



Ausarbeitung

Atomwaffenverbotsvertrag und Völkergewohnheitsrecht

Atomwaffenverbotsvertrag und Völkergewohnheitsrecht

Aktenzeichen: WD 2 - 3000 - 002/21
Abschluss der Arbeit: 9. August 2021 (zugleich letzter Zugriff auf Internetlinks)
Fachbereich: WD 2: Auswärtiges, Völkerrecht, wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Verteidigung, Menschenrechte und humanitäre Hilfe

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 1. | Warten auf den „<i>Grotian Moment</i>“ | 4 |
| 2. | Vom Vertrag zum Gewohnheitsrecht | 5 |
| 3. | Entstehungsvoraussetzungen für Völkergewohnheitsrecht | 7 |
| 3.1. | Merkmale des Völkergewohnheitsrechts | 7 |
| 3.2. | Staatenpraxis (<i>General Practice</i>) | 8 |
| 3.3. | „ <i>Specially-affected States</i> “-Doktrin | 9 |
| 3.4. | Zur Rechtsfigur des <i>persistent objector</i> | 11 |
| 4. | Gewohnheitsrechtliche Entwicklungspotentiale des AVV | 11 |
| 5. | Fazit | 14 |

1. Warten auf den „*Grotian Moment*“

Am 22. Januar 2021 ist der **Vertrag über das Verbot von Kernwaffen** vom 7. Juli 2017 (Atomwaffenverbotsvertrag, im Folgenden: AVV)¹ in Kraft getreten. Wie alle völkerrechtlichen Verträge bindet auch der Atomwaffenverbotsvertrag rechtlich nur jene Staaten, die ihm durch Ratifikation beigetreten sind.² Art. 34 der **Wiener Vertragsrechtskonvention** (WVRK) stellt klar: „*Ein Vertrag begründet für einen Drittstaat ohne dessen Zustimmung weder Pflichten noch Rechte.*“

Angesichts der massiven Ablehnung, auf die der Atomwaffenverbotsvertrag insbesondere unter den Nuklearwaffenstaaten und in der NATO stößt, ist die Frage diskutiert worden, ob sich der Atomwaffenverbotsvertrag womöglich zu **Völkergewohnheitsrecht** entwickeln könnte. Auf diesem Wege würde er dann auch Staaten rechtlich binden, die den AVV nicht ratifiziert haben.³ Dieses Szenario zeichnet Art. 38 WVRK vor, wenn er bestimmt: „*Die Artikel 34 bis 37 schließen nicht aus, dass eine vertragliche Bestimmung als ein Satz des Völkergewohnheitsrechts, der als solcher anerkannt ist, für einen Drittstaat verbindlich wird.*“

Dass die NATO-Staaten die Möglichkeit einer Entwicklung des AVV zu Gewohnheitsrecht ernst nehmen, zeigt zuletzt wieder das Brüsseler Communiqué vom 14. Juni 2021, in der es heißt: „*We do not accept any argument that the ban treaty reflects or in any way contributes to the development of customary international law.*“⁴

In der amerikanischen Völkerrechtswissenschaft ist die (sprunghafte) Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht – in Anlehnung an den „Vater des Völkerrechts“ *Hugo Grotius* (1583-1645) – als „*Grotian Moment*“⁵ apostrophiert worden: „A transformative development in which new

1 Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW), <https://undocs.org/A/CONF.229/2017/8>. Deutsche Übersetzung des Vertragstextes <https://www.un.org/Depts/german/conf/a-conf-229-17-8.pdf>.

2 Art. 14 AVV lautet: „Dieser Vertrag bedarf der Ratifikation, Annahme oder Genehmigung durch die Unterzeichnerstaaten. Der Vertrag steht zum Beitritt offen.“

3 Vgl. zur Diskussion u.a. *Stuart Casey-Maslen*, „The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons. A Commentary“, Oxford 2019, Einführung, S. 53 ff.
Über mögliche Entwicklungsszenarien des Atomwaffenverbotsvertrages spekuliert zudem *Leonardo Bandarra*, „Fresh Wind out of the South: What to expect from a binding Nuclear Ban Treaty“, in: GIGA Focus Global Nr. 5, November 2020, S. 8-9, https://pure.giga-hamburg.de/ws/files/21817231/gf_global_2005_en.pdf.

