

Das Verbot des Rechtsmißbrauchs und die Regelung des Transitverkehrs nach Berlin

*Hartmut Schiedermaier**)

1. Der Rechtsmißbrauch im Völkervertragsrecht
2. Der Mißbrauch der Transitwege und die Garantie des freien Zugangs nach West-Berlin
3. Die Rechtsgrundlagen des Transitverkehrs von und nach West-Berlin
 - a) Die Mißbrauchsregelung im Viermächte-Abkommen über Berlin vom 3. September 1971
 - b) Die Mißbrauchsregelung im innerdeutschen Transitabkommen
4. Die Diskrepanz zwischen dem Viermächte-Abkommen über Berlin und dem innerdeutschen Transitabkommen
 - a) Der Grundsatz der mit dem Viermächte-Abkommen konformen Auslegung des innerdeutschen Transitabkommens
 - b) Das Tatbestandsmerkmal der beabsichtigten Zweckentfremdung
 - c) Die konkreten Anwendungsfälle
5. Zusammenfassende Schlußbemerkungen

1. Der Rechtsmißbrauch im Völkervertragsrecht

Das Verbot des Rechtsmißbrauchs (*abuse of rights, abus de droit*) oder der, wie man auch sagt, mißbräuchlichen Rechtsausübung nimmt im Völkerrecht einen umstrittenen Rang ein¹⁾. Es leuchtet denn auch nicht ohne weiteres ein, warum sich ein Staat bei der Ausübung seiner Rechte ein solches Verbot entgegenhalten lassen soll. Immerhin ist es doch

*) Dr. iur., Professor für Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht an der Universität des Saarlandes, Saarbrücken.

¹⁾ Vgl. Schüle, Rechtsmißbrauch, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 3, S. 69; Dahm, Völkerrecht (Stuttgart 1958), Bd. 1, S. 194 ff.; Wengler, Völkerrecht (Berlin, Göttingen, Heidelberg 1964), Bd. 1, S. 392 ff.; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis (Berlin 1976), S. 235, alle mit weiteren Nachweisen.

nur sein gutes Recht, das der Staat dabei wahrnimmt, und woher soll man die übergeordneten »Grundsätze der Sittlichkeit«²⁾ nehmen, die diesem Recht Grenzen setzen? In der Gewißheit, daß Grundsätze dieser Art kaum jemals die allgemeine Anerkennung der zivilisierten Staaten werden finden können³⁾, argumentieren die Befürworter des allgemeinen Mißbrauchsverbots gerne mit dem »Wesen« der subjektiven Rechte, die ihrer Natur nach durch die Rechte anderer beschränkt werden⁴⁾. Kein Recht reicht so weit, daß es »auf gemeinschaftswidrige, antisoziale Weise ausgeübt werden« darf⁵⁾. Der in diesem Zusammenhang häufig zitierte Satz «sic utere iure tuo ut alienum non laedas» will also sagen, daß auch im Völkerrecht alle subjektiven Rechte unter dem Vorbehalt der gemeinverträglichen Rechtsausübung stehen und in diesem Sinne einem höher zu bewertenden Gemeinschaftszweck untergeordnet sind. Dieser allgemeine Grundsatz ist, so überzeugend er auch klingen mag, mit erheblichen Schwierigkeiten belastet. Es ist nicht sicher, ob und inwieweit sich aus ihm konkrete Formulierungen gewinnen lassen, wie sie für die Rechtsanwendung im Einzelfall nun einmal erforderlich sind⁶⁾.

Auch besteht die Gefahr, daß Versuche, den Grundsatz des Mißbrauchsverbots in der völkerrechtlichen Praxis zu konkretisieren, nur allzu leicht dem bedrohlichen Diktat der mächtigen Staaten ausgesetzt sind, deren Vorstellungen von den übergeordneten Gemeinschaftszwecken durchaus nicht übereinstimmen müssen mit dem, was in der Staatengesellschaft als gemeinverträglich zu gelten hat.

Die Schwierigkeiten, die sich beim Mißbrauchsverbot des allgemeinen Völkerrechts somit ergeben, treten nicht auf, wenn es um das Recht der völkerrechtlichen Verträge geht⁷⁾. Um den Tatbestand der mißbräuchlichen Ausübung vertraglich zugesicherter Rechte in einer auch den praktischen Bedürfnissen entsprechenden Weise zu umschreiben, bedarf es nämlich keines Rückgriffs auf die ungesicherte Vorstellung von übergeordneten Gemeinschaftszwecken. Vielmehr sind es die an einem völker-

2) W e n g l e r, Völkerrecht, Bd. 1, S. 392.

3) Auch in diesem Zusammenhang zeigt sich einmal mehr, wie problematisch Art. 38 I c des IGH-Statuts ist, wenn dort von der Anerkennung der zivilisierten Nationen die Rede ist.

4) Vgl. auch zu folgendem die immer noch an Klarheit und Kürze unübertroffene Darstellung bei D a h m, Völkerrecht, Bd. 1, S. 194 ff.

5) D a h m, a.a.O., S. 194.

6) Dies ist auch bei D a h m, a.a.O., S. 196, angedeutet.

7) Vgl. hierzu auch W e n g l e r, Völkerrecht, Bd. 1, S. 392 f.

rechtlichen Vertrag beteiligten Parteien selbst, die durch ihre Einigung auf einen konkreten Vertragszweck die Grenzlinie zwischen der zulässigen und der mißbräuchlichen Ausübung vertraglich zugesicherter Rechte markiert haben⁸⁾. Der mit einer vertraglichen Abrede angestrebte Zweck ist Bestandteil des Vertrages⁹⁾ und als solcher eine Richtschnur, an die sich die Parteien auch dann zu halten haben, wenn es um die Durchführung des Vertrags, also nicht nur um die Erfüllung, sondern auch um die Inanspruchnahme der vertraglich zugesicherten Rechte geht¹⁰⁾. Daher handelt der Gläubiger einer vertraglichen Abrede mißbräuchlich, wenn er die ihm aus dieser Abrede erwachsenden Rechte in einer mit dem Vertragszweck nicht zu vereinbarenden Weise ausüben will.

2. Der Mißbrauch der Transitwege und die Garantie des freien Zugangs nach West-Berlin

Das »Abkommen zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Deutschen Demokratischen Republik über den Transitverkehr von zivilen Personen und Gütern zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Berlin (West)« vom 17. Dezember 1971¹¹⁾ (im folgenden: innerdeutsches Transitabkommen) enthält in seinem Art. 16 eine Regelung, die sich auf die mißbräuchliche Benutzung der Transitwege zwischen der Bundesrepublik und West-Berlin bezieht¹²⁾. Die weite Fassung der in dieser Regelung aufgeführten Mißbrauchs-

⁸⁾ Es ist von der Sache her gesehen zutreffend, wenn Verdross/Simma, a.a.O. (Anm. 1), S. 510, beim Mißbrauchsverbot von »immanenten Grenzen« subjektiver Rechte sprechen.

⁹⁾ So auch Art. 31 Ziff. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK).

¹⁰⁾ Vgl. auch Art. 26 WVRK.

¹¹⁾ Abgedruckt in: Verträge, Abkommen und Vereinbarungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik, hrsg. vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung (1973), S. 184 ff.

