

Nichtamtliche Übersetzung des Bundesministeriums der Justiz
und für Verbraucherschutz*

EUROPÄISCHER GERICHTSHOF FÜR
MENSCHENRECHTE

GROSSE KAMMER

RECHTSSACHE H. J. DEUTSCHLAND

(Individualbeschwerde Nr. 4871/16)

URTEIL

Art. 1 • Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt (jurisdictional link) und dadurch Auslösung der Verpflichtung zur Untersuchung des Todes von Zivilpersonen infolge eines im Rahmen aktiver Feindseligkeiten in einem extraterritorialen bewaffneten Konflikt angeordneten Luftangriffs • Vorliegen „besonderer Merkmale“ (special features), die eine solche Anknüpfung begründen: ausschließliche Gerichtsbarkeit (exclusive jurisdiction) Deutschlands über seine Truppen im Hinblick auf schwerwiegende Straftaten sowie Untersuchungspflicht nach dem humanitären Völkerrecht und dem innerstaatlichen Recht • afghanische Behörden rechtlich daran gehindert, eine Untersuchung einzuleiten

Art. 2 (verfahrensrechtlicher Aspekt) • Angemessenheit, Zügigkeit, angemessene Verfahrensförderung und Unabhängigkeit der Untersuchung • Nichtvorliegen eines materiellen Normenkonflikts zwischen dem humanitären Völkerrecht und Art. 2 • gründliche und zuverlässige Tatsachenfeststellung mit dem Ziel der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Einsatzes tödlicher Gewalt • Einbindung der nächsten Angehörigen und öffentliche Kontrolle • Verfügbarkeit eines Rechtsbehelfs zur Beanstandung der Wirksamkeit der Untersuchung

* In dieser Übersetzung umfassen Personenbezeichnungen im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich alle Geschlechter, es sei denn, sie beziehen sich spezifisch auf einzelne Personen.

STRASSBURG

16. Februar 2021

Dieses Urteil ist endgültig, kann aber redaktionell überarbeitet werden.

In der Rechtssache H. ./ Deutschland

hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Große Kammer mit den Richterinnen und Richtern

Jon Fridrik Kjølbro, *Präsident*,
 Linos-Alexandre Sicilianos,
 Ksenija Turković,
 Paul Lemmens,
 Yonko Grozev,
 Helen Keller,
 Aleš Pejchal,
 Faris Vehabović,
 Carlo Ranzoni,
 Mārtiņš Mits,
 Tim Eicke,
 Lətif Hüseyinov,
 Lado Chanturia,
 Arnfinn Bårdsen,
 Erik Wennerström,
 Saadet Yüksel,
 Anja Seibert-Fohr

sowie Johan Callewaert, *Stellvertretender Kanzler der Großen Kammer*,
 nach nicht öffentlicher Beratung am 26. Februar 2020 und am
 2. Dezember 2020
 das folgende, an dem zuletzt genannten Tag gefällte Urteil erlassen:

VERFAHREN

1. Der Rechtssache lag eine Individualbeschwerde (Nr. 4871/16) gegen die Bundesrepublik Deutschland zugrunde, die ein afghanischer Staatsangehöriger, Herr H. („der Beschwerdeführer“), am 13. Januar 2016 nach Artikel 34 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten („die Konvention“) beim Gerichtshof eingereicht hatte.

2. Der Beschwerdeführer wurde von Herrn K., Rechtsanwalt in B., vertreten. Die deutsche Regierung („die Regierung“) wurde durch zwei ihrer Verfahrensbevollmächtigten, Frau A. Wittling-Vogel und Frau N. Wenzel vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, vertreten.

3. Der Beschwerdeführer machte geltend, der beschwerdegegnerische Staat habe bezüglich eines Luftangriffs am 4. September 2009 nahe Kundus, Afghanistan, bei dem u. a. die beiden Söhne des Beschwerdeführers getötet worden seien, keine wirksame Untersuchung durchgeführt, wie sie nach Artikel 2 der Konvention in verfahrensrechtlicher Hinsicht erforderlich sei. Unter Berufung auf Artikel 13 der Konvention in Verbindung mit Artikel 2 der Konvention machte der Beschwerdeführer ferner geltend, dass ihm kein wirksamer innerstaatlicher Rechtsbehelf gegen die Entscheidung des

Generalbundesanwalts, das strafrechtliche Ermittlungsverfahren einzustellen, zur Verfügung gestanden habe.

4. Die Beschwerde wurde der Fünften Sektion des Gerichtshofs zugewiesen (Artikel 52 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs). Am 2. September 2016 wurde die Beschwerde der Regierung zur Kenntnis gebracht. Am 27. August 2019 entschied eine mit dem Präsidenten Yonko Grozev, der Richterinnen Angelika Nußberger, den Richtern André Potocki, Carlo Ranzoni, Mārtiņš Mits, Lətif Hüseyinov, Lado Chanturia sowie der Sektionskanzlerin Claudia Westerdiek besetzte Kammer dieser Sektion, die Sache an die Große Kammer abzugeben, nachdem keine der Parteien widersprochen hatte (Artikel 30 der Konvention und Artikel 72 der Verfahrensordnung).

5. Über die Zusammensetzung der Großen Kammer wurde gemäß Artikel 26 Abs. 4 und 5 der Konvention sowie Artikel 24 der Verfahrensordnung entschieden. Es wurde auch entschieden, die Begründetheit und die Zulässigkeit der Beschwerde gleichzeitig zu prüfen (Artikel 29 Abs. 1 der Konvention). Bei den zweiten Beratungen wurden André Potocki und Robert Spano, die an der weiteren Prüfung der Rechtssache nicht teilnehmen konnten, durch die Ersatzrichter Faris Vehabović und Arnfinn Bårdsen, vertreten (Artikel 24 Abs. 3 der Verfahrensordnung). Im Verlauf des Verfahrens löste Jon Fridrik Kjølbro Linos-Alexandre Sicilianos als Präsident der Großen Kammer ab.

6. Der Beschwerdeführer und die Regierung gaben jeweils Stellungnahmen zur Zulässigkeit und Begründetheit der Rechtssache ab (Artikel 59 Abs. 1 der Verfahrensordnung).

7. Darüber hinaus gaben die Regierungen Dänemarks, Frankreichs, Norwegens, Schwedens und des Vereinigten Königreichs sowie das Menschenrechtszentrum der Universität Essex, das Institut für Internationale Studien der Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano und die Open Society Justice Initiative und Rights Watch (UK), die alle vom Präsidenten der Großen Kammer zur Teilnahme am schriftlichen Verfahren ermächtigt worden waren, Stellungnahmen als Drittbeteiligte ab (Artikel 36 Abs. 2 der Konvention sowie Artikel 71 Abs. 1 und Artikel 44 Abs. 3 der Verfahrensordnung). Die Parteien erwiderten im Rahmen ihres Vortrags in der mündlichen Verhandlung auf die Stellungnahmen der Drittbeteiligten (Artikel 71 Abs. 1 und Artikel 44 Abs. 6 der Verfahrensordnung).

8. Am 26. Februar 2020 fand im Menschenrechtsgebäude in Straßburg eine öffentliche mündliche Verhandlung statt (Artikel 71 und Artikel 59 Abs. 3 der Verfahrensordnung). Die Regierungen Frankreichs und des Vereinigten Königreichs sowie Rights Watch (UK), die vom Präsidenten zur Teilnahme am mündlichen Verfahren vor der Großen Kammer ermächtigt worden waren, nahmen an dieser Verhandlung teil.

Dabei erschienen vor dem Gerichtshof:

a) *für die Regierung*

Frau A. WITTLING-VOGEL,
 Frau N. WENZEL,
 Frau H. KRIEGER,
 Frau S. WEINKAUFF,
 Herr S. SOHM,
 Frau M. WITTENBERG,
 Frau J. DROHLA,
 Herr C. RITSCHER,
 Frau D. GMEL,
 Frau S. HEINE,
 Herr C. BARTHE,

*Verfahrensbevollmächtigte,
 Rechtsbeistandin,*

Beraterinnen/Berater;

b) *für den Beschwerdeführer*

Herr K., Rechtsanwalt,
 Herr A., *Rechtsbeistand*,
 Herr J.,
 Frau M.,
 Herr S.,
 Frau S., *Beraterinnen/Berater;*

c) *für die Drittbeteiligte Frankreich*

Herr F. ALABRUNE,
 Frau E. LEBLOND,
 Herr R. STAMMINGER,
 Herr E. GOUIN,

Verfahrensbevollmächtigter,

Beraterin/Berater;

d) *für die Drittbeteiligte Vereinigtes Königreich*

Herr C. WICKREMASINGHE,
 Sir JAMES EADIE QC,
 Herr J. SWORDS,

*Verfahrensbevollmächtigter,
 Rechtsbeistand,
 Berater;*

e) *für die Drittbeteiligte Rights Watch (UK)*

Herr S. WORDSWORTH QC,
 Herr C. YEGINSU,
 Frau G. SCHUMACHER,

Rechtsbeistand,

Beraterin/Berater.

Der Gerichtshof hörte die Erklärungen von Frau Wittling-Vogel, Frau Krieger, Herrn K., Herrn A., Herrn Alabrune, Sir James Eadie und Herrn Wordsworth sowie die Antworten von Frau Krieger, Herrn K., Herrn A., Sir James Edie und Herrn Alabrune auf die Fragen der Richterinnen und Richter.

SACHVERHALT

I. DER HINTERGRUND DER RECHTSSACHE

9. Der Beschwerdeführer wurde in O., Afghanistan, geboren und ist dort wohnhaft.

10. Nach den Anschlägen vom 11. September 2001 leiteten die USA zusammen mit dem Vereinigten Königreich am 7. Oktober 2001 Militäreinsätze in Afghanistan ein. Diese Einsätze im Rahmen der sogenannten Operation Enduring Freedom umfassten die Zerstörung terroristischer Ausbildungslager und Infrastruktur sowie die Gefangennahme von Al-Qaida-Anführern und sie führten zum Sturz der Taliban.

11. Am 16. November 2001 stimmte der Deutsche Bundestag der Beteiligung von bis zu 3.900 Bundeswehrsoldaten an der Operation Enduring Freedom zu. Zu dem Truppenkontingent gehörten etwa 100 Soldaten des deutschen Kommandos Spezialkräfte, die anschließend an Anti-Terror-Einsätzen in Afghanistan beteiligt waren.

12. Anfang Dezember 2001 kamen 25 namhafte Vertreter der afghanischen Führung unter der Schirmherrschaft der Vereinten Nationen in Bonn zusammen, um einen Plan für die politische Ordnung des Landes zu beschließen. Sie setzten eine Afghanische Interimsverwaltung ein und bestimmten deren Vorsitzenden. In der Übereinkunft vom 5. Dezember 2001 („Übereinkommen von Bonn“, siehe Rdnr. 71) ersuchten die Teilnehmer der Konferenz um die Unterstützung der internationalen Gemeinschaft bei der Aufrechterhaltung der Sicherheit in Afghanistan und sahen die Einrichtung einer Internationalen Sicherheitsbeistandstruppe (International Security Assistance Force - „ISAF“) vor.

13. Am 20. Dezember 2001 genehmigte der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen die Einrichtung der ISAF. Die ISAF sollte die Afghanische Interimsverwaltung bei der Aufrechterhaltung der Sicherheit in Kabul und Umgebung unterstützen, damit die Afghanische Interimsverwaltung wie auch das Personal der Vereinten Nationen in einem sicheren Umfeld tätig sein könnten. Während der Schwerpunkt der ISAF auf der Aufrechterhaltung der Sicherheit lag, führten die an der Operation Enduring Freedom beteiligten Streitkräfte weiterhin Anti-Terror-Einsätze und Einsätze gegen Aufständische durch.

14. Am 22. Dezember 2001 stimmte der Deutsche Bundestag dem Einsatz deutscher Streitkräfte als Teil der ISAF zu (siehe Rdnr. 91).

15. Am 11. August 2003 übernahm die NATO das Kommando über die ISAF; im Anschluss wurde das ISAF-Mandat über den Raum Kabul hinaus ausgeweitet. Ende 2006 war die ISAF dann für ganz Afghanistan verantwortlich.

16. Nachdem die NATO das ISAF-Kommando übernommen hatte, wurden das ISAF-Hauptquartier (ISAF Headquarters – „ISAF HQ“) und der

ISAF-Kommandeur (Commander ISAF – „COMISAF“) dem Alliierten Gemeinsamen Streitkräftekommando der NATO (NATO Allied Joint Force Command) und dem Obersten Alliierten Befehlshaber Europa (NATO Supreme Allied Commander Europe) unterstellt. Dem ISAF HQ unterstanden fünf Regionalkommandos (Regional Commands - „RCs“), die alle regionalen zivil-militärischen Aktivitäten, die von den militärischen Elementen der Regionalen Wiederaufbauteams (Provincial Reconstruction Teams¹ - „PRTs“) durchgeführt wurden, in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich koordinierten. Das ISAF HQ bzw. der COMISAF behielten zwar die operative Führung, die PRTs wurden jedoch der Befehlsgewalt – in Form der taktischen Führung – des jeweiligen Regionalkommandos unterstellt.

17. Die deutschen Truppen wurden als Teil des von Deutschland geführten Regionalkommandos Nord (Regional Command North - „RC North“) eingesetzt. Zur maßgeblichen Zeit wurde das RC North von dem deutschen Brigadegeneral V. geführt. Das PRT Kundus, das zum RC North gehörte, wurde von dem deutschen Oberst K. geführt.

18. Parallel zu der Kommandostruktur der ISAF verblieb die disziplinarische und administrative Führung und Kontrolle bei den jeweiligen Truppen stellenden Staaten (siehe Rdnr. 75). Daher waren die im PRT Kundus eingesetzten Truppen insoweit der Führung und Kontrolle von Oberst K. unterstellt, der selbst wiederum der Führung und Kontrolle von Brigadegeneral V. unterstand. Brigadegeneral V. befehligte auch das gesamte deutsche ISAF-Kontingent in Afghanistan und unterstand – über den Befehlshaber des Einsatzführungskommandos der Bundeswehr – dem Bundesministerium der Verteidigung.

19. Zur maßgeblichen Zeit setzte sich das RC North aus ca. 5.600 Truppenmitgliedern zusammen, von denen 4.245 Bundeswehrsoldaten waren. Etwa 1.500 Soldaten waren beim PRT Kundus stationiert, darunter auch zwei deutsche Spezialkräfteeinheiten.

20. Ab April 2009 verschlechterte sich die Sicherheitslage in der Provinz Kundus. Insbesondere während der Wahlen im August und September 2009 kam es vermehrt zu Angriffen auf die ISAF-Truppen, bei denen es mehrere Opfer gab. Laut Aussage von Oberst K. vor einem deutschen parlamentarischen Untersuchungsausschuss hätten die Truppen mit jedem Verlassen ihres Feldlagers mit Angriffen zu rechnen gehabt.

¹ Die Regionalen Wiederaufbauteams waren kleine Gruppen, die sich aus militärischem und zivilem Personal zusammensetzten und in den Provinzen Afghanistans mit dem Ziel eingesetzt wurden, sichere Rahmenbedingungen für Hilfsprogramme zu schaffen sowie die humanitäre Hilfe und den Wiederaufbau in Gebieten mit anhaltenden Konflikten bzw. hohen Sicherheitsrisiken zu unterstützen (<https://www.nato.int/docu/review/2007/issue3/german/art2.html>).

II. DIE UMSTÄNDE DER RECHTSSACHE

A. Der Luftangriff vom 4. September 2009

21. Am 3. September 2009 entführten Aufständische zwei Tanklaster und töteten dabei einen der beiden Fahrer. Später an jenem Tag blieben die Tanklaster etwa 7 Kilometer vom Feldlager des PRT Kundus entfernt fahruntüchtig auf einer Sandbank im Fluss Kundus liegen. Um die Tanklaster wieder fahrtüchtig zu machen, zogen die Aufständischen die Bevölkerung der umliegenden Dörfer dazu heran, Treibstoff aus ihnen abzapfen.

22. Gegen 20.00 Uhr unterrichtete ein Informant das PRT Kundus über die Entführung der Tanklaster. Gegen 21.00 Uhr wurde das PRT Kundus förmlich über den Vorfall unterrichtet. Um 21.55 Uhr wurde ein Flugzeug, das zuvor mit einem anderen Einsatz betraut war, mit der Ortung der Tanklaster beauftragt. Gegen 00.15 Uhr wurden die Tanklaster von dem Überwachungsflugzeug aufgespürt. Die Videoaufzeichnungen, die von dem Flugzeug an die Operationszentrale übertragen wurden, zeigten die beiden Tanklaster und mehrere, neben der Sandbank befindliche Fahrzeuge sowie zahlreiche Personen. Im Laufe der Nacht begab sich Hauptmann X. – der sich zusammen mit den Hauptfeldwebeln W. und Y. in der Operationszentrale aufhielt – mehrfach zu dem diensthabenden Sprachmittler, um Informationen direkt von dem Informanten, der das PRT Kundus über die Entführung in Kenntnis gesetzt hatte, entgegenzunehmen bzw. um Fragen von Oberst K. an ihn weiterzugeben. Gegen 00.30 Uhr teilte der Informant mit, dass die Tanklaster von den bewaffneten Aufständischen teilweise entleert worden seien und dass sich keine Zivilpersonen bei der Sandbank aufhielten. Die Schilderungen des Informanten deckten sich mit den Gegebenheiten, die auf den Videoaufzeichnungen zu erkennen waren. Um 00.48 Uhr kehrte das Überwachungsflugzeug, dessen Treibstoff sich dem Ende zuneigte, zu seiner Basis zurück. Kurze Zeit danach nahm Hauptfeldwebel W. Kontakt zum ISAF HQ auf, um ein Ersatzflugzeug anzufordern. Von dort wurde ihm mitgeteilt, dass Luftunterstützung nur gewährt werden könne, wenn eine „troops-in-contact“-Lage (Truppen mit Feindberührung) erklärt werde, d. h. wenn ISAF-Truppen tatsächlich Berührung mit Aufständischen hätten. Gegen 01.00 Uhr erklärte Oberst K. eine solche Lage, obwohl keine Feindberührung im wörtlichen Sinne bestand, woraufhin zwei F-15-Flugzeuge der US-Luftwaffe zu der Sandbank beordert wurden, wo die Tanklaster immer noch festgefahren waren und weiterhin Treibstoff aus ihnen abgezapft wurde.

23. Die F-15-Flugzeuge erreichten gegen 01.10 Uhr den Luftraum über der Sandbank. Im Anschluss wurde zwischen den Piloten und der Operationszentrale der Einsatz von 500-Pfund- oder 2.000-Pfund-Bomben und der mögliche Schaden an zivilen Objekten in der Nähe der Sandbank erörtert. Auf wiederholte Nachfrage seitens Oberst K. hin bestätigte der

Informant, dass sich nur Aufständische und keine Zivilpersonen in der Nähe der Sandbank aufhielten. Nachdem Oberst K. den Vorschlag der Piloten abgelehnt hatte, zunächst eine sogenannte „show of force“ (Demonstration der Stärke) durchzuführen, also einen tiefen Überflug der Sandbank mit dem Ziel, die dort befindlichen Menschen auseinanderzutreiben, gab er die Anweisung, die immer noch fahruntüchtigen Tanklaster zu bombardieren. Um 01.49 Uhr wurden zwei 500-Pfund-Bomben abgeworfen.

24. Unmittelbar nach dem Luftangriff führten die amerikanischen F-15-Flugzeuge eine Erstaufklärung durch. Zusätzlich wurde der Abwurfort am nächsten Morgen gegen 08.00 Uhr durch ein unbemanntes Flugzeug inspiziert.

25. Durch den Luftangriff wurden die beiden Tanklaster zerstört und u. a. die beiden Söhne des Beschwerdeführers getötet: Abdul Bayan und Nesarullah. Sie waren 12 bzw. 8 Jahre alt. Die Gesamtzahl der Opfer des Luftangriffs wurde nie festgestellt (siehe Rdnrn. 40 und 65-69). Die deutsche Regierung leistete freiwillige Zahlungen in Höhe von 5.000 US-Dollar pro Person an die Familien von 91 Getöteten und 11 Verletzten.

B. Ermittlungen im Zusammenhang mit dem Luftangriff

1. Vor-Ort-Untersuchung

26. Später an jenem Morgen entsandte Brigadegeneral V., nachdem er über den Luftangriff informiert worden war, ein Untersuchungsteam der Feldjäger (deutsche Militärpolizei) aus Masar-i-Scharif nach Kundus, um das PRT Kundus bei der Untersuchung des Luftangriffs zu unterstützen.

27. Um 12.13 Uhr desselben Tages machte sich ein Team des PRT Kundus auf den Weg zum Ort des Luftangriffs und traf dort um 12.34 Uhr ein. An diesem Vor-Ort-Besuch waren keine Angehörigen des Teams aus Masar-i-Scharif beteiligt, das das eigene Feldlager um 12.24 Uhr verlassen hatte und noch nicht im Lager des PRT Kundus angekommen war. Das Team des PRT Kundus fand einen deutlich veränderten Ereignisort vor, an dem sich nur wenige zerstörte Autos und keine Leichen befanden. Während des Besuchs wurde das Team, das von etwa 100 Angehörigen der afghanischen Sicherheitskräfte geschützt wurde, angegriffen, konnte nach einer Erwidern des Feuers die Ermittlungen jedoch fortsetzen. Nachdem das Team um 14.23 Uhr ins Feldlager zurückgekehrt war, fand ab 14.45 Uhr ein Auswertegespräch statt, an dem Oberst K. sowie Angehörige der inzwischen eingetroffenen Feldjäger aus Masar-i-Scharif teilnahmen.

28. Am 4. und 5. September 2009 besuchten Angehörige des PRT Kundus, die Feldjäger und das ISAF-Untersuchungsteam für Sofortmaßnahmen („Initial Action Team“, siehe Rdnr. 65) umliegende Krankenhäuser und Dörfer und befragten mehrere Personen zu dem Luftangriff. Oberst K. war teilweise in einige Befragungen involviert und wurde fortlaufend über den Verlauf der Untersuchung informiert.

29. Am 9. September 2009 legten die Feldjäger Brigadegeneral V. ihren Bericht vor.

2. Untersuchung durch die deutsche Staatsanwaltschaft

30. Am Tag des Luftangriffs setzte der Leitende Rechtsberater der Bundeswehr die Staatsanwaltschaft P. (Sitz des Einsatzführungskommandos der Bundeswehr) von dem Luftangriff in Kenntnis. Am 7. September 2009 leitete die Staatsanwaltschaft P. ein Vorprüfungsverfahren ein, das im Anschluss an die Staatsanwaltschaft L. (dem damaligen Dienort von Oberst K.) und später an die Generalstaatsanwaltschaft (die vorgesetzte Behörde der Staatsanwaltschaft L.) abgegeben wurde. Nach weiteren vorbereitenden Arbeiten, u. a. einem Austausch mit dem Bundesministerium der Verteidigung über den rechtlichen Rahmen des Militäreinsatzes in Afghanistan und über das mögliche Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds legte die Generalstaatsanwaltschaft den Vorgang am 5. November 2009 dem Generalbundesanwalt zur Prüfung der Übernahme im Hinblick auf eine in Betracht kommende Strafbarkeit nach dem Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) vor (siehe Rdnrn. 94-95 und 101). Zu diesem Zeitpunkt war der Generalbundesanwalt bereits dabei, seine Zuständigkeit zu prüfen, nachdem er am 8. September 2009 Vorermittlungen aufgenommen hatte.

31. Was den Verlauf der Untersuchung angeht, bat der Generalbundesanwalt mit Schreiben vom 27. November 2009 zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts das Einsatzführungskommando der Bundeswehr um Übermittlung aller den Luftangriff betreffenden tatsächlichen Erkenntnisse. Drei Tage später übermittelte das Einsatzführungskommando der Bundeswehr eine beträchtliche Anzahl an Berichten. Am 16. Dezember 2009 stellte es zusätzliche Unterlagen zur Verfügung. Mit Schreiben vom 8. Dezember 2009 bat der Generalbundesanwalt um Übersendung von Kopien der dem parlamentarischen Untersuchungsausschuss vorgelegten Akten (siehe Rdnr. 69), die ihm im Anschluss zur Verfügung gestellt wurden; ferner erhielt er Ablichtungen der Protokolle der Ausschusssitzungen. Am 21. Dezember 2009 übersandte der Generalbundesanwalt dem Einsatzführungskommando der Bundeswehr einen umfassenden Fragenkatalog, der mit Schreiben vom 8. Februar 2010 beantwortet wurde. Weitere Fragen wurden mit Schreiben vom 23. Februar 2010 an das Bundesministerium der Verteidigung gerichtet und von dort beantwortet.

32. Am 12. März 2010 leitete der Generalbundesanwalt aufgrund der bis zu diesem Zeitpunkt vorhandenen tatsächlichen Erkenntnisse ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen Oberst K. sowie gegen Hauptfeldwebel W. ein, der Oberst K. in der Nacht des Luftangriffs assistiert hatte. Vom 22. bis zum 25. März 2010 vernahm der Generalbundesanwalt die beiden Beschuldigten sowie zwei Zeugen (Hauptmann X. und Hauptfeldwebel Y.), die zur maßgeblichen Zeit in der Operationszentrale im

Feldlager in Kundus anwesend gewesen waren. Darüber hinaus wurden die gesammelten Unterlagen und die Videoaufzeichnungen aus den Flugzeugen ausgewertet.

33. Am 16. April 2010 stellte der Generalbundesanwalt das strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen die Beschuldigten mangels hinreichenden Verdachts einer Strafbarkeit nach dem Völkerstrafgesetzbuch oder nach dem Strafgesetzbuch (StGB) ein. Er stellte fest, dass es sich bei der Situation in Afghanistan zur maßgeblichen Zeit – zumindest im nördlichen Teil des Landes, dem Einsatzgebiet der deutschen Streitkräfte (Bundeswehr) – trotz der Beteiligung internationaler Truppen um einen nichtinternationalen bewaffneten Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts gehandelt habe. Der Generalbundesanwalt kam zu dem Schluss, dass Afghanistan dem ISAF-Einsatz völkerrechtlich wirksam zugestimmt habe und dass die ISAF auf Seiten der Staatsgewalt Afghanistans kämpfe. Die aufständischen Taliban und die mit ihnen assoziierten Gruppen, die in der Entscheidung detailliert beschrieben sind, seien völkerrechtlich als Konfliktparteien zu qualifizieren. Das Vorliegen dieses nichtinternationalen bewaffneten Konflikts führe zur Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts (siehe auch Artikel 25 Grundgesetz, Rdnr. 93) und des Völkerstrafgesetzbuchs. Soldaten der Bundeswehr im Rahmen des ISAF-Einsatzes seien reguläre Kombattanten, die für völkerrechtlich zulässige Kampfhandlungen nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könnten. Der Generalbundesanwalt gelangte zu dem Ergebnis, dass eine Strafbarkeit nach dem Völkerstrafgesetzbuch, insbesondere nach dessen § 11 Abs. 1 Nr. 3 (siehe Rdnr. 95), ausscheide, da Oberst K. nicht mit dem erforderlichen Vorsatz gehandelt habe, Zivilpersonen zu töten oder zu verletzen oder zivile Objekte zu beschädigen. Eine Strafbarkeit nach dem Strafgesetzbuch wegen Mordes oder sonstiger Straftatbestände scheide aus, da die völkerrechtliche Rechtmäßigkeit des Luftangriffs einen Rechtfertigungsgrund darstelle.

34. Eine Pressemitteilung, in der die wesentlichen Feststellungen des Generalbundesanwalts zusammengefasst wurden und darauf hingewiesen wurde, dass das zugrunde liegende Tatsachenmaterial zum überwiegenden Teil als Verschlussache eingestuft sei, wurde am 19. April 2010 veröffentlicht. Eine bearbeitete Fassung des Einstellungsbescheids wurde am 13. Oktober 2010 erstellt.

35. Gemäß dem Bescheid wurden folgende Beweismittel ausgewertet:

- COMISAF-Untersuchungsbericht (COMISAF investigation report) nebst sämtlichen Anlagen;
- NATO/ISAF-Vorschriften (Standard Operating Procedures (ständige Dienstanweisung), Rules of Engagement (Einsatzregeln), Tactical Directives (taktische Direktiven), Intelligence Evaluation Matrix (Bewertungsmatrix für nachrichtendienstliche Erkenntnisse), Special Instructions for Air and Space Operations (besondere Anweisungen für Luft- und Weltraumoperationen));

- Feldjäger-Untersuchungsbericht vom 9. September 2009 nebst 44 Anlagen (einschließlich Bild- und Videomaterial);
- schriftliche Stellungnahme des Oberst K. gegenüber dem Generalinspekteur der Bundeswehr vom 5. September 2009;
- Bericht des Oberst N., Angehöriger des Fact Finding Teams der ISAF vom 6. September 2009;
- Bericht des Repräsentanten der Region Kundus an den afghanischen Staatspräsidenten vom 4. September 2009;
- Bericht der afghanischen Untersuchungskommission für den afghanischen Staatspräsidenten;
- Liste der Hilfsmission der Vereinten Nationen in Afghanistan (United Nations Assistance Mission in Afghanistan – „UNAMA“) über mögliche zivile Opfer des Luftangriffs;
- Bericht einer Nichtregierungsorganisation vom 5. September 2009 [Verschlussache];
- Bericht des Initial Action Teams der ISAF vom 6. September 2009;
- Gesprächsprotokolle der im PRT Kundus mit der afghanischen Untersuchungskommission, mit örtlichen Vertretern und mit einer Delegation des Initial Action Teams geführten Gespräche;
- schriftliche Stellungnahme des Einsatzführungskommandos der Bundeswehr vom 8. Februar 2010 in Beantwortung des Fragenkatalogs des Generalbundesanwalts vom 21. Dezember 2009;
- 164 Aktenordner des Bundesministeriums der Verteidigung;
- Protokolle der Sitzungen des Verteidigungsausschusses als 1. Untersuchungsausschuss, in denen die beiden Beschuldigten und Hauptmann X. vernommen wurden;
- Vernehmungen der beiden Beschuldigten sowie der Zeugen Hauptmann X. und Hauptfeldwebel Y. durch den Generalbundesanwalt;
- Protokoll des Funkverkehrs zwischen den Piloten der F-15-Flugzeuge und Hauptfeldwebel W. sowie Videoaufzeichnungen.

36. Nach Auffassung des Generalbundesanwalts waren insbesondere zwei Aspekte zu klären: Die subjektive Lageeinschätzung durch Oberst K., als er den Luftangriff anordnete, und die genaue Anzahl der in der Folge getöteten oder verletzten Personen.

37. Er sah die Einlassung von Oberst K. als glaubhaft an, wonach dieser davon ausgegangen sei, dass sich ausschließlich aufständische Taliban und keine Zivilpersonen bei den Tanklastern aufgehalten hätten, als er den Luftangriff angeordnet habe. Die Angaben würden durch zahlreiche objektive Umstände, die Angaben der in der Operationszentrale anwesenden Personen und durch die vor und während des Luftangriffs aufgezeichneten Videoaufzeichnungen gestützt.

38. In Anbetracht dessen, dass der Abwurf der Bomben um 01.49 Uhr nachts und während des Ramadans erfolgt sei, dass die nächste Ortschaft sich

mindestens 850 Meter entfernt befinde und dass es sich bei dem Gebiet um eine Hochburg der Aufständischen handele, sei es aus der Sicht eines objektiven Betrachters unwahrscheinlich gewesen, dass sich Zivilpersonen dort aufgehalten hätten. Auch habe ein nachrichtendienstlicher Warnhinweis über einen geplanten Angriff durch mit Sprengsätzen beladene Fahrzeuge auf das deutsche Feldlager vorgelegen. In den Monaten vor dem 4. September 2009 seien in Afghanistan bereits zahlreiche solcher Angriffe verübt worden. Oberst K. hätte keinen Grund gehabt, an der Richtigkeit der Angaben des Informanten zu zweifeln. Nur wenige Tage vorher habe er mit diesem Informanten zusammengearbeitet und seine Angaben seien zuverlässig gewesen. Auch seitens Hauptmann X., über den er den Informanten mindestens sieben Mal habe anrufen lassen, um die Entwicklung der Lage zu überprüfen und zu bestätigen, dass sich nur Aufständische am Ort des Geschehens aufgehalten hätten, sei der Informant als zuverlässig eingestuft worden. Die Angaben des Informanten stimmten mit den aus dem Flugzeug übertragenen Videobildern überein. Das Vorgehen von Oberst K. stimme mit seiner sorgfältigen Vorgehensweise bei früheren Entscheidungen, die zu zivilen Kollateralschäden hätten führen können, überein.

39. Alle anderen im Kommandostand anwesenden Personen hätten glaubhaft ausgesagt, sie seien davon ausgegangen, dass sich ausschließlich Aufständische und keine Zivilpersonen vor Ort aufgehalten hätten. Weitere Zeugenvernehmungen versprächen für die zu klärende Frage, ob Oberst K. in der Erwartung ziviler Opfer gehandelt habe, als er den Bombenabwurf befahl, keine neuen Erkenntnisse. Der ebenfalls vernommene Hauptmann X. sei als einzige Person bei der Übermittlung der Informationen des Informanten zugegen gewesen und es lägen keine Anhaltspunkte für eine nicht korrekte Übermittlung durch ihn vor. Aus dem Funkverkehr zwischen den Piloten und der Operationszentrale hätten sich keine Hinweise dafür ergeben, dass Oberst K. in der Erwartung ziviler Opfer gehandelt habe. Es habe festgestanden, dass die Tanklaster in der Hand von Taliban-Kämpfern gewesen seien, und es hätten keine Anhaltspunkte dafür vorgelegen, dass diese sich zum Zeitpunkt des Luftangriffs nicht mehr bei den Tankclustern aufgehalten hätten. Hinzu komme, dass sich die Taliban aufgrund ihrer Bekleidung nicht von Zivilpersonen unterschieden, so dass die Piloten zur Klärung der Frage, ob erkennbar gewesen sei, dass sich auch Zivilpersonen bei den Tankclustern aufgehalten hätten, keine Angaben machen könnten.

40. Die Anzahl ziviler Opfer könne im vorliegenden Fall nicht als Indizienbeweis gewertet werden, aus dem sich die subjektiven Erwartungen von Oberst K. ableiten ließen. Die Anzahl der durch den Luftangriff getöteten und verletzten Menschen lasse sich nicht mehr aufklären, ebenso wenig wie die Frage, bei wie vielen es sich um Taliban oder um Zivilpersonen gehandelt habe. In Anbetracht der unterschiedlichen Ergebnisse, zu denen die verschiedenen Berichte insoweit gelangt seien, der dabei angewendeten Methoden und der vorliegenden Beweismittel, einschließlich der

Videoaufzeichnungen, sei es wahrscheinlich, dass etwa 50 Personen getötet oder verletzt worden seien. Als sicher anzusehen sei, dass zwei bekannte Taliban-Führer getötet worden seien; ferner lasse sich aufgrund der vorliegenden Berichte der Schluss ziehen, dass unter den Opfern deutlich mehr Taliban als Zivilpersonen gewesen seien. Eine weitere Aufklärung sei nicht möglich, weil der Einsatz moderner gerichtsmedizinischer Untersuchungsmethoden, einschließlich notwendiger Exhumierungen und DNA-Analysen, angesichts der gesellschaftlichen und religiösen Auffassungen in der afghanischen Bevölkerung ausgeschlossen sei. Jedenfalls begründe die Anzahl der zur Zeit des Luftangriffs vor Ort anwesenden Personen keine Zweifel daran, dass Oberst K. angenommen habe, es handle sich ohne Ausnahme um Taliban-Kämpfer.

41. Hinsichtlich der Frage der Strafbarkeit von Oberst K. nach dem Völkerstrafgesetzbuch vertrat der Generalbundesanwalt die Auffassung, dass bei dem Luftangriff vom 4. September 2009 der erforderliche funktionale Kontext gegeben und der objektive Tatbestand des § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB erfüllt sei, da es sich dabei um einen mit militärischen Mitteln durchgeführten Angriff im Zusammenhang mit dem nichtinternationalen bewaffneten Konflikt in Afghanistan handle. Der subjektive Tatbestand sei hingegen nicht erfüllt. Erforderlich hierfür sei der direkte Vorsatz, unverhältnismäßige Kollateralschäden herbeizuführen. Nach der glaubhaften Einlassung von Oberst K. sei er davon ausgegangen, dass nur Aufständische vor Ort gewesen seien. Somit habe er die Schädigung von Zivilpersonen nicht nur nicht mit der von der Vorschrift geforderten Sicherheit erwartet, sondern überhaupt nicht. Die Frage der Unverhältnismäßigkeit der erwarteten Kollateralschäden stelle sich somit von vornherein nicht.

42. Die Tanklaster seien von einer organisierten Gruppe bewaffneter Taliban-Kämpfer entführt worden. Die Angehörigen dieser Gruppe und die Tanklaster seien zu dem Zeitpunkt, zu dem Oberst K. den Luftangriff angeordnet habe, legitime militärische Ziele gewesen. In Bezug auf die Taliban führte der Generalbundesanwalt aus, dass nach dem Völkerrecht alle Personen, die sich funktional in organisierte bewaffnete Gruppen eingegliedert hätten und dort eine andauernde Kampffunktion (continuous combat function) ausübten, nicht als Zivilpersonen anzusehen seien, sondern als legitime militärische Ziele. Diese Personen dürften so lange auch außerhalb laufender Feindseligkeiten angegriffen werden, bis sie diese Kampffunktion eindeutig und endgültig aufgaben (siehe Rdnr. 80).

43. Der Generalbundesanwalt vertrat die Auffassung, dass das allgemeine Strafrecht anwendbar bleibe, und gelangte zu dem Schluss, dass er für die Verfolgung von Straftaten nach dem Strafgesetzbuch soweit zuständig sei, als militärische Handlungen dem Anwendungsbereich des Völkerstrafgesetzbuchs unterfielen. Jedoch könne Oberst K. auch nicht nach dem Strafgesetzbuch und Hauptfeldwebel W. nicht wegen Beihilfe belangt werden. Der objektive und der subjektive Tatbestand des Mordes sei zwar

erfüllt, jedoch sei das Vorgehen von Oberst K. völkerrechtlich zulässig gewesen, was in Bezug auf militärische Handlungen einen Rechtfertigungsgrund darstelle.

44. Für die Zulässigkeit des Luftangriffs sei der Status der Opfer nach dem humanitären Völkerrecht ausschlaggebend. Bewaffnete Kämpfer, die sich in einem nichtinternationalen Konflikt einer nichtstaatlichen Konfliktpartei angeschlossen hätten, sowie Zivilpersonen, die unmittelbar an Feindseligkeiten teilnahmen, seien legitime Ziele für militärische Angriffe, nicht unmittelbar an Feindseligkeiten beteiligte Zivilpersonen hingegen nicht. Dass es sich bei den bewaffneten Taliban-Kämpfern, die die beiden Tanklaster entführt hätten – und die wahrscheinlich einen erheblichen Teil der Opfer des Luftangriffs gestellt hätten – um Angehörige einer organisierten bewaffneten Gruppe handele, die Partei des bewaffneten Konflikts sei, stehe außer Frage. Sie stellten damit legitime militärische Ziele dar, deren „Vernichtung“ in den Grenzen militärischer Notwendigkeit zulässig sei, für die sich im vorliegenden Fall keine Einschränkung ergebe.

