

# Berlin als völkerrechtliches Problem

Autor(en): **Riklin, Alois**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizer Monatshefte : Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur**

Band (Jahr): **46 (1966-1967)**

Heft 8

PDF erstellt am: **05.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-161903>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Berlin als völkerrechtliches Problem

ALOIS RIKLIN

Vor ziemlich genau dreihundert Jahren schrieb der berühmte Historiker und Jurist Samuel Freiherr von Pufendorf unter dem Pseudonym Severinus de Monzambano ein Buch über die Rechtslage Deutschlands mit dem Titel «De Statu Imperii Germanici». Das Werk konnte in Deutschland nicht gedruckt werden, erschien 1667 in Genf, wurde in Deutschland verboten und kam sogar auf den Index. Im siebten Kapitel dieses Werkes schreibt Pufendorf, daß Deutschland «monstro simile», einem Monstrum ähnlich sei.

Würde Pufendorf heute leben und ein Buch über die Rechtslage Deutschlands schreiben, so hätte er in der Tat auch heute allen Grund, Deutschland als «monstro simile» zu bezeichnen. Die Literatur darüber ist fast unübersehbar angeschwollen. Die Gelehrten streiten sich. Die widersprüchlichsten Theorien wurden entwickelt. Man lese etwa das jüngste größere Werk zur Rechtslage Deutschlands<sup>1</sup>: Da gibt es eine Untergangstheorie, eine Debellationstheorie, eine Kontinuitätstheorie, eine Dismembrationstheorie, eine Sezessionstheorie, eine Ein-Staat-Theorie, eine echte und eine unechte Zwei-Staaten-Theorie, eine Drei-Staaten-Theorie, eine Identitätstheorie, eine Teilidentitätstheorie, eine Kongruenztheorie, eine Äquivalenztheorie, eine Neustaats-Theorie, eine Irredentatheorie, zwei Dachtheorien, eine Staatskerntheorie, eine Kernstaatstheorie, eine Schrumpfstaatstheorie . . . All das segelt unter den würdigen Insignien der Wissenschaft, hat aber in Tat und Wahrheit recht häufig mit Wissenschaft so wenig gemein wie die politische Absicht, die dahinter steckt. Wer sich in das Gewirr des Meinungsstreits um die Rechtslage Deutschlands vertiefen will, der muß es — mehr als bei irgendeiner anderen Frage — mit kritischem Geiste tun.

Die folgende Untersuchung behandelt einen Ausschnitt des deutschen Problems, einen Ausschnitt freilich, der sich weder historisch, noch politisch, noch rechtlich fein säuberlich aus dem gesamtdeutschen Zusammenhang heraustrennen läßt. Trotz der nach Möglichkeit angestrebten Beschränkung des Themas auf die Rechtslage Berlins bietet der enge Rahmen eines Aufsatzes nicht den Raum für eine eingehende Begründung der vertretenen Ansichten. Zur Ergänzung sei deshalb verwiesen auf mein Buch über «Das Berlinproblem»<sup>2</sup>. Die hier vorgetragenen fünf Thesen sind im wesentlichen eine Zusammenfassung des völkerrechtlichen Teils dieses Buches.

## *Erste These*

*Die Rechtsgrundlage der Besetzung Berlins und Deutschlands nach dem Zweiten Weltkrieg ist weder eine Vereinbarung der Besatzungsmächte, noch die bedingungslose Kapitulation Deutschlands, sondern die occupatio bellica der Haager Landkriegsordnung.*

1. Ich spreche von der *Rechtsgrundlage der Besetzung* im Unterschied zur Rechtsgrundlage des Viermächtestatus. Die Rechtsgrundlage der Besetzung Berlins und Deutschlands ist die occupatio bellica. Die Rechtsgrundlagen des Viermächtestatus Berlins sind, insofern es sich um das Verhältnis zwischen Deutschland und den Besatzungsmächten handelt, die occupatio bellica, insofern es sich um das Verhältnis der Besatzungsmächte unter sich handelt, die Vereinbarungen der Besatzungsmächte.

2. *Rechtsgrundlage der Besetzung Berlins ist nicht eine Vereinbarung der Besatzungsmächte.* Diese These widerspricht dem sowjetischen Rechtsstandpunkt<sup>3</sup>. Nach sowjetischer Auffassung gründen die Besatzungsrechte in den Vereinbarungen der Besatzungsmächte, insbesondere im Potsdamer Abkommen. Diese Auffassung beruht auf einem Denkfehler. Besatzungsrechte sind doch zunächst Rechte des Okkupanten im Verhältnis zum Okkupierten. Die Vereinbarungen der Besatzungsmächte begründen kein Rechtsverhältnis zwischen den Okkupanten und dem Okkupierten, sondern lediglich ein Rechtsverhältnis der Okkupanten unter sich. Die Vereinbarungen der Besatzungsmächte begründen gegenseitige Rechte und Pflichten der Besatzungsmächte in bezug auf den Modus der Ausübung der Besatzungsrechte. Sie setzen die Existenz der Besatzungsrechte voraus. Besatzungsrechte gründen entweder auf einem Rechtstitel oder auf einem legitimen Gewaltakt, an den die Völkerrechtsordnung entsprechende Rechtsfolgen knüpft. Fehlt ein Rechtstitel oder ein Tatbestand, an den die Völkerrechtsordnung entsprechende Rechtsfolgen knüpft, so handelt es sich um eine rechtswidrige Besetzung.

3. *Rechtsgrundlage der Besetzung Berlins ist nicht die bedingungslose Kapitulation Deutschlands.* Diese These widerspricht dem Rechtsstandpunkt der Westmächte<sup>4</sup>. Die bedingungslose Kapitulation Deutschlands ist nicht Rechtsgrundlage, weil Deutschland nicht bedingungslos kapituliert hat. Bedingungslos kapituliert hat nur die deutsche Wehrmacht. Die Kapitulationsurkunde<sup>5</sup>, die am 7. Mai 1945 in Reims und am darauffolgenden Tag in Berlin unterzeichnet wurde, hat nach Form und Inhalt rein militärischen Charakter. Sie ist als «Act of military surrender» überschrieben. Sie wurde nicht von der deutschen Regierung, sondern vom Oberkommando der deutschen Wehrmacht unterzeichnet. Und sie enthält rein militärische Bestimmungen über die Übergabe der Streitkräfte, die Entwaffnung, die Einstellung der Kampfhandlungen usf.

