

Zuständigkeit des Gerichtshofs und Untersuchungspflichten – Luftschlag KunduzEMRK Art. 1, 2

1. Auch bei militärischen Auslandseinsätzen im Rahmen eines Mandats des UN-Sicherheitsrats außerhalb des Staatsgebiets der Konventionsstaaten ist es möglich, dass die Zuständigkeit des Gerichtshofs nach Art. 1 EMRK durch eine „hoheitliche Verbindung“ zwischen einem Konventionsstaat und den Angehörigen des Opfers eines Luftschlags entsteht.
2. Für die Annahme einer „hoheitlichen Verbindung“ bei einem Todesfall, der außerhalb der Hoheitsgewalt *ratione loci* und nicht während der Ausübung von extraterritorialer Hoheitsgewalt eintrat, reicht es nicht aus, dass eine strafrechtliche Ermittlung nach innerstaatlichem Recht in dem betroffenen Konventionsstaat – hier Deutschland – eingeleitet wird.
3. Eine „hoheitliche Verbindung“, die die Verfahrensgarantien aus Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) auslöst, kann auch in extraterritorialen Fällen aufgrund „besonderer Umstände“ vorliegen. Diese liegen hier deshalb vor, weil Deutschland sich für die Bundeswehr die alleinige Strafgewalt (auch) bei schwerwiegenden Straftaten während des Einsatzes in Afghanistan vorbehielt und außerdem sowohl nach dem humanitären Völkerrecht als auch nach innerstaatlichem Recht zu Ermittlungen verpflichtet war.
4. Das Bestehen einer „hoheitlichen Verbindung“ in Bezug auf die Verfahrensgarantien aus Art. 2 EMRK bedeutet nicht, dass die materielle Tat in die Hoheitsgewalt des betroffenen Konventionsstaats fällt oder dass die Tat diesem Staat zuzurechnen wäre.
5. Bei den Anforderungen an eine wirksame Ermittlung in einem Todesfall durch einen militärischen Luftschlag gibt es keine wesentlichen normativen Unterschiede zwischen den Maßstäben des humanitären Völkerrechts, die in diesem Fall infrage kommen, und denen der Konvention.
6. Da die verfahrensrechtlichen Pflichten aus Art. 2 EMRK in realistischer Weise angewandt werden müssen, betreffen die Beschränkungen für die Ermittlungsbehörden durch den bewaffneten Konflikt die Ermittlungen insgesamt, auch soweit sie in Deutschland durchgeführt wurden.
7. Da das BVerfG eine Einstellungsentscheidung der StA aufheben kann, standen dem Bf. mit dem Klageerzwingungsverfahren und der Verfassungsbeschwerde ausreichende Mittel zur Verfügung, um die Wirksamkeit der Ermittlungen überprüfen zu lassen. (Leitsätze der Bearbeiterin)

EGMR (Große Kammer), Urteil vom 16.2.2021 – 4871/16 (Hanan/Deutschland)

Zum Sachverhalt

Es geht um den Luftschlag auf zwei Tanklastwagen in Kunduz (Afghanistan), der am 4.9.2009 von Oberst *K*, einem Offizier der Bundeswehr, angeordnet wurde und zum Tod von Talibankämpfern und Zivilisten führte. Der Bf. ist Afghane und lebt in der Nähe von Kunduz; er beklagt den Tod seiner Söhne *Abdul Bayan* und *Nesarulla*, zwölf und acht Jahre alt.

Am 3.9.2009 entführten Aufständische zwei mit Treibstoff beladene Tanklastwagen und blieben später damit auf einer Sandbank im Fluss Kunduz stecken. Etwa sieben km Luftlinie entfernt befand sich das Feldlager des Provincial Reconstruction Teams (PRT) Kunduz, das einen Teil der durch den UN-Sicherheitsrat autorisierten internationalen Streitkräfte in Afghanistan (International Security Assistance Force – ISAF) bildete und in dem Bundeswehrkräfte eingesetzt waren. Der Generalbundesanwalt stellte später fest, dass eine nachrichtendienstliche Warnung vor einem geplanten Angriff auf das deutsche Feldlager mithilfe von mit Sprengstoff beladenen Kraftwagen

vorlag und es in den Monaten vor September 2009 zahlreiche Angriffe dieser Art in Afghanistan gegeben hatte. Nachdem Informationen durch ein Überwachungsflugzeug und einen einheimischen Informanten eingeholt worden waren, die dafür sprachen, dass sich nur Talibankämpfer vor Ort befanden, befahl Oberst *K*, der Kommandant der PRT Kunduz, in der Nacht die Bombardierung der Tanklastwagen durch zwei US-amerikanische F-15 Flugzeuge. Nach verschiedenen in der Folge angefertigten Berichten sowie nach den Feststellungen des Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestags zu diesem Vorfall wurden dabei nicht nur die Tanklastwagen zerstört, sondern auch zwischen 14 und 142 Menschen, darunter zwischen 14 und 113 Zivilisten, getötet. Außerdem wurden zwischen 10 und 33 Personen verletzt. Die genaue Anzahl der Opfer wurde nie festgestellt. Die Bundesregierung leistete freiwillige Zahlungen von 5.000 US-Dollar pro Person an die Familien von 91 Todesopfern und elf Verletzten.

Eine erste Aufklärung an der Abwurfstelle fand unmittelbar nach dem Luftschlag durch die F-15 Flugzeuge statt, ferner durch ein unbemanntes Fluggerät am nächsten Morgen um 8.00 Uhr. Später am Vormittag sandte der deutsche Brigadegeneral *V*, unter dessen Kommando Oberst *K* stand, ein Untersuchungsteam der deutschen Militärpolizei (Feldjäger) von Masar-i-Sharif nach Kunduz. Am Mittag des 4.9.2009 kam ein Team der PRT Kunduz an die Abwurfstelle. Es fand lediglich einige zerstörte Kraftwagen, jedoch keine Toten vor. Am 4. und 5.9.2009 besuchten Angehörige der PRT Kunduz, der deutschen Militärpolizei und des durch den Kommandeur von ISAF zur Untersuchung eingesetzten „Initial Action Team“ Krankenhäuser und Dörfer in der Region und befragten mehrere Personen, die den Luftschlag beobachtet hatten.

Am Tag des Luftschlags wurde die StA Potsdam informiert, die am 7.9.2009 vorläufige Ermittlungen aufnahm, die später an die StA

EGMR: Zuständigkeit des Gerichtshofs und Untersuchungspflichten –
Luftschlag Kunduz(NJW 2021, 1291)

1292

Dresden und danach an die GenStA Dresden abgegeben wurden, die ihrerseits am 5.11.2009 den Generalbundesanwalt um Übernahme bat. Der Generalbundesanwalt hatte bereits am 8.9.2009 vorläufige Ermittlungen eingeleitet. Am 12.3.2010 eröffnete er ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen Oberst *K* und Hauptfeldwebel *W*, das am 16.4.2010 ohne vorherige Anhörung des Bf. eingestellt wurde.

Gegen die Einstellung leitete der Bf. zunächst ein Klageerzwingungsverfahren bei dem *OLG Düsseldorf* ein, später erhob er eine Verfassungsbeschwerde zum *BVerfG*; beides blieb ohne Erfolg. Danach erhob er die vorliegende Beschwerde zum *EGMR*, die er ausdrücklich auf die verfahrensrechtlichen Garantien aus Art. 2 EMRK beschränkte.

Die *Große Kammer* hat aufgrund mündlicher Verhandlung v. 26.2.2020 am 16.2.2021 die Beschwerde überwiegend für zulässig erklärt und einstimmig festgestellt, dass Art. 2 EMRK unter seinem verfahrensrechtlichen Aspekt nicht verletzt ist.

Aus den Gründen

Entscheidend in diesem Verfahren waren zwei Fragen: Sind die Voraussetzungen von Art. 1 EMRK erfüllt, so dass eine Beschwerde zum *EGMR* überhaupt zulässig war? Wenn ja: Hat Deutschland bei der Untersuchung des Vorfalls seine verfahrensrechtlichen Pflichten aus Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) erfüllt?

I. Zulässigkeit

A. Die Zuständigkeit des Gerichtshofs *ratione personae* und *ratione loci*

1. Der Vortrag der Parteien und der beteiligten Dritten (zusammengefasst)

102– 131 Beide Parteien und die gem. Art. 36 EMRK beteiligten Vertragsstaaten (Dänemark, Frankreich, Norwegen, Schweden, Vereinigtes Königreich) sowie weitere Bet. (Menschenrechtszentrum der Universität von Essex, Open Society Justice Initiative, Institut für internationale Studien der katholischen Universität del Sacro Cuore in Mailand, Rights Watch [Vereinigtes Königreich]) tragen zu den Voraussetzungen des Art. 1 EMRK vor.