45. Durch den Luftangriff seien auch Zivilpersonen getötet worden, die nach dem humanitären Völkerrecht geschützt und kein legitimes militärisches Ziel gewesen seien. Es könne davon ausgegangen werden, dass es sich bei allen Opfern des Luftangriffs, die keine Taliban-Kämpfer gewesen seien, um Zivilpersonen gehandelt habe, die sich nicht unmittelbar an den Feindseligkeiten beteiligt hätten, einschließlich derjenigen, die den Taliban beim Versuch der Bergung der Tanklaster geholfen hätten, und derjenigen, die im Eigeninteresse Treibstoff für sich zu erlangen versucht hätten. Dennoch sei die Anordnung des Luftangriffs durch Oberst K. auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass dadurch auch vom humanitären Völkerrecht geschützte Zivilpersonen getötet worden seien, völkerrechtlich gerechtfertigt. Das humanitäre Völkerrecht verbiete nur Angriffe gegen Zivilpersonen als solche oder gegen ein militärisches Ziel, wenn der zur Zeit des Angriffsbefehls zu erwartende zivile Schaden „in keinem Verhältnis“ (excessive) zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehe (siehe Rdnr. 81). Die militärische Verhältnismäßigkeitsklausel, das Exzessverbot also, sei nicht mit dem engeren Maßstab fehlender Angemessenheit gleichzusetzen. Entscheidend seien die objektiv begründeten Erwartungen des Angreifenden zum Zeitpunkt der militärischen Handlung, sowohl in Bezug auf die taktischen militärischen Vorteile als auch auf die zu erwartenden zivilen Begleitschäden. Zivile Begleitschäden seien für die Verhältnismäßigkeitsprüfung nur dann maßgeblich, wenn der Befehlshaber „praktisch mögliche Vorsichtsmaßnahmen“ (feasible precautions) unterlassen habe, die ihm ermöglicht hätten, größere zivile Begleitschäden vorherzusehen. Eine Unverhältnismäßigkeit in diesem Sinne sei nur bei offensichtlichem Exzess anzunehmen.

46. Mit dem in Frage stehenden Luftangriff seien zwei militärische Ziele verfolgt worden: die Vernichtung der von den Taliban entführten Tanklaster

und des geraubten Treibstoffs sowie die Tötung von Taliban-Kämpfern. Für Oberst K. sei angesichts der ihm bekannten Umstände (Entfernung zwischen der Sandbank und bewohnten Ansiedlungen, Nachtzeit, Präsenz bewaffneter Taliban) und der Angaben des Informanten die Anwesenheit geschützter Zivilpersonen fernliegend gewesen. Weitere Aufklärungs- bzw. Vorsichtsmaßnahmen hätten zeitnah nicht zur Verfügung gestanden. Die Gefahr einer Bergung der Tanklast oder des Treibstoffs durch die Taliban habe Oberst K. nicht in Kauf nehmen müssen. Unter den gegebenen Umständen hätten ausreichende Hinweise dafür vorgelegen, dass die betreffenden Personen legitimes Ziel eines militärischen Angriffs gewesen seien; absolute Sicherheit sei hierfür nicht erforderlich.

47. Selbst wenn man unterstelle, dass mit der Tötung mehrerer Dutzend geschützter Zivilpersonen hätte gerechnet werden müssen, hätte dies nicht außerhalb jeden Verhältnisses zu den erwarteten militärischen Vorteilen gestanden. Auch wäre damit nicht gegen das Gebot des mildesten Mittels verstoßen worden. Die Frage des Mitteleinsatzes sei vor dem Luftangriff zwischen Oberst K., Hauptfeldwebel W. und den Piloten erörtert worden. Entgegen weitergehenden Vorschlägen der Piloten habe Oberst K. sich für den Einsatz der kleinsten zur Verfügung stehenden Bombengröße unter Verwendung von den Wirkungsradius beschränkender Zündzeitverzögerung entschieden.

48. An dem Ergebnis der völkerrechtlichen Zulässigkeit des Angriffsbefehls ändere auch die Verpflichtung, grundsätzlich Warnhinweise vor Angriffen zu geben, durch welche die Zivilbevölkerung in Mitleidenschaft gezogen werden könnten, nichts. Zum einen sei Oberst K. in vertretbarer Weise davon ausgegangen, dass der von ihm angeordnete Angriff Zivilpersonen nicht treffen werde, zum anderen stehe diese Verpflichtung unter dem Vorbehalt eines Ausschlusses durch die gegebenen Umstände (siehe Rdnr. 81). Im vorliegenden Fall hätte eine Warnung das legitime militärische Ziel der Tötung von Taliban-Kämpfern vereiteln können.

49. Angebliche Verstöße gegen innerdienstliche Vorgaben wie etwa die Einsatzregeln (Rules of Engagement) der ISAF, die im Interesse einer nachhaltigen politischen Lösung des Afghanistan-Konflikts selbstauferlegte Einschränkungen beinhalte und die vor allem dem Schutz der Zivilbevölkerung über das völkerrechtlich Vorgeschriebene hinaus dienten, seien für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit militärischen Vorgehens unerheblich.

3. Die Einbindung des Beschwerdeführers in die Untersuchung und seine Anfechtung des Einstellungsbescheids

(a) Einsicht in die Ermittlungsakte

50. Am 12. April 2010 stellte der Beschwerdeführer über seinen Rechtsvertreter Strafantrag beim Generalbundesanwalt wegen des Todes u. a.

seiner beiden Söhne. Außerdem beantragte er Einsicht in die Ermittlungsakte. Der Vertreter des Beschwerdeführers legte eine Vollmacht des Beschwerdeführers sowie eine weitere Vollmacht der Angehörigen weiterer 113 mutmaßlich bei dem Luftangriff getöteter Personen vor. Mit Schreiben vom 27. April 2010 teilte der Generalbundesanwalt dem Vertreter des Beschwerdeführers mit, dass das strafrechtliche Ermittlungsverfahren zwischenzeitlich eingestellt worden sei und dass im Hinblick auf die Gewährung der beantragten Akteneinsicht eine eingehendere Untersuchung der Opfereigenschaft des Beschwerdeführers erforderlich sei. Der Beschwerdeführer legte mit Schreiben vom 9. Juni 2010 und 7. Juli 2010 Stellungnahmen vor, die der Generalbundesanwalt mit Schreiben vom 16. Juli 2010 und 3. September 2010 als unbegründet zurückwies. Am 1. September 2010 beschränkte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers seinen Antrag auf Einsicht in die Ermittlungsakte, den er zuvor im Namen aller von ihm vertretenen Personen gestellt hatte, auf den Beschwerdeführer. Am 3. September 2010 wurde dem Beschwerdeführer Einsicht in die nichtvertraulichen Teile der Ermittlungsakte gewährt. Eine bearbeitete Fassung des Einstellungsbescheids wurde dem Vertreter des Beschwerdeführers am 15. Oktober 2010, zwei Tage nach Fertigstellung, zugestellt. Der Vertreter des Beschwerdeführers nahm am 26. Oktober 2010 bei der Generalbundesanwaltschaft Einsicht in die Akte.

(b) Klageerzwingungsantrag

51. Am 15. November 2010 beantragte der Beschwerdeführer beim Oberlandesgericht D. die Anordnung der Erhebung der öffentlichen Klage gegen die Beschuldigten, sowie hilfsweise die Anordnung der Fortführung des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens gegen die Beschuldigten wegen etwaiger Strafbarkeit nach dem Strafgesetzbuch. Er trug insbesondere vor, dass bestimmte zusätzliche Ermittlungsmaßnahmen erforderlich seien, um die objektiven Umstände des Luftangriffs umfassend festzustellen.

52. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2010 legte der Generalbundesanwalt seine Stellungnahme vor und beantragte, den Antrag wegen Nichteinhaltung der Formvorschriften als unzulässig, hilfsweise als unbegründet, zu verwerfen, weil der Vortrag des Beschwerdeführers keinen hinreichenden Verdacht für eine Strafbarkeit der Beschuldigten begründen könne. Unter Zurückweisung der Argumentation des Beschwerdeführers bezüglich der angeblichen Mängel des Ermittlungsverfahrens trug er vor, dass alle erforderlichen Ermittlungsmaßnahmen, die Aussicht auf Erfolg geboten hätten, ergriffen worden seien. Zudem hätte selbst auf Grundlage des Tatsachenvortrags des Beschwerdeführers kein Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht vorgelegen.

53. Am 16. Februar 2011 verwarf das Oberlandesgericht D. den Antrag des Beschwerdeführers auf gerichtliche Entscheidung im Klageerzwingungsverfahren als unzulässig. Es befand, dass das Vorbringen

des Beschwerdeführers den Formvorschriften nicht genüge (siehe Rdnr. 99). Der Beschwerdeführer habe sich teilweise nicht oder nicht ausreichend mit einigen der in der Einstellungsentscheidung des Generalbundesanwalts vom 13. Oktober 2010 aufgeführten Beweismitteln, die Grundlage für seine Entscheidung gewesen seien, auseinandergesetzt. Aus seinen Angaben gehe nicht hervor, welche Beweismittel ihm vorgelegen hätten und welche nicht. Entgegen seiner Verpflichtung, auch solche Tatsachen vorzutragen, die die Beschuldigten entlasten könnten, habe sich der Beschwerdeführer darauf beschränkt, nur auf ausgewählte Beweismittel einzugehen, insbesondere diejenigen, die aus seiner Sicht die Vorwürfe zu untermauern schienen. Insbesondere habe er (i) das zweiseitige Schreiben von Oberst K. vom 5. September 2009 an den Generalinspekteur der Bundeswehr, (ii) den Feldjägerbericht vom 9. September 2009 und (iii) das Protokoll des Funkverkehrs zwischen den Piloten und Hauptfeldwebel W. unmittelbar vor dem Bombenabwurf sowie (iv) die Videoaufzeichnungen der F-15-Flugzeuge nicht ausführlich erörtert und auch nicht begründet, warum die Beurteilung dieser Beweismittel durch den Generalbundesanwalt angeblich falsch gewesen sei. Soweit der Beschwerdeführer vorgetragen habe, der von ihm eingesehene Bericht einer Nichtregierungsorganisation komme zu dem Schluss, dass der Luftangriff rechtswidrig gewesen sei und gegen das humanitäre Völkerrecht verstoßen habe, habe er die Kernaussagen des Berichts, die zu dieser Bewertung geführt hätten, nicht dargetan. Dasselbe gelte für seine Bezugnahme auf den Vermerk des Brigadegenerals V. vom 4. September 2009. In der Folge versetze der Tatsachenvortrag das Oberlandesgericht nicht in die Lage, allein anhand des Vorbringens in der Antragsschrift des Beschwerdeführers festzustellen, ob ein hinreichender Tatverdacht gegen die Beschuldigten zu bejahen sei und daher hinreichender Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage bestehe. Darüber hinaus habe der Beschwerdeführer keine oder nur ungeeignete Beweismittel für einige der belastenden Behauptungen bezüglich der Beschuldigten angegeben, insbesondere, dass der örtliche Informant sich selbst nicht bei der Sandbank aufgehalten habe, dass die Piloten der F-15-Flugzeuge eine weitere Aufklärung gefordert hätten, dass in der Nacht des Luftangriffs aufgrund des Ramadans sehr viele Menschen unterwegs gewesen seien und dass die Taliban normalerweise nur in bis zu 10 Mann starken Gruppen agierten.

(c) Gehörsrüge

54. Am 28. März 2011 legte der Beschwerdeführer Gehörsrüge gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts ein. Er machte geltend, dass das Oberlandesgericht seinen Beschluss gefasst habe, ohne ihm Gelegenheit zu geben, sich zu den Stellungnahmen des Generalbundesanwalts und der Verteidigung zu äußern. Ferner sei nicht erkennbar gewesen, dass von ihm ein Vortrag zu seiner Kenntnis spezifischer, vom Generalbundesanwalt vorgebrachter Beweismittel verlangt werde und dass er den wesentlichen

Inhalt dieser Beweisurkunden darstellen müsse. Insofern hätte das Oberlandesgericht ihm vor der Zurückweisung seines Antrags einen entsprechenden Hinweis geben müssen. In jedem Fall würde ein Erfordernis, wonach er sich mit jedem einzelnen Beweismittel des Generalbundesanwalts auseinandersetzen müsste, das Rechtsmittel des Antrags auf Klageerzwingung in Anbetracht des Umfangs der Akte unwirksam machen.

55. Mit Beschluss vom 31. März 2011 verwarf das Oberlandesgericht die Gehörsrüge des Beschwerdeführers als unbegründet. Grundlage für die Entscheidung vom 16. Februar 2011 sei im Rahmen der Prüfung, ob die Formvorschriften eingehalten worden seien, allein die Antragsschrift des Beschwerdeführers als solche gewesen. Dass ihm nur eingeschränkt Einsicht in die Ermittlungsakte gewährt worden sei, habe das Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung berücksichtigt. Eine Hinweispflicht auf bestehende Darlegungslücken in der Antragsschrift des Beschwerdeführers habe für das Oberlandesgericht nicht bestanden, weil die für die Anbringung des Klageerzwingungsantrags maßgebliche Frist abgelaufen gewesen sei und die festgestellten Formfehler nicht mehr hätten behoben werden können.

4. Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht

56. Am 17. März 2011 und 27. April 2011 legte der Beschwerdeführer, vertreten durch seinen Rechtsbeistand, Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht ein. Mit der zweiten Beschwerde, die den Inhalt der ersten Beschwerde umfasste, wurde zusätzlich der Beschluss des Oberlandesgerichts vom 31. März 2011 beanstandet. Der Beschwerdeführer machte geltend, dass die strafrechtlichen Ermittlungen nicht wirksam gewesen seien, und begründete dies damit, dass nicht alle erforderlichen Ermittlungsmaßnahmen ergriffen worden seien, um die objektiven Umstände des Luftangriffs umfassend festzustellen; es seien weder der Beschwerdeführer, noch Augenzeugen, noch Militärsachverständige befragt worden, um festzustellen, ob die Beschuldigten ihre Entscheidung zur Anordnung des Luftangriffs in vertretbarer Weise auf die ihnen vorliegenden Informationen hätten stützen können und ob hinreichende Vorsichtsmaßnahmen getroffen worden seien. Weder sei die Zahl der Opfer ermittelt worden, noch habe es medizinische Gutachten zur Todesursache gegeben. Auch sei der Beschwerdeführer als nächster Angehöriger zweier Opfer des Luftangriffs aufgrund der beschränkten und verzögerten Einsicht in die Ermittlungsakte, der Nichtgewährung rechtlichen Gehörs, der verspäteten Zustellung des Einstellungsbescheids des Generalbundesanwalts und der überspannten Zulässigkeitsanforderungen des Oberlandesgerichts unzureichend in das Verfahren eingebunden gewesen.

57. Am 8. Dezember 2014 lehnte es das Bundesverfassungsgericht ab, die Verfassungsbeschwerde (2 BvR 627/14) zur Entscheidung anzunehmen, soweit sie die Einsicht in die Ermittlungsakte betraf. Der Beschwerdeführer hat diese Entscheidung in der vorliegenden Beschwerde nicht beanstandet.

58. Am 19. Mai 2015 lehnte es das Bundesverfassungsgericht ab, die Verfassungsbeschwerde (2 BvR 987/11) zur Entscheidung anzunehmen, soweit sie die Wirksamkeit der strafrechtlichen Ermittlungen betraf, und befand, dass sie jedenfalls unbegründet sei. Der Beschwerdeführer habe zwar einen Anspruch auf wirksame strafrechtliche Ermittlungen, jedoch würden der Einstellungsbescheid des Generalbundesanwalts wie auch der Beschluss des Oberlandesgerichts D. bezüglich seines Klageerzwingungsantrags den entsprechenden Anforderungen gerecht.

59. Die Einstellungsentscheidung des Generalbundesanwalts habe weder die Bedeutung des Rechts auf Leben und die daraus erwachsenden Schutzpflichten des Staates verkannt, noch die sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wie auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergebende Anforderung einer wirksamen Untersuchung von Todesfällen. Der Bescheid des Generalbundesanwalts stelle die von ihm durchgeführten Ermittlungen dar und leite daraus ab, dass sich keine ausreichenden Anhaltspunkte für einen hinreichenden Tatverdacht ergeben hätten. Die wesentliche Annahme in der Entscheidung, die Beschuldigten hätten im Zeitpunkt der Anordnung des Luftangriffs in der Überzeugung gehandelt, bei den sich in der unmittelbaren Nähe der Tanklaster befindlichen Personen habe es sich um bewaffnete Aufständische gehandelt, schließe den für eine Strafbarkeit nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 VStGB erforderlichen Vorsatz aus. Diese Feststellung sei nicht willkürlich getroffen worden und aus verfassungsrechtlicher Sicht daher nicht zu beanstanden.

60. Daran hätten auch zusätzliche Ermittlungsmaßnahmen, etwa eine Einvernahme von Zeugen, die den Luftangriff beobachtet hätten, nichts geändert. Die Bombardierung selbst wie auch der Tod von zahlreichen Zivilpersonen hätten von Anfang an außer Frage gestanden. Zentraler Aspekt für die Einstellung des Ermittlungsverfahrens sei gewesen, dass den Beschuldigten nicht die sichere Kenntnis nachzuweisen gewesen sei, dass durch den Luftangriff Zivilpersonen verletzt oder gar getötet werden würden. Dies begegne weder im Ergebnis noch im Hinblick auf die diesbezüglich durchgeführten Ermittlungen verfassungsrechtlichen Bedenken. Schließlich sei auch die Auffassung des Generalbundesanwalts, er sei im Falle der Verfolgung von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch auch für möglicherweise durch die gleiche Handlung mitverwirklichte Straftaten nach dem Strafgesetzbuch zuständig, nicht willkürlich.

61. Auch der Beschluss des Oberlandesgerichts D. vom 16. Februar 2011 begegne keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die durchgeführten Ermittlungen und deren Dokumentation durch den Generalbundesanwalt genügten den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Eine nachfolgende gerichtliche Überprüfungsentscheidung könne somit nicht zu einer Verletzung des Anspruchs auf wirksame strafrechtliche Ermittlungen führen. Dabei komme es auch nicht darauf an, ob das Gericht den Klageerzwingungsantrag als unzulässig oder unbegründet zurückgewiesen

habe, solange eine Befassung mit der angegriffenen Einstellungsentscheidung erkennbar werde. Das Oberlandesgericht habe den Antrag zwar als unzulässig zurückgewiesen, aus der Art und Weise sowie dem Umfang seiner Entscheidungsbegründung lasse sich jedoch eine detaillierte Prüfung des Einstellungsbescheids des Generalbundesanwalts und der darin dokumentierten Ermittlungen ersehen.

62. Ferner befand das Bundesverfassungsgericht, dass der Beschluss des Oberlandesgerichts D. die Bedeutung und Tragweite des Grundrechts des Beschwerdeführers auf effektiven Rechtsschutz nicht verkannt habe. Die vom Oberlandesgericht D. aufgestellten Anforderungen an den Inhalt eines Klageerzwingungsantrags begegneten insoweit keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Da der Beschwerdeführer seinen Klageerzwingungsantrag maßgeblich mit Inhalten aus den Ermittlungsakten begründet habe, sei er gehalten, den wesentlichen Inhalt der Beweismittel mitzuteilen, die er zitiere. Anderenfalls würde die Absicht des Gesetzgebers unterlaufen, dass das zuständige Gericht in der Lage sein müsse, die Schlüssigkeit des Antrags allein auf der Grundlage der Antragsschrift selbst zu prüfen. Bei einer nur selektiven oder sogar sinnentstellenden Wiedergabe von Teilen der Einlassung eines Beschuldigten oder auch der Einvernahme von Zeugen könne ein unzutreffendes Bild vom Ermittlungsergebnis entstehen, das nicht ohne Weiteres wieder berichtigt werden könne. Dies verpflichte den Beschwerdeführer möglicherweise, auch Umstände vorzutragen, welche den Beschuldigten entlasten könnten. Diesen Anforderungen sei der Beschwerdeführer vorliegend nicht gerecht geworden.

63. Schließlich sei durch den Beschluss des Oberlandesgerichts der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör nicht verletzt worden. Insoweit schloss sich das Bundesverfassungsgericht der Begründung des Oberlandesgerichts in seinem Beschluss vom 31. März 2011 an.

64. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts wurde dem Rechtsbeistand des Beschwerdeführers am 13. Juli 2015 zugestellt.

5. Weitere Untersuchungen

65. Nachdem der COMISAF am Morgen des 4. September 2009 von dem Luftangriff erfahren hatte, leitete er eine Untersuchung ein. Das sogenannte „Initial Action Team“, das am späten Nachmittag in Kundus eintraf, sah sich Videoaufzeichnungen aus den F-15-Flugzeugen an und befragte mehrere Angehörige des PRT Kundus, darunter Oberst K. Am darauffolgenden Tag führte es eine Vor-Ort-Untersuchung durch, besuchte ein Krankenhaus und traf mit afghanischen Amtsträgern zusammen. In seinem Bericht vom 6. September 2009 empfahl es eine weitere Prüfung der Geschehnisse durch einen gemeinsamen Untersuchungsausschuss (Joint Investigation Board). Dieser Ausschuss schloss seine Ermittlungen am 26. Oktober 2009 ab und veröffentlichte seine Erkenntnisse in einem zweiten Bericht (COMISAF-

Untersuchungsbericht). Beide Berichte sind als „NATO/ISAF-Verschlussachen“ eingestuft.

66. Auf Anordnung des Präsidenten der Islamischen Republik Afghanistan wurde am 4. September 2009 eine Untersuchungskommission nach Kundus gesandt, wo sie Zeugen des Luftangriffs befragte und Beweismittel sicherte. Ihr endgültiger Bericht wurde am 10. September 2009 veröffentlicht und kam zu dem Ergebnis, dass bei dem Luftangriff 99 Personen getötet worden seien, von denen 69 Aufständische und 30 Zivilpersonen gewesen seien. Darüber hinaus seien sowohl Aufständische als auch Zivilpersonen verletzt worden. In dem Bericht hieß es ferner, dass sich der Luftangriff gegen die Aufständischen gerichtet habe und es durch ihn gelungen sei, das Taliban-Netz zu schwächen.

67. Die Hilfsmission der Vereinten Nationen in Afghanistan (UNAMA) sammelte Informationen über mögliche Opfer des Luftangriffs. Sie erstellte eine Liste mit den persönlichen Angaben von 109 getöteten und 33 verletzten Personen. Darüber hinaus wurde in ihrem Jahresbericht über den Schutz von Zivilisten im bewaffneten Konflikt (UNAMA, *Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict 2009*, Januar 2010) Folgendes über den Luftangriff berichtet:

Luftangriff gegen entführte Tanklaster im Distrikt Aliabad, Provinz Kundus

„Am 3. September entführte eine Gruppe von Taliban auf der Hauptstraße zwischen Kundus und Baghlan zwei Tanklaster. Nahe dem Dorf Omarkhel im Distrikt Aliabad versuchten sie, den Fluss Kundus in Richtung des Distrikts Chahar Dara zu überqueren. Die Tanklaster blieben im Flussbett stecken. Als es den aufständischen Taliban nicht gelang, sie wieder beweglich zu machen, forderten sie die Menschen aus den umliegenden Dörfern auf, den Treibstoff zu entnehmen. Mehrere Stunden später, als die Dorfbewohner dabei waren, den Treibstoff abzuzapfen, wurde am frühen Morgen des 4. September ein Luftangriff durchgeführt. Die Ermittlungen waren kompliziert, weil durch den entstandenen Feuerball eine große Anzahl von Menschen verbrannt wurde, was eine Identifizierung extrem schwierig machte. Es ist unstrittig, dass sich einige Taliban am Ort des Geschehens befanden, dennoch hätte erkennbar sein müssen, dass sich auch viele Zivilpersonen in der Nähe der Tanklaster aufhielten. Laut den Ermittlungen des UNAMA-Hauptquartiers wurden 74 Zivilpersonen, darunter viele Kinder, getötet.“

68. Auch das Internationale Komitee vom Roten Kreuz untersuchte den Vorfall ab dem 5. September 2009 und legte der ISAF am 30. Oktober 2009 einen vertraulichen Bericht vor.

69. Am 16. Dezember 2009 setzte der Deutsche Bundestag einen Untersuchungsausschuss ein, der u. a. aufklären sollte, ob der Luftangriff mit dem den deutschen Streitkräften vom Bundestag erteilten Mandat, mit der operativen Planung und mit den geltenden Vorgaben und Einsatzregeln in Einklang gestanden habe. Am 20. Oktober 2011 schloss der Ausschuss seine Untersuchung ab und veröffentlichte seinen Bericht. Was die Anzahl der Opfer des Luftangriffs angeht, führte er aus, dass verschiedenen Berichten zufolge zwischen 14 und 142 Personen (darunter zwischen 14 und 113

Zivilpersonen) getötet und zwischen 10 und 33 Personen (darunter zwischen 4 und 9 Zivilpersonen) verletzt worden seien. Hinsichtlich der Frage der Einhaltung der geltenden Vorgaben und Einsatzregeln kam er zu dem Schluss, dass Oberst K. bei der Anordnung des Luftangriffs bestimmte Verfahrensfehler gemacht und zum Teil gegen geltende ISAF-Einsatzregeln verstoßen habe. Auf der Grundlage der dem Ausschuss zur Verfügung stehenden Informationen könne der Luftangriff folglich nicht als verhältnismäßig angesehen werden und hätte nicht angeordnet werden dürfen. Der Ausschuss stellte jedoch auch fest, dass Oberst K. zur maßgeblichen Zeit nach bestem Wissen und zum Schutz „seiner“ Soldaten gehandelt habe. Daher sei seine Entscheidung, den Luftangriff anzuordnen, nachvollziehbar.

6. Zivilverfahren wegen Schadenersatz

70. Der Beschwerdeführer erhob zusammen mit einer anderen Person Klage auf Schadenersatz gegen die Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang mit der Tötung ihrer Familienangehörigen durch den Luftangriff vom 4. September 2009. Nachdem das Landgericht B. die Klage abgewiesen hatte und die Berufung der Kläger vor dem Oberlandesgericht K. keinen Erfolg hatte, wies der Bundesgerichtshof die Revision der Kläger mit Urteil vom 6. Oktober 2016 als unbegründet zurück. Er ließ die Frage offen, ob die Bundesrepublik Deutschland bei Militäreinsätzen der Bundeswehr im Ausland unter der operativen Führung der NATO überhaupt verklagt werden könne. Allerdings stellte er erstens fest, dass sich ein Individualanspruch der Kläger auf Schadenersatz gegenüber der Bundesrepublik wegen eines Verstoßes gegen das humanitäre Völkerrecht nicht unmittelbar aus dem Völkerrecht ergebe; eine solcher Anspruch stehe grundsätzlich nur ihrem Heimatstaat zu. Zweitens stellte er fest, dass das deutsche Amtshaftungsrecht keine Anwendung auf Schäden finde, die ausländischen Bürgern bei einem Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte im Rahmen von bewaffneten Konflikten zugefügt würden. Unabhängig von dieser Frage der Anwendbarkeit scheitere ein solcher Anspruch der Kläger jedenfalls daran, dass es keine Amtspflichtverletzungen deutscher Soldaten oder Dienststellen gegeben habe, insbesondere keinen schuldhaften Verstoß gegen die Regeln des humanitären Völkerrechts durch Oberst K. Ausgehend von den durch das Landgericht festgestellten Tatsachen habe das Berufungsgericht seiner Entscheidung rechtsfehlerfrei zugrunde gelegt, dass für Oberst K. nach Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Vorsichtsmaßnahmen die Anwesenheit von Zivilpersonen am Ort des Luftangriffs zum Zeitpunkt seiner Anordnung objektiv nicht erkennbar gewesen sei. Das Bundesverfassungsgericht lehnte es ab, die bezüglich dieses Zivilverfahrens erhobene Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zur Entscheidung anzunehmen (2 BvR 477/17, Beschluss vom 18. November 2020, veröffentlicht am 16. Dezember 2020).

EINSCHLÄGIGER RECHTSRAHMEN UND EINSCHLÄGIGE RECHTSPRAXIS

I. INTERNATIONALE MATERIALIEN

A. Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen und internationale Übereinkünfte zu Afghanistan und zur ISAF

1. *Übereinkommen über vorläufige Regelungen in Afghanistan bis zur Wiederherstellung dauerhafter staatlicher Institutionen vom 5. Dezember 2001 („Übereinkommen von Bonn“)*

71. Die maßgeblichen Passagen aus diesem Übereinkommen lauten wie folgt:

„Die Teilnehmer an den Gesprächen der Vereinten Nationen über Afghanistan,

[...]

in Bekräftigung der Unabhängigkeit, der nationalen Souveränität und der territorialen Unversehrtheit Afghanistans,

in Anerkennung des Rechts des afghanischen Volkes, seine politische Zukunft im Einklang mit den Grundsätzen des Islam, der Demokratie, des Pluralismus und der sozialen Gerechtigkeit in Freiheit selbst zu bestimmen,

[...]

in der Erkenntnis, dass es einige Zeit dauern kann, bis neue afghanische Sicherheitskräfte vollständig aufgebaut und einsatzfähig sind, und dass somit einstweilen andere Sicherheitsvorkehrungen nach Anlage I dieses Übereinkommens zu treffen sind,

[...]

sind wie folgt übereingekommen:

DIE INTERIMSVERWALTUNG

[...]

V. Schlussbestimmungen

[...]

(3) Im Kampf gegen Terrorismus, Drogen und organisiertes Verbrechen arbeitet die Interimsverwaltung mit der internationalen Gemeinschaft zusammen. Sie verpflichtet sich, das Völkerrecht zu achten sowie friedliche und freundschaftliche Beziehungen zu den Nachbarstaaten und der übrigen internationalen Gemeinschaft zu pflegen.

[...]

ANLAGE I

INTERNATIONALE SICHERHEITSTRUPPE

1. Die Teilnehmer an den Gesprächen der VN über Afghanistan erkennen an, dass die Afghanen selbst die Verantwortung dafür tragen, Sicherheit, Recht und Ordnung im

gesamten Land zu gewährleisten. Mit diesem Ziel bringen sie ihre Entschlossenheit zum Ausdruck, alle ihnen zur Verfügung stehenden Mittel und Einflussmöglichkeiten anzubieten, um die Sicherheit, einschließlich der Sicherheit des gesamten Personals der Vereinten Nationen und sonstiger internationaler staatlicher und nichtstaatlicher Organisationen, das in Afghanistan eingesetzt ist, zu gewährleisten.

2. Eingedenk dieses Zieles ersuchen die Teilnehmer die internationale Gemeinschaft darum, die neuen afghanischen Behörden dabei zu unterstützen, neue afghanische Sicherheits- und bewaffnete Streitkräfte aufzubauen und auszubilden.

3. In der Erkenntnis, dass es einige Zeit dauern kann, bis neue afghanische Sicherheits- und bewaffnete Streitkräfte vollständig aufgebaut und einsatzfähig sind, ersuchen die Teilnehmer an den Gesprächen der VN über Afghanistan den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, die baldige Entsendung einer Streitkraft im Rahmen eines Mandats der Vereinten Nationen in Erwägung zu ziehen. Diese Truppe wird dazu beitragen, die Sicherheit in Kabul und den umgebenden Gebieten zu gewährleisten. Diese Truppe könnte, sofern angebracht, nach und nach auch in anderen Städten und weiteren Gebieten eingesetzt werden.

4. Die Teilnehmer an den Gesprächen der VN über Afghanistan verpflichten sich dazu, alle militärischen Einheiten aus Kabul sowie anderen Städten und Gebieten abzuziehen, in denen die Truppe im Rahmen eines Mandats der VN stationiert wird. Es wäre auch wünschenswert, dass diese Truppe Unterstützung beim Wiederaufbau der Infrastruktur Afghanistans leistet.“

2. *Resolution 1386 (2001) des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 2001*

72. Diese Resolution lautet wie folgt:

„Der Sicherheitsrat,

in Bekräftigung seiner früheren Resolutionen über Afghanistan, insbesondere der Resolutionen 1378 (2001) vom 14. November 2001 und 1383 (2001) vom 6. Dezember 2001,

in Unterstützung der internationalen Bemühungen zur Ausrottung des Terrorismus, in Übereinstimmung mit der Charta der Vereinten Nationen, sowie in Bekräftigung seiner Resolutionen 1368 (2001) vom 12. September 2001 und 1373 (2001) vom 28. September 2001,

erfreut über die Entwicklungen in Afghanistan, die es allen Afghanen erlauben werden, frei von Unterdrückung und Terror unveräußerliche Rechte und Freiheit zu genießen,

in Anerkennung dessen, dass die Afghanen selbst dafür verantwortlich sind, für Sicherheit und Recht und Ordnung im gesamten Land zu sorgen,

erneut erklärend, dass er sich das am 5. Dezember 2001 in Bonn (Deutschland) unterzeichnete Übereinkommen über vorläufige Regelungen in Afghanistan bis zur Wiederherstellung dauerhafter staatlicher Institutionen (S/2001/1154) (Übereinkommen von Bonn) zu eigen macht,

Kenntnis nehmend von dem Ersuchen an den Sicherheitsrat in Anhang 1 Absatz 3 des Übereinkommens von Bonn, die Genehmigung der baldigen Verlegung einer internationalen Sicherheitstruppe nach Afghanistan zu prüfen, sowie von der Unterrichtung durch den Sonderbeauftragten des Generalsekretärs vom

14. Dezember 2001 über seine Kontakte mit den afghanischen Behörden, worin diese die Verlegung einer von den Vereinten Nationen genehmigten internationalen Sicherheitstruppe nach Afghanistan begrüßen,

sowie *Kenntnis nehmend* von dem Schreiben von Dr. Abdullah Abdullah, dem amtierenden Außenminister des Islamischen Staates Afghanistan, an den Präsidenten des Sicherheitsrats, datiert vom 19. Dezember 2001 (S/2001/1223),

unter Begrüßung des Schreibens des Ministers für auswärtige Angelegenheiten und Commonwealth-Fragen des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirlands an den Generalsekretär vom 19. Dezember 2001 (S/2001/1217) und *Kenntnis nehmend* von dem darin enthaltenen Angebot des Vereinigten Königreichs, bei der Organisation und dem Kommando einer Internationalen Sicherheitsbeistandstruppe die Führung zu übernehmen,

betonend, dass alle afghanischen Truppen ihre Verpflichtungen nach dem Recht der Menschenrechte, einschließlich der Achtung der Rechte der Frauen, und nach dem humanitären Völkerrecht streng einhalten müssen,

in Bekräftigung seines nachdrücklichen Bekenntnisses zur Souveränität, Unabhängigkeit, territorialen Unversehrtheit und nationalen Einheit Afghanistans,

feststellend, dass die Situation in Afghanistan weiterhin eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit darstellt,

entschlossen, die vollinhaltliche Durchführung des Mandats der Internationalen Sicherheitsbeistandstruppe in Abstimmung mit der durch das Übereinkommen von Bonn geschaffenen Afghanischen Interimsverwaltung sicherzustellen,

aus diesen Gründen *tätig werdend* nach Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen,

1. *genehmigt*, wie in Anhang I des Übereinkommens von Bonn vorgesehen, die Einrichtung einer Internationalen Sicherheitsbeistandstruppe für einen Zeitraum von sechs Monaten, um die Afghanische Interimsverwaltung bei der Aufrechterhaltung der Sicherheit in Kabul und seiner Umgebung zu unterstützen, damit die Afghanische Interimsverwaltung wie auch das Personal der Vereinten Nationen in einem sicheren Umfeld tätig sein können;

2. *fordert* die Mitgliedstaaten *auf*, Personal, Ausrüstung und andere Ressourcen zu der Truppe beizutragen, und bittet diese Mitgliedstaaten, die Führung der Truppe und den Generalsekretär zu unterrichten;

3. *ermächtigt* die an der Truppe teilnehmenden Mitgliedstaaten, alle zur Erfüllung ihres Mandats notwendigen Maßnahmen zu ergreifen;

4. *fordert* die Truppe *auf*, bei der Durchführung ihres Mandats in enger Abstimmung mit der Afghanischen Interimsverwaltung sowie mit dem Sonderbeauftragten des Generalsekretärs zu arbeiten;

5. *fordert* alle Afghanen *auf*, mit der Truppe und den zuständigen internationalen staatlichen und nichtstaatlichen Organisationen zusammenzuarbeiten, und nimmt davon Kenntnis, dass sich die Parteien des Übereinkommens von Bonn verpflichtet haben, alle ihnen zur Verfügung stehenden Mittel und Einflussmöglichkeiten aufzubieten, um die Sicherheit und Bewegungsfreiheit des gesamten Personals der Vereinten Nationen und des gesamten sonstigen Personals der internationalen staatlichen und nichtstaatlichen Organisationen, das in Afghanistan eingesetzt ist, zu gewährleisten;

6. *nimmt Kenntnis* von der Zusage der afghanischen Parteien des Übereinkommens von Bonn in Anhang I des Übereinkommens, alle militärischen Einheiten aus Kabul abzuführen, und fordert sie auf, diese Zusage in Zusammenarbeit mit der Truppe zu verwirklichen;

7. *legt* den Nachbarstaaten und den anderen Mitgliedstaaten *nahe*, der Truppe die erforderliche Hilfe zu gewähren, um die sie gebeten werden, namentlich die Gewährung von Überfluggenehmigungen und des Transits;

8. *unterstreicht*, dass die Kosten für die Truppe von den betroffenen teilnehmenden Mitgliedstaaten getragen werden, *ersucht* den Generalsekretär, einen Treuhandfonds einzurichten, über den Beiträge an die betroffenen Mitgliedstaaten oder Einsätze weitergeleitet werden könnten, und ermutigt die Mitgliedstaaten, zu einem solchen Fonds beizutragen;

9. *ersucht* die Führung der Truppe, über den Generalsekretär regelmäßige Berichte über die Fortschritte bei der Durchführung ihres Mandats vorzulegen;

10. *fordert* die an der Truppe teilnehmenden Mitgliedstaaten *auf*, Unterstützung zu gewähren, um der Afghanischen Interimsverwaltung bei der Aufstellung und Ausbildung neuer afghanischer Sicherheits- und Streitkräfte behilflich zu sein;

11. *beschließt*, mit der Angelegenheit aktiv befasst zu bleiben.“

3. *Nachfolgende Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen*

73. In seiner Resolution 1510 (2003) vom 13. Oktober 2003 erweiterte der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen das ISAF-Mandat auf Gebiete Afghanistans außerhalb Kabuls und seiner Umgebung.

