



Vereinbarkeit der Stationierung von atomaren Waffen in Deutschland bzw. der nuklearen Teilhabe mit dem Völkerrecht

A. Auftrag

Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hat den Wissenschaftlichen Dienst um eine gutachterliche Stellungnahme zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der Vereinbarkeit der Stationierung atomarer Waffen in Deutschland bzw. der nuklearen Teilhabe mit dem Völkerrecht gebeten. Insgesamt geht es um die folgenden drei Fragenkomplexe: „Nukleare Teilhabe“, „Konsequenzen aus der Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs in Den Haag vom 8.7.1996“ und „Aufenthaltsvertrag und Atomwaffen“. Von der Wiedergabe der jeweiligen konkreten Fragen soll an dieser Stelle abgesehen werden; insoweit erscheint eine Darstellung im Zusammenhang mit der gutachterlichen Stellungnahme zu den einzelnen Fragekomplexen eher sachdienlich.

B. Stellungnahme

Die Prüfung der aufgeworfenen Fragen soll in der Weise erfolgen, dass zunächst die allgemeinen völkerrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit dem einschlägigen Gutachten des Internationalen Gerichtshofs aus dem Jahre 1996 behandelt werden (I.). Im Anschluss hieran können dann die spezifischen Vorgaben erörtert werden, die sich für die Bundesrepublik Deutschland mit Blick auf die Stationierung atomarer Waffen auf ihrem Hoheitsgebiet aus völkerrechtlichen Verträgen ergeben (II. und III.).

Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes sind parlamentsinterne Stellungnahmen, die nicht für die öffentliche Diskussion außerhalb des Landtags bestimmt sind. Eine - auch nur auszugsweise - Veröffentlichung oder Verbreitung bedarf der Zustimmung des Direktors beim Landtag.

I. Nuklearwaffen und Völkerrecht unter Berücksichtigung des Gutachtens des Internationalen Gerichtshofs vom 8. Juli 1996

Der Gutachtenauftrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu diesem Themenkomplex lautet wie folgt:

„Nach vorliegenden Studien sind in Europa nach wie vor mehrere Hundert atomare Sprengköpfe gelagert, davon ein nicht unwesentlicher Teil in Deutschland, und zwar offenbar am Standort Büchel und möglicherweise auch am Standort Ramstein.

Wir bitten um Prüfung der Fragen:

a) Wenn man die Richtigkeit dieser Angaben unterstellt: Welche rechtlichen Konsequenzen ergeben sich für die Stationierung und Lagerung von Atomwaffen in Rheinland-Pfalz aus der auf Anforderung der UN-Generalversammlung ergangenen Entscheidung [...] des Internationalen Gerichtshofs (IGH) in Den Haag vom 8. Juli 1996 („Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons“), wonach ‚die Androhung und der Einsatz von Atomwaffen grundsätzlich/generell („generally“) gegen diejenigen Regeln des Völkerrechts verstoßen würden, die für bewaffnete Konflikte gelten, insbesondere gegen die Prinzipien und Regeln des humanitären Kriegsvölkerrechts.‘ [...] ?

b) Wenn nach dieser IGH-Entscheidung die Androhung und der Einsatz von Atomwaffen ‚grundsätzlich/generell‘ völkerrechtswidrig sind, dürfen dann von Rechts wegen Atomwaffen an den Stationierungsorten für einen Einsatz bereitgehalten werden, auch wenn die geltende Nuklearstrategie der zuständigen Atomwaffenmacht USA und der NATO nicht dem geltenden Völkerrecht entspricht? Wird damit einem zumindest potentiellen Völkerrechtsbruch fortwährend Vorschub geleistet?“

Im Anschluss an einige einleitende Bemerkungen zum Gutachtenverfahren vor dem Internationalen Gerichtshof im allgemeinen (1.) und eine Darstellung der Ergebnisse des Nuklearwaffen-Gutachten vom 8. Juli 1996 im besonderen (2.) soll im Rahmen einer rechtlichen Analyse dieses Gutachtens im Zusammenhang auf die aufgeworfenen Fragen eingegangen werden (3.).

1. Das Gutachtenverfahren vor dem Internationalen Gerichtshofs

Der Internationale Gerichtshof (IGH; International Court of Justice – ICJ/ Cour internationale de justice – CIJ) in Den Haag ist eines der Hauptorgane der Vereinten Nationen (Artikel 7 Abs. 1 der Charta der Vereinten Nationen – CVN), vor allem aber deren Hauptrechtsprechungsorgan (Artikel 92 Satz 1 CVN). Die Grundlagen der Organisation, des Status, der Zuständigkeit und des Verfahrens sind in den Artikeln 92 bis 96 CVN sowie dem Statut des IGH¹

¹ IGH-Statut in der Fassung vom 26. Juni 1945 (BGBl. 1973 II S. 505). Gemäß Artikel 93 Abs. 1 CVN sind alle Mitglieder der Vereinten Nationen ohne weiteres auch Vertragsparteien des IGH-Statuts.

geregelt, welches integraler Bestandteil der Charta und damit in diesem Zusammenhang zu interpretieren ist². Der IGH besteht aus 15 Richtern aus verschiedenen Staaten (Artikel 3 IGH-Statut), die von der Generalversammlung und vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen für die Dauer von neun Jahren gewählt werden, wobei alle drei Jahre jeweils ein Drittel der Richter neu gewählt wird (Artikel 13 IGH-Statut).

Neben dem streitigen Verfahren (vgl. Artikel 39 ff. IGH-Statut), welches mit einem Urteil endet, obliegt dem IGH die Aufgabe der juristischen Beratung der Vereinten Nationen. Zu diesem Zweck bestimmt Artikel 96 Abs. 1 CVN, dass die Generalversammlung oder der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen über jede Rechtsfrage ein Gutachten („Advisory Opinion“) des IGH anfordern können. Unter den (strengen) Voraussetzungen des Artikels 96 Abs. 2 CVN steht dieses Recht auch anderen Organen der Vereinten Nationen und Sonderorganisationen zu³.

Gutachten des IGH besitzen – anders als Urteile – weder nach der Charta der Vereinten Nationen noch nach dem IGH-Statut eine formale rechtliche Verbindlichkeit⁴, worauf im Zusammenhang mit dem Nuklearwaffen-Gutachten des IGH etwa die Bundesregierung⁵ und die französische Regierung⁶ ausdrücklich hingewiesen haben. Auch existiert keine formelle Bindung an Präzedenzentscheidungen des IGH⁷. Die Generalversammlung und der Sicherheitsrat bzw. die übrigen antragsberechtigten Organe und Sonderorganisationen sind danach frei, nach eigenem Ermessen diejenigen rechtlichen Konsequenzen aus einem von ihnen in Auftrag gegebenen Gutachten des IGH zu ziehen, die sie für angebracht halten. Gleichwohl wird man angesichts der Stellung des IGH als Hauptrechtsprechungsorgan, welches durch die Charta der Vereinten Nationen mit der Kompetenz zur Erstattung von Rechtsgutachten ausgestattet ist, und in Anbetracht des gerichtsförmig ausgestalteten Verfahrens den Gutachten des IGH einen gewichtigen Einfluss auf die Entwicklung des Völkerrechts nicht absprechen

Das Verfahren vor dem IGH wird wesentlich von seiner Geschäftsordnung mitbestimmt, die er nach Artikel 30 Abs. 1 IGH-Statut selbst verabschiedet; vgl. zum Verfahren *Fischer*, in: *Ipsen*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, § 62 Rn. 37 ff.

² Vgl. *Klein*, Die Internationalen und die Supranationalen Organisationen, in: *Vitzthum* (Hrsg.), Völkerrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 178.

³ Zum Gutachtenverfahren insgesamt vgl. *Mosler/Oellers-Frahm*, in: *Simma* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, Bd. II, Article 96 Rn. 1 ff.

⁴ Vgl. *Mosler/Oellers-Frahm*, in: *Simma* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, Bd. II, Article 96 Rn. 2, 35; *Marauhn/Oellers-Frahm*, *EuGRZ* 1997, 221, 228.

⁵ Vgl. Die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage vom 28. Oktober 1996 (BT-Drs. 13/5906) zu 2. und 3.

⁶ Communiqué du Ministère français des Affaires étrangères, Paris, 8 juillet 1996, in: Documents d'actualités internationales, Nr. 17, 1996, wiedergegeben bei: *Grand*, *Die Friedens-Warte* 71 (1996), 273, 277 f.

⁷ *Bothe*, *Die Friedens-Warte* 71 (1996), 249, 250.

können⁸. So zeigt sich in der Staatenpraxis, dass Gutachten des IGH ebenso wie verbindliche Urteile zitiert werden, gerade auch mit Blick auf den Nachweis der Existenz eines Völkerrechtssatzes⁹.

2. Das Gutachten „Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons“ vom 8. Juli 1996: Vorgelegte Fragen und Ergebnis des IGH-Gutachtens

Zurückgehend auf intensive Bemühungen nicht-staatlicher Organisationen von Atomkriegsgegnern¹⁰ legte die Weltgesundheitsorganisation (World Health Organization – WHO) unter Berufung auf Artikel 96 Abs. 2 CVN dem IGH am 27. August 1993 folgende Frage zur Begutachtung vor: „In view of the health and environmental effects, would the use of nuclear weapons by a State in war or other armed conflict be a breach of its obligations under the international law including the WHO Constitution?“¹¹. Unter dem 19. Dezember 1994 folgte dann die Generalversammlung der Vereinten Nationen, die an den IGH gemäß Artikel 96 Abs. 1 CVN folgende Frage zur Begutachtung richtete¹²: „Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?“¹³

Der Gutachtenantrag der WHO wurde am 8. Juli 1996 als unzulässig beschieden¹⁴. Dagegen erstattete der IGH unter demselben Datum das seitens der Generalversammlung beantragte Gutachten¹⁵ und gelangte zu folgendem Ergebnis:

⁸ Vgl. *Bothe*, Die Friedens-Warte 71 (1996), 249, 250.

⁹ Vgl. *Marauhn/Oellers-Frahm*, EuGRZ 1997, 221, 228 Fn. 59. *Mosler/Oellers-Frahm*, in: *Simma* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl. 2002, Bd. II, Article 96 Rn. 35, postulieren eine Verpflichtung der Auftraggeber eines Gutachtens, die Feststellungen des IGH in ihrer Ermessensentscheidung zu berücksichtigen. Vgl. auch *Deiseroth*, *Atomwaffen vor dem Internationalen Gerichtshof – Konsequenzen für die Praxis?*, in: *IALANA* (Hrsg.), *Atomwaffen vor dem Internationalen Gerichtshof*, 1997, S. 351, 357.

¹⁰ Es wurde ein sogenanntes „World Court Project“ ins Leben gerufen mit dem Ziel, eine Anrufung des den IGH zu der Frage der Illegalität von Atomwaffen zu erreichen. Vgl. *Matheson*, *American Journal of International Law* 91 (1997), 417; *Bothe*, *Die Friedens-Warte* 71 (1996), 249, 258 f.

¹¹ In der deutschen Übersetzung lautet der Antrag, ein Gutachten über die Frage zu erstatten, „ob, mit Blick auf die gesundheitlichen und umwelterheblichen Wirkungen, der Einsatz von Atomwaffen durch Staaten im Krieg oder anderen bewaffneten Auseinandersetzungen eine Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen, einschließlich des Statuts der WHO darstellen würde“ (nicht verbindliche Übersetzung, abgedruckt in: *Marauhn/Oellers-Frahm*, EuGRZ 1997, 221, 228).

¹² Vgl. die Generalversammlungs-Resolution 49/75 K vom 15. Dezember 1994. Zum Hintergrund der Gutachtenanfragen von WHO und Generalversammlung vgl. *Marauhn/Oellers-Frahm*, EuGRZ 1997, 221, 228 f.; *Matheson*, *American Journal of International Law* 91 (1997), 417 f.

¹³ Die deutsche Übersetzung lautet: „Erlaubt das Völkerrecht in irgendeiner Situation die Drohung mit oder den Einsatz von Atomwaffen?“ (Nicht verbindliche Übersetzung nach *Marauhn/Oellers-Frahm*, EuGRZ 1997, 221, 228). Ausführlich zur Vorgeschichte des Gutachtenverfahrens aus der Sicht der Atomwaffengegner *Paech*, KJ 1997, 345 ff.

¹⁴ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Gutachten vom 8. Juli 1996, abgedruckt in der amtlichen Sammlung des IGH, ICJ-Rep. 1996, 1 ff., Rn. 20 f. Eine nicht autoritative deutsche Übersetzung des Gutachtens ist abgedruckt in: EuGRZ 1997, 245. Zur Begründung

"For these reasons,

THE COURT,

(1) By thirteen votes to one,

Decides to comply with the request for an advisory opinion;

IN FAVOUR: *President Bedjaoui; Vice-President Schwebel; Judges Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins;*

AGAINST: *Judge Oda.*

(2) *Replies in the following manner to the question put by the General Assembly:*

A. Unanimously,

There is in neither customary nor conventional international law any specific authorization of the threat or use of nuclear weapons;

B. By eleven votes to three,

There is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such;

IN FAVOUR: *President Bedjaoui; Vice-President Schwebel; Judges Oda, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereshchetin, Ferrari Bravo, Higgins;*

AGAINST: *Judges Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma.*

C. Unanimously,

A threat or use of force by means of nuclear weapons that is contrary to Article 2, paragraph 4, of the United Nations Charter and that fails to meet all the requirements of Article 51, is unlawful;

D. Unanimously,

A threat or use of nuclear weapons should also be compatible with the requirements of the international law applicable in armed conflict, particularly those of the principles and rules of international humanitarian law, as well as with specific obligations under treaties and other undertakings which expressly deal with nuclear weapons;

E. By seven votes to seven, by the President's casting vote,

It follows from the above-mentioned requirements that the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law appli-

fürte der IGH aus, dass es sich bei der Anfrage der WHO nicht um eine in deren Zuständigkeitsbereich liegende Rechtsfrage handele. So beziehe sich die vorgelegte Frage nicht auf die Wirkungen des Einsatzes von Atomwaffen auf die Gesundheit, sondern auf die Rechtmäßigkeit des Einsatzes solcher Waffen mit Blick auf ihre gesundheitlichen oder umwelterheblichen Wirkungen. Die Zuständigkeit der WHO, sich mit diesen Wirkungen zu befassen, hänge aber nicht von der Rechtmäßigkeit der Akte ab, die diese Wirkungen nach sich zögen. Vgl. insoweit *Marauhn/Oellers-Frahm*, EuGRZ 1997, 221, 229; *Herbst*, NZWehrr 1996, 177, 178; *Matheson*, *American Journal of International Law* 91 (1997), 417, 419 f.

¹⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion (General List No. 95), abgedruckt in der amtlichen Sammlung ICJ-Rep. 1996, 226 ff. Das Gutachten wurde in Englisch und Französisch abgefasst, wobei die englische Fassung maßgeblich ist, vgl. Rn. 105 des Gutachtens. Das Gutachten ist in beiden Sprachfassungen auf der Homepage des IGH unter www.icj-cij.com abrufbar. Eine (nicht verbindliche) deutsche Übersetzung findet sich in: EuGRZ 1997, 235 ff.

cable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law;

However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake;

IN FAVOUR: *President* Bedjaoui; *Judges* Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Vereschetin, Ferrari Bravo;

AGAINST: *Vice-President* Schwebel; *Judges* Oda, Guillaume, Shahabuddeen, Weeramantry, Koroma, Higgins.

F. Unanimously,

There exists an obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control."¹⁶

Die (nicht verbindliche) deutsche Übersetzung dieser Passage lautet wie folgt:

„Aus diesen Gründen entscheidet der Gerichtshof

(1) mit dreizehn gegen eine Stimme,

dem Gutachtenantrag stattzugeben; [...]

(2) Beantwortet der Gerichtshof die Gutachtenanfrage der Generalversammlung folgendermaßen:

A. Einstimmig,

weder das Völkergewohnheitsrecht noch das Völkervertragsrecht erlauben ausdrücklich die Drohung mit oder den Einsatz von Atomwaffen;

B. Mit elf gegen drei Stimmen,

weder das Völkergewohnheitsrecht noch das Völkervertragsrecht beinhalten ein vollständiges und allgemeines Verbot der Drohung mit oder des Einsatzes von Atomwaffen als solcher; [...]

C. Einstimmig,

Jede Drohung mit oder jeder Einsatz von Gewalt mit Atomwaffen, die Art. 2 Absatz 4 der Satzung der Vereinten Nationen widerspricht und die nicht alle Voraussetzungen von Art. 51 der Satzung erfüllt, ist unzulässig.

D. Einstimmig,

Die Drohung mit oder der Einsatz von Atomwaffen muss zudem mit den Erfordernissen des in bewaffneten Konflikten anwendbaren Völkerrechts in Einklang stehen, insbesondere den Prinzipien und Regeln des humanitären Völkerrechts sowie den besonderen Verpflichtungen aus Verträgen und anderen Abkommen, die ausdrücklich Atomwaffen zum Gegenstand haben;

E. Mit sieben Stimmen gegen sieben unter ausschlaggebender Stimme des Präsidenten,

¹⁶ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 105.

Es folgt aus den oben genannten Erfordernissen, dass die Drohung mit oder der Einsatz von Atomwaffen im allgemeinen den im bewaffneten Konflikt anwendbaren Regeln widerspricht, und insbesondere den Regeln des humanitären Völkerrechts;

Mit Blick auf den aktuellen Stand des Völkerrechts sowie die tatsächlichen Elemente, über die der Gerichtshof verfügt, kann er jedoch nicht zu der endgültigen Schlussfolgerung gelangen, dass die Drohung mit oder der Einsatz von Atomwaffen in einem extremen Fall der Selbstverteidigung, in dem es um das Überleben des Staates selbst geht, rechtmäßig oder rechtswidrig ist; [...]

F. Einstimmig,

Es besteht eine Verpflichtung, in gutem Glauben die Verhandlungen über die nukleare Abrüstung in all ihren Aspekten und unter strenger und effektiver internationaler Kontrolle fortzusetzen und zu einem Abschluss zu bringen.“¹⁷

3. Analyse des Gutachtens

Mit Blick auf die rechtlichen Konsequenzen, die sich aus dem Gutachten für etwaige in Rheinland-Pfalz stationierte Atomwaffen ergeben können, ist zunächst daran zu erinnern, dass auch das hier zu untersuchende Gutachten keine rechtliche Verbindlichkeit beanspruchen kann¹⁸. *Unmittelbare* rechtliche Konsequenzen ergeben sich damit aus dem Gutachten nicht.

Was die *mittelbaren* rechtlichen Konsequenzen anbelangt, bereitet die Interpretation der oben dokumentierten Feststellungen des IGH im Tenor seines Gutachtens einige Schwierigkeiten. Gerade die entscheidende Passage des Ergebnisses (Absatz 2 E des Tenors) scheint auf den ersten Blick eher neue Fragen aufzuwerfen als die gestellte Frage zu beantworten¹⁹, hat doch der Gerichtshof die von manchen erwartete „Entweder/Oder“-Entscheidung explizit nicht getroffen, sondern es bei der Feststellung eines *non liquet* belassen²⁰. Angesichts dieses Ergebnisses ist es kein Wunder, dass alle 14 an der Entscheidung beteiligten Richter, also sowohl die sieben Richter, die für die Feststellung zu Punkt E gestimmt hatten, als auch die sieben, die dagegen gestimmt hatten, dem Gutachten eigene Erklärungen, Sondervoten oder abweichende Meinungen hinzugefügt haben²¹. Liest man die teils extrem umfangreichen Stel-

¹⁷ EuGRZ 1997, 235, 236.

¹⁸ Siehe oben, 1.

¹⁹ So Greenwood, Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Nuclear Weapons Advisory Opinion, in: *Boisson de Chazournes/Sands* (Hrsg.), International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons, 1999, S. 247, 249.

²⁰ Vgl. Falk, Die Friedens-Warte 71 (1996), 235. Kritisch Herbst, NZWehr 1996, 177, 187, der dem IGH vorwirft, eine Atmosphäre zu schaffen, die geeignet sei, große Rechtsunsicherheit entstehen zu lassen.

²¹ Die einzelnen Stellungnahmen sind ebenfalls auf der Homepage des IGH unter www.icj-cij.com abrufbar.

lungnahmen, kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass keiner der beteiligten Richter wirklich glücklich mit der Antwort war, die der Gerichtshof auf die vorgelegte Frage gegeben hat²².

Bei diesem Befund darf es jedoch nicht verbleiben. Insoweit ist zu sehen, dass der Gerichtshof am Ende seiner Ausführungen²³ ausdrücklich hervorhebt, dass seine Antwort auf die von der Generalversammlung gestellte Frage *in der Gesamtheit der rechtlichen Argumentation* liege, wobei jegliche Ausführung im Zusammenhang der übrigen zu verstehen sei. Und obgleich manche Ausführungen des Gutachtens dergestalt seien, dass sie keinen Eingang in den Tenor gefunden hätten, behielten sie dennoch all ihre Bedeutung. Es bedarf also einer eingehenden Analyse der *gesamten* Ausführungen des IGH²⁴, um zu verwertbaren Erkenntnissen für die vorliegend aufgeworfenen Fragen zu gelangen. Dabei soll, insoweit dem Aufbau des Gutachtens des IGH folgend, zunächst ein Blick auf das anwendbare Recht geworfen werden (a). Auf dieser Grundlage können dann die Aussagen des IGH zum *Einsatz* von Atomwaffen beleuchtet werden (b). Die Analyse der Antwort, die der IGH mit Blick auf diese Frage gibt, ermöglicht es schließlich, der sich anschließenden Frage nachzugehen, ob sich aus dem Gutachten auch Folgerungen für die (bloße) *Lagerung* atomarer Waffen ergeben (c).

a) *Das anwendbare Recht*

Der IGH wendet sich zunächst der Frage zu, nach welchen Rechtsnormen des Völkerrechts Nuklearwaffen zu beurteilen sind. Insoweit war von den Verfechtern einer generellen Illegalität von Nuklearwaffen argumentiert worden, dass sich ein solches generelles Verbot bereits aus menschenrechtlichen Gewährleistungen, aus der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermords (Völkermordkonvention)²⁵ sowie aus umweltvölkerrechtlichen Regelungen ergebe. Diese Argumentation weist der IGH im Ergebnis zurück.

