

Francisco Muñoz Conde / Thomas Vormbaum (Hrsg.)
Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung
der Vergangenheit

Juristische Zeitgeschichte
Abteilung 2, Band 19

Juristische Zeitgeschichte

Hrsg. von Prof. Dr. Dr. Thomas Vormbaum
(FernUniversität in Hagen)

Abteilung 2:

Forum Juristische Zeitgeschichte

Band 19

Redaktion: Martin Asholt, Moritz Vormbaum

De Gruyter

Francisco Muñoz Conde /
Thomas Vormbaum (Hrsg.)

Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit

Humboldt-Kolleg
an der Universidad Pablo de Olavide Sevilla,
7.–9. Februar 2008

De Gruyter

Gedruckt mit finanzieller Unterstützung der Alexander von Humboldt Stiftung.

ISBN 978-3-11-024796-1

e-ISBN 978-3-11-024797-8

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/New York

Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen

∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

www.degruyter.com

Geleitwort

Die politischen Ideale Alexander von Humboldts (1769–1859) waren von Jugend an geprägt von den Ideen der Aufklärung und den Postulaten der Französischen Revolution. Sie bestimmten sein ganzes Leben und wissenschaftliches Schaffen. Seine fünfjährige Forschungsreise in Amerika wurde ihm und seinem französischen Begleiter und Botaniker Aimé Bonpland durch die großzügige Genehmigung des spanischen Königs zur wissenschaftlichen Erforschung der Kolonialreiche ermöglicht. Doch lag Humboldts Augenmerk nicht nur auf naturwissenschaftlicher Forschung, vielmehr erwies er sich stets als besonders sensibler Beobachter der Menschenrechte. Sein ganzes Leben setzte er sich für die rechtliche Gleichstellung der Indianer ein und unterstützte Thomas Jefferson in dessen Anstrengungen für die Beendigung der Sklaverei.

„Das Glück der Weißen ist aufs innigste mit der kupferfarbenen Rasse verbunden. Es wird in beiden Amerikas überhaupt kein dauerhaftes Glück geben, als bis diese, durch lange Unterdrückung zwar gedemütigte, aber nicht erniedrigte Rasse alle Vorteile teilt, welche aus den Fortschritten der Zivilisation und der Vervollkommenung der gesellschaftlichen Ordnung hervorgehen.“ Mit dieser programmatischen und antikolonialen Forderung endet der zweite 1811 ausgelieferte Band des Mexiko-Essays „Versuch über den politischen Zustand des Königreichs Neu-Spanien“ Alexander von Humboldts (zitiert nach Frank Holl aus der deutschen Ausgabe Tübingen 1809–1814).

Vor 150 Jahren wurde die „Alexander von Humboldt-Stiftung für Naturforschung und Reisen“ – bereits ein halbes Jahr nach Alexander von Humboldts Tod – auf Initiative und mit Spenden von Freunden, wissenschaftlichen Akademien und Großindustriellen gegründet. Diese Stiftung hatte zum Ziel, jungen Forschern Reisen auf den Spuren Alexander von Humboldts zu ermöglichen und so das Andenken an diesen letzten Universalgelehrten zu ehren. Humboldt selbst hatte sein eigenes Vermögen in seine persönliche Forschungsfreiheit und die zu seiner Zeit kostspielige Publikation eigener Forschungsergebnisse investiert und finanzierte zahlreiche junge Forschertalente als großzügiger Mäzen.

Nach wechselvoller Geschichte wurde 1953 die heutige Alexander von Humboldt-Stiftung als Mittlerorganisation des Auswärtigen Amtes errichtet. Sie hat die Aufgabe, die auswärtige Kulturpolitik durch internationale Forschungsförderung zu stärken. In über fünf Dekaden wurde seither fast 24.000 hoch qualifizierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus 136 Ländern die

Möglichkeit gegeben, „ohne Ansehen des Geschlechts, der ethnischen Herkunft und nationaler Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung durch die Gewährung von Forschungsstipendien und Forschungspreisen ein Forschungsvorhaben in der Bundesrepublik Deutschland durchzuführen [...] und die sich ergebenden Verbindungen zu erhalten und zu fördern“ (§ 2 des Stiftungszwecks). Ganz im Sinne des Namenspatrons der Stiftung werden die Forschungsstipendien und Forschungspreise, allein nach individueller Exzellenz und ohne Quoten – weder für Fachgebiete noch für Länder – vergeben. So ausgewählte Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus dem Ausland erhalten die Möglichkeit, selbst konzipierte Forschungsvorhaben mit selbst gewählten wissenschaftlichen Gastgeberinnen und Gastgebern in Deutschland zu realisieren. Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler aus Deutschland können ihrerseits bei „Humboldtianern“ im Ausland selbst gewählten Forschungsideen nachgehen. Das weltweite „Humboldt-Netzwerk“ besteht aus Geistes-, Rechts- und Sozialwissenschaftlern (25%) aus Natur- und Lebenswissenschaftlern (65%), und aus Ingenieurwissenschaftlern (10%). Juristen, Philosophen und Germanisten sind die am stärksten vertretenen Disziplinen in der erstgenannten Gruppe. 85 der insgesamt 521 Forschungsstipendiaten aus Spanien sind Rechtswissenschaftler. Auch aus den Ländern Mittel- und Südamerikas sind die Juristen unter den Geistes- und Sozialwissenschaftlern am stärksten vertreten.

Das Humboldt-Kolleg mit dem Thema „Die juristische Transformation von Diktaturen in Demokratien und die juristische Vergangenheitsbewältigung“ wurde organisiert von Professor Francisco Muñoz Conde (Humboldt-Stipendiat [1971] und Humboldt-Forschungspreisträger [2000]) und von Professor Thomas Vormbaum (FernUniversität in Hagen). Es fand im Februar 2008 auf Einladung des Rektors der Universität Pablo de Olavide in Sevilla statt und ist eine beispielhafte Initiative der Außenwissenschaftspolitik Deutschlands. Das Ziel der Alexander von Humboldt-Stiftung, den überregionalen und fachübergreifenden wissenschaftlichen Dialog im Rahmen ihrer internationalen Netzwerkbildung zwischen Humboldtianerinnen und Humboldtianern verschiedener Länder und Fachgebiete mit Nachwuchswissenschaftlern und Fachkollegen aus Deutschland zu fördern, fand in den drei Tagen intensiver Diskussionen eine besonders lebhafte Verwirklichung. Teilnehmer aus sieben Ländern, die alle in ihrer jüngeren Vergangenheit Diktaturen erlitten haben, konnten sich nicht nur über juristische und strafrechtliche Fragen, sondern auch zeithistorische Probleme der Vergangenheitsaufarbeitung in offener und vertrauensvoller Atmosphäre auf hohem wissenschaftlichen Niveau austauschen. Die inzwischen öffentlichen Diskussionen um Federico Lorcas Grab, Themen wie „Holocaustos para todos“ (El

País Babelia 10.7.2010) oder der Film von Germán Berger-Hertz („El pasado no se supera echando tierra encima“, El País 9.7.2010) sind nur einige Indizien für die hohe Aktualität der Fragestellungen und den dringenden Bedarf an der Fortsetzung der wissenschaftlichen Auseinandersetzung.

Die Alexander von Humboldt-Stiftung dankt allen Teilnehmern für die lebhaften Diskussionen und den Autoren für ihre Beiträge. Besonderer Dank gebührt den Initiatoren und wissenschaftlichen Organisatoren des Humboldt-Kollegs, ihren Mitarbeitern, Doktoranden und Postdoktoranden. Dass die wissenschaftlichen Beiträge nach der Veröffentlichung 2009 in Valencia (tirant lo blanch) durch Professor Muñoz Conde in dem vorliegenden Sammelband nun auch in deutscher Sprache erscheinen kann, verdanken wir der Herausgabe durch Professor Thomas Vormbaum.

Im Juli 2010

Gisela Janetzke
Vizepräsidentin der
Alexander von Humboldt-Stiftung

Inhalt

<i>Einführung</i>	1
Francisco Muñoz Conde	
Einführung: Juristische Transformation von Diktaturen in Demokratien und juristische Aufarbeitung der Vergangenheit.....	3
Gerhard Werle	
Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?	15
<i>Spanien</i>	27
Francisco Muñoz Conde	
Abrechnen, aber wie? – Die rechtliche Transformation europäischer Diktaturen nach 1945: Der Fall Spanien.	29
Juan M. Terradillos Basoco	
Aufarbeitung der Vergangenheit in Spanien und das Gesetz zur geschichtlichen Erinnerung	49
Manuel Cancio Meliá	
Strafrecht und Terrorismus in Spanien. Anmerkungen zur Entwicklung der Terrorismusgesetzgebung nach der Diktatur	83
<i>Italien</i>	97
Massimo Donini	
Die strafrechtliche Behandlung des Übergangs vom Faschismus zur Demokratie in Italien.....	99
Luigi Foffani	
Der Kampf gegen den Terrorismus im demokratischen Staat: Der Fall Italien.....	143
<i>Deutschland</i>	165
Winfried Hassemer	
Das Strafrecht nach einem politischen Systemwechsel. Am Beispiel der Bundesrepublik.....	167

Thomas Vormbaum	
Die rechtliche Transformation Deutschlands nach dem Zweiten Weltkrieg	183
<i>Lateinamerika</i>	199
Jaime Couso	
Übergang zur Demokratie und Post-Transitionsjustiz in Chile	201
Roberto Bergalli	
Der Übergang vom Unrechtsregime zum Rechtsstaat: Vergessen oder Erinnerung? – Ein Vierteljahrhundert nach dem Ende der argentinischen Militärdiktatur	235
Jaime Malamud Goti	
Schuldzuweisung und Viktimisierung	255
<i>Schlussberichte</i>	279
Alfonso Galán Muñoz	
Der Fall Spanien	281
Emanuela Fronza	
Der Fall Italien	287
Moritz Vormbaum	
Der Fall Deutschland	293
Juana del Carpio Delgado	
Der Fall Lateinamerika	299

EINFÜHRUNG

**Einführung:
Juristische Transformation von Diktaturen
in Demokratien und juristische Aufarbeitung
der Vergangenheit***

I.

