

Entschädigung für Kollateralschäden?

Rechtsfragen anlässlich des Luftangriffs bei Kunduz im September 2009

Prof. Dr. iur. ANDREAS FISCHER-LESCANO und STEFFEN KOMMER*

Einführung

Der Luftschlag bei Kunduz stellt den bislang schwerwiegendsten Angriff in der Geschichte der Bundeswehr dar. Durch die Bombardierung der von Taliban entführten Tanklaster verloren in der Nacht des 3. auf den 4. September 2009 schätzungsweise mehr als 80 Zivilpersonen ihr Leben. Die Bundesrepublik Deutschland beteiligt sich seit Ende des Jahres 2002 aufgrund entsprechender Ermächtigungen des Bundestags an der International Security Assistance Force (ISAF). Dem ISAF-Einsatz liegt ein Mandat des UN-Sicherheitsrates nach Kapitel VII der UN-Charta zugrunde. Der Luftangriff bei Kunduz, der von Oberst Klein, dem Kommandeur des deutschen Provincial Reconstruction Teams (PRT) im Norden Afghanistans geleitet wurde, steht exemplarisch für den Wandel des Bundeswehreinsetzes von einer Stabilisierungsmission zu einem Einsatz aktiver Aufstandsbekämpfung.¹ Während das strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen Oberst Klein und den beteiligten Flugleitoffizier Oberfeldwebel Wilhelm durch den Generalbundesanwalt im April 2010 eingestellt wurde,² stehen gerichtliche Entscheidungen über mögliche Entschädigungsansprüche der Opfer noch aus. Die Bundesregierung hat einen Teil der Betroffenen bislang nur im Wege sog. ex-gratia Zahlungen ohne Anerkennung von Rechtsansprüchen entschädigt.³ Das Verwaltungsgericht

* Der Text ist eine überarbeitete Zusammenfassung eines Gutachtens, das die Verfasser im Auftrag der Opfervertreter erstellt haben. Andreas Fischer-Lescano ist Professor für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität Bremen und Direktor des Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP). Steffen Kommer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZERP und am Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“ der Universität Bremen.

¹ Dazu allgemein *Noetzel/Zapfel*, Aufstandsbekämpfung als Auftrag, SWP-Studie, Mai 2008.

² Generalbundesanwalt, Einstellungsvermerk – offene Version – vom 16.04.2010 (Im Folgenden: GBA-Vermerk).

³ C. Reuter, Entschädigung für die Kunduz-Opfer steht, Stern v. 5.08.2010.

Köln hat kürzlich die von einem der Fahrer der entführten Tanklaster eingelegte Feststellungsklage als unzulässig zurückgewiesen.⁴ Über die im September 2010 parallel eingereichte Amtshaftungsklage des LKW-Fahrers vor dem Landgericht Bonn wurde noch nicht entschieden.⁵ Im November 2011 wurden zwei weitere Amtshaftungsklagen von Angehörigen, die ihren Ehemann bzw. zwei minderjährige Söhne durch den Luftangriff verloren haben, vor dem Landgericht Bonn anhängig gemacht.⁶

Im Folgenden stehen mögliche Verletzungen von Primärrechtsnormen des Konfliktvölkerrechts, der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und des Grundgesetzes (GG) durch den Luftangriff bei Kunduz im Vordergrund, die als Amtspflichtverletzungen im Sinne von Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB gewertet werden können. Auf die Frage der Anwendbarkeit des deutschen Amtshaftungsrechts auf Handlungen der Bundeswehr im Rahmen von Auslandseinsätzen kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.⁷ Bei Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht kommt zudem ein eigenständiger sekundärrechtlicher Kompensationsanspruch aus Art. 3 der IV. Haager Konvention über die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs⁸ und Art. 91 des Ersten Zusatzprotokolls zu den Genfer Abkommen (ZP I)⁹ in Betracht.¹⁰

Vorab sollen die tatsächlichen Geschehnisse um den Luftangriff bei Kunduz zusammengefasst werden (A.). Im Rahmen der rechtlichen Bewertung (B.) wird zunächst erörtert, ob eine Verletzung des humanitären Völkerrechts vorliegt (I.). Des Weiteren wird gefragt, ob durch den Luftan-

⁴ VG Köln, 26 K 5534/10, Urteil v. 09.02.2012, noch nicht rechtskräftig. Das Gericht verneinte ein Rehabilitationsinteresse wegen eines möglichen schwerwiegenden Grundrechtseingriffes.

⁵ M. Gebauer, Erstes Bombenopfer verklagt Bundeswehr auf Schadensersatz, Spiegel-Online v. 4.09.2010.

⁶ Frankfurter Rundschau v. 3.12.2011, Schadensersatzklage gegen Deutschland Kundus-Opfer reichen Klage ein.

⁷ Zu Recht bejahend A. Dutta, Amtshaftung wegen Völkerrechtsverstößen bei bewaffnete Auslandseinsätzen deutscher Streitkräfte, AöR 133, 2008, S. 191–234; N. v. Woedtke, Die Verantwortlichkeit Deutschlands für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz und die sich daraus ergebenden Schadensersatzansprüche von Einzelpersonen als Opfer deutscher Militärhandlungen, 2009, S. 305 ff.; A. Huhn, Amtshaftung im bewaffneten Auslandseinsatz, 2010; OLG Köln, Entsch v. 28.07.2005 – Varvarin, Az. 7 U 8/04, Rn. 86, Offengelassen BGH, Urteil v. 2.11.2006, Az. III ZR 190/05, Rn. 20.

⁸ Abkommen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, vom 18. Oktober 1907, RGBL. 1910 S. 107 ff.

⁹ Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht-internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I) vom 8.6.1977 (BGBl. 1990 II S. 1637).

¹⁰ Dazu Fischer-Lescano, Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundärregeln, AVR 45 (2007), S. 299 ff., ILA, Report of the International Committee on Reparation for Victims of Armed Conflict and the Declaration of International Law Principles on Reparation for Victims of Armed Conflict, Den Haag 2010, Commentary to Art. 6 of the Draft Declaration of International Law Principles on Reparation for Victims of armed conflict, S. 14, Rn. 2 b.

griff bei Kunduz gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstoßen wurde (II.). Schließlich kommt auch eine Verletzung des Rechts auf Leben am Maßstab des Grundgesetzes in Betracht (III.).

A. Sachverhalt

Unter Berücksichtigung der Ermittlungsergebnisse des Generalbundesanwaltes¹¹ und des Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages¹² geht der Beitrag von folgendem ggf. noch in zivil- bzw. verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu verifizierenden Sachverhalt aus:

Am Nachmittag des 3. September 2009 entführte eine kleine Gruppe von Talibankämpfern in der Nähe der Stadt Kunduz zwei mit Treibstoff gefüllte Tanklaster. Gegen 18.00 Uhr blieben die Talibankämpfer bei dem Versuch, den Fluss Kunduz zu überqueren, mit den Fahrzeugen auf einer Sandbank stecken. Diese Stelle befindet sich etwa 7 km Luftlinie vom deutschen Feldlager entfernt. Einzelne Talibankämpfer begaben sich in die umliegenden Dörfer, um die Menschen zum Abschöpfen des Benzins aus den Tanklastern zu rufen. Daraufhin strömten zahlreiche Dorfbewohner zur Sandbank, darunter viele Kinder.

Die Task Force 47, eine deutsche Spezialeinheit, wurde am Abend gegen 20.00 Uhr durch einen Informanten – den sog. HUMINT-Kontakt – über die Entführung der Tanklaster in Kenntnis gesetzt und informierte daraufhin Oberst Klein. Gegen 00.15 Uhr ortete ein von Oberst Klein mit der Suche nach den entführten Fahrzeugen beauftragter B1-Bomber die Tanklaster und übertrug Video-Bilder über eine Rover-Verbindung. Der Fliegerleitoffizier Oberfeldwebel Wilhelm schätzte anhand der Luftbilder, dass sich ca. 70 Personen auf der Sandbank befänden.

