

# Darker Legacies im Recht

Luca Blisset

## *Globales nunca más! Die transnationale Zukunft nationaler Vergangenheitspolitik*

Es gehört zu den zentralen Gründungsanliegen der KJ, dem politischen Gehalt in Rechtsentscheidungen nachzuspüren. In demystifizierender Absicht hat die KJ die juristische Selbstbeschreibung, dass objektive Rechtserkenntnis, der Glücksfall des Justizsyllogismus, möglich sei, erschüttert. Kritische Justiz und streitbare Jurist\_innen haben versucht nachzuweisen, wie sich gesellschaftliche Kräfteverhältnisse im Recht artikulieren und wie rechtspolitische Akteure das Recht nutzen, um ihre Partialinteressen zu universalisieren.

Der stärkste, in vielerlei Hinsicht bis heute präsente Schwerpunkt der KJ liegt hierbei auf der Aufarbeitung der juristischen Funktionsweise des nationalsozialistischen Herrschaftssystems und seiner Folgewirkungen nach 1945 – ein Bereich, der in der Zeit der Gründung der KJ von der Rechtswissenschaft kaum behandelt worden war oder in apologetischer Form vor allem in der Absicht der Verantwortungsabwälzung betrieben wurde.<sup>1</sup>

### *1. Transnationalisierung*

Gerade zur Kritik eines deformierten Rechtssystems und dessen unzulänglichen Formen der Vergangenheitsaufarbeitung<sup>2</sup> hat die KJ maßgeblich beigetragen und dabei stets konsequent die Tendenzen der Transnationalisierung dieses Bereichs reflektiert; ein Prozess, der dazu geführt hat, dass ein Closing of the Books nicht so einfach möglich ist. Denn die völkerstrafrechtliche<sup>3</sup> und die kompensationsrechtliche Entwicklung im internationalen Recht,<sup>4</sup> die Wiederbelebung des Nürnberger Gedankens durch das Jugoslawien- und das Ruandatribunal, seit 2002 auch durch den Internationalen Strafgerichtshof nach dem Rom-Statut (ICC)<sup>5</sup> manifestieren vor allem eines: Gesellschaftliche Transitionsprozesse können ohne Transnationalisierungsprozesse nicht mehr dargestellt werden. Transition bedeutet längst nicht mehr, dass eine nationale Gesellschaft mit sich selbst und ihrer Vergangenheit zu Rande kommen muss; Gesellschaften (im Plural) können nicht länger souverän und frei darüber entscheiden, wie sie «auf offener See ihr Boot wieder zusammenbauen».<sup>6</sup> Im Zeitalter der Einschränkung nationaler Souveränität durch transnationale Konstitutionalisierungsprozesse

<sup>1</sup> Ausführlich zum Gegenentwurf der KJ und dessen intellektuellen Vordenkern von Otto Kirchheimer bis Wolfgang Abendroth siehe Joachim Perels, Kritische Justiz und Frankfurter Schule, in: Claussen/Werz (Hrsg.), Philosophie und Empirie, 2001, S. 146 ff. (151 ff.).

<sup>2</sup> Zur Vergangenheitsarbeitung war das deutsche Recht der Nachkriegsgesellschaft hingegen gut geeignet und wurde hierfür auch eifrig genutzt. Dies zeigt eindrücklich Norbert Frei, Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit, 2. Aufl., München 1997.

<sup>3</sup> Hierzu Gerhard Werle, Völkerstrafrecht, 2. Aufl., Tübingen 2003.

<sup>4</sup> Siehe bspw. die Grundprinzipien und Leitlinien betreffend das Recht der Opfer von groben Verletzungen der internationalen Menschenrechtsnormen und schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht auf Rechtsschutz und Wiedergutmachung. UN GA, 21.3.2006, A/RES/60/147.

<sup>5</sup> Rome Statute of the International Criminal Court, 21.8.2001 U.N.T.S. 90, in Kraft getreten am 1.7.2002.

sind nationale Politikkollektive der einen Weltgesellschaft nicht mehr frei in der Entscheidung darüber, wie sie »ihr Boot wieder zusammenbauen«: Es haben sich rechtsverbindliche internationale Standards zur Gestaltung von gesellschaftlichen Übergängen gebildet.