74. Ferner erneuerte der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen fortlaufend die in Resolution 1386 (2001) festgelegte Genehmigung der ISAF. Hinsichtlich des maßgeblichen Zeitraums wurde mit Resolution 1833 (2008) des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen vom 22. September 2008 die Genehmigung um einen Zeitraum von 12 Monaten ab dem 13. Oktober 2008 verlängert. Die maßgeblichen Passagen lauten wie folgt:

„Der Sicherheitsrat,

[...]

in Anerkennung dessen, dass die afghanischen Behörden dafür verantwortlich sind, für Sicherheit und Recht und Ordnung im gesamten Land zu sorgen, unter Betonung der Rolle, die der Internationalen Sicherheitsbeistandstruppe dabei zukommt, die Regierung Afghanistans bei der Verbesserung der Sicherheitslage zu unterstützen, und *unter Begrüßung* der Zusammenarbeit der Regierung mit der Truppe,

[...]

unter Hervorhebung der zentralen und unparteiischen Rolle, die die Vereinten Nationen auch weiterhin bei der Förderung des Friedens und der Stabilität in Afghanistan spielen, indem sie bei den Anstrengungen der internationalen Gemeinschaft die Führung übernehmen, in diesem Zusammenhang *feststellend*, dass

zwischen den Zielen der Hilfsmission der Vereinten Nationen in Afghanistan und denen der Truppe Synergien bestehen, und *betonend*, dass sie ihre Zusammenarbeit, Koordinierung und gegenseitige Unterstützung unter gebührender Berücksichtigung der ihnen jeweils übertragenen Verantwortlichkeiten verstärken müssen,

[...]

mit dem Ausdruck seiner Besorgnis über die schädlichen Auswirkungen gewaltsamer und terroristischer Aktivitäten der Taliban, der Al-Qaida und anderer extremistischer Gruppen auf die Fähigkeit der Regierung Afghanistans, die Rechtsstaatlichkeit zu garantieren, Sicherheits- und grundlegende Dienste für das afghanische Volk bereitzustellen und ihm den vollen Genuss seiner Menschenrechte und Grundfreiheiten zu gewährleisten,

mit dem erneuten Ausdruck seiner Unterstützung für die kontinuierlichen Anstrengungen, die die Regierung Afghanistans mit Hilfe der internationalen Gemeinschaft, namentlich der Truppe und der Koalition der Operation „Dauerhafte Freiheit“, unternimmt, um die Sicherheitslage zu verbessern und weiter gegen die von den Taliban, der Al-Qaida und anderen extremistischen Gruppen ausgehende Bedrohung anzugehen, und in diesem Zusammenhang *unter Betonung* der Notwendigkeit anhaltender internationaler Anstrengungen, namentlich seitens der Truppe und der Koalition,

[...]

sowie in Anerkennung der von der Truppe und anderen internationalen Truppen unternommenen Anstrengungen, das Risiko von Opfern unter der Zivilbevölkerung auf ein Mindestmaß zu beschränken, und sie *auffordernd*, in dieser Hinsicht zusätzliche robuste Anstrengungen zu unternehmen, namentlich durch die laufende Überprüfung der Taktiken und Verfahren und die Durchführung von Einsatzauswertungen und von Untersuchungen in Zusammenarbeit mit der Regierung Afghanistans in Fällen, in denen zivile Opfer zu verzeichnen sind, wenn die Regierung diese gemeinsamen Untersuchungen für angemessen befindet,

[...]

daran erinnernd, dass die afghanischen Institutionen mit Hilfe der Vereinten Nationen die Führungsrolle bei der Organisation der nächsten Präsidentschaftswahlen übernehmen werden, und *betonend*, wie wichtig die Hilfe ist, welche die Truppe den afghanischen Behörden bereitstellen wird, um ein sicheres und für die Wahlen förderliches Umfeld zu gewährleisten,

[...]

mit dem Ausdruck seiner Anerkennung für die von der Nordatlantikvertrags-Organisation wahrgenommene Führungsrolle und die Beiträge vieler Nationen zur Truppe und zur Koalition, einschließlich ihrer Komponente für Unterbindungsoperationen auf See, die ihre Tätigkeit im Rahmen der Einsätze zur Bekämpfung des Terrorismus in Afghanistan und im Einklang mit den anwendbaren Regeln des Völkerrechts durchführt,

feststellend, dass die Situation in Afghanistan weiterhin eine Bedrohung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit darstellt,

entschlossen, die vollständige Durchführung des Mandats der Truppe in Abstimmung mit der Regierung Afghanistans sicherzustellen,

aus diesen Gründen *tätig werdend* nach Kapitel VII der Charta,

1. *beschließt*, die in den Resolutionen 1386 (2001) und 1510 (2003) festgelegte Genehmigung der Internationalen Sicherheitsbeistandstruppe um einen Zeitraum von zwölf Monaten ab dem 13. Oktober 2008 zu verlängern;

2. *ermächtigt* die an der Truppe teilnehmenden Mitgliedstaaten, alle zur Erfüllung ihres Mandats notwendigen Maßnahmen zu ergreifen;

[...]

5. *fordert* die Truppe *auf*, bei der Durchführung des Mandats der Truppe auch weiterhin in enger Abstimmung mit der Regierung Afghanistans und dem Sonderbeauftragten des Generalsekretärs für Afghanistan sowie mit der Koalition zu handeln;

6. *ersucht* die Führung der Truppe, den Sicherheitsrat über den Generalsekretär regelmäßig über die Durchführung ihres Mandats unterrichtet zu halten, einschließlich durch die Vorlage vierteljährlicher Berichte;

7. *beschließt*, mit der Angelegenheit aktiv befasst zu bleiben.“

4. *Militärisch-technische Vereinbarung zwischen der Internationalen Sicherheitsbeistandstruppe (ISAF) und der Afghanischen Interimsverwaltung („Interimsverwaltung“) vom 4. Januar 2002*

75. Soweit maßgeblich, lautet diese Vereinbarung wie folgt:

„Artikel I Allgemeine Pflichten

[...]

(4) Im Sinne dieser militärisch-technischen Vereinbarung haben die folgenden Ausdrücke die nachstehend beschriebene Bedeutung:

[...]

g) „Verantwortungsbereich“ bezeichnet den auf der Landkarte in Anhang B markierten Bereich.

[...]

i) „Offensives Vorgehen“ bezeichnet jeglichen Gebrauch bewaffneter militärischer Gewalt.

[...]

Artikel II Rechtsstellung der Internationalen Sicherheitsbeistandstruppe

(1) Die Regelungen zur Rechtsstellung der ISAF sind in Anhang A enthalten.

Artikel III Gewährleistung von Sicherheit und Recht und Ordnung

(1) Die Interimsverwaltung erkennt an, dass sie die Verantwortung dafür trägt, Sicherheit und Recht und Ordnung zu gewährleisten. Dazu gehören der Unterhalt und die Unterstützung einer anerkannten Polizei, die in Übereinstimmung mit den international anerkannten Standards und dem afghanischen Recht sowie unter Wahrung der international anerkannten Menschenrechte und Grundfreiheiten handelt, sowie weitere angemessene Maßnahmen.

(2) Die Interimsverwaltung stellt sicher, dass in Übereinstimmung mit dem Übereinkommen von Bonn alle afghanischen Militäreinheiten ihrer Führung und Kontrolle unterstehen. Die Interimsverwaltung erklärt sich damit einverstanden, alle in

Kabul stationierten Militäreinheiten baldmöglichst in die in Anhang C genannten designierten Kasernen zurückzubeordern. Diese Einheiten verlassen diese Kasernen nur nach vorheriger Genehmigung durch die Interimsverwaltung und Benachrichtigung des ISAF-Kommandeurs durch den Vorsitzenden der Interimsverwaltung.

(3) Die Interimsverwaltung sieht von jeglichem offensivem Vorgehen innerhalb des Verantwortungsbereichs ab.

[...]

ANHANG A

Regelungen betreffend die Rechtsstellung der Internationalen Beistandstruppe („ISAF-Truppenstatut“)

Abschnitt 1: Gerichtsbarkeit

(1) Die Bestimmungen des Übereinkommens über die Vorrechte und Immunitäten der Vereinten Nationen vom 13. Februar 1946 betreffend im Auftrag [der Vereinten Nationen] handelnder Sachverständiger finden entsprechende Anwendung auf das Personal der ISAF und ihr Unterstützungspersonal, einschließlich des assoziierten Verbindungspersonals.

[...]

(3) Das Personal der ISAF und ihr Unterstützungspersonal, einschließlich des assoziierten Verbindungspersonals, unterliegt hinsichtlich aller etwaigen Straftaten oder Disziplinardelikte, die von ihm auf dem Staatsgebiet Afghanistans begangen werden, unter allen Umständen und zu jeder Zeit der ausschließlichen Gerichtsbarkeit (exclusive jurisdiction) ihrer jeweiligen nationalen Elemente. Die Interimsverwaltung unterstützt die zur ISAF beitragenden Staaten bei der Ausübung ihrer jeweiligen Gerichtsbarkeit.

(4) Das Personal der ISAF und ihr Unterstützungspersonal, einschließlich des assoziierten Verbindungspersonals, genießt Immunität von Festnahme und Haft. Das Personal der ISAF und ihr Unterstützungspersonal, einschließlich des assoziierten Verbindungspersonals, wird im Falle einer irrtümlichen Festnahme oder Inhaftierung unverzüglich den ISAF-Stellen übergeben. Die Interimsverwaltung erklärt sich damit einverstanden, dass das Personal der ISAF und ihr Unterstützungspersonal, einschließlich des assoziierten Verbindungspersonals, nur mit ausdrücklicher Zustimmung des beitragenden Staats an ein internationales Gericht oder an einen sonstigen Rechtsträger oder Staat überstellt oder in sonstiger Weise in den Gewahrsam eines internationalen Gerichts oder eines sonstigen Rechtsträgers oder Staat verbracht werden darf. Die Streitkräfte der ISAF achten die Gesetze und die Kultur Afghanistans.

[...]”

B. Völkerrecht und völkerrechtliche Praxis

1. Das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge

76. Artikel 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge von 1969 („das Wiener Übereinkommen“) sieht Folgendes vor:

Abschnitt 31 Allgemeine Auslegungsregel

„(1) Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.

(2) Für die Auslegung eines Vertrags bedeutet der Zusammenhang außer dem Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen

a) jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde;

b) jede Urkunde, die von einer oder mehreren Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses abgefasst und von den anderen Vertragsparteien als eine sich auf den Vertrag beziehende Urkunde angenommen wurde.

(3) Außer dem Zusammenhang sind in gleicher Weise zu berücksichtigen

a) jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen;

b) jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht;

c) jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz.

(4) Eine besondere Bedeutung ist einem Ausdruck beizulegen, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien dies beabsichtigt haben.“

2. Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs

77. In seinem Gutachten über die Rechtmäßigkeit der Drohung mit oder des Einsatzes von Kernwaffen (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8. Juli 1996) führte der Internationale Gerichtshof Folgendes aus:

„25. Der Gerichtshof stellt fest, dass der durch den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte garantierte Schutz in Kriegszeiten nicht endet, es sei denn, Artikel 4 des Pakts greift, wonach im Falle eines nationalen Notstands von bestimmten Bestimmungen abgewichen werden darf. Die Achtung des Rechts auf Leben gehört jedoch nicht zu diesen Bestimmungen. Grundsätzlich gilt das Recht, nicht willkürlich getötet zu werden, auch bei Feindseligkeiten. Was eine willkürliche Tötung ist, bestimmt sich nach dem anwendbaren Spezialgesetz (*lex specialis*), namentlich dem in bewaffneten Konflikten geltenden Recht, das die Durchführung von Feindseligkeiten regeln soll. Ob in einem konkreten Fall der Verlust eines Menschenlebens, verursacht durch eine bestimmte in der Kriegsführung eingesetzte Waffe, als willkürliche Tötung unter Verletzung von Artikel 6 des Pakts anzusehen ist, kann daher nur durch Bezugnahme auf das in bewaffneten Konflikten geltende Recht entschieden und nicht aus den Bestimmungen des Pakts selbst hergeleitet werden.

[...]

41. Es stellt eine Regel des Völkergewohnheitsrechts dar, dass die Ausübung des Selbstverteidigungsrechts den Voraussetzungen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit unterworfen ist. Wie der Gerichtshof in der *Rechtssache betreffend militärische und paramilitärische Aktivitäten in und gegen Nicaragua (Nicaragua ./. die Vereinigten Staaten von Amerika)* ausgeführt hat, gibt es eine ‚besondere, im Völkergewohnheitsrecht etablierte Regel, wonach Selbstverteidigung nur Maßnahmen rechtfertigt, die in Bezug auf den bewaffneten Angriff verhältnismäßig und als Reaktion darauf notwendig sind‘ (*I.C.J. Reports 1986*, S. 94, Rdnr. 176). Diese duale Bedingung

gilt gleichermaßen für Artikel 51 der Charta, unabhängig von der Art der angewendeten Gewalt.“

78. In seinem Gutachten zu den Rechtsfolgen des Baus einer Mauer in dem besetzten palästinensischen Gebiet (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, 9. Juli 2004) wies der Internationale Gerichtshof das Vorbringen Israels, wonach die Menschenrechtsübereinkünfte, denen es beigetreten sei, auf besetzte Gebiete nicht anwendbar seien, zurück und stellte fest:

„106. [...] Nach Auffassung des Gerichtshofs endet der durch die Menschenrechtsübereinkünfte gewährte Schutz nicht bei bewaffneten Konflikten, es sei denn, es kommen Bestimmungen über Abweichungen zum Tragen, wie sie in Artikel 4 des [Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte] vorgesehen sind. Was das Verhältnis zwischen dem humanitären Völkerrecht und den internationalen Menschenrechtsnormen angeht, sind daher drei Sachlagen denkbar: Bestimmte Rechte sind möglicherweise ausschließlich Gegenstand des humanitären Völkerrechts, während andere ausschließlich dem Bereich der Menschenrechtsnormen zuzuordnen sind und wieder andere in diese beiden Bereiche des Völkerrechts fallen können. Zur Beantwortung der ihm vorgelegten Frage muss der Gerichtshof diese beiden Bereiche des Völkerrechts in Erwägung ziehen, nämlich die Menschenrechtsnormen und als *lex specialis* das humanitäre Völkerrecht.“

79. In seinem Urteil in der *Rechtssache betreffend bewaffnete Aktivitäten auf dem Staatsgebiet des Kongo (Demokratische Republik Kongo ./. Uganda)* (19. Dezember 2005) führte der Internationale Gerichtshof Folgendes aus:

„215. Nachdem der Gerichtshof festgestellt hat, dass das Vorgehen der ugandischen Armee [Uganda People's Defence Force, UPDF] und der Offiziere und Soldaten der UPDF Uganda zuzurechnen sind, muss er nunmehr prüfen, ob dieses Vorgehen einen Verstoß gegen Ugandas internationale Verpflichtungen darstellt. Dafür muss der Gerichtshof bestimmen, welche Regeln und Grundsätze der internationalen Menschenrechtsnormen und des humanitären Völkerrechts insoweit relevant sind.

216. Der Gerichtshof erinnert zunächst daran, dass er im Rahmen seines Gutachtens zu den Rechtsfolgen des Baus einer Mauer in dem besetzten palästinensischen Gebiet vom 9. Juli 2004 bereits Gelegenheit hatte, sich mit der Frage des Verhältnisses zwischen dem humanitären Völkerrecht und den internationalen Menschenrechtsnormen sowie mit der Frage der Anwendbarkeit internationaler Menschenrechtsübereinkünfte außerhalb des Staatsgebiets auseinanderzusetzen. In diesem Gutachten stellte der Gerichtshof fest, dass

„[...] der durch Menschenrechtsübereinkünfte gewährte Schutz nicht bei bewaffneten Konflikten [endet], es sei denn, es kommen Bestimmungen über Abweichungen zum Tragen, wie sie in Artikel 4 des [Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte] vorgesehen sind. Was das Verhältnis zwischen dem humanitären Völkerrecht und den internationalen Menschenrechtsnormen angeht, sind daher drei Sachlagen denkbar: Bestimmte Rechte sind möglicherweise ausschließlich Gegenstand des humanitären Völkerrechts, während andere ausschließlich dem Bereich der Menschenrechtsnormen zuzuordnen sind und wieder andere in diese beiden Bereiche des Völkerrechts fallen können.“ (I.C.J. Reports 2004, S. 178, Rdnr. 106.).

Er kam daher zu dem Ergebnis, dass beide Bereiche des Völkerrechts, nämlich das humanitäre Völkerrecht und die internationalen Menschenrechtsnormen, in Erwägung

gezogen werden müssten. Der Gerichtshof gelangte ferner zu dem Schluss, dass internationale Menschenrechtsübereinkünfte ‚in Bezug auf Handlungen eines Staates anwendbar sind, die er in Ausübung seiner Hoheitsgewalt außerhalb seines eigenen Staatsgebiets vornimmt‘, insbesondere in besetzten Gebieten (ebd., S. 178-181, Rdnm. 107-113).“

3. Humanitäres Völkerrecht

80. Artikel 50 des Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I) vom 8. Juni 1977 („Zusatzprotokoll I“), das auf internationale bewaffnete Konflikte anwendbar ist, definiert Zivilpersonen als Personen, die nicht den Streitkräften angehören. Das Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II) vom 8. Juni 1977 („Zusatzprotokoll II“), das auf nichtinternationale bewaffnete Konflikte anwendbar ist, enthält keine Definition von Zivilpersonen. Die Definition von Zivilpersonen in Zusatzprotokoll I ist eine Norm des Völkergewohnheitsrechts, die auch für nichtinternationale bewaffnete Konflikte gilt (siehe Regel 5 der Studie über humanitäres Völkergewohnheitsrecht des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz („IKRK“), *Customary International Humanitarian Law*, und den dazugehörigen Kommentar²). Zivilpersonen sind vor Angriffen in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten geschützt, sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen (Artikel 13 Abs. 3 des Zusatzprotokolls II und Regel 6 der Studie über humanitäres Völkergewohnheitsrecht). Bei nichtinternationalen bewaffneten Konflikten ist der Studie über humanitäres Völkergewohnheitsrecht zufolge unklar, ob Angehörige bewaffneter Oppositionsgruppen als Zivilpersonen angesehen und nur so lange rechtmäßig angegriffen werden können, wie sie unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen, oder aber ob aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu diesen Gruppen entweder von einer ständigen unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten auszugehen ist, oder sie nicht als Zivilpersonen anzusehen sind (siehe Kommentar zu den Regeln 5 und 6). 2009 veröffentlichte das IKRK eine *Anleitung zur Auslegung des Begriffs der unmittelbaren Teilnahme an Feindseligkeiten nach dem humanitären Völkerrecht*³ und führte u. a. aus, dass in nichtinternationalen bewaffneten Konflikten organisierte bewaffnete Gruppen die Streitkräfte einer nichtstaatlichen Konfliktpartei bildeten und ausschließlich aus Personen bestünden, deren fortgesetzte Funktion die unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten sei („fortgesetzte Kampffunktion“). Solche Angehörige organisierter

² J.-M. Henckaerts und L. Doswald-Beck (Hrsg.), *Customary International Humanitarian Law* (Genf/Cambridge: ICRC/Cambridge University Press, 2005).

³ N. Melzer, *Unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten: Anleitung des IKRK zur Interpretation des Begriffs nach dem humanitären Völkerrecht* (Genf: IKRK, 2009).

bewaffneter Gruppen, die zu einer nichtstaatlichen Konfliktpartei eines bewaffneten Konflikts gehörten, seien keine Zivilpersonen mehr und würden den Schutz vor direkten Angriffen verlieren, und zwar so lange, wie sie ihre fortgesetzte Kampffunktion (*continuous combat function*) wahrnehmen.

81. Das in Artikel 51 Abs. 4 des Zusatzprotokolls I verankerte Verbot unterschiedsloser Angriffe stellt eine Norm des Völkergewohnheitsrechts dar, die sowohl für internationale als auch nichtinternationale bewaffnete Konflikte gilt (siehe Regeln 11 bis 13 der Studie über humanitäres Völkergewohnheitsrecht und die dazugehörigen Kommentare). Der in Artikel 51 Abs. 5 Buchst. b des Zusatzprotokolls I kodifizierte und in Artikel 57 Abs. 2 Buchst. a Ziff. iii wiederholte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beim Angriff ist als Norm des Völkergewohnheitsrechts anerkannt, die sowohl für internationale als auch nichtinternationale bewaffnete Konflikte gilt (siehe Rdnr. 77 und Regel 14 der Studie über humanitäres Völkergewohnheitsrecht). Danach ist ein Angriff verboten, bei dem damit zu rechnen ist, dass er auch Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen. Die Staatenpraxis zeigt, dass insoweit eine *ex ante*-Betrachtung entscheidend ist; Deutschland hat bei der Ratifizierung des Zusatzprotokolls I eine entsprechende Erklärung abgegeben. Der in Artikel 57 des Zusatzprotokolls I kodifizierte Grundsatz der Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff stellt eine Norm des Völkergewohnheitsrechts dar, die sowohl für internationale als auch nichtinternationale bewaffnete Konflikte gilt (siehe Regeln 15 bis 21 und die dazugehörigen Kommentare). Er besagt, dass bei Kriegshandlungen stets darauf zu achten ist, dass die Zivilbevölkerung, Zivilpersonen und zivile Objekte verschont bleiben und dass alle praktisch möglichen Vorsichtsmaßnahmen zu treffen sind, einschließlich bei der Wahl der Methoden und Mittel der Kriegsführung, um Verluste unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen und die Beschädigung ziviler Objekte, die dadurch mit verursacht werden könnten, zu vermeiden und in jedem Fall ein auf Mindestmaß zu beschränken. Es muss alles praktisch Mögliche getan werden, um sicherzugehen, dass die Angriffsziele militärische Ziele sind, und zu prüfen, ob bei dem Angriff damit zu rechnen ist, dass er auch Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen. Jede Konfliktpartei muss Angriffen, durch welche die Zivilbevölkerung in Mitleidenschaft gezogen werden kann, eine wirksame Warnung vorausschicken, es sei denn, die Umstände lassen dies nicht zu, etwa wenn das Überraschungselement für den Erfolg eines Einsatzes oder für die Sicherheit der angreifenden Kräfte unerlässlich ist. Die Verpflichtung, alle

„praktisch möglichen“ Vorsichtsmaßnahmen zu treffen, ist von vielen Staaten so ausgelegt worden, dass sie sich auf diejenigen Vorsichtsmaßnahmen beschränkt, die unter Berücksichtigung aller zur maßgeblichen Zeit gegebenen Umstände, einschließlich humanitärer und militärischer Erwägungen, praktikabel oder praktisch durchführbar sind.

82. Die vier Genfer Abkommen von 1949 und ihr Zusatzprotokoll I, die alle (mit Ausnahme des gemeinsamen Artikels 3 der Abkommen) ausschließlich auf internationale bewaffnete Konflikte anwendbar sind, verpflichten jeden Vertragsstaat, mutmaßliche schwerwiegende Verstöße gegen die Abkommen, einschließlich der vorsätzlichen Tötung geschützter Personen, zu untersuchen und strafrechtlich zu verfolgen.⁴ Das Zusatzprotokoll II enthält keine vergleichbare Vorschrift. Artikel 6 des Zusatzprotokolls II enthält bestimmte Garantien, die bei der Verfolgung und Bestrafung von Straftaten, die im Zusammenhang mit dem bewaffneten Konflikt stehen, zu beachten sind, einschließlich der eines Gerichts, das die wesentlichen Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aufweist, und der Vorgabe, dass der Beschuldigte „unverzüglich“ über die Gründe der gegen ihn erhobenen Vorwürfe unterrichtet werden muss.

83. Es ist eine etablierte, auch auf nichtinternationale bewaffnete Konflikte anwendbare Norm des humanitären Völkergewohnheitsrechts, dass Staaten Kriegsverbrechen, die mutmaßlich von ihren Staatsangehörigen oder Streitkräften oder auf ihrem Staatsgebiet begangen wurden, untersuchen und gegebenenfalls die Verdächtigen strafrechtlich verfolgen müssen. Sie müssen auch andere in ihre Hoheitsgewalt (jurisdiction) fallende Kriegsverbrechen untersuchen und gegebenenfalls die Verdächtigen strafrechtlich verfolgen (siehe Regel 158 der Studie über humanitäres Völkergewohnheitsrecht und den Kommentar dazu). Staaten, die sich an multinationalen Einsätzen unter der Schirmherrschaft internationaler Organisationen beteiligen, sind verpflichtet sicherzustellen, dass das gesamte humanitäre Völkerrecht, einschließlich des Völkergewohnheitsrechts, von ihrem nationalen Kontingent beachtet wird, u. a. bei der Ausübung von disziplinarischen und strafrechtlichen Befugnissen, die von ihnen beibehalten werden.⁵

⁴ Artikel 49 und 50 des Genfer Abkommens (I) zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde (vom 12. August 1949) („das erste Genfer Abkommen“), Artikel 50 und 51 des Genfer Abkommens (II) zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See (vom 12. August 1949) („das zweite Genfer Abkommen“), Artikel 129 und 130 des Genfer Abkommens (III) über die Behandlung der Kriegsgefangenen (vom 12. August 1949) („das dritte Genfer Abkommen“), Artikel 146 und 147 des Genfer Abkommens (IV) zum Schutze von Zivilpersonen in Kriegszeiten (vom 12. August 1949) („das vierte Genfer Abkommen“) und die Artikel 85 und 86 des Zusatzprotokolls I.

⁵ IKRK, *Commentary on the First Geneva Convention* (2. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press, 2016), bezüglich des gemeinsamen Artikels 1 der vier Genfer Abkommen von 1949 (dort Rdnrn. 125-126, 133-137 und 143-149).

84. Das humanitäre Völkerrecht erlegt den militärischen Führern Pflichten auf, um die Befolgung seiner Vorschriften sicherzustellen, u. a. was die Einleitung von Disziplinar- oder Strafverfahren gegen Untergebene oder andere ihnen unterstellte Personen in ihrem Befehlsbereich angeht (siehe Artikel 87 des Zusatzprotokolls I und den Kommentar des IKRK dazu⁶ sowie Regel 153 der Studie über humanitäres Völkergewohnheitsrecht und den dazugehörigen Kommentar bezüglich der entsprechenden Regel über die Vorgesetztenverantwortlichkeit, wenn Kriegsverbrechen nicht verhindert, bekämpft oder angezeigt werden).

85. 2019 veröffentlichten das IKRK und die Genfer Akademie für humanitäres Völkerrecht und Menschenrechte Leitlinien zur Untersuchung von Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht mit Blick auf Recht, Politik und bewährte Praktiken (*Guidelines on investigating violations of IHL: Law, policy and good practice*). Unter dem Hinweis, dass es im humanitären Völkerrecht wenige Vorschriften über die konkrete Durchführung von Untersuchungen gibt, werden in diesen Leitlinien international anerkannte Grundsätze herangezogen, die als die gängigsten Anforderungen für die Wirksamkeit einer Untersuchung gelten (Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Gründlichkeit und Zügigkeit sowie in abgewandelter Form Transparenz), und deren praktische Anwendung auf Untersuchungen in bewaffneten Konflikten erläutert.

4. *Grundprinzipien und Leitlinien der Vereinten Nationen betreffend das Recht der Opfer von groben Verletzungen der internationalen Menschenrechtsnormen und schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht auf Rechtsschutz und Wiedergutmachung („VN-Grundprinzipien und Leitlinien“)*

86. Die VN-Grundprinzipien und Leitlinien, angenommen durch die Resolution 60/147 der Generalversammlung vom 16. Dezember 2005 (A/RES/60/147) fordern von den Staaten, Verletzungen des humanitären Völkerrechts „wirksam, rasch, gründlich und unparteiisch“ zu untersuchen (gemäß Abschnitt II. Nr. 3 Buchst. b).

5. *Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen*

87. In seiner Allgemeinen Bemerkung (*General Comment*) Nr. 36 zum Recht auf Leben gemäß Artikel 6 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, angenommen am 30. Oktober 2018, führte der Menschenrechtsausschuss Folgendes aus:

⁶ Y. Sandoz, C. Swinarski und B. Zimmermann (Hrsg.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Genf: ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, 1987), bezüglich Artikel 87 des Zusatzprotokolls I (dort Rdnrn. 3549-3563).

„63. [...] Im Lichte von Artikel 2 Abs. 1 des Pakts ist ein Vertragsstaat verpflichtet, die in Artikel 6 verankerten Rechte aller Personen, die sich in seinem Staatsgebiet befinden, und aller Personen, die seiner Hoheitsgewalt unterstehen, zu achten und zu gewährleisten, also aller Personen, über deren Recht auf Leben er Macht (power) oder effektive Kontrolle ausübt. Dazu zählen auch Personen, die sich außerhalb des von dem Staat effektiv kontrollierten Gebiets befinden, deren Recht auf Leben aber dennoch durch seine militärischen oder sonstigen Aktivitäten in unmittelbarer und nach vernünftigem Ermessen vorhersehbarer Weise beeinträchtigt wird. [...]

64. Artikel 6 ist, ebenso wie der übrige Pakt, auch auf bewaffnete Konflikte anwendbar, für die die Regeln des humanitären Völkerrechts gelten, u. a. auf die Durchführung von Feindseligkeiten. Die Regeln des humanitären Völkerrechts können zwar für die Auslegung und Anwendung von Artikel 6 relevant sein, wenn die Sachlage ihre Anwendung verlangt, jedoch sind beide Rechtsbereiche komplementär und schließen sich nicht gegenseitig aus. Eine Anwendung tödlicher Gewalt im Einklang mit dem humanitären Völkerrecht und anderen geltenden völkerrechtlichen Normen ist grundsätzlich nicht willkürlich. Demgegenüber würden Praktiken, die nicht im Einklang mit dem humanitären Völkerrecht stehen und eine Gefahr für das Leben von Zivilpersonen und sonstigen durch das humanitäre Völkerrecht geschützten Personen darstellen – u. a. das Erfassen von Zivilpersonen, zivilen Objekten und für die Zivilbevölkerung lebensnotwendigen Objekten als Ziel (targeting), unterschiedslose Angriffe und die Missachtung der Grundsätze der Vorsicht und der Verhältnismäßigkeit sowie der Einsatz menschlicher Schutzschilde – auch Artikel 6 des Pakts verletzen. Die Vertragsstaaten sollten grundsätzlich offenlegen, welche Kriterien sie Angriffen mit tödlicher Gewalt auf Personen oder Objekte zugrunde legen, deren Erfassung als Ziel voraussichtlich zur Tötung von Menschen führt – u. a. die Rechtsgrundlage für konkrete Angriffe, das Verfahren zur Identifizierung von militärischen Zielen und Kombattanten oder unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmenden Personen, die Umstände, unter denen entsprechende Mittel und Methoden der Kriegsführung angewendet wurden – und ob weniger schädliche Alternativen in Betracht gezogen wurden. Auch müssen sie angebliche oder mutmaßliche Verstöße gegen Artikel 6 in bewaffneten Konflikten in Übereinstimmung mit den einschlägigen internationalen Standards untersuchen. [...]“

6. *Das Minnesota-Protokoll*

88. 2017 veröffentlichte das Büro des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte eine überarbeitete Fassung des Minnesota-Protokolls über die Untersuchung potenziell rechtswidriger Tötungen („das Minnesota-Protokoll“); es umfasst eine Reihe internationaler Leitlinien, wonach Folgendes gilt:

„21. Stellt sich bei der Durchführung von Feindseligkeiten heraus, dass ein Angriff zu Opfern geführt hat, sollte nach dem Einsatz eine Bewertung erfolgen, um den Sachverhalt festzustellen, einschließlich der Genauigkeit der Zielerfassung. Wenn der begründete Verdacht eines Kriegsverbrechens besteht, muss der Staat eine umfassende Untersuchung durchführen und die Verantwortlichen strafrechtlich verfolgen. Wenn ein Todesfall mutmaßlich oder angeblich auf einen Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht zurückzuführen ist, der kein Kriegsverbrechen darstellen würde, und ist eine offizielle Untersuchung des Todesfalls nach dem humanitären Völkerrecht nicht ausdrücklich vorgeschrieben, sind zumindest weitere Ermittlungen erforderlich. Wenn Belege für rechtswidriges Verhalten vorliegen, sollte in jedem Fall eine umfassende Untersuchung erfolgen.“

7. Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte

89. In seinem Urteil vom 15. September 2005 (Hauptsache, Wiedergutmachung und Kosten) in der Rechtssache *Massaker von Mapiripán ./. Kolumbien*, bei der es um ein Massaker an Zivilpersonen durch eine paramilitärische Gruppe unter angeblicher Beteiligung der staatlichen Behörden ging, erkannte der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte (dort Rdnrn. 114-115) das Vorliegen eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts an und erklärte, dass er die Amerikanische Menschenrechtskonvention unter Berücksichtigung des humanitären Völkerrechts auslege. Er befand ferner, dass die Ermittlungen zu den außergesetzlichen Hinrichtungen am Maßstab einer „ernsthaften, unparteiischen und wirksamen Untersuchung“ gemessen werden müssten, die „keine bloße Formalität ist, deren Ergebnislosigkeit von vornherein feststeht“ (dort Rdnr. 223). Eine solche Untersuchung müsse alle zur Verfügung stehenden Mittel nutzen, um innerhalb eines vertretbaren Zeitrahmens und unter Berücksichtigung der Komplexität und des Kontexts der diesen Ermittlungen zugrunde liegenden Vorgänge die Wahrheit aufzudecken (siehe insbesondere die Rechtssache *Aus der Cacarica-Flussregion vertriebene afro-kolumbianische Gemeinschaften (Operation Genesis) ./. Kolumbien*, prozessuale Einreden, Hauptsache, Wiedergutmachung und Kosten, Urteil vom 20. November 2013, Rdnrn. 370-373).

II. RECHTSVERGLEICHENDE MATERIALIEN

90. Nach den dem Gerichtshof vorliegenden Informationen, insbesondere zur Rechtslage und Praxis in dreizehn Mitgliedstaaten des Europarats, die sich an Militäreinsätzen im Ausland beteiligen (Belgien, Frankreich, Irland, Italien, Niederlande, Polen, Rumänien, Russische Föderation, Spanien, Schweden, Türkei, Ukraine und Vereinigtes Königreich), haben alle diese Staaten den zuständigen innerstaatlichen Behörden die Befugnis zur Untersuchung mutmaßlicher Kriegsverbrechen oder widerrechtlicher Tötungen durch Angehörige ihrer Streitkräfte im Ausland erteilt. In acht Staaten ist die Untersuchung zwingend; in drei Staaten ist sie im weiteren Sinne des Opportunitätsprinzips (engl.: *discretionary prosecution*, frz.: *opportunité des poursuites*) grundsätzlich nicht zwingend. In sieben Staaten wird die Untersuchungspflicht als im Wesentlichen eigenständig angesehen, während sie in zwei Staaten in stärkerem Maße von der Hoheitsgewalt des Staates (*State jurisdiction*) abhängt, wobei es jedoch keine notwendige Voraussetzung zu sein scheint, dass die beanstandeten Handlungen dem Staat zuzurechnen sind. Was die Verfahrensgarantien bei der Untersuchung von mutmaßlich durch Angehörige der Streitkräfte im Ausland begangenen Straftaten angeht, verweist das innerstaatliche Recht in zehn Staaten auf die allgemeinen Verfahrensgarantien im allgemeinen Strafverfahren,

wohingegen in zwei Staaten spezifische Rechtsvorschriften oder -grundsätze gelten, deren Umfang und Qualität sich jedoch nicht wesentlich von den in gewöhnlichen Strafverfahren anwendbaren unterscheiden.

III. INNERSTAATLICHES RECHT UND INNERSTAATLICHE PRAXIS

A. Zustimmung zum Einsatz deutscher Truppen als Teil der ISAF

91. Am 22. Dezember 2001 stimmte der Deutsche Bundestag dem Einsatz deutscher Truppen in Afghanistan und deren Beteiligung an der ISAF zu. Hinsichtlich der Aufgaben und Verantwortlichkeiten der Truppen wurde in dem entsprechenden Beschluss auf das Übereinkommen von Bonn und auf Resolution 1386 (2001) des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen verwiesen. Ferner wurde in dem Beschluss die Frage des Rechts zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung geklärt:

„Die Wahrnehmung des Rechts zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung bleibt [von der Beteiligung an der ISAF] unberührt. Den im Rahmen dieser [ISAF-]Operation eingesetzten Kräften wird auch die Befugnis zur Wahrnehmung des Rechts auf bewaffnete Nothilfe zugunsten Jedermann erteilt.“

92. Am 16. Oktober 2008 verlängerte der Deutsche Bundestag den Einsatz der deutschen Truppen in Afghanistan bis zum 13. Dezember 2009.

B. Grundgesetz

93. Artikel 25 Grundgesetz lautet:

„Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.“

C. Völkerstrafgesetzbuch

94. Im Juni 2002 wurde das Völkerstrafgesetzbuch verabschiedet und trat in Kraft; mit ihm wurde das innerstaatliche Recht im Hinblick auf das Inkrafttreten, u. a. für Deutschland, des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs („das Römische Statut“) am 1. Juli 2002 geändert. Zeitgleich wurde § 153f Strafprozessordnung (StPO) (siehe Rdnr. 96) eingeführt. Eines der Hauptziele der Gesetzesänderungen war es, die Untersuchung und Strafverfolgung von Taten, die in den Anwendungsbereich des Römischen Statuts fallen, auf der innerstaatlichen Ebene zu ermöglichen, nicht zuletzt mit Blick auf den im Römischen Statut vorgesehenen Grundsatz der Komplementarität (siehe Bundestagsdrucksache 14/8524, S. 12).

95. Die einschlägigen und zum maßgeblichen Zeitpunkt geltenden Bestimmungen des Völkerstrafgesetzbuchs lauten wie folgt:

§ 1

„Dieses Gesetz gilt für alle in ihm bezeichneten Straftaten gegen das Völkerrecht, für alle in ihm bezeichneten Verbrechen auch dann, wenn die Tat im Ausland begangen wurde und keinen Bezug zum Inland aufweist.“

§ 2

„Auf Taten nach diesem Gesetz findet das allgemeine Strafrecht Anwendung, soweit dieses Gesetz nicht in den §§ 1 und 3 bis 5 besondere Bestimmungen trifft.“

§ 11

Kriegsverbrechen des Einsatzes verbotener Methoden der Kriegsführung

„(1) Wer im Zusammenhang mit einem internationalen oder nichtinternationalen bewaffneten Konflikt

[...]

3. 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 verursachen wird, das außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht,

[...]

wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft. [...]

(2) Verursacht der Täter durch eine Tat nach Absatz 1 Nr. 1 bis 6 den Tod oder die schwere Verletzung einer Zivilperson (§ 226 des Strafgesetzbuches) oder einer nach dem humanitären Völkerrecht zu schützenden Person, wird er mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft. Führt der Täter den Tod vorsätzlich herbei, ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.