Da das Flugzeug wegen Treibstoffmangels zurück fliegen musste, meldete Oberst Klein dem Hauptquartier der ISAF: „Truppen mit Feindberührung“ (troops in contact). Daraufhin erreichten bereits um 01.08 Uhr zwei F-15-Jagdflugzeuge den Luftraum über der Sandbank und übertrugen erneut Bilder, auf denen ein reges Kommen und Gehen beobachtet werden konnte. Inzwischen waren immer mehr Fahrzeuge an den Fluss gekommen, darunter Autos, Pickups und Traktoren. Waffen ließen sich auf den Videobildern nicht erkennen. Oberst Klein ging davon aus, dass sich keine Zivilisten neben den Tanklastern aufhielten. Er vertraute auf die Angaben des HUMINT-Kontakts, welcher bis zum Angriff bestätigte, dass sich nur Taliban vor Ort befänden.

¹¹ GBA-Vermerk (Fn. 2).

¹² Bericht des Verteidigungsausschusses als 1. Untersuchungsausschuss gemäß Artikel 45a Absatz 2 des Grundgesetzes, BT Drs.17/7400 (Im Folgenden: Bericht des Untersuchungsausschusses).

Den mehrmals vorgetragenen Vorschlag der beiden Piloten der herbeigeeilten Jagdflugzeuge, einen tiefen Überflug (show of force) mit dem Ziel durchzuführen, die Menschen vor Ort zu warnen und ein genaueres Lagebild zu erhalten, lehnte Oberst Klein ab. Gegen 01.40 Uhr gab Oberst Klein den Befehl zum Waffeneinsatz, weil er in den Tankklastern eine erhebliche Bedrohung sah.

Der Abschlussbericht des Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages, welcher im Oktober 2011 mit drei Sondervoten der Oppositionsfractionen veröffentlicht wurde, enthält im Vergleich zu den Feststellungen des Generalbundesanwaltes eine Reihe von Präzisierungen, insbesondere auch hinsichtlich des HUMINT-Kontakts: Dieser befand sich selbst nicht bei der Sandbank, sondern stützte seine Aussagen – ohne dass Oberst Klein davon berichtet wurde – auf nicht näher bezeichnete Subkontakte.¹³ Eine genaue Befragung des Informanten zur Überprüfung der Glaubwürdigkeit seiner Angaben unterblieb. Insbesondere wurde nicht gefragt, was der Informant genau unter dem Begriff der Taliban verstehe oder ob Kinder anwesend seien.¹⁴ Eine alternative Quelle wurde nicht hinzugezogen.

Auch fehlen im Einstellungsvermerk Angaben zur Aussage des Informanten, wonach die festgefahrenen Tankklaster durch die Aufständischen „ausgeschlachtet“ und nach der Entnahme des Benzins „in Brand gesetzt“ werden sollten.¹⁵ Keine Berücksichtigung fand ferner die Tatsache, dass entgegen den Angaben des Flugleitoffiziers Oberfeldwebel Wilhelm durch die Piloten der B1-Bomber im Zuge einer sogenannten PID (positive identification) keine Handwaffen und Panzerabwehrwaffen aufgeklärt werden konnten.¹⁶ Schließlich hat der Untersuchungsausschuss aufgeklärt, dass Oberst Klein vor Anordnung des Luftschlags keinen Rechtsberater konsultierte.¹⁷ Während der Generalbundesanwalt und das Mehrheitsvotum der Regierungsfractionen hervorheben, dass sich die genaue Anzahl der durch den Luftschlag getöteten Zivilisten nicht mehr eindeutig feststellen ließe, gehen die Sondervoten auf Grundlage der unterschiedlichen Berichte von mehr als 80 getöteten Zivilisten, darunter mindestens 22 Kinder, aus.¹⁸

¹³ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Bewertung der Untersuchungsergebnisse, S. 178–179; Sondervotum der Fraktion SPD, S. 233 ff.

¹⁴ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 56.

¹⁵ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 46.

¹⁶ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 56; Sondervotum der Fraktion SPD, S. 230; Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 369.

¹⁷ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 58; Sondervotum der Fraktion SPD, S. 248; Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 322; Sondervotum der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 381.

¹⁸ GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 27; Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 84; Sondervotum der Fraktion SPD, S. 223, Sonder-

B. Rechtliche Bewertung

I. Humanitäres Völkerrecht

Der Generalbundesanwalt hat in seinem Einstellungsvermerk die Sicherheitslage aufgrund der Anzahl von Anschlägen durch Talibankämpfer auf afghanische Sicherheitskräfte und die International Security Assistance Force (ISAF) in Nordafghanistan zum Zeitpunkt des Luftangriffs als einen nicht-internationalen bewaffneten Konflikt eingestuft.¹⁹ Auch wenn nicht alle hoheitlichen Maßnahmen in Gebieten bewaffneter Konflikte automatisch ihre Grundlage und Begrenzung im humanitären Völkerrecht finden, legen es die Umstände der Maßnahme nahe, den Luftangriff bei Kunduz als Einsatz im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt zu werten und ihn an den rechtlichen Maßstäben für bewaffnete Konflikte zu messen und nicht an den Normen, die für polizeiliche Maßnahmen anzuwenden sind.²⁰

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung über die völkerrechtliche Rechtmäßigkeit des Luftangriffs bei Kunduz steht die Frage, ob durch diesen ein unverhältnismäßiger Kollateralschaden im Sinne von Artikel 51 V lit. b ZP I verursacht wurde (dazu 1). Neben einem Verstoß gegen das Verbot exzessiver Zivilschäden wird auch eine Verletzung der konfliktvölkerrechtlich gebotenen Vorsichtsmaßnahmen angenommen (dazu 2).

1. Verbot unverhältnismäßiger Kollateralschäden

Nach der Bestimmung des Art. 51 V lit. b) ZP I ist ein Angriff unterschiedslos verboten, bei dem damit zu rechnen ist, dass er 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. Auch wenn Art. 51 ZP I als Norm des Völkervertragsrechts gilt, kommt in der Norm ein Völkergewohnheitsrechtssatz zum Ausdruck, der auch auf den Schutz von Zivilpersonen in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten zur Anwendung kommt. So hatte schon der IGH im Nicaragua-Urteil festgehalten, dass auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt der gemeinsame Art. 3 der

votum der Fraktion DIE LINKE, S. 336; Sondervotum der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 384.

¹⁹ Vgl. GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 5 ff. und S. 41 ff.

²⁰ Zur Abgrenzung *Frister/Korte/Kreß*, Die strafrechtliche Rechtfertigung militärischer Gewalt in Auslandseinsätzen auf der Grundlage eines Mandats der Vereinten Nationen, JZ 2010, S. 10 ff. (15), m.w.N.