²² So auch *Müllerson*, On the Relationship between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the General Assembly Advisory Opinion, in: *Boisson de Chazournes/Sands* (Hrsg.), International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons, 1999, S. 267.

²³ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 104. Die Passage lautet im Original: "At the end of the present Opinion, the Court emphasizes that its reply to the question put to it by the General Assembly rests on the totality of the legal grounds set forth by the Court above (paragraphs 20 to 103), each of which is to be read in the light of the others. Some of these grounds are not such as to form the object of formal conclusions in the final paragraph of the Opinion; they nevertheless retain, in the view of the Court, all their importance."

²⁴ So auch *Falk*, Die Friedens-Warte 71 (1996), 235, 240.

²⁵ Vom 9. Dezember 1948 (BGBl. 1955 II S. 210).

So gelte etwa das Recht auf Leben, wie es in Artikel 6 Abs. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbürgR)²⁶ gewährleistet sei, prinzipiell nicht nur in Friedenszeiten, sondern auch im Rahmen bewaffneter Konflikte; jedoch sei das in bewaffneten Konflikten anwendbare Recht insoweit *lex specialis*, welches abschließend regelt, was im Rahmen bewaffneter Konflikte eine willkürliche Beraubung des Lebens darstelle²⁷.

Mit Blick auf die Völkermordkonvention stellt der IGH deren grundsätzliche Anwendbarkeit fest, hebt allerdings hervor, dass eine Verletzung der Konvention nach deren Artikel II voraussetze, dass der Einsatz atomarer Kampfmittel in der Absicht erfolge, eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche zu zerstören. Die Beurteilung richte sich daher maßgeblich nach den Umständen der jeweiligen spezifischen Fallkonstellation²⁸.

Der Gerichtshof wendet sich anschließend umweltvölkerrechtlichen Normen zu, insbesondere²⁹ den Artikeln 35 Abs. 3 und 55 des I. Zusatzprotokolls (ZP I) von 1977³⁰ zu den vier Genfer Konventionen von 1949, welche Methoden oder Mittel der Kriegführung verbieten, die dazu bestimmt sind oder von denen erwartet werden kann, dass sie ausgedehnte, lang anhaltende und schwere Schäden der natürlichen Umwelt verursachen³¹. Er gelangt zu dem Ergebnis, dass die Normen des Umweltvölkerrechts zwar im Kontext der Prinzipien und Regeln des in bewaffneten Konflikten anwendbaren Rechts zu beachten seien; jedoch enthielten sie kein generelles Verbot nuklearer Waffeneinsätze³².

Im Anschluss an diese Ausführungen hält der IGH mit Blick auf das anwendbare Recht als Ergebnis fest, dass sich die Frage der Rechtmäßigkeit der Drohung mit oder des Einsatzes von Atomwaffen zum einen nach den Vorschriften der Charta der Vereinten Nationen über das *Recht zur Gewaltanwendung* richte, zum anderen nach dem Recht, welches in *bewaffneten Konflikten* gilt, einschließlich der völkerrechtlichen Verträge, welche speziell Atomwaffen betreffen³³. Da die letzteren beiden Gesichtspunkte lediglich zwei Aspekte des in bewaffneten

²⁶ Vom 19. Dezember 1966 (BGBl. 1973 II S. 1534).

²⁷ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 24 f.

²⁸ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 26. So auch bereits *Berber*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 3, 2. Aufl. 1969, S. 173. Vgl. auch *Herbst*, NZWehrr 1996, S. 177, 181 m.w.N.

²⁹ Daneben erwähnt der IGH noch die Konvention vom 18. Mai 1977 über das Verbot der militärischen oder einer sonstigen feindseligen Nutzung umweltverändernder Techniken vom 18. Mai 1977 (BGBl. 1983 II S. 125), das 21. Prinzip der Deklaration von Stockholm von 1972 sowie das 2. Prinzip der Deklaration von Rio de Janeiro von 1992.

³⁰ Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977 (BGBl. 1990 II S. 1551).

³¹ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 27 bis 33.

³² Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 30, 33.

³³ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 34. Vgl. auch Rn. 42.

Konflikten anwendbaren Rechts bezeichnen, nämlich das Verbot bestimmter *Kampfmethoden* sowie das Verbot bestimmter *Waffen*³⁴, verbleibt es hinsichtlich des anwendbaren Rechts bei einem doppelten Maßstab: Zum einen geht es um die Regeln über das Gewaltverbot (das sogenannte *ius ad bellum*³⁵), zum anderen um das in bewaffneten Konflikten anwendbare Recht, in traditioneller Terminologie: das Kriegsrecht (*ius in bello*)³⁶. Beide Regelungskomplexe gelten kumulativ, Zulässigkeit nach den Regeln des Gewaltverbots bedeutet also nicht automatisch auch Zulässigkeit nach den Regeln des Kriegsrechts³⁷. Hinsichtlich dieses doppelten Maßstabes, und das ist ausdrücklich hervorzuheben, bestand Einigkeit zwischen den 14 am Gutachtenverfahren beteiligten Richter, wie die einstimmige Annahme in Absatz 2 C und D des Tenors zeigt. Insoweit befindet sich der Gerichtshof auch im Einklang mit der heute nahezu einhelligen Meinung im völkerrechtlichen Schrifttum³⁸.

b) Der Einsatz von Atomwaffen

Muss sich jeder Einsatz von Atomwaffen sowohl an dem Recht der Charta der Vereinten Nationen über die Gewaltanwendung als auch an den in bewaffneten Konflikten geltenden Regelungen messen lassen, sind im folgenden die Ausführungen des IGH mit Blick auf diese beiden Rechtsmaterien in den Blick zu nehmen und anschließend daraufhin zu untersuchen, ob auf dieser Grundlage Szenarien legaler Atomwaffeneinsätze denkbar sind.

³⁴ Zu dieser Unterscheidung vgl. *Bothe*, Die Friedens-Warte 71 (1996), 249, 251.

³⁵ Angesichts der Entwicklung von einem einst mehr oder minder unbeschränkten Kriegsführungsrecht der souveränen Staaten hin zu dem universellen Gewaltverbot des Artikels 2 Abs. 4 CVN erscheint die Bezeichnung *ius contra bellum* eher angebracht. Eingehend zu der historischen Ächtung zwischenstaatlicher Gewalt *Hummrich*, Der völkerrechtliche Straftatbestand der Aggression, 2001, S. 19 ff.

³⁶ Die Unterscheidung von *ius in bello* und *ius ad bellum* geht zurück auf die Dichotomie des klassischen Völkerrechts. Bereits das Hauptwerk von *Hugo Grotius*, *De iure belli ac pacis libri tres*, aus dem Jahre 1625, greift diese Zweiteilung des Völkerrechts auf und stellt, insoweit an *Cicero* anknüpfend, kategorisch fest: „inter bellum et pacem nihil est medium“ [zwischen Krieg und Frieden gibt es nichts Mittleres], Buch III, Kapitel 21, Abs. 1. Vgl. dazu *Hummrich* (Fn. 35), S. 177. Die Annahme einer konsequenten Trennung des Friedens- und des Kriegsvölkerrechts mit der Folge, dass das Gewaltverbot mit Eintritt des Kriegszustandes nicht mehr gilt (vgl. *Dahm*, Völkerrecht, Bd. II, 1961, S. 417; *Berber*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 2, 1969, S. 91 f.), erscheint unter der Geltung der Charta der Vereinten Nationen nicht unproblematisch. Nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung gelangt daher das moderne *ius ad bellum* (i.S.e. strikten Gewaltverbots mit abschließend in der Charta geregelten Ausnahmen) auch während bewaffneter Konflikte zur Anwendung und bestimmt das Maß der erlaubten Gewalt mit, vgl. *Donner*, ArchVR 33 (1995), 168, 185 f., 191 f., 200 ff.

³⁷ *Bothe*, Die Friedens-Warte 71 (1996), 249, 252.

³⁸ Vgl. nur *Falk*, Die Friedens-Warte 71 (1996), 235, 236; *Greenwood* (Fn. 19), S. 253; *Bothe*, Die Friedens-Warte 71 (1996), 249, 251; *Weber*, JZ 1984, 589, 590; v. *Münch*, NJW 1984, 577 ff., 581; *Schweisfurth*, NJW 1984, 1506 ff.

aa) *Das ius ad bellum*

Gemäß Artikel 2 Abs. 4 CVN unterlassen alle Mitglieder der Vereinten Nationen in ihren internationalen Beziehungen jede gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbare Androhung oder Anwendung von Gewalt³⁹. Erfasst von dem Gewaltverbot der Charta ist nach heute ganz herrschender Meinung nur die *bewaffnete* Gewalt. Wirtschaftliche und andere Formen des Zwangs fallen somit nicht unter das Gewaltverbot⁴⁰. Andererseits kommt es auf die Charakterisierung der bewaffneten Auseinandersetzung als „Krieg“ nicht an; vielmehr fallen auch solche Maßnahmen unter das Gewaltverbot, die früher als „low intensity conflicts“ bezeichnet worden waren⁴¹. Das Gewaltverbot ist nach heute nahezu einhelliger Meinung Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts und gilt daher auch unabhängig von seiner Verankerung in der Charta der Vereinten Nationen⁴².

Die wichtigste Ausnahme vom Gewaltverbot stellt das in Artikel 51 CVN festgeschriebene Recht auf (individuelle und kollektive) Selbstverteidigung dar. Artikel 51 CVN lautet in deutscher Übersetzung:

„Diese Charta beeinträchtigt im Falle eines bewaffneten Angriffs gegen ein Mitglied der Vereinten Nationen keineswegs das naturgegebene Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung, bis der Sicherheitsrat die zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen getroffen hat. Maßnahmen, die ein Mitglied in Ausübung dieses Selbstverteidigungsrechts trifft, sind dem Sicherheitsrat sofort anzuzeigen; sie berühren in keiner Weise dessen auf dieser Charta beruhende Befugnis und Pflicht, jederzeit die Maßnahmen zu treffen, die er zur Wahrung oder Wiederherstellung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit für erforderlich hält.“⁴³

³⁹ „All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.“

⁴⁰ Vgl. *Randelzhofer*, in: *Simma* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2. Aufl. 2002, Bd. I, Art. 2 (4) Rn. 17 ff.; *Hummrich* (Fn. 35), S. 182 ff. m.w.N. Vgl. auch die grundlegenden Ausführungen des IGH in seinem *Nicaragua-Urteil* aus dem Jahre 1986, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, Urteil vom 27. Juni 1986, ICJ-Rep. 1986, S. 14 ff.

⁴¹ *Fischer*, in: *Ipsen*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2004, § 59 Rn. 11. Str. ist allein, ob es einen Bereich minimaler Grenzverletzungen gibt, der nicht unter das Gewaltverbot fällt, vgl. *Bothe*, in: *Vitzthum* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2004, S. 596 Rn. 10.

⁴² *Randelzhofer*, in: *Simma*, *Charter* (Fn. 40), Art. 2 (4) Rn. 61; *Fischer*, ebenda, § 59 Rn. 27.

⁴³ Die deutsche Fassung ist nicht verbindlich, vgl. Artikel 111 CVN. Im Englischen lautet Artikel 51 wie folgt: „Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security

Auch das Selbstverteidigungsrecht ist, wie der IGH in dem grundlegenden Nicaragua-Urteil aus dem Jahre 1986 erstmals festgestellt⁴⁴ und in dem Nuklearwaffen-Gutachten bestätigt hat⁴⁵, Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts. Ungeachtet des Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Selbstverteidigungsrechts, namentlich des Vorhandenseins eines „bewaffneten Angriffs“ („armed attack“)⁴⁶, wird das Selbstverteidigungsrecht durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt⁴⁷. An diesem Verhältnismäßigkeitsmaßstab muss sich auch, wie der IGH im Nuklearwaffen-Gutachten betont⁴⁸, ein etwaiger Einsatz von Nuklearwaffen in einer Situation der Selbstverteidigung messen lassen. Dabei sind die Charakteristika des Nuklearwaffeneinsatzes, die der IGH ausführlich und in ihren katastrophalen Auswirkungen eindringlich schildert⁴⁹, in Rechnung zu stellen. Der entscheidenden Frage, ob nämlich aufgrund dieser Charakteristika eine Selbstverteidigung mit Nuklearwaffen nicht immer unverhältnismäßig ist, weicht der IGH allerdings aus. Die relevante Passage lautet:

“Certain States have in their written and oral pleadings suggested that in the case of nuclear weapons, the condition of proportionality must be evaluated in the light of still further factors. They contend that the very nature of nuclear weapons, and the high probability of an escalation of nuclear exchanges, mean that there is an extremely strong risk of devastation. The risk factor is said to negate the possibility of the condition of proportionality being complied with. The Court does not find it necessary to embark upon the quantification of such risks; nor does it need to enquire into the question whether tactical nuclear weapons exist which are sufficiently precise to limit those risks: it suffices for the Court to note that the very nature of all nuclear weapons and the profound risks associated therewith are further considerations to be borne in mind by States believing they can exercise a nuclear response in self-defence in accordance with the requirements of proportionality.”⁵⁰

Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.”

⁴⁴ A.a.O. (Fn. 40), Rn. 193.

⁴⁵ Gutachten a.a.O. (Fn. 15), Rn. 41.

⁴⁶ Was genau unter einem „bewaffneten Angriff“ zu verstehen ist, ist str. Die wohl h.M., so auch der IGH in seinem Nicaragua-Urteil (Fn. 40, Rn. 191), verlangt eine gegenüber der „Gewalt“ i.S.d. Artikels 2 Abs. 4 CVN gesteigerte Intensität der Gewaltausübung. Mit anderen Worten löst nicht jeder Verstoß gegen das Gewaltverbot auch das Selbstverteidigungsrecht des Artikels 51 CVN (gleiches gilt dann für das gewohnheitsrechtliche Selbstverteidigungsrecht) aus. Vgl. zu dem Streitstand *Hummrich* (Fn. 35), S. 192 ff., m.w.N. auch zu der Gegenauffassung, wonach jede Gewalt nach dem System der Charta stets mit Gegengewalt beantwortet werden kann.

⁴⁷ IGH, Nicaragua-Urteil (Fn. 40), Rn. 176; Nuklearwaffen-Gutachten (Fn. 15), Rn. 41 f.

⁴⁸ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 42.

⁴⁹ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 35: “[...] These characteristics render the nuclear weapon potentially catastrophic. The destructive power of nuclear weapons cannot be contained in either space or time. They have the potential to destroy all civilization and the entire ecosystem of the planet.”

⁵⁰ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15) Rn. 43.

Wohl allein auf diese Weise war es dem Gerichtshof möglich, zu der einstimmigen Feststellung in Absatz 2 C des Tenors zu gelangen⁵¹.

bb) Das ius in bello

Im Rahmen seiner Ausführungen zum in bewaffneten Konflikten anwendbaren Recht geht der Gerichtshof von der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen dem Verbot bestimmter *Waffen* und dem Verbot bestimmter *Kampfmethoden* aus. Der Unterschied zwischen beiden Verbotsarten besteht darin, dass Waffenverbote den Einsatz bestimmter Waffen verbieten, grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Modalität des Einsatzes. Der Einsatz verbotener Waffen ist damit in jedem Fall unzulässig, selbst wenn im Einzelfall die Vorschriften über unzulässige Kampfmethoden nicht verletzt werden⁵².

Ein derartiges spezifisches *Waffenverbot* vermag der Gerichtshof mit Blick auf Nuklearwaffen allerdings nicht festzustellen, weder im *Völkervertragsrecht*, noch im *Völkergewohnheitsrecht*⁵³. Mit elf zu drei Stimmen gelangt er daher zu dem Ergebnis des Absatzes 2 B des Tenors.

Im Einzelnen untersucht der Gerichtshof zunächst eine Reihe von völkerrechtlichen *Verträgen*⁵⁴, die den Einsatz bestimmter Kampfmittel verbieten und lehnt eine Anwendung dieser Verträge auf Atomwaffen ab; insbesondere seien Atomwaffen nicht pauschal mit „Giftwaffen“ oder „Giftgasen“ gleichzusetzen. Sodann untersucht er diverse Erklärungen und Verträge über den Nichteinsatz von Atomwaffen im Zusammenhang mit dem Nichtverbreitungsvertrag⁵⁵ und den Verträgen über atomwaffenfreie Zonen⁵⁶ und gelangt zu dem Ergebnis, dass diese so verstanden werden könnten, dass sie ein zukünftiges allgemeines Verbot des Einsatzes von Atomwaffen ankündigten, selbst aber ein solches Verbot nicht enthielten⁵⁷. Im Ergebnis lasse sich ein allgemeines und umfassendes *vertragliches* Verbot von Atomwaffen nicht feststellen⁵⁸.

⁵¹ So auch *Bothe*, *Die Friedens-Warte* 71 (1996), 249, 251.

⁵² Vgl. *Bothe*, *Die Friedens-Warte* 71 (1996), 249, 252.

⁵³ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 53 bis 73.

⁵⁴ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 54 bis 57. Aufgeführt werden die Zweite Haager Erklärung vom 29. Juli 1899, Artikel 23 lit. a) der Haager Landkriegsordnung vom 18. Oktober 1907 und das Giftgasprotokoll vom 17. Juni 1925 (Rn. 54).

⁵⁵ Vertrag über die Nichtverbreitung von Kernwaffen vom 1. Juli 1968 (BGBl. 1974 II S. 186).

⁵⁶ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 58 bis 63. Vgl. dazu *Herbst*, *NZWehrr* 1996, 177, 182 f.

⁵⁷ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 62.

⁵⁸ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 63.

Mit Blick auf ein etwaiges *völkergewohnheitsrechtliches* Verbot⁵⁹ stellt der Gerichtshof sodann fest, dass die Mitglieder der Staatengemeinschaft zutiefst gespalten seien hinsichtlich der Frage, ob die Nichtanwendung von Atomwaffen seit 1945 den Ausdruck einer Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) von der Unzulässigkeit derartiger Kampfmittel darstelle. In Anbetracht dessen sehe er sich außerstande, aus der Nichtanwendung Folgerungen für eine *opinio iuris* zu ziehen⁶⁰. Schließlich unterzieht der Gerichtshof einige Resolutionen der Generalversammlung⁶¹ einer eingehenden Untersuchung dahingehend, ob sie als Nachweis für ein völkergewohnheitsrechtliches Verbot von Atomwaffen dienen können. In diesem Zusammenhang bestätigt der Gerichtshof – im Einklang mit dem Schrifttum⁶² –, dass Resolutionen der Generalversammlung *per se* keine rechtliche Verbindlichkeit beanspruchen, unter bestimmten Umständen aber wichtige Beweiselemente für das Bestehen einer *opinio iuris* liefern können; entscheidend seien letztlich Inhalt und Umstände ihrer Annahme; außerdem müsse festgestellt werden, ob eine *opinio iuris* bezüglich ihres normativen Charakters bestehe⁶³. In Anbetracht keineswegs eindeutiger Abstimmungsergebnisse der hier einschlägigen Resolutionen seien diese Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt⁶⁴, so dass auch ein gewohnheitsrechtliches Verbot im Ergebnis nicht nachzuweisen sei.

Nachdem der IGH ein spezifisches Waffenverbot abgelehnt hat, wendet er sich der Frage zu, ob der Zugriff auf Atomwaffen mit Blick auf die Verbote bestimmter *Kampfmethoden* und das Neutralitätsrecht als unrechtmäßig anzusehen ist. Er betont einleitend, dass das „Haager Recht“ und „Genfer Recht“ sich zu einem einheitlichen komplexen System des internationalen humanitären Völkerrechts entwickelt hätten⁶⁵. Diese Rechtsmaterie findet, wie der Gerichtshof hervorhebt, auch auf den Atomwaffeneinsatz Anwendung⁶⁶. Als Maßstab für seine Prüfung zieht der Gerichtshof indes nur *gewohnheitsrechtliche* Prinzipien heran⁶⁷, namentlich das Gebot der Unterscheidung zwischen zivilen und militärischen Zielen sowie zwischen Zivil-

⁵⁹ Die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht setzt zwei Elemente voraus: eine Staatenpraxis und eine damit korrespondierende Rechtsüberzeugung (*opinio iuris sive necessitatis*). Vgl. *Vitzthum*, in: *ders.* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2004, S. 64 ff., Rn. 131 ff.; *Bleckmann*, *ZaöRV* 37 (1977), 504 ff.

⁶⁰ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 67.

⁶¹ Insbesondere Resolution 1653 (XVI) vom 24. November 1961.

⁶² Vgl. *Humrich* (Fn. 35), S. 95 ff.; *Tomuschat*, *ZaöRV* 36 (1976), 444, 460 f.; *Skubiszewski*, *Annuaire de l'Institut de droit international* 61 I (1985), S. 29, 99 ff.

⁶³ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 70. So auch die Autoren in Fn. 62.

⁶⁴ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 71. Vgl. dazu *Bothe*, *Die Friedens-Warte* 71 (1996), 249, 253: „Der Argumentation liegt erkennbar das wohl einzig realistische Konzept zu Grunde, daß man das Verbot bestimmter Waffen und schon gar das von militärisch so wichtigen Waffen, wie es die Nuklearwaffen sind, nur aus ausdrücklichen und spezifischen Normen herleiten kann, und nicht aus mehr oder weniger kunstvollen Auslegungen von Rechtsgrundlagen, die im Grunde eine andere oder engere Zielrichtung haben.“ Zustimmend *Marauhn/Oellers-Frahm*, *EuGRZ* 1997, 221, 234.

⁶⁵ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 75.

⁶⁶ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 86.

personen und Kombattanten (sog. Verbot unterschiedsloser Angriffe), das Verbot der Verursachung unnötiger Leiden sowie die sogenannte „Martens’sche Klausel“⁶⁸. Dagegen weicht er der in der völkerrechtlichen Lehre höchst kontrovers diskutierten Frage, ob nämlich das I. Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen von 1977⁶⁹ auf Atomwaffen anwendbar ist⁷⁰, mit der Begründung aus, dass diese *vertragliche* Bestimmung in keiner Weise die für alle Mittel und Methoden des Kampfes *gewohnheitsrechtlich* verankerten Regeln ersetzt habe⁷¹. Für anwendbar erklärt der Gerichtshof dagegen die (gleichfalls gewohnheitsrechtlich verankerten) Regeln des völkerrechtlichen *Neutralitätsrechts*, die es den kriegführenden Staaten untersagen, bei ihren Kampfhandlungen das Territorium eines neutralen Staates in Mitleidenschaft zu ziehen⁷².