Es handelt sich demnach um eine bedingungslose militärische, nicht politische Kapitulation. Die Europäische Beratungskommission hatte allerdings eine andere Kapitulationsurkunde ausgearbeitet, die von den Regierungen der USA, der Sowjetunion und Großbritanniens bereits im Jahre 1944 gebilligt und von den Regierungschefs auf der Jalta-Konferenz im Februar 1945 ergänzt und bestätigt worden war<sup>6</sup>. Diese Urkunde erstreckte die bedingungslose Kapitulation auf den politischen Bereich. Sie sollte nicht nur vom Oberkommando der deutschen Wehrmacht, sondern auch von der deutschen Regierung unterzeichnet werden. Der Zweck der Urkunde bestand darin, die Besatzungsmächte durch Zustimmung der deutschen Regierung von den dispositiven Schranken des im allgemeinen Völkerrecht verankerten kriegerischen Besatzungsrechts zu entbinden. Aber diese Urkunde kam nicht zur Verwendung. Wir wissen heute warum. Der amerikanische Diplomat Robert Murphy — damals politischer Berater bei SHAEF (Supreme Headquarters Allied Expeditionary Force) — gibt in seinen kürzlich erschienenen Memoiren die verblüffende Erklärung. Eisenhowers Stabschef, General Walter Bedell Smith, hatte im Trubel der sich überstürzenden Ereignisse die Existenz des Dokuments ganz einfach vergessen. Hören wir Murphy selbst: «Die Kapitulationszeremonie in Reims beschränkte sich ganz auf die Militärs; sobald aber die Formalitäten beendet waren, erhielt ich Zugang zu dem Text. Und da entdeckte ich, daß ein unbekanntes — das heißt mir unbekanntes — Dokument unterschrieben worden war. General Smith war erschöpft schlafen gegangen, aber ich rief ihn an und fragte, was aus dem von der Europäischen Beratungskommission gebilligten Text geworden sei. Zunächst konnte er sich nicht daran erinnern, irgendwelche Kapitulationsunterlagen von mir erhalten zu haben. «Aber entsinnen Sie sich denn nicht der großen blauen Mappe, von der ich Ihnen sagte, sie enthalte die von allen gebilligten Bedingungen?» Der Chef des Stabes, jetzt hellwach, warf sich in seine Uniform und raste ins Hauptquartier. Wir fanden die große blaue Mappe genau da, wo er sie in seinem persönlichen Geheimaktenschrank aufbewahrt hatte. Sekunden später kam ein dringendes Telegramm aus Washington, Moskau habe energisch dagegen protestiert, daß der Text, der gerade unterzeichnet worden war, nicht der von den Russen gebilligte Text der Europäischen Beratungskommission gewesen sei. Folgendes war passiert: Smith, durch tausend komplexe Dinge von höchster Wichtigkeit gehetzt, war einer seltenen Gedächtnisschwäche zum Opfer gefallen und hatte geglaubt, die Kommission habe niemals Kapitulationsbedingungen zugestimmt. Als nun die erste Nachricht aus dem Hauptquartier General Montgomerys einging, daß die Deutschen eventuell bereit wären, sich zu ergeben, handelte Smith nach eigenem Ermessen und befahl insgeheim drei Offizieren, einen Text für die Kapitulation auf der Basis der vorhandenen Unterlagen zusammenzustellen. Die Russen hatten als Verbindungsoffizier General Iwan Susloparow in das Hauptquartier Eisenhowers

entsandt, der, als Smith ihn bat, diese improvisierten Dokumente zu bestätigen, es auch zuvorkommenderweise sofort tat. Susloparow erklärte uns später, daß ihm seine Regierung niemals etwas von irgendwelchen anderen Bestimmungen gesagt habe, was zweifellos zutraf. Aber er wurde prompt nach Moskau zurückgerufen, nachdem er zugegeben hatte, er habe den von Smith eiligst aufgesetzten Text bestätigt<sup>7</sup>.» Das also ist der bis vor kurzem unbekannte Hintergrund der beiden Kapitulationsurkunden, um den sich die Historiker vergeblich den Kopf zerbrochen hatten. Durch die Absetzung und Verhaftung der Regierung Dönitz beraubten sich die Alliierten in der Folge selbst der Möglichkeit, die bedingungslose Kapitulation Deutschlands rechtswirksam nachzuholen, was die Siegermächte freilich nicht hinderte, sich so zu verhalten, als ob Deutschland bedingungslos kapitulierte hätte. Die militärische Kapitulationsurkunde blieb indessen die einzige partikuläre Rechtsquelle in bezug auf das Verhältnis zwischen den vier Mächten und Deutschland. Die Rechtsstellung der vier Mächte als Besatzungsmächte ist darin in keiner Weise geregelt. In Ermangelung einer Vereinbarung zwischen den vier Mächten und Deutschland über die Rechtsstellung der Besatzungsmächte waren die vier Mächte an die Schranken des allgemeinen Kriegsvölkerrechts, insbesondere an die Haager Landkriegsordnung gebunden.

4. *Rechtsgrundlage der Besetzung Berlins ist die occupatio bellica der Haager Landkriegsordnung.* Diese These setzt zweierlei voraus: erstens den Kriegszustand zwischen den Besatzungsmächten und Deutschland, zweitens die Anwendbarkeit der Haager Landkriegsordnung. Die Fortdauer des Kriegszustands schließt in sich, daß Deutschland als Völkerrechtssubjekt im Jahre 1945 nicht untergegangen ist. Denn mit dem rechtlichen Untergang des Kriegsgegners erlischt der Kriegszustand. Die Untergangstheorie wurde von der französischen Regierung, von einzelnen französischen und amerikanischen Völkerrechtlern und den meisten kommunistischen Völkerrechtlern vertreten. Die Mehrzahl der westdeutschen Juristen, aber auch die beiden führenden Schweizer Völkerrechtslehrer Guggenheim<sup>8</sup> und Bindschedler<sup>9</sup> unterstützten dagegen die Kontinuitätstheorie. Auch die Entscheide des Zürcher Obergerichts vom 1. Dezember 1945 und des schweizerischen Bundesgerichts vom 15. April 1946 anerkannten den Fortbestand des Deutschen Reiches. Abgesehen von den kommunistischen Autoren hat sich die Kontinuitätstheorie heute mehrheitlich durchgesetzt.

Die zweite Voraussetzung, die Anwendbarkeit der Haager Landkriegsordnung, wurde von allen Besatzungsmächten bestritten. Der überwiegende Teil der nichtdeutschen Juristen, die sich zu dieser Frage geäußert haben, versuchte den Standpunkt der Besatzungsmächte zu rechtfertigen. Die einen — es handelt sich vor allem um kommunistische Autoren — betrachteten die Haager Landkriegsordnung infolge der Fortentwicklung des Völkerrechts

(Kellog-Pakt) nicht mehr als gültige Quelle des kriegerischen Besatzungsrechts<sup>10</sup>. Die anderen — unter ihnen befinden sich auch Guggenheim und Bindschedler — hielten die Haager Landkriegsordnung zwar nach wie vor für eine gültige, jedoch nicht für die einzige Quelle des kriegerischen Besatzungsrechts. Man hat zur Begründung der Nichtanwendbarkeit der Landkriegsordnung eine Fülle verschiedener Arten der kriegerischen Besetzung zu konstruieren versucht: *occupatio sui generis*, *occupation fiduciaire*, *occupation administrative*, Interventionsbesetzung; man unterschied zwischen einer kriegerischen Besetzung während der Dauer der Kampfhandlungen und nach Beendigung der Kampfhandlungen usw. Allein schon der erfinderische Reichtum an neuen, vor 1945 unbekanntem Begriffen und Arten mahnt zur Skepsis. Möglich, daß ein neues Rechtsinstitut der Nachkriegsbesetzung im Entstehen begriffen ist. Doch der bloße Usus, der Einzelfall der Nachkriegsbesetzung Deutschlands genügt nicht zur Entstehung neuen Rechts. Vorerst ist mit Berber<sup>11</sup> und Verdroß<sup>12</sup> festzuhalten: Es gibt nur zwei Arten der rechtmäßigen kriegerischen Besetzung, das aufgrund der Haager Landkriegsordnung bestehende normale Besatzungsrecht des allgemeinen Völkerrechts und das aufgrund einer partikulären Vereinbarung zwischen Gebietsherrn und Okkupant beruhende Besatzungsrecht. Die einzige partikuläre Rechtsquelle für das Verhältnis zwischen den Besatzungsmächten und Deutschland ist, wie wir bereits festgestellt haben, die Kapitulationsurkunde. Darin ist das Besatzungsrecht nicht geregelt. Folglich war die Haager Landkriegsordnung anwendbar. Wenn die Besatzungsmächte die Schranken der Haager Landkriegsordnung ohne zwingenden Grund und trotz Erfüllungsmöglichkeit überschritten haben, so verletzen sie ihre völkerrechtlichen Pflichten.

