

Die Bestrafung der Verbrechen gegen die Menschenrechte in Argentinien

Magisterarbeit (LL.M)

von *Andrés Falcone*

Betreuer: Prof. Dr. Dres. h.c. *Friedrich-Christian Schroeder*

Universität Regensburg

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1. Vorstellung des Themas	5
1. Einführung.....	5
2. Charakterisierung der Diktatur	7
a. Die Definition der Diktatur.....	9
b. Arten von Diktaturen.....	10
c. Die Sozialen Funktionen und die psychologischen Prozesse der Diktatur.....	13
3. Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht.....	14
4. Vergangenheitsbewältigung in Deutschland.....	17
a. Historischer Raum.....	18
b. Die strafrechtliche Aufarbeitung der NS-Verbrechen: Verjährung, Rückwirkungsverbot, Täterschaft und Justizunrecht.....	19
c. Die strafrechtliche Aufarbeitung der SED-Verbrechen.....	23
Kapitel 2. Die Bestrafung der argentinischen Militärjuntas und die sog. „Gesetze der Straflosigkeit“	29
1. Argentinien im 20. Jahrhundert: Zwischen Diktatur und Demokratie. Die Diktatur in den Jahren 1976-1983. Die folgenden Regierungen bis 1991.....	29
2. Die wichtige Rolle der C.O.N.A.D.E.P.	31
3. Das sog. „Gesetz der Selbstamnestie“ 22.924/83 und seine Aufhebung durch das Gesetz 23.040/83.....	32
a. Die Bestrafung der geschehenen Taten durch eine restriktive Auslegung des Amnestiegesetzes?	33
b. Die Aufhebung der Amnestie durch das Gesetz 23.040/83.....	34
c. Die Aufhebung der Rechtskraft bei den nach dem Amnestiegesetz beurteilten Fällen.....	37
4. Der Prozess gegen die argentinischen Militärjuntas (1984-1985)..	38
a. Die allgemeinen politischen und gesellschaftlichen Umstände...	38

b. Die Gerichtsbarkeit: Zwischen Militär- und Zivilgericht.....	39
c. Der Prozess vor dem Militärgericht.....	41
d. Der Prozess vor dem Zivilgericht. Die ausgewählten Fälle. Das Delikt vom Aufstand.....	43
e. Das Urteil. Die Theorie der „organisatorischen Machtapparate“: die Anwendung auf den argentinischen Fall und die Kritiken.....	45
aa) Die Strafen der Angeklagten.....	46
bb) Die Theorie des „organisatorischen Machtapparates“.....	46
cc) Die Kritiken zur Theorie.....	48
dd) Ihre Anwendung im Prozess gegen die Militärjuntas.....	50
5. Die sog. „Gesetze der Straflosigkeit“. Das Gesetz 23.042 (das sog. „Schlusspunktgesetz“) und das Gesetz 23.521 (das sog. Befehlsnotstandsgesetz) von der Regierung Alfonsíns, und die Gnadenakte Menems.....	50

Kapitel 3. Die aktuelle strafrechtliche Aufarbeitung der Diktatur nach den Jahren der Straflosigkeit..... 54

1. Einführung. Der historische Zeitraum. Die Jahre der Straflosigkeit und die Wichtigkeit der Prozesse der Wahrheit.....	54
2. Die Unverjährbarkeit der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Der Fall „Arancibia Clavel“. Die Kritiken. Die Stellungnahme zum Thema.....	55
a. Der Fall „Arancibia Clavel“. Die Taten und das Urteil des Bundesgerichtshofs. Die Kritiken der Rechtslehre. Die Stellungnahme zum Thema.....	56
aa) Die Taten.....	56
bb) Das Urteil des Obersten Gerichtshofs.....	57
cc) Die Kritiken der argentinischen Rechtslehre.....	60
dd) Stellungnahme zum Thema.....	62
3. Die Aufhebung der sog. Gesetze der Straflosigkeit. Der Fall „Simón“: Die Taten und das Urteil des Obersten Gerichtshofs.....	64
a. Die Taten.....	64
b. Das Urteil des Obersten Gerichtshofs.....	65
4. Die Rechtswidriegerklärung der Gnadenakte durch das	

argentinische Oberste Gericht.....	68
5. Fazit: Die langsamen aber doch mahlenden Mühlen der Gerechtigkeit.....	69
Literaturverzeichnis.....	70

Die Bestrafung der Verbrechen gegen die Menschenrechte in Argentinien

Andrés Falcone

Kapitel 1. Vorstellung des Themas

1. Einführung

Im zwanzigsten Jahrhundert mussten verschiedene Länder diktatorische Regierungen erleben und nach der Rückkehr in die Demokratie die sog. Vergangenheitsbewältigung vorbereiten. Ob das Strafrecht das Mittel oder eines von mehreren Mitteln ist, hängt von mehreren Faktoren ab. Häufig haben die Führungseliten der Diktatur noch Macht in der Demokratie oder pflegen gute Beziehungen mit der neuen Regierung (Spanien, Chile, Argentinien Brasilien usw.), was die strafrechtliche Aufarbeitung erschwert¹. Andererseits fand mehrmals die intertemporale Justiz wegen des Regierungsumbruchs in schlechten ökonomischen Umständen statt - oder besser gesagt, die schlechten wirtschaftlichen Umstände waren schon eine wichtige

¹ In dieser Richtung meinte *Malarino*, dass, wenn die neue Demokratie zu schwach ist und eine Rückkehr in die Diktatur noch möglich ist, eine Amnestie angemessener sei. Trotzdem bin ich mit diesem Verfasser nicht einverstanden, wie ich ab dem zweiten Kapitel erläutern werde, dass diese Lösung auf den argentinischen Fall gut passt, da, obgleich nach der Diktatur die demokratische Regierung schwach war, die Prozesse gegen die Hauptverbrecher ausgeführt worden sind, die argentinische Demokratie heutzutage nicht in Gefahr ist und deswegen genug Raum gibt, für die verspätete gerechte strafrechtliche Verfolgung. *Malarino*, Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas, in: ZIS, 2009, S. 375. Gegen die Auffassung von *Malarino*, *Ambos*, De la estructura "jurídica" de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el Derecho penal, in: Jueces para la democracia, 1997, Ss. 90 ff.

Ursache des Umbruchs - was die Bemühungen der Gesellschaft verdoppelt: erstens die ökonomische Wiedergutmachung und zweitens die rechtliche und kulturelle Vergangenheitsbewältigung².

Es ist folglich zu analysieren, welchen Zweck das Völkerstrafrecht verfolgt. Obwohl *Jescheck*³ 1952 die Vergeltungstheorie nicht nur für völkerstrafrechtliche Verbrechen sondern auch für strafrechtliche Verbrechen ausgeschlossen hat, haben *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* und *The International Criminal Tribunal for Rwanda* ihr eine überwiegende Bedeutung gegeben⁴. Es ist auch schwierig, sich eine positive spezialpräventive Wirkung vorzustellen, da man in der Mehrheit der Fälle über die Hauptverbrecher eher von Überzeugungsverbrechern sprechen könnte und demzufolge die Besserungserwartung niedrig ist. Auf der anderen Seite könnte man die Sicherung der Allgemeinheit durch die Einsperrung des Straftäters und zur Abschreckung des Täters vor künftigen Straftaten (negative Spezialprävention), vor allem am Anfang der neuen Demokratie, wenn sie oft schwach ist, weil die alten Staatsverbrecher durch einen neuen Umbruch ihre Straflosigkeit garantieren wollen, erwägen⁵. Noch wichtiger als Zweck des

² Die Vergangenheitsbewältigung ist ein weiterer Begriff als die intertemporale Justiz oder die rechtliche Aufarbeitung. Vergangenheitsbewältigung bedeutet vielmehr einerseits die gesellschaftlich-kulturelle Aufarbeitung der verschwundenen Diktatur (die Behandlung der Periode in Literatur, Film, Fernsehen, Theater und bildenden Kunst, sowie die kritische Behandlung in allen sozialwissenschaftlichen Fakultäten) und andererseits die Aufgabe der Untersuchungskommissionen (z.B. die wichtige Aufgabe der „Truth and Reconciliation Commission“ in Südafrika). Vgl. *Schroeder*, Möglichkeiten und Formen der Bewältigung staatskrimineller Vergangenheit, in: *Vergangenheitsbewältigung im Osten – Russland, Polen, Rumänien* (Hrsg. *Rill*), 2008, Ss. 9-10, 14-15.

³ *Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Ss. 191-192. In dieser Richtung zitiert *Roxin Seneca*: „Denn, wie Plato sagt, kein kluger Mensch straft weil gesündigt worden ist sondern damit nicht gesündigt werde...“. *Roxin*, Strafrecht AT, Band 1, §3A, 11. Auch dazu *Zaffaroni*, Manual de Derecho Penal Parte General, Ss. 38 ff.

⁴ Vgl. *Ambos*, Sobre los fines de la pena a nivel nacional y supranacional, in: *Revista de derecho penal y criminología*, 2003, S. 201.

⁵ Vgl. *Sancinetti*, Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial, S. 10. Dagegen meinte *Roxin*, dass die negative Spezialprävention bei der Vergangenheitsbewältigung sinnlos sei, weil es keine Wiederholungsgefahr gibt, „weil die Tat in einer unwiederholbaren Konfliktsituation begangen

Völkerstrafrechts ist die positive generalpräventive Wirkung, die Stabilisierung der verletzten Rechtsordnung⁶. Aber der wichtigste Zweck des Völkerstrafrechts ist die negative Generalprävention, die Abschreckung der Allgemeinheit, damit diese wichtigsten Verbrechen nie straflos bleiben werden⁷.

Ich werde in dieser Arbeit versuchen, die Bedeutung und Möglichkeit der strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung in Argentinien nach den Prinzipien des Rechtsstaats trotz der bereits vergangenen Jahre zu beweisen, und damit zeigen, dass „der Arm der Gerechtigkeit lang ist; die Mühlen der Gerechtigkeit mahlen langsam, mahlen aber doch“⁸.

2. Charakterisierung der Diktatur

In der argentinischen Lehre ist nicht mehr umstritten, dass der Staat vier Elemente hat, nämlich Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsmacht und Staatsregierung⁹. Für diese Arbeit sind nur die letzten zwei wichtig.

worden ist oder die veränderten Zeitumstände ihre erneute Behebung unmöglich machen“. *Roxin*, Strafrecht AT, Band 1, §3A, 18. Was *Roxin* vergisst, ist dass, schon nach dem zweiten Weltkrieg mehrere die Wiederholungsgefahr verneint hatten, und trotzdem musste das deutsche Volk eine neue Diktatur erfahren. Dazu *Schroeder*, Zur Strafbarkeit von Tötungen in staatlichem Auftrag, in: JZ 1992, S. 992.

⁶ In dieser Richtung meinte *Jakobs*, dass die Nürnberger Prozesse die wichtige Aufgabe hatten, das Rechtsstaatsbewusstsein der neuen BRD aufzubauen. Auf der anderen Seite waren die gegen die SED-Verbrechen geführten Prozesse sinnlos, da schon damals in der BRD der Rechtsstaat unumstritten war. *Jakobs*, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, in: Vergangenheitsbewältigung durch Recht (Hrsg. *Isensee*), 1992, S. 42.

⁷ Vgl. *Schroeder*, Zur Strafbarkeit von Tötungen in staatlichem Auftrag, in: JZ 1992, S. 992. In diese Richtung auch *Jäger*, 76 KritV 1993, Ss. 259, 271. Auch dazu *Nino*, La huida frente a las penas, verfügbar im Internet: www.pensamientopenal.com.ar/nhd/nota001.htm, Zutritt am 09.07.2010.

⁸ *Schroeder*, Zur Strafbarkeit von Tötungen in staatlichem Auftrag, in: JZ 1992, S. 993.

⁹ Vgl. *Bidart Campos*, Manual de la constitución reformada, Tomo 1, S. 425. *Schroeder* analysiert den Bestand des Staates nach dem Völkerrecht und nach der Allgemeinen Staatslehre und er meint, dass trotz der Unterschiede, sie manchmal übereinstimmen. Zum Beispiel *Jellinek* nimmt von der Völkerrechtswissenschaft die Drei-Elemente-Lehre auch für die Allgemeine Staatslehre zur Hand. Diese drei Elemente sind Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt bzw. Verfassung. Nach dieser Auffassung sei die Vernichtung des Staates nur denkbar durch die Beseitigung eines dieser drei Elemente. *Schroeder* denkt, dass die vertretenen Auffassungen, zwei der drei

Die Staatsmacht ist die Fähigkeit, die die Regierung hat, um ihr Ziel – das Gemeinwohl - zu schaffen¹⁰. Die Menschen, die die Macht ausüben, bilden die Staatsorgane. Die Staatsregierung ist die Gesamtheit der Staatsorgane, die die Macht durch ihre verschiedenen Staatsaufgaben ausübt. Die Handlungen dieser Menschen sind grundsätzlich dem Staat als juristische Person zuzurechnen¹¹.

Folglich ist die Legitimität der Staatsmacht nach zwei verschiedenen Kriterien zu analysieren: Legitimität der Ursache und Legitimität der Ausübung. Nach dem Kriterium der Legitimität der Ursache untersucht man, ob die Machtübernahme die Verfassungsnormen und die Sonderregelungen erfüllt hat, und nach dem Kriterium der Legitimität der Ausübung, ob die Regierung das Gemeinwohl sucht, die Gerechtigkeit verfolgt, ohne die Grundrechte der Bevölkerung zu verletzen¹².

Die Legitimität der Ausübung ist wichtig, weil, wenn sie nicht erfüllt wird, das Widerstands- und das Revolutionsrecht gerechtfertigt sind¹³. Andererseits ist die Legitimität der Ursache bedeutend, weil durch die gesetzwidrige Machtübernahme die Diktatur gekennzeichnet ist¹⁴.

Elemente, nämlich Staatsgebiet und Staatsvolk, in das dritte Element Staatsgewalt bzw. -verfassung als deren räumlich und personellen Geltungsbereich einbetten zu wollen, kein Problem darstellen. Im Gegensatz dazu seien problematisch die Auffassungen, die von den drei Elementen etwas wegnehmen, oder hinzufügen wollen. Dieses ist der Fall von *Smends* Integrationslehre, die die Staatssymbole als Elemente hinzufügt oder *Manzini-Nuvolones* Lehre („Persönlichkeit“ oder „Interesse“ des Staates), die *Schroeder* heftig kritisiert hat *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, Ss. 354-355.

¹⁰ *Bidart Campos*, Manual de la constitución reformada, Tomo 1, S. 425.

¹¹ *Idem*, S. 425.

¹² Vgl. *Idem*, Ss. 425- 426.

¹³ Vgl. *Idem*, S. 426. Das Widerstandsrecht ist im 36. Artikel der argentinischen Verfassung geregelt. Über das Widerstandsrecht gegen einen autoritären Staat wie die DDR und seine strafrechtliche Verfolgung in der BRD *Lüderssen*, Zu den Folgen des „Beitritts“ für die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland, in: StV 1991, S. 484. Auch dazu *Dreier*, Juristische Vergangenheitsbewältigung, S. 16.

¹⁴ *Bidart Campos*, Manual de la constitución reformada, Tomo 1, S. 426. Auch in dieser Richtung *F. Neumann*, Demokratischer und autoritärer Staat, S. 148. *Bidart Campos* und *F. Neumann* sind jedoch nicht einverstanden mit dem Begriff des „Usurpators“. Während für den zweiten Verfasser dieser Begriff ein Synonym für Diktator ist, ist er für den Ersten noch mehr als ein Diktator, nämlich der Machtherrscher, dessen Regierung weder im Inland noch im Ausland anerkannt wird.

Jedoch sind dies nicht die einzigen Kennzeichen der diktatorischen Regierung. Deswegen sind hier die Eigenschaften der Diktatur zu analysieren, und dafür werde ich auf die Lehre von *Franz Neumann* (1957), aufgrund der Deutlichkeit und der Vollständigkeit seiner Auffassung, zurückgreifen.

a. Die Definition der Diktatur

F. Neumann definiert die Diktatur als „die Herrschaft einer Person oder einer Gruppe, die sie sich die Macht im Staat aneignet, sie monopolisiert und ohne Einschränkungen ausübt“¹⁵. Aber nach dieser Definition könnte man sie mit der römischen „Diktatur“ (vor *Sulla*) und der absoluten Monarchies verwechseln¹⁶.

Die römische „Diktatur“ war eigentlich keine echte Diktatur sondern eine Form der Krisenregierung. Obwohl sich das Wort „Diktator“ vom römischen Verfassungsrecht herleitet, war es nur ein Amt mit fest umrissenem Auftrag und von vornherein befristeter Dauer. Der römische Diktator wurde von einem der Konsuln für nicht mehr als sechs Monate ernannt, um das Land gegen einen äußeren Feind zu

¹⁵ *F. Neumann*, Demokratischer und autoritärer Staat, S. 147. Daneben ist auch das *Opus Magnum* von *F. Neumann Behemoth* (1942) zu analysieren, um eine deutliche wertvolle Beschreibung der diktatorischen Regierung, vor allem des NS-Regimes, zu finden.

Nach *Dreiers* Meinung ist der autoritäre Staat durch verschiedene Merkmale gekennzeichnet, insbesondere: Einparteienherrschaft, staatliche verwaltete Ideologie, Instrumentalisierung des Rechts im Dienste dieser Ideologie und extensive und intensive Staatsschutzpraxis. Dagegen ist der demokratische Staat wegen der effektiven Gewährleistung von Menschen und Bürgerrechten, der Gewaltenteilung, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Unabhängigkeit der Gerichte und der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlicher Machtäußerungen anzuerkennen. *Dreier*, Juristische Vergangenheitsbewältigung, 1995, Ss. 15-16.

Fraenkel meinte seinerseits, dass Diktaturen wie die nationalsozialistische ein „Doppelstaat“ sind. Im „Doppelstaat“ leben ein „Maßnahmenstaat“ und ein „Normenstaat“ zusammen. Der Erste ist das Herrschaftssystem der unbeschränkten Willkür und Gewalt, die keine rechtlichen Garantien anerkennen. Der Zweite ist das Regierungssystem, das die Rechtsordnung wie sie in Gesetzen, Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakten der Exekutive zum Ausdruck gebracht werden, beinhaltet. *Fraenkel*, Der Doppelstaat, Ss. 21.23.

¹⁶ *F. Neumann*, Demokratischer und autoritärer Staat, S. 147.

verteidigen, er durfte weder die Verfassung ändern noch Krieg erklären, in Zivilprozesse eingreifen oder den römischen Bürgern neue Steuern auferlegen. Die Römer schufen die Diktatur ab, weil die Kollegialverfassung von Magistrat und Konsulat die Kriegsführung außerordentlich erschwerten. Endlich gegen Ende des 4. Jahrhunderts zerfiel diese Institution¹⁷.

Der zweite mit der Diktatur verwechselbare Begriff ist die Monarchie. Obwohl hinsichtlich der Machtübung der absolute Monarch zweifellos ein Diktator ist, ist er es nicht hinsichtlich seiner Legitimität, wenn die Machtübernahme durch Erbschaft oder Wahl von einer Verfassung geregelt wird¹⁸.

Endlich passt die gegebene Definition der Diktatur nur zu dem Staat und nicht zu anderen gesellschaftlichen Verbänden. Obgleich die absolute Macht eines Parteiführers oder eines *pater familias* die diktatorischen Mechanismen zu verstehen helfen kann, gibt es zur Zeit keinen Nachweis, dass die diktatorische Struktur gesellschaftlicher Verbände zwangsläufig die politische Diktatur hervorbringen. Trotzdem meinen Autoren wie *Adorno*¹⁹, dass die autoritäre Familie für die politische Diktatur anfällig werden könne. Auf jeden Fall ist die Beziehung zwischen politischen und gesellschaftlichen Formen des Autoritarismus keine automatische Korrelation, und deswegen sollte das als Sonderproblem behandelt werden²⁰.

b. Arten von Diktaturen

Neumann nennt drei Arten von Diktaturen. Die Erste bezieht sich auf den Umfang der monopolisierten politischen Macht. Diese heißt „einfache Diktatur“, weil der Diktator lediglich die traditionellen Zwangsmittel beherrscht: Armee, Polizei, Bürokratie und Justiz. Die

¹⁷ *Idem*, S. 148.

¹⁸ *Idem*, Ss. 148-149.

¹⁹ *Adorno (et.al)*, *The Authoritarian personality*, Ss. 603 ff.

²⁰ *F. Neumann*, *Demokratischer und autoritärer Staat*, S. 149.

einfache Diktatur kommt normalerweise in Ländern vor, in denen die Massen noch nicht politisch entwickelt sind, und die Politik in wenigen Händen bleibt. Wegen der gesellschaftlichen Kontrolle sind Korruption und Bestechung einflussreicher Personen nötig²¹.

Die zweite Art von Diktaturen heißt „caesaristische Diktatur“ und zeichne sich dadurch aus, dass der Diktator eine öffentliche Unterstützung gewinnen muss, um eine Massenbasis zu schaffen. Deswegen kommt Caesarismus in Frage, wenn die Massen anfangen, politisch aktiv zu werden²².

Die dritte Art von Diktaturen heißt „totalitäre Diktatur“ und bedeutet nicht nur das Monopol unter die Zwangsmittel plus die öffentliche Unterstützung zu besitzen, sondern viel mehr die Kontrolle der Erziehung, der Kommunikationsmittel und der wirtschaftlichen Einrichtungen, und damit des Privatlebens des Bürgers²³.

Neumann charakterisiert die moderne totalitäre Diktatur durch fünf wesentliche Elemente. Das erste ist die Umwandlung des Rechtsstaates in den Polizeistaat und gleichzeitig der Verlust der Voraussehbarkeit der Zwangsgewalt des Staates. In einem Rechtsstaat kann der Bürger die Staatsgewalt vermuten, und deswegen kann er folglich handeln, nämlich durch die negative generalpräventive Wirkung der Gesetze. In einem Polizeistaat ist die Staatsgewalt so

²¹ *Idem*, S. 150.

²² *Idem*, Ss. 150-151. *Neumann* gibt mehrere Beispiele von caesaristischen Diktatoren: König Agis IV (244 v. Chr.) von Sparta und Pisistratus (560-527 v. Chr), u.a.. Es ist überraschend, dass der Verfasser den argentinischen Präsidenten Juan Domingo Perón mit Mussolini und Hitler unter die wichtigsten caesaristischen Diktatoren der modernen Geschichte mischt. Meiner Meinung nach ist es nicht umstritten, dass Perón kein Diktator war, weder hinsichtlich der Machtübernahme, da er drei freien Wahlen gewann, noch hinsichtlich der Machtausübung, da er die Verfassung respektierte. Außerdem kontrollierte er weder die Justiz noch die Massenmedien, es existierten damals mehrere Oppositionsparteien, und der Staat hatte keinen Einfluss auf das private Leben des Bürgers. *Idem*, S. 157. Um dieses Thema zu vertiefen *Feinmann*, La sangre derramada.