¹²⁾ Art. 16: »1. Ein Mißbrauch im Sinne dieses Abkommens liegt vor, wenn ein Transitreisender nach Inkrafttreten dieses Abkommens während der jeweiligen Benutzung der Transitwege rechtswidrig und schuldhaft gegen die allgemein üblichen Vorschriften der Deutschen Demokratischen Republik bezüglich der öffentlichen Ordnung verstößt, indem er a) Materialien verbreitet oder aufnimmt; b) Personen aufnimmt; c) die vorgesehenen Transitwege verläßt, ohne durch besondere Umstände, wie Unfall oder Krankheit, oder durch Erlaubnis der zuständigen Organe der Deutschen Demokratischen Republik dazu veranlaßt zu sein; d) andere Straftaten begeht oder e) durch Verletzung von Straßenverkehrsvorschriften Ordnungswidrig-

tatbestände hat schon bald nach Bekanntwerden des Abkommens die Befürchtung laut werden lassen, daß hier eine rechtliche Handhabe geschaffen worden ist, die es der DDR gestattet, das wieder in Frage

keiten begeht. — Ein Mißbrauch liegt auch dann vor, wenn eine Person an der Mißbrauchshandlung eines Transitreisenden, die dieser nach Inkrafttreten dieses Abkommens während der jeweiligen Benutzung der Transitwege rechtswidrig und schuldhaft begeht oder begangen hat, als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe teilnimmt.

2. Hinreichende Verdachtsgründe im Sinne dieses Abkommens liegen vor, wenn im gegebenen Falle auf Grund bestimmter Tatsachen oder konkreter Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, daß ein Mißbrauch der Transitwege für die oben genannten Zwecke beabsichtigt ist, begangen wird oder begangen worden ist. — Im Falle hinreichenden Verdachts eines Mißbrauchs werden die zuständigen Organe der Deutschen Demokratischen Republik die Durchsuchung von Reisenden, der von ihnen benutzten Transportmittel sowie ihres persönlichen Gepäcks nach den allgemein üblichen Vorschriften der Deutschen Demokratischen Republik bezüglich der öffentlichen Ordnung durchführen oder die Reisenden zurückweisen.

3. Bestätigt sich der Verdacht, so werden die zuständigen Organe der Deutschen Demokratischen Republik im angemessenen Verhältnis zur Schwere der Mißbrauchshandlung entsprechend den allgemein üblichen Vorschriften der Deutschen Demokratischen Republik bezüglich der öffentlichen Ordnung a) einen Verweis oder eine Ordnungsstrafe oder eine Verwarnung mit Ordnungsgeld aussprechen oder Gegenstände einziehen; b) Gegenstände sicherstellen oder beschlagnahmen; c) Personen zurückweisen oder zeitweilig von der Benutzung der Transitwege ausschließen oder d) Personen festnehmen.

4. Bei Straftaten können die in Ziffer 3 genannten Maßnahmen auch dann getroffen werden, wenn die Straftaten bei einer früheren Benutzung der Transitwege begangen wurden.

5. Über Maßnahmen im Sinne der Ziffer 3 werden dem Betroffenen die nach den allgemein üblichen Vorschriften der Deutschen Demokratischen Republik bezüglich der öffentlichen Ordnung vorgesehenen Dokumente ausgehändigt. Sind Gegenstände beschlagnahmt, sichergestellt oder eingezogen worden, so ist dem Betroffenen ein Verzeichnis der Gegenstände zu übergeben. — Über Festnahmen, den Ausschluß von Personen von der Benutzung der Transitwege und Zurückweisungen sowie über die dafür maßgebenden Gründe werden die zuständigen Organe der Deutschen Demokratischen Republik alsbald die zuständigen Behörden der Bundesrepublik Deutschland unterrichten.

6. Wenn eine Mißbrauchshandlung entdeckt worden ist, nachdem der dafür verantwortliche Reisende die Transitstrecken der Deutschen Demokratischen Republik verlassen hat, so können die zuständigen Organe der Deutschen Demokratischen Republik die zuständigen Behörden der Bundesrepublik Deutschland über die Mißbrauchshandlung, die Beweismittel und die Person des Beschuldigten unterrichten. Die zuständigen Behörden der Bundesrepublik Deutschland werden die den allgemein üblichen Vorschriften der Bundesrepublik Deutschland bezüglich der öffentlichen Ordnung entsprechenden Maßnahmen treffen und können die zuständigen Organe der Deutschen Demokratischen Republik darüber unterrichten.

zu stellen, was man als eine besondere Errungenschaft des Viermächte-Abkommens über Berlin vom 3. September 1971 hatte betrachten dürfen, nämlich die Garantie des grundsätzlich freien und ungehinderten zivilen Durchgangsverkehrs zwischen West-Berlin und der Bundesrepublik¹³⁾. Nachdem der Durchgangsverkehr zwischen West-Berlin und der Bundesrepublik durch die Praxis der DDR-Behörden zeitweilig empfindlichen Behinderungen ausgesetzt war¹⁴⁾, scheinen diese Befürchtungen nur bestätigt worden zu sein. Unter den damit gegebenen Umständen lag es nahe, auch in der wissenschaftlichen Diskussion um die rechtlichen Aspekte der Berlin-Frage der Mißbrauchsregelung des innerdeutschen Transitabkommens besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

Es ist das besondere Verdienst von Gussek¹⁵⁾, das innerdeutsche Transitabkommen einschließlich der in ihm enthaltenen Mißbrauchsregelung einer gründlichen und umfassenden Analyse unterzogen zu haben. Dabei bemüht sich Gussek nicht zuletzt mit dem Hinweis auf die internationale Praxis¹⁶⁾ um eine enge Interpretation des Abkommens und vor allem seiner Mißbrauchsregelung. So deutet er Art. 16 des Abkommens als bloße »Definitions- und Rechtsfolgenbestimmung«, der keine eigenständige Bedeutung zukomme, weil sie nur dann anwendbar sei, wenn die Voraussetzungen der in den verschiedenen Bestimmungen des Abkommens verstreuten Einzelregelungen des Mißbrauchs der Transitwege erfüllt seien¹⁷⁾. Wenn man den Anwendungsbereich des Art. 16 auf diese Weise verengt, kommt man in der Tat zu Ergebnissen, die es der DDR kaum noch gestatten, durch eine überzogene Berufung auf

¹³⁾ Zu dieser Garantie vgl. H. Schiedermaier, Der völkerrechtliche Status Berlins nach dem Viermächte-Abkommen vom 3. September 1971 (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 64) (1975), S. 72 ff.; Zivier, Der Rechtsstatus des Landes Berlin (3. Aufl. Berlin 1977), S. 238 ff. Das Viermächte-Abkommen über Berlin vom 3. 9. 1971 ist abgedruckt in: Die Berlin-Regelung, Das Viermächte-Abkommen über Berlin und die ergänzenden Vereinbarungen, hrsg. vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, S. 329 ff., sowie in Treaty Series No. 111 (1972) Cmnd. 5135, S. 6 ff., 143 f.

¹⁴⁾ Zu dieser Praxis vgl. unten S. 173 f.

¹⁵⁾ Die internationale Praxis der Transitgewährung und der Berlin-Verkehr (Völkerrecht und Außenpolitik, hrsg. von Ingo von Münch und Walter Rudolf, Bd. 18) (Frankfurt a.M. 1973).

¹⁶⁾ Den Anlaß zu diesem Hinweis gibt das Transitabkommen selbst, da in seinem Art. 2 davon die Rede ist, daß der Durchgangsverkehr zwischen West-Berlin und der Bundesrepublik »in der einfachsten, schnellsten und günstigsten Weise erfolgen wird, wie es in der internationalen Praxis vorzufinden ist«.