GA völkergewohnheitsrechtlich anzuwenden ist.²¹ Das Jugoslawientribunal hat an diese Rechtsprechung angeknüpft und den Anwendungsbereich der Grundsätze des gemeinsamen Art. 3 auf bewaffnete Konflikte bezogen, „regardless of whether it is international or internal“.²²

1.1 Geschützte Personen

Ob eine Person im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt als geschützte Zivilperson gilt, bemisst sich in erster Linie nach Art. 13 III ZP II.²³ Danach genießen Zivilpersonen Schutz, „sofern und solange sie nicht unmittelbar an Feindseligkeiten teilnehmen.“ Eine unmittelbare Beteiligung an Feindseligkeiten setzt voraus, dass die Kampfhandlung zu einem unmittelbaren militärischen Schaden einer Konfliktpartei führt (belligerent nexus).²⁴ Bloße Unterstützungsmaßnahmen gelten daher nicht als „unmittelbare Beteiligung an Feindseligkeiten“ i.S.d. Art. 13 III ZP II. Nach diesen Grundsätzen ist davon auszugehen, dass die Dorfbewohner, die Treibstoff aus den entführten Tanklastern entnommen haben, unabhängig davon, ob sie diesen für die Talibankämpfer oder für sich gebrauchen wollten, ihren Status als geschützte Personen nicht verloren haben. Vorliegend war der Treibstoff zwar für die ISAF-Truppen bestimmt, aber noch im Eigentum eines privaten Logistik-Unternehmens und räumlich weit vom Bestimmungsort entfernt. Deswegen fehlt es an der erforderlichen Nähebeziehung zwischen Handlung und Schädigung. In diesem Sinne hat der Generalbundesanwalt zu Recht festgestellt, dass das Abschöpfen des Benzins aus den entführten Tanklastern durch die Dorfbewohner allein als Eigentumsdelikt zu werten ist, nicht aber die Voraussetzung einer unmittelbaren Beteiligung an einer Feindseligkeit erfüllt.²⁵

Keinen Schutz vor Angriffen der gegnerischen Konfliktpartei in einem nicht-internationalen Konflikt genießen Aufständische, soweit sie als „Kämpfer“ zu dem besonderen administrativen Teil gehören, der die Aufgabe hat, Kampfhandlungen gegen eine andere Konfliktpartei durchzuführen.²⁶ Demnach gehörten die anwesenden Talibankämpfer nicht zu den geschützten Personen.

²¹ IGH, Nicaragua, ICJ Rep. 1986, 14 (113 ff.).

²² ICTY, Prosecutor v. Tadic, Trial Chamber, 10.08.1995, § 64; bestätigt durch ICTY, Appeal Chamber, 02.10.1995, § 97.

²³ Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen v 12.8.1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II) v 8.6.1977 (BGBl 1990 II, 1637).

²⁴ ICRS, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law; 2009 (Im Folgenden: ICRS-Guidance), S. 46, 58 ff.

²⁵ GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 60.

²⁶ ICRS-Guidance (Fn. 24), S. 71 ff.

1.2 Intendierte Kollateralschäden

Umstritten ist, ob ein verhältnismäßiger Kollateralschaden im Sinne des Art. 51 V lit. b) ZP I auch dann noch bejaht werden kann, wenn es sich um eine bewusste Schädigung geschützter Zivilpersonen handelt. Ein solcher intenderter Kollateralschaden liegt vor, wenn der Angriff zwar primär gegen ein militärisches Ziel gerichtet ist, die verantwortliche Person jedoch zugleich die Verletzung oder Tötung geschützter Zivilpersonen in der Nähe des militärischen Objektes zumindest billigend in Kauf nimmt. Die rechtliche Zulässigkeit solcher vorsätzlichen Begleitschäden wird in weiten Teilen der Literatur zumindest implizit angenommen.²⁷ Schon der verbindliche englische Wortlaut,²⁸ der von einem „incidental loss of civilian life“ spricht, deutet jedoch eher darauf hin, dass nur zufällige und damit eben keine intendierten Tötungen und Verletzungen von Zivilpersonen als rechtfertigbar angesehen werden sollten.²⁹

Die Beantwortung der Frage nach den Bezugsobjekten der Tötungsintention setzt freilich voraus, dass die Beteiligten die Grundunterscheidung Zivilperson/Kämpfer in zutreffender Form in ihre Entscheidung einbeziehen. Genau an dieser Stelle ist die Bewertung des Generalbundesanwaltes, Oberst Klein habe ohne Vorsatz gehandelt, weil er davon ausgegangen sei, dass sich keine Zivilpersonen auf der Sandbank befänden,³⁰ nach den Vernehmungsergebnissen des Untersuchungsausschusses in Zweifel zu ziehen. Demnach gab Oberst Klein an, zumindest mit der Anwesenheit von Zivilpersonen im näheren Umfeld der Tankklaster auf der Sandbank gerechnet zu haben.³¹ Wörtlich führte er aus:

„Ich ging davon aus, dass alle Personen, die sich zu diesem Zeitpunkt um die Tanklastzüge befanden, Teil der Operation der Aufständischen waren und deswegen beteiligt waren, und alle Personen, die sich im weiteren Umfeld dort bewegt hatten – das, was andere vielleicht als Zivilpersonen bezeichnen würden –, Unbeteiligte waren.“³²

Die Aussage von Oberst Klein deutet darauf hin, dass für ihn allein die Anwesenheit in unmittelbarer Nähe der entführten Tankklaster als objektives

²⁷ *Ipsen*, Menschenwürde und Waffeneinsatz mit Kollateralwirkung auf Zivilpersonen, in NZWehrr 50, 2008, S. 156 (160); *Zimmermann/Geiß*, Die Tötung unbeteiligter Zivilisten: Menschenwürdig im Frieden- Menschenwürdig im Krieg? Der Staat Bd. 46, 2007, S. 377 (380–381).

²⁸ Vgl. Art. 102 ZP I.

²⁹ Vgl. *Sandoz/Swiniarski/Zimmermann*, ICRC Commentary on Additional Protocol I, Art. 51, Rn. 1979; HPCR, Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare, S. 33, Rn. 3, Mai 2009, abrufbar unter (31.10.2011) www.ihlresearch.org/amw/manual/.

³⁰ GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 28 ff.

³¹ Damit setzt er sich in Widerspruch zu der von ihm behaupteten Einschätzung, Zivilpersonen verließen nachts, zumal im Ramadan, nicht ihre Wohnungen, Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 58.

³² Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 265, Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 338.

Kriterium ausreichte, um die Person als ein legitimes Angriffsziel zu bewerten. Diese Bewertung würde eine erhebliche Verkenning der maßgeblichen Abgrenzungskriterien des humanitären Völkerrechts darstellen, nach denen Zivilpersonen ihren Schutzstatus nur dann verlieren, wenn sie sich unmittelbar an Feindseligkeiten beteiligen, und Aufständische nur dann ein legitimes Angriffsziel darstellen, wenn sie als Kämpfer agieren (oben 1.1). Es kommt hinzu, dass auf den übertragenen Video-Bildern ein reges Kommen und Gehen zu beobachten war, so dass sich schon nach der Vorstellung von Oberst Klein auch geschützte Zivilpersonen vom Rand des Geschehens zu den Tanklastern hätten bewegt haben können. Im Rahmen einer gerichtlichen Beweisaufnahme müsste untersucht werden, ob Oberst Klein tatsächlich einem Eigenschaftsirrtrum unterlag oder lediglich eine falsche rechtliche Wertung vornahm, indem er einen Verlust des geschützten Zivilstatus bereits durch die Nähe zu den Tanklastern annahm.

1.3 Verhältnismäßigkeitsmaßstab

Unabhängig von der Intention der Entscheidungsträger könnte sich allerdings im vorliegenden Zusammenhang die Rechtswidrigkeit der Maßnahme aus ihrer möglichen Unverhältnismäßigkeit ergeben. Welcher Verhältnismäßigkeitsmaßstab zur Bestimmung eines unverhältnismäßigen Kollateralschadens im Sinne von Art. 51 V lit. b) ZP I anzusetzen ist, bleibt umstritten. Zum Teil wird ein unverhältnismäßiger Schaden bereits dann angenommen, wenn durch den Angriff eine sehr große Anzahl an zivilen Opfern zu beklagen ist.³³ In diesem Sinne würde sich eine Unverhältnismäßigkeit durch den Luftangriff bei Kunduz bereits aus der großen Anzahl von mehr als 80 Zivilpersonen ergeben.³⁴ Gegen absolute Ansätze wird eingewendet, dass ein unverhältnismäßiger Schaden allein in einem wertenden Vergleich mit dem verfolgten militärischen Ziel festgestellt werden könne.³⁵ Es komme folglich auf die Angemessenheit bezogen auf den Einzelfall an, wobei die Maßstäbe, die an einen relativen Ansatz anzulegen sind, streitig sind. Dörmann weist darauf hin, dass sich allgemeine Regeln, wann ein Begleitschaden unverhältnismäßig sei, angesichts der In-

³³ *Sandoz/Swiniarski/Zimmermann* (Fn. 29), Art. 51, Rn. 1980. Hervorhebung durch d. Verf. Übereinstimmend für eine Obergrenze: *Gasser*, in *Fleck*, Handbuch des Humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten, Rege I 509, Rn. 11. *Reisman* fordert sogar eine Entschädigung für jedes unschuldig getötete Opfer militärischer Gewalt, unabhängig von der Relation des „collateral damage“ zum militärischen Vorteil (*W. M. Reisman*, *The Lessons of Quana*, 22 *Yale J. Int'l L.* 382 1997, S. 381 (397 f.)).