²³ *Idem*, Ss. 149-150. In dieser Richtung meinte *Fraenkel* dass, im Dritten Reich „das Politische“ nicht einen abgegrenzten Sektor der Staatstätigkeit darstellte, sondern das ganze private und öffentliche Leben umfasste, weil die Gewaltenteilung, das Grundprinzip der Messbarkeit aller staatlichen Machtausübungen, entfällt. Der Maßnahmenstaat garantiert, dass die Effizienz des Staates gegenüber der Freiheit des einzelnen den Vorrang hat. Die Kultur der Freiheit muss hinter dem „Evangelium der Effizienz“ zurückstehen. *Fraenkel*, Der Doppelstaat, Ss. 98-99.

willkürlich, dass sie nicht mehr voraussehbar ist²⁴.

Das zweite Element ist die Konzentrierung der Macht in wenigen Händen. Deswegen gibt es in autoritären Staaten keinen Raum für Machtdiffusion, Gewaltenteilung, Föderalismus oder Mehrparteiensystem²⁵.

Was unterscheidet jedoch die Diktatur von der absoluten Monarchie, es sind nicht die zwei schon analysierten Elemente, sondern das dritte, die monopolistische Staatspartei. Der autoritäre Staat braucht diese Partei, damit er die industrielle Gesellschaft kontrollieren kann, vor allem wenn Bürokratie und Armee nicht zuverlässig sind. Folglich hilft die monopolistische Staatspartei, die autoritären Elementen innerhalb des Gemeinwesens miteinander zu verschmelzen. Die monopolistische Partei hat andererseits eine sozialpsychologische Entsprechung mit der Massengesellschaft. Wegen der Bedeutung der Demokratie muss die totalitäre Regierung sich als eine Demokratische maskieren, und diese Maske nach der Machtergreifung beibehalten. Sie ist gezwungen, „das Ritual der Demokratie“ zu praktizieren²⁶.

Das vierte Element der totalitären Diktatur ist der Mangel einer deutlichen Unterscheidung zwischen der Gesellschaft und dem Staat. Die Gesellschaft wird von der politischen Macht vollständig erfasst, dies wird durch besondere Techniken erreicht: die Steuerung durch die Spitze (Führerprinzip), die Gleichschaltung aller sozialen Organisationen, die Schaffung gestufter Eliten, die Atomisierung und Isolierung des Einzelnen (und die Zerstörung sozialer Einheiten wie

²⁴ Vgl. *Idem*, S. 157.

²⁵ *Idem*, S. 158.

²⁶ *Idem*, S. 158. *Lüderssen* meinte in dieser Richtung, dass in kommunistischen Ländern die marxistisch-leninistische Tradition der Funktionalisierung des Rechts mit der gesetzlichen Sicherung der erlangten Errungenschaften zusammenlebt. Deswegen kann man dort eine rechtsstaatliche Selbstdarstellung finden, mit Gesetzen, die die Menschenrechte komplett respektieren (ein gutes Beispiel ist der § 95 StGB-DDR). Das ist aber trotzdem nur eine Selbstdarstellung „nach Außen“, die in der Tat nicht stimmt. *Lüderssen*, Zu den Folgen des „Beitritts“ für die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland, in: StV 1991, S. 486. Dazu auch *Donna*, Teoría del delito y de la pena, Ss. 115 ff. *Dreier* ergänzt diese Auffassung, wenn er meint, dass ein wichtiges Merkmal des Unrechtsstaates die systematische Verletzung des selbstgesetzten Rechts (gewissermaßen als Radikalisierung seiner Instrumentalisierung) ist. *Dreier*, Juristische Vergangenheitsbewältigung, 1995, S. 16.

die Familie) und die Überführung von Kultur in Propaganda, von kulturellen Werte in Waren²⁷.

Das letzte Element ist der Terror, die permanente Drohung physischer Gewalt, da ohne diese die Diktatur nicht überleben könnte. In der totalitären Diktatur sind nicht Gerichte und Behörden sondern Geheimpolizei und Partei die wichtigsten Herrschaftseinrichtungen. Hier gibt es nicht mehr zu beschreiben, da leider die moderne Welt schon erfahren hat, was die Gewalt der Diktaturen bewirken kann²⁸.

c. Die sozialen Funktionen und die psychologischen Prozesse der Diktatur

Neumann nennt drei Situationen, die im Hinblick auf die Klassenverhältnisse die Ursachen und Funktionen der verschiedenen Typen von Diktatur charakterisieren. Die erste Situation geschieht, wenn rechtlose und aufrührerische Klassen die Anerkennung ihrer Interessen verlangen, die die politischen Machthaber verweigern. Wenn diese Klassen politisch reif sind, werden sie mit der Unterstützung der Bevölkerung ein liberales politisches System verlangen. Wenn sie dagegen nicht politisch reif genug oder zu schwach sind, wird sich diese Bewegung zur Diktatur entwickeln. Die zweite Situation ist die Erhaltung des gesellschaftlichen *Status quo* einer absteigenden Klasse durch eine Diktatur. Die dritte Situation ist die Wiederherstellung der abnehmenden ökonomischen Bedingungen einer Klasse, die ihre alte Rechte verlangt. Das ist der Kern der faschistischen und nationalsozialistischen Bewegungen²⁹.

Zudem sollten die Klassenbeziehungen unter Berücksichtigung von Veränderungen des Wirtschaftssystems analysiert werden. Der Industrialismus kann durch die Technisierung der Gesellschaft sowohl

²⁷ *F. Neumann*, Demokratischer und autoritärer Staat, Ss. 158-159.

²⁸ Vgl. *Idem*, S. 159.

²⁹ *Idem*, S. 164. Über die totalitäre Monopolwirtschaft im NS-Regime und die Analyse von Kontrollinstitutionen, Kontrollmethoden, Kontrollen der Arbeit und Konzentration des Kapitals *F. Neumann*, Behemoth, Ss. 615 ff.

die Freiheit als auch die Repression erleichtern. Obwohl die Technik politisch und gesellschaftlich neutral ist und die Zwecke davon abhängen, wer über die technischen Mittel verfügt, prämiert das System die Disziplin, den Gehorsam und die Unterordnung, gleichgültig, wer die Produktionsmittel besitzt. Damit verlangt der moderne Industrialismus die gleichen Eigenschaften wie das autoritäre politische System. Aber auf der anderen Seite kann dieses System auch die Werte der Kooperation wie die Solidarität und das Selbstvertrauen begünstigen³⁰.

Während die autoritären Elemente des Industrialismus in der Diktatur bleiben, müssen seine kooperativen Elemente wie die Solidarität und das Selbstbewusstsein durch Identifikation mit dem Diktator oder mit anderen Elementen wie die Volksgemeinschaft im nationalsozialistischen Staat ersetzt werden, weil sie nicht gut mit dem autoritären Staat korrelieren. Und in dieser Identifikation spielt die Funktion von Angst und Furcht in der Politik eine große Rolle, weil der autoritäre Staat bewirkt, dass sich der Einzelne nicht sicher fühlt, wenn er sich außerhalb der Massenbewegung befindet³¹.

3. Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht³²

Es gibt einen klassischen politischen Systemwechsel, wenn nach einem autoritären oder totalitären System ein demokratisches System oder ein System mit einer politisch-liberalen Verfassung folgt.

Jedoch muss man erwähnen, dass die Demokratie nicht das einzige System ist, welches die Menschenrechte respektiert. Ebenso sind nicht alle Systeme, die sich als demokratische bezeichnen, wirkliche Demokratien. Außer diesem klassischen politischen Systemwechsel,

³⁰ *Idem*, S. 165.

³¹ *Idem*, Ss. 166-167.

³² Über die Unterscheidung zwischen „Vergangenheitsbewältigung“ und „Geschichtsbewältigung“ (ein umfassenderer Begriff) *Schroeder*, *Geschichtsbewältigung durch Strafrecht?*, in: *Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechts Dogmatik*, (Hrsg. *Hoyer*), 2001, S. 62.

der Nachfolge Diktatur-Demokratie, gibt es andere, wie die „Entstalinisierung“ in osteuropäischen Ländern ab 1950³³.

Nach dem klassischen politischen Systemwechsel muss die neue Regierung entscheiden, wie die Makrokriminalität der vergangenen Diktatur zu bekämpfen ist. Die Makrokriminalität (oder Kriminalität der Mächtigen) ist ein kriminologischer Begriff, der nur in nicht freien politischen Systemen zu beweisen ist, und sich auf die folgenden Handlungen bezieht: Beseitigung von ethnischen Gruppen, Deportation, Massen- und Einzeltötung, Entführung, Vergewaltigung, Todesstrafe ohne Prozess, Schüsse an der Grenze, Hochverrat, Folter, Drohung, Rechtsbeugung, Wahlfälschung, Spionage, Korruption, Bestechung, u.a.³⁴.

Sancinetti und *Ferrante* haben die verschiedenen Arten von juristischer Vergangenheitsbewältigung systematisiert, und diese deutliche Systematisierung hilft mir mit den besonderen Fällen, mit denen ich mich beschäftigen werde. Es gibt grundsätzlich drei verschiedene Modelle der juristischen Vergangenheitsbewältigung: das juristische Vergessen der Vergangenheit, die strafrechtliche Verfolgung und die Versöhnung³⁵. Ebenso gibt es vier Arten von juristischem Vergessen der Vergangenheit:

1- Vollständiges Vergessen. Es gibt weder eine strafrechtliche Verfolgung noch eine Wahrheitserforschung. Diese Lösung kann entweder durch ein Gesetz oder in der bloßen Tat ausgeführt werden. Im diesem Fall herrscht völlige Straflosigkeit. Das war der Fall von

³³ Vgl. *Sancinetti-Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, S. 22.

³⁴ Vgl. *Idem*, S. 32. Eine tiefe Analyse über die Deportation im Nationalsozialismus aus dem Reich, aus Westeuropa (Frankreich, Holland und Dänemark), aus den Balkanstaaten, aus Ungarn und der Slowakei in *Arendt*, Eichmann in Jerusalem: A report on the Banality of Evil, Ss. 250-315.

³⁵ *Sancinetti-Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, S. 50. Ähnlich *Muñoz Conde*, Relación de síntesis, in: La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado – Humboldt-Kolleg an der Universität Pablo de Olavide am 7-9.02.08, verfügbar im Internet: www.cienciaspenales.net, Zutritt 11.12.09, S. 2. Über die Vorteile der staatlichen Versöhnung im Gegensatz zu der strafrechtlichen Verfolgung, vor allem im argentinischen Fall *Pastor*; ¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?, in: Neopunitivismo y neoinquisición (Hrsg. *Pastor- Guzman*), 2008, Ss. 422 ff.

Spanien bis 2007³⁶.

2- Vollständiges Vergessen mit Rehabilitierung. In diesem Fall existiert ebenfalls keine Verfolgung, aber politische Gefangene werden freigelassen. Es ist der Fall von Russland und Weißrussland.

3- Relatives Vergessen mit Rehabilitierung. Außer der Freilassung gibt es auch eine Entschädigung für die Opfer der Diktatur, aber wenige strafrechtliche Verfolgungen. Es ist der Fall von Bulgarien, Polen, Tschechien, Litauen und Ungarn³⁷.

4- Relatives und vielfältiges Vergessen. Es gibt die beschriebene Freilassung, Entschädigung, Wahrheitskommissionen und Amnestien. Es ist der Fall von Korea und Mali³⁸.

Das Modell der strafrechtlichen Verfolgung umfasst auch die Rehabilitierung und die Entschädigung, dies ist der Fall bei den NS-³⁹ und SED-Verbrechen. Das Modell der Versöhnung bedeutet seinerseits die Teilnahme der Täter an der Suche der Wahrheit, als Gegenleistung werden sie nicht strafrechtlich verfolgt. Es ist der Fall von Südafrika⁴⁰.

Letztlich ist in der Lehre umstritten, welche Rolle das Strafrecht in der Vergangenheitsbewältigung einnimmt. Nicht wenige Verfasser denken, dass die Bewältigung der Diktatur nur durch die Geschichtswissenschaft oder die Soziologie analysiert werden könne⁴¹ und, dass es nicht die Aufgabe des Strafrechts sei⁴².

³⁶ Dazu *Muñoz Conde*, Relación de síntesis, in: La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado – Humboldt-Kolleg an der Universität Pablo de Olavide am 7-9.02.08, verfügbar im Internet: www.cienciaspenales.net, Zutritt 11.12.09, S. 7.

³⁷ Dazu *Schroeder, Macków, Altrichter (u. a.)*, in: Vergangenheitsbewältigung im Osten – Russland, Polen, Rumänien (Hrsg. *Rill*), 2008.

³⁸ *Sancinetti-Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, S. 51.

³⁹ Außer der Bereinigung des Rechts von nationalsozialistischen Bestandteilen versuchten die Alliierten das nationalsozialistische Unrecht durch Restitution, Wiedergutmachung und Urteilsrevisionen zu eliminieren. *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, S. 220.

⁴⁰ *Sancinetti-Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, S. 52.

⁴¹ *Pastor* meinte in dieser Richtung, dass die Versöhnung der Gesellschaft (soziologisch gesehen) und das Herausfinden der historischen Wahrheit vor der strafrechtlichen Verfolgung stehen, *Pastor* ¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?, in: Neopunitivismo y neoinquisición (Hrsg. *Pastor*-

Andererseits meint eine andere Ecke der strafrechtlichen Lehre, dass man eine Lösung im Strafrecht finden könne. Trotzdem sind es nicht wenige strafrechtliche Probleme, die zu bewältigen sind, nämlich das Rückwirkungsverbot, die Verjährung der Verbrechen, die auszuführenden Prozesse, die Grenzen der Bestrafung und die Bedeutung der internationalen Gerichtsbarkeit⁴³.

4. Vergangenheitsbewältigung in Deutschland

Im Folgenden sind die zwei in Deutschland geschehenen

Guzman), S. 428. Auch in dieser Richtung *Castex*, Arancibia Clavel una elocuente muestra del neopunitivismo local, in: Neopunitivismo y neoinquisición (Hrsg. *Pastor- Guzman*), 2008, Ss. 92 ff.. Dagegen *Lisiki*, ¿Legitimidad del poder penal internacional? in: Neopunitivismo y neoinquisición (Hrsg. *Pastor- Guzman*), 2008, Ss. 281 ff. Über die besondere Bedeutung der parallelen gesellschaftlich-kulturellen Aufarbeitung und der Enquete-, Wahrheits- und Versöhnungskommissionen *Schroeder*, Möglichkeiten und Formen der Bewältigung staatskrimineller Vergangenheit, in: Vergangenheitsbewältigung im Osten - Russland, Polen, Rumänien (Hrsg. *Rill*), 2008, Ss. 9-10, 14-16.

⁴² In dieser Richtung *Hanna Arendt*: „This is the true hallmark of those offenses which, since Kant, we call "radical evil" [...]. All we know is that we can *neither punish nor forgive* such offenses and that they therefore transcend the realm of human affairs and the potentialities of human power, both of which they radically destroy wherever they make their appearance“. *Arendt*, The human condition, S. 241. [Hervorhebung d. Verf.]. Nach *Jakobs* Meinung sind die Verbrechen der umgefallenen autoritären Regierungen zu bestrafen, nur wenn die Strafe notwendig ist, das Verbrechen dem Täter zuzurechnen ist und der Straftatbestand im Gesetz vor der begangenen Tat verzeichnet war. Folglich meinte er, dass weder die NS-Verbrechen noch die SED-Verbrechen zu bestrafen sind. *Jakobs*, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, in: Vergangenheitsbewältigung durch Recht (Hrsg. *Isensee*), 1992, Ss. 38 ff. Dagegen *Schroeder*, Zur Strafbarkeit von Tötungen in staatlichem Auftrag, in: JZ 1992, Ss. 990 ff. Über die Bedeutung einer Amnestie im argentinischen Fall *Malarino*, Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas, in: ZIS 2009, Ss. 368-375.

⁴³ *Nino*, Juicio al mal absoluto, S. 68, 234 ff. Nach *Schroeders* Meinung sind die Schwierigkeiten bei der rechtlichen Aufarbeitung die Befehlsstränge (und ihre Lösung hinsichtlich der Lehre des „Täters hinter dem Täter“), das Rückwirkungsverbot, die Verjährung der Verbrechen, die geschehenen Amnestien und das Alter und Krankheiten der Täter während der Prozesse (in Bezug auf die notorische Gerontokratie der sozialistischen Staaten). *Schroeder*, Möglichkeiten und Formen der Bewältigung staatskrimineller Vergangenheit, in: Vergangenheitsbewältigung im Osten- Russland, Polen, Rumänien (Hrsg. *Rill*), 2008, Ss. 10-11.

Vergangenheitsbewältigungen zu analysieren, die es nach den zwei deutschen Diktaturen des 20. Jahrhunderts gab. Die erste zu bewältigende Diktatur ist die nationalsozialistische und die zweite ist die Diktatur der Deutschen Demokratischen Republik. Zuerst ist der historische Raum zu analysieren, und danach der juristische Bereich.

a. Historischer Raum⁴⁴

Nach der Kapitulation des deutschen Reichs am 8. Mai 1945 übernahmen die Regierungen der Vereinigten Staaten von Amerika, der Union der Sozialistischen Sowjet-Republiken, des Vereinigten Königreichs und die provisorische Regierung Frankreichs die Herrschaft auf dem bisherigen deutschen Territorium. Der Untergang des dritten Reichs war völkerrechtlich eine „Niederlage“, und die Folgen, die die Mehrheit des deutschen Volkes mittragen musste, waren auch die Folgen der Niederlage. Trotzdem war es für die unterdrückten Völker eine Befreiung und auch als Befreiung hat es die Mehrheit der Deutschen, ihre Kinder und Enkel in späteren Jahren dargestellt. Auf jeden Fall war es keine Selbstbefreiung⁴⁵.

Nach 1945 gab es keine deutsche Staatsgewalt. Es blieb „Deutschland“ als geografischer Begriff, nämlich ein Gebiet in dem die Vereinigten Staaten von Amerika, die Union der Sozialistischen Sowjet-Republiken, das Vereinigte Königreich und Frankreich die Staatsgewalt ausübten. Trotzdem übten die kommissarischen Administrationen der vier genannten Staaten die Souveränität des deutschen Volkes nur zeitweilig aus und folglich hörte sie nicht auf zu existieren. In der späteren Bundesrepublik Deutschland setzte sich diese Auffassung endlich durch⁴⁶.

Das Staatsgebiet war nicht genau definiert. Der Anschluss von Österreich von 1938 sowie die Annektion von Elsaß-Lothringen durch NS-Deutschland waren revidiert worden. Die Gebiete von Oder und

⁴⁴ Eine didaktische chronologische Analyse in *Benz*, Deutschland seit 1945.

⁴⁵ *Fülberth*, Einis Germaniae- Deutsche Geschichte seit 1945, S. 13.

⁴⁶ *Idem*. Ss. 13-14.

Neiße waren unter der polnischen Verwaltung und von daher gehörten sie nicht zu den Besatzungszonen. Das Saargebiet gehörte ebenso nicht zu den Besatzungszonen und genoss autonomen Status⁴⁷.

Das deutsche Staatsvolk war noch zu definieren. Nicht nur die Ausbürgerungen des dritten Reichs sondern auch die Unterscheidung zwischen den „Reichsdeutschen“ (lebten innerhalb des Deutschen Reiches) und den „Volksdeutschen“ (lebten außerhalb des Deutschen Reiches) wurden für ungültig erklärt⁴⁸.

Unter diesen Bedingungen wollten die Alliierten eine neue europäische Ordnung suchen, zu diesem Zweck fanden die Konferenzen von Jalta (4.-11. Februar 1945) und Potsdam (17. Juli-2. August 1945) statt⁴⁹.

Nach dem Krieg teilten die Alliierten das Besatzungsgebiet auf. Jeder sollte eine Region und zusätzlich einen Sektor Berlins kontrollieren. In den drei Westzonen wurde im Mai 1949 die Bundesrepublik Deutschland⁵⁰ und in der Sowjetischen Zone (SBZ) im Oktober die Deutsche Demokratische Republik⁵¹ gegründet. Die DDR bestand vierzig Jahre und wurde mit der Wiedervereinigung Deutschlands 1990 aufgelöst.

b. Die strafrechtliche Aufarbeitung der NS-Verbrechen: Verjährung, Rückwirkungsverbot, Täterschaft und Justizunrecht⁵²

⁴⁷ *Idem.* S. 13.

⁴⁸ *Idem.* S. 14.

⁴⁹ *Idem.* S. 14. Dazu *Pustejovsky*, Die Konferenz von Potsdam, Ss. 44-63.

⁵⁰ Über die Begründung der Bundesrepublik Deutschland, *Fülberth*, Einis Germaniae- Deutsche Geschichte seit 1945, Ss. 22 ff.

⁵¹ Über die Begründung der Deutschen Demokratischen Republik, *Idem.*, Ss. 31 ff.

⁵² Mit Recht meinte Peter *Reichel*, dass: „auch wenn am 8. Mai 1945 die Waffen schwiegen, in Reims und Berlin-Karlshorst die bedingungslose Kapitulation unterzeichnet und das Dritte Reich liquidiert wurde, die Geschichte der Hitler-Diktatur war damit nicht einfach zu Ende. Die zweite Geschichte des Nationalsozialismus hatte begonnen“. *Reichel*, Vergangenheitsbewältigung in Deutschland. Die Auseinandersetzung mit der NS-Diktatur von 1945 bis heute, S. 9.

Unter diesen Umständen fand 1945 der sog. Nürnberger Hauptprozess gegen die Hauptkriegsverbrecher statt. Jedoch waren die Kriegsverbrechen nur eine von mehreren angeklagten Verbrechen Gruppen. Daneben wurden auch die Verbrechen gegen den Frieden, die Verbrechen gegen die Menschlichkeit - vor allem der Völkermord - und die Verschwörung verhandelt. Aufgrund der Verschwörung konnten Organisationen für verbrecherisch erklärt werden. Die Ergebnisse des Prozesses nach 218 Verhandlungstagen waren: zwölf Angeklagte wurden zum Tode, drei zu lebenslanger Freiheitsstrafe, vier zu zeitigen Freiheitsstrafen verurteilt und drei Angeklagte wurden freigesprochen. Gleichzeitig wurden vier Organisationen für verbrecherisch erklärt, nämlich die SS, der Sicherheitsdienst, die Gestapo und das Führerkorps der NSDAP⁵³. Dieses Verfahren wurde von einem „Tribunal der Sieger“⁵⁴ geführt, erstens, weil die Justizstruktur Nachkriegsdeutschland zerstört war, und zweitens, weil die Selbsturteilung der deutschen Kriegsverbrechen nach dem ersten Weltkrieg unbefriedigende Ergebnisse zeigte⁵⁵.