4 Brussels Summit Communiqué, 14. Juni 2021, https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm.

5 Der auf US-Völkerrechtler (und VN-Sonderberichterstatter) *Richard A. Falk* (Princeton University) zurückgehende Begriff des „Grotian Moment“ ist in unterschiedlichen Kontexten fruchtbar gemacht und u.a. auch vom VN-Generalsekretär aufgegriffen worden (vgl. *Boutros-Ghali*, „A Grotian Moment“, in: *Fordham International Law Journal* 1994, S. 1609-1616, <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2554&context=ilj>).

rules and doctrines of customary international law emerge with unusual rapidity and acceptance.“⁶

Ob sich das Warten auf einen „*Grotian Moment*“ womöglich als vergeblich herausstellt, hängt von zahlreichen Faktoren ab, allen voran vom künftigen Verhalten der Staatengemeinschaft. Offen ist bereits die **Dauer der Entwicklung einer Norm zu Gewohnheitsrecht**.⁷ Anders als ein völkerrechtlicher Vertrag, der gem. Art. 102 VN-Charta bei den Vereinten Nationen registriert wird, werden Normen oder Verträge von den Vereinten Nationen nicht *ex officio* zu Gewohnheitsrecht erklärt. Allerdings können nationale oder internationale Gerichte die Existenz von Gewohnheitsrecht feststellen.⁸ Im Übrigen ist die **Völkerrechtswissenschaft**, die gem. Art. 38 Abs. 1 lit. d) IGH-Statut zu den Hilfsquellen des Völkerrechts zählt, gefordert, gewohnheitsrechtliche Entwicklungen zu evaluieren und zu kommentieren.⁹

2. Vom Vertrag zum Gewohnheitsrecht

Dass ein völkerrechtlicher Vertrag zu Völkergewohnheitsrecht erstarken kann, mag auf den ersten Blick verwundern – handelt es sich doch nach Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut, der die Quellen des Völkerrechts aufzählt, um **zwei voneinander unabhängige und gleichrangige Rechtsquellen**, deren Verhältnis zueinander ausgesprochen komplex ist.¹⁰

6 Michael P. Scharf, „Seizing the ‘Grotian Moment’: Accelerated Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change“, in: Cornell International Law Journal, Vol. 43 (2010), S. 439-469, <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1765&context=cilj>.

7 Der IGH hat in diesem Zusammenhang auch eine *short period of time* akzeptiert (*North Sea Continental Shelf Cases*-Urteil vom 20. Februar 1969, ICJ Rep. 3, 41, para 74, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>). Eine „Mindestdauer“ für die Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht existiert jedenfalls nicht. Zum Teil geht die Bildung von Gewohnheitsrecht schneller als das Inkrafttreten von Verträgen.

8 Z.B. im Gutachten-Verfahren vor dem IGH nach Art. 96 VN-Charta. Das BVerfG kann die Existenz von Gewohnheitsrecht z.B. im Verfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG feststellen.

9 Vgl. zur Rolle der Völkerrechtslehre *Pellet*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford Univ. Press, 2012, Art. 38, Rdnr. 337 ff. *Pellet* ist Mitglied des *Institut de Droit International*, einer 1873 im belgischen Gent gegründeten völkerrechtlichen Gelehrtenengesellschaft zur Entwicklung des Völkerrechts, die 1904 den Friedensnobelpreis erhalten hat. Ebenso *International Law Commission*, Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries von 2018, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf, Conclusions 14, Commentary para. 2: „*Writings (...) may offer guidance for the determination of the existence and content of rules of customary international law*“.

10 Vgl. zum Verhältnis der beiden Völkerrechtsquellen für viele *Mark E. Villiger*, „Customary International Law and Treaties: A manual on the theory and practice of the interrelation of sources“, Den Haag, 2. Aufl. 1997. *Yoram Dinstein*, „The interaction between customary international law and treaties“, in: *Recueil des Cours – Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 322 (2006), S. 243-427. Eine Hierarchie zwischen den Quellen existiert nicht (vgl. *Pellet*, in: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford Univ. Press, 2012, Art. 38 Rdnr. 271, 289 ff.).

In der Praxis kann ein **Gleichlauf von Völkervertrags- und Völkergewohnheitsrecht** jedoch dann relevant werden, wenn ein Vertrag noch nicht universell gilt,¹¹ oder wenn ein Staat von einem Vertrag zurücktritt bzw. diesen kündigt. Hier sichert **Art. 43 WVRK** eine fortgesetzte Bindung dieses Staates an eine gleichgelagerte gewohnheitsrechtliche Verpflichtung.¹²

Die Möglichkeit einer gewohnheitsrechtlichen Erstarkung von multilateralen normbildenden Verträgen (sog. *law-making treaties*¹³), zu denen auch der Atomwaffenverbotsvertrag gehört,¹⁴ ist praktisch unbestritten. So stellte der **Internationale Gerichtshof** (IGH) in seinem – in diesem Zusammenhang wegweisenden – *North Sea Continental Shelf Cases*-Urteil von 1969 fest:

„There is no doubt that this process is a perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed.“¹⁵

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, Verträge könnten quasi den „Nährboden“ für neues Gewohnheitsrecht bilden (*treaties provide a fertile nourishing ground for the growth of rules*) und dadurch zu „Vorläufern von gewohnheitsrechtlichen Regeln“ werden.¹⁶ Auch die **Völkerrechtskommission** (*International Law Commission, ILC*),¹⁷ welche die Entstehungsvoraussetzungen des Völkergewohnheitsrechts in ihren *Draft Conclusions* von 2018 näher konturiert hat, erkennt