³⁴ Vgl. zur Opferzahl Sondervotum der Fraktion SPD, S. 223, Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 336; Sondervotum der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 384.

³⁵ *Fenrick*, *The rule of proportionality and Protocol I in conventional warfare*, 98 *MIL. LR* (1982), 9192; *Commentary on the HPCR Manual* (Fn. 29), rule 14, S. 92, Rn. 8.

kommensurabilität von militärischen Vorteilen auf der einen und zivilen Opfern auf der anderen Seite nicht abstrakt bestimmen ließen.³⁶ Nach einer Ansicht ist das Verbot unterschiedsloser Angriffe nach Art. 51 Abs. 5 lit. b) ZP 1 als eingeschränktes Exzessverbot auszulegen, welches abweichend vom allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur dann verletzt sei, wenn die Gefährdung von Zivilisten völlig außer Verhältnis zum zu erwartenden militärischen Vorteil stünde. Diese Auslegung stützt sich zwar auf den englischen Wortlaut (*excessive*), hat aber zur Folge, dass eine Unverhältnismäßigkeit nur in absoluten Extremsituationen anzunehmen ist. Als Beispiel nennt Dinstein etwa die Zerstörung eines ganzen Dorfes, mit der Folge hunderter ziviler Opfer, um einen einzigen Heckenschützen zu beseitigen.³⁷ Hilfgutachterlich hat auch der Generalbundesanwalt die Position vertreten, dass auch bei Wissen von der Anwesenheit von Zivilisten durch den Luftangriff bei Kunduz kein Verstoß gegen das Exzessverbot nach Art. 51 V lit. b) ZP I angenommen werden könnte.³⁸ Groeben schlägt demgegenüber vor, eine Verhältnismäßigkeit nur dann anzunehmen, wenn der Angriff zum Schutz des Lebens von Soldaten angeordnet wird, welche die Anzahl der gefährdeten Zivilisten übersteigt.³⁹ Dies wäre vorliegend zu verneinen, weil keine unmittelbare Gefahr für die Soldaten im 7 km entfernten deutschen Feldlager ausgeht. Groeben hält den Luftangriff bei Kunduz dennoch nicht für unverhältnismäßig, weil auch ranghohe Talibanführer getötet werden sollten, deren Ausschaltung von besonderer militärischer Bedeutung sei. Diese Einschränkung verdeutlicht, dass sich eindeutige Abwägungsregeln kaum formulieren lassen.

Statt Art. 51 V lit. b) ZP I als ein bloßes Willkürverbot zu verstehen, ist es überzeugender, der Norm einen eingeschränkten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu entnehmen. Der Norm lediglich eine „moralische Appellfunktion“ beizumessen, weil es an objektiven Kriterien für eine Abwägung zwischen militärischen Vorteilen und zivilen Opfern fehle,⁴⁰ würde dem Rechtscharakter des Verbots unverhältnismäßiger Kollateralschäden nicht gerecht werden.

Legt man die Norm als eingeschränkte Verhältnismäßigkeitsanforderung aus, liegt ein unverhältnismäßiger Kollateralschaden vor, wenn dem erreichten militärischen Vorteil weit weniger Gewicht beizumessen ist als dem verursachten zivilen Schaden.⁴¹ Demnach wäre die Tötung von mehr

³⁶ Dörmann in MünchKomm StGB, 1. Auflage 2009, § 11 VStGB, Rn. 91.

³⁷ Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 5. Aufl. 2010, S. 134, Rn. 330.

³⁸ GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 66 ff.

³⁹ C. Groeben, *German Law Journal (GLJ)* 11, 2010, 469, 481.

⁴⁰ R. Merkel, *Die Schuld des Oberst, Der Fall Kunduz: Die Tötung von Zivilisten im Krieg ist kaum strafbar – aber dennoch Unrecht*, *DIE ZEIT*, v. 21.01.2010 Nr. 04.

⁴¹ Vgl. D. Kretzmer, *Targeted Killings of Suspected Terrorists*, in *EJIL* 16, 2005, 171 (201).

als 80 geschützten Zivilpersonen durch das Bombardement bei Kunduz nur dann gerechtfertigt, wenn mit dem Angriff ein zumindest annähernd gleichwertiger militärischer Vorteil erreicht werden konnte. Nach den Ermittlungsergebnissen des Generalbundesanwalts und des Untersuchungsausschusses ist davon auszugehen, dass ein gewichtiger militärischer Vorteil nicht erreicht wurde.⁴² Die Zerstörung der beiden entführten Tanklaster stellte an sich einen militärischen Vorteil für die ISAF dar. Dieser ist jedoch als nicht besonders hoch zu werten, weil von den Fahrzeugen zum Zeitpunkt des Angriffs selbst keine unmittelbare Gefahr für deutsche ISAF-Soldatinnen und Soldaten ausging, denn die Tanklaster steckten in einer Entfernung von etwa 7 km Luftlinie vom deutschen Feldlager im Flussbett fest. Zudem hatten sich die von den Talibankämpfern entführten Tanklaster zuvor in entgegengesetzter Richtung zum deutschen Feldlager bewegt. Schließlich wurde der geladene Treibstoff zumindest größtenteils der lokalen Bevölkerung überlassen und nicht von den Talibankämpfern auf anderen Wegen weiter transportiert. Auch die Tötung von Talibankämpfern könnte an sich als ein legitimer militärischer Vorteil für die ISAF-Truppen gesehen werden. Es bleibt jedoch bis heute unklar, wie viele Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils der Taliban tatsächlich getötet wurden.⁴³

1.4 Beurteilungsperspektive

Von der Frage, welche Maßstäbe zur Beurteilung eines exzessiven Schadens im Sinne von Art. 51 V lit. b) ZP I anzulegen sind, ist die Frage zu unterscheiden, auf welchen Standpunkt bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Kollateralschadens abzustellen ist.

Unterschieden werden kann zunächst zwischen einem möglichen subjektiven oder objektivem Maßstab. Für einen objektivierten Standpunkt spricht, dass im Rahmen der Prüfung von Entschädigungsansprüchen, anders als im Fall eines strafrechtlichen Verfahrens, dem Handelnden kein persönlicher Schuldvorwurf nachgewiesen werden muss. In diesem Sinne hebt auch Benvenisti zu Recht die Differenz zwischen einer strafrechtlichen Sicht und einer von diesem Sanktionsregime unabhängigen Betrachtung von Verletzungen des humanitären Völkerrechts hervor und macht deutlich: Die strafrechtliche Betrachtung des humanitären Völkerrechts statuiert Vorsatz- bzw. Schuldverfordernisse, die bei der Frage, ob eine Staatenverantwortlichkeit für eine Verletzung des humanitären Völkerrechts

⁴² Insgesamt auch *D. Diehl*, Tanklasterbeschuss auf Befehl eines deutschen ISAF-Kommandeurs mit fatalen Folgen – Einschätzung der Rechtslage aus völker- und verfassungsrechtlicher Perspektive, in *Humanitäres Völkerrecht* 1/2010, S. 4 (19–20).