Auf der Grundlage dieser Feststellungen wendet sich der Gerichtshof sodann der Kernfrage zu, ob nicht nach den voranstehend aufgeführten Regeln des *ius in bello* der Einsatz von Kernwaffen stets und ausnahmslos als unzulässig anzusehen ist. In dieser Frage ist das Gericht gespalten und spiegelt insoweit die gegensätzlichen Positionen wider, die zu der Problematik in der Staatenwelt und auch im völkerrechtlichen Schrifttum vertreten werden. Jedenfalls die Mehrheit von sieben Richtern⁷³ sieht sich nicht in der Lage, die Frage denkbarer legaler Einsätze abschließend zu entscheiden, sondern gelangt zu einem *non liquet*. Dies kommt nicht

⁶⁷ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 78.

⁶⁸ Die „Martens’sche Klausel“ bringt das allgemeine Humanitätsgebot zum Ausdruck, wonach auch Schädigungshandlungen, die nicht ausdrücklich verboten sind, nicht in einen rechtsfreien Raum fallen. Sie geht zurück auf Prof. Friedrich v. Martens, den Delegierten Russlands auf den Haager Friedenskonferenzen. Eine moderne Fassung findet sich in Artikel 1 Abs. 2 ZP I von 1977: „In Fällen, die von diesem Protokoll oder anderen internationalen Übereinkünften nicht erfasst sind, verbleiben Zivilpersonen und Kombattanten unter dem Schutz und der Herrschaft der Grundsätze des Völkerrechts, wie sie sich aus feststehenden Gebräuchen, aus den Grundsätzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens ergeben.“

⁶⁹ Fundstelle siehe Fn. 30.

⁷⁰ Insb. geht es um Artikel 51 Abs. 4 ZP I, der unterschiedslose Angriffe untersagt, darunter nach lit. c) „Angriffe, bei denen Kampfmethoden oder –mittel angewendet werden, deren Wirkungen nicht entsprechend den Vorschriften dieses Protokolls begrenzt werden können“ und die daher militärische Ziele und Zivilpersonen oder zivile Objekte unterschiedslos treffen können. Der Wortlaut erlaubt es, unter dieses Verbot sämtliche Massenvernichtungswaffen und damit auch Nuklearwaffen zu fassen. Dagegen sprechen jedoch mehrere Vorbehalte, die im Zusammenhang mit der Unterzeichnung und Ratifikation des ZP I eingelegt worden sind – darunter auch von den Vereinigten Staaten, Großbritannien, Frankreich und den meisten NATO-Staaten –, wonach das ZP I auf die Nuklearwaffenfrage ausdrücklich keine Anwendung finden sollte. Inwieweit derartige Vorbehalte mit dem Ziel und Zweck des ZP I vereinbar sind, ist indes fraglich. Vgl. dazu *Kimminich*, Zum Einfluß des humanitären Völkerrechts auf die Kernwaffenfrage, in: v. Münch (Hrsg.), Staatsrecht – Völkerrecht – Europarecht, Festschrift für Schlochauer, 1981, S. 407 ff., 418 ff.; *Fischer*, Der Einsatz von Nuklearwaffen nach Art. 51 des I. Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen von 1949, 1985, S. 100 ff.

⁷¹ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 84.

⁷² Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 89.

nur in Absatz 2 E des Tenors zum Ausdruck, sondern auch in der Begründung. So hatten einige Staaten vor dem Gerichtshof dahingehend argumentiert, dass ein Atomwaffeneinsatz nicht zwangsläufig gegen die oben genannten Regeln des *ius in bello* verstoße. Insbesondere seien Einsätze denkbar, die nicht zu großen Kollateralschäden beziehungsweise zu auf neutrales Territorium übergreifenden Schäden führten⁷⁴. Andere hatten dagegen vertreten, dass ein Einsatz von Kernwaffen sowohl gegen das Unterscheidungsgebot als auch gegen das Neutralitätsrecht verstoße, letzteres deshalb, weil bei einem Atomwaffeneinsatz eine grenzüberschreitende Schädigungswirkung gegenüber neutralen Staaten nie ausgeschlossen werden könne. Der Gerichtshof stellt mit Blick auf diese beiden gegensätzlichen Standpunkte zunächst fest, dass keiner der Staaten, die behaupten, dass der Einsatz von Atomwaffen unter bestimmten Umständen, und insbesondere der „saubere“ Einsatz von kleineren Atomwaffen mit geringerer Stärke oder taktischer Art, rechtmäßig sei, dargelegt habe, welches die genauen Umstände seien – vorausgesetzt, dass dieser begrenzte Einsatz wirklich möglich wäre –, die einen derartigen Einsatz rechtfertigten⁷⁵. Auch sei von diesen Staaten nicht dargelegt worden, dass ein solcher begrenzter Einsatz nicht zu einer Eskalation in Richtung auf einen allgemeinen Einsatz von Atomwaffen großer Stärke führe⁷⁶. Der Gerichtshof gelangt unter diesen Umständen zu der Auffassung, nicht über hinreichende Grundlagen zu verfügen, um sich zur Begründetheit der These eines denkbaren legalen Einsatzes zu äußern⁷⁷. Andererseits sieht sich der Gerichtshof auch außerstande, sich zu der Gegenauffassung zu äußern, wonach der Einsatz von Atomwaffen wegen der diesen immanenten Unvereinbarkeit mit den Regelungen des *ius in bello* unter allen Umständen rechtswidrig sei⁷⁸. Die relevante Passage lautet:

“In view of the unique characteristics of nuclear weapons, to which the Court has referred above, the use of such weapons in fact seems scarcely reconcilable with respects for such requirements. Nevertheless, the Court considers that it does not have sufficient elements to enable it to conclude with certainty that the use of nuclear weapons would necessarily be at variance with the principles and rules of law applicable in armed conflict in any circumstance.”⁷⁹

⁷³ Von den eigentlich 15 Richtern war ein Richter unerwartet verstorben, so dass an der Entscheidung nur 14 Richter mitgewirkt haben. Eine Mehrheit (von sieben Stimmen) kam nur wegen der ausschlaggebenden Stimme des Präsidenten zustande.

⁷⁴ Diskutiert werden In diesem Zusammenhang in der Regel Angriffe gegen isolierte Ziele, etwa in der Wüste oder auf hoher See, die mit relativ geringer Sprengkraft, etwa mit sog. taktischen Atomwaffen, durchgeführt werden, vgl. z.B. *Bothe*, Die Friedens-Warte 71 (1996), 249, 255.

⁷⁵ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 94.

⁷⁶ Ebenda.

⁷⁷ Ebenda.

⁷⁸ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 95.

⁷⁹ Ebenda. Die deutsche Übersetzung (EuGRZ 1997, 236, 241) lautet: „Mit Blick auf die einzigartigen Charakteristiken der Atomwaffen, auf die der Gerichtshof sich oben bezogen hat, scheint der Einsatz dieser Waffen in der Tat kaum vereinbar mit der Beachtung dieser Voraussetzungen. Dennoch ist der Gerichtshof der Auffassung, dass er nicht über ausreichende Grundlagen verfügt, um mit

Bei dieser Feststellung belässt es der Gerichtshof dann jedoch nicht, sondern bringt - insoweit dogmatisch nicht unproblematisch⁸⁰ - erneut das *ius ad bellum* in Form des Selbstverteidigungsrechts ins Spiel. So dürften weder das Grundrecht jedes Staates auf Überleben noch die sogenannte „Politik der Abschreckung“ übersehen werden. Der Gerichtshof gelangt sodann zu folgender Feststellung:

“Accordingly, in view of the present state of international law viewed as a whole, as examined above by the Court, and of the elements of fact at its disposal, the Court is led to observe that it cannot reach a definitive conclusion as to the legality or illegality of the use of nuclear weapons by a State in an extreme circumstance of self-defence, in which its very survival would be at stake.”⁸¹

cc) *Folgerungen: Mögliche rechtmäßige Einsatzszenarien?*

Die Gesamtheit dieser rechtlichen Ausführungen des Gerichtshofs bilden die Grundlage für die Interpretation der entscheidenden beiden Sätze in Absatz 2 E des Tenors.

Zunächst ist festzustellen, dass der Gerichtshof im Ergebnis keinem der beiden Standpunkte, die mit Blick auf den Einsatz von Nuklearwaffen eingenommen werden, in Gänze folgt⁸²: weder den „Kontextualisten“ (ein Einsatz ist rechtmäßig, wenn er sowohl den Regeln des *ius ad bellum* als auch denen des *ius in bello* genügt; entscheidend sind die tatsächlichen Umstände des Einzelfalls) noch den „Prohibitionisten“ (ein Einsatz ist immer rechtswidrig, da Einsätze, die insbesondere dem *ius in bello* genügen, nicht denkbar sind)⁸³. Unverkennbar ist indes eine gewisse Neigung zu der Auffassung der Prohibitionisten, wenn in Absatz 2 E Satz 1 des Tenors von einer „generellen“ (“generally”) Unvereinbarkeit mit Völkerrecht die Rede ist. Genau hier liegt aber das Problem: „generally [...] contrary to the rules of international law“ ist eben nicht dasselbe wie eine strikte Unvereinbarkeit. Wie auch immer man dieses “generally“ übersetzen will (z.B. generell/grundsätzlich/prinzipiell/regelmäßig/in der Regel/ im allgemeinen)⁸⁴, folgt

Sicherheit feststellen zu können, dass der Einsatz von Atomwaffen zwangsläufig den im bewaffneten Konflikt anwendbaren Prinzipien und Regeln unter allen Umständen widerspricht.”

⁸⁰ Dazu sogleich, cc.

⁸¹ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 97. Die deutsche Übersetzung (EuGRZ 1997, 236, 241) lautet: „Daher muss der Gerichtshof im Hinblick auf den aktuellen Stand des Völkerrechts insgesamt, wie er oben geprüft wurde, sowie der ihm zur Verfügung stehenden Tatsachen zu dem Ergebnis kommen, dass er keine endgültige Antwort auf die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Einsatzes von Atomwaffen durch einen Staat in einer extremen Lage der Selbstverteidigung geben kann, in der es um das schlichte Überleben des Staates selbst geht.“

⁸² Vgl. Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 94 ff. und dazu den voranstehenden Gliederungsabschnitt.

⁸³ Vgl. Falk, Die Friedens-Warte 71 (1996), 242.

⁸⁴ Vgl. zu den verschiedenen Übersetzungsmöglichkeiten Deiseroth, Atomwaffen (Fn. 9), S. 352 f.

aus der vom Gerichtshof gewählten Formulierung, dass es von dem generellen (prinzipiellen/grundsätzlichen etc.) Verbot *Ausnahmen* geben kann, dass solche Ausnahmen zumindest nicht von vornherein und offenkundig auszuschließen sind. Andernfalls hätte der Gerichtshof zu der Feststellung eines strikten Verbotes gelangen müssen, eine Schlussfolgerung, für die sich unter den beteiligten Richtern offenkundig keine Mehrheit fand. Mit anderen Worten bleibt eine *Lücke* zu dem Standpunkt der Prohibitionisten, eine „rechtliche Nische“ möglicherweise zulässiger Kernwaffeneinsätze, die es zu vermessen gilt⁸⁵, um den rechtlichen Gehalt des Gutachtens zu erfassen.

Der Gerichtshof selbst gibt mit Absatz 2 E Satz 2 des Tenors einige Hinweise, um welche Ausnahmen von dem generellen Verbot es gehen könnte: Erforderlich ist insoweit „an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake“. Diese Aussage ist nicht unproblematisch, zumal vor dem Hintergrund der übrigen Aussagen des Gerichtshofs, insbesondere in Rn. 34 des Gutachtens sowie Absatz 2 C und D des Tenors. Denn nach einhelliger Auffassung aller am Verfahren beteiligten Richter muss ein Atomwaffeneinsatz sowohl den Regeln des *ius ad bellum* als auch denen des *ius in bello* genügen. Die Aussage des Gerichtshofs in Absatz 2 E Satz 2 des Tenors kann nun aber so verstanden werden, dass in dem dort näher bezeichneten extremen Fall der Selbstverteidigung ein Bruch des *ius in bello* zulässig wäre. Dies ist aber ein Rechtsstandpunkt, den noch nicht einmal die am Verfahren beteiligten Nuklearwaffenmächte eingenommen hatten. Dass es sich insoweit nicht um eine fernliegende Lesart handelt, zeigen die Stellungnahmen einiger der am Verfahren beteiligten Richter. So vertritt der Gerichtspräsident *Bedjaoui* dezidiert die Auffassung, dass die Selbstverteidigung, welche insbesondere das naturgegebene Recht auf Überleben des Staates mitumfasse, eine Situation mit sich bringen könne, in der ein Staat sich selbst von der Beachtung der „unüberschreitbaren“ Normen des humanitären Völkerrechts befreien könne⁸⁶. In eine ähnliche Richtung geht die Argumentation des französischen Richters *Guillaume*⁸⁷. Auch der deutsche Richter *Fleischhauer* geht offenbar von einem in bestimmten Fallkonstellati-

⁸⁵ *Bothe*, Die Friedens-Warte 71 (1996), 249, 254.

⁸⁶ Rn. 22 der Erklärung: «Le droit à la survie de l'Etat est lui aussi un droit fondamental et s'apparente, à maints égards, à un droit "naturel". Cependant, la légitime défense - fût-elle exercée dans des conditions extrêmes mettant en cause la survie même d'un Etat - ne peut engendrer une situation dans laquelle un Etat s'exonérerait lui-même du respect des normes "intransgressibles" du droit international humanitaire. [...]»

⁸⁷ Rn. 8 des Sondervotums: «[...] Dès lors, le droit international ne peut priver un Etat du droit de recourir à l'arme nucléaire si ce recours constitue l'ultime moyen par lequel il peut assurer sa survie. En pareille hypothèse, cet Etat bénéficie d'une sorte d'"excuse absolutoire" analogue à celle qui existe dans tous les systèmes de droit pénal [...]».

tionen unauflösbaren Widerspruch zwischen den Regeln des *ius ad bellum* und denen des *ius in bello* aus⁸⁸.

Wollte man diese Lesart akzeptieren und unter Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht unter bestimmten Voraussetzungen Verletzungen des *ius in bello* rechtfertigen, hätte dies zur Folge, dass das *ius in bello* nicht mehr gleichermaßen für Angreifer und Verteidiger gelten würde (sogenannter Grundsatz der Gegenseitigkeit/Reziprozitätsprinzip)⁸⁹. Denn allein der angegriffene Staat könnte sich auf das Recht zur Selbstverteidigung berufen und auf diesem Wege von den Anforderungen des *ius in bello* freigestellt werden. Eine solche (partielle) Abkehr von einem seit Beginn des 20. Jahrhunderts nicht mehr bestrittenen tragenden Pfeiler des (Kriegs-)Völkerrechts, der die Anwendung der kriegsvölkerrechtlichen Regelungen durch alle am Konflikt beteiligten Parteien unter allen Umständen sicherstellen soll, erscheint aber kaum vertretbar⁹⁰. Letztlich wären Tür und Tor geöffnet für längst überwunden geglaubte Lehren wie diejenige vom „gerechten Krieg“ oder der Maxime „Kriegsraison geht vor Kriegsmannier“⁹¹. Jede Auslegung des Absatzes 2 E des Tenors, die einen – und sei er auch sachlich noch so eng begrenzten – Vorrang des Selbstverteidigungsrechts vor den Erfordernissen des *ius in bello* propagiert, ist daher – in Übereinstimmung mit den Feststellungen des Gerichtshofs in Absatz 2 C und D des Tenors – abzulehnen.

Auch ein weiterer Auslegungsansatz lässt sich im Ergebnis nicht halten: So wäre es prinzipiell denkbar, die Ausführungen des Gerichtshofs dahingehend zu deuten, dass er nicht auf das Selbstverteidigungsrecht, wie es in Artikel 51 CVN kodifiziert ist, abstellt, sondern auf ein davon zu trennendes, *eigenständiges* „Recht auf Überleben des Staates“⁹². Bei diesem gleich-

⁸⁸ Rn. 5 des Sondervotums: “[...] The Principles and rules of the humanitarian law and the other principles of law applicable in armed conflict, such as the principle of neutrality on the one side and the inherent right of self defence on the other, which are through the very existence of the nuclear weapon in sharp opposition to each other, are all principles and rules of law. None of these principles and rules is above the law, they are of equal rank in law and they can be altered by law. They are justiciable. Yet international law has so far not developed - neither in conventional nor in customary law - a norm on how these principles can be reconciled in the face of the nuclear weapon. As I stated above [...], there is no rule giving prevalence of one over the other of these principles and rules. International politics have not yet produced a system of collective security of such perfection that it could take care of the dilemma, swiftly and efficiently. [...]” Vgl. auch Rn. 3, zitiert in Fn. 124.

⁸⁹ Ausführlich zu diesem Prinzip *Dinstein*, *War, Aggression and Self-Defence*, 3. Aufl. 2001, S. 140 ff. Vgl. auch *Müllerson* (Fn. 22), S. 267, 268 ff.; *Greenwood* (Fn. 19), S. 247, 263 f.

⁹⁰ So *Dinstein* (Fn. 89), S. 146; *Bothe*, in: *Vitzthum* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2004, S. 631 Rn. 59 f.; *Ipsen*, in: *ders.*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2004, § 67 Rn. 10.

⁹¹ So zu Recht *Greenwood* (Fn. 19), S. 247, 264.

⁹² Die Argumentation des Gerichtshofs ist insoweit eher missverständlich: Während in Rn. 97 des Gutachtens und Absatz 2 E des Tenors ein eindeutiger Bezug zum Selbstverteidigungsrecht hergestellt wird, ist in Rn. 96 von einem “fundamental right of every State to survival” die Rede.

sam „naturegegebenen“ Recht⁹³, so könnte man weiter argumentieren, handele es sich um ein *unveräußerliches* Recht, welches daher auch einen Bruch des *ius in bello* rechtfertigen könne. Abgesehen von den bereits erörterten Einwänden, die einer Relativierung des kriegsvölkerrechtlichen Standards entgegenstehen, spricht entscheidend gegen diesen Interpretationsansatz, dass das Völkerrecht ein eigenständiges, Absolutheit beanspruchendes Recht auf „Überleben des Staates“ nach ganz überwiegender Auffassung nicht kennt⁹⁴. Was immer man unter „Überleben des Staates“ auch verstehen mag – sei es das Überleben des rechtlichen Gebildes, sei es das Überleben der Bevölkerung⁹⁵ –, alle diese Aspekte werden in rechtlich abschließender Weise durch das Selbstverteidigungsrecht erfasst. Hierbei handelt es sich aber gerade nicht um ein absolutes Recht. Vielmehr muss sich jede zum Zwecke der Selbstverteidigung erfolgende Gewaltanwendung an den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit messen lassen und hat im Übrigen den Regeln des Kriegsvölkerrechts zu genügen. In dieser doppelten Beschränkung der Selbstverteidigung spiegelt sich zugleich die Abkehr von einem absolut gesetzten Souveränitätsbegriff wider; die Existenz einer Völkerrechtsordnung ist angesichts einer Vielzahl gleichermaßen souveräner Staaten überhaupt nur bei Anerkennung eines *relativen* Souveränitätsbegriffes denkbar⁹⁶.

Ein sinnvolles Auslegungsergebnis lässt sich nach alledem nur dann erzielen, wenn der Gedanke der Sicherung des Überlebens des Staates als ein (maßgeblicher) Aspekt in das Verhältnismäßigkeitsurteil miteinbezogen wird – sowohl im Rahmen der Selbstverteidigung als auch mit Blick auf die kriegsrechtlichen Regelungen⁹⁷. Dies bedeutet, dass dann, und nur dann, wenn das Überleben des Staates (als Gebietskörperschaft, erst recht aber mit Blick auf das Staatsvolk) auf dem Spiel steht, ein rechtmäßiger Einsatz von Atomwaffen zumindest nicht *a priori* auszuschließen ist. „Allein die Überlebenssicherung und nicht sonstige Szenarien geringer Kollateralschäden“ lassen damit eine „kriegsrechtliche Beurteilung der Verhältnismä-

⁹³ Insbesondere der deutsche Richter *Fleischhauer* stellt in seinem Sondervotum darauf ab, dass kein Rechtssystem von einem seiner Rechtssubjekte erwarten könne, dass es untergehe oder Selbstmord begehe. *Fleischhauer* leitet aus dieser Erkenntnis ab, dass das Überlebensrecht auch im Völkerrecht als ungeschriebener allgemeiner Rechtsgrundsatz gelten müsse, vgl. Rn. 5 des Sondervotums.

⁹⁴ So die überzeugende Analyse von *Kohen*, *The Notion of 'State Survival' in International Law*, in: *Boisson de Chazournes/Sands* (Hrsg.), *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, 1999, S. 293, 295 ff., 302, 312 f.

⁹⁵ Vgl. zu verschiedenen Lesarten *Matheson*, *American Journal of International Law* 91 (1997), 417, 430.

⁹⁶ Vgl. *Vitzthum*, in: *ders.* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 94. Vgl. auch *Kohen* (Fn. 94), S. 270 f., der zu Recht die Frage aufwirft, ob es – losgelöst von der fehlenden völkerrechtlichen Verankerung – überhaupt wünschenswert wäre, das Überleben eines Staates (im Sinne der Existenz der Gebietskörperschaft) absolut zu setzen – gerade auch mit Blick auf die mannigfaltigen Veränderungen, die die Staatenwelt im Laufe der Menschheitsgeschichte erfahren hat und stetig erfährt.