Zu der Zuständigkeit des *Gerichtshofs* *ratione personae* (Ist der Luftschlag Deutschland zuzurechnen?) beziehen sich die Regierung und die beteiligten Vertragsstaaten auf die Entscheidung des *EGMR* in Behrami und Behrami/Frankreich sowie Saramati/Frankreich, Deutschland und Norwegen (*EGMR [GK] NVwZ 2008, 645*), aus der sie die alleinige Zurechnung an die UN ableiten. Nach Ansicht des Bf. ist der Luftschlag dagegen Deutschland zuzurechnen, wenn man die Rechtsprechung des *Gerichtshofs* in der Sache Al-Jedda (*EGMR ECHR 2011 = NLMR 2011, 223 = BeckRS 2011, 25294*) einbezieht.

Zu der Zuständigkeit des *Gerichtshofs* *ratione loci* beziehen sich die Parteien und die beteiligten Vertragsstaaten auf die Rspr. des *EGMR* zur Hoheitsgewalt („jurisdiction/jurisdiction“) iSv Art. 1 EMRK durch die „wirksame Kontrolle über ein Gebiet“ oder „Gewalt und Kontrolle durch für den Staat handelnde Personen“ (zB *EGMR [GK] ECHR 2011 = NJW 2012, 283 – Al-Skeini ua/Vereinigtes Königreich; EGMR [GK] ECHR 2014 = NLMR 2014, 467 = NJOZ 2016, 76 – Jaloud/Niederlande; EGMR [GK] ECHR 2001-XII = NJW 2003, 413 – Bankovic ua/Belgien ua; EGMR [GK] ECHR 2010 = NJOZ 2011, 231 Medvedyev ua/Frankreich*). Außerdem setzen sie sich mit der Rechtsprechung des *EGMR* zu einer „hoheitlichen Verbindung“ („jurisdictional link“/„lien juridictionnel“) auf der Basis von „besonderen Umständen“ („special features“/„circonstance propre“) auseinander (*EGMR [GK] NLMR 2019, 13 = BeckRS 2019, 52734 – Güzelyurtlu ua/Zypern und Türkei; EGMR NLMR 2019, 296 = BeckRS 2019, 48874 – Romeo Castano/Belgien*). Während die Regierung die Übertragung der Argumentation in Güzelyurtlu wegen der Verschiedenheit der Fälle ablehnt, hebt der Bf. Argumente dieser Rechtsprechung hervor, die nach seiner Auffassung übertragen werden können.

Beide Parteien und die beteiligten Vertragsstaaten beschäftigen sich mit Abschnitt I, Unterabschnitt 3 des ISAF Truppenstatuts (ISAF Status of Forces Agreement), wonach ausschließlich die beteiligten Staaten gegenüber ihrem Personal bzgl. disziplinarisch und strafrechtlich relevanter Vorfälle bei diesem Einsatz in Afghanistan tätig werden. Während die Regierung und die beteiligten Vertragsstaaten dies als Immunitätsregelung gegenüber den afghanischen Behörden bezeichnen und hervorheben, dass es hier um die disziplinarische Gewalt der Staaten gegenüber ihren eigenen Soldaten gehe, kommt der Bf. zu dem Schluss, dass es sich um eine Regelung der Hoheitsgewalt nach Art. 1 EMRK handele, die auch im Zusammenhang mit der Anerkennung einer „hoheitlichen Verbindung“ durch „besondere Umstände“ eine Rolle spiele.

Die weiteren nach Art. 36 EMRK Drittbeteiligten betonen diejenigen Entwicklungen im Völkerrecht, die für eine großzügigere Anerkennung von menschenrechtlichen Pflichten auch außerhalb des Staatsgebiets des handelnden Staats sprechen.

2. Beurteilung des Gerichtshofs

a) Grundsätze

132 Der Bf. beruft sich ausschließlich auf die Verfahrensgarantien aus Art. 2 EMRK in Bezug auf die strafrechtlichen Ermittlungen zu dem Luftschlag, der seine beiden Söhne tötete. Der *Gerichtshof* hat kürzlich in dem Fall Güzelyurtlu ua ([*GK*] BeckRS 2019, 52734 = NLMR 2019, 13 = Güzelyurtlu ua/Zypern und Türkei) die Grundsätze einer „hoheitlichen Verbindung“ iSv Art. 1 EMRK für Fälle entwickelt, in denen eine Person außerhalb des Staatsgebiets des Konventionsstaats zu Tode kommt,

um dessen verfahrensrechtliche Pflichten aus Art. 2 EMRK es geht. Nach einer Zusammenfassung der wesentlichen Rspr. stellte der *Gerichtshof* fest:

„Die Konzeption des Gerichtshofs

[188] Im Lichte der oben angeführten Rechtsprechung wird Folgendes deutlich. Wenn die Ermittlungsbehörden eines Konventionsstaats ein eigenes Ermittlungsverfahren nach innerstaatlichem Recht in Bezug auf einen Todesfall einleiten, der sich außerhalb der Hoheitsgewalt dieses Staats ereignete (zB nach dem Weltrechtsprinzip oder wenn Täter oder Opfer Staatsangehörige des betroffenen Staats sind), genügt die Einleitung dieses Verfahrens, um eine hoheitliche Verbindung iSv Art. 1 zwischen dem Staat und den Angehörigen des Opfers, die später eine Beschwerde zu dem *Gerichtshof* einreichen, herzustellen (s. mutatis mutandis, *EGMR* NJOZ 2008, 1086 Nr. 54–55 – Markovic ua/Italien).

[189] Diese Konzeption entspricht auch dem Wesen der verfahrensrechtlichen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK, eine wirksame Ermittlung durchzuführen. Diese hat sich zu einer eigenen unabhängigen Verpflichtung entwickelt, auch wenn sie durch die Verletzung des materiellen Rechts auf Leben ausgelöst wird (s. *EGMR* [GK] Ur. v. 9.4.2009 – 7146/01, Nr. 159 – Silih/Slowenien; [GK] 55508/07 und 29520/09, ECHR 2013 Nr. 132 – Janowiec ua/Russland). Daher kann man sie als eigenständige Verpflichtung aus Art. 2 EMRK ansehen, der der Staat auch dann unterliegen kann, wenn der Todesfall

EGMR: Zuständigkeit des Gerichtshofs und Untersuchungspflichten –
Luftschlag Kunduz(NJW 2021, 1291)

1293

außerhalb seiner Hoheitsgewalt eintrat (s. mutatis mutandis Silih, wie vor, Nr. 159, im Verhältnis zur Zulässigkeit *ratione temporis*).

[190] Wenn nach innerstaatlichem Recht keine Ermittlungen in Bezug auf einen Todesfall außerhalb der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaats eingeleitet worden sind, muss der *Gerichtshof* entscheiden, ob dennoch eine hoheitliche Verbindung angenommen werden kann, die zu der Geltung der verfahrensrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 2 EMRK für den Konventionsstaat führt. Obwohl die verfahrensrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 2 EMRK grundsätzlich nur dann für einen Konventionsstaat gelten, wenn die verstorbene Person sich zur Zeit ihres Todes in seiner Hoheitsgewalt befand, können „besondere Umstände“ nach den in der Sache Rantsev entwickelten Grundsätzen (*EGMR* ECHR-I [Auszüge] = NJW 2010, 3003 Nr. 243–244 – Rantsev/Zypern und Russland) ein Abweichen von dieser Konzeption rechtfertigen. Allerdings ist der *Gerichtshof* nicht verpflichtet, abstrakt zu definieren, welche „besonderen Umstände“ eine hoheitliche Verbindung in Bezug auf die verfahrensrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 2 EMRK hervorrufen, da diese Umstände von den besonderen Gegebenheiten jedes Falls abhängen und sich deutlich unterscheiden können.