Vom 7.–9. Februar 2008 fand mit Unterstützung der Alexander von Humboldt-Stiftung an der Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, eine internationale Tagung „La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado“ statt, die sich mit den Übergangs- und Aufarbeitungsproblemen in Deutschland, Italien, Spanien, Argentinien und Chile sowie mit allgemeinen Fragen der Aufarbeitung befasste. Veranstalter der Tagung war *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Francisco Muñoz Conde* von der dortigen Universität. Alle genannten Länder haben den im Tagungsthema benannten Übergang erlebt und sich mit den Fragen der Aufarbeitung der Vergangenheit auseinandersetzen müssen. Erweitert wurde der Themenkreis um die benachbarte Problematik der Aufarbeitung der terroristischen Vergangenheit in Italien (Brigate rosse; neofaschistischer Terrorismus), Deutschland (RAF) und Spanien (Eta). Leider mußte insoweit der Beitrag des vorgesehenen deutschen Referenten *Prof. Florian Jeßberger* krankheitsbedingt ausfallen.

Den Einleitungsvortrag hielt Vizepräsident des BVfG a.D. *Prof. Winfried Hassemer* über das Thema „Das Strafrecht vor dem Problem des Systemwechsels. Das Beispiel der Bundesrepublik Deutschland“, der das Kernproblem als einer Unangepasstheit des Strafrechts an Makro- bzw. Systemkriminalität schilderte.

In der ersten Abteilung berichteten Vertreter aus Spanien, Italien und Deutschland über die Transformationsprobleme in ihren Ländern. *Prof. Ignacio Berdugo Gomez de la Torre* (Salamanca) berichtete über die rechtliche Transformation in Spanien nach der Franco-Diktatur, *Prof. Massimo Donini* (Modena) über diejenige in Italien nach dem Zweiten Weltkrieg, *Prof. Thomas Vormbaum* (Hagen) über diejenige in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg.

* Übersetzung aus dem Spanischen von *Moritz Vormbaum*.

Die Referate der zweiten Abteilung befassten sich mit Spanien. Prof. *Luis Arroyo Zapatero* (Cuidad Real) berichtete über die Transformation in Spanien nach dem Bürgerkrieg, Prof. *Juan Terradillos Basoco* (Cádiz) über Revision der Vergangenheit und das zur Zeit in Spanien heftig umstrittene Gesetz über das historische Gedenken (*Ley de Memoria Histórica*).

Gegenstand der dritten Abteilung waren die Transformationen in Chile nach der Pinochet-Diktatur (Prof. *Jaime Couso Salas*, Santiago) und in Argentinien nach der Diktatur (Prof. *Roberto Bergalli*, Barcelona).

Die vierte Abteilung befaßte sich mit dem Kampf gegen den Terrorismus in demokratischen Staaten, nämlich in Spanien (Prof. *Manuel Cancio Melia*, Madrid) und in Italien (Prof. *Luigi Foffani*, Modena).

Die fünfte und letzte Abteilung bestand aus einem Vortrag von Prof. *Gerhard Werle* (Humboldt-Universität Berlin) zum Thema „Aufarbeitung der Vergangenheit. Strafe oder Amnestie? Versöhnungskommission oder Wahrheitskommission?“

Auf diese Vortrags-Abteilung folgte zunächst ein runder Tisch, an dem die Professoren *Jaime Malamud Goti* (Buenos Aires, Argentinien), *Juan Carlos Ferré Olivé* (Huelva, Spanien), und *Hermán Hormazábal Malarée* (Gerona, Spanien) teilnahmen.

Sodann fassten Dr. *Moritz Vormbaum* (für Deutschland), Prof. *Emanuela Fronza* (für Italien), Prof. *Alfonso Galán Muñoz* (für Spanien) und Prof. *Juana del Carpio Delgado* (für Lateinamerika) in vier Schlussberichten die Ergebnisse der Tagung für die beteiligten Länder zusammen:

Auf der Schlusssitzung fasste der Veranstalter Prof. *Muñoz Conde* den Ertrag der Tagung in einem Abschlussbericht zusammen; er folgt sogleich.

Die – teilweise anders zusammengestellte – spanische Ausgabe des Tagungsbandes ist unter dem Titel: „Humboldt-Kolleg. La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado. Valencia (tirant lo blanc) 2009“ erschienen.

II.

I. Der erste grundsätzliche Eindruck, den ich glaube aus all dem, was auf diesem Kongress vorgetragen worden ist, ableiten zu können, ist der, dass Regimewechsel und überhaupt Transitionen von Diktaturen zu Demokratien, die in unseren – und ich wage hinzuzufügen: auch in anderen – Ländern stattgefunden haben, durch den jeweiligen politischen, wirtschaftlichen und sozialen

Zusammenhang bedingt waren, aus dem sie hervorgingen. Insoweit ist es bei der Bewertung dieser Regimewechsel unerlässlich, den jeweiligen Kontext mit zu berücksichtigen und Verallgemeinerungen, welche die jeweiligen Besonderheiten verdunkeln würden, zu vermeiden. In einigen Fällen geht eine Transition aus einer militärischen Niederlage in einem Krieg mit ausländischen Mächten hervor und wird den Verlierern, deren Führer dann manchmal wegen im vorherigen Regime begangener Verbrechen angeklagt und verurteilt werden, von den Siegermächten auferlegt; in anderen Fällen wird nach einem Bürgerkrieg und manchmal sogar nach einem Friedensabkommen mit den Verlierern abgerechnet, wobei oftmals nicht einmal grundlegende rechtliche Prinzipien beachtet werden; in wieder anderen Fällen schließlich macht man reinen Tisch, oder zumindest gibt man dies vor, und lässt die Verbrecher von gestern ungestraft davon kommen, die daraufhin seelenruhig vor den Augen der Opfer durch die Straßen schlendern und eine „Straffreiheit“ genießen, die skandalös ist, die aber viele für die unabdingbare Voraussetzung dafür halten, dass „das Vergessen, das alles zerstört“, auch die „geschichtliche Erinnerung“ zerstört und auf diese Weise die Rückkehr derjenigen zur Demokratie ermöglicht, die niemals Demokraten waren.

Im Bereich der Transition, kann man also sagen, gab es alles schon einmal: Transitionen nach einem zwischenstaatlichen Krieg oder einem Bürgerkrieg, bei denen die Macht auf die Sieger übergeht und auf die Besiegten dann ein kaum mit grundlegenden rechtlichen Prinzipien vereinbares Notstandsstrafrecht angewendet wird oder sie direkt der Waffengewalt überlassen werden, was erneut das Motto „Vae victis“, das im antiken Rom Anwendung fand, rechtfertigt. Transitionen, bei denen die Protagonisten oft, um einen Krieg zu vermeiden, übereinkommen, reinen Tisch zu machen und so die Straffreiheit der alten Verbrecher rechtfertigen, die sich von da an in gute und ehrenhafte Staatsbürger verwandeln; und Transitionen, bei denen, wie Tommasi di Lampedusa sagte, „sich alles verändern muss, damit alles so bleibt wie es ist“.

Und alle diese verschiedenen Transitionsprozesse treten zudem unter verschiedenen sozialen und wirtschaftlichen, nationalen und internationalen Bedingungen auf, in Zeiten von Spannung oder Entspannung, in Zeiten von Armut und Mangel, nach mehr oder weniger langen Zeiten von Diktaturen, unmittelbar nach deren Fall oder erst Jahre später, mit Rachsucht oder Versöhnungswillen, mit dem Willen zu Entschädigung und Hilfe für die Opfer oder diese vergessend, mit kaum vorhandener politischer Verschleierung der für die Verbrechen des vorherigen Regimes Verantwortlichen oder als massive Abrechnung mit ihnen allen ohne individuelle Abstufungen bei den verschiedenen Verantwort-

lichen, indem allen, die etwas mit dem vergangenen Regime zu tun hatten, eine „Kollektivschuld“ auferlegt wird.