Bigkeit denkbar erscheinen, die einen Atomwaffeneinsatz für zulässig halten könnte“⁹⁸. Auch in diesen Fällen einer „extremen“ Selbstverteidigungssituation ist ein angegriffener Staat also keineswegs von den Anforderungen des Kriegsvölkerrechts freigestellt. Vielmehr hat er, wie der Gerichtshof explizit betont⁹⁹, im Rahmen der kriegsvölkerrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung die verheerenden und langanhaltenden Folgen eines Atomwaffeneinsatzes zu bedenken.

Die Schlussfolgerung, dass ein Atomwaffeneinsatz, der sowohl den Anforderungen des *ius ad bellum* als auch denjenigen des *ius in bello* genügt, rechtmäßig ist, zieht der Gerichtshof nicht, sondern belässt es stattdessen bei einem *non liquet*. Bei der Bewertung dieser fehlenden Feststellung ist indes zu sehen, dass der Gerichtshof sich insoweit, wie oben gezeigt, auf eine fehlende *tatsächliche* Grundlage beruft, welche ihm die *rechtliche* Beurteilung unmöglich mache. Berücksichtigt man weiterhin, dass der Gerichtshof ausdrücklich das Fehlen eines generellen Atomwaffenverbots feststellt, so geht es nicht zu weit, aus dem Gutachten in seiner Gesamtheit die Schlussfolgerung herauszulesen, dass ein Atomwaffeneinsatz, der sowohl den Erfordernissen des *ius ad bellum* als auch denen des *ius in bello* genügt, rechtmäßig wäre¹⁰⁰. Fraglich ist allein, ob ein Szenario, in denen diese rechtlichen Voraussetzungen erfüllt wären, denkbar wäre. Die verbleibende Unsicherheit ist mithin eine allein *tatsächliche*, keine *rechtliche*. Bei realistischer Betrachtung ist dem Gerichtshof freilich darin zuzustimmen, dass die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Einsatz nur im Ausnahmefall erfüllt sein werden. Gleichwohl ist es auf der Grundlage des Gutachtens zumindest vertretbar, eine – wenn auch sehr kleine – Nische rechtmäßiger Einsatzszenarien anzunehmen.

Hierfür spricht im Übrigen auch ein Rechtsgrundsatz, der im Völkerrecht seit langem etabliert ist und bereits vom Ständigen Internationalen Gerichtshof (StIGH) im Jahre 1927 in der *Lotus*-Entscheidung festgestellt wurde: Solange ein Verhalten nicht einer (geschriebenen oder ungeschriebenen) Verbotsnorm des Völkerrechts unterfällt, ist es erlaubt¹⁰¹. Von diesem Grund-

⁹⁷ So Bothe, *Die Friedens-Warte* 71 (1996), 249, 256; Kohen (Fn. 94), S. 312. Im Ergebnis auch Greenwood (Fn. 19), S. 264 und Matheson, *American Journal of International Law* 91 (1997), 417, 430.

⁹⁸ Bothe, *Die Friedens-Warte* 71 (1996), 249, 256. Vgl. dazu die Grundsätze der französischen Abschreckungsdoktrin, wiedergegeben bei Grand, *Die Friedens-Warte* 71 (1996), 273, 275 f., 279, die einen Einsatz ausschließlich für die Fälle vorsieht, in denen Frankreichs „vital interests“ bedroht sind. Diese Doktrin wurde durch den französischen Präsidenten Chirac am 19. Januar 2006 im Kern bestätigt, vgl. FAZ vom 20. Januar 2006, S. 1, und vom 21. Januar 2006, S. 2.

⁹⁹ Insbesondere sind die Auswirkungen auf die Umwelt in das Verhältnismäßigkeitsurteil einzubeziehen (Rn. 30 des Gutachtens, a.a.O., Fn. 15).

¹⁰⁰ So Greenwood (Fn. 19), S. 265.

¹⁰¹ *The Steamship S.S. Lotus (France v. Turkey)*, Judgment No. 9, PCIJ Ser. A, No. 10, S. 1 ff., 18, 25. Dies entspricht wohl immer noch der h.M. innerhalb der Lehre, vgl. Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2004, § 19 Rn. 8, der dieser Auffassung allerdings widerspricht

satz, der in mehreren Stellungnahmen der am Verfahren beteiligten Richter durchaus kontrovers diskutiert wurde¹⁰², geht im Ergebnis wohl auch der Gerichtshof aus. Zwar stellt er in Absatz 2 A des Tenors fest, dass weder das Völkergewohnheitsrecht noch das Völkervertragsrecht ausdrücklich die Drohung mit oder den Einsatz von Atomwaffen *erlauben*, eine Feststellung, die – isoliert betrachtet – als Abkehr von dem *Lotus*-Grundsatz gedeutet werden könnte; im Kontext der gesamten Argumentation des Gutachtens ergibt sich indes ein anderes Bild. So leitet der Gerichtshof seine Untersuchung des *ius in bello* wie folgt ein:

“The Court notes by way of introduction that international customary and treaty law does not contain any specific prescription authorizing the threat or use of nuclear weapons or any other weapon in general or in certain circumstances, in particular those of the exercise of legitimate self defence. Nor, however, is there any principle or rule of international law which would make the legality of the threat or use of nuclear weapons or of any other weapons dependent on a specific authorization. *State practice shows that the illegality of the use of certain weapons as such does not result from an absence of authorization but, on the contrary, is formulated in terms of prohibition.*

The Court must therefore now examine whether there is any *prohibition* of recourse to nuclear weapons as such; it will first ascertain whether there is a conventional prescription to this effect.”¹⁰³ [Hervorhebung durch den Verfasser.]

Der Gerichtshof fragt also danach, ob Völkerrecht den Einsatz von Atomwaffen *verbietet*, und nicht, ob es ihn *erlaubt*¹⁰⁴. Wenn der Gerichtshof sodann auf der Grundlage dieses Ansatzes zu dem Ergebnis gelangt, dass es kein vollständiges und allgemeines Verbot von Atomwaffen gibt, dass aber die Drohung mit oder der Einsatz von Atomwaffen in der Regel gegen das

und in den Fällen, in denen es an einem nachweisbaren Konsens fehlt, von einem rechtsfreien Raum ausgeht, in dem etwas weder erlaubt noch verboten sei.

¹⁰² So hält etwa Präsident *Bedjaoui* den Standpunkt, wie er im *Lotus*-Fall vom StIGH vertreten worden war, für überholt, vgl. Rn. 13 seiner Erklärung : «[...] A l'approche résolument positiviste, volontariste du droit international qui prévalait encore au début du siècle - et à laquelle la Cour permanente n'a d'ailleurs pas manqué d'apporter son soutien dans l'arrêt susmentionné [...] - s'est substituée une conception objective du droit international, ce dernier se voulant plus volontiers le reflet d'un état de conscience juridique collective et une réponse aux nécessités sociales des Etats organisés en communauté. [...] » Vgl. dagegen die Erklärung des französischen Richters *Guillaume* (Rn. 3): « Au fond, je partage l'opinion de la Cour telle qu'exprimée au paragraphe 2 B du dispositif, selon laquelle il n'existe ni en droit coutumier, ni en droit conventionnel, d'interdiction complète et universelle de recours aux armes nucléaires en tant que telles. Par contre, je comprends mal qu'au paragraphe 2 A du même dispositif, la Cour ait cru nécessaire de préciser que "ni le droit international coutumier, ni le droit international conventionnel n'autorisent spécifiquement la menace ou l'emploi d'armes nucléaires". Cette constatation n'est pas en soi inexacte, mais elle ne présente aucun intérêt pour l'Assemblée générale des Nations Unies puisqu'il résulte de l'avis même de la Cour que "l'illicéité de l'emploi de certaines armes en tant que telles ne résulte pas d'une absence d'autorisation, mais se trouve au contraire formulée en termes de prohibition" (par. 52) ».

¹⁰³ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 52 f.

¹⁰⁴ Vgl. *Greenwood* (Fn. 19), S. 251 f.

humanitäre Völkerrecht verstoßen, und es im Übrigen bei der Feststellung eines *non liquet* belässt, dann eröffnet dies eben besagte Nische¹⁰⁵.

Diese, um im Bild zu bleiben, sehr kleine Nische rechtmäßiger Einsatzszenarien wird allerdings nicht noch dadurch weiter verkleinert, dass ein Einsatz von Nuklearwaffen zur Selbstverteidigung ausschließlich in den Fällen eines mit *Nuklearwaffen* geführten Angriffs zulässig wäre. Der Gerichtshof nimmt zwar eine Beschränkung auf die Fälle einer Existenzbedrohung vor, lässt aber mangels weitergehender Spezifizierung *jegliche* Existenzbedrohung ausreichen, unabhängig davon, in welcher Form sich diese Bedrohung vollzieht. Hält man daher auf der Grundlage des Gutachtens eine rechtmäßigen Einsatz von Atomwaffen für denkbar, so schließt dies prinzipiell auch den *Ersteinsatz*¹⁰⁶ von Atomwaffen mit ein, sei es gegen einen mit konventionellen, chemischen oder biologischen Waffen geführten Angriff¹⁰⁷. Freilich ist mit Blick auf einen mit *konventionellen* Waffen geführten Angriff zu sehen, dass die fünf Nuklearmächte China, Frankreich, Großbritannien, Russland und Vereinigte Staaten im Jahre 1995 in den Vereinten Nationen Erklärungen abgegeben haben, keine Nuklearwaffen gegen die Staaten einzusetzen, die als sogenannte „Nicht-Kernwaffen-Staaten“ Parteien des Nichtverbreitungsvertrags sind¹⁰⁸. Ohnedies dürfte am ehesten im Falle eines *nuklearen* Angriffs von einer existenziellen Bedrohung im Sinne des IGH-Gutachtens auszugehen sein, auf deren Grundlage die Rechtmäßigkeit eines zu Selbstverteidigungszwecken erfolgenden Atomwaffeneinsatzes zu begründen wäre.

Dies führt zu einer weiteren, vom Gerichtshof allenfalls am Rande behandelten, gleichwohl für die hier interessierende Frage essentiellen Problematik, nämlich derjenigen des *Zweiteinsatzes* von Atomwaffen. So wurde (und wird) von Teilen des völkerrechtlichen Schrifttums der Zweiteinsatz von Atomwaffen als Antwort auf einen atomaren Ersteinsatz für zulässig erachtet, und zwar nicht unter dem vorstehend diskutierten Aspekt der Überlebenssicherung, sondern

¹⁰⁵ So *Greenwood*, ebenda.

¹⁰⁶ In der Terminologie der Militärtechnik sowie der Friedensforschung ist der *Ersteinsatz* vom sogenannten *Erstschlag* abzugrenzen. Ziel des Erstschlages ist es, durch einen überraschenden Angriff mit Atomwaffen einen Gegner außer Stande zu setzen, noch einen wirkungsvollen (atomaren) Gegenangriff zu führen. Wesentliches Merkmal des Erstschlages ist also nicht ein zeitliches (die zuerst erfolgende Anwendung), sondern die aufgrund des überraschenden Einsatzes den Gegner entwaffnende Wirkung. Vgl. dazu v. *Münch*, NJW 1984, 577, 579 f. Im vorliegenden Zusammenhang geht es nicht um einen Ersts Schlag in diesem Sinne, sondern alleine um den *Ersteinsatz*, also den erstmaligen Einsatz atomarer Waffen in einem bewaffneten Konflikt.

¹⁰⁷ So zu Recht *Müller*, Die Friedens-Warte 71 (1996), 261, 269, der diesen Umstand allerdings als schweren Schlag für die „Entwicklung hin zu einer Nicht-Ersteinsatzdoktrin“ wertet.

¹⁰⁸ Vgl. die Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen 984 (1995) vom 11. April 1995. Auf diese Resolution geht auch der IGH in seinem Nuklearwaffen-Gutachten (a.a.O., Fn. 15) an mehreren Stellen ein (Rn. 45, 59).

unter dem der kriegsrechtlichen *Repressalie*¹⁰⁹. Das Institut der kriegsrechtlichen Repressalie beruht auf dem Reziprozitätsprinzip als Kernelement des *ius in bello*¹¹⁰. Verstößt eine Konfliktpartei gegen Normen des im Konflikt anzuwendenden Kriegsrechts, dann kann die verletzte Gegenpartei diese Rechtsverletzung mit einer Repressalie beantworten, d.h. mit einer Schädigungshandlung, die ebenfalls gegen einschlägige kriegsrechtliche Normen verstößt und in einem angemessenen Verhältnis zu der ursprünglichen Schädigungshandlung steht¹¹¹. Der Grundsatz der Repressalie findet prinzipiell auch Anwendung auf den (völkerrechtswidrigen) Ersteinsatz von Atomwaffen, der unter dem Gesichtspunkt der Repressalie mit einem entsprechend schweren Gegenschlag beantwortet werden dürfte. Dieser Sichtweise wird nun aber entgegengehalten, dass es – insoweit unbestritten – im modernen Kriegsvölkerrecht eine Reihe von Repressalienverbote gebe, unter anderem zugunsten der Zivilbevölkerung (Artikel 51 Abs. 6 ZP I), lebensnotwendiger Sachgüter (Artikel 54 Abs. 4 ZP I) oder der natürlichen Umwelt (Artikel 55 Abs. 2 ZP I); gerade mit Blick auf das Verbot des Artikels 51 Abs. 6 ZP I sei eine atomare Vergeltung aber unter allen Umständen völkerrechtswidrig¹¹². Andere gehen mit Blick auf die Tatsache, dass die Nuklearwaffenmächte, die das Zusatzprotokoll I von 1977 ratifiziert haben, seine Anwendung auf Atomwaffen wohl wirksam durch Vorbehalt ausgeschlossen haben¹¹³, von einer gewohnheitsrechtlichen Geltung insbesondere des Artikels 51 Abs. 6 ZP I aus und begründen auf diese Weise ein Repressalienverbot¹¹⁴. Der Gerichtshof nimmt zu der Problematik nur insoweit Stellung, als er betont, dass auch die kriegsrechtliche Repressalie, unabhängig von der Frage ihrer Rechtmäßigkeit, jedenfalls dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterliege¹¹⁵. Letztlich bleibt damit die Frage der Zulässigkeit einer solchen nuklearen Repressalie durch den Gerichtshof unbeantwortet. Dies gilt in weit stärkerem Maße mit Blick auf den Grundsatz des *tu quoque*, der insbesondere im Rahmen der Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse als Entschuldigungsgrund anerkannt worden war, dessen Geltung im modernen Kriegsvölkerrecht aber zweifelhaft ist¹¹⁶; der Gerichtshof geht auf diesen Grundsatz jedenfalls mit keinem Wort ein. Insgesamt lässt damit das Gutachten in einem Zentralbereich der Kernwaffenproblematik die einschlägigen Rechtsfragen unbeantwortet. Alles in allem erscheint es

¹⁰⁹ Vgl. Weber, JZ 1984, 589, 591; Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, 10. Aufl. 2000, Rn. 1820; Matheson, American Journal of International Law 91 (1997), 417, 432 f.; Kimminich (Fn. 70), S. 422.

¹¹⁰ Weber, JZ 1984, 589, 591.

¹¹¹ Ipsen, in: ders., Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, § 70 Rn. 9 ff.

¹¹² Vgl. etwa die Stellungnahmen einiger am Nuklearwaffen-Verfahren beteiligter Staaten vor dem IGH (abrufbar auf der Homepage des IGH unter www.icj-cji.org), z.B. Indien (20. Juni 1995), Mexiko (19. Juni 1995), Malaysia (19. Juni 1995).

¹¹³ Ausführlich dazu Fischer, Der Einsatz von Nuklearwaffen nach Art. 51 des I. Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen von 1949, 1985, S. 100 ff.; Kimminich (Fn. 70), S. 418 ff.; Bothe, Die Friedens-Warte 71 (1996), 249, 257; Ipsen, in: ders., Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, § 69 Rn. 7. Siehe auch Fn. 70.

¹¹⁴ Nach Bothe, Die Friedens-Warte 71 (1996), 249, 257 „sprechen gute Gründe“ für eine gewohnheitsrechtliche Geltung. Dagegen Ipsen, in: ders., Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, § 69 Rn. 7.

¹¹⁵ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 46.

daher gerechtfertigt, mit *Bothe* davon zu sprechen, dass sich die oben beschriebene enge Nische möglicherweise zulässiger Kernwaffeneinsätze zu einem „großen Saal“ öffnet¹¹⁷.

Ein weiterer wichtiger Aspekt im Zusammenhang mit dem Einsatz von Nuklearwaffen wird in dem Gutachten des IGH nicht – zumindest nicht explizit – behandelt. So gestattet Artikel 51 CVN, wie oben gezeigt, nicht nur die individuelle, sondern auch die *kollektive* Selbstverteidigung, also die Hilfeleistung eines Staates für einen anderen Staat, der sich einem bewaffneten Angriff ausgesetzt sieht¹¹⁸. In diesem Fall spielt es keine Rolle, ob der hilfeleistende Staat selbst in der konkreten Situation das Recht zur individuellen Selbstverteidigung hat. Auf das Recht auf kollektive Selbstverteidigung ist es zurückzuführen, dass Staaten Beistands- und Militärpakte abschließen, die nicht nur die Festschreibung der Beistandspflicht enthalten, sondern auch die Organisation der kollektiven Selbstverteidigung regeln¹¹⁹. Ein Beispiel für ein derartiges kollektives Verteidigungsbündnis ist die NATO¹²⁰. Der IGH äußert sich in seinem Gutachten an keiner Stelle *ausdrücklich* dazu, ob seine Ausführungen sich nur auf Situationen der individuellen oder auch auf solche der kollektiven Selbstverteidigung beziehen. Entsprechend wurde in den kommentierenden Stellungnahmen der Versuch unternommen, aus den Ausführungen indirekte Schlüsse für die hier interessierende Frage zu ziehen. Diejenigen Autoren, die das Gutachten restriktiv im Sinne eines möglichst umfassenden Verbotes des Nuklearwaffeneinsatzes verstanden wissen wollen, beziehen sich insoweit auf folgende, bereits erwähnte Passage des Gutachtens und leiten daraus ab, dass – wenn überhaupt – ein rechtmäßiger Einsatz nur in einer Situation der *individuellen* Selbstverteidigung denkbar sei¹²¹:

“Accordingly, in view of the present state of international law viewed as a whole, as examined above by the Court, and of the elements of fact at its disposal, the Court is led to observe that it cannot reach a definitive conclusion as to the legality or illegality of the use of nuclear weapons by a State in an extreme circumstance of self-defence, in which its very survival would be at stake.” [Hervorhebung durch den Verfasser]¹²²

¹¹⁶ Dazu *Bothe*, Die Friedens-Warte 71 (1996), 249, 257.

¹¹⁷ *Bothe*, ebenda.

¹¹⁸ *Fischer*, in: *Ipsen*, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, § 59 Rn. 41.

¹¹⁹ Ebenda.

¹²⁰ North Atlantic Treaty Organization, gegründet am 4. April 1949 mit der Unterzeichnung des NATO-Vertrages, der gemäß dessen Artikels 14 in englischer und französischer Sprache in gleicher Weise maßgebend ist. Für die Bundesrepublik Deutschland ist der NATO-Vertrag seit dem 6. Mai 1955 in Kraft (BGBl. 1955 II S. 289, 630).

¹²¹ So *Falk*, Die Friedens-Warte 71 (1996), S. 235, 240; *Deiseroth*, Atomwaffen (Fn. 9), S. 355; *Müller*, Die Friedens-Warte 71 (1996), S. 261, 266, allerdings ohne nähere Auseinandersetzung mit dem an anderer Stelle des Gutachtens abweichenden Wortlaut.

¹²² Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 97.

Die Gegenauffassung¹²³, die auch von dem deutschen Richter *Fleischhauer* in seinem Sondervotum vertreten wird¹²⁴, kann sich ebenfalls auf den Wortlaut des Gutachtens beziehen, und zwar auf Absatz 2 E des Tenors. Diese Passage sei hier nochmals zitiert:

“However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake;” [Hervorhebung durch den Verfasser]¹²⁵

Letztlich wird man einräumen müssen, dass ein *eindeutiges* Ergebnis zu der Problematik der kollektiven Selbstverteidigung aus dem Gutachten des IGH nicht entnommen werden kann¹²⁶. Vor diesem Hintergrund ist es zumindest vertretbar, dann, wenn man legale Atomwaffeneinsätze auch auf der Grundlage des Gutachtens weiterhin für denkbar hält, diese Einsatzszenarien auch auf die Fälle der kollektiven Selbstverteidigung zu erstrecken.

Zieht man ein Resümee, ist es auch auf der Grundlage des Nuklearwaffen-Gutachtens des IGH weiterhin vertretbar, in bestimmten (Ausnahme-)Situationen von der Rechtmäßigkeit eines Einsatzes atomarer Waffen auszugehen. Dies gilt in jedem Fall mit Blick auf die vom IGH herausgearbeitete Situation der extremen Selbstverteidigung, in der das Überleben eines Staates auf dem Spiel steht. Auch in einer solchen Situation ist aber der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren, wobei Belange des Umweltschutzes mit zu berücksichtigen sind. Dabei dürfte es vertretbar sein, in derartigen Situationen nicht nur das Recht auf individuelle Selbstverteidigung, sondern auch das Recht auf kollektive Selbstverteidigung zur Geltung zu bringen. Geht es nicht um die Überlebenssicherung, sondern um sonstige Szenarien geringer Kollate-

¹²³ Vgl. *Müllerson* (Fn. 22), S. 269. So auch *Matheson*, *American Journal of International Law* 91 (1997), 417, 431 mit dem nicht ohne weiteres von der Hand zu weisenden Argument, dass eine Beschränkung legaler Einsatzszenarien auf Situationen der individuellen Selbstverteidigung zu dem bedenklichen Ergebnis führen könnte, dass Staaten, die zur Herstellung von Atomwaffen technisch in der Lage wären, hiervon aber aufgrund ihrer Mitgliedschaft in einem kollektiven Verteidigungsbündnis abgesehen haben, sich veranlasst sehen könnten, diesen freiwilligen Verzicht zu überdenken.