[...]“

D. Strafrechtliche Ermittlungen

96. Die einschlägigen Bestimmungen der Strafprozessordnung über strafrechtliche Ermittlungen lauten wie folgt:

§ 152

„(1) Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen.

(2) Sie ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.“

§ 153c

„(1) Die Staatsanwaltschaft kann von der Verfolgung einer Tat absehen,

1. die außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes begangen sind [...];

[...]

Für Taten, die nach dem Völkerstrafgesetzbuch strafbar sind, gilt § 153f.

[...]“

§ 153f

„(1) Die Staatsanwaltschaft kann von der Verfolgung einer Tat, die nach den §§ 6 bis 14 des Völkerstrafgesetzbuches strafbar ist, in den Fällen des § 153c Abs. 1 Nr. 1 und 2 absehen, wenn sich der Beschuldigte nicht im Inland aufhält und ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten ist. Ist in den Fällen des § 153c Abs. 1 Nr. 1 der Beschuldigte Deutscher, so gilt dies jedoch nur dann, wenn die Tat vor einem internationalen Gerichtshof oder durch einen Staat, auf dessen Gebiet die Tat begangen oder dessen Angehöriger durch die Tat verletzt wurde, verfolgt wird.

(2) Die Staatsanwaltschaft kann insbesondere von der Verfolgung einer Tat, die nach den §§ 6 bis 14 des Völkerstrafgesetzbuches strafbar ist, in den Fällen des § 153c Abs. 1 Nr. 1 und 2 absehen, wenn

1. kein Tatverdacht gegen einen Deutschen besteht,
2. die Tat nicht gegen einen Deutschen begangen wurde,
3. kein Tatverdächtiger sich im Inland aufhält und ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten ist und
4. die Tat vor einem internationalen Gerichtshof oder durch einen Staat, auf dessen Gebiet die Tat begangen wurde, dessen Angehöriger der Tat verdächtig ist oder dessen Angehöriger durch die Tat verletzt wurde, verfolgt wird.

[...]“

§ 160

„(1) Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen.

(2) Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist. [...]“

§ 170

„(1) Bieten die Ermittlungen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage, so erhebt die Staatsanwaltschaft sie durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem zuständigen Gericht.

(2) Andernfalls stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein. Hiervon setzt sie den Beschuldigten in Kenntnis, wenn er als solcher vernommen worden ist oder ein Haftbefehl gegen ihn erlassen war; dasselbe gilt, wenn er um einen Bescheid gebeten hat oder wenn ein besonderes Interesse an der Bekanntgabe ersichtlich ist.“

§ 171

„Gibt die Staatsanwaltschaft einem Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage keine Folge oder verfügt sie nach dem Abschluss der Ermittlungen die Einstellung des Verfahrens, so hat sie den Antragsteller unter Angabe der Gründe zu bescheiden. In dem Bescheid ist der Antragsteller, der zugleich der Verletzte ist, über die Möglichkeit der Anfechtung und die dafür vorgesehene Frist (§ 172 Abs. 1) zu belehren.“

97. Nach der gefestigten innerstaatlichen Praxis reichen Anhaltspunkte für eine mögliche Straftat, die unterhalb der in § 152 Abs. 2 StPO festgelegten Schwelle der „zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte“ liegen, nicht aus, um ein förmliches strafrechtliches Ermittlungsverfahren

gemäß § 160 Abs. 1 StPO einzuleiten. In einem solchen Fall kann die Staatsanwaltschaft Vorermittlungen durchführen, um festzustellen, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, der die Einleitung eines förmlichen strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens begründet. Im Rahmen solcher Vorermittlungen hat die betroffene Person keine Beschuldigteneigenschaft und es dürfen keine zwangsweisen Ermittlungsmaßnahmen erfolgen. Die Staatsanwaltschaft ist jedoch befugt, Zeugen zu vernehmen und gegebenenfalls eine richterliche Zeugenvernehmung herbeizuführen (siehe Landgericht O., Qs 41/93, Beschluss vom 25. Mai 1993).

E. Möglichkeiten zur Anfechtung einer staatsanwaltlichen Entscheidung gegen eine Anklageerhebung

98. Entscheidet sich die Staatsanwaltschaft gegen eine Anklageerhebung, stellt dies keine endgültige Feststellung in dem Sinne dar, dass sie in Rechtskraft erwachsen würde. Die Strafverfolgung kann wiederaufgenommen werden, wenn neue Beweismittel vorliegen oder die Beweismittel in einem anderen Licht erscheinen (siehe Bundesgerichtshof, 2 StR 524/10, Urteil vom 4. Mai 2011, Rdnr. 9), etwa in Form von nachfolgenden Stellungnahmen eines Verletzten.

99. Der Verletzte kann einen Bescheid über die Einstellung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens binnen einem Monat nach der Bekanntmachung anfechten, und zwar durch einen Klageerzwingungsantrag (§§ 172 ff. StPO). Die entsprechende Antragsschrift muss die Tatsachen, welche die Anklage begründen sollen, und die Beweismittel für den Tatnachweis angeben. Dieses Formerfordernis soll das Gericht in die Lage versetzen, ausschließlich auf Grundlage des Inhalts der Antragsschrift – ohne Rückgriff auf die Akten oder Anlagen – zu prüfen, ob ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (siehe Oberlandesgericht H., 3 Ws 209/09, Beschluss vom 14. Juli 2009). Der Antragsteller muss den wesentlichen Inhalt des Einstellungsbescheids der Staatsanwaltschaft wiedergeben (Oberlandesgericht H., 1 Ws 135/11, Beschluss vom 28. April 2011; Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 967/07, Beschluss vom 4. September 2008, Rdnr. 17). Wenn sich der Antragsteller auf zusätzliche Beweismittel aus den Ermittlungsakten beruft, muss er in seiner Antragsschrift den wesentlichen Inhalt der entsprechenden Beweismittel mitteilen, was ihn dazu verpflichtet, gegebenenfalls auch Beweismittel vorzutragen, welche den Beschuldigten entlasten könnten (siehe Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 2040/15, Beschluss vom 27. Juli 2016, Rdnr. 15). Bei der Prüfung, ob ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, kann das Gericht berücksichtigen, ob es den Beschuldigten in einem sich anschließenden Hauptverfahren aufgrund des Grundsatzes in *dubio pro reo* freisprechen müsste (siehe Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 2318/07, Beschluss vom 13. Dezember 2007, Rdnr. 3).

100. Das Bundesverfassungsgericht ist befugt, Einstellungsentscheidungen der Staatsanwaltschaft zu überprüfen und aufzuheben, und macht von dieser Befugnis auch Gebrauch (siehe 2 BvR 878/05, Beschluss vom 17. November 2005, dort Rdnr. 23). So kann es eine Grundrechtsverletzung feststellen, wenn die Verwerfung eines Klageerzwingungsantrags auf eine überstrenge Handhabung der Formerfordernisse gestützt wurde (siehe 2 BvR 912/15, Beschluss vom 21. Oktober 2015). In Fällen betreffend Tötungen, für die möglicherweise Amtsträger verantwortlich sind, hat sich das Bundesverfassungsgericht den in der Rechtsprechung dieses Gerichtshofs festgelegten Anforderungen an wirksame Ermittlungen gemäß Artikel 2 der Konvention angeschlossen (siehe 2 BvR 2307/06, Beschluss vom 4. Februar 2010; 2 BvR 2699/10, Beschluss vom 26. Juni 2014).

F. Gerichtsverfassungsgesetz

101. Die einschlägigen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes lauten wie folgt:

§ 120

„(1) In Strafsachen sind die Oberlandesgerichte, in deren Bezirk die Landesregierungen ihren Sitz haben, für das Gebiet des Landes zuständig für die Verhandlung und Entscheidung im ersten Rechtszug [...]

8. bei Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch.

[...]“

§ 142a

„(1) Der Generalbundesanwalt übt in den zur Zuständigkeit von Oberlandesgerichten im ersten Rechtszug gehörenden Strafsachen gemäß § 120 Absatz 1 und 2 das Amt der Staatsanwaltschaft auch bei diesen Gerichten aus. Für die Übernahme der Strafverfolgung durch den Generalbundesanwalt genügt es, dass zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für die seine Zuständigkeit begründenden Voraussetzungen gegeben sind. Vorgänge, die Anlass zu der Prüfung einer Übernahme der Strafverfolgung durch den Generalbundesanwalt geben, übersendet die Staatsanwaltschaft diesem unverzüglich. Können in den Fällen des § 120 Abs. 1 die Beamten der Staatsanwaltschaft eines Landes und der Generalbundesanwalt sich nicht darüber einigen, wer von ihnen die Verfolgung zu übernehmen hat, so entscheidet der Generalbundesanwalt.“

§ 146

„Die Beamten der Staatsanwaltschaft haben den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen.“

§ 147

„Das Recht der Aufsicht und Leitung steht zu:

1. dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz hinsichtlich des Generalbundesanwalts und der Bundesanwälte; [...].”

RECHTLICHE WÜRDIGUNG

I. ZULÄSSIGKEIT

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

1. Stellungnahmen der Parteien

(a) Die beschwerdegegnerische Regierung

102. Die beschwerdegegnerische Regierung brachte vor, dass die Beschwerde *ratione personae* und *ratione loci* mit den Konventionsbestimmungen unvereinbar sei.

(i) Zulässigkeit *ratione personae*

103. Hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichtshofs *ratione personae* trug die Regierung unter Verweis auf *Behrami und Behrami ./. Frankreich* und *Saramati ./. Frankreich, Deutschland und Norwegen* ((Entsch.) [GK], Individualbeschwerden Nrn. 71412/01 und 78166/01, 2. Mai 2007) vor, dass militärische Handlungen, die unter der letzten Weisungsbefugnis und Kontrolle (ultimate authority and control) des nach Kapitel VII der VN-Charta tätig gewordenen Sicherheitsrats der Vereinten Nationen erfolgt seien, nicht dem jeweiligen Konventionsstaat zugerechnet werden könnten. Der Gerichtshof habe daher *ratione personae* keine Prüfkompetenz hinsichtlich des streitgegenständlichen militärischen Handelns. Ferner sei die in der Rechtssache *Behrami und Behrami* gezogene Schlussfolgerung in zahlreichen späteren Entscheidungen des Gerichtshofs bestätigt worden und müsse als gefestigte Rechtsprechung betrachtet werden. Soweit der Gerichtshof in den Rechtssachen *Jaloud ./. die Niederlande* ([GK], Individualbeschwerde Nr. 47708/08, ECHR 2014), *Al-Jedda ./. das Vereinigte Königreich* ([GK], Individualbeschwerde Nr. 27021/08, ECHR 2011) und *Al-Skeini u. a. ./. das Vereinigte Königreich* ([GK], Individualbeschwerde Nr. 55721/07, ECHR 2011) der Auffassung gewesen sei, bestimmte militärische Handlungen im Irak seien den jeweiligen Konventionsstaaten zuzurechnen, sei dies auf die außergewöhnlichen Umstände dieser Fälle zurückzuführen. Solche besonderen Umstände seien

allerdings in der vorliegenden Rechtssache nicht gegeben; diese sei in tatsächlicher Hinsicht vielmehr mit *Behrami und Behrami* vergleichbar:

- Die ISAF sei durch Resolution 1386 (2001) des Sicherheitsrats errichtet worden und habe nicht bereits zuvor bestanden. Der Sicherheitsrat habe seine Befugnisse delegiert, indem er die an der ISAF beteiligten Staaten autorisiert habe, „alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen“. Das Mandat sei hinreichend präzise gewesen und habe die Ziele der Mission ebenso wie die Rollen und Verantwortlichkeiten aller beteiligten Parteien definiert. Zusätzlich sei eine Berichtspflicht vorgesehen gewesen.

- Bei der ISAF hätten sich Kommando und Kontrolle in einer zu KFOR vergleichbaren Weise dargestellt: als einheitliches Kommando (unified command) einer aus Streitkräften einer Vielzahl beteiligter Staaten gebildeten multinationalen Truppe (multinational force). Unter den an der Militärpräsenz beteiligten Staaten hätten sich auch Staaten befunden, die keine Vertragsparteien der Konvention seien.

- Die Sicherheitspräsenz der ISAF und ihre militärischen Aktivitäten in Afghanistan seien vom Sicherheitsrat und den Organen der Vereinten Nationen wiederholt befürwortet worden. Dies habe auch für Luftschläge zur Bekämpfung der Taliban gegolten.

- An dieser Einschätzung ändere sich auch nichts durch den Umstand, dass die sogenannte volle Befehlsgewalt (full command) für die von Deutschland zur Verfügung gestellten Truppenteile bei den deutschen Befehlshabern gelegen habe. Hinsichtlich der truppenstellenden Staaten habe es somit keine Unterschiede zwischen KFOR und ISAF gegeben.

(ii) Zulässigkeit *ratione loci*

(α) Keine Ausübung extraterritorialer Hoheitsgewalt (extraterritorial jurisdiction) in Afghanistan

104. Der Gerichtshof sei außerdem auch *ratione loci* nicht für die Prüfung der Individualbeschwerde zuständig. Die Söhne des Beschwerdeführers seien nicht im Rahmen der Ausübung extraterritorialer Hoheitsgewalt durch Deutschland zu Tode gekommen. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs übe ein Konventionsstaat nur dann außerhalb seines eigenen Staatsgebiets Hoheitsgewalt aus, wenn effektive Kontrolle über ein Gebiet (effective control over an area) oder physische Gewalt und Kontrolle (state agent authority and control) vorliege. Keine dieser beiden Ausnahmen sei hier einschlägig.

105. Deutschland habe keine effektive Kontrolle über die Region Kundus und den Abwurfort der Bomben gehabt. Im September 2009 seien deutsche ISAF-Truppen in der Region in einer unter der Kontrolle der Aufständischen stehenden aktiven Kampfzone in die Durchführung von Feindseligkeiten verwickelt gewesen. Im diesem Gebiet hätten sich fast ebenso viele Aufständische wie ISAF-Truppen befunden. Die in Kundus stationierten ISAF-Truppen hätten damit rechnen müssen, bei jedem Verlassen des Lagers

von Aufständischen angegriffen zu werden oder deren Sprengfallen zum Opfer zu fallen. Sie seien nur zu reaktiven Maßnahmen in der Lage gewesen und hätten bei Gefechten mit den Aufständischen erhebliche Verluste erlitten. Die Mannschaftsstärke der ISAF sei gemessen an der Größe des zu kontrollierenden Territoriums von etwa 8.000 km² und der hohen Anzahl und dem guten Organisationsgrad der in dieser Region aktiven aufständischen Taliban deutlich zu gering gewesen, um eine effektive Kontrolle über die Kundusregion zu haben.

106. Hinsichtlich einer durch physische Gewalt und Kontrolle durch für den Staat handelnde Personen begründeten Hoheitsgewalt sei die vorliegende Rechtssache nicht mit *Al-Skeini u. a.* oder *Jaloud* (beide a. a. O.) vergleichbar. Eine mit der Lage im Irak 2003 und 2004 vergleichbare Situation habe zu keinem Zeitpunkt des ISAF-Einsatzes in Afghanistan bestanden. Der Schwerpunkt der ISAF-Mission habe allein auf der Unterstützung der afghanischen Zivilregierung bei der Bekämpfung der bewaffneten Aufständischen und beim Aufbau der afghanischen Sicherheitskräfte gelegen. Die afghanische Zivilregierung habe insbesondere in der Region Kundus über eigene Sicherheitskräfte verfügt. Am Morgen nach dem in Rede stehenden Luftangriff seien es afghanische Sicherheitskräfte gewesen, welche die Sandbank noch vor dem Eintreffen deutscher oder sonstiger Aufklärungstrupps von den dort noch vorhandenen Waffenresten gesäubert hätten. Der deutsche Aufklärungstrupp habe den Ort erst absuchen können, nachdem er durch eine Einheit afghanischer Sicherheitskräfte gegen Angriffe aufständischer Taliban abgesichert worden sei. Die ISAF habe keine staatlichen Befugnisse oder Exekutivfunktionen, etwa durch Ausübung von Polizeigewalt (police powers), zur Wahrung der allgemeinen Sicherheit und Ordnung wahrgenommen.

107. Der Luftangriff vom 4. September 2009 stelle in Bezug auf die betroffenen Personen keinen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt (jurisdictional link) des beschwerdegegnerschen Staates dar, denn er sei eine unmittelbare extraterritoriale Einzelhandlung (instantaneous extraterritorial act) gewesen und in den Bestimmungen von Artikel 1 sei bezüglich der Hoheitsgewalt kein „Ursache-Wirkung-Konzept“ vorgesehen (Verweis auf *Banković u. a. ./ Belgien u. a.* (Entsch.) [GK], Individualbeschwerde Nr. 52207/99, Rdnr. 75, ECHR 2001-XII; und *Medvedyev u. a. ./ Frankreich* [GK], Individualbeschwerde Nr. 3394/03, Rdnr. 64, ECHR 2010). Dies führe nicht zu einer Verantwortlichkeitslücke, da die Konventionsstaaten an ihre Verpflichtungen nach dem humanitären Völkerrecht gebunden seien.

(β) Keine Zuständigkeit *ratione loci* aufgrund der Einleitung eines strafrechtlichen Verfahrens

108. Die von den deutschen Behörden eingeleiteten Ermittlungsmaßnahmen seien unter den konkreten Umständen der vorliegenden Rechtssache nicht geeignet, die unter Berufung auf den

verfahrensrechtlichen Aspekt von Artikel 2 eingelegten Rügen *ratione loci* mit der Konvention vereinbar zu machen. Sowohl in *Güzelyurtlu u. a. ./.* *Zypern und Türkei* ([GK], Individualbeschwerde Nr. 36925/07, 29. Januar 2019) als auch in *Romeo Castaño ./.* *Belgien* (Individualbeschwerde Nr. 8351/17, 9. Juli 2019) sei es um wechselseitige Verpflichtungen zur Zusammenarbeit gegangen, genauer gesagt um Kooperationsverpflichtungen im Zusammenhang mit dem verfahrensrechtlichen Aspekt von Artikel 2 der Konvention zwischen zwei Konventionsstaaten in strafrechtlichen Angelegenheiten innerhalb des Rechtsraums der Konvention. Der Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt im Hinblick auf eine solche Verpflichtung zur Zusammenarbeit ergebe sich aus dem besonderen Charakter der EMRK als Vertrag, der auf die kollektive Durchsetzung der Menschenrechte ausgerichtet sei. Damit solle innerhalb des Rechtsraums der Konvention ein Vakuum im System des Menschenrechtsschutzes zwischen zwei Konventionsstaaten vermieden und sichergestellt werden, dass alle Konventionsstaaten ihrer verfahrensrechtlichen Verpflichtung aus Artikel 2 der Konvention nachkommen könnten. Diese Grundannahme beschränke das Prinzip, dass die Einleitung von Ermittlungen bezüglich außerhalb des eigenen Staatsgebiets aufgetretener Todesfälle einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt entstehen ließe, auf Fälle, in denen zwei oder mehr Konventionsstaaten ihre jeweilige Verantwortung für die kollektive Durchsetzung der Konvention übernehmen müssten.

109. Im vorliegenden Fall sei es nicht um ein Versäumnis Deutschlands bei der Übernahme seiner Verantwortung für die kollektive Durchsetzung der Konvention gegangen. Es hätten keine wechselseitigen Kooperationspflichten zwischen Konventionsstaaten in strafrechtlichen Angelegenheiten innerhalb des Rechtsraums der Konvention in Rede gestanden. Die Todesfälle, zu denen ermittelt wurde, hätten sich im Rahmen militärischen Handelns außerhalb des Hoheitsgebiets der Europaratmitgliedstaaten ereignet. Die besondere Natur der Konvention als kollektives Durchsetzungsinstrument der Konventionsstaaten spiele hier keine Rolle.

110. Unter Verweis auf *Güzelyurtlu u. a.* (a. a. O.), *Markovic u. a. ./.* *Italien* ([GK], Individualbeschwerde Nr. 1398/03, ECHR 2006-XIV) und *Chagos Islanders ./.* *das Vereinigte Königreich* ((Entsch.), Individualbeschwerde Nr. 35622/04, 11. Dezember 2012) machte die Regierung geltend, dass die Einleitung von Ermittlungen oder Verfahren Hoheitsgewalt nur in Bezug auf Maßnahmen begründen könne, die der Staat ausschließlich innerhalb seiner territorialen Hoheitsgewalt vornehme – was folglich den Gegenstand der Überprüfung durch den Gerichtshof auf die dort erfolgten Handlungen beschränke – oder, wie etwa im Fall der Türkei in *Güzelyurtlu u. a.*, die dieser auf der Grundlage einer anderweitig begründeten Hoheitsgewalt ergreife. Wenn extraterritoriale Ermittlungen durchgeführt

würden, dann entstehe Hoheitsgewalt entsprechend dem Ausnahmecharakter der extraterritorialen Hoheitsgewalt bei Militäreinsätzen außerhalb der Hoheitsgebiete der Konventionsstaaten (*Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 149; *Jaloud*, a. a. O., Rdnr. 152). Unabhängig von allen sonstigen Umständen eines bestimmten Falles könne die formale und unmittelbare Einzelhandlung eines Konventionsstaats, die Einleitung von strafrechtlichen Ermittlungen zu beschließen, für sich genommen keinen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt bilden und damit keine verfahrensrechtliche Verpflichtung nach Artikel 2 auslösen. Entscheidungserheblich sei, inwiefern die in Rede stehende Untersuchung selbst extraterritorialen Charakter gehabt habe. Die Einwendungen des Beschwerdeführers seien im Wesentlichen auf Ermittlungsmaßnahmen gerichtet, die außerhalb des deutschen Staatsgebiets oder anderweitig außerhalb deutscher Hoheitsgewalt durchgeführt worden seien oder seiner Ansicht nach hätten durchgeführt werden sollen. Die besonderen Herausforderungen bei den Ermittlungen, die aus der extraterritorialen Situation in einer aktiven Kampfzone während eines nichtinternationalen bewaffneten Konflikts hergerührt hätten, hätten sich fortdauernd und entscheidend auf das anschließende innerstaatliche Verfahren ausgewirkt.

111. Es sei nicht notwendig, die Reichweite der Konvention auszuweiten, um eine Verantwortlichkeitslücke zu verhindern, da Deutschland bereits nach dem humanitären Völkerrecht und dem innerstaatlichen Strafrecht verpflichtet sei, Todesfälle von Zivilpersonen während der Durchführung von Feindseligkeiten zu untersuchen. Überdies würde auch das Völkerstrafrecht Deutschland im vorliegenden Fall zu Ermittlungen verpflichten. Das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs beziehe sich jedoch auf die Gerichtsbarkeit dieses Gerichts und nicht die Verantwortlichkeit Deutschlands im Sinne von Artikel 1 der Konvention.

112. Würde der Geltungsbereich von *Güzelyurtlu u. a.* auf Ermittlungen zu extraterritorialen militärischen Handlungen bei der Durchführung von Feindseligkeiten ausgedehnt, die nicht mit der Ausübung extraterritorialer Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 einhergegangen sind, dann würden die Staaten im Hinblick auf die extraterritoriale Tatsachenfeststellung vor unlösbare Aufgaben gestellt. Mit einem solchen Ansatz würde auch die bestehende Rechtsprechung hinsichtlich des Ausnahmecharakters einer extraterritorialen Hoheitsgewalt und der Zuständigkeit des Gerichtshofs *ratione personae* umgangen werden. Außerdem würde die Begründung der Hoheitsgewalt nach Artikel 1 der Willkür unterworfen. Wenn schon allein der Umstand eingeleiteter Ermittlungen ausreiche, um einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt entstehen zu lassen, selbst wenn keine sonstigen Gründe für die Annahme eines solchen Anknüpfungspunktes nachgewiesen werden könnten, dann könne damit ein Anreiz gesetzt werden, von entsprechenden Ermittlungen gänzlich abzusehen. Darüber hinaus könne ein solcher Ansatz möglicherweise zu einer uneinheitlichen Anwendung der

Konvention innerhalb der an demselben extraterritorialen Militäreinsatz beteiligten Konventionsstaaten führen. Wenn einer der Staaten Ermittlungen einleite und ein anderer nicht, dann könne Letzterer einer konventionsrechtlichen Verantwortlichkeit ausweichen.

113. Die besonderen Merkmale (special features), die im Fall *Güzelyurtlu u. a.* ausnahmsweise einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt hätten entstehen lassen, seien in der vorliegenden Rechtssache nicht gegeben. Insbesondere sei die in Abschnitt I Unterabschnitt 3 des ISAF-Truppenstatuts (siehe Rdnr. 75) festgelegte Beibehaltung der ausschließlichen Strafgerichtsbarkeit (exclusive criminal jurisdiction) über das deutsche ISAF-Personal bezüglich möglicherweise auf dem Staatsgebiet Afghanistans begangener Straftaten kein „besonderes Merkmal“, durch das ein Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 der Konvention entstehen würde (unter Verweis auf *Güzelyurtlu u. a.*, a. a. O., Rdnr. 190). Diese Bestimmung stelle eine Immunitätsregelung dar, durch die das ISAF-Personal von der Strafverfolgung durch die afghanischen Behörden ausgenommen werde. Die Beibehaltung der Strafgerichtsbarkeit betreffe das Binnenverhältnis zwischen Soldat und Entsendestaat. Den zivilen Strafverfolgungsbehörden der truppenstellenden Staaten werde dadurch nicht die Möglichkeit eröffnet, eigene strafrechtliche Ermittlungen auf afghanischem Staatsgebiet durchzuführen; ebenso wenig erlaube dies die Befugnisübertragung durch die einschlägigen Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen. Solche Ermittlungen hätten möglicherweise einen Eingriff in die Souveränität Afghanistans dargestellt. Den rechtlichen Befugnissen der Feldjäger hinsichtlich ihrer Autorisierung zur Durchführung interner Untersuchungen seien Grenzen gesetzt gewesen. Sie hätten weder afghanische Zeugen vorladen, noch Investigativ- oder Zwangsmaßnahmen zur Sicherstellung von Beweismitteln ergreifen dürfen. Diese rechtlichen Beschränkungen der deutschen Ermittlungsbefugnisse in Afghanistan würden die Argumentation stützen, dass die Verantwortlichkeit bei den Vereinten Nationen liege, und nicht bei Deutschland. Hinsichtlich der Ermittlungen sei keine Grundlage für eine Zurechnung oder extraterritoriale Hoheitsgewalt gegeben. Auch im Fall *Behrami und Behrami* (a. a. O.) sei eine dem Abschnitt I Unterabschnitt 3 des ISAF-Truppenstatuts entsprechende Regelung Bestandteil des Truppenstatuts gewesen und habe dort keine Fragen aufgeworfen.

(b) Der Beschwerdeführer

114. Der Beschwerdeführer trug vor, dass der von ihm gerügte Sachverhalt sich unter der Hoheitsgewalt Deutschlands im Sinne von Artikel 1 der Konvention ereignet habe.

(i) *Entstehung eines Anknüpfungspunktes an die Hoheitsgewalt durch die Einleitung strafrechtlicher Ermittlungen*

115. Das von den deutschen Behörden hinsichtlich des Todes der Söhne des Beschwerdeführers geführte Ermittlungsverfahren reiche aus, um in Bezug auf den Beschwerdeführer einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt Deutschlands im Sinne von Artikel 1 der Konvention entstehen zu lassen. Auch in der Rechtssache *Güzelyurtlu u. a.* (a. a. O.) seien die untersuchten Todesfälle außerhalb der territorialen Hoheitsgewalt des Staates eingetreten, an dessen Hoheitsgewalt die strafrechtlichen Ermittlungen einen Anknüpfungspunkt gebildet hätten. Dieser Ansatz entspreche dem Wesen der verfahrensrechtlichen Verpflichtung aus Artikel 2, die sich zu einer separaten und eigenständigen (separate and autonomous) Verpflichtung entwickelt habe, die der Gerichtshof als „abtrennbar“ (detachable) anerkannt habe, und die einen Staat selbst dann treffen könne, wenn sich der Todesfall außerhalb seiner Hoheitsgewalt ereignet habe. Dieser Ansatz folge auch der Logik von *Markovic u. a.* (a. a. O.), *Aliyeva und Aliyev ./ Aserbaidshan* (Individualbeschwerde Nr. 35587/08, 31. Juli 2014) und *G. ./ Deutschland* (Individualbeschwerde Nr. 49278/09, 22. Mai 2014).

116. Entgegen dem Vorbringen der Regierung beschränke sich die Verpflichtung zur Zusammenarbeit als Bestandteil der verfahrensrechtlichen Verpflichtung aus Artikel 2 nicht darauf, dass Konventionsstaaten untereinander wechselseitig um Unterstützung ersuchen. Der Gerichtshof habe in der Rechtssache *Güzelyurtlu u. a.* (a. a. O.) deutlich gemacht, dass es zwei Arten von Fallgestaltungen gebe, in denen sich im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Verpflichtung aus Artikel 2 eine Pflicht zur Zusammenarbeit ergeben könne: Erstens in Fällen, in denen ein Staat im Rahmen seiner eigenen Ermittlungspflicht verpflichtet sein könne, andere Staaten um Zusammenarbeit zu ersuchen. Und zweitens in Fällen, in denen ein Staat verpflichtet sein könne, einen anderen Staat zu unterstützen, der unter seiner Hoheitsgewalt Ermittlungen vornimmt. Nur hinsichtlich der letztgenannten Fallgestaltung habe der Gerichtshof im Urteil *Güzelyurtlu u. a.* von einer wechselseitigen Verpflichtung zur Zusammenarbeit von Konventionsstaaten untereinander gesprochen. Der vorliegende Fall hingegen betreffe das erstgenannte Szenario, da es um Deutschlands Verpflichtung gehe, für eine von Deutschland geführte Ermittlung um Zusammenarbeit zu ersuchen. Es sei weder fallrechtlich noch logisch begründbar, dass Deutschland der Beschränkung unterlegen hätte, ausschließlich andere Konventionsstaaten um Zusammenarbeit zu ersuchen.

117. Die Feststellung, dass die Einleitung von Ermittlungen ausreiche, um einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt herzustellen, würde die Begründung der Hoheitsgewalt nicht der Willkür anheimgeben und auch und auch nicht von der Einleitung von Ermittlungen abschrecken. Selbst wenn keinerlei Untersuchung oder Verfahren eingeleitet werde, würde aufgrund

der nach Artikel 2 bestehenden verfahrensrechtlichen Verpflichtung ein Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt bestehen, wenn der Fall „besondere Merkmale“ aufweise (Verweis auf *Güzelyurtlu u. a.*, a. a. O., Rdnr. 190). Diese besonderen Merkmale würden von den konkreten Umständen des Falles abhängen und dem Beschwerdeführer zufolge auch darauf abstellen, inwiefern der Staat innerstaatlich oder völkerrechtlich verpflichtet sei, Ermittlungen vorzunehmen. Im vorliegenden Fall bestehe, wie von der Regierung eingeräumt, eine solche Verpflichtung sowohl nach dem innerstaatlichen Recht als auch nach dem Völkerrecht, da die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Oberst K. unter anderem wegen eines mutmaßlichen Kriegsverbrechens in Rede stehe.

118. Von besonderer Bedeutung sei diesbezüglich die Beibehaltung der Strafgerichtsbarkeit über die eigenen Einsatzkräfte nach Abschnitt I Unterabschnitt 3 des ISAF-Truppenstatuts (siehe Rdnr. 75). Im Gegensatz zum Vorbringen der Regierung handele es sich dabei nicht um eine Vorschrift zur Immunität, sondern eine Vorschrift zur Gerichtsbarkeit. Deutschland habe sich gegenüber den afghanischen Behörden, den Vereinten Nationen und der ISAF explizit die Strafgerichtsbarkeit über seine Einsatzkräfte vorbehalten. Dies untermauere das Argument, dass die von deutschen Akteuren in Afghanistan vorgenommenen Handlungen Deutschland zuzurechnen seien. Überdies habe Deutschland die uneingeschränkte Kontrolle über die Ermittlungen behalten, den Beschuldigten befragt, Zeugen angehört, Beweismittel gesammelt und Ermittlungsschritte unternommen, an denen, wenngleich unzureichend, auch der Beschwerdeführer beteiligt gewesen sei. Die deutsche Hoheitsgewalt sei im Laufe dieser Untersuchung zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt worden. Alle geltend gemachten Verstöße, ganz gleich, ob auf deutschem Staatsgebiet oder im Ausland, seien von deutschen Amtsträgern begangen worden.

119. Würde der Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt allein auf der Einleitung eines Verfahrens in Deutschland beruhen, wäre die Prüfung durch den Gerichtshof nicht auf die innerhalb des deutschen Staatsgebiets vorgenommenen Ermittlungshandlungen beschränkt. Jede anderslautende Sichtweise widerspräche der Rechtsprechung des Gerichtshofs, die den Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt im Einklang mit dem Charakter der verfahrensrechtlichen Verpflichtung zur Durchführung wirksamer Untersuchungen sehe. Einige der von dem Beschwerdeführer gerügten Ermittlungsmängel seien in Afghanistan aufgetreten, andere in Deutschland. Es sei nicht entscheidungserheblich, dass sich der Sachverhalt, der die Ermittlungen ausgelöst habe, außerhalb des Territoriums der Europaratmitgliedstaaten ereignet habe. Die Konvention sei nicht nur im Rechtsraum der Konventionsstaaten anwendbar. Es müsse beachtet werden, dass der zu untersuchende Vorfall Deutschland zuzurechnen sei und unter dessen extraterritoriale Hoheitsgewalt falle.

(ii) *Hoheitsgewalt Deutschlands sei im Hinblick auf die streitgegenständlichen Ermittlungen auch durch andere Umstände gegeben*

120. Der Beschwerdeführer trug vor, dass selbst ohne die Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen ein Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 bestehen würde. Der der vorliegenden Individualbeschwerde zugrunde liegende Sachverhalt falle unter die extraterritoriale Hoheitsgewalt Deutschlands, weil Deutschland „Kontrolle“ (control) über die Opfer des Luftangriffs ausgeübt habe. Bezugnehmend auf die Allgemeine Bemerkung (*General Comment*) Nr. 36 des Menschenrechtsausschusses (siehe Rdnr. 87) und die Rechtssache *Al-Skeini u. a.* (a. a. O., Rdnr. 137) argumentierte er, dass es darauf ankomme, dass Deutschland in der Lage gewesen sei, Einfluss auf die einschlägigen Rechte – im vorliegenden Fall das Recht auf Leben – der bei dem Luftangriff getöteten Söhne des Beschwerdeführers zu nehmen. Zwischen einer zur Einflussnahme auf das Recht auf Leben geeigneten Machtausübung (exercise of power) im Rahmen einer Patrouille, an einem Checkpoint oder bei einem Lufteinsatz könne keine logische Unterscheidung getroffen werden. Der Umstand, dass Oberst K. sich anstelle der Entsendung von Bodentruppen zur Durchführung eines Luftangriffs entschieden habe, könne es nicht rechtfertigen, im Hinblick auf die Hoheitsgewalt zu einem anderen Ergebnis zu kommen als in *Al-Skeini u. a.* und in *Jaloud* (beide a. a. O.). In dem Luftangriff manifestiere sich die Ausübung hoheitlicher Befugnisse (exercise of public powers) durch Deutschland in der Region. Die deutschen Truppen hätten mit Billigung und auf Einladung der afghanischen Regierung agiert und einige der hoheitlichen Befugnisse ausgeübt, die normalerweise von lokalen oder souveränen Gebietskörperschaften ausgeübt werden. Sie seien vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen beauftragt gewesen, die afghanische Übergangsverwaltung und ihre Nachfolger bei der Aufrechterhaltung der Sicherheit zu unterstützen, unter anderem durch Checkpoints, regelmäßige Patrouillen und Sicherheitsoperationen im Kampf gegen die Aufständischen. Ein vollständiger Zusammenbruch der afghanischen Staatsordnung sei zur Bildung eines Anknüpfungspunktes an die Hoheitsgewalt auf dieser Grundlage nicht erforderlich.

121. Auch habe Deutschland die effektive Kontrolle über das Gebiet gehabt, in dem sich der Luftschlag, durch den die Söhne des Beschwerdeführers getötet worden seien, ereignet habe. Das unter deutschem Kommando stehende RC North habe etwa 5.600 Truppenmitglieder umfasst; der Ort des Luftangriffs sei nur sieben Kilometer vom Lager des PRT Kundus entfernt gewesen, wo im Zeitpunkt des Luftangriffs etwa 1.500 Soldaten stationiert gewesen seien. Der Beschwerdeführer wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die effektive Kontrolle sich auch auf das konkrete Gebiet beschränken könne, in dem sich der Vorfall zur maßgeblichen Zeit ereignet habe, und dass der entsprechende Staat hierfür keine Besatzungsmacht sein müsse (Verweis auf *Jaloud*, a. a. O., Rdnrn. 139).

und 142; sowie *Issa u. a. ./ Türkei*, Individualbeschwerde Nr. 31821/96, Rdnrn. 74 und 76, 16. November 2004). Durch die Nähe zum deutschen Feldlager und die Möglichkeit des sofortigen Einsatzes von Bodentruppen und enger Luftunterstützung – die innerhalb von Minuten bei den entführten Tankfahrzeugen angekommen seien – bestätige sich, dass das Gebiet, in dem der Luftangriff stattfand, effektiv unter deutscher Kontrolle gestanden habe. Eine von aktiven Feindseligkeiten geprägte Situation schließe nicht *per se* die Möglichkeit aus, dass ein Staat zu einem bestimmten Zeitpunkt die effektive Kontrolle über ein Gebiet ausübe, insbesondere hinsichtlich des Rechts auf Leben der dort befindlichen Menschen. Der Gerichtshof habe bereits früher festgestellt, dass Konventionsverletzungen, die im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt begangen worden seien, auch in Phasen aktiver Feindseligkeiten im Sinne von Artikel 1 in die Hoheitsgewalt eines Konventionsstaats fielen (unter Verweis auf *Hassan ./ das Vereinigte Königreich* [GK], Individualbeschwerde Nr. 29750/09, ECHR 2014).

122. Der Sachverhalt, der der Individualbeschwerde des Beschwerdeführers zugrunde liege, sei ebenfalls Deutschland zuzurechnen. Die in *Behrami und Behrami* (a. a. O.) dargelegte Herangehensweise an die Zurechnungsprüfung (test of attribution) sei in *Al-Jedda* (a. a. O.) durch die Einführung der Zurechnungsbedingung der „effektiven Kontrolle“ präzisiert worden. In diesem Urteil habe der Gerichtshof außerdem anerkannt, dass bestimmte Handlungen auch mehreren Rechtsträgern, und zwar den Vereinten Nationen und dem Konventionsstaat, zugerechnet werden könnten. Dieses Konzept einer multiplen Zurechenbarkeit sei von der Völkerrechtskommission seit langem anerkannt. Zwar habe der COMISAF die operative Führung innegehabt, aber Deutschland habe die volle Befehlsgewalt über seine eigenen Truppen behalten (Verweis auf *Jaloud*, a. a. O.). Oberst K. und die deutschen Truppen seien keiner ausländischen Macht oder internationalen Organisation „unterstellt“ (at the disposal) gewesen und hätten sich auch nicht unter „exklusiver Führung und Kontrolle“ (exclusive direction and control) durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, die NATO, den COMISAF oder einen anderen Staat befunden. Dies spiegle sich in der Abfolge verbindlicher Anordnungen wider, die von Oberst K. ohne Beteiligung seiner Vorgesetzten erteilt worden seien und die zu dem Luftangriff geführt hätten, bei dem die Söhne des Beschwerdeführers getötet worden seien. Dieses Handeln unterscheide sich erheblich von dem in der Rechtssache *Behrami und Behrami* (a. a. O.) und auch der rechtliche Rahmen für das Handeln der deutschen Truppen in Kundus sei ein völlig anderer.