¹⁷⁾ Gussek, a.a.O. (Anm. 15), S. 94 ff.

angeblich mißbräuchliche Benutzungen der Transitwege den Bestand der Garantie eines freien Durchgangsverkehrs zwischen West-Berlin und der Bundesrepublik zu gefährden. Die Ergebnisse, die Gussek damit anbietet, sind, so begrüßenswert sie im Interesse eines freien Berlin-Verkehrs auch sein mögen, allerdings in mancher Hinsicht anfechtbar, weil sie sich mit dem Wortlaut des Transitabkommens nur schwer in Einklang bringen lassen. So geht Art. 16 des Abkommens an der Stelle, wo die Begehung von Straftaten oder von Ordnungswidrigkeiten wegen Verletzung der Straßenverkehrsvorschriften als »Mißbrauch im Sinne dieses Abkommens« definiert werden, eindeutig über das hinaus, was in den übrigen Bestimmungen des Abkommens als Mißbrauch der Transitwege bezeichnet ist. Hier handelt es sich also um selbständige Mißbrauchstatbestände, die eine Reduzierung des Art. 16 auf eine bloße »Definitions- und Rechtsfolgenbestimmung« schwerlich zulassen. Gussek war sich dieser Schwierigkeiten durchaus bewußt, und er räumt offen ein, bei seiner Auslegung des Art. 16 »nicht ohne gewisse Modifikationen am Text des Abkommens« ausgekommen zu sein¹⁸⁾. Eine Vertragsauslegung, die nicht streng am Wortlaut des Vertragstextes orientiert ist, wird vor allem bei Verträgen, die den Regeln des Völkerrechts folgen, nicht von jedem als befriedigend empfunden werden. Deswegen darf man Gusseks offenes Eingeständnis durchaus auch als Aufforderung verstehen, nach anderen Lösungswegen zu suchen, die ohne Modifikationen am Text des Transitabkommens seine Ergebnisse rechtfertigen können.

3. Die Rechtsgrundlagen des Transitverkehrs von und nach West-Berlin

Bei der Auslegung des Transitabkommens ist stets zu beachten, daß es sich hier um ein Abkommen handelt, das in besonderer und — gemessen an der völkerrechtlichen Vertragspraxis — einzigartiger Weise mit einem anderen völkerrechtlichen Vertrag, nämlich mit dem Viermächte-

¹⁸⁾ A.a.O., S. 94, 106, 111 ff. Der gegen sich selbst gerichtete kritische Einwand Gusseks, mit seiner eingen Interpretation des Art. 16 »bestimmte Fälle, die regelungsbedürftig erscheinen«, aus dem Anwendungsbereich der Mißbrauchsklausel ausgeschieden zu haben, überzeugt allerdings nicht. Die Regelungsbedürftigkeit bestimmter Fälle ist ein Aspekt, der für die Auslegung internationaler Verträge unerheblich ist. Bei der Vertragsauslegung kommt es nicht auf irgendein Regelungsbedürfnis, sondern nur auf das an, was die Vertragsparteien tatsächlich gewollt und mithin geregelt haben.

Abkommen über Berlin vom 3. September 1971, rechtlich verklammert ist. Diese rechtliche Verklammerung ist darauf zurückzuführen, daß das Transitregime auf den Zugangswegen zwischen der Bundesrepublik und West-Berlin immer noch in den Verantwortungsbereich gehört, den die Vier Mächte hinsichtlich Berlins und Deutschlands als Ganzem für sich in Anspruch nehmen. Der deutschen Seite kommt — man mag es bedauern oder nicht — im Rahmen dieses Regimes nur eine untergeordnete Rolle zu. Ihr war es verwehrt, über die Gegenstände der Transitregelung frei zu disponieren. Sie hatte vielmehr lediglich die Befugnis, nach Maßgabe einer von den Vier Mächten fest umrissenen, besatzungsrechtlichen Ermächtigung das Viermächte-Abkommen insoweit durch eigene Regelungen auszufüllen.

Mit Recht hat man denn auch das innerdeutsche Transitabkommen als Ausführungs- und Ergänzungsabkommen zum Viermächte-Abkommen bezeichnet¹⁹⁾. Die vornehmliche und an erster Stelle zu Rate zu ziehende Rechtsquelle für die Fragen des Transitverkehrs zwischen West-Berlin und der Bundesrepublik ist und bleibt daher das Viermächte-Abkommen, das von den Bestimmungen des innerdeutschen Transitabkommens nicht verdrängt werden kann. Im Gegenteil, die Bestimmungen des Transitabkommens sind — wie sich im einzelnen noch weisen wird — am Maßstab des Viermächte-Abkommens und seiner Anlage I zu messen.

a) Die Mißbrauchsregelung im Viermächte-Abkommen
über Berlin vom 3. September 1971

Maßgeblich auf für die Regelung des Mißbrauchs der Transitwege ist danach also zunächst das Viermächte-Abkommen. Dabei fällt besonders auf, daß die Garantie des freien Zugangs nach West-Berlin so, wie sie im Viermächte-Abkommen ausgestaltet ist, nur in sehr begrenztem Umfang durch eine Mißbrauchsregelung eingeschränkt wird. In den Ziff. 2 b und d der Anlage I zum Viermächte-Abkommen²⁰⁾ sind Be-

¹⁹⁾ Vgl. dazu und zum ganzen Schiedermaier, a.a.O. (Anm. 13), S. 185 ff.; Ress, *La disciplina giuridica del traffico in transito fra la Repubblica Federale di Germania e Berlino-Ovest*, *La Comunità Internazionale* 1973, S. 41 ff.

²⁰⁾ Über die Rechtsnatur der Anlagen zum Viermächte-Abkommen besteht Streit (vgl. Schiedermaier, a.a.O. [Anm. 13], S. 76 ff., 87 ff., 113 ff., sowie Zivier, a.a.O. [Anm. 13], S. 174 ff.). Auf diesen Meinungsstreit kommt es jedoch in diesem Zusammenhang nicht an.

stimmungen über die mißbräuchliche Benutzung der Transitwege lediglich für den Güterverkehr mit nicht verplombten Fahrzeugen sowie für den Personenverkehr mit individuellen Transportmitteln vorgesehen. Die Vier Mächte gingen also offenkundig von der in der Tat nahe liegenden Vermutung aus, daß gerade diese Art des Güterverkehrs und vor allem der Verkehr mit Personenkraftwagen die Gefahr der Zweckentfremdung und damit des Mißbrauchs der Transitwege mit sich bringe. Deswegen haben sie sich im Falle des nicht verplombten Güterverkehrs auf die Formulierung dreier konkreter Mißbrauchstatbestände, nämlich die Verbreitung von Materialien sowie die Aufnahme von Materialien und Personen auf den Transitwegen geeinigt. Beim Transitverkehr mit Personenkraftwagen tritt an die Stelle dieser konkreten Tatbestände eine Art Generalklausel. Mißbrauch bedeutet hier die Benutzung der Transitwege für Zwecke, die nicht mit der direkten Durchreise von und nach West-Berlin im Zusammenhang stehen und den allgemein üblichen Vorschriften der DDR bezüglich der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufen²¹⁾.

Damit wird deutlich, von welchen Vorstellungen sich die Vier Mächte haben leiten lassen, als sie daran gegangen sind, die Schranken der Garantie des freien Zugangs nach West-Berlin im Zusammenhang mit dem Viermächte-Abkommen festzulegen. Nicht der Schutz der öffentlichen Ordnung der DDR allein, sondern — und darauf kommt es entscheidend an — die Zweckentfremdung des Transitverkehrs und damit der Garantie des freien Zugangs nach West-Berlin macht das Wesen dieser Schranken aus. Erst das Moment der Zweckentfremdung macht auch verständlich, warum im Viermächte-Abkommen an dieser Stelle von Mißbrauch (*misuse*) die Rede ist²²⁾. Nur das Tatbestandsmerkmal der Zweckentfremdung kann überdies verhindern, daß das gesamte Transitregime im Berlin-Verkehr unter den Vorbehalt der Vorschriften über die öffentliche Ordnung der DDR gestellt und damit seines inter-

²¹⁾ Die ungenaue Formulierung der in der Anlage I zum Viermächte-Abkommen enthaltenen Ziff. 2 d hat Zweifel darüber aufkommen lassen, ob die Vier Mächte hier überhaupt an Rechtsvorschriften der DDR oder nicht vielmehr an eine Art internationalen *ordre public* gedacht haben. Nach dem Text der Anlage I bleibt die Frage offen; denn dort ist nur von »allgemein üblichen Vorschriften bezüglich der öffentlichen Ordnung« die Rede. Auf diese sicherlich bedenkenswerte Unklarheit kommt es jedoch für die im Text folgenden Ausführungen nicht an.