¹²⁴ Die relevante Passage findet sich in Rn. 3 des Sondervotums: “[...] To end the matter with the simple statement that recourse to nuclear weapons would be contrary to international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law, would have meant that the law applicable in armed conflict, and in particular the humanitarian law, was given precedence over the inherent right of individual or collective self-defence which every State possesses as a matter of sovereign equality and which is expressly preserved in Article 51 of the Charter. That would be so because if a State is the victim of an all out attack by another State, which threatens the very existence of the victimized State, recourse to the threat or use of nuclear weapons in individual (if the victimized State is a nuclear-weapon State) or collective (if the victim is a non-nuclear-weapon State allied to a nuclear-weapon State) self-defence could be for the victimized State the last and only alternative to giving itself up and surrender. [...] Nevertheless, the denial of the recourse to the threat or use of nuclear weapons as a legal option in any circumstance could amount to a denial of self-defence itself if such recourse was the last available means by way of which the victimized State could exercise its right under Article 51 of the Charter. [...]”.

¹²⁵ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 105.

ralschäden, dürfte die Rechtmäßigkeit eines Atomwaffeneinsatzes auf der Grundlage des IGH-Gutachtens kaum noch zu vertreten sei. Offen bleibt, inwieweit ein atomarer *Zweitschlag* als Vergeltung für einen atomar geführten Angriff unter dem Gesichtspunkt der kriegsrechtlichen Repressalie zulässig wäre. Folgt man der wohl herrschenden Auffassung, die von der grundsätzlichen Handlungsfreiheit souveräner Staaten ausgeht, dann ist es mangels eines generellen Verbots atomarer Waffen zumindest vertretbar, von der Zulässigkeit des atomaren Zweitschlags auszugehen, wobei auch insoweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ist.

Auf der Linie dieses Ergebnisses bewegt sich auch – ohne an dieser Stelle eine eingehende, eine rechtliche Bewertung einschließende Analyse vornehmen zu können – das strategische Konzept der NATO, wie es von den Staats- und Regierungschefs im Rahmen der Tagung des Nordatlantikrats am 23. und 24. April 1999 in Washington gebilligt wurde:

“The fundamental purpose of the nuclear forces of the Allies is political: to preserve peace and prevent coercion and any kind of war. They will continue to fulfil an essential role by ensuring uncertainty in the mind of any aggressor about the nature of the Allies' response to military aggression. They demonstrate that aggression of any kind is not a rational option. [...] The supreme guarantee of the security of the Allies is provided by the strategic nuclear forces of the Alliance [...]. Nuclear forces based in Europe and committed to NATO provide an essential political and military link between the European and the North American members of the Alliance. The Alliance will therefore maintain adequate nuclear forces in Europe. [...] They will be maintained at the minimum level sufficient to preserve peace and stability.”¹²⁷

Dieses Konzept wurde im Zuge der Beendigung des Kalten Kriegs an die veränderte politische Wirklichkeit angepasst:

“The Allies concerned consider that, with the radical changes in the security situation, including reduced conventional force levels in Europe and increased reaction times, NATO's ability to defuse a crisis through diplomatic and other means or, should it be necessary, to mount a successful conventional defence has significantly improved. The circumstances in which any use of nuclear weapons might have to be contemplated by them are therefore extremely remote. Since 1991, therefore, the Allies have taken a series of steps which reflect the post-Cold War security environment. These include a dramatic reduction of the types and numbers of NATO's sub-strategic forces including the elimination of all nuclear artillery and ground-launched short-range nuclear missiles; a significant relaxation of the readiness criteria for nuclear-armed forces; and the termination of standing peacetime nuclear contingency plans. NATO's nuclear forces no longer target any country. Nonetheless, NATO will maintain, at the minimum level consistent with the pre-

¹²⁶ So auch *Falk*, Die Friedens-Warte 71 (1996), S. 235, 240 und *Deiseroth*, Atomwaffen (Fn. 9), S. 355.

¹²⁷ The Alliance's Strategic Concept (23./24. April 1999), Rn. 62 und 63 (abrufbar auf der Homepage der NATO unter www.nato.int). Vgl. auch die Darstellung des Konzeptes im Rahmen des Urteils des BVerfG zum neuen Strategischen Konzept 1999 vom 22. November 2001, BVerfGE 104, 151, 159 ff., 167.

vailing security environment, adequate sub-strategic forces based in Europe which will provide an essential link with strategic nuclear forces, reinforcing the transatlantic link.”¹²⁸

c) *Die Stationierung von Atomwaffen auf der Grundlage des Gutachtens des IGH*

Auf der Grundlage des bisherigen Ergebnisses kann nun der Frage nachgegangen werden, wie sich die Lagerung (Stationierung)¹²⁹ etwaiger Atomwaffen auf rheinland-pfälzischem Gebiet vor dem Hintergrund des IGH-Gutachtens darstellt.

Insoweit ist zunächst die Feststellung des Gerichtshofs in Absatz 2 B des Tenors von Bedeutung, wonach es kein vollständiges und allgemeines Verbot der Drohung mit oder des Einsatzes von Atomwaffen als solcher gibt. Hieraus folgt, dass der *Besitz* von Atomwaffen *als solcher* nicht gegen Völkerrecht verstößt.

Sodann ist festzuhalten, dass sich die Frage der Rechtmäßigkeit der Stationierung primär nach den Regeln des *ius ad bellum* richtet. Dazu finden sich in dem Gutachten des IGH einige, wenn auch recht allgemein gehaltene Ausführungen. So stellt der Gerichtshof einleitend fest, dass gemäß Artikel 2 Abs. 4 CVN nicht nur die *Ausübung* von Gewalt, sondern auch die *Gewaltandrohung* untersagt ist. Für die Frage der Stationierung sei damit entscheidend, inwieweit es sich um eine durch die Charta der Vereinten Nationen verbotene Androhung von Gewalt handle. Dies wiederum richte sich danach, ob die angedrohte Gewalt ihrerseits gegen das Gewaltverbot des Artikels 2 Abs. 4 CVN verstieße, was dann der Fall wäre, wenn kein Rechtfertigungsgrund, insbesondere das Selbstverteidigungsrecht, eingriffe. Entsprechend gelangt der IGH zu folgendem Ergebnis:

“If the envisaged use of force is itself unlawful, the stated readiness to use it would be a threat prohibited under Article 2, paragraph 4. [...] In short, if it is to be lawful, the declared readiness of a State to use force must be a use of force that is in conformity with the Charter. [...]”¹³⁰

Der IGH wendet sich sodann der von einigen Staaten, namentlich den NATO-Staaten, verfolgten *Politik der Abschreckung (policy of deterrence)* zu. So lasse der bloße Besitz von Atomwaffen vor dem Hintergrund dieser Politik durchaus den Schluss auf eine Bereitschaft zu, diese Waffen auch einzusetzen. Denn nur die glaubhafte Bereitschaft, atomare Waffen gegen einen Aggressor einzusetzen, könne den erwünschten abschreckenden Effekt entfalten¹³¹. Inwieweit

¹²⁸ Ebenda, Rn. 64.

¹²⁹ Die Begriffe werden im folgendem synonym gebraucht (so auch v. Münch, NJW 1984, 577, 579).

¹³⁰ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 47.

¹³¹ Die entsprechende Passage lautet: “Possession of nuclear weapons may indeed justify an inference of preparedness to use them. In order to be effective, the policy of deterrence, by which those States possessing or under the umbrella of nuclear weapons seek to discourage military ag-

diese glaubhafte Abschreckung eine verbotene Gewaltandrohung beinhalte, richte sich aber nach den bekannten Maßstäben, also danach, ob der in Aussicht gestellte Einsatz der Waffen zum Zwecke der Selbstverteidigung seinerseits rechtmäßig oder rechtswidrig wäre:

“[...] Whether this is a "threat" contrary to Article 2, paragraph 4, depends upon whether the particular use of force envisaged would be directed against the territorial integrity or political independence of a State, or against the Purposes of the United Nations or whether, in the event that it were intended as a means of defence, it would necessarily violate the principles of necessity and proportionality. In any of these circumstances the use of force, and the threat to use it, would be unlawful under the law of the Charter.”¹³²

Letztlich ist damit, wie der IGH auch schon im Nicaragua-Urteil festgestellt hatte¹³³, eine Gesamtbewertung aller Umstände des konkreten Falls erforderlich¹³⁴. Die Bereithaltung atomarer Waffen im Rahmen eines kollektiven Verteidigungsbündnisses, welches eine Politik der Abschreckung potentieller Aggressoren verfolgt, wäre danach allenfalls dann eine verbotene Gewaltandrohung, wenn der avisierte Einsatz im Rahmen der Selbstverteidigung *zwangsläufig* gegen die Grenzen dieses Rechtes, im Besonderen gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, verstieße. Einen derartigen zwangsläufigen Verstoß stellt aber der Gerichtshof nicht fest, und er wäre wohl auch kaum feststellbar, da durchaus Konstellationen denkbar sind, in denen zur Verteidigung gegen einen – etwa atomaren – Angriff der Einsatz atomarer Waffen eine verhältnismäßige Verteidigungshandlung darstellte.

Im Ergebnis liegen die Ausführungen des IGH zum Verbot der Gewaltandrohung auf der Linie der in der Lehre ganz herrschenden Auffassung, die im Übrigen der eher toleranten Staatenpraxis entspricht¹³⁵. Danach sind Rüstungsmaßnahmen als solche keine verbotene Drohung mit Gewalt, da kaum eine Waffe ausschließlich für defensive Zwecke einsetzbar ist und folglich eine Unterscheidung zwischen verbotener „aggressiver Rüstung“ und erlaubter „defensiver Rüstung“ kaum zu leisten wäre. Zur Abgrenzung wird daher darauf abgestellt, ob ein Staat mit einer Drohung die *Intention* verfolgt, ein bestimmtes Verhalten des bedrohten Staates zu *erzwingen*¹³⁶. Erst diese (sich in bestimmten Verlautbarungen, Verhaltensweisen etc.) manifestierende Intention der Zwangsausübung rechtfertigt die Verhängung des völkerrechtlichen Unwerturteils. Wollte man aus dem rein tatsächlichen *Besitz* einer Waffe unter bewusster Nicht-einbeziehung des – unter Umständen rein *defensiven* – Stationierungszweckes auf eine rechtswidrige Drohung schließen, deutete man den Begriff der „Drohung“ letztlich in eine Art

gression by demonstrating that it will serve no purpose, necessitates that the intention to use nuclear weapons be credible.” (Gutachten, a.a.O., Fn. 15, Rn. 48).

¹³² Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 48.

¹³³ Nicaragua-Urteil, a.a.O. (Fn. 40), Rn. 227.

¹³⁴ Vgl. Fischer, in: Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, § 59 Rn. 19.

¹³⁵ Vgl. Randelzhofer, in: Simma, Charter (Fn. 40), Art. 2 (4), Rn. 38 m.w.N.

¹³⁶ Vgl. Randelzhofer, ebenda.

allgemeine Gefährdungshaftung um. Diese Sichtweise käme aber der Aufgabe der Kategorie der „Drohung“ gleich.

Die vorstehenden Überlegungen gelten nach ganz herrschender Auffassung auch unter Berücksichtigung der verheerenden Wirkungen, die ein Einsatz von *Nuklearwaffen* mit sich brächte¹³⁷. Der Umstand, dass stationierte Atomraketen auch eingesetzt werden könnten, ist eben nicht gleichbedeutend mit einer (verbotenen) Androhung von Gewalt, weil ansonsten jede Stationierung von Atomwaffen unter das Verbot des Artikels 2 Abs. 4 CVN fiel, was offensichtlich nicht Sinn dieser Bestimmung ist¹³⁸. Entscheidendes Kriterium für die rechtliche Bewertung der Stationierung von Atomwaffen im Kontext einer Politik der Abschreckung ist daher, ob der (implizit) angedrohte *Einsatz* der Waffen seinerseits eine *rechtswidrige* Gewaltausübung wäre. Auch das Verbot der *Gewaltandrohung* muss folglich immer im Zusammenhang mit dem *Selbstverteidigungsrecht* gesehen werden. Eine Stationierung ist demnach keine völkerrechtlich verbotene Androhung von Gewalt, wenn sie lediglich der Abschreckung des Gegners von einem bewaffneten Angriff dient, wenn es sich also um eine *defensiv* ausgerichtete Rüstung handelt¹³⁹. In diesen Fällen fehlt es gerade an der erwähnten Intention der Zwangsausübung. Von daher „[...] liegt auch in einem System der Abschreckung keine rechtswidrige Drohung, solange die angedrohten Maßnahmen zweifelsfrei als solche der Selbstverteidigung zu charakterisieren sind.“¹⁴⁰ Insoweit kommt der primär *politische* Zweck der atomaren Rüstung im Kontext der Abschreckungsdoktrin zum tragen, welche nicht auf einen tatsächlichen Einsatz der Waffen ausgerichtet ist, sondern die nukleare Einsatzdrohung als Teil einer legitimen Verteidigungs- und Friedenssicherungsfunktion sieht¹⁴¹. Als Problem des Völkerrechts stellt sich daher, folgt man der ganz herrschenden Meinung, in Wahrheit nur die Frage, ob der *Einsatz* von Nuklearwaffen völkerrechtswidrig ist¹⁴².

¹³⁷ Vgl. v. Münch, NJW 1984, 577, 579, 581; Schweisfurth, NJW 1984, 1506, 1507; Weber, JZ 1984, 589, 590, 592; Grand, Die Friedens-Warte 71 (1996), 273, 278 f.; Matheson, American Journal of International Law 91 (1997), 417, 431 f., 434 f.; im Ergebnis wohl auch Falk, Die Friedens-Warte 71 (1996), 235, 245, der den Nuklearmächten im Hinblick auf die Strategie der Abschreckung einen erheblichen Ermessensspielraum zubilligt (*considerable discretionary scope*). Dass die bloße Lagerung von Atomwaffen nicht *per se* völkerrechtswidrig ist, wird im Übrigen auch von erklärten Gegnern jeglicher atomarer Rüstung eingeräumt, vgl. Paech, KJ 1997, 345, 355. Zu der Gegenauffassung sogleich.

¹³⁸ V. Münch, NJW 1984, 577, 581. A.A. Däubler, Stationierung und Grundgesetz, 1982, S. 66 f., dem zufolge die in einem Land stationierten Atomwaffen alle diejenigen Staaten bedrohen, die sich in ihrer Reichweite befinden.

¹³⁹ V. Münch, NJW 1984, 577, 579, 581; Schweisfurth, NJW 1984, 1506, 1507; Weber, JZ 1984, 589, 590, 592.

¹⁴⁰ Bothe, in: Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 3. Aufl. 2004, S. 600 Rn. 17.

¹⁴¹ Vgl. Weber, JZ 1984, 589, 592 und Matheson, American Journal of International Law 91 (1997), 417, 431. In diesem Sinne auch Grand, Die Friedens-Warte 71 (1996), 273, 275 f., 278 f. mit Blick auf den französischen Standpunkt. Vgl. auch die Abschreckungsdoktrin der NATO, wie sie im voranstehenden Gliederungsabschnitt auszugsweise dokumentiert ist und dazu die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der SPD (BT-Drs. 13/9098 vom 18.11.1997), S. 4 f.

¹⁴² V. Münch, NJW 1984, 577, 579; Walz, ZRP 1984, 273, 278 f. Vereinzelt wird der h.M. unter Verweis auf die Kuba-Krise widersprochen (so Däubler, Fn. 138, S. 67 f.). Damals hatte der amerikanische

Fraglich ist nun allerdings, wie die Feststellungen des IGH im Tenor seines Gutachtens zu werten sind, in denen er neben dem *Einsatz* auch die *Drohung* mit Atomwaffen explizit erwähnt, sich dabei aber nicht auf das *ius ad bellum* beschränkt, sondern auch das *ius in bello* miteinbezieht (Buchstaben B, vor allem aber D und E). Offenbar soll nach Auffassung des Gerichtshofs bei der Bewertung, ob es sich bei der Maßnahme eines Staates um eine verbotene Drohung handelt, nicht nur das *ius ad bellum*, sondern auch das *ius in bello* ausschlaggebend sein. Dies ist deshalb bemerkenswert, weil der Regelungskomplex des *ius in bello* nur in *bereits stattfindenden* bewaffneten Konflikten zur Anwendung gelangt. Die Frage der Drohung betrifft dagegen das *Vorfeld* bewaffneter Konflikte, mithin das *ius ad bellum* und sollte daher abschließend durch die oben erörterten Regelungen der Charta über die Gewaltandrohung erfasst werden.

Eine Erklärung für diese Vermischung von *ius ad bellum* und *ius in bello* findet sich in dem Gutachten nicht. Ganz im Gegenteil folgt der Gerichtshof in seinem Prüfungsaufbau der traditionellen Lehre: Während er den *Einsatz* von Atomwaffen, wie oben gezeigt, umfänglich sowohl am Maßstab des *ius ad bellum* als auch an dem des *ius in bello* misst, erörtert er die Problematik der *Drohung* lediglich im Rahmen des *ius ad bellum*, nicht aber – mit einer letztlich nicht erheblichen Ausnahme¹⁴³ – im Zuge der anschließenden Prüfung des *ius in bello*; dort ist durchgängig nur vom *Einsatz* die Rede¹⁴⁴.

Präsident die Stationierung sowjetischer Atomraketen auf Kuba als eine Androhung von Gewalt im Sinne des Artikels 2 Abs. 4 CVN bezeichnet und sich daher berechtigt gesehen, die Kuba-Quarantäne als präventive Selbstverteidigung zu verhängen. Diese Auffassung hat sich allerdings nicht durchgesetzt. Denn viele Mitgliedstaaten, darunter auch die Sowjetunion, hatten dieser extensiven Interpretation des Artikels 2 Abs. 4 CVN widersprochen, und auch die Rechtswissenschaft folgte dem amerikanischen Standpunkt nur vereinzelt. Vgl. dazu *Schweisfurth*, NJW 1984, 1506, 1507.

¹⁴³ Im Zuge der Prüfung eines vollständigen und allgemeinen Verbots von Atomwaffen wird lediglich im Rahmen der einleitenden Bemerkungen die Drohung erwähnt (Gutachten, a.a.O., Fn. 15, Rn. 52). In der nachfolgenden eigentlichen Prüfung ist dann aber vom *Einsatz* die Rede. Vgl. z.B. Rn. 53 ("The Court must therefore now examine whether there is any prohibition of *recourse* to nuclear weapons as such; it will first ascertain whether there is a conventional prescription to this effect.", Hervorhebung durch den Verfasser), und die Schlussfolgerung in Rn. 73 ([...] "The emergence, as *lex lata*, of a customary rule specifically prohibiting the use of nuclear weapons as such is hampered by the continuing tensions between the nascent *opinio juris* on the one hand, and the still strong adherence to the practice of deterrence on the other.", Hervorhebung durch den Verfasser).

¹⁴⁴ Diese Vorgehensweise des IGH wird bereits in den einleitenden Bemerkungen zur Prüfung der einschlägigen Verbote bestimmter Kampfmethoden deutlich (a.a.O., Fn. 15, Rn. 74): Zunächst resümiert der Gerichtshof, dass es kein spezifisches Waffenverbot hinsichtlich atomarer Waffen gebe und stellt insoweit – zutreffend – sowohl auf den Einsatz als auch auf Drohung mit diesem ab. Der folgende Halbsatz, der die sich anschließende Prüfung einleitet, bezieht sich dann aber nur noch auf den *Einsatz* (*recourse*): "The Court not having found a conventional rule of general scope, nor a customary rule specifically proscribing the threat or use of nuclear weapons per se, it will now deal with the question whether *recourse* to nuclear weapons must be considered as illegal in the light of the principles and rules of international humanitarian law applicable in armed conflict and of the law of neutrality. [Hervorhebung durch den Verfasser]" Auch im Rahmen des Resümeees, wel-

Was der Gerichtshof unter *Drohung* im Zusammenhang mit dem Regelungskomplex des *ius in bello* versteht, ist folglich unklar. Wie oben erwähnt, hatte er mit Blick auf das *ius ad bellum* festgestellt, dass eine Drohung mit Gewalt dann verboten ist (wegen Verstoßes gegen Artikel 2 Abs. 4 CVN), wenn die angedrohte Gewalt ihrerseits im Widerspruch zur Charta der Vereinten Nationen stünde. Zu überlegen wäre daher, denselben Maßstab auch mit Blick auf das *ius in bello* anzulegen. Eine verbotene Drohung läge nach dieser Lesart vor, wenn der angedrohte Waffeneinsatz (zwangsläufig) gegen die im bewaffneten Konflikt geltenden Regelungen verstieße. In der Konsequenz dieser in der Literatur vereinzelt vertretenen Auffassung¹⁴⁵ liegt es, dass es für die rechtliche Bewertung einer Drohung maßgeblich auf das *ius in bello* ankäme. Denn auch eine nach dem *ius ad bellum* erlaubte, weil defensiv ausgerichtete Drohung wäre nach diesem Verständnis gleichwohl dann völkerrechtswidrig, wenn der angedrohte Waffeneinsatz gegen das *ius in bello* verstieße. Bezieht man in diese Lesart die in Absatz 2 E des Gutachtens festgestellte generelle Völkerrechtswidrigkeit auch der Drohung mit Atomwaffen ein, wäre im Ergebnis der bloße Besitz von Atomwaffen in aller Regel als verbotene Drohung zu werten¹⁴⁶.

Letztlich können diese Lesart des IGH-Gutachtens und die ihr zugrundeliegende Literaturlausfassung schon deshalb nicht überzeugen, weil sie dem in Absatz 2 B festgehaltenen und sorgfältig begründeten Ergebnis eines fehlenden vollständigen und allgemeinen Atomwaffenverbots widersprechen. In diesem Zusammenhang sei noch einmal an die vom Gerichtshof erwähnten zahlreichen multilateralen und bilateralen Verträge erinnert¹⁴⁷, welche die Stationierung von Kernwaffen an bestimmten Orten (etwa dem Weltraum¹⁴⁸ oder dem Meeresboden¹⁴⁹)

ches der Gerichtshof am Ende der Prüfung zieht, ist nur vom *Gebrauch* (*use*), nicht aber von der Drohung mit einem solchen die Rede: "[...] In view of the unique characteristics of nuclear weapons, to which the Court has referred above, the use of such weapons in fact seems scarcely reconcilable with respect for such requirements. Nevertheless, the Court considers that it does not have sufficient elements to enable it to conclude with certainty that the use of nuclear weapons would necessarily be at variance with the principles and rules of law applicable in armed conflict in any circumstance. (Rn. 95) [...] Accordingly, in view of the present state of international law viewed as a whole, as examined above by the Court, and of the elements of fact at its disposal, the Court is led to observe that it cannot reach a definitive conclusion as to the legality or illegality of the use of nuclear weapons by a State in an extreme circumstance of self-defence, in which its very survival would be at stake." (Rn. 97, Hervorhebungen durch den Verfasser).