5. Damit ist der Weg freigelegt, um abschließend zur ersten These auf die *Rechtsnatur der occupatio bellica* kurz einzugehen, so wie sie im dritten Abschnitt der Anlage zur «Convention concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre» vom 18. Oktober 1907 geregelt ist. Das Wesensmerkmal der *occupatio bellica* besteht in der Effektivität der Herrschaft. Ein Gebiet gilt als besetzt «lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie» (Art. 42). Die *occupatio bellica* beruht also nicht auf einem Rechtstitel, sondern auf einem einseitigen Akt kriegerischer Gewalt. Der Tatbestand der *occupatio bellica* begründet ein Rechtsverhältnis zwischen der Besatzungsmacht und der Bevölkerung des besetzten Gebietes. Der Okkupant ist berechtigt, die Gebietshoheit, das heißt die rechtssetzende, vollziehende und richterliche Gewalt im besetzten Gebiet — innerhalb bestimmter Schranken — auszuüben. Er ist verpflichtet, die öffentliche Ordnung wieder herzustellen und aufrechtzuerhalten, und zwar, soweit kein zwingendes Hindernis besteht, unter Beachtung der Landesgesetze. Er verfügt nicht über die territoriale Souveränität. Das besetzte Gebiet ist für ihn Ausland. Die Staatsgewalt des

besetzten Staates geht nicht unter. Sie wird jedoch von der Staatsgewalt des Okkupanten — innerhalb bestimmter Schranken — überlagert und zurückgedrängt. Die Handlungsfähigkeit des besetzten Staates, jedoch nicht seine Rechtsfähigkeit wird — innerhalb bestimmter Schranken — suspendiert. Die Landesbevölkerung behält die bisherige Staatsangehörigkeit. Der Tatbestand der occupatio bellica begründet eine vorläufige Herrschaft des Okkupanten bis zur Entscheidung über das endgültige Schicksal des besetzten Gebietes. Die occupatio bellica ist deshalb ihrem Wesen nach eine vorübergehende Erscheinung.

Die occupatio bellica ist demnach zu definieren als eine «vorübergehende, nicht auf einem Rechtstitel, sondern auf einem Akt kriegerischer Gewalt beruhende Besetzung mit durch Normen des Kriegsvölkerrechts beschränkter Ausübung der Gebietshoheit»<sup>13</sup> über fremdes Staatsgebiet.

### *Zweite These*

*Der Viermächtestatus Berlins ist gemäß den Viermächtevereinbarungen und der Praxis während der Anfangszeit der Besetzung definierbar als ein durch die Normen des Kriegsvölkerrechts beschränktes Koimperium der vier Mächte mit gesamthänderischer Ausübung der Gebietshoheit über deutsches Staatsgebiet.*

1. *Der Viermächtestatus ist definierbar als Koimperium der vier Mächte über deutsches Staatsgebiet.* Koimperium ist zu unterscheiden von Kondominium. Kondominium bedeutet die Gebietshoheit mehrerer Staaten über eigenes Gebiet, Koimperium dagegen die Gebietshoheit mehrerer Staaten über fremdes Gebiet. Oder anders ausgedrückt: Kondominium bedeutet Gebietshoheit plus territoriale Souveränität, Koimperium dagegen Gebietshoheit ohne territoriale Souveränität. Dabei ist die territoriale Souveränität zu verstehen als Verfügungsrecht, analog dem privatrechtlichen Eigentumsbegriff, Gebietshoheit dagegen als Herrschaft, analog dem privatrechtlichen Besitz. Die Begriffe territoriale Souveränität und Gebietshoheit, Kondominium und Koimperium werden, wie Verdross feststellt, in der Literatur häufig verwechselt. Andererseits ist die Unterscheidung nicht allgemein anerkannt. Anerkannt wird sie vor allem von Verdross<sup>14</sup>, Bindschedler<sup>15</sup>, Menzel<sup>16</sup>, von der Heydte<sup>17</sup>, Delbez<sup>18</sup>, im Zusammenhang mit der Berlinfrage auch von Schüle<sup>19</sup> und Mampel<sup>20</sup>. Auch die schweizerische Völkerrechtspraxis steht ihr positiv gegenüber (Bericht des Bundesrates vom 30. April 1952<sup>21</sup>).

Die Besatzungsmächte besaßen in Deutschland und besitzen in Berlin lediglich Gebietshoheit, ohne über die territoriale Souveränität zu verfügen. Sie wollten Deutschland im Jahre 1945 weder annektieren noch dismembrieren, das heißt in mehrere Staaten aufteilen. Ausdrücklich stellten sie in der

Erklärung vom 5. Juni 1945<sup>22</sup> fest, daß die Übernahme der obersten Gewalt — das heißt der Gebietshoheit — nicht die Annexion Deutschlands bewirke. Das besetzte Gebiet blieb deutsches Staatsgebiet. Die Bevölkerung behielt die deutsche Staatsangehörigkeit. Der Plan der Aufteilung Deutschlands in mehrere Staaten, dem die Regierungschefs der drei Mächte in Jalta grundsätzlich zugestimmt hatten, war spätestens am Ende der Potsdamer Konferenz aufgegeben (abgesehen von Frankreich, das in Jalta und Potsdam nicht vertreten war). Dem Potsdamer Abkommen liegt die territoriale, bevölkerungsmäßige, wirtschaftliche, politische und rechtliche Einheit Deutschlands zugrunde. Die Einteilung Deutschlands in Besatzungszonen bedeutete nicht die Aufspaltung der territorialen Souveränität, sondern lediglich die Abgrenzung der Besetzungsgebiete und zum Teil die Aufspaltung der Gebietshoheit — Aufspaltung der Gebietshoheit insofern, als nicht Deutschland als Ganzes betreffende Angelegenheiten in Frage standen.

2. *Der Viermächtestatus Berlins ist definierbar als Koimperium mit gesamthänderischer Ausübung der Gebietshoheit.* Gesamthandschaft bedeutet das gleiche Recht aller auf das Ganze, gesamthänderische Ausübung der Gebietshoheit also die Gleichberechtigung aller vier Mächte in bezug auf die ungeteilte Gebietshoheit über ganz Berlin. Diese These widerspricht dem sowjetischen Rechtsstandpunkt. Nach Auffassung der sowjetischen Regierung war ganz Berlin aufgrund der Viermächtevereinbarungen ein Teil der sowjetischen Besatzungszone. In Ergänzung der Argumentation der Sowjetregierung fügen die Regierung der DDR, aber auch sowjetische Völkerrechtler wie zum Beispiel Tunkin hinzu, daß gemäß den Viermächtevereinbarungen allein der sowjetischen Besatzungsmacht die Gebietshoheit über Berlin zukomme, während die Rechte der westlichen Besatzungsmächte auf die Mitwirkung bei der Besetzung und Verwaltung Berlins beschränkt seien<sup>23</sup>. Was ist davon zu halten?

Ziffer 1 des Londoner Protokolls über die Besatzungszonen in Deutschland und die Verwaltung von Groß-Berlin vom 11. September 1944<sup>24</sup> (in der revidierten Fassung vom 26. Juli 1945) lautet:

“Germany, within her frontiers as they were on the 31st December, 1937, will, for the purposes of occupation, be divided into four zones, one of which will be allotted to each of the four Powers, and a special Berlin area, which will be under joint occupation by the four Powers.”