2. Die Drittbeteiligten

(a) Die Regierungen Dänemarks, Frankreichs, Norwegens, Schwedens und des Vereinigten Königreichs

123. Unter Verweis auf *Behrami und Behrami* (a. a. O.) trugen die drittbeteiligten Regierungen vor, dass die Rügen des Beschwerdeführers *ratione personae* mit der Konvention unvereinbar seien. Die letzte Weisungsbefugnis (ultimate authority and control) über die ISAF habe beim Sicherheitsrat der Vereinten Nationen gelegen.

124. Die drittbeteiligten Regierungen bekräftigten, dass Deutschland keine extraterritoriale Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 ausgeübt habe. Deutschland habe über das fragliche Gebiet weder effektive Kontrolle noch physische Gewalt und Kontrolle durch für den Staat handelnde Personen ausgeübt.

125. Zwischen der vorliegenden Rechtssache und *Güzelyurtlu u. a.* (a. a. O.) bestünden grundlegende Unterschiede. Die Einleitung einer Untersuchung auf innerstaatlicher Ebene in Bezug auf Sachverhalte, die sich im Rahmen eines von einer internationalen Organisation mandatierten Militäreinsatzes im Ausland ergeben hätten, könne allein nicht zur Bildung eines Anknüpfungspunktes an die Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 ausreichen. Jede anderslautende Sichtweise würde die Rechtsprechung in den Fällen *Behrami und Behrami* sowie *Banković u. a.* in Frage stellen und berge die Gefahr einer universellen Anwendung der EMRK. Dies könne die Bereitschaft und Möglichkeit von Staaten, sich an multilateralen Militäreinsätzen im Ausland zu beteiligen, beeinträchtigen und sie davon abhalten (chilling effect), Untersuchungen einzuleiten. Für Situationen bewaffneter Konflikte sei das humanitäre Völkerrecht die geltende *lex specialis* und die Konventionsstaaten müssten sich an die sich daraus ergebenden Verpflichtungen halten, auch wenn die EMRK nicht anwendbar sei. Im humanitären Völkerrecht sei bewusst auf eine allgemeine Pflicht zur Untersuchung jedes einzelnen Todesfalls, der sich in einem bewaffneten Konflikt ereignet habe, verzichtet worden; eine Untersuchungspflicht bestehe vielmehr nur unter bestimmten Umständen.

126. Von den Regierungen Frankreichs und des Vereinigten Königreichs wurde insbesondere die Frage aufgeworfen, woraus sich angesichts des Umstands, dass der zu untersuchende Vorfall ihrer Ansicht nach den Vereinten Nationen und nicht Deutschland zuzurechnen sei, überhaupt eine deutsche Ermittlungspflicht ableiten lasse. Die Situation unterscheide sich von der in den Rechtssachen *Šilih ./. Slowenien* ([GK], Individualbeschwerde Nr. 71463/01, Rdnr. 159, 9. April 2009) und *Janowiec u. a. ./. Russland* ([GK], Individualbeschwerden Nrn. 55508/07 und 29520/09, Rdnr. 132, ECHR 2013), in denen es um Ermittlungen zu Handlungen gegangen sei, die sich außerhalb der zeitlichen Hoheitsgewalt (temporal jurisdiction) des beschwerdegegnerischen Staates ereignet hätten. Die Regierung des

Vereinigten Königreichs fügte hinzu, es widerspreche der Monetary-Gold-Doktrin (*Monetary Gold Removed from Rome in 1943* (Vorfrage), IGH-Urteil vom 15. Juni 1954, I.C.J. Reports 1954, S. 19), Ermittlungspflichten vorzusehen, die zwangsläufig eine Beurteilung der Rolle anderer Verbündeter, die möglicherweise Nichtkonventionsstaaten seien, erfordern würden.

127. Die Regierungen Frankreichs und des Vereinigten Königreichs fügten hinzu, dass Abschnitt I Unterabschnitt 3 des ISAF-Truppenstatuts Disziplinarangelegenheiten der Einsatzkräfte behandle und Ermittlungsmaßnahmen in Deutschland betreffe. Weder die ISAF noch die Vereinten Nationen noch die afghanischen Behörden würden über derartige disziplinarischen Befugnisse verfügen. Es handele sich um eine begrenzte Bestimmung, aus der sich keine weitergefassten Schlussfolgerungen ableiten ließen und die nicht dazu führe, dass die jeweiligen Ermittlungsmaßnahmen den truppenstellenden Staaten zuzurechnen wären. Sie stelle in Fällen, in denen es um den verfahrensrechtlichen Aspekt von Artikel 2 gehe, kein „besonderes Merkmal“ (special feature) hinsichtlich der Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 dar. Bei isolierter Betrachtung der Ermittlungen müssten die rechtlichen Beschränkungen berücksichtigt werden, die sich aus dem Rechtsrahmen der Vereinten Nationen und der ISAF-Mission sowie dem afghanischen Recht ergeben hätten. Insbesondere seien die deutschen Strafverfolgungsbehörden nicht befugt gewesen, Ermittlungen in Afghanistan durchzuführen.

128. Die Regierungen Frankreichs und des Vereinigten Königreichs wiesen darauf hin, dass das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs die Zuständigkeit dieses Gerichts betreffe und auf die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit abstelle. Sie unterstrichen, dass die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht mit der konventionsrechtlichen Verantwortlichkeit eines Staates verwechselt werden dürfe, und schlussfolgerten daraus, dass die Bestimmungen des Römischen Statuts bei der Beurteilung der Hoheitsgewalt eines Staates nach Artikel 1 der Konvention nicht von Bedeutung seien.

(b) Das Menschenrechtszentrum der Universität Essex, die Open Society Justice Initiative, das Institut für Internationale Studien der Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano und Rights Watch (UK)

129. Die Open Society Justice Initiative und das Institut für Internationale Studien der Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano brachten vor, dass es völkerrechtlich gesehen eine Entwicklung dahingehend gebe, den Staaten verfahrensrechtliche Verpflichtungen zuzusprechen, wenn sie die unmittelbare Kontrolle oder physische Gewalt (direct control or authority) über die Rechte eines Opfers gehabt hätten, unabhängig davon, wo der Vorfall sich ereignet habe, und unabhängig davon, ob der Staat auch die

Hoheitsgewalt bezüglich des materiellrechtlichen Anspruchs des Opfers aus Artikel 2 habe.

130. Hilfsweise und sofern für die Beurteilung der Frage, ob eine verfahrensrechtliche Verpflichtung erwachse, Hoheitsgewalt hinsichtlich des materiellrechtlichen Anspruchs des Opfers nach Artikel 2 erforderlich sei, wiesen die Open Society Justice Initiative und Rights Watch (UK) darauf hin, dass zunehmend anerkannt werde, dass Verpflichtungen nach internationalen Menschenrechtsnormen entstünden, wenn ein Staat Macht, Kontrolle oder physische Gewalt über die Rechte einer Person ausübe. Das Menschenrechtszentrum der Universität Essex machte geltend, dass bei der Zielerfassung oder Gewaltanwendung (use of force) eine extraterritoriale Hoheitsgewalt hinsichtlich des Rechts auf Leben bestehe. Rights Watch (UK) und das Institut für Internationale Studien der Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano sprachen sich für den von Richter Bonello in seinem Sondervotum in der Rechtssache *Al-Skeini u. a.* (a. a. O.) vorgeschlagenen funktionalen Ansatz bei der Analyse der Frage der Hoheitsgewalt aus.

131. Die Open Society Justice Initiative fügte hinzu, dass in Situationen, in denen das humanitäre Völkerrecht auf den Konflikt und den streitgegenständlichen extraterritorialen Vorfall anwendbar sei, der Staat durch die aus dem humanitären Völkerrecht erwachsenden Pflichten zur Durchführung einer Untersuchung verpflichtet sei und sich keine weiteren Fragen in Bezug auf die Hoheitsgewalt stellen würden.

3. *Würdigung durch den Gerichtshof*

(a) **Zu den anwendbaren Grundsätzen**

132. Der Beschwerdeführer hat ausschließlich unter Berufung auf den verfahrensrechtlichen Aspekt von Artikel 2 der Konvention die strafrechtlichen Ermittlungen im Zusammenhang mit dem Luftangriff gerügt, durch den seine beiden Söhne getötet wurden. Der Gerichtshof hat in der Rechtssache *Güzelyurtlu u. a.* (a. a. O.) kürzlich die Grundsätze für die Existenz eines Anknüpfungspunktes an die Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 der Konvention für Fälle dargelegt, in denen der Todesfall sich außerhalb des Territoriums des Konventionsstaats, dessen mögliche verfahrensrechtliche Verpflichtung nach Artikel 2 der Konvention in Frage steht, ereignet hat. Nach einer Zusammenfassung der bis dato einschlägigen Rechtsprechung führte der Gerichtshof aus:

„b. Ansatz des Gerichtshofs

188. Die vorstehend dargestellte Rechtsprechung legt nahe, dass in Fällen, in denen die Ermittlungsbehörden oder Gerichte eines Konventionsstaats im Hinblick auf einen Todesfall, der sich außerhalb der Hoheitsgewalt dieses Staates ereignet hat, aufgrund ihres innerstaatlichen Rechts (z. B. nach dem Weltrechtsprinzip oder dem aktiven oder passiven Personalitätsprinzip) eigene strafrechtliche Ermittlungen oder Verfahren einleiten, die Einleitung der Ermittlung oder des Verfahrens ausreicht, um in Bezug auf die Angehörigen des Opfers, die sich später mit einer Beschwerde an den

Gerichtshof wenden, einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt dieses Staates nach Artikel 1 herzustellen (siehe sinngemäß *Markovic u. a.*, a. a. O., Rdnr. 54-55).

189. Der Gerichtshof möchte betonen, dass dieser Ansatz auch im Einklang mit dem Charakter der verfahrensrechtlichen Verpflichtung nach Artikel 2 zur Durchführung einer wirksamen Untersuchung ist, die sich zu einer separaten und eigenständigen Verpflichtung entwickelt hat, auch wenn sie durch Handlungen in Bezug auf die materiellen Aspekte dieser Bestimmung ausgelöst wird (siehe *Šilih ./. Slowenien* [GK], Individualbeschwerde Nr. 71463/01, Rdnr. 159, 9. April 2009, und *Janowiec u. a. ./. Russland* [GK], Individualbeschwerden Nrn. 55508/07 und 29520/09, Rdnr. 132, ECHR 2013). Insofern kann sie als eine abtrennbare Verpflichtung angesehen werden, die aus Artikel 2 erwächst und einen Staat selbst dann treffen kann, wenn sich der Todesfall außerhalb seiner Hoheitsgewalt ereignet hat (siehe sinngemäß *Šilih*, Rdnr. 159, in Bezug auf die Zulässigkeit *ratione temporis*).

190. Wenn in einem Konventionsstaat im Hinblick auf einen Todesfall, der sich außerhalb seiner Hoheitsgewalt ereignet hat, keine Ermittlungen oder Verfahren nach dem innerstaatlichen Recht eingeleitet wurden, muss der Gerichtshof prüfen, ob ein Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt festgestellt werden kann, durch den für diesen Staat jedenfalls die verfahrensrechtliche Verpflichtung aus Artikel 2 auflebt. Obwohl die verfahrensrechtliche Verpflichtung aus Artikel 2 grundsätzlich nur den Konventionsstaat trifft, in dessen Hoheitsgewalt sich die verstorbene Person im Zeitpunkt ihres Todes befunden hat, können gemäß den in der Rechtssache *Rantsev*, Rdnrn. 243-244 aufgestellten Grundsätzen „besondere Merkmale“ eines Falles ein Abweichen von diesem Ansatz rechtfertigen. Der Gerichtshof sieht jedoch davon ab, abstrakt zu definieren, welche „besonderen Merkmale“ das Vorliegen eines Anknüpfungspunktes an die Hoheitsgewalt in Bezug auf die verfahrensrechtliche Untersuchungspflicht nach Artikel 2 begründen, da diese Merkmale zwangsläufig von den besonderen Umständen jedes Einzelfalles abhängen und sich von Fall zu Fall erheblich unterscheiden können.“

133. Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf den ihm vorgelegten Fall kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass in Bezug auf die Beschwerdeführer, die unter Berufung auf den verfahrensrechtlichen Aspekt von Artikel 2 aufgrund des Todes ihrer Angehörigen in dem von der zypriotischen Regierung kontrollierten Teil Zyperns Beschwerde eingelegt hatten, ein Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt der Türkei bestehe, der auf zwei Gründen beruhe, von denen jeder für sich genommen ausreichen würde, im Rahmen dieser Rechtssache einen solchen Anknüpfungspunkt herzustellen (ebd., Rdnrn. 191-196). Zum einen bestand ein Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt, weil die Behörden der „Türkischen Republik Nordzypern“ („TRNZ“) eigene strafrechtliche Ermittlungen zur Ermordung der Angehörigen der Beschwerdeführer eingeleitet hatten, wodurch den Gerichten der „TRNZ“ die Strafgerichtsbarkeit über die Personen zukam, die diese Straftaten begangen hatten, und zwar unabhängig davon, wo auf dem gesamten Gebiet der Insel Zypern sie sich aufhielten, was folglich zur konventionsrechtlichen Verantwortlichkeit der Türkei führte. Ein Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt bestand zum andern auch, weil die Situation in Zypern zwei besondere Merkmale aufwies: i) der nördliche Teil Zyperns stand im Sinne der Konvention unter effektiver Kontrolle der Türkei,

was ein Abweichen von dem in *Rantsev ./ Zypern und Russland* (Individualbeschwerde Nr. 25965/04, ECHR 2010 (Auszüge)) aufgestellten generellen Ansatz rechtfertigte und wodurch der Türkei die verfahrensrechtliche Verpflichtung nach Artikel 2 auferlegt wurde; ii) der Aufenthalt der Tatverdächtigen in dem von der Türkei kontrollierten Gebiet war den Behörden der Türkei und der „TRNZ“ bekannt und hinderte Zypern daran, seinen Verpflichtungen aus der Konvention nachzukommen.

(b) Anwendung dieser Grundsätze auf die vorliegende Rechtssache

134. Die deutschen Behörden nahmen gemäß ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften strafrechtliche Ermittlungen zum Tod der beiden Söhne des Beschwerdeführers und weiterer Zivilpersonen im Zusammenhang mit dem Luftangriff nahe Kundus vom 4. September 2009 auf.

135. Ohne die im Urteil *Güzelyurtlu u. a.* dargelegten Grundsätze und deren Anwendung auf den dortigen Sachverhalt in Frage zu stellen, ist der Gerichtshof der Auffassung, dass zwischen dieser und der hier vorliegenden Rechtssache erhebliche Unterschiede bestehen. Der Grundsatz, dass die Einleitung innerstaatlicher strafrechtlicher Ermittlungen oder Verfahren in Bezug auf Todesfälle, die sich außerhalb der Hoheitsgewalt *ratione loci* eines Staates und nicht im Rahmen der Ausübung seiner extraterritorialen Hoheitsgewalt ereignet haben, schon *für sich genommen* ausreicht, um in Bezug auf die eine Beschwerde beim Gerichtshof einlegenden Angehörigen des Opfers einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt dieses Staates herzustellen (ebd., Rdnrn. 188, 191 und 196), ist nach Ansicht des Gerichtshofs auf den vorliegend in Rede stehenden Sachverhalt nicht anwendbar. Die hier in Rede stehende Rechtssache unterscheidet sich nämlich von *Güzelyurtlu u. a.* dadurch, dass sich die von den deutschen Strafverfolgungsbehörden untersuchten Todesfälle im Zusammenhang mit einem extraterritorialen Militäreinsatz im Rahmen eines durch eine Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen nach Kapitel VII der VN-Charta erteilten Mandats außerhalb des Territoriums der Konventionsstaaten ereignet hatten. Damit berücksichtigt der Gerichtshof auch die von der beschwerdegegnerschen Regierung und den drittbeteiligten Regierungen vorgebrachten Bedenken, dass die Feststellung eines Anknüpfungspunktes an die Hoheitsgewalt allein aufgrund eingeleiteter Untersuchungen Staaten davon abhalten könnte, auf innerstaatlicher Ebene Ermittlungen zu Todesfällen aufzunehmen, die sich im Rahmen extraterritorialer Militäreinsätze ereignet haben, was zu einer uneinheitlichen Anwendung der Konvention unter den an ein und demselben Einsatz beteiligten Konventionsstaaten führen könnte. Würde allein die Einleitung innerstaatlicher strafrechtlicher Ermittlungen in Bezug auf irgendeinen Todesfall irgendwo auf der Welt ausreichen, um einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt zu bilden, ohne dass weitere Voraussetzungen hinzutreten

müssten, würde dies den Anwendungsbereich der Konvention übermäßig ausweiten.

136. In der Rechtssache *Güzelyurtlu u. a.* hat der Gerichtshof jedoch auch angesichts der „besonderen Merkmale“ des Falles das Bestehen eines Anknüpfungspunktes an die Hoheitsgewalt festgestellt. Er war der Ansicht, dass solche besonderen, von ihm nicht abstrakt definierten Merkmale einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt und damit wiederum ein Aufleben der verfahrensrechtlichen Verpflichtung aus Artikel 2 hervorrufen können, selbst wenn in dem Konventionsstaat keine Ermittlungen oder Verfahren bezüglich des außerhalb seiner Hoheitsgewalt eingetretenen Todesfalls eingeleitet werden (ebd., Rdnr. 190). Dies gilt auch für extraterritoriale Situationen außerhalb des Rechtsraums der Konvention (siehe sinngemäß *Markovic u. a.*, a. a. O., Rdnrn. 54-55) sowie im Zusammenhang mit Ereignissen während der aktiven Feindseligkeiten eines bewaffneten Konflikts (*Georgien ./ Russland (II)* [GK], Individualbeschwerde Nr. 38263/08, Rdnrn. 329-332, 21. Januar 2021).

137. Im hier vorliegenden Fall ist der Gerichtshof der Auffassung, dass Deutschland erstens nach dem humanitären Völkergewohnheitsrecht verpflichtet war, den in Rede stehenden Luftangriff zu untersuchen, da es um die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit von Angehörigen der deutschen Streitkräfte für ein mögliches Kriegsverbrechen ging (siehe insbesondere Regel 158 der IKRK-Studie über humanitäres Völkergewohnheitsrecht und die Verpflichtung von Staaten, die sich an multinationalen Einsätzen unter der Schirmherrschaft internationaler Organisationen beteiligen, sicherzustellen, dass das gesamte humanitäre Völkerrecht, einschließlich des Völkergewohnheitsrechts, von ihrem nationalen Kontingent beachtet wird, u. a. bei der Ausübung von disziplinarischen und strafrechtlichen Befugnissen, die von ihnen beibehalten werden, Rdnr. 83 im vorliegenden Dokument; siehe auch die VN-Grundprinzipien und Leitlinien, Rdnr. 86 im vorliegenden Dokument, sowie weitere Leitlinien internationaler Menschenrechtsorgane, Rdnrn. 87-89 im vorliegenden Dokument). Das Bestehen einer völkerrechtlichen Untersuchungspflicht, die im vorliegenden Fall auch von der beschwerdegegnerischen Regierung bejaht wurde, spiegelt die Schwere der mutmaßlichen Straftat wider (siehe auch *Georgien ./ Russland (II)*, a. a. O., Rdnr. 331).

138. Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass zweitens die afghanischen Behörden rechtlich daran gehindert waren, selbst strafrechtliche Ermittlungen gegen Oberst K. und Hauptfeldwebel W. zu der mutmaßlichen Straftat einzuleiten. Durch Abschnitt I Unterabschnitt 3 des ISAF-Truppenstatuts hatten die truppenstellenden Staaten sich – wie es bei VN-autorisierten Militäreinsätzen üblich ist – in der Tat die ausschließliche Gerichtsbarkeit über ihr bei der ISAF eingebrachtes Personal für sämtliche potenziell durch ihre Truppen im Staatsgebiet Afghanistans begangenen

Straftaten oder Disziplinar delikte vorbehalten (siehe Rdnr. 75). Die beschwerdegeegnerische Regierung und die drittbeteiligten Regierungen betrachten diese Bestimmung als eine Immunitätsregelung. Nach Auffassung des Gerichtshofs ist dies zutreffend, soweit dadurch das ISAF-Personal der truppenstellenden Staaten vor einer Strafverfolgung durch die afghanischen Behörden geschützt wird. Gleichzeitig ist es aber, wie vom Beschwerdeführer vorgetragen, auch eine Regelung bezüglich der Hoheitsgewalt: Es wird klargestellt, wer in Strafsachen die Gerichtsbarkeit über das ISAF-Personal innehat, und festgelegt, dass selbst bei mutmaßlichen Kriegsverbrechen nur die truppenstellenden Staaten befugt sind, strafrechtliche Ermittlungen oder Verfahren gegen das von ihnen in die ISAF eingebrachte Personal einzuleiten. Wenn die truppenstellenden Staaten bei Vorwürfen zu strafbaren Handlungen ihres bei der ISAF (oder anderen multinationalen Militäreinsätzen) eingesetzten Personals die Strafgerichtsbarkeit nicht ausüben, kann dies zu Straflosigkeit auch bei individuell nach dem Völkerrecht strafbaren Taten führen.

139. Die deutschen Strafverfolgungsbehörden waren drittens, wie die Regierung bestätigt hat, auch nach innerstaatlichem Recht verpflichtet, strafrechtliche Ermittlungen einzuleiten. Das Ermittlungsverfahren wurde durch den Generalbundesanwalt geführt, weil es die mögliche Strafbarkeit der beiden deutschen Staatsangehörigen Oberst K. und Hauptfeldwebel W. unter anderem wegen eines Kriegsverbrechens nach dem Völkerstrafgesetzbuch betraf. Beim Generalbundesanwalt liegt die ausschließliche Zuständigkeit für die Verfolgung von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (siehe Rdnr. 101), die dem Weltrechtsprinzip (siehe Rdnr. 95) und dem Grundsatz der Verfolgungspflicht unterliegen. Nach innerstaatlichem Recht hätten die deutschen Behörden nur dann von den entsprechenden Ermittlungen absehen dürfen, wenn die mutmaßliche Straftat entweder vor einem internationalen Gericht oder von den Behörden, in deren Staatsgebiet sie stattgefunden hat oder deren Staatsangehörige betroffen waren, verfolgt wird (siehe Rdnr. 96). Die beiden letztgenannten Konstellationen waren hier ausgeschlossen, da Deutschland sich gemäß dem ISAF-Truppenstatut die ausschließliche Gerichtsbarkeit über seine Truppen für alle von ihnen potenziell im Staatsgebiet Afghanistans begangenen Straftaten vorbehalten hatte.

140. In diesem Zusammenhang stellt der Gerichtshof fest, dass die nach dem deutschen Völkerstrafgesetzbuch strafbaren Straftaten schwerwiegender Natur sind. Das Völkerstrafgesetzbuch und die damit verbundenen Bestimmungen der Strafprozessordnung wurden vor dem Hintergrund der Ratifizierung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs durch Deutschland verabschiedet, damit die Untersuchung und Verfolgung solcher Straftaten auf innerstaatlicher Ebene ermöglicht und Straflosigkeit verhindert wird (siehe Rdnr. 94).

141. Ferner stellt der Gerichtshof fest, dass nach den ihm vorliegenden Informationen in den meisten Konventionsstaaten, die sich an militärischen Auslandseinsätzen beteiligen, die zuständigen innerstaatlichen Behörden nach innerstaatlichem Recht verpflichtet sind, mutmaßliche Kriegsverbrechen oder widerrechtliche Tötungen durch Angehörige ihrer Streitkräfte im Ausland zu untersuchen; dies wird als im Wesentlichen eigenständige Untersuchungspflicht angesehen (siehe Rdnr. 90).

142. Dass Deutschland sich die ausschließliche Gerichtsbarkeit über seine Truppen in Bezug auf schwerwiegende Straftaten, die zu untersuchen es außerdem auch nach internationalem und innerstaatlichem Recht verpflichtet war, vorbehalten hat, stellt im vorliegenden Fall „besondere Merkmale“ dar, die in ihrer Kombination zu einem Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 der Konvention im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Ermittlungspflicht nach Artikel 2 führen.

143. Der Gerichtshof stellt fest, dass der Beschwerdeführer nicht die materielle Tat gerügt hat, durch die die Untersuchungspflicht ausgelöst wurde. Es muss daher nicht geprüft werden, ob auch hinsichtlich der materiellen Verpflichtung aus Artikel 2 ein Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 der Konvention besteht. Der Gerichtshof betont jedoch, dass sich aus dem bloßen Bestehen eines Anknüpfungspunktes an die Hoheitsgewalt in Bezug auf die Verfahrenspflicht nach Artikel 2 nicht ableiten lässt, dass die Tat im materiellen Sinn in die Hoheitsgewalt des Konventionsstaats fällt oder die Handlung diesem Staat zuzurechnen wäre.

144. Dementsprechend beschränkt sich der Prüfumfang im vorliegenden Fall auf die Ermittlungshandlungen bzw. -versäumnisse deutscher Militärangehöriger in Afghanistan, die aufgrund der nach ISAF-Truppenstatut bestehenden Beibehaltung der ausschließlichen Gerichtsbarkeit über die deutschen Truppen in Bezug auf möglicherweise durch sie im Staatsgebiet Afghanistans begangene Straftaten oder Disziplinar delikte vorgenommen wurden, sowie auf Handlungen und Unterlassungen der Ermittlungsbehörden und Gerichte in Deutschland. Diese können eine Verantwortlichkeit Deutschlands nach der Konvention begründen (vgl. *Jaloud*, a. a. O., Rdnr. 154-155).

145. Der Gerichtshof verkennt weder die rechtlichen Beschränkungen der deutschen Ermittlungsbefugnisse in Afghanistan, noch die Tatsache, dass sich die zu untersuchenden Todesfälle im Zusammenhang mit aktiven Feindseligkeiten ereigneten. Diese Umstände schließen allerdings nicht *per se* die Feststellung aus, dass weitere Ermittlungsmaßnahmen, auch in Afghanistan, erforderlich gewesen sein könnten, u. a. durch die Inanspruchnahme internationaler Rechtshilfe und den Einsatz moderner Technologien. Die spezifische Problematik in Bezug auf die Untersuchung betrifft den Umfang und den Inhalt der den deutschen Behörden nach

Artikel 2 obliegenden verfahrensrechtlichen Verpflichtung und damit die Begründetheit der Rechtssache (siehe *Güzelyurtlu u. a.*, a. a. O., Rdnr. 197).

B. Weiterer Einwand der Regierung

1. Stellungnahmen der Parteien

146. Die Regierung trug vor, dass der Beschwerdeführer den innerstaatlichen Rechtsweg nicht erschöpft habe, was zum einen seine Einrede der mangelnden Unabhängigkeit – sowohl in Afghanistan (siehe Rdnr. 158) als auch in Deutschland (wegen des Drucks, den das Bundesministerium der Verteidigung angeblich auf die Generalstaatsanwaltschaft ausgeübt hat, und wegen der abstrakten Möglichkeit des Bundesministeriums der Justiz, dem Generalstaatsanwalt verbindliche Weisungen zu erteilen) – und zum anderen seine Einrede der mangelnden Förderung des Verfahrens (siehe Rdnrn. 164-166) anbelangt. Er habe diese Rügen in seiner Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht wie auch in seinem Klageerzwingungsantrag vor dem Oberlandesgericht D. auch der Sache nach nicht vorgebracht. Seine nicht näher ausgeführten Verweise auf die allgemeine Verpflichtung zur Durchführung einer wirksamen Untersuchung nach Artikel 2 der Konvention seien diesbezüglich nicht ausreichend gewesen. Er habe die einschlägigen Kriterien für diese konkreten Beschwerden nicht bezeichnet und keine Argumente vorgetragen. In seinem Vorbringen habe er diese Aspekte nicht einmal im Rahmen der Sachverhaltsdarlegung zu den Ermittlungen näher ausgeführt.

147. Der Beschwerdeführer trug vor, er habe den innerstaatlichen Rechtsweg entsprechend dem Erfordernis aus Artikel 35 Abs. 1 der Konvention erschöpft. Er habe die Rügen, die er jetzt vor dem Gerichtshof anbringe, zumindest der Sache nach vor den innerstaatlichen Gerichten geltend gemacht. Sowohl in seinem Klageerzwingungsantrag als auch in seiner Verfassungsbeschwerde habe er detailliert den Ablauf und die Dauer der Ermittlungen beschrieben und unter Verweis auf die sich aus Artikel 2 der Konvention ergebende allgemeine Verpflichtung zur Durchführung einer wirksamen Untersuchung mehrere Mängel aufgezeigt. Das Bundesverfassungsgericht habe die Möglichkeit gehabt, über die von dem Beschwerdeführer angebrachten Beschwerden zu entscheiden. Dies sei eine mit der Konstellation in *H. u. S. ./ Deutschland* (Individualbeschwerde Nr. 47274/15, 9. November 2017) vergleichbare Situation.

2. Würdigung durch den Gerichtshof

148. Der Gerichtshof erinnert daran, dass der Zweck des Grundsatzes der Rechtswegerschöpfung darin besteht, einem Konventionsstaat Gelegenheit zu geben, sich mit der ihm jeweils vorgeworfenen Konventionsverletzung

auseinanderzusetzen und sie dadurch zu verhindern oder wiedergutzumachen. Es trifft zu, dass es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht immer notwendig ist, sich im innerstaatlichen Verfahren ausdrücklich auf die Konvention zu berufen, solange die Rüge „zumindest der Sache nach“ aufgeworfen wird. Das bedeutet, dass der Beschwerdeführer rechtliche Argumente gleicher oder vergleichbarer Wirkung auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts vorbringen muss, um den nationalen Gerichten Gelegenheit zu geben, den behaupteten Verstoß zu beheben. Einem Konventionsstaat tatsächlich die Gelegenheit zur Verhinderung oder Wiedergutmachung der behaupteten Verletzung zu geben, erfordert jedoch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht nur eine Berücksichtigung der Fakten, sondern auch der rechtlichen Argumente des Beschwerdeführers, um zu bestimmen, ob die beim Gerichtshof eingereichte Beschwerde tatsächlich zuvor der Sache nach an die innerstaatlichen Stellen herangetragen wurde. Denn es „würde dem subsidiären Charakter des Konventionssystems widersprechen, wenn sich ein Beschwerdeführer vor den nationalen Behörden zur Anfechtung einer umstrittenen Maßnahme unter Vernachlässigung eines möglichen Konventionsarguments auf andere Gründe stützen, aber dann auf der Grundlage dieses Konventionsarguments eine Beschwerde an den Gerichtshof erheben könnte“ (siehe u. a. *Radomilja u. a. ./ Kroatien* [GK], Individualbeschwerden Nrn. 37685/10 und 22768/12, Rdnr. 117, ECHR 2018 m. w. N.).

149. Sofern der Beschwerdeführer unter Berufung auf den verfahrensrechtlichen Aspekt von Artikel 2 oder Artikel 3 der Konvention das Fehlen einer wirksamen strafrechtlichen Untersuchung rügt, reicht es zur Erfüllung der Voraussetzung von Artikel 35 Abs. 1 der Konvention auch im Hinblick auf innerstaatlich nicht ausdrücklich vorgebrachte rechtliche Argumente aus, wenn der Beschwerdeführer die Wirksamkeit dieser Untersuchung vor dem zuständigen innerstaatlichen Gericht beanstandet und sich dabei durch eine detaillierte Beschreibung des Ablaufs und der Dauer der Ermittlungen und des anschließenden Gerichtsverfahrens auf die tatsächlichen Gesichtspunkte bezogen hat, die für dieses Gericht zur Beurteilung der Wirksamkeit der Untersuchung maßgeblich waren (vgl. *H. u. S.*, a. a. O., Rdnrn. 64 und 66). In diesem Zusammenhang weist der Gerichtshof erneut darauf hin, dass die Prüfung der Einhaltung der verfahrensrechtlichen Anforderungen aus Artikel 2 mittels mehrerer wesentlicher Parameter erfolgt, die miteinander verknüpft sind und es – nicht jeweils für sich, sondern in der Zusammenschau – ermöglichen, den Grad der Wirksamkeit einer Untersuchung zu beurteilen (siehe *Mustafa Tunç und Fecire Tunç ./ Türkei* [GK], Individualbeschwerde Nr. 24014/05, Rdnr. 225, 14. April 2015).

150. Im vorliegenden Fall ist unstreitig, dass der Beschwerdeführer die Wirksamkeit der Untersuchung vor dem Bundesverfassungsgericht beanstandet und auf die verfahrensrechtliche Verpflichtung aus Artikel 2 der

Konvention verwiesen hat. Streitig ist unter den Parteien jedoch, ob er in seinem dabei eingereichten Schriftsatz im Rahmen der Sachverhaltsdarlegung bezüglich der Ermittlungen und des Gerichtsverfahrens auf bestimmte, in seiner Individualbeschwerde vor dem Gerichtshof als Ermittlungsmängel deklarierte Aspekte hinreichend eingegangen ist.

151. Der Gerichtshof stellt fest, dass der Beschwerdeführer in seiner Verfassungsbeschwerde die vom Team des PRT Kundus nach dem Luftangriff durchgeführte Vor-Ort-Erkundung, den Bericht der Feldjäger und den Ablauf der Ermittlungen der deutschen Strafverfolgungsbehörden geschildert hat. Er hat damit vor dem Bundesverfassungsgericht auf die maßgeblichen tatsächlichen Gesichtspunkte in Bezug auf seine Vorwürfe über Verzögerungen bei der Vor-Ort-Erkundung durch das deutsche Militärkontingent nach dem Luftangriff, die mangelnde Unabhängigkeit der daran beteiligten Personen, die Verzögerung bei der Eröffnung des förmlichen strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens und die Unwirksamkeit der vorausgegangenen Vorermittlungen verwiesen. Der Gerichtshof ist der Auffassung, dass der Beschwerdeführer vor dem Bundesverfassungsgericht folglich auf die maßgeblichen tatsächlichen Gesichtspunkte in Bezug auf die oben genannten Aspekte hingewiesen und diesem somit Gelegenheit gegeben hat, die Wirksamkeit der Untersuchung zu prüfen. Daher ist die von der Regierung vorgetragene Einrede der Nichterschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs bezüglich dieser Aspekte zurückzuweisen.

152. Die behauptete mangelnde Unabhängigkeit der Untersuchung in Deutschland war dagegen nicht Bestandteil der Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers. Nach Ansicht des Gerichtshofs kann dahinstehen, ob der Beschwerdeführer im Hinblick auf diesen konkreten Punkt den innerstaatlichen Rechtsweg erschöpft hat, da er in jedem Fall wegen offensichtlicher Unbegründetheit unzulässig ist. Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass das Zusammenwirken zwischen dem Bundesministerium der Verteidigung und der Generalstaatsanwaltschaft im Rahmen des von dieser geführten Vorprüfungsverfahrens (siehe Rdnr. 30) von vornherein nicht geeignet war, die Unabhängigkeit der Ermittlungen zu beeinträchtigen, weil ausschließlich der Generalbundesanwalt, der am 8. September 2009 Vorermittlungen aufgenommen hatte (siehe Rdnr. 30), für die Ermittlung und Verfolgung von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch zuständig war und weil die Generalstaatsanwaltschaft gesetzlich verpflichtet war, die Ermittlungen zur Strafbarkeit von Oberst. K. nach dem Völkerstrafgesetzbuch unverzüglich an den Generalbundesanwalt abzugeben (siehe Rdnr. 101). Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das Bundesministerium der Verteidigung versucht hätte, die Ermittlungen des Generalbundesanwalts zu beeinflussen oder in diese einzugreifen. Es kann außerdem auch keine mangelnde Unabhängigkeit aus der abstrakten Weisungsbefugnis des Bundesministeriums der Justiz gegenüber dem

Generalbundesanwalt abgeleitet werden, da im vorliegenden Fall unstreitig ist, dass keine entsprechenden Weisungen erteilt wurden (siehe *Mustafa Tunç und Fecire Tunç*, a. a. O., Rdnr. 222).

C. Schlussfolgerung

153. Abgesehen von dem Vorbringen zur angeblich mangelnden Unabhängigkeit der in Deutschland geführten Ermittlungen ist die Beschwerde nicht im Sinne von Artikel 35 Abs. 3 Buchst. a der Konvention offensichtlich unbegründet. Sie ist auch nicht aus anderen Gründen unzulässig. Der Gerichtshof erklärt sie daher für zulässig.

II. BEGRÜNDETHEIT

154. Der Beschwerdeführer rügte unter Berufung auf den verfahrensrechtlichen Aspekt von Artikel 2 der Konvention, dass die Untersuchung des Luftangriffs, bei dem u. a. seine beiden Söhne getötet worden seien, nicht wirksam gewesen sei. Der Beschwerdeführer rügte neben Ermittlungsmängeln ferner unter Berufung auf Artikel 13 in Verbindung mit Artikel 2 der Konvention, dass ihm kein wirksamer innerstaatlicher Rechtsbehelf zur Anfechtung der Entscheidung des Generalbundesanwalts, das Ermittlungsverfahren einzustellen, zur Verfügung gestanden habe.

155. Da die Beschwerde des Beschwerdeführers im Kern darauf abzielt, dass niemand für den Tod seiner Söhne strafrechtlich verfolgt wurde, erachtet es der Gerichtshof für angemessen, die Beschwerde allein unter dem verfahrensrechtlichen Aspekt von Artikel 2 der Konvention zu prüfen (siehe *Armani Da Silva ./ das Vereinigte Königreich* [GK], Nr. 5878/08, Rdnrn. 291-292, 30. März 2016, *H. u. S.*, a. a. O., Rdnr. 45). Dieser lautet:

„(1) Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt. Niemand darf absichtlich getötet werden, außer durch Vollstreckung eines Todesurteils, das ein Gericht wegen eines Verbrechens verhängt hat, für das die Todesstrafe gesetzlich vorgesehen ist.