133 Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf den Fall Güzelyurtlu befand der *Gerichtshof*, eine „hoheitliche Verbindung“ zwischen den Bf., die sich wegen des Todes ihrer Angehörigen in dem von der zypriotischen Regierung kontrollierten Teil Zyperns auf die Verfahrensgarantien aus Art. 2 EMRK beriefen, und der Türkei bestehe aus zwei Gründen, wobei jeder dieser Gründe für sich genommen ausgereicht hätte, um eine hoheitliche Verbindung in diesem Fall hervorzurufen (*EGMR* [GK] NLMR 2019, 13 = BeckRS 2019, 52734 Nr. 191–196 – Güzelyurtlu ua/Zypern und Türkei). Erstens hatten die Behörden der „Türkischen Republik Nordzypern“ („TRNC“) eigene strafrechtliche Ermittlungen zu dem Mord an den Angehörigen der Bf. angestrengt, wodurch den Gerichten der „TRNC“ die Zuständigkeit zur strafrechtlichen Verfolgung der Personen, die die Straftaten begangen hatten, zukam, unabhängig davon, wo diese auf der Insel Zypern aufgefunden worden wären. Dadurch entstand eine Verantwortung der Türkei aus der Konvention. Außerdem entstand eine hoheitliche Verbindung aufgrund von zwei besonderen Umständen in Zypern: (i) Der nördliche Teil Zyperns war unter der effektiven Kontrolle der Türkei im Sinne der Konvention, was ein Abweichen von der

grundsätzlichen Konzeption, die in der Sache Rantsev/Zypern und Russland (*EGMR* ECHR 2010 in Auszügen = NJW 2010, 3003) entwickelt wurde, rechtfertigte und daher die verfahrensrechtliche Verpflichtung der Türkei aus Art. 2 EMRK hervorrief und (ii) war den türkischen und „TRNC“ Behörden bekannt, dass die Verdächtigen sich in dem von der Türkei kontrollierten Gebiet Zyperns aufhielten, was (das südliche) Zypern daran hinderte, seine Verpflichtungen aus der EMRK zu erfüllen.“

b) *Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall*

134 Die deutschen Behörden nahmen nach innerstaatlichem Recht strafrechtliche Ermittlungen zu dem Tod der Söhne des Bf. und anderer Zivilpersonen durch den Luftschlag bei Kunduz am 4.9.2009 auf.

135 Ohne die Grundsätze des Urteils in der Sache Güzelyurtlu und ihre damalige Anwendung infrage zu stellen, liegen wesentliche Unterschiede zwischen jenem und dem jetzigen Fall vor. Der Grundsatz, dass die Einleitung von innerstaatlichen strafrechtlichen Ermittlungen im Hinblick auf einen Todesfall, der außerhalb der Hoheitsgewalt *ratione loci* und nicht während der Ausübung von extraterritorialer Hoheitsgewalt eintrat, für sich allein genommen ausreicht, um eine hoheitliche Verbindung zwischen diesem Staat und den Angehörigen des Opfers, die eine Beschwerde beim *EGMR* einreichen, herzustellen (s. *EGMR* [GK] NLMR 2019, 13 = BeckRS 2019, 52734 Nr. 188, 191 und 196 – Güzelyurtlu ua/Zypern und Türkei), ist auf den hier vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar. Der Unterschied zu Güzelyurtlu ua liegt darin, dass die Todesfälle, die von den deutschen Ermittlungsbehörden untersucht wurden, im Zusammenhang mit einem militärischen Auslandseinsatz im Rahmen eines Mandats des Sicherheitsrats der UN nach Kapitel VII der UN-Charta außerhalb des Staatsgebiets der Konventionsstaaten eintraten. Der *Gerichtshof* berücksichtigt damit auch die Bedenken der Regierung und der drittbeteiligten Staaten, dass eine hoheitliche Verbindung, die ausschließlich auf der Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens beruht, Staaten davon abhalten könnte, innerstaatliche Ermittlungsverfahren in Bezug auf Todesfälle bei militärischen Auslandseinsätzen anzustrengen und zu einer ungleichen Anwendung der Konvention durch die an demselben militärischen Auslandseinsatz teilnehmenden Vertragsstaaten führen könnte. Wenn allein die Tatsache, dass ein innerstaatliches strafrechtliches Ermittlungsverfahren in Bezug auf irgendeinen Todesfall irgendwo in der Welt eingeleitet wird, ausreichend wäre, um eine hoheitliche Verbindung herzustellen, ohne dass zusätzliche Voraussetzungen hinzutreten müssten, würde dies den Anwendungsbereich der Konvention übermäßig ausweiten.

136 Allerdings hat der *Gerichtshof* in dem Fall Güzelyurtlu ua eine hoheitliche Verbindung auch aufgrund von „besonderen Umständen“ festgestellt. Solche besonderen Umstände (...) könnten eine hoheitliche Verbindung hervorrufen, die die Verfahrensgarantien aus Art. 2 EMRK auslöst, sogar dann, wenn kein strafrechtliches Ermittlungsverfahren in dem Vertragsstaat zu dem Todesfall außerhalb seiner Hoheitsgewalt eingeleitet wurde (*EGMR* [GK] NLMR 2019, 13 = BeckRS 2019, 52734 Nr. 190 – Güzelyurtlu ua/Zypern und Türkei). Dies ist auch auf extraterritoriale Situationen außerhalb des Geltungsgebiets der Konvention (s. *mutatis mutandis*, *EGMR* NJOZ 2008, 1086 Nr. 54–55 – Markovic ua/Italien) und bei Vorfällen während aktiver Kämpfe in einem bewaffneten Konflikt (*EGMR* [GK] Ur. v. 21.1.2021 – 38263/08, BeckRS 2021, 389 Nr. 329–332 – Georgien/Russland [II]) anwendbar.

137 Im vorliegenden Fall war Deutschland erstens aufgrund des humanitären Völkergewohnheitsrechts verpflichtet, den Luftschlag zu untersuchen, da es um die individuelle strafrechtliche Verantwortung von Angehörigen der Bundeswehr für ein mögliches Kriegsverbrechen ging (s. vor allem Regel 158 der Studie zu den gewohnheitsrechtlichen Regeln des humanitären Völkerrechts der Internationalen Kommission vom Roten Kreuz; [...]). Dass eine völkerrechtliche Ermittlungspflicht besteht, was hier auch von dem bekl. Staat bejaht wurde, zeigt die Schwere der

angeblichen Straftat (s. auch *EGMR [GK]* Urt. v. 21.1.2021 – 38263/08, BeckRS 2021, 389 Nr. 331 Georgien/Russland [II]).

138 Zweitens waren die afghanischen Behörden aus Rechtsgründen daran gehindert, selbst Ermittlungsverfahren gegen Oberst *K* und Hauptfeldwebel *W* wegen der angeblichen Straftaten einzuleiten. Durch Abschnitt I Unterabschnitt 3 des ISAF Truppenstatuts hatten sich die beitragenden Staaten die ausschließliche Disziplinar- und Strafverfolgungsgewalt über ihr Personal (...) vorbehalten (...), wie es der üblichen Praxis der teilnehmenden Staaten bei von den

EGMR: Zuständigkeit des Gerichtshofs und Untersuchungspflichten –
Luftschlag Kunduz(NJW 2021, 1291)

1294

UN autorisierten militärischen Einsätzen entspricht. Die Regierung und die beteiligten Konventionsstaaten haben dies als eine Immunitätsregelung bezeichnet. Dies trifft zu, soweit es ISAF-Personal aus den beteiligten Staaten vor der Verfolgung durch afghanische Behörden schützt. Allerdings ist es, wie der Bf. vorträgt, auch eine Regelung über die Hoheitsgewalt: Sie stellt klar, wer die Hoheitsgewalt über das ISAF-Personal in Strafsachen hat und regelt, dass nur die beteiligten Staaten berechtigt sind, strafrechtliche Ermittlungen gegen Personal, dass sie ISAF zur Verfügung gestellt haben, einzuleiten, sogar bei Kriegsverbrechen. Üben die teilnehmenden Staaten ihre Strafverfolgungsgewalt nicht aus, wenn Angehörige ihrer Truppen (...) verdächtig sind, Straftaten begangen haben, könnte dies zur Straffreiheit auch bei Taten führen, die durch Völkerrecht unter Strafe gestellt sind.