¹⁴⁵ So *Däubler* (Fn. 138), S. 58 ff., 78, der in der Stationierung eine verbotene „Vorbereitungshandlung“ erblickt.

¹⁴⁶ So ausdrücklich *Däubler* (Fn. 138), S. 66 f.

¹⁴⁷ Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 53 bis 63. Ein Überblick findet sich auch bei *v. Münch*, NJW 1984, 577, 579.

¹⁴⁸ Vgl. Artikel IV Abs. 1 des Vertrags über die Grundsätze zur Regelung der Tätigkeiten von Staaten bei der Erforschung und Nutzung des Weltraums einschließlich des Mondes und anderer Himmelskörper (Weltraumvertrag) vom 21. Januar 1967 (BGBl. 1969 II S. 1968).

¹⁴⁹ Vgl. Artikel 1 Abs. 1 des Vertrages über das Verbot der Anbringung von Kernwaffen und anderen Massenvernichtungswaffen auf dem Meeresboden und im Meeresuntergrund (Meeresbodenvertrag) vom 11. Februar 1971 (BGBl. 1972 II S. 326).

oder in bestimmten Regionen (etwa durch den Vertrag über das Verbot von Kernwaffen in Lateinamerika¹⁵⁰) verbieten: Alle diese Verträge ergeben nur dann einen Sinn, wenn die Stationierung von Kernwaffen nicht *per se* als völkerrechtswidrig angesehen wird¹⁵¹.

Darüber hinaus ist zu sehen, dass der Gerichtshof ausdrücklich *keine* rechtliche Bewertung der Politik der Abschreckung vornehmen wollte:

“The Court does not intend to pronounce here upon the practice known as the ‘policy of deterrence’. It notes that it is a fact that a number of States adhered to that practice during the greater part of the Cold War and continue to adhere to it. Furthermore, the Members of the international community are profoundly divided on the matter of whether non-recourse to nuclear weapons over the past fifty years constitutes the expression of an *opinio juris*. Under these circumstances the Court does not consider itself able to find that there is such an *opinio juris*.”¹⁵²

Im Übrigen wird man auch im Zusammenhang mit dem *ius in bello* den natürlichen Begriffsinhalt des Begriffs der „Drohung“ nicht ohne weiteres ignorieren können: Wie bereits im Rahmen des Artikels 2 Abs. 4 CVN wird man daher sinnvollerweise überhaupt nur dann von einer „Drohung“ sprechen können, wenn eine entsprechende Intention der Zwangsausübung vorliegt. Fehlt es an einer derartigen Intention – und das ist bei einer rein defensiv ausgerichteten Stationierung zum Zwecke der Abschreckung potentieller Aggressoren der Fall –, kann mit anderen Worten bereits deshalb keine verbotene Drohung vorliegen, auch nicht in Ansehung der Regelungen des *ius in bello*.

Ungeachtet dessen ist zu sehen, dass die kriegsvölkerrechtliche Beurteilung eines in Aussicht gestellten Waffeneinsatzes grundsätzlich nur unter Heranziehung der konkreten Umstände des Einzelfalles erfolgen kann. Erst eine *im Einzelfall konkretisierte* Androhung des Waffeneinsatzes erlaubt nämlich die Beurteilung, ob der fragliche Waffeneinsatz mit dem in bewaffneten Konflikten anwendbaren Vorschriften vereinbar wäre. Eine solche Konkretisierung liegt aber im Stadium der (bloßen) Stationierung von Atomwaffen noch nicht vor. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man davon ausginge, dass schlechterdings jeder denkbare Einsatz von Atomwaffen völkerrechtswidrig wäre. Dies entspricht indes nicht dem oben herausgearbeiteten Ergebnis, wonach es auch auf der Grundlage des Gutachtens des IGH nach wie vor vertretbar ist, für bestimmte, eng umgrenzte Ausnahmekonstellationen von der Vereinbarkeit eines Waffeneinsatzes mit dem *ius in bello* auszugehen.

¹⁵⁰ Vgl. Artikel 1 Abs. 1 des Vertrages über das Verbot von Kernwaffen in Lateinamerika (sog. Vertrag von Tlatelolco) vom 14. Februar 1967 (UNTS Bd. 634, S. 326).

¹⁵¹ So zu Recht v. Münch, NJW 1984, 577, 579.

¹⁵² Gutachten, a.a.O. (Fn. 15), Rn. 67. Vgl. auch Rn. 73 des Gutachtens, wiedergegeben in Fn. 143.

Mit Blick auf das *ius in bello* dürfte danach von einer völkerrechtlich verbotenen Drohung im Zusammenhang mit der Stationierung von Atomwaffen nur bei kumulativer Erfüllung der folgenden beiden Voraussetzungen auszugehen sein: Zum einen muss die zu beurteilende Rüstungsmaßnahme darauf gerichtet sein, von einem anderen Staat ein bestimmtes Verhalten zu erzwingen, muss also mit anderen Worten einen *aggressiven Charakter* besitzen. Zum anderen bedarf es einer spezifischen, *im Einzelfall konkretisierten* Androhung des Einsatzes der stationierten Waffen.

Alles in allem lässt sich somit aus dem Gutachten des Gerichtshofs ein generelles Verbot der Stationierung von Atomwaffen nicht herleiten¹⁵³. Vielmehr belässt der Gerichtshof den Nuklearmächten und ihren Verbündeten im Hinblick auf die Strategie der Abschreckung einen *erheblichen Ermessensspielraum*¹⁵⁴. Im Ergebnis spricht somit alles dafür, mit der ganz herrschenden Lehre und in Anbetracht einer 60jährigen Praxis eines Teils der Staatenwelt davon auszugehen, dass die Stationierung atomarer Waffen im Rahmen einer Strategie der Abschreckung *per se* keinen Verstoß gegen Völkerrecht bedeutet. Dies ist auch der Rechtsstandpunkt der Bundesregierung¹⁵⁵, und auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) war in seinem Beschluss vom 16. Dezember 1983 bereits zu diesem Ergebnis gelangt¹⁵⁶.

II. Der Atomwaffenverzicht der Bundesrepublik Deutschland

Der Gutachtenauftrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu diesem Themenkomplex lautet:

„Im Rahmen der ‚Krisenreaktionskräfte‘ der Bundeswehr werden u.a. ‚in der Luftwaffe sechs fliegende Staffeln (mit Tornado-Flugzeugen) für ... nukleare Teilhabe‘ bereitgehalten. Diese Tornado-Flugzeuge mit einer Reichweite von 550 bis 1 400 km sollen im Krisenfall ‚als Trägersysteme dem Bündnis zur Verfügung‘ gestellt werden. Die Einsatzplanung der Bundeswehr sieht damit vor, dass im Rahmen der ‚nuklearen Teilhabe‘ deutsche Tornado-Flugzeuge mit Atomwaffen aus US-Beständen beladen werden könnten, die dann von deutschen Piloten und Einsatztaktikern der NATO-Stäbe an den Einsatzorten abgeworfen und damit zur Entzündung gebracht würden. Hierfür wird im militärischen Alltag

¹⁵³ Dies muss auch *Deiseroth*, Atomwaffen (Fn. 9), S. 365, einräumen.

¹⁵⁴ So *Falk*, Die Friedens-Warte 71 (1996), 235, 245 und aus französischer Sicht *Grand*, Die Friedens-Warte 71 (1996), 273, 275 f., 278 f. Unter den am Verfahren beteiligten Richtern finden sich naturgemäß sowohl Befürworter für eine Zulässigkeit der nuklearen Abschreckung (so die Richter *Schwebel*, *Guillaume* und *Higgins und Fleischhauer*) als auch solche, die die Politik der Abschreckung für völkerrechtswidrig halten (Richter *Shi* und wohl auch Richter *Ferrari Bravo*).

¹⁵⁵ Vgl. die Antworten des Staatsministers *Hoyer* auf die Fragen 10 bis 12 der Abgeordneten *Wieczorek-Zeul* (BT-Drs. 13/5689 vom 04.10.1996) sowie die Antworten der Bundesregierung auf parlamentarische Anfragen der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 13/5906 vom 28.10.1996), der Gruppe der PDS (BT-Drs. 13/6170 vom 18.11.1996) sowie der Fraktion der SPD (BT-Drs. 13/9098 vom 18.11.1997).

¹⁵⁶ BVerfG, NJW 1984, 601, 603.

innerhalb von in Rheinland-Pfalz gelegenen Liegenschaften und von dort befindlichen Flugplätzen aus regelmäßig geübt.

Wir bitten um Prüfung der Frage: Ist diese „nukleare Teilhabe“ mit dem völkerrechtlich wirksamen Verzicht Deutschlands [...] auf jede unmittelbare oder mittelbare Verfügungsgewalt über Atomwaffen vereinbar, der sich aus Art. II des NV-Vertrages und aus Art. 3 des Zwei-Plus-Vier-Vertrages ergibt?“

Gemäß Artikel 3 Abs. 1 Satz 1 des Vertrages über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland (Zwei-plus-Vier-Vertrag)¹⁵⁷ bekräftigen die Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik ihren Verzicht auf Herstellung und Besitz von und auf Verfügungsgewalt über atomare, biologische und chemische Waffen. Sie erklären, dass auch das vereinte Deutschland sich an diese Verpflichtungen halten wird (Satz 2). Insbesondere gelten die Rechte und Verpflichtungen aus dem Vertrag über die Nichtverbreitung von Kernwaffen vom 1. Juli 1968 für das vereinte Deutschland fort (Satz 3).

Es ist allgemein anerkannt, dass die Erklärungen der beiden deutschen Regierungen nach Artikel 3 Abs. 1 Zwei-plus-Vier-Vertrag ohne rechtserzeugende Bedeutung sind, dass ihnen mithin nur *deklaratorische* Bedeutung zukommt¹⁵⁸. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut („bekräftigt“), im Übrigen aus Artikel 11 des Einigungsvertrages¹⁵⁹, der in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht feststellt, dass die völkerrechtlichen Verträge und Vereinbarungen der Bundesrepublik Deutschland auch nach der Vereinigung für das vereinte Deutschland gelten; einer gesonderten Erwähnung in Artikel 3 Abs. 1 Zwei-plus-Vier-Vertrag hätte es daher nicht bedurft¹⁶⁰. Durch die Aufnahme der bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen in den Zwei-plus-Vier-Vertrag haben sich diese inhaltlich in keiner Weise geändert. Das gilt auch mit Blick auf die gemachten Vorbehalte und Einschränkungen¹⁶¹. Die nach wie vor maßgeblichen Rechtsinstrumente sind daher zum einen der 1954 bei Eintritt in die Westeuropäische Union erklärte einseitige Verzicht der Bundesrepublik Deutschland auf Atomwaffen (dazu unter 1.), zum anderen der Vertrag über die Nichtverbreitung von Kernwaffen aus dem Jahre 1968 (dazu unter 2.).

¹⁵⁷ Vertrag vom 12. September 1990 (BGBl. 1990 II. S. 1318).

¹⁵⁸ Vgl. *Blumenwitz*, NJW 1990, 3041, 3045 f.; *Rauschnig*, DVBl. 1990, 1275, 1282; *Brand*, Souveränität für Deutschland. Grundlagen, Entstehungsgeschichte und Bedeutung des Zwei-plus-Vier-Vertrages vom 12. September 1990, 1993, S. 264.

¹⁵⁹ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. August 1990 (BGBl. 1990 II S. 889).

¹⁶⁰ Vgl. *Rauschnig*, DVBl. 1990, 1275, 1282.

¹⁶¹ Vgl. *Blumenwitz*, NJW 1990, 3041, 3046.

1. Der Verzicht anlässlich des Eintritts in die Westeuropäische Union

Am 23. Oktober 1954 gab der Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland aus Anlass der Unterzeichnung des Protokolls der Neun-Mächte-Konferenz in Paris über die Rüstungskontrolle der Westeuropäischen Union (WEU) folgende Erklärung ab, die als Anlage I dem Protokoll beigefügt und von den anderen Partnern des WEU-Vertrages in Artikel 1 des Protokolls angenommen wurde:

„Der Bundeskanzler erklärt, daß sich die Bundesrepublik verpflichtet, die in dem beiliegenden Verzeichnis in den Absätzen I, II und III aufgeführten Atomwaffen, chemischen und biologischen Waffen in ihrem Gebiet nicht herzustellen.“¹⁶²

Dieser völkerrechtlich verbindliche Atomwaffenverzicht (bzw. Verzicht auf biologische und chemische Waffen) bezieht sich indes ausdrücklich nur auf die *Herstellung* solcher Waffen in dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Nicht erfasst werden dagegen der Besitz und die Verfügungsgewalt über Atomwaffen, der Einsatz von Atomwaffen sowie die Herstellung von Atomwaffen in dem Gebiet anderer Staaten¹⁶³. Dies wurde durch die Bundesregierung ausdrücklich festgestellt¹⁶⁴. Für die Frage der sogenannten „nuklearen Teilhabe“ ist der Atomwaffenverzicht von 1954 daher ohne rechtliche Relevanz.

2. Der Vertrag über die Nichtverbreitung von Kernwaffen

Zu einer Erweiterung des deutschen Atomwaffenverzichts ist es durch den Vertrag über die Nichtverbreitung von Kernwaffen (Nichtverbreitungsvertrag / Atomwaffensperrvertrag)¹⁶⁵ vom 1. Juli 1968 gekommen, der für die Bundesrepublik Deutschland am 2. Mai 1975 in Kraft getreten ist¹⁶⁶.

Darin verpflichtet sich gemäß Artikel I jeder *Kernwaffenstaat*, Kernwaffen und sonstige Kernsprengkörper oder die Verfügungsgewalt darüber an niemanden unmittelbar oder mittelbar weiterzugeben und einen Nichtkernwaffenstaat weder zu unterstützen noch zu ermutigen, noch zu veranlassen, Kernwaffen oder sonstige Kernsprengkörper herzustellen oder sonstwie zu erwerben oder die Verfügungsgewalt darüber zu erlangen. Dem steht die Verpflichtung der *Nichtkernwaffenstaaten* gegenüber, Kernwaffen und sonstige Kernsprengkörper oder die

¹⁶² BGBl. 1955 II S. 266.

¹⁶³ Vgl. *Deiseroth*, ArchVR 1990, 113, 115.

¹⁶⁴ So erklärte Bundeskanzler *Adenauer* am September 1956, der Verzicht auf die Produktion von Atombomben sei nicht gleichbedeutend mit dem Verzicht auf ihren Besitz, vgl. *Deiseroth*, ArchVR 1990, 113, 116. Vgl. auch die Denkschrift der Bundesregierung zum Nichtverbreitungsvertrag, in der dargelegt wird, inwieweit dieser Vertrag eine Erweiterung des 1954 ausgesprochenen Verzichts bedeutet (BT-Drs. 7/994, S. 14).

¹⁶⁵ BGBl. 1974 II S. 786.

Verfügungsgewalt darüber von niemandem unmittelbar oder mittelbar anzunehmen, Kernwaffen oder sonstige Kernsprengkörper weder herzustellen noch sonstwie zu erwerben und keine Unterstützung zur Herstellung von Kernwaffen oder sonstigen Kernsprengkörpern zu suchen oder anzunehmen (Artikel II).

Für die vorliegend interessierende Problematik ist vor allem die Verpflichtung der Nichtkernwaffenstaaten von Relevanz, die Verfügungsgewalt über Kernwaffen oder sonstige Kernsprengkörper von niemandem unmittelbar oder mittelbar anzunehmen. Zu fragen ist daher, ob in der sogenannten „nuklearen Teilhabe“ zugleich die verbotene Erlangung der (mittelbaren) Verfügungsgewalt über Kernwaffen zu sehen ist.

a) *Die Entstehung des Vertrages und die deutschen Sicherheitsinteressen*

Entscheidende Bedeutung kommt insoweit dem Begriff der *Verfügungsgewalt* zu. Dies war auch der Bundesrepublik Deutschland bewusst, die im Zuge der langjährigen Vertragsverhandlungen darauf bedacht war, im Vorfeld der endgültigen Ratifikation des Vertrages eine verbindliche Interpretation dieses Schlüsselbegriffs zu erreichen¹⁶⁷. Insbesondere war die Bundesregierung bestrebt, Konsens über eine Auslegung zu erzielen, die die deutschen Sicherheitsinteressen nicht beeinträchtigte. Zu diesem Zwecke war die deutsche Außenpolitik primär darauf gerichtet, in bilateralen Verhandlungen eine Sicherheitsgarantie seitens der Vereinigten Staaten zu erreichen. Diese Bemühungen waren schließlich von Erfolg gekrönt. Am 20. April 1967 gab die Regierung der Vereinigten Staaten gegenüber dem NATO-Rat sechs amerikanische Interpretationserklärungen ab. Diese Interpretation des Vertrages wurde am 28. April 1967 auch der Sowjetunion zur Kenntnis gebracht, die sie ihrerseits kommentarlos entgegennahm¹⁶⁸. Wie die Bundesregierung in ihrer Denkschrift zum Vertrag gegenüber dem Bundestag darlegte, trugen die amerikanischen Interpretationen dazu bei, „manche der ursprünglichen Bedenken der Bundesregierung auszuräumen“¹⁶⁹. Die Erklärungen wurden durch den amerikanischen Außenminister *Rusk* am 10. Juli 1968 dem Außenpolitischen Ausschuss des Senats zur Kenntnis gebracht und lauten auszugsweise:

„Der Vertrag befasst sich nur mit dem, was untersagt, nicht mit dem, was erlaubt ist. Er untersagt, ‚Kernwaffen‘, das bedeutet Bomben und Sprengkörper, oder die Verfügungsgewalt darüber an irgendeinen Empfänger weiterzugeben. Er untersagt ferner die Weitergabe sonstiger Kernsprengkörper, weil ein für friedliche Zwecke bestimmter Kernsprengkörper als Waffe verwendet oder unschwer für eine derartige Verwendung herge-

¹⁶⁶ BGBl. 1976 II S. 552.

¹⁶⁷ Vgl. dazu die ausführliche Darstellung der Vertragsgeschichte in BT-Drs. 7/994 vom 10. September 1973, S. 16 ff. Vgl. zu den Hintergründen auch *Kimminich*, *Völkerrecht im Atomzeitalter*, 1969, S. 227 ff. und *Deiseroth*, *ArchVR* 1990, 123 ff.

¹⁶⁸ BT-Drs. 7/994, S. 17.

¹⁶⁹ BT-Drs. 7/994, S. 17.

richtet werden kann. Er behandelt nicht und untersagt daher nicht die Weitergabe von nuklearen Trägern oder Trägersystemen oder der Verfügungsgewalt darüber an irgendeinen Empfänger, solange eine solche Weitergabe keine Bomben oder Sprengköpfe einschließt.

Er behandelt nicht alliierte Konsultationen und Planungen über nukleare Verteidigung, solange daraus keine Weitergabe von Kernwaffen oder der Verfügungsgewalt darüber resultiert. *Er behandelt nicht Regelungen über die Dislozierung von Kernwaffen auf alliier-tem Hoheitsgebiet, da diese keine Weitergabe von Kernwaffen oder Verfügungsgewalt darüber einschließen, sofern und solange nicht eine Entscheidung, Krieg zu führen, getroffen wird, in welchem Zeitpunkt der Vertrag nicht mehr maßgebend wäre. [...]*¹⁷⁰

Am 8. Juli 1968 gab der britische Staatsminister *Mulley* vor dem Unterhaus eine Erklärung ab, in der er auch zu der Interpretation der Artikel I und II des Nichtverbreitungsvertrages aus britischer Sicht Stellung nahm. Die entscheidenden Passagen lauten:

„[...] Diese Artikel würden die nukleare Konsultation und Planung der Organisation des Nordatlantikvertrages und den zu diesem Zweck gebildeten Ständigen Ausschuß nicht verbieten.

Sie würden bestehende zweiseitige Übereinkünfte zur Dislozierung von Kernwaffen im alliiertem Hoheitsgebiet nicht behindern, da diese die Weitergabe von Sprengköpfen oder von Verfügungsgewalt über sie nicht vorsehen bis zu dem Zeitpunkt, in dem eine Entscheidung Krieg zu führen, getroffen wird. Der Nichtverbreitungsvertrag würde für eine solche Entscheidung nicht erheblich sein und würde nicht wirksam sein, wenn sie einmal getroffen wäre.

Diese Artikel behandeln nicht die Weitergabe von nuklearen Trägern, vorausgesetzt, daß keine Weitergabe von Kernwaffen oder von Verfügungsgewalt über sie erfolgt. [...]

¹⁷¹

Bei Unterzeichnung des Nichtverbreitungsvertrages am 28. November 1969 gab die Bundesregierung eine umfangreiche und in der Folge unwidersprochen gebliebene Erklärung ab¹⁷². Diese Erklärung enthielt die „Voraussetzungen [...], unter denen sie den Vertrag unterzeichnet.“ Eine der Voraussetzungen ist es danach, dass „die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Verbündeten weiterhin durch die NATO oder ein entsprechendes Sicherheitssystem gewährleistet bleibt“. Unter dem gleichen Datum leitete die Bundesregierung allen Staaten, mit denen die Bundesrepublik Deutschland diplomatische Beziehungen unterhielt, eine ebenfalls unwidersprochen gebliebene Note¹⁷³ zu, die die zitierte Voraussetzung erneut hervorhob und außerdem die Erklärung von Bundeskanzler *Brandt*, die dieser

¹⁷⁰ BT-Drs. 7/994, S. 17 (Hervorhebung durch den Verfasser). Vgl. auch *Kimminich*, Atomzeitalter (Fn. 167), S. 274 f.

¹⁷¹ Abgedruckt in BT-Drs. 7/994, S. 35.

