

Der nachstehende Beitrag ist zur Veröffentlichung im Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart N.F. Band 55 (2007) angenommen.

Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann / Ass. iur. Tilmann Laubner*

Großes Reinemachen und eine ungewöhnliche Frage: Wer darf den Besen schwingen? – Rechtsbereinigung auf dem Gebiet des fortgeltenden alliierten Besatzungsrechts

I.	Alliiertes Besatzungsrecht in Deutschland: Begriff und Entstehung	3
1.	Begriff.....	3
2.	Entstehung	3
II.	Fortgeltung alliierten Besatzungsrechts	4
1.	Besatzungsrecht in der „alten“ Bundesrepublik	5
a)	Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes.....	5
b)	Nach Ende des Besatzungszustands am 5. Mai 1955.....	5
2.	Besatzungsrecht in der DDR	8
3.	Besatzungsrecht im vereinten Deutschland	9
4.	Sonderfälle: Besatzungsrecht in Berlin und im Saarland.....	12
a)	Berlin	12
b)	Saarland	14
III.	Rechtsnatur des fortgeltenden Besatzungsrechts	14
1.	Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes	15
2.	Nach Inkrafttreten des Überleitungsvertrages	15
3.	Nach der Wiedervereinigung Deutschlands.....	18
4.	Sonderfall: Berlin	19
IV.	Kompetenz zur Aufhebung des fortgeltenden Besatzungsrechts	19
1.	Geschriebene Aufhebungskompetenz für Besatzungsrecht	20
2.	Ungeschriebene Aufhebungskompetenz kraft Natur der Sache.....	20
3.	Bisherige Staatspraxis.....	23
4.	Aufhebung von Besatzungsrecht als „negative“ Ausübung geschriebener Kompetenzen	25
a)	Besatzungsrecht als deutsches Recht: Art. 70ff. iVm Art. 123ff. GG.....	26
b)	Besatzungsrecht als Fremdrecht.....	26
V.	Fazit und Ausblick	29

In ihrem Koalitionsvertrag vom 11. November 2005 bekennt sich die Große Koalition aus CDU, CSU und SPD unter Führung von Bundeskanzlerin *Dr. Angela Merkel* zu dem Vorsatz, den Abbau von Bürokratie und unnötiger Regulierung vorantreiben zu wollen.¹ Sie knüpft damit inhaltlich an Pläne der Vorgängerregierung unter Bundeskanzler *Gerhard Schröder* an. Deren „Initiative Bürokratieabbau“ zielte unter anderem darauf ab, im Wege der sog. Rechtsbereinigung den „Vorschriftenschwungel“ von 2.066 Gesetzen und 3.051 Rechtsverordnungen allein des Bundesrechts mit zusammen 85.084 Einzelschriften zu lichten und „die Nor-

* Dr. *Rainer Hofmann* ist Univ.-Professor für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main und Co-Direktor des Wilhelm Merton-Zentrums, Institut für Europäische Integration und Internationale Wirtschaftsordnung. *Tilmann Laubner* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel.

¹ „Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 11. November 2005, S. 93, Abschnitt V.2., abrufbar unter: <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>.

menflut zu reduzieren.“² Dazu sollten und sollen in einem ersten Schritt in den Geschäftsbereichen der einzelnen Bundesressorts veraltete und überholte Vorschriften beseitigt werden, um sodann die verbleibenden Normen einer inhaltlichen Überprüfung auf ihre andauernde Notwendigkeit zu unterziehen.³ Ins Visier der „Reinigungskräfte“ des Bundesministeriums der Justiz (BMJ) ist dabei auch das von den Siegermächten des Zweiten Weltkriegs auf dem Gebiet des besetzten Deutschlands erlassene Besatzungsrecht geraten, das in naher Zukunft einer umfassenden Bereinigung unterworfen werden soll.⁴

Der Aufnahme von Besatzungsrecht in die Pläne zur Bereinigung des Bundesrechts lassen sich drei Prämissen unterstellen, deren eine oder andere Überraschung auslösen mag und denen dieser Beitrag nach einer kurzen Einführung zu Begriff und Entstehung des Besatzungsrechts (I.) auf den Grund zu gehen sucht: Erstens, auch gut 15 Jahre nach der Wiedervereinigung Deutschlands am 3. Oktober 1990 und der Wiedererlangung der vollständigen Souveränität gelten in Deutschland besatzungsrechtliche Vorschriften weiterhin fort (II.). Zweitens, die Bundesregierung scheint Besatzungsrecht, so es fortgilt, seiner Rechtsnatur nach als deutsches Recht, und zwar als Bundesrecht, aufzufassen (III.). Drittens, scheint sie – möglicherweise auch unabhängig von der vorgenannten Frage – davon auszugehen, die Kompetenz zur Aufhebung von Besatzungsrecht liege beim Bund (IV.). Ein Ausblick am Ende des Beitrags soll sich mit einzelnen vom Gesetzgeber bei der Aufhebung besatzungsrechtlicher Vorschriften zu beachtenden Aspekten befassen (V.).

² BMJ, „Initiative Bürokratieabbau – Bereinigung des Bundesrechts – [Erster] Zwischenbericht“, 9. Juni 2004, S. 3, 4, abrufbar unter: http://www.staat-modern.de/Anlage/original_682901/Bericht-Rechtsbereinigung.pdf. Die genannten Zahlen beziehen sich auf den Stichtag 26. Februar 2003. Im Rahmen anderer Rechtsetzungsvorhaben sind seitdem 75 Gesetze und 296 Rechtsverordnungen außer Kraft getreten, s. BMJ, „Initiative Bürokratieabbau – Bereinigung des Bundesrechts – Zweiter Zwischenbericht“, 2. November 2005, S. 3, abrufbar unter: <http://www.bmj.de/media/archive/1061.pdf>. Die personelle Kontinuität an der Spitze des im Rahmen der Rechtsbereinigung federführenden BMJ unter Bundesministerin Zypries auch nach dem Regierungswechsel stellt insoweit auch sachliche Kontinuität in Aussicht, vgl. dazu die Pressemitteilung des BMJ vom 2. November 2005 („Rechtsbereinigung wird fortgesetzt“), abrufbar unter: http://www.bmj.de/enid/8cb136c5c410f02c7349ba8122a83255,83345b707265737365617274696b656c5f6964092d0932323632093a096d795f79656172092d0932303035093a096d795f6d6f6e7468092d093131/Presse/Pressemittelungen_58.html.

³ Erster Zwischenbericht (Fn. 2), S. 4. Inzwischen hat der Bundesrat bereits über die im Mai 2005 vom Kabinett Schröder verabschiedeten Regierungsentwürfe zu vier ersten Rechtsbereinigungsgesetzen beraten, s. Zweiter Zwischenbericht (Fn. 2), S. 3. Diese Entwürfe betreffen die Ressorts Justiz, Inneres, Wirtschaft und Arbeit sowie Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft (BR-Drs. 329/05, 327/05, 334/05, 325/05).

⁴ Zweiter Zwischenbericht (Fn. 2), S. 5. Siehe auch die Rede der Unterabteilungsleiterin im BMJ, Dr. Bettina Lange-Klein, „Bereinigung des Bundesrechts“, auf dem Forum der „Initiative Bürokratieabbau“ auf der Messe Moderner Staat vom 25. November 2003, die von einem „Schwerpunkt der Überprüfung“ sprach, abrufbar unter: http://www.staat-modern.de/dokumente/sm_rede/,-593339/dok.htm, und den Anhang zum Ersten Zwischenbericht (Fn. 2), S. 8. Noch im Jahr 1996 hatte eine Bestandsaufnahme über das Besatzungsrecht im Bereich der Bundesgesetzgebung nach Auffassung der damaligen Bundesregierung „keine vorrangige Aufga-

I. Alliiertes Besatzungsrecht in Deutschland: Begriff und Entstehung

1. Begriff

Eine Beleuchtung sich in Zusammenhang mit einer Rechtsbereinigung auf dem Feld des Besatzungsrechts ergebender Fragestellungen macht es zunächst erforderlich, den Begriff des Besatzungsrechts zu klären und einzugrenzen.⁵ Als Besatzungsrecht im weitesten Sinne kommen zunächst alle mit der Besetzung Deutschlands zusammenhängenden Rechtsakte in Betracht. Dies schließt Einzelentscheidungen der alliierten Besatzungsbehörden ebenso ein wie völkerrechtliche Verträge. Im Folgenden zugrunde gelegt werden soll der Begriff des Besatzungsrechts im engeren Sinne.⁶ Von diesem ist auch der Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Gesetze zur Aufhebung von Besatzungsrecht aus den Jahren 1956 bis 1960 ausgegangen. Unter Besatzungsrecht sind danach die „von den Besatzungsbehörden erlassenen [...] Vorschriften“ zu verstehen.⁷ Diese Definition beschränkt den vorliegend gebrauchten Begriff zugleich auf das sog. unmittelbare Besatzungsrecht. Nicht erfasst ist damit das „mittelbare“, „verdeckte“ oder „indirekte“⁸ Besatzungsrecht, d.h. Recht, das von deutschen Stellen auf Veranlassung der Besatzungsmächte gesetzt wurde.

2. Entstehung

Von Bedeutung ist weiter die Frage, welche Besatzungsbehörden seinerzeit das von der geplanten Bereinigung betroffene Besatzungsrecht erlassen haben. Nach der bedingungslosen Kapitulation der deutschen Streitkräfte am 8./9. Mai 1945 und der militärischen Besetzung Deutschlands übernahmen die Alliierten am 5. Juni 1945 „the supreme authority *with respect to Germany*“.⁹ Die oberste Gewalt in Deutschland („supreme authority *in Germany*“) – und damit auch die oberste Legislativgewalt – sollten die Oberbefehlshaber der Vier Mächte ausüben, und zwar jeder Einzelne in seiner jeweiligen Besatzungszone sowie alle gemeinsam im Alliierten Kontrollrat in allen Deutschland als Ganzes betreffenden Angelegenheiten.¹⁰ Be-

be“ dargestellt, s. Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs *Rainer Funke* vom 27. Februar 1998 auf die Anfrage des Abgeordneten *Volker Kröning* (SPD), BT-Drs. 13/10073 vom 6. März 1998, S. 10, Nr. 13.

⁵ Ausführlich zu verschiedenen Kategorien von Besatzungsrecht *M. Rensmann*, Besatzungsrecht im wiedervereinten Deutschland, 2002, S. 48ff.

⁶ *Rensmann*, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 50.

⁷ § 1 des Ersten Gesetzes zur Aufhebung von Besatzungsrecht vom 30. Mai 1956, BGBl. I 1956, S. 437.

⁸ BVerfGE 2, 181, 199.

⁹ Präambel der Berliner Deklaration in Anbetracht der Niederlage Deutschlands und der Übernahme der obersten Regierungsgewalt hinsichtlich Deutschlands vom 5. Juni 1945, abgedruckt bei: *I. v. Münch*, Dokumente des geteilten Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. (1976), S. 19, 20 (Hervorhebung durch d. Verf.).

¹⁰ Art. 1 des Londoner Abkommens über Kontrolleinrichtungen in Deutschland vom 14. November 1944 und Abschnitt III. A. 1. des Potsdamer Abkommens vom 2. August 1945, beide abgedruckt bei: *v. Münch*, Dokumente (Fn. 9), S. 29 bzw. S. 32, 35 (Hervorhebung durch d. Verf.).

satzungsrecht entstand somit sowohl auf zonaler als auch auf gesamtdeutscher Ebene. Dabei sollte das vom Kontrollrat – bis zum faktischen Ende seiner Tätigkeit im März 1948 – erlassene sog. Viermächterrecht dem öffentlichen Leben im besetzten Deutschland eine (vorläufige) verfassungsmäßige Ordnung geben.¹¹ Nach Gründung der Bundesrepublik fungierte die von den drei westlichen Besatzungsmächten errichtete Alliierte Hohe Kommission auf der Grundlage des Besatzungsstatuts¹² bis zum 5. Mai 1955 als gemeinsames Organ der Besatzungsgewalt („supreme allied authority“) der Drei Mächte im Bundesgebiet. Die UdSSR übte die Besatzungsgewalt in ihrer Zone bis zur Gründung der DDR durch die Sowjetische Militäradministration in Deutschland (SMAD) und im Anschluss daran bis zum 20. September 1955 durch die Sowjetische Kontrollkommission in Deutschland¹³ aus. In Berlin, das keiner der vier Besatzungszonen angehörte, sondern einem eigenständigen Besatzungssystem unterlag, oblag die besatzungsrechtliche Gesetzgebung bis 1990 der Alliierten Kommandatura für Groß-Berlin sowie den jeweiligen Oberbefehlshabern für die einzelnen Sektoren der Stadt.¹⁴

II. Fortgeltung alliierten Besatzungsrechts

Dass besatzungsrechtliche Vorschriften auch heute, gut 15 Jahre nachdem das vereinte Deutschland die „volle Souveränität über seine inneren und äußeren Angelegenheiten“¹⁵ wiedererlangt hat, noch Geltung in Deutschland beanspruchen können sollen, wird teilweise schlicht in Abrede gestellt, mag immerhin verwundern und verdient in jedem Falle eine nähere, notwendig auch rechtshistorische Betrachtung.¹⁶

¹¹ D. Schröder (Hrsg.), Das geltende Besatzungsrecht, 1990, S. 15; ders., ROW 1985, S. 181, 184. Näher zum Kontrollratsrecht Rensmann, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 136ff. Die Formen der Viermächtegesetzgebung regelte die Kontrollratsdirektive Nr. 10 vom 22. September 1945, ersetzt durch die Kontrollratsdirektive Nr. 51 vom 1. Mai 1945. Die Direktiven selbst banden lediglich die Besatzungsbehörden, entfalteten jedoch keine unmittelbare Rechtswirkung für die Bewohner Deutschlands, Schröder, Besatzungsrecht, S. 15.