139 Drittens waren die deutschen Ermittlungsbehörden, wie die Regierung bestätigte, auch durch innerstaatliches Recht verpflichtet, Ermittlungen einzuleiten. Die Ermittlungen wurden durch den Generalbundesanwalt durchgeführt, weil sie die mögliche Verantwortung von Oberst *K* und Hauptfeldwebel *W*, beide deutsche Staatsangehörige, ua für ein Kriegsverbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch betrafen. Der Generalbundesanwalt ist für die Verfolgung von Taten nach diesem Gesetzbuch, die dem Weltrechtsprinzip (...) und dem Grundsatz der Verfolgungspflicht unterfallen, allein zuständig (...). Nach innerstaatlichem Recht hätten die deutschen Behörden nur dann von den Ermittlungen absehen können, wenn die angebliche Straftat entweder durch ein internationales Gericht oder durch die Behörden des Tatorts oder des Staates, dessen Angehörige Opfer der Tat waren, verfolgt worden wäre (...). Die beiden zuletzt genannten Fälle waren hier ausgeschlossen, da Deutschland sich die ausschließliche Gerichtsbarkeit über Angehörige der Bundeswehr für jede Straftat, die diese in Afghanistan hätten begehen können, nach dem ISAF Truppenstatut vorbehalten hatte.

140 Das deutsche Völkerstrafgesetzbuch stellt schwerwiegende Taten unter Strafe. Das Gesetzbuch und die damit verbundenen Regelungen in der StPO wurden erlassen, damit nach der deutschen Ratifikation des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs deutsche Ermittlungen und Verfolgung dieser Taten möglich und Strafflosigkeit ausgeschlossen sein würden (...).

141 Nach den dem *Gerichtshof* vorliegenden Informationen sind in der Mehrheit der Vertragsstaaten, die an militärischen Auslandseinsätzen teilnehmen, die zuständigen nationalen Behörden nach innerstaatlichem Recht verpflichtet, vermutete Kriegsverbrechen oder unnatürliche Todesfälle, die im Ausland durch Angehörige ihrer Truppen verursacht werden, zu untersuchen; dies wird als grundlegend eigenständige Ermittlungspflicht angesehen (...).

142 Dass Deutschland sich hier für die Bundeswehr die alleinige Strafgewalt bei schweren Straftaten vorbehielt, zu deren Verfolgung es außerdem nach internationalem und innerstaatlichem Recht verpflichtet war, begründet „besondere Umstände“, die zusammengenommen eine hoheitliche Verbindung iSv Art. 1 EMRK im Verhältnis zu der verfahrensrechtlichen Verpflichtung zu Ermittlungen aus Art. 2 EMRK hervorrufen.

143Der Bf. erstreckte seine Beschwerde nicht auf die Tat, die den Anlass zu der Ermittlungspflicht gab. Es muss daher nicht geprüft werden, ob auch in Bezug auf die materielle Verpflichtung aus Art. 2 EMRK eine hoheitliche Verbindung iSv Art. 1 EMRK besteht. Jedenfalls bedeutet das bloße Bestehen einer hoheitlichen Verbindung in Bezug auf die Verfahrensgarantien aus Art. 2 EMRK nicht, dass die materielle Tat in die Hoheitsgewalt des Vertragsstaats fällt oder dass diese Tat diesem Staat zuzurechnen wäre. Dies hebt der *Gerichtshof* hervor.

144Dem entsprechend ist hier die Prüfung auf die Ermittlungshandlungen und Versäumnisse der Bundeswehr in Afghanistan, die entsprechend der nach dem ISAF Truppenstatut vorbehaltenen (...) Straf- und Disziplinargerichtsbarkeit (...) über die Bundeswehr vorgenommen wurden, und auf die Handlungen und Unterlassungen der Ermittlungsbehörden und Gerichte in Deutschland beschränkt. Diese können unter der Verantwortung Deutschlands nach der Konvention stehen (vgl. *EGMR [GK]* ECHR 2014 Nr. 154 – 155 = NLMR 2014, 467 = NJOZ 2016, 76 – Jaloud/Niederlande).

145Dem *Gerichtshof* ist bewusst, dass Deutschlands rechtliche Möglichkeiten, Ermittlungen in Afghanistan durchzuführen, beschränkt waren, und dass die Todesfälle, die zu untersuchen waren, sich im Zusammenhang mit aktiven Feindseligkeiten ereigneten. Dies schließt jedoch nicht von vornherein aus, dass weitere Ermittlungsmaßnahmen, auch in Afghanistan, erforderlich gewesen wären, auch mit den Mitteln der internationalen Rechtshilfe und der modernen Technologie. Die besonderen Schwierigkeiten der deutschen Behörden bei den Ermittlungen beziehen sich auf Umfang und Inhalt der Verfahrenspflichten aus Art. 2 EMRK und damit auf die Begründetheit der Beschwerde (s. *EGMR [GK]* NLMR 2019, 13 = BeckRS 2019, 52734 Nr. 197 – Güzelyurtlu ua/Zypern und Türkei).

B. Weiterer Einwand der Regierung (zusammengefasst)

146– 153Die Regierung hält die Beschwerde in Bezug auf die behauptete fehlende Unabhängigkeit der Ermittler sowohl in Afghanistan als auch in Deutschland und in Bezug auf die nach Ansicht des Bf. fehlende angemessene Förderung des Verfahrens für unzulässig, da dies nicht hinreichend im Verfassungsbeschwerdeverfahren und im Klageerzwingungsverfahren vorgetragen und daher der innerstaatliche Rechtsweg nicht erschöpft worden sei. Der *Gerichtshof* stellt fest, dass der Bf. in seiner Verfassungsbeschwerde den Verlauf der Ermittlungen, auch in Bezug auf die Förderung des Verfahrens und die Unabhängigkeit der Ermittler in Afghanistan, ausreichend beschrieben hat, so dass insoweit die innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft wurden. Das gilt allerdings nicht für die Unabhängigkeit der Ermittlungen in Deutschland, zu der nicht in der Verfassungsbeschwerde vorgetragen wurde. Jedoch ist die Beschwerde in diesem Punkt schon deshalb unzulässig, weil sie offensichtlich unbegründet ist. Da der Generalbundesanwalt allein für die Ermittlungen zuständig war, waren Kontakte zwischen der GenStA Dresden und dem Bundesverteidigungsministerium (BMVg) nicht geeignet, die Unabhängigkeit der Ermittlungen anzugreifen. Dafür, dass das BMVg versucht hat, den Generalbundesanwalt zu beeinflussen, gibt es keine Anzeichen. Da es unstrittig keine Weisung des BMJV an den Generalbundesanwalt gab, ist auch die abstrakt bestehende Weisungsmöglichkeit ohne Bedeutung.

EGMR: Zuständigkeit des Gerichtshofs und Untersuchungspflichten –
Luftschlag Kunduz(NJW 2021, 1291)

1295

Mit Ausnahme der Rüge, die Ermittlungen in Deutschland seien nicht unabhängig durchgeführt worden, erklärt der *Gerichtshof* die Beschwerde für zulässig.

II. Begründetheit

154Der Bf. rügt, gestützt auf die Verfahrensgarantien aus Art. 2 EMRK, dass die Ermittlungen im Anschluss an den Luftschlag (...) nicht wirksam waren. Außerdem (...) beschwert er sich, dass ihm entgegen Art. 13 iVm Art. 2 EMRK kein effektiver Rechtsbehelf zur Verfügung stand, um die

Einstellung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens durch den Generalbundesanwalt überprüfen zu lassen.

155 Da Kern der Beschwerde ist, dass keine Person für den Tod der Söhne des Bf. strafrechtlich verantwortlich gemacht wurde, ist es angemessen, die Beschwerde ausschließlich an Art. 2 EMRK unter seinem verfahrensrechtlichen Aspekt zu prüfen (s. *EGMR [GK] NLMR 2016, 315* – Armani Da Silva/Vereinigtes Königreich und *NJW 2018, 3763* Nr. 45 – Hentschel u. Stark).

A. Der Vortrag der Parteien (zusammengefasst)

156– 192 Der Bf. trägt vor, dass die Ermittlungen nicht den Maßstäben von Art. 2 EMRK genügten (*wird ausgeführt*).

B. Drittbeteiligte (zusammengefasst)

193– 197 Einige der beteiligten Vertragsstaaten (Frankreich, Norwegen, Vereinigtes Königreich) weisen besonders auf die Rolle des humanitären Völkerrechts als *lex specialis* in bewaffneten Konflikten hin, die sich auch auf den Inhalt der Untersuchungspflicht auswirke. Außerdem halten sie es für richtig, die realen Bedingungen eines militärischen Einsatzes zu berücksichtigen. Die weiteren Bet. sind der Meinung, dass das humanitäre Völkerrecht auch in militärischen Konflikten die Geltung der Menschenrechte nicht verdränge.