Danach folgten die sog. Nürnberger Nachfolgeprozesse gegen verschiedene Berufsgruppen, wie die Juristen, die Diplomaten (sog. Wilhelmstraßen-Prozess), Mediziner, Industrielle und die sog. Einsatzgruppen. Diese Verfahren wurden nur von der amerikanischen Besatzungsmacht geführt⁵⁶.

⁵³ Vgl. *Weinke*, Die Nürnberger Prozesse, Ss. 17 ff.

⁵⁴ Vgl. *Schroeder*, Geschichtsbewältigung durch Strafrecht?, in: Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechts Dogmatik, (Hrsg. *Hoyer*), 2001, S. 69. *Arendt* hat diesen Begriff auch in ihrer Analyse über den Prozess gegen den NS-Verbrecher Adolf Eichmann angewandt, und gleichzeitig kritisierte sie in diesem Fall die angewandten rückwirkenden Gesetze. *Arendt*, Eichmann in Jerusalem: A report on the Banality of Evil, Ss. 232 ff.

⁵⁵ Die Gliederung der Anklagepunkte der Nürnberger Prozesse waren hilfreich für die Entwicklung der völkerrechtlichen sog. „Nürnberger Prinzipien“. Trotzdem erfüllten die Siegermächte selbst diese Prinzipien nicht: die UdSSR war schon damals verantwortlich für zahllose Verbrechen gegen die Menschenrechte und in der Folgezeit geschahen die brutalen Kriege von Algerien (Frankreich) und Vietnam (Vereinigte Staaten). *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, S. 221.

⁵⁶ Dazu *Weinke*, Die Nürnberger Prozesse, Ss. 59 ff. Auch *Eser*, *Bank*, (u.a.), in: Die Nürnberger Prozesse, Völkerstrafrecht seit 1945, (Hrsg. *Reginbogin-Safferling*), 2006, Ss. 153 ff.

Nach den Nürnberger Prozessen und mit dem Aufkommen des Kalten Krieges plädierten die westlichen Alliierten für die Wiederbewaffnung und den Eintritt Westdeutschlands in die NATO. Dafür war es notwendig, dieses Kapitel der Vergangenheitsbewältigung abzuschließen und sich um den wirtschaftlichen Wiederaufbau Westdeutschlands zu kümmern. Folglich geschah eine Welle von Begnadigungen zu Beginn der fünfziger Jahre⁵⁷.

Erst 1958 kam mit den sog. Ulmer Einsatzgruppen wieder Bewegung in die Verfolgung der NS-Verbrechen. Danach wurde von 1963 bis 1965 der Auschwitz-Prozess abgehalten. Aufgrund der Verjährung der NS-Verbrechen (außer des Tatbestands des Mordes) ergaben sich für die Richter Probleme. Am Anfang wurde der Beginn der Verjährungsfrist auf den 8. Mai 1945 festgelegt. Später wurde der Anfang der Verjährungsfrist auf das Datum der Begründung der Bundesrepublik am 24. Mai 1949 verschoben. 1969 wurde die Verjährungsfrist für Mord auf dreißig Jahre verlängert und endlich 1979 diese Frist endgültig aufgehoben⁵⁸.

Ein zweites Problem in der strafrechtsdogmatischen Behandlung der NS-Verbrechen bezieht sich auf das Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG). Folglich wurden drei verschiedene Strategien entwickelt. Erstens argumentierte das Nürnberger Hauptkriegsverbrechertribunal hinsichtlich des Naturrechts, dass die Angeklagten gegen die von allen Völkern der Erde anerkannten, zu allen Zeiten geltenden Rechtsgrundsätze verstoßen hätten. Zweitens war auch eine soziologische Position dafür, dass das Verhalten der Angeklagten damals gerechtfertigt war, weil es dem Willen des Herrschenden entsprach. Dagegen könnte man argumentieren, dass das Rückwirkungsverbot nur innerhalb des Rechtssystems der Bundesrepublik Deutschland galt. Drittens argumentierte man, dass Straftatbestände wie Mord, Totschlag, Rechtsbeugung schon im

⁵⁷ Vgl. *Rüping*, Zwischen Recht und Politik- Die Ahndung von NS-Taten in beiden deutschen Staaten nach 1945, in: Die Nürnberger Prozesse, Völkerstrafrecht seit 1945, (Hrsg. *Reginbogin-Safferling*), 2006, Ss. 199 ff.

⁵⁸ Vgl. *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Ss. 223-224.

dritten Reich galten. Aber diese Handlungen waren nicht nur tatbestandsmäßig, sondern auch rechtswidrig, da, wenn nach der Radbruchschen Formel, der Widerspruch des positivistischen Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, die Gerechtigkeit vor dem positivistischen Recht steht⁵⁹. Obwohl mehre Juristen mit dieser Formel einverstanden waren⁶⁰, kritisierten sie andere heftig wegen ihrer Vagheit⁶¹.

Nach *Vormbaums* Meinung war es in der Praxis so, dass die Richter zunächst die Rechtsstaatswidrigkeit des Verbrechens nach dem NS-Recht festzustellen versuchten, wenn dies unmöglich war, beschäftigten sie sich mit der Radbruchschen Formel⁶².

Ein drittes Thema war, die Angeklagten entweder als Täter oder als Teilnehmer zu bestrafen. Die bundesdeutsche Rechtsprechung war damals mit der subjektiven Beteiligungslehre einverstanden, nach der war nur Täter, wer auch Täterwillen besaß. Folglich waren nur die Leiter, vor allem Hitler, als Täter und alle anderen nachgeordneten

⁵⁹ Vgl. *Citron*, Die Nürnberger Prozesse und die amerikanische Rechtswissenschaft: Der Niedergang des Rechtsrealismus und die Wiedererstehung des Naturrechts, in: Die Nürnberger Prozesse, Völkerstrafrecht seit 1945, (Hrsg. *Reginbogi-Safferling*), 2006, Ss. 139 ff. Die Radbruchsche Formel erschien 1946 in dem Aufsatz von Gustav Radbruch „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“. Dort meinte er, wenn „der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat“. Ich bin mit *Vormbaum* einverstanden, dass diese sonst vage Formel auf die NS-Verbrechen wegen deren Übermaßes anzuwenden sei. Jedoch ist ihre Anwendung auf andere Verbrechen zweifelhaft. Vgl. *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Ss.226.

⁶⁰ *Robert Alexy* plädiert für die Anwendung der Radbruchschen Formel, weil sie das Rückwirkungsverbot nicht berührt, da sie nicht rückwirkend die Rechtslage ändert sondern nur feststellt, wie im Zeitpunkt der Tat die Rechtslage war. *Alexy*, Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit. Ss. 33, 35. Auch BGHSt 39, 1, 15 ff.; 41, 101, 105 ff. BverfGE 95, 96, 134 ff.

⁶¹ Vgl. *Neumann*, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, in: Festschrift für *Klaus Lüderssen* (Hrsg. *Prittowitz et. al.*), 2002, S. 116.

⁶² *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, S. 226. Auch bekannte sich der BGH nach dem zweiten Weltkrieg in zahlreichen Entscheidungen zu einem Naturrecht christlicher Prägung. *Neumann*, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, in: Festschrift für *Klaus Lüderssen* (Hrsg. *Prittowitz et. al.*), 2002, S. 119.

Beteiligten als bloße Gehilfen anzusehen⁶³.

Endlich ist es auch zu analysieren, dass kein einziger Richter des NS-Regimes (weder einer der Sondergerichte, noch des Volksgerichtshofes, noch der Militärjustiz) von der Justiz der Bundesrepublik für die willkürlichen Todesurteile bestraft wurde. Man argumentierte, dass ansonsten die richterliche Entscheidungsfreude und Unabhängigkeit geschädigt worden wären. Andererseits kann der Rechtsbeugungstatbestand nur vorsätzlich erfüllt werden. Und obwohl das Gesetz auch *dolus eventualis* erlaubte, forderte die Rechtsprechung damals *dolus directus*, wodurch die Bestrafung noch mehr erschwert wurde⁶⁴.

c. Die strafrechtliche Aufarbeitung der SED-Verbrechen⁶⁵

Nach der Wiedervereinigung Deutschlands kam die strafrechtliche Aufarbeitung der Vergangenheit der DDR in Frage⁶⁶. Dabei sind

⁶³ Vgl. *Friedrich*, Die kalte Amnestie. NS-Täter in der Bundesrepublik, Ss. 386 ss. Nach *Ottos* Meinung war diese subjektive Theorie der älteren Rechtsprechung eine bloße Mischung zwischen der Dolus- und der Interessentheorie. Einerseits war die beherrschende Willensposition bestimmend und andererseits das Interesse am Täterfolg. „Täter ist, wer mit Täterwillen (*animus auctoris*) einen objektiven Tatbeitrag leistet und die Tat als eigene will. Teilnehmer ist, wer mit Teilnehmerwillen (*animus socii*) einen objektiven Tatbeitrag leistet und die Tat als fremde will“. *Otto*, Grundkurs Strafrecht, S. 279.

⁶⁴ Dazu *Wenke*, Die Nürnberger Prozesse, Ss. 68 ff. Auch *Reicher*, Der Juristenprozess und die Lehren für den Rechtsstaats, in: Die Nürnberger Prozesse, Völkerstrafrecht seit 1945, (Hrsg. *Reginbogin-Safferling*), 2006, Ss. 175 ff.

⁶⁵ Über einen Vergleich zwischen der argentinischen strafrechtlichen Aufarbeitung und der der DDR *Donna*, Teoría del delito y de la pena, Ss. 115 ff.

⁶⁶ Nach *Ulfrid Neumanns* Meinung geht es bei der Verfolgung der DDR-Verbrechen darum, zu analysieren, ob die in der DDR geschehenen und nicht verfolgten Handlungen, nach dem damaligen „wirklichen“, dem „richtig interpretierten“ Recht der DDR strafbar gewesen wären. Aber Recht bedeute nicht nur Positivität sondern auch Faktizität und Moralität (Gesetzespositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus). Deswegen seien diese drei Begriffe auszutarieren, um herauszufinden, welcher das „wirkliche“ Recht der DDR gewesen sei. Gestritten werde nicht über Daten und Wertungen, sondern über deren Relevanz für die Entscheidung über die Rechtslage. Gestritten werde folglich über den Begriff des Rechts und über den der Rechtsgeltung. *Neumann*, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und

mindestens vier Unterschiede zu der Vergangenheitsbewältigung des Nationalsozialismus zu bemerken. Erstens fingen diese Prozesse ohne Zögern an, und folglich war es einfacher, die Verjährung der Verbrechen zu meiden. Zweitens sollte der Misserfolg bei der NS-Vergangenheitsbewältigung nicht noch einmal geschehen, vor allem hinsichtlich des Ansehens der Völkerrechtsgemeinschaft⁶⁷. Drittens gab es in diesem Falle keine Interessenkollisionen, da es sich hier um die Makrokriminalität „der anderen“ handelte. Viertens war es zweifelhaft, ob in diesem Falle die Radbruchsche Formel Platz hatte, weil sie nach *Radbruch* nur auf schwerwiegende Fälle, wie die NS-Verbrechen anzuwenden sei⁶⁸. Trotz der Unzumutbarkeit der Menschenrechtsverletzung in der DDR, war sie nicht so ungeheuer wie im Nationalsozialismus⁶⁹.

Außer den Verbrechen, die ich *supra* unter dem Begriff der

Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, in: Festschrift für *Klaus Lüderssen* (Hrsg. *Prittwitz et. al.*), 2002, Ss. 110, 112.

⁶⁷ In dieser Richtung auch *Sancinetti-Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, S. 54.

⁶⁸ *U. Neumann* kritisierte die Anwendung in diesem Fall der Radbruchschen Formel, nicht nur wegen der verschiedenen Dimensionen der DDR im Vergleich mit dem Nationalsozialismus, sondern auch wegen der Zuerkennung der Rechtsordnung als „ein ideales Sein“, das von dem gesetzten und befolgten Recht zu unterscheiden sei. Er war gleichwohl gegen die schon analysierte Auffassung *Alexys. Neumann*, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, in: Festschrift für *Klaus Lüderssen* (Hrsg. *Prittwitz et. al.*), 2002, S. 116. *Lüderssen* meinte seinerseits, dass in diesem Fall anders als bei der NS-Vergangenheitsbewältigung eine Anwendung der Radbruchschen Formel unmöglich sei, weil, da der Einigungsvertrag eine nationale Angelegenheit war, es in diesem Fall keinen internationalrechtlichen Bezug gab. *Lüderssen*, Zu den Folgen des „Beitritts“ für die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland, in: *StV* 1991, S. 487.

⁶⁹ Vgl. *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, S. 256. Auch dazu *Dreier*, Juristische Vergangenheitsbewältigung, S. 17. Trotz dieser Unterschiede diskutierte die strafrechtliche Lehre auch in diesem Fall über das Problem des Rückwirkungsverbots heftig. Eine bloße Suspendierung des Rückwirkungsverbots wäre nur möglich auf der Ebene der Verfassung, aber nicht auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts. Aber diese Möglichkeit ist auch wegen des Art. 315 Einigungsvertrag ausgeschlossen. Deswegen ist die Lösung im geltenden Recht der DDR zu finden. Vgl. *BverfGE* 95, 96. Vgl. *Neumann*, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, in: Festschrift für *Klaus Lüderssen* (Hrsg. *Prittwitz et. al.*), 2002, S. 111.

Makrocriminalität zusammengefasst habe, sind in der vierzigjährigen Existenz der DDR auch andere Verbrechen geschehen. Man kann sie nach vier Gruppen ordnen: Gewalttaten an der innerdeutschen Grenze, Verschleppungen (vor allem in die SBZ), Zwangsadoptionen und die sog. Waldheimer Prozesse⁷⁰.

Aber bei der Verfolgung den Wahlfälschungen und den Rechtsbeugungen meinte ein Teil der Rechtslehre, dass es zweifelhaft sei, ob sie „systemimmanent“ waren, da der Einigungsvertrag mit den Institutionsschutztatbeständen des StGB-DDR nicht übereinstimmte⁷¹. Dadurch, dass wie bei der NS-Vergangenheitsbewältigung in diesem Fall die Richter nicht bestraft wurden, kann man auch hier von einem Richterprivileg sprechen. Trotzdem galten in diesem Fall die Einschränkungen des Tatbestands (Rechtsbeugung) nicht dem subjektiven Tatbestand, sondern dem Objektiven⁷². Folglich meinte der BGH, dass nicht jede unrichtige Rechtsanwendung Rechtsbeugung war, sondern nur dann, wenn die Rechtswidrigkeit der Entscheidung offensichtlich war, und die Menschenrechte anderer derartig schwerwiegend verletzt worden waren, dass sich die Entscheidung als Willkürakt darstellte⁷³.

Andererseits passierte etwas ähnliches mit der Strafverfolgung der DDR-Spione. Das Bundesverfassungsgericht stellte hohe

⁷⁰ Vgl. *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, S. 257. Anders *Lüderssen*, Zu den Folgen des „Beitritts“ für die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland, in: StV 1991, S. 483- 484.

⁷¹ Vgl. BGHSt 40, 35 ff., 39. Über das Problem zwischen einer systemimmanenten oder einer systemtranszendenten Verfolgung, *U. Neumann*: „Plädiert wird für eine (in den Grenzen des hermeneutisch Möglichen) rein systemimmanente Rekonstruktion, die sich auch auf den von der damaligen Rechtspraxis zugrundegelegten Rechtsbegriff bezieht. Der Rechtsbegriff wird damit nicht als aprioristisch vorgegebener, sondern als kulturrelativer Begriff verstanden“. *Neumann*, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, in: Festschrift für *Klaus Lüderssen* (Hrsg. *Prittowitz et. al.*), 2002, S. 126.

⁷² Über die Entscheidungswillkürlichkeit von den DDR-Richter *Donna*, *Teoría del delito y de la pena*, Ss. 116.

⁷³ BGHSt 40, 41. Dazu *Schroeder*, Geschichtsbewältigung durch Strafrecht?, in: Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechts Dogmatik, (Hrsg. *Hoyer*), 2001, S. 87. Auch *Schroeder*, Der Bundesgerichtshof und der Grundsatz „nulla poena sine lege“, in: NJW 1999, Ss. 90-91.

Voraussetzungen und folglich waren die Ergebnisse unbefriedigend⁷⁴. Aber das wichtigste Thema in der SED-Vergangenheitsbewältigung war die Verurteilung der Mauerschützen⁷⁵. Deswegen diskutierte die Rechtslehre darüber viel. *Lüderssen* meinte, dass dieses Problem von der Konkurrenz zweier Verfassungsrechte abhängt: eine rückwirkende Bestrafung oder die Anerkennung als gültiger Rechtfertigungsgrund⁷⁶ eines „gegen fundamentale Grundsätze von Recht und Menschlichkeit“⁷⁷ verstoßenden Schießbefehls. Die Lösung wäre nach *Schroeders* Meinung die Anwendung des § 95 StGB-DDR: „auf Gesetz, auf Befehl oder auf Anweisung kann sich nicht berufen, wer

⁷⁴ BverfG 92, 277 ff. Die Rechtslehre, die sich gegen die Bestrafung der DDR-Spione aussprach, basierte grundsätzlich auf zwei Verfassungsprinzipien: erstens auf dem Rückwirkungsverbot und zweitens auf dem Gleichheitssatz. Trotzdem sollte man hier nicht von Rückwirkungsverbot sprechen, weil hinsichtlich des § 9 StGB der missbilligte Erfolg der Agententätigkeit in der BRD eingetreten sein dürfte. Folglich ist kein Raum für ein Rückwirkungsverbot, wenn die Strafgewalt eines Staats direkt hinreichte. Auf der anderen Seite, wenn man hinsichtlich der Gleichbehandlung meint, dass spionieren etwas anderes in der Rechtsordnung der DDR und der BRD gewesen sei, oder sogar dass, unvergleichbar die legitime Rechtsordnung der BRD und die illegitime Rechtsordnung der DDR gewesen seien, entwickelt man eine politische Auffassung, die juristisch unzulässig ist. Endlich ist es auch zu sagen, dass der § 315 Abs. 4 EGStB anwendbar sei, wonach die Absätze 1-3 nicht gälten, wenn das bundesrepublikanische Recht schon vor dem Wirksamwerden des Beitritts gälte. In diese Richtung *Lüderssen*, Zu den Folgen des „Beitritts“ für die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland, in: StV 1991, Ss. 483-484.

⁷⁵ Das Schießen an der Grenze war geregelt in den Vorschriften des Grenzgesetzes-DDR vom 25.3.1982. Danach war die Anwendung der Schusswaffe gerechtfertigt um die Ausführung oder Fortsetzung einer Straftat zu verhindern (§ 27 Abs. 2 Satz 1) und die Republikflucht war ein Verbrechen nach § 213 StGB-DDR.

⁷⁶ *Lüderssen* argumentierte, dass der Schießbefehl ein Rechtfertigungsgrund gewesen sei, weil man sonst das Recht hätte, sich straflos gegen Angriffe wehren zu können. Vgl. *Lüderssen*, Zu den Folgen des „Beitritts“ für die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland, in: StV 1991, Ss. 484-485. Gleiche Lösung aber andere Argumentation in *Jakobs*, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, in: Vergangenheitsbewältigung durch Recht (Hrsg. *Isensee*), 1992, S. 51. Seinerseits diskutierte *Schroeder* nicht, ob es wirklich ein Rechtfertigungsgrund war, sondern, ob die nachkommende demokratische BRD den anerkennen müsse: „Die Anforderungen an den Grundsatz *nulla poena sine lege* werden überspannt, wenn die Rechtsprechung verpflichtet wird, geheimen, nur faktisch anerkannten Rechtfertigungsgründen nachzuspüren und den Tätern Rechtfertigungsgründe zu offerieren, die sie seinerzeit für sich selber öffentlich in Anspruch zu nehmen nicht gewagt haben“. *Schroeder*, Zur Strafbarkeit von Tötungen in staatlichem Auftrag, in: JZ 1992, S. 991.

⁷⁷ KG vom 6.3.1991, S. 8.

in Missachtung der Grund- und Menschenrechte, der Völkerrechtlichen Pflichten [...] handelt; er ist strafrechtlich verantwortlich“. Danach denkt er, dass durch dieses sozialistische Selbstverständnis die strafrechtliche Verfolgung möglich wäre, da das Rückwirkungsverbot nicht berührt worden wäre⁷⁸.

Schließlich berief der BGH sich auf zwei Lösungen, um die Begrenzungen des Grundprinzips *Nulla poena sine lege* zu bewältigen. Erstens kommen nach dem 4. Strafsenat in den Lenkungsanweisungen „Wertvorstellungen“ zum Ausdruck, die nicht außer acht gelassen werden dürfen, sofern sie überpositivem Recht nicht widersprechen. Folglich wird der Grundsatz *nulla poena sine lege* auf den Verstoß gegen überpositives Recht reduziert⁷⁹. Auf der anderen Seite griff der BGH zum Umreißen dieses Grundsatzes auf den Sinn und Zweck des §214 DDR- StGB⁸⁰ und auf die durch diese Vorschrift geschützten Rechtsgüter zurück. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsgüter bleiben die Mindestvoraussetzungen an die Vorhersehbarkeit strafrechtlicher Reaktionen auf eine bestimmte Handlung noch gewahrt⁸¹. Kritisch dazu meinte *Schroeder*:

„Es ist zwar richtig, daß der Grundsatz „nulla poena sine lege“ Menschen vor unvorhersehbarer Strafe schützen soll. Das kann aber keineswegs umgekehrt bedeuten, daß eine Bestrafung ohne

⁷⁸ Vgl. *Schroeder*, Zur Strafbarkeit von Tötungen in staatlichem Auftrag, in: JZ 1992, S. 991. Ähnlich *Lüderssen*, Zu den Folgen des „Beitritts“ für die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland, in: StV 1991, Ss.485-486. Anders *Jakobs*, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, in: Vergangenheitsbewältigung durch Recht (Hrsg. *Isensee*), 1992, Ss. 51-56. Wohl anders *Pawlik*, Strafrecht und Staatsunrecht. Zur Strafbarkeit der „Mauerschützen“, in: GA 1994, Ss. 472- 483.

⁷⁹ Vgl. BGHSt 40, 267.

⁸⁰ Vgl. BGHSt 40, 280.

⁸¹ §214 DDR- StGB: Beeinträchtigung staatlicher oder gesellschaftlicher Tätigkeit. (1) Wer die Tätigkeit staatlicher Organe durch Gewalt oder Drohungen beeinträchtigt oder in einer öffentlicher Ordnung gefährdenden Weise eine Missachtung der Gesetze gekundet oder zur Mißachtung der Gesetze auffordert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Verurteilung auf Bewährung, Haftstrafe, Geldstrafe oder öffentlichem Tadel bestraft [...]

gesetzliche Grundlage zulässig ist, wenn sie nur vorhersehbar ist“⁸².

⁸² *Schroeder*, Der Bundesgerichtshof und der Grundsatz „nulla poena sine lege“, in: NJW 1999, S. 92.