(2) Eine Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie durch eine Gewaltanwendung verursacht wird, die unbedingt erforderlich ist, um

- a) jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen;
- b) jemanden rechtmäßig festzunehmen oder jemanden, dem die Freiheit rechtmäßig entzogen ist, an der Flucht zu hindern;
- c) einen Aufruhr oder Aufstand rechtmäßig niederzuschlagen.“

A. Stellungnahmen der Parteien

1. Der Beschwerdeführer

156. Das Recht, nicht willkürlich getötet zu werden, gelte auch in Zeiten eines bewaffneten Konflikts, und ebenso gelte die Verpflichtung zur wirksamen Untersuchung entsprechend dem verfahrensrechtlichen Aspekt von Artikel 2 der Konvention. Das humanitäre Völkerrecht finde bereits in Artikel 15 Abs. 2 der Konvention Berücksichtigung und sei hier nicht anwendbar. Doch selbst wenn im vorliegenden Fall das humanitäre Völkerrecht Anwendung finden würde, hätte die Untersuchung dennoch den Standards des humanitären Völkerrechts und der internationalen Menschenrechtsnormen in Bezug auf Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Gründlichkeit, Wirksamkeit, Zügigkeit und Transparenz genügen müssen. Die gängigen Konventionsmaßstäbe würden nicht zurücktreten, auch wenn man die Konvention im Lichte des humanitären Völkerrechts auslege.

157. Im vorliegenden Fall sei die Untersuchung unwirksam gewesen, weil i) sie nicht von ausreichend unabhängigen Personen durchgeführt worden sei; ii) die zusammengetragenen Beweise einseitig gewesen und keine ausreichenden Ermittlungsmaßnahmen zur Feststellung des Sachverhalts ergriffen worden seien; eine Untersuchung der Begleitumstände habe überhaupt nicht stattgefunden; iii) die Untersuchung nicht zügig eingeleitet und nicht angemessen gefördert worden sei; und iv) der Beschwerdeführer als nächster Angehöriger nicht ausreichend beteiligt worden sei.

(a) Wirksamkeit der Ermittlungen

(i) Unabhängigkeit

158. Die Personen, die die Ermittlungsmaßnahmen in Afghanistan verantwortet und durchgeführt hätten, seien nicht ausreichend unabhängig von den an dem Luftangriff vom 4. September 2009 beteiligten Personen gewesen. Die Mitglieder des Teams, das elf Stunden nach dem Luftangriff die erste Vor-Ort-Aufklärung durchgeführt habe, seien unmittelbare Kollegen der Beschuldigten gewesen. Da sie dem Kommando von Oberst K. unterstanden hätten, hätten sie sich sogar in einem hierarchischen Verhältnis zu ihm befunden. Alle an der Untersuchung beteiligten Ermittler seien Angehörige des deutschen Militärkontingents in Afghanistan gewesen und keines der Teams habe sein Augenmerk auf die Sicherung von Beweisen oder die Klärung von Verantwortlichkeiten gerichtet. Die an dem Luftangriff beteiligten Soldaten seien nicht voneinander getrennt worden, wodurch Verdunkelungsgefahr entstanden sei.

(ii) Unzureichende Beweiserhebung

159. Die deutschen Strafverfolgungsbehörden hätten keine Ermittlungsmaßnahmen in Afghanistan durchgeführt. Das Versäumnis, den

Ort des Luftangriffs zu besuchen, lasse auf eine Verletzung von Artikel 2 schließen. Der Generalbundesanwalt habe seine Entscheidung fast ausschließlich auf die Sachverhaltsermittlungen externer Quellen, insbesondere von Militärangehörigen, gestützt, die nicht mit dem Ziel der Klärung strafrechtlicher Verantwortlichkeiten vorgenommen und auch nicht nach den Vorschriften des Strafprozessrechts durchgeführt worden seien. Der Generalbundesanwalt habe eine von der UNAMA übergebene Liste möglicher ziviler Opfer nicht verwertet und es versäumt, Kontakt zu den Angehörigen der betroffenen Personen in Afghanistan, einschließlich des Beschwerdeführers, aufzunehmen.

160. Der Verlauf der Untersuchung deute darauf hin, dass das Ergebnis von vornherein festgestanden habe. Die Untersuchung des Generalbundesanwalts sei einem starren Zeitplan von fünf bis sechs Wochen gefolgt, der keinen Raum für ergänzende Ermittlungen gelassen habe. Dieser Zeitplan habe nur eine einzige weitere Ermittlungsmaßnahme vorgesehen: die Vernehmung der beiden Beschuldigten sowie zweier Zeugen, die beide Untergebene von Oberst K. gewesen seien und sich im Zeitpunkt des Luftangriffs im Kommandostand aufgehalten hätten. Diese Vernehmungen erweckten den Eindruck, sie seien reine Formsache gewesen. Bei einer gründlichen und ergebnisoffenen Untersuchung wären weitere Ermittlungsmaßnahmen möglich gewesen.

161. Die Untersuchung habe ihren Zweck, die Begleitumstände des Geschehenen zu ermitteln und festzustellen, ob die eingesetzte Gewalt rechtmäßig gewesen sei, nicht erfüllt. Die Vereinbarkeit des Luftangriffs mit dem humanitären Völkerrecht sei weiterhin sehr fraglich. Die Anzahl der Opfer und ihr Status als Zivilpersonen oder Kombattanten sei nie ermittelt worden, ebenso wenig sei die Definition der Begriffe „Aufständischer“ oder „Taliban“ – die weit gefasst seien und keine legitimen militärischen Ziele definierten – geklärt worden. Folglich sei es nicht möglich, die erwarteten militärischen Vorteile im Verhältnis zu den erwarteten Verlusten unter der Zivilbevölkerung zu bewerten und auf diese Weise zu beurteilen, ob eine übermäßige Gewaltanwendung stattgefunden habe. Die tatsächlichen Umstände hätten durch die Befragung von Augenzeugen ermittelt werden müssen. Die Tatsache, dass der parlamentarische Untersuchungsausschuss den überlebenden Tanklastwagenfahrer, den Dolmetscher und die Piloten befragt habe, zeige, dass dies auch für den Generalbundesanwalt sinnvoll und möglich gewesen wäre. Weitere Aufklärung hätte auch dadurch erreicht werden können, dass unabhängige Militärsachverständige die Überwachungsbilder des Flugzeugs ausgewertet und die Bevölkerung in den umliegenden Dörfern, so auch den Beschwerdeführer, befragt hätten. Die Befragung dieser Zeugen hätte mithilfe moderner Technologien erfolgen können.

162. Außerdem habe der Generalbundesanwalt auch nicht hinreichend untersucht, ob eine unmittelbar drohende Gefahr bestanden habe, die den

Luftangriff und damit die Gewaltanwendung gegen die Söhne des Beschwerdeführers im Sinne von Artikel 2 Abs. 2 der Konvention „unbedingt erforderlich“ gemacht habe. Es sei weder untersucht worden, ob ausreichende Vorsichtsmaßnahmen zur Vermeidung von Opfern in der Zivilbevölkerung getroffen worden seien, noch, ob die Annahme, dass keine Zivilpersonen anwesend seien, tatsächlich gerechtfertigt gewesen sei. Von den afghanischen Sicherheitskräften sichergestellte Gegenstände, wie etwa Überreste von Waffen, die die angegriffenen Personen angeblich bei sich getragen haben, hätten angefordert werden müssen.

163. Die Begründung, mit der der Generalbundesanwalt das Ermittlungsverfahren eingestellt habe, könne nicht die Lücken in der Untersuchung rechtfertigen. Die behauptete feste Überzeugung der Beschuldigten von der Rechtmäßigkeit ihres Handelns könne nur zur Abwehr des Vorwurfs einer materiellrechtlichen Verletzung von Artikel 2 herangezogen werden, zu prüfen sei aber, ob der Luftangriff objektiv betrachtet mit dem humanitären Völkerrecht vereinbar gewesen sei oder nicht. Eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung aufgrund der fahrlässig gebildeten Annahme, dass sich im Bereich des Bombenabwurforts keine Zivilpersonen aufhielten, wäre möglich gewesen und hätte weiter untersucht werden müssen.

(iii) Untersuchung nicht ausreichend gefördert

164. Die Untersuchung sei nicht in erforderlichem und angemessenem Maße gefördert worden. Die vorgeschriebene Boden-Wirkungsanalyse sei erst elf Stunden nach dem Luftangriff durchgeführt worden, womit gegen die ISAF Einsatzregeln verstoßen worden sei. Dadurch sei es unmöglich gewesen, die genauen Umstände und das Ausmaß des durch den Luftangriff verursachten Schadens zu ermitteln, da der Ereignisort zwischenzeitlich deutlich verändert worden sei. Deutschland hätte eine Drohne zur Bilddokumentation des Schauplatzes entsenden können. Auch bei der Befragung der an dem Luftangriff beteiligten Soldaten in Afghanistan sei es zu Verzögerungen gekommen.

165. Das förmliche strafrechtliche Ermittlungsverfahren sei erst mehr als sechs Monate nach dem Luftangriff, am 12. März 2010, eingeleitet worden. Diese Verzögerung habe den Beweiswert der Aussagen erheblich beeinträchtigt und eine Verdunkelung ermöglicht. Entscheidend sei nicht, ob es tatsächliches behördliches Fehlverhalten gegeben habe, sondern ob wirksame Vorkehrungen getroffen worden seien, um eine Verdunkelung zu verhindern. Dass Oberst K. und die anderen an dem Vorfall beteiligten Soldaten nach dem Vorfall nicht zur sofortigen Befragung nach Deutschland zurückbeordert wurden, habe zu erheblichen und nicht zu rechtfertigenden Verzögerungen geführt. Zahlreiche Ermittlungsmaßnahmen, einschließlich der Befragung der Beschuldigten, hätten, u. a. mithilfe des Einsatzes

moderner Technologien, auch unmittelbar nach dem Luftangriff durchgeführt werden können.

166. Die direkt nach dem Luftangriff eingeleiteten Vorermittlungen könnten nicht als ordnungsgemäße strafrechtliche Untersuchung betrachtet werden. Sie hätten lediglich dazu gedient, das Vorliegen eines zur Einleitung eines förmlichen strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens erforderlichen Anfangsverdachts zu prüfen und hätten keine Ermittlungsmaßnahmen wie etwa Zeugenbefragungen ermöglicht. Mit der langen Dauer der Vorermittlungen könne nicht die Kürze des förmlichen strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gerechtfertigt werden.

(iv) Mangelnde Einbindung des Beschwerdeführers

167. Der Beschwerdeführer sei als nächster Angehöriger zweier Opfer nicht in dem Maße in die Ermittlungen eingebunden worden, wie es zur Wahrung seiner berechtigten Interessen erforderlich gewesen wäre. Am 12. April 2010, also zu einem Zeitpunkt, zu dem das förmliche Ermittlungsverfahren noch nicht abgeschlossen gewesen sei, habe er in Bezug auf den Luftangriff Strafantrag gestellt und Einsicht in die Ermittlungsakte beantragt. Der Generalbundesanwalt habe das Ermittlungsverfahren am 16. April 2010 eingestellt, ohne den Beschwerdeführer angehört oder seinem Anwalt Akteneinsicht gewährt zu haben. Akteneinsicht sei erst am 3. September 2010 gewährt worden und der Vermerk des Generalbundesanwalts zur Einstellung der Ermittlungen sei dem Beschwerdeführer erst am 13. Oktober 2010 zugänglich gemacht worden. Der Beschwerdeführer hätte angehört werden müssen, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass er über relevante Informationen verfüge, insbesondere zur Identität der am Bombenabwurfort anwesenden Personen.

(b) Gerichtliche Überprüfung der und Rechtsbehelfe gegen die Einstellungsentscheidung

168. Der Beschwerdeführer trug vor, dass er entgegen den Erfordernissen aus Artikel 2 keine Möglichkeit gehabt habe, eine gerichtliche Überprüfung der Einstellungsentscheidung herbeizuführen.

169. Der Klageerzwingungsantrag sei von seinem Prüfumfang und Wesen her und auch aufgrund der hohen Zulässigkeitschwelle kein wirksamer Rechtsbehelf für den vorliegenden Fall einer durch Streitkräfte im Ausland verursachten Verletzung des Rechts auf Leben. In Fällen, bei denen nicht zugängliche oder geheimhaltungsbedürftige Informationen etwa bezüglich militärischer Entscheidungen betroffen seien, erlaube es dieser Mechanismus den Opfern und ihren Angehörigen nicht, die Einstellung der Untersuchung wirksam anzufechten. Der Beschwerdeführer habe unmöglich nachweisen können, dass hinreichende Anhaltspunkte für eine Strafbarkeit der Beschuldigten vorlagen, da die deutschen Strafverfolgungsbehörden den Sachverhalt nicht gründlich untersucht hätten und der Antragsteller nicht alle

Lücken habe schließen können. Er habe daher in seinem Schriftsatz nicht zu jedem einzelnen Beweismittel detailliert vortragen können.

170. Auch die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht habe keinen wirksamen Rechtsbehelf zur Überprüfung der Einstellungsentscheidung dargestellt. Das Bundesverfassungsgericht prüfe nur Verletzungen spezifischen Verfassungsrechts und sei in erster Linie der Frage nachgegangen, ob die Entscheidung zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens willkürlich gewesen sei. Anders als in *H. u. S.* (a. a. O.) habe es die Ermittlungen somit nicht im Detail bewertet und den Anspruch des Beschwerdeführers nach Artikel 2 der Konvention nicht in der Sache geprüft.

171. Die Ermittlungsmängel hätten sich nachteilig auf die anderen potenziellen Rechtsbehelfe des Beschwerdeführers, so auch auf seine Schadenersatzklage, ausgewirkt. Der parlamentarische Untersuchungsausschuss erfülle nicht die für einen wirksamen Rechtsbehelf geltenden Ansprüche. Seine Feststellungen, durch die die Umstände und die Rechtmäßigkeit des Luftangriffs nicht vollständig aufgeklärt worden seien, hätten keine Bindungswirkung; auch habe keine Auseinandersetzung mit den Verfahrensrechten des Beschwerdeführers aus Artikel 2 stattgefunden.

2. Die Regierung

172. Die Regierung betonte zunächst, dass auf den Luftangriff, durch den die Söhne des Beschwerdeführers getötet worden seien, eine umfassende Reaktion des deutschen Rechtssystems erfolgt sei. Der Generalbundesanwalt habe eingehend geprüft, ob eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der beteiligten Militärangehörigen gegeben sei. Ein parlamentarischer Untersuchungsausschuss habe sich mehr als anderthalb Jahre lang mit den politischen und tatsächlichen Aspekten des Geschehens auseinandergesetzt. Das Schadenersatzverfahren sei noch nicht abgeschlossen.

173. Im Hinblick auf das strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen die an dem Luftangriff beteiligten Militärangehörigen trug die Regierung vor, dass Deutschland seiner Untersuchungspflicht nachgekommen sei. Im Zeitpunkt des Luftangriffs habe sich die Lage in der Region Kundus als nichtinternationaler bewaffneter Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts dargestellt, so dass der gemeinsame Artikel 3 der Genfer Abkommen und die Regeln des humanitären Völkergewohnheitsrechts Anwendung fänden. Der in der Rechtssache *Hassan* (a. a. O.) aufgestellte allgemeine Grundsatz, dass die EMRK im Lichte des humanitären Völkerrechts auszulegen sei, gelte gleichermaßen für nichtinternationale bewaffnete Konflikte. Folglich sei das humanitäre Völkerrecht der geeignete Maßstab, um zu bestimmen, was von dem beschwerdegegnerischen Staat verlangt werden könne. Die Situation im hier vorliegenden Fall unterscheide sich insofern von der in *Jaloud* (a. a. O.), als sich der in Rede stehende Vorfall im Zuge der Durchführung von Feindseligkeiten ereignet habe. Welcher Art

und welchen Ausmaßes die Prüfung sein müsse, damit sie die Mindestanforderungen an wirksame Ermittlungen erfülle, sei in einer Weise auszulegen, die die Besonderheiten der Situation und den rechtlichen Rahmen der Durchführung von Feindseligkeiten berücksichtige. Die Regierung betonte die besondere Rolle, die nach dem humanitären Völkerrecht den militärischen Führern bei der Durchführung von Untersuchungen zukomme.

(a) Wirksamkeit der Ermittlungen

174. Keiner der von dem Beschwerdeführer behaupteten Ermittlungsmängel sei aufgetreten. Und selbst wenn man von Ermittlungsmängeln ausgehen würde, so sei es mit der Untersuchung dennoch gelungen, alle relevanten Tatsachen bezüglich des Vorfalls aufzuklären und die Verantwortlichen festzustellen. Im Kern gehe es bei der vorliegenden Beschwerde nicht um die Wirksamkeit der Untersuchung oder eine tiefergreifende Aufklärung des relevanten Sachverhalts. Vielmehr richte sie sich gegen die rechtliche Würdigung durch den Generalbundesanwalt. Artikel 2 der Konvention umfasse jedoch nicht die Überprüfung einzelner Entscheidungen der Strafverfolgungsbehörden im Hinblick auf ihre juristische Korrektheit (Verweis auf *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 259).

(i) Angemessene Förderung der Untersuchung

175. Die Untersuchung sei angemessenen gefördert worden. Was die in Afghanistan ergriffenen Maßnahmen angehe, so sei es ausreichend gewesen, nach dem Luftangriff eine Erstaufklärung am Bombenabwurfort durch Überflug zu veranlassen. Sobald bekannt geworden sei, dass es möglicherweise zu Opfern in der Zivilbevölkerung gekommen sei, habe die ISAF ein Ermittlungsteam zusammengestellt, das sich noch am selben Tag nach Kundus begeben, den Bombenabwurfort untersucht und Oberst K. sowie weitere deutsche Soldaten befragt habe. Der von diesem Ermittlungsteam vorgelegte Bericht habe zur Einsetzung eines gemeinsamen Untersuchungsausschusses geführt, welcher am 26. Oktober 2009 einen ausführlichen Bericht vorgelegt habe. Außerdem sei am Tag des Luftangriffs auch ein Untersuchungsteam der Feldjäger nach Kundus entsandt worden und habe einen Bericht erstellt. Die in diesem Bericht vorgeschlagenen Maßnahmen zur Folgenaufklärung seien anschließend von der ISAF und afghanischer Seite durchgeführt worden. Darüber hinaus hätten die zuständigen Stellen der deutschen Bundeswehr am Tag des Luftangriffs eine Prüfung im Hinblick auf die mögliche Eröffnung eines förmlichen Disziplinarverfahrens eingeleitet.

176. Die deutschen Strafverfolgungsbehörden seien am Tag des Luftangriffs über den Vorfall informiert worden und hätten unverzüglich gehandelt. Die Entscheidung, ein förmliches strafrechtliches Ermittlungsverfahren einzuleiten, sei weder verzögert noch im Rahmen der

Vorermittlungen unwirksam vorbereitet worden. Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers seien die Strafverfolgungsbehörden nach innerstaatlichem Recht im Vorermittlungsverfahren befugt, Zeugen zu befragen und richterliche Zeugenvernehmungen herbeizuführen.

177. Die mit den Ermittlungen betrauten Personen hätten geeignete Maßnahmen zur Minderung der Verdunkelungsgefahr ergriffen. Oberst K. und weitere beteiligte Soldaten seien am 4. September 2009 und auch danach noch mehrfach sowohl von deutschen als auch von ISAF-Stellen befragt worden. Die Strafverfolgungsbehörden hätten kurz nach dem Vorfall Einsicht in die Unterlagen zu allen wichtigen Zeugenvernehmungen erhalten, die von den nationalen und internationalen Stellen, etwa der ISAF, durchgeführt worden seien. Alle wichtigen Beweismittel, wie die Tonaufnahmen des Funkverkehrs mit den amerikanischen F-15-Flugzeugen oder die Aufzeichnungen ihrer Wärmebild-Infrarotkameras, seien sofort gesichert worden. Die Protokolle der Befragungen der Beschuldigten hätten dem Generalbundesanwalt vorgelegen, der sie auch persönlich vernommen habe.

178. Wie der Luftschlag abgelaufen sei, habe man sogleich zu Beginn der Ermittlungen festgestellt. Es habe nichts gegeben, was durch Absprachen hätte verdunkelt werden können. Eine Rückbeorderung von Oberst K. oder anderen für den Vorfall möglicherweise verantwortlichen Offizieren zur Vernehmung nach Deutschland hätte die Ermittlungen eher beeinträchtigt. Eine wirksame Befragung der Beschuldigten und Zeugen hätte eine Vielzahl von Spezialkenntnissen zur militärischen Lage und den Gegebenheiten vor Ort erfordert. Die ISAF-Ermittler hätten über dieses Fachwissen verfügt.

(ii) Unabhängigkeit

179. Die Personen, die die Ermittlungen verantwortet und durchgeführt hätten, seien hinreichend unabhängig von den an dem Luftangriff beteiligten Personen gewesen. Zunächst sei zu berücksichtigen, dass für strafrechtliche Ermittlungen wegen möglicher Straftaten deutscher Soldaten immer und ausschließlich die zivilen Strafverfolgungsbehörden und die zivilen Strafgerichte zuständig seien, unabhängig davon, ob die möglichen Straftaten im In- oder im Ausland begangen worden seien. Deutschland habe nach 1949 aus historischen Gründen bewusst von der Wiedereinführung einer eigenständigen Militärgerichtsbarkeit abgesehen. Die Zuständigkeit der zivilen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sei ein Aspekt, der die Unabhängigkeit des Verfahrens gewährleisten solle.

180. Der Generalbundesanwalt habe seiner Bewertung u. a. die unabhängigen Ermittlungen der ISAF, der afghanischen Zivilregierung, des IKRK und der UNAMA zugrunde gelegt. Artikel 2 der Konvention verlange von den Strafverfolgungsbehörden nicht, sämtliche Beweise selbst zu erheben und alle erforderlichen Feststellungen selbst zu treffen. Die Untersuchungspflicht könne auch dadurch erfüllt werden, dass den Strafverfolgungsbehörden die Ergebnisse parlamentarischer und

internationaler Untersuchungen zu einem Vorfall zur Verfügung gestellt würden und auf der Grundlage der Ergebnisse dieser Untersuchungen ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren stattfinden könne (unter Verweis auf *Giuliani und Gaggio ./. Italien* [GK], Individualbeschwerde Nr. 23458/02, Rdnrn. 309-310, ECHR 2011 (Auszüge); *Tagayeva u. a. ./. Russland*, Individualbeschwerden Nrn. 26562/07 und 6 andere, Rdnrn. 628-631, 13. April 2017; *Mustafić-Mujić u. a. ./. die Niederlande* (Entsch.), Individualbeschwerde Nr. 49037/15, Rdnrn. 102-106, 30. August 2016). Insbesondere angesichts des komplexen Charakters des Militäreinsatzes in Afghanistan unter Übertragung der Befugnisse des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen, die für die zivilen Strafverfolgungsbehörden der truppenstellenden Staaten keine rechtliche Befugnis zur Durchführung eigener strafrechtlicher Ermittlungen auf afghanischem Staatsgebiet (außer im Wege der Rechtshilfe) umfasst habe, sei dies angemessen gewesen und habe auch ein hohes Maß an öffentlicher Kontrolle ermöglicht.

181. Die Feldjäger hätten nicht im Auftrag des Generalbundesanwalts gehandelt, und ihre tatsächlichen Feststellungen seien nur als eine von mehreren unabhängigen Quellen herangezogen worden. Sie seien dem Kommandeur des deutschen ISAF-Kontingents unterstellt gewesen und hätten diesem ihren Abschlussbericht vorgelegt. Sie seien hierarchisch und funktional unabhängig vom Kommandeur des PRT Kundus gewesen. Selbst wenn man den Feldjägern mangelnde Unabhängigkeit unterstelle, könne dies die Untersuchung als solche nicht unwirksam machen. Der Bericht der Feldjäger sei nur eine von vielen Quellen gewesen, auf die sich der Generalbundesanwalt gestützt habe, und angesichts ihrer begrenzten Ermittlungsbefugnisse hätten sie nur eine nachrangige Rolle spielen können. Außerdem habe es angesichts der rechtlichen Beschränkungen der deutschen Ermittlungsbefugnisse in Afghanistan keine praktisch möglichen Alternativen zu der von den Feldjägern durchgeführten Untersuchung gegeben. Darüber hinaus hätte es die Sicherheitslage zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht gestattet, zivile Ermittler der Staatsanwaltschaft oder Polizei zur Durchführung unabhängiger Ermittlungen an den Ort des Geschehens zu entsenden. Es wäre unrealistisch und womöglich kontraproduktiv, wenn man verlangen wollte, dass Ermittlungen wegen mutmaßlicher rechtswidriger Tötungen in bewaffneten Konflikten immer von zivilen Behörden untersucht werden müssten.

(iii) *Hinlänglichkeit der Beweise*

182. Die Maßnahmen der Ermittlungsteams, die die Grundlage für die Entscheidung des Generalbundesanwalts gebildet hätten, seien im Einklang mit den Leitlinien zur Untersuchung von Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht von 2019 hinsichtlich der Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen in der Hochphase eines bewaffneten Konflikts vorgenommen worden.

183. Es habe kein Erfordernis zur weiteren Aufklärung der genauen Opferzahlen bestanden. Der Generalbundesanwalt habe sämtliche im Rahmen anderer Untersuchungen erstellten Berichte berücksichtigt und nach Auswertung der Beweise hierzu umfassende Einschätzungen vorgenommen. Er habe bei der Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Beschuldigten hinreichend berücksichtigt, dass der nachträglich festgestellte Schaden ein Indiz dafür darstellen kann, ob der Angreifer vor dem Angriff die Wahrscheinlichkeit von Opfern in der Zivilbevölkerung habe voraussehen können. Die Einschätzung des Generalbundesanwalts, dass die Anzahl der zur Zeit des Bombenabwurfs anwesenden Personen keinen Anlass für Zweifel daran geboten habe, dass es sich um eine Gruppe aufständischer Taliban gehandelt habe, wäre auch durch weitere Ermittlungen zur Opferzahl nicht in Frage gestellt worden.

184. Der Generalbundesanwalt sei nicht verpflichtet gewesen, zur Prüfung der Frage, ob alle „angemessenen und praktisch möglichen Sicherungsvorkehrungen“ getroffen worden seien, Militärsachverständige zu konsultieren. Dies sei eine Frage der Anwendung der Maßstäbe des humanitären Völkerrechts und er habe sich bei seiner Beurteilung auf den Bericht des ISAF-Ermittlungsteams stützen können, das aus Militärsachverständigen verschiedener Länder bestanden habe. Er sei berechtigt gewesen zu der Einschätzung gelangt, dass Oberst K. keine weiteren durchführbaren Aufklärungs- und Vorsichtsmaßnahmen zur Verfügung gestanden hätten. Ihm sei bei sieben verschiedenen Gelegenheiten bestätigt worden, dass der Informant die sich an dem Ort aufhaltenden Personen als „Aufständische“ identifiziert habe, und die von den Wärmebildkameras der amerikanischen F-15-Flugzeuge gelieferten Bilder, auf denen die Personen in der Nähe der Tanklaster als Punkte einer Wärmequelle zu sehen gewesen seien, hätten mit den Aussagen des Informanten übereingestimmt. Eine Simulation der Situation in der Operationszentrale oder die Vernehmung weiterer Zeugen, die zum maßgeblichen Zeitpunkt keinen Kontakt zu den Beschuldigten gehabt hätten, sei nicht erforderlich gewesen, da dies nicht zu Erkenntnissen hätte führen können, die die Beschuldigten hätten belasten können.

185. Die Rüge des Beschwerdeführers, dass das humanitäre Völkerrecht nicht richtig angewandt worden sei, betreffe Fragen der Anwendung und Auslegung des innerstaatlichen Rechts und der Würdigung der vorhandenen Beweise, die der Gerichtshof – aufgrund seiner subsidiären Funktion – nur im Falle von Willkür oder aus einem anderen triftigen Grund beanstanden könne. Ein solcher triftiger Grund sei im vorliegenden Fall nicht erkennbar. Der Generalbundesanwalt sei davon ausgegangen, dass die Rechtmäßigkeit der Anordnung des Luftangriffs nach dem Maßstab des „vernünftigen Befehlshabers“ zu beurteilen sei. Bei dieser Beurteilung werde auf die voraussichtlichen Folgen abgestellt, so wie diese sich im Zeitpunkt der Entscheidung dargestellt hätten, nicht auf Auswirkungen des Luftangriffs, die

erst nachträglich erkennbar geworden seien. Dieser Rechtsstandpunkt entspreche den etablierten Grundsätzen der Völkerrechtslehre.

186. Es sei allgemein anerkannt, dass militärisches Handeln in einem bewaffneten Konflikt, das im Einklang mit dem humanitären Völkerrecht stehe, keine Strafbarkeit der beteiligten Soldaten begründe, sondern die Völkerrechtskonformität vielmehr, auch im Hinblick auf Straftatbestände des allgemeinen Strafrechts, einen Rechtfertigungsgrund darstelle. Es entspreche dem Ansatz des Gerichtshofs in der Rechtssache *Hassan* (a. a. O.), dass sich das, was in einer Situation bewaffneten Konflikts als „unbedingt erforderlich“ im Sinne von Artikel 2 Abs. 2 der Konvention gelte, nach den einschlägigen Bestimmungen des humanitären Völkerrechts richte. Und schließlich habe der Generalbundesanwalt auch ausführlich begründet, warum eine etwaige Verletzung der Einsatzregeln für die Feststellung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit unerheblich gewesen sei. Die Vorermittlungen im Rahmen der Prüfung eines förmlichen Disziplinarverfahrens hätten zu dem Ergebnis geführt, dass Oberst K. nicht einmal disziplinarrechtliche Vorwürfe hätten gemacht werden können.

(iv) Einbindung des Beschwerdeführers

187. Der Beschwerdeführer sei in dem Maße in die Ermittlungen eingebunden worden, wie es zur Wahrung seiner berechtigten Interessen erforderlich gewesen sei. Seine Vernehmung sei nicht erforderlich gewesen, um eine zuverlässige Aufklärung der Umstände zu gewährleisten. Es habe festgestanden, dass seine beiden Söhne durch den Luftschlag getötet worden seien. Der Beschwerdeführer, dessen Angaben u. a. zu seiner Anwesenheit am Ort des Geschehens vage geblieben seien, habe nicht über Kenntnisse verfügt, die für die Klärung der Frage, ob die Beschuldigten mit der Anwesenheit von Zivilpersonen auf der Sandbank hätten rechnen müssen, und die somit für die Prüfung ihrer Strafbarkeit, relevant gewesen wären.

188. Dem Beschwerdeführer sei ausreichend Gelegenheit gegeben worden, sich im Verlauf der Untersuchung zu äußern. Die Entscheidung der Strafverfolgungsbehörden gegen eine Anklageerhebung sei keine endgültige Feststellung in dem Sinne gewesen, dass sie in Rechtskraft erwachsen würde, das Verfahren hätte später wiederaufgenommen werden können. Dem Beschwerdeführer sei durch die Einstellungsentscheidung des Generalbundesanwalts nicht die Möglichkeit genommen worden, auf die Ermittlungen Einfluss zu nehmen. Der Generalbundesanwalt habe die Beweismittel und schriftlichen Stellungnahmen des Beschwerdeführers geprüft und letztere als unbegründet zurückgewiesen.

189. Es sei zu keiner unangemessenen Verzögerung bei der Anerkennung des Beschwerdeführers als Verletztem und der Gewährung von Akteneinsicht gekommen. Der Generalbundesanwalt sei aufgrund des Antrags vom 12. April 2010 verpflichtet gewesen, den Beschuldigten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Da der Rechtsanwalt des Beschwerdeführers den

Antrag im Namen einer Vielzahl von Personen gestellt habe, die behaupteten, betroffen zu sein, sei eine gewisse Zeit erforderlich gewesen, um ihre jeweilige Verletztenstellung zu überprüfen. In Beantwortung des Schreibens des Antragstellers vom 7. Juli 2010 habe der Generalbundesanwalt mit Schreiben vom 16. Juli 2010 bestätigt, dass der Nachweis der Verletztenstellung des Beschwerdeführers in Bezug auf seinen jüngeren Sohn erbracht worden sei, dass aber die erforderlichen Nachweise in Bezug auf eine Reihe anderer Personen, in deren Namen der Antrag gestellt worden sei, noch fehlen würden. Nachdem der Rechtsanwalt des Beschwerdeführers mit Schreiben vom 1. September 2010 den Umfang seines Antrags auf eine Akteneinsicht für den Beschwerdeführer beschränkt habe, habe der Generalbundesanwalt mit Schreiben vom 3. September 2010 zügig Akteneinsicht gewährt.

(b) Rechtsbehelf zur Beanstandung der behaupteten Unwirksamkeit der Ermittlungen

190. Es sei nicht erforderlich, dem Beschwerdeführer einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf zur Überprüfung der Einstellungsentscheidung (Verweis auf *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnrn. 278-279). Gleichwohl hätten dem Beschwerdeführer tatsächlich zwei wirksame gerichtliche Rechtsbehelfe zur Beanstandung der Wirksamkeit der Untersuchung zur Verfügung gestanden, die er beide genutzt habe: i) sein Klageerzwingungsantrag zum Oberlandesgericht und ii) seine Verfassungsbeschwerde.

191. Ein Klageerzwingungsantrag gehe bei offenkundigen oder besonders schwerwiegenden Verstößen der Strafverfolgungsbehörden gegen die Ermittlungspflicht schon an sich mit einem einen ausreichenden Prüfungsumfang einher. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass das Oberlandesgericht die Anordnung weiterer Ermittlungen abgelehnt hätte, wenn der Antrag des Klägers den Zulässigkeitsanforderungen entsprochen und das Oberlandesgericht ein Defizit in den bis dato geführten Ermittlungen festgestellt hätte. Die Zulässigkeitsanforderungen des Oberlandesgerichts seien nicht überspannt gewesen, insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdeführer anwaltlich vertreten gewesen sei. Im Einklang mit der Rechtsprechung der innerstaatlichen Gerichte habe das Oberlandesgericht keine zusammenfassende Wiedergabe des gesamten Inhalts der in den Ermittlungsakten enthaltenen Beweismittel verlangt, sondern vielmehr eine Darstellung des Inhalts derjenigen Beweismittel, auf die sich der Generalbundesanwalt gestützt habe.

192. Zudem habe auch das Bundesverfassungsgericht anlässlich der Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers die Wirksamkeit der Ermittlungen überprüft. Es habe ausdrücklich hervorgehoben, dass die Einstellungsentscheidung des Generalbundesanwalts nicht nur den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts, sondern auch den Anforderungen aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

gerecht geworden sei. Es habe erörtert, warum der Generalbundesanwalt nicht gehalten gewesen sei, Augenzeugen zu vernehmen oder weitere Beweiserhebungen durchzuführen, da weitere Ermittlungen zur Anzahl und Identität der Opfer des Luftangriffs keine für die Beurteilung der Strafbarkeit der Beschuldigten relevanten Gesichtspunkte betroffen hätten. Das Bundesverfassungsgericht habe ferner betont, dass sich das Oberlandesgericht im Rahmen seiner Erwägungen zum Klageerzwingungsantrag intensiv mit der Begründung der Entscheidung des Generalbundesanwalts befasst habe.

B. Die Drittbeteiligten

1. Die Regierungen Frankreichs, Norwegens und des Vereinigten Königreichs

193. Die drittbeteiligten Regierungen trugen vor, dass bei der Anwendung auf bewaffnete Konflikte außerhalb des nationalen Hoheitsgebiets die verfahrensrechtliche Verpflichtung nach Artikel 2 im Einklang mit dem als *lex specialis* dienenden humanitären Völkerrecht auszulegen sei. Dies betreffe nicht nur die Frage der Schwelle für die Entstehung der Untersuchungspflicht, sondern auch den Inhalt dieser Pflicht. Bezüglich des Inhalts betonte die Regierung des Vereinigten Königreichs, dass sich Artikel 6 des Zusatzprotokolls II im Wesentlichen auf Unabhängigkeitspflichten bei der Strafverfolgung beschränke und keine weitergehenden Hinweise auf Transparenzerfordernisse oder die Einbindung der nächsten Angehörigen enthalte. In Bezug auf das Unabhängigkeitserfordernis führten die Regierungen Frankreichs und des Vereinigten Königreichs ferner aus, dass bei der Durchführung von Ermittlungen nach dem humanitären Völkerrecht den militärischen Führern eine besondere Rolle zukomme; sie argumentierten, dass die gemäß der *lex specialis* bestehenden konkreten Ermittlungspflichten militärischer Führer ausgehebelt würden, wenn man die verfahrensrechtliche Verpflichtung nach Artikel 2 so auslegen würde, dass militärische Führer von den Ermittlungen auszuschließen seien.

194. Den drittbeteiligten Regierungen zufolge müssten die praktischen Gegebenheiten bei Militäreinsätzen berücksichtigt werden. Dazu würden etwa die gemeinsame Unterbringung der mit der Ermittlung betrauten Personen, bspw. der Militärpolizei, mit anderen Angehörigen des Militärkontingents gehören, oder eine gewisse hierarchische oder institutionelle Verbindung der ermittelnden Personen mit der für den Einsatz verantwortlichen militärischen Führung. Beachtet werden müssten auch die Auswirkungen begrenzter Ressourcen auf die Zügigkeit und die Anzahl der Ermittlungsschritte, insbesondere bei kleineren Konventionsstaaten und Kontingenten. Die Regierungen Frankreichs und des Vereinigten Königreichs verwiesen auf die rechtlichen Beschränkungen, die sich aus dem

Rechtsrahmen der VN und der ISAF-Mission sowie dem afghanischen Recht ergäben, insbesondere den Umstand, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden nicht befugt seien, Ermittlungen in Afghanistan durchzuführen.

195. Die Regierungen Frankreichs und des Vereinigten Königreichs fügten hinzu, dass sich an der Staatenpraxis die Überzeugung der Staaten ablesen lasse, dass die in Artikel 15 der Konvention erwähnten „rechtmäßigen Kriegshandlungen“ ein Abweichen von Artikel 2 darstellten, selbst wenn keine vorherige Notifizierung des Abweichens erfolgt sei.