⁴³ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 256.

gegeben ist, keine Rolle spielen.⁴⁴ Demnach kommt es nicht maßgeblich darauf an, ob Oberst Klein subjektiv damit rechnete, einen unverhältnismäßigen Kollateralschaden zu verursachen.

Als objektiver Standpunkt könnte schließlich eine Ex-post-Sicht oder eine objektive Bewertung aus der ex-ante-Perspektive eingenommen werden. Für eine strenge ex-post-Betrachtung könnte eine Analogie zum Polizeirecht bemüht werden. Danach ist anerkannt, dass es bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Handlung im Rahmen von sekundären Entschädigungsansprüchen anders als auf der sog. Primärebene zum Zeitpunkt der Maßnahme nicht auf die Sicht eines durchschnittlichen Berufsträgers ex-ante ankommt, sondern darauf, ob eine das polizeiliche Vorgehen rechtfertigende Gefahr tatsächlich vorlag oder nicht.⁴⁵ Gegen einen streng objektiven Ansatz spricht der Wortlaut des Art. 51 V lit. b) ZP I („bei dem damit zu rechnen ist“). Diese objektive Formulierung der Norm lässt zudem deutlich werden, dass es bei der Beurteilung der Sachlage nicht auf die Ex-ante-Sicht des handelnden Soldaten, sondern auf die Ex-ante-Sicht eines sorgfältigen Durchschnittssoldaten an der Stelle des Verantwortlichen ankommt.⁴⁶ In diesem Sinne nahm auch das UN-Jugoslawientribunal im Fall Galic zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Angriffs die Perspektive einer „reasonably well-informed person“ ein.⁴⁷

Anders als im Strafverfahren gegen Oberst Klein ist demnach nicht zu prüfen, ob die Einlassung des Kommandeurs, er sei davon ausgegangen, dass sich unmittelbar vor dem Angriff ausschließlich Talibankämpfer bei den Tanklastern befunden hätten, angesichts der Tatumstände als glaubwürdig einzustufen ist. Vielmehr ist unter Zugrundelegung des Maßstabs einer objektiven Erkennbarkeit zu fragen, ob ein sorgfältiger Durchschnittssoldat an Stelle von Oberst Klein die Gefahr einer unverhältnismäßigen Schädigung von geschützten Zivilpersonen hätte voraussehen müssen. Demnach ist zu erörtern, ob die Informationslage, über welche Oberst Klein vor dem Angriff verfügte, bei objektiver Bewertung den Schluss zuließ, dass sich geschützte Zivilpersonen im Zielbereich des Angriffs befanden.

Als Grundlage für eine objektive Einschätzung der Lage vor dem Angriff kommen zum einen die objektiven Tatumstände (Ort der Tanklaster, die Uhrzeit und das Vorliegen des Fastenmonats Ramadan) in Betracht. Zum anderen ist auf die drei zur Verfügung stehenden Informationsquellen (die von den Flugzeugen übermittelten Video-Bilder, die Mitteilungen der Luftfahrzeugbesatzungen sowie die Angaben des Informanten) abzustellen.

⁴⁴ *Benvenuti*, Human Dignity in Combat, Is. L. R. 39, 2006, S. 81 (97).

⁴⁵ Vgl. etwa *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, Aufl. 2010, S. 393 ff.

⁴⁶ ICRS-Guidance (Fn. 24), S. 68, 73; Ambos, Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker(straf)recht, NJW 2010, S. 1725 (1727).

⁴⁷ ICTY, Prosecutor v. Galic, Judgement, IT-98-29-T, 5. December 2003, Ziff. 58.

Aus den an Oberst Klein vom NATO-Flugzeug übertragenen Luftbildern war schon aufgrund großer Entfernung (ca. sieben Kilometer Höhe) zu keinem Zeitpunkt ersichtlich, dass sich nur Talibankämpfer vor Ort befanden.⁴⁸ Aus den übertragenen Video-Bildern konnte vielmehr lediglich auf eine Anwesenheit von an die 100 Personen bei den Tanklastern geschlossen werden, wobei nicht zu erkennen war, ob die Personen bei der Sandbank bewaffnet waren, was zumindest als Indiz für die Kämpfereigenschaft hätte gewertet werden können. Wegen der zu beobachtenden Bewegungen konnte auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich vor dem Angriff keiner der ursprünglichen Entführer mehr auf der Sandbank aufhielt. Eine sogenannte PID (positive identification), die durch die Piloten der B1-Bomber auf Anweisung des Flugleitoffiziers Oberfeldwebel W. durchgeführt worden sein soll, führte zu keiner Aufklärung von Waffen.⁴⁹

Es verbleiben die Angaben des HUMINT-Kontaktes, nach welchen sich auf der Sandbank jederzeit ausschließlich Taliban und keine Zivilpersonen befunden haben sollen. Eine solche pauschale Aussage eines einzelnen Informanten bildet aus Sicht eines vernünftigen Soldaten jedoch keine ausreichende Grundlage für die Annahme, es hätten sich keine geschützten Zivilpersonen vor Ort befunden. Denn zum einen ist die Unterscheidung Taliban vs. Zivilpersonen für die Bewertung einer Person als legitimes Angriffsziel im Sinne des humanitären Völkerrecht zu unscharf und deshalb unzureichend, weil der Begriff Taliban häufig für alle oppositionellen Personen gebraucht wird, die nicht auf Seiten der örtlichen Machthaber stehen.⁵⁰ Eine gezielte Gesprächsführung, ob mit dem Begriff Taliban tatsächlich nur die Kämpfer gemeint waren, die aktiv in den organisierten Verband der Aufständischen eingebunden waren, unterblieb. Auch wurde nicht nachgefragt, ob der Informant mit dem Begriff der Zivilisten alle zivilen Personen umfasst, die nicht unmittelbar an Feindseligkeiten gegen die ISAF-Truppen beteiligt waren. Nicht auszuschließen ist, dass die Angaben des Informanten durch Eigeninteressen motiviert waren, etwa um befeindete Stammesgruppen auszuschalten.⁵¹ Schließlich wurde die Glaubwürdigkeit der pauschalen Angaben des Informanten nicht verifiziert und war deswegen aus Sicht eines sorgfältig abwägenden Soldaten als eher gering einzuschätzen. Dass die ungefähren Angaben des Informanten zu der An-

⁴⁸ Vgl. die im Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12) abgebildeten „Screenshots“ ca. eine halbe Stunde vor dem Angriff, S. 230.

⁴⁹ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 56, Sondervotum der Fraktion SPD, S. 230, Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 369.

⁵⁰ Vgl. European Center for Constitutional and Human Rights, Stellungnahme zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Fall Kundus, 10. Juni 2010, S. 17, abrufbar unter (31.10.2011) <www.ecchr.eu/index.php/FALL_KUNDUS/articles/dokumente-und-links.html>, S. 36 ff.

⁵¹ Vgl. *Reuter/Mettelsiefen*, Kunduz, 4. September 2009, 2010, S. 22.

zahl der Personen mit den Video-Bildern in Einklang zu bringen waren, reichte dafür nicht aus.