-
- 11 Verträge wie etwa das 1. Zusatzprotokoll von 1977 zu den Genfer Konventionen oder das VN-Seerechtsübereinkommen sind von Staaten wie den USA, Israel oder Iran nicht ratifiziert worden, was in der Praxis immer wieder Fragen nach der gewohnheitsrechtlichen Geltung dieser Vertragsregeln aufwirft.
 - 12 Dazu näher *Odendahl*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Vol. 2, Heidelberg: Springer 2012, Art. 43 Rdnr. 14.
 - 13 *Law-making treaties (traités-lois)* enthalten – anders als sog. „*contractual treaties*“ (*traités-contrats*) – nicht nur reziproke Verpflichtungen („*do ut des*“), sondern auch normbildende Bestimmungen.
 - 14 So *Daniel Rietiker*, „New Hope for Nuclear Disarmament or ‘Much Ado About Nothing?’: Legal Assessment of the New Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons and the Joint Statement by the USA, UK, and France Following its Adoption“, in: *Harvard International Law Journal* Vol. 59 (2017), S. 22-32 (26), https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/Rietiker_FORMATTED.pdf.
 - 15 IGH, *North Sea Continental Shelf Cases*, Urteil vom 20. Februar 1969, ICJ Rep. 3, 41, para 71, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>. Nach Auffassung des IGH kann sich Gewohnheitsrecht allerdings nur aus vertraglichen Bestimmungen mit normbildendem Charakter („*norm-creating character*“) entwickeln.
 - 16 Vgl. *Anthony D’Amato*, „Treaty-Based Rules of Custom“, in: Ders. (Hrsg.), *International Law Anthology*, Anderson Publ. 1994, S. 94-101 (101); *Brian D. Lepard*, *Customary International Law. A new theory with practical applications*, Cambridge Univ. Press 2010, S. 30 ff. und S. 220 f.
 - 17 Die ILC wurde 1947 von der VN-Generalversammlung als Nebenorgan der Vereinten Nationen zur Weiterentwicklung und Kodifizierung des Völkerrechts eingesetzt. Der ILC gehören 34 unabhängige Völkerrechtler an, die jeweils für die Dauer von fünf Jahren gewählt werden. Vgl. *Christian Tomuschat*, „Die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen“, in: Vereinte Nationen 1988, S. 180-186, https://zeitschrift-vereinte-nationen.de/fileadmin/publications/PDFs/Zeitschrift_VN/VN_1988/Heft_6_1988/03_Beitrags_Tomuschat_VN_6-88.pdf.

völkerrechtliche Verträge als Indikator für die Existenz bzw. die Entwicklung von Gewohnheitsrecht an:¹⁸

“A rule set forth in a treaty may reflect a rule of customary international law if it is established that the treaty rule:

- a) codified a rule of customary international law existing at the time when the treaty was concluded;
- b) has led to the crystallization of a rule of customary international law that had started to emerge prior to the conclusion of the treaty (...).”

Nach Auffassung der ILC kann ein völkerrechtlicher Vertrag eine *bereits bestehende* gewohnheitsrechtliche Regel kodifizieren und zumindest in Teilen abbilden (Beispiel dafür sind das Wiener Übereinkommen über Diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961 oder das VN-Seerechtsübereinkommen vom 10. Dezember 1982). Möglich ist aber auch, dass ein Vertrag eine bereits vor seiner Verabschiedung einsetzende Entwicklung einer Norm zu Völkergewohnheitsrecht verstärkt. Tatsächlich bergen vor allem **quasi-universelle Verträge** das Potential, zu Gewohnheitsrecht zu erstarken.¹⁹

3. Entstehungsvoraussetzungen für Völkergewohnheitsrecht

3.1. Merkmale des Völkergewohnheitsrechts

Das Statut des Internationalen Gerichtshofs (IGH-Statut),²⁰ das gem. Art. 92 VN-Charta Bestandteil der Charta der Vereinten Nationen ist, normiert die Rechtsquellen des Völkerrechts und die Merkmale von Völkergewohnheitsrecht. Art. 38 Abs. 1 lit. b) IGH-Statut definiert Gewohnheitsrecht „als **Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung** (*international custom, as evidence of a general practice accepted as law*).

Die Entstehung von Gewohnheitsrecht setzt danach zunächst eine allgemeine (internationale) „Übung“ (lat.: *consuetudo*, engl.: *general practice*) voraus, die eine gewisse **Dauer, Einheitlich-**

18 International Law Commission, *Draft Conclusions on identification of customary international law, with commentaries* von 2018 (Conclusion 11), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.

19 International Law Association (ILA), *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, London Conference, July 2000, Principle 27. <http://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf>.