2. *Das Menschenrechtszentrum der Universität Essex, die Open Society Justice Initiative, das Institut für Internationale Studien der Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano und Rights Watch (UK)*

196. Das Menschenrechtszentrum der Universität Essex legte dar, dass das humanitäre Völkerrecht auf der Grundlage objektiver Kriterien anwendbar sei. In Fällen, in denen es anwendbar sei und ein Staat sich darauf berufen wolle, könne die parallele Anwendung von humanitärem Völkerrecht und Menschenrechtsnormen zu einer erheblichen inhaltlichen Änderung der menschenrechtlichen Verpflichtungen dieses Staates führen. Wenn ein Staat sich nicht auf das humanitäre Völkerrecht berufe, so sei vom Gerichtshof die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts zwar anzuerkennen, aber gleichzeitig festzustellen, dass der Staat sich dafür entschieden habe, sich ausschließlich am Maßstab der Menschenrechtsnormen messen zu lassen. Um das humanitäre Völkerrecht heranzuziehen, genüge es, dass dieses anwendbar sei und der beschwerdegegnerische Staat sich vor dem Gerichtshof darauf berufe; eine Abweichungserklärung sei in internationalen bewaffneten Konflikten wahrscheinlich nicht erforderlich und könne bei extraterritorialen nichtinternationalen bewaffneten Konflikten nicht erforderlich sein. Wenn die parallele Anwendung des humanitären Völkerrechts nicht zu einer Änderung der einschlägigen Menschenrechtsnorm führe, könne sich ein Menschenrechtsorgan zur Untermauerung einer aus dem Blickwinkel der Menschenrechte vorgenommenen Analyse auf humanitäres Völkerrecht stützen; dabei sei es nicht erforderlich, dass der Staat sich auf das humanitäre Völkerrecht berufe. Das Institut für Internationale Studien der Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano betonte, dass die Berufung auf das humanitäre Völkerrecht sehr sorgfältig abgewogen werden müsse, damit es nicht zu einem Widerspruch insbesondere zu Artikel 15 der Konvention komme.

197. Das Menschenrechtszentrum der Universität Essex führte aus, dass das humanitäre Völkerrecht beim Einsatz von Gewalt verlange, dass alles praktisch Mögliche getan werde, um zu überprüfen, ob es sich bei den Angriffszielen um militärische Ziele handle. Nach dem humanitären Völkerrecht bestehe eine Verpflichtung zur Untersuchung mutmaßlicher

Verstöße, die entsprechenden Maßstäbe würden in den Leitlinien zur Untersuchung von Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht konkretisiert. Die Open Society Justice Initiative, das Institut für Internationale Studien der Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano und Rights Watch (UK) plädierten dafür, die in internationalen Menschenrechtsnormen entwickelten Maßstäbe für die Ermittlungspflicht bei zivilen Todesfällen während bewaffneter Konflikte nicht durch die Berufung auf das humanitäre Völkerrecht herunterzusetzen.

C. Würdigung durch den Gerichtshof

1. Die maßgeblichen allgemeinen Grundsätze

198. Die Situation, in der sich der Luftangriff, bei dem die beiden Söhne des Beschwerdeführers getötet wurden, ereignete, ist im innerstaatlichen Verfahren als nichtinternationaler bewaffneter Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts eingeordnet worden. Die Regierung räumt zwar ein, dass Deutschland keinen Gebrauch von seinem Recht auf Abweichung nach Artikel 15 der Konvention gemacht hat, trägt jedoch vor, dass entsprechend der Herangehensweise des Gerichtshofs in der Rechtssache *Hassan* das humanitäre Völkerrecht der angemessene Maßstab für die Beurteilung der den beschwerdegegnerischen Staat unter den gegebenen Umständen treffenden Pflichten sei.

199. Der Gerichtshof stellt fest, dass zwischen den im vorliegenden Fall anwendbaren Vorschriften des humanitären Völkerrechts (siehe Rdnrn. 82 und 84-85) und der Konvention in Bezug auf die Erfordernisse einer wirksamen Untersuchung kein materieller Normenkonflikt besteht. Der Gerichtshof kann sich daher darauf beschränken, den Sachverhalt der vorliegenden Rechtssache auf der Grundlage seiner Rechtsprechung nach Artikel 2 zu prüfen; er muss dabei nicht der Frage nachgehen, ob im vorliegenden Fall ohne eine formell erklärte Abweichung nach Artikel 15 der Konvention die Voraussetzungen für eine Berücksichtigung des Kontexts und der Vorschriften des humanitären Völkerrechts bei der Auslegung und Anwendung der Konvention gegeben wären (siehe *Hassan*, a. a. O., Rdnrn. 98 ff.).

200. Unter erneutem Hinweis darauf, dass die verfahrensrechtlichen Pflichten aus Artikel 2 realistisch betrachtet werden müssen (siehe *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 168), ist der Gerichtshof der Auffassung, dass die Schwierigkeiten und Beschränkungen, denen sich die Ermittlungsbehörden ausgesetzt sahen, weil sich die Todesfälle während aktiver Feindseligkeiten in einem (extraterritorialen) bewaffneten Konflikt ereignet hatten, sich auf die Untersuchung als Ganzes auswirkten und die praktische Durchführbarkeit der Ermittlungsmaßnahmen, die u. a. von den zivilen Strafverfolgungsbehörden in Deutschland im gesamten Untersuchungszeitraum vorgenommen werden konnten, fortlaufend

beeinflussten. Dementsprechend sollten die Maßstäbe, die an die Ermittlungen der zivilen Strafverfolgungsbehörden in Deutschland angelegt werden, sich an den Maßstäben orientieren, die im Hinblick auf Ermittlungen zu Todesfällen in extraterritorialen bewaffneten Konflikten aufgestellt und in *Al-Skeini u. a.* (a. a. O., Rdnrn. 163-167) dargelegt sowie in *Jaloud* (a. a. O., Rdnr. 186) bestätigt worden sind.

201. Mit welcher Art von Untersuchung die Zwecke von Artikel 2 erreicht werden, kann von den Umständen abhängen. Unabhängig von den eingesetzten Mitteln müssen die Behörden jedoch von Amts wegen tätig werden, sobald ihnen die Angelegenheit zur Kenntnis gelangt (*Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 165).

202. Um im Sinne von Artikel 2 der Konvention „wirksam“ zu sein, muss eine Untersuchung zunächst angemessen sein (siehe *Ramsahai u. a. ./ die Niederlande* [GK], Individualbeschwerde Nr. 52391/99, Rdnr. 324, ECHR 2007-II; und *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 233). Sie muss also geeignet sein, eine Sachverhaltsaufklärung herbeizuführen, die Frage zu beantworten, ob die eingesetzte Gewalt unter den gegebenen Umständen gerechtfertigt war, sowie die Verantwortlichen zu identifizieren und – gegebenenfalls – zu bestrafen (siehe *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 233; *Mustafa Tunç und Fecire Tunç*, a. a. O., Rdnr. 172; und *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 166). Die Verpflichtung bezieht sich hier nicht auf das Ergebnis, sondern auf die Mittel (siehe *Nachova u. a. ./ Bulgarien* [GK], Individualbeschwerden Nrn. 43577/98 und 43579/98, Rdnr. 160, ECHR 2005-VII; *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 166; und *Mustafa Tunç und Fecire Tunç*, a. a. O., Rdnr. 173). Die Behörden müssen alle ihnen möglichen vernünftigen Ermittlungsmaßnahmen ergreifen, um die Beweise bezüglich des Vorfalls zu sichern, so bspw. Augenzeugenbefragungen, forensische Beweise und ggf. eine Obduktion, die eine vollständige und zutreffende Beschreibung der Verletzungen und eine objektive Analyse der klinischen Befunde einschließlich der Todesursache ermöglicht. Jeder Ermittlungsmangel, der verhindert, dass die Todesursache oder die verantwortliche Person festgestellt werden kann, birgt die Gefahr, dass dieser Maßstab nicht erreicht wird (siehe *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 233; und *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 166).

203. Vor allem müssen sich die aus den Ermittlungen gezogenen Schlussfolgerungen auf eine gründliche, objektive und unparteiische Analyse aller relevanten Elemente stützen, anderenfalls werden die Ermittlungen im Hinblick auf die Fähigkeit, die Umstände des Falles und die Identität der verantwortlichen Personen festzustellen, in entscheidendem Maße untergraben (siehe *Kolevi ./ Bulgarien*, Individualbeschwerde Nr. 1108/02, Rdnr. 201, 5. November 2009; und *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 234). Gleichwohl hängt es von den Umständen des konkreten Falles ab, welcher Art und welchen Ausmaßes die Prüfung sein muss, damit sie die Mindestanforderungen an wirksame Ermittlungen erfüllt. Art und Ausmaß der Prüfung müssen auf der Grundlage aller erheblichen Tatsachen und unter

Berücksichtigung der praktischen Gegebenheiten der Ermittlungsarbeit beurteilt werden (siehe *Velcea und Mazăre ./ Rumänien*, Individualbeschwerde Nr. 64301/01, Rdnr. 105, 1. Dezember 2009; und *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 234). Es ist nicht möglich, die Vielfalt denkbarer Konstellation auf eine reine Checkliste mit Untersuchungshandlungen oder andere vereinfachte Kriterien zu reduzieren (siehe *Tanrikulu ./ Türkei* [GK], Individualbeschwerde Nr. 23763/94, Rdnrn. 101-110, ECHR 1999-IV; *Velikova ./ Bulgarien*, Individualbeschwerde Nr. 41488/98, Rdnr. 80, ECHR 2000-VI; und *Mustafa Tunç und Fecire Tunç*, a. a. O., Rdnr. 176).

204. Wenn die nach Artikel 2 zu untersuchenden Todesfälle sich in Situationen allgemeiner Gewalt, bewaffneter Konflikte oder bei Aufständen ereignen, liegt es auf der Hand, dass sich die Ermittler mit Hindernissen konfrontiert sehen und – wie auch vom Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen für Hinrichtungen ohne Gerichtsverfahren, Massenhinrichtungen oder willkürliche Exekutionen festgestellt wurde – durch konkrete Einschränkungen gezwungen sein können, weniger wirksame Ermittlungsmaßnahmen einzusetzen oder Ermittlungsverzögerungen hinzunehmen (*Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 164; siehe auch *Bazorkina ./ Russland*, Individualbeschwerde Nr. 69481/01, Rdnr. 121, 27. Juli 2006). Dennoch ergibt sich aus der Verpflichtung nach Artikel 2, dass selbst in schwierigen Sicherheitslagen alle angemessenen Maßnahmen zu ergreifen sind, um sicherzustellen, dass bei mutmaßlichen Verstößen gegen das Recht auf Leben wirksame und unabhängige Untersuchungen stattfinden (siehe *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 164).

205. Die Untersuchung sollte auch breit genug angelegt sein, um den Ermittlungsbehörden zu gestatten, nicht nur das Tun der für den Staat handelnden Personen, die unmittelbar tödliche Gewalt angewendet haben, sondern auch sämtliche Begleitumstände zu berücksichtigen, einschließlich solcher Punkte wie der Planung und Überwachung der fraglichen Operationen, wenn dies erforderlich ist, um festzustellen, ob der Staat seiner Verpflichtung aus Artikel 2 zum Schutz des Lebens nachgekommen ist (wie in *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 163). Das erfordert eine angemessene Vernehmung der *prima facie* an dem Vorfall beteiligten Angehörigen der Streitkräfte (siehe *Aktaş ./ Türkei*, Individualbeschwerde Nr. 24351/94, Rdnr. 306, ECHR 2003-V (Auszüge)).

206. Damit die Untersuchung einer mutmaßlich rechtswidrigen Tötung durch für den Staat handelnde Personen wirksam ist, kann es in der Regel als erforderlich angesehen werden, dass die Personen, die die Ermittlungen verantworten und durchführen, von den in die Vorfälle verwickelten Personen unabhängig sind. Das bedeutet nicht nur, dass hierarchische oder institutionelle Verbindungen ausgeschlossen sein müssen, sondern es muss auch eine praktische Unabhängigkeit bestehen (siehe *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 232; und *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 167).

207. Auch das Erfordernis der Zügigkeit und der vernünftigen Verfahrensförderung ist implizit gegeben. Allerdings muss akzeptiert werden, dass es in bestimmten Situationen auch Hindernisse oder Schwierigkeiten geben kann, die den Fortgang einer Untersuchung behindern. Ein zügiges Reagieren der Behörden zur Untersuchung des Einsatzes tödlicher Gewalt kann jedoch grundsätzlich als wesentlich betrachtet werden, um das Vertrauen der Allgemeinheit darauf, dass die Behörden die Rechtsstaatlichkeit beachten, aufrecht zu erhalten und zu verhindern, dass der Eindruck einer Verdunkelung oder einer Duldung rechtswidriger Taten entsteht (siehe *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 237; und *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 167).

208. Auch eine ausreichende öffentliche Kontrolle der Untersuchung ist erforderlich, wobei deren Ausmaß von Fall zu Fall verschieden sein kann. Die Ermittlungen müssen für die Familie des Opfers soweit zugänglich sein, wie dies zur Wahrung ihrer berechtigten Interessen erforderlich ist (siehe *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 235; und *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 167). Das Ermittlungsmaterial kann jedoch sensible Themen beinhalten; eine Offenlegung kann nicht als automatisches Erfordernis nach Artikel 2 betrachtet werden (siehe *Giuliani und Gaggio*, a. a. O., Rdnr. 304; *McKerr ./ das Vereinigte Königreich*, Individualbeschwerde Nr. 28883/95, Rdnr. 129, ECHR 2001-III; und *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 236). Darüber hinaus erlegt Artikel 2 den Ermittlungsbehörden auch nicht die Pflicht auf, jedem Ersuchen um eine bestimmte Ermittlungsmaßnahme, das im Laufe der Untersuchung von Angehörigen gestellt wird, nachzukommen (siehe *Velcea und Mazăre*, a. a. O., Rdnr. 113; *Ramsahai u. a.*, a. a. O., Rdnr. 348; und *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 236). Das Ergebnis der Untersuchung muss den nächsten Angehörigen ordnungsgemäß bekannt gegeben werden (siehe *Damayev ./ Russland*, Individualbeschwerde Nr. 36150/04, Rdnr. 87, 29. Mai 2012).

209. Die Angemessenheit der Untersuchungsmaßnahmen, die Zügigkeit der Untersuchung, die Einbindung der Familie der verstorbenen Person und die Unabhängigkeit der Ermittlungen sind nicht jeweils für sich genommen ein Selbstzweck, sondern miteinander verknüpft. Es sind Kriterien, die in der Zusammenschau eine Aussage über das Maß der Wirksamkeit einer Ermittlung ermöglichen. Jede sich stellende Frage muss im Hinblick auf dieses Ziel einer wirksamen Untersuchung beurteilt werden (siehe *Mustafa Tunç und Fecire Tunç*, a. a. O., Rdnr. 225).

210. Artikel 2 beinhaltet nicht das Recht, Dritte wegen einer Straftat verfolgen oder verurteilen zu lassen (siehe *Mustafić-Mujić u. a.*, a. a. O., Rdnr. 117; und *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 238). Bislang hat der Gerichtshof weder eine Entscheidung der Strafverfolgungsbehörden beanstandet, die das Ergebnis einer in jeder sonstigen Hinsicht mit Artikel 2 konformen Untersuchung war (siehe *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnr. 259), noch ein zuständiges innerstaatliches Gericht zur Führung eines

Strafverfahrens verpflichtet, wenn dieses Gericht nach reiflicher Abwägung der Auffassung war, dass die Anwendung der einschlägigen Strafrechtsnormen auf die bekannt gewordenen Tatsachen nicht zu einer Verurteilung führen würde (siehe *Mustafić-Mujić u. a.*, a. a. O., Rdnr. 123).

2. Anwendung auf die vorliegende Rechtssache

(a) Angemessenheit

211. Zunächst stellt der Gerichtshof fest, dass die strafrechtlichen Ermittlungen ergeben haben, dass die beiden Söhne des Beschwerdeführers durch den von Oberst K. am 4. September 2009 angeordneten Luftangriff getötet wurden. Es ist unstrittig, dass die Tanklaster, die Ziel des Luftschlags waren, entführt worden waren und sich in der Hand von Aufständischen befanden, und dass es Opfer in der Zivilbevölkerung gab. Die Ursache für den Tod der Söhne des Beschwerdeführers und die dafür verantwortliche(n) Person(en) waren von Anfang an bekannt (vgl. den Unterschied zu *Jaloud*, a. a. O.).

212. Der Generalbundesanwalt gelangte vor allem deshalb zu der Einschätzung, dass sich Oberst K. nicht strafbar gemacht habe, weil er im Zeitpunkt der Anordnung des Luftangriffs überzeugt gewesen sei, dass sich keine Zivilpersonen bei der Sandbank aufhielten (siehe Rdnr. 33-49). Er habe folglich nicht mit dem Vorsatz gehandelt, unverhältnismäßige Opfer in der Zivilbevölkerung zu verursachen, was die Voraussetzung für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach den einschlägigen Bestimmungen des Völkerstrafgesetzbuchs gewesen wäre. Eine ihn treffende Verantwortlichkeit nach allgemeinem Strafrecht wurde ausgeschlossen, weil der Luftangriff nach dem humanitären Völkerrecht rechtmäßig gewesen sei. Hierzu erläuterte der Generalbundesanwalt die Bedeutung der von ihm in seiner Entscheidung verwendeten Begriffe „Aufständische“ und „Taliban“ sowie den Status der Opfer des Luftschlags nach humanitärem Völkerrecht. Er vertrat die Auffassung, dass die bewaffneten Taliban-Kämpfer, die die beiden Tanklaster entführt hatten, Angehörige einer organisierten bewaffneten Gruppe, die Partei des bewaffneten Konflikts gewesen sei, waren und daher legitime militärische Ziele darstellten. Dazu würden diejenigen Personen gehören, die sich funktional in die organisierte bewaffnete Gruppe eingliedert hätten und dort eine andauernde Kampffunktion ausübten. Bei allen Opfern des Luftangriffs, die keine Taliban-Kämpfer gewesen seien, habe es sich um vom humanitären Völkerrecht geschützte Zivilpersonen gehandelt, einschließlich derjenigen, die den Taliban beim Versuch der Bergung der Tanklaster geholfen hätten, und derjenigen, die im Eigeninteresse Treibstoff für sich zu erlangen versucht hätten (siehe Rdnrn. 42 und 44-45).

213. Zur Beantwortung der maßgeblichen Rechtsfragen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Oberst K. konzentrierten sich die

Ermittlungen des Generalbundesanwalts im Wesentlichen auf die Klärung von zwei Tatsachenfragen: auf die subjektive Lageeinschätzung durch Oberst K., als er den Luftangriff anordnete, die sowohl für seine Verantwortlichkeit nach dem Völkerstrafgesetzbuch als auch für die Rechtmäßigkeit des Luftangriffs nach dem humanitären Völkerrecht von entscheidender Bedeutung war, und auf die Anzahl der Opfer (siehe Rdnr. 36).

214. Der Gerichtshof stellt fest, dass die zivilen Strafverfolgungsbehörden Deutschlands, und so auch der Generalbundesanwalt, nach dem ISAF-Truppenstatut rechtlich nicht zur Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen in Afghanistan befugt waren, sondern hierfür auf internationale Rechtshilfe hätten zurückgreifen müssen. Allerdings standen dem Generalbundesanwalt aus verschiedenen Quellen umfangreiche Materialien über die Umstände und die Folgen des Luftschlags zur Verfügung. Ihm lagen die Berichte der nach dem Luftangriff unter anderem durch die Feldjäger, die ISAF, die UNAMA und die afghanischen Zivilbehörden durchgeführten Vor-Ort-Untersuchungen vor (siehe Rdnr. 35) und auch Dokumente (etwa Lichtbildbeweise) sowie Protokolle der im Rahmen dieser Ermittlungen durchgeführten Besprechungen und Vernehmungen (vgl. *Giuliani und Gaggio*, a. a. O., Rdnr. 310; *Tagayeva u. a.*, a. a. O., Rdnrn. 628-631; *Mustafić-Mujić u. a.*, a. a. O., Rdnrn. 102-106).

215. Der Generalbundesanwalt vernahm die Beschuldigten und die anderen Soldaten, die in der Operationszentrale gewesen waren, und befand ihre Aussagen, dass sie in der Annahme gehandelt hätten, an der Sandbank hielten sich nur Aufständische und keine Zivilpersonen auf, für glaubwürdig (siehe Rdnr. 37-39). Er stellte fest, diese Darstellung bestätige sich durch objektive Umstände (Entfernung von bewohnten Ansiedlungen, Nachtzeit, Präsenz bewaffneter Taliban) und nicht manipulierbare Beweise wie die Tonaufzeichnungen des Funkverkehrs zwischen der Operationszentrale und den Piloten der amerikanischen F-15-Flugzeuge oder die Aufzeichnungen ihrer Wärmebild-Infrarotkameras, die sofort sichergestellt worden seien. Der Generalbundesanwalt ermittelte, dass Oberst K. mindestens sieben Mal den Informanten habe anrufen lassen, um sich zu vergewissern, dass keine Zivilpersonen vor Ort waren und dass die Berichte des Informanten – der sich bisher als zuverlässig erwiesen hätte – mit den aus dem Flugzeug übertragenen Videobildern übereinstimmten. Hierzu vernahm er Hauptmann X., der als einzige Person bei der Übermittlung der Informationen des Informanten zugegen gewesen war.

216. Der Gerichtshof sieht sich nicht veranlasst, an den Feststellungen des Generalbundesanwalts und des Bundesverfassungsgerichts zu zweifeln, dass durch die Vernehmung weiterer Zeugen keine zusätzlichen Erkenntnisse hinsichtlich der Frage, ob Oberst K. in der Erwartung ziviler Opfer gehandelt habe, als er den Bombenabwurf befahl, hätten gewonnen werden können (siehe Rdnrn. 39 und 60). Dies gilt sowohl für eine Befragung der Piloten der F-15-Flugzeuge als auch der Personen, die von dem Luftangriff betroffen

waren, einschließlich des Beschwerdeführers. Der Gerichtshof nimmt die Einschätzung des Generalbundesanwalts zur Kenntnis, dass die Zahl der Opfer in der Zivilbevölkerung nicht als Indizienbeweis gewertet werden könne, aus dem sich die subjektiven Erwartungen von Oberst K. ableiten ließen, und dass die Anzahl der zur Zeit des Luftangriffs vor Ort anwesenden Personen keinen Grund dafür darstelle, Oberst K.s Annahme, es handle sich ausschließlich um Taliban-Kämpfer, in Frage zu stellen (siehe Rdnrn. 40 und 218).

217. Der Gerichtshof sieht auch keine Notwendigkeit der Hinzuziehung zusätzlicher Militärsachverständiger oder der Simulation der Situation in der Operationszentrale. Der Bericht des ISAF-Ermittlungsteams ist von Militärsachverständigen aus verschiedenen Ländern erstellt worden. Auf der Grundlage dieses Berichts ging der Generalbundesanwalt davon aus, dass alle unter den gegebenen Umständen praktisch möglichen Vorsichtsmaßnahmen ergriffen worden seien, dass Oberst K. im Zeitpunkt der Anordnung des Luftangriffs keinen Anlass gehabt habe, mit der Anwesenheit von Zivilpersonen in der Nähe der Tanklaster zu rechnen, und dass keine Vorwarnung erforderlich gewesen sei (siehe Rdnrn. 46 und 48).

218. Der Gerichtshof stellt fest, dass unter normalen Umständen die Feststellung der genauen Anzahl und des Status der Opfer des Einsatzes tödlicher Gewalt ein wesentliches Element einer jeden ordnungsgemäßen Untersuchung eines Vorfalls mit hoher Opferzahl ist. In der vorliegenden Rechtssache kam der Generalbundesanwalt in Anbetracht der unterschiedlichen Ergebnisse, zu denen die jeweiligen Berichte gelangt waren, der dabei angewendeten Methoden und der vorliegenden Beweismittel, einschließlich der Videoaufzeichnungen, zu dem Schluss, dass wahrscheinlich etwa 50 Personen durch den Luftangriff getötet oder verletzt wurden und dass unter den Opfern deutlich mehr Taliban-Kämpfer als Zivilpersonen waren (siehe Rdnr. 40). Der Gerichtshof ist bereit anzuerkennen, dass eine genauere Beurteilung unter den gegebenen Umständen scheinbar nicht möglich war, da sich der Luftangriff zur Nachtzeit in einer aktiven Kampfzone ereignete, da die Leichen von der einheimischen Bevölkerung innerhalb von Stunden nach dem Luftangriff vom Ort des Geschehens entfernt wurden und da der Einsatz moderner forensischer Methoden angesichts der gesellschaftlichen und religiösen Auffassungen in der einheimischen Bevölkerung schwierig war. Der Gerichtshof stellt fest, dass die genaue Zahl der zivilen Opfer jedenfalls keinen Einfluss auf die rechtliche Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Oberst K. hatte, bei der es auf seine subjektive Einschätzung im Zeitpunkt der Anordnung des Luftangriffs ankam. Unter diesen konkreten Umständen stellt nach Ansicht des Gerichtshofs die Tatsache, dass die Behörden die genaue Anzahl und den Status der Opfer des Luftangriffs nicht festgestellt haben, keinen Mangel dar, der geeignet war, die

Einhaltung der konventionsrechtlichen Vorgaben bei der Untersuchung in Frage zu stellen.

219. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen stellt der Gerichtshof fest, dass der Sachverhalt im Zusammenhang mit dem Luftangriff, durch den die beiden Söhne des Beschwerdeführers getötet wurden, einschließlich des zur Anordnung des Luftangriffs führenden Entscheidungs- und Zielabklärungsprozesses (siehe *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 163), mit dem Ziel der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Einsatzes tödlicher Gewalt in gründlicher und zuverlässiger Weise ermittelt wurde.

220. Soweit der Beschwerdeführer das Fehlen eines wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelfs gerügt hat, um die behauptete mangelnde Wirksamkeit der Ermittlungen zu beanstanden, wiederholt der Gerichtshof, dass die sich aus Artikel 2 der Konvention ergebende verfahrensrechtliche Verpflichtung nicht notwendigerweise eine gerichtliche Überprüfung von Ermittlungsentscheidungen als solche erfordert (siehe *Armani da Silva*, a. a. O., Rdnrn. 278-279, m. w. N.). Die Regierung wies darauf hin, dass dem Beschwerdeführer in jedem Fall zwei wirksame gerichtliche Rechtsbehelfe zur Beanstandung der Wirksamkeit der Untersuchung zur Verfügung gestanden hätten, die er beide genutzt habe: i) sein Klageerzwingungsantrag zum Oberlandesgericht und ii) seine Verfassungsbeschwerde.

221. Der Gerichtshof stellt fest, dass das Oberlandesgericht den Klageerzwingungsantrag des Beschwerdeführers für unzulässig hielt und zwischen den Parteien streitig ist, ob die Zulässigkeitsanforderungen überzogen waren. Die Anwendung der Zulässigkeitsanforderungen stand im Einklang mit der diesbezüglichen ständigen Rechtsprechung der innerstaatlichen Gerichte (siehe Rdnrn. 53, 62 und 99). Das Oberlandesgericht hat jedenfalls eine eingehende Prüfung der von dem Beschwerdeführer angeführten Beweismittel und der Entscheidung des Generalbundesanwalts vorgenommen, wie auch das Bundesverfassungsgericht angemerkt hat (siehe Rdnr. 61).

222. Letzteres hat aufgrund der Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers die Wirksamkeit der Ermittlungen überprüft. Es hat ausdrücklich hervorgehoben, dass die Einstellungsentscheidung des Generalbundesanwalts nicht nur den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts, sondern auch den Anforderungen aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte entsprochen habe (siehe Rdnrn. 59-60). In Anbetracht der Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht eine Einstellungsentscheidung aufheben kann (siehe Rdnr. 100), kommt der Gerichtshof zu dem Schluss, dass dem Beschwerdeführer ein Rechtsbehelf zur Verfügung stand, um die Wirksamkeit der Untersuchung zu beanstanden (siehe auch *Hentschel und Stark*, a. a. O., Rdnr. 102).

(b) Zügigkeit, angemessene Verfahrensförderung und Unabhängigkeit

223. Soweit der Beschwerdeführer eine Verzögerung und eine mangelnde Unabhängigkeit bei der Vor-Ort-Aufklärung rügt, ist der Gerichtshof der Ansicht, dass dieser Aspekt vor dem Hintergrund der anhaltenden Feindseligkeiten in der Region des Bombenabwurfs zu prüfen ist. Angehörige des PRT Kundus, die um 12.34 Uhr zur Erstaufklärung vor Ort eintrafen, wurden von rund 100 Angehörigen der afghanischen Sicherheitskräfte geschützt, gerieten aber dennoch unter Beschuss (siehe Rdnr. 27). Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu *Al-Skeini u. a.* und *Jaloud* (beide a. a. O.), wo die zu untersuchenden Todesfälle sich nicht während einer Phase aktiver Feindseligkeiten in einem extraterritorialen bewaffneten Konflikt ereignet hatten. Unter diesen Umständen ist der Gerichtshof der Auffassung, dass von dem deutschen Militärkontingent bei realistischer Betrachtungsweise keine zügigere Vor-Ort-Aufklärung erwartet werden konnte. Zwar erkennt der Gerichtshof an, dass es, wie von dem Beschwerdeführer vorgetragen, möglicherweise machbar gewesen wäre, vor dem Vor-Ort-Besuch mit einer Drohne weitere Aufklärung durchzuführen, aber es ist dem Gerichtshof nicht möglich festzustellen, ob dies eventuell zu Informationen hätte führen können, die über das hinausgegangen wären, was bereits durch die Inspektion mittels unbemanntem Flugzeug am selben Morgen um 08.00 Uhr festgestellt worden war (siehe Rdnr. 24). Während der Gerichtshof die Auffassung des Beschwerdeführers teilt, dass es im Hinblick auf die Unabhängigkeit vorzuziehen gewesen wäre, wenn die erste Vor-Ort-Erkundung nicht ausschließlich von Oberst K. unterstellten Angehörigen des PRT Kundus durchgeführt worden wäre, so stellt er dennoch fest, dass das Untersuchungsteam der Feldjäger, dessen Entsendung aus Masar-i-Sharif an diesem Morgen angeordnet worden war, noch nicht eingetroffen war, als die Aufklärung vor Ort durchgeführt wurde (siehe Rdnrn. 26-27). Die Sicherstellung der Teilnahme des Feldjägerteams hätte somit zu einer, wenn auch geringfügigen, Verzögerung geführt, was veranschaulicht, wie Zügigkeit und Unabhängigkeit miteinander verknüpft sind.

224. Unter erneutem Hinweis darauf, dass die verfahrensrechtlichen Pflichten aus Artikel 2 realistisch betrachtet werden müssen (*Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 168) und dass die deutschen zivilen Strafverfolgungsbehörden rechtlich nicht zur Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen in Afghanistan befugt waren, hat nach Auffassung des Gerichtshofs die Tatsache, dass die Feldjäger unter dem allgemeinen Kommando des deutschen ISAF-Kontingents standen, ihre Unabhängigkeit nicht in einem Maße beeinflusst, dass dies die Qualität ihrer Ermittlungen beeinträchtigt hätte (siehe *Jaloud*, a. a. O., Rdnrn. 189-190). Der Gerichtshof hat in der Rechtssache *Al-Skeini u. a.* zwar befunden, dass eine Untersuchung, die ausschließlich von den Vorgesetzten der mutmaßlich verantwortlichen Soldaten durchgeführt wurde und sich auf die Vernehmung der beteiligten Soldaten beschränkte, den Erfordernissen aus Artikel 2 nicht genügte (a. a. O., Rdnr. 153 und 171), es

soll aber nicht nahegelegt werden, dass Befehlshaber, auch in Anbetracht der ihnen in dieser Hinsicht nach dem humanitären Völkerrecht obliegenden Pflichten (siehe Rdnrn. 84 und 193), gänzlich von Ermittlungen gegen ihre Untergebenen auszuschließen sind.

225. Allerdings ist der Gerichtshof der Auffassung, dass Oberst K. nicht in die in Afghanistan unternommenen Ermittlungsschritte, einschließlich der Befragungen und Besuche am 4. und 5. September 2009 (siehe Rdnrn. 27-28), hätte einbezogen werden dürfen, da die Untersuchung seine eigene Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit der Anordnung des Luftangriffs betraf.

226. Gleichwohl kann der Gerichtshof nicht zu dem Schluss kommen, dass allein durch die Beteiligung von Oberst K. die Untersuchung unwirksam wurde (siehe *Mustafa Tunç und Fecire Tunç*, a. a. O., Rdnr. 225). Die Zuständigkeit für die strafrechtlichen Ermittlungen lag bei den zivilen Strafverfolgungsbehörden, und zwar insbesondere beim Generalbundesanwalt, dem umfangreiche Materialien aus Ermittlungen verschiedener Akteure zur Verfügung standen und der weitere Ermittlungsmaßnahmen ergriff (vgl. den Unterschied zu *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 153 und 171). Noch bedeutsamer ist, dass die Einschätzung des Generalbundesanwalts, dass Oberst K. sich nicht strafbar gemacht habe, in erster Linie auf Feststellungen zu Oberst K.s subjektivem Vorstellungsbild von den Tatsachen (*mens rea*) im Zeitpunkt der Anordnung des Luftangriffs beruhte, die durch nicht manipulierbare Beweise wie die Tonaufzeichnungen des Funkverkehrs zwischen der Operationszentrale und den Piloten der amerikanischen F-15-Flugzeuge oder die Aufzeichnungen ihrer Wärmebild-Infrarotkameras, die sofort sichergestellt worden waren, bestätigt wurden.

227. Unter diesen Umständen bestand bei realistischer Betrachtungsweise nicht die Gefahr, dass entscheidende Beweismittel für die Einschätzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Oberst K. verfälscht oder unglaubwürdig waren. Gleiches gilt für das vermeintlich aus der Beteiligung von Oberst K. an bestimmten Ermittlungsschritten in Afghanistan herrührende Risiko, sowie auch für die verzögerte Vernehmung von Oberst K. und weiteren Soldaten, die sich im Kommandostand aufgehalten hatten, durch den Generalbundesanwalt. Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen dem vorliegenden Fall und *Jaloud* (wo unklar geblieben war, wer die tödlichen Schüsse auf den Sohn des Beschwerdeführers abgefeuert hatte) und *Al-Skeini u. a.* (wo wesentliche Umstände des Todes der Angehörigen der ersten fünf Beschwerdeführer unklar geblieben waren).

228. Soweit der Beschwerdeführer die mangelnde Zügigkeit der Ermittlungen durch die zivilen Strafverfolgungsbehörden in Deutschland rügt, stellt der Gerichtshof fest, dass der Leitende Rechtsberater der Bundeswehr am Tag des Luftangriffs die Staatsanwaltschaft P. in Kenntnis setzte (siehe Rdnr. 30). Die Staatsanwaltschaft leitete drei Tage später eine Vorprüfung ein, die letztlich an den Generalbundesanwalt übergeben wurden,

der parallel dazu am 8. September 2009, also vier Tage nach dem Luftangriff, Vorermittlungen eingeleitet hatte. Somit haben die zuständigen deutschen Behörden, nachdem bekannt wurde, dass es möglicherweise Todesopfer in der Zivilbevölkerung gegeben hatte, zügig eine Untersuchung des Luftangriffs, auch im Hinblick auf die Prüfung einer möglichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Beteiligten, eingeleitet.

229. Mit Blick auf die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden während des Vorermittlungsverfahrens (siehe Rdnr. 97), die ergriffenen Ermittlungsmaßnahmen und die weitergeführten Untersuchungsaktivitäten (siehe Rdnr. 31) ist nach Auffassung des Gerichtshofs der Umstand, dass die Untersuchung etwa sechs Monate lang im Vorstadium verblieb, bis am 12. März 2010 ein förmliches strafrechtliches Ermittlungsverfahren eröffnet wurde, zwar bedauerlich, beeinträchtigt jedoch nicht die Wirksamkeit der Untersuchung.

(c) Beteiligung der nächsten Angehörigen und öffentliche Kontrolle

230. Der Gerichtshof stellt fest, dass der Beschwerdeführer am 12. April 2010 Strafantrag wegen des Todes seiner beiden Söhne stellte und Einsicht in die Ermittlungsakte beantragte (siehe Rdnr. 50). Ungeachtet dessen stellte der Generalbundesanwalt vier Tage später die Ermittlungen ein, ohne den Beschwerdeführer angehört oder seinem Anwalt Akteneinsicht gewährt zu haben. Dies erscheint hinsichtlich der Beteiligung des Beschwerdeführers als Vater von zwei der durch den Luftangriff getöteten Personen an den Ermittlungen und angesichts seines Vorbringens, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass er über relevante Informationen, insbesondere zur Identität der am Bombenabwurfort anwesenden Personen, verfüge, auf den ersten Blick problematisch.

231. Unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache stellt die ausgebliebene Zeugenvernehmung des Beschwerdeführers vor der Einstellung der Ermittlungen jedoch kein Ermittlungsdefizit dar. Es stand zweifelsfrei fest, dass die beiden Söhne des Beschwerdeführers durch den von Oberst K. angeordneten Luftangriff getötet worden waren, und der Beschwerdeführer hätte mit Blick auf die Gründe, auf die sich der Generalbundesanwalt stützte, keine für die Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Oberst K. maßgeblichen zusätzlichen Erkenntnisse liefern können. Der Gerichtshof stellt ferner fest, dass der Verteidiger des Beschwerdeführers keine weiteren Ausführungen zu den zusätzlichen relevanten Informationen machte, über die der Beschwerdeführer angeblich verfügte; dies spiegelt das Vorbringen der Regierung wider, wonach die Äußerungen des Beschwerdeführers hinsichtlich seiner Anwesenheit am Bombenabwurfort vage blieben. Das Oberlandesgericht hatte seinerseits festgestellt, dass der Beschwerdeführer für eine Reihe von zulasten der Beschuldigten vorgetragenen Punkten, u. a. dass in der Nacht des

Luftangriffs viele Zivilisten im Freien gewesen seien, keine geeigneten bzw. überhaupt keine Beweise vorgelegt habe (siehe Rdnr. 53).

232. Darüber hinaus hat der Generalbundesanwalt die Ausführungen des Beschwerdeführers aus dessen Schreiben vom 9. Juni 2010 und 7. Juli 2010 geprüft und mit Schreiben vom 16. Juli 2010 und 3. September 2010 als unbegründet zurückgewiesen (siehe Rdnr. 50). Wenn die Stellungnahmen des Beschwerdeführers neue Beweise enthalten oder dazu geführt hätten, dass die vorhandenen Beweise in einem anderen Licht gesehen worden wären, hätte dies zur Wiederaufnahme der Ermittlungen führen können (siehe Rdnr. 98). Dem Beschwerdeführer wurde somit nicht die Möglichkeit genommen, Einfluss auf die Ermittlungen zu nehmen, auch wenn er vor der Einstellungsentscheidung nicht angehört wurde. Der Gerichtshof wiederholt diesbezüglich, dass Artikel 2 den Ermittlungsbehörden nicht die Pflicht auferlegt, jedem Ersuchen um eine bestimmte Ermittlungsmaßnahme, das im Laufe der Untersuchung von den Angehörigen gestellt wird, nachzukommen (siehe *Giuliani und Gaggio*, a. a. O., Rdnrn. 304 und 312 f.; *Velcea und Mazăre*, a. a. O., Rdnr. 113; und *Ramsahai u. a.*, a. a. O., Rdnr. 348).