Kapitel 2. Die Bestrafung der argentinischen Militärjuntas und die sog. „Gesetze der Straflosigkeit“

1. Argentinien im 20. Jahrhundert: Zwischen Diktatur und Demokratie. Die Diktatur in den Jahren 1976-1983. Die folgenden Regierungen bis 1991

Das Ziel dieses Kapitels ist, die strafrechtliche Aufarbeitung zwischen den Jahren 1983 und 1991 der letzten argentinischen Diktatur vorzustellen. Damit werde ich die Zeiträume der Regierungen Alfonsíns (1983- 1989) und Menems in den Jahren 1989-1991 analysieren. In diesem Abschnitt werde ich zuerst das sog. „Gesetz der Selbstamnestie“ und seine Aufhebung, danach den Prozess gegen die Militärjuntas und die Einrichtung der C.O.N.A.D.E.P. untersuchen. Endlich ist die Forschung der sog. Gesetze der Straflosigkeit anzufangen, die im dritten Kapitel mit deren Aufhebung beendet wird. Bevor ich mit der Analyse der strafrechtlichen Aufarbeitung der letzten Militärdiktatur (1976-1983) anfangen, ist es wichtig eine kurze Beschreibung über die Geschichte Argentiniens in 20. Jahrhundert zu geben.

Die Folgen der weltweiten wirtschaftlichen Krise von 1929, die in den Vereinigten Staaten begann, bestimmten die wirtschaftliche Krise Argentiniens 1930. Ein politisches Resultat dieser wirtschaftlichen Krise war die durch einen Staatsstreich eingeführte erste Diktatur des 20. Jahrhunderts durch General Uriburu. Diese endete im Jahr 1932, als Justo die Staatsmacht übernahm⁸³.

Die zweite Diktatur des 20. Jahrhunderts begann 1943 durch General Ramirez und seine militärische Gruppe G.D.U.E.U. In der

⁸³ Dazu *Lewis*, *The history of Argentina*, Ss. 84-85; *Bethell*, *Argentina since independence*, Ss. 173 ff.

G.D.U.E.U., welche später in G.O.U. umbenannt wurde, machte Juan D. Perón seine ersten Schritte in der Politik. Perón wurde ab 1946 zweimal nacheinander zum Präsidenten Argentiniens gewählt, neun Jahre danach erlitt er selbst einen Staatsstreich durch die sog. „befreienden Revolution“ General Lonardis. Die vierte und die fünfte Diktatur begannen 1962 bzw. 1966, gegen die verfassungsmäßigen Regierungen von Frondizi bzw. Illia⁸⁴.

Die sechste und letzte Diktatur (1976-1983), die mit der Regierung Videlas anfang, übertraf die oben genannten an Grausamkeit und Totalitarität. Schon ab 1975 war die Gewalt in Argentinien außerordentlich. Die dritte Regierung vom schon verstorbenen Perón, die letztlich von seiner Frau Martinez de Perón als Vizepräsidentin ausgeführt wurde, konnte weder die politischen noch die wirtschaftlichen Umstände kontrollieren, was begünstigte, dass die Gesellschaft eine Veränderung verlangte. Die sog. A.A.A. („argentinische antikommunistische Allianz“) war eine staatliche Organisation der Regierung Peróns, die als eine Einsatzgruppe fungierte, um linke Extremisten zu eliminieren. Obwohl noch eine Demokratie herrschte, funktionierte diese Gruppe in der Tat wie ein diktatorischer Sicherheitsdienst. Unter diesen Umständen kam die Diktatur an die Macht, mit erschreckenden Ergebnissen⁸⁵.

Nach dem 1982 gegen England verlorenen Krieg um die „Islas Malvinas“ (auf Englisch „Falklandinsel“) und den schlechten wirtschaftlichen Bedingungen mussten die Diktatoren kapitulieren und die Einführung des demokratischen Präsident Alfonsíns zulassen. Die Diktatoren versuchten ihre Straflosigkeit durch eine Amnestie (22.924/83) zu sichern, welcher aber mit der Einführung der Demokratie durch das Gesetz 23.040/83 aufgehoben wurde⁸⁶.

⁸⁴ Für eine tiefe Analyse *Lewis, The history of Argentina*, Ss. 73-113; *Pérez Miranda, Golpes de Estado y derechos humanos en Argentina*, in: Congreso Internacional sobre la paz, Band II, 1987, Ss. 787 ff..

⁸⁵ Vgl. *Americas Watch, Truth and partial justice in Argentina*, 1991, Ss. 5-7; *Pérez Miranda, Golpes de Estado y derechos humanos en Argentina*, in: Congreso Internacional sobre la paz, Band II, 1987, Ss. 798 ff., 806 ff; *Lewis, The history of Argentina*, Ss. 133 ff.

⁸⁶ Darüber der Punkt 3.

Die Regierung Alfonsíns versuchte, die Bestrafung der Diktatoren zu erreichen⁸⁷, doch letztendlich musste er die sog. Gesetze der Straflosigkeit⁸⁸ erlassen.

Wegen des Misserfolges der wirtschaftlichen Pläne „Primavera“ und „Austral“, welcher u. a. eine Inflation von zweihundert Prozent pro Monate verursachte, und der unruhigen politischen Bedingungen trat Alfonsín fünf Monate vor geplantem Machende zurück. Sein Nachfolger 1989 wurde Menem und nach den Gnadenakten fing der lange Zeitraum der Straflosigkeit an⁸⁹.

2. Die wichtige Rolle der C.O.N.A.D.E.P.

Eine der ersten Maßnahmen der Regierung Alfonsíns war die Schaffung der C.O.N.A.D.E.P. (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas- Nationalkommission über das Verschwinden von Personen) durch das Dekret 187/83 vom 15.12.1983. Diese Kommission bestand aus Politikern, Wissenschaftlern, Schriftstellern, u.a., die wegen ihres gesellschaftlichen Engagements Einfluss hatten⁹⁰. Die Menschenrechteorganisationen lehnten eine Mitarbeit zunächst ab, da sie skeptisch über die Arbeit der Kommission dachten. Später jedoch stimmten sie einer Zusammenarbeit zu.⁹¹

⁸⁷ Der Prozess gegen die Militärjuntas ist der Schwerpunkt dieses Kapitels und ist im Punkt 4 zu erforschen.

⁸⁸ Sie sind im Punkt 5 zu analysieren.

⁸⁹ In dieser Richtung *Straßner*, Die offenen Wunden Lateinamerikas, Ss. 117 ff.

⁹⁰ *Parenti*, Argentina, in: *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional* (Hrsg. *Ambos, Malarino, Elsner*), 2008, S. 62. Unter den wichtigsten Mitgliedern der Kommission waren der Arzt Favalaro und der Schriftsteller Sabato. Auch zugegen war die Journalistin Magdalena Ruiz Giñazú, deren Kampf für die Menschenrechte in den letzten Jahren in Zweifel gezogen wurde. Deswegen führte die Organisation „Madres de Plaza de Mayo“ (Mütter des Platzes der Mairevolution) einen „moralischen Prozess“ gegen sie (unter anderen „Angeklagten“). Zeitung „Página 12“, Ausgabe vom 30.04.2010, verfügbar im Internet: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-144922-2010-04-30.html>, Zutritt am 16.08.2010.

⁹¹ *Nino*, Juicio al mal absoluto, S. 127.

Das Ziel der Kommission war nach dem Artikel 1 des Dekrets die Aufklärung der Taten, die mit dem Verschwinden von Personen zu tun hatten. Gleichwohl musste die Kommission Anzeigen und Beweise der geschehenen Delikte ausfindig machen, sowie den Aufenthaltsort der entführten Kinder und der sog. „Verschwundenen“ ermitteln. Dafür standen der Kommission nach dem Dekret nur 180 Tage zur Verfügung, und nach dieser Zeit musste sie einen Bericht mit den Ergebnissen der Arbeit vorlegen. Diese kurze Frist wurde jedoch verlängert, und die Kommission konnte einen vollständigen Bericht vorbereiten, der in mehrere Sprachen übersetzt wurde. Er trug den Titel „Nunca más“ (Nie wieder) und beschrieb, wie einige der 360 gefundenen Konzentrationslager organisiert waren und wie 8.960 Menschen verschwunden oder getötet worden waren⁹².

Die Schaffung, die Aufgabe und das Ergebnis (Nunca más) der C.O.N.A.D.E.P. waren ein großer Erfolg der Regierung Alfonsíns, sowie unentbehrlich für die Bestrafung, nicht nur der Militärjuntas sondern auch der niedrigen Beamten der Diktatur, obwohl die Kommission nur die historische Wahrheit suchte, und selbst keine Strafgewalt innehatte⁹³.

3. Das sog. „Gesetz der Selbstamnestie“ 22.924/83 und seine Aufhebung durch das Gesetz 23.040/83

Weniger als neunzig Tage vor der Rückkehr zur Demokratie (27.09.1983) erließ die letzte militärische Regierung eine Amnestie für terroristische (Rechts) oder subversive (Links) Delikte zwischen

⁹² Vgl. *Parenti*, Argentina, in: *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional* (Hrsg. *Ambos, Malarino, Elsner*), 2008, S. 62; *C.O.N.A.D.E.P.*, *Nunca más*, 2006, Conclusiones, verfügbar im Internet: <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/>, Zutritt am 16.08.2010.

⁹³ Vgl. *Parenti*, Argentina, in: *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional* (Hrsg. *Ambos, Malarino, Elsner*), 2008, Ss. 62-63. *Pastor* ist seinerseits dagegen, dass die C.O.N.A.D.E.P. nicht eine Alternative für die Bestrafung sondern, ein Mittel dafür war. *Pastor*; ¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?, in: *Neopunitivismo y neoquisición* (Hrsg. *Pastor- Guzman*), 2008, Ss. 369-370.

dem 25.05.1973 und dem 17.06.1982. In der Tat galt diese Amnestie nur für terroristische Handlungen, die von den militärischen Regierungen unternommen wurden, weil die Täter der Linken bereits verschwunden, getötet oder ins Ausland geflüchtet waren⁹⁴.

Einige Autoren meinen, dass es keine Amnestie war, denn eine Amnestie muss allgemeingültig sein und nicht nur für eine besondere Gruppe. Trotzdem meinte *Zaffaroni*, dass man diese Voraussetzung der Allgemeinheit nicht verliert, wenn ein Gesetz für solche Verbrechen erlassen wurde, die von einer besonderen Personengruppe mit objektiven Merkmalen begangen wurden⁹⁵.

Einige Monate danach (29.12.1983) wurde durch ein neues Gesetz (23.040/83) diese Amnestie aufgehoben.

a. Die Bestrafung der geschehenen Taten durch eine restriktive Auslegung des Amnestiegesetzes?

Sancinetti meinte, dass die Aufhebung der Amnestie durch ein neues Gesetz nicht notwendig war, denn die Richter hätten durch eine restriktive Auslegung des Gesetzes 22.934/83 belegen können, dass im Gesetz (Artikel 1) ein besonderes subjektives Element des Tatbestands zu finden war, denn dort ist geschrieben, dass zu amnestieren wären „alle die Taten [...], die bezweckten, die terroristischen oder die subversiven Handlungen zu vermeiden, verhindern oder zu beenden“. Deswegen waren seiner Meinung nach nur die Taten zu amnestieren, die wirklich im Gefecht zwischen den subversiven und den staatlichen Truppen geschahen. Folglich fallen nach *Sancinetti* das zwingende Verschwinden von Menschen und die Tötungen nach der Kapitulation nicht unter die Amnestie⁹⁶.

Ich denke, dass *Sancinettis* objektive Auslegung falsch ist. Ich meine, dass es eine objektive Auslegung sei, denn er berücksichtigt nicht die

⁹⁴ Vgl. *Americas Watch*, Truth and partial justice in Argentina, 1991, S.11.

⁹⁵ Vgl. *Zaffaroni- Slokar- Alagia*, Derecho Penal. Parte general, Ss. 124-125.

⁹⁶ Vgl. *Sancinetti- Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, S. 259.

Absichten des (militärischen) Gesetzgebers. Diese Absicht war folgende: die Taten des Militärs straflos zu lassen. Es ist ein Irrtum solche Stellung zu beziehen, denn wenn man die historische Auslegung vergisst und nur den „objektiven Sinn des Gesetzes“ sucht, besteht die Gefahr, die Auslegung des Gesetzgebers durch seine persönlichen subjektiven Interessen zu ersetzen⁹⁷. Eine mittlere Lösung zwischen der objektiven und subjektiven Auslegung zeigt, dass es unmöglich sei, nur die im Gefecht geschehenen Taten zu amnestieren⁹⁸.

Ein weiterer wichtiger Punkt ist, dass nach den Staatsrechtsprinzipien der Richter gezwungen ist, die strafrechtliche Norm nach der restriktiven Weise auszulegen. Es ist eine Folge des Prinzips *in dubio pro reo*⁹⁹. Zweck dieses Prinzipes ist, eine allgemeine Minderung der Bestrafung und nicht das Gegenteil zu bewirken¹⁰⁰. Deswegen muss man, wenn man von einer Amnestie spricht, im Gegensatz dazu, die Wirkungen ihrer Auslegung erweitern.

Unter diesen Umständen war eine restriktive Auslegung des Amnestiegesetzes unmöglich und folglich war diese nur durch ein neues Gesetz aufzuheben¹⁰¹.

b. Die Aufhebung der Amnestie durch das Gesetz 23.040/83

Die Aufhebung der Amnestie durch ein Gesetz brachte politische

⁹⁷ Dazu *Roxin*, Strafrecht AT, Band I, Ss. 149-150.

⁹⁸ In dieser Richtung meinte *Nino*, dass im Amnestiegesetz festgehalten war, dass es den Richtern verboten sei, einen Prozess anzufangen, wenn *prima facie* es möglich wäre, im Fall die Amnestie anzuwenden. Nach dieser Ansicht wäre eine restriktive Auslegung unmöglich. *Nino*, Juicio al mal absoluto, S. 109.

⁹⁹ Dazu *Roxin*, Strafrecht AT, Band I, Ss. 74, 78. Auch *Otto*, Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre, S. 337.

¹⁰⁰ Für eine tiefe Analyse über die Minimierung des Strafrechts und die restriktive Auslegung als eine Folge davon *Ferrajoli*, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Ss. 105 ff.

¹⁰¹ Dagegen meinte *Zaffaroni*, dass das Amnestiegesetz nicht aufzuheben wäre, denn es war ein Delikt mit gesetzlichen Formen. Er sagte dass, diese Amnestie kein Gesetz wäre, da der Gesetzgeber seine eigenen Delikten zu verschleiern versuchte. *Zaffaroni- Slokar- Alagia*, Derecho Penal. Parte general, Ss. 124-125.

Konfrontationen mit sich. Auf der einen Seite war die Partei „Partido Justicialista“, eine der zwei größten Parteien Argentiniens, gegen die Aufhebung der Amnestie, denn im Wahlkampf ihres Kandidaten Ítalo Luder meinte dieser, dass, obwohl er gegen diese Amnestie sei, weder sie noch die nach der Amnestie entschiedenen Urteile aufgehoben werden könnten. Es war, seiner Meinung nach, ein großer Schaden an der Rechtssicherheit. Auf der andere Seite wollte die zweite große Partei „Partido Radical“ mit ihrem Kandidaten Alfonsín, der endlich gewählt wurde, schon im Wahlkampf ein neues Gesetz erlassen, um die Amnestie und die nach ihr entschiedenen Urteile aufzuheben, denn sie dachten, dass diese Amnestie verfassungswidrig sei¹⁰². Im Artikel 2 des Gesetzes 23.040 stand folgendes:

„Das Gesetz *de facto* 22.924 hat keine juristische Wirkung für die Bestrafung der strafrechtlichen, zivilrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und militärischen Verantwortlichkeiten, die aus den Taten, die dieses Gesetz zu bedecken versucht, entstehen. Das Prinzip des mildesten strafrechtlichen Gesetzes, das im Artikel 2 StGB steht, ist unanwendbar.

Das eben genannte, wird nicht von der Existenz fester juristischer Entscheidungen, bei denen das Gesetz *de facto* 22.924 angewendet wurde, gehindert“.

In diesem Zusammenhang gibt es mehrere Themen zu analysieren. *Sancinetti* meinte, dass nur, wenn die Amnestie *ab initio* (von Anfang an) *ungültig* war, könnte man hier nicht vom Prinzip der Anwendung des mildesten strafrechtlichen Gesetz¹⁰³ sprechen, denn in diesem Fall wäre es als hätte die Amnestie nie existiert. Wenn im Gegenteil dazu, die Amnestie gälte, könnte man vom oben erwähnten Prinzip sprechen, und folglich wäre die Amnestie anzuwenden¹⁰⁴.

Obwohl die Amnestie wegen Gründen, die ich später aufführen

¹⁰² Vgl. *Nino*, Juicio al mal absoluto, Ss. 108-109.

¹⁰³ Vgl. Artikel 2 argentinisches StGB und §2 III deutsches StGB.

¹⁰⁴ *Sancinetti- Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, Ss. 265-266.

werde, in diesem Fall *ab initio* ungültig war, bin ich mit *Sancinetti* nicht einverstanden, denn nicht nur wenn, eine Amnestie *ab initio* ungültig ist, ist sie als mildestes strafrechtliches Gesetz nicht anzuwenden. Also könnte es sein, dass eine Amnestie ihre Gültigkeit verliert, obwohl sie einmal galt, und trotzdem ist sie nicht als mildestes strafrechtliches Gesetz anzuwenden. Der Grund weswegen eine Strafe durch ein neues Gesetz zu mildern oder aufzuheben sei, bezieht sich auf den Verlust der Wichtigkeit des Wertes, der die Norm durch die Strafe schützt. Deswegen hätte es, der Meinung des Gesetzgebers nach, keinen Sinn eine Tat, durch ein Gesetz das zum Tatzeitpunkt gültig war, nun aber auf Grund des Verlustes der Wichtigkeit des zu schützenden Wertes als ungültig gilt, zu bestrafen. Dies ist aber bei der Amnestie nicht der Fall. In unserem Fall sind die Werte, die die Militärs verletzten, für die argentinische Gesellschaft noch relevant (und deswegen im StGB noch geregelt). Von daher, wenn eine Amnestie durch ein späteres Gesetz aufgehoben wird, ist die Amnestie in einem Strafprozess nicht als mildere Strafe anzuwenden, denn der mit der Tat verletzte Wert ist noch gesellschaftlich bedeutend.

In dem Fall war das Amnestiegesetz *ab initio* ungültig. Dafür geben die Lehre und die Rechtsprechung grundsätzlich zwei Argumente. Auf der einen Seite ist es nach Artikel 29 der argentinischen Verfassung der Legislative verboten, der Exekutive die ganze öffentliche Gewalt zu übertragen¹⁰⁵, wodurch die Ehre oder das Vermögen der Argentinier, unter der Willkür einer einzelnen Person oder einer Gruppe liegt. Genau so handelte die Legislative, als sie die Amnestie erließ¹⁰⁶.

Demgegenüber stehen folgende Argumente: erstens wurde die Amnestie von einer militärischen verfassungswidrigen Regierung erlassen, zweitens kann keine Regierung (sogar eine

¹⁰⁵ Ähnlich Artikel 227 argentinisches StGB.

¹⁰⁶ In dieser Richtung *Zaffaroni- Slokar- Alagia*, Derecho Penal. Parte general, Ss. 124-125. Auch Corte Suprema de Justicia de la Nación vom 30.12.1986 (Stimmen von Richter *Petracchi* und *Bacqué*), CSJN-Fallos 309, Ss. 1692 ff.

verfassungsmäßige) sich selbst, von den von ihr begangenen Verbrechen befreien¹⁰⁷. Zuweilen werden diese drei Argumente kombiniert¹⁰⁸.

Meiner Meinung nach ist die erste Lösung angemessener, denn damit könnte man auch die Gültigkeit der nachkommenden von einer verfassungsmäßigen Regierung erlassenen sog. „Gesetze der Straflosigkeit“ verneinen.

c. Die Aufhebung der Rechtskraft bei den nach dem Amnestiegesetz beurteilten Fällen

Die Amnestie war nicht nur für die Militärjuntas, sondern auch für die Prozesse gegen die niedrigeren Beamten der Diktatur geplant. Deswegen stand im aufhebenden Gesetz 23.040/83 der schon genannte Absatz: „Das eben genannte, wird nicht von der Existenz fester juristischer Entscheidungen, bei denen das Gesetz *de facto* 22.924 angewendet wurde, gehindert“.

Das argentinische Oberste Gerichtshof meinte, dass der Prozess streitig sei, sei eine Voraussetzung für einen demokratischen Prozess und folglich für ein unanfechtbares rechtskräftiges Urteil. Nach der Meinung Richter *Fayts* hatte die Staatsanwaltschaft wegen der Amnestie keine wirkliche Chance, um die Schuld der Angeklagten zu beweisen (die sog. Waffengleichheit). Auf der anderen Seite sei auch die Unabhängigkeit der Richter, die in den analysierten Fällen fehlte zu fordern, denn die Richter pflegten engere Beziehungen mit den regierenden Militärs¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Dagegen *Nino*, Juicio al mal absoluto, S. 110. Intensiver *Nino*, Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas de facto, in: La Ley 1983-D, Ss. 935 ff.

¹⁰⁸ Vgl. Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, Sala II, Causa „Rolando Vieira“ vom 06.03.1985 (Stimme von Richter *Ledesma*); Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, Sala I, Causa „Fernández y Argemi“ vom 04.10.1984 (Stimme von Richter *Gil Lavedra*); Corte Suprema de Justicia de la Nación vom 30.12.1986 (Stimme von Richter *Caballero*), CSJN-Fallos 309, Ss. 1692 ff.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación vom 30.12.1986 (Stimme von

Mit diesen Argumenten wurde nicht nur die Bestrafung der Militärjuntas, sondern auch die der niedrigen Beamten möglich .

4. Der Prozess gegen die argentinischen Militärjuntas (1984-1985)

Es wurde schon das Amnestiegesetz 22.924/83 und seine Aufhebung durch das Gesetz 23.040/83 untersucht, und auch ihre Anwendung in den Prozessen gegen die Militärjuntas und die niedrigen Beamten der Diktatur. Es ist noch zu erforschen, wie der Prozess gegen die Militärjuntas verlief; die politischen Umstände, das Verfahren und das Urteil.

a. Die allgemeinen politischen und gesellschaftlichen Umstände

Nach der Rückkehr zur Demokratie spaltete sich die argentinische Bevölkerung in vier Gruppen auf. Die erste Gruppe, die mit den noch mächtigen militärischen Sektoren sympathisierte, missbilligte den Prozess gegen die geschehene Makrokriminalität. Ihrer Meinung nach hatten die Militärs den Krieg gegen die linken Extremisten gewonnen und deswegen empfanden sie diesen Prozess als ungerecht. Die zu prozessierenden Delikte waren nur ein Teil dieses Krieges. Einige von ihnen hielten die zu bestrafenden Militärs für Helden. Die Sympathisanten für das Militär kamen nicht nur aus dessen eigenen Reihen, sondern waren auch Mitglieder der katholischen Kirche¹¹⁰ und der ökonomischen Elite. Auf der anderen Seite gab es eine andere Gruppe, die aus den Menschenrechteorganisationen, den Verwandten

Richter *Fayt*), CSJN-Fallos 309, Ss. 1780 ff.