Wenn wir die Transitionen der heute hier vertretenen Länder betrachten, fallen uns schnell Beispiele für jedes dieser Modelle und der verschiedenen Faktoren ein, welche diese beeinflussen, oder Beispiele für eine Mischung oder Kombination aus mehreren von ihnen. Und höchstwahrscheinlich wären wir zu dem selben Schluss gekommen, wenn wir in unserem Kongress noch die Transitionen in den osteuropäischen Ländern nach dem Zusammenbruch der kommunistischen Regime und in anderen Ländern, in denen ähnliche Transitionsprozesse von diktatorischen Regimen hin zu demokratischen Staatsordnungen stattfanden, behandelt hätten. Denn die sogenannte „Transitional Justice“ hat viele Gesichter und viele rechtliche, nicht nur strafrechtliche, Aspekte, die es erschweren, sie auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen; die *juristische* Aufarbeitung der Vergangenheit, vor allem mit Hilfe des Strafrechts, stellt sich sogar noch problematischer dar, weil neben technischen Schwierigkeiten, Rückwirkungsverbot, prozessualen Hindernissen unterschiedlicher Art etc. sich hier zwei Verständnisformen des Strafrechts vermischen, die durch die Geschichte des strafrechtlichen Denkens hindurch stets miteinander gehadert haben und untereinander schwer vereinbar sind:

Auf der einen Seite der *retributionistische Punitivismus*, der die Bestrafung der Verbrecher bis zuletzt fordert, damit, wie Kant es ausdrückt, „jedermann das widerfahre, was seine Thaten werth sind“. Auf der anderen Seite die Straffreiheit oder die Vergebung, die lieber in die Zukunft als in die Vergangenheit blickt und Versöhnung vor Strafe sucht, indem sie bewirkt, dass die Verbrecher von gestern heute ehrenhafte Bürger und sogar „Demokraten fürs Leben“ sein können.

Es scheint mir im Hinblick auf so viele Unterschiede und Besonderheiten in den verschiedenen Ländern angemessen, dass ich, statt eine generelle Bilanz der in unserem Kolleg behandelten Themen zu ziehen, eine umfassende Beschreibung dessen gebe, was im Rahmen der verschiedenen Tische über die Transition in jedem der hier vertretenen Länder behandelt wurde, und am Ende einige Überlegungen über die Bedeutung anstelle, welche die Zurückgewinnung der Erinnerung für die Überwindung der Vergangenheit und für die Legung von Grundsteinen für ein friedlicheres und gerechteres Zusammenleben in der Gegenwart und natürlich auch in der Zukunft hat.

Ich möchte betonen, dass alle Merkmale nicht nur in den hier vertretenen Ländern, sondern mit größeren oder geringeren Abweichungen auch in vielen anderen Ländern aufgetaucht sind. Selbstverständlich wäre es interessant gewe-

sen, beispielsweise die Transitionen in Portugal nach der Salazar-Diktatur, in Frankreich nach der Vichy-Regierung, in Griechenland nach der Militärdiktatur und natürlich in den osteuropäischen Ländern nach dem Niedergang der kommunistischen Regime zu untersuchen. Und gleichermaßen interessant wäre es gewesen, in diesen Tagen die Transitionen in Uruguay, Paraguay und Brasilien zu analysieren. Aber dies war nicht nur aus evidenten Beschränkungen von Zeit und Budget unmöglich, sondern auch unnötig, da die Transition der hier vertretenen Länder, bestimmte landesspezifische Besonderheiten einmal bei Seite gelassen, mehr oder weniger alle möglichen Transitionsmodelle darbieten, die auch für die Analyse der Transition in anderen Ländern als Bezugspunkt dienen können.

2. Im Falle Deutschlands haben die beiden Transitionen, die dort stattfanden, wenig gemeinsam: die erste nach der Niederlage des Landes im Zweiten Weltkrieg und dem damit einhergehenden Ende des Nationalsozialismus, anfangs zwangsweise von den alliierten Siegermächten auferlegt; die zweite auf friedliche Weise nach dem Fall der Berliner Mauer und der nachfolgenden Wiedervereinigung der beiden während des Kalten Krieges getrennten deutschen Staaten durch ein Übereinkommen, durch das die DDR, ein autoritärer Staat, der auf einem planwirtschaftlichen, kommunistisch inspirierten Modell beruhte, in die BRD, einen Rechtsstaat auf Grundlage eines kapitalistischen marktwirtschaftlichen Systems, eingegliedert wurde.

Diese zweite Transition wurde, obwohl nicht frei von Fehlern und Unzulänglichkeiten, viel besser durchgeführt und kann bis zu einem bestimmten Punkt als authentischer und effizienter angesehen werden als die erste. Dies ist zweifelsohne dem unterschiedlichen Kontext geschuldet, in dem die Transitionen jeweils stattfanden. In Wahrheit wurde die erste Transition in keinem der beiden deutschen Staaten, die nach dem Zweiten Weltkrieg entstanden, besonders gut durchgeführt, zum Teil, weil sie ihren Ausgang von einer vorhergegangenen militärischen Niederlage nahm, die das vorherige Regime stürzte, zum Teil wegen des Drucks während der gesamten Zeit des Kalten Krieges von Seiten der Alliierten Mächte, die eine Art Kontrolle oder Vormundschaft ausübten, zum Teil auch auf Grund des geringen Interesses, wenn nicht sogar der echten Nachlässigkeit, die insbesondere in der BRD die Institutionen, vor allem die juristischen, bei der Aufarbeitung der Vergangenheit oder der Forderung nach Verantwortlichkeit derer zeigten, die eine relevante Rolle im nationalsozialistischen Regime innehatten. Hierzu trug auch die Geltung bestimmter juristischer Grundsätze bei, die, wie das Rückwirkungsverbot, heute im Bonner Grundgesetz festgeschrieben sind, aber auch der in diesen Fällen stets zitierte Grundsatz, dass diejenigen, die sich konform den damals geltenden Ge-

setzen verhalten hätten, durch die des neuen Systems nicht verurteilt werden könnten und heute nicht Unrecht sein könne, was gestern rechtens war. Dem wurde gestern wie heute die Radbruch'sche Formel entgegengesetzt, wonach es in gewissen Fällen ein „übergesetzliches Recht“ über dem „gesetzlichen Unrecht“ gibt.

Nichts dergleichen geschah bei der zweiten Transition, die durch die Deutschen selbst ohne direkte Beteiligung von anderen Ländern in einem ganz unterschiedlichen internationalen Kontext durchgeführt wurde und bei der es die deutschen Legislativ-, Judikativ- und Administrativorgane selbst waren, die sich mit mehr oder weniger großem Erfolg der Aufgabe annahmen, die Vergangenheit zu untersuchen und manchmal mit Strafurteilen die durch das DDR-Regime begangenen Ungerechtigkeiten auszugleichen.

All dies wird meiner Meinung nach klar in den Beiträgen von *Winfried Hassemer* und *Thomas Vormbaum* wiedergegeben, welche die Unterschiede zwischen beiden Transitionen herausarbeiten, ohne Fehler und Unzulänglichkeiten zu verdecken, die sich in beiden finden.

3. Im Falle Italiens war die Transition des faschistischen Systems zur Demokratie auch bedingt durch die Niederlage im Zweiten Weltkrieg. Aber die italienische Transition bietet einige Besonderheiten, die, wie *Massimo Donini* in seinem Vortrag wiedergegeben hat, durch den Bürgerkrieg bedingt waren, der zwischen Anhängern des faschistischen Regimes und deren Gegnern schon vor Ende des Weltkriegs auflebte. In dieser Auseinandersetzung begingen beide Gruppen Exzesse, und es wurde durch die erste Regierungskoalition nach der Kriegsniederlage eine Generalamnestie verfügt, die einer friedlichen Transition zum neuen System den Boden bereitete, ohne dass aber letztlich eine tiefgreifende juristische Revision des vorhergehenden Systems durchgeführt wurde; indem auch die Verantwortung der alten politischen Führer ausgelöscht wurde, nahmen viele von ihnen, wie in Deutschland, ohne größere Probleme wieder wichtige Posten in der Verwaltung oder in der Politik des neuen demokratischen Systems ein. Bei dieser Transition bleibt kein Zweifel, dass, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen und aus verschiedenen Richtungen, die Christdemokratische Partei unter De Gasperi und die Kommunistische Partei Italiens, deren wichtigster politischer Führer Palmiro Togliati als Justizminister Hauptverfasser des Amnestiegesetzes war, eine herausragende Stellung einnehmen.