¹⁷² Abgedruckt in BT-Drs. 7/994, S. 23 f.

¹⁷³ Abgedruckt in BT-Drs. 7/994, S. 24 f.

anlässlich der Unterzeichnung des Vertrages abgegeben hatte¹⁷⁴, bekräftigte. In der Erklärung hieß es, dass „der Nichtverbreitungsvertrag in keiner Weise unsere militärische Sicherheit und die Zusammenarbeit im NATO-Bündnis“ beeinträchtige. Weiter wurde erklärt, dass die „Bundesregierungen es immer abgelehnt [haben], Verfügungsgewalt über nukleare Sprengköpfe anzustreben. Wir sprechen mit der Unterschrift unter diesen Vertrag deshalb keinen neuen Verzicht aus“. Der amerikanische Außenminister *Rogers* gab bei der Unterzeichnung des Vertrages durch die Bundesrepublik am 28. November 1969 ebenfalls eine Erklärung ab, in der es unter anderem hieß:

„[...] In den Anhörungen über den NV-Vertrag vor dem Auswärtigen Ausschuss des Senats im vergangenen Februar habe ich die Klarstellungen der vorigen amerikanischen Regierung, unter anderem zur Frage der Auswirkungen des NV-Vertrages auf unsere bestehenden Verteidigungsbündnisse, bekräftigt. Ich kann bestätigen, daß sich an dieser Haltung der amerikanischen Regierung nichts geändert hat. [...]“¹⁷⁵

In ihre Denkschrift zum Vertrag gegenüber dem Bundestag gelangte die Bundesregierung zu dem Ergebnis, dass den deutschen Sicherheitsinteressen in ausreichender Weise Rechnung getragen sei. In diesem Zusammenhang hob sie ausdrücklich die deutsche Erklärung anlässlich der Vertragsunterzeichnung sowie die entsprechende Note hervor und gelangte schließlich zu folgendem Ergebnis:

„[...] Die feste Verankerung der Bundesrepublik Deutschland im Atlantischen Bündnis und die einschlägigen Erklärungen der amerikanischen, britischen und französischen Regierungen sowie die amerikanischen Interpretationen hinsichtlich der Vereinbarkeit auch der nuklearen Sicherheitsvorkehrungen des Bündnisses mit dem NV-Vertrag räumen sicherheitspolitische Bedenken gegen eine Mitgliedschaft aus. [...]“¹⁷⁶

b) *Völkerrechtliche Bewertung*

Die vorstehend dokumentierte Entstehungsgeschichte, die auch dem Bundestag zur Kenntnis gebracht wurde, verdeutlicht in unmissverständlicher Weise, dass Artikel II des Nichtverbreitungsvertrages in der Lesart der Bundesrepublik Deutschland der Stationierung von NATO-Nuklearwaffen auf dem Gebiet der alten Bundesrepublik (bezüglich der neuen Bundesländer gilt Artikel 5 Abs. 3 Zwei-plus-Vier-Vertrag) nicht entgegensteht¹⁷⁷. Denn die bloße Stationierung von Nuklearwaffen – auch im Rahmen eines Konzeptes der „nuklearen Teilhabe“ – ist nach dieser Auslegung nicht gleichbedeutend mit der Erlangung – mittelbarer – Verfügungs-

¹⁷⁴ Abgedruckt in BT-Drs. 7/994, S. 25 f.

¹⁷⁵ Abgedruckt in BT-Drs. 7/994, S. 26. Auch die britische und die französische Regierung gaben Erklärungen ab (ebenda, S. 27).

¹⁷⁶ BT-Drs. 7/994, S. 21.

gewalt im Sinne des Nichtverbreitungsvertrages. Zur Erlangung von Verfügungsgewalt könnte es mithin erst im Krisenfall kommen – dann aber sollen die Vorschriften des Nichtverbreitungsvertrages keine Geltung mehr beanspruchen¹⁷⁸.

Zu prüfen bleibt, ob diese Sicht der Dinge auch unter dem Blickwinkel des Völkerrechts haltbar ist. In Betracht kommen insoweit zwei völkerrechtliche Rechtsinstrumente: zum einen der *Vorbehalt*, zum anderen die (einseitige oder authentische) *Vertragsauslegung*.

Der Begriff des *Vorbehalts* ist in Artikel 2 Abs. 1 lit. d) des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention – WVK¹⁷⁹) definiert und entspricht dem gewohnheitsrechtlichen Begriff des Vorbehalts. Ein Vorbehalt ist danach

„[...] eine wie auch immer formulierte oder bezeichnete, von einem Staat bei der Unterzeichnung, Ratifikation, Annahme oder Genehmigung eines Vertrags oder bei dem Beitritt zu einem Vertrag abgegebene einseitige Erklärung, durch die der Staat bezweckt, die Rechtswirkung einzelner Vertragsbestimmungen in der Anwendung auf diesen Staat auszuschließen oder zu ändern“.

Der grundsätzliche Unterschied zwischen Vorbehalt und Auslegungs- bzw. Interpretationserklärung besteht darin, dass ersterer eine Rechtsänderung bezweckt, wohingegen es sich bei letzterer nur um eine *Klarstellung* des bestehenden Rechts handelt¹⁸⁰. Die Einordnung einer staatlichen Erklärung in eine der beiden Kategorien bereitet dabei oftmals erhebliche Schwierigkeiten¹⁸¹. So zeigt die Staatenpraxis, dass Staaten bisweilen absichtlich Vorbehalte als auslegende Erklärungen bezeichnen, um auf diese Weise nicht den Eindruck zu erwecken, die Anwendung bestimmter Vorschriften eines Vertrages auszuschließen¹⁸². Maßgeblich für die Unterscheidung ist daher nicht die *Bezeichnung* einer Erklärung, sondern ihr *Inhalt*¹⁸³. Überschreitet die Erklärung eines Staates über die Auslegung bestimmter Vorschriften eines Vertrages das Ausmaß einer zulässigen Auslegung, handelt es sich nicht mehr um eine reine Interpretationserklärung, sondern um einen Vorbehalt. Ein Kriterium mag in diesem Zusammenhang sein, ob aus einer Erklärung hervorgeht, dass einer bestimmten vertraglichen Vorschrift, so wie sie vereinbart wurde, nur unter der in der Erklärung genannten besonderen Bedingung zugestimmt wurde; ist dies der Fall, spricht viel dafür, dass es sich um einen Vorbe-

¹⁷⁷ So *Blumenwitz*, NJW 1990, 3041, 3046; *Deiseroth*, ArchVR 1990, 113, 126 f.; *Walz*, ZRP 1984, 273, 278 f.; *Kimminich*, Atomzeitalter (Fn. 167), S. 234 f., 273 ff.

¹⁷⁸ Deutlich herausgearbeitet bei *Deiseroth*, ArchVR 1990, 113, 126 f.

¹⁷⁹ Vertrag vom 23. Mai 1969 (BGBl. 195 II S. 926). Für die Bundesrepublik Deutschland ist das Abkommen am 20. August 1987 in Kraft getreten (Bek. v. 26. November 1987, BGBl. 1987 II S. 757).

¹⁸⁰ Vgl. *Heintschel von Heinegg*, in: *Ipsen* (Hrsg.), Völkerrecht, 3. Aufl. 2004, § 14 Rn. 2 ff.; *ders.*, Casebook Völkerrecht, 2005, Rn. 160.

¹⁸¹ *Heintschel von Heinegg*, in: *Ipsen* (Hrsg.), Völkerrecht, 3. Aufl. 2004, § 14 Rn. 4.

¹⁸² *Heintschel von Heinegg*, Casebook (Fn. 180), Rn. 162.

¹⁸³ Ebenda, Rn. 161.

halt handelt¹⁸⁴. Eine subsumtionsfähige Regel, anhand derer eine klare Grenzziehung zwischen einer auslegenden Erklärung und einem Vorbehalt in jedem Einzelfall möglich wäre, existiert aber nicht¹⁸⁵. In diesem Zusammenhang ist auch zu sehen, dass, wie das BVerfG im Somalia-Urteil festgestellt hat, die Interpretation völkerrechtlicher Verträge durch die Vertragsparteien oftmals einer Inhaltsänderung gleichkommt¹⁸⁶.

Ob es sich bei den oben wiedergegebenen Erklärungen der Bundesregierung um einen Vorbehalt¹⁸⁷ oder um eine Interpretationserklärung handelt, bedürfte einer umfangreichen Untersuchung, die an dieser Stelle nicht geleistet werden kann¹⁸⁸, aber auch nicht geleistet werden muss. Denn bei cursorischer Sach- und Rechtsprüfung ist es vertretbar, die Auslegung, wie sie die Bundesrepublik Deutschland vornimmt, als authentische (allgemein verbindliche) Auslegung anzusehen. Dessen ungeachtet spricht viel für die Annahme eines zulässigen Vorbehalts.

So ist es zunächst vertretbar, in Ansehung aller Umstände des Einzelfalles in der Interpretation, wie sie die Vereinigten Staaten vorgenommen hatten und wie sie durch die Bundesregierung – und wohl auch die übrigen NATO-Verbündeten – aufgegriffen wurde, eine sogenannte *authentische Auslegung* des Nichtverbreitungsvertrages zu erblicken¹⁸⁹. Was genau unter einer authentischen Auslegung zu verstehen ist, ist im Einzelnen umstritten. Nach herrschender Meinung bezeichnet sie diejenige Auslegung, die sich in einer einvernehmlichen Anwendungspraxis aller Vertragsparteien oder in einer entsprechenden übereinstimmenden Erklärung widerspiegelt¹⁹⁰ und auf diese Weise als *verbindlich* anerkannt ist¹⁹¹. In der (vorliegend nicht unmittelbar anwendbaren¹⁹²) Wiener Vertragsrechtskonvention wird diese gewohnheitsrechtlich anerkannte Auslegungsregel durch Artikel 31 aufgegriffen (wenn auch nicht als „authentische Auslegung“ bezeichnet). Danach sind bei der Auslegung eines Vertrags unter anderem zu berücksichtigen:

- jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde (Abs. 2 lit. a);

¹⁸⁴ In dieser Weise entschied ein Schiedsgericht in dem Schiedsspruch vom 30. Juni 1977 über die Abgrenzung des Festlandssockels zwischen Frankreich und dem Vereinigten Königreich (Arbitration award relating the Shelf boundary in the Western Channel approaches (France, United Kingdom), Court of arbitration, ILR 54 (1977) S. 8, 49 f.

¹⁸⁵ So *Heintschel von Heinegg*, Casebook (Fn. 180), Rn. 170.

¹⁸⁶ BVerfGE 90, 286, 361 f. Dazu unten, III. 2. b).

¹⁸⁷ Dies deutet *Blumenwitz*, NJW 1990, 3041, 3046, an.

¹⁸⁸ Offen gelassen daher bei *Deiseroth*, ArchVR 1990, 113, 127.

¹⁸⁹ Angedeutet bei *Kimminich*, Atomzeitalter (Fn. 167), S. 273 ff.

¹⁹⁰ *Heintschel von Heinegg*, in: *Ipsen* (Hrsg.), Völkerrecht, 3. Aufl. 2004, § 11 Rn. 2.

¹⁹¹ Vgl. auch BVerfGE 68, 1, 82 (Nachrüstungsurteil) und vor allem E 90, 286, 362 ff. (AWACS-Urteil).

¹⁹² Die Wiener Vertragsrechtskonvention trat erst am 27. Januar 1980, für die Bundesrepublik Deutschland sogar erst am 20. August 1987 in Kraft.

- jede Urkunde, die von einer oder mehreren Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses abgefasst und von den anderen Vertragsparteien als eine sich auf den Vertrag beziehende Urkunde angenommen wurde (Abs. 2 lit. b);
- jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen (Abs. 3 lit. a);
- jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht (Abs. 3 lit. b).

Fraglich ist, ob bereits in der unwidersprochen gebliebenen amerikanischen Interpretation bzw. in der bei Unterzeichnung seitens der Bundesrepublik Deutschland abgegebenen Erklärung und Note, die gleichfalls unwidersprochen blieben, eine „sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft“ erblickt werden kann. Insoweit dürften zwar an eine „Übereinkunft“ geringere Anforderungen als an den eigentlichen Vertragsschluss zu stellen sein¹⁹³; jedoch wird man wohl das bloße Schweigen der Vertragspartner auf eine (von mehreren Vertragsparteien) abgegebene Interpretationserklärung nicht ohne weiteres einer Übereinkunft gleichstellen können¹⁹⁴. Dagegen ist es möglich, in der langjährigen Anwendungspraxis der NATO-Staaten, die den bei Vertragsschluss abgegebenen Interpretationserklärungen entsprach und im Übrigen, soweit hier ersichtlich, zumindest von Seiten der Sowjetunion unwidersprochen blieb¹⁹⁵, eine „spätere Übung“ im Sinne des Artikels 31 Abs. 3 lit. b) WVK zu erblicken¹⁹⁶. Es ist somit durchaus vertretbar, die Auslegung des Nichtverbreitungsvertrages, wie sie in der bei Vertragsunterzeichnung durch die Bundesrepublik abgegebenen Erklärung und Note dargelegt wird, als allgemein anerkannte und damit authentische Lesart anzusehen¹⁹⁷.

Ungeachtet dessen spricht aber viel dafür, in Erklärung und Note die Einlegung eines *Vorbehalts* zu sehen. So ist in der fraglichen Note von „Voraussetzungen“ die Rede, „unter denen sie [die Bundesrepublik] den Vertrag unterzeichnet“¹⁹⁸. Das ist aber, wie oben erläutert, ein Indiz für das Vorliegen eines Vorbehalts.

Die *Zulässigkeit* von Vorbehalten richtet sich nach Artikel 19 WVK, der insoweit der völkerge-
wohnheitsrechtlichen Rechtslage entspricht¹⁹⁹. Dessen Voraussetzungen sind bei cursorischer
Prüfung erfüllt, denn weder verbietet der Nichtverbreitungsvertrag die Geltendmachung von

¹⁹³ So zu Recht *Heintschel von Heinegg*, Casebook (Fn. 180), Rn. 146.

¹⁹⁴ *Heintschel von Heinegg*, in: *Ipsen* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2004, § 11 Rn. 2, 13.

¹⁹⁵ Vgl. dazu *Schweisfurth*, NJW 1984, 1506, 1507.

¹⁹⁶ Vgl. dazu auch die Ausführungen des BVerfG zur authentischen Interpretation im AWACS-Urteil, E 90, 286, 362 ff.

¹⁹⁷ So im Ergebnis auch – allerdings ohne Einordnung in eine völkerrechtliche Kategorie – *Däubler* (Fn. 138), S. 32 f.

¹⁹⁸ BT-Drs. 7/994, S. 24.

¹⁹⁹ Vgl. *Heintschel von Heinegg*, in: *Ipsen* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2004, § 14 Rn. 8. Die WVK ist vorliegend nicht unmittelbar anwendbar, vgl. Fn. 192.

Vorbehalten, noch sieht er vor, dass nur bestimmte Vorbehalte geltend gemacht werden dürfen; schließlich ist das von der Bundesrepublik ihrer Unterzeichnung zugrunde gelegte Verständnis des Artikels II des Nichtverbreitungsvertrages wohl auch nicht mit *Ziel und Zweck des Vertrages* unvereinbar. Denn auch bei Stationierung nuklearer Waffensysteme der Alliierten Streitkräfte in der Bundesrepublik Deutschland vollzieht sich die Entscheidung über Freigabe und Einsatz dieser Waffen in einem komplizierten NATO-internen Konsultationsverfahren, bei dem die Letztentscheidungskompetenz in den Händen des jeweiligen Kernwaffenstaates verbleibt²⁰⁰. Die Entscheidung über Freigabe und Einsatz von in der Bundesrepublik stationierten Kernwaffen wird damit nicht durch deutsche Stellen getroffen. Unter diesen Voraussetzungen spricht aber nichts dafür, die Stationierung atomarer Waffen im Rahmen eines Konzepts der „nuklearen Teilhabe“ auf deutschem Territorium als Verstoß gegen Ziel und Zweck des Nichtverbreitungsvertrages anzusehen. Die Annahme eines Verstoßes wäre erst unter der Voraussetzung denkbar, dass es im Krisenfälle tatsächlich zu einer Übergabe der Waffen an dafür ausgebildete deutsche Einheiten käme und gleichzeitig von der *Fortgeltung des Nichtverbreitungsvertrages* auszugehen wäre. Letzteres ist aber in der Lesart der Bundesrepublik gerade nicht der Fall, und es spricht auch einiges für die Zulässigkeit dieses Kriegsvorbehalts²⁰¹. Zwar geht das moderne Völkerrecht nicht mehr – wie noch große Teile der klassischen Völkerrechtslehre – davon aus, dass mit dem Ausbruch bewaffneter Feindseligkeiten automatisch alle Vertragsbeziehungen zwischen den Konfliktparteien enden; andererseits wird man auch heute nicht ohne weiteres von einer Fortgeltung aller (bilateralen und multilateralen) Verträge im Konfliktfalle ausgehen können²⁰². Die Wiener Vertragsrechtskonvention klammert diese Problematik bewusst aus (vgl. Artikel 73 WVK). Gleichwohl wird man eine Lösung unter Heranziehung der Rechtsgedanken suchen können, wie sie in den Regelungen über die Beendigung und Suspendierung von Verträgen (Artikel 54 ff. WVK) zum Ausdruck kommen²⁰³. Von besonderer Bedeutung dürfte in diesem Zusammenhang der Beendigungsgrund der grundlegenden Änderung der Umstände (*clausula rebus sic stantibus*) sein (vgl. Artikel 62 WVK)²⁰⁴, und es dürfte nicht zu weit gehen, mit Blick auf den Nichtverbreitungsvertrag in dem Ausbruch von bewaffneten Feindseligkeiten eine wesentliche Veränderung der bei Vertragschluss gegebenen Umstände zu sehen. Alles in allem erscheint es daher gerechtfertigt, von der Zulässigkeit des deutschen Vorbehalts auszugehen.

Wendet man die Regelungssystematik, wie sie in der Wiener Vertragsrechtskonvention kodifiziert wurde, auf den vorliegenden Fall an, gilt der Vorbehalt auch als durch die Vertragspartner *angenommen*. Insoweit fingiert Artikel 20 Abs. 5 WVK die Annahme, wenn seitens der

²⁰⁰ Vgl. dazu mit Blick auf die Nachrüstung mit Pershing-2-Raketen BVerfGE 68, 1, 90 ff., 95. Vgl. auch *Deiseroth*, KJ 1983, 1 ff., 19 ff.

²⁰¹ Offen gelassen bei *Deiseroth*, ArchVR 1990, 113, 126.

²⁰² Vgl. *Ipsen*, in: *ders.* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 3. Aufl. 2004, § 71 Rn. 8 f., 14.

²⁰³ Ebenda, Rn. 12.

Vertragspartner innerhalb von zwölf Monaten nach Notifizierung kein Widerspruch erfolgt. So verhielt es sich aber vorliegend, so dass im Ergebnis gute Gründe dafür sprechen, die deutsche Lesart des Nichtverbreitungsvertrages als von einem entsprechenden Vorbehalt gedeckt anzusehen. Die Stationierung von Kernwaffen in Deutschland im Rahmen eines Konzepts der nuklearen Teilhabe dürfte nach alledem nicht gegen die Verpflichtungen verstoßen, die die Bundesrepublik mit dem Abschluss des Nichtverbreitungsvertrages eingegangen ist²⁰⁵.

III. Aufenthaltsvertrag und Atomwaffen

Der Gutachtenauftrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu diesem Themenkomplex lautet:

„Nach dem ‚Vertrag über den Aufenthalt ausländischer Streitkräfte in der Bundesrepublik Deutschland‘ vom 23.10.1954 [...] ‚dürfen Streitkräfte der gleichen Nationalität und Effektivstärke wie zur Zeit des Inkrafttretens dieser Abmachungen‘ [...] in der Bundesrepublik Deutschland stationiert werden [...]; das gilt auch für die Bewaffnung dieser Streitkräfte. Dieser Vertrag tritt nach seinem Art. 3 ‚außer Kraft mit dem Abschluss einer friedensvertraglichen Regelung mit Deutschland ...‘.

Eine solche ‚friedensvertragliche Regelung mit Deutschland‘ stellt der ‚Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland‘ [...] vom 12.9.1990 [...] dar, der die maßgebliche völkerrechtliche Grundlage der deutschen Wiedervereinigung am 3.10.1990 und für die damit erfolgte Aufhebung der alliierten Vorbehaltsrechte war und ist.

Wir bitten um Prüfung folgender Fragestellungen:

a) Ist die völkerrechtliche Grundlage für die weitere Stationierung von Atomwaffen in Deutschland und damit auch in Rheinland-Pfalz nach dem Aufenthaltsvertrag entfallen, da der ‚Zwei-Plus-Vier-Vertrag‘ eine ‚friedensvertragliche Regelung mit Deutschland‘ im Sinne des Aufenthaltsvertrages darstellt, der damit gemäß seinem Art. 3 außer Kraft getreten ist?

b) Stellt der im Jahre 1990 ohne parlamentarisches Zustimmungsgesetz erfolgte Notenwechsel zwischen den Regierungen der USA und Deutschlands für die von der Bundesregierung in Anspruch genommene weitere Fortgeltung des für die Atomwaffenstationierung relevanten Aufenthaltsvertrages eine hinreichende neue Rechtsgrundlage dar?“

1. Das Recht zum Aufenthalt ausländischer Truppen

Hinsichtlich der Präsenz ausländischer Truppen auf deutschem Hoheitsgebiet ist zwischen dem *Recht zum Aufenthalt (ius ad praesentiam)* und dem *Recht des Aufenthalts (ius in praesentia)* zu unterscheiden. Während letzteres diejenigen Regelungen umfasst, denen ausländische Truppen bei ihrem Aufenthalt in Deutschland unterliegen, betrifft ersteres die Frage, ob

²⁰⁴ Ebenda, Rn. 13.

ein solcher Aufenthalt überhaupt zulässig ist²⁰⁶. Die vorliegend aufgeworfene Frage der Stationierung atomarer Waffensysteme berührt somit das *Recht zum Aufenthalt*.