Insbesondere der Fall *Pinochet* ist ein Beispiel dafür, dass nationale Übergangsprozesse von den abtretenden diktatorialen Staatsapparaten nicht mehr durch Amnestiegesetzgebung oder sonstige Versuche, sich (im Fall *Pinochet* durch Einnahme eines lebenslangen Senatorensitzes) Immunität zu sichern, beherrscht werden können.

Vergangenheitsbewältigung unterliegt weltgesellschaftlichen Rechtsgrenzen. Die Inhaftierung *Pinochets* in Großbritannien (1998) und der vom spanischen Richter *Baltasar Garcon* ausgestellte Haftbefehl gegen den Mann, der für den Tod *Salvador Allendes* und tausender Chileninnen und Chilenen verantwortlich ist, bringen die zentrale Entwicklung im globalen Menschenrechtsschutz zum Ausdruck: Es gibt Delikte, die jenseits aller Differenzen in der Weltgesellschaft allgemein als Skandal empfunden werden: Folter, schwere Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Völkermord etc. Der Fall *Pinochet* steht exemplarisch für die weltweite Implementierung der juridischen Bearbeitung dieser Delikte.<sup>7</sup> Die damit einhergehende Universaljurisdiktion impliziert, dass keine nationale gesellschaftliche Elite der Welt es mehr in der Hand hat zu entscheiden, wann solcherlei Aktendeckel geschlossen werden.

## 2. Weltrecht vs. nationale Schlussstrichpolitiken

Nationale Übergänge, das ist das markanteste Ergebnis dieser Prozesse, sind in der Weltgesellschaft nicht mehr beschreib- und kritisierbar, ohne dass die Implikationen des transnationalen Rechts auf diese Übergänge und vice versa berücksichtigt würden.<sup>8</sup> Nationale Schlussstrichpolitiken sind aufgrund des völker gewohnheitsrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung – *aut dedere aut indicare*<sup>9</sup> und spätestens seit Inkrafttreten des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs, dessen materieller Teil auch ohne die Beteiligung der USA völker gewohnheitsrechtlich geltendes Völkerstrafrecht kodifiziert, keine realen Optionen mehr. Ein internationales Menschenrechtssystem aus zentralen und dezentralen Gerichtskörpern<sup>10</sup> durchformt nationale Transitionsprozesse. Man kann darum die Geschichten von Transitionsprozessen in der postnationalen Konstellation nur noch angemessen schreiben, wenn man die Übergänge im Kontext eines global geführten Kampfes um »Gerechtigkeit« darstellt. Das zeigt eine ganze Reihe aktueller Auseinandersetzungen im Weltrecht: »Comfort Women«, die in den USA und vor internationalen Foren um Kompensation streiten,<sup>11</sup> argentinische *Madres*, die in Europa, den USA, vor dem Inter-Ameri-

<sup>6</sup> So aber unreflektiert Jon Elster, *Die Akten schließen. Recht und Gerechtigkeit nach dem Ende von Diktaturen*, 2005, S. 87.

<sup>7</sup> Aus der Fülle an Literatur, die den Fall Augusto Pinochet Ugarte als Ausgangspunkt des modernen Menschenrechtsschutzes betrachten: Naomi Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, 2005.

<sup>8</sup> Zu Letzterem instruktiv die Beiträge in Christian Joerges/Matthias Mahlmann/Ulrich K. Preuß (Hrsg.), »Schmerzliche Erfahrungen der Vergangenheit« und der Prozess der Konstitutionalisierung Europas, Wiesbaden 2008, und in Christian Joerges/Navraj Singh Ghaleigh (Hrsg.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Oxford 2003.

<sup>9</sup> M. Cherif Bassiouni/Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, 1995.