233. Da das Bundesverfassungsgericht sich mit der Frage der Einsicht in die Ermittlungsakte zu einem früheren Zeitpunkt in einer gesonderten, von dem Beschwerdeführer nicht beanstandeten Entscheidung befasst hat (siehe Rdnr. 57), kann der Gerichtshof im Hinblick auf die Akteneinsicht des Beschwerdeführers jedenfalls keine unzulässigen Beschränkungen oder Verzögerungen erkennen. Zunächst hatte der Vertreter des Beschwerdeführers Akteneinsicht im Namen einer großen Anzahl von Personen beantragt, deren Opferstatus zu überprüfen eine gewisse Zeit in Anspruch nahm (siehe Rdnr. 50). Nachdem der Vertreter des Beschwerdeführers den Antrag auf den Beschwerdeführer beschränkt hatte, wurde zwei Tage später Einsicht in die nichtvertraulichen Teile der Ermittlungsakte gewährt. Das Ermittlungsmaterial enthielt sensible Informationen über einen Militäreinsatz in einem andauernden bewaffneten Konflikt; es kann nicht als automatisches Erfordernis nach Artikel 2 angesehen werden, dass den überlebenden Angehörigen eines verstorbenen Opfers Zugang zu den laufenden Ermittlungen gewährt wird (siehe *Ramsahai u. a.*, a. a. O., Rdnr. 347; *Giuliani und Gaggio*, a. a. O., Rdnr. 304; und *McKerr*, a. a. O., Rdnr. 129).

234. Soweit der Beschwerdeführer die verspätete Zustellung des Einstellungsbescheids beanstandet hat, ist der Gerichtshof der Ansicht, dass es angemessen war, den Einstellungsvermerk vom 16. April 2010 nicht sofort zu veröffentlichen oder den Geschädigten zuzustellen, sondern diesen zunächst zu bearbeiten, da er als geheim eingestufte militärische Informationen enthielt. Die wesentlichen Aspekte der Entscheidung wurden jedoch in einer Pressemitteilung veröffentlicht (siehe Rdnr. 34). Am 13. Oktober 2010, zwei Tage nach Fertigstellung der Bearbeitung, wurde dem Rechtsanwalt des Beschwerdeführers diese Fassung des

Einstellungsbescheids zugestellt. Wesentlich ist, dass die einmonatige Frist für die Einreichung des Klageerzwingungsantrags ab dem Zustellungsdatum des Einstellungsbescheids zu laufen begann (vgl. Rdnr. 99). Somit hatte die Verzögerung bei der Zustellung der bearbeiteten Fassung der Einstellungsentscheidung keinen negativen Einfluss auf die Möglichkeit des Beschwerdeführers, diese Entscheidung anzufechten (vgl. den Unterschied zu *Damayev*, a. a. O., Rdnr. 87).

235. Und schließlich stellt der Gerichtshof fest, dass die Untersuchung des Luftangriffs durch den parlamentarischen Untersuchungsausschuss (siehe Rdnr. 69) ein hohes Maß an öffentlicher Kontrolle gewährleistet hat (siehe *Tagayeva u. a.*, a. a. O., Rdnr. 629-631; *Mustafić-Mujić u. a.*, a. a. O., Rdnr. 102-106; siehe auch *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 71, 157 und 176).

3. Schlussfolgerung

236. In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen und unter Berücksichtigung der Umstände der vorliegenden Rechtssache kommt der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die von den deutschen Behörden durchgeführten Ermittlungen zum Tod der beiden Söhne des Beschwerdeführers den Anforderungen an eine wirksame Untersuchung aus Artikel 2 der Konvention gerecht geworden sind. Folglich ist Artikel 2 der Konvention in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht verletzt worden.

AUS DIESEN GRÜNDEN ENTSCHEIDET DER GERICHTSHOF:

1. Der Teil der Beschwerde, der die mangelnde Unabhängigkeit der in Deutschland vorgenommenen Ermittlungen betrifft, wird einstimmig für unzulässig erklärt;
2. die Individualbeschwerde wird im Übrigen mit Stimmenmehrheit für zulässig erklärt;
3. es wird einstimmig festgestellt, dass Artikel 2 der Konvention in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht verletzt worden ist.

Ausgefertigt in englischer und französischer Sprache und schriftlich zugestellt am 16. Februar 2021 nach Artikel 77 Abs. 2 und 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs.

Johan Callewaert
Stellvertretender Kanzler

Jon Fridrik Kjølbro
Präsident

Gemäß Artikel 45 Abs. 2 der Konvention und Artikel 74 Abs. 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs ist diesem Urteil das Sondervotum der Richter Grozev, Ranzoni und Eicke beigelegt.

J.F.K.

J.C.

GEMEINSAME TEILWEISE ABWEICHENDE MEINUNG DER RICHTER GROZEV, RANZONI UND EICKE

I. Einleitung

1. Wir schließen uns zwar der Feststellung an, dass Artikel 2 der Konvention in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht verletzt worden ist, dennoch hätte die Beschwerde unserer Ansicht nach mangels des in Bezug auf die verfahrensrechtliche Ermittlungspflicht aus Artikel 2 erforderlichen Anknüpfungspunktes an die Hoheitsgewalt (im Sinne von Artikel 1) für unzulässig erklärt werden müssen.

2. Soweit für die vorliegende Stellungnahme relevant, kann die Rechtssache wie folgt zusammengefasst werden. Im Dezember 2001 stimmte der Deutsche Bundestag dem Einsatz deutscher Streitkräfte im Rahmen einer Internationalen Sicherheitsbeistandstruppe (ISAF) der Vereinten Nationen in Afghanistan zu, deren Kommando im Anschluss von der NATO übernommen wurde. Die deutschen Truppen übernahmen in erster Linie das Regionale Wiederaufbauteam (PRT) Kundus, das zu jener Zeit von dem deutschen Oberst K. geführt wurde. Am 3. September 2009 entführten Aufständische zwei Tanklaster, die anschließend fahruntüchtig auf einer Sandbank im Fluss Kundus liegen blieben. In den frühen Morgenstunden des 4. September 2009 wies Oberst K. zwei Flugzeuge der US-Luftwaffe an, die liegen gebliebenen Fahrzeuge zu bombardieren. Durch den Luftangriff wurden die Tanklaster zerstört und u. a. die beiden Söhne des Beschwerdeführers getötet. Nachdem der Generalbundesanwalt in den Tagen nach dem Luftangriff bereits Vorermittlungen aufgenommen hatte, leitete er ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren zur Untersuchung des Vorgehens von Oberst K. ein. Dieses Ermittlungsverfahren wurde im April 2010 mangels hinreichenden Verdachts einer Strafbarkeit der

Beschuldigten eingestellt. Im Februar 2011 verwarf das Oberlandesgericht den Klageerzwingungsantrag des Beschwerdeführers als unzulässig; am 19. Mai 2015 lehnte es das Bundesverfassungsgericht ab, eine gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung anzunehmen.

3. Vor dem Straßburger Gerichtshof rügte der Beschwerdeführer unter Berufung auf Artikel 2 der Konvention ausschließlich Mängel der strafrechtlichen Ermittlungen zu dem Luftangriff (verfahrensrechtlicher Aspekt), nicht aber die Tötung seiner beiden Söhne durch den Luftangriff an sich (materiellrechtlicher Aspekt).

4. In dieser Stellungnahme erläutern wir zunächst, warum unserer Auffassung nach im Kontext der vorliegenden Rechtssache weder die Tatsache allein, dass innerstaatliche strafrechtliche Ermittlungen zum Tod der Söhne des Beschwerdeführers eingeleitet wurden, noch die sogenannten „besonderen Merkmale“, auf die sich die Mehrheit gestützt hat, einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt begründen können, der die verfahrensrechtliche Verpflichtung aus Artikel 2 auslösen würde. Im Anschluss prüfen wir, ob der erforderliche Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt auf die Militäreinsätze in Afghanistan an sich gegründet werden könnte.

II. Der von der Mehrheit festgestellte Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt

5. In der Rechtssache *Güzelyurtlu u. a. ./.* *Zypern und Türkei* ([GK], Individualbeschwerde Nr. 36925/07, Rdnrn. 188-189 und 196, 29. Januar 2019) hat der Gerichtshof festgestellt, dass unter bestimmten Umständen die Einleitung innerstaatlicher strafrechtlicher Ermittlungen zu Todesfällen, die sich außerhalb der Hoheitsgewalt *ratione loci* des betreffenden Staates ereignet hätten, in Bezug auf die Angehörigen des Opfers, die sich mit einer Beschwerde an den Gerichtshof wendeten, einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt dieses Staates begründen könne. In der vorliegenden Rechtssache befand die Mehrheit – und wir stimmen insoweit zu –, dass dieses Prinzip auf den vorliegenden Sachverhalt, nämlich die Untersuchung von Todesfällen, die sich im Zusammenhang mit einem extraterritorialen Militäreinsatz ereigneten, der außerhalb des Territoriums eines Konventionsstaats im Rahmen eines durch eine Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen erteilten Mandats durchgeführt wurde, nicht anwendbar sei (siehe Rdnr. 135 des Urteils). In der Tat würde jede anderslautende Sichtweise Staaten davor zurückschrecken lassen, auf innerstaatlicher Ebene Ermittlungen einzuleiten, und „den Anwendungsbereich der Konvention übermäßig ausweiten“ (ebd.).

6. Allerdings vertrat die Mehrheit dann – erneut unter Verweis auf die Rechtssache *Güzelyurtlu u. a.* (a. a. O., Rdnr. 190) – die Auffassung, dass nicht nur „besondere Merkmale“ einen solchen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt begründen könnten, der wiederum die verfahrensrechtliche Verpflichtung aus Artikel 2 auslöse, sondern auch, dass dies selbst für extraterritoriale Sachverhalte außerhalb des Rechtsraums der Konvention gelte (siehe Rdnr. 136 des Urteils). Der Mehrheit zufolge seien in der vorliegenden Rechtssache drei solche „besonderen Merkmale“ gegeben: a) Deutschland sei nach dem Völkerrecht verpflichtet gewesen, den Luftangriff zu untersuchen; b) die afghanischen Behörden seien rechtlich daran gehindert gewesen, selbst strafrechtliche Ermittlungen einzuleiten; c) die deutschen Strafverfolgungsbehörden seien auch nach innerstaatlichem Recht verpflichtet gewesen, strafrechtliche Ermittlungen einzuleiten.

7. Nicht einverstanden sind wir sowohl mit A) der erweiterten Anwendung von „besonderen Merkmalen“ auf Vorfälle, die sich außerhalb des Rechtsraums der Konvention ereigneten, als auch B) den drei „besonderen Merkmalen“, die von der Mehrheit in der vorliegenden Rechtssache festgestellt worden sind. Unseres Erachtens nimmt die Mehrheit durch diese Herangehensweise mit der

einen Hand das weg, was sie mit der anderen gegeben hat, und zwar indem sie genau das tut, was sie ausdrücklich vermeiden wollte, nämlich eine abschreckende Wirkung herbeizuführen (mindestens durch die unnötige Duplizierung von Verpflichtungen, die entweder bereits bestehen oder sich aus dem Statut des Internationalen Strafgerichtshofs und/oder aus dem Gewohnheitsrecht ergeben) und „den Anwendungsbereich der Konvention übermäßig auszuweiten“.

A) Ungerechtfertigte Erweiterung des Ansatzes der „besonderen Merkmale“

8. In Bezug auf extraterritoriale Sachverhalte, bei denen sich die betreffenden Vorfälle außerhalb des Rechtsraums der Konvention ereigneten, die Beschwerdeführer jedoch nur eine Verletzung von Artikel 2 in verfahrensrechtlicher Hinsicht rügten, geht aus der Rechtsprechung der Großen Kammer eindeutig hervor, dass sie bislang stets als Erstes geprüft hat, ob der zu untersuchende Vorfall selbst unter die Hoheitsgewalt des betreffenden Staates im Sinne von Artikel 1 der Konvention fiel, und wenn ja, ob dieser Vorfall dem betreffenden Staat zuzurechnen war (eine wichtige Unterscheidung, auf die der Gerichtshof jüngst erneut hingewiesen hat, und zwar in seiner Zulässigkeitsentscheidung in der Rechtssache *Ukraine ./. Russland (betr. die Krim)* ([GK], Individualbeschwerden Nrn. 20958/14 und 38334/18, Rdnrn. 264, 266 und 368, 14. Januar 2021)). Bei solchen Sachverhalten hat der Gerichtshof noch nie – zumindest nicht ausdrücklich – eine andere Prüfung durchgeführt.

9. In der Rechtssache *Al-Skeini u. a. ./. das Vereinigte Königreich* ([GK], Individualbeschwerde Nr. 55721/07, ECHR 2011) rügten die Beschwerdeführer keine materiellrechtliche Verletzung des Rechts auf Leben aus Artikel 2, sondern beanstandeten lediglich, dass der beschwerdegegnerische Staat seiner verfahrensrechtlichen Pflicht nicht nachgekommen sei, eine wirksame Untersuchung der Tötung ihrer Angehörigen im Irak durchzuführen. Dennoch prüfte der Gerichtshof zunächst, ob die Tötungen den Streitkräften des beschwerdegegnerischen Staates zuzurechnen waren (dort Rdnrn. 97-100) und dann – in Verbindung mit der Hauptsache –, ob diese Tötungen unter die Hoheitsgewalt des beschwerdegegnerischen Staates fielen (dort Rdnrn. 130-150).

10. In der Rechtssache *Jaloud ./. Niederlande* ([GK], Individualbeschwerde Nr. 47708/08, ECHR 2014) rügte der Beschwerdeführer ebenfalls keine materiellrechtliche Verletzung von Artikel 2, sondern machte geltend, dass die Untersuchung der Tötung seines Sohnes im Irak durch die Streitkräfte des

beschwerdegegnerischen Staats unangemessen gewesen sei. Der Gerichtshof prüfte wiederum zunächst, ob die Tötung unter die Hoheitsgewalt des betreffenden Staats fiel (dort Rdnrn. 137-153) und dann, ob sie dem Staat zuzurechnen war (dort Rdnrn. 154-155).

11. In der Rechtssache *Güzelyurtlu* u. a. (a. a. O, Rdnr. 190) befand der Gerichtshof, dass die verfahrensrechtliche Verpflichtung aus Artikel 2 zwar grundsätzlich nur den Konventionsstaat treffe, in dessen Hoheitsgewalt sich die verstorbene Person im Zeitpunkt ihres Todes befunden habe, dass in einem konkreten Fall aber „besondere Merkmale“ ein Abweichen von diesem Ansatz rechtfertigen könnten. Wir weisen allerdings darauf hin, dass das Kriterium der „besonderen Merkmale“ ursprünglich in einem anderen Kontext und in zwei nur sehr kurzen – fast deklaratorischen – Absätzen in dem Urteil in der Rechtssache *Rantsev ./ Zypern und Russland* (Individualbeschwerde Nr. 25965/04, Rdnrn. 243-244, ECHR 2010 (Auszüge)) „entwickelt“ worden war. Wichtiger noch, im Fall *Güzelyurtlu* war die auf „besondere Merkmale“ gestützte Begründung eines Anknüpfungspunktes an die Hoheitsgewalt, der die verfahrensrechtliche Verpflichtung aus Artikel 2 wirksam werden ließ, eindeutig mit dem Ziel verbunden, ein Vakuum im System des Menschenrechtsschutzes auf dem Staatsgebiet Zyperns, das in den Rechtsraum der Konvention fällt, zu vermeiden (siehe *Güzelyurtlu* u. a., a. a. O, Rdnr. 195). Dies spiegelt sich gerade auch in der Tatsache wider, dass in diesen beiden Fällen beide beteiligte (Konventions-)Staaten Beschwerdegegner der vom Gerichtshof geprüften Beschwerde waren und es *de facto* um eine Frage der Aufteilung der Verantwortlichkeit zwischen ihnen ging. Ferner bestimmte sich in beiden Fällen diese Aufteilung der Verantwortlichkeit wie auch die Pflicht zur Zusammenarbeit nicht nur nach der Konvention, sondern auch noch nach anderen multilateralen (Europarats-)Übereinkommen, und zwar im Fall *Rantsev* nach der Konvention des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels (SEV-Nr. 197) und im Fall *Güzelyurtlu* sowohl nach dem Europäischen Auslieferungsübereinkommen (SEV.-Nr. 24) und einigen seiner Protokolle als auch nach dem Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (SEV-Nr. 182). Keiner dieser Faktoren ist in der vorliegenden Rechtssache gegeben, die viel eher mit der Sachlage in den Fällen *Al-Skeini* und *Jaloud* vergleichbar ist, in denen der Gerichtshof die Frage des Vorliegens „besonderer Merkmale“ nicht geprüft und auch kein anderes vergleichbares Prüfungskriterium angewendet hat – und dies trotz der Tatsache, dass beide Fälle zeitlich nach dem Fall *Rantsev* kamen.

12. Folglich sehen wir mit Besorgnis, dass die Mehrheit nunmehr die Abtrennbarkeit der verfahrensrechtlichen Untersuchungspflicht

bis über die Zerreißgrenze hinaus dehnt, indem sie jeglichen Zusammenhang mit einer zugrunde liegenden materiellrechtlichen Konventionsverpflichtung aus Artikel 2 aufgibt. Zwar hat der Gerichtshof – selbstverständlich – bereits akzeptiert, dass die verfahrensrechtliche Verpflichtung als eine eigene Verpflichtung angesehen werden kann, die die Feststellung eines gesonderten und unabhängigen „Eingriffs“ begründet, jedoch hat er dies bislang nur in einigen wenigen und sehr speziellen Kontexten getan.

13. In dem vorliegenden Urteil hingegen geht es nun nicht mehr um die Begründung einer verfahrensrechtlichen Verpflichtung zur Überprüfung der „Rechtmäßigkeit des Einsatzes tödlicher Gewalt durch staatliche Behörden“ (siehe *McCann u. a. ./ das Vereinigte Königreich*, 27. September 1995, Rdnr. 161, Serie A Nr. 324) oder um die „Artikel 2 innewohnende Verpflichtung, wonach u. a. das Recht auf Leben ‚gesetzlich zu schützen‘ ist“ (siehe *Šilih ./ Slowenien [GK]*, Individualbeschwerde Nr. 71463/01, Rdnr. 154, 9. April 2009), die beide voraussetzen, dass der (drohende) Verlust von Menschenleben innerhalb der territorialen „Hoheitsgewalt“ des Konventionsstaats eingetreten ist. Ebenso wenig geht es um die Pflicht zur Zusammenarbeit im Rahmen der Ermittlungen eines anderen Mitgliedstaats oder um die Einleitung eigener Ermittlungen durch diesen Staat nach der Flucht von Verdächtigen in den Bereich seiner Hoheitsgewalt, um ein rechtliches Vakuum innerhalb des „Rechtsraums der Konvention“ zu vermeiden (siehe *Güzelyurtlu u. a., a. a. O.*, Rdnr. 195).

14. Tatsächlich hat die Mehrheit betont, „dass sich aus dem bloßen Bestehen eines Anknüpfungspunktes an die Hoheitsgewalt in Bezug auf die Verfahrenspflicht nach Artikel 2 nicht ableiten lässt, dass die Tat im materiellen Sinn in die Hoheitsgewalt des Konventionsstaats fällt oder die Handlung diesem Staat zuzurechnen wäre“ (siehe Rdnr. 143 des Urteils). Dem stimmen wir zu. Allerdings ist dies nicht die eigentliche Frage, sondern es verhält sich vielmehr umgekehrt. Mit dem vorliegenden Urteil hat der Gerichtshof eine verfahrensrechtliche Pflicht zur Untersuchung des Verlusts von Menschenleben begründet, der außerhalb des Rechtsraums der Konvention eingetreten ist, der ausdrücklich nicht dem Konventionsstaat „zuzurechnen“ ist, bezüglich dessen dieser Staat keine materiellrechtliche Verpflichtung aus Artikel 2 hat und in Bezug auf den er nicht einmal Hoheitsgewalt hat. Das ist es, was uns Sorge bereitet. Wie kann ein Konventionsstaat nach Artikel 2 für Mängel einer innerstaatlichen Untersuchung verantwortlich gemacht werden, wenn der zu untersuchende Vorfall selbst nicht dem betreffenden Staat zugerechnet werden kann und nicht in die

Zuständigkeit des Gerichtshofs im Sinne von Artikel 1 der Konvention fällt?

15. Darüber hinaus ist der Ansatz der Mehrheit nur schwer mit der verfahrensrechtlichen Pflicht zur Durchführung einer Untersuchung zu vereinbaren, die breit genug angelegt ist, um festzustellen, „ob der Staat seiner Verpflichtung aus Artikel 2 zum Schutz des Lebens nachgekommen ist“ (siehe Rdnr. 205 des Urteils). Auf welcher Grundlage soll sich diese letztgenannte – materiellrechtliche – Verpflichtung aus der Konvention ergeben, wenn gar keine „Hoheitsgewalt“ gegeben ist, ob nun im Sinne einer „effektiven Kontrolle über das Gebiet“ oder im Sinne von „physischer Gewalt und Kontrolle durch für den Staat handelnde Personen“? (Bezüglich des Anknüpfungspunktes an die Hoheitsgewalt auf Grundlage des Vorfalls selbst, siehe Kapitel III).

16. Folglich ist für uns auch nicht klar, wo (wenn überhaupt) die möglichen Grenzen der in dem vorliegenden Urteil festgestellten verfahrensrechtlichen Verpflichtung aus Artikel 2 in Bezug auf die zugrundeliegende Handlung oder Unterlassung, die zu dem Verlust von Menschenleben geführt hat, liegen. Wenn hinsichtlich der Handlung oder Unterlassung, die zu dem Verlust von Menschenleben geführt hat, in Abhängigkeit von etwaigen „besonderen Merkmalen“ weder Hoheitsgewalt noch Zurechnung vorausgesetzt werden, könnte sich dann die verfahrensrechtliche Verpflichtung auch in Bezug auf einen Verlust von Menschenleben ergeben, der durch assoziierte Milizen verursacht wurde (ob anerkanntermaßen oder mutmaßlich) oder durch die Handlungen von Verbündeten, die Nichtkonventionsstaaten sind, etwa die Vereinigten Staaten von Amerika (nebenbei bemerkt wurden die Bomben im vorliegenden Fall tatsächlich von zwei Flugzeugen der US-Luftwaffe abgeworfen)?

17. Ein weiterer Punkt, den wir für bedenklich halten, ist, dass (und auf welche Weise) durch die Feststellung der Mehrheit, dass Deutschland die Hoheitsgewalt über die gesamte Untersuchung habe, diese in solchen Fällen unweigerlich noch weiter ausgedehnt wird. Denn schließlich hat die Mehrheit in diesem Urteil, indem sie den Geltungsbereich der Konvention auf „die Ermittlungshandlungen bzw. -versäumnisse deutscher Militärangehöriger in Afghanistan“ erstreckt hat (siehe Rdnr. 144 des Urteils), die Grundsätze aus der Rechtssache *Güzelyurtlu* noch einmal weiter auf Bereiche ausgedehnt, die geographisch außerhalb des Rechtsraums der Konvention liegen. Wie wir dem Verweis auf den Fall *Jaloud* (a. a. O.) entnehmen, wurde dies durch die Annahme erreicht, dass Deutschland „Kontrolle durch für den Staat handelnde Personen“ über seine Ermittler ausübe. Diese Schlussfolgerung scheint uns jedoch weder von dem Fall *Güzelyurtlu* noch von dem Fall *Markovic u. a.* ./.

Italien ([GK], Individualbeschwerde Nr. 1398/03, ECHR 2006-XIV), auf den in Rdnr. 136 ausdrücklich Bezug genommen wird, gestützt zu sein. Die letztgenannte Rechtssache war letztendlich ein reiner Artikel 6-Fall, in dem die Beschwerdeführer vor den italienischen Gerichten (d. h. Gerichten innerhalb der territorialen Hoheitsgewalt Italiens) eine Verweigerung des Zugangs zu einem Gericht rügten. Der Gerichtshof befand dort, dass „[w]enn ein Zivilverfahren vor den innerstaatlichen Gerichten angestrengt wird, der Staat aufgrund von Artikel 1 der Konvention verpflichtet ist, in diesem Verfahren die Wahrung der durch Artikel 6 geschützten Rechte sicherzustellen“ (ebd., Rdnr. 54), und zwar nur dieser Rechte. Ferner ging der Fall *Markovic* dem Fall *Rantsev* zeitlich voraus und verwies in keiner Weise auf „besondere Merkmale“, die im Kontext von Vorfällen anwendbar wären, die sich außerhalb des Rechtsraums der Konvention ereigneten.

18. Insgesamt ist es zwar zutreffend, dass der Gerichtshof bereits in früheren Fällen Konventionsrechte „aufgeteilt und passend zugeschnitten“ hat (siehe z. B. die Rechtssache *Al-Skeini u. a.*, a. a. O., Rdnr. 137, und die Rechtssache *Hirsi Jamaa u. a. ./ Italien* [GK], Individualbeschwerde Nr. 27765/09, Rdnr. 74, ECHR 2012), jedoch geht die Mehrheit mit ihrem Ansatz, den Begriff der „Hoheitsgewalt“ passend zuzuschneiden, im vorliegenden Fall über die Grenzen dessen hinaus, was für uns noch vertretbar ist.

B) Die drei von der Mehrheit angewendeten „besonderen Merkmale“

19. Selbst wenn man gelten lässt, dass „besondere Merkmale“ grundsätzlich einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt begründen können, der die verfahrensrechtliche Verpflichtung aus Artikel 2 in Bezug auf extraterritoriale Handlungen außerhalb des Rechtsraums der Konvention zum Tragen bringt, können wir nicht nachvollziehen, was die von der Mehrheit in der vorliegenden Rechtssache festgestellten und angewendeten „besonderen Merkmale“ derart „besonders“ machen soll, dass diese noch weiter reichende Ausweitung des Begriffs der „Hoheitsgewalt“ nach Artikel 1 gerechtfertigt wäre. Wir sehen uns daher außerstande, uns der Argumentation und Schlussfolgerung der Mehrheit anzuschließen. Schließlich setzt Rechtssicherheit u. a. voraus, dass für die Konventionsstaaten wie auch für die in ihrem Namen oder unter ihrer Führung und Kontrolle Handelnden bei vernünftiger Betrachtung vorhersehbar ist, dass Verpflichtungen aus der Konvention greifen.

20. Das erste „besondere Merkmal“, das angeführt wird, ist die völkerrechtliche Verpflichtung Deutschlands zur Untersuchung des Luftangriffs. Diese Verpflichtung gründet sich größtenteils auf das Völkergewohnheitsrecht, wie aus Regel 158 der Studie über humanitäres Völkergewohnheitsrecht des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz (siehe Rdnrn. 80-84 des Urteils) hervorgeht. Wie das Begleitmaterial zu dieser Studie nahelegt, a) ergibt sich diese Verpflichtung zu einem großen Teil aus den Verpflichtungen und der Staatenpraxis, die aus dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs („Römisches Statut“, siehe Rdnrn. 94-95 des Urteils) folgen, und spiegelt diese wider und b) ist diese Verpflichtung nicht auf die Pflicht beschränkt, „Kriegsverbrechen, die mutmaßlich von ihren Staatsangehörigen oder Streitkräften oder auf ihrem Staatsgebiet begangen wurden“ zu untersuchen und gegebenenfalls „die Verdächtigen strafrechtlich zu verfolgen“, sondern sie beinhaltet auch die Pflicht, „andere unter ihre Gerichtsbarkeit fallende Kriegsverbrechen zu untersuchen und gegebenenfalls die Verdächtigen strafrechtlich zu verfolgen“. Was die erstgenannte Verpflichtung angeht (die auch beim dritten „besonderen Merkmal“ relevant werden könnte), so sind die sich aus dem Römischen Statut ergebenden rechtlichen Verpflichtungen selbstverständlich der großen Mehrheit der Konventionsstaaten gemeinsam, weshalb unklar ist, was dieses Merkmal „besonders“ machen soll. Was die letztgenannte Pflicht zur Untersuchung von Kriegsverbrechen über die von den eigenen Streitkräften des betreffenden Staats begangenen hinaus sowie die Ausdehnung dieser Pflicht auf i) alle „Staatsangehörigen“ und ii) alle anderen unter seine Gerichtsbarkeit fallende Kriegsverbrechen betrifft, ist diese eindeutig geeignet, die Schaffung der u. a. im Römischen Statut (zur Vermeidung von Straflosigkeit) vorgesehenen universellen Gerichtsbarkeit in Bezug auf Kriegsverbrechen zu duplizieren (und möglicherweise von ihr abzulenken). Dieser Faktor wird durch die ausdrückliche Hervorhebung der „Schwere der Straftat“ in Rdnr. 137 des Urteils noch weiter verdeutlicht.

21. Wenn dadurch, dass ein Staat im Rahmen der Vereinten Nationen eine Verpflichtung zur Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen übernimmt, ein Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt begründet wird, der die Anwendung der Konvention durch den Gerichtshof auslöst, dann könnte jede Verpflichtung nach dem humanitären Völkerrecht dieselbe Wirkung entfalten. Und wenn dem nicht so ist, was ist die rechtliche Begründung und nach welchen Kriterien wird die eine Verpflichtung von der anderen unterschieden? Da die Liste der potenziell greifenden internationalen Verpflichtungen sehr lang ist, haben wir Sorge, dass es unmöglich

wird, „Hoheitsgewalt“ als tragfähiges Begriffskonzept aufrechtzuerhalten, oder dass es zumindest zu einer willkürlichen, von unklaren rechtlichen Erwägungen abhängigen Anwendung des Konzepts kommen wird.

22. Das zweite „besondere Merkmal“, auf das sich die Mehrheit beruft, ist die Tatsache, dass die afghanischen Behörden rechtlich daran gehindert waren, eine eigene strafrechtliche Untersuchung einzuleiten, und zwar aufgrund der Bestimmung über die ausschließliche Gerichtsbarkeit im ISAF-Truppenstatut. Die durch diese Vorschrift gewährte Immunität ist selbstverständlich ebenfalls nicht „besonders“, sondern, wie in Rdnr. 138 des Urteils anerkannt wird, für truppenstellende Staaten „bei VN-autorisierten Militäreinsätzen üblich“ (dies gilt auch für andere Truppenstatute). In jedem Fall – und erst recht im Kontext von Handlungen und Unterlassungen im Rahmen bewaffneter Konflikte – kann es eine Vielzahl anderer „rechtlicher Gründe“ geben, die wirksamen strafrechtlichen Ermittlungen gegen die Täter, deren Handlungen oder Unterlassungen zu einem Verlust von Menschenleben (oder zu einer Behandlung unter Verletzung von Artikel 3) geführt haben, entgegenstehen; diese Gründe ergeben sich nicht zuletzt aus der souveränen Gleichheit der Staaten, die die Möglichkeit, Ermittlungen durchzuführen, auf Sachverhalte begrenzen kann, bei denen die Verdächtigen in den Bereich der Hoheitsgewalt des Staates zurückkehren, in dem die Handlung oder die Unterlassung erfolgt ist. Ferner ist für uns nicht klar, wie eine „Straflosigkeit“ möglich sein soll, wenn die truppenstellenden Mitgliedstaaten des Europarats – mit denen wir uns ausschließlich befassen – ihre innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit nicht ausüben. Schließlich unterliegen doch bei Straftaten, die von der vorliegend geltend gemachten Schwere sind, der beschwerdegegnerische Staat wie auch die große Mehrheit der Konventionsstaaten letztlich der Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs („IStGH“), wenn es nicht zu einer innerstaatlichen Strafverfolgung kommt – einer Gerichtsbarkeit, bei der nur schwer vorstellbar ist, dass sie durch eine faktisch bilaterale Vereinbarung zwischen der ISAF und der Interimsverwaltung „abgelöst“ wird.

23. Das dritte „besondere Merkmal“ ist der Umstand, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden nach dem innerstaatlichen Recht verpflichtet waren, eine strafrechtliche Untersuchung einzuleiten. Grund hierfür ist, wie in dem Urteil ausdrücklich anerkannt wird (siehe Rdnr. 140), eine unmittelbare Folge der Ratifizierung des Römischen Statuts durch Deutschland. Auch dieses Merkmal dürfte daher in der einen oder anderen Form den allermeisten, wenn nicht allen Konventionsstaaten gemeinsam sein. Soweit bestimmte Staaten eine solche Verpflichtung zur Einleitung eines Strafverfahrens nach

ihrem innerstaatlichen Recht (noch) nicht eingeführt haben, ist es gut möglich, dass sie hiervon abgehalten werden, wenn es sich dabei um das letzte „fehlende Bindeglied“ in der Kombination „besonderer Merkmale“ handelt, die die Voraussetzung für den Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt darstellen, der wiederum erforderlich ist, um die verfahrensrechtliche Verpflichtung nach Artikel 2 der Konvention auszulösen. Wenn sich eine solche Wirkung entfalten würde, dann würde dies auch die Gefahr mit sich bringen, dass dadurch das Engagement der Vertragsparteien für den IStGH (weiter) untergraben wird, eine Folge, die wir als äußerst unerwünscht betrachten würden.

24. In jedem Fall hat es für uns den Anschein, dass die „Kombination“ dieser drei „besonderen Merkmale“, die notwendig sein soll, um den verfahrensrechtlichen Aspekt von Artikel 2 zum Tragen zu bringen (siehe Rdnr. 142 des Urteils), entweder in der (großen) Mehrheit der Vertragsstaaten der Konvention derart üblich ist, dass sie nicht „besonders“ genug ist, um die Begründung von „Hoheitsgewalt“ zu rechtfertigen, wo sie anderenfalls nicht bestehen würde, oder aber es ist nicht erklärt worden (und es erschließt sich uns auch nicht), was diese Merkmale, für sich genommen oder zusammen, so „besonders“ macht, dass sie diese noch weiter reichende Ausdehnung der extraterritorialen Zuständigkeit des Gerichtshofs zu rechtfertigen.

III. Hoheitsgewalt aufgrund der Militäreinsätze im Ausland

25. Da unserer Auffassung nach im Kontext des vorliegenden Falls weder die Tatsache allein, dass eine innerstaatliche strafrechtliche Untersuchung des Todes der Söhne des Beschwerdeführers eingeleitet wurde, noch die Anwendung des Ansatzes der „besonderen Merkmale“ einen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt in Bezug auf die verfahrensrechtliche Verpflichtung aus Artikel 2 der Konvention begründen kann, müssen wir prüfen, ob sich ein solcher Anknüpfungspunkt aus den Militäreinsätzen in Afghanistan selbst ergeben haben könnte.

26. Die Grundsätze, die der Gerichtshof auf die Ausübung von Hoheitsgewalt (im Sinne von Artikel 1 der Konvention) außerhalb des Territoriums der Konventionsstaaten anwendet, insbesondere durch Verweis auf die „außergewöhnlichen Umstände“ von „physischer Gewalt und Kontrolle durch für den Staat handelnde Personen“ und „effektive Kontrolle über ein Gebiet“ sind in den Rechtssachen *Al-Skeini* (a. a. O., Rdnrn. 130-139), *Jaloud* (a. a. O., Rdnr. 139) und *Georgien ./.* *Russland (II)* ([GK], Individualbeschwerde Nr. 38263/08, Rdnr. 81, 21. Januar 2021) zusammengefasst.

27. Da die Mehrheit diese Frage nicht geprüft hat, beschränken wir uns darauf, uns strikt an die Rechtsprechung des Gerichtshofs und die entsprechenden Grundsätze zu halten. Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf die vorliegende Rechtssache gelangen wir zu dem Ergebnis, dass auch die Militäreinsätze in Afghanistan keinen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt begründeten, der die verfahrensrechtliche Verpflichtung aus Artikel 2 hätte auslösen können.

28. Was zunächst den Begriff der räumlichen Kontrolle angeht (also die „effektive Kontrolle über ein Gebiet“) ist für uns offenkundig, dass Deutschland keine effektive Kontrolle über die Region Kundus und das Gebiet des Bombenabwurfs hatte. Aus den Beweismitteln geht klar hervor, dass im September 2009 die Lage vor Ort von aktiven Feindseligkeiten gekennzeichnet war und die Anzahl der Aufständischen in dem Gebiet nahezu gleich hoch war wie die der ISAF-Truppen, wobei letztere bei Gefechten mit Aufständischen stets erhebliche Verluste erlitten.

29. Was zweitens den Begriff der Kontrolle durch Personen (personal control) angeht, also die physische Gewalt und Kontrolle durch für den Staat handelnde Personen, weisen wir darauf hin, dass weder die ISAF-Mission noch die deutschen Truppen in der Region Kundus oder generell in Afghanistan hoheitliche Befugnisse ausübten. Der Schwerpunkt der ISAF-Mission lag ausdrücklich auf der Unterstützung der afghanischen Zivilregierung beim Aufbau der afghanischen Sicherheitskräfte. Diese Sicherheitskräfte waren insbesondere im Raum Kundus präsent und gewährten wiederum den deutschen Truppen Schutz, so etwa dem deutschen Aufklärungstrupp, der nach dem Luftangriff die Boden-Wirkungsanalyse durchführte.

30. Auch über die Söhne des Beschwerdeführers übte Deutschland keine Kontrolle im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus. Wie in der Rechtssache *Banković u. a. ./.* *Belgien u. a.* ((Entsch) [GK], Individualbeschwerde Nr. 52207/99, Rdnr. 75, ECHR 2001-XII) ausdrücklich ausgeführt und jüngst im Fall *Georgien ./.* *Russland (II)* (a. a. O., Rdnr. 124) bestätigt wurde, kann ein extraterritorialer Luftangriff als unmittelbare Einzelhandlung in Bezug auf die von ihm betroffenen Personen keinen Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt des beschwerdegegnerischen Staats begründen, denn Artikel 1 der Konvention lässt kein kausales Verständnis von Hoheitsgewalt zu. Der in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehende Luftangriff war ebenfalls eine Maßnahme im Rahmen der Durchführung von Feindseligkeiten in einer aktiven Kampfzone und stellte keinen Einsatz von Gewalt zum dem Zweck dar, physische Gewalt und

Kontrolle über Personen auszuüben (vgl. den Unterschied zu *Jaloud*, a. a. O., Rdnr. 152).

31. Nachdem wir zu der Feststellung gelangt sind, dass sich der Tod der Söhne des Beschwerdeführers nicht innerhalb der „Hoheitsgewalt“ Deutschlands ereignete, brauchen wir nicht zu prüfen, ob der Luftangriff Deutschland zuzurechnen war und daher in die Zuständigkeit *ratione personae* des Gerichtshofs fiel.

IV. Schlussfolgerung

32. Aus den vorgenannten Gründen gelangen wir zu dem Schluss, dass unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache kein Anknüpfungspunkt an die Hoheitsgewalt im Sinne von Artikel 1 in Bezug auf die verfahrensrechtliche Ermittlungspflicht aus Artikel 2 begründet wurde, und zwar weder aufgrund der innerstaatlichen Untersuchung und der festgestellten „besonderen Merkmale“, noch aufgrund des Luftangriffs in Afghanistan selbst. Wir haben daher dagegen gestimmt, die Individualbeschwerde für zulässig zu erklären.

33. Was die Begründetheit angeht, stimmen wir jedoch mit den einschlägigen allgemeinen Grundsätzen, die in dem Urteil dargelegt sind, und mit deren Anwendung auf die vorliegende Rechtssache überein.