Dieses Recht zum Aufenthalt ausländischer Streitkräfte beruhte nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges zunächst auf den kriegsrechtlichen Regelungen über die militärische Besetzung²⁰⁷. Erst mit Abschluss des Vertrages über den Aufenthalt ausländischer Streitkräfte in der Bundesrepublik Deutschland (Aufenthaltsvertrag) am 23. Oktober 1954²⁰⁸ wurde es auf eine vertragliche Grundlage gestellt.

Bildet der Aufenthaltsvertrag die vertragliche Rechtsgrundlage für die Stationierung verbündeter Streitkräfte im Bundesgebiet, so bezieht sich dies, wie das BVerfG im Nachrüstungsurteil²⁰⁹ festgestellt hat, nicht nur auf die Anwesenheit der *Truppen*, sondern auch auf deren *Bewaffung*²¹⁰. Mithin richtet sich auch die Frage der Stationierung atomarer Waffensysteme auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland nach den Regelungen des Aufenthaltsvertrages²¹¹. Gemäß dessen Artikel 1 Abs. 1 dürfen Streitkräfte der gleichen Nationalität und Effektivstärke wie zur Zeit des In-Kraft-Tretens des Vertrages in der Bundesrepublik stationiert werden. Nach Artikel 1 Abs. 2 darf die Effektivstärke der stationierten Streitkräfte mit Zustimmung der Bundesregierung jederzeit erhöht werden.

2. Fortgeltung des Aufenthaltsvertrages nach Abschluss des Zwei-plus-Vier-Vertrages

Fraglich ist indes, ob der Aufenthaltsvertrag auch nach Abschluss des Zwei-plus-Vier-Vertrages²¹² weiter gilt. Denn gemäß Artikel 3 Abs. 1 Aufenthaltsvertrag tritt der Vertrag außer Kraft mit dem Abschluss einer friedensvertraglichen Regelung mit Deutschland. Eine solche friedensvertragliche Regelung enthält der Zwei-plus-Vier-Vertrag aber weder nach seinem Regelungsgehalt noch nach seiner Zielsetzung²¹³. Inhaltlich fehlt es insbesondere an zwei Merkmalen, die typischerweise jeden Friedensvertrag kennzeichnen: Kriegsbeendigung und Wiederaufnahme friedlicher (insb. diplomatischer) Beziehungen. Beides ist nach dem Zweiten Weltkrieg in bezug auf Deutschland ohne förmlichen Friedensvertrag erreicht worden²¹⁴. Auch nach seiner Zielsetzung geht es in dem Zwei-plus-Vier-Vertrag eher um die Überwindung des

²⁰⁵ So im Ergebnis auch *Däubler* (Fn. 138), S. 32 f.

²⁰⁶ Vgl. *Raap*, DÖV 1994, 294, 295.

²⁰⁷ Vgl. *Raap*, DÖV 1994, 294, 295.

²⁰⁸ BGBl. 1955 II S. 253.

²⁰⁹ Urteil vom 18. Dezember 1984, BVerfGE 68, 1.

²¹⁰ BVerfGE 68, 1, 107.

²¹¹ BVerfGE 68, 1, 107. Vgl. auch *Weber*, JZ 1984, 589, 592.

²¹² Fundstelle oben, Fn. 157.

²¹³ So *Blumenwitz*, NJW 1990, 3041, 3042 und auch *Rauschning*, DVBl. 1990, 1275, 1279, der aber gleichwohl die Voraussetzungen des Artikels 3 Abs. 1 Aufenthaltsvertrag als erfüllt ansieht.

²¹⁴ *Blumenwitz*, NJW 1990, 3041, 3042.

die Nachkriegszeit prägenden Ost-West-Konfliktes denn um die Auflösung des Sieger-Aggressor-Konfliktes des Zweiten Weltkriegs. Dies ergibt sich bereits aus den in der Präambel bekundeten Absichten der Verhandlungsstaaten²¹⁵ sowie aus dem Umstand, dass Vertragsparteien nicht alle die Staaten sind, die mit ihren bewaffneten Streitkräften am Krieg gegen Deutschland teilgenommen hatten²¹⁶.

Spricht somit alles dafür, dass es sich bei dem Zwei-plus-Vier-Vertrag nicht um einen Friedensvertrag handelt, wird im wissenschaftlichen Schrifttum dennoch vertreten, dass, soweit in anderen Verträgen Rechtsfolgen von dem Abschluss einer friedensvertraglichen Regelung abhängig gemacht werden, der Zwei-plus-Vier-Vertrag als eine solche angesehen werden müsse²¹⁷.

Inwieweit diese Auslegung überzeugt, kann indes dann dahinstehen, wenn eine etwaig verbleibende Unsicherheit hinsichtlich der Fortgeltung des Aufenthaltsvertrages auf anderem Wege beseitigt worden wäre. In Betracht kommen in diesem Zusammenhang die am 25. September 1990²¹⁸ und 16. November 1990²¹⁹ erfolgten Notenwechsel zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Regierungen der übrigen acht Vertragsstaaten. In diesem Notenwechsel kamen die beteiligten Regierungen überein, dass der Aufenthaltsvertrag unverändert auch nach Abschluss des Zwei-plus-Vier-Vertrages fortgelte, nun aber mit einer zweijährigen Frist beendet werden könne. Fraglich ist, wie dieser Vorgang rechtlich zu würdigen ist.

In dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Juni 2005 zur Frage der Unverbindlichkeit eines Befehls wegen einer Gewissensentscheidung wurde die Problematik angesprochen, letztlich aber offengelassen²²⁰, und auch sonst existiert keine höchstrichterliche Entscheidung, die zu der vorliegenden Problematik explizit Stellung bezieht. Gleichwohl wird man auf der Grundlage der Regelungen über die Auslegung völkerrechtlicher Verträge und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG zu einer tragfähigen Lösung des Problems gelangen können.

²¹⁵ Bereits der zweite Absatz der Präambel erwähnt die „jüngsten historischen Veränderungen in Europa, die es ermöglichen, die Spaltung des Kontinents zu überwinden“.

²¹⁶ *Blumenwitz*, NJW 1990, 3041, 3042. Sowjetische Friedensvertragsvorschläge aus den Jahren 1952, 1954 und 1959 gingen davon aus, dass außer den Vier Mächten alle Staaten Vertragspartner werden müssten, die sich mit ihren Streitkräften am Krieg gegen Deutschland beteiligt hatten, vgl. *Rauschnig*, DVBl. 1990, 1275, 1278.

²¹⁷ So *Rauschnig*, DVBl. 1990, 1275, 1279, mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Artikel 3 des Aufenthaltsvertrages, allerdings ohne nähere Begründung.

²¹⁸ BGBl. 1990 II S. 1390.

²¹⁹ BGBl. 1990 II S. 1696.

²²⁰ BVerwG, NJW 2006, 77, 99.

a) *Völkerrechtliche Würdigung*

Insoweit ist zunächst in *völkerrechtlicher* Hinsicht auf die oben im Zusammenhang mit dem Nichtverbreitungsvertrag (unter II. 2. b) erfolgten Ausführungen zur Wiener Vertragsrechtskonvention zurückzugreifen. Danach kommt es bei der Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages, also auch des Aufenthaltsvertrages, unter anderem auf jede dem Vertragsschluss nachfolgende Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrages oder die Anwendung seiner Bestimmungen sowie auf jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags an, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht (Artikel 31 Abs. 3 lit. a) und b) WVK). Ohne dass es vorliegend einer genauen Abgrenzung zwischen den Modalitäten der „Übereinkunft“ und der „Übung“ bedürfte²²¹, geht jedenfalls aus dem übereinstimmenden Verhalten der Vertragsparteien des Aufenthaltsvertrages unzweifelhaft hervor, dass sie auch in Ansehung des Zwei-plus-Vier-Vertrages von einer Fortgeltung des Aufenthaltsvertrages ausgehen. Es geht daher nicht zu weit, in dem Vorgang des Notenwechsels eine authentische (verbindliche) Auslegung des Artikels 3 Abs. 1 Aufenthaltsvertrag zu erblicken.

b) *Innerstaatliche Rechtslage*

Ergibt somit die Auslegung des Aufenthaltsvertrages anhand der völkerrechtlich allgemein anerkannten Auslegungsregeln ein klares Bild, bleibt zu prüfen, inwieweit sich für die Bundesrepublik Deutschland der Umstand einer nicht erfolgten Beteiligung des Bundestages auswirkt. Grundsätzlich gilt die Regel, dass eine Verletzung der *innerstaatlichen* Regelungen über die Zuständigkeit zum Abschluss von Verträgen die völkerrechtliche Bindung unberührt lässt. Indes sieht Artikel 46 Abs. 1 WVK insoweit eine Ausnahme für die Fälle vor, in denen die Verletzung *offenkundig* war und eine innerstaatliche Rechtsvorschrift von grundlegender Bedeutung betraf. Gemäß Artikel 46 Abs. 2 WVK ist dies dann der Fall, wenn die Verletzung für jeden Staat, der sich hierbei im Einklang mit der allgemeinen Übung und nach Treu und Glauben verhält, *objektiv erkennbar* ist. Für einen modernen Verfassungsstaat wie die Bundesrepublik Deutschland wird man von einer offenkundigen Verletzung ausgehen können, wenn sie einen völkerrechtlichen Vertrag ohne entsprechendes Vertragsgesetz ratifiziert²²². Es kommt daher vorliegend darauf an, ob der Bundestag hätte beteiligt werden müssen. Dies dürfte im Ergebnis zu verneinen sein. Zwar ist es anerkannt, dass die Änderung eines zustimmungsbe-

²²¹ Auch *Heintschel von Heinegg*, Casebook (Fn. 180), spricht von einer „im Ergebnis jedoch bedeutungslosen Grenze“, sieht aber den Begriff der „Übereinkunft“ als den im Vergleich zum völkerrechtlichen „Vertrag“ weiteren Begriff an.

²²² So zu Recht *Kempen*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Bonner Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 59 Rn. 97.

dürftigen völkerrechtlichen Vertrages ihrerseits der Zustimmungspflicht unterliegt²²³; jedoch handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um einen solchen Änderungsvertrag. Das BVerfG geht insoweit von einer äußerst restriktiven Handhabung des Artikels 59 Abs. 2 Satz 1 GG und dort des Begriffs des „politischen Vertrags“ aus²²⁴. Anknüpfend an das Nachrüstungsurteil aus dem Jahre 1984²²⁵ nahm das BVerfG in seinem Somalia-Urteil (Urteil zum Auslandseinsatz der Bundeswehr) im Jahre 1994²²⁶ erneut Stellung zur Auslegung des Artikels 59 Abs. 2 Satz 1 GG. Nach Auffassung des Gerichts bedarf die Inhaltsänderung eines bestehenden Vertrages der Zustimmung des Gesetzgebers nach Artikel 59 Abs. 2 Satz 1 GG nur dann, wenn sie durch einen Änderungsvertrag erfolgt. Dabei konstatiert das Gericht dass Verträge „im modernen Völkerrecht vielfach eine den wechselnden Lagen entsprechende dynamische Auslegung“ erfahren²²⁷. Dies sei auch dem Gesetzgeber, der einem völkerrechtlichen Vertrag zustimme, bewusst. Das BVerfG gelangt daher zu folgender Feststellung:

„Eine – interpretative – Fortbildung des Vertragsrechts durch sogenannte authentische Interpretation und eine sich auf dieser Grundlage entfaltende oder jene Rechtsfortbildung allererst bewirkende Vertragspraxis stützt sich mithin auf den bestehenden Vertrag und ist deshalb vom Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG gedeckt. [...] Eine Inhaltsänderung, die sich durch Interpretation eines bestehenden völkerrechtlichen Vertrages in diesem Grenzbereich [zwischen Vertragsauslegung und Vertragsänderung] gelegentlich ereignet, kommt nicht durch einen Änderungsvertrag zustande. Die Interpretation eines bestehenden völkerrechtlichen Vertrages, die lediglich der Entfaltung des bereits vorhandenen Vertragsinhalts dienen soll, oder eine von den Vertragsparteien übereinstimmend gehandhabte Praxis der Vertragsanwendung, die rechtserhebliche Bedeutung für die Auslegung eines bestehenden Vertrags gewinnt, stellt mangels eines Vertragsänderungswillens der Vertragsparteien keinen Änderungsvertrag dar, mag sich dies im Einzelfall auch auf den bestehenden Vertrag wie eine Vertragsänderung auswirken“²²⁸.

Das BVerfG fährt fort:

„Danach ist nicht auszuschließen daß durch rechtserhebliches Handeln der Bundesregierung ‚im Rahmen‘ bestehender Verträge für die Bundesrepublik Deutschland neue völkerrechtliche Rechte und Pflichten entstehen, sei es daß die Bundesregierung im Einvernehmen mit den Regierungen der anderen Vertragsparteien geltendes Vertragsrecht ‚authentisch auslegt‘, sei es daß unter ihrer Mitwirkung durch eine Anwendung des Vertrages, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht, eine Übung begründet wird, die für seinen Inhalt Bedeutung gewinnt (vgl. Art. 31 Abs. 3 Buchst. b) WVRK). Wäre Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG in diesem Zusammenhang anwendbar, so müßte die Bundesregierung bei jedem Schritt, der in der Abfolge des Ge-

²²³ *Kempfen*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Bonner Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 59 Rn. 50.

²²⁴ Vgl. dazu die Darstellung bei *Cremer*, Das Verhältnis von Gesetzgeber und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: eine kritische Bestandsaufnahme, in: *Geiger* (Hrsg.), Neuere Probleme der parlamentarischen Legitimation im Bereich der auswärtigen Gewalt, 2003, S. 11 ff.

²²⁵ BVerfGE 68, 1 ff.

²²⁶ Urteil vom 12. Juli 1994, BVerfGE 90, 286 ff.

²²⁷ BVerfGE 90, 286, 361.

²²⁸ BVerfGE 90, 286, 362.

schehens zu einem solchen Ergebnis führen kann, die Zustimmung des Gesetzgebers einholen.²²⁹

Diese Sicht der Dinge wurde zuletzt in dem Urteil des BVerfG zu dem neuen Strategischen Konzept der NATO vom 22. November 2001 bestätigt²³⁰. Das BVerfG führt insoweit aus:

„Die Konkretisierung des Vertrags, die Ausfüllung des mit ihm niedergelegten Integrationsprogramms ist Aufgabe der Bundesregierung. [...] Die der Bundesregierung insoweit anvertraute auswärtige Gewalt steht zwar nicht außerhalb parlamentarischer Kontrolle und unterliegt wie jede Ausübung öffentlicher Gewalt den Bindungen des Grundgesetzes. Jedoch würde eine erweiternde Auslegung von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG auf die Beteiligung der Bundesregierung an nichtförmlichen Fortentwicklungen der Vertragsgrundlage eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit nicht nur Rechtsunsicherheit hervorrufen und die Steuerungswirkung des Zustimmungsgesetzes in Frage stellen, sondern die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung ungerechtfertigt beschneiden und auf eine nicht funktionsgerechte Teilung der Staatsgewalt hinauslaufen.“²³¹

Gemessen an diesen Maßstäben spricht alles dafür, dass es im Falle des Aufenthaltsvertrages keiner Zustimmung des Bundestages bedurfte und das gewählte Verfahren des Notenwechsels daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass es vorliegend zu überhaupt keiner inhaltlichen Fortentwicklung, sondern lediglich zu einer Klarstellung hinsichtlich des zeitlichen Geltungsbereichs des Vertrages gekommen ist. Dieser Klarstellung hält sich aber im Rahmen der Ermächtigung, die der Gesetzgeber mit dem Zustimmungsgesetz zum Vertrag ausgesprochen hatte. Die einzige inhaltliche Neuerung besteht in der Aufnahme eines Kündigungsrechts mit zweijähriger Kündigungsfrist. Dies vermag aber allein schon deshalb keine Zustimmungspflicht auszulösen, weil nach herrschender Meinung im Schrifttum, die auch vom BVerfG geteilt wird, die Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrages durch die Bundesregierung keiner Zustimmung des Bundestages bedarf²³².

Nach alledem spricht viel dafür, dass der Aufenthaltsvertrag auch nach Abschluss des Zwei-plus-Vier-Vertrages weiterhin die völkervertragliche Rechtsgrundlage für die Stationierung atomarer Waffensysteme auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland darstellt.

²²⁹ BVerfGE 90, 286, 363 f.

²³⁰ BVerfGE 104, 151 ff.

²³¹ BVerfGE 104, 151, 207.

²³² Vgl. BVerfGE 68, 1, 83 f. unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Staatspraxis. Vgl. auch *Kempen*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Bonner Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 59 Rn. 61 m.w.N. auch für die Gegenauffassung.

C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Nuklearwaffen und Völkerrecht unter Berücksichtigung des Gutachtens des Internationalen Gerichtshofs vom 8. Juli 1996

1. Gutachten des IGH sind rechtlich nicht verbindlich. Für etwaige in Rheinland-Pfalz stationierte Nuklearwaffen ergeben sich daher aus dem Nuklearwaffen-Gutachten keine unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen. Gleichwohl haben Gutachten des IGH eine große Bedeutung für die Klärung völkerrechtlicher Fragestellungen. In diesem Sinne sind die nachfolgenden Feststellungen zu verstehen.
2. Auch auf der Grundlage des Nuklearwaffen-Gutachtens ist es weiterhin vertretbar, in bestimmten (Ausnahme-)Situationen von der Rechtmäßigkeit eines Einsatzes atomarer Waffen auszugehen. Dies gilt in jedem Fall mit Blick auf die vom IGH herausgearbeitete Situation der extremen Selbstverteidigung, in der das Überleben eines Staates auf dem Spiel steht. Auch in einer solchen Situation ist aber der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren, wobei Belange des Umweltschutzes mit zu berücksichtigen sind. Dabei dürfte es vertretbar sein, in derartigen Situationen nicht nur das Recht auf individuelle Selbstverteidigung, sondern auch das Recht auf kollektive Selbstverteidigung zur Geltung zu bringen. Geht es nicht um die Überlebenssicherung, sondern um sonstige Szenarien geringer Kollateralschäden, dürfte die Rechtmäßigkeit eines Atomwaffeneinsatzes auf der Grundlage des IGH-Gutachtens kaum noch zu vertreten sei. Offen bleibt, inwieweit ein atomarer Zweitschlag als Vergeltung für einen atomar geführten Angriff unter dem Gesichtspunkt der kriegsrechtlichen Repressalie zulässig wäre. Folgt man der wohl herrschenden Auffassung in der Lehre, die von der grundsätzlichen Handlungsfreiheit souveräner Staaten ausgeht, dann ist es mangels eines generellen Verbots atomarer Waffen zumindest vertretbar, von der Zulässigkeit des atomaren Zweitschlags auszugehen, wobei auch insoweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ist.
3. Ein Verbot der *Stationierung* von Atomwaffen lässt sich auf der Grundlage des Gutachtens des Gerichtshofs nicht begründen. Vielmehr belässt das Gutachten in dieser Frage den Nuklearmächten und ihren Verbündeten im Hinblick auf die sogenannte Strategie der Abschreckung einen erheblichen Ermessensspielraum. Insgesamt spricht alles dafür, mit der ganz herrschenden Lehre und in Anbetracht einer 60jährigen Praxis eines Teils der Staatenwelt davon auszugehen, dass die Stationierung atomarer Waffen im Rahmen einer Strategie der Abschreckung *per se* keinen Verstoß gegen Völkerrecht bedeutet.

II. Der Atomwaffenverzicht der Bundesrepublik Deutschland

1. Die Erklärungen der beiden deutschen Regierungen nach Artikel 3 Abs. 1 des Zwei-plus-Vier-Vertrages sind ohne rechtserzeugende Bedeutung. Für die rechtliche Beurteilung der Stationierung atomarer Waffen im Rahmen eines Konzepts der nuklearen Teilhabe kommt es daher prinzipiell auf den im Jahre 1954 erklärten einseitigen Verzicht der Bundesrepublik Deutschland auf Atomwaffen sowie den Nichtverbreitungsvertrag aus dem Jahre 1968 an.
2. Der 1954 erklärte Atomwaffenverzicht bezieht sich ausdrücklich nur auf die *Herstellung* solcher Waffen. Er regelt daher nicht die Frage der Stationierung im Rahmen eines Konzepts der nuklearen Teilhabe.
3. Aus deutscher Sicht steht das Verbot des Artikels II des Nichtverbreitungsvertrages nicht der Stationierung atomarer Waffen auf dem Gebiet der alten Bundesrepublik im Rahmen eines Konzepts der nuklearen Teilhabe entgegen, da diese keine unmittelbare oder mittelbare Annahme von Kernwaffen oder Verfügungsgewalt darüber einschließt. Zu einer verbotenen Annahme könnte es erst im Zuge bewaffneter Auseinandersetzungen kommen, wobei für diesen Fall die Regelungen des Nichtverbreitungsvertrages nicht mehr maßgebend wären. Es ist vertretbar, diese Auslegung des Nichtverbreitungsvertrages als authentische (allgemein verbindliche) Auslegung anzusehen. Dessen ungeachtet spricht aber viel dafür, dass die in Rede stehende Auslegung durch einen entsprechenden, bei Vertragsschluss eingelegten Vorbehalt gedeckt ist.

III. Aufenthaltsvertrag und Atomwaffen

1. Die Stationierung ausländischer atomarer Waffensysteme auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland richtet sich nach den Bestimmungen des Aufenthaltsvertrages.
2. Es spricht viel dafür, dass der Aufenthaltsvertrag auch nach Abschluss des Zwei-plus-Vier-Vertrages in Kraft bleibt. Insoweit dürfte es sich bei dem zwischen der Bundesregierung und den übrigen Regierungen der Vertragsstaaten erfolgten Notenwechsel um eine authentische (verbindliche) Auslegung des Artikels 3 Abs. 1 Aufenthaltsvertrag handeln. Dabei wird man unter Anlegung der Maßstäbe, wie sie das BVerfG entwickelt hat, nicht von einer Vertragsänderung ausgehen können, die einer Zustimmung des Bundestags gemäß Artikel 59 Abs. 2 Satz 1 GG bedurft hätte.