¹² Besatzungsstatut vom 10. April 1949, in Kraft getreten am 21. September 1949, abgedruckt bei: v. Münch, Dokumente (Fn. 9), S. 71ff. Siehe auch das Statut der Alliierten Hohen Kommission vom 20. Juni 1949, abgedruckt ebenda, S. 74ff.

¹³ Erklärung des Vorsitzenden der Sowjetischen Kontrollkommission zur Übergabe der Verwaltungsfunktionen an deutsche Behörden vom 11. November 1949, abgedruckt bei: v. Münch, Dokumente (Fn. 9), S. 325ff.

¹⁴ Vgl. Art. 7 des Londoner Abkommens über Kontrolleinrichtungen in Deutschland. Nach Beendigung der Mitarbeit durch die Sowjetunion erklärten die drei Westmächte im Dezember 1948, die Arbeit der Kommandatura allein fortsetzen zu wollen. Ausführlich Schröder, Besatzungsrecht (Fn. 11), S. 20ff.

¹⁵ Art. 7 Abs. 2 des Vertrages über die abschließende Regelung auf Deutschland vom 12. September 1990 (Zwei-plus-Vier-Vertrag), BGBl. 1990 II S. 1318.

¹⁶ Im Rahmen des vorliegenden Beitrags außer Betracht bleiben muss die eine inhaltliche Betrachtung voraussetzende Frage, inwieweit besatzungsrechtliche Vorschriften bereits wegen offensichtlichen Wegfalls ihres Regelungsgegenstands nach dem hergebrachten Grundsatz „*cessante causa cessat lex*“ obsolet geworden sind. Hierzu s. M. Rensmann, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 124f, 193ff. Gleiches gilt für die Frage nach der möglichen Völkerrechtswidrigkeit einzelner Normen. Für die Nichtigkeit solcher Bestimmungen G. v. Schmoller/H. Maier/A. Tobler, Handbuch des Besatzungsrechts, Bd. 1, 1957, § 24a, S. 26.

1. Besatzungsrecht in der „alten“ Bundesrepublik

a) Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes

Einen ersten Anknüpfungspunkt, das Schicksal zuvor erlassener besatzungsrechtlicher Vorschriften zu hinterfragen, bietet das Inkrafttreten des Grundgesetzes am 23. Mai 1949. So bestimmte und bestimmt Art. 123 GG, „Recht aus der Zeit vor Zusammentritt des Bundestages“ solle fortgelten, jedoch mit der Einschränkung „soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht.“¹⁷ Allerdings vermochte diese Regelung – jedenfalls im Jahre 1949 – unmittelbares Besatzungsrecht nicht zu erfassen.¹⁸ Dieses war der Dispositionsbefugnis des bundesdeutschen (Verfassungs-) Gesetzgebers als auf der völkerrechtlichen Stellung der Besatzungsmächte beruhendes Recht vielmehr von vornherein entzogen,¹⁹ wie sich bereits aus dem Genehmigungsschreiben der Militärgouverneure der Drei Mächte zum Grundgesetz sowie dem Besatzungsstatut ergibt.²⁰ Als im Ursprung fremdes Recht²¹ überlagerte es die bundesdeutsche Rechtsordnung und besaß Vorrang auch gegenüber dem Grundgesetz.²² Unmittelbares Besatzungsrecht, das vor dem 23. Mai 1949 erlassen worden war, wurde also durch das Inkrafttreten des Grundgesetzes in seiner (Fort-) Geltung im Bundesgebiet nicht berührt.²³

b) Nach Ende des Besatzungszustands am 5. Mai 1955

Mit Inkrafttreten der sog. Bonner Verträge vom 26. Mai 1952 in der geänderten und ergänzten Fassung des Pariser Protokolls über die Beendigung des Besatzungsregimes in der Bundesrepublik Deutschland vom 23. Oktober 1954²⁴ endete am 5. Mai 1955 die alliierte Besatzung in den westdeutschen Besatzungszonen.²⁵ Einen automatischen Wegfall des bis dahin geltenden

¹⁷ Das Sonderproblem einer Fortgeltung bestimmter besatzungsrechtlicher Normen über Art. 139 GG muss im Folgenden außer Betracht bleiben. Siehe hierzu u.a. *Rensmann*, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 127ff.

¹⁸ Ganz überwiegende Auffassung vgl. BVerfGE 3, 368, 374f. und statt vieler *T. Maunz*, in: ders./G. Dürig, Grundgesetz, Art. 123, Rn. 4; a.A. mit Blick auf eine aufschiebend bedingte Anwendbarkeit *G.A. Zinn*, in: Bundesrecht und Bundesgesetzgebung – Bericht über die Weinheimer Tagung des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten in Frankfurt am Main am 22. und 23. Oktober 1949, 1950, S. 53, 67f. Dazu näher unter III.2. Zu weiteren gegenteiligen, allerdings auf der Unkenntnis des späteren Besatzungsstatuts beruhenden Auffassungen im Parlamentarischen Rat zusammenfassend *H. Holtkotten*, in: R. Dolzer/K. Vogel/K. Graßhof, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: September 2005, Art. 123, Anm. I. 4., S. 7f. Zur Frage der Anwendbarkeit auf „mittelbares“ Besatzungsrecht BVerfGE 2, 181, 202f.

¹⁹ BVerfGE 3, 368, 374f.

²⁰ Ziff. 2 des Schreibens der Militärgouverneure betreffend die Genehmigung des Grundgesetzes vom 12. Mai 1949, abgedruckt bei: *v. Münch* (Fn. 9), S. 130 sowie Ziff. 7 des Besatzungsstatuts. Siehe auch *R. Ringelmann*, in: Weinheimer Tagung (Fn. 18), S. 96, 107f.

²¹ BVerfGE 12, 281, 289.

²² BVerfGE 3, 368, 375; *H.A. Wolff*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl. (2005), Art. 123, Rn. 17; *Holtkotten*, in: BK-GG, Art. 123, Anm. II. 4.

²³ Vgl. BVerfGE 3, 368, 375.

²⁴ BGBl. 1955 II S. 215ff.

²⁵ S. auch Proklamation betreffend die Aufhebung des Besatzungsstatuts und die Auflösung der Alliierten Hohen Kommission, abgedruckt bei: *v. Münch*, Dokumente (Fn. 9), S. 249f.

unmittelbaren Besatzungsrechts hatte jedoch auch dies nicht zur Folge. Dieses galt vielmehr zunächst fort.²⁶

Zutreffend hatte das Bundesverfassungsgericht in einer frühen Entscheidung festgestellt, dass von den Alliierten erlassene Recht beruhe auf ihrer völkerrechtlichen Stellung als Besatzungsmächte.²⁷ Die Fortgeltung von Besatzungsrecht stellt damit zunächst ein *völkerrechtliches Problem* dar. Die einschlägigen Bestimmungen der Haager Landkriegsordnung von 1907²⁸ und – aus heutiger Perspektive – des Vierten Genfer Rotkreuzabkommens von 1949²⁹ schweigen jedoch zur Frage des Schicksals von Besatzungsrecht nach dem Ende der Besetzung. Zwar war ursprünglich in der klassischen Völkerrechtslehre in Anlehnung an Regelungen des römischen Rechts über die Rechtsstellung heimkehrender Kriegsgefangener (*ius postliminii*) der völkerrechtliche *postliminium*-Grundsatz entwickelt worden. Danach sollte mit Ende des Besatzungszustands automatisch das Besatzungsrecht wegfallen und der vor der Besetzung herrschende Rechtszustand wieder eintreten.³⁰ Ein Rechtssatz dieses Inhalts kann jedoch nach der ganz überwiegenden Auffassung der Völkerrechtslehre jedenfalls im 20. und 21. Jahrhundert keine Geltung mehr beanspruchen.³¹ Ein ersatzloser Fortfall von Besatzungsrecht bzw. die Wiederherstellung des vor der Besetzung bestehenden Rechtszustands entspricht regelmäßig auch nicht dem Interesse des ehemals besetzten Staates bzw. seiner politischen Führung.³² Richtigerweise ist daher davon auszugehen, dass der vormals besetzte Staat nach Ende der Besetzung grundsätzlich über das von der besetzenden Macht gesetzte Recht verfügen kann.³³ Grenzen können seiner grundsätzlichen Dispositionsfreiheit u.U. durch rechts-

²⁶ Vgl. nur BVerfGE 15, 337, 347.

²⁷ BVerfGE 3, 368, 375. Zusammenfassend zur umstrittenen Frage der Rechtsnatur der alliierten Besetzung in Deutschland T. *Schweisfurth*, Germany, Occupation after World War II, in: R. Bernhardt (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Bd. II, 2. Aufl. 1992, S. 582, 587f.

²⁸ Ordnung der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, Art. 42ff., Anlage zum Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (IV. Haager Abkommen) vom 18. Oktober 1907, RGBI. 1910 S. 107.

²⁹ Genfer Abkommen zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten vom 12. August 1949, BGBl. 1954 II, S. 781.

³⁰ Hierzu s. I. v. *Münch*, Postliminium, in: K. *Strupp/H.-J. Schlochauer*, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 1961, S. 785f.; v. *Schmoller/Maier/Tobler*, Handbuch (Fn. 16), § 24a, S. 21. Vgl. auch noch die Begründung zu § 3 Abs. 1 des Entwurfs des Ersten Gesetzes zur Aufhebung von Besatzungsrecht, BT-Drs. 2/1552, S. 14.

³¹ v. *Münch*, Postliminium (Fn. 30), S. 785f. m.w.N.; v. *Schmoller/Maier/Tobler*, Handbuch (Fn. 16), § 24a, S. 22.

³² Vgl. v. *Münch* (Fn. 30), S. 786. Zum fehlenden Interesse der Bundesregierung an einem ersatzlosen Fortfall von Besatzungsrecht im Jahr 1955 vgl. die Begründung zu Art. 1 des Überleitungsvertrages, BT-Drs. 1/3500, Anlage 4, Abschnitt D, sowie die Ausführungen in BVerfGE 15, 337, 347.

³³ v. *Schmoller/Maier/Tobler*, Handbuch (Fn. 16), S. 22; H. *Maier*, JZ 1955, S. 408, Fn. 3; F. *Berber*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. II, 2. Aufl. (1968), S. 135; W. *Wengler*, Völkerrecht, Bd. II, 1964, S. 1429; v. *Münch*, Postliminium (Fn. 30), S. 785f.; *Rensmann*, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 110; C. *Bötsch*, Die Nachbefolgung des westalliierten Besatzungsrechts im Lichte des Staats- und Völkerrechts, 2000, S. 49f.

staatliche Vorgaben seiner eigenen Verfassung sowie mögliche (insbesondere friedens-) vertragliche Vereinbarungen mit der ehemaligen Besatzungsmacht gesetzt sein, die eine (partielle) Fortgeltung von Besatzungsrecht vorsehen können. Ein Fortfall des Besatzungsrechts *eo ipso* findet indes nicht statt.³⁴ Gestützt wird dieser Befund durch die Praxis der im Laufe des Zweiten Weltkriegs von Deutschland besetzten Staaten. Sie lässt unterschiedliche Vorgehensweisen beim Umgang mit deutschem Besatzungsrecht erkennen, die von einer umfassenden Aufhebung bis zur grundsätzlichen Fortgeltung reichen.³⁵ Das jüngste Beispiel aus der Staatenpraxis zum Umgang mit Besatzungsrecht findet sich in der irakischen Übergangsverfassung aus dem März 2004. Danach gelten die von der Besatzungsverwaltung (*Coalition Provisional Authority*) erlassenen Vorschriften bis zur ihrer Aufhebung bzw. Änderung durch den irakischen Gesetzgeber fort.³⁶

In Übereinstimmung mit den vorgenannten völkerrechtlichen Grundsätzen ist das rechtliche Schicksal des bei Beendigung der Besatzung in der Bundesrepublik am 5. Mai 1955 geltenden Besatzungsrechts von dieser und den drei westlichen Besatzungsmächten vertraglich geregelt worden. Art. 1 Abs. 1 S. 1 und 2 des ersten Teils des sog. *Überleitungsvertrags* (ÜV),³⁷ eines Zusatzvertrags zum sog. Generalvertrag (GV),³⁸ bestimmten die Fortgeltung des Besatzungsrechts bis zu seiner Aufhebung bzw. Änderung durch „die Organe der Bundesrepublik und der Länder.“ Das fortgeltende Besatzungsrecht wurde damit zunächst im Grundsatz zur Disposition der „Organe der Bundesrepublik und der Länder“ gestellt. Bestimmte besatzungsrechtliche Normen blieben allerdings der Verfügung deutscher Stellen entzogen bzw. wurden ihr nur unter bestimmten Voraussetzungen überlassen. Zu unterscheiden waren insoweit drei Kategorien fortgeltenden Besatzungsrechts.³⁹ Der Einwirkung des deutschen Gesetzgebers völlig entzogen waren insbesondere solche Vorschriften, die das Recht der Alliierten zur Be-

³⁴ Vgl. auch Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs *Rainer Funke* vom 27. Februar 1998 auf die Schriftliche Frage des Abgeordneten *Volker Kröning*, BT-Drs. 13/10073 vom 6. März 1998, Nr. 14.

³⁵ S. Beispiele bei *v. Schmoller/Maier/Tobler* (Fn. 16), § 24a, S. 25 und *Rensmann* (Fn. 5), S. 110.

³⁶ Art. 26 (C) des Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period (TAL) vom 8. März 2004, abrufbar unter: <http://www.cpa-iraq.org/government/TAL.html>. Die durch Verfassungsreferendum vom 15. Oktober 2005 verabschiedete irakische Verfassung bestimmt zum einen, dass die Übergangsverfassung mit dem Zusammentritt der neuen, aus freien Parlamentswahlen hervorgehenden Regierung außer Kraft treten wird (Art. 138). Zugleich sollen bestehende Gesetze zunächst in Kraft bleiben (Art. 126). Eine inoffizielle Übersetzung des Verfassungstextes ist abrufbar unter: http://www.ieciraq.org/final%20cand/Draft%20Constitution_2005%5B1%5D.09.20_En.pdf.