4. Die Transitionen in Chile und Argentinien liefern ebenfalls Besonderheiten, die sich nicht nur von denen in anderen Ländern, sondern auch voneinander unterscheiden. Während in Chile die demokratische Transition vom Diktator

selbst, General Pinochet, vorbereitet und konditioniert wurde, der meinte, sie auf diese Weise kontrollieren und sich so als Senator auf Lebenszeit und Chef des Militärs halten zu können, war die Transition in Argentinien Folge der militärischen Niederlage im Falklandkrieg, die sich in Misskredit und Ansehensverlust der Militärjunta niederschlug, die zehn Jahre lang ein brutales diktatorisches Regime mit schweren Menschenrechtsverletzungen, außergerichtlichen Exekutionen und Entführungen mit darauffolgendem Verschwinden der Entführten, aufrecht erhielt. Im Falle Chiles verlief sich General Pinochet paradoxer Weise in seinem eigenen Labyrinth und wurde zunächst mit einem Auslieferungsantrag eines spanischen Richters auf internationaler Ebene strafrechtlich verfolgt, als er sich auf einem Privatbesuch in London befand, und dann auf nationaler Ebene, nicht nur wegen Totschlags, Folter und illegaler Festnahmen, sondern auch wegen Korruptionshandlungen und Wirtschaftsdelikten, die er während seiner Diktatur begangen hatte. Im Fall Argentiniens kamen die Generäle der Junta hingegen letzten Endes, auch wenn sie für die unter ihrem Mandat begangenen Verbrechen verurteilt und bestraft wurden, in den Genuss einer Amnestie und eines fragwürdigen „Schlusspunkt-Gesetzes“, das vor kurzem durch den Obersten Gerichtshof Argentiniens für verfassungswidrig erklärt wurde.

Die Vorträge *Roberto Bergallis* und *Jaime Cousos* zeigen die Auswirkungen und Besonderheiten dieser Transitionen; der erste geht besonders kritisch auf die argentinische Transition, letzterer auf die Rolle General Pinochets in der chilenischen Transition ein.

5. Widersprüchlich und eigenartig verlief die spanische Transition, denn nach dem Tode des Diktators und nach fast vierzig Jahren Diktatur wurde der Wechsel zum demokratischen System – nach und nach und nicht ohne schwerwiegende Widersprüche und Behinderungen – von denselben Machtinstanzen und durch die Erben des vorhergegangenen Regimes geleitet, von denen viele in demselben selbst wichtige Posten besetzt hatten. Dennoch wurden in dieser Transition die Erben des Regimes bald von Mitgliedern der bis dahin verbotenen politischen Parteien begleitet, die dies nicht als Hindernis ansahen und zusammenarbeiteten, damit die Transition möglichst gut und friedlich verlief. Auf diese Weise gelangte man nach den ersten Wahlen zu einem Übereinkommen bzw. einem Konsens, der mit der Verabschiedung einer Verfassung endete.

Aber eben diese Konditionierungen des Übereinkommens bestimmten die Durchführung der Transition, ohne auf irgendeine Weise Verantwortung von den Führern des vorherigen Regimes zu fordern, von denen viele im Amt blieben oder wichtige politische Posten im neuen System übernahmen. Man kann

insoweit von dieser Transition das sagen, was Bernhard Schlink von der ersten deutschen Transition gesagt hat: Sie geschah „im Zeichen des Bruchs, was die Inhalte, und im Zeichen der Kontinuität, was die Personen angeht“. Somit besitzt die spanische Transition, die von vielen als beispielhaft angesehen wird, auch ihre Schattenseiten, die noch nicht vollständig aufgeheilt wurden, und ist letzten Endes zumindest unter einigen Aspekten nicht richtig abgeschlossen, was negative Konsequenzen mit sich bringt, die, wie *Ignacio Berdugo* und *Luis Arroyo* in ihren jeweiligen Vorträgen herausgearbeitet haben, bis heute andauern.

Um einige eben dieser negativen Konsequenzen zu heilen, wurde Ende 2007 ein Gesetz, das sich „Gesetz über geschichtliche Erinnerung“ nennt, verabschiedet, das, wie sein offizieller Name schon andeutet, eher dazu gedacht ist, die Rechte der Opfer des Spanischen Bürgerkrieges und der Diktatur anzuerkennen und zu erweitern, als Verbrechen der Diktatur aufzuklären und die hierfür Verantwortlichen zu ermitteln. Ungeachtet dessen erklärt das Gesetz auch Prozesse und Strafen gerichtlicher und sonstiger Art der Spezial- und Militärgerichte der Diktatur gegen ihre Gegner für rechtswidrig und bemüht sich um die Vereinfachung der Auffindung und Exhumierung von Massengräbern, in denen tausende dieser Gegner nach ihrer Exekution verscharrt wurden. Zudem ordnet es die Beseitigung der Benennung von Straßen und Plätzen nach Führern und Hauptverantwortlichen der Diktatur an. Ob damit die Forderungen nach einer Aufdeckung der Wahrheit und nach Entschädigung der Opfer, die in den letzten Jahren laut wurden, voll und ganz befriedigt werden, ist wie *Juan Terradillos* in seinem Vortrag zeigt, etwas, über das sich streiten lässt. Sicher und wahr ist, dass dieses Gesetz fast siebenzig Jahre nach dem Bürgerkrieg, nach fast vierzig Jahren Diktatur und dreißig Jahre nach dem Tod des Diktators verabschiedet wurde. Meiner Meinung nach zeigt dies, wie schwierig es war und heute noch ist, die geschichtliche Wahrheit zu rekonstruieren und die Ungerechtigkeiten, die in der Vergangenheit begangen wurden, zu überprüfen. Hierzu hat zweifelsohne die Härte, mit welcher die Diktatur die Opposition und jeden Versuch der Rehabilitierung der Verlierer des Bürgerkriegs und der Einrichtungen und Persönlichkeiten der zweiten Republik unterdrückte, beigetragen, aber auch das Stillhalten und die Passivität, welche die Vertreter dieser Opposition, viele von ihnen selbst Opfer jener Unterdrückung, während des gesamten Transitionsprozesses zeigten, die es vorzogen, nicht eine Vergangenheit aufzuwühlen, deren Offenbarung die schwache demokratische Transition, die gerade erst begonnen hatte, hätte in Gefahr bringen können. Zu vergessen und es der Zeit zu überlassen, die Wunden zu heilen, war eine Taktik, die nicht unbedingt von den politischen Hauptdarstellern dieser Transition verabredet worden war, die aber in jenen Momenten sinnvoll war, heute frei-

lich aus der Perspektive einer Rekonstruktion der geschichtlichen Wahrheit und der rechtlichen Aufarbeitung der Vergangenheit fragwürdig ist.

6. Anhand dieser kurzen Beschreibung der Transitionen der hier vertretenen Länder haben wir auch die unterschiedlichen Möglichkeiten sehen können, die *Gerhard Werle* in seiner Einführung zum letzten Tisch als die fünf denkbaren Modelle einer Transition von der Diktatur zur Demokratie beschreibt: 1. Strafrechtliche Verfolgung, 2. Nichtverfolgung, 3. Wiedergutmachung, 4. Wahrheitskommissionen, 5. Außerstrafrechtliche Sanktionen.

In fast allen hier vertretenen vier Ländern gab es eine Kombination aus verschiedenen Modellen, auch wenn es Fälle gab, in denen zu Beginn nur eines von ihnen angewandt wurde, wie etwa in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg, als die Alliierten Siegermächte verschiedene Prozesse in Gang setzten (Nürnberg), um die Führung des Nazi-Regimes strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, oder im postfranquistischen Spanien, wo darauf verzichtet wurde, in irgendeiner Art und Weise Verantwortlichkeit zu fordern.

Gerade bei diesem letzten Tisch wurden die Vor- und Nachteile all dieser Optionen diskutiert, wobei keine von ihnen unbedingte Unterstützung fand. Grundsätzlich akzeptierten alle eine Kombination der verschiedenen Modelle; während aber in einem Falle Skepsis geäußert wurde, ob strafrechtliche Verfolgung direkte Wirkung bei der Wiederherstellung des demokratischen Systems haben könne (*Jaime Malamud Goti*), neigten andere dazu, die weiteren Optionen zu akzeptieren, aber immer nur vom Ausgangspunkt einer strafrechtlichen Verfolgung und Sanktionierung der Verantwortlichen der Diktatur als unverzichtbare Voraussetzung für eine Wiederherstellung demokratischer Herrschaft (*Hernán Hormazábal, Ferré Olivé*). Grundsätzlich wurde das von Werle beschriebene südafrikanische Modell zur Überwindung der „Apartheid“, das stark mit den ethnischen Besonderheiten des Landes und der außerordentlichen Persönlichkeit Nelson Mandelas verbunden ist, mit Skepsis gesehen. So blieben die Fragen „Amnestie oder Strafe?“, „Vergessen oder Erinnerung?“ ohne einhellige Antwort.

Zudem wurde, wenn auch nur am Rande, die zeitliche Bedingtheit einer juristischen Aufarbeitung der Vergangenheit für den Fall angesprochen, dass diese Vergangenheit schon lange zurück liegt und ihre Protagonisten, Peiniger wie Opfer, bereits tot sind. Sicherlich kann die Zeit Wunden heilen und dafür sorgen, dass diejenigen, die diese Wunden verursacht haben, sterben. Es kann auch der Fall eintreten, dass einige dieser Verursacher noch leben, aber fortgeschrittenen Alters und fast schon im Endstadium sind. Wie soll man mit diesen verfahren? Müssen auch sie angeklagt werden? Und müssen sie für den Fall,

dass sie zu harten Strafen verurteilt werden, tatsächlich ins Gefängnis und ihre Strafe verbüßen?