²²⁾ Zum Zusammenhang zwischen dem Mißbrauch und der Zweckentfremdung vgl. allgemein oben S. 160 ff.

nationalen Charakters beraubt wird. Für die DDR bedeutet dies, daß sie selbst Verstöße gegen ihre öffentliche Ordnung auf den Transitwegen hinzunehmen hat, wenn und soweit diese Ordnungsverstöße auf Handlungen beruhen, die im Sinne der Anlage I zum Viermächte-Abkommen nur mit der direkten Durchreise von und nach West-Berlin in Zusammenhang stehen; denn insoweit geht die im Viermächte-Abkommen vereinbarte Garantie des freien Zugangs von und nach West-Berlin den Bedürfnissen der DDR nach Schutz ihrer öffentlichen Ordnung vor. Hier wird einmal mehr in markanter Weise sichtbar, daß es sich bei dem Transitregime auf den Zugangswegen von und nach West-Berlin um ein internationales Regime handelt, dem auch und gerade die DDR unterworfen ist.

b) Die Mißbrauchsregelung im
innerdeutschen Transitabkommen

Die Mißbrauchsregelung des innerdeutschen Transitabkommens weist gegenüber der Anlage I zum Viermächte-Abkommen bemerkenswerte Unterschiede auf. Selbst ihrem flüchtigen Betrachter kann nicht entgehen, daß sie überraschend weit gefaßt ist und daher erheblich über das hinauszugehen scheint, was sich die Vier Mächte unter einem Mißbrauch der Transitwege vorgestellt haben. So sind im innerdeutschen Transitabkommen Mißbrauchstatbestände nicht nur für den Güterverkehr mit offenen Fahrzeugen und den individuellen Personenkraftverkehr, sondern auch für den Güterverkehr mit plombierten Fahrzeugen sowie für den Personenverkehr mit durchgehenden Zügen und Bussen definiert. Dieser Ausweitung der Mißbrauchsregelung auf andere als in der Anlage I zum Viermächte-Abkommen genannten Verkehrsmittel fügt das Transitabkommen noch weitere Mißbrauchstatbestände hinzu. Die für den individuellen Personenkraftverkehr geltenden Bestimmungen über den Mißbrauch der Transitwege werden auch auf das Fahrpersonal der Gütertransportmittel angewendet. Durchgehende Busse, die ungenehmigt oder, ohne durch Not gezwungen zu sein, auf den Transitstrecken anhalten, unterliegen ebenfalls den Mißbrauchsbestimmungen des Transitabkommens. Über all dem wölbt sich dann schließlich die bereits eingangs zitierte allgemeine Vorschrift des Art. 16, die über die Verbreitung und Aufnahme von Materialien sowie die Aufnahme von Personen auf den Transitwegen hinaus das Verlassen der Transitwege, die Begehung von Straftaten und schließlich die Begehung von Ordnungswidrigkeiten durch Verletzung der Straßenverkehrsvorschriften mit dem Makel des Mißbrauchs behaftet.

Die hinsichtlich der Mißbrauchsregelung damit offenkundig werdende Diskrepanz zwischen dem innerdeutschen Transitabkommen und der Anlage I zum Viermächte-Abkommen ist in vieler Hinsicht problematisch. Den juristischen Betrachter wird vor allem interessieren, was denn nun im konkreten Fall des Mißbrauchs der Transitwege maßgeblich ist. Soll man dem im Viermächte-Abkommen einschließlich seiner Anlage I niedergelegten Willen der Vier Mächte oder aber dem, was die deutsche Seite im Transitabkommen vereinbart hat, den Vorzug geben? Schließlich haben sich doch beide Abkommen als Rechtsquellen erwiesen, die für die mit dem Transitverkehr zwischen der Bundesrepublik und West-Berlin zusammenhängenden Fragen maßgeblich sind.

4. Die Diskrepanz zwischen dem Viermächte-Abkommen über Berlin und dem innerdeutschen Transitabkommen

Eine befriedigende und dem Willen der jeweiligen Vertragsparteien entsprechende Auflösung dieser Konkurrenz zwischen der Viermächte-Regelung und der innerdeutschen Regelung des Transitverkehrs kann nur gelingen, wenn man auf die Anlage I zum Viermächte-Abkommen zurückgreift, die für die rechtliche Beurteilung des Verhältnisses zwischen dem Viermächte-Abkommen und dem innerdeutschen Abkommen eine Schlüsselposition einnimmt. Die Anlage I enthält eine von den Vier Mächten an die deutsche Seite adressierte, besatzungsrechtliche Ermächtigung zum Abschluß des Transitabkommens²³⁾. Mit dieser Ermächtigung wollten die Vier Mächte den veränderten politischen Umständen Rechnung tragen und demgemäß zum Ausdruck bringen, daß sie es für angebracht halten, bei der Wahrnehmung ihrer Verantwortung für Berlin die deutsche Seite in irgendeiner Weise mit zu beteiligen. Dabei sind die Vier Mächte mit ihrem Entgegenkommen allerdings nicht soweit gegangen, der deutschen Seite einen echten Freiraum politischen Ermessens einzuräumen. Ihnen ging es vielmehr darum, sich trotz aller Mitbeteiligung der deutschen Seite den Bereich der eigenen Verantwortung und damit die Dispositionsfreiheit hinsichtlich des freien Zugangs nach Berlin auch in seiner konkreten Ausgestaltung rechtlich ungeschmälert zu erhalten. Um also einer unerwünschten Ablösung besatzungsrecht-

²³⁾ Dies ergibt sich auch aus der Bezugnahme auf die Anlage I in der Ziff. II A des Viermächte-Abkommens. Vgl. dazu und zu folgendem Schiedermaier, a.a.O. (Anm. 13), S. 76 f.

licher Verantwortlichkeiten und deren Übergang auf die deutsche Seite vorzubeugen, waren die Vier Mächte gezwungen, ihre Ermächtigung zum Abschluß des innerdeutschen Transitabkommens inhaltlich zu begrenzen. Deshalb haben sie in der Anlage I ein seinem Inhalt nach fest umrissenes Programm formuliert, an das sich die deutsche Seite beim Abschluß des Transitabkommens zu halten hatte. Die Vorgabe dieses Programmes hat die deutsche Seite daran gehindert, ihre eigenen Vorstellungen über die Ausgestaltung des Transitregimes auf den Zugangswegen von und nach West-Berlin voll zur Geltung zu bringen; denn die Bundesrepublik und die DDR sind in der Anlage I nur dazu ermächtigt worden, das in der Anlage vorgegebene Programm durch ergänzende Regelungen durchzuführen²⁴). Wenn daher das Transitabkommen Regelungen enthält, die das Viermächte-Abkommen und seine Anlage I zwar ergänzen, aber nicht mehr unter den Begriff »Durchführung« (*implementation*) zu subsumieren sind, dann handelt es sich um Vertragsbestimmungen, die rechtlich unwirksam sind, weil die deutsche Seite mit ihnen außerhalb des Rahmens der besatzungsrechtlichen Ermächtigung und somit *ultra vires* gehandelt hat.

a) Der Grundsatz der mit dem Viermächte-Abkommen
konformen Auslegung des innerdeutschen
Transitabkommens

Für die Auslegung der Bestimmungen des innerdeutschen Transitabkommens ergeben sich daraus wesentliche Grundsätze: Die Bestimmungen des Transitabkommens sind nur dann rechtlich wirksam, wenn sie nicht in Widerspruch zur Anlage I des Viermächte-Abkommens stehen. Sie müssen daher – positiv formuliert – stets im Einklang mit der Anlage I interpretiert werden können und in diesem Sinne der Anlage konform sein.