³⁷ Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen in der der gemäß Liste zu dem am 23. Oktober 1954 in Paris unterzeichneten Protokoll über die Beendigung des Besatzungsregimes in der Bundesrepublik Deutschland geänderten Fassung, BGBl. 1955 II, S. 405. Zu seiner Grundgesetzkonformität s. BVerfGE 12, 281, 288ff.; 15, 337, 348ff.

³⁸ Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten vom 26. Mai 1952 in der Fassung vom 23. Oktober 1954; BGBl. 1955 II, S. 305ff.

setzung Deutschlands oder ihre weiteren Rechte in Bezug auf Deutschland als Ganzes betreffen (sog. „versteinertes Besatzungsrecht“).⁴⁰ Andere Bestimmungen wurden nur bedingt zur Disposition deutscher Stellen gestellt (sog. bedingt dispositives Besatzungsrecht). Beispielsweise konnten Vorschriften, die die Grenzen der Bundesrepublik zum Gegenstand hatten, nur mit Zustimmung der Drei Mächte geändert oder aufgehoben werden.⁴¹ Nicht-„versteinertes“ Kontrollratsrecht durfte selbst nach Konsultation mit Letzteren nicht aufgehoben, sondern lediglich „außer Wirksamkeit“ gesetzt werden,⁴² da man insoweit zutreffend von einer mangelnden Befugnis der drei Mächte zur abschließenden Verfügung über Viermächterecht ausging.⁴³ Keinerlei Einschränkungen hinsichtlich seiner Aufheb- oder Änderbarkeit unterlag fortan das verbleibende, „gewöhnliche“⁴⁴ Besatzungsrecht (sog. dispositives Besatzungsrecht). Die Regelungen des Überleitungsvertrags sind teilweise als völkerrechtliches Servitut, d.h. als Beschränkung der Gebietshoheit (hier: der Bundesrepublik), qualifiziert worden.⁴⁵ Bundes- wie Landesgesetzgeber machten in der Folgezeit von den vorgenannten Befugnissen u.a. im Rahmen verschiedener Gesetze zur Aufhebung von Besatzungsrecht Gebrauch.⁴⁶

2. Besatzungsrecht in der DDR

Da sie ihre Vorstellungen über eine politische Ordnung in ihrer Besatzungszone bereits durchgesetzt hatte, bedurfte es aus Sicht der Sowjetunion keiner formaljuristischen „Versteinerung“ ihrer besatzungsrechtlichen Maßnahmen.⁴⁷ Dementsprechend hob sie bereits durch Beschluss vom 6. August 1954 alle zonalen Rechtsakte des SMAD auf.⁴⁸ Darüber hinaus beschloss der Ministerrat der UdSSR am 20. September 1955, „dass die in den Jahren 1945 bis 1948 in Ausübung der Besatzungsrechte der vier Mächte vom Kontrollrat in Deutschland erlassenen Gesetze, Direktiven, Befehle und anderen Verordnungen auf dem Gebiet der Deut-

³⁹ Ausführlich *Schröder*, ROW 1989, 73, 74ff.; *H. Maier*, JZ 1955, 408ff.

⁴⁰ Art. 1 Abs. 1 S. 1 und 3 ÜV (1. Teil) i.V.m. Art. 8 GV. Welche Vorschriften hierzu gehörten, ergibt sich aus dem Schreiben der drei Außenminister an den Bundeskanzler vom 26. Mai 1952 betreffend die Aufrechterhaltung gewisser Kontrollratsvorschriften, abgedruckt bei: *H. Kutscher*, Bonner Vertrag, 1952, S. 167f.

⁴¹ Hierzu näher *O. Kimminich*, Die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland, 1970, S. 74f.

⁴² Art. 1 Abs. 2 ÜV (1. Teil).

⁴³ *J.W. Bishop*, American Journal of International Law, Bd. 49, 1955, S. 125, 142; *H. Maier*, JZ 1955, S. 408, 409; *Rensmann* (Fn. 5), S. 142f.

⁴⁴ BVerfGE 12, 281, 289.

⁴⁵ Siehe nur *M. Kirn*, in: I. v. Münch/P. Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. (2003) Art. 123, Rn. 11; *R. Sannwald*, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl. (2004), Art. 123, Rn. 14. Näher zu Servituten im Völkerrecht *U. Fastenrath*, in: R. Bernhardt (Hrsg.), EPIL, Bd. III, 2. Aufl. 2000, S. 387.

⁴⁶ Hierzu näher unter VI.3.

⁴⁷ *D. Blumenwitz*, Intertemporales und interlokales Verfassungsrecht, in: J. Isensee/P. Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 1997, § 211, Rn. 35.

⁴⁸ *Rensmann*, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 149; *Blumenwitz* (Fn. 47), § 211, Rn. 35.

schen Demokratischen Republik ihre Gültigkeit verlieren. Die Außerkraftsetzung der erwähnten Verordnungen des Kontrollrates auf dem Gebiet der Deutschen Demokratischen Republik berührt nicht die Rechte und Verpflichtungen der Sowjetunion gegenüber Gesamtdeutschland, die sich aus den entsprechenden Beschlüssen der vier Mächte ergeben.“⁴⁹ Fraglich ist, ob die UdSSR mit diesem Beschluss hinsichtlich des Kontrollratsrechts lediglich den gleichen Rechtszustand herbeiführen wollte, wie die Drei Mächte in der Bundesrepublik mit der „Versteinerung“ bzw. bloßen „Außer-Wirksamkeit-Setzung“ von Kontrollratsrecht.⁵⁰ Das Ergebnis kann jedenfalls aus völkerrechtlicher Sicht kein anderes sein, da es auch der Sowjetunion an der Befugnis zur einseitigen Verfügung über Viermächterecht fehlte.⁵¹ Insoweit ist von einer formellen Fortgeltung des Kontrollratsrechts auch in der DDR jedenfalls bis zu ihrem Beitritt zur Bundesrepublik auszugehen.

3. Besatzungsrecht im vereinten Deutschland

Die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen des Beitritts der DDR zur Bundesrepublik schuf der Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland vom 12. September 1990 zwischen den beiden deutschen Staaten und den vier Siegermächten des Zweiten Weltkriegs, der sog. Zwei-plus-Vier-Vertrag.⁵²

Eine explizite Regelung über das Schicksal des bis dato geltenden unmittelbaren Besatzungsrechts i.e.S. enthält der Vertrag nicht. Art. 7 Abs. 1 des Vertrages bestimmt ganz allgemein: „Die [Vier Mächte] beenden hiermit ihre Rechte und Verantwortlichkeiten in bezug auf Berlin und Deutschland als Ganzes. Als Ergebnis werden die entsprechenden, damit zusammenhängenden vierseitigen Vereinbarungen, Beschlüsse und Praktiken beendet und alle entsprechenden Einrichtungen der vier Mächte aufgelöst.“ Art. 7 Abs. 2 stellt klar: „Das vereinte Deutschland hat demgemäß volle Souveränität über seine inneren und äußeren Angelegenheiten.“ Das Ende der Viermächterechte und –verantwortlichkeiten und damit auch des Besatzungszustands im vereinten Deutschland ist teilweise zum Anlass genommen worden, auch sämtliche Reste des fortgeltenden Besatzungsrechts als *eo ipso* weggefallen zu betrachten.⁵³ Das allgemeine Völkerrecht indes ordnet, wie gezeigt, eine solche Konsequenz nicht zwin-

⁴⁹ Beschluss des Ministerrates der UdSSR über die Auflösung der Hohen Kommission der UdSSR in Deutschland vom 20. September 1955, abgedruckt bei: v. Münch, Dokumente (Fn. 9), S. 331.

⁵⁰ Dazu oben II.1.b).

⁵¹ So auch Schröder, Besatzungsrecht (Fn. 11), S. 18; Rensmann, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 149 m.w.N.

⁵² BGBl. 1990 II, S. 1318.

⁵³ C. Vedder, in: I. v. Münch/P. Kunig, GG, Bd. 3, 5. Aufl. (2003), Art. 139, Rn. 10; D. Deiseroth, in: D.C. Umbach/T. Clemens, Grundgesetz, 2002, Art. 139, Rn. 28f.

gend an, sondern überlässt dem ehemals besetzten Staat in solchen Fällen die grundsätzliche Dispositionsbefugnis über solches Recht.⁵⁴

Der Wegfall des Besatzungsrechts könnte sich dennoch aus Art. 7 Abs. 1 des Zwei-plus-Vier-Vertrages ergeben.⁵⁵ Dazu müssten unter die beendeten „vierseitigen Vereinbarungen, Beschlüsse und Praktiken“ auch die von den alliierten Besatzungsbehörden erlassenen Rechtsvorschriften fallen. Aus Wortlaut und systematischer Stellung von Art. 7 Abs. 1 S. 1 und S. 2 zueinander ergibt sich allerdings, dass unter den in Rede stehenden Vereinbarungen, Beschlüssen und Praktiken solche zu verstehen sind, die allgemeine Regelungen zu *Ausübung* und Inhalt der den Vier Mächten obliegenden Rechte und Verantwortlichkeiten in Bezug auf Berlin und Deutschland als Ganzes treffen.⁵⁶ So traten infolge des Zwei-plus-Vier-Vertrages u.a. das Abkommen über die Kontrollenrichtungen in Deutschland von 1944, die sog. Potsdamer Beschlüsse vom 2. August 1945 sowie die Vereinbarungen, Beschlüsse und Praktiken in bezug auf den Zugang nach Berlin außer Kraft.⁵⁷ Ein Wegfall von Rechten bzw. Befugnissen zieht jedoch nicht notwendig den Wegfall des in der Vergangenheit in Ausübung dieser Befugnisse erlassenen Rechts nach sich,⁵⁸ wie auch ein Blick auf das allgemeine Völkerrecht zeigt, das einen solchen Automatismus nicht kennt. Insoweit blieb auch das Besatzungsrecht i.e.S. als bloßes *Produkt* alliierter Befugnisausübung von Art. 7 Abs. 1 des Zwei-plus-Vier-Vertrages unberührt.

Selbst wenn man annähme, der Fortfall der Befugnisse der Vier Mächte habe grundsätzlich auch den Fortfall des von ihnen gesetzten Rechts zur Folge, vermöchte dies nicht, den in Art. 1 Abs. 1 S. 2 ÜV (1. Teil) ausgesprochenen Weitergeltungsbefehl für besatzungsrechtliche Vorschriften im Gebiet der „alten“ Bundesrepublik aufzuheben. Bei ihm handelt es sich allein um eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Bundesrepublik und den drei Westmächten und somit schon nicht um ein vierseitiges Abkommen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 S. 1 Zwei-plus-Vier-Vertrag.⁵⁹

⁵⁴ Siehe oben II.1.b).

⁵⁵ Vgl. *Blumenwitz* (Fn. 47), § 211, Rn. 40.

⁵⁶ Vgl. auch *Rensmann*, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 125f.

⁵⁷ Vgl. *Blumenwitz* (Fn. 47), § 211, Rn. 38 Bezug nehmend auf die Denkschrift zum Zwei-plus-Vier-Vertrag sowie eine vom US-Außenministerium zusammengestellte Liste, zitiert bei: *Bötsch*, Nachbefolgung (Fn. 33), S. 96, Fn. 11.

⁵⁸ Von einer solchen Parallelität des Schicksals der Befugnisse/Rechte der Besatzungsmächte (Vier- bzw. Dreimächterrechte) einerseits und des von ihnen erlassenen Rechts (Vier- bzw. Dreimächterrecht) andererseits scheinen jedoch neben den oben (Fn. 53) Genannten auch *Blumenwitz* (Fn. 47), § 211, Rn. 37 ff., 40, und *Bötsch*, Nachbefolgung (Fn. 33), S. 102f. auszugehen.

⁵⁹ Vgl. BVerfG, EuGRZ 1998, S. 408, 409, Ziff. II. 4.

Nach der hier vertretenen Auffassung blieb der Zwei-plus-Vier-Vertrag somit im Ergebnis ohne Einfluss auf bis zu seinem Inkrafttreten fortgeltendes Besatzungsrecht, insbesondere solches, das nach dem Überleitungsvertrag in der Bundesrepublik fortgalt.

Jedenfalls hinsichtlich des Gebiets der „alten“ Bundesrepublik⁶⁰ wird dieser Befund zusätzlich durch den Notenwechsel zwischen der Bundesregierung und den Regierungen der Drei Mächte vom 28./29. September 1990⁶¹ gestützt. Dieser ordnet das Außerkrafttreten des Deutschland- bzw. Generalvertrags – und damit die Beendigung der dort vorbehaltenen Dreimächtebefugnisse – sowie des Überleitungsvertrages an (Ziff. 1 und 2). Davon ausgenommen bleibt allerdings (Ziffer 3 des Notenwechsels) u.a. Art. 1 Abs. 1 S. 1 ÜV (1. Teil) in folgender, aufrechterhaltener Fassung: „Die Organe der Bundesrepublik und der Länder sind gemäß ihrer im Grundgesetz festgelegten Zuständigkeit befugt, von den Besatzungsbehörden erlassene Rechtsvorschriften aufzuheben oder zu ändern“.

