August 2017 schlug in Charlottesville (Virginia) ein Aufmarsch von Rechtsradikalen und Neonazis in gewaltsame Ausschreitungen um, bei denen eine Person aus der Gruppe von Gegen-demonstranten zu Tode kam. Der Präsident reagierte auf die Vorkommnisse auf verschiedenen Pressekonferenzen höchst ambivalent, indem er „Schuld auf beiden Seiten“ und auch unter den pöbelnden Rassisten „sehr feine Leute“ (*very fine people*) sah.

Nun haben wir schon gelernt, für die Zwecke einer rechtlichen Beurteilung nicht jede öffentliche Äußerung dieses Präsidenten allzu ernst zu nehmen, doch ist in diesem Zusammenhang immerhin darauf hinzuweisen, dass die USA auch in Bezug auf die Bekämpfung der Rassendiskriminierung völkerrechtlichen Verpflichtungen unterliegen: Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung von 1966⁴⁷ enthält insoweit nicht nur Unterlassungspflichten der Vertragsparteien, sondern erlegt ihnen auch positive Pflichten zum Tätigwerden auf. Nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. d des Abkommens verbietet und beendet jeder Vertragsstaat jede durch Personen, Gruppen oder Organisationen ausgeübte Rassendiskriminierung „mit allen geeigneten Mitteln“; in Art. 4 verpflichten sich die Vertragsstaaten, „unmittelbare und positive Maßnahmen“ zu treffen, um „jedes Aufreizen zur Rassendiskriminierung und alle rassistisch diskriminierenden Handlungen auszumerzen“. Nun wird man von einem demokratischen Verfassungsstaat, der die Meinungsfreiheit schützt, nicht verlangen können, jede rassistische Äußerung sofort und ausnahmslos zu unterbinden. Doch kann man angesichts der konkreten positiven Handlungspflichten aus der Rassendiskriminierungskonvention sicherlich argumentieren, dass eine klarere Verurteilung rassistischer Ausschreitungen durch das oberste Exekutivorgan eines Vertragsstaates sehr wohl angebracht gewesen wäre.

VII. Mauerbau an der Grenze

Das Bild, das im Präsidentschaftswahlkampf 2016 vielleicht für die größte Aufmerksamkeit sorgte, war der von *Donald Trump* versprochene Bau einer Mauer an der Grenze zu Mexiko; hinzu kam das Versprechen, dass Mexiko für diesen Bau bezahlen solle. Der populistische Lärm um diese Grenzmauer hat vielleicht deshalb in Deutschland besonders viel Aufmerksamkeit erfahren, weil dieses Land sich mit Staatsgrenzen, die durch Mauern gesichert sind, auskennt. Nun unterstellt natürlich niemand dem U.S. Präsidenten, dass er eine Mauer nach dem Vorbild der DDR im Sinn hat, die die eigenen Bürger daran hindert, das Land zu verlassen.⁴⁸ Vielmehr soll es ausschließlich darum gehen, die unkontrollierte Einreise aus Mexiko zu unterbinden. Und für dieses Ziel kann jeder Staat, wie gesehen, einen souveränen Gestaltungsspielraum für sich in Anspruch nehmen: Weder die Einreise an sich noch die Art der Grenzsicherung oder die Art der Einreiseformalitäten sind ihm für die Einreise über eine Landgrenze durch das Völkerrecht vorgegeben. Diese Fragen gehören grundsätzlich nach wie vor zum staatlichen *domaine réservé*, den jeder Staat nicht nur autonom gestalten, sondern auch gegen Einmischungen von außen behaupten darf.⁴⁹

Etwas Anderes könnte nur gelten, wenn die USA einen Vertrag mit Mexiko über die Gestaltung der gemeinsamen Grenze geschlossen hätten. Der Verlauf der internationalen Grenze zwischen beiden Staaten wurde erstmals durch einen Vertrag von 1848⁵⁰ festgelegt und im Anschluss mehrfach verändert, auch um dem veränderten Verlauf der Grenzflüsse Rio Grande und Colorado Rechnung zu tragen. Soweit ersichtlich wurde allerdings keine verbindliche Vereinbarung über die Art der Grenzsicherung geschlossen, so dass die USA insoweit keinen völkerrechtlichen Verpflichtungen unterliegen. Verschiedene Absprachen mit Mexiko aus den Jahren nach 2001, die auch ein bilaterales *Border Partnership Agreement* (2002) einschlossen,⁵¹ hatten wohl im Wesentlichen politischen Charakter und erlangten keine rechtliche Verbindlichkeit.