¹¹⁰ Über eine tiefe Forschung über die Beziehung zwischen der argentinischen diktatorischen Regierung und der katholischen Kirche *Mignone, Iglesia y dictadura*, Ss. 49 ff. Auch dazu *Verbitzky, El silencio; C.O.N.A.D.E.P., Nunca más*, 2006, Kapitel 1 I: Sobre actitudes de algunos miembros de la Iglesia, verfügbar im Internet: <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/>, Zutritt am 16.08.2010.

der Opfer und den linken Fraktionen bestand. Diese legte große Erwartungen in den Prozess und plädierte für die Bestrafung der Täter. Eine dritte Gruppe bestand aus den Personen, die die neue demokratische Regierung Alfonsíns befürworteten. Die letzte zahlreiche Gruppe bestand aus denen, die kein politisches Engagement pflegten¹¹¹. Im Folgenden werde ich die erste Gruppe als die Rechte und die zweite als die Linke bezeichnen.

Diese gesellschaftlichen Gruppen hatten verschiedene Interessen und beeinflussten von daher auf verschiedene Weisen diesen Prozess, und die Entwicklung sowie das Ergebnis des Prozesses waren eine Folge davon.

b. Die Gerichtsbarkeit: Zwischen Militär- und Zivilgericht

Der damalige Präsident Alfonsín meinte schon während seines Wahlkampfes, dass die Vergangenheitsbewältigung durch Recht ein wichtiger Bestandteil seiner Regierung sein wird. Deswegen erhielt er viele Wählerstimmen von den Menschenrechtsorganisationen und der Linken. Nach der Wahl jedoch bemerkte er, dass, die noch mächtigen Militärs einen Prozess in der militärischen statt in der zivilen Gerichtsbarkeit anstrebten. Damit würden die Militärs die Möglichkeit haben, ihre eigenen Delikte zu bestrafen, und folglich würde dieser Prozess unten den rechten Fraktionen an Legitimität gewinnen¹¹².

Infolgedessen versuchte Alfonsín alle gesellschaftlichen Sektoren zu befriedigen und fand eine besondere Lösung. Durch das Dekret 158/83 übergab er den Prozess der militärischen Gerichtsbarkeit. Gleichzeitig unternahm er durch einen Gesetzesentwurf eine Veränderung des heutzutage nicht mehr gültigen Militärgesetzbuchs, nämlich die Möglichkeit der Berufung einer zweiten zivilen Instanz

¹¹¹ In dieser Richtung *Sancinetti*, *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, S. 2.

¹¹² Vgl. *Parenti*, *Argentina*, in: *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional* (Hrsg. *Ambos, Malarino, Elsner*), 2008, Ss. 60.

(Berufungsinstanz). Dieser Gesetzentwurf, der sich in Gesetz 23.047/84 verwandelte, erlaubte auch der zweiten zivilen Instanz, den Prozess an sich zu ziehen, wenn er vor dem Militärgericht absichtlich zum Stillstand gebracht wurde¹¹³.

Diese Entscheidung gefiel weder der Linken noch der Rechten. Die Rechte meinte zuerst, dass im Artikel 108 Militärgesetzbuch stand, dass „wesentliche militärische“ Delikte vor dem militärischen Gericht verhandelt werden müssten. Zudem stand im Artikel 108 Abschnitt 1 und 2 geschrieben, dass nur diese „wesentliche militärische“ Delikte waren welche, in den militärischen Gesetzen verzeichnet waren oder in einem von Militärs kontrollierten Gebiet geschahen. Folglich meinte die Rechte, dass, wie die geschehene Delikte „wesentlich militärisch“ waren, es gerecht wäre, sie vor einem militärischen Gericht zu verhandeln, wie es die Regierung auch festlegte. Auf der anderen Seite aber, kritisierten die Militärs, dass diese militärische Instanz nicht die endgültige wäre¹¹⁴.

Die Linke ihrerseits meinte mit Recht, dass das Dekret verfassungswidrig wäre, da es nach Artikel 95 der argentinischen Verfassung dem Präsidenten verboten sei, die Judikative zu übernehmen. Gleichwohl steht im Art. 18 der argentinischen Verfassung das Prinzip *Nulla poena sine lege prävía* geschrieben, dass der Strafprozess nach den vor der Tat erlassenen Gesetzen zu führen sei¹¹⁵.

Sancinetti kritisierte die Entscheidung der Regierung heftig. Er meinte, dass die Lösung der Linken die richtige wäre, und die der Rechten, obwohl sie seiner Meinung nach falsch war, zumindest nicht zu verwerfen wäre. Seiner Ansicht nach war die Lösung der Regierung falsch, da die Gerichtsbarkeit im Prozess von Anfang an die Zivile hätte sein sollen, weil aber die Regierung bereits die Entscheidung für die militärische Gerichtsbarkeit getroffen hatte,

¹¹³ Vgl. *Americas Watch*, Truth and partial justice in Argentina, 1991, S.16

¹¹⁴ Vgl. *Sancinetti*, Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial, Ss. 11-13.

¹¹⁵ Über das Verbot des *ex post facto* Gesetzes im argentinischen Recht *Donna*, Teoría del delito y de la pena, Band I, Ss. 5 ff.

hätte es keine zweite zivile Instanz geben sollen¹¹⁶.

Sancinetti hat, meiner Meinung nach, nur teilweise Recht. Ich bin damit einverstanden, dass die Lösung der Linken juristisch gesehen die richtig war. Ich stimme auch dafür, dass die Lösung der Rechten juristisch gesehen kohärenter als die beschlossene war. Jedoch denke ich, dass *Sancinetti* die politischen Umstände vergisst. Bei der Intertemporalen Justiz müssen oft einige richtige juristische Lösungen ohne Anwendung bleiben, weil es für die neue schwache Demokratie gefährlich sein könnte¹¹⁷. Obwohl die getroffene Entscheidung juristisch gesehen nicht die beste war, war sie politisch gesehen angemessen¹¹⁸.

c. Der Prozess vor dem Militärgericht

Am 29.12.1983 stellte das Militärgericht „Consejo Superior de las Fuerzas Armadas“ den neun Angeklagten, die nach dem Dekret 158/83 zu beurteilen waren, die Vorladungen zu. Der erste militärische Präsident der Junta Videla meinte vor Gericht, seine Akte seien nicht juristisch sondern politisch, folglich seien sie wegen der Gewaltenteilung nicht juristisch zu beurteilen. Massera seinerseits meinte, dass er ebenso wie Videla unschuldig sei. Er sagte, dass, als er die Liste mit den Namen der verschwunden Personen zur Veröffentlichung freigegeben hatte, ein Friedenszeichen gegeben hätte. Alle neun Angeklagten plädierten auf unschuldig¹¹⁹.

¹¹⁶ Vgl. *Sancinetti*, Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial, S. 13.

¹¹⁷ Um diese politischen Umstände zu analysieren *Nino*, Juicio al mal absoluto, Ss. 173 ff. In dieser Richtung meinte *Malarino*: „So viel Justiz wie der Frieden es erlaubt“. Im damaligen Argentinien war es, meiner Meinung nach, schwierig Gerechtigkeit, ohne Zugrundegehen der Demokratie, zu finden. Vgl. *Malarino*, Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas, in: ZIS, 2009, S. 371.

¹¹⁸ *Zaffaroni* meinte, dass die Ausführung des Prozesses vor einem militärischen Gericht mit zivilen Richtern, die richtige Lösung gewesen wäre. Diese Instanz sollte die endgültige gewesen sein. Damit wäre dieser Prozess verfassungsmäßig (Artikel 18 und 95) gewesen, da er den Artikel 108 Militärgesetzbuch erfüllt hätte. *Nino*, Juicio al mal absoluto, S. 122.

¹¹⁹ *Idem*, Ss. 124-125.

Ab Mai 1985 hörte das Gericht die Aussage einiger Opfer und Zeugen. Trotzdem war die Leistung des Militärgerichts noch unbefriedigend. Im Gesetz 23.049/83 stand, dass das Militärgericht eine Frist von sechs Monaten hätte, um das Urteil zu verkünden. Als diese Frist um war, bat die zivile zweite Instanz das Militärgericht um die Prozessakten, um diese zu überprüfen. Das Zivilgericht musste diese Frist zweimal für dreißig Tage verlängern. Danach meinte das Militärgericht, dass die neun Angeklagten (mittelbare Täter) nicht bestraft werden könnten, ohne zu wissen, welche die unmittelbaren Täter und die Opfer jede Delikte waren. Folglich baten sie, um mehr Untersuchungszeit, um die genauen Handlungen der Angeklagten, die „im Zusammenhang der gegen die linken Terroristen stattgefundenen Bekämpfung“ standen zu ermitteln, weil sie bis dahin keine illegalen Handlungen ausfindig machen können¹²⁰.

Diese Argumentation gefiel dem Zivilgericht nicht. Es war deutlich, dass das Militärgericht gegen die Bestrafung der Angeklagten war. Es war für das Militärgericht nicht nur schwierig, die eigenen Leute zu bestrafen, zudem wurden die Richter von den Militärs, die den Prozess als Ungerechtigkeit empfanden, unter Druck gesetzt. Die Militär Richter erhielten unentwegt anonyme, mit einer weißen Feder versehenen Briefe - das militärische Zeichen der Feigheit¹²¹.

Unter diesen Umständen verlangte das Zivilgericht die Prozessakten und führte den Prozess wie es das Gesetz 23049/83 forderte, weiter¹²². Somit ging die Strategie Alfonsíns, d.h. die Bestrafung der Militärs durch das Militär selbst, nicht auf¹²³.

¹²⁰ Dazu *Americas Watch*, Truth and partial justice in Argentina, 1991, S. 23. Auch *Nino*, Juicio al mal absoluto, S. 127.

¹²¹ *Nino*, Juicio al mal absoluto, Ss. 126-127.

¹²² Nachzulesen im *Americas Watch Report*: „[c]onfronted with such a prejudicial expression of opinion [Bekämpfung gegen die „linken Terroristen“- Noch keine illegale Handlung gefunden], and with the fact that the Supreme Council had done little or nothing to advance the proceedings The Federal Court of Appeals decided to take over the case of *Videla et al* and to proceed as a trial court“. *Americas Watch*, Truth and partial justice in Argentina, 1991, S.24.

¹²³ *Nino*, Juicio al mal absoluto, S. 127. *Sancinetti* halte diese Strategie für „naiv“. *Sancinetti*, Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial, S. 15

d. Der Prozess vor dem Zivilgericht. Die ausgewählten Fälle. Das Delikt vom Aufstand

Die erste Gerichtssitzung fand am 22.04.1985 statt und der erste Zeuge war der ehemalige Präsidentenkandidat Ítalo Luder. U. a. sagten Journalisten, Politiker, Militärs, Opfer und Angehörige der Opfer aus. Insgesamt belief sich die Zahl der Zeugen auf 832. Wichtige Juristen wie Ronald *Dworkin* waren Zuschauer in mehreren Gerichtssitzungen. Auch *Roxin* wollte, wegen der Anwendung seiner Theorie der „Organisatorischen Machtapparate“, an dem Prozess teilnehmen, doch die noch unsicheren politischen Umstände setzten seinem Vorhaben ein Ende¹²⁴.

Wegen des Drucks einiger gesellschaftlicher Sektoren auf den Prozess wünschte die Regierung, dass so schnell als möglich ein Urteil gefällt würde¹²⁵. Von daher wählte die Staatsanwaltschaft nur 711 von den 8.960 (weniger als 8%) durch die C.O.N.A.D.E.P. bewiesenen Fällen¹²⁶ getöteter Personen aus. Diese Entscheidung wurde getroffen, weil die Staatsanwaltschaft der Meinung war, dass diese Anzahl an Fällen genüge, um hohe Strafen für die Täter in kurzer Zeit zu erreichen. Es wurden diejenigen Fälle ausgewählt, bei denen die Leichen für die Obduktion zu Verfügung standen, um die begangenen Taten zu beweisen¹²⁷.

¹²⁴ Vgl. *Roxin*, „Wir wollten ein neues Strafrecht schaffen“, in: An den Grenzen des Rechts (Hrsg. *Horstmann-Litzinger*), 2006, Ss. 203 ff.

¹²⁵ Der Leiter der Bundeswehr Hector Ríos Ereñú veräußerte im Juni 1985, dass der einzige Weg um ein großes Land zu bauen eine Amnestie wäre. In dieser Richtung meinte auch der ehemalige Präsident Frondizi, dass der Prozess eine „politische Show“ wäre. Ab dem 21.10.1985 und für sechzig Tage wurde von Alfonsín, wegen verschiedener Bombenexplosionen in verschiedenen Städten, über das ganze Land ein Belagerungszustand verhängt. Vgl. *Nino*, Juicio al mal absoluto, S. 136.

¹²⁶ Vgl. *C.O.N.A.D.E.P.*, Nunca más, 2006, Conclusiones, verfügbar im Internet: <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/>, Zutritt am 07.08.2010.

¹²⁷ *Sancinetti* kritisierte dies heftig, da es bedeutete die restlichen Fälle für unwichtig zu erklären. Er meinte, dass nach Artikel 274 StGB die Staatsanwaltschaft verpflichtet sei, alle ihr bekannten Verbrechen zu verfolgen. Es sei eine Pflicht und nicht eine Möglichkeit. Er meinte, es wäre besser gewesen, wenn alle Brüder, Väter oder Kinder über die, an ihren

Sancinetti meinte mit Recht, dass es eine gute Lösung gewesen wäre, zuerst einen Prozess gegen das Delikt des Aufstandes (*Rebelión*) zu führen. Dieser Prozess wäre einfach durchzuführen gewesen, da der Tatbestand Taten verlangte, die in diesem Fall durch verschiedene öffentliche Urkunden schnell beweisbar gewesen wären¹²⁸. Im damaligen Artikel 266 StGB war geschrieben, dass, über demjenigen eine Freiheitsstrafe von drei bis zehn Jahre verhängen wird, wer Folgendes tat:

„einen bewaffneten Aufstand durchführen, um die Verfassung zu wechseln, eine der Gewalten der nationalen Regierung absetzen oder eine Maßnahme oder eine Erteilung entreißen oder endgültig oder zeitlich die freie Ausübung ihrer verfassungsmäßigen Befugnisse oder ihrer Bildung oder Verlängerung nach den gesetzmäßigen Fristen und Formen hindern“.

Ein erster Vorteil bei der Bestrafung des Aufstandes wäre, da dieser als Dauerdelikt¹²⁹ gilt, gewesen, dass die Verjährungsfrist erst mit der Rückkehr zur Demokratie (1983) angefangen hätte, deswegen wäre ein Jahr nach Prozessbeginn¹³⁰ die Verjährung des Delikts

Angehörigen verübten Verbrechen ausgesagt hätten, damit ein klares Bild über die verbrecherische Planung entstünde. Ich denke, dies ist nicht mehr als ein gutgemeinter Appell, da, wenn alle Zeugen angehört worden wären, der Prozess kein Ende gefunden hätte und dies die politischen Umstände wahrscheinlich nicht toleriert hätten. Vgl. *Sancinetti*, *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Ss. 16-18.

¹²⁸ Vgl. *Idem*, S. 19.

¹²⁹ *Otto* erklärt, dass im Falle von Dauerdelikten (anders als bei Zustandsdelikten) nicht nur die Herbeiführung eines rechtswidrigen Zustandes den Deliktatbestand verwirklicht, sondern auch das Fortandauern dieses Zustandes. Beispiele von Dauerdelikten im deutschen StGB sind §123 (Hausfriedensbruch) und §239 (Freiheitsberaubung). *Otto*, *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre*, S. 42.

¹³⁰ Es ist zu sagen, dass diese Verjährungsfrist (vom Delikt des Aufstands), die mit der Rückkehr zur Demokratie anfängt, nur für diesen Prozess (gegen die Militärjunta) gegolten hätte und nicht für die Bestrafung der Personen der niedrigsten Dienstgrade. Dieser Fall wäre schwierig zu verhandeln gewesen, weil es nicht eindeutig zu bestimmen war, bis zu welchem Dienstgrad die Personen als schuldig galten. Deswegen war diese Lösung für einige „Nachfolgeprozesse“, die Probleme mit der Verjährung hatten nutzlos.

unproblematisch gewesen¹³¹. Dass, nach Artikel 652 des ehemaligen Militärgesetzbuchs alle Militärs während der Dauer des Aufstandes die Autorität ihrer Funktion und folglich ihre Befehlsgewalt verloren hatten, wäre ein weiterer Vorteil gewesen. In diesem Falle kann man nicht von Gehorsampflicht sprechen und deswegen sollten Personen der niedrigeren Dienstgrade ebenfalls verurteilt werden¹³².

Mit der Verurteilung dieses Delikts hätte die Regierung, *Sancinetti* Meinung nach, Zeit geschunden und eine Strafe bis zehn Jahre für die Täter erreicht. Und danach, hätte diese genügend Zeit gehabt, um einen neuen Prozess gegen die anderen geschehenen Delikte zu führen, während die Täter schon im Gefängnis waren¹³³. Der Tatbestand des Aufstands wurde in der Tat weder von der Staatsanwaltschaft und folglich noch vom Gericht berücksichtigt.

e. Das Urteil. Die Theorie der „organisatorischen Machtapparate“: die Anwendung auf den argentinischen Fall und die Kritiken

Es ist möglich über viele Punkte des Urteils zu diskutieren, aber sie alle zu analysieren wäre für mich unmöglich. Deswegen werde ich

¹³¹ Es ist schwierig zu verstehen was *Sancinetti* zehn Jahre danach (1999) meinte. In “El derecho penal en la protección de los derechos humanos“ sagte er, dass seine Lösung der Bestrafung des Delikts des Aufstands hinsichtlich der Verjährung fehlerhaft war, weil es möglich sei, dass der Aufstand endet, wenn die revolutionäre Regierung die Macht erreicht und eine neue Ordnung hergestellt wird (in unserem Fall im Jahr 1976). Untere anderen Argumenten, die zu dem Fall nicht passen *Sancinetti- Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, S. 253. Nach einer teleologischen Auslegung dieses Artikels ist diese Auffassung unannehmbar, weil, wenn sie richtig wäre, und mit der Erreichung der Macht der Aufstand endet, wäre der Zweck der Norm (Schutz der Verfassungsordnung) zerstört, weil in der Tat der Schaden andauert, bis die verfassungswidrige Regierung die Macht verliert. Auch wäre die negative generalpräventive Wirkung dieser Auslegung schlecht, da die diktatorische Regierung an der Macht bleiben könnte bis die Verjährungsfrist zum Ende kommt, und so die Täter straflos blieben. Folglich ist der Aufstand ein Delikt, dessen bloßer Versuch strafbar ist, während ein Erfolg des Aufstandes in der großen Mehrheit der Fälle straflos bleibt.

¹³² Vgl. *Sancinetti*, Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial, Ss. 21 ff.

¹³³ Vgl. *Idem*, S. 19.

mich nur mit denen beschäftigen, die wegen ihrer Wichtigkeit unumgänglich für diese Arbeit sind.

aa) Die Strafen der Angeklagten

Die Urteile des Prozesses gegen die Militärjuntas waren folgende: eine lebenslängliche Freiheitsstrafe für General Videla aufgrund ihm sechshundsechzig nachgewiesener Morde, dreihundertsechs Freiheitsberaubungen, siebenundneunzig Misshandlungen Schutzbefohler, und sechshundzwanzig Diebstähle; lebenslängliche Freiheitsstrafe für Admiral Massera aufgrund von drei Morden, neunundsechzig Freiheitsberaubungen, zwölf Misshandlungen Schutzbefohler, und sieben Diebstählen; vier Jahre und sechs Monate Freiheitsstrafe für Brigadier Agosti wegen acht Freiheitsberaubungen und drei Diebstählen. Die Mitglieder der zweiten Militärjunta erhielten folgende Strafen: siebzehn Jahre Freiheitsstrafe für General Viola wegen sechshundachtzig Freiheitsberaubungen, elf Misshandlungen Schutzbefohler, und drei Diebstählen; acht Jahre Freiheitsstrafe für Admiral Lambruschini aufgrund fünfunddreißig Freiheitsberaubungen und zehn Misshandlungen von Schutzbefohler; ein Freispruch für Brigadier Grafigna, sowie für die drei Mitglieder der dritten Militärjunta Galtieri, Anaya y Lami Dozo¹³⁴.

bb) Die Theorie des „organisatorischen Machtapparates“

Diese Theorie wurde 1963 von *Roxin* erdacht, denn seiner Meinung nach gab es Fälle, wie die Prozesse gegen Eichmann in Israel¹³⁵ oder gegen Staschynskij, bei denen man von atypischen Formen der

¹³⁴ Kritisch dazu *Idem*, Ss. 46 ff.; *Sancinetti- Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, Ss. 310 ff.

¹³⁵ Über eine tiefe und kritische Analyse dieses Prozesses *Arendt*, Eichmann in Jerusalem: A report on the Banality of Evil.

Kriminalität spricht, da die einzelne Tat nicht im Interesse des direkten Täters, sondern im Rahmen eines organisatorischen Machtapparates ausgeführt wurde¹³⁶. Einer solchen Organisation ist es erlaubt, durch einen Hintermann Befehle zu geben, die von den unteren Instanzen des Apparates ausgeführt werden müssen. Auf die Gefahr hin, dass wegen der Fungibilität der Befehlsausführenden bei Befehlsverweigerung ein andere an ihre Stelle rückt. Der direkte Täter ist für den Apparat nur ein unwichtiger ersetzbarer Bestandteil: „[f]ür sie und ihre Zwecke ist der einzelne eine anonyme, austauschbare Figur, ein in jedem Augenblick ersetzbares Rädchen im Getriebe des Machtapparates“¹³⁷. Von daher sollte man an dieser Stelle von mittelbarer Täterschaft der Verbrechensinitiatoren sprechen, da Tatherrschaft durch Willensherrschaft des direkten Täters besteht¹³⁸. Bei dieser besonderen Art von mittelbarer Täterschaft sollte die Organisation staatlich sein¹³⁹ und der Hintermann in der Regel auch verantwortlich¹⁴⁰.

Man könnte diese Theorie durch drei verschiedene Elemente definieren. Erstens die schon genannte Fungibilität des direkten Täters, zweitens die Herrschaft der Organisation durch den Hintermann und drittens die Bestehung der Machtapparate neben dem Recht¹⁴¹.

¹³⁶ *Roxin*, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, in: GA 1963, S. 193.

¹³⁷ *Idem*, S. 201.

¹³⁸ *Idem*, Ss. 203 ff.