Deutschland wurde also in vier Zonen *und* ein Sondergebiet Berlin eingeteilt. Dies wird auch in Ziffer 2 des gleichen Abkommens bestätigt. Und es wird außerdem bestätigt durch die Karte, die dem Text des Londoner Protokolls beiliegt. Auf dieser Karte sind die verschiedenen Besetzungsgebiete durch eine rote Markierung voneinander abgegrenzt. Die Legende erklärt die rote Markierung als Zonengrenzen (Boundaries-Zones). Nun ist aber ganz Berlin — entsprechend den vier Besatzungszonen — von dieser roten Markie-

zung umrandet. Das heißt doch, daß die rote Markierung die sowjetische Besatzungszone begrenzt und Berlin als selbständiges Sondergebiet von der Sowjetzone scheidet. Im Gegensatz zum sowjetischen Rechtsstandpunkt ergibt sich demnach sowohl aus dem Text als auch aus der Kartenbeilage des Londoner Protokolls, daß Deutschland in fünf Besatzungsgebiete eingeteilt wurde, nämlich in vier Zonen und ein Sondergebiet Berlin. Diese Auslegung des Abkommens wird im übrigen auch durch die Praxis während der Anfangszeit der Besetzung Berlins bestätigt.

Nun zum andern Einwand gegen die These der Gleichberechtigung der vier Mächte in Berlin. Er wird abgestützt auf das Londoner Abkommen über Kontrollorgane in Deutschland vom 14. November 1944<sup>25</sup>. In Art. 1 dieses Abkommens heißt es, daß die «supreme authority» (Gebietshoheit) von den vier Zonenbefehlshabern je einzeln im Bereich der entsprechenden Zonen und gemeinsam in den Deutschland als Ganzes betreffenden Fragen ausgeübt wird. Demgegenüber bestimmt Art. 7 in bezug auf Berlin, daß die Alliierte Kommandantur für die Leitung der Verwaltung («to direct jointly the administration») des Gebiets von Groß-Berlin zuständig sei und unter der allgemeinen Leitung des Kontrollrats tätig werde («will operate under the general direction of the Control Council»). Aus dieser unterschiedlichen Formulierung — Ausübung der «obersten Gewalt» durch die Zonenbefehlshaber, Leitung der «Verwaltung» durch die Kommandantur und den Kontrollrat in Berlin — wird von kommunistischer Seite der Schluß gezogen, die westlichen Besatzungsmächte hätten aufgrund des Abkommens über Kontrollorgane nur ein Mitwirkungsrecht bei der Besetzung und Verwaltung Berlins, während die oberste Gewalt über Berlin allein dem sowjetischen Zonenbefehlshaber zukomme, da ja ganz Berlin gemäß Londoner Protokoll vom 11. September 1944 zum Gebietsbestand der sowjetischen Besatzungszone gehöre. Dieser Argumentation ist schon deshalb die Grundlage entzogen, weil Berlin, wie wir bereits festgestellt haben, nicht zur Sowjetzone gehört. Sie widerspricht aber darüber hinaus dem Abkommen über Kontrollorgane selbst. Denn in Art. 3 des Abkommens wird der Kontrollrat als «höchstes Kontrollorgan» in Deutschland bezeichnet. Ferner wird festgelegt, daß der Kontrollrat «die Verwaltung Berlins mit Hilfe der hierzu bestellten Organe zu leiten» habe. Wenn nun der sowjetische Zonenbefehlshaber die oberste Gewalt über Berlin besessen hätte, so wäre ihm folglich nicht nur die Alliierte Kommandantur, sondern auch der Alliierte Kontrollrat untergeordnet gewesen. Das aber widerspricht dem Abkommen, das den Kontrollrat als oberstes Kontrollorgan in Deutschland bezeichnet. Der Begriff «Verwaltung» ist hier offenbar nicht im engen Sinne zu verstehen, sondern im gleichen Sinne, wie ihn die Sowjetregierung verstand, wenn sie das Organ, das in der sowjetischen Besatzungszone die oberste Gewalt ausübte, offiziell «Sowjetische Militärverwaltung» nannte. Diese Auslegung des Londoner Abkommens über

Kontrollorgane wird auch durch die Praxis während der Anfangszeit der Besetzung Berlins bestätigt. Eine Analyse der Erlasse des Kontrollrats, der Kommandantur und des sowjetischen Zonenbefehlshabers im Zeitraum 11. Juli 1945 bis 31. Dezember 1947 führt zum Ergebnis, daß die Kommandantur den Zonenbefehlshabern weitgehend gleichgestellt war, daß die Kommandantur selbständig oberste Gewalt, Gebietshoheit über Berlin ausübte und daß der sowjetische Zonenbefehlshaber keine Gebietshoheit über Berlin ausübte oder beanspruchte.

### *Dritte These*

*Berlin ist zwar heute nach wie vor deutsches Gebiet, aber weder ganz Berlin noch ein Teil Berlins gehört zum Gebietsbestand der Bundesrepublik oder der DDR.*

1. *Weder ganz Berlin noch Westberlin gehört zum Gebietsbestand der Bundesrepublik.* Diese These widerspricht dem Rechtsstandpunkt der Bundesrepublik. Das westdeutsche Bundesverfassungsgericht<sup>26</sup> und einige westdeutsche Juristen — darunter insbesondere Draht<sup>27</sup> und Kreutzer<sup>28</sup> — berufen sich auf Art. 23 des Grundgesetzes, nach dessen Wortlaut sich der Geltungsbereich des Grundgesetzes auch auf Groß-Berlin erstreckt. Gegen diesen Artikel haben die westlichen Militärgouverneure in ihrem Genehmigungsschreiben vom 12. Mai 1949<sup>29</sup> Vorbehalte geltend gemacht. Von westdeutscher Seite werden diese Vorbehalte in dem Sinne interpretiert, daß es sich nur um Partialvorbehalte handle, welche die prinzipielle Mitgliedschaft Berlins im Bunde nicht berühren würden. Berlin sei kraft deutschen Rechts ein Land der Bundesrepublik. Die besatzungsrechtlichen Vorbehalte beschränkten sich erstens auf die Verweigerung des Plenarstimmrechts für die Berliner Vertreter im Bundestag und Bundesrat, sowie zweitens auf das Verbot der Ausübung gesetzgebender, vollziehender und rechtsprechender Bundesgewalt, das heißt das Verbot der Ausübung der Gebietshoheit über Berlin. Die Westmächte selbst haben ihre Vorbehalte jedoch immer in dem Sinne ausgelegt, daß sie der Eingliederung Berlins in die Bundesrepublik nicht zugestimmt hätten. Eine isolierte Betrachtung allein des Genehmigungsschreibens vom 12. Mai 1949 kann nicht zum Ziele führen. Es muß in den historischen Zusammenhang hineingestellt und in Zusammenhang mit den früher geltend gemachten Vorbehalten ausgelegt werden. Durch diese früheren Vorbehalte wurde dem Parlamentarischen Rat die Ermächtigung zur Eingliederung Berlins in den Bund ausdrücklich versagt. Berücksichtigt man diesen historischen Hintergrund, so ist es absurd, in dem Genehmigungsschreiben vom 12. Mai eine stillschweigende Zustimmung der Militärgouverneure zur Eingliederung Berlins oder Westberlins in den Bund zu erblicken, nachdem die Militärgouver-