Freilich kann die strafrechtliche Aufarbeitung der Vergangenheit in diesen Fällen absurd und unnütz sein, aber dies schließt nicht die Notwendigkeit materieller und moralischer Entschädigung für die Opfer und vor allem nicht das wissenschaftliche und historische Interesse daran aus, auf jeden Fall die Wahrheit über das Geschehene zu erfahren. Und diese Notwendigkeit verschwindet nicht nur nicht mit der Zeit, sondern sie wächst sogar noch.

7. Ganz bewusst habe ich mir die Schilderung des vierten Tisches für den Schluss vorbehalten. Dem einen oder anderen mag es scheinen, dass, wenn eine Demokratie, ein System der Freiheiten und des Respekts vor grundlegenden Rechten erst einmal hergestellt ist, dieses demokratische System automatisch stark genug sein muss, um sich selbst aufrecht zu erhalten und um seine Konflikte zu lösen sowie auf angemessene Weise Bedrohungen für das System mit seinen eigenen Waffen, die nur solche des Rechtsstaates sein können, vorzubeugen. Leider zeigt die Erfahrung, wie zerbrechlich das demokratische System sein kann, auch gegenüber denen, die es mit Gewalt angreifen.

Der Fall Deutschlands, den *Florian Jessberger*, der seine Teilnahme in letzter Minute aus gesundheitlichen Gründen absagen musste, leider nicht vortragen konnte, ist für dieses Problem besonders repräsentativ, da das Land in den Siebziger Jahren sich mit den Terrorakten der RAF auseinandersetzen musste; dasselbe gilt aber auch für den Fall Italiens, den *Luigi Foffani* vortrug, das im gleichen Zeitabschnitt dem Terrorismus der Brigade Rosse die Stirn bieten musste. Diese Fälle zeigen, bis zu welchem Punkt das demokratische System nicht nur bei internen Angriffen verletzlich sein kann, sondern auch bis zu welchem Punkt es geneigt ist, auf solche Angriffe mit Mitteln und Instrumenten zu reagieren, die schwerlich mit dem Rechtsstaat vereinbar sind.

In diesen Ländern stellte sich damals ein sicherlich komplexes und schwer lösbares Problem: Kann der Rechtsstaat das demokratische System mit Mitteln verteidigen, die nicht die des Rechtsstaates sind? Die These, dass es in den aktuellen Demokratien neben dem Strafrecht, das die Prinzipien des Rechtsstaates respektiert, auch ein „Feindstrafrecht“ geben muss, das, außerhalb oder im Randbereich des Rechtsstaates, effizient gegen diejenigen kämpfen kann, die auf permanente Weise seine Identität und seine kognitive Sicherheit in Frage stellen, wurde vor kurzem von einem angesehenen deutschen Strafrechtler dargelegt und verteidigt und hat besonders in solchen Ländern, die für kürzere oder längere Zeit die Schrecken der Diktaturen erlitten haben, oder

solchen, die instabile, durch Terrorismus oder zivile Konfrontationen bedrohte demokratische Systeme besitzen, eine rege Debatte ausgelöst.

Selbstverständlich gibt es keinen Zweifel, dass man in den strafrechtlichen Ausnahmegeetzen, die in Deutschland und Italien in den Siebziger Jahren verabschiedet wurden, um gegen den Terrorismus zu kämpfen, Beispiele für ein solches „Feindstrafrecht“ finden kann, und diese ebenso, und darauf hat *Manuel Cancio* in seinem Vortrag hingewiesen, in der spanischen Gesetzgebung der letzten Jahre existieren.

Die Gefahr, die ein „Feindstrafrecht“ enthält, besteht darin, dass das, was einmal einen Ausnahmecharakter besaß, sich später in einen „dauerhaften Ausnahmezustand“ verwandelt und ein Strafrecht schafft, das sich in nichts von dem der Diktaturen unterscheidet, so dass man sich fragt: Wozu dient dann noch der Rechtsstaat?

Ein anderes Problem ist, wie man reagieren soll, wenn, aus welchen Gründen auch immer, die Terrorismusgefahr endet und die Haupttäter der Anschläge ihren Willen zeigen, den bewaffneten Kampf aufzugeben und sich wieder in die demokratische Legalität einzugliedern. In Deutschland und Italien verschwand die interne Terrorbedrohung nach und nach bis zu dem Punkt, dass heute nur noch eine bittere Erinnerung der Vergangenheit übrig geblieben ist, und die Terroristen von einst wurden auf unterschiedliche Art und Weise begnadigt, sodass in der Praxis heute nur noch wenige von ihnen im Gefängnis sitzen, obwohl sie damals zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt worden waren. Das Beispiel des Verzichts auf Waffengewalt von Seiten der IRA hat auch in England die Notwendigkeit hervorgerufen, den Terroristen von damals einen Ausweg zu präsentieren, der nicht rein punitiv ist.

Die Frage ist selbstverständlich nicht einfach zu lösen und es besteht die Gefahr, dass ein Klammern an die rein retributionistische Idee des „Wer etwas tut, muss auch dafür bezahlen“, die vor allem aus Sicht der Opfer logisch erscheint, ein Hindernis für die Erlangung des ersehnten Friedens in der Zukunft darstellen kann. Im Fall Spaniens, wo das Problem des ETA-Terrorismus⁷ leider kein Problem der Vergangenheit, sondern ein aktuelles, sehr schwerwiegendes ist, das permanent die demokratische Normalität und das Funktionieren des Rechtsstaates beeinflusst, ist dies besonders komplex.

Aber auch hier wird man sich eines Tages fragen müssen, welche der von *Werle* dargelegten Optionen man zu wählen hat, wenn das Phänomen des internen Terrorismus erst einmal verschwunden ist und die Terroristen den bewaffneten Kampf und die Gewalt zur Erreichung ihrer politischen Ziele endgültig aufgeben.

Ich gebe zu, dass es im Moment, nachdem die ETA den Waffenstillstand gebrochen hat, schwierig ist, es zu wagen, sich eine Meinung zu diesem Thema zu bilden, außer der, dass in jedem Falle, egal welche Lösung man in der Zukunft finden mag, dies nie zum Nachteil oder auf Kosten der Rechte der Opfer geschehen darf, die man als solche anerkennen und denen oder deren Erben alle materiellen und moralischen Rechte gegeben werden müssen, die ihnen als Opfer ungerechter und grausamer Gewalt zustehen. Die Wiedergutmachungsjustiz kann auf jeden Fall auch ein gutes Mittel sein, um Rechnungen mit der Vergangenheit zu begleichen.

8. Und damit schließe ich diesen Abschlussbericht, in welchem ich, da es sich nun einmal um einen solchen handelt, nur jene Aspekte hervorgehoben habe, die mir in dem Mosaik der Ansichten, die in diesen Tagen eingebracht wurden, am interessantesten erschienen, wobei mir bewusst ist, dass ich viele andere Ansichten unerwähnt lasse, die gleich wichtig sind, die ich aber leider wegen der zeitlichen Begrenzungen und der Begrenzungen, die ich mir selbst gesetzt habe, nicht mit der nötigen Aufmerksamkeit behandeln kann. Trotzdem glaube ich, dass dieser Kongress auf jeden Fall ausreichend die Bedeutung herausgearbeitet hat, welche das Studium der Juristischen Zeitgeschichte und der Transitional Justice besitzen, nicht nur um unsere jüngste Vergangenheit zu verstehen, sondern auch um den Opfern der unterdrückenden Regime der Vergangenheit Gerechtigkeit zuteil werden zu lassen und um so gut wie möglich zu vermeiden, dass die Fehler, welche die Regime entstehen ließen oder die beim Versuch sie zu überwinden, gemacht wurden, sich in der Zukunft wiederholen.

Mit dieser Hoffnung und mit nochmaligem Dank an all diejenigen, die dieses Humboldt-Kolleg möglich gemacht haben, an die Schirmherren, an die Vortragenden, die Moderatoren und Berichterstatter, an die Mitglieder des Organisationskomitees und an all diejenigen, die geduldig den verschiedenen Sitzungen beigewohnt haben, schließe ich meinen Abschlussbericht.

Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?*

I. Einleitung

Unser Thema ist die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit. Die Leitfragen unserer Diskussion lauten: Strafe oder Amnestie? Versöhnung oder Wahrheit? Aufklärung oder Vergessen? Den Beispielen Spanien, Argentinien, Chile, Italien und Deutschland lassen sich mühelos weitere – historische und aktuelle – hinzufügen: Vor allem nach dem Ende der Sowjetunion waren Übergänge von der Diktatur zur Demokratie in Europa an der Tagesordnung. Ein weiteres prominentes Beispiel aus den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts ist Südafrika nach dem Ende der Apartheid.

Welche Formen des Umgangs mit Unrechtsvergangenheit Gesellschaften nach vollzogenem Umbruch zur Verfügung stehen und welche Reaktionen angemessen sind, wird seit Mitte der 90er Jahre unter dem Stichwort *Transitional Justice* diskutiert.¹ In den Diskussionszusammenhang gehören heute nicht nur die Probleme beim Übergang von der Diktatur zur Demokratie, sondern auch die Bewältigung von Post-Konflikt-Situationen anderer Art.