<sup>10</sup> Siehe nur Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2. Aufl., 2006.

kanischen Gerichtshof für Menschenrechte und vor den Gremien der UN um *justicia* kämpfen, weil ihre Töchter und Söhne verschwanden;<sup>12</sup> Zwangsarbeiter, die vor amerikanischen Gerichten gegen die Bundesrepublik Schadensersatz zu erstreiten suchen;<sup>13</sup> italienische Militärinternierte,<sup>14</sup> die vor italienischen Gerichten um Schadensersatz wegen deutscher Kriegsverbrechen klagen,<sup>15</sup> nachdem ihre Aufnahme in den Berechtigtenkreis der Stiftung »Erinnerung, Verantwortung und Zukunft« abgelehnt worden war;<sup>16</sup> Opfer der Kriegsverbrechen im griechischen Distomo, die vor griechischen Gerichten und dem EMGR Schadensersatz von der Bundesrepublik verlangen;<sup>17</sup> Apartheidsoptiker, die deutsche und US-amerikanische Unternehmen vor die Gerichte dieser Welt zerren.<sup>18</sup> All diese Beispiele eines Weltrechtsdiskurses manifestieren, dass »die Rechtsverletzung an *einem* Platz der Erde an *allen* gefühlt wird«,<sup>19</sup> dass lokales Unrecht eine globale *colère publique* auslösen kann,<sup>20</sup> dass die »Entrüstung über massive Menschenrechtsverstöße und evidente Verletzungen des Verbots militärischer Angriffshandlungen« eine globale ist.<sup>21</sup>

### 3. Darker Legacies: Kampf ums Weltrecht

Vergangenheitspolitik, Erinnerungspolitik und Transformationspolitik finden in der postnationalen Konstellation nicht länger in nationalen Containern statt, sondern in globalen Assemblages rechtspolitischer Verständigung,<sup>22</sup> in denen netzwerkartig verknüpfte Bewegungen, NGOs, Professionsverbände, Medien, Gewerkschaften und sonstige Interessengruppen um Einfluss ringen.

Ein aktuelles Beispiel hierfür ist die juristische Auseinandersetzung um die Entschädigung der italienischen Militärinternierten. Sie zeigt, dass die Kampfterrains sich nicht nur durch die Klageforen transnationalisiert haben. Auch die

<sup>11</sup> Sonja Buckel, Feministische Erfolge im transnationalen Recht, *Leviathan* 2008, 54 ff.; S. H. Bong, Compensation for Victims of Wartime Atrocities, *JCL* 3 (2005), 187 ff.

<sup>12</sup> Andreas Fischer-Lescano, Globalverfassung, Weilerswist 2005; Marguerite Guzman Bouvard, Revolutionizing Motherhood. The Mothers of the Plaza de Mayo, Wilmington 1994.

<sup>13</sup> Graham O'Donoghue, Precatory Executive Statements and Permissible Judicial Responses in the Context of Holocaust-Claims Litigation, *Columbia Law Review* 106 (2006), 1119 ff.

<sup>14</sup> Nachdem Marschall Badoglio im Juli 1943 die Regierung Mussolini abgesetzt und im September einen Waffenstillstand mit den Alliierten geschlossen hatte, wurden die gefangengenommenen italienischen Soldaten als Militärinternierte (eine Kategorie, die es im ius in bello genauso wenig wie die heute oft bemühte Kategorie der »illegalen Kombattanten« gibt) behandelt. Ihnen wurde auf diese Weise der Kriegsgefangenenstatus verwehrt. Rund 600 000 Militärinternierte (IMIs) wurden in die Lager im Deutschen Reich und den besetzten Gebieten verschleppt und rechtswidrig zur Zwangsarbeit eingesetzt.

<sup>15</sup> Aktuell siehe die Entscheidung des Kassationsgerichts in Rom, 6.5.2008, Cassazione 14201/2008, abrufbar unter (8.6.2008) [http://www.cittadinolex.kataweb.it/article\\_view.jsp?idArt=8443&idCat=75](http://www.cittadinolex.kataweb.it/article_view.jsp?idArt=8443&idCat=75); zur Vorentscheidung Andrea Gattini, War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision, *J Int'l Criminal Justice* 3 (2005), S. 224 ff.

<sup>16</sup> BVerfG v. 28.6.2004 – 2 BVerfR 1379/01 –, NJW 2004, 3257 (»italienische Militärinternierte«).

<sup>17</sup> BVerfG v. 15.2.2006 – 2 BVerfR 1476/03 – NJW 2006, 2542 (»Distomo«); EGMR, Kalogeropoulou u.a. / BRD und Griechenland, 59021/00, NJW 2004, 273 ff. und Kerstin Bartsch/Björn Elberling, *Jus Cogens* vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision, *GLJ* 2003, 477 ff.