Die 1873 gegründete ILA ist eine NGO mit dem Ziel der Verbreitung und Weiterentwicklung des Völkerrechts. Sie hat Beraterstatus bei einer Reihe von Unterorganisationen der Vereinten Nationen und wirkt beratend im Bereich der Kodifikation und der praktischen Anwendung des internationalen Rechts, <https://www.ila-hq.org/>.

20 Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945, <https://www.icj-cij.org/en/statute>, dt. Übersetzung abrufbar unter: <http://www.staatsvertraege.de/uno/gerichtshofstatut45-i.htm>.

keit und Verbreitung („*sufficiently widespread and representative, as well as consistent*“) aufweisen muss.²¹ Die Übung muss von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) getragen sein, welche diese Übung als „Recht“ anerkennt („*the practice in question must be undertaken with a sense of legal right or obligation*“).

Aufschluss über die Existenz einer solchen „allgemeinen Übung“ und die mit ihr korrespondierende Rechtsüberzeugung ergibt sich in erster Linie aus dem **Staatenverhalten** (*state practice*) und aus den von den **Regierungen geäußerten Rechtsauffassungen**. Zur Entstehung von Gewohnheitsrecht beitragen können jedoch – neben Verträgen – auch die Entscheidungen **internationaler** (und nationaler) **Gerichte und Spruchkörper**, nationale **Gesetzgebung**, **Resolutionen** internationaler Organisationen sowie die völkerrechtlichen **Lehrmeinungen** (sog. *doctrine*).²²

3.2. Staatenpraxis (*General Practice*)

Mit Blick auf den Atomwaffenverbotsvertrag kommt es in erster Linie auf die möglichst **globale Akzeptanz des Vertrages** an. Ungeachtet des Prinzips der Staatengleichheit (Art. 2 Ziff. 1 VN-Charta) wird die Entwicklung von Gewohnheitsrecht *realiter* durch einzelne Staaten stärker geprägt als durch andere. Derzeit (Stand: 1. August 2021) ist der AVV von 55 (von weltweit 194) Staaten ratifiziert worden; weitere Staaten haben ihn gezeichnet. Unter den AVV-Mitgliedstaaten befinden sich jedoch keine Nuklearwaffenstaaten, keine nuklearen Teilhabestaaten, keine NATO-Mitgliedstaaten, nur drei EU-Mitgliedstaaten und *en masse* Staaten des sog. „Globalen Südens“ mit geringem militärischem oder wirtschaftlichem Gewicht.²³ Aus diesem Grunde halten Teile der Literatur die Erstarkung des AVV zu Gewohnheitsrecht für unwahrscheinlich: „*Thus, the treaty cannot become customary international law because it does not represent the customary practice of virtually the whole international community.*“²⁴ Demgegenüber relativiert die ILC die Bedeutung von Universalität:

“The number of parties to a treaty may be an important factor in determining whether particular rules set forth therein reflect customary international law; treaties that have obtained near-universal acceptance may be seen as particularly indicative in this respect. But treaties that are not yet in force or **which have not yet attained widespread participation may also be influential in**

21 Vgl. zu den Elementen des Völkergewohnheitsrecht näher *Andreas v. Arnould*, Völkerrecht, Heidelberg: Müller, 4. Aufl. 2019, Rdnr. 250 ff.

22 *International Law Commission, Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries* von 2018 (Conclusions 12-14).

23 Ratifikationsstand abrufbar unter:
https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-9&chapter=26.

24 *Harald Müller / Carmen Wunderlich*, “Nuclear Disarmament without the Nuclear-Weapon States: The Nuclear Weapon Ban Treaty”, in: *Journal of the American Academy of Arts & Sciences* 2020, S. 171-189 (179), https://www.amacad.org/sites/default/files/publication/downloads/Daedalus_Sp20_11_Muller%20%26%20Wunderlich.pdf.

certain circumstances, particularly where they were adopted without opposition or by an overwhelming majority of States.²⁵

3.3. „Specially-affected States“-Doktrin

Der Internationale Gerichtshof (IGH) verlangt als „Beweis“ für das Vorliegen einer „allgemeinen Übung“ zwar nicht die universelle Akzeptanz eines Vertrags durch alle 194 VN-Mitgliedstaaten. Im Urteil zu den *North Sea Continental Shelf Cases* aus dem Jahre 1969 verlangt er jedoch eine **weitverbreitete und repräsentative Praxis** (i.d.R. aus allen großen Rechtskulturen der Welt) **einschließlich die von der Norm spezifisch betroffenen Staaten:**

“With respect to the other elements usually regarded as necessary before a conventional rule can be considered to have become a general rule of international law, it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very **widespread and representative participation** in the convention might suffice of itself, provided it included that of **States whose interests were specially affected.**”²⁶

Diesem Verständnis von „*general practice*“ hat sich auch die ILC in ihren *Conclusions and Commentaries* angeschlossen:

„Thus, in assessing generality, an indispensable factor to be taken into account is the extent to which those States that are particularly involved in the relevant activity or are most likely to be concerned with the alleged rule (“specially affected States”) have participated in the practice.“²⁷

Welche Staaten als „besonders betroffen“ anzusehen sind, hängt stets vom Einzelfall ab. Im Kontext des Atomwaffenverbotsvertrages kommen vor allem die Nuklearwaffenstaaten, aber wohl auch die nuklearen Teilhabestaaten in Frage.²⁸ Vor diesem Hintergrund erachten Teile der Literatur die Gewohnheitsrechtsbildung des Atomwaffenverbotsvertrags als schwierig.