¹³⁹ Obwohl *Roxin* selbst von Anfang an die Möglichkeit der Anwendung seiner Theorie für private Unternehmen dachte, ist diese Lösung noch zweifelhaft. Dazu *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, Ss. 103 ff.; *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Kapitel 7; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Ss. 104 ff; *Silva Sanchez*, Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas, in *Empresa y delito en el nuevo código penal*, 1997. *Muñoz Conde- García Arán*, Derecho Penal. Parte general, Ss. 450-453.

¹⁴⁰ Wenn alle seine Voraussetzungen erfüllt werden, sind Rechtsfertigungsgründe wie der Befehlsnotstand ausnahmsweise anzuwenden. Vor allem ist die Prüfung der Legalität des Befehls durch den direkten Täter zu beachten. Dazu *Roxin*, Strafrecht AT, Ss. 741 ff.

¹⁴¹ Eine aktuelle Analyse dazu in *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, Ss. 242 ff.

cc) Die Kritiken zur Theorie

Die Kritiken zu dieser Theorie könnte man in drei verschiedene Sichtweisen klassifizieren, und zwar: a- Die Verantwortlichkeit als Täter als jemand, der hinter einem Vollverantwortlichen steht, b- Die Abwesenheit eines Artikels über die mittelbare Täterschaft, in einem Strafrechtsgesetzbuch wie es in Argentinien der Fall war, und c- Die Probleme, die durch den Begriff der Fungibilität entstehen.

Vertreter der ersten Sichtweise ist u. a. *Jakobs*, der in der Mittäterschaft die beste Lösung des Falls sieht. Er meint, dass der direkte Täter eine freie und verantwortliche Entscheidung trafe, und deswegen stehe er juristisch gesehen an der gleichen Stelle wie der Hintermann und nicht unter ihm. Auf der anderen Seite sei die Fungibilität eine naturalistische Angabe, die dogmatisch gesehen bedeutungslos sei¹⁴². In dieser Richtung denkt *Otto*, dass, das „Werkzeug“ sich mit seinem Verhalten den verbrecherischen Plan konkludent zu eigen macht, und deswegen sind es und der Machthaber als Mittäter anzusehen¹⁴³.

Gegen die zweite Ansicht stellt sich *Sancinetti*. Er denkt, dass, obwohl man durch eine extensive Auslegung des Artikels 45 argentinisches StGB, auf eine mittelbare Täterschaft durch organisatorische Machtapparate schließen könnte, wurde in diesem Fall der Artikel 514 Militärgesetzbuch angewendet, in dem stand, dass die Taten der niedrigen Beamten, welche Folgen der Befehlsausführung waren, den

¹⁴² Vgl. *Jakobs*, Mittelbare Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates, in: NStZ 1995, Ss 26 ff. Dagegen *Vest*, Genozid durch organisatorische Machtapparate, S. 398.

¹⁴³ *Otto*, Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre, S. 92; Ähnlich *Baumann-Weber-Mitsch*, Strafrecht AT, §29 Rdn. 147; *Jescheck-Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, §62 II 8. Für Anstiftung (Hintermann) statt Mittäterschaft *Köhler*, Strafrecht AT, Ss. 510 ff; *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: (Hrsg. *Amelung*), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, Der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, Ss. 33 ff.

Machthabern anzurechnen wären¹⁴⁴.

Herzbergs Meinung nach sei der Begriff der Fungibilität abzulehnen, als Grund dafür nennt er z. B.,

die in der DDR unersetzbare Aufgabe der Grenzsoldaten, nur sie konnten eine massive Flucht verhindern. Ein nachträglicher Ersatz wäre nutzlos gewesen¹⁴⁵. Obwohl *Ambos* mit dieser Theorie einverstanden ist, denkt er, dass die Fungibilität abstrakt oder nachträglich und nicht konkret anzusehen sei, und auf keine Fall sollte man diese Kritik als eine Vernichtung der Theorie selbst interpretieren¹⁴⁶.

Die bedeutendste Kritik zum Begriff der Fungibilität führt jedoch *Schroeder* an¹⁴⁷. Seiner Meinung nach sei die Fungibilität kein wichtiger Bestandteil der organisatorischen Machtapparate: „[s]ie ist schon für die letzten Glieder der Kette fraglich, fehlt aber besonders häufig beim zweiten Glied und den weiteren Zwischengliedern.“^{148c}

Die Vertrauensleute und wissenschaftlichen Assistenten seien auch kaum fungibel. Wichtig sei für die Organisationsherrschaft durch den Hintermann die Tatbereitschaft der Werkzeuge, welche die organisatorischen Machtapparate kennzeichnet. Nicht nur *Roxin*¹⁴⁹

¹⁴⁴ *Sancinetti- Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, S. 314.

¹⁴⁵ *Herzberg* meinte auch, dass in dieser Theorie faktische und normative Elemente in einer unzulässigen Weise zusammenlebten. *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: (Hrsg. *Amelung*), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, Der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S.38.

¹⁴⁶ *Ambos*, Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann, in: *Doctrina Penal* nro. 12, 2003, S. 30.

¹⁴⁷ Dazu die Dissertationsarbeit 1965 *Schroeders*, Der Täter hinter dem Täter. Auch *Schroeder*, Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis, in: *JR* 1995, Ss. 177-180.

¹⁴⁸ *Schroeder*, Tatbereitschaft gegen Fungibilität, in: *ZIS* 11/2009, S. 570.

¹⁴⁹ *Roxin*, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, in: (Hrsg. *Hoyer* u.a.) *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, Ss. 397 ff; *Roxin*, Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, in: *ZStrR* 125 2007, S. 17. *Schünemann* meinte seinerseits, dass Fungibilität und Tatbereitschaft nicht unvereinbar seien, und folglich seien beide wichtig für die Beschreibung der organisatorischen Machtapparate. Vgl. *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, in: (Hrsg. *Canaris* u.a.) *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*,

selbst sondern auch der BGH¹⁵⁰ gaben *Schroeder* letztlich Recht.

dd) Ihre Anwendung im Prozess gegen die Militärjuntas

Diese Theorie wurde vom Gericht (*Cámara Federal* der Hauptstadt)¹⁵¹, aber nicht vom argentinischen Obersten Gerichtshof¹⁵² angewendet. Das Gericht verstand die Angeklagten als Täter, aber verurteilte sie irrtümlicherweise wie bloße Teilnehmer¹⁵³.

Das Gericht hielt sowohl die Befehlshaber, als auch die ausführenden Personen des organisatorischen Machtapparates für schuldig. Die Richter meinten aber, dass die Machthaber jeweils nur für die Taten, der ihnen untergebenen Streitkraft verantwortlich gemacht werden könnten. Jedoch wurde diese Theorie vom Obersten Gerichtshof nicht angewendet, und folglich die Mitglieder der Militärjuntas als bloße Teilnehmer betrachtet¹⁵⁴.

5. Die sog. „Gesetze der Straflosigkeit“. Das Gesetz 23.042 (das sog. „Schlusspunktgesetz“) und das Gesetz 23.521 (das sog. Befehlsnotstandsgesetz) von der Regierung Alfonsíns, und die Gnadenakte Menems

Nur einige Monate nach dem Verlesen des Urteils gegen die

Band 4, Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, Ss. 629 ff. Auch *Roxins* Schüler *Heinrich* ist für den Begriff der Tatbereitschaft statt der Fungibilität. *Heinrich*, Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002, S. 274.

¹⁵⁰ BGHSt 40, 218, 236.

¹⁵¹ Fall 13/83.

¹⁵² Urteile *Corte Suprema de Justicia de la Nación* 309:1689.

¹⁵³ Kritisch dazu *Sancinetti- Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, Ss. 315 ff.

¹⁵⁴ Vgl. *Sancinetti- Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, S. 314, 315; *Schapiro*, La recepción judicial de la tesis de la autoría mediata por el dominio de aparatos organizados de poder, in: Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina, Ss. 216-217.

Militärjunta entschied Alfonsín, dass die Bestrafung der Militärs beendet werden sollte. Der Prozess gegen die Militärjuntas und die „Entdeckung der Wahrheit“ durch die C.O.N.A.D.E.P. sollten nicht umsonst für die Regierung hart erkämpfte Errungenschaften bleiben. Obwohl das Heer seine Legitimität verloren hatte, bestand noch immer die Möglichkeit eines neuen Umsturzes. Deswegen vermutete Alfonsín, dass eine jahrelange Untersuchung, um neue Täter unter den Militärs ausfindig zu machen, die Demokratie in Gefahr bringen könnte¹⁵⁵.

Alfonsíns Strategie war folglich das Erlassen eines Gesetzes am 29.12.1986, in dem stand, dass die Strafklage der geschehenen Taten getilgt werde, außer, wenn der Täter für säumig oder fahnenflüchtig erklärt werden würde, oder, wenn er in den kommenden sechzig Tagen vor Gericht geladen würde¹⁵⁶. Jedoch stand im Artikel fünf des Gesetzes 23.492 geschrieben, dass die Strafklagen gegen die Täter von „Personenstands Fälchung“ und „Entziehung Minderjähriger“ noch strafbar bleiben würden¹⁵⁷. Dies war das Gesetz 23.042, damit wollte die Regierung erzielen, dass das Militär nicht mehr unter Tatverdacht stand und damit den von ihm ausgehenden Druck mindern.

Jedoch beendete dieses Gesetz nicht die Verfolgung der Taten. Im

¹⁵⁵ Vgl. *Novaro*, Derechos humanos y política democrática, in: Memoria y Derecho Penal, 2007, S. 292.

¹⁵⁶ Dazu *Ambos*, De la estructura “jurídica” de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el Derecho penal, in: Jueces para la democracia, 1997, S. 92; *Americas Watch*, Truth and partial justice in Argentina, 1991, Ss. 47 ff. *Sancinetti*s Meinung nach war dieses Gesetz in der Tat eine verfassungswidrige Amnestie, denn eine Amnestie muss allgemein sein, und konnte keine Bedingung (Vorladung vor Gericht in den folgenden sechzig Tagen) festsetzen. *Sancinetti- Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, Ss. 332-333.

¹⁵⁷ Diese Delikte sind nach den Artikeln 138-139 argentinisches StGB Dauerdelikte, deswegen hegte der Staat Interesse für die Tat bis der wirkliche Personenstand entdeckt wurde. Die sog. Gesetze der Straflosigkeit hatten für diese Verbrechen keine Wirkung. *Sancinetti* meinte mit Recht, dass es unzulässig sei, dass, wenn eine schwangere Frau von der Polizei entführt, gefoltert und getötet würde, und nach der Geburt das Kind getötet würde, diese Tat durch das Befehlsnotstandsgesetz (Artikel 2) nicht strafbar wäre. Jedoch, wenn weder der Mutter noch dem Kind geschadet würde, und „nur“ der Personenstand des Kindes gefälscht würde, wäre diese Tat immer noch strafbar. *Sancinetti- Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, S. 15.

Gegenteil versuchten mehrere Gerichte, von denen bis dahin einige kompromisslos geblieben waren, die Täter vorzuladen. Etwa dreihundert Militärs wurden in den folgenden zwei Monaten vorgeladen¹⁵⁸. Deswegen sprach die Rechtslehre von einem „Bumerangeffekt“¹⁵⁹.

Diese Reaktivierung der Prozesse war für die Rechte unannehmbar. Für den 14.04.1987 erhielt Major Ernesto Barreiro eine Vorladung für das Gericht, welche er ignorierte. Oberstleutnant Luis Polo musste dafür bürgen, dass er erschien. Gleichzeitig beabsichtigte Oberstleutnant Aldo Rico mit ungefähr zweihundert Anhängern einen Aufstand auszuführen, nachdem sie sich in den „Militärschulen von Campo de Mayo“ versammelt hatten. Rico wollte eine Amnestie für die begangenen Verbrechen und die Ersetzung des Armeechefs. Alfonsín traf sich mit ihm am 20.04.1987 (Ostersonntag). Er meinte in einer öffentlichen Ansprache, dass die Demokratie in Gefahr sein könnte. Obwohl der Inhalt der Besprechung geheim blieb, erwähnte Alfonsín während einer weiteren öffentlichen Ansprache vom 20.04.1987, dass die Demokratie gerettet wurde¹⁶⁰. Ich werde jedoch zeigen, dass, obwohl die Demokratie nicht mehr in Gefahr war, Rico eher als Alfonsín einen Sieg davon trug.

Einige Tage später wurde der Armeechef durch Cáceres ersetzt, und am 06.06.1987 wurde das Befehlsnotstandsgesetz erlassen. Im diesem Gesetz stand folgende Vermutung *iuris et de jure* (kein Gegenbeweis erlaubt): dass alle die Militärs der Diktatur, die nicht Chef, Zonenchef, Subzonenchef, Chef des Sicherheitsdienstes, der Polizei oder einer Haftanstalt gewesen waren, unter den Umständen des Befehlsnotstandes gehandelt hatten, und von daher nicht schuldig seien. Dieses Gesetz wurde am 22.06.1987 vom argentinischen Obersten Gerichtshof bestätigt¹⁶¹.

¹⁵⁸ Vgl. *Novaro*, Derechos humanos y política democrática, in: Memoria y Derecho Penal, 2007, S. 293.

¹⁵⁹ Über eine tiefe Analyse der politischen und wirtschaftlichen Umstände des Schlusspunktgesetzes *Nino*, Juicio al mal absoluto, S. 149.

¹⁶⁰ Dazu *Straßner*, Die offenen Wunden Lateinamerikas, S. 94; *Nino*, Juicio al mal absoluto, S. 155.

¹⁶¹ Dazu *Ambos*, De la estructura “jurídica” de la represión y de la superación

Die schwierigen politischen Bedingungen plus der Misserfolg der wirtschaftlichen Planung führten dazu, dass Alfonsín sein Amt fünf Monate vor geplantem Datum niederlegen musste¹⁶². Der neu gewählte Präsident Menem erließ vier Gnadenakte, die die Straflosigkeit für mehrere Jahre sicherten. Durch den Gnadenakt 1002/89 vom 06.10.1989 wurde die Bestrafung von mehr als fünfzig hochrangigen Militärs nicht ausgeführt. Durch den Gnadenakt 2741/90 (29.12.1990) wurden die bestraften Mitglieder der Militärjuntas, sowie die noch prozessierten und noch nicht verurteilten Generäle Camps und Riccheri freigesprochen. Endlich wurden durch die Gnadenakte 2745/90 (29.12.1990) und 2746/90 (31.01.1991) jeweils der ehemalige Wirtschaftsminister Martínez de Hoz und der ehemalige General Suárez Mason freigesprochen¹⁶³.

Obwohl ich eine kritische Analyse dieser Gesetze und Gnadenakte im dritten Kapitel entwickeln werde, muss man jetzt sagen, dass die Ergebnisse des Zeitabschnittes (1983-1991) als nicht vielversprechend galten. Alfonsín versuchte zunächst eine vollständige Bestrafung zu schaffen. Doch das Ergebnis war erschreckend: mehr als 8.900 Mordopfer und nur fünf Bestrafungen. Zudem ist anzumerken, dass es zu diesem Zeitpunkt schwer war, Gerechtigkeit zu finden. Von daher wäre es nicht gerecht eine scharfe Kritik an Alfonsín zu äußern¹⁶⁴. Auf der anderen Seite ist die Haltung von Menem unzulässig: nach 1991 wurden keine Täter weder bestraft noch prozessiert¹⁶⁵.

del pasado en Argentina por el Derecho penal, in: Jueces para la democracia, 1997, S. 92. Trotzdem wurde dies von der Rechtslehre und der Rechtsprechung heftig kritisiert. Darauf werde ich, bei der Gelegenheit seiner Aufhebung, im dritten Kapitel zurückgreifen.

¹⁶² Vgl. *Lewis*, The history of Argentina, Ss. 162 ff.

¹⁶³ Dazu *McSherry*, Incomplete transition- Military power and democracy in Argentina, Ss. 234 ff.

¹⁶⁴ In dieser Richtung *Nino*, Juicio al mal absoluto, S. 163. Wohl anders *Sancinetti- Ferrante*, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, Ss. 340 ff.

¹⁶⁵ Vgl. *Ambos*, De la estructura “jurídica” de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el Derecho penal, in: Jueces para la democracia, 1997, Ss. 93-94.

Kapitel 3. Die aktuelle strafrechtliche Aufarbeitung der Diktatur nach den Jahren der Straflosigkeit

1. Einführung. Der historische Zeitraum. Die Jahre der Straflosigkeit und die Wichtigkeit der Prozesse der Wahrheit

Nach den Gesetzen der Straflosigkeit und den Gnadenakten in den Jahren 1989 und 1990 folgten Jahre, in denen die Verfolgung der geschehenen Verbrechen gegen die Menschlichkeit straflos blieb. Sowohl in den Jahren der Regierung Menems (1989-1999) als auch in den Jahren der nachkommenden Präsidenten De la Rúa, und Duhalde hatten diese Prozesse weder politischen noch juristischen Raum. Die dunklen Jahre der Diktatur erschienen vergessen¹⁶⁶.

Obwohl wegen der Anwendung der Normen der Straflosigkeit eine Bestrafung unmöglich war, erschienen die sog. Prozesse der Wahrheit, die als einzige Art intertemporaler Justiz anzusehen waren. Diese Prozesse funktionierten ähnlich wie die südafrikanischen Kommissionen der Wahrheit (*South African Truth and Reconciliation Commission*)¹⁶⁷, welche dem Zwecke dienten die Taten der Diktatur und ihre Täter ausfindig zu machen. Obwohl einige wichtige argentinische Verfasser¹⁶⁸ diese Prozesse kritisierten, ist ihre

¹⁶⁶ Kritisch dazu *Maier*, ZstW 1995, Ss. 155-156.

¹⁶⁷ Dazu *Eiroa*, Memoria y justicia en la experiencia de la comisión sudafricana para la verdad y la reconciliación, in: *Eiroa-Otero*, Memoria y Derecho Penal, Ss. 401-453.

¹⁶⁸ Vgl. *Pastor*, ¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?, in: Neopunitivismo y neoinquisición, (Hrsg. *Pastor-Guzmán*), Ss. 325 ff. insb. 388-392; *Cafferata Nores*, Cuestiones actuales sobre el proceso penal Ss. 48 ff.; *Guzmán*, La verdad en el proceso penal, Ss. 63 ff. Die Auffassung *Pastors* ist widersprüchlich. Auf Seite 387 stellt *Pastor* fest: „Trotzdem ist es möglich zu denken, dass diese Prozesse den verdeckten [...] Zweck hatten, die notwendigen Beweise für die zukünftige Bestrafung dieser Taten nach einer eventuellen Reaktivierung der Prozesse in der Zukunft, zu bekommen und zu speichern“. Auf Seite 421 behauptet der Verfasser jedoch das folgende; „Das ethische Prinzip der Staatshandlung verbietet, da der Staat nicht nutzen kann, was seine Grenzen überschreitet, solche Beweise zu

Wichtigkeit zu betonen, nicht nur, weil ihre Beweise bei nachträglichen Strafprozessen angewendet wurden, sondern auch, weil sie damals das einzige Beispiel intertemporaler Justiz waren¹⁶⁹.

Nach der Machtübernahme durch Kirchner (2003) wurden die völkerrechtlichen Prozesse reaktiviert. Ich werde mich anschließend mit den wichtigsten Problemen, die das Oberste Gerichtshof lösen musste, beschäftigen und zwar mit der Verjährung der Verbrechen, der Aufhebung der Gesetze der Straflosigkeit und den Gnadenakten.

2. Die Unverjährbarkeit der Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Der Fall „Arancibia Clavel“. Die Kritiken. Die Stellungnahme zum Thema

Im Fall Arancibia Clavel (Urteil vom 24.08.2004) musste das argentinische Oberste Gerichtshof im Jahr 2004 entscheiden, ob die Taten, die zwischen März 1974 und November 1978 begangen wurden, noch zu bestrafen oder schon verjährt waren. Obwohl die schon analysierten Gesetze der Straflosigkeit und die Gnadenakte noch nicht aufgehoben waren, fanden sie in diesem Fall keine Anwendung, da die Handlungen des Angeklagten mit der chilenischen Diktatur Pinochets und nicht mit der Argentinischen Diktatur zusammenhingen.

achten, die weder von diesen noch von Prozessen ohne spezifische Rechtsobjekte stammen, *die nicht existiert hätten, wenn man vorhergesehen hätte, dass die Grundsätze des Rückwirkungsverbotes und der lex mitior aufgehoben worden wären, um die Wirkung der Gesetze der Straflosigkeit zu hindern*“ [Die kursiven Buchstaben gehören mir]. Der Widerspruch liegt darin, dass er zunächst meint, diese Prozesse wären bezweckt, Beweise für nachträgliche Strafprozesse zu sammeln und danach seine Meinung ändert und behauptet, dass sie nie existiert hätten, wenn man gewusst hätte, dass nachträgliche strafende Prozesse folgen würden. Ich denke, dass während der Prozesse nicht voraussehbar war, dass weitere Strafprozesse folgen würden. Zu dieser Zeit wurden die Prozesse der Wahrheit als die letzte Möglichkeit angesehen, um die Interessen der Opfer zu respektieren. „Vollständige“, strafende Prozesse waren damals, meiner Meinung nach nicht vorhersehbar.

¹⁶⁹ Ähnlich *Portela*, La verdad procesal y los juicios por la verdad, in: Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina, Ss. 317 ff. insb. Ss. 339-340.

Die Diskussion des Obersten Gerichtshofs um die Verjährung in diesem Fall war bedeutend, denn wenn diese Taten unverjährbar wären, wären ebenso unverjährbar die Verbrechen der argentinischen Diktatur. Nach einer positiven Entscheidung im Sinne einer Unverjährbarkeit wäre die Möglichkeit einer gegenwärtigen Bestrafung der Verbrechen der argentinischen Diktatur näher gerückt.

a. Der Fall „Arancibia Clavel“. Die Taten und das Urteil des Bundesgerichtshofs. Die Kritiken der Rechtslehre. Die Stellungnahme zum Thema

aa) Die Taten

Enrique Lautaro Arancibia Clavel war von März 1974 bis November 1978 Mitglied einer kriminellen Vereinigung (D.I.N.A.- Dirección de Inteligencia Nacional) der chilenischen diktatorischen Regierung. Diese Vereinigung bestand aus mindestens zehn Mitgliedern (darunter Beamte der Streitkräfte), ihr Ziel bestand darin, die Gegner der chilenischen Regierung, die sich in Argentinien versteckten, aufzusuchen.

Das Gericht „Tribunal Oral Federal Nro. 6“ verurteilte ihn gem. Artikel 210 *bis* Abschnitte a), b), d), f), h) aufgrund seiner Mitgliedschaft in der kriminellen Vereinigung, die militärisch organisiert war und über Kriegswaffen und Sprengstoff verfügte. Zudem wurde er als Teilnehmer an dem Mord des Ehepaars Prats Cuthbert verurteilt. Dieses Delikt wurde auf Grund der Teilnahme von mindestens zwei Personen und der Anwendung von Sprengstoff verschärft.