C. Beurteilung durch den Gerichtshof

1. Grundsätze

198 In den deutschen Verfahren ging man davon aus, dass der Luftschlag, der die beiden Söhne des Bf. tötete, in einem nicht internationalen bewaffneten Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts erfolgte. Die Regierung trug vor, dass das humanitäre Völkerrecht den angemessenen Maßstab zur Bewertung der Pflichten Deutschlands in der konkreten Situation enthalte, entsprechend der Herangehensweise des *Gerichtshofs* im Fall Hassan (*EGMR [GK] ECHR 2014 – VI Nr. 96–107 = NLMR 2014, 389 = NJOZ 2016, 351* – Hassan/Vereinigtes Königreich). Das Recht, gem. Art. 15 EMRK von den Maßstäben der Konvention abzuweichen, hatte die Regierung nicht genutzt.

199 Es gibt keine wesentlichen normativen Unterschiede bzgl. der Anforderungen an eine wirksame Ermittlung zwischen den Regeln des humanitären Völkerrechts, die hier anwendbar sind, und denen der Konvention. Es reicht daher aus, den vorliegenden Fall anhand der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* zu Art. 2 EMRK zu prüfen. Die Frage, ob es hier möglich ist, den Zusammenhang mit dem humanitären Völkerrecht und dessen Regeln bei der Anwendung und Auslegung der Konvention heranzuziehen, auch wenn keine formelle Erklärung der Abweichung von den Maßstäben der Konvention nach Art. 15 EMRK vorliegt, kann daher dahinstehen (*EGMR [GK] ECHR 2014 – VI Nr. 98 ff. = NLMR 2014, 389 = NJOZ 2016, 351* – Hassan/Vereinigtes Königreich).

200 Da die verfahrensrechtlichen Pflichten aus Art. 2 EMRK in realistischer Weise angewandt werden müssen (s. *EGMR [GK] ECHR 2011 Nr. 168 = NJW 2012, 283* – Al-Skeini ua/Vereinigtes Königreich), betreffen die Herausforderungen und Beschränkungen für die Ermittlungsbehörden durch den Umstand, dass die Todesfälle während aktiver Feindseligkeiten in einem (extraterritorialen) bewaffneten Konflikt eintraten, die Ermittlungen als Ganzes. (...) Dem entsprechend sind an die Ermittlungen (...) in Deutschland die Maßstäbe anzulegen, die für Ermittlungen bei Todesfällen in extraterritorialen bewaffneten Konflikten anerkannt sind, wie sie in Al-Skeini (wie vor, Nr. 163–167) dargelegt und in Jaloud (*EGMR [GK] ECHR 2014 Nr. 186 = NLMR 2014, 467 = NJOZ 2016, 76* – Jaloud/Niederlande) bestätigt worden sind.

201 Mit welchen Ermittlungsmaßnahmen die Zwecke von Art. 2 EMRK erreicht werden können, hängt von den Umständen ab (...).

202Nach Art. 2 EMRK muss eine „wirksame“ Ermittlung zunächst angemessen sein (s. *EGMR [GK]* 52391/99, ECHR 2007-II Nr. 324 – Ramsahai ua/Niederlande und *EGMR [GK]* NLMR 2016, 315 Nr. 291–292, 233 – Armani Da Silva/Vereinigtes Königreich). (...) Die Behörden müssen alle vernünftigen Ermittlungsmaßnahmen treffen, die zur Verfügung stehen, um die Beweise bzgl. des Vorfalls zu sichern (...).

203Vor allem müssen die Ergebnisse der Ermittlungen auf einer gründlichen, objektiven und unparteiischen Analyse aller relevanten Elemente beruhen (*wird ausgeführt*).

204 Wenn die zu untersuchenden Todesfälle sich in Situationen mit allgemeiner Gewalt, bewaffneten Konflikten oder Aufständen ereignen, können die Ermittler natürlichen Hindernissen gegenüberstehen und (...) durch konkrete Einschränkungen gezwungen werden, weniger effektive Ermittlungsmaßnahmen zu nutzen oder eine Verzögerung (...) hinzunehmen (*EGMR [GK]* ECHR 2011 Nr. 164 = NJW 2012, 283 – Al-Skeini ua/Vereinigtes Königreich; s. auch *EGMR* Ur. v. 27.7.2996 – 6948/01 Nr. 121 Bazorkina/Russland). Dennoch enthält Art. 2 EMRK die Verpflichtung, dass auch in schwierigen Sicherheitslagen alle vernünftigen Ermittlungsmaßnahmen getroffen werden (...) (s. Al-Skeini ua, wie vor, Nr. 164).

205 Die Ermittlungen müssen breit genug angelegt sein, damit die ermittelnden Behörden nicht nur das Verhalten der für den Staat handelnden Personen, die unmittelbar tödlichen Zwang ausübten, sondern auch alle sonstigen Umstände in Betracht ziehen können. (...) Das schließt die Planung und Kontrolle der in Rede stehenden Maßnahmen ein (...) (vgl. *EGMR [GK]* ECHR 2011 Nr. 163 = NJW 2012, 283 – Al-Skeini ua/Vereinigtes Königreich). Das erfordert eine angemessene Vernehmung der Soldaten, die prima facie an dem Vorfall beteiligt waren (s. *EGMR* Entsch. v. 24.4.2003 – 24351/94, ECHR 2003-V [Auszüge] Nr. 306 – Aktas/Türkei).

206 Um die Wirksamkeit von Ermittlungen bei einem angeblichen Tötungsdelikt durch für den Staat handelnde Personen zu sichern, kann es in der Regel als erforderlich angesehen werden, dass die verantwortlichen ermittelnden Personen unabhängig von denjenigen sind, die in die untersuchten Vor-

EGMR: Zuständigkeit des Gerichtshofs und Untersuchungspflichten –
Luftschlag Kunduz(NJW 2021, 1291)

1296

fälle verwickelt waren. Das bedeutet nicht nur, dass hierarchische oder institutionelle Verbindungen ausgeschlossen sein müssen, sondern es muss auch eine praktische Unabhängigkeit bestehen (s. *EGMR [GK]* NLMR 2016, 315 Nr. 232 – Armani Da Silva/Vereinigtes Königreich und *EGMR [GK]* ECHR 2011 = NJW 2012, 283 Nr. 167 – Al-Skeini ua/Vereinigtes Königreich).

207Auch zügiges Handeln und eine vernünftige Förderung des Verfahrens gehören dazu (...).

208Auch eine ausreichende öffentliche Kontrolle der Ermittlungen ist erforderlich, wobei deren Ausmaß von Fall zu Fall verschieden sein kann. Die Ermittlungen müssen für die Familie des Opfers zugänglich sein, soweit dies erforderlich ist, damit sie ihre berechtigten Interessen wahren kann (s. *EGMR [GK]* NLMR 2016, 315 Nr. 235 = NJW 2018, 3763 – Armani Da Silva/Vereinigtes Königreich und *EGMR [GK]* ECHR 2011 Nr. 167 = NJW 2012, 283 – Al-Skeini ua/Vereinigtes Königreich). (...) Das Ergebnis der Ermittlungen muss dem nächsten Angehörigen ordnungsgemäß bekannt gegeben werden (s. *EGMR* Ur. v. 29.5.2012 – 36150/04 Nr. 87 – Damayev/Russland).

209Die Angemessenheit der Ermittlungsmaßnahmen, die zügige Durchführung der Ermittlungen, die Einbeziehung der Familie des Verstorbenen und die Unabhängigkeit der Ermittlungen sind miteinander verbunden und kein Element führt für sich allein zu einem Ergebnis. Es handelt sich um Kriterien, die zusammengenommen eine Aussage über das Maß der Wirksamkeit einer Ermittlung ermöglichen (...) (s. *EGMR [GK]* NLMR 2015, 97 = BeckRS 2015, 131045 Nr. 225 – Mustafa Tunc und Fecire Tunc).

210 Art. 2 EMRK beinhaltet nicht das Recht auf Verfolgung oder Verurteilung einer Person wegen einer Straftat (s. *EGMR* Entsch. v. 30.8.2016 – 49037/15 Nr. 117 – Mustafić-Mujić ua/Niederlande; *EGMR* [GK] NLMR 2016, 315 Nr. 238 – Armani Da Silva/Vereinigtes Königreich). (...)

2. Anwendung auf den vorliegenden Fall

a) Angemessenheit

211 Zu Beginn ist festzuhalten, dass die strafrechtlichen Ermittlungen den Tod der beiden Söhne des Bf. durch den Luftschlag, den Oberst *K* am 4.9.2009 anordnete, feststellten. Es ist unstreitig, dass die Tanklastwagen, die Ziel des Luftschlags waren, entführt wurden und in der Hand von Aufständischen waren, und dass es Opfer aus der Zivilbevölkerung gab. Die Ursache für den Tod der Söhne des Bf. und die Personen, die dafür verantwortlich waren, waren von Anfang an bekannt (vgl. die anderen Umstände in *EGMR* [GK] ECHR 2014 = NLMR 2014, 467 = NJOZ 2016, 76 – Jaloud/Niederlande).