Das Bundesverfassungsgericht hat dazu festgestellt, Ziffer 3 des Notenwechsels bedürfe keines Zustimmungsgesetzes gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG, da dieser lediglich klarstellend bekräftige, dass eine bereits innerstaatlich gültige, völkerrechtliche Regelungen fortbestehe.⁶² Dies begegnet jedenfalls im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 S. 1 ÜV (1. Teil) in der o.a. „Restfassung“ keinen durchgreifenden Bedenken. Zwar entfällt aufgrund des Notenwechsels neben sämtlichen bisherigen Einschränkungen der Aufhebungsbefugnis des deutschen Gesetzgebers auch der ausdrückliche Fortgeltungsbefehl des Art. 1 Abs. 1 S. 2 ÜV (1. Teil). Die Befugnis zur Aufhebung von Besatzungsrecht setzt indes dessen andauernde Geltung notwendig voraus.

Steht somit fest, dass bis dato geltendes Besatzungsrecht im „alten“ Bundesgebiet kraft des teilweise aufrechterhaltenen Überleitungsvertrags auch nach dem 3. Oktober 1990 fortgilt, so stellt sich die Frage nach der Rechtslage auf dem Gebiet der fünf neuen Bundesländer. Insofern ist zunächst jedenfalls von einer formellen Fortgeltung des Kontrollratsrechts in der

⁶⁰ Zur Sondersituation des Saarlands, siehe unten II.4.b).

⁶¹ Vereinbarung vom 27./28. September 1990 zu dem Vertrag über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Drei Mächten (in der geänderten Fassung) sowie zu dem Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen (in der geänderten Fassung), BGBl. 1990 II, S. 1386.

⁶² BVerfG, EuGRZ 1998, S. 408, 409, Ziff. II. 4.; a.A. v.a. im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des Einwendungsverzichts gegenüber bestimmten Enteignungsmaßnahmen (Art. 3 ÜV (6. Teil) *Blumenwitz* (Fn. 47), § 211, Rn. 43, sowie ausführlich *Bötsch*, Nachbefolgung (Fn. 33), S. 121ff.

DDR auszugehen.⁶³ Das Schicksal des durch den Überleitungsvertrag aufrechterhaltenen Besatzungsrechts bestimmt sich nach Art. 11 des Einigungsvertrags (EV) zwischen Bundesrepublik und DDR.⁶⁴ Dieser regelt die Erstreckung von der Bundesrepublik geschlossener völkerrechtlicher Verträge auf das Beitrittsgebiet auf der Grundlage des völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatzes der „beweglichen Vertragsgrenzen.“ Danach ändert sich infolge einer Veränderung des Hoheitsgebiets einer Vertragspartei auch der Geltungsbereich eines Vertrages,⁶⁵ was zur Geltung des Überleitungsvertrags auch auf dem Gebiet der ehemaligen DDR geführt hätte. Allerdings ist der Überleitungsvertrag von der prinzipiellen Ausdehnung der Vertragsgrenzen der von der „alten“ Bundesrepublik geschlossenen Verträge ausdrücklich ausgenommen.⁶⁶ Diese Abweichung vom (dispositiven)⁶⁷ Grundsatz der beweglichen Vertragsgrenzen erfolgte mit dem Einverständnis der Drei Mächte, wie Ziffer 4 a) des Notenwechsels vom 27./28. September 1990 erkennen lässt: So verpflichtet sich die Bundesregierung - gewissermaßen ersatzweise - sicherzustellen, dass die weiterhin gültigen Bestimmungen des Überleitungsvertrages auf dem Gebiet der damaligen DDR und in Berlin „nicht umgangen“ werden. Die völker- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Regelung⁶⁸ kann im Zusammenhang mit der Aufhebung fortgeltenden Besatzungsrechts dahinstehen. Letzteres kann jedenfalls auf der Grundlage des vorgenannten bloßen „Umgehungsverbots“ in den fünf neuen Bundesländern keine formelle Geltung beanspruchen, die es durch Aufhebung zu beseitigen gelten könnte. Auf dem Gebiet der ehemaligen DDR ist daher nur von der formellen Fortgeltung des Kontrollratsrechts auszugehen.

Auch nach Wiederherstellung der staatlichen Einheit Deutschlands gilt demnach das zuvor geltende unmittelbare Besatzungsrecht im gleichen Umfange wie zuvor formell fort.

4. Sonderfälle: Besatzungsrecht in Berlin und im Saarland

a) Berlin

⁶³ Siehe oben II.2.

⁶⁴ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag – vom 31. August 1990, BGBl. 1990 II, S. 889.

⁶⁵ E. Klein, Treaties, Effect of Territorial Changes, in: R. Bernhardt (Hrsg.), EPIL, Bd. IV, 2. Aufl. 2000, S. 941f.; vgl. Art. 29 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, BGBl. 1985 II, S. 927. Kritisch zur Anwendbarkeit des Prinzips auf den Überleitungsvertrag D. Blumenwitz, in: P. Badura/R. Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche, 1993, S. 385, 391.

⁶⁶ Art. 11 S. 1 EV i.V.m. Anlage I Kapitel I Nr. 2 zum EV, BGBl. 1990 II S. 908.

⁶⁷ Klein (Fn. 65), S. 942.

⁶⁸ Kritisch Blumenwitz (Fn. 55), S. 391; Bötsch, Nachbefolgung (Fn. 33), S. 121ff., 142ff.

Die Eigenständigkeit des Besatzungsregimes über „Groß-Berlin“ erfordert eine ebenso gesonderte Betrachtung auch hinsichtlich der Fortgeltung von Besatzungsrecht.⁶⁹ Dabei erweist sich die Stadt einmal mehr als Kristallisationspunkt der mit der deutschen Teilung verbundenen, komplexen politischen und rechtlichen Probleme.⁷⁰ So hatte die Sowjetunion vor dem Hintergrund der sich rapide verschlechternden politischen Großwetterlage im Juli 1948 ihren Vertreter aus der Alliierten Kommandatura für Berlin zurückgezogen und ihren Sektor der Stadt fortan separat verwaltet. Die westlichen Siegermächte hingegen setzten unter Berufung auf die bestehenden vierseitigen Vereinbarungen ab Dezember 1948 die Arbeit der Kommandatura fort, „wobei es ihnen klar [war], dass ihre Entscheidungen infolge der sowjetischen Obstruktion z. Zt. nur in den Westsektoren zur Ausführung gelangen [konnten].“⁷¹

Gegen den politischen Widerstand des Westens behandelten sowohl die UdSSR als auch die DDR selbst den Ostsektor Berlins praktisch von Beginn an weitgehend als Teil der DDR. Dementsprechend wurde auch das im Ostsektor geltende Besatzungsrecht als im gleichen Umfang wie in der DDR aufgehoben erachtet und lediglich einige Anordnungen der Alliierten Kommandatura aus der Zeit vor dem Rückzug des sowjetischen Vertreters im Jahr 1948 bis 1990 faktisch weiter befolgt.⁷²

Die Westsektoren Berlins waren zwar weitgehend in das Verfassungs-, Rechts-, Wirtschafts- und Währungssystem der Bundesrepublik einbezogen. Allerdings blieb dem Bund die Ausübung von „Regierungsgewalt“ in Berlin verwehrt,⁷³ und der 1955 in Kraft getretene Überleitungsvertrag konnte dort keine Anwendung finden. Stattdessen ordnete die Alliierte Kommandatura in ihrer Erklärung über Berlin vom 5. Mai 1955 die Fortgeltung des zu diesem Zeitpunkt in Kraft befindlichen Besatzungsrechts an. Rechtsvorschriften der alliierten Behörden konnten danach entweder durch diese selbst oder – mit ihrer Genehmigung – durch die Berliner Legislative geändert oder aufgehoben werden.⁷⁴

⁶⁹ Ausführlich zu den Besonderheiten des Besatzungsrechts in Berlin *Schröder*, Besatzungsrecht (Fn. 11), S. 20ff. und *Rensmann*, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 139ff., 169ff.

⁷⁰ Zusammenfassend *J.A. Frowein*, Berlin, in: R. Bernhardt (Hrsg.), EPIL, Bd. I, 2. Aufl. 1992, S. 382ff. sowie *R. Scholz*, in: J. Isensee/P. Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1. Aufl. 1987, § 9.

⁷¹ Erklärung des französischen Stadtkommandanten zur Wiederaufnahme der Tätigkeit der Alliierten Kommandatura vom 21. Dezember 1948, abgedruckt bei: v. *Münch*, Dokumente (Fn. 9), S. 151.

⁷² *Schröder*, Besatzungsrecht (Fn. 11), S. 40f.

⁷³ Sog. *Government-Vorbehalt*, vgl. Ziff. 4 des Schreibens der Militärgouverneure betreffend die Genehmigung des Grundgesetzes (Fn. 20). Siehe dazu BVerfGE 19, 377, 385; 20, 257, 266; 36, 1, 17.

⁷⁴ Erklärung über Berlin der Alliierten Kommandatura vom 5. Mai 1955, Ziff. VI, abgedruckt bei: v. *Münch*, Dokumente (Fn. 9), S. 173, 175. Zur Aufhebung durch den Berliner Gesetzgeber sowie die Alliierte Kommandatura bis 1990, s. *Schröder*, Besatzungsrecht (Fn. 11), S. 39f.

Durch die Beendigung der Vier-Mächte-Rechte und -Verantwortlichkeiten infolge des Zwei-plus-Vier-Vertrages blieb nach der hier vertretenen Auffassung auch das 1990 in Berlin geltende Besatzungsrecht i.e.S. unberührt. Eine abweichende Regelung ergibt sich auch nicht aus dem zwischen der „alten“ Bundesrepublik und den Drei Mächten geschlossenen Übereinkommen zur Regelung bestimmter Fragen in Bezug auf Berlin vom 25. September 1990.⁷⁵ Soweit die Alliierte Kommandatura (bis 1990) und das Berliner Abgeordnetenhaus von ihren Aufhebungsmöglichkeiten Möglichkeiten keinen Gebrauch gemacht haben⁷⁶ und besatzungsrechtliche Vorschriften in Berlin nicht durch das Sechste Überleitungsgesetz⁷⁷ ersetzt worden sind, gilt Besatzungsrecht in Berlin daher bis heute formell fort. Jedenfalls hinsichtlich des vor Juli 1948 erlassenen Kommandaturrechts gilt dies mangels einseitiger Dispositionsbefugnis der Sowjetunion auch für das ehemalige Ostberlin. Konsequente Folge der Rechtsauffassung der Westmächte wäre es zudem, eine formelle Geltung auch der ab Dezember 1948 von der Kommandatura erlassenen Vorschriften im ehemaligen Ostsektor anzunehmen.

b) Saarland

Nach der Wiedereingliederung des Saarlands, das keiner Besatzungszone angehört hatte, in das Bundesgebiet in den Jahren 1957 bis 1959 führte der Bundesgesetzgeber in anderen Ländern als Besatzungsrecht geltende Vorschriften per Bundesgesetz ein. Die entsprechenden Vorschriften sind also unproblematisch deutsches Bundesrecht.⁷⁸ Dieser Sonderfall kann daher im Folgenden außer Betracht bleiben.

III. Rechtsnatur des fortgeltenden Besatzungsrechts

Näherer Untersuchung bedarf die heutige Rechtsnatur des fortgeltenden Besatzungsrechts. Eine Qualifikation als deutsches Bundes- oder Landesrecht bedeutete zwangsläufig, dass sich die Kompetenzen zu seiner Aufhebung nach Art. 70ff. GG bestimmten.⁷⁹ Allerdings stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur – und somit der Aufhebungskompetenz – insoweit nicht, als besatzungsrechtliche Vorschriften in der Zwischenzeit vom dispositionsbefugten deut-

⁷⁵ Wiedergegeben im Rahmen der Verordnung zu dem Übereinkommen in bezug auf Berlin vom 25.9.1990 vom 28. September 1990, BGBl. II 1990, S. 1273, 1274.

⁷⁶ Zur Aufhebung von Berliner Besatzungsrecht bis 1990 s. *Schröder*, Besatzungsrecht (Fn. 11), S. 39f. sowie aktuell *Rensmann*, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 149ff, 169ff.

⁷⁷ Gesetz zur Überleitung von Bundesrecht nach Berlin (West) vom 25. September 1990, BGBl. I 1990, S. 2106.

⁷⁸ Hierzu *Schröder*, Besatzungsrecht (Fn. 11), S. 17f. m.w.N.

⁷⁹ Hierzu näher unter IV.4.

schen Gesetzgeber geändert worden sind. Diese Normen – und nur sie – sind durch diese Änderungen bereits in deutsches (Bundes- oder Landes-) Recht überführt worden.⁸⁰

1. Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes

Wie bereits gezeigt, handelte es sich bei dem von den Besatzungsbehörden erlassenen Recht um im Ursprung fremdes Recht, das auf der völkerrechtlichen Stellung der Besatzungsmächte beruhte. Als solches hatte es nicht der Verfügungsgewalt des Grundgesetzgebers unterlegen. Das Inkrafttreten des Grundgesetzes konnte daher auch kein Fortgelten nach Maßgabe der Art. 123ff. GG als (deutsches) Bundes- oder Landesrecht bewirken.⁸¹ Die fortgeltenden Vorschriften blieben Besatzungsrecht⁸² und behielten ihren fremdrechtlichen Charakter bei.