Ein erhöhter Sorgfältigkeitsmaßstab ergibt sich auch aus der Vermutungsregel des Art. 50 I Satz 2 ZP I, die als Völkergewohnheitsrechtssatz auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt Anwendung findet.⁵² Danach gilt im Zweifelsfall die betreffende Person als geschützte Zivilperson. Die Beachtung dieser Vermutungsregel verlangt aus Sicht eines sorgfältigen Kommandeurs, dass Personen nur dann als legitimes Angriffsziel eingestuft werden, wenn nicht nur einzelne Anhaltspunkte, sondern eine weit überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Einstufung als Kämpfer vorliegt.⁵³

Unter Berücksichtigung der derzeitigen Ermittlungsergebnisse lagen eine Reihe an Indizien vor, die aus der Sicht eines sorgfältigen Beobachters vor dem Luftangriff bei Kunduz auf die Anwesenheit von geschützten Zivilpersonen hätten hinweisen müssen. Bereits aus der Kenntnis über den Ramadan hätte sich die Sorge aufdrängen können, dass sich auch Zivilpersonen zur Nachtzeit auf der Sandbank befinden.⁵⁴

Auf den Video-Bildern, die von den Kampfflugzeugen zur Gefechtsstation übertragen wurden, waren ständige Bewegungen von zu- und abströmenden Personen und Personengruppen zu erkennen. Ein solches reges Kommen und Gehen einer Vielzahl von Personen ist indes nicht typisch für Aktivitäten von Aufständischen, sondern deutet eher darauf hin, dass geschützte Zivilpersonen als Schaulustige oder zur Entnahme des Kraftstoffes zu der Sandbank strömten bzw. sich von dieser wieder entfernten. Aufgrund der Armut der afghanischen Landbevölkerung, die Kraftstoff nicht nur zum Auto- und Motorradfahren, sondern auch zum Heizen und zur Stromerzeugung gebraucht, bestand ein hoher Anreiz für die Dorfbewohner, sich selbst bei Nacht zu den Tanklastern zu begeben.⁵⁵ Da die Tanklaster ursprünglich von einer kleinen Gruppe von Taliban entführt wurden, hätte allein die erheblich gestiegene Personenanzahl vor Ort, aus Sicht eines vernünftigen durchschnittlichen Soldaten, zu Zweifeln hinsichtlich der möglichen Kämpfereigenschaft der Menschen führen müssen. Auch die erkennbare Anwesenheit von elf Autos, Pick-Ups und Traktoren deutete darauf hin, dass sich zumindest nicht nur neue Talibankämpfer, sondern auch Bewohner der umliegenden Dörfer zu den Tanklastern aufgemacht hatten.

⁵² ICTY, Prosecutor v. Blaskic, Appeal Chamber, 29.07.2004, § 110.

⁵³ Siehe die Darstellung bei M. *Bothe*, Töten und getötet werden – Kombattanten, Kämpfer und Zivilisten im bewaffneten Konflikt, in *Klaus Dicke/Stephan Hobe/Karl-Ulrich Meyn/Anne Peters/Eibe Riedel/Hans-Joachim Schütz/Christian Tietje* (Hrsg.): *Weltinnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück*, 2005, S. 67 (82), m.w.N.

⁵⁴ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 336 ff.

⁵⁵ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 337.

Demgegenüber sind keine zumindest ansatzweise gleichwertigen militärischen Vorteile objektiv ersichtlich, die einen hohen Verlust von geschützten Zivilpersonen hätten aufwägen können. Zunächst ging keine unmittelbare Gefahr mehr von den Tanklastern aus. Eine solche wäre nur dann zu erwarten gewesen, wenn die in 7 km Luftlinie zum deutschen Feldlager im Flussbett feststeckenden Fahrzeuge tatsächlich noch fahrtüchtig gewesen wären. Die Ermittlungsergebnisse des Untersuchungsausschusses deuten jedoch darauf hin, dass Oberst Klein keine Anhaltspunkte gehabt haben konnte, um von einer bevorstehenden Mobilmachung der Tanklaster auszugehen. Vielmehr soll die HUMINT-Quelle sogar ausdrücklich berichtet haben, dass die Fahrzeuge nicht mehr aus dem Schlamm befreit werden konnten und stattdessen „ausgeschlachtet“ und „in Brand gesteckt“ werden sollten.⁵⁶

Die Angaben des Informanten, es hätten sich auch gewichtige regionale Talibanführer vor Ort befunden, reicht ohne weitere Indizien nicht aus, um von einer sicheren Tötung der aktiv kämpferisch vorgehenden Aufständischen auszugehen. Vielmehr war der Eintritt dieses militärischen Erfolges vor Angriff nicht mit ausreichender Sicherheit zu erwarten.

Insgesamt wurde durch den Luftangriff bei Kunduz Art. 51 V lit. b) ZP I verletzt, weil ein unverhältnismäßiger Kollateralschaden aus der Sicht eines vernünftigen Durchschnittssoldaten zum Zeitpunkt des Angriffs zu erwarten war.

2. Vorsichtsmaßnahmen

Unabhängig von der Bewertung eines unverhältnismäßigen Schadens im Sinne des Art. 51 V lit. b) ZP I, stellt sich die Frage, inwieweit im Zuge der Planung und Durchführung des Luftangriffs bei Kunduz nach dem Konfliktvölkerrecht gebotene Vorsichtsmaßnahmen außer Acht gelassen wurden.⁵⁷ Insbesondere könnten Aufklärungspflicht (2.1) und/oder das Gebot einer vorherigen Warnung (2.2) missachtet worden sein. Die einschlägigen Pflichten sind in Art. 57 ZP I genannt. Die Norm bezieht sich auf den unterschiedslosen intendierten Angriff und den nichtintendierten Kollateralschaden gleichermaßen. Auch das Jugoslawientribunal hat im Urteil Kupreskic ausgeführt, dass die Vorsichtsmaßnahmen des Art. 57 ZP I sowohl auf die Vermeidung unterschiedsloser Angriffe als auch unverhält-

⁵⁶ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 46.

⁵⁷ *Sassoli/Brugère*, Rechtsgutachten zur Frage der Unabhängigkeit der bei einem Angriff zu treffenden aktiven Vorsorgemaßnahmen zum Schutze von Zivilpersonen von den Angriffsverboten im humanitären Völkerrecht, abrufbar unter (31.10.2011) <www.ecchr.eu/index.php/FALL_KUNDUS/articles/dokumente-und-links.html>.

nismäßiger Schädigungen der Zivilbevölkerung gerichtet sind.⁵⁸ In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, inwieweit der Nichtbeachtung von Verfahrensschritten, die nach der anwendbaren Einsatzregel vorge-schrieben sind, eine Bedeutung beizumessen ist (2.3).

2.1. Aufklärungspflicht

Der Norm des Art. 57 II lit. a i) ZP I ist die Pflicht zu entnehmen, den Sach-verhalt vor dem Angriff insoweit aufzuklären, dass berechtigterweise da-von auszugehen ist, dass nur militärisch zulässige Ziele getroffen werden und eine Schädigung geschützter Objekte, einschließlich unbeteiligter Zi-vilpersonen, unterbleibt.⁵⁹

Zunächst ist zu fragen, welche Bedeutung dem Ermittlungsergebnis des Untersuchungsausschusses beizumessen ist, nachdem dem HUMINT-Kontakt, auf dessen Aussage sich Oberst Klein maßgeblich stützte, keine weiteren Fragen gestellt wurden.⁶⁰ Ohne ein sachgerechtes Nachfragen konnte in der wiederholten Aussage des Informanten, es seien nur Taliban und keine Zivilpersonen auf der Sandbank zugegen gewesen, kaum eine verlässliche Grundlage für den Ausschluß ziviler Opfer gesehen werden (oben 1.1). Ein gezieltes Nachfragen hätte eine Bewertung der Aussagekraft und Glaubwürdigkeit der Aussage des Informanten sicherstellen können. Die Einstufung als verlässliche Quelle durch die Task Force 47 bot für sich genommen keine ausreichende Gewähr, die Glaubwürdigkeit der Infor-mantenaussage zu unterstellen. Eine Befragung hätte über die verantwort-lichen Soldaten der Task Force 47 und deren Sprachmittler auch ohne Wei-teres veranlasst werden können. Es hätte aufgeklärt werden müssen, was der Informant genau mit der Bezeichnung Taliban bzw. Zivilist gemeint hat. Ohne ein Nachfragen blieb unklar, ob der Kontakt mit dem Begriff der Taliban sämtliche Aufständischen und zivilen Sympathisanten oder ausschließlich Kämpfer im Sinne des humanitären Völkerrechts verstand. Gleichzeitig hätte eruiert werden müssen, ob unter dem Begriff Zivilist ausschließlich Schaulustige und nicht mit dem Abschöpfen des Benzins aus den Tanklastern Beschäftigte oder Zivilpersonen, die nach dem Konflikt-völkerrecht keine Kämpfer sind und sich nicht unmittelbar an Feindselig-keiten beteiligen, gemeint waren. Insbesondere hätte gefragt werden müs-sen, ob sich Kinder oder Greise vor Ort befinden.