25 *International Law Commission, Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries* von 2018 (Conclusion 11, Commentary, para 3), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf. Dazu zählt auch der Atomwaffenverbotsvertrag, der am 7. Juli 2017 von 122 Staaten verabschiedet wurde.

26 IGH, *North Sea Continental Shelf Cases*, Urteil vom 20. Februar 1969, para 73, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>.

27 *International Law Commission, Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries* von 2018 (Conclusion 8, Commentary, para. 4), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.

28 So auch *Daniel Rietiker*, “New Hope for Nuclear Disarmament or ‘Much Ado About Nothing?’: Legal Assessment of the New Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons and the Joint Statement by the USA, UK, and France Following its Adoption”, in: *Harvard International Law Journal* Vol. 59 (2017), S. 22-32 (26), https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/Rietiker_FORMATTED.pdf.

«It is extremely unlikely that any or all of the obligations found in the TPNW will in the near future become customary international law at a global level. There are a **number of reasons for this**. To assess these reasons, focus must be paid to both the practice of states that sign the treaty and to those who do not sign the treaty (and who they are). First, **one in four states' ratifying the treaty** [derzeit haben 51 von 195 Staaten den AVV ratifiziert, Anm. d. Verf.] is never going to count as practice that can create custom. Practice is generally required to be 'widespread and representative' (para 73, *North Sea Continental Shelf Cases*) if this were to be the case. Patently fifty states ratifying the treaty meets neither of these criteria (...).

Finally, even if all 122 states that voted to approve the treaty text in the UN General Assembly, accede to the treaty after its entry into force, attention must be paid to the state practice of those states that have nuclear weapons as well as the narrative that might be built around their practice. For in order to have custom emerge 'without the passage of any considerable period of time' not only must there be '**widespread and representative' practice**, but that practice must **include those states 'whose interests were specially affected'** (para 73, *North Sea Continental Shelf Cases*). An obvious reading of states whose interests are specially affected are those states with nuclear weapons. They all appear unlikely to sign the TPNW currently, and their practice is significant for the formation of custom. A potential reading of the concept of 'specially affected' states is one which might include those states in whose territories and against whose populations nuclear weapons have been used and/or tested. However, perhaps these states may be considered specially affected only with regard to those customary rules that concern past usages or testing of nuclear weapons. Whether or not they can also be considered specially affected states with regard to rules addressing potential usage, threats to use, or testing, is another matter.»²⁹

Vor allem die USA stehen der Entwicklung von Völkergewohnheitsrecht traditionell sehr reserviert gegenüber.³⁰ Im Verfahren, das dem IGH-Nuklearwaffengutachten von 1996 voran ging, hatten Großbritannien und die USA plädiert, sie seien „*specially affected with regard to any customary rule prohibiting the use of nuclear weapons*.“³¹

29 Gail Lythgoe, "Nuclear Weapons and International Law: The Impact of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons", Blog of the European Journal of International Law, 2. Dezember 2020, <https://www.ejiltalk.org/nuclear-weapons-and-international-law-the-impact-of-the-treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons/>.

30 So widersetzten sich etwa die USA der Gewohnheitsrechtsstudie des IKRK (und damit der Entwicklung von Gewohnheitsrecht im humanitären Völkerrecht) mit dem Argument, die USA seien ein Staat mit einer „distinctive history of participation in armed conflict“ (vgl. dazu *John Bellinger / William Haynes*, „A U.S. Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law“, in: 89 Int'l. Review Red Cross 2007, S. 443-471 (445, Anm. 4), https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc_866_11.pdf).

31 Vgl. *Letter of 16 June 1995 from the Legal Adviser to the Foreign Office of the UK*, zitiert bei: *Stuart Casey-Maslen*, "The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons. A Commentary", Oxford 2019, Einführung, S. 57. Zur Position der USA im Nuclear Weapons Case vgl. *John Heller*, „Specially-Affected States and the Formation of Custom“, in: *American Journal of International Law (AJIL)* vol. 112 (2018), S. 191-243 (203).