²⁴) Die der deutschen Seite in der Anlage I zum Viermächte-Abkommen erteilte Ermächtigung spricht in diesem Zusammenhang von "implementing and supplementing arrangements". Aus der Kopula *and* kann nicht geschlossen werden, daß die Vier Mächte hier der deutschen Seite eine selbständige Ermächtigung zur beliebigen Ergänzung (*supplementation*) des Viermächte-Abkommens erteilt haben. Vielmehr haben die von der deutschen Seite getroffenen Ergänzungsvereinbarungen stets auch dem Erfordernis der »Durchführung« (*implementation*) des Viermächte-Abkommens zu entsprechen. Die Begriffe *implement* und *supplement* in der Anlage I stehen also nicht selbständig nebeneinander, sie sind vielmehr durch die Kopula *and* zu einem einheitlichen Tatbestandsmerkmal zusammengefügt. Nur durch diese Auslegung kann dem

Es ist bemerkenswert, daß nicht nur die Vier Mächte, sondern auch die Bundesrepublik und die DDR von einer solchen Konformität des innerdeutschen Transitabkommens mit dem Viermächte-Abkommen und seiner Anlage I ausgegangen sind. In dem Schreiben, das die Botschafter der drei Westmächte nach der Paraphierung des Transitabkommens an den Bundeskanzler gerichtet haben, heißt es: »Unsere Regierungen sind der Auffassung, daß die Bestimmungen des (Transit-)Abkommens mit dem Viermächte-Abkommen vom 3. September 1971 in Einklang stehen, welches den Maßstab für seine Auslegung und Anwendung darstellt«²⁵).

Dementsprechend haben die Bundesrepublik und die DDR in der Präambel des Transitabkommens bestätigt, daß das Abkommen in Übereinstimmung mit den Regelungen des Viermächte-Abkommens abgeschlossen worden ist. Bei zahlreichen Bestimmungen des Transitabkommens kann man denn auch unbedenklich von einer Konformität mit dem Viermächte-Abkommen, seiner Anlage I und der darin enthaltenen besatzungsrechtlichen Ermächtigung ausgehen. So sind – um nur ein Beispiel zu nennen – die im Transitabkommen enthaltenen Vorschriften über die Verplombung von Fahrzeugen im Güterverkehr typische Vollzugsbestimmungen, die bis in das technische Detail hinein nur das »durchführen«, was in der Anlage I zum Viermächte-Abkommen vorgesehen ist. Anders liegen die Dinge aber schon und gerade bei der Regelung des Mißbrauchs der Transitwege. Hier war eine Diskrepanz zwischen der Anlage I zum Viermächte-Abkommen und dem innerdeutschen Transitabkommen zutage getreten, die dem Grundsatz der Konformität nicht oder kaum noch zu entsprechen scheint.

ausdrücklich erklärten Willen der Vier Mächte Rechnung getragen werden, nach dem – wie im folgenden Text ausgeführt wird – die innerdeutschen Ergänzungsvereinbarungen den Bestimmungen des Viermächte-Abkommens und der Anlage I konform sein müssen. Eine der deutschen Seite erteilte selbständige, inhaltlich also nicht gebundene Ermächtigung zur Ergänzung des Viermächte-Abkommens sowie seiner Anlage I müßte diese Konformität zwangsläufig aufheben. Daraus erhellt, daß die Vier Mächte die inhaltliche Anbindung der innerdeutschen Ergänzungsvereinbarungen an das Viermächte-Abkommen und seine Anlage I durch den Begriff der Durchführung (*implementation*) rechtlich sichergestellt haben.

²⁵) Vgl. Schreiben vom 16. 12. 1971, Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 174 vom 15. 9. 1972. Hierzu vgl. auch den BKC/L (71) 3 der Alliierten Kommandatura vom 18. 12. 1971 (Beilage zum Bundesanzeiger, a.a.O.), der auf das Schreiben der drei Botschafter ausdrücklich Bezug nimmt.

b) Das Tatbestandsmerkmal der beabsichtigten Zweckentfremdung

Nach der Anlage I zum Viermächte-Abkommen ist der Tatbestand des Mißbrauchs der Transitwege nicht schon mit der Verletzung von Vorschriften über die öffentliche Ordnung der DDR erfüllt. Vielmehr muß der Gesichtspunkt der Zweckentfremdung des Transitverkehrs als weiteres Tatbestandsmerkmal hinzukommen, um den Vorwurf des Mißbrauchs im Sinne der Anlage I zu rechtfertigen²⁶⁾.

Um möglichen Fehlinterpretationen vorzubeugen, ist es sinnvoll, dieses Tatbestandsmerkmal der Zweckentfremdung der Transitwege noch einmal klar zu definieren: Zweck der Transitregelung ist ganz im Sinne der Garantie des freien Zugangs, wie sie im Viermächte-Abkommen enthalten ist, die Gewährleistung der ungehinderten direkten Durchreise von und nach West-Berlin. Alle Handlungen, die in der Absicht – die Anlage I spricht hier bemerkenswerter Weise von *intention* – begangen werden, die Transitwege nicht oder nicht nur zur direkten Durchreise von und nach West-Berlin zu benutzen, sind mit dem Zweck der Transitregelung unvereinbar. Bei diesen und nur bei diesen Handlungen kann man daher von Zweckentfremdung und mithin vom Mißbrauch der Transitwege sprechen.

c) Die konkreten Anwendungsfälle

Legt man diese Maßstäbe an die Mißbrauchsregelung des innerdeutschen Transitabkommens an, kommt man zu folgenden Ergebnissen: Die Verbreitung und Aufnahme von Materialien auf den Transitwegen, die Aufnahme von Personen auf den Transitwegen, das Verlassen der Transitwege ohne Genehmigung der DDR-Behörden oder ohne Vorliegen einer Notlage, die Ausdehnung der Mißbrauchstatbestände auf den Güterverkehr mit verplombten Fahrzeugen, auf den Personenverkehr mit durchgehenden Zügen und Bussen sowie auf das Fahrpersonal der Gütertransportmittel, sowie die Einbeziehung des ungenehmigten oder nicht erzwungenen Haltens von durchgehenden Bussen in die Mißbrauchsregelung stellen

²⁶⁾ Dies gilt auch für die Mißbrauchsregelung im nicht verplombten Güterverkehr. Die dafür einschlägigen Tatbestände der Verbreitung von Materialien sowie der Aufnahme von Materialien und Personen auf den Transitwegen (vgl. oben S. 166 ff.) dienen insgesamt dem Schutz der Transitwege vor einer zweckwidrigen Benutzung.

Tatbestände dar, die sich unter dem Gesichtspunkt der Zweckentfremdung der Transitwege mit der Anlage I zum Viermächte-Abkommen in Einklang bringen lassen; denn bei all diesen Tatbeständen geht es darum, einer Kontaktnahme mit den Bewohnern oder auch nur mit dem Gebiet der DDR vorzubeugen, die mit der direkten Durchreise von und nach West-Berlin in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht.

Rechtlich problematisch wird die Mißbrauchsregelung des Transitabkommens deshalb auch erst an der Stelle, wo von der Begehung »anderer Straftaten« oder von den »Ordnungswidrigkeiten« durch Verstöße gegen die »Straßenverkehrsvorschriften« der DDR die Rede ist²⁷⁾. Hier scheint der DDR nach dem Wortlaut des Transitabkommens die Möglichkeit eingeräumt zu sein, Mißbrauchstatbestände auch ohne die Gefahr einer derartigen Kontaktnahme nach eigenem Belieben zu definieren. Voraussetzung ist nur die Pönalisierung von Handlungen, für die das Abkommen keine inhaltliche Begrenzung vorsieht. Nach dem Wortlaut des Transitabkommens sieht es also so aus, als ob die DDR doch in die Lage versetzt worden sei, im Zusammenhang mit der Mißbrauchsregelung den Schutz ihrer öffentlichen Ordnung derart in den Vordergrund zu schieben, daß es auf den Gesichtspunkt der Zweckentfremdung der Transitwege gar nicht mehr ankommen kann.