In meinem einführenden Beitrag werde ich die Optionen zur Aufarbeitung von Unrechtsvergangenheit aufzeigen und diskutieren.

II. Aufarbeitungsoptionen

Für die Aufarbeitung von Unrechtsvergangenheit stehen im Wesentlichen fünf Optionen zur Verfügung. Sie lauten:

-
- * Der Beitrag greift eine Studie auf, die im Auftrag des Zentrums für Konfliktforschung der Philipps-Universität Marburg angefertigt wurde. Siehe dazu auch Werle, *Transitional Justice – Der juristische Rahmen*, in: Müller et al. (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag* (2009), S. 791 ff.
 - 1 Der Begriff *Transitional Justice* hat sich mit dem Erscheinen der gleichnamigen von Neil J. Kritz herausgegebenen Sammelbände eingebürgert (*Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. I: General Considerations, Vol. II: Country Studies, Vol. III: Laws, Rulings, and Reports [1995]).

1. Strafrechtliche Verfolgung;
2. Nichtverfolgung;
3. Aufklärung, z.B. durch eine Wahrheitskommission;
4. Wiedergutmachung;
5. Außerstrafrechtliche Sanktionen.

Option 1: Strafrechtliche Verfolgung von Systemunrecht

Die erste Option ist die strafrechtliche Verfolgung diktatorischen Unrechts. Die Bestrafung derjenigen, die für schwere Menschenrechtsverletzungen und Völkerrechtsverbrechen verantwortlich sind, ist der juristische Normalfall, auch und gerade in Reaktion auf das Unrecht einer Diktatur. Strafrechtliche Verfolgung kann dabei auf der Grundlage staatlichen oder internationalen Rechts erfolgen. Die Verfolgung kann von staatlichen Gerichten, von internationalen Gerichten oder, neuerdings, von gemischt national-internationalen („hybriden“)² Gerichten durchgeführt werden.

Auf folgende Beispiele strafrechtlicher Verfolgung ist vor allem zu verweisen: Zur Ahndung von Völkerrechtsverbrechen durch staatliche Strafjustiz kam es im großen Umfang nach 1945 im Zusammenhang mit nationalsozialistischen Menschlichkeits- und Kriegsverbrechen. Diese wurden nicht nur durch den Internationalen Militärgerichtshof in Nürnberg und durch alliierte Militärgerichte bestraft.³ Vielmehr führten zahlreiche europäische Staaten Strafverfahren wegen der Beteiligung an nationalsozialistischen Gewaltverbrechen durch, vor allem gegen deutsche Staatsangehörige, aber vielfach auch gegen Staatsangehörige anderer Staaten.⁴ Heute hat sich die Verfolgung von NS-Gewaltverbrechen wegen des Alters der Täter im Wesentlichen erledigt.⁵ In

2 Dazu Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. (2007), Rn. 74 ff., S. 276 ff.

3 Dazu Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl. (2007), Rn. 16 ff., S. 33 ff. m.w.N.

4 Etwa die französischen Prozesse gegen *Klaus Barbie* (Cour de Cassation, Urt. v. 6. Oktober 1983, 26. Januar 1984, 20. Dezember 1985, ILR 78 [1988], S. 124 ff. und Cour de Cassation, Urt. v. 3. Juni 1988, ILR 100 [1995], 331 ff.), *Paul Touvier* (Cour d'Appel de Paris, Urt. v. 13. April 1992, ILR 100 [1995], S. 338 ff. und Cour de Cassation, Urt. v. 27. November 1992, ILR 100 [1995], S. 357 ff.) und *Maurice Papon* (Cour de Cassation, Urt. v. 23. Januar 1997, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation n° 32 sowie Cour d'assises de la Gironde, Urt. v. 2. April 1998).

5 Dennoch kommt es im Einzelfall nach wie vor zu Strafverfahren. Mit Spannung wird der Prozess gegen *Ivan (John) Demjanjuk* in München erwartet, der im Mai 2009 aus den USA nach Deutschland ausgeliefert wurde. Demjanjuk ist wegen Beihilfe zum Mord an fast 28.000 Gefangenen im Vernichtungslager Sobibór angeklagt. Der Prozess vor dem LG München soll im Oktober 2009 beginnen. Zum Verfahren gegen den ehemaligen SS-Sturmabführer *Friedrich Engel*, das 2004 wegen der zu erwartenden langwierigen Klärung der Tat- und Rechtslage im Hinblick auf das hohe Alter des An-

jüngerer Zeit kam es vor allem im Zusammenhang mit den Menschlichkeits- und Kriegsverbrechen in Ruanda und im ehemaligen Jugoslawien zu Verfahren, nicht nur vor internationalen Strafgerichten, sondern auch vor staatlichen Gerichten.⁶ Ein dritter Komplex sind die Völkerrechtsverbrechen in Mittel- und Südamerika, die während der Militärdiktaturen begangen worden. Hier haben wir über den Kampf gegen die lange Zeit verbreitete Straflosigkeit schon mehrere Beiträge gehört. Weitere Beispiele für die strafrechtliche Ahndung von Systemunrecht durch staatliche Gerichte sind etwa die Aufarbeitung der Verbrechen des Mengistu-Regimes in Äthiopien⁷ oder die Prozesse wegen der Tötungen an der deutsch-deutschen Grenze nach der deutschen Vereinigung⁸.

Option 2: Nichtverfolgung

Die zweite, der ersten genau entgegen gesetzte Option ist die Nichtverfolgung. Sie kann sich aus der schlichten Untätigkeit der Justiz ergeben (faktische Nichtverfolgung) oder aber rechtlich abgesichert sein (Generalamnestie). Vielfach haben die Machthaber nur gegen eine juristische Absicherung ihrer Straflosigkeit dem Übergang zur Demokratie zugestimmt; vorbereitend zum Machtwechsel kam es zu Generalamnestien. Über die Beispiele Argentinien, Chile und Spanien⁹ haben wir bereits gehört.¹⁰ Amnestie und Nichtverfolgung

geklagten gem. § 206a StPO eingestellt wurde (BGH, Urt. v. 17. Juni 2004, BGHSt 49, 189 ff.), vgl. *Bertram*, NJW 2004, 2278 ff.; *Bröhmer / Bröhmer* NSTZ 2005, 38 ff.; *Gribbohm* NSTZ 2005, 38; *von Münch*, Geschichte vor Gericht – Der Fall Engel (2004); *von Münch* JZ 2004, 184 ff.; *Zöller*, Jura 2005, 552 ff. Zu nennen ist auch das Verfahren gegen den ehemaligen KZ-Aufseher in Theresienstadt, *Anton Malloth*, der 2001 vom LG München wegen Mordes zu lebenslanger Haft verurteilt wurde; der BGH hat das Urteil bestätigt, vgl. BGH, Urt. v. 21. Februar 2002, StV 2002, 598 f. Zum Fall *Erich Priebke* vgl. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, *Priebke v. Italien*, Beschl. v. 5. April 2001, abrufbar unter <cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (Stand: April 2008); *Bertram* NJW 1997, 174 ff.; *Hein* DRiZ 1996, 476 ff.; *Kämmer* AVR 37 (1999), 283, 285 f.; *Katz*, Dossier: Priebke (1996); *Leszl*, Il processo Priebke e il nazismo (1997).

- 6 Vgl. zu Ruanda *Behrendt*, Die strafrechtliche Verfolgung des Völkermordes in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte (2005); *Magsam*, in: Kaleck et al. (Hrsg.), International Prosecution of Human Rights Crimes (2006), S. 159 ff. Zu Verfahren in Bosnien-Herzegowina, vgl. *Garms / Peschke*, Journal of International Criminal Justice 4 (2006), 258 ff.
- 7 Vgl. zum Mengistu-Prozess *Tiba*, Journal of International Criminal Justice 5 (2007), S. 513 ff.
- 8 Dazu *Marxen / Werle*, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz (1999), S. 8 ff.
- 9 *Kritz*, in: Kritz (Hrsg.), Transitional Justice, Vol. II (1995), S. 298 f.

sind häufig der „Preis“ für den Systemwechsel, wenn die ehemaligen Machthaber den Übergang zur Demokratie oder die Beendigung eines Konflikts davon abhängig machen, dass ihnen Straffreiheit gewährt wird. Nicht selten haben Machthaber auch gleichsam als letzte Amtshandlung Amnestien verfügt.¹¹ Während die faktische Untätigkeit der Justiz zur Vergangenheit überhaupt keine Stellung nimmt, enthält die Generalamnestie immerhin eine mittelbare Anerkennung des begangenen Unrechts.¹²

Option 3: Wahrheitskommissionen

Eine dritte Option ist die Aufklärung des vergangenen Unrechts durch sogenannte Wahrheitskommissionen¹³ oder Wahrheits- und Versöhnungskommissionen. In der Ausgestaltung dieser Kommissionen gibt es wesentliche Unterschiede; gemeinsam ist ihnen das Ziel, Unrechtsvergangenheit in offizieller Form anzuerkennen und für das Gedächtnis der Nachwelt festzuhalten. Wichtige Mittel, um dieses Ziel zu erreichen, sind Aussagen von Opfern und deren Angehörigen, die teilweise im Rahmen von öffentlichen Anhörungen gemacht werden. Je nach Ausgestaltung der Wahrheitskommission wird auch auf Aussagen von Tätern zurückgegriffen. Die bedeutendste Hinterlassenschaft einer Wahrheitskommission ist regelmäßig ihr Bericht, in dem Zeugnis über die im Berichtszeitraum begangenen Menschenrechtsverletzungen abgelegt wird, um diese Menschenrechtsverletzungen zugleich offiziell anzuerkennen. Je nach Ausgestaltung der Wahrheitskommission werden im Bericht die Namen der Opfer, aber auch die Namen der Täter von Menschenrechtsverletzungen genannt. Wichtige Beispiele für Wahrheitskommissionen bieten Argentinien¹⁴, Chile¹⁵, Guatemala¹⁶, Südafrika¹⁷ und Sierra Leone¹⁸.