3.4. Zur Rechtsfigur des *persistent objector*

Nach allgemeiner Auffassung kann ein Staat der Entstehung von Gewohnheitsrecht entgegenwirken, indem er seine **hartnäckige** („persistent“) **Ablehnung** gegenüber einer Gewohnheitsrechtsbildung zum Ausdruck bringt; ein solcher Staat gilt als sog. *persistent objector*. Durch seinen Protest zeichnet sich der *persistent objector* von der Bindung durch künftiges potentiell Gewohnheitsrecht gewissermaßen frei. **Die Entwicklung einer Norm zu Völkergewohnheitsrecht kann ein *persistent objector* dagegen nicht verhindern.** Ablehnung manifestiert sich in der Regel durch wiederholten Protest, der zu Beginn und im weiteren Verlauf der Gewohnheitsrechtsbildung einer Norm vorgetragen werden muss.³² Die Form des Protestes ist nicht eindeutig vorgeschrieben – doch muss dieser klar und unmissverständlich zum Ausdruck kommen.³³

4. Gewohnheitsrechtliche Entwicklungspotentiale des AVV

Die Frage, ob sich der **Atomwaffenverbotsvertrag** zu Völkergewohnheitsrecht entwickeln wird, wird in Literatur und Rechtsprechung eher **skeptisch** betrachtet.³⁴ Eine relativ **klare Position** zu der Frage der Gewohnheitsrechtsbildung des Atomwaffenverbotsvertrages nimmt das BVerfG ein. Dabei bildet das IGH-Nuklearwaffengutachten von 1996³⁵ den maßgeblichen Referenzrahmen.³⁶

«Ein gewohnheitsrechtliches Verbot, Atomwaffen einzusetzen, hat der Internationale Gerichtshof (...) nach ausführlicher Auswertung der Staatenpraxis und der einschlägigen völkerrechtlichen Regeln nicht erkennen können (Internationaler Gerichtshof, Gutachten vom 8. Juli 1996, Legality

32 *International Law Commission, Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries* von 2018 (Conclusion 15, Commentary para 5): “The timeliness of the objection is critical: the State must express its opposition before a given practice has crystallized into a rule of customary international law, and its position will be best assured if it did so at the earliest possible moment.”
https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.

33 *International Law Commission, Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries* von 2018 (Conclusion 15, Commentary para 7): “There is, however, no requirement that the objection be made in a particular form. A clear verbal objection, either in written or oral form, as opposed to physical action, will suffice to preserve the legal position of the objecting State.”
https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.

34 So etwa *Gail Lythgoe*, “Nuclear Weapons and International Law: The Impact of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons”, Blog of the European Journal of International Law, 2. Dezember 2020,
<https://www.ejiltalk.org/nuclear-weapons-and-international-law-the-impact-of-the-treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons/>.

35 IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, S. 226 ff. Vgl. dazu etwa *Norman Paech*, „Nuklearwaffen vor dem Internationalen Gerichtshof: Zum Gutachten des IGH über die Völkerrechtswidrigkeit des Einsatzes von Nuklearwaffen“, in: Kritische Justiz Vol. 30, No. 3 (1997), S. 345-356.

36 Vgl. Beschluss des 2. Senats vom 15. März 2018 - 2 BvR 1371/13, Rdnr. 49-52,
http://www.bverfg.de/e/rk20180315_2bvr137113.html.

of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports 1996, S. 226 <247, 253 ff.>). Insbesondere hat er offengelassen, ob der Einsatz von Atomwaffen, etwa unter extremen Umständen in Ausübung des Selbstverteidigungsrechts, zulässig sei (Internationaler Gerichtshof, Gutachten vom 8. Juli 1996, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports 1996, S. 226 <263 Rn. 97>).

Dass ein noch über ein (bereits fragliches) Einsatzverbot hinausgehendes **völkergewohnheitsrechtliches Verbot, Atomwaffen vorzuhalten, belegbar ist, begegnet erheblichen Zweifeln**. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts jedenfalls die Regeln des universell geltenden Völkergewohnheitsrechts, ergänzt durch aus den nationalen Rechtsordnungen tradierte allgemeine Rechtsgrundsätze, umfassen (vgl. BVerfGE 15, 25 <32 ff.>; 16, 27 <33>; 23, 288 <317>; 94, 315 <328>; 96, 68 <86>; 118, 124 <134>). Völkergewohnheitsrecht ist der Brauch, hinter dem die Überzeugung rechtlicher Verpflichtung steht (vgl. Ständiger Internationaler Gerichtshof, PCIJ Series A 10 <1927>, 18 - Lotus-Fall; Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, Bd. I/1, 2. Aufl. 1989, S. 56 ff. m.w.N.). Als solches setzt seine Entstehung erstens das zeitlich andauernde und möglichst einheitliche Verhalten unter weit gestreuter und repräsentativer Beteiligung von Staaten und anderen, rechtssetzungsbefugten Völkerrechtssubjekten sowie zweitens die hinter dieser Übung stehende Auffassung, „im Rahmen des völkerrechtlich Gebotenen und Erlaubten oder des Notwendigen zu handeln“ (opinio iuris sive necessitatis, vgl. BVerfGE 66, 39 <64 f.>; 96, 68 <86 f.>; 109, 38 <53 f.>), voraus. An die Feststellung einer allgemeinen Regel des Völkerrechts sind wegen der darin zum Ausdruck kommenden grundsätzlichen Verpflichtung aller Staaten hohe Anforderungen zu stellen (BVerfGE 118, 124 <134 f.>).