Zudem hätte – unterstellt, die Aussage des Informanten wäre substan-tiiert genug gewesen, um auf eine ausschließliche Anwesenheit von Kämp-

⁵⁸ ICTY, Prosecutor v. Kupreskic et al., Urteil vom 14. Januar 2004, Case No. IT-95-16-T-14, Ziff. 524.

⁵⁹ Vgl. Gasser (Fn. 33), Regel 509, Rn. 5.

⁶⁰ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 56.

fern bei den Tanklastern zu schließen – die Glaubwürdigkeit der Angaben des Informanten durch gezielte Fragen verifiziert werden müssen. Die Aussage der Kontaktperson war schon deswegen wenig plausibel, weil es absolut unwahrscheinlich ist, dass eine eindeutige Identifizierung sämtlicher Personen an den Tanklastern als Mitglieder einer militärisch organisierten bewaffneten Gruppe von Taliban in einem so schwierigen und komplexen, vor allem sich andauernd dynamisch verändernden Zielgebiet durch eine einzige HUMINT-Quelle wirklich belastbar hätte erfolgen können.⁶¹ Die Glaubwürdigkeit wird auch durch die Tatsache erheblich geschmälert, dass sich der Informant selbst nicht vor Ort befand, sondern seine Angaben auf unbestimmte Subkontakte stützte. Dies hätte ein sorgfältig agierender Befehlshaber in Erfahrung gebracht, indem er präzise Fragen an den Informanten über den Hintergrund seines Wissens gestellt hätte. Diese hätten dann auch Fragen zu dem Verbleib der zivilen Fahrer der Tanklasten, den ominösen Subkontakten und dem Grund der ständig wechselnden Personen vor Ort einschließen müssen.⁶²

Schließlich hätte man die erheblichen Zweifel der Piloten der Kampfflugzeuge (F-15) über die Eigenschaft der am Boden befindlichen Personen nicht ignorieren und einen Tiefflug, der auch eine weitere Aufklärung über die Eigenschaft der auf der Sandbank Anwesenden ermöglicht hätte, nicht ablehnen dürfen.

2.2. *Warnungspflicht*

Nach Art. 57 II lit. c) ZP I muss Angriffen, durch welche die Zivilbevölkerung in Mitleidenschaft gezogen werden kann, eine wirksame Warnung vorausgehen, es sei denn, die gegebenen Umstände erlauben dies nicht. Der Generalbundesanwalt hat die Ansicht vertreten, die Warnungspflicht sei schon aufgrund der glaubwürdigen Annahme Oberst Kleins von der Nichtanwesenheit von Zivilpersonen entfallen.⁶³ Dieser Ansicht kann entgegengehalten werden, dass eine Warnung nur dann sinnlos wäre, wenn die Anwesenheit von Zivilpersonen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte ausgeschlossen werden können. Dies war nicht der Fall (oben 1.4).

Eine Warnungspflicht könnte auch dann nicht geboten sein, wenn durch diese die Erreichung des militärischen Vorteils erheblich gefährdet worden wäre. Hinsichtlich der Tanklasten liegt offensichtlich keine Gefahr im Verzug vor, weil diese unbeweglich im Schlamm feststeckten. Aber auch hinsichtlich der möglicherweise anwesenden Talibankämpfer hätte eine Warnung das Ziel ihrer späteren Tötung nicht erheblich gefährdet. Oberst Klein beteuerte bei seiner Vernehmung durch den Generalbundesanwalt

⁶¹ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 249.

⁶² Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 258.

⁶³ GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 67.

selbst, dass er keine „Show of Force“ angeordnet habe, weil die Taliban von dieser Drohung erfahrungsgemäß unbeeindruckt blieben.⁶⁴ Wenn sich die Aufständischen ohnehin nicht hätten vertreiben lassen, dann wäre durch eine Warnung keine Gefährdung des möglichen Ziels, die Aufständischen zu töten, erfolgt. Vielmehr hätte die Warnung ihr eigentliches Ziel, die möglicherweise anwesende Zivilbevölkerung zum Verlassen des Angriffsortes zu bewegen, ohne Einbuße des militärischen Ziels des Angriffs erreichen können.

Eine von den Piloten geforderte Warnung in Form eines Tiefflugs (show of force) war auch nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil sie zu einer erheblichen Gefährdung der Flugzeuge und ihrer Insassen geführt hätte. Denn nach den ihm vorliegenden Informationen war davon auszugehen, dass die Anwesenden nicht über einsetzbare Abwehrraketen verfügten.⁶⁵ Demnach hat es Oberst Klein pflichtwidrig unterlassen, eine vorherige Warnung gegenüber den unbeteiligten Zivilpersonen vor dem Luftangriff anzuordnen.⁶⁶

2.3 Rules of Engagement

Fraglich ist, ob auch eine Verletzung der Rules of Engagement (RoE) vorliegt. RoE sind (regelmäßig geheime) Anweisungen, in denen ein genereller Handlungsmaßstab für den jeweiligen Einsatz festgelegt wird. Sie werden als Annex zum jeweiligen Operationsplan beschlossen.⁶⁷ Es handelt sich um Anweisungen an militärische Kräfte, die den Umfang und die Art und Weise definieren, wie in den Einsätzen Gewalt zur Anwendung kommen soll. Nach der dominierenden Ansicht im Schrifttum entfalten die RoE keine rechtssetzende Wirkung. Sie sind – vergleichbar mit den innerdienstlichen Behördenanweisungen im nationalen Recht – internes Recht einer Internationalen Organisation und können auch als transnationale Verwaltungsvorschriften bezeichnet werden. Wie bei nationalen Verwaltungsvorschriften stellt sich die Frage, ob die RoE trotz ihres Charakters als organisationales Innenrecht eine, wenn auch mittelbare, Außenwirkung entfalten können. Den RoE kann eine wichtige Bedeutung bei der Bestimmung der Reichweite des Einsatzmandates im Rahmen der Auslegung der jeweiligen Resolution des Sicherheitsrates zukommen.⁶⁸ Soweit die Gewaltanwendung durch die RoE Beschränkungen erfährt, liegt darin ein Hinweis

⁶⁴ GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 26 f.

⁶⁵ GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 21.

⁶⁶ Ebenso *Diehl* (Fn. 42), S. 16; *Safferling/Kirsch*, Die Strafbarkeit von Bundeswehrangehörigen bei Auslandseinsätzen: Afghanistan ist kein rechtsfreier Raum, JA 2010, S. 81 (84); *Ambos* (Fn. 44), S. 1727.

⁶⁷ *Frister/Korte/Kreß* (Fn. 20), S. 10 ff. (16).

⁶⁸ *Frister/Korte/Kreß* (Fn. 20), S. 17.

begründet, dass auch das Mandat des Sicherheitsrates ein über diesen Standard hinausgehendes militärisches Vorgehen nicht legitimiert.