Was dies für die Praxis des Berlinverkehrs bedeuten könnte, geht aus zwei Beispielen hervor: Das eine, in der Literatur häufig erwähnte, Beispiel ist die Strafbarkeit des Abhörens von Rundfunkprogrammen westlicher Länder. Angesichts der weiten Fassung des Begriffs »hinreichender Verdacht« in Art. 16 Ziff. 2 des Transitabkommens dürften alle mit einem Radio ausgestatteten Personenkraftwagen von der Benutzung der Transitwege ausgeschlossen werden; denn schon das Mitführen eines Autoradios auf den Transitwegen läßt mit einer »gewissen Wahrscheinlichkeit« — und eine solche Wahrscheinlichkeit genügt ja für den hinreichenden Verdacht im Sinne des Art. 16 Ziff. 2 — vermuten, daß die Insassen des Autos auch westliche Sender hören²⁸⁾. Nimmt

²⁷⁾ Vgl. Art. 16 Ziff. 1 d und e, oben Anm. 12.

²⁸⁾ Die besondere Problematik der Definition des Mißbrauchsverdachts in Art. 16 Ziff. 2 des Transitabkommens ist Gegenstand einer parlamentarischen Auseinandersetzung im Abgeordnetenhaus von Berlin gewesen. Vgl. Abgeordnetenhaus von Berlin, 7. Wahlperiode, 76. Sitzung vom 26. 1. 1978, S. 3314 ff. Zur Praxis der Verdachtskontrollen an den Transitwegen für die Jahre 1977 und 1978 vgl. die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Opposition, Deutscher Bundestag, 8. Wahlperiode, Drucksache 8/1582.

man als weiteren Beispielsfall an, die DDR erließe ein Strafgesetz, das in Abweichung von den Normen der Bundesrepublik den Verbrauch von Treibstoff mit nur geringem Bleigehalt gestattet, wäre jede Nutzung der Transitwege mit Treibstoff aus der Bundesrepublik mißbräuchlich²⁹⁾. Die DDR könnte in diesem Falle Kraftwagen aus der Bundesrepublik generell von der Benutzung der Transitwege ausschließen oder sozusagen im Wege des besonderen »Entgegenkommens« an den Übergangsstellen eigenen Treibstoff anbieten und sich somit eine einträgliche Einnahmequelle verschaffen.

In der Literatur wird eine einschränkende Auslegung der in Art. 16 des Transitabkommens enthaltenen Mißbrauchsklausel gelegentlich mit Hinweis begründet, daß in diesem Zusammenhang nur eine Verletzung solcher Straf- oder Verkehrsvorschriften in Betracht komme, die »allgemein üblich« sind und daher entweder in der gesamten DDR oder aber darüber hinaus in allen oder zumindest in den meisten Staaten gelten³⁰⁾. Dieser Hinweis ist sicher richtig, zumal er im übrigen auch der Tatsache gerecht wird, daß das Transitabkommen nur ein Ausführungs- und Ergänzungsabkommen zum Viermächte-Abkommen ist und daher die DDR rechtlich daran hindert, durch die überzogene Pönalisierung von Tatbeständen ein nach den eigenen Vorstellungen ausgestaltetes Sonderregime auf den Transitwegen zwischen der Bundesrepublik und Berlin einzurichten³¹⁾. Dennoch darf nicht übersehen werden, daß der Hinweis auf die allgemeine Üblichkeit der Straf- oder Verkehrsvorschriften nur in begrenztem Umfang zu befriedigenden Lösungen führt. Gerade die Beispielsfälle des Mitführens von Radiogeräten oder Treibstoff in Kraftwagen lassen erkennen, daß man hier mit dem Begriff der allgemeinen Üblichkeit kaum weiterkommt. Denn wie will man die Be-

²⁹⁾ Nicht in diesen Zusammenhang gehören die allgemein üblichen und zur Abwicklung eines geregelten Straßenverkehrs unerläßlichen Straßenverkehrsvorschriften, wie etwa die Vorschriften über die Vorfahrt, Überholen und dergleichen. Sie haben mit der Mißbrauchsregelung nichts zu tun. Ohne Rücksicht auf den Tatbestand des Mißbrauchs stellt bereits das Viermächte-Abkommen die Garantie des freien Zugangs nach West-Berlin unter den Vorbehalt dieser Vorschriften. Dazu vgl. Schiedermaier, a.a.O. (Anm. 13), S. 74 f.

³⁰⁾ So etwa Zivier, a.a.O. (Anm. 13), S. 247 f., mit Hinweis auf den Wortlaut der Anlage I zum Viermächte-Abkommen sowie der Art. 9 und 16 des innerdeutschen Transitabkommens. Wichtig für diesen Zusammenhang ist aber auch Art. 2 Ziff. 2 des Transitabkommens, wo ausdrücklich auf die öffentliche Ordnung der DDR Bezug genommen ist.

³¹⁾ Dazu vgl. auch oben S. 167 f., 169 f.

hauptung rechtfertigen, daß zum Schutze der Volksgesundheit erlassene Strafbestimmungen über den Bleigehalt von Treibstoff oder aber auch Vorschriften über das Abhören ausländischer Sender allgemein unüblich sind? Zumindest wird eine solche Behauptung nur allzu leicht Anlaß für fruchtlose Streitigkeiten sein, die den Transitverkehr zwischen der Bundesrepublik und West-Berlin sicherlich nicht erleichtern.

Auch unter diesem Aspekt wird somit offenkundig, wie wichtig es ist, bei der Auslegung der in Art. 16 des Transitabkommens enthaltenen Mißbrauchsklausel auf die Anlage I zum Viermächte-Abkommen, auf den Grundsatz der Konformität und schließlich auf das Tatbestandsmerkmal der Zweckentfremdung zurückzugreifen. Eine mit der Anlage I zum Viermächte-Abkommen konforme Auslegung des Art. 16 führt zu dem Ergebnis, daß Handlungen, selbst wenn sie von der DDR pönalisiert worden sind, niemals Mißbrauchshandlungen im Sinne des Transitabkommens sein können, wenn und soweit sie sich nicht unter das Tatbestandsmerkmal der Zweckentfremdung subsumieren lassen. Deshalb kann auch in den oben beschriebenen Beispielfällen von einer mißbräuchlichen Nutzung der Transitwege keine Rede sein. Sowohl das Rundfunkhören während der Fahrt im Auto wie auch das Mitführen von Treibstoff sind Tatbestände, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der direkten Durchfahrt von und nach West-Berlin stehen und daher mit dem Zweck der Transitregelung voll übereinstimmen.

Das gleiche gilt auch für zwei weitere Fälle, die in der Praxis des Transitverkehrs von und nach West-Berlin zu Komplikationen geführt haben. Im Juli 1974 hat die DDR Mitarbeiter des in West-Berlin eingerichteten Bundesamts für Umweltschutz von der Benutzung der Transitwege ausgeschlossen³²⁾. Zwei Jahre später, am 12. und 13. August 1976, widerfuhr Mitgliedern der Jungen Union bei einer geplanten Sternfahrt nach West-Berlin das gleiche Schicksal³³⁾. In beiden Fällen stand fest, daß es sich um Reisende handelte, die die Transitwege zur direkten Durchfahrt nach West-Berlin benutzen wollten. Die Gefahr einer absichtlichen Zweckentfremdung der Transitwege konnte also von vorneherein

³²⁾ Vgl. dazu die Erklärung der Regierung der DDR vom 20. 7. 1974, Neues Deutschland vom 21. 7. 1974. Vgl. hierzu auch den vom Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen herausgegebenen Bericht über »Die Entwicklung der Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik 1969–1976, Bericht und Dokumentation« (1977), S. 38.