Es mag also auf den ersten Blick schlecht zum Bild einer global vernetzten Gesellschaft passen, dass Staaten heute wieder Grenzmauern errichten. Doch solange sie nicht die freie Ausreise ihrer eigenen Staatsangehörigen verhindern, lässt das geltende Völkerrecht dies zu. Als der jetzige Präsident im Wahlkampf verkündet hatte, er würde Mexiko für den Mauerbau bezahlen lassen, könnte sich dies auf die Erhebung von Abgaben im Grenzverkehr bezogen haben. Das bringt uns schließlich zur neuen amerikanischen Außenhandelspolitik.

⁴⁸ Hier ergäbe sich ein Konflikt mit dem Menschenrecht auf Ausreise, das vor allem in Art. 12 Abs. 2 IPBPR gewährleistet ist.

⁴⁹ Zum Konzept des *domaine réservé* in jüngerer Zeit *Athen*, Der Tatbestand des völkerrechtlichen Interventionsverbots, 2017, S. 165–232; allgemein v. *Arnauld* (Fn. 36), Rn. 353–355.

⁵⁰ *Treaty of Peace, Friendship, Limits and Settlement between the United States of America and the Mexican Republic (Treaty of Guadalupe Hidalgo)* v. 2. 2. 1848, dort konkret in Artikel V; abrufbar unter https://www.ibwc.gov/Treaties_Minutes/treaties.html (zuletzt aufgerufen am 16. 1. 2018).

⁵¹ Gewürdigt z.B. von *D. Waller Meyers*, in: Migration Policy Institute, *Insight*, Juni 2003, abrufbar unter <http://www.migrationpolicy.org/article/security-us-borders-move-away-unilateralism> (zuletzt abgerufen am 12. 2. 2018).

⁴⁶ *Schilling* (Fn. 36), Rn. 533–540.

⁴⁷ BGBl 1969 II S. 962; geändert in BGBl 1996 II S. 283.

VIII. Protektionistische Handelspolitik

Hier zeichnen sich nach einem knappen Jahr vor allem zwei Trends ab: Zum einen scheint die Trump-Administration sich aus multilateralen Handelsvereinbarungen zurückziehen und statt dessen vermehrt bilaterale Handelsbeziehungen pflegen zu wollen. Zum anderen scheint unter dem populistischen Motto „America first“ vor allem der Schutz der inländischen Wirtschaft, also eine protektionistische Ausrichtung die Handelspolitik bestimmen zu sollen. Eine solche Politik könnte an völkerrechtliche Grenzen in Gestalt der bestehenden Freihandelsverpflichtungen der USA stoßen, für die hier die Pflichten im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO) stellvertretend stehen sollen. Die wesentlichen Handelsabkommen der WTO, GATT und GATS, verpflichten die Parteien neben dem vereinbarten Abbau von Zöllen zur Beseitigung nicht-tarifärer Handelshemmnisse und von Diskriminierungen ausländischer Waren und Dienstleistungen.⁵² Zwar sind bislang keine vermehrten Verstöße der USA gegen diese Verpflichtungen bekannt geworden, doch wäre dies bei einer konsequent protektionistisch ausgerichteten Handelspolitik für die Zukunft natürlich nicht auszuschließen.

Insoweit ist dann allerdings zu beachten, dass die bestehenden Welthandelsverträge durchaus einigen Raum für beschränkende Maßnahmen der Vertragsparteien lassen: Nicht nur die üblichen Ausnahmeklauseln seien hier genannt, wie zum Beispiel Art. XX des GATT, der gesundheits- und umweltpolitische Beschränkungen, ja sogar den Schutz der vorherrschenden sozialen, kulturellen und ethischen Anschauungen zulässt, solange die Maßnahmen nicht unverhältnismäßig oder willkürlich sind.⁵³ Darüber hinaus erlaubt ein *Agreement on Safeguards*⁵⁴ sogar offen protektionistische Handelsbeschränkungen, wenn ein Staat meint, dass seine Wirtschaft durch einen plötzlichen Anstieg der Warenimporte bedroht ist.⁵⁵ Trotz der zahlreichen Verpflichtungen zur handelspolitischen Nichtdiskriminierung im WTO-Recht sind die Regelungsspielräume der Vertragsparteien also nach wie vor beträchtlich. Angesichts dessen dürfte die wesentliche Bedeutung des WTO-Regimes aus rechtlicher Sicht darin liegen, dass die Staaten alle Beschränkungen objektiv be-