10 In anderen Ländern (etwa im Fall der ghanaischen Militärdiktaturen der 70er und 80er Jahre des vergangenen Jahrhunderts) haben sich die ehemaligen Machthaber ihre Strafflosigkeit durch *Jurisdiktionsausschlussklauseln* gesichert, dazu *Vukor-Quarshie*, in: Eser / Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, Band 4, S. 230 ff.

11 So etwa 1983 in Argentinien, vgl. *Garro / Dahl*, in: Kritz (Hrsg.), *Transitional Justice*, Vol. II (1995), S. 327.

12 So schon *Marxen / Werle*, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz* (1999), S. 256.

13 Zusf. *Hayner*, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity* (2001); *Hayner*, *International Review of the Red Cross* 88 (2006), S. 295 ff.

14 Die argentinische *Comisión Nacional Sobre la Desaparación de Personas* hat 1984 ihren Abschlussbericht unter dem Titel „¡Nunca más!“ vorgelegt, vgl. *Comisión Nacional Sobre la Desaparación de Personas*, *Nunca más*, 6. Aufl. (2003).

15 Die chilenische *Commission on Truth and Reconciliation* hat ihren Bericht 1991 vorgelegt. Eine englische Übersetzung des Berichts ist 1993 bei University of Notre-Dame

Ein besonders beachtliches Aufarbeitungsmodell hat Südafrika in Reaktion auf das Apartheid-Unrecht entwickelt: Dort wurde eine opferzentrierte Wahrheits- und Versöhnungskommission mit einer Individualamnestie kombiniert. Täter hatten die Möglichkeit, beim Amnestieausschuss der Wahrheitskommission Straffreiheit und Freistellung von zivilrechtlichen Ansprüchen zu beantragen. Die Amnestie wurde dabei von einem vollständigen Geständnis der Täter abhängig gemacht, die dadurch zumindest zur Aufklärung des Unrechts beitragen (Modell „Wahrheit statt Strafe“)¹⁹.

Option 4: Wiedergutmachung

Die vierte Option ist die Wiedergutmachung für die Opfer und ihre Angehörigen. Hierher gehören zunächst alle Formen der materiellen Wiedergutmachung, wie etwa die Entschädigung für menschenrechtswidrige Tötungen, Gesundheitsbeschädigungen oder Freiheitsentziehungen. Auch die Rückgabe von menschenrechtswidrig entzogenem Grundstückseigentum ist zu nennen. Wichtig sind auch die vielfältigen Formen moralischer und juristischer Rehabilitierung für erlittenes Unrecht. In einem weiteren Sinne gehören zur Wie-

Press erschienen, vgl. Report of the Chilean National Commission on Truth and Reconciliation (1993).

- 16 Die guatemalteckische *Comisión para el esclarecimiento histórico* hat ihren Bericht 1999 vorgelegt. Vgl. dazu *Tomuschat*, Human Rights Quarterly 23 (2001), S. 233 ff.
- 17 Die südafrikanische *Truth and Reconciliation Commission* hat ihren siebenbändigen Bericht 1998 (fünf Bände) und 2003 (zwei Bände) vorgelegt; der Bericht ist unter <http://www.doj.gov.za/trc/trc_frameset.htm> (Stand: April 2007) abrufbar.
- 18 Die sierra-leonische *Truth and Reconciliation Commission* hat ihren Bericht 2004 vorgelegt; Auszüge sind unter <http://www.usip.org/library/tc/tc_regions/tc_sl.html#rep> (Stand: April 2007) abrufbar. Vgl. dazu *Schabas*, Journal of International Criminal Justice 2 (2004), S. 1082 ff.
- 19 Aus der umfangreichen Literatur zum südafrikanischen Ansatz vgl. etwa *Boraine*, Truth and Reconciliation in South Africa: The Third Way, in: Rotberg / Thompson (Hrsg.), Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions (2000), S. 141 ff.; *Cassin*, International Review of the Red Cross 88 (2006), S. 235 ff.; *Dewitz*, in: Eser / Sieber / Arnold (Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Band 8 (2005); *Dugard*, in: McAdams (Hrsg.), Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies (1997), S. 269 ff.; *Hahn-Godeffroy*, Die südafrikanische Truth and Reconciliation Commission (1998); *Kutz*, Amnestie für politische Straftäter in Südafrika (2001); *Nerlich*, Apartheidkriminalität vor Gericht (2002); *Villa-Vincencio / Verwoed* (Hrsg.): Looking Back Reaching Forward – Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa (2000); *Werle*, Humboldt-Forum Recht 1996, abrufbar unter <<http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/6-1996/index.html>> (Stand: April 2007). Umfassende Literaturnachweise finden sich bei *Alexander / Batchelor / Durand / Savage*, Journal of Law and Religion 20 (2004/2005), S. 525 ff. und *Savage / Schmid / Vermeulen*, Journal of Law and Religion 16 (2001), S. 73 ff.

dergutmachung auch all diejenigen Maßnahmen, die das Leid der Opfer anerkennen oder erneuten Menschenrechtsverletzungen vorbeugen sollen. Zu nennen sind hier etwa die Einrichtung von Gedenkstätten oder Gedenkveranstaltungen, aber auch Maßnahmen zur zivilen Kontrolle von Militär und Sicherheitsdiensten.²⁰ Mit Vorschlägen zur Wiedergutmachung werden, wie beispielsweise in Südafrika, auch Wahrheitskommissionen betraut.

Der völkerrechtliche Rahmen für Wiedergutmachung ist in den vergangenen Jahren durch die Arbeit der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen konkretisiert worden, die im Jahre 2005 zur Annahme einer Resolution durch die Generalversammlung geführt hat.²¹ Wiedergutmachungsansprüche können vor internationalen Gerichten durchgesetzt werden, etwa dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dessen Urteile völkerrechtlich bindend sind. Auch der Internationale Strafgerichtshof kann Opfern von Straftaten eine Entschädigung zusprechen, die aus einem Treuhandfonds aufgebracht wird. In der Regel werden Wiedergutmachungsleistungen jedoch vor nationalen Gerichten eingefordert. Dabei ist in den vergangenen Jahren vermehrt versucht worden, Ansprüche vor US-amerikanischen Gerichten auf der Grundlage des *Alien Tort Claims Act* geltend zu machen.²² Sofern indes Ansprüche wegen Menschenrechtsverletzungen durch staatliche Akteure vor den nationalen Gerichten eines anderen Staates eingeklagt werden, steht der Geltendmachung unter Umständen die Staatenimmunität oder, im US-amerikanischen Recht, die noch weiter gehende *act of state doctrine* entgegen.²³

Option 5: Außerstrafrechtliche Sanktionen

Eine fünfte Option sind Sanktionen außerhalb des Strafrechts wie beispielsweise die Entlassung von belasteten Funktionären und Mitarbeitern des Öffentlichen Dienstes der alten Ordnung, einschließlich Polizei und Militär (be-

20 Zum Ganzen, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, adopted by the U.N. General Assembly, UN Doc. A/RES/60/147, m.w.N. Vgl. auch *Randelzhofer / Tomuschat* (Hrsg.), *State Responsibility and the Individual* (1999).

21 Siehe oben Fn. 20 und *Shelton*, *Torture* 17 (2007), 104 ff.

22 Vgl. dazu *Dhooge*, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 28 (2006), S. 393 ff. sowie *Paust*, *Florida Journal of International Law* 16 (2004), S. 249 ff. m.w.N.

23 Dazu *Verdross / Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. (1984), Rn. 1178.

ruflische Disqualifikation belasteter Mitarbeiter²⁴).²⁵ Eine solche „Lustration“ hat insbesondere in den Staaten des ehemaligen Ostblocks stattgefunden.