Vor diesem Hintergrund **dürfte das tatsächliche Verhalten der derzeit über Kernwaffen verfügenden Staaten in der Vergangenheit, aber auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt der Annahme einer allgemeinen Übung und Rechtsüberzeugung dahin, dass es Staaten kraft allgemeinen Völkerrechts verwehrt sei, Atomwaffen zu Verteidigungszwecken bereit zu halten, entgegenstehen** (vgl. BVerfGE 66, 39 <65>; vgl. auch Internationaler Gerichtshof, Gutachten vom 8. Juli 1996, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports 1996, S. 226 <255 Rn. 73>).

Der derzeit zur Ratifizierung ausliegende UN-Vertrag zum umfassenden Verbot von Atomwaffen vermag an diesem Befund nichts zu ändern. **Da insbesondere die Atommächte und einige NATO-Staaten die Vertragsverhandlungen sowie die Ausarbeitung des Vertrages boykottiert haben, dürfte der Vertrag mangels einheitlicher Staatenpraxis (...) nach gegenwärtiger Einschätzung nur schwerlich effektives Völkergewohnheitsrecht werden.**»

Die Studie des Norwegischen Instituts für Internationales Recht zum Atomwaffenverbotsvertrag erläutert fast „lehrbuchartig“ die Voraussetzung der Gewohnheitsrechtsbildung und lotet potentielle Entwicklungsmöglichkeiten aus:³⁷

37 „The TPNW: Setting the record straight“, Studie der Norwegischen Akademie für Internationales Recht, Oktober 2018, <http://intl.law.no/wp-content/uploads/2018/10/TPNW-Setting-the-record-straight-Oct-2018-WEB.pdf>.

„International law is generally assumed to rest on the principle of state sovereignty; international legal rules **are binding only on states that accept them**. Consent is given through ratification of or accession to international treaties, but **may also be expressed through customary law**. According to the Statute of the ICJ, the sources of international law are not only ‘international conventions’, but also ‘international custom, as evidence of a general practice accepted as law’ and ‘the general principles of law recognized by civilized nations’.

The emergence of customary law demands, first, that the emerging norm is the “general practice” and, second, that the norm is ‘accepted as law’ (*opinio juris*). For a customary norm to emerge, then, states must **adhere to it in the belief that ‘this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it’**.³⁸ The exception to this rule is ‘peremptory’ norms, such as the prohibition against torture. Such norms bind all states irrespective of their individual views and practices. Certain nuclear-armed states were quick to declare their view that the TPNW did not codify an emerging customary norm against the possession of nuclear weapons. On the day of the TPNW’s adoption, France, the United Kingdom, and the United States issued a joint statement: *‘We do not intend to sign, ratify or ever become party to it [the TPNW]. Therefore, there will be no change in the legal obligations on our countries with respect to nuclear weapons. For example, we would not accept any claim that this treaty reflects or in any way contributes to the development of customary international law.’*^[39]

This intervention by three nuclear-armed states should be read as invoking the “persistent objector” rule. There have been many cases before the ICJ on issues concerning the development of, and degree to which “objecting” states may be bound by, customary law. Regardless of how the persistent objector rule is interpreted, however, the fact that the nuclear-armed states feel obliged to denounce the existence of a customary norm against the use and possession of nuclear weapons is, if nothing else, a testament to the relevance of the TPNW. It would have been pointless to declare the non-existence of such a customary norm if it were obvious to everyone that the TPNW could not have an impact on how states interpret the legality of nuclear weapons.

It is **not out of the question that a customary norm against the possession of nuclear weapons could emerge in the future**, even in the near future, but it will **hardly be legally binding on the states that do not accept it**. And it should also be stressed that the TPNW was not negotiated in an attempt to place legal obligations on states that did not want to become parties to it. The treaty was conceived of and designed primarily as an instrument that would clarify IHL and other international law pertaining to nuclear weapons, and that could generate normative pressure, rather than with a view to establishing customary international law. Consequently, the success of the TPNW is not contingent on the development of such customary rules.”

38 ICJ, *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Urteil vom 20. Februar 1969, Rn. 77, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>.

39 Joint Press Statement from the Permanent Representatives to the United Nations of the United States, United Kingdom, and France Following the Adoption of a Treaty Banning Nuclear Weapons, (July 7, 2017), https://usun.usmission.gov/joint-press-statement-from-the-permanent-representatives-to-the-united-nations-of-the-united-states-united-kingdom-and-france-following-the-adoption/?_ga=2.176293606.210536721.1611258232-679653184.1611258232.