<sup>18</sup> Zuletzt US Supreme Court, *American Isuzu Motors v. Ntsebeza* (No. 07-919), Entscheidung vom 12.5.2008; zum Komplex Penelope Andrews, Reparations for apartheid's victims, *DePaul Law Review* 2004, 1154 ff.

<sup>19</sup> Immanuel Kant, Schrift zum ewigen Frieden (1795), in: ders., *Gesammelte Werke*, Bd. XI, 1968, S. 193 ff. (216).

<sup>20</sup> Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 581.

<sup>21</sup> Jürgen Habermas, Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: ders., *Der gespaltene Westen, Kleinere politische Schriften X*, Frankfurt am Main 2004, S. 113 ff. (142).

<sup>22</sup> Zu den Assemblages als (rechtspolitische) Gestaltungsräume transnationaler Art Saskia Sassen, *Das Paradox des Nationalen*, Frankfurt am Main 2008.

Auseinandersetzung um die adäquate *Form* des Umgangs mit Makrokriminalität wird im Rahmen des globalen Rechts geführt.<sup>23</sup> Global vernetzte Akteure der Zivilgesellschaft, NGO-Verbände, Opferanwälte und Betroffenenorganisationen haben sich im Fall der italienischen Zwangsarbeiter nicht abfinden wollen mit dem Ausschluss der »italienischen Militärinternierten« aus dem Berechtigtenkreis der Stiftung »Erinnern, Verantwortung und Zukunft«, denn das Argument war auch allzu zynisch: Nach nationalsozialistischer Praxis wurden die »italienischen Militärinternierten« nicht als Kombattanten behandelt (was von Rechts wegen hätte der Fall sein müssen), sondern als Zwangsarbeiter ausgebeutet. Was kontrafaktisch nicht hätte der Fall sein dürfen, faktisch aber der Fall war, wurde nunmehr paradox gewendet: Die als Zwangsarbeiter Behandelten seien Kriegsgefangene im Rechtssinne geblieben. Sie wegen der faktischen Behandlung als (nach dem Stiftungsgesetz anspruchsberechtigte) Zwangsarbeiter durch die Stiftung zu entschädigen – so das (auf verständliche colére gestößene) Argument Christian Tomuschats in einem 2000 erarbeiteten Gutachten für das Bundesministerium der Finanzen als Rechtsaufsichtsbehörde der Stiftung, das sich die Bundesregierung zu eigen gemacht hatte – würde bedeuten, dass nationalsozialistische Unrechtsbeschlüsse als Recht anerkannt würden. Es sei festzuhalten, dass seinerzeit eine völkerrechtlich wirksame Überführung in den Zivilstatus nicht erfolgt sei.<sup>24</sup> – Ein zynisches, da formales Argument, dem durch eine materielle Betrachtung, die auf die faktische Behandlung abgestellt hätte, rasch hätte abgeholfen werden können. Der heute so beschworene (und durch die italienische Entscheidungslage angeblich gefährdete) Rechtsfrieden wäre schon vor Jahren eingetreten.

#### 4. Vergangenheitspolitik als Weltrechtspolitik

Die durch die italienische Beschlusslage ausgelösten diplomatischen Verwirrungen haben in normativer Hinsicht zwei Streitpunkte: Wie weit gehen die Immunitäten bei Kriegsverbrechen und schweren Menschenrechtsverletzungen? Sind Individuen nach Völkerrecht berechtigt, Schadensersatzansprüche geltend zu machen? Beide Fragen sind Kernfragen des modernen Menschenrechtsschutzes und der Durchbrechung des Mediationsprinzips in den internationalen Beziehungen durch unmittelbare Individualberechtigungen in der postwestfälischen Ordnung.