Ein extremes Beispiel bietet hier die Tschechoslowakei, in der bereits 1991 ein entsprechendes Gesetz verabschiedet wurde.²⁶ Dieses Gesetz sah den Ausschluss von Trägern der alten Ordnung von zahlreichen öffentlichen Ämtern vor.²⁷ Betroffen waren insbesondere Parteifunktionäre, Mitglieder von Polizei und Geheimdienst sowie inoffizielle Mitarbeiter des Geheimdienstes. Das Gesetz stieß im Ausland wie in der Tschechoslowakei selbst auf scharfe Kritik. Insbesondere die Anknüpfung an eine bloße Mitgliedschaft in einer Organisation wurde als pauschale Schuldzuweisung empfunden. Dennoch wurde die Geltung des Gesetzes in Tschechien zunächst um fünf Jahre, dann auf unbestimmte Zeit verlängert.²⁸ Ein weniger drastisches Modell wurde im vereinten Deutschland ab 1990 umgesetzt. Hier wurden im Einzelfall Träger der alten Ordnung, insbesondere (inoffizielle) Stasi-Mitarbeiter von öffentlichen Ämtern ausgeschlossen. Zusätzlich wurden die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen DDR den Betroffenen, der Wissenschaft sowie in begrenztem Maße der Öffentlichkeit zugänglich gemacht.²⁹

Grundsätzlich schließen die genannten Aufarbeitungsoptionen einander nicht aus, sondern können auch nebeneinander zum Zuge kommen. So können etwa Wahrheitskommissionen im Vorfeld, im Nachgang oder parallel zur strafrechtlichen Verfolgung tätig werden; in der Vergangenheit wurden sie allerdings vielfach als Ersatz für Strafprozesse genutzt. Auch strafrechtliche Verfolgung und Amnestien können nebeneinander eingesetzt werden, indem etwa Teilamnestien für nachgeordnete Täter mit strafrechtlicher Verfolgung der Hauptverantwortlichen kombiniert werden.

24 *Wüstenberg*, Die politische Dimension der Versöhnung (2004), S. 136.

25 Vgl. dazu etwa *Boed*, *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1998/1999), S. 357 ff.; *Ellis*, *Law and Contemporary Problems* 59 (1996), 181 ff.; *Łoś*, *Law and Social Inquiry* 20 (1995), S. 117 ff.

26 Nach dem Auseinanderbrechen der Tschechoslowakei verfolgte die Slowakei die Lustrationspolitik nicht weiter, *Ellis*, *Law and Contemporary Problems* 59 (1996), S. 183.

27 Eingehend *Boed*, *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1998/1999), S. 371 ff.

28 *Sadurski*, „Decommunization“, „Lustration“, and Constitutional Continuity: Dilemmas of Transitional Justice in Central Europe (2003).

29 Stasi-Unterlagen-Gesetz, in der Fassung der Bekanntmachung der Neufassung vom 18. Februar 2007 (BGBl. I 162).

III. Regulative Grundsätze und juristische Rahmenbedingungen

Die Entscheidung für eine oder mehrere der genannten Aufarbeitungsoptionen hängt von einer Vielzahl politischer, rechtlicher und kultureller Faktoren ab. In politischer Hinsicht spielt der Charakter des Systemwechsels eine entscheidende Rolle. Wird der Systemwechsel durch eine vollständige militärische Niederlage des alten Regimes oder durch eine Revolution herbeigeführt, entfällt der Zwang zu Rücksichtnahmen und Kompromissen mit der alten Ordnung. Hier ist insbesondere der Weg für eine strafrechtliche Aufarbeitung frei. Anders verhält es sich bei verhandelten Machtwechseln, die vielfach nur um den Preis von Zugeständnissen an die alten Machthaber erfolgen. In juristischer Hinsicht schlägt vor allem die Schwere des begangenen Unrechts zu Buche. So ist es ein wesentlicher Unterschied, ob es sich um staatsgesteuerte Schwerstkriminalität wie Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit handelt oder ob Kriminalität von geringerer Schwere zur Debatte steht. Aber auch die vorhandenen finanziellen und personellen Ressourcen spielen eine wichtige Rolle. Insbesondere kann die Leistungsfähigkeit des Justizsystems der Aufarbeitung von vornherein enge Grenzen ziehen.

Trotz der unleugbaren Situationsgebundenheit von Aufarbeitung ist nicht alles eine Frage der Zweckmäßigkeit. Mit den folgenden Bemerkungen will ich versuchen, einige regulative Grundsätze und die rechtlichen Rahmenbedingungen aufzuzeigen, die bei der Wahl von Aufarbeitungsoptionen zu beachten sind.

Aus den bisherigen Erfahrungen mit Transitionsprozessen lassen sich meines Erachtens die folgenden Grundsätze ableiten:

- Aufklärung (Wahrheit) ist kein Hindernis für Versöhnung, sondern deren Voraussetzung. Ohne Aufklärung und Anerkennung des vergangenen Unrechts gibt es keine Versöhnung (Modell der südafrikanischen Wahrheitskommission: Ohne Wahrheit keine Versöhnung).³⁰
- Friede (Versöhnung) und Gerechtigkeit schließen sich nicht aus. „Strafe“ wurde in der Vergangenheit vielfach zu einseitig als Hindernis von „Versöhnung“ wahrgenommen. Die Erfahrung mit Aufarbeitungsprozessen lehrt jedoch, dass ein Mindestmaß an Gerechtigkeit Voraussetzung für einen dauerhaften inneren Frieden ist. Dies zeigt sich etwa am Aufbrechen alter Wunden in Staaten, in denen eine juristische Aufarbeitung der Diktatur nicht stattgefunden hat.

30 Grundlegend zur Versöhnung, *Wüstenberg*, Die politische Dimension der Versöhnung (2004).

- Die Notwendigkeit der Opferorientierung des Aufarbeitungsprozesses wird zunehmend anerkannt und ist im Recht auf Aufklärung und Entschädigung inzwischen auch juristisch verfestigt. Es steht nicht im Belieben der neuen Demokratie, mit den Ansprüchen von Opfern so oder anders zu verfahren.

Bei diesen wenigen Bemerkungen zu regulativen Grundsätzen der Aufarbeitung will ich es belassen, um abschließend auf die politisch und juristisch heikle Frage der Amnestie für schwere Menschenrechtsverletzungen einzugehen.

Heute ist eine Strafpflicht der Tatortstaaten bei Völkerrechtsverbrechen anerkannt. Für Völkermord und Kriegsverbrechen im internationalen bewaffneten Konflikt ergibt sich diese Bestrafungspflicht auch aus Völkervertragsrecht.³¹ Bei Kriegsverbrechen besteht sogar für Drittstaaten eine Pflicht zu strafen oder auszuliefern, während diese Frage für Völkermord und Menschlichkeitsverbrechen umstritten ist.³²

Der Handlungsspielraum der demokratisch verfassten Staaten ist durch diese Strafpflichten zunächst einmal eingeschränkt. Allerdings wird man hieraus nicht ableiten können, dass Amnestien stets völkerrechtswidrig sind. Der Übergangsprozess in Südafrika bietet ein anschauliches Beispiel für eine Krisensituation, die eine Ausnahme von Strafverfolgungspflichten rechtfertigen kann. Im Falle Südafrikas war der (bedingte) Verzicht auf Kriminalstrafe der Preis für die Beendigung aktueller Gewalt und den Übergang zur Demokratie. Hier hat die südafrikanische Aufklärungsamnestie ein neuartiges Modell zur Bewältigung einer übergangstypischen Notsituation entwickelt: Das südafrikanische Modell löst die Kollision zwischen dem Strafverfolgungsinteresse und

31 Vgl. Art. IV Völkermordkonvention; Art. 129 GA III und Art. 146 GA IV; eine vertragliche Bestrafungspflicht besteht außerdem, soweit den Völkerrechtsverbrechen Folterhandlungen zu Grunde liegen; diese ergibt sich aus Art. 7 der Folterkonvention. Zum Ganzen eingehend *M. Schmidt*, Externe Strafpflichten (2002), S. 136 ff.; vgl. ferner *Cassese*, International Criminal Law (2003), S. 302 f.; *Eser*, in: Vohrah et al. (Hrsg.), *Man's Inhumanity to Man* (2003), S. 279 ff.; *Kreß*, Israel Yearbook on Human Rights 30 (2001), S. 103, 162; *Roht-Arriaza*, in: Roht-Arriaza (Hrsg.), *Impunity and Human Rights* (1995), 24 ff.; *Scharf*, Cornell International Law Journal 32 (1999), S. 507, S. 526.

32 Gegen eine Strafpflicht für Drittstaaten *Dugard*, in: Cassese / Gaeta / Jones (Hrsg.), *Rome Statute*, Band 1 (2002), S. 693, 698; *Gärditz*, Weltrechtspflege (2006), S. 290 ff.; *Gilbert*, Transnational Fugitive Offenders (1998), S. 322; *Tomuschat*, in: Cremer et al. (Hrsg.), *Festschrift für Steinberger* (2002), S. 315, 337 f. *Bassiouni* vertritt indes die Ansicht, der Grundsatz *aut dedere aut iudicare* sei inzwischen ein Satz des Völkergewohnheitsrechts und gelte für alle Völkerrechtsverbrechen; vgl. *Bassiouni / Wise*, *Aut Dedere Aut Judicare* (1995), S. 21, 24; *Bassiouni*, Virginia Journal of International Law 42 (2001), 81, 148 f. Ähnlich *Enache / Brown*, McGill Law Journal 43 (1998), S. 613, 625 ff.