

# ANALYSEN UND BERICHTE

## Verurteilen oder vergessen – zur Frage des Umgangs mit schweren Menschenrechtsverletzungen

Von *Christiane Simmler*, Berlin

*“Amnesty is a political, not a moral decision.”*<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Der Prozess gegen Slobodan Milosevic vor dem UN-Tribunal für Jugoslawien geht in die nächste Runde, im Friedensvertrag von Sierra Leone wird allen Bürgerkriegsbeteiligten auch für Morde, Vergewaltigungen und Verstümmelungen “absolute Straffreiheit” gewährt<sup>2</sup>, in Argentinien wird gegen den früheren Diktator Galtieri und weitere 41 frühere Militärs und Polizeibeamte Haftbefehl erlassen<sup>3</sup>, während in Chile der Prozess gegen Pinochet endgültig eingestellt wird<sup>4</sup> – vier Beispiele für die Bandbreite des Umgangs mit dem Unrecht vergangener Regime, Beispiele auch dafür, welche Aktualität die Frage nach dem “Vergessen”, “Vergeben” oder “Verurteilen” hat.

Gerade in Deutschland dürfte die Diskussion um den Umgang mit dem sogenannten Systemunrecht der DDR noch in guter Erinnerung sein: Die Positionen reichten von unbedingter Strafverfolgung über die Einrichtung einer Wahrheitskommission zur Aufdeckung bis hin zu den “Schlussstrich”-Befürwortern, die sich für eine Art Blankettamnestie aussprachen.

<sup>1</sup> Sanguinetti, Präsident Uruguays, zit. in HRQ 16/1996, 118.

<sup>2</sup> Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ), Meldung vom 10.9.1999.

<sup>3</sup> FAZ, Meldung vom 12.7.2002.

<sup>4</sup> FAZ, Meldung vom 3.7.2002.

Damit sind die beiden Eckpole eines Umgangs mit vergangenem Unrecht aufgezeigt: Individueller Verfolgung der Verantwortlichen durch die Strafbehörden steht die Amnestie gegenüber, die eine solche Verfolgung flächendeckend ausschließt.

Beim Betrachten der Diskussion – nicht nur in Deutschland, sondern auf der ganzen Welt, seien es nun die Staaten des ehemaligen Ostblocks, auf dem Balkan, in Afrika oder Lateinamerika<sup>5</sup> – gewinnt man leicht den Eindruck, es stehe den neuen Regierungen, den sogenannten “jungen Demokratien” frei, sich für eine ihnen genehme Position zu entscheiden. Stellt man dem die Schwere der Taten gegenüber, über die hier gesprochen wird (so z.B. extralegale Hinrichtungen, Verschwindenlassen, Folter, schwere Formen von Diskriminierung wie z.B. Apartheid), nimmt dies Wunder. Zieht man dazu die Reaktion der Weltgemeinschaft auf die “ethnischen Säuberungen” auf dem Balkan und den Völkermord in Ruanda in Betracht, wo es der UN-Sicherheitsrat für erforderlich hielt, UN-Tribunale zur Strafverfolgung einzusetzen<sup>6</sup>, und berücksichtigt man die durch diese Erfahrungen erst vorangetriebene Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs<sup>7</sup>, stellt sich die Frage, ob der Umgang mit vergangenem Unrecht wirklich so ungeregelt ist.

Dabei wird man im Auge behalten müssen, dass das Unrecht vergangener Tage nicht abstrakt gegen “den Staat” oder “das Volk” gerichtet war, sondern ganz konkret gegen einzelne Personen, deren individuelle Rechte durch völkervertragsrechtliche oder völkergewohnheitsrechtliche Instrumente geschützt sind. Muss sich aus der *erga omnes* geltenden völkerrechtlichen Gewährleistung von Menschenrechten nicht ergeben, dass über die Verletzung elementarer Menschenrechte<sup>8</sup> nicht einfach der Mantel des Schweigens gebreitet werden darf? Ergibt sich aus der Verpflichtung der Staaten, die Menschenrechte zu respektieren und zu schützen, nicht als Folgeverpflichtung, vergangene Menschenrechtsverletzungen aufzuklären, die Opfer zu entschädigen und die Übeltäter zu bestrafen? Diesen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.

<sup>5</sup> Vgl. A. James McAdams (ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame/London, 1997, mit Fallstudien aus Griechenland, Bolivien, Argentinien, Chile, Ungarn, Polen und Deutschland sowie Angelika Schlunck, *Amnesty versus Accountability*, Berlin, 2000, mit Fallstudien zu El Salvador, Bosnien und Südafrika.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu Christian Tomuschat, *International Criminal Prosecution: The Precedent of Nuremberg Confirmed*, *Criminal Law Forum* 5 (1994), 237 ff.

<sup>7</sup> Vgl. zum Internationalen Strafgerichtshof als Überblick Herwig Roggemann, *Der Ständige Internationale Strafgerichtshof und das Statut von Rom 1998*, *Neue Justiz* 1998, 505 und Hans-Jörg Behrens, *Das Verfahren des Internationalen Strafgerichtshofes nach dem Statut von Rom*, *Humanitäres Völkerrecht* 1998, 144.

<sup>8</sup> Wobei sich dieser Aufsatz auf die politischen und bürgerlichen Rechte beschränken wird, bei denen insbesondere die völkergewohnheitsrechtliche Geltung unbestritten sein dürfte.

## II. Begriffsbestimmungen

Dabei sind vorab einige Begrifflichkeiten zu klären. Der Begriff der "Amnestie" ist durchaus vielschichtig: So versteht man unter Amnestie im engeren Sinn die durch Gesetz vorgenommene Verschonung einer unbestimmten Gruppe von Straftätern vom Vollzug einer bereits ausgesprochenen Strafe<sup>9</sup>. Dies ist zu unterscheiden von der Begnadigung, die einem individuellen, verurteilten Straftäter durch die Exekutive gewährt wird<sup>10</sup>. Im weiteren Sinn wird "Amnestie" aber auch angewandt für das Verbot von Strafverfolgung für einen bestimmten Sektor (wie es das *punto final*-Gesetz in Argentinien verfügte, das ab einem bestimmten Zeitpunkt, dem *punto final*, die Neueinleitung von Straf- und Zivilverfahren gegen Angehörige des Militärs wegen der Taten unter der Militärjunta verbot)<sup>11</sup> und für die Einstellung sämtlicher laufenden und zukünftigen Strafverfolgungsbemühungen, unabhängig davon, ob Ermittlungsverfahren bereits eingeleitet sind, Gerichtsverfahren schon laufen oder nicht (so verbietet das chilenische Amnestie-Gesetz von 1978 individuelle Strafverfolgung für alle Taten zwischen dem 11. September 1973 und dem 10. März 1978)<sup>12</sup>.