³³⁾ Dazu vgl. Die Entwicklung der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik 1969–1976, a.a.O.

ausgeschlossen werden. Deshalb hat auch die Bundesregierung im Verein mit den drei Westmächten zu Recht gegen die Behinderungen des Transitverkehrs durch die DDR förmlichen Protest eingelegt³⁴⁾.

Besondere Aufmerksamkeit haben in der öffentlichen Diskussion die Fälle der sogenannten Fluchthilfe, also jene Versuche auf sich gezogen, unter Benutzung der Transitwege von und nach West-Berlin Bewohnern der DDR zur Flucht in die Bundesrepublik zu verhelfen. Die Aufnahme von Flüchtlingen aus der DDR in Fahrzeuge auf den Transitwegen läßt sich mit dem Zweck der Transitregelung, nämlich der Gewährleistung einer ungehinderten direkten Durchreise von und nach West-Berlin nicht mehr vereinbaren; denn hier werden die Transitwege zu Zwecken genutzt, die mit der direkten Durchreise von oder nach West-Berlin in keinem Zusammenhang stehen. Deshalb handelt es sich in diesen Fällen der Fluchthilfe um das, was auch nach Maßgabe der Anlage I zum Viermächte-Abkommen über Berlin als absichtliche Zweckentfremdung und mithin als Mißbrauch der Transitwege zu qualifizieren ist. Die DDR ist in diesen Fällen nicht gehindert, die Sanktionen zu ergreifen, die ihr bei Mißbräuchen der Transitwege gemäß Art. 16 Ziff. 2 und 3 des innerdeutschen Transitabkommens zur Verfügung stehen³⁵⁾.

³⁴⁾ Dazu vgl. Die Entwicklung . . . a.a.O. (Anm. 32). Die DDR hat allerdings ihre Maßnahmen gegen die Mitarbeiter des Bundesamts für Umweltschutz auch mit einer angeblichen Verletzung des Viermächte-Abkommens über Berlin vom 3. 9. 1971 durch die Bundesrepublik zu rechtfertigen versucht. Die Unhaltbarkeit dieses Rechtfertigungsversuchs ist von Ress, Das privilegierte rechtliche Regime des Transitverkehrs von und nach West-Berlin, ZaöRV Bd. 34 (1974), S. 133 ff., mit beachtlichen Argumenten nachgewiesen worden.

³⁵⁾ Dies gilt allerdings nur für die Fälle, in denen die Transitwege zwischen West-Berlin und der Bundesrepublik auch wirklich als Fluchtweg benutzt worden sind. Gelingt einem Bewohner der DDR etwa die Flucht nach West-Berlin und benutzt er dann die Transitwege zur Weiterreise in die Bundesrepublik, liegt ein Mißbrauch der Transitwege nicht vor, da unter diesen Voraussetzungen die Absicht der direkten Durchreise in die Bundesrepublik geradezu vorausgesetzt werden muß. Ein wie auch immer geartetes Recht der Nacheile ist der DDR weder nach der Anlage I zum Viermächte-Abkommen noch nach dem innerdeutschen Transitabkommen eingeräumt.

Nach Angaben der Bundesregierung sind in den ersten fünf Jahren nach Inkrafttreten des Transitabkommens, also bis Ende 1976, von den Behörden der DDR 483 Personen im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Fluchthilfe auf den Transitwegen festgenommen worden. Dazu vgl. Die Entwicklung . . . a.a.O. (Anm. 32).

Die DDR hat allerdings darüber hinaus behauptet, daß die Bundesrepublik nach dem Transitabkommen verpflichtet sei, die Tätigkeit von Fluchthilfeunternehmen auf ihrem Gebiet durch geeignete Maßnahmen zu unterbinden. Innerhalb der Bundesrepublik hat man diesen Gedanken aufgegriffen und Überlegungen angestellt, ob und inwieweit mit dem Erlaß entsprechender Strafvorschriften dem Verlangen der DDR Rechnung getragen werden könnte. Diese Überlegungen verdienen den Hinweis, daß eine vertragliche Verpflichtung der Bundesrepublik zur Pönalisierung der Fluchthilfe nicht besteht. In Art. 17 des Transitabkommens hat sich die »Regierung der Bundesrepublik Deutschland« lediglich dazu verpflichtet, Mißbräuche der Transitwege »im Rahmen ihrer Möglichkeiten« zu verhindern. Unter den Begriff der Möglichkeit fällt all das, was nicht nur im tatsächlichen, sondern auch im rechtlichen Sinn möglich ist. Dies ergibt sich auch aus Art. 16 Ziff. 6 und Art. 17b des Transitabkommens. Dort ist davon die Rede, daß die Bundesregierung Maßnahmen zur Ahndung und Verhinderung von Mißbrauchshandlungen lediglich im Rahmen der »allgemein üblichen Vorschriften der Bundesrepublik Deutschland bezüglich der öffentlichen Ordnung« ergreifen wird. Die Verpflichtung der Bundesrepublik, gegen Mißbräuche der Transitwege einzuschreiten, steht danach also unter dem Vorbehalt der in der Bundesrepublik geltenden Rechtsordnung. Das Transitabkommen verpflichtet die Bundesrepublik daher nicht, zur Verhütung von Mißbrauchshandlungen auf den Transitwegen von oder nach West-Berlin ihre Rechtsordnung durch Sonderregelungen zu ändern. Vom geltenden Recht der Bundesrepublik her gesehen aber ist die Fluchthilfe nicht zu beanstanden.

»Ein Deutscher, der aus der DDR in die Bundesrepublik oder nach Berlin (West) übersiedelt, verstößt . . . nicht gegen die in der Bundesrepublik geltenden Gesetze und Wertvorstellungen, sondern macht von seiner ihm durch das Grundgesetz gewährleisteten Freizügigkeit Gebrauch. Er handelt nicht sittenwidrig. Für den, der ihm beim Verlassen der DDR und bei der Einreise in die Bundesrepublik oder nach Berlin (West) hilft, kann im Grundsatz nichts anderes gelten«³⁶).

Die Regelung des Mißbrauchs der Transitwege von und nach West-Berlin zeichnet sich durch eine weitere Besonderheit aus, die für die Praxis des Transitverkehrs von einiger Bedeutung ist. Es hat sich er-

³⁶) BGH Juristenzeitung 1978, S. 61, mit Anmerkung von Wengler. Vgl. hierzu auch Jaurnig/Otto, Der praktische Fall, Bürgerliches Recht: Schüsse an der Grenze, Juristische Schulung 1977, S. 108 ff.

wiesen, daß zum Mißbrauch im Sinne der Anlage I zum Viermächte-Abkommen nicht nur das Tatbestandsmerkmal der Zweckentfremdung der Transitwege, sondern auch eine Absicht oder — wie es im englischen Originaltext formuliert ist — eine *intention* gehört. Nach dem Grundsatz der dem Viermächte-Abkommen und seiner Anlage I konformen Auslegung des Transitabkommens hat dies ohne Einschränkung auch für Art. 16, also für die dort genannten »anderen Straftaten« und »Ordnungswidrigkeiten« sowie darüber hinaus für alle sonstigen, in dem Abkommen enthaltenen Mißbrauchstatbestände zu gelten. Es mag sein, daß die Beschränkung der Mißbrauchstatbestände auf beabsichtigte Mißbrauchshandlungen nicht von jedermann als besondere Errungenschaft der Vertragsauslegungskunst betrachtet wird; denn das Transitabkommen ist in Art. 16 Ziff. 2 so weit gefaßt, daß fahrlässige oder unbeabsichtigte Handlungen nur zu oft auch den Verdacht des beabsichtigten Mißbrauchs im Sinne einer »gewissen Wahrscheinlichkeit« begründen und daher die DDR zur Durchsuchung und Zurückweisung des Verdächtigten berechtigen. Immerhin ist aber zu bedenken, daß in diesen Fällen die weitergehenden, bis zur Verhaftung und Bestrafung reichenden Sanktionen des Art. 16 Ziff. 3 nicht ergriffen werden dürfen, so daß es bei fahrlässigen im Sinne von unbeabsichtigten Mißbrauchshandlungen immer nur bei der Durchsuchung oder Zurückweisung bleiben darf. Abgesehen davon gibt es eine Reihe von Fahrlässigkeitstaten, die ihrer Natur nach selbst im Sinne einer gewissen Wahrscheinlichkeit niemals den Verdacht des beabsichtigten Mißbrauchs der Transitwege begründen können. Hierzu gehören vor allem die Verkehrsdelikte. Fahrlässig begangene Verkehrsdelikte unterliegen daher nicht den in Art. 16 des Transitabkommens vorgesehenen Sanktionen, weil sie wegen des Fehlens einer Absicht schon tatbestandsmäßig keine Mißbrauchshandlungen sind³⁷⁾.