Teile der Literatur sehen den **völkergewohnheitsrechtlichen Impetus** des **Atomwaffenverbotsvertrages** vor allem in der **Bekräftigung und Weiterentwicklung** einer im Entstehen begriffenen gewohnheitsrechtlichen Entwicklung. *Manfred Mohr* zufolge **verstärke** der AVV den gewohnheitsrechtlichen Ansatz des IGH-Gutachtens. Der Vertrag sei damit selbst Ausdruck einer sich entwickelnden *opinio juris*.⁴⁰ Ob bestimmte Verpflichtungen aus dem Atomwaffenverbotsvertrag bereits *vor* dessen Inkrafttreten gewohnheitsrechtlich gegolten haben, ist freilich umstritten.⁴¹ Der IGH hatte sich 1996 mit der Frage auseinandergesetzt, ob das Verbot des Einsatzes von Atomwaffen, das heute im AVV festgeschrieben wird, gewohnheitsrechtliche Geltung beanspruchen kann. Im Ergebnis verneinte der Gerichtshof das Vorliegen einer gewohnheitsrechtlichen Regel.

5. Fazit

Das Kalkül mancher ICAN-Aktivisten, der Atomwaffenverbotsvertrag werde sich irgendwann in Gänze zu Völkergewohnheitsrecht entwickeln und dann – quasi durch die „Hintertür“ – auch jene (Nuklear-)Staaten rechtlich binden, die ihn dann immer noch ablehnen, wird aller Voraussicht nach nicht in Erfüllung gehen. Ein „*Grotian Moment*“ in Sachen „Atomwaffenverbot“ ist nicht zu erwarten.

Gleichwohl hat der auf Universalität angelegte Atomwaffenverbotsvertrag einen „**fundamentally norm-creating character**“, dem eine gewohnheitsrechtsbildende Kraft innewohnt. In welche Richtung sich dieses Potential entfaltet, bleibt abzuwarten. Nicht von der Hand zu weisen ist der Gedanke, dass der Atomwaffenverbotsvertrag einzelne völkerrechtliche Verpflichtungen, die **heute schon ansatzweise gewohnheitsrechtlich abgestützt sind, weiter verstärken und verfestigen wird**. Prominentester „Kandidat“ in diesem Zusammenhang ist das **Verbot des Einsatzes von Atomwaffen** (jetzt normiert in Art. 1 lit. d AVV). Doch müssen auch hier Erwartungen heruntergeschraubt werden. Die Nuklearwaffenstaaten widersetzen sich als *persistent objector* bislang jedem gewohnheitsrechtlichen Impetus des Atomwaffenverbotsvertrages und stellen sich gleichzeitig auf den Standpunkt, dass der Einsatz von Atomwaffen nach dem IGH-Nuklearwaffengutachten von 1996 völkergewohnheitsrechtlich zumindest nicht ausnahmslos verboten sei. Die Feststellungen des IGH bilden auch mehr als 20 Jahre nach dem Nuklearwaffengutachten immer noch einen maßgebenden Referenzrahmen für rechtliche Diskussionen über das Einsatzverbot von Atomwaffen. Gegenteilige Rechtsauffassungen von vergleichbarer völkerrechtlicher Autorität existieren bis heute nicht.

40 *Manfred Mohr*, „Der Atomwaffenverbotsvertrag und seine völkerrechtliche Wirkung“, in: Humanitäres Völkerrecht (HuV) 2018, S. 125-134 (128-130), <https://elibrary.bwv-verlag.de/article/99.105025/huv201801012501>. *Mohr* ist Mitbegründer und Vorstandsmitglied der International Association of Lawyers against Nuclear Arms (IALANA).

41 Vgl. Geneva Academy, „Nuclear Weapons under International Law: An Overview“, October 2014, S. 5 ff., <https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Nuclear%20Weapons%20Under%20International%20Law.pdf>.

Diskutieren ließe sich auch darüber, ob nicht wenigstens **bestimmte Verpflichtungen** des AVV, die sich **überwiegend (oder ausschließlich) an die Nicht-Nuklearwaffenstaaten richten** (z. B. das Verbot der finanziellen Unterstützung nuklearer Aktivitäten anderer Staaten), zu Gewohnheitsrecht erstarken könnten. Erforderlich wäre dafür zwar nicht notwendigerweise die Akzeptanz der neun Atomkräfte sowie der fünf nuklearen Teilhabestaaten, wohl aber eine nahezu universelle Unterstützung des AVV durch die restlichen 180 Nicht-Nuklearwaffenstaaten der Vereinten Nationen, von denen bis heute erst 55 Staaten ihre Ratifikations- oder Beitrittsurkunde hinterlegt haben.