Die dynamische Weiterentwicklung in beiden Bereichen wird zukünftige Vergangenheitspolitik nachhaltig verändern. Denn sie führt dazu, dass es nicht nur nationaler Gesetzgebung, sondern auch nationalstaatlichen Völkerverträgen untersagt ist, Kompensationsansprüche zu vereiteln: Das globale Recht verliert seinen ideologischen Überschuss und wird hartes, einklagbares Recht. Mit den den Individuen zustehenden Sekundärrechten aktualisiert sich eine Minimalbedingung zur Effektivierung der Herrschaft des Rechts im globalen Raum, in dem nicht die Sanktionsakte einer zentralen Globalexekutive, sondern die Individuen als »Funktionäre des Weltrechts« die »sanft zivilisierenden Kräfte« der Weltgesellschaft darstellen.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Zu den Kompensationsrechten ausführlich: Andreas Fischer-Lescano, Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundärregeln. Die Individualrechte auf Entschädigung und effektiven Rechtsschutz bei Verletzungen des Völkerrechts, Archiv des Völkerrechts 45 (3/2007), 299 ff.

<sup>24</sup> Siehe BT-Drs. 16/2422 v. 21.8.2008.

<sup>25</sup> Hierzu: Martti Koskeniemi, Gentle Civilizer of Nations, Cambridge 2004.

Die Entscheidung des höchsten italienischen Zivilgerichts zu den Militärinternierten steht in einer immer länger werdenden Reihe internationaler Entscheidungen. Sie hat den Grundsatz bestätigt, dass die Immunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen einschränkbar ist: Die Bundesrepublik, so der Tenor der Zuständigkeitsentscheidung, kann sich im Hinblick auf mögliche Schadensersatzansprüche der ehemaligen »Militärinternierten« nicht auf Immunität berufen.<sup>26</sup> Das blieb – insbesondere in der Bundesrepublik – nicht unumstritten. Die Süddeutsche Zeitung sieht gar »Deutschlands Vermögen in Italien in Gefahr«.<sup>27</sup> Der Kampf um die transnationale Zukunft nationaler Vergangenheitspolitik ist in dieser Frage in vollem Gange. In der FAZ behauptet Hans-Georg Dederer, er sehe keine Grundlage für die in Italien gegen die Bundesrepublik verhängten Urteile.<sup>28</sup> In der »Welt« hingegen kommt Andreas Fischer-Lescano mit der Äußerung zu Wort, das italienische Urteil stelle »keine Revolution, sondern die Fortführung einer bereits begonnenen Entwicklung, der dezentralen Durchsetzung der Menschenrechte auch vor nationalen Gerichten« dar.<sup>29</sup> Gerade in der Frage der Kompensation von Opfern nationalsozialistischer Gewalt manifestiert sich die »emergence of subaltern cosmopolitanism that bear directly on the field of human rights«, die Boaventura de Sousa Santos ausmacht.<sup>30</sup> Transnationale Vergangenheitspolitik ist einem Projekt der Inklusion durch Menschenrechte gewidmet, mit dem eine globale »counter-hegemonic politics of human rights«<sup>31</sup> beginnt, globale Aufmerksamkeit für die radikalen Exklusionslagen, Machtasymmetrien und Darker Legacies der Moderne zu erregen und das Weltrecht und die Weltgerichte als Foren gegenhegemonialen Protests zu nutzen.<sup>32</sup>

Es wird hier darauf ankommen, dass die sozialen Bewegungen die weltrechts-politischen Assemblages in noch stärkerem Maße als bislang als Arenen verstehen, in denen das Weltrecht sein symbolisches Instrumentarium für die Aufdauerstellung von Ordnungsmustern zur Verfügung stellt. Um deren soziale Responsivität und weltgesellschaftlichen Zukunfts- und Vergangenheitsverantwortlichkeiten ist zu ringen.

<sup>26</sup> Cassazione (Fn. 15): »... tutto ciò conferma che la Repubblica Federale di Germania non ha il diritto di essere riconosciuta, nella presente controversia, immune dalla giurisdizione civile del Giudice italiano«.

<sup>27</sup> Stefan Ulrich/Robert Probst, Deutschlands Vermögen in Italien in Gefahr, SZ v. 6.6.2008, 1.

<sup>28</sup> FAZ, Auswärtiges Amt prüft italienisches Urteil, 7.6.2008, 5.

<sup>29</sup> Zöller u.a., Berlin droht neue Klagewelle von Zwangsarbeitern, Die Welt v. 7.6.2008, 6.

<sup>30</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization and Emancipation*, 2. Aufl. London 2002, 285.

<sup>31</sup> Ebd., 281.

<sup>32</sup> Jules Lobel, Courts as Forums for Protest, *UCLA Law Review* 52 (2004), 477 ff.