2. Nach Inkrafttreten des Überleitungsvertrages

Der 1955 in Kraft getretene Überleitungsvertrag trifft keine direkte Aussage zur Rechtsnatur des nach Ende des Besatzungszustands in der Bundesrepublik fortgeltenden Besatzungsrechts und lässt somit zunächst sowohl eine Fortgeltung als deutsches wie auch als Fremdrecht zu.⁸³ Die Formulierung, die Organe der Bundesrepublik und der Länder seien „gemäß ihrer im Grundgesetz festgelegten Zuständigkeit befugt“ (Art. 1 Abs. 1 S. 1 ÜV (1. Teil)), Besatzungsrecht aufzuheben, stellt zwar ein Indiz im Hinblick auf die noch zu untersuchende Kompetenzfrage dar. Sie sagt jedoch umgekehrt *per se* nichts über die Rechtsnatur des Besatzungsrechts nach Inkrafttreten des Vertrages aus. So setzt die Kompetenz eines deutschen Gesetzgebers zur Aufhebung von Besatzungsrecht nicht notwendig voraus, dass es sich bei diesem Recht um deutsches Recht handelt, sondern lediglich, dass das betreffende Recht *in* Deutschland gilt und eine völkerrechtliche Dispositionsbefugnis besteht. Für ein Fortbestehen des „fremdrechtlichen“ Charakters des fortgeltenden Besatzungsrechts spricht indes die in Art. 1 Abs. 1 S. 2 ÜV (1. Teil) gewählte Formulierung, wonach Besatzungsvorschriften in Kraft „bleiben.“

Das Bundesverfassungsgericht für seinen Teil hat sich in seiner ersten Entscheidung zum Überleitungsvertrag auf die Feststellung beschränkt, das Zustimmungsgesetz zum ÜV habe „*dieser vertraglichen Abmachung* die Kraft innerstaatlichen deutschen Rechts verliehen“ und

⁸⁰ Vgl. BVerfGE 4, 45, 50; 36, 146, 170; Art. 1 Abs. 1 S. 2 ÜV (1. Teil). Näher hierzu *Rensmann*, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 118ff. mit einer Übersicht über „inkorporiertes“ Besatzungsrecht, S. 196ff.

⁸¹ Statt vieler: *Maunz* (Fn. 18), Art. 123, Rn. 4.

⁸² BVerfGE 3, 368, 375.

⁸³ Vgl. *H. Tischbein*, NJW 1955, S.1179, 1180.

habe „so für die *Weitergeltung* der besatzungsrechtlichen Normen eine neue Rechtsgrundlage geschaffen, auf der von jetzt an mindestens formell die Geltung dieses in seinem Ursprung fremden Rechts beruh[e].“⁸⁴ Diese Äußerungen beziehen sich ersichtlich allein auf den das Besatzungsrecht betreffenden vertraglichen Anwendungs- bzw. Weitergeltungsbefehl (Art. 1 Abs. 1 S. 2 ÜV (1. Teil)). Die Frage, ob das bisherige Besatzungsrecht selbst durch Überleitungsvertrag und Vertragsgesetz seine Rechtsnatur geändert und deutsches Recht geworden oder es Besatzungsrecht geblieben ist, hat das Gericht jedoch zunächst ausdrücklich dahinstehen lassen.⁸⁵ In der Literatur ist darauf hingewiesen worden, die zur Disposition des deutschen Gesetzgebers gestellten (!) Besatzungsvorschriften bezögen infolge des Zustimmungsgesetzes „ihre verbindliche Kraft nicht mehr aus der alliierten Besatzungsgewalt, sondern aus der deutschen Gesetzgebungsgewalt“ und seien infolgedessen von deutschen Gerichten überprüfbar.⁸⁶ Unterstellt man die Richtigkeit dieser Auffassung, zieht dies jedoch nicht zwingend die Schlussfolgerung nach sich, Besatzungsrecht sei in deutsches Recht transformiert worden. So setzt eine Prüfungskompetenz deutscher Gerichte nicht zwingend voraus, der Gegenstand der Prüfung müsse deutsches Recht sein. Voraussetzung ist lediglich, dass es sich bei ihm um *in Deutschland geltendes Recht* handelt⁸⁷ und einer gerichtlichen Kontrolle keine anderweitigen Hindernisse im Wege stehen. So liegt denn auch der zweiten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Überleitungsvertrag, in der es die Fortgeltung des Besatzungsrechts ungeachtet seiner Verfassungsgemäßheit bestätigte und seine eigene Kompetenz zur Verwerfung besatzungsrechtlicher Bestimmungen verneinte,⁸⁸ ersichtlich die Auffassung zugrunde, fortgeltendes Besatzungsrecht habe seinen fremdrechtlichen Rechtscharakter beibehalten und sei nicht deutsches Recht geworden.⁸⁹

Allerdings könnte sich mit Inkrafttreten des Überleitungsvertrages 1955 eine andere Variante realisiert haben. So ist jedenfalls für konstruktiv möglich gehalten worden, Art. 123ff. GG könnten, trotz anfänglich fehlender Verfügungsgewalt des deutschen Verfassungsgesetzgebers über das Besatzungsrecht, auf dieses unter der aufschiebenden Bedingung des späteren

⁸⁴ BVerfGE 12, 281, 289 (Hervorhebungen durch die Verf.).

⁸⁵ BVerfGE 12, 281, 289.

⁸⁶ *Kimminich*, Souveränität (Fn. 41), S. 79; *Maier*, JZ 1955, S. 408, 409. Vgl. auch *Kirn* (Fn. 45), Art. 123, Rn. 11. Zu den Möglichkeiten einer indirekten Prüfung mittels Überprüfung des Zustimmungsgesetzes zum Überleitungsvertrag BVerfGE 12, 281, 290; 15, 337, 346, 350.

⁸⁷ Vgl. *H. Tischbein*, NJW 1955, S. 1179, 1180.

⁸⁸ BVerfGE 15, 337, 346ff., 349.

⁸⁹ Vgl. BVerwG, DVBl. 1973, S. 408, 409.

Eintritts der Dispositionsbefugnis anwendbar sein.⁹⁰ Insofern könnte nach Inkrafttreten des Überleitungsvertrags zumindest das dispositive Besatzungsrecht als Bundes- bzw. Landesrecht fortgelten. Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage der aufschiebend bedingten Anwendbarkeit von Art. 123ff. GG in einer frühen Entscheidung ausdrücklich offen gelassen.⁹¹ Jedoch ist gegen diese Konstruktion zu Recht eingewandt worden, die Anwendbarkeit von Art. 123 GG sei durch die Regelungen des Überleitungsvertrages ausgeschlossen worden.⁹² Anderenfalls hätte es dem deutschen Gesetzgeber verwehrt bleiben müssen, grundgesetzwidriges Besatzungsrecht (vorübergehend) aufrechtzuerhalten⁹³ bzw. einer dies ermöglichenden vertraglichen Vereinbarung zuzustimmen. Die Befugnis hierzu hat ihm jedoch das Bundesverfassungsgericht in seiner bereits erwähnten zweiten Entscheidung zum Überleitungsvertrag mit aus rechtlicher Sicht zwar nicht vollends befriedigendem, aber im Ergebnis zutreffendem Blick auf die seinerzeitige (deutschland-) politische Lage zugebilligt. Diese habe nicht die Herbeiführung eines vollständig verfassungsgemäßen, sondern nur eines „näher beim Grundgesetz“ stehenden Rechtszustands erlaubt.⁹⁴ Allerdings hat das Gericht dem Gesetzgeber zugleich und gewissermaßen zum Ausgleich aufgegeben, mit dem Grundgesetz unvereinbares Besatzungsrecht – soweit es seinem Zugriff unterliegt – in angemessener Frist zu korrigieren.⁹⁵

Das Vertragsgesetz zum Überleitungsvertrag hat damit fortgeltendes Besatzungsrecht weder unmittelbar in deutsches Recht überführt noch zu einer Anwendbarkeit von Art. 123ff. GG geführt. In deutsches Recht transformiert bzw. in der Bundesrepublik vollziehbar wurde allein der das Inkraftbleiben des Besatzungsrechts anordnende Weitergeltungsbefehl des Art. 1 Abs. 1 S. 2 ÜV (1. Teil). Das Besatzungsrecht selbst hat seinen fremdrechtlichen Charakter beibehalten.⁹⁶ Hiervon sind neben dem Bundesverfassungsgericht auch die Bundesregierung und

⁹⁰ Zinn (Fn. 18), S. 67ff. spricht insofern von einem „subsidiären Dispositionsrecht“; vgl. *H.P. Ipsen*, ebd., S. 88f., 103f.; *E. Kern*, MDR 1950, 68, 71; i.E. allerdings ablehnend *Maunz* (Fn. 45), Art. 123 Rn. 4; kritisch auch *Ringelmann* (Fn. 20), S. 96, 107ff.

⁹¹ BVerfGE 3, 369, 376.

⁹² *Maunz* (Fn. 18), Art. 123 Rn. 4.

⁹³ *Wolff* (Fn. 22), Art. 123 Abs. 1, Rn. 18.

⁹⁴ Vgl. BVerfGE 15, 337, 347ff. Zu dieser „Annäherungstheorie“ s. auch *P. Lerche*, DÖV 1971, S721.

⁹⁵ BVerfGE, 337, 349ff.

⁹⁶ Siehe auch *H. Tischbein*, NJW 1955, S. 1179, 1180. Zu der weiteren Möglichkeit einer Transformation durch das Zustimmungsgesetz zum ÜV nach Art. 100 Abs. 1 GG analog und diese i.E. zutreffenderweise ablehnend *Rensmann*, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 111f. Vgl. BVerfGE 3, 369, 376.

der Bundesgesetzgeber ausgegangen, als sie von einer Aufnahme besatzungsrechtlicher Vorschriften in die Sammlung des Bundesrechts im Jahr 1968 absahen.⁹⁷

3. Nach der Wiedervereinigung Deutschlands

An dem Befund, der Überleitungsvertrag selbst habe unmittelbar keine Überführung des Besatzungsrechts in deutsches Recht bewirkt, ändert sich auch infolge des Zwei-plus-Vier-Vertrags und des Notenwechsels zum Überleitungsvertrag aus dem Jahr 1990 nichts.

Allerdings stellt sich die Frage, ob der Eintritt der – nunmehr uneingeschränkten – Dispositionsbefugnis über fortgeltende besatzungsrechtliche Vorschriften deren Fortgeltung als deutsches (Bundes- oder Landes-) Recht aufgrund einer aufschiebend bedingten Anwendung der Art. 123ff. GG zur Folge hat.⁹⁸ So sind die Gründe für die ursprünglich von Seiten des Bundesverfassungsgerichts geübte Rücksichtnahme mit dem Fortfall der ihr zugrunde liegenden deutschlandpolitischen Zwänge des Gesetzgebers nach der Wiedervereinigung der beiden deutschen Staaten gleichfalls entfallen. Von einer – rechtlich ohnehin kaum zu begründenden – Ausschlusswirkung des Überleitungsvertrages bzw. des Vertragsgesetzes gegenüber Art. 123 GG kann daher nicht mehr ausgegangen werden. Hinzu kommt, dass die dem Gesetzgeber vom Bundesverfassungsgericht seinerzeit eingeräumten Fristen zur Anpassung verfassungswidrigen Besatzungsrechts mittlerweile wohl abgelaufen wären.⁹⁹

Gegen eine – aufschiebend bedingte – *direkte* Anwendung von Art. 123 GG auf fortgeltendes Besatzungsrecht ergeben sich gleichwohl durchgreifende Bedenken. So besteht zwar die Möglichkeit einer entsprechenden gedanklichen Konstruktion. Der Grundgesetzgeber hat diese jedoch nicht durch eine für die Schaffung hinreichender Rechtsklarheit erforderliche, ausdrückliche Anordnung nachvollzogen.¹⁰⁰ Hinzu kommt, dass *nach* Zusammentritt des Bundestages erlassenes Besatzungsrecht nur mittels einer entsprechenden Anwendung von Art. 123 GG zu erfassen wäre.

⁹⁷ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über den Abschluss der Sammlung des Bundesrechts, BT-Drs. V/3227, S. 3. Vgl. auch die Übersicht über das in der Bundesrepublik Deutschland in Kraft befindliche Besatzungsrecht (Stand vom 1. September 1961), Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 187 vom 28. September 1961, S. 2, in der das fortgeltende Besatzungsrecht als „Fremdkörper“ bezeichnet wird.

⁹⁸ So i.E. *Wolff* (Fn. 22), Art. 123 Abs. 1, Rn. 19.; *Kirn* (Fn. 45), Art. 123, Rn. 11; *H.D. Jarass*, in: ders./B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl. 2004, Art. 123, Rn. 4a.

⁹⁹ *Wolff* (Fn. 22), Art. 123 Abs. 1, Rn. 18, der jedoch im Folgenden die Anwendbarkeit von Art. 123 GG nach 1990 bejaht, ebd., Rn. 19.

¹⁰⁰ Vgl. *Holtkotten* (Fn. 18), Art. 123, Anm. I. 4., S. 7f.. So zunächst auch *Wolff* (Fn. 22), Art. 123 Abs. 1, Rn. 18, der dennoch die Anwendbarkeit von Art. 123 GG nach 1990 bejaht, ebd., Rn. 19.

Insofern ist davon auszugehen, dass nach der Wiedervereinigung fortgeltendes Besatzungsrecht nicht unmittelbar über Art. 123 GG als deutsches Recht fortgilt,¹⁰¹ sondern seinen Charakter als im Ursprung fremdes Recht bis heute nicht verloren hat und nach wie vor eine Sonderstellung in der verfassungsmäßigen Ordnung Deutschlands einnimmt.¹⁰² Ausgeschlossen ist damit jedoch nicht, es als in Deutschland geltendes, der Dispositionsbefugnis des deutschen Gesetzgebers unterliegendes Recht hinsichtlich seiner Aufhebung wie deutsches Recht zu behandeln.¹⁰³

4. Sonderfall: Berlin

Komplex gestaltet sich die Frage der Rechtsnatur fortgeltenden Besatzungsrechts auch in Berlin. Soweit von den Besatzungsbehörden erlassene Normen Rechtswirkungen nach außen entfalten, wie z.B. Gesetze, Verordnungen oder Befehle (Berlin Kommandatura Order, BK/Ord), wird davon auszugehen sein, dass diese ebenfalls nach wie vor fremdrechtlicher Natur sind. Anders könnte der Fall jedoch bei den sog. BK/Os (ebenfalls Berlin Kommandatura Order) gelagert sein, die seit 1950 erlassen wurden und von 1955 bis in das Jahr 1990 hinein das hauptsächliche Mittel alliierter Rechtsetzung darstellten. Hierbei handelt es sich um Anordnungen an den Oberbürgermeister bzw. Regierenden Bürgermeister von Berlin, der für ihre Umsetzung Sorge zu tragen hatte. Dies erfolgte in der Regel durch Bekanntmachung der BK/Os im Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin in deutscher Sprache.¹⁰⁴ Insoweit könnte es sich nach erfolgter Umsetzung um deutsches (Landes-) Recht in Berlin handeln. Letztendlich gegen eine Qualifizierung von BK/Os als deutsches Recht spricht allerdings, dass zum einen Texte der alliierten Gesetzgebung nur in den Sprachen der Besatzungsmächte verbindlich sein sollten¹⁰⁵ und zum anderen der Berliner Gesetzgeber bei der Aufhebung von Besatzungsrecht von der Zustimmung der alliierten Behörden abhängig war. Somit ist auch von einem fremdrechtlichen Charakter des fortgeltenden Berliner Besatzungsrechts auszugehen.