5. Zusammenfassende Schlußbemerkungen

So erweist sich im Rückblick die mit der Anlage I zum Viermächte-Abkommen über Berlin konforme Auslegung des innerdeutschen Transitabkommens als durchaus geeignet, der Schwierigkeiten Herr zu werden,

³⁷⁾ Nach Angaben des Bundesministeriums für innerdeutsche Beziehungen sind in der Zeit zwischen 1971 und 1976 insgesamt 112 Personen unter dem Vorwurf der Begehung von Zoll- und Devisenvergehen oder der schuldhaften Herbeiführung eines schweren Verkehrsunfalls mit Personenschaden auf den Transitwegen festgenommen worden. Dazu vgl. Die Entwicklung . . . a.a.O. (Anm. 32), S. 38.

die mit der vagen Formulierung der in Art. 16 des Transitabkommens enthaltenen Mißbrauchsklausel entstanden sind. Es ist einzuräumen, daß auch mit dieser Auslegung nicht alle problematischen Fälle einer Behinderung des Transitverkehrs von und nach West-Berlin gelöst werden können. Dennoch dürfte die Einengung der Mißbrauchshandlungen auf das Tatbestandsmerkmal der beabsichtigten Zweckentfremdung die in Art. 16 des innerdeutschen Transitabkommens enthaltene Mißbrauchsklausel auf ein Maß von Rechtssicherheit zurückzuführen, das dieser Klausel ihrem Wortlaut nach nicht zuzukommen scheint. Der Mißbrauchsklausel ist ihre die Garantie des freien Zugangs nach West-Berlin gefährdende Weite und Dehnbarkeit genommen. Ausgenommen sollte damit auch jede überzogene Berufung auf die Mißbrauchsklausel sein, die es der DDR gestatten würde, durch schikanöse Praktiken und unter dem Vorwand der Aufrechterhaltung ihrer öffentlichen Ordnung diese Garantie des freien Zugangs nach West-Berlin auszuhöhlen und damit das von den Vier Mächten geschaffene Transitregime zugunsten eigener Machtvollkommenheiten zu entinternationalisieren.

Abgesehen von diesem für die besondere Situation Berlins bezeichnenden Ergebnis lassen sich aus der für den Transitverkehr von und nach West-Berlin geltenden Mißbrauchsregelung auch Erkenntnisse für das allgemeine Völkerrecht gewinnen. Gerade das Tatbestandsmerkmal der Zweckentfremdung, wie es in der Anlage I zum Viermächte-Abkommen formuliert ist, deutet darauf hin, worum es bei dem Mißbrauchsverbot im Recht der völkerrechtlichen Verträge geht. Da der Zweck einer vertraglichen Vereinbarung stets auch Bestandteil des Vertrags ist, bedeutet eine mit dem Vertragszweck unvereinbare und mithin mißbräuchliche Inanspruchnahme von Rechten nichts anderes, als daß sich der Gläubiger mit seinem Anspruch jenseits der Grenze dessen bewegt, was im Vertrag konsentiert ist. Bei der mißbräuchlichen Inanspruchnahme vertraglicher Rechte geht es also — abstrakt gesehen — um den einfachen Fall, daß sich der Gläubiger auf einen Rechtsanspruch beruft, der ihm nach dem Vertrag nicht zusteht. Es ist einzuräumen, daß bei konkreten Verträgen die Ermittlung des von den Parteien vereinbarten Vertragszwecks nicht immer leicht sein mag. Dabei handelt es sich aber um Schwierigkeiten, wie sie bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge häufig vorkommen. Diese bei der Regelung des Transitverkehrs nach Berlin im übrigen nicht auftretenden Schwierigkeiten können jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß es bei der mißbräuchlichen Inanspruchnahme vertraglicher Rechte stets nur um das herkömmliche Pro-

blem der Auslegung völkerrechtlicher Verträge geht. Mit dem Vorbehalt der gemeinverträglichen Rechtsausübung, wie er für das Mißbrauchsverbot des allgemeinen Völkerrechts gilt, hat dies alles nichts zu tun. Unter diesen Umständen wäre es sogar ratsam, bei den völkerrechtlichen Verträgen und ihrer vertragszweckwidrigen Inanspruchnahme auf den Begriff des Rechtsmißbrauchs ganz zu verzichten. Dem steht allerdings die Praxis der völkerrechtlichen Verträge entgegen. Gerade die Beispiele der Anlage I zum Viermächte-Abkommen sowie des innerdeutschen Transitabkommens zeigen, daß die Staaten in diesem Zusammenhang von Rechtsmißbrauch sprechen.

Es kommt vor, daß unter einem Dach zwei Mieter gleichen Namens wohnen. Um Verwechslungen auszuschließen, ist es nützlich zu wissen, daß der Rechtsmißbrauch im Recht der völkerrechtlichen Verträge Regeln folgt, die mit dem Mißbrauchsverbot des allgemeinen Völkerrechts nichts gemein haben. Dies bedeutet nun nicht, daß ein auf die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gegründeter Einwand des Rechtsmißbrauchs — sofern man ihn überhaupt anerkennen will — gegenüber Ansprüchen aus Verträgen schlechthin ausgeschlossen ist. Es mag durchaus Fälle geben, in denen das Mißbrauchsverbot des allgemeinen Völkerrechts der Inanspruchnahme auch eines vertraglichen Titels mit Recht entgegengehalten wird. Von Fällen dieser Art ist allerdings das vertragliche Mißbrauchsverbot zu unterscheiden. Um diesen Unterschied zu erhellen, sind die Mißbrauchsklauseln in der Anlage I zum Viermächte-Abkommen sowie im innerdeutschen Transitabkommen hilfreiche Beispiele.

S u m m a r y

Abuse of Rights and Transit Traffic
from and to Berlin

The agreement between the Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic concerning the transit traffic from and to West-Berlin (Transit-Agreement) contains a provision on abuse of rights. Because of its vague wording this provision may endanger the guarantee of free access to West-Berlin as laid down in the Quadripartite Agreement of September 3rd, 1971.

In Annex I to the Quadripartite Agreement misuse of the transit routes is defined as intended use of those routes for purposes not related to direct travel to and from the Western Sectors of Berlin. The Transit Agreement, on the other hand, seems to contain rules governing the use of the transit routes which are more rigid insofar as they go beyond the misuse definition of Annex I to the Quadripartite Agreement, especially by requiring respect for the public order of the German Democratic Republic.

The provisions of the Transit Agreement, however, have to be interpreted in conformity with Annex I to the Quadripartite Agreement. For both German States, when concluding the Transit Agreement, were bound by the standards prescribed by the four Powers in Annex I. This applies also for the definition of misuse.

The treatment of transit traffic by the authorities of the German Democratic Republic has not always been compatible with these principles.

Moreover, the misuse provisions of Annex I and the Transit Agreement are illustrating examples for the necessity to distinguish the phenomenon of misuse of rights in the field of treaties from the phenomenon of misuse of rights under the general principles of law recognized by civilized nations.

H. Schiedermaier