gründen und sich dafür in einem unabhängigen Nachprüfungsverfahren⁵⁶ verantworten müssen. Im Übrigen sind die Mitgliedschaft in der WTO insgesamt wie auch die Multilateralen Handelsübereinkommen jederzeit mit einer Frist von sechs Monaten kündbar – womit wir wieder bei unserem ersten Punkt angelangt wären: Auch die handelsrechtlichen Verpflichtungen im Rahmen der WTO stehen völkerrechtlich zur Disposition der U.S.-amerikanischen Regierung.

IX. Fazit: Völkerrecht als Instrument gegen populistische Politik?

Populismus ist kein Rechtsbegriff und als solcher rechtlich, auch völkerrechtlich nicht zu fassen. Einer völkerrechtlichen Beurteilung unterliegen nur staatliche Verhaltensweisen, die einer populistischen Haltung entspringen. Wir konnten sehen, dass in der Tat das moderne Völkerrecht im Bereich der Gewaltanwendung und der Menschenrechte einer populistischen Politik Grenzen setzen kann. In dieser Perspektive ist der amerikanische Präsident ein anschauliches Beispiel dafür, wie populistische Ankündigungspolitiker durch die Wirkkräfte der internationalen Verflechtung „geerdet“ werden, sobald sie Regierungsverantwortung tragen.

Gleichzeitig zeigt dieses Beispiel aber auch die Grenzen des Völkerrechts selbst auf: Es handelt sich nach wie vor um eine auf Konsens beruhende, koordinationsrechtliche Rechtsordnung, deren Regeln und ihre Bindungswirkung auf die freiwillige Akzeptanz durch die Staaten angewiesen sind. Will sich ein Staat aus diesen Bindungen zurückziehen, um sich in populistischer Aufwallung auf seine eigene Stärke zu besinnen, so ist ihm dies rechtlich in vielen Fällen ohne weiteres möglich. Zwingende Regeln, die den Spielraum souveräner Staaten effektiv begrenzen, gibt es nach wie vor nur wenige: Sklaverei-, Völkermord- und Gewaltverbot sowie einige fundamentale Menschenrechte bilden diesen sehr exklusiven Kern, der unter der Bezeichnung „zwingendes Völkerrecht“ heute anerkannt ist.⁵⁷

Die Haltung der USA zum Völkerrecht hat sich seit dem Amtsantritt von Donald Trump nicht fundamental verändert: Auch unter früheren Administrationen haben sie die Grenzen des geltenden Rechts getestet und zuweilen übertreten. Neu ist der großspurige Ton und der ungehobelte Narziss an der Spitze der Exekutive – aber solange das Völkerrecht keine Sprach- oder Benimmregeln kennt, gehört das nicht zu unserem Thema.

⁵² Überblick z. B. bei *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 302–362 und 435–487; v. *Arnauld* (Fn. 36), Rn. 953–977.

⁵³ Im Einzelnen z. B. *Krajewski* (Fn. 52), Rn. 342–362; *Herrmann*, in: *Herrmann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 522–539; *Bender*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, 2. Aufl. 2010, § 10 Rn. 75–91.

⁵⁴ ABIEU 1994 L 336/184; abrufbar unter https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/25-safeg_e.htm (zuletzt aufgerufen am 16. 1. 2018).

⁵⁵ Dazu z. B. *Krajewski* (Fn. 52), Rn. 422–427; *Herrmann* (Fn. 53), Rn. 706–720; *Bender* (Fn. 53), § 14 Rn. 10–35.

⁵⁶ Nach dem verbindlichen *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* im Anhang zum WTO-Übereinkommen, BGBl 1994 II S. 1598, 1749. Zur Funktionsweise statt aller *Weiß*, in: *Herrmann/Weiß/Ohler* (Fn. 53), § 10.

⁵⁷ Dazu statt aller v. *Arnauld* (Fn. 36), Rn. 287–293.