IV. Kompetenz zur Aufhebung des fortgeltenden Besatzungsrechts

Das vereinte Deutschland besitzt heute die volle Verfügungsgewalt über die noch fortgeltenden Vorschriften des von den Besatzungsbehörden der Siegermächte des Zweiten Weltkriegs

¹⁰¹ Vgl. auch C. Schulze, in: M. Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 123, Rn. 6; Sannwald (Fn. 45), Art. 123, Rn. 13. Zur analogen Anwendbarkeit von Art. 123ff. GG siehe unten IV.4.a).

¹⁰² So auch Rensmann, Besatzungsrecht (Fn. 5), S. 121.

¹⁰³ Hierzu unter IV.4.

¹⁰⁴ Zum Ganzen Schröder, Besatzungsrecht (Fn. 11), S. 36f., 38f.

¹⁰⁵ Vgl. BK/O (47) 191 vom 30. August 1947 und Art. III Abs. 1 des AK-Gesetzes Nr. 1 vom 9. Februar 1950, abgedruckt bei: Schröder, Besatzungsrecht (Fn. 11), S. 194 ff., 199f.

erlassenen Besatzungsrechts. Zu klären bleibt die Frage nach der innerstaatlichen, d.h. verfassungsrechtlichen Kompetenz zur Wahrnehmung der völkerrechtlichen Befugnis.

Der Umstand, dass die bisherige wie wohl auch die neue Bundesregierung die Bereinigung des Besatzungsrechts im Rahmen der Bereinigung des Bundesrechts plant, lässt darauf schließen, dass sie von einer entsprechenden Zuständigkeit des Bundes ausgeht. Die Berechtigung einer solchen Annahme gilt es zu überprüfen. Dabei ist von der Prämisse auszugehen, dass eine Aufhebung besatzungsrechtlicher Vorschriften – ganz gleich, ob sie deutsches oder fremdes Recht sind – als jedenfalls *in* Deutschland geltendes Recht auch nach dem vollständigen Verlust ihres ursprünglichen Vorranges vor der deutschen Gesetzgebung schon aus Gründen der Rechtssicherheit nur auf dem Wege formeller Gesetzgebung erfolgen kann. Ausgangspunkt kompetenzrechtlicher Überlegungen ist somit die Grundsatznorm des Art. 70 Abs. 1 GG. Danach bedarf der Bund der Verleihung einer Gesetzgebungsbefugnis durch das Grundgesetz.

1. Geschriebene Aufhebungskompetenz für Besatzungsrecht

Die Suche im Grundgesetz nach einer ausdrücklichen, geschriebenen Zuständigkeit für die Aufhebung von Besatzungsrecht, insbesondere in den Kompetenzkatalogen der Art. 73 und 74 GG, bleibt ergebnislos. Als in Deutschland geltendes Recht lässt sich Besatzungsrecht jedenfalls heute auch nicht länger unter den Begriff der „auswärtigen Angelegenheiten“ i.S.v. Art. 73 Nr. 1 GG fassen. Dieser umfasst ausschließlich die Beziehungen, die sich aus der Stellung der Bundesrepublik als Völkerrechtssubjekt zu anderen Staaten¹⁰⁶ und sonstigen Völkerrechtssubjekten ergeben.¹⁰⁷ Auch die Titel der Art. 74 Nrn. 9 bis 10a GG zu Kriegsschäden etc. sind nicht einschlägig.

2. Ungeschriebene Aufhebungskompetenz kraft Natur der Sache

Zu den vom Grundgesetz dem Bund verliehenen Gesetzgebungszuständigkeiten gehören allerdings nicht nur die ausdrücklich als solche formulierten Kompetenztitel, sondern auch solche sog. „ungeschriebenen“ Kompetenzen, die im Verfassungstext implizit enthalten sind oder zumindest mit Hilfe allgemeiner Auslegungsmittel aus dem geschriebenen Verfassungsrecht abgeleitet werden können.¹⁰⁸ An vorhandene, positive Zuständigkeiten knüpfen dabei

¹⁰⁶ BVerfGE 33, 52, 60.

¹⁰⁷ C. Degenhart, in: M. Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. (2003), Art. 73, Rn. 2.

¹⁰⁸ Zusammenfassend Degenhart (Fn. 107), Art. 70, Rn. 22.

die sog. Annexkompetenz sowie die sog. Kompetenz kraft Sachzusammenhangs an, für die jedoch im vorliegenden Zusammenhang ein überzeugender Anknüpfungspunkt nicht ersichtlich ist. Die dritte Erscheinungsform „ungeschriebener“ Bundeskompetenzen ist die sog. Kompetenz kraft Natur der Sache, die ihre Grundlage in allgemeinen Grundsätzen der Verfassung, die den Bundesstaat betreffen, findet.¹⁰⁹

Die Zuständigkeit kraft Natur der Sache erstreckt sich nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (nur) auf Bereiche der Gesetzgebung, die ihrem „Wesen“ nach,¹¹⁰ gleichsam „begriffsnotwendig“¹¹¹ einer Regelung durch die Länder entzogen sind. Zur Annahme einer notwendig ausschließlichen Bundeskompetenz kraft Natur der Sache muss es sich also um „eigenste, der partikularen Gesetzgebungszuständigkeit a priori entrückte“¹¹² Angelegenheiten des Bundes handeln.¹¹³ Gegenstände einer solchen „natürlichen“¹¹⁴ Bundeszuständigkeit sind beispielsweise die Bundessymbole, die Festlegung nationaler Feiertage oder der Sitz der Bundesregierung.¹¹⁵

Als Ausgangspunkt für die Annahme einer ausschließlichen Bundeskompetenz kraft Natur der Sache zur Aufhebung von Besatzungsrecht kommt zunächst der nach wie vor fremdrechtliche Charakter dieses Normenkomplexes in Betracht. Dieser könnte eine umfassende Befassung durch den Bundesgesetzgeber im o.a. Sinne zwingend erforderlich machen.

In der Tat spricht eine Reihe von guten Gründen für eine umfassende Aufhebungskompetenz des Bundes. So wird dem von Seiten des Bundesverfassungsgerichts an den deutschen Gesetzgeber gerichteten Auftrag, zu seiner Disposition stehendes, mit dem Grundgesetz unvereinbares Besatzungsrecht den verfassungsrechtlichen Vorgaben anzupassen bzw. dieses zu beseitigen,¹¹⁶ am schnellsten durch solche Bundeskompetenz Rechnung zu tragen sein. Sie machte u.U. auch die Erfassung des Bestands an heute fortgeltenden besatzungsrechtlichen Normen entbehrlich. Eine solche Bestandsaufnahme erweist sich nämlich u.a. aufgrund des

¹⁰⁹ Siehe nur *Degenhart* (Fn. 107), Art. 70, Rn. 23.

¹¹⁰ BVerfG 3, 407, 422.

¹¹¹ BVerfGE 11, 89, 99.

¹¹² BVerfGE 11, 89, 99.

¹¹³ Zusammenfassend *P. Kunig*, in: I. v. Münch/ders., Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. (2003), Art. 70, Rn. 27.

¹¹⁴ Ebd.

¹¹⁵ Weitere (auch negative) Beispiele im Überblick bei *B. Pieroth*, in: H.D. Jarass/ders., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl. 2004, Art. 70, Rn. 9.

¹¹⁶ Siehe oben III.2.

unübersichtlichen und lückenhaften Veröffentlichungswesens der Besatzungsbehörden als schwierig und mit einem „Restrisiko“ der Unvollständigkeit behaftet.¹¹⁷ In jedem Falle aber ist sie hochgradig aufwändig.¹¹⁸ Vermeiden ließen sich von vornherein auch die mindestens ähnlichen, wenn nicht sogar noch größeren Schwierigkeiten, die eine Zuordnung der einzelnen betroffenen Normen nach ihren jeweiligen Regelungsmaterien zu den unterschiedlichen Gesetzgebern mit sich bringen könnte, weist man – alternativ – die Zuständigkeit zur Aufhebung von Besatzungsrecht Bund und Ländern gemäß ihren grundgesetzlichen Gesetzgebungszuständigkeiten zu.¹¹⁹ Auch das sich ggfs. zusätzlich stellende Problem der Feststellung des räumlichen Geltungsbereichs besatzungsrechtlicher Normen wäre umgangen. Auf die Komplexität der Rechtslage in Berlin sei an dieser Stelle nur hingewiesen.

Schließlich spricht einiges dafür, dass eine umfassende Aufhebung fortgeltenden Besatzungsrechts durch den Bund den Gesetzgebern der Länder letztendlich womöglich gar einen Dienst erweisen könnte. So würden Hindernisse und Zweifel, die sich hinsichtlich Rang und systematischer Stellung des fremdrechtlichen Besatzungsrechts oder seiner Zuordnung im Einzelnen innerhalb der Kompetenzordnung des Grundgesetzes ergeben mögen, ebenso beseitigt wie eine ggfs. bestehende Sperrwirkung nach Art. 72 GG. Der Weg für eine eigene Gesetzgebung auf den betreffenden Gebieten würde für den Landesgesetzgeber endgültig frei.¹²⁰ Ohne an dieser Stelle eine eingehende inhaltliche Untersuchung des fortgeltenden Besatzungsrechts vornehmen zu wollen, geschweige denn zu können, ist darüber hinaus davon auszugehen, dass der Verlust der Länder an heute noch praxisrelevanten besatzungsrechtlichen Vorschriften, die nicht ohnehin schon in Landesrecht überführt worden sind, äußerst gering wäre.¹²¹ Auch die Gefahr, der Bund könne auf solchen Regelungsgebieten, die nach dem Grundgesetz den Ländern zugewiesen sind, eigene, positive Regelungsinteressen verfolgen, wäre durch eine Kompetenz zur bloßen Aufhebung von Besatzungsrecht von vornherein ausgeschlossen. Mit einem gewissen wohlwollenden Zynismus könnte daher im Ergebnis von einem Zuge-

¹¹⁷ Schröder, Besatzungsrecht (Fn. 11), S. 6.

¹¹⁸ Eine Große Anfrage der damaligen Opposition u.a. zum Bestand des fortgeltenden Besatzungsrechts blieb bezeichnenderweise seinerzeit bis zum Ende der Legislaturperiode unbeantwortet, BT-Drs. 11/4158 vom 9. März 1989, S. 3f unter I. 2. und 3. Der jüngste Versuch einer Bestandsaufnahme wurde, soweit ersichtlich, von Rensmann, Besatzungsrecht (Fn. 5) unternommen, der sich jedoch der Frage der innerstaatlichen Aufhebungskompetenzen (womöglich ebenfalls bezeichnenderweise) nicht ausführlicher gewidmet hat. Frühere Überblicke bei Schröder, Besatzungsrecht (Fn. 11), sowie in der Übersicht über das in der Bundesrepublik formell in Kraft befindliche Besatzungsrecht (Stand vom 1. September 1961), Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 187 vom 28. September 1961.

¹¹⁹ Hierzu unter IV.4.

¹²⁰ Vgl. BVerfGE 1, 283, 294f.

winn der Länder an gesetzgeberischer Freiheit, jedenfalls aber von einem Gewinn an Rechtsklarheit, durch Bejahung einer Bundeskompetenz kraft Natur der Sache zur Aufhebung von Besatzungsrecht gesprochen werden.

Bei näherer Betrachtung der vorstehenden Ausführungen wird allerdings deutlich, dass die angeführten Argumente zugunsten einer Kompetenz des Bundes zur umfassenden Aufhebung von Besatzungsrecht im Ergebnis ausschließlich Überlegungen praktischer, rechtstechnischer sowie rechtspolitischer Zweckmäßigkeit entspringen – mögen sie auch in der Sache noch so einleuchtend sein. Zweckmäßigkeitserwägungen indes vermögen eine Zuständigkeit kraft Natur der Sache nicht zu begründen.¹²² „Schlussfolgerungen ‚aus der Natur der Sache‘ müssen begriffsnotwendig sein und eine bestimmte Lösung unter Ausschluss anderer Möglichkeiten sachgerechter Lösung zwingend fordern.“¹²³ Diesem Maßstab wird ein Abstellen auf den fremdrechtlichen Charakter des fortgeltenden Besatzungsrechts – auch bei Berücksichtigung der vorgenannten Aspekte – nicht gerecht. Ein Blick auf die bisherige bundesdeutsche Staatspraxis zur Aufhebung besatzungsrechtlicher Vorschriften verdeutlicht dies.¹²⁴ Er zeigt, dass andere Lösungsmöglichkeiten als die einer Bundeskompetenz in dieser Angelegenheit nicht ausgeschlossen sind.

3. Bisherige Staatspraxis

So haben im Anschluss an die völkerrechtliche „Freigabe“ des sog. gewöhnlichen, d.h. voll dispositiven Besatzungsrechts durch den Überleitungsvertrag im Jahr 1955 sowohl Bund als auch Länder in großem Umfang besatzungsrechtliche Vorschriften beseitigt.