212 Der Generalbundesanwalt kam vor allem deshalb zu dem Ergebnis, dass Oberst *K* nicht strafrechtlich verantwortlich war, weil dieser bei dem Befehl zur Ausführung des Luftschlags überzeugt war, dass sich keine Zivilisten an der Sandbank aufhielten. Er handelte daher ohne den Vorsatz, unverhältnismäßige Opfer aus der Zivilbevölkerung zu verursachen. Dies wäre aber erforderlich gewesen, um ihn nach den einschlägigen Regelungen des Völkerstrafgesetzbuchs für verantwortlich zu halten. Seine Verantwortung nach allgemeinem Strafrecht wurde ausgeschlossen, weil der Luftschlag nach humanitärem Völkerrecht rechtmäßig gewesen sei. Hinsichtlich dieser letzten Frage beschäftigte sich der Generalbundesanwalt mit der Bedeutung der Begriffe „Aufständische“ und „Taliban“, wie sie in der Entscheidung genutzt wurden, und mit dem Status der Opfer des Luftschlags nach humanitärem Völkerrecht. Er kam zu dem Ergebnis, dass die bewaffneten Talibankämpfer, die die beiden Tanklastwagen entführt hatten, Mitglieder einer organisierten bewaffneten Gruppe waren, die eine Partei des bewaffneten Konflikts und daher legitime militärische Ziele waren. Damit waren diejenigen gemeint, die funktional in die organisierte bewaffnete Gruppe eingegliedert waren und dort ständig als Kämpfer fungierten. Alle Opfer des Luftschlags, die nicht Talibankämpfer waren, wurden als Zivilisten unter dem Schutz des humanitären Völkerrechts angesehen, einschließlich derer, die den Taliban halfen, die Tanklastwagen in der Sandbank zu befreien und derer, die versuchten, Treibstoff für ihre eigenen Zwecke zu erhalten.

213 Um die maßgeblichen Rechtsfragen zu der strafrechtlichen Verantwortung von Oberst *K* beantworten zu können, konzentrierten sich die Ermittlungen des Generalbundesanwalts im Wesentlichen auf zwei Tatsachenfragen: Die subjektive Beurteilung der Situation durch Oberst *K*, als er den Luftschlag anordnete, (...) und die Anzahl der Opfer.

214 Die deutschen allgemeinen Strafverfolgungsbehörden (...) waren nicht berechtigt, Ermittlungen in Afghanistan (...) durchzuführen, sondern hätten dazu auf internationale Rechtshilfe zurückgreifen müssen. Allerdings standen dem Generalbundesanwalt umfangreiche Materialien aus verschiedenen Quellen über die Umstände und die Folgen des Luftschlags zur Verfügung. Ihm lagen die Berichte der Ermittlungen vor Ort vor, die nach dem Luftschlag durchgeführt worden waren, einschließlich derjenigen der deutschen Militärpolizei sowie von ISAF, UNAMA (United Nations Assistance Mission in Afghanistan) und den afghanischen zivilen Behörden, ebenso wie die Dokumente (zB Fotografien zu Beweis Zwecken) und Protokolle der Besprechungen und Untersuchungen, die im Rahmen dieser Ermittlungen vor Ort durchgeführt worden waren (vgl. *EGMR* [GK] ECHR 2011 165 Nr. 310 = NVwZ 2011, 1441 – Giuliani u. Gaggio; *EGMR* NJOZ 2019, 458 Nr. 628–631 = NLMR 2017, 107 – Tagayeva ua/Russland; *EGMR* Entsch. v. 30.8.2016 – 49037/15, Nr. 102–106 – Mustafić-Mujić ua/Niederlande).

215 Der Generalbundesanwalt verhörte die Verdächtigen und die anderen Soldaten, die in dem Kommandozentrum gewesen waren und hielt ihre Aussagen, dass sie in der Annahme gehandelt hatte, nur Aufständische und keine Zivilpersonen seien an der Sandbank, für glaubwürdig. Er stellte fest, dass dies durch objektive Umstände (Abstand von bewohnten Häusern, Nachtzeit, Anwesenheit von bewaffneten Taliban) bestätigt wurde, weiterhin auch durch Beweise, die nicht manipuliert werden konnten, wie die Aufnahmen der Gespräche zwischen dem Kommandozentrum und den Piloten der amerikanischen F-15 Flugzeuge und die Wärmebildaufnahmen der Infrarotkameras der Flugzeuge, die sofort sichergestellt wurden. Der Generalbundesanwalt ermittelte, dass Oberst *K* mindestens sieben Mal mit dem Informanten telefonieren ließ, um zu klären, dass keine Zivilpersonen vor Ort waren, ferner, dass die Berichte des Informanten – der sich zuvor als zuverlässig erwiesen hatte – mit den Videoaufnahmen der Flugzeuge übereinstimmten. Zu diesem Zweck

EGMR: Zuständigkeit des Gerichtshofs und Untersuchungspflichten –
Luftschlag Kunduz(NJW 2021, 1291)

1297

vernahm er Hauptmann *X*, der als Einziger anwesend gewesen war, als die Berichte des Informanten übermittelt wurden.

216 Der *Gerichtshof* hat keinen Grund, an den Feststellungen des Generalbundesanwalts und des *BVerfG* zu zweifeln, dass durch die Vernehmung weiterer Zeugen keine zusätzlichen Erkenntnisse dazu, ob Oberst *K* mit Opfern aus der Zivilbevölkerung rechnete, (...) hätten gewonnen werden können. (...) Der *Gerichtshof* nimmt die Einschätzung des Generalbundesanwalts zur Kenntnis, dass die Zahl der zivilen Opfer nicht als Indizienbeweis für die subjektiven Erwartungen von Oberst *K* gewertet werden könne und dass die Anzahl der Personen, die zur Zeit des Luftschlags vor Ort waren, keinen Grund darstellt, um dessen Annahme, er habe es ausschließlich mit Talibankämpfern zu tun, infrage zu stellen (...).

217 Es gab auch keine Notwendigkeit, zusätzliche militärische Experten heranzuziehen oder die Situation in dem Kommandozentrum nachzustellen. Der ISAF Bericht wurde von militärischen Experten aus mehreren Staaten erstellt. Aufgrund dieses Berichts nahm der Generalbundesanwalt an, dass alle Vorsichtsmaßnahmen, die in der Situation möglich waren, unternommen worden waren und dass Oberst *K* keinen Grund hatte, die Anwesenheit von Zivilisten in der Nähe der Tanklastzüge anzunehmen, (...) und dass keine vorherige Warnung erforderlich war.

218 Unter normalen Umständen ist es für eine ordnungsgemäße Untersuchung eines Vorfalls, der eine hohe Anzahl von Opfern verursacht, essentiell, dass die genaue Zahl und der Status der Opfer durch den Einsatz tödlicher Gewalt festgestellt werden. Hier kam der Generalbundesanwalt unter Beachtung der voneinander abweichenden Ergebnisse der vorliegenden Berichte, der Methoden, mit denen sie erstellt wurden, und der erreichbaren Beweismittel, einschließlich des Videomaterials, zu dem Ergebnis, das wahrscheinlich ungefähr 50 Personen durch den Luftschlag verletzt oder getötet wurden, und dass wesentlich mehr Talibankämpfer als Zivilpersonen unter den Opfern waren. Der *Gerichtshof* erkennt an, dass eine genauere Beurteilung unter den Umständen nicht möglich erscheint, da der Luftschlag nachts in einer aktiven Kampfzone stattfand, die Toten durch die Bevölkerung innerhalb von Stunden mitgenommen wurden und die Verwendung moderner forensischer Methoden mit Blick auf die sozialen und religiösen Sitten der Bevölkerung schwierig war. Auf keinen Fall hatte die genaue Anzahl der zivilen Opfer Einfluss auf die rechtliche Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortung von Oberst *K*, die sich auf seine subjektive Beurteilung zur Zeit des Befehls zu dem Luftschlag konzentrierte. Unter diesen besonderen Umständen führte es nicht zu einem Mangel, der die Übereinstimmung der Ermittlungen mit den Standards der Konvention in Frage stellen könnte, dass die Behörden die genaue Anzahl und den Status der Opfer des Luftschlags nicht feststellten.

219 Im Lichte dieser Erwägungen stellt der *Gerichtshof* fest, dass die Tatsachen im Zusammenhang mit dem Luftschlag (...), einschließlich des Entscheidungsprozesses und der Abklärung des Ziels vor dem Befehl zur Ausführung (...), gründlich und verlässlich ermittelt wurden, um die Rechtmäßigkeit des Gebrauchs tödlicher Gewalt zu untersuchen.

220 Soweit der Bf. vorträgt, dass ihm kein effektiver Rechtsbehelf zur Verfügung stand, um die angenommene fehlende Wirksamkeit der Ermittlungen zu rügen, weist der *Gerichtshof* darauf hin, dass die Verfahrensgarantien aus Art. 2 EMRK nicht notwendig einen Rechtsbehelf gegen Ermittlungsmaßnahmen an sich beinhalten (s. *EGMR [GK] NLMR 2016, 315* Nr. 278–279 – *Armani Da Silva/Vereinigtes Königreich*). Die Regierung trägt vor, dass dem Bf. auf jeden Fall zwei effektive Rechtsbehelfe zur Verfügung standen (...): (i) zum einen das Klageerzwingungsverfahren vor dem *OLG* und (ii) sodann die Verfassungsbeschwerde.

221 Das *OLG* hielt den Klageerzwingungsantrag des Bf. für unzulässig; zwischen den Parteien ist streitig, ob die Zulässigkeitsvoraussetzungen überzogen waren. Die Prüfung der Zulässigkeit entsprach der ständigen Rechtsprechung der innerstaatlichen Gerichte in derartigen Verfahren. Auf jeden Fall führte das *OLG* eine umfassende Prüfung der Beweismittel, auf die sich der Bf. bezog, und der Entscheidung des Generalbundesanwalts durch. (...)

222 Das *BVerfG* prüfte die Wirksamkeit der Ermittlungen (...). Es hob ausdrücklich hervor, dass die Einstellungsentscheidung des Generalbundesanwalts nicht nur den Maßstäben des *BVerfG*, sondern auch den Voraussetzungen nach der ständigen Rechtsprechung des *Gerichtshofs* entsprach. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass das *BVerfG* eine Einstellungsentscheidung aufheben kann, kommt der *Gerichtshof* zu dem Ergebnis, dass der Bf. einen Rechtsbehelf zur Verfügung hatte, um die Wirksamkeit der Ermittlungen überprüfen zu lassen (s. *EGMR NJW 2018, 3763* Nr. 102 – *Hentschel u. Stark*).

b) *Zügiges Handeln, vernünftige Förderung des Verfahrens, Unabhängigkeit*

223 Der Vorwurf des Bf., die Aufklärung vor Ort sei verzögert und nicht unabhängig gewesen, muss vor dem Hintergrund der fortwährenden Feindseligkeiten in der Region des Luftschlags untersucht werden. Soldaten der PRT Kunduz, die um 12.34 Uhr vor Ort ankamen, um dort die Erstaufklärung vorzunehmen, wurden durch etwa 100 Mitglieder der afghanischen Sicherheitskräfte geschützt und gerieten dennoch unter Feuer. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu *Al-Skeini ua* und *Jaloud* (*EGMR [GK] ECHR 2011 = NJW 2012, 283* – *Al-Skeini ua/Vereinigtes Königreich*; *EGMR [GK] ECHR 2014 = NLMR 2014, 467 = NJOZ 2016, 76* – *Jaloud/Niederlande*), wo die zu untersuchenden Todesfälle sich nicht während einer Phase aktiver Feindseligkeiten in einem extraterritorialen bewaffneten Konflikt ereigneten. Unter diesen Umständen konnte bei realistischer Betrachtungsweise von der Bundeswehr eine frühere Aufklärung vor Ort nicht erwartet werden. Zwar könnte, wie durch den Bf. vorgetragen, eine zusätzliche Aufklärung vor der Besichtigung vor Ort durch eine Drohne möglich gewesen sein, der *Gerichtshof* kann jedoch nicht feststellen, ob dadurch eventuell Informationen hätten gesammelt werden können, die über das hinausgegangen wären, was bereits durch das unbemannte Fluggerät um etwa 8.00 Uhr an diesem Morgen ermittelt worden war. Während der *Gerichtshof* mit dem Bf. übereinstimmt, dass es im Hinblick auf die Unabhängigkeit vorzuziehen gewesen wäre, wenn die erste Beurteilung der Lage vor Ort nicht ausschließlich durch Angehörige der PRT Kunduz durchgeführt worden wäre, die unter dem Kommando von Oberst *K* standen, so hält er fest, dass das Untersuchungsteam der deutschen

EGMR: Zuständigkeit des Gerichtshofs und Untersuchungspflichten –
Luftschlag Kunduz (NJW 2021, 1291)

1298

Militärpolizei, das an diesem Morgen von Masar-i-Sharif abkommandiert worden war, noch nicht angekommen war, als die Aufklärung vor Ort durchgeführt wurde. Seine Teilnahme abzuwarten hätte

daher zu einer – wenn auch geringfügigen – Verzögerung geführt; das zeigt, wie zügige Ermittlung und Unabhängigkeit miteinander verbunden sind.

224 Da die verfahrensrechtlichen Pflichten aus Art. 2 EMRK realistisch verstanden werden müssen und die deutschen allgemeinen Strafverfolgungsbehörden nicht berechtigt waren, Ermittlungen in Afghanistan durchzuführen, führt die Tatsache, dass die deutsche Militärpolizei unter dem allgemeinen Kommando des deutschen ISAF Kontingents stand, nicht zu einem so weitgehenden Mangel der Unabhängigkeit, dass die Qualität ihrer Ermittlungen beeinträchtigt wäre (s. *EGMR [GK] ECHR* 2014 Nr. 189–190 = *NLMR* 2014, 467 = *NJOZ* 2016, 76 – Jaloud/Niederlande) (*wird ausgeführt*).

225 Allerdings hätte Oberst *K* nicht in die Ermittlungen in Afghanistan, einschließlich der Befragungen und Besuche am 4. und 5.9.2009, einbezogen werden dürfen, da die Ermittlungen seine eigene Verantwortung bei dem Befehl zu dem Luftschlag betrafen.

226 Jedoch führte diese Beteiligung von Oberst *K* allein nicht dazu, dass die Ermittlungen nicht wirksam waren (s. *EGMR [GK] NLMR* 2015, 97 Nr. 225 = *BeckRS* 2015, 131045 [engl. Fassung] – Mustafa Tunc und Fecire Tunc). Die Verantwortung für die strafrechtlichen Ermittlungen blieb bei (...) dem Generalbundesanwalt, der auf Material erheblichen Umfangs (...) zurückgreifen konnte und selbst weitere Ermittlungen durchführte (vgl. den Unterschied zu *EGMR [GK] ECHR* 2011 Nr. 153 u. 171 = *NJW* 2012, 283 – Al-Skeini ua/Vereinigtes Königreich). Von noch größerer Bedeutung ist, dass der Generalbundesanwalt sich in erster Linie auf Erkenntnisse über Oberst *K* subjektives Vorstellungsbild von den Tatsachen stützte (...), als er (... ihn) nicht für strafrechtlich verantwortlich hielt.

227 Unter diesen Umständen bestand bei realistischer Betrachtungsweise kein Risiko, dass die entscheidenden Beweise (...) verfälscht oder unzuverlässig waren. Das gilt auch für ein solches Risiko, das wegen (Oberst *Ks*) Beteiligung an bestimmten Ermittlungsschritten in Afghanistan unterstellt wurde, und für die späte Vernehmung von Oberst *K* und weiterer Soldaten (...) durch den Generalbundesanwalt. Hier liegt ein entscheidender Unterschied zwischen dem vorliegenden Fall und Jaloud (wo es unklar blieb, wer die Schüsse abgegeben hatte, die den Sohn des Bf. töteten) und Al-Skeini ua (wo wesentliche Umstände des Todes der Angehörigen der ersten fünf Bf. unklar blieben).

228 Der Bf. rügt Mängel bei der zügigen Durchführung der Ermittlungen (...) in Deutschland. Der Leitende Rechtsberater im Einsatzführungskommando der Bundeswehr informierte am Tag des Luftschlags die Potsdamer Staatsanwaltschaft. Diese nahm drei Tage später vorläufige Ermittlungen auf, die letztlich an den Generalbundesanwalt übergeben wurden, der parallel dazu am 8.9.2009 vorläufige Ermittlungen aufgenommen hatte, vier Tage nach dem Luftschlag. Damit eröffneten die zuständigen deutschen Behörden Ermittlungen zu dem Luftschlag (...) zügig nachdem die mögliche Tötung von Zivilisten bekannt geworden war.

229 Mit Blick auf die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden während der vorläufigen Ermittlungen (...), die durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen und die weiterverfolgten Ermittlungsaktivitäten (...) ist es zwar bedauerlich, aber kein Mangel der Wirksamkeit der Ermittlungen, dass diese ungefähr sechs Monate im vorläufigen Stadium blieben, bis sie am 12.3.2010 förmlich eröffnet wurden.

c) Beteiligung des nächsten Angehörigen und öffentliche Kontrolle

230 Am 12.4.2010 erstattete der Bf. eine Strafanzeige zu dem Tod seiner beiden Söhne und beantragte Akteneinsicht. Ungeachtet dessen stellte der Generalbundesanwalt die Ermittlungen vier Tage später ein, ohne den Bf. angehört zu haben oder seinem Anwalt Akteneinsicht zu ermöglichen. Mit Blick auf die Beteiligung des Bf. (...) könnte das auf den ersten Blick problematisch erscheinen;

immerhin trug er vor, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass er wesentliche Informationen besitze (...).

231Allerdings verlangten ordnungsgemäße Ermittlungen in diesem Fall nicht, dass der Bf. als Zeuge vernommen wurde, bevor die Ermittlungen eingestellt wurden. Es bestand kein Zweifel, dass die beiden Söhne des Bf. durch den Luftschlag (...) getötet worden waren, und der Bf. wäre mit Blick auf die Gründe des Generalbundesanwalts für die Einstellung nicht in der Lage gewesen, zusätzliche Erkenntnisse zu der Beurteilung der Strafbarkeit von Oberst K beizusteuern. Auch machte der Anwalt des Bf. keine weiteren Ausführungen über die zusätzlichen wesentlichen Informationen, die der Bf. angeblich besaß (...). Das *OLG* befand (...), dass der Bf. keine geeigneten Beweise bzw. gar keine Beweise zu einigen zulasten der Verdächtigen vorgetragenen Punkten angeboten habe (...).

232Außerdem prüfte der Generalbundesanwalt das Vorbringen des Bf. in seinen Schreiben vom 9.6. und 7.7.2010 und wies es als unbegründet durch seine Schreiben vom 16.7. und 3.9.2010 zurück. Wenn die Stellungnahmen des Bf. neue Beweise enthalten oder die vorliegenden Beweise in ein neues Licht gestellt hätten, hätte dies zu einer Wiedereröffnung des Ermittlungsverfahrens führen können. (...) Daher wurde dem Bf. nicht die Möglichkeit genommen, die Ermittlungen zu beeinflussen (*wird ausgeführt*).

233Da das *BVerfG* die Frage der Einsicht in die Ermittlungsakten zu einem früheren Zeitpunkt gesondert entschieden und der Bf. diese Entscheidung nicht angegriffen hat (...), kann der *Gerichtshof* in keinem Fall unzulässige Beschränkungen oder Verzögerungen im Hinblick auf die Akteneinsicht erkennen. Ursprünglich hatte der Anwalt des Bf. Akteneinsicht im Namen einer großen Anzahl von Personen beantragt, was einige Zeit zur Prüfung von deren Opferstellung beanspruchte (...). Nachdem der Anwalt des Bf. seinen Antrag auf den Bf. beschränkte, wurde zwei Tage später Einsicht in die nicht als geheim eingestuft Teile der Akte gewährt. Das Ermittlungsmaterial enthielt sensible Informationen über einen Militäreinsatz in einem noch andauernden bewaffneten Konflikt, und es ist keine zwingende Folge von Art. 2 EMRK, dass der überlebende nächste Angehörige eines verstorbenen Opfers Zugang zu den andauernden Ermittlungen erhält (s. *EGMR [GK]* Entsch. v. 15.5.2007 – 52391/99, ECHR 2007-II Nr. 347 – Ramsahai ua/Niederlande; *EGMR [GK]* ECHR 2011 165 Nr. 304 = NVwZ 2011, 1441 – Giuliani u. Gaggio; *EGMR* Entsch. v. 4.5.2001 – 28883/95, ECHR 2001-III Nr. 129 – McKerr/Vereinigtes Königreich).

EGMR: Zuständigkeit des Gerichtshofs und Untersuchungspflichten –
Luftschlag Kunduz(NJW 2021, 1291)

1299

234Soweit der Bf. die späte Zustellung der Einstellungsentscheidung rügt, stellt der *Gerichtshof* fest, dass es vernünftig war, die Entscheidung vom 16.4.2010 nicht sofort zu veröffentlichen oder (...) zuzustellen, sondern sie erst zu überarbeiten, da sie als geheim eingestufte militärische Informationen enthielt. (...) Zwei Tage nachdem die überarbeitete Fassung fertig gestellt worden war, am 13.10.2010, wurde sie dem Anwalt des Bf. zugestellt. Von Bedeutung ist, dass die einmonatige Frist zur Einleitung eines Klageerzwingungsverfahrens ab dem Zustellungsdatum lief (...). Daher beeinträchtigte die späte Zustellung (...) nicht die Möglichkeiten des Bf., diese Entscheidung anzugreifen (vgl. den Unterschied zu *EGMR* Ur. v. 29.5.2012 – 36150/04 Nr. 87 – Damayev/Russland).

235Schließlich sorgte die Untersuchung des Luftschlags durch einen parlamentarischen Untersuchungsausschuss (...) für ein hohes Maß an öffentlicher Kontrolle (s. *EGMR* NJOZ 2019, 458 = NLMR 2017, 107 Nr. 629–631 – Tagayeva ua/Russland; *EGMR* Entsch. v. 30.8.2016 – 49037/15, Nr. 102–106 – Mustafić-Mujić ua/Niederlande; s. auch *EGMR [GK]* ECHR 2011 Nr. 71, 157 u. 176 = NJW 2012, 283 – Al-Skeini ua/Vereinigtes Königreich).

3. Ergebnis

236Aus diesen Gründen genügten nach den Umständen die Ermittlungen zu dem Tod der beiden Söhne des Bf. (...) den Anforderungen an eine wirksame Ermittlung aus Art. 2 EMRK. Eine Verletzung der Verfahrensgarantien aus Art. 2 EMRK liegt daher nicht vor.

(Übersetzt und bearbeitet von *Dr. Almut Wittling-Vogel*, Berlin. *Dr. Wittling-Vogel* hat als damalige Beauftragte der Bundesregierung für Menschenrechtsfragen Deutschland als Verfahrensbevollmächtigte in diesem Verfahren vertreten.)

Anmerkung der Redaktion

Das Urteil ist vor allem wegen seiner Ausführungen zur Zulässigkeit bedeutsam. Durch die Weiterentwicklung der in *Güzelyurtlu ua/Zypern* und *Türkei* enthaltenen Herleitung der Zuständigkeit des *EGMR* nicht durch die Feststellung der „Hoheitsgewalt“ des betroffenen Vertragsstaats nach Art. 1 EMRK, sondern durch die Konstruktion einer „hoheitlichen Verbindung“, die durch „besondere Umstände“ entstehen kann, wird die Zuständigkeit des *EGMR* außerhalb des Konventionsgebiets erweitert. Leider bleibt dabei manches offen, zB wann eine solche Verbindung besteht und was „besondere Umstände“ sind, wieso man nicht weiter mit dem in der Konvention enthaltenen Begriff der Hoheitsgewalt arbeitet und warum diese Verbindung genügt, um die Voraussetzungen von Art. 1 EMRK zu erfüllen. Mit der Frage der Weiterentwicklung der *Güzelyurtlu*-Rechtsprechung beschäftigt sich auch die dem Urteil beigegebene abweichende Meinung der Richter *Grozev*, *Ranzoni* und *Eicke*, die zu dem Ergebnis kommt, dass die Beschwerde nicht zulässig war. Die Kritik wird zu der Frage zugespitzt, wie ein Vertragsstaat aufgrund der Konvention für Mängel einer innerstaatlichen Ermittlung verantwortlich sein kann, wenn der Vorfall selbst, dessentwegen ermittelt wird, ihm nicht zugerechnet werden kann und nicht in seine Hoheitsgewalt nach Art. 1 EMRK fällt (Nr. 14 der abweichenden Meinung)? Hier ist in der Tat noch Raum für weitere Diskussionen.