Das Berufungsgericht „Cámara Nacional de Casación Penal“ erklärte seinerseits die Verjährung des Verbrechens „Teilnahme an einer kriminellen Vereinigung“, denn es selbst sei auf keinen Fall ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit, was die Verjährung hindern

könnte. Deswegen wurde gegen dieses Urteil vom Antragberechtigten und zugleich Verletzten (die Vertretung der chilenischen demokratischen Regierung) die Berufung eingelegt. Unter diesen Umständen musste das Oberste Gerichtshof den Fall entscheiden¹⁷⁰.

bb) Das Urteil des Obersten Gerichtshofs

Die drei bedeutenden Themen, die das Oberste Gerichtshof analysierte, waren die folgenden:

- a) Könnte die Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung (eine bloße Vorbereitungshandlung) ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit sein, wenn diese Organisation dem Zwecke diene, Menschenrechte schwer zu verletzen?
- b) Könnte man behaupten, dass dieses Verbrechen eins gegen die Menschlichkeit sei, obwohl es zur Zeit seines Begehens weder eine nationale, noch eine internationale Norm gab, in der dies festgelegt war, und würde damit das Prinzip *nulla poena sine lege* (Artikel 18 argentinischer Verfassung) verletzt werden?
- c) Wenn dieses Verbrechen eines gegen die Menschlichkeit war, war es dann nicht verjährt? Denn Argentinien unterschrieb das „Übereinkommen über die Unverjährbarkeit von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ von 1968 erst im Jahre 2003 und es wurde durch das Gesetz 25.778 für gleichrangig zur Verfassung erklärt¹⁷¹.

Für die Mehrheit der Richter (*Boggiano, Highton de Nolasco, Maqueda, Petracchi* und *Zaffaroni*) galten die Handlungen Arancibia

¹⁷⁰ Über alles *Basterra*, Una sentencia que dispara un arduo y dificultoso debate, in: La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional 13/10/2004, Ss. 69-70.

¹⁷¹ Dazu *Schapiro*, La supremacía del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina: un análisis del fallo de la Corte Suprema en el caso “Arancibia Clavel“, in: Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad, S. 28.

Clavels als ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit, da die Vereinigung, der er angehörte, Morde, Folter und Entführungen veranlasste, um die Gegner der Regierung Pinochets in Argentinien zu vernichten¹⁷². Wenn diese Taten Verbrechen gegen die Menschenrechte seien, könnte man nicht verneinen, dass die Bildung einer Organisation, die dem Zwecke diene, diese Verbrechen zu begehen, auch ein Delikt gegen die Menschlichkeit sei, denn das sei nur eine strafbare Vorbereitungshandlung der anderen¹⁷³.

Für diese Arbeit sind die zwei letzten Themen relevanter. Die Mehrheit behauptete, dass sich die Verjährung auf das Legalitätsprinzip bezog, folglich wäre es unmöglich, sie durch ein *ex post facto* Gesetz zum Nachteil des Angeklagten zu ändern. Das Legalitätsprinzip beinhaltet nicht nur die Strafe und die Elemente des Deliktes, sondern auch die Normen, die das Erlöschen von Strafansprüchen regeln. Eine Verjährungsfrist sei überhaupt gerechtfertigt, denn der Verbrecher ist nicht mehr die gleiche Person und die Gesellschaft hat ihr Interesse für den Konflikt verloren¹⁷⁴. Eine Ausnahme seien aber die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, für die das Interesse nie verloren geht, und deren Strafverfolgung die Völkerrechtsgemeinschaft erwartet¹⁷⁵. Andererseits gilt die Unverjährbarkeit für Delikte gegen die Menschlichkeit, denn normalerweise werden sie durch den Staat (die argentinische Polizei, die Gestapo, der K.G.B, u. a.) begangen. Es sei unvernünftig, einen Genozid durch eine in dieser Weise begrenzte Anwendung der Staatsgewalt zu legitimieren. Deswegen sei die Verjährung solcher Taten auszuschließen¹⁷⁶.

In Bezug auf das Übereinkommen über die Unverjährbarkeit von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit äußerte

¹⁷² 11. Urteilsbegründung (Mehrheit).

¹⁷³ 12., 14. und 18. Urteilsbegründung (Mehrheit). In der 13. Urteilsbegründung wurden mehrere internationale Konventionen wie das IStGH-Statut zitiert, in dessen Artikel 7.1 steht, dass die bloße Teilnahme an der Vereinigung schon als Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu erwägen sei.

¹⁷⁴ 20. Urteilsbegründung.

¹⁷⁵ 21. Urteilsbegründung (Mehrheit).

¹⁷⁶ 23. Urteilsbegründung (Mehrheit).

die Mehrheit, dass dieses Übereinkommen das Ergebnis eines langen Weges darstellte, da die Verjährung ein großes Hindernis für die Prozesse gegen die Verbrechen des Zweiten Weltkrieges war, deren Begehen schon fast zwanzig Jahre zurücklag¹⁷⁷. Dieses Übereinkommen bedeute nicht die Schaffung des Prinzips der Unverjährbarkeit der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, sondern die bloße Anerkennung eines Völkergewohnheitsrechts. Schon vor 2003 (Unterschrift Argentiniens der Konvention) wäre das Prinzip *ius cogens*, dessen erste Aufgabe es ist, die Straflosigkeit aus politischen Gründen zu hindern, folglich die Völkerrechtsgemeinschaft zu schützen¹⁷⁸. Da zur Zeit der Tat nach den gegebenen Argumenten die zu bestrafenden Handlungen schon unverjähbare Verbrechen waren, müsste der argentinische Staat die Forderungen nicht nur der lateinamerikanischen Völkerrechtsgemeinschaft (die durch den Fall „Barrios Altos“¹⁷⁹ vom Interamerikanischen Gerichtshof der Menschenrechte eindeutig festgelegt wurden), sondern auch der weltweiten erfüllen. Von daher sei das Urteil der zweiten Instanz wirkungslos¹⁸⁰.

Der gegen die Mehrheit stimmende Richter *Belluscio* behauptete, dass die Wirkung des Übereinkommens über die Unverjährbarkeit von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit *ex nunc* und nicht *ex tunc* sei, da sich eine solche Auslegung dem Verbot von *ex post facto* Gesetzen (Artikel 18 argentinischer Verfassung) entgegenstelle. Sobald Argentinien das Übereinkommen nach den bereits geschehenen Verbrechen unterschreiben würde, sei eine nachträgliche Anwendung des Übereinkommens nur abzulehnen¹⁸¹. Auf der anderen Seite sei in der argentinischen Verfassung kein echter Bezug auf das Völkerstrafrecht festgeschrieben sein, denn der Artikel 118 sei eine bloße Zuständigkeitsnorm. Von daher könne man nicht

¹⁷⁷ 27. Urteilsbegründung (Mehrheit).

¹⁷⁸ 29.-33. Urteilsbegründungen (Mehrheit).

¹⁷⁹ Dazu der Punkt 3.

¹⁸⁰ 34.-38. Urteilsbegründungen (Mehrheit).

¹⁸¹ 13.-14. Urteilsbegründungen (*Belluscio*).

auf „undefinierte Prinzipien“ zurückgreifen¹⁸². Das Legalitätsprinzip habe der Menschlichkeit Jahre von Blut und Leiden gekostet und es müsse nun erfüllt werden¹⁸³.

Der Richter *Fayt* seinerseits (ebenfalls in der Minderheit) äußerte, dass, obwohl im genannten Übereinkommen, dessen Rückwirkung festgeschrieben ist, wäre dies gemäß Artikel 18 der argentinischen Verfassung unvereinbar und folglich abzulehnen¹⁸⁴. Die Konventionen, die in Artikel 75 Abschnitt 22 der Verfassung eingefügt sind, wären eine bloße Ergänzung, die unter der Verfassung stehen, und sie nicht aufheben können¹⁸⁵.

cc) Die Kritiken der argentinischen Rechtslehre

Es ist unmöglich alle Bemerkungen zum Urteil zu erläutern, deswegen werde ich mich nur mit den wichtigsten beschäftigen. *Basterra* meinte, dass für die Unverjährbarkeit der Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Argentinien der genannte Artikel 118 (Ex 102) unentbehrlich sei. Der Artikel 118 bedeute mehr als eine

¹⁸² 13.-14. Urteilsbegründungen (*Belluscio*). Im Artikel 118 der argentinischen Verfassung wurde festgeschrieben, dass, wenn ein völkerstrafrechtliches Verbrechen (*contra el Derecho de Gentes*) außerhalb Argentiniens begangen würde, das Parlament durch ein Gesetz festlegen müsste, wo der Prozess stattfinden werde. Durch diese Regel, meinen mehrere Verfasser, dass das Völkerstrafrecht vom argentinischen Recht anerkannt wurde. Damit werde ich mich in meiner Stellungnahme beschäftigen.

¹⁸³ Dagegen meinte *Gil Domínguez*, das man das gleiche Argument verteidigen könne, wenn man über den Artikel 118 und die Verbrechen gegen die Menschenrechte spräche. Mehrere Jahrhunderte brauchte die Menschlichkeit, um eine konservative Auffassung der Hoheitsgewalt zu verlassen, folglich die völkerrechtlichen Verbrechen nicht straflos zu lassen. Die Grundrechte, für die die Menschlichkeit gekämpft hatte, dienen dem Zweck, den Schwachen vor dem Mächtigen zu schützen: das Opfer vor dem Verbrecher, den Verbrecher vor dem Staat. In diesem Fall stellt sich die Frage, wer ist der Schwache, die Opfer oder die Verbrecher, die zuvor regierten? *Gil Domínguez*, El caso “Arancibia Clavel”: Un fallo fundante en torno a la aplicabilidad, in: La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional 13/10/2004, S. 104.

¹⁸⁴ 15. Urteilsbegründung (*Fayt*).

¹⁸⁵ 20.-21 Urteilsbegründungen (*Fayt*). Die Stimme von Richter *Vázquez* ist nicht zu analysieren, da sie kein neues Argument festschreibt. Auch in dieser Richtung *García Belsunce*, Reflexiones jurídicas en torno a la doctrina de la Corte Suprema en el caso “Arancibia Clavel“, Ss. 90 ff.

Zuständigkeitsnorm, er bedeute die Anerkennung Argentiniens des Daseins des Völkerstrafrechts. Obwohl ab 2003 Argentinien mehr Gründe gegen die Verjährung der völkerrechtlichen Verbrechen vorzubringen hatte, hätte es schon früher genügend Argumente gehabt, um diese Delikte zu bestrafen¹⁸⁶.

Cianciardos Meinung nach, sei der Mangel an einer deutlichen Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien der Fehler des Urteils. Eine Regel müsse im Gesetz festgelegt werden, und die Erfüllung der Regel sollte grundsätzlich komplett stattfinden - man könne nicht eine Regel teilweise erfüllen. Auf der anderen Seite müsse ein Prinzip nicht gesetzlich festgelegt werden und könne auch nur zum Teil erfüllt werden und als bloße „Richtung“ gelten¹⁸⁷. Die Meinung der Richter, die die Regel der Unverjährbarkeit der völkerrechtlichen Verbrechen bereits während der Diktatur als rechtskräftig erklärten, sei falsch, denn solch eine Regel existierte nicht im positiven Recht¹⁸⁸. Jedoch sei die Verpflichtung des argentinischen Staates gegenüber der Völkerrechtlichen Gemeinschaft unumgänglich. Nach diesem Prinzip müssen die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die in Argentinien stattfanden, bestraft werden. Denn dieses Prinzip sei bedeutender als das Prinzip *nullum crimen sine lege*¹⁸⁹.

Carrió behauptet seinerseits, dass der Artikel 118 in diesem Falle bedeutungslos sei, denn er sei nicht mehr als eine Zuständigkeitsnorm. Obwohl er mit dem Ergebnis des Urteils zufrieden ist, meint er, dass die Begründung eine andere sein sollte. Seiner Meinung nach sei dafür *Fullers*¹⁹⁰ Lehre der „Gegenseitigkeit“ heranzuziehen. Nach dieser Lehre erwartet der Staat von den Bürgern, die Einhaltung der Regeln. Der Staat hingegen verspricht, genau nach

¹⁸⁶ *Basterra*, Una sentencia que dispara un arduo y dificultoso debate, in: La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional 13/10/2004, Ss. 75-77.

¹⁸⁷ Vgl. *Cianciardo*, La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y la aplicación retroactiva de la ley penal, in: La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional 13/10/2004, Ss. 81-84.

¹⁸⁸ Vgl. *Idem*, S. 85.

¹⁸⁹ Vgl. *Idem*, S. 87.

¹⁹⁰ *Fuller*, The morality of Law, 1934.

diesen Regeln zu richten¹⁹¹. Nach *Fullers* Lehre hätten die Militärs diese Regeln folglich nicht erfüllt, weswegen sie das Festhalten an diesen auch nicht vom Staat verlangen könnten. Eine Selbstbeschränkung der Staatsgewalt sei von daher unvernünftig. Für die zukünftigen Staatsterroristen sei es wichtig zu wissen, dass die Bestrafung ihrer Taten keine zeitliche Beschränkung haben werde¹⁹².

dd) Stellungnahme zum Thema

Der Artikel 118 („...wenn ein völkerstrafrechtliches Verbrechen außerhalb Argentiniens begangen würde, müsste das Parlament durch ein Gesetz festlegen, wo der Prozess stattfinden wird...“), der bereits 1853 in der ersten Verfassung festgeschrieben wurde, ist mehr als eine Zuständigkeitsnorm. Dies bedeutet die Anerkennung des Völkerstrafrechts durch den argentinischen Staat. Mehr noch, aufgrund dieses Artikels sind nirgendwo auf der Welt Verbrechen gegen die Menschenrechte ungestraft zu lassen. Der Argentinische Staat verpflichtet sich damit, das Abhalten der Prozesse auf seinem Gebiet anzubieten.

Zunächst möchte ich betonen, dass sich das (von Argentinien verfassungsmäßig anerkannte) Völkerstrafrecht unter unruhigen Umständen entwickelte. Im Gegensatz zum Strafrecht, das individuelle oder kollektive Konflikte zu lösen versucht, stellt das Völkerstrafrecht ein ganzes politisches System vor Gericht – dies

¹⁹¹ Vgl. *Idem*, S. 64.

¹⁹² Vgl. *Carrió*, Principio de legalidad y crímenes aberrantes: una justificación alternativa a su imprescriptibilidad, in: *La Ley* Band 2004-E, Ss. 25-26, 28. Dazu auch *Gil Domínguez*, El caso “Arancibia Clavel”: Un fallo fundante en torno a la aplicabilidad, in: *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional 13/10/2004, S. 101. Dagegen meinte zuerst *Schapiro*, dass *Carrió* auf die Lehre der „Gegenseitigkeit“ zurückgreift, weil er meine, dass die Lösung des Urteils keine gesetzliche Stütze habe. Jedoch habe seine Theorie sie auch nicht, da sie eine bloße philosophische Konstruktion sei. Zweitens könne, nach seiner Theorie, kein „rechtsuntreuer“ Bürger den Anspruch auf das Legalitätsprinzip haben. Vgl. *Schapiro*, La supremacía del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina: un análisis del fallo de la Corte Suprema en el caso “Arancibia Clavel“, in: *Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, S. 61.

könnte das neue politische System bzw. die Demokratie gefährden. Der Sieg des Strafrechts gegen den Einzelnen ist offenbar, von daher muss die Macht des Strafrechts eingegrenzt werden. Der Sieg des Völkerstrafrechts ist weniger fraglos, da es nicht gegen einen Einzelnen ankämpft. Der Rechtsstaat begrenzt seine Macht durch Prinzipien wie das *nullum crimen sine lege* damit sich der Schwache vor ihm schützen kann. Das Völkerstrafrecht stellt eine Ausnahme dar: der Angeklagte war zur Zeit seiner begangenen Verbrechen oder auch noch später ebenso mächtig wie der Staat selbst, deswegen benötigt das Völkerstrafrecht mehr Mittel als das Strafrecht. Folglich steht im Völkerstrafrecht neben dem Legalitätsprinzip auch das Völkergewohnheitsrecht oder die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die im Gegenteil zum Strafrecht¹⁹³ die Strafe begründen können¹⁹⁴. Angenommen, das Völkergewohnheitsrecht gilt, wird solch eine Berufung auf das Verbot des *ex post facto* Gesetzes sinnlos. In dieser Richtung ist *Ambos'* Auffassung interessant:

„Begeht der Täter eine *universell anerkannte* Straftat, etwa ein Totschlagdelikt, so mag das anwendbare Strafrecht fraglich sein, die *Strafbarkeit als solche* ist es nicht. Es wäre dann wenig überzeugend, den staatlichen Strafanspruch nur deshalb zurücktreten zu lassen, weil das anwendbare Strafrecht nicht ausreichend bestimmt war. Es geht hier ja nicht um nachträgliche Begründung der *Strafbarkeit*, sondern um **nachträgliche Erweiterung der territorialen Reichweite der Strafgewalt** im Hinblick auf zum Tatzeitpunkt schon strafbare Verhaltensweisen“¹⁹⁵.

¹⁹³ U.a. *Roxin*, Strafrecht AT, Ss. 140-142.

¹⁹⁴ Dazu *Ambos*, Internationales Strafrecht, Ss. 84-86. Auch Eichhofer, Kapitel 1: Die Rechtsquellen des Völkerstrafrechts, in: (Hrsg. *Kühne- Esser-Gerding*), Völkerstrafrecht, 2007, Ss. 4- 11.

¹⁹⁵ *Idem*, S. 5 [Die fetten und kursiven Buchstaben gehören dem Verfasser].

Gemäß dem Völkergewohnheitsrecht wird das Problem des Rückwirkungsverbotes bzw. der Verjährung gelöst. Im folgenden Abschnitt werde ich näher auf ein weitere Problematik eingehen. Nach dem peruanischen Fall „Barrios Altos“ (Interamerikanische Kommission der Menschenrechte) ist Argentinien zur Bestrafung der völkerrechtlichen Verbrechen verpflichtet.

Aus diesen Gründen muss Argentinien das Urteil, nicht nur Verfassungsmäßige sondern auch die übernommenen internationalen Verpflichtungen beachten.

3. Die Aufhebung der sog. Gesetze der Strafflosigkeit. Der Fall „Simón“: Die Taten und das Urteil des Obersten Gerichtshofs

Im Fall „Simón“ (2005) wurden vom Obersten Gerichtshof mehrere Themen analysiert: das Prinzip *nullum crimen sine lege*, die Verjährung, die völkerrechtlichen, von Argentinien unterschriebenen Verträge, die Wichtigkeit der Interamerikanischen Kommission der Menschenrechte vor allem nach dem Fall „Barrios Altos“ und das Gesetz 25.779. Abgesehen von der Stellungnahme der Richterin *Argibay* zur Verjährung, werde ich mich mit den beiden zuerst genannten Themen nicht weiter auseinandersetzen.

Vor der Darstellung des Urteils ist es wichtig zu wissen, wie dieser Fall zum Bundesgerichtshof kam.

a. Die Taten

Die Vereinigung „Großmutter des Maiplatzes“ (*Asociación Abuelas de Plaza de Mayo*) erstattete im Jahr 2000 Anzeige gegen das Ehepaar C. Landa und M. Moreira (*Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Nro. 4*) wegen Personenfälschung (gem. Artikel 138 argentinischer StGB) des Kindes Claudia Victoria Poblete. Diese Angelegenheit wurde dem Richter Gabriel *Cavallo* vorgetragen.

Dieser befand das Ehepaar für schuldig und stellte auch den Haftbefehl gegen A. Del Cerro und J. Simón wegen der Teilnahme an der Entführung und dem Versteckthalten des Kindes Poblete.

Zudem bat während des Falles das C.E.L.S. (Zentrum für gesetzlichen und sozialen Forschungen), um die Überprüfung von all den Personen, die durch die Gesetze 23.492 und 23.521 (Gesetze der Strafflosigkeit) geschützt waren und mit diesen Taten in Beziehung standen. Folglich verlange dieser Umstand die Aufhebung dieser Gesetze, was der Richter zugestand. Die Berufungsinstanz (*Camara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II*) bestätigte das Urteil und folglich die Aufhebung der Gesetze der Strafflosigkeit. Die Angeklagten legten Berufung beim Obersten Gerichtshof ein¹⁹⁶.

b. Das Urteil des Obersten Gerichtshofs

Zunächst ist die Meinung neuen Richterin *Argibay* zu erklären, denn ihre Auffassung war neuartig und sie war zurzeit der Entscheidung des Falls „Arancibia Clavel“ noch nicht am Obersten Gerichtshof tätig. Ohne sich auf das Völkerstrafrecht zu berufen, meinte sie, dass die Verjährung nicht das Legalitätsprinzip beinhalte. Folglich sei seine Veränderung kein Wechsel vom gesetzlichen Rahmen zurzeit der Straftat. Man bestrafe keine Handlungen, die vorher gesetzmäßig waren, und auch nichtgesetzmäßige Taten sollten schwerer bestraft werden. Es gäbe auch keine Vereitelung des Normvertrauens, denn die Verjährung sei keine Erwartung, womit der Täter zurzeit der Tat rechne, und noch weniger als verfassungsmäßiger Anspruch. Es sei widersinnig, dass der Täter zur Tatzeit die verfassungsmäßige Erwartung des nachträglichen Interessenverlusts an der Strafe erlange¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Über alles *Folgueiro*, Inconstitucionalidad de la Leyes de Punto final y Obediencia debida. Notas al fallo "Simón" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in: Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad, Ss. 67-70.

¹⁹⁷ Über alles *Idem*, Ss. 89-90. In anderer Richtung meinte *Kindhäuser* dass,

Abgesehen von diesem Thema, das bereits abgehandelt wurde, werde ich mich anschließend mit der Aufhebung der Gesetze der Strafflosigkeit beschäftigen. In Bezug auf dieses Thema wurden erstens die völkerrechtlichen Verträge¹⁹⁸, die Argentinien unterschrieb und die die Strafflosigkeit der Verbrechen gegen die Menschenrechte verhindern, und zweitens deren Bezug zur Verfassung analysiert. In dieser Richtung ist die Diskussion zwischen dem Richter *Boggiano* (in der Mehrheit) und dem Richter *Fayt* (in der Minderheit) hervorzuheben. *Boggiano* (und ähnlich *Petracchi*) meinte, dass nach der Verfassungsänderung 1994, diese Verträge ein Teil der Verfassung selbst seien. Die Verfassung wähle das „Referenzsystem“ aus, wonach die internationalen Verträge gemäß einer völkerrechtlichen Auslegung anzuwenden seien. Auch habe das argentinische Parlament keine internationale Zuständigkeit, deswegen müsse es die völkerrechtlichen „Gesetze“ erfüllen, und könne kein völkerrechtliches Verbrechen amnestieren (die Gesetze der Strafflosigkeit). Auf der anderen Seite behauptete *Fayt*, dass nach der Verfassungsänderung diese Verträge nicht ein Teil der Verfassung seien, sondern dieser untergeordnet seien. Sie seien eine bloße Ergänzung der Verfassung¹⁹⁹.