Dasselbe gilt im Hinblick auf die Auslegung der Normen des humanitären Völkerrechts, der allgemeinen Menschenrechte und des Umfangs des Bundestagsmandats. Auch hier treffen die RoE regelmäßig Festlegungen, die die allgemeinen Verpflichtungen zu konkretisieren suchen.⁶⁹ Einsatzregeln können einerseits als nachfolgende Staatenpraxis nach Art. 31 III der Wiener Vertragsrechtskonvention für eine Interpretation völkerrechtlicher Sorgfaltsanforderungen bedeutsam sein. Sie können aber auch den Möglichkeitsraum gebotener Sorgfaltsmaßnahmen aufzeigen. Wenn ein Abweichen von den RoE zu einer Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs führt, verschiebt das die Darlegungs- und Beweislast. Bei Nichtbeachtung der RoE ist konkret nachzuweisen, warum die Einhaltung der RoE praktisch nicht möglich war und warum auch eine Einhaltung der RoE eine Schädigung der Zivilbevölkerung nicht hätte verhindern können. Denn wenn die RoE mögliche Sorgfaltsmaßnahmen beschreiben, ist die Absenkung dieses Standards begründungsbedürftig. Ein Abweichen von den RoE ist substantiiert zu begründen.

Von Bedeutung ist zunächst, dass der Untersuchungsausschuss aufgeklärt hat, welche Rule of Engagement dem Luftangriff zu Grunde gelegt wurde. Oberst Klein wandte die Einsatzregel 429 an, welche die gezielte Tötung von Aufständischen auch außerhalb einer konkreten Verteidigungssituation (*imminent threat*) erlaubt, soweit diese Angriffe gegen afghanische Sicherheitskräfte oder ISAF vorbereiten, also Kämpfer im Sinne des humanitären Völkerrechts sind.⁷⁰ Voraussetzung ist aber, dass die angegriffenen Personen klar als Aufständische (*insurgents*) identifiziert sind, also auszuschließen ist, dass es sich um Zivilpersonen handelt.

Die RoE 429 enthält selbst eine Reihe von Sorgfaltsverfahren, die durch Oberst Klein verletzt wurden. Vor dem Angriff ist zwingend eine positive Zielidentifizierung (*positive identification*) durchzuführen. Wird diese auf die Aussage eines Informanten gestützt, so muss nach der RoE 429 nicht nur die Quelle als zuverlässig klassifiziert worden sein, sondern vor allem muss auch die Nachricht selbst einen gewissen Grad an Glaubwürdigkeit und Plausibilität aufweisen.⁷¹ Damit ergibt sich die Pflichtwidrigkeit der unterlassenen Glaubwürdigkeitsprüfung auch inzidentell aus der Verletzung der dem Angriff zu Grunde zu legenden Einsatzregel. Zudem unterblieb pflichtwidrig eine von der Einsatzregel vorgeschriebene

⁶⁹ Spies, Die Bedeutung von „Rules of Engagement“ in multinationalen Operationen, in Weingärtner (Hrsg.) Einsatz der Bundeswehr im Ausland, 2007, S. 115 ff. (123 ff.).

⁷⁰ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 242, 247.

⁷¹ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 248.

vorherige Abschätzung der Kollateralschäden (Collateral Damage Estimation).⁷² Auch der vorgesehenen Warnungspflicht wurde nicht nachgekommen.⁷³ Des Weiteren hätte die nach RoE 429 vorgeschriebene Einschaltung des Vorgesetzten, General Vollmer, und auch des im PRT vorhandenen Rechtsberaters dazu führen können, dass die Befragung des Informanten sachangemessen geführt wird. Die Bedeutung der Hinzuziehung eines Rechtsbeistands wird auch von Art. 82 ZP I bestätigt, nach dem ein Rechtsberater bei Bedarf jederzeit einer Konfliktpartei verfügbar sein muss.⁷⁴

II. Europäische Menschenrechtskonvention

Die grundsätzliche Anerkennung der parallelen Anwendbarkeit von Menschenrechten neben den Regeln des humanitären Völkerrechts in Situationen bewaffneter Konflikte stellt eine bedeutende Fortentwicklung des internationalen Rechts dar. Der Internationale Gerichtshof hat die allgemeinen Menschenrechte im Fall bewaffneter Konflikte zunächst im Gutachten über die Zulässigkeit von Atomwaffen⁷⁵ und später im Gutachten über die Rechtmäßigkeit des israelischen Mauerbaus für anwendbar erklärt.⁷⁶ Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die allgemeinen Menschenrechte und das humanitäre Völkerrecht in einem Ergänzungsverhältnis stehen, welches das jeweils höchste Schutzniveau sicherstellt.⁷⁷ Im Folgenden wird zunächst dargelegt, dass der Anwendungsbereich der EMRK in Nordafghanistan zum Angriffszeitpunkt eröffnet ist (2.1).⁷⁸ Zudem soll anhand der Rechtsprechung des EGMR aufgezeigt werden, dass das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) subjektive Rechte verleiht, die zum Teil über das Schutzniveau des humanitären Völkerrechts noch hinaus gehen. Dies be-

⁷² Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 249.

⁷³ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 250.

⁷⁴ Das Sondervotum der SPD-Fraktion benennt zudem eine Reihe weiterer Aufklärungsmöglichkeiten, denen Oberst Klein hätte nachkommen können, Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 258.

⁷⁵ IGH, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Gutachten, ICJ Rep. 1996, Ziff. 25.

⁷⁶ IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Gutachten, 9. Juli 2004, Ziff. 106, abgedruckt in ICJ Rep. 2004 und I.L.M. 43, 2004, S. 1009 ff.

⁷⁷ So auch *Alexander Orakbelashvili*, The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism or Convergence?, EJIL 19, 2008, S. 161 ff; *Michael Bothe*, Humanitäres Völkerrecht und Schutz der Menschenrechte, HuV-I 21, 2008, S. 4 ff.

⁷⁸ Der Beitrag geht auf eine Bewertung nach dem UN-Zivilpakt nicht gesondert ein. Die diesbzgl. Wertungen laufen im Grundsatz parallel zu den Normen der EMRK.

trifft sowohl die Reichweite der staatlichen Schutzpflicht (2.2) als auch die vom EGMR aus dem Recht auf Leben abgeleitete Untersuchungspflicht bei Tötung eines Menschen (2.3). Die Verletzung der EMRK kann nach Art. 41 EMRK zu materiellen Entschädigungspflichten führen. Sie gilt aufgrund des deutschen Umsetzungsgesetzes gem. Art. 59 II Satz 1 GG im Range eines Bundesgesetzes.⁷⁹ Diese Rechtspositionen sind drittschützend und verleihen subjektive Rechte. Eine mangelnde Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR durch deutsche Gerichte kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden.⁸⁰

1. Anwendbarkeit

1.1. Extraterritoriale Geltung

Nach Art. 1 EMRK sichern die Hohen Vertragsparteien allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte zu. Die Anwendbarkeit der EMRK auf hoheitliche Akte außerhalb des Staatsgebietes der beklagten Vertragspartei hat der EGMR bereits 1995 im Fall *Loizidou* anerkannt. Der Gerichtshof kam vor dem Hintergrund der Stationierung von 30.000 türkischen Soldaten in Nordzypern zu dem Schluss, dass auch das Verwaltungshandeln der Behörden der Republik Türkei in Nordzypern Hoheitsgewalt im Sinne von Art. 1 EMRK darstelle, weil sie die tatsächliche Kontrolle (effective control) über das Gebiet innehabt.⁸¹ Im Fall *Bankovic* urteilte der EGMR Ende 2001, dass die Hoheit der NATO-Staaten über den serbischen Luftraum während des Kosovo-Krieges 1999 allein nicht ausreichend sei, um Hoheitsgewalt im Sinne von Art. 1 EMRK zu begründen.⁸² Aus diesem Grunde konnte es der Gerichtshof offen lassen, ob der Abwurf einer Bombe durch die NATO auf einen Radiosender in Belgrad, bei dem Zivilpersonen getötet wurden, eine Verletzung der Konvention darstellte. Gleichzeitig hob der EGMR hervor, dass ein Staat allgemein über eine tatsächliche Herrschaft über ein außerhalb seiner Grenzen befindliches Gebiet und über dessