

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Übersetzung wurde bereits in Newsletter Menschenrechte 2021/1 veröffentlicht] Die erneute Veröffentlichung wurde allein für die Aufnahme in die HUDOC-Datenbank des EGMR gestattet. Diese Übersetzung bindet den EGMR nicht.

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Translation already published in Newsletter Menschenrechte 2021/1] Permission to republish this translation has been granted for the sole purpose of its inclusion in the Court's database HUDOC. This translation does not bind the Court.

© Jan Sramek Verlag (<http://www.jan-sramek-verlag.at>). [Traduction déjà publiée dans Newsletter Menschenrechte 2021/1] L'autorisation de republier cette traduction a été accordée dans le seul but de son inclusion dans la base de données HUDOC de la Cour. La présente traduction ne lie pas la Cour.

## Hanan gg. Deutschland – 4871/16

Urteil vom 16.2.2021, Große Kammer

### Sachverhalt

Im Dezember 2001 genehmigte der Sicherheitsrat der UN die Aufstellung der *International Security Assistance Force* (ISAF), deren Aufgabe darin bestand, auf Ersuchen der Übergangsregierung Afghanistans die Sicherheit in Kabul und Umgebung wiederherzustellen und aufrechtzuerhalten. Im August 2003 übernahm die NATO das Kommando über die ISAF, deren Mandat in weiterer Folge auf ganz Afghanistan ausgedehnt wurde. Die ISAF-Truppen operierten in erster Linie in Form sogenannter Wiederaufbauteams (*Provincial Reconstruction Teams*, PRT). Sie wurden von fünf regionalen Kommandos (*Regional Commands*, RC) koordiniert, die dem ISAF-Hauptquartier unterstanden. Die entsandten deutschen Truppen wurden im Norden Afghanistans eingesetzt. Zur Zeit der Ereignisse, die der vorliegenden Beschwerde zugrunde liegen, stand das RC-Nord unter dem Kommando des deutschen Brigadegenerals V. Das PRT Kundus, das dem RC-Nord unterstand, wurde von Oberst K. befehligt.

Die allgemeine Sicherheitslage in der Provinz Kundus hatte sich ab April 2009 deutlich verschlechtert. ISAF-Soldaten mussten außerhalb der Feldlager jederzeit mit Angriffen rechnen.

Am 3.9.2009 entführten Taliban zwei beladene Tanklastwagen. Beim Versuch, den Fluss Kundus zu überqueren, blieben die Fahrzeuge auf einer Sandbank stecken. Daraufhin riefen die Taliban Zivilisten aus den benachbarten Dörfern zu Hilfe, um Treibstoff abzapfen. Gegen 20:00 Uhr erfuhr das PRT Kundus, dessen Feldlager nur rund sieben Kilometer entfernt war, durch einen Informanten von der Entführung. Ein um 21:55 Uhr mit der Aufklärung beauftragtes Flugzeug entdeckte die Tanklastwagen gegen 00:15 Uhr. Seine direkt in die Kommandozentrale übertragenen Videobilder zeigten die Laster und zahlreiche Personen in deren Nähe. Nachdem Oberst K. beim ISAF-Hauptquartier zum Zwecke der Erlangung von Luftunterstützung »troops in contact« (»Truppen mit Feindberührung«) erklärt hatte, entsandte dieses zwei F-15-Kampffjets der US-Airforce. Auf mehrmalige Nachfragen bestätigte der Informant, dass sich nur Taliban-Kämpfer auf der Sandbank aufhalten würden und keine Zivilisten in der Nähe wären. Ein von den Piloten vorgeschlagener Tiefflug zur Warnung wurde von Oberst K. abgelehnt. Stattdessen befahl er den Abwurf von zwei Bomben, der um 01:49 Uhr erfolgte. Durch die Zerstörung der Tanklastwagen sollte deren

Verwendung als »rollende Bomben« bei einem Angriff auf das Feldlager vorgebeugt werden.

Wie ein am nächsten Morgen erfolgter Überflug durch eine Drohne zeigte, waren die beiden Tanklastwagen zerstört und zahlreiche Personen getötet worden. Die genaue Opferzahl wurde nie festgestellt, betrug jedoch mindestens 90 Personen. Darunter befanden sich auch die beiden Söhne des Bf., die damals acht bzw. zwölf Jahre alt waren.

Am 4.9.2009 wurde ein Ermittlungsteam der Militärpolizei der deutschen Bundeswehr (»Feldjäger«) von Masar-i-Sharif nach Kundus entsandt. Noch bevor dieses eintraf, unternahm das PRT Kundus eine erste Aufklärung vor Ort. In den folgenden Tagen wurden zahlreiche Personen befragt, darunter auch verletzte Zivilisten in den Krankenhäusern. Die Bundeswehr informierte am 4.9.2009 die Staatsanwaltschaft Potsdam, die Ermittlungen eröffnete. Diese wurden wenig später an die Generalbundesanwaltschaft abgetreten, die bereits am 8.9.2009 eine Vorprüfung eingeleitet hatte. Der Generalbundesanwalt eröffnete am 12.3.2010 ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen Oberst K. und Hauptfeldwebel W., der diesem bei dem Einsatz als Fliegerleitoffizier zur Seite gestanden war. Im Zuge der Ermittlungen wurden die beiden Beschuldigten sowie zwei in der Kommandozentrale anwesende Zeugen befragt und es wurde umfangreiches Beweismaterial ausgewertet. Am 16.4.2010 wurde das Verfahren eingestellt. Zwar hatten die Ermittlungen bestätigt, dass bei dem Luftangriff zahlreiche Zivilisten getötet worden waren, doch war nach Ansicht des Generalbundesanwalts der erforderliche direkte Vorsatz nicht gegeben, weil Oberst K. davon ausgegangen wäre, dass sich bei den Tanklastwagen keine Zivilisten aufgehalten hätten.

Der Antrag des Bf. auf gerichtliche Entscheidung wurde am 16.2.2011 vom OLG Düsseldorf als unzulässig verworfen. Die gegen diesen Beschluss erhobene Gehörsrüge wurde als unbegründet zurückgewiesen. Die Verfassungsbeschwerde wurde am 19.5.2015 nicht zur Entscheidung angenommen (2 BvR 987/11). Der Einstellungsbeschluss und dessen Bestätigung durch das OLG Düsseldorf waren nach Ansicht des BVerfG nicht zu beanstanden. Insbesondere hätten die durchgeführten Ermittlungen und die Einbindung des Bf. den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprochen.

## Rechtsausführungen

Der Bf. behauptete eine Verletzung von Art. 2 EMRK (hier: *Ermittlungspflicht*) und von Art. 13 EMRK (*Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz*).

### I. Zulässigkeit

Österreichisches Institut für Menschenrechte

#### 1. Zuständigkeit des GH *ratione personae* und *ratione loci*

(102) Die belangte Regierung brachte vor, die Beschwerde sei *ratione personae* und *ratione loci* unvereinbar mit den Bestimmungen der Konvention.

##### a. Allgemeine Grundsätze

(132) Der Bf. beschwerte sich ausschließlich unter dem verfahrensrechtlichen Aspekt von Art. 2 EMRK über die strafrechtliche Untersuchung des Luftschlags, bei dem seine beiden Söhne getötet wurden. Der GH hat kürzlich im Fall *Gürzeyurtlu u.a./CY und TR* die Grundsätze zum Bestehen einer im Hinblick auf die Hoheitsgewalt iSv. Art. 1 EMRK relevanten Verbindung in Fällen dargelegt, in denen sich der Tod außerhalb des Territoriums jenes Konventionsstaats ereignet hat, in Bezug auf den das Bestehen einer prozeduralen Verpflichtung nach Art. 2 EMRK behauptet wurde. Der GH stellte [...] dazu fest:

»[...] In Fällen, in denen die Ermittlungsbehörden oder Gerichte eines Mitgliedstaats im Hinblick auf einen Todesfall, der sich außerhalb des Hoheitsgebiets dieses Staats ereignet hat, aufgrund ihres innerstaatlichen Rechts [...] ihre eigene strafrechtliche Untersuchung oder ein Verfahren einleiten, reicht die Eröffnung dieser Ermittlung oder dieses Verfahrens aus, um eine im Hinblick auf Art. 1 EMRK relevante rechtliche Verbindung zwischen diesem Staat und den Angehörigen des Opfers, die später ein Verfahren vor dem EGMR einleiten, herzustellen. [...] Wenn in einem Mitgliedstaat im Hinblick auf einen Todesfall, der sich außerhalb seines Hoheitsgebiets ereignet hat, keine Ermittlungen oder Verfahren nach dem innerstaatlichen Recht eingeleitet wurden, muss der GH entscheiden, ob eine im Hinblick auf die Hoheitsgewalt relevante Verbindung festgestellt werden kann, damit die von Art. 2 EMRK auferlegte prozedurale Verpflichtung im Hinblick auf diesen Staat wirksam wird. Obwohl die prozedurale Verpflichtung nach Art. 2 EMRK grundsätzlich nur für jenen Mitgliedstaat ausgelöst wird, in dessen Hoheitsgebiet sich der Verstorbene zum Todeszeitpunkt befunden hat, werden »besondere Merkmale« eines Falls ein Abgehen von diesem Ansatz rechtfertigen. [...] Welche »besonderen Merkmale« das Bestehen einer im Hinblick auf die Hoheitsgewalt relevanten Verbindung hinsichtlich der Ermittlungspflicht nach Art. 2 EMRK auslösen, [...] wird zwangsläufig von den besonderen Umständen jedes Einzelfalls abhängen. [...]«

##### b. Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall

(134) Die deutschen Behörden leiteten gemäß den Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts eine strafrechtliche Untersuchung des Todes der beiden Söhne des Bf. und anderer Zivilisten im Zusammenhang mit

dem Luftangriff vom 4.9.2009 nahe Kundus ein.

(135) Ohne die in *Gürzelyurtlu u.a./CY und TR* dargelegten Grundsätze [...] in Frage zu stellen, sieht der GH wesentliche Unterschiede zwischen jenem Fall und dem vorliegenden. Seiner Ansicht nach ist der Grundsatz, wonach die Einleitung von innerstaatlichen strafrechtlichen Ermittlungen oder eines Verfahrens betreffend Todesfälle, die sich außerhalb der räumlichen Hoheitsgewalt eines Staates und nicht in Ausübung seiner extraterritorialen Hoheitsgewalt ereignet haben, für sich alleine ausreicht, um eine im Hinblick auf die Hoheitsgewalt relevante Verbindung zwischen diesem Staat und den Angehörigen des Opfers, die ein Verfahren vor dem EGMR anstrengen, herzustellen, auf den Sachverhalt des vorliegenden Falls nicht anwendbar. Dieser unterscheidet sich tatsächlich insofern von *Gürzelyurtlu u.a./CY und TR*, als sich die von den deutschen Strafverfolgungsbehörden untersuchten Todesfälle im Kontext eines extraterritorialen Militäreinsatzes ereigneten, der im Rahmen eines durch eine Resolution des Sicherheitsrats der UN nach Kapitel VII der UN-Charta erteilten Mandats außerhalb des Territoriums der Konventionsstaaten stattfand. Bei der Entscheidung für diesen Ansatz berücksichtigt der GH auch die von der belangten und den drittbeteiligten Regierungen geäußerten Bedenken, die Feststellung einer im Hinblick auf die Hoheitsgewalt relevanten Verbindung schon alleine wegen der Einleitung von Ermittlungen könnte einen abschreckenden Effekt auf die Untersuchung von Todesfällen haben, zu denen es im Rahmen extraterritorialer Militäreinsätze kommt, und zu einer uneinheitlichen Anwendung der EMRK im Hinblick auf Konventionsstaaten führen, die sich an ein und derselben Operation beteiligen. Wenn die bloße Tatsache der Einleitung innerstaatlicher strafrechtlicher Ermittlungen hinsichtlich eines Todesfalls, der sich irgendwo auf der Welt ereignet hat, ohne irgendwelche weiteren Voraussetzungen für die Herstellung einer im Hinblick auf die Hoheitsgewalt relevanten Verbindung ausreichen würde, würde dies den Anwendungsbereich der EMRK übermäßig ausweiten.

(136) Allerdings hat der GH in *Gürzelyurtlu u.a./CY und TR* festgestellt, dass eine im Hinblick auf die Hoheitsgewalt relevante Verbindung auch angesichts der »besonderen Merkmale« dieses Falls begründet wurde. Er stellte fest, dass solche besonderen Merkmale, die er nicht *in abstracto* definierte, selbst dann eine die prozedurale Verpflichtung des Art. 2 EMRK herbeiführende [...] Verbindung begründen können, wenn in einem Konventionsstaat keine Ermittlungen und keine Verfahren hinsichtlich eines Todesfalls außerhalb seines Hoheitsgebiets eingeleitet wurden. Dies gilt auch im Bezug auf extraterritoriale Situationen außerhalb des Rechtsraums der Konvention sowie im Hinblick auf Ereignisse, zu denen es während der Phase aktiver Kampfhandlungen in einem bewaffneten Konflikt kommt.

(137) Im vorliegenden Fall berücksichtigt der GH erstens, dass Deutschland nach dem humanitären Völkerkerngewohnheitsrecht zur Untersuchung des fraglichen Luftangriffs verpflichtet war, da dieser die individuelle strafrechtliche Verantwortung von Mitgliedern der deutschen Streitkräfte wegen eines möglichen Kriegsverbrechens betraf [...]. [...]

(138) Zweitens berücksichtigt der GH, dass die Behörden Afghanistans aus rechtlichen Gründen daran gehindert waren, selbst strafrechtliche Ermittlungen gegen Oberst K. und Hauptfeldwebel W. [...] einzuleiten. Gemäß dem ISAF-Stationierungsabkommen [...] behielten die truppenstellenden Staaten die ausschließliche Jurisdiktion über das von ihnen zur ISAF entsandte Personal im Hinblick auf alle straf- oder disziplinarrechtlichen Delikte, die von ihren Soldaten im Hoheitsgebiet Afghanistans begangen werden könnten. Dies entspricht der gängigen Praxis [...] im Rahmen militärischer Missionen unter dem Mandat der UN. Nach Ansicht der belangten Regierung und der drittbeteiligten Regierungen stellt diese Bestimmung eine Immunitätsregel dar. Der GH pflichtet dem insofern bei, als es das ISAF-Personal der truppenstellenden Staaten vor einer Strafverfolgung durch die Behörden Afghanistans abschirmt. Zugleich handelt es sich aber auch um eine Bestimmung, die – wie vom Bf. vorgebracht – die Jurisdiktion regelt: Sie stellt klar, wem in strafrechtlichen Angelegenheiten die Jurisdiktion über das ISAF-Personal zukommt, und sieht vor, dass nur die truppenstellenden Staaten berechtigt sind, in Fällen behaupteter Kriegsverbrechen strafrechtliche Ermittlungen oder Verfahren gegen von ihnen zur ISAF entsandte Soldaten einzuleiten. Wenn die truppenstellenden Staaten ihre strafrechtliche Jurisdiktion zur Untersuchung von Vorwürfen, das von ihr zur ISAF (oder zu anderen multinationalen Militärmissionen) entsandte Personal habe Kriegsverbrechen begangen, nicht ausüben, kann dies zu Situationen der Straflosigkeit führen. Dies gilt auch im Hinblick auf Straftaten, die eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dem Völkerrecht begründen.

(139) Drittens waren die deutschen Strafverfolgungsbehörden auch nach innerstaatlichem Recht verpflichtet, strafrechtliche Ermittlungen einzuleiten [...]. Die strafrechtliche Untersuchung wurde vom Generalbundesanwalt durchgeführt, weil sie die mögliche Strafbarkeit von Oberst K. und Hauptfeldwebel W., zwei deutschen Staatsbürgern, unter anderem wegen eines im Völkerstrafgesetzbuch enthaltenen Kriegsverbrechens betraf. Dem Generalbundesanwalt kommt die ausschließliche Zuständigkeit für die Verfolgung von Straftaten nach diesem Gesetz zu, die den Grundsätzen der universellen Zuständigkeit und der zwingenden Strafverfolgung unterliegen. Nach innerstaatlichem Recht hätten die deutschen Behörden nur dann von einer solchen Untersuchung absehen können, wenn die mutmaßliche Straf-

tat entweder von einem internationalen Tribunal oder von den Behörden jenes Staates, auf dessen Territorium sie begangen wurde oder dessen Staatsangehörigkeit die Opfer hatten, untersucht wurde. Die beiden letztgenannten Szenarien waren im vorliegenden Fall ausgeschlossen, weil sich Deutschland die ausschließliche Jurisdiktion über seine Truppen vorbehalten hatte [...].

(140) In diesem Zusammenhang merkt der GH an, dass die nach dem deutschen Völkerstrafgesetzbuch strafbaren Handlungen schwerwiegend sind. Dieses Gesetz sowie die sich darauf beziehenden Bestimmungen in der StPO wurden vor dem Hintergrund der Ratifikation des Römischen Statuts des IStGH durch Deutschland erlassen, um die Untersuchung und Verfolgung dieser Straftaten auf nationaler Ebene zu ermöglichen und Straflosigkeit zu vermeiden.

(141) Wie der GH weiters feststellt, sind [...] in der Mehrheit jener Konventionsstaaten, die an militärischen Einsätzen im Ausland teilnehmen, die zuständigen innerstaatlichen Behörden nach nationalem Recht dazu verpflichtet, mögliche Kriegsverbrechen oder unrechtmäßige Tötungen im Ausland durch Mitglieder ihrer Streitkräfte zu untersuchen. [...]

(142) Im vorliegenden Fall stellt die Tatsache, dass Deutschland die ausschließliche Jurisdiktion über seine Truppen hinsichtlich schwerwiegender Straftaten behielt und zudem nach nationalem und internationalem Recht dazu verpflichtet war, diese zu untersuchen, »besondere Merkmale« dar, die in ihrer Kombination in Bezug auf die verfahrensrechtliche Pflicht nach Art. 2 EMRK das Bestehen einer im Hinblick auf die Hoheitsgewalt iSv. Art. 1 EMRK relevanten Verbindung auslösen.

(143) [...] Der Bf. beschwerte sich nicht über die eigentliche Handlung, aus der die Ermittlungspflicht erwuchs. Daher muss der GH nicht prüfen, ob auch im Hinblick auf eine materielle Verpflichtung nach Art. 2 EMRK eine für die Hoheitsgewalt iSv. Art. 1 EMRK relevante Verbindung besteht. Er betont jedoch, dass aus der bloßen Feststellung einer solchen Verbindung hinsichtlich der prozeduralen Verpflichtung nach Art. 2 EMRK nicht folgt, dass die materielle Handlung in die Hoheitsgewalt des Konventionsstaats fällt oder dass diese Handlung diesem Staat zurechenbar ist.

(144) Der Umfang der vorliegenden Rechtssache ist dementsprechend auf die (unterlassenen) Ermittlungshandlungen des deutschen militärischen Personals in Afghanistan beschränkt, die entsprechend dem im ISAF-Stationierungsabkommen enthaltenen Vorbehalt der ausschließlichen Jurisdiktion über deutsche Soldaten hinsichtlich jeglicher von diesen auf dem Territorium Afghanistans begangener [...] Delikte durchgeführt wurden, sowie auf Handlungen und Unterlassungen der Justizbehörden in Deutschland. Diese sind geeignet, die konventionsrechtliche Verantwortung Deutschlands zu begründen.

(145) Der GH übersieht weder die Beschränkungen der rechtlichen Befugnisse Deutschlands, in Afghanistan zu ermitteln, noch die Tatsache, dass sich die Todesfälle im Kontext aktiver Kriegshandlungen ereigneten. Solche Umstände schließen jedoch nicht *per se* die Feststellung aus, dass weitere Ermittlungsmaßnahmen, einschließlich solcher in Afghanistan, notwendig gewesen sein könnten, einschließlich des Rückgriffs auf internationale Rechtshilfe und auf moderne Technologie. Die besonderen Herausforderungen an die Ermittlungen beziehen sich auf Umfang und Inhalt der prozeduralen Verpflichtung der deutschen Behörden nach Art. 2 EMRK und somit auf die Begründetheit der Beschwerde.

## 2. Zur Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe

(146) Die Regierung brachte vor, der Bf. hätte im Hinblick auf seine Behauptung der fehlenden Unabhängigkeit [...] und der mangelnden Raschheit der Ermittlungen nicht alle innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft. Diese Rügen hätte er auch der Sache nach weder in seiner Verfassungsbeschwerde [...] noch in seinem Antrag an das OLG Düsseldorf auf Erzwingung der öffentlichen Klage vorgebracht. Seine unspezifischen Verweise auf die allgemeine Verpflichtung nach Art. 2 EMRK, effektive Ermittlungen durchzuführen, wären in dieser Hinsicht nicht ausreichend. [...]

(149) Wenn sich ein Bf. nach [...] Art. 2 oder Art. 3 EMRK über das Fehlen einer effektiven strafrechtlichen Untersuchung beschwert, reicht es zur Befolgung von Art. 35 Abs. 1 EMRK auch im Hinblick auf rechtliche Argumente, die auf innerstaatlicher Ebene nicht ausdrücklich vorgebracht wurden, aus, wenn er die Wirksamkeit dieser Untersuchung vor den innerstaatlichen Gerichten bestritten und sich durch die detaillierte Beschreibung von Art und Dauer der Ermittlungen und des anschließenden gerichtlichen Verfahrens auf jene Sachverhaltselemente bezogen hat, die für die Beurteilung der Wirksamkeit der Untersuchung relevant sind. [...]

(150) Im vorliegenden Fall steht außer Streit, dass der Bf. vor dem BVerfG die Wirksamkeit der Untersuchung bestritten und sich dabei auf die prozedurale Verpflichtung nach Art. 2 EMRK bezogen hat. Umstritten ist hingegen, ob er in seiner Darlegung des Sachverhalts, die in seinem Vorbringen an das BVerfG enthalten war, bestimmte Aspekte der Ermittlungen und Gerichtsverfahren ausreichend herausgearbeitet hat, die er in seiner Beschwerde an den GH als Mängel der Untersuchung darstellt.

(151) [...] In seiner Verfassungsbeschwerde beschrieb der Bf. die vom PRT Kundus nach dem Luftschlag durchgeführte Vor-Ort-Prüfung, den Bericht der deutschen Feldjäger sowie den Verlauf der von den deutschen Strafverfolgungsbehörden unternommenen Ermittlungen.

gen. Somit bezog er sich vor dem BVerfG auf jene Sachverhaltselemente, die relevant waren hinsichtlich seiner Behauptungen über Verzögerungen bei der Vor-Ort-Prüfung [...], die fehlende Unabhängigkeit der daran beteiligten Personen, die verspätete Eröffnung eines formellen Strafverfahrens und die Ineffektivität der folgenden Vorerhebungen. Nach Ansicht des GH verwies der Bf. somit vor dem BVerfG auf die relevanten Sachverhaltselemente hinsichtlich der obigen Aspekte und erlaubte diesem Gericht damit die Beurteilung der Effektivität der Untersuchung. Die [...] Einrede der Nichterschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe muss daher im Hinblick auf diese Aspekte verworfen werden.

(152) Im Gegensatz dazu bezog sich die Verfassungsbeschwerde des Bf. nicht auf die behauptete fehlende Unabhängigkeit der Untersuchung in Deutschland. Es kann nach Ansicht des GH offen bleiben, ob der Bf. im Hinblick auf dieses spezifische Vorbringen die innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft hat, weil es in jedem Fall offensichtlich unbegründet und damit unzulässig ist. [...] Nichts deutet darauf hin, dass das Justizministerium versucht hat, die Ermittlungen des Generalbundesanwalts zu beeinflussen oder in diese einzugreifen. Eine fehlende Unabhängigkeit kann auch nicht aus der abstrakten Möglichkeit der Erteilung bindender Weisungen des Justizministers an den Generalbundesanwalt abgeleitet werden, steht im vorliegenden Fall doch außer Streit, dass keine solchen Weisungen ergangen sind. [Dieser Teil der Beschwerde wird als **unzulässig** zurückgewiesen (einstimmig).]

### 3. Schlussfolgerung

(153) Mit Ausnahme der Vorbringen hinsichtlich der behaupteten fehlenden Unabhängigkeit der in Deutschland durchgeführten Untersuchung ist die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet [...]. Sie ist auch nicht aus anderen Gründen unzulässig und wird daher vom GH für **zulässig** erklärt (mehrheitlich; *gemeinsames abweichendes Sondervotum der Richter Grozev, Ranzoni und Eicke*).

## II. Zur behaupteten Verletzung von Art. 2 EMRK in seinem prozeduralen Aspekt

(154) Der Bf. brachte vor, [...] die Untersuchung des Luftangriffs, bei dem auch seine beiden Söhne getötet wurden, wäre nicht effektiv gewesen. [...]

### 1. Allgemeine Grundsätze

(198) Im innerstaatlichen Verfahren wurde die Situation, in der es zu dem Luftangriff [...] gekommen war, als nicht internationaler bewaffneter Konflikt qualifiziert [...]. Die Regierung räumte ein, dass Deutschland

keine Derogationserklärung nach Art. 15 EMRK abgegeben hatte, brachte jedoch vor, dass sich der angemessene Maßstab zur Beurteilung der Verpflichtungen des belangten Staats [...] aus dem humanitären Völkerrecht ergeben würde.

(199) Der GH sieht im Hinblick auf die Anforderungen an eine effektive Untersuchung keinen wesentlichen Normenkonflikt zwischen den Regeln des im vorliegenden Fall anwendbaren humanitären Völkerrechts und jenen der EMRK. Er kann sich daher darauf beschränken, die Umstände des vorliegenden Falls anhand seiner Rechtsprechung zu Art. 2 EMRK zu prüfen, ohne behandeln zu müssen, ob [...] angesichts des Fehlens einer Derogation gemäß Art. 15 EMRK die Voraussetzungen dafür gegeben sind, bei der Auslegung der Konvention den Kontext und die Regeln des humanitären Völkerrechts zu berücksichtigen.

(200) [...] Die prozedurale Pflicht nach Art. 2 EMRK muss realistisch angewendet werden. Der GH berücksichtigt daher, dass die Herausforderungen und Beschränkungen, die sich für die Ermittlungsbehörden aus dem Umstand ergaben, dass sich die Todesfälle im Zuge aktiver Kampfhandlungen in einem (extraterritorialen) bewaffneten Konflikt ereigneten, die gesamte Untersuchung betrafen und die Machbarkeit von Ermittlungshandlungen beeinträchtigten [...]. Dies gilt auch für die Ermittlungsmaßnahmen, die von den zivilen Strafverfolgungsbehörden in Deutschland gesetzt werden konnten. Folglich sollten sich die Standards, die für die von ihnen durchgeführte Untersuchung gelten, an jenen orientieren, die im Hinblick auf die Untersuchung von Todesfällen in extraterritorialen bewaffneten Konflikten entwickelt und in *Al-Skeini u.a./GB* und *Jaloud/NL* dargelegt [...] wurden.

(201) In welcher Form eine Untersuchung durchzuführen ist, um die Zwecke von Art. 2 EMRK zu erreichen, hängt von den konkreten Umständen ab. [...]

(202) Damit eine Untersuchung »effektiv« [...] ist, muss sie zunächst angemessen sein. Das bedeutet, dass sie geeignet sein muss, zu einer Feststellung des Sachverhalts, einer Beurteilung der Rechtfertigung der Gewaltanwendung [...] und gegebenenfalls zu einer Bestrafung der Verantwortlichen zu führen. [...]

(203) Insbesondere müssen die Ergebnisse der Untersuchung auf einer gründlichen, objektiven und unparteiischen Analyse aller relevanten Elemente beruhen [...]. Art und Umfang der Gründlichkeit, die den Mindestanforderungen an die Effektivität der Untersuchung entsprechen, hängen jedoch von den Umständen des Einzelfalls ab. [...]

(204) Wenn sich der [...] zu untersuchende Todesfall unter Umständen allgemeiner Gewalt, eines bewaffneten Konflikts oder Aufstands ereignet, können den Ermittlern klarerweise Hindernisse im Weg stehen [...] und konkrete Beschränkungen können Verzögerungen

verursachen oder zum Einsatz weniger effektiver Ermittlungsmaßnahmen zwingen. Dennoch impliziert die Verpflichtung gemäß Art. 2 EMRK, dass auch unter schwierigen Sicherheitsbedingungen alle vernünftigen Schritte gesetzt werden müssen, um eine wirksame, unabhängige Untersuchung behaupteter Verletzungen des Rechts auf Leben sicherzustellen.

(205) Die Untersuchung muss auch breit genug angelegt sein, um den Ermittlungsbehörden zu erlauben, nicht nur die Handlungen der staatlichen Organe zu berücksichtigen, die tödliche Gewalt direkt anwenden, sondern auch die weiteren Umstände, einschließlich der Planung und Kontrolle des umstrittenen Einsatzes [...]. Dies erfordert eine angemessene Befragung jener Mitglieder der Streitkräfte, die *prima facie* an dem Vorfall beteiligt waren.

(206) [...] Die Personen, die für die Untersuchung verantwortlich sind und diese durchführen, müssen generell unabhängig von jenen sein, die in die Vorfälle verwickelt sind. Dies bedeutet nicht nur das Fehlen einer hierarchischen oder institutionellen Verbindung, sondern auch eine praktische Unabhängigkeit.

(207) Ein Erfordernis der Unverzögerlichkeit und angemessenen Raschheit ist in diesem Kontext eingeschlossen. [...]

(208) Es muss auch ein ausreichendes Element der öffentlichen Kontrolle geben [...] und die Ermittlungen müssen für die Familie des Opfers in dem für die Gewährleistung ihrer legitimen Interessen notwendigen Ausmaß zugänglich sein. [...]

(209) Die Angemessenheit der Ermittlungsmaßnahmen, die Raschheit der Untersuchung, die Beteiligung der Familie des Verstorbenen und die Unabhängigkeit der Untersuchung hängen zusammen und keines dieser Kriterien stellt für sich alleine einen Selbstzweck dar. Es handelt sich um Kriterien, die es zusammengenommen erlauben, den Grad der Wirksamkeit der Untersuchung zu beurteilen. [...]

## 2. Anwendung auf den vorliegenden Fall

### a. Angemessenheit

(211) [...] Die Todesursache der Söhne des Bf. und die dafür verantwortlichen Personen waren von Anbeginn der Ermittlungen an bekannt.

(212) Der Generalbundesanwalt verneinte eine Strafbarkeit von Oberst K. in erster Linie, weil dieser im Zeitpunkt des Befehls des Luftangriffs überzeugt war, dass sich keine Zivilisten auf der Sandbank aufhielten. Er hatte daher nicht mit dem Vorsatz gehandelt, unverhältnismäßige zivile Opfer zu verursachen, was Voraussetzung für seine Strafbarkeit nach den relevanten Bestimmungen des Völkerstrafgesetzbuchs gewesen

wäre.<sup>1</sup> Seine Strafbarkeit nach dem allgemeinen Strafrecht wurde wegen der Rechtmäßigkeit des Luftschlags gemäß dem humanitären Völkerrecht ausgeschlossen. [...] Der Generalbundesanwalt erachtete die bewaffneten Taliban-Kämpfer, die die Tanklaster entführt hatten, [...] als legitime militärische Ziele. [...] All jene Opfer des Luftangriffs, bei denen es sich nicht um Taliban-Kämpfer handelte, waren Zivilisten, die unter den Schutz des humanitären Völkerrechts fielen. [...]

(213) Um die [...] Strafbarkeit von Oberst K. zu beurteilen, konzentrierte sich die Untersuchung des Generalbundesanwalts auf zwei Tatsachenfragen: die subjektive Einschätzung der Lage durch Oberst K., als er den Luftangriff anordnete, [...] und die Zahl der Opfer.

(214) [...] Die deutschen zivilen Strafverfolgungsbehörden [...] hatten keine rechtlichen Befugnisse zur Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen in Afghanistan [...]. Der Generalbundesanwalt konnte sich jedoch auf umfangreiches Material über die Umstände und Folgen des Luftschlags aus unterschiedlichen Quellen stützen. Die Berichte der Vor-Ort-Untersuchungen, die nach dem Angriff unter anderem von den deutschen Feldjägern, ISAF, der *United Nations Assistance Mission in Afghanistan* und den Zivilbehörden Afghanistans durchgeführt wurden, standen ihm ebenso zur Verfügung wie die Dokumente und Protokolle, die diesen Berichten zugrunde lagen.

(215) Der Generalbundesanwalt befragte die Verdächtigen und andere in der Kommandozentrale anwesende Soldaten und erachtete ihre Aussagen für glaubwürdig, wonach sie aufgrund der Annahme gehandelt hatten, es würden sich nur Aufständische und keine Zivilisten auf der Sandbank aufhalten. Er stellte fest, dass diese Schilderung von faktischen Umständen (Entfernung von bewohnten Dörfern, Nachtzeit, Anwesenheit bewaffneter Taliban) und sofort sichergestellten Beweisen [...] wie den Funkaufzeichnungen [...] und Infrarotbildern [...] bestätigt wurde. Er stellte ebenfalls fest, dass Oberst K. mindestens sieben Anrufe zu dem Informanten durchstellen hatte lassen um sicherzustellen, dass sich keine Zivilisten vor Ort befanden, und dass die Angaben des Informanten, der sich schon früher als zuverlässig erwiesen hatte, mit den Videobildern des Flugzeugs übereinstimmten. [...]

(216) Der GH hat keinen Grund, die Einschätzung des Generalbundesanwalts und des BVerfG in Zweifel zu ziehen, dass durch die Befragung weiterer Zeugen keine zusätzlichen Erkenntnisse darüber gewonnen

<sup>1</sup> Gemäß § 11 Abs. 1 Z. 3 VStGB begeht ein Kriegsverbrechen, wer »mit militärischen Mitteln einen Angriff durchführt und dabei als sicher erwartet, dass der Angriff die Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen oder die Beschädigung ziviler Objekte in einem Ausmaß verursacht wird, das außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht«.

hätten werden können, ob Oberst K. in Erwartung ziviler Opfer gehandelt hatte, als er den Befehl zum Luftangriff erteilte. [...]

(217) Auch sieht der GH keine Notwendigkeit, weitere Militärexperten heranzuziehen oder die Situation in der Kommandozentrale nachzustellen. Der Bericht des Ermittlungsteams der ISAF wurde von Militärexperten unterschiedlicher Länder erstellt. Auf diesen Bericht gestützt entschied der Generalbundesanwalt, dass alle Sicherheitsvorkehrungen getroffen worden waren, die unter den gegebenen Umständen machbar gewesen waren, dass Oberst K. im Zeitpunkt des Befehls des Luftschlags keinen Grund zur Annahme gehabt hatte, es würden sich Zivilisten in der Nähe der Tanklaster aufhalten, und dass keine vorangehende Warnung erforderlich gewesen war.

(218) [...] Unter normalen Umständen ist die Feststellung der genauen Zahl und des Status der Opfer tödlicher Gewaltanwendung ein wesentliches Element einer angemessenen Untersuchung von Vorfällen mit einer hohen Zahl von Todesopfern. Im vorliegenden Fall [...] kam der Generalbundesanwalt zum Ergebnis, dass wahrscheinlich circa 50 Personen [...] getötet oder verletzt wurden und sich unter den Opfern wesentlich mehr Taliban-Kämpfer befanden als Zivilisten. Der GH ist bereit zu akzeptieren, dass eine genauere Einschätzung unter den Umständen nicht möglich gewesen zu sein scheint, weil sich der Luftschlag in einer aktiven Kampfzone in der Nacht ereignet hatte, die Leichen binnen Stunden von der lokalen Bevölkerung geholt worden waren und die Verwendung moderner forensischer Techniken angesichts der gesellschaftlichen und religiösen Bräuche der lokalen Bevölkerung schwierig war. Unter diesen besonderen Umständen ist der GH der Ansicht, dass das Fehlen einer Feststellung der genauen Zahl und des Status der Opfer des Luftangriffs keinen Mangel darstellt, der die Vereinbarkeit der Untersuchung mit den Konventionsstandards in Frage stellen kann.

(219) Angesichts dieser Erwägungen stellt der GH fest, dass die Tatsachen [...] in einer gründlichen und verlässlichen Art und Weise festgestellt wurden, um die Rechtmäßigkeit des Einsatzes tödlicher Gewalt zu beurteilen.

(220) Soweit der Bf. das Fehlen eines effektiven Rechtsmittels zur Geltendmachung der behaupteten Ineffektivität der Untersuchung rügt, erinnert der GH daran, dass die prozedurale Verpflichtung nach Art. 2 EMRK nicht unbedingt eine gerichtliche Überprüfung von Ermittlungsentscheidungen erfordert. [...]

(222) [Das BVerfG] überprüfte aufgrund der Verfassungsbeschwerde des Bf. die Effektivität der Untersuchung. Es betonte ausdrücklich, dass die Entscheidung des Generalbundesanwalts, keine Anklage zu erheben, nicht nur den Standards des BVerfG entsprach, sondern auch den Anforderungen, die sich aus der Rechtsprechung des GH ergeben. Da das BVerfG eine Entschei-

dung über die Einstellung eines Strafverfahrens aufheben kann, kommt der GH zum Schluss, dass dem Bf. ein Rechtsbehelf zur Verfügung stand, um die Effektivität der Untersuchung anzufechten.

#### *b. Unverzüglichkeit, Raschheit und Unabhängigkeit*

(223) Soweit der Bf. eine Verzögerung und die fehlende Unabhängigkeit hinsichtlich der Aufklärung vor Ort behauptet, muss dies [...] vor dem Hintergrund der anhaltenden Kampfhandlungen in der Gegend des Bombenabwurfs geprüft werden. Mitglieder des PRT Kundus, die um 12:34 Uhr vor Ort eintrafen, um die erste Aufklärung durchzuführen, wurden von rund 100 Mitgliedern der afghanischen Sicherheitskräfte beschützt, gerieten aber dennoch unter Beschuss. [...] Unter diesen Umständen konnte vom deutschen Truppenkontingent nicht realistisch erwartet werden, noch früher eine Aufklärung vor Ort vorzunehmen. [...] Zwar stimmt der GH dem Bf. dahingehend zu, dass es im Sinne der Unabhängigkeit zu bevorzugen gewesen wäre, wenn die erste Vor-Ort-Aufklärung nicht nur von Mitgliedern des PRT Kundus, die unter dem Befehl von Oberst K. standen, durchgeführt worden wäre. Er stellt allerdings fest, dass das Ermittlungsteam der deutschen Feldjäger, dessen Entsendung aus Masari-Sharif am selben Morgen befohlen worden war, noch nicht eingetroffen war, als die Vor-Ort-Aufklärung durchgeführt wurde. Die Sicherstellung ihrer Teilnahme hätte daher zu einer, wenn auch kurzen, Verzögerung geführt, was den Zusammenhang zwischen Raschheit und Unabhängigkeit veranschaulicht.

(224) [...] Die Tatsache, dass die deutschen Feldjäger dem Gesamtkommando des deutschen ISAF-Kontingents unterstanden, berührte nach Ansicht des GH ihre Unabhängigkeit nicht in einem Maße, das die Qualität ihrer Ermittlungen beeinträchtigt hätte. [...]

(225) Hingegen hätte Oberst K. [...] nicht an Ermittlungsschritten in Afghanistan mitwirken dürfen, einschließlich der Befragungen und Besuche am 4. und 5.9.2009 [...].

(226) Diese Beteiligung von Oberst K. machte jedoch als solche [...] die Untersuchung nicht ineffektiv. Die Verantwortung für die strafrechtlichen Ermittlungen lag bei den zivilen Strafverfolgungsbehörden, genauer gesagt beim Generalbundesanwalt, der sich auf umfangreiches Material stützen konnte, das aus Ermittlungen durch verschiedene Akteure stammte, und der weitere Ermittlungsschritte setzte. Von noch größerer Bedeutung ist, dass die Entscheidung des Generalbundesanwalts über die Straflosigkeit von Oberst K. in erster Linie auf der Feststellung hinsichtlich des subjektiven Tatbestands [...] beruhte, die durch [...] Beweise wie die Funksprüche zwischen der Kommandozentrale und den Piloten [...] und die Bilder der Infrarotkameras [...] untermauert wurde.

(227) Unter diesen Umständen bestand kein reales Risiko, dass für die Beurteilung der Strafbarkeit von Oberst K. entscheidende Beweise kontaminiert und unzuverlässig werden könnten. [...]

(228) Soweit der Bf. eine fehlende Unverzüglichkeit der Ermittlungen durch die zivilen Strafverfolgungsbehörden in Deutschland geltend macht, bemerkt der GH, dass der Oberstaatsanwalt der Streitkräfte am Tag des Luftangriffs die Staatsanwaltschaft Potsdam informierte. Diese eröffnete drei Tage später Vorerhebungen, die schließlich an den Generalbundesanwalt abgetreten wurden, der parallel dazu bereits am 8.9.2009 (vier Tage nach dem Luftschlag) eine Vorprüfung eingeleitet hatte. Die zuständigen deutschen Behörden leiteten somit unverzüglich nach Bekanntwerden der möglichen Tötung von Zivilisten Ermittlungen ein [...].

(229) Angesichts der Befugnisse der Staatsanwaltschaften während des Vorverfahrens, der vorgenommenen Ermittlungsmaßnahmen und der stetigen Ermittlungsaktivitäten wurde die Effektivität der Untersuchung durch die – bedauerliche – Tatsache, dass sie rund sechs Monate im Stadium der Vorerhebungen blieb, bevor am 12.3.2010 formelle strafrechtliche Ermittlungen eröffnet wurden, nach Ansicht des GH nicht beeinträchtigt.

### c. Beteiligung der Angehörigen und öffentliche Kontrolle

(231) Unter den Umständen des vorliegenden Falls führte das Versäumnis, vor der Einstellung des Verfahrens den Bf. als Zeugen zu hören, nicht zur Ineffektivität des Verfahrens. Es stand außer Zweifel, dass die beiden Söhne des Bf. bei dem von Oberst K. angeordneten Luftschlag getötet worden waren, und der Bf. wäre nicht in der Lage gewesen, weitere Einblicke [...] zu geben.

(232) Zudem wurden die Stellungnahmen des Bf. [...] vom Generalbundesanwalt geprüft und als unbegründet zurückgewiesen [...]. Hätten seine Aussagen neue Beweise enthalten oder zu einer Neubewertung vorhandener Beweise geführt, hätte dies eine Wiederaufnahme der Ermittlungen nach sich ziehen können. Der Bf. war daher nicht der Gelegenheit beraubt, die Ermittlungen zu beeinflussen, selbst wenn er vor der Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens nicht angehört wurde. [...]

(233) Angesichts der Tatsache, dass die Frage des Zugangs zu den Ermittlungsakten Gegenstand einer in einem früheren Verfahrensstadium ergangenen, gesonderten Entscheidung des BVerfG war, die vom Bf. nicht angefochten wurde, kann der GH jedenfalls keine übermäßigen Einschränkungen oder Verzögerungen beim Zugang des Bf. zu diesen Akten erkennen. Der Vertreter des Bf. hatte zunächst Akteneinsicht im Namen zahlreicher Personen beantragt und es benötigte eine gewisse Zeit, um deren Status als Opfer zu überprüfen. Nachdem der Anwalt den Antrag auf den Bf. beschränkt

hatte, wurde binnen zwei Tagen Zugang zu den nicht als geheim eingestuften Teilen der Akten gewährt. Das Ermittlungsmaterial enthielt sensible Informationen über einen Militäreinsatz im Rahmen eines andauernden bewaffneten Konflikts und Art. 2 EMRK verpflichtet nicht automatisch dazu, den Angehörigen eines verstorbenen Opfers Zugang zu einer laufenden Ermittlung zu gewähren.

(235) Zuletzt stellt der GH fest, dass die Untersuchung des Luftangriffs durch den Untersuchungsausschuss des Bundestags<sup>2</sup> ein hohes Maß an öffentlicher Kontrolle gewährleistete.

### 3. Schlussfolgerung

(236) Angesichts der vorangehenden Überlegungen und der Umstände des vorliegenden Falls gelangt der GH zu dem Ergebnis, dass die von den deutschen Behörden durchgeführte Untersuchung des Todes der beiden Söhne des Bf. den aus Art. 2 EMRK erwachsenden Anforderungen an eine effektive Untersuchung entsprach. Folglich hat **keine Verletzung** des prozeduralen Aspekts von **Art. 2 EMRK** stattgefunden (einstimmig).

<sup>2</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Verteidigungsausschusses vom 25.10.2011, BT-Drucksache 17/7400.