neure noch wenige Tage zuvor, dazu aufgrund einer unmißverständlichen Instruktion der Washingtoner Außenministerkonferenz, die Zustimmung ausdrücklich verweigert hatten<sup>30</sup>. Die These, die Westmächte hätten bei der Genehmigung des Grundgesetzes der Eingliederung Berlins in die Bundesrepublik zugestimmt beziehungsweise nicht widersprochen, ist mit einer sinn-gemäßen, den historischen Hintergrund berücksichtigenden Auslegung unvereinbar<sup>31</sup>. Sie widerspricht aber im übrigen nicht nur dem Selbstverständnis der Verfasser des Genehmigungsschreibens; sowohl die Bundesregierung<sup>32</sup> als auch die Westberliner Stadtverordnetenversammlung<sup>33</sup> haben die Vorbehalte im Jahre 1949 im Sinne der Nichteingliederung Berlins in den Bund verstanden. Art. 23 des Grundgesetzes ist, soweit Berlin betroffen ist, suspendiert und bis heute nicht in Kraft getreten. Die Westmächte haben nach der Gründung der Bundesrepublik ihre Vorbehalte gegen die Einbeziehung Berlins in den Bund aufrechterhalten. Sie haben diese Vorbehalte insbesondere bei der Genehmigung der Westberliner Verfassung im Jahre 1950 und bei der Aufhebung des Besatzungsregimes in der Bundesrepublik im Jahre 1954 erneut geltend gemacht. Die Westmächte sind bis heute der Auffassung, daß Berlin nicht zum Gebietsbestand der Bundesrepublik gehört. Wenn sie nach 1949 in zunehmendem Maße zuließen, daß Westberlin de facto weitgehend so behandelt wird, als ob es ein Land der Bundesrepublik wäre, wenn Westberlin fast das gesamte Bundesrecht übernommen hat, nach außen von der Bundesregierung vertreten und in den Geltungsbereich internationaler Verträge der Bundesrepublik einbezogen wird, so haben die Westmächte doch ihre Rechte und Pflichten als Teilhaber der Gebietshoheit über Berlin grundsätzlich beibehalten. Sie haben einen Teil ihrer Rechte und Pflichten delegiert, nicht abgetreten, auf Widerruf delegiert und vorbehaltlich des Einspruchsrechts für jeden Einzelfall. Freilich ist auch die Haltung der Westmächte nicht frei von Widersprüchen. Wenn beispielsweise Organe des Bundes in Westberlin ihren Sitz haben oder in Westberlin tagen, wenn also Bundesgewalt ausgeübt wird, zwar nicht über Westberlin, aber von Westberlin aus, das heißt von einem außerhalb der Bundesrepublik liegenden Territorium aus, so ist dies doch wohl mit dem Viermächtestatus kaum vereinbar. Es wäre konsequenter, die Unvereinbarkeit mit dem Viermächtestatus zuzugeben und diesen Zustand als widerrufbare Repressalie gegen die viel tiefer greifende Integrierung Ostberlins in die DDR zu rechtfertigen, statt den Viermächtestatus in extensiver Auslegung auszuhöhlen.

2. *Weder ganz Berlin noch Ostberlin gehört zum Gebietsbestand der DDR.* Diese These widerspricht dem Rechtsstandpunkt der DDR und der Sowjetunion. Obwohl die Organe der DDR seit 1949 ihren Sitz in Ostberlin haben, bestand von seiten der Sowjetunion anlässlich der Gründung der DDR offensichtlich nicht die Absicht, ganz Berlin oder Ostberlin der DDR anzugliedern. Ost-

berlin wurde in den ersten Jahren nach der Gründung der DDR nicht als Teil der DDR behandelt. Die Verfassung der DDR galt nicht für Ostberlin. Berlin wurde als Hauptstadt Deutschlands, nicht als Hauptstadt der DDR betrachtet. Der DDR wurde nicht gestattet, Gebietshoheit über Berlin auszuüben. Erst ab 1955 verhielt sich die Sowjetunion immer häufiger so, als ob Ostberlin zum Hoheitsbereich der DDR gehören würde. Die Sowjetunion hat Berlin wohl zum ersten Mal erst im Jahre 1958 als Hauptstadt der DDR bezeichnet. Die These, daß Ostberlin, ja ganz Berlin de jure zum Gebietsbestand der DDR gehöre, wurde erstmals und sozusagen «rückwirkend» auf das Jahr 1949 im Zusammenhang mit der Auslösung der zweiten Berlinkrise im Jahre 1958 aufgestellt. Formal ist Ostberlin jedoch bis heute nicht vollständig in die DDR integriert. Die Ostberliner Abgeordneten haben in der Volkskammer nur beratende Funktion. Sie werden nicht in direkter Volkswahl gewählt. Und die Gesetze und Verordnungen der DDR werden von Ostberlin kraft eines legislativen Akts der Stadtverordnetenversammlung oder des Magistrats übernommen.

Die faktische Eingliederung Ostberlins in die DDR ist rechtswidrig. Ein widerrechtlicher Zustand wird nicht dadurch rechtmäßig, daß er faktisch besteht — mindestens solange nicht, als die Berechtigten auf der Erfüllung der Verträge und auf der Restituierung des Rechtszustandes bestehen.

#### *Vierte These*

*Die Zugangsrechte der Westmächte nach Berlin sind als internationale Verkehrs-servitute gemeinrechtlich, vertragsrechtlich und gewohnheitsrechtlich genügend begründet und gestatten den Westmächten, die Verbindungen zwischen Berlin und der Bundesrepublik in einer bestimmten und angemessenen Weise zu benützen, solange sie in Berlin Besatzungsrechte besitzen.*

1. *Die Zugangsrechte der Westmächte sind als völkerrechtliche Servitute zu qualifizieren.* Der Ausdruck «völkerrechtliche Servitute» zur Bezeichnung einzelner, örtlicher Hoheitsrechte auf fremdem Gebiet ist zwar umstritten, wird aber in der internationalen Rechtsprechung und in der Doktrin überwiegend anerkannt. Zweifellos hinkt die Analogie zum Servitut des römischen Zivilrechts, weil eine Verwechslung von Eigentum und Souveränität naheliegt. Auch das Merkmal der Dauer paßt nicht für die beschränkten Gebietsrechte des Völkerrechts. Die Analogie stimmt aber insofern, als die internationalen Gebietsrechte am Raum haftende, dingliche, absolute, radizierte Rechte sind (*iura in rem*), die erga omnes und gegenüber dem jeweiligen Gebietsherrn, also auch — im Falle der Staatensukzession — gegenüber dem Rechtsnachfolger gelten<sup>34</sup>.

2. *Die Zugangsrechte der Westmächte sind gemeinrechtlich begründet*, erstens aufgrund der occupatio bellica, indem Staaten, die zur Besetzung fremden Territoriums berechtigt sind, zweifellos auch das Recht haben, die rückwärtigen Verbindungslinien der Besatzungstruppen im Gebiet des besiegten Staates zu sichern<sup>35</sup> — zweitens aufgrund des Notwegrechts, das als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im Völkerrecht Anerkennung verdient<sup>36</sup>.

*Die Zugangsrechte der Westmächte sind vertragsrechtlich begründet*. Obwohl die grundlegenden Abkommen der Besatzungsmächte über Deutschland und Berlin das Zugangsrecht der Westmächte nicht explizite erwähnen, ergibt sich dieses Recht doch implizite aus diesen Abkommen. Denn der teleologische Auslegungsgrundsatz, der den Schluß vom Zweck auf das Mittel erlaubt, hat auch im Völkerrecht zu gelten. Vertragszweck des Abkommens über die Besatzungszonen ist die Festlegung der Besatzungsgebiete. Indem die Sowjetunion in diesem Abkommen das Recht der Westmächte zur Stationierung von Besatzungstruppen in Berlin anerkannte, hat sie sich zugleich vertraglich verpflichtet, das Zugangsrecht der Westmächte als unerläßliches Mittel zur Wahrnehmung des Besatzungsrechts zu achten. Abgesehen davon wurde das Zugangsrecht der Westmächte in zahlreichen Verwaltungsabkommen der Besatzungsmächte ausdrücklich bestätigt. Die wichtigsten Vereinbarungen sind die folgenden:

- der Telegrammwechsel zwischen Truman und Stalin sowie Churchill und Stalin im Juni 1945<sup>37</sup>;
- die mündlichen Vereinbarungen zwischen Marschall Schukow, General Clay und General Weeks vom 29. Juni 1945<sup>38</sup>;
- das Luftkorridor-Abkommen vom 30. November 1945<sup>39</sup>;
- das Abkommen über Flugvorschriften vom 22. Oktober 1946<sup>40</sup>;
- das New Yorker Abkommen vom 4. Mai 1949<sup>41</sup> und
- das Pariser Abkommen vom 20. Juni 1949<sup>42</sup>.

*Die Zugangsrechte der Westmächte sind darüber hinaus auch gewohnheitsrechtlich begründet*. Die Sowjetunion hat der von den Westmächten geltend gemachten Rechtsauffassung, daß das Zugangsrecht notwendigerweise mit dem Besatzungsrecht verbunden sei, während zwanzig Jahren nie widersprochen. Die Westmächte haben ihr Zugangsrecht während einer zwanzigjährigen Praxis unangefochten wahrgenommen. Die teilweise Unterbrechung während der Blockade hat die Sowjetunion mit «technischen Schwierigkeiten» und als «Maßnahmen zum Schutz der Währung und Ordnung in der Sowjetischen Besatzungszone» zu rechtfertigen versucht; das Zugangsrecht als solches hat sie jedoch nicht angefochten. Entsprechendes gilt von den zahlreichen kurzfristigen Zwischenfällen. Die Sowjetunion hat während beider Berlinkrisen (1948/49, 1958/62) das Zugangsrecht nur indirekt in Frage gestellt, indem sie das Besatzungsrecht bestritt. Die Meinungsverschiedenheiten zwischen den

Westmächten und der Sowjetunion drehten sich immer nur um den Modus, den Umfang und die Beendigung der Zugangsrechte, nicht um das Prinzip eines mit dem Besatzungsrecht eo ipso verbundenen Verkehrsrechts.

3. *Die Westmächte haben das Recht, die Verbindungen zwischen Berlin und der Bundesrepublik in einer bestimmten und angemessenen Weise zu benützen.* Sie sind berechtigt, auf bestimmten Straßen und Eisenbahnlinien und in bestimmten Luftkorridoren zwischen Berlin und den ehemaligen Westzonen zu verkehren. Dieser Verkehr unterliegt keiner Beschränkung hinsichtlich des Umfangs und der Art der zu befördernden Personen und Güter. Der alliierte Personen- und Güterverkehr ist von keiner Genehmigung oder Kontrolle abhängig. Die Sowjetunion ist verpflichtet, den ungehinderten Verkehr in diesem Rahmen zu gewährleisten.

4. *Die Zugangsrechte der Westmächte bestehen solange, als die Westmächte in Berlin Besatzungsrechte besitzen.* Die Zugangsrechte sind nicht abhängig von der Existenz des Viermächtestatus Berlins und der Weitergeltung der Viermächtevereinbarungen über Berlin, wohl aber von der Existenz der Besatzungsrechte. Die Zugangsrechte der Westmächte nach Berlin sind auflösend bedingt durch den Untergang der Besatzungsrechte. Vergangene oder zukünftige Vereinbarungen zwischen der Sowjetunion und der DDR können die Verkehrsrechte der Westmächte nicht beeinträchtigen. Wenn die Sowjetunion in Mißachtung gültiger Verwaltungsabkommen ihre Pflicht zur Gewährleistung des Verkehrs der Westmächte nicht einhält, so werden davon die Zugangsrechte der Westmächte als iura in re alieno, als am Raum haftende, absolute Rechte nicht berührt. Selbst wenn die DDR ein Staat wäre oder würde, so bleibt sie als Teilsukzessor des Deutschen Reiches mit den durch die occupatio bellica begründeten Verkehrsservituten der Westmächte belastet.

#### *Fünfte These*

*Der Viermächtestatus Berlins ist auflösend bedingt durch den Untergang der Besatzungsrechte, aber nicht umgekehrt. Die Besatzungsrechte sind indessen nicht untergegangen.*

1. *Die Besatzungsrechte existieren unabhängig von der Existenz des Viermächtestatus.* Denn der Viermächtestatus Berlins beruht auf Vereinbarungen der Besatzungsmächte, welche die Besatzungsrechte voraussetzen. Die Besatzungsrechte jedoch beruhen auf dem Tatbestand der occupatio bellica. Entstehung und Untergang der Besatzungsrechte sind vom Inkrafttreten und Außerkrafttreten der Viermächtevereinbarungen unabhängig. Selbst wenn also die Vereinbarungen der Besatzungsmächte über den Viermächtestatus Berlins wegen

Zeitablauf, Vertragsverletzung oder wesentlicher Veränderung der Umstände ungültig wären, wie die Sowjetregierung behauptet, so wären die Besatzungsrechte der einzelnen Besatzungsmächte deswegen nicht untergegangen. Der Untergang der Besatzungsrechte ist einzig und allein an den Tatbestand der *occupatio bellica* gebunden.

2. *Die Besatzungsrechte sind nicht untergegangen.* Das Ende der *occupatio bellica* ist, ebenso wie deren Entstehung, an die Effektivität der Herrschaft und an die Existenz bestimmter Wirkungen des Kriegszustandes gebunden. Niemand zweifelt daran, daß die Westmächte tatsächlich die Herrschaft über Westberlin ausüben. Die Westmächte haben zwar im Jahre 1955 die Besetzung der Bundesrepublik aufgegeben. Die Anwesenheit westlicher Truppen in der Bundesrepublik beruht seither nicht mehr auf dem Tatbestand der *occupatio bellica*, sondern auf einem vertraglichen Rechtstitel. Von dieser Regelung blieb aber Westberlin ausgenommen. Die Westmächte haben sich ihre Rechte hinsichtlich der Besetzung Berlins ausdrücklich vorbehalten. Schwieriger und umstritten ist dagegen die Frage, ob Ostberlin noch heute unter sowjetischer Herrschaft steht. Als die Sowjetunion im Jahre 1955 die Besetzung im Bereich der DDR aufhob, hat sie in keiner Weise zu erkennen gegeben, daß sie hiermit auch die Besetzung Ostberlins aufheben wolle. Seit 1958 macht die Sowjetunion geltend, daß nur noch in Westberlin ein Besatzungsregime herrsche. Immerhin gibt es auch heute noch Indizien genug, die den Schluß nahelegen, daß die Sowjetunion effektiv die Herrschaft über Ostberlin ausübt.

Das Ende der *occupatio bellica* ist an das Fortbestehen des Kriegszustandes oder doch mindestens bestimmter Nachwirkungen des Kriegszustandes gebunden. Besteht der Kriegszustand heute noch? Die traditionelle Völkerrechtslehre unterscheidet drei Arten der Beendigung des Kriegszustandes: erstens den Untergang des Kriegsgegners, zweitens den Abschluß eines Friedensvertrages, drittens die faktische Wiederaufnahme friedlicher Beziehungen. Deutschland ist nicht untergegangen. Ein Friedensvertrag wurde bisher nicht abgeschlossen. Hingegen wurden faktisch, wenn auch unter Vorbehalten, zwischen der Bundesrepublik und den vier Mächten einerseits, der DDR und der Sowjetunion andererseits friedliche Beziehungen aufgenommen. Die Vorbehalte betreffen gesamtdeutsche Fragen. Die Westmächte haben sich zudem ausdrücklich ihre Rechte hinsichtlich Berlins vorbehalten. Die Folge dieser faktischen Wiederaufnahme friedlicher Beziehungen unter Vorbehalten ist, daß die Beziehungen zwischen den vier Mächten und Deutschland teils unter friedensrechtlichen, teils — gesamtdeutsche Fragen, Berlin — unter kriegsrechtlichen Vorzeichen zu beurteilen sind.

Nun haben aber die drei Westmächte bereits im Jahre 1951 und die Sowjetunion im Jahre 1955 den Kriegszustand mit Deutschland als beendet erklärt. Im Gegensatz zur französischen Regierung, welche die Wirkungen des De-

krets von 1951 auf den innerstaatlichen Bereich beschränkt sah (Feindvermögen, Feindstatus deutscher Bürger in Frankreich) — nach französischer Auffassung ist ja Deutschland 1945 untergegangen und ist demzufolge der Kriegszustand seit 1945 beendet —, bewirkten nach Auffassung der anderen Besatzungsmächte die Erklärungen von 1951 beziehungsweise 1955, abgesehen von den landesrechtlichen Konsequenzen, auch auf internationaler Ebene die Beendigung des Kriegszustandes. Eine einseitige Erklärung genügt indessen nicht zur völkerrechtlichen Beendigung des Kriegszustandes. Auch der besiegte Staat muß seine Zustimmung kundtun. In dem gründlichen Werk von Hermann Mosler und Karl Doehring über «Die Beendigung des Kriegszustands mit Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg»<sup>43</sup> wird anerkannt, daß der Wille nur einer Partei zur Beendigung des Kriegszustands nicht genügt, andererseits aber festgestellt, daß man angesichts der Machtsituation, die auch für die rechtlichen Wirkungen von Bedeutung sei, an die Willensäußerung des Besiegten nicht so strenge Anforderungen zu stellen brauche wie an diejenige des Siegers. Schlüssiges Verhalten des Besiegten genüge. Im Fall Deutschland sei die Zustimmung den Besiegten zur Beendigung des Kriegszustandes genügend kundgetan worden. Sind demzufolge alle Wirkungen des Kriegszustandes beseitigt worden? Zur Klärung dieser Frage ist eine andere Erkenntnis des genannten Werkes wichtig, nämlich die, daß die Rechtswirkungen des völkerrechtlichen Status «Kriegszustand» keinen einheitlichen Normenkomplex darstellen, der bis zur endgültigen Beendigung des Kriegszustandes fortbesteht. Die Staatenpraxis zeigt vielmehr die Möglichkeit der teilweisen und phasenweisen Beseitigung der Wirkungen des Kriegszustandes. So wurden im Fall Deutschland durch den Waffenstillstand vom 8. Mai 1945 bereits diejenigen Normen des Rechtsinstituts Kriegszustand, welche die bewaffnete Auseinandersetzung betreffen, endgültig außer Kraft gesetzt; der Kriegszustand wurde hinsichtlich der Kampfhandlungen beendet. In der Folge ist ein stufenweiser Abbau der übrigen Wirkungen des Kriegszustandes festzustellen. In den Schlußthesen hält Mosler fest: «Die Beendigung des Kriegszustands bewirkt das volle Wiederaufleben des Friedensvölkerrechts, soweit nicht die Weiteranwendung einzelner Maßnahmen aus der Kriegszeit vorbehalten ist.» Hier ist anzuknüpfen und festzuhalten: Für die Beziehungen zwischen Deutschland und den vier Mächten gilt das Friedensvölkerrecht im vollen Umfang, ausgenommen die von den vier Mächten vorbehaltenen Rechte und Pflichten hinsichtlich Berlins und gesamtdeutscher Fragen, für die nach wie vor das Kriegsvölkerrecht Anwendung findet. Deshalb ist die Besetzung Berlins nach wie vor als *occupatio bellica* zu qualifizieren.

\*

Dem pragmatisch Denkenden mag vieles, was hier vorgetragen wurde, unrealistisch erscheinen. In der Tat ist der innerste Kern des Berlinproblems kein

Rechtsproblem, sondern ein Machtproblem, wie überhaupt die internationalen Beziehungen, vor allem die sogenannten Ost-West-Beziehungen, letztlich nicht vom Völkerrecht, sondern vom politischen Willen und von der militärisch-wirtschaftlichen Macht bestimmt werden. Trotzdem wäre es verfehlt, die moralische Kraft des Rechts in der heutigen Zeit, auch im sogenannten Ost-West-Konflikt, zu unterschätzen. Nichts offenbart dies deutlicher, als daß sich alle in das Berlinproblem verstrickten Mächte bemühen, ihren politischen Standpunkt vor der Weltöffentlichkeit völkerrechtlich zu rechtfertigen. Damit werden die Widersprüche zwischen Völkerrecht und Praxis nicht negiert, die im übrigen nicht nur im kommunistischen Bereich festzustellen sind. In diesem Zusammenhang gibt es freilich Grund genug, daran zu erinnern, daß es auch zur Berufung des Juristen gehören muß, die Widersprüche zwischen dem Völkerrecht und der Staatenpraxis aufzuzeigen, statt vor den Tatsachen zu kapitulieren und Rechtsverletzungen als Fortentwicklung des Völkerrechts wegzureden. Der bloße Usus schafft noch kein neues Recht. Man ist nicht realistisch, indem man die zeitbedingte Wirklichkeit für das einzig Reale hält und sich in aufgeklärter Skepsis vom permanenten «Kampf um die bessere Welt» selbst dispensiert. Es gibt die begründete Hoffnung auf eine Zukunft, in der das Völkerrecht die internationale Ordnung mehr und mehr bestimmt. Es gibt diese Hoffnung gerade in einer Zeit, in der das Vorhandensein allmächtiger Zerstörungsmittel einen Zustand auswegloser machtpolitischer Ohnmacht bewirken kann. Es gibt deshalb auch Grund zur Hoffnung, daß das Berlinproblem eines Tages eine Lösung findet, die vor dem Völkerrecht bestehen kann. So mag es trotz allem einen Sinn haben, mit einer gewissen Hartnäckigkeit festzuhalten, was Recht und was Unrecht ist.

<sup>1</sup>Rudolf Schuster, Deutschlands staatliche Existenz im Widerstreit politischer und rechtlicher Gesichtspunkte 1945—1963, München 1963. <sup>2</sup>Alois Riklin, Das Berlinproblem, Historisch-politische und völkerrechtliche Darstellung des Viermächtestatus, Köln 1964. <sup>3</sup>Dargestellt insbesondere in den an die Westmächte gerichteten Noten der Sowjetregierung vom 27. 11. 1958 und 10. 1. 1959 sowie im sowjetischen Memorandum vom 4. 6. 1961. Texte in: Dokumente zur Berlin-Frage 1944—1962, München 1962, S. 241 ff., 373 ff., 413 ff. <sup>4</sup>Dargestellt insbesondere in den an die Sowjetunion gerichteten Noten der Westmächte vom 31. 12. 1958 und 17. 7. 1961 sowie im Memorandum des amerikanischen Staatsdepartements vom 20. 12. 1958 zur Rechtslage in der Berlin-Frage. Texte der Noten in: Dokumente zur Berlin-Frage (Anm. 3), S. 339 ff., 424 ff. Text des Memorandums in: The Soviet Note on Berlin, An Analysis, Department of State Publication 6757, S. 36 ff. <sup>5</sup>Text in: Amtsblatt des Kontrollrats, Ergänzungsblatt 1, S. 6. <sup>6</sup>Text in: Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers, The Conferences at Malta and Yalta 1945, Department of State Publication 6199, S. 113 ff., 978. <sup>7</sup>Robert Murphy, Diplomat unter Kriegern, Zwei Jahrzehnte Weltpolitik in besonderer Mission, Berlin (West) 1965, S. 294 f. <sup>8</sup>Paul Guggenheim, Traité de Droit international public, Genf 1953/54, Bd. I, S. 181; Bd. II, S. 469. <sup>9</sup>Rudolf Bindschedler, Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands, in: Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Bd. VI (1949), S. 37—64 (hier S. 39). <sup>10</sup>Grigorij Tunkin, Berlinskij vopros v svete mezhdunarodnogo prava, in: Mezhdunarodnaja Žizn', 2 (1959), S. 46—56 (hier S. 47 f.). <sup>11</sup>Friedrich Berber, Lehrbuch

des Völkerrechts, Bd. II, München 1962, S. 127. <sup>12</sup> Alfred Verdross, Völkerrecht, Wien <sup>5</sup>1964, S. 467f. <sup>13</sup> Wörterbuch des Völkerrechts, hg. von Hans-Jürgen Schlochauer, Bd. I, Berlin (West) 1960, S. 195. <sup>14</sup> Verdross (Anm. 12), S. 266ff., 297f. <sup>15</sup> Bindschedler (Anm. 9), S. 58. <sup>16</sup> Eberhard Menzel, Deutschland — ein Kondominium oder Koimperium?, in: Jahrbuch für internationales und ausländisches öffentliches Recht, Bd. I (1948), S. 43—86. <sup>17</sup> Friedrich August Freiherr von der Heydte, Völkerrecht, Ein Lehrbuch, Bd. I, Köln 1958, S. 224. <sup>18</sup> Louis Delbez, Les principes généraux du droit international public, Paris <sup>3</sup>1964, S. 537f. <sup>19</sup> Adolf Schüle, Berlin als völkerrechtliches Problem, in: Berlin in Vergangenheit und Gegenwart, Tübinger Vorträge, Tübingen 1961, S. 124—139 (hier S. 127). <sup>20</sup> Siegfried Mampel, Der Sowjetsektor von Berlin, Eine Analyse seines äußeren und inneren Status, Frankfurt/Berlin 1963, S. 24. <sup>21</sup> Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Bd. X (1953), S. 245. <sup>22</sup> Text in: Amtsblatt des Kontrollrats, Ergänzungsblatt 1, S. 7ff. <sup>23</sup> Grundlegend für diese Argumentation ist der Aufsatz von Herbert Kröger, Zu einigen Fragen des staatsrechtlichen Status von Berlin, in: Deutsche Außenpolitik, 1 (1958), S. 10—26. <sup>24</sup> Text in: United Nations Treaty Series, Bd. 227, S. 280ff.; Riklin (Anm. 2), S. 293ff. <sup>25</sup> Text in: United Nations Treaty Series, Bd. 236, S. 360ff.; Riklin (Anm. 2), S. 312ff. <sup>26</sup> Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Bd. VII, S. 1ff. <sup>27</sup> Martin Draht, Die staatsrechtliche Stellung Berlins, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 1 (1957), S. 27—75. <sup>28</sup> Heinz Kreutzer, West-Berlin, Stadt und Land, in: Berlin — Brennpunkt deutschen Schicksals, Berlin (West) 1960, S. 55—78. <sup>29</sup> Text in: Dokumente zur Berlin-Frage (Anm. 3), S. 124f. <sup>30</sup> Botschaft der Außenminister an die Militärgouverneure vom 8. 4. 1949, Text bei: Beate Ruhm von Oppen, Documents on Germany under Occupation 1945—1954, London 1955, S. 379f. Schreiben der Militärgouverneure an den Parlamentarischen Rat vom 22. 4. 1949, Text bei: Ernst Rudolf Huber, Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit, Bd. II, Tübingen 1951, S. 215. <sup>31</sup> So auch der mutige Aufsatz des Berliner Beamten Otto Uhlitz, Der Viermächtestatus und die staatsrechtliche Stellung Berlins, in: Journalismus, Bd. II, Düsseldorf 1961, S. 47—69. C. D. Lush, The Relationship between Berlin and the Federal Republic of Germany, in: The International and Comparative Law Quarterly, 3 (1965), S. 742—787. Vgl. Schüle (Anm. 19), S. 132f. <sup>32</sup> Erklärung vom 21. 10. 1949, Text in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Stenographische Berichte, I. Wahlperiode, 1949, S. 309. <sup>33</sup> Beschluß vom 19. 5. 1949, Text in: Dokumente zur Berlin-Frage (Anm. 3), S. 113. <sup>34</sup> Georg Dahm, Völkerrecht, Bd. I, Stuttgart 1958, S. 550f. <sup>35</sup> Wilhelm Grewe, Deutsche Außenpolitik der Nachkriegszeit, Stuttgart 1960, S. 136. <sup>36</sup> Hierzu das rechtsvergleichende Gutachten von Max Rheinstein: Cour Internationale de Justice, Mémoires, Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde), Bd. I, S. 714—727. <sup>37</sup> Text in: Correspondence between the Chairman of the Council of Ministers of the U.S.S.R. and the Presidents of the U.S.A. and the Prime Ministers of Great Britain during the Great Patriotic War of 1941—1945, hg. vom Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten der UdSSR, Moskau 1957, Bd. I, S. 365; Bd. II, S. 245f, 247f. <sup>38</sup> Lucius D. Clay, Entscheidung in Deutschland, Frankfurt 1950, S. 41. <sup>39</sup> Text in: Selected Documents on Germany and the Question of Berlin 1944—1961, Presented to Parliament by the Secretary of State for Foreign Affairs by Command of Her Majesty, Cmd. 1552, London 1961, S. 60ff.; Riklin (Anm. 2), S. 381ff. <sup>40</sup> Text in: Documents Regarding Air Access to Berlin, hg. vom amerikanischen Staatsdepartement, Press Release 8. 9. 1961; Riklin (Anm. 2), S. 385ff. <sup>41</sup> Text in: United Nations Treaty Series, Bd. 138, S. 124ff.; Riklin (Anm. 2), S. 395ff. <sup>42</sup> Text in: The Department of State Bulletin, 522 (1949), S. 857f.; Riklin (Anm. 2), S. 398ff. <sup>43</sup> Köln/Berlin 1963 (hier insbesondere das Schlußkapitel von Mosler über «Die Beendigung des Kriegszustands mit Deutschland und die Entwicklung des völkerrechtlichen Kriegsbegriffs»).

*Nach einem Vortrag im St. Gallischen Juristenverein.*