Bei Amnestierung in diesem weiten Sinn erfolgt die Befreiung von der Strafverfolgung damit vor der Feststellung der individuellen Verantwortlichkeit, während die enge, "klassische" Amnestie eine vorige Verurteilung voraussetzt. In der Strafrechtswissenschaft wird für die weite Amnestie auch der Begriff "Abolition"<sup>13</sup> verwendet; in folgenden soll "Amnestie" im weiten Sinn Verwendung finden, da die völkerrechtliche Diskussion auf diesem Feld meist nicht so scharf trennt wie das Strafrecht.

Unter den "elementaren" Menschenrechten soll im Rahmen dieses Aufsatzes das Recht auf Leben, Gesundheit und Freiheit verstanden werden, deren Gewährleistung nicht nur durch völkerrechtliche Verträge gesichert ist, sondern nach wohl allgemein herrschender Ansicht auch durch das Völkergewohnheitsrecht<sup>14</sup>. Dadurch konzentrieren sich die Ausführungen auf den Umgang mit "schweren" Menschenrechtsverletzungen, wie Folter, Verschwindenlassen und extralegale Hinrichtungen.

Zuletzt soll noch der in diesem Problembereich häufig erwähnte Begriff der *impunity* (spanisch *impunidad*) genannt werden, der im Deutschen meist mit "Straflosigkeit" über-

<sup>9</sup> Kai Ambos, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, Freiburg im Breisgau, 1997, 85.

<sup>10</sup> K. Ambos, a.a.O., 85.

<sup>11</sup> Kathryn Lee Crawford, Due Obedience and the Rights of Victims: Argentina's Transition to Democracy, Human Rights Quarterly 12 (1990), 17, 25; K. Ambos, a.a.O., 109.

<sup>12</sup> K. Ambos, a.a.O., 101.

<sup>13</sup> Klaus Marxen, The legal limitations of amnesty, in: M.R. Rwelamira / G. Werle (eds.), Confronting Past Injustices, Durban 1996, 38; K. Ambos, a.a.O., 85.

<sup>14</sup> K. Ambos, a.a.O., 176, bes. Fn 60 mit weiteren Nachweisen.

setzt wird. Straflosigkeit muss als Überbegriff für die Amnestie im engen und weiten Sinn sowie für all die Fälle der Nichtverfolgung schwerer Menschenrechtsverletzungen verstanden werden, die nicht auf rechtlichen Schritten (der Amnestieverkündung) beruhen, sondern auf faktischen Elementen<sup>15</sup>. Damit ist die “Unwilligkeit oder Unfähigkeit”<sup>16</sup> des Staates und seiner Organe gemeint, eine Strafverfolgung durchzusetzen, die nach dem Rom-Statut des Internationalen Strafgerichtshofs<sup>17</sup> nun zu einer Zuständigkeit des Gerichtshofs führen kann.

### III. Pflicht zur Verfolgung schwerer Menschenrechtsverletzungen?

Wenden wir uns der Frage zu, ob sich eine völkerrechtlich verankerte Pflicht zur Verfolgung schwerer Menschenrechtsverletzungen nachweisen lässt. Dabei ist zu beachten, dass eine Verfolgungspflicht nicht zwingend eine Bestrafungspflicht nach sich zieht: Denn wenn in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren die Schuld des einzelnen nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann und deshalb ein Freispruch erfolgt, kann das nicht als völkerrechtswidrig eingestuft werden<sup>18</sup>. Neben dieser an sich selbstverständlichen Facette des Verhältnisses Verfolgung und Bestrafung steht die Frage, ob eine völkerrechtliche Verfolgungspflicht die Pflicht zur Bestrafung des festgestellten Täters quasi automatisch nach sich zieht, oder ob es dem Staat freisteht, nach der durchgeführten (Straf-)Verfolgung zu amnestieren oder zu begnadigen<sup>19</sup>.

#### 1. Explizite Strafverfolgungspflichten

Für den hier betrachteten Bereich des Umgangs mit schweren Menschenrechtsverletzungen finden sich mehrere Verträge mit expliziten Strafverfolgungsverpflichtungen.

<sup>15</sup> Vgl. die Definition des Interamerikanischen Menschenrechts-Gerichtshofs: “the total lack of investigation, prosecution, capture, trial and conviction of those responsible for violations of the rights”; *Paniagua Moralesa et al. Case*, Judgment of March 8, 1998, para. 173, zit. nach *amnesty international*, The Incompability of Chilean Decree Law no 2191 of 1978 with International Law, 2001, 14. *Kai Ambos*, Straflosigkeit von schweren Menschenrechtsverletzungen und die Rolle des Völkerstrafrechts, 249, 251 f., in: *Jörg Arnold / Björn Burkhardt / Walter Gropp / Hans-Georg Koch (Hrsg.)*, Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser.

<sup>16</sup> In den Worten von Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe a) des Statuts: “unwilling or genuinely unable to carry out the investigation or prosecution”.

<sup>17</sup> Rome Statute for a Permanent International Criminal Court, UN Doc. A/Conf/183/9.

<sup>18</sup> *Diana F. Orentlicher*, Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2537, 2604, Fn. 306.

<sup>19</sup> Vgl. *Juliane Kokott*, No Impunity for Human Rights Violations in the Americas, *Human Rights Law Journal* 14 (1993), 153, 154; *D. Orentlicher*, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2604.

a) *Völkermordkonvention*

Der älteste ist die Völkermordkonvention von 1948 (Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes)<sup>20</sup>, deren Artikel I in der deutschen Übersetzung<sup>21</sup> lautet:

“Die Vertragsschließenden Parteien bestätigen, dass Völkermord, ob im Frieden oder im Krieg begangen, ein Verbrechen gemäß internationalem Recht ist, zu dessen Verhütung und Bestrafung sie sich verpflichten.”

Dies wird konkretisiert durch Artikel VI:

“Personen, denen Völkermord oder eine der sonstigen in Artikel III aufgeführten Handlungen zur Last gelegt wird, werden vor ein zuständiges Gericht des Staates, in dessen Gebiet die Handlung begangen worden ist, oder vor das internationale Strafgericht gestellt, das für die Vertragsschließenden Parteien, die seine Gerichtsbarkeit anerkannt haben, zuständig ist.”

b) *Apartheid-Konvention*

Vergleichbare Vorschriften finden sich in der *Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid* (Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Verbrechens der Apartheid) von 1973<sup>22</sup>, die vergleichsweise ohne Bedeutung blieb, da Südafrika nicht Partei dieses Vertrages war.

c) *Folterkonvention*

Die “Konvention gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe” von 1984 verlangt in Art. 4, dass die Vertragsstaaten alle Folterhandlungen als Straftaten einstufen und mit angemessenen Strafen sanktionieren. Art. 7 verlangt, festgenommene verdächtige Folterer entweder auszuliefern oder selbst vor Gericht zu stellen (eine Ausprägung der *aut dedere aut iudicare*-Verpflichtung<sup>23</sup>).

d) *Genfer Konventionen*

Die das humanitäre Völkerrecht kodifizierenden vier Genfer Konventionen<sup>24</sup> und ihre zwei Zusatzprotokolle<sup>25</sup> statuieren eine Pflicht der Vertragsstaaten, schwere Verstöße gegen die Konventionspflichten (die oft etwas unpräzise als “Kriegsverbrechen”/“war crimes”

<sup>20</sup> UNTS Vol. 78, 277.

<sup>21</sup> BGBl. 1954 II, 730.

<sup>22</sup> UNTS Vol. 105, 243.

<sup>23</sup> Ausführlich zu dieser Verpflichtung *M. Cherif Bassiouni / Edward M. Wise, Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht/Boston/London, 1995.

<sup>24</sup> UNTS Vol. 75, 31, 85, 135 und 287.

<sup>25</sup> UNTS Vol. 1125, 3 (1. Zusatzprotokoll) und 609 (2. Zusatzprotokoll).

zusammengefasst werden) strafrechtlich zu verfolgen oder die Täter auszuliefern (z.B. Art. 49 und 50 Conv. I).

e) *Rom-Statut*

Nach dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (*International Criminal Court, ICC*) von 1998<sup>26</sup> hat dieser Jurisdiktion über das Verbrechen des Völkermordes, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, das Verbrechen der Aggression. Aus der Verpflichtung der Vertragsstaaten, mit dem Gerichtshof zusammenzuarbeiten, ergibt sich nach wohl allgemeiner Auffassung der Autoren der Konvention auch die Verpflichtung, die in die Zuständigkeit des ICC fallenden Verbrechen selbst zu verfolgen oder die Verdächtigen dem ICC zu überstellen<sup>27</sup>.

## 2. Strafverfolgungspflichten aus Menschenrechtsverträgen?

Die großen internationalen und regionalen Menschenrechtsverträge kennen dagegen eine explizite Strafverfolgungspflicht nicht. Dennoch haben die mit der Auslegung der Konventionen betrauten Organe des öfteren Strafverfolgungspflichten angenommen.

a) *Amerikanische Menschenrechtskonvention*

Die bekannteste Entscheidung zur Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK), die in der Völkerrechtswissenschaft die seit Anfang der neunziger Jahre geführte Diskussion um die Strafverfolgungspflicht bei schweren Menschenrechtsverletzungen auslöste, traf der Gerichtshof der Amerikanischen Menschenrechtskonvention im Jahre 1988. Der *Velásquez-Rodríguez-Entscheidung*<sup>28</sup> liegt der Fall eines jungen Studenten, Manfredo Velásquez-Rodríguez, zugrunde, der am 12. September 1981 in Honduras am helllichten Tage von Männern in Zivil verhaftet und in einem Fahrzeug ohne Nummernschilder weggebracht wurde. Er blieb seitdem "verschwunden", alle Bemühungen seiner Angehörigen, Auskünfte zu seinem Aufenthaltsort zu erlangen, wurden von Seiten des Staates und des Militärs abgeblockt, es wurden keine Untersuchungen hinsichtlich seines Verschwindens aufgenommen, mehrere *habeas corpus*-Anträge und Strafanzeigen blieben unbearbeitet.

<sup>26</sup> Fundstelle vgl. oben Fn. 17.

<sup>27</sup> A. Schlunck, a.a.O., 28 f. Vgl. zu den Verhandlungen Claus Kreß, Strafen, Strafvollstreckung und internationale Zusammenarbeit im Statut des Internationalen Strafgerichtshofes, *Humanitäres Völkerrecht* 1998, 151, 155 ff.

<sup>28</sup> Judgment of July 19, 1988, abgedruckt in: Human Rights, The Inter-American System, Part 3, Cases and Decisions, II Inter-American Commission on Human Rights, B. Case Decisions, Oceans Publications, New York, 1991, 123 ff.

Der von der Inter-Amerikanischen Menschenrechtskommission mit dem gegen Honduras angestregten Fall befasste Gerichtshof kam zu dem Schluss, dass zwischen 1981 und 1984 in Honduras eine weitverbreitete Praxis des "Verschwindenlassens" bestand, die das Recht auf Freiheit (Art. 7 AMRK), das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 5 AMRK) und das Recht auf Leben (Art. 4 AMRK) verletzte. Da Honduras diese Praxis wenn nicht schon ausgelöst, so doch zumindest dadurch toleriert hatte, dass keinerlei Schritte zur Untersuchung der Fälle des Verschwindens und zur Bestrafung der Täter unternommen wurden, urteilte der Gerichtshof, Honduras habe die Verpflichtung aus Artikel 1 AMRK verletzt, nach der jeder Vertragsstaat verpflichtet ist, die Rechte aus der Konvention zu wahren und ihre Ausübung zu sichern (sogenannte *respect and ensure*-Klausel).

An den entscheidenden Stellen des Urteils heißt es:

"174. The State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation. ...

176. The State is obliged to investigate every situation involving a violation of the rights protected by the Convention. If the State apparatus acts in such a way that the violation goes unpunished and the victim's full enjoyment of such rights is not restored as soon as possible, the State has failed to comply with its duty to ensure the free and full exercise of those rights to the persons within its jurisdiction. The same is true when the State allows private persons or groups to act freely and with impunity to the detriment of the rights recognized by the Convention."

Im Ergebnis verurteilte der Gerichtshof Honduras zur Entschädigungszahlung an die Hinterbliebenen; allerdings verpflichtete er Honduras nicht, Strafverfolgungsmaßnahmen einzuleiten<sup>29</sup>.

Diese Rechtsprechung setzte der Gerichtshof<sup>30</sup> und ihm folgend die Interamerikanische Menschenrechtskommission<sup>31</sup> fort. So befasste sich die Kommission in ihrem Argentinien-Bericht<sup>32</sup> von 1992 mit dem *punto final*-Gesetz (keine neue Strafverfolgung ab einem bestimmten Endpunkt) und dem nachfolgenden *Due Obedience*-Gesetz von 1987, das verbindlich feststellte, dass alle Militärangehörigen in der Junta-Zeit immer (also auch bei

<sup>29</sup> Dies wird von *Naomi Roht-Arriaza*, *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, *California Law Review* 78 (1990), 449, 472 in einen weiteren Kontext gestellt: "... the *Velazques* decision leaves several unanswered questions. Among these are ... what sort of remedy is appropriate if a violation is found."

<sup>30</sup> Zusammenstellung und kurze Darstellung der Fälle bei *K. Ambos*, a.a.O., 167 f. mit Fußnoten und *amnesty international*, a.a.O., 13, Fn. 13.

<sup>31</sup> Beispiele und Fundstellen vgl. *amnesty international*, a.a.O., 11 f., insbes. Fn. 10.

<sup>32</sup> *Argentina Report*, zit. nach HRLJ 13 (1992), 336.

der Begehung von schweren Menschenrechtsverletzungen) “in Erfüllung ihrer Pflicht” handelten<sup>33</sup>. Die Kommission stellte fest, dass beide Gesetze gegen Art. 8 Abs. 1 AMRK (das Recht auf ein faires Verfahren), Art. 25 Abs. 1 AMRK (das Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz) und Art. 1 Abs. 1 AMRK (die Pflicht zur Untersuchung, wie sie der Gerichtshof aus der *respect and ensure*-Klausel hergeleitet hatte) verstoße. Mit vergleichbarer Argumentation versagte die Kommission in ihrem Uruguay-Bericht von 1992 dem 1986 erlassenen Amnestiegesetz Uruguays die Anerkennung<sup>34</sup>. In ihrem El Salvador-Bericht von 1999 postulierte die Kommission sogar, die eingerichtete *Truth Commission* in El Salvador: “[cannot] be accepted as a substitute for the State’s obligation, which cannot be delegated, to investigate violations committed within its jurisdiction, and to identify those responsible, punish them, and ensure adequate compensation for the victim (Article 1.1. of the American Convention), all within the overriding need to combat impunity.”<sup>35</sup>

b) *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*

Der 1977 eingesetzte Menschenrechtsausschuss, der die Einhaltung des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) überwachen soll, hat in seinen nicht bindenden<sup>36</sup> generellen Kommentaren<sup>37</sup> zu den Vorschriften des Paktes bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 1 ICCPR (der *respect and ensure*-Klausel des Paktes) den Vertragsstaaten dagegen einen weiten Ermessensspielraum zugestanden. Allerdings leitet der Ausschuss aus Art. 2 Abs. 3 ICCPR (dem Recht auf effektiven Rechtsschutz/*effective remedy*-Klausel) in Verbindung mit Art. 7 ICCPR (Folterverbot) Schutz- und Bestrafungspflichten ab: “... it follows from article 7, read together with article 2 of the Covenant, that States must ensure an effective protection through some machinery of control. Complaints about ill-treatment must be investigated effectively by competent authorities. Those found guilty must be held responsible, and the alleged victims must themselves have effective remedies at their disposal, including the right to obtain compensation.”<sup>38</sup>

<sup>33</sup> K. Crawford, *Human Rights Quarterly* 12 (1990), 27 f.

<sup>34</sup> Dazu detailliert Robert Kogod Goldman, *Amnesty Laws and International Law*, in: *Justice not impunity*, International Commission of Jurists International Meeting on Impunity of Perpetrators of Gross Human Rights Violations, Genf, 1992, 209 ff.

<sup>35</sup> Zit. nach *amnesty international*, a.a.O., 11/12.

<sup>36</sup> A. Schlunck, a.a.O., 42.

<sup>37</sup> “General Comments” nach Art. 40 ICCPR.

<sup>38</sup> Zitiert nach K. Ambos, a.a.O., 170.

Diese generellen Überlegungen finden sich auch in zahlreichen Einzelfallentscheidungen des Ausschusses wieder<sup>39</sup>. Zur Frage der Zulässigkeit von Amnestiegesetzen führte der Ausschuss aus<sup>40</sup>:

“The Committee has noted that some States have granted amnesty in respect of acts of torture. Amnesties are generally incompatible with the duty of States to investigate such acts, to guarantee freedom from such acts within their jurisdiction, and to ensure that they do not occur in the future.”

Jedoch hat der Ausschuss es an anderer Stelle abgelehnt, aus Artikel 14 (Recht auf ein faires Verfahren) einen individuellen Anspruch auf Strafverfolgung eines anderen herzuleiten<sup>41</sup>.

### c) Europäische Menschenrechtskonvention

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EuGHMR) hat sich bislang nicht veranlasst gesehen, eine der *Velásquez-Rodríguez*-Entscheidung entsprechende Rechtsprechung zu Artikel 13 EMRK (der *effective remedy*-Klausel) zu entwickeln<sup>42</sup>. Allerdings hat der EuGHMR im Urteil *X and Y v. Netherlands* ein Pönalisierungsgebot dahingehend ausgesprochen, dass das Fehlen strafrechtlicher Vorschriften zur Verfolgung von Sexualdelikten an minderjährigen geistig Behinderten in den Niederlanden<sup>43</sup> als Verstoß gegen Artikel 8 EMRK (Gebot der Achtung der privaten Sphäre) zu werten sei. Dies entspricht den Feststellungen des Gerichtshofs in einem anderen Fall, dass die Entschädigung des Opfers von Folter und/oder Misshandlung als *effective remedy* ausreichend sein kann, soweit der Vertragsstaat durch geeignete Maßnahmen soweit als möglich sicherstellt, dass solche Verletzungen nicht bzw. nicht wieder auftreten<sup>44</sup>. Nur wenn ein solches Sicherungssystem nicht besteht, wäre eine Entschädigung nicht ausreichend<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> K. Ambos, a.a.O., 170, Fn. 37; A. Schlunck, a.a.O., 42.

<sup>40</sup> Zit. nach A. Schlunck, a.a.O., 42.

<sup>41</sup> “to see another person criminally prosecuted”, zit. nach D. Orentlicher, Yale Law Journal 100 (1991), 2576. Das folgt der Linie der Autoren des Paktes, die auch die “*effective remedy*”-Klausel als “*noncriminal remedy*” auffassten, wie sich den *travaux préparatoires* deutlich entnehmen lässt, D. Orentlicher, Yale Law Journal 100 (1991), 2569-2570.

<sup>42</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGHMR kann Artikel 1 EMRK (“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention”) nicht unabhängig von den im folgenden in der Konvention genannten Individualrechten verletzt werden, N. Roht-Arriaza, California Law Review 78 (1990), 474, Fn. 130.

<sup>43</sup> Das holländische Recht setzte einen persönlichen Strafantrag des Opfers voraus, den ein geistig Behinderter nicht wirksam stellen konnte, D. Orentlicher, Yale Law Journal 100 (1991), 2580.

<sup>44</sup> N. Roht-Arriaza, California Law Review 78 (1990), 481; A. Schlunck, a.a.O., 43.

<sup>45</sup> N. Roht-Arriaza, California Law Review 78 (1990), 481.

Die kürzlich aufgelöste Europäische Menschenrechtskommission hat daneben mehrfach betont, dass aus Artikel 6 (Recht auf ein faires Verfahren) kein individuelles Recht auf Strafverfolgung eines Dritten hergeleitet werden könne<sup>46</sup>.

d) *Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker*

Zu den *respect and ensure*- und *effective remedy*-Klauseln der regionalen afrikanischen Menschenrechts-Charta (Art. 1, 25 und Art. 7) liegen derzeit noch keine Entscheidungen vor<sup>47</sup>.

Auffällig ist, dass in Südafrika, dem Land, das mit seiner "Wahrheitskommission" in der öffentlichen Meinung von vielen als vorbildlich eingestuft wurde, eine Auseinandersetzung mit den Vorschriften der Afrikanischen Menschenrechtscharta nicht erfolgte. Zwar gab es Versuche von Angehörigen der Opfer des Apartheidregimes, das Gesetz zur Einrichtung der Wahrheitskommission vom Verfassungsgerichtshof für verfassungswidrig erklären zu lassen<sup>48</sup>. Die Antragsteller griffen den *Promotion of National Unity and Reconciliation Act of 1995* an, der eine Wahrheits- und Versöhnungskommission einrichtete. Ziel des Gesetzes war es, durch die Kommission die Vergangenheit aufzuarbeiten; den Tätern von politisch motivierten Straftaten<sup>49</sup> wurde eine von einem *Committee on Amnesty* auszusprechende

<sup>46</sup> Entscheidungsnachweise in *D. Orentlicher*, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2579, Fn. 181.

<sup>47</sup> *A. Schlunck*, a.a.O., 44.

<sup>48</sup> Constitutional Court of South Africa, Case CCT 17/96, heard on 30 May 1996, decided on 25 July 1996; Applicants: The Azanian Peoples Organization (AZAPO), Nontsikelelo Margaret Biko, Churchill Mhleli Mxenge, Chris Ribeiro; Respondents: The President of the Republic of South Africa, The Government of the Republic of South Africa, The Minister of Justice, The Ministry of Safety and Security, The Chairperson of the Truth and Reconciliation Commission. Besser bekannt unter dem Namen "Biko"-Entscheidung, da unter den Antragstellern Angehörige von Steve Biko waren, dem Anführer einer schwarzen Studentenbewegung, der 1977 verhaftet wurde und 26 Tage später unter immer noch ungeklärten Umständen, wahrscheinlich aufgrund von Folter in Haft, verstarb.

<sup>49</sup> Definition in sub-section (3) von section 20 des Gesetzes: "Whether a particular act, omission or offence contemplated in subsection (2) is an act associated with a political objective, shall be decided with reference to the following criteria:

(a) the motive of the person who committed the act, omission or offence;

(b) the context in which the act, omission or offence took place, and in particular whether the act, omission or offence was committed in the course of or as part of a political uprising, disturbance or event, or in reaction thereto;

(c) the legal and factual nature of the act, omission or offence, including the gravity of the act, omission or offence;

(d) the object or objective of the act, omission or offence, and in particular whether the act, omission or offence was primarily directed at a political opponent or State property or personnel or against private property or individuals;

Amnestie<sup>50</sup>, die Schutz vor strafrechtlicher und zivilrechtlicher Inanspruchnahme des Täters sowie seiner übergeordneten Behörde oder Organisation gewähren würde<sup>51</sup>, in Aussicht gestellt, wenn sie an der Aufdeckung ihrer Taten umfassend mitwirkten<sup>52</sup>. Im Rahmen dieses Verfahrens argumentierten die Antragsteller auch damit, eine solche Amnestie verstoße gegen völkerrechtliche Verpflichtungen Südafrikas, namentlich gegen die Verfolgungs- und Bestrafungspflichten aus den Genfer Konventionen. Pflichten aus Menschenrechtspakten wurden nicht angeführt. Der Verfassungsgerichtshof ging hierauf nur kurz ein und urteilte, man müsse zwischen Kriegssituationen und Bürgerkriegssituationen unterscheiden. Für Bürgerkriegssituationen gelte die Verfolgungs- und Bestrafungspflicht der Genfer Konventionen nicht, vielmehr sei hier auf Artikel 6 (5) des zweiten Zusatzprotokolls abzustellen, der am Ende des bewaffneten Konflikts eine möglichst breite Amnestie sogar anstrebe<sup>53</sup>. Außerdem sei in Südafrika keine “*blanket amnesty*” verordnet worden als “*compulsory statutory amnesia*”<sup>54</sup>, vielmehr werde eine Amnestie nur innerhalb der sehr spezifizierten Kriterien des Acts erteilt, und sie sei an eine vollständige Mitwir-

(e) whether the act, omission or offence was committed in the execution of an order of, or on behalf of, or with the approval of, the organisation, institution, liberation movement or body of which the person who committed the act was a member, an agent or a supporter; and

(f) the relationship between the act, omission or offence and the political objective pursued, and in particular the directness and proximity of the relationship and the proportionality of the act, omission or offence to the objective pursued,

but does not include any act, omission or offence committed by any person referred to in subsection (2) who acted –

(i) for personal gain: Provided that an act, omission or offence by any person who acted and received money or anything of value as an informer of the State or a former state, political organisation or liberation movement, shall not be excluded only on the grounds of that person having received money or anything of value for his or her information; or

(ii) out of personal malice, ill-will or spite, directed against the victim of the acts committed.”

<sup>50</sup> Zum Verfahren vgl. *Gerhard Werle, Ohne Wahrheit keine Versöhnung*, Berlin, 1995, 14-19.

<sup>51</sup> Section 20, subsection 7:

“(a) No person who has been granted amnesty in respect of an act, omission or offence shall be criminally or civilly liable in respect of such act, omission or offence, and no body or organisation or the state shall be liable, and no person shall be vicariously liable, for any such act, omission or offence.

(b) Where amnesty is granted to any person in respect of any act, omission or offence, such amnesty shall have no influence upon the criminal liability of any other person contingent upon the liability of the first-mentioned person.

(c) No person, organisation or state shall be civilly or vicariously liable for an act, omission or offence committed between 1 March 1960 and the cut-off date by a person who is deceased, unless amnesty could not have been granted in terms of this Act in respect of such an act, omission or offence.”

<sup>52</sup> “full disclosure of all relevant facts”.

<sup>53</sup> “At the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained.”

<sup>54</sup> CCT 17/96, para 32 (Mahomed DP).

kung der Täter an der Aufklärung geknüpft, eine Aufklärung, der der Gerichtshof in einer traumatisierten Gesellschaft überragende Bedeutung beimisst<sup>55</sup>. Im übrigen sei eine Amnestierung nach Arbeit einer Wahrheitskommission in Übergangsgesellschaften gute Praxis, was Chile, Argentinien und El Salvador gezeigt hätten<sup>56</sup>.

e) *Zwischenergebnis*

aa) *Aufklärungspflicht*

Die Auswertung der wichtigsten Menschenrechtsschutzabkommen und der zu ihnen ergangenen Spruchpraxis führt demnach zu folgendem Ergebnis: Die Mehrzahl der für die Auslegung der Konventionen zuständigen Organe ist der Ansicht, dass dem Strafrecht eine erhebliche Bedeutung bei der Ahndung von Menschenrechtsverletzungen zukommt. Allerdings unterstützt derzeit weder der UN-Menschenrechtsausschuss noch der EuGHMR ein individuelles Recht auf Strafverfolgung; beide Organe geben den Vertragsstaaten einen gewissen Beurteilungsspielraum dahingehend, welche Wege zur Garantierung der Rechte aus den Konventionen eingeschlagen werden<sup>57</sup>. Dabei dürfte unbestritten eine Verpflichtung aus dem Recht auf effektiven Rechtsschutz bestehen, dem Opfer ein Mittel an die Hand zu geben, die erlittenen Menschenrechtsverletzungen vor einem staatlichen Organ geltend zu machen. Damit besteht jedenfalls eine staatliche Aufklärungspflicht, die sich zu einer Verfolgungs- und nachfolgend zu einer Bestrafungspflicht verdichten kann; dies namentlich in Fällen, wo angesichts der Schwere der Verletzungen und des Fehlens von Vorsorgemechanismen die reine (z.B. nur zivile) Aufklärung nicht ausreichend erscheint (so der EuGHMR im oben erwähnten niederländischen Fall).