Zu diesem Zweck haben sie zum einen sowohl einzelne Besatzungsvorschriften durch eigene Normen ersetzt als auch ganze Gesetzesmaterien insgesamt neu geregelt. Insoweit ließe sich argumentieren, Bund und Länder hätten hier in erster Linie von den jeweiligen, ihnen nach dem Grundgesetz zugewiesenen „positiven“ Gesetzgebungszuständigkeiten, d.h. ihren Kompetenzen zum Erlass neuer Normen, Gebrauch gemacht, während die Zuständigkeit zur blo-

¹²¹ Zudem bliebe die Möglichkeit einer starren, landesrechtlichen Verweisung auf aufgehobene Besatzungsnormen unberührt.

¹²² Degenhart (Fn. 107), Art. 70, Rn. 24.

¹²³ BVerfGE 11, 89, 99.

¹²⁴ Jedenfalls im Hinblick auf die Auslegung von Kompetenzbestimmungen wird immer wieder auf ein „besonderes“ Gewicht der Staatspraxis verwiesen, s. nur Kunig (Fn. 113), Art. 70, Rn. 21; Pieroth (Fn. 115), Art. 70, Rn. 4 m.w.N.

ßen Aufhebung von Besatzungsrecht, die Kompetenz zu „negativer“ Gesetzgebung also, ausschließlich beim Bund liege.

Selbst wenn man eine solche Aufspaltung von „positiver“ und „negativer“ Gesetzgebungskompetenz hinnehmen wollte, spräche die weitere Staatspraxis dagegen, die reine Aufhebungskompetenz im vorliegenden Zusammenhang tatsächlich allein dem Bund zuzusprechen. Denn Gesetze, die allein der ersatzlosen Aufhebung bzw. der Außer-Wirksamkeit-Setzung von Besatzungsrecht dienten, sind sowohl vom Bund als auch von den Ländern erlassen worden.¹²⁵

Vor allem aber wird aus der Staatspraxis deutlich, dass weder Bund noch Länder davon ausgingen, es existiere eine von der jeweiligen Regelungsmaterie der aufzuhebenden Vorschriften losgelöste reine Aufhebungskompetenz. Vielmehr legten sowohl Bund als auch Länder bei der Bestimmung ihrer Aufhebungskompetenzen die Regelungsmaterie der jeweiligen besatzungsrechtlichen Bestimmung als maßgebliches Kriterium zugrunde und stellten damit gerade auf die ihnen vom Grundgesetz zugewiesenen positiven Gesetzgebungszuständigkeiten ab.¹²⁶ So waren die Länder während der Gesetzgebungsverfahren zu den Aufhebungsgesetzen des Bundes peinlich auf die Wahrung ihrer verfassungsrechtlich garantierten Kompetenzen bedacht.¹²⁷ Der Bund für seinen Teil hatte bestimmte Vorschriften mit ausdrücklicher Rücksicht auf ihre Zuordnung zu den Zuständigkeiten der Länder von vornherein aus dem Anwendungsbereich seiner Bereinigungsgesetze ausgenommen.¹²⁸ Auf die Aufnahme anderer Besatzungsnormen hat er im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens – auf entsprechenden Pro-

¹²⁵ Bund: Erstes Gesetz zur Aufhebung von Besatzungsrecht vom 30. Mai 1956, BGBl. 1956 I, S. 437; Zweites Gesetz zur Aufhebung von Besatzungsrecht vom 30. Mai 1956, BGBl. 1956 I, S. 446; Drittes Gesetz zur Aufhebung von Besatzungsrecht vom 23. Juli 1958, BGBl. 1958 I, S. 540; Viertes Gesetz zur Aufhebung von Besatzungsrecht vom 19. Dezember 1960, BGBl. 1960 I, S. 1015; Länder: Gesetz zur Aufhebung von Besatzungsrecht in Bayern vom 25. März 1958, GVOBl. 1958, S. 39; Erstes hamburgisches Gesetz zur Aufhebung von Besatzungsrecht vom 3. Juli 1956, GVOBl. 1956, S. 135; Niedersächsisches Gesetz zur Aufhebung von Besatzungsrecht vom 28. Januar 1958, GVOBl. 1958, S. 5; Landesgesetz zur Aufhebung von Besatzungsrecht im Lande Rheinland-Pfalz vom 21. Februar 1966, GVOBl. 1966, S. 59.

¹²⁶ Z.B. Art. 2 des Bayerischen sowie § 1 Abs. 1 des Rheinland-Pfälzischen Aufhebungsgesetzes (Fn. 125).

¹²⁷ Siehe nur die Stellungnahmen und Änderungsvorschläge des Bundesrates zum Entwurf des Ersten Aufhebungsgesetzes des Bundes, BT-Drs. 2/1552, Anlage C; Stellungnahme des Bundesrates vom 8. Februar 1957 zum Dritten Aufhebungsgesetz, BT-Drs. 3/110, Anlage D; Stellungnahme des Bundesrates zum Vierten Aufhebungsgesetz, BT-Drs. 3/2052, Anlage C, Ziff. 1; vgl. auch Erster Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Aufhebung des Besatzungsrechts, BT-Drs. 3/305, S. 1f., Ziff. 2 zur Anlage zu § 1.

¹²⁸ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Ersten Aufhebungsgesetzes, BT-Drs. 2/1552, S. 13, Ziff. I lit. d); vgl. auch Erster Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Aufhebung des Besatzungsrechts, BT-Drs. 3/305, S. 1f., Ziff. 2 zur Anlage zu § 1.

test der Länder hin und trotz Beharrens auf einer eigenen Zuständigkeit auf den betroffenen Sachgebieten¹²⁹ – verzichtet bzw. die Einfügung eines den Anwendungsbereich des Gesetzes ausdrücklich auf die Kompetenzen des Bundes beschränkenden Zusatzes in den Gesetzeswortlaut hingenommen.¹³⁰

Einer Regelung zur pauschalen Aufhebung sämtlichen „unveröffentlichten“ Besatzungsrechts schließlich, die der Bund im Rahmen seines Ersten Aufhebungsgesetzes getroffen hatte (§ 3), ist in der Literatur die Wirksamkeit in den Ländern abgesprochen worden.¹³¹

Der Rückblick auf die bisherige Staatspraxis macht somit deutlich, dass sich Bund und Länder im Grundsatz darüber einig waren, dass die Aufhebung fortgeltenden Besatzungsrechts entsprechend den ihnen nach dem Grundgesetz zugewiesenen sachlichen Gesetzgebungszuständigkeiten zu erfolgen habe. Davon, dass die Aufhebung von Besatzungsrecht einer Zuständigkeit der Länder *a priori* entzogen sei, kann somit keine Rede sein.

4. Aufhebung von Besatzungsrecht als „negative“ Ausübung geschriebener Kompetenzen

Nicht zuletzt der Blick auf die Staatspraxis wirft allerdings die Frage auf, ob es der Herleitung einer besonderen Kompetenz zur Aufhebung fortgeltenden Besatzungsrechts aus (verfassungs-)rechtlicher Sicht überhaupt bedarf. Anstelle einer speziellen Aufhebungskompetenz könnte vielmehr – mittel- oder unmittelbar – auf die herkömmliche, geschriebene Kompetenzordnung des Grundgesetzes, namentlich Art. 70ff. GG, zurückzugreifen sein. Die dort geregelten Gesetzgebungszuständigkeiten umfassen – ausgehend von dem allgemeinen Begriff der Gesetzgebung als „die von einer Autorität vorgenommene allgemein verbindliche Festlegung von Rechtsnormen“¹³² – unproblematisch nicht nur die Befugnis zur positiven Gesetzgebung, d.h. zur Einwirkung auf den Rechtsbestand durch den *Erlass* neuer Vorschriften, sondern auch die Kompetenz zu einer Einwirkung durch die *Aufhebung* bestehender Normen – gewissermaßen als „negative“ Ausübung der Gesetzgebungszuständigkeit. Dieser

¹²⁹ Stellungnahme der Bundesregierung zu den Stellungnahmen und Änderungsvorschlägen des Bundesrates zum Ersten Aufhebungsgesetz, BT-Drs. 2/1552, Anlage D, zu 1 b) und 4. sowie Stellungnahme der Bundesregierung zu den Vorschlägen des Bundesrates zum Dritten Aufhebungsgesetz, BT-Drs. 3/110, Anlage E.

¹³⁰ Stellungnahme der Bundesregierung zu den Vorschlägen des Bundesrates zum Entwurf des Vierten Aufhebungsgesetzes, BT-Drs. 3/2052, Anlage D, Abs. 1; vgl. dazu das Vierte Aufhebungsgesetz, Anlage 1, Abschnitt A.

¹³¹ G. Rütz, DÖV 1963, S. 14, 16.

¹³² H. Schneider, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002, § 2, Rn. 29.

Weg hätte den „Charme“, die größtmögliche „Annäherung“ an die grundgesetzliche (Kompetenz-) Ordnung zu bewirken – ein Aspekt, dem das Bundesverfassungsgericht, wie gezeigt, in seiner Rechtsprechung zum alliierten Besatzungsregime und dessen nachwirkenden politischen Zwängen wiederholt besonderes Gewicht beigemessen hat, wenn auch bislang eher, um die strikte Bindung des Bundesgesetzgebers an das Grundgesetz zu lockern.¹³³

a) Besatzungsrecht als deutsches Recht: Art. 70ff. iVm Art. 123ff. GG

Geht man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon aus, heute noch in Kraft befindliches Besatzungsrecht gelte – ggfs. aufschiebend bedingt – unmittelbar über Art. 123 GG und nach Maßgabe der Art. 124, 125 GG als deutsches Bundes- oder Landesrecht fort, so bestimmen sich die Aufhebungszuständigkeiten notwendig nach Art. 70ff. GG – mit den sich aus Art. 125 GG ergebenden Modifikationen.¹³⁴

Lehnt man dagegen eine unmittelbare Anwendbarkeit der Art. 123ff. GG auf das fortgeltende Besatzungsrecht ab, bleibt die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung,¹³⁵ ebenfalls mit der Folge einer modifizierten Anwendung von Art. 70ff. GG. Voraussetzung ist allerdings das Bestehen einer Regelungslücke. Im Folgenden wird indes deutlich werden, dass es jedenfalls im Hinblick auf die Aufhebung fortgeltenden Besatzungsrechts eines „Umweges“ über Art. 123ff. GG nicht bedarf, eine solche Lücke also nicht besteht.¹³⁶

b) Besatzungsrecht als Fremdrecht

Auch die hier vertretene Auffassung, das fortgeltende Besatzungsrecht habe seinen fremdrechtlichen Charakter auch im vereinten Deutschland nicht abgelegt, versperrt indes den Weg hin zur Kompetenzordnung der Art. 70ff. GG nicht.

Den ersten Anknüpfungspunkt für eine Anwendung von Art. 70ff. GG auch unter dieser Prämisse liefert Art. 1 Abs. 1 S. 1 ÜV (1. Teil) in der Fassung des Notenwechsels vom 27./28. September 1990. Danach sind „[d]ie Organe der Bundesrepublik und der Länder [...] gemäß ihrer im Grundgesetz festgelegten Zuständigkeiten befugt, von den Besatzungsbehörden erlas-

¹³³ Siehe oben III.2.

¹³⁴ Hierzu C. Degenhart, in: M. Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 125, Rn. 3.

¹³⁵ Kirn (Fn. 45), Art. 123, Rn. 11; Jarass (Fn. 98), Art. 123, Rn. 4a; vgl. auch R. Stettner, in: H. Dreier, Grundgesetz, Bd. III, 2000, Art. 123, Rn. 19.

¹³⁶ Hierzu sogleich unter IV.4.b). Lediglich angemerkt sei an dieser Stelle, dass sich – soweit ersichtlich – in den Gesetzgebungsmaterialien zur bisherigen Aufhebungspraxis des Bundes kein Hinweis für eine Anwendung der Art. 70ff. GG nach Maßgabe der Art. 123ff. GG findet.

sene Rechtsvorschriften aufzuheben oder zu ändern.“¹³⁷ Der Rechtsausschuss des Bundestages ging davon aus, Art. 1 und 2 ÜV (1. Teil) seien „Rechtsgrundlage“ für die Aufhebung fortgeltenden Besatzungsrechts.¹³⁸ Nicht genau erkennbar ist allerdings, ob er damit lediglich auf die völkerrechtliche Dispositionsbefugnis abstellen wollte oder (zumindest auch) auf die verfassungsrechtliche Aufhebungskompetenz. Die Formulierung lässt Raum für die eine wie die andere Interpretation.

Festzuhalten ist zunächst, dass die Regelung des Art. 1 Abs. 1 S. 1 ÜV (1. Teil) mittels des Zustimmungsgesetzes gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG aus dem Jahre 1955 in Deutschland – auf dem Gebiet der „alten“ Bundesrepublik – anwendbares Recht im Range eines Bundesgesetzes geworden ist.¹³⁹ Insofern könnte es sich tatsächlich um eine einfachgesetzliche Kompetenzzuweisung handeln. Gegen eine solche ergäben sich jedenfalls vorliegend insoweit keine Bedenken, als ihr, wie gezeigt, kein dezidierter grundgesetzlicher Aufhebungskompetenztitel entgegensteht.

Auf der anderen Seite verweist die Vertragsbestimmung selbst auf die grundgesetzliche Kompetenzordnung. Insofern erscheint es näherliegend, von einem einfachgesetzlichen „Anwendungsbefehl“ oder auch nur einer einfachgesetzlichen Klarstellung über die Anwendbarkeit von Art. 70ff. GG in Zusammenhang mit der Aufhebung von Besatzungsrecht zu sprechen.