Die Auffassung *Fayts* ist meiner Meinung nach abzulehnen, denn der Gesetzgeber selbst schrieb im Artikel 75 Abschnitt 22 fest, dass diese völkerrechtlichen Verträge der Verfassung gleichgesetzt seien.

obwohl eine rückwirkende Verlängerung laufender Verjährungsfristen durch den Gesetzgeber (bzw. die Unterschreibung des „Übereinkommens über die Unverjährbarkeit von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ 2003) mit dem Art. 103 II GG (Artikel 18 argentinischer Verfassung) vereinbar sei, sei es aber nicht die Neueröffnung bereits abgelaufener Verjährungsfristen (wie in diesem Fall). *Kindhäuser* Strafgesetzbuch, S. 470. *Jakobs* behaupte seinerseits, dass das Legalitätsprinzip die Verjährung umfasse, sei die Frist vor dem Verlängerungsakt abgelaufen oder nicht. *Jakobs*, Strafrecht AT, Ss. 67-68. Auch dazu BVerGE 25, 287; *Jescheck- Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, § 86 I 1.

¹⁹⁸ Diese völkerrechtlichen Verträge wurden nach der Verfassungsänderung 1994 im Artikel 75 Abschnitt 22 festgeschrieben.

¹⁹⁹ Dazu *Folgueiro*, Inconstitucionalidad de la Leyes de Punto final y Obediencia debida. Notas al fallo ”Simón” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in: Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad, Ss. 93-95.

Obwohl vor der Verfassungsänderung die Stellung der völkerrechtlichen Verträge in Bezug auf die Verfassung zweifelhaft war, sind sie nach 1994 selbst als ein Teil der Verfassung zu erwägen²⁰⁰.

Ein weiterer Gegenstand des Urteils war die Auslegung der Gesetze 23.492 und 23.521 nach dem peruanischen Fall „Barrios Altos“ der C.I.D.H.²⁰¹. In diesem Fall vom 14.3.2001 entschied der amerikanische Gerichtshof gegen die peruanische Republik folgendes: die Amnestiegesetze, die Verjährungsgesetze und die gesetzlichen Entschuldigungsgründe, die die Untersuchung und die Bestrafung der Verantwortlichen menschenrechtlicher Verbrechen in Lateinamerika unterbinden, widersprechen den Artikeln 1.1, 2, 8 und 25 der Konvention, und sind folglich für die lateinamerikanischen Gerichte unanwendbar²⁰².

Deswegen schrieb die Mehrheit der Richter mit Recht fest, dass die sog. Gesetze der Straflosigkeit aufzuheben seien, denn der argentinische Staat sei gegenüber der internationalen und vor allem gegenüber der lateinamerikanischen Gemeinschaft verpflichtet, die Verbrechen gegen die Menschenrechte zu bestrafen. Folglich seien die Amnestien bei völkerrechtlichen Delikten ungültig. Dagegen behauptete der Richter *Fayt*, dass das Urteil des Falles „Barrios Altos“ keine Anwendung im argentinischen Fall „Simon“ finden sollte. Denn

²⁰⁰ In dieser Richtung behauptet der Verfassungsrechtler *Bidart Campos*, dass die völkerrechtlichen Verträge des Artikels 7 Abschnitt 22 *in fine* „neben der Verfassung“ und „auf ihren gleichen Niveau“ seien, und sie mit der Verfassung den sog. „verfassungsmäßige Block“ bauen. *Bidart Campos*, *Manual de la Constitución reformada*, Band I, Ss. 370 ff.

²⁰¹ Die C.I.D.H. (Corte Interamericana de Derechos Humanos- Interamerikanischer Gerichtshof der Menschenrechte) hat ihren Sitz in San José de Costa Rica und ist, eine von der O.E.A. (Organización de Estados Americanos- Organisation der amerikanischen Staaten) abhängige gerichtliche Institution, deren Aufgabe darin besteht, die Anwendung der Convención Americana de Derechos Humanos (Amerikanische Konvention der Menschenrechte) und anderer internationaler Verträge in Lateinamerika zu überwachen. Argentinien ist seit dem 5.9.1984 Mitglied der Konvention (mit Anerkennung der Zuständigkeit des interamerikanischen Gerichtshofs). Die Webseite des interamerikanischen Gerichtshofs ist <http://www.corteidh.or.cr/>.

²⁰² Dazu *Gallego*, *La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ss. 56-57.

im Gegenteil zum argentinischen Fall waren bei „Barrios Altos“ alle Handlungen straflos²⁰³, die Gesetze verhinderten die Ermittlung der Wahrheit²⁰⁴ und die Opfer waren völlig ungeschützt²⁰⁵. Diese Unterscheidungen waren für den Richter *Petracchi* belanglos, denn sowohl die peruanischen Gesetze, als auch die argentinischen dienten dem Zweck, die Prozesse aufzuhalten, um die Straflosigkeit zu garantieren²⁰⁶.

Zudem ist hervorzuheben, dass sich nur *Zaffaroni* (abgesehen von der kritische Auffassung *Fayts*) mit der Aufhebung der Gesetze 23.492 und 23.521 durch das Gesetz 25.779 beschäftigte. Solch eine wichtige Entscheidung des argentinischen Parlaments, verdiene mehr Anerkennung durch das Oberste Gerichtshof.

4. Die Rechtswidriegerklärung der Gnadenakte durch das argentinische Oberste Gericht

Ähnliche Argumente wie die für die Aufhebung der Gesetze der Straflosigkeit wurden angewendet bei der Rechtswidriegerklärung der von Menem erlassenen Gnadenakte. Dazu der Fall „Riveros“ („Mazzeo“) und sein Urteil vom Obersten Gerichtshof vom 13.7.2007²⁰⁷.

²⁰³ 81. Urteilsbegründung (*Fayt*).

²⁰⁴ 82. Urteilsbegründung (*Fayt*).

²⁰⁵ 83. Urteilsbegründung (*Fayt*).

²⁰⁶ 24. Urteilsbegründung (*Petracchi*). Dazu *Gallego*, La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, S. 99.

²⁰⁷ Vgl. *Malarino*, Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional, in: Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional, (Hrsg. *Ambos-Malarino, Elsner*), 2008, Ss. 425 ff.; *Parenti*, Argentina, in: *Idem*, Ss. 56-57; *Gallego*, La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ss. 121 ff.; *Pellegrini-Rodríguez*, Límites a la facultad presidencial de indultar, in: Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad, Ss.121 ff.. Kritisch dazu *Guzmán*, El neopunitivismo en la jurisprudencia de la Corte suprema de justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos humanos: Un pronóstico incierto para el *ne bis in idem* y la cosa juzgada, in: Neopunitivismo y neoinquisición, *Pastor- Guzmán* (Hrsg.), Ss.206-210, 216-221, 248-251.

5. Fazit: Die langsamen aber doch mahenden Mühlen der Gerechtigkeit

Wie ich im letzten Punkt des zweiten Kapitels vorwegnahm, ist der Prozess gegen die Militärjuntas zu betonen, denn, obwohl, dogmatisch gesehen, nicht ideal war, musste die Judikative in kürzester Zeit eine verfassungsmäßige Lösung finden. Damals waren die politischen Umstände schwierig und die Gefahr einer neuen Diktatur war immer noch präsent. Ähnliches geschah, wie ich bereits aufgezeigt habe in Deutschland nach 1945 bzw. 1990, da gestaltete es sich mühsam, etwas Gerechtigkeit zu finden²⁰⁸. Deswegen ist meiner Meinung nach, wie ich schon im Punkt 5 des zweiten Kapitels behauptete, eine scharfe Kritik an diesem Prozess abzulehnen²⁰⁹.

Ich bin mit *Ambos*²¹⁰ einverstanden, denn immer im Recht aber insbesondere im Völkerstrafrecht, ist die Beziehung zwischen Gerechtigkeit und Frieden zu beachten. 1984 konnte die argentinische Demokratie der Bestrafung der Täter der Diktatur nicht standhalten. Daher wurden die Gesetze der Straflosigkeit erlassen²¹¹. Seit Jahren jedoch ist die argentinische Demokratie stabil und es besteht keine konkrete Gefahr einer neuen Diktatur. Deswegen besteht nach der Aufhebung der Gesetze der Straflosigkeit und der Gnadenakte die Möglichkeit, die verspätete Gerechtigkeit zu erwirken. Dazu muss das Völkerstrafrecht und seine Prinzipien, sowie das Strafrecht als Nebengebiet beachtet werden.

In diese Richtung bewegt sich aktuell die argentinische Justiz. Ich denke, dass dies der richtige Weg ist, und, wie in der Einleitung festgestellt: „die Mühlen der Gerechtigkeit mahlen langsam, mahlen aber doch“.

²⁰⁸ Vgl. *Muñoz Conde*, "Relación de síntesis", in: La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado – Seminar Humboldt-Kolleg an der Universität Pablo de Olavide 7-9.02.08", verfügbar im Internet: www.cienciaspenales.net, Zutritt am 11.12.09, Ss. 4-5.

²⁰⁹ In dieser Richtung *Nino*, Juicio al mal absoluto, S. 163.

²¹⁰ Vgl. *Ambos*, El marco jurídico de la justicia de transición, in: Justicia de transición, (Hrsg. *Ambos, Malarino, Elsner*), 2009, Ss. 28-30.

²¹¹ Vgl. *Nino*, Juicio al mal absoluto, Ss. 155 ff.

Literaturverzeichnis

- 1) *Alexy*, Robert, Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Hamburg, 1993.
- 2) *Ambos*, Kai, De la estructura "jurídica" de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el Derecho penal, in: *Jueces para la democracia. Información y debate* N. 30, 1997, Ss. 90-96.
- 3) -, El marco jurídico de la justicia de transición, in: *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, (Hrsg. *Ambos, Malarino, Elsner*), Montevideo, 2009.
- 4) -, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkerrecht. Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. München, 2008.
- 5) -, Sobre los fines de la pena a nivel nacional y supranacional, in: *Revista de derecho penal y criminología*, 2. Z. N. 12, 2003, Ss. 191-211.
- 6) - / *Grammer*, Christoph, Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann, in: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal* N. 16, 2003, Ss. 163-196.
- 7) *Americas Watch*, *Truth and partial justice in Argentina: An update*, New York, 1991.
- 8) *Arendt*, Hanna, *The human condition*, 2. Aufl. Chicago, 1958.
- 9) -, *Eichmann in Jerusalem: A report on the Banality of Evil*, New York, 1964.
- 10) *Basterra*, Marcela, Una sentencia que dispara un arduo y dificultoso debate, in: *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional* 13/10/2004, Ss. 68-78.
- 11) *Benz*, Wolfgang, *Deutschland seit 1945. Entwicklungen in der Bundesrepublik und in der DDR*, München, 1990.
- 12) *Bethell*, Leslie, *Argentina since independence*, Cambridge, 1993.
- 13) *Bidart Campos*, Germán, *Manual de la constitución reformada*,

Band 1, Buenos Aires, 1993.

14) *Cafferata Nores*, José, Cuestiones actuales sobre el proceso penal, 2. Aufl., Buenos Aires, 1998.

15) *Carrió*, Alejandro, Principio de legalidad y crímenes aberrantes: una justificación alternativa a su imprescriptibilidad, in: *La Ley Band 2004-E*, Ss. 122- 129.

16) *Castex*, Francisco, Arancibia Clavel una elocuente muestra del neopunitivismo local, in: *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, (Hrsg. *Pastor- Guzman*), Buenos Aires, 2008, Ss. 91-136.

17) *Cianciardo*, Juan, La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y la aplicación retroactiva de la ley penal, in: *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional 13/10/2004*, Ss. 79-88.

18) *Citron*, Rodger, Die Nürnberger Prozesse und die amerikanische Rechtswissenschaft: Der Niedergang des Rechtsrealismus und die Wiedererstehung des Naturrechts, in: *Die Nürnberger Prozesse, Völkerstrafrecht seit 1945*, (Hrsg. *Reginbogin- Safferling*), München, 2006, Ss. 139 ff.

19) *C.O.N.A.D.E.P.*, Nunca más, 8. Aufl. Buenos Aires, 2006.

20) *Donna*, Edgardo, Teoría del delito y de la pena, Band I, 2. Aufl. 2006.

21) *Dreier*, Ralf, Juristische Vergangenheitsbewältigung, Baden-Baden, 1995.

22) *Eichhofer*, André, Kapitel 1: Die Rechtsquellen des Völkerstrafrechts, in: *Völkerstrafrecht*, (Hrsg. *Kühne/Esser/Gerding*), Osnerbrück, 2007, Ss. 1- 22.

23) *Eiroa*, Pablo, Memoria y justicia en la experiencia de la comisión sudafricana para la verdad y la reconciliación, in: *Memoria y Derecho Penal*, (Hrsg. *Eiroa- Otero*), Buenos Aires, 2007, Ss. 401- 451.

24) *Feinmann*, José, La sangre derramada, Buenos Aires, 1998.

25) *Ferrajoli*, Luigi, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, 8. Aufl., Roma/ Bari, 2008.

26) *Folgueiro*, Hernán, Inconstitucionalidad de la Leyes de Punto

final y Obediencia debida. Notas al fallo "Simón" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in: Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad, Ss. 23-66.

27) *Fraenkel*, Ernst, Der Doppelstaat, Frankfurt a. M., 1974.

28) *Friedrich*, Jörg, Die kalte Amnestie. NS-Täter in der Bundesrepublik, Frankfurt a.M., 2007.

29) *Fülberth*, Georg, Einis Germaniae- Deutsche Geschichte seit 1945, Köln, 2007.

30) *Fuller*, Lon, The morality of Law, New Haven/ London, 1964.

31) *Gallego*, Juan, La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Buenos Aires, 2007.

32) *García Belsunce*, Horacio, Reflexiones jurídicas en torno a la doctrina de la Corte Suprema en el caso "Arancibia Clavel", in La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional 13/10/2004, Ss. 89- 98.

33) *Gil Domínguez*, Andrés, El caso "Arancibia Clavel": Un fallo fundante en torno a la aplicabilidad, in: La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional 13/10/2004, Ss. 99- 105.

34) *Guzmán*, Nicolás, El neopunitivismo en la jurisprudencia de la Corte suprema de justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos humanos: Un pronóstico incierto para el *ne bis in idem* y la cosa juzgada, in: Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado, (Hrsg. *Pastor- Guzmán*), Ss. 203-254.

35) -, La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica, Buenos Aires, 2006.

36) *Heine*, Günter, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken, Baden-Baden, 1995.

37) *Heinrich*, Manfred, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, München, 2002.

38) *Herzberg*, Rolf, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: (Hrsg. Amelung), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen

Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim, 2000, Ss. 33- 54.

39) *Jakobs*, Günther Mittelbare Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates, in: NStZ 1995. Ss. 26-27.

40) -, Strafrecht AT, 2. Aufl., Bonn, 1991.

41) -, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, in: Vergangenheitsbewältigung durch Recht (Hrsg. *Isensee*), Berlin, 1992, Ss. 37- 64.

42) *Jescheck*, Hans- Heinrich, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn/Röhrscheid, 1952.

43) -/*Weigend*, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin, 1996.

44) *Kindhäuser*, Urs, Strafgesetzbuch. Lehr und Praxiskommentar, 5. Aufl., Baden- Baden, 2010.

45) *Lewis*, Daniel, The history of Argentina, New York, 2001.

46) *Lüderssen*, Zu den Folgen des „Beitritts“ für die Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland, in: StV 1991, 482- 487.

47) *Lisiki*, Fernando, ¿Legitimidad del poder penal internacional? (Una discusión de algunas ideas desarrolladas por el profesor Daniel R. Pastor), in: Neopunitivismo y neoinquisición Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado, (Hrsg. *Pastor- Guzman*), Buenos Aires, 2008, Ss. 281- 308.

48) *Maier*, Julio, Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht in Argentinien, ZstW 1995, Ss. 143- 156.

49) *Malarino*, Ezequiel, Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas. Una crítica a la utilización excesiva del derecho penal, en procesos de transición, no peace without justice, o bien no peace with justice, in: ZIS, 2009, Ss. 368- 365.

50) *McSherry*, Patrice, Incomplete transition. Military power and democracy in Argentina, Buenos Aires, 1992.

51) *Muñoz Conde*, Francisco, Relación de síntesis, in: La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la

elaboración jurídica del pasado – Humboldt-Kolleg an der Universität
Pablo de Olavide am 7-9.02.08, verfügbar im Internet:
www.cienciaspenales.net, Zutritt 11.12.09, Ss. 1- 17.

52) -/ *García Arán*, Mercedes, Derecho Penal. Parte general, 7. Aufl.
Valencia, 2007.

53) *Neumann*, Franz, Behemoth. Struktur und praxis des
Nazionalsocialismus 1933- 1944, Köln 1977.

54) -, Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt a. M., 1971.

55) *Neumann*, Ulfrid, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und
Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche
Bewältigung politischer Systemwechsel, in: Festschrift für *Klaus
Lüderssen* (Hrsg. *Prittwitz et. al.*), Baden- Baden, 2002, Ss. 109- 126.

56) *Nino*, Carlos, Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la
historia del juicio a las juntas del Proceso, Buenos Aires, 1997.

57) -, Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas de facto,
in: La Ley 1983-D, Ss. 935- 946.

58) *Novaro*, Marcos, Derechos humanos y política democrática. Las
tareas de la historia y la justicia entre populismo y liberalismo, in:
Memoria y Derecho Penal, Buenos Aires, 2008, Ss. 269-324.

59) *Otto*, Harro, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7.
Aufl., Berlin, 2004.

60) *Parenti*, Pablo, Argentina, in: Jurisprudencia latinoamericana
sobre derecho penal internacional (Hrsg. Ambos, Malarino, Elsner),
Montevideo, 2008, Ss. 21- 66.

61) *Pastor*, Daniel ¿Procesos penales sólo para conocer la verdad? La
experiencia argentina, in: Neopunitivismo y neoinquisición. Un
análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos
fundamentales del imputado, (Hrsg. *Pastor- Guzman*), Buenos Aires,
2008

62) *Pawlik*, Michael, Strafrecht und Staatsunrecht. Zur Strafbarkeit
der „Mauerschützen“, in: GA 1994, Ss. 472- 483.

63) *Pellegrini*, Lisandro- *Rodríguez*, Agustina, Límites a la facultad
presidencial de indultar. Un análisis en torno a la validez de los
derechos de indulto que impidieron la investigación y el castigo de los

ilícitos cometidos por la última dictadura militar argentina, in: *Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, Ss. 121- 164.

64) *Pérez Miranda*, Rafael, *Golpes de Estado y derechos humanos en Argentina. Marco conceptual, histórico- político del enjuiciamiento de las juntas militares que gobernaron de 1976 a 1983*, in: *Congreso Internacional sobre la paz*, Band II, 1987, Ss. 785- 808.

65) *Portela*, Mario, *La verdad procesal y “los juicios por la verdad”*, in: *Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina*, Ss. 317- 340.

65) *Pustejovsky*, Otfrid, *Die Konferenz von Potsdam. Und das Massaker von Aussig am 31. Juli 1945*, München, 2001.

66) *Gustav Radbruch* „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, in: *SJZ* 1946, Ss. 105- 108.

67) *Reichel*, Peter, *Vergangenheitsbewältigung in Deutschland. Die Auseinandersetzung mit der NS-Diktatur von 1945 bis heute*, München, 2001.

68) *Reicher*, *Der Juristenprozess und die Lehren für den Rechtsstaats*, in: *Die Nürnberger Prozesse, Völkerstrafrecht seit 1945. Internationale Konferenz zum 60. Jahrestag* (Hrsg. *Reginbogin-Safferling*), München, 2006, Ss. 175- 181.

69) *Roxin*, Claus, *Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft*, in: *ZStrR* 125 2007, Ss. 1- 25.

70) -, *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, in: (Hrsg. *Hoyer u.a.*) *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, Ss. 387 ff.

71) -, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Band I, 4. Aufl., München, 2006.

72) -, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, in: *GA* 1963, Ss. 193 ff.

73) -, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl., Berlin, 2006.

74) -, „Wir wollten ein neues Strafrecht schaffen“, in: *An den Grenzen des Rechts. Gespräche mit Juristen über die Verfolgung von NS-Verbrechen*, (Hrsg. *Horstmann-Litzinger*), Frankfurt a. M. 2006, Ss.

203- 216.

75) *Sancinetti*, Marcelo, *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires, 1988.

76) -/ *Ferrante*, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*. Argentina, Buenos Aires, 1998.

77) *Schapiro*, Hernán, *La recepción judicial de la tesis de la autoría mediata por el dominio de aparatos organizados de poder*, in: *Aportes jurídicos para el análisis y juzgamiento del genocidio en Argentina*, Buenos Aires, 2007, Ss. 197- 226.

78) -, *La supremacía del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina: un análisis del fallo de la Corte Suprema en el caso "Arancibia Clavel"*, in: *Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, Buenos Aires, 2006. Ss. 23- 66.

79) *Schroeder*, Friedrich-Christian, *Der Bundesgerichtshof und der Grundsatz „nulla poena sine lege“*, in: *NJW* 1999, Ss. 89 ff.

80) -, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht. Eine systematische Darstellung, entwickelt aus Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, München, 1970.

81) -, *Geschichtsbewältigung durch Strafrecht?*, in: *Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik*, (Hrsg. *Hoyer*), Heidelberg, 2001, Ss. 62-84.

82) -, *Möglichkeiten und Formen der Bewältigung staatskrimineller Vergangenheit*, in: *Vergangenheitsbewältigung im Osten. Russland, Polen, Rumänien* (Hrsg. *Rill*), München, 2008, Ss. 9- 16-

83) -, *Tatbereitschaft gegen Fungibilität*, in: *ZIS* 11/2009, Ss. 569-571.

84) -, *Zur Strafbarkeit von Tötungen in staatlichem Auftrag*, in: *JZ* 1992, Ss. 990- 993.

85) *Schünemann*, Bernd, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.

- 86) *Silva Sanchez*, Jesús, Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas, in Cuadernos de derecho judicial, N. 2 1997, Ss. 9-58.
- 87) *Straßner*, Veit, Die offenen Wunden Lateinamerikas. Vergangenheitspolitik im postautoritären Argentinien, Uruguay und Chile, Wiesbaden, 2007.
- 88) *Verbitzky*, Horacio, El silencio. De Paulo XVI a Bergoglio las relaciones secretas de la Iglesia con la ESMA, Buenos Aires, 2005.
- 89) *Vest*, Hans, Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit, Baden- Baden, 2002.
- 90) *Vormbaum*, Thomas, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, Berlin/ Heidelberg, 2009.
- 91) *Weinke*, Anette, Die Nürnberger Prozesse, München, 2006.
- 92) *Zaffaroni*, Eugenio/ *Slokar*, Alejandro/ *Alagia*, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, 2. Aufl., Buenos Aires, 2002.
- 93) -, Manual de Derecho Penal. Parte general, Buenos Aires, 2005.