Die Position der Organe der AMRK, die bei schweren Menschenrechtsverletzungen ausdrücklich eine Verfolgungs-, weniger deutlich jedoch eine Bestrafungspflicht konstituieren, dürfte auf dieser Linie liegen. Die Strenge des Gerichtshofs und der Interamerikanischen Kommission scheint überwiegend ihre Ursache darin zu haben, dass in den Staaten Lateinamerikas eine erschreckende Unwilligkeit zu konstatieren war, die Verpflichtungen aus der AMRK ernst zu nehmen. So wurde z.B. (wie in Argentinien<sup>58</sup>) den Opfern auch der zivile Rechtsweg abgeschnitten; auch war und ist die faktische Straflosigkeit weit verbreitet. So weigerten sich die staatlichen Behörden (oft unter dem Druck der Sicherheitskräfte, insbesondere des Militärs) in vielen Fällen, Strafanzeigen auch nur nachzugehen, oder wurde die

<sup>55</sup> CCT 17/96, para 17 (Mahomed DP).

<sup>56</sup> CCT 17/96, para 22-23 (Mahomed DP).

<sup>57</sup> Vgl. entsprechend zum deutschen Recht BVerfGE 51, 176 (178), *J. Kokott*, Human Rights Law Journal 14 (1993), 154.

<sup>58</sup> *J. Kokott*, Human Rights Law Journal 14 (1993), 153, Fn. 2.; *K. Crawford*, Human Rights Quarterly 12 (1990), 42, 43.

Strafverfolgung zur Farce, indem sie der (überwiegend parteiischen) Militärgerichtsbarkeit übertragen wurde. Die "Wahrheitskommissionen" verkümmerten meist zum Feigenblatt und führten nicht zu einer tatsächlichen Aufklärung der Vergangenheit. Angesichts dieser Zustände ist es nachvollziehbar, dass sich der Gerichtshof genötigt sah, eine positive Schutzpflicht aus Art. 1 AMRK herzuleiten, die unter "geregelten Verhältnissen", wie sie z.B. in Europa zu finden sind, wohl zumindest nicht in diesem Umfang entwickelt worden wäre<sup>59</sup>.

#### bb) Möglichkeit der Amnestierung

Die somit aus den *respect and ensure*- und *effective remedy*-Klauseln jedenfalls herzuleitende Pflicht des Staates, schwere Menschenrechtsverletzungen aufzuklären, dürfte der Aussprache einer klassischen Amnestie nicht im Wege stehen<sup>60</sup>. Denn die klassische Amnestie setzt kein Strafverfolgungshindernis, sondern stellt nach Verurteilung (will sagen: nach festgestellter strafrechtlicher Verantwortung) ein Strafvollzugshindernis dar. Dagegen dürfte eine weite Amnestie, die bereits die Strafverfolgung, die eigentliche Ermittlung, verhindert, mit der Aufklärungspflicht unvereinbar sein.

Angesichts der Schwere der hier im Raum stehenden Menschenrechtsverletzungen und der möglichen Verdichtung der Aufklärungspflicht zu einer Bestrafungspflicht könnte man geneigt sein, wie dies von einigen Stimmen in der völkerrechtlichen Literatur gefordert wird<sup>61</sup>, auch den Radius der klassischen Amnestie dahingehend einzuschränken, dass jedenfalls ein Teil der Strafe vor Straferlass verbüßt sein muss. Zum Teil wird gefordert, einen solchen Straferlass nach teilweiser Strafverbüßung nur über die individuelle Begnadigung zu gestatten<sup>62</sup>. Dies wird mit dem Abschreckungscharakter der Strafe begründet, ohne den ein effektiver Menschenrechtsschutz nicht zu gewährleisten sei<sup>63</sup>. Spruchpraxis hierzu existiert allerdings nicht.

<sup>59</sup> So auch *K. Ambos*, a.a.O., 169. Ähnlich wohl *J. Kokott*, *Human Rights Law Journal* 14 (1993), 158 f.

<sup>60</sup> So wohl auch *J. Kokott*, *Human Rights Law Journal* 14 (1993), 158.

<sup>61</sup> So wohl *D. Orentlicher*, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2604. Vgl. auch *Gérard Fellous*, *General Report*, 337, 345 f., in: *Justice not impunity*, International Commission of Jurists International Meeting on Impunity of Perpetrators of Gross Human Rights Violations, Genf, 1992; *K. Ambos*, a.a.O., 236.

<sup>62</sup> *K. Ambos*, a.a.O., 226.

<sup>63</sup> *N. Roht-Arriaza*, *California Law Review* 78 (1990), 482; *D. Orentlicher*, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2604/2605.

### 3. Verfolgungspflichten aus Völkergewohnheitsrecht?

Die oben gewonnen Erkenntnisse zum Verhältnis von Aufklärungs-, Verfolgungs- und Bestrafungspflicht sowie Amnestierung helfen jedoch nur dort weiter, wo menschenrechtliche Vertragswerke bereits unterzeichnet sind. Zudem stellt sich in diesem Zusammenhang häufig die Frage des Rückwirkungsverbots, da in den seltensten Fällen sogenannte "Unrechtsregime" Vertragspartner menschenrechtlicher Konventionen waren. Die Lösung des Interamerikanischen Gerichtshofs, eine neue demokratische Regierung, die als Zeichen guten Willens den Menschenrechtspakten beitrifft, über die *respect and ensure*-Klausel dafür zur Verantwortung ziehen, dass sie die Menschenrechtsverletzungen der Vorgängerregierung nicht aufklärt, könnte als unerwünschten Nebeneffekt eine abschreckende Wirkung auf die zukünftige Beitrittsbereitschaft neuer Demokratien haben. Dieser Gefahr der Flucht vor den Menschenrechtspakten könnte entgegengewirkt werden, wenn sich bereits aus den anderen völkerrechtlichen Rechtsquellen Verfolgungspflichten ableiten liessen.

Hier treffen verschiedene Argumentationsstränge aufeinander. Die Befürworter einer gewohnheitsrechtlichen Verfolgungspflicht stellen heraus, dass sich aus der Zunahme der Statuierung expliziter Verfolgungspflichten in neueren Verträgen und Deklarationen Anzeichen für eine in der Entstehung begriffene *opinio iuris* entnehmen lasse<sup>64</sup>. Außerdem betonen sie, dass eine Straffreiheit bei Verletzungen völkergewohnheitsrechtlich garantierter Menschenrechte die Verpflichtung des Staates, gerade diese Menschenrechte zu schützen, konterkarieren<sup>65</sup>.

Die Gegenstimmen der Literatur verweisen darauf, dass die Menschenrechte nach klassischer Auffassung Abwehrrechte gegen den Staat sind und keine Leistungsrechte (positive Schutz- und Verfolgungspflichten) begründen<sup>66</sup>. Dem Staat stehe eine gewisse Gestaltungsfreiheit zu, wie er den Menschenrechtsschutz gewährleiste<sup>67</sup>. Dazu folgt das – politisch, nicht rechtlich begründete – Argument, gerade den Staaten im Umbruch müsse eine politische Bewegungsfreiheit gewährt werden, da zu rigide Vorgaben die Demokratisierung und die Verdrängung des Unrechtsregimes verhindern würden<sup>68</sup>. Dieses Argument findet völ-

<sup>64</sup> N. Roht-Arriaza, California Law Review 78 (1990), 487, 489 ff.; D. Orentlicher, Yale Law Journal 100 (1991), 2585; vgl. zu Beispielen in der internationalen Rechtsprechung *amnesty international*, a.a.O., 18 ff.

<sup>65</sup> *amnesty international*, a.a.O., 16.; N. Roht-Arriaza, California Law Review 78 (1990), 485.

<sup>66</sup> J. Kokott, Human Rights Law Journal 14 (1993), 158.

<sup>67</sup> K. Ambos, a.a.O., 212.

<sup>68</sup> Vgl. D. Orentlicher, Yale Law Journal 100 (1991), 2596 -2600, die allerdings zu dem Schluss kommt, diese Gefahren gestatteten lediglich eine Konzentration auf die Haupttäter und entlastete nur von einer umfassenden Strafverfolgung. Siehe auch Steven R. Ratner / Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, 1997, 136, die hier zu

kerrechtlichen Niederschlag in der Überlegung, dass das Völkerrecht das Recht des Machbaren sein müsse, das außerhalb eines engen Kernbereichs keine zwingenden Vorgaben aufstellen dürfe<sup>69</sup>. Eine etwas abweichende Argumentationslinie will zwar von einer grundsätzlichen Verfolgungspflicht ausgehen, stellt sich aber die Frage, ob diese Pflicht in jedem Fall zwingend (d.h. als *ius cogens*) ausgestaltet ist. Hier wird an ein Derogationsrecht im Gefahrenfall (ähnlich einer Notstandsgesetzgebung) gedacht, das die Verfolgungspflicht aussetzt<sup>70</sup>.

Auch die Befürworter einer völkergewohnheitsrechtlichen Bestrafungspflicht stehen jedoch vor dem Problem, dass der Nachweis einer entsprechenden Staatenpraxis außerhalb der geltenden Vertragswerke nicht zu erbringen sein dürfte<sup>71</sup>. Dazu muss man nicht nur nach Lateinamerika blicken, wo sich in jedem Land, das ein Unrechtsregime zu überwinden hatte, entsprechende Amnestiegesetzgebung findet<sup>72</sup>; auch bei den von westlicher Seite vermittelten Friedensverhandlungen in Haiti enthielt der Friedensvertrag eine Amnestieklausel<sup>73</sup>. Ebenso finden sich Beispiele in Europa: So enthält das Karfreitagsabkommen,

Skepsis raten, da "those in power are clearly capable of exaggerating such threats for selfish ends".

<sup>69</sup> "International duties must not be taken so far as to result in self-destruction", *Verdross*, zit. nach *D. Orentlicher*, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2600, Rn. 282.

<sup>70</sup> So z.B. *D. Orentlicher*, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2606-2612, die angesichts der Gefahr einer generellen Derogationsmöglichkeit von der (von ihr befürworteten) Bestrafungspflicht hier einen "case-by-case approach" vorschlägt und darauf hinweist, dass die zeitlichen Grenzen eines entsprechenden Notstandes die Bestrafungspflicht nur aufschieben, nicht völlig beseitigen würden.

<sup>71</sup> *K. Ambos*, a.a.O., 177; *A. Schlunck*, a.a.O., 45. So auch der südafrikanische Constitutional Court, CCT 17/96, para 24 (Mahomed DP). Vgl. auch das House of Lords in der zweiten Pinochet Entscheidung (*Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis*, Publications on the Internet, Session 1998-99, November 1998), das sich mit der Frage auseinandersetzen hatte, ob Senator Pinochet, der vormalige Präsident Chiles, als solcher Immunität genießt für Taten, die in seiner Amtszeit begangen worden sein sollen. Das House of Lords entschied mit knapper Mehrheit, dass Pinochet keine Immunität für Folttervorwürfe unter seiner Amtszeit in Anspruch nehmen könne. Im Rahmen seiner Ausführungen zur Immunitätsfrage beschäftigte sich Lord Lloyd of Berwick auch mit der Staatenpraxis zu Amnestien und kommt zu dem Ergebnis, dass eine weite Praxis von Amnestiegesetzgebung auch für schwere Menschenrechtsverletzungen existiert: "(S)tate practice does not at present support an obligation to extradite or prosecute in all cases. Mr. David Lloyd ... put the matter as follows: 'It is submitted that while there is some support for the view that generally applicable rules of state immunity should be displaced in cases concerning infringements of jus cogens, e.g. cases of torture, this does not yet constitute a rule of public international law. In particular it must be particularly doubtful whether there exists a rule of public international law requiring states not to accord immunity in such circumstances. Such a rule would be inconsistent with the practice of many states.'"

<sup>72</sup> Beispielsfälle siehe *N. Roht-Arriaza*, *California Law Review* 78 (1990), 484, Fn. 187; *amnesty international*, a.a.O., 18-24 im Zusammenhang mit der dazu ergangenen Beurteilung durch internationale Organe.

<sup>73</sup> *A. Schlunck*, a.a.O., 17.

das den Nordirland-Konflikt beilegen soll, eine Amnestieklausel für vergangene Taten<sup>74</sup>. Und wie der südafrikanische Verfassungsrichter Mahomed DP richtig herausgestellt hat, hält das II. Zusatzprotokoll der Genfer Konventionen, das den Umgang mit nicht-internationalen Konflikten regelt, in Art. 6 Abs. 5 am Ende der Feindseligkeiten “the broadest amnesty possible” für die anstrebenswerteste Lösung<sup>75</sup>.

#### 4. Lösungsversuch

Angesichts der divergierenden Ansichten über die völkergewohnheitsrechtliche Fundierung von Verfolgungs- und Bestrafungspflichten und der fehlenden Staatenpraxis auf der einen, der gesicherten Verpflichtung, elementare, völkergewohnheitsrechtlich garantierte Menschenrechte zu schützen auf der anderen Seite, könnte sich folgender vermittelnder Lösungsversuch anbieten:

Die völkergewohnheitsrechtliche Verankerung elementarer Menschenrechte bildet einen Kernbereich, in dem die *erga omnes*-Verpflichtung vom Staat verlangt, nicht untätig zu sein. Das bedeutet zwingend, dass eine sofortige, weite Amnestie unzulässig sein muss, weil eine Straflosigkeit ohne Feststellung von Verantwortung der Schutzverpflichtung diametral zuwiderläuft<sup>76</sup>. Der Staat muss daher ein Mindestmaß an Tätigwerden aufbringen, um seiner Schutzpflicht nachzukommen. Das bedeutet eine Pflicht, aufzuklären, wer verantwortlich für die vergangenen Menschenrechtsverletzungen ist. Denn ohne Wissen darüber, was geschehen ist, kann der Staat keine fundierte Entscheidung darüber treffen, wie er auf die Menschenrechtsverletzungen reagieren will.

Weitere Pflichten für den Staat außerhalb dieses Kernbereichs dagegen gibt das ungeschriebene Recht nicht her: Wegen des Gestaltungsspielraums, der dem Staat bei der Erfüllung seiner menschenrechtlichen Verpflichtungen gegeben ist, ist eine Verpflichtung zu Strafverfolgung und Strafvollzug nicht zu begründen. Wenn der Staat daher – entweder mit dem Mittel der Aufklärungskommissionen (der sogenannten Wahrheitskommissionen) oder dem Mittel der individuellen gerichtlichen Verfolgung – Klarheit über das Ausmaß und die Täter der Menschenrechtsverletzungen gewonnen hat, steht es ihm frei, zu welchen Mitteln der Ahndung er greift. Dabei wird es im Rahmen des ungeschriebenen Rechts

<sup>74</sup> A. Schlunck, a.a.O., 22.

<sup>75</sup> Wobei K. Ambos, a.a.O., 210 f., bedenkenswert einwendet, dass die Autoren des Protokolls damit Taten meinten, die notwendige Folge der kriegerischen Auseinandersetzung waren (was immer das genau sein mag), nicht jedoch Taten, die das humanitäre Völkerrecht verletzen, womit schwere Menschenrechtsverletzungen von der Amnestiemöglichkeit ausgeschlossen blieben.

<sup>76</sup> So auch D. Orentlicher, Yale Law Journal 100 (1991), 2601, Fn. 26; K. Ambos, a.a.O., 209.

bereits ausreichen, wenn der Bericht der Wahrheitskommission veröffentlicht wird<sup>77</sup> oder die Opfer durch allgemeine Hilfen kompensiert werden<sup>78</sup>. Soweit völkergewohnheitsrechtliche Verfolgungs- und Bestrafungspflichten wie etwa im Sonderfall des Völkermordes, bei dem weite Einigkeit darüber besteht, dass die Völkermordkonvention zu Völkergewohnheitsrecht erstarkt ist, sich ausnahmsweise feststellen lassen, wird nach der Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter auch eine Amnestie im klassischen Sinn oder eine Einzelfallbegnadigung nicht ausgeschlossen werden können<sup>79</sup>.

#### IV. Zusammenfassung

Neben den völkervertragsrechtlich gesicherten ausdrücklichen Verpflichtungen zur Strafverfolgung aus Völkermord- und Anti-Folter-Konvention lassen sich aus den verschiedenen Menschenrechtspakten mit ihren *respect and ensure*-Klauseln Verpflichtungen der Vertragsstaaten zur Aufklärung schwerer Menschenrechtsverletzungen ableiten, die sich im Einzelfall zur Verfolgungs- und sogar zur Bestrafungspflicht verdichten können. Dagegen wird man derzeit unter Auswertung von *opinio iuris* und Staatenpraxis im ungeschriebenen Recht mit ausreichender Sicherheit nur eine völkergewohnheitsrechtlich begründbare Aufklärungspflicht, nicht jedoch eine strafrechtliche Verfolgungs- oder gar eine Bestrafungspflicht, konstatieren können.

Hier bleibt die Entwicklung jedoch im Fluss. Angesichts der zunehmenden Tendenz der Weltgemeinschaft, schwere Menschenrechtsverletzungen nicht mehr klaglos hinzunehmen, mag es durchaus sein, dass wir ganz am Anfang eines langen Weges stehen, der zu einer Pflicht zur Bestrafung schwerer Menschenrechtsverletzungen auch außerhalb der menschenrechtlichen Vertragswerke führen wird.

<sup>77</sup> Dies sehen sogar die Verfechter einer Verfolgungspflicht, vgl. *N. Roht-Arriaza*, *California Law Review* 78 (1990), 509: "Investigation itself, and disclosure of the identities of those involved, can be a form of punishment."

<sup>78</sup> Vgl. *S. Ratner / J. Abrams*, a.a.O., 296: "The exact form of accountability is less important than the existence of some process for stigmatizing the offender and ensuring that political settlements and transitions take account of human rights abuses."

<sup>79</sup> So auch *Alejandro Artucio*, *Impunity and International Law*, 183, 196 f., in: *Justice not impunity*, International Commission of Jurists International Meeting on Impunity of Perpetrators of Gross Human Rights Violations, Genf, 1992. Siehe mit sehr differenzierender Argumentation *K. Ambos*, a.a.O., 209 ff. A.A. wohl *S. Ratner / J. Abrams*, a.a.O., 137, die bei vertraglich statuierten Bestrafungspflichten Amnestien als *contra legem* verstehen. Allerdings bleibt hier offen, ob dies auch für die sog. klassische Amnestie gilt, da *Ratner / Abrams* den Begriff in sehr umfassender Bedeutung verwenden.

## ABSTRACTS

### **Punish or Forget the Past in Dealing with Grave Violations of Human Rights**

By *Christiane Simmler*, Berlin

How to deal with grave violations of human rights (often committed by a prior regime) is a matter of much discussion: to punish the perpetrators seems as much a solution as to forget the past by the means of a blanket amnesty. It is easily forgotten that international law does provide legal standards in this field: Beside the Genocide Convention or Torture Convention which state an explicit duty to prosecute and punish perpetrators, the Interamerican Human Rights Court interpreted the “protect and ensure”-clause of the American Convention on Human Rights as obliging the state parties to impose appropriate punishment on those responsible for human rights violations. Other human rights covenants were interpreted less extensively, but still demand of the state parties to at least review all cases of human rights violations with the aim of establishing who is responsible. This duty to investigate is far from a duty to prosecute and punish the person responsible. Still, a blanket amnesty without a thorough case review would violate this obligation. In customary international law there exists no duty to punish human rights violations due to lack of consistent state practice. But the customary obligation *erga omnes* to protect essential human rights allows to state a duty to investigate grave human rights violation, corresponding with a ban on blanket amnesties.

### **Federalism in Latin America**

By *Francisco Fernández Segado*, Madrid

The article deals with the complexity of federalism in Latin America. After discussing theoretical approaches to what federalism as a constitutional principle stands for, the author describes its Latin American peculiarities, referring especially to Mexico, Brasil, Argentina and Venezuela. He analyses the relations between the federal state and its member states (resp. provinces), focussing on different comparative criteria: Participation in amendments and reforms of the federal constitution, range of autonomy, balance of diverging political interests, functions in forming the *volonté générale* by two models of bicameralism (US-