Zwar ließe sich gegen alle solche Deutungsvarianten einwenden, bei dem Verweis auf die grundgesetzlichen Zuständigkeiten handele es sich um nichts anderes als die deklaratorische Feststellung des völkerrechtlichen Grundsatzes, wonach die innerstaatliche Umsetzung eines Vertrages allein Sache der Vertragsparteien entsprechend den Vorgaben ihrer Rechtsordnung ist. Der Norm jedoch auf diese Weise jeglichen normativen Charakter abzusprechen, ist kaum mit der Bestimmtheit in Einklang zu bringen, mit der sie formuliert ist. Auch die seinerzeitigen politischen Gegebenheiten bei Abschluss des Überleitungsvertrages legen einen anderen Schluss nahe: die maßgebende Rolle der Drei Mächte bei der Entstehung des Grundgesetzes sowie die ihnen auch nach den Bonner Verträgen vorbehaltenen, weitreichenden Rechte las-

¹³⁷ Hervorhebungen durch die Verf.

¹³⁸ Erster Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Aufhebung des Besatzungsrechts, BT-Drs. 3/305, S. 1, 1. Absatz; vgl. auch Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs *Rainer Funke* vom 27. Februar 1998 auf die Schriftliche Frage des Abgeordneten *Volker Kröning*, BT-Drs. 13/10073, Nr. 14.

sen vielmehr vermuten, dass die westlichen Besatzungsmächte der o.a. Formulierung mehr Bedeutung beimäßen als die eines bloßen Hinweises auf eine – unter gewöhnlichen Umständen – völkerrechtliche Selbstverständlichkeit.

Trotz bestehender Schwierigkeiten bei seiner (verfassungs-) rechtlichen Einordnung ist Art. 1 Abs. 1 S. 1 ÜV (1. Teil) in der Fassung des Notenwechsels vom 27./28. September 1990 somit zumindest eine „normative Indizwirkung“ dahingehend zuzuschreiben, Bund und Länder sollten Besatzungsrecht entsprechend ihren grundgesetzlichen Zuständigkeiten aufheben. Dies findet seine inhaltliche Bestätigung in der nachfolgenden Staatspraxis, muss sich allerdings mangels Anwendbarkeit des Überleitungsvertrags auf das Gebiet der ehemaligen DDR auf das Gebiet der „alten“ Bundesrepublik beschränken.

Für eine Anwendbarkeit von Art. 70ff. GG in Zusammenhang mit der Aufhebung fortgeltenden Besatzungsrechts spricht schließlich auch eine Annäherung an die Problematik über den Begriff der *Gesetzgebung*. Letztere lässt sich, wie bereits erwähnt, ganz allgemein definieren als „die von einer Autorität vorgenommene allgemein verbindliche Festlegung von Rechtsnormen.“¹⁴⁰ Wie ebenfalls bereits festgestellt wurde, wird der Bestand der geltenden Rechtsnormen nicht allein durch die Setzung neuer Vorschriften sondern auch durch die Beseitigung und insbesondere die Aufhebung von Vorschriften festgelegt. Normaufhebungen stellen somit zweifellos ebenfalls Akte der Gesetzgebung dar. Zum Bestand der *in* Deutschland geltenden Rechtsnormen gehören indes nicht nur die von einem deutschen Gesetzgeber erlassenen Normen, sondern auch die Vorschriften des fortgeltenden Besatzungsrechts – und zwar ungeachtet ihrer heutigen Charakterisierung als deutsches Recht oder Fremdrecht. Nach dem Wegfall sämtlicher Dispositionshemmnisse im Rahmen der Vereinigung Deutschlands unterliegt somit auch das fortgeltende Besatzungsrecht im engeren Sinne vollständig der Einwirkung durch die deutsche Gesetzgebung bzw. die deutsche gesetzgebende Gewalt. Darin unterscheidet es sich von dem *in* Deutschland unmittelbar anwendbaren, jedoch der Verfügung des deutschen Gesetzgebers entzogenen europäischen Gemeinschaftsrecht. Ist jedoch das fortgeltende Besatzungsrecht als *in* Deutschland geltendes Recht Gegenstand deutscher Gesetzgebung, muss auch bei der Einwirkung auf seinen Bestand durch Aufhebung beachtet werden, dass die gesetzgebende Gewalt in Deutschland gemäß Art. 70ff. GG zwischen Bund und Ländern verteilt ist und über die Zuordnung der jeweiligen Zuständigkeiten die Regelungsmaterie

¹³⁹ Siehe auch oben III.2.

¹⁴⁰ *Schneider*, Gesetzgebung (Fn. 132), § 2, Rn. 29.

der betreffenden Normen entscheidet. Auch eine vom Begriff der Gesetzgebung ausgehende Betrachtung spricht demnach dafür, die Zuständigkeit zu Aufhebung von Besatzungsrecht gemäß Art. 70 ff. GG nach Maßgabe der betroffenen Regelungsmaterien zu beurteilen.

Der Bund besitzt nach alledem keine umfassende Kompetenz zur Aufhebung von Besatzungsrecht, obgleich gewichtige rechtspraktische und rechtspolitische Gründe für eine solche sprechen. Sie allein vermögen jedoch eine Kompetenz kraft Natur der Sache nicht zu begründen. Die Aufhebung von Besatzungsrecht ist vielmehr – und zwar unabhängig von seiner Qualifizierung als deutsches oder fremdes Recht – als „negative“ Ausübung der nach Maßgabe von Art. 70ff. GG zu beurteilenden Gesetzgebungszuständigkeiten von Bund und Ländern zu betrachten. Dieses Ergebnis wird gestützt durch die bisherige Staatspraxis von Bund und Ländern.

V. Fazit und Ausblick

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die Bundesregierung bei der Planung ihres „Hausputzes“ auf dem Gebiet des Besatzungsrechts zu Recht davon ausgeht, solches besitze heute zumindest teilweise immer noch Geltung. Sollte sie jedoch davon ausgehen, Besatzungsrecht gelte als deutsches und nicht als fremdes Recht fort, so sprechen die besseren rechtlichen Gründe dagegen. Unterstellt man ihr schließlich die Auffassung, der Bund besitze die Kompetenz zu einer umfassenden Aufhebung des gesamten überdauernden Besatzungsrechts, so mag diese unter pragmatischen und rechtspolitischen Erwägungen durchaus nachvollziehbar sein, entspricht jedoch nicht der derzeitigen Verfassungslage. Diese weist die Aufhebungszuständigkeit Bund und Ländern nach Maßgabe der Art. 70 ff. GG unter Berücksichtigung der jeweils betroffenen Regelungsmaterie zu.

Abschließend angesprochen werden sollen einige, im Hinblick auf eine künftige Ausübung der Bereinigungskompetenzen zu beachtende Aspekte.

So stellt sich angesichts der nicht von der Hand zu weisenden v.a. praktischen Vorteile einer umfassenden Bereinigung des fortgeltenden Besatzungsrechts durch den Bund sowie vor dem Hintergrund des Konzepts eines „kooperativen Föderalismus“¹⁴¹ die Frage nach der Möglichkeit einer entsprechenden Vereinbarung *sui generis* zwischen Bund und Ländern. Gegenstand

einer solchen könnten die begrenzte Übertragung von Länderkompetenzen an den Bund oder auch nur eine vorübergehende Nichtausübung von Gesetzgebungszuständigkeiten durch die Länder sein. Allerdings ist das Bundesverfassungsgericht von Beginn an allen Versuchen seitens des Bundes wie der Länder, von den ihnen vom Grundgesetz verliehenen Zuständigkeiten selbständig abzuweichen – sei es auch einverständlich – entschieden entgegengetreten. Nach seiner gefestigten Rechtsprechung gilt der allgemeine Verfassungssatz, dass „weder der Bund noch die Länder über ihre im Grundgesetz festgelegten Kompetenzen verfügen können; Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern sind auch mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig.“¹⁴² Auch die wohl herrschende Meinung in der Literatur geht zutreffend davon aus, die Kompetenzverteilung der Art. 70ff. GG sei zwingend und stehe nicht zur Verfügung der Beteiligten¹⁴³ – und zwar unabhängig von der rechtlichen Konstruktion einer solchen Verschiebung. Im Ergebnis wird sich daher ein abgestimmtes Vorgehen von Bund und Ländern bei der Aufhebung von Besatzungsrecht unterhalb der Schwelle einer Grundgesetzänderung auf eine Koordination der jeweiligen getrennten Gesetzgebungsvorhaben beschränken müssen.

Im Rahmen ihrer Bereinigungsmaßnahmen müssen die Gesetzgeber in Bund und Ländern berücksichtigen, dass ihnen nach dem Wegfall der völkerrechtlichen Dispositionshemmnisse zwar die Aufhebung fortgeltender Bestimmungen des Besatzungsrechts mit Wirkung *ex nunc* freisteht. Einer rückwirkenden Beseitigung auch der Rechtsfolgen der Anwendung besatzungsrechtlicher Vorschriften, einer Aufhebung mit Rechtswirkung *ex tunc* also, steht jedoch das grundsätzliche, verfassungsrechtliche Verbot der Rückbewirkung von Rechtsfolgen entgegen. Auch aus völkerrechtlicher Perspektive ist eine Gleichbehandlung mit rückwirkenden gesetzgeberischen Maßnahmen, die auf durch deutsches Recht bewirkte Rechtsfolgen zugreifen, geboten. So muss auch der ehemals besetzte Staat den Maßnahmen der Besatzungsmacht nach Maßgabe der für seine eigene Rechtsordnung geltenden Grundsätze fortdauernde Rechtswirkungen beimessen, soweit diese völkerrechtsmäßig erzeugt wurden.¹⁴⁴ Art. 2 Abs. 1 des ersten Teils des Überleitungsvertrags in der Fassung des Notenwechsels vom 27./28. September 1990 bestimmt zudem ausdrücklich, dass alle durch oder aufgrund von Besatzungsmaßnahmen begründeten oder festgestellten Rechte und Verpflichtungen „in jeder Hinsicht

¹⁴¹ Grundlegend K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, 1962.

¹⁴² BVerfGE 63, 1, 39; vgl. BVerfGE 1, 14, 35; 4, 114, 139; 32, 145, 156.

¹⁴³ C. Degenhart, in: M. Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. (2003), Art. 70, Rn. 1; R. Sannwald, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein, GG, 10. Aufl. (2004), Art. 70, Rn. 16. Zur insoweit vergleichbaren Rechtslage in der Schweiz R.O. Höcherl, Rechtsvergleichende Aspekte des kooperativen Föderalismus, 1977, 153f.

nach deutschem Recht in Kraft“ sind und bleiben – und zwar „ohne Rücksicht darauf, ob sie in Übereinstimmung mit anderen Rechtsvorschriften begründet oder festgestellt worden sind.“ Sie unterliegen danach „denselben künftigen gesetzgeberischen, gerichtlichen oder Verwaltungsmaßnahmen wie gleichartige nach innerstaatlichem deutschem Recht begründete oder festgestellte Rechte und Verpflichtungen.“¹⁴⁵

Der Umfang einer Bereinigung des fortgeltenden Besatzungsrechts bestimmt sich schließlich und selbstverständlich maßgeblich nach seiner Relevanz für die heutige Rechtspraxis. Diese im Einzelnen zu ermitteln, kann schon wegen der erwähnten Unübersichtlichkeit des Bestands nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags sein. Auch noch in jüngerer Vergangenheit bejaht wurde beispielsweise die Bedeutsamkeit des Kontrollratsgesetzes Nr. 53 über das „Ausgleichs- und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten.“¹⁴⁶ Insgesamt aber dürfte die Zahl der tatsächlich noch angewandten Vorschriften gering sein. Möglicherweise ist sie so gering, dass ihre zeitnahe „Inkorporation“ in deutsches Recht beispielsweise mit Hilfe starrer Verweisungen in entsprechenden Bundes- oder Landesgesetzen in Betracht kommt. Dies machte den Weg frei für eine Aufhebung aller noch fortgeltenden besatzungsrechtlichen Vorschriften in – um im Bild zu bleiben – „einem Abwasch.“ Erreichen ließe sich dies durch pauschal gefasste Gesetze auf Bundes- und Landesebene, die – unter Begrenzung auf die örtliche wie sachliche Zuständigkeit des jeweiligen Gesetzgebers – das gesamte fortgeltende Besatzungsrecht erfassen. Alternativ zu einer solchen lückenlosen Gesamtlösung könnten ggfs. bestimmte erhaltungswürdige Vorschriften von der Pauschalaufhebung ausgenommen werden. Beide Vorgehensweisen sollten idealerweise in enger zeitlicher Abstimmung unter Bund und Ländern durchgeführt werden, um ein „Restrisiko“ an unerwünschter Fortgeltung auszuschließen und bei einem vertretbaren Maß an Aufwand ein hohes Maß an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu erreichen. Arbeitsteilung bei der Rechtsbereinigung muss sich insoweit nicht zwangsläufig als wesentlich aufwändiger und weniger gründlich erweisen als ein „Hausputz“ im Alleingang.

¹⁴⁴ v. *Schmoller/Maier/Tobler*, Handbuch (Fn. 16), § 24a, S. 22, 27; *Berber*, Völkerrecht, Bd. II (Fn. 33), S. 135.

¹⁴⁵ Lediglich klarstellend sei an dieser Stelle zusätzlich darauf hingewiesen, dass (insbesondere nationalsozialistische) Rechtsvorschriften, die seitens der Besatzungsmächte aufgehoben wurden, durch eine Aufhebung der alliierten Aufhebungsgesetze nicht wieder aufleben, vgl. *Schneider*, Gesetzgebung (Fn. 132) Rn. 555 sowie *Schröder*, Besatzungsrecht (Fn. 11), S. 29.

¹⁴⁶ *M. Lembke*, RdA 2000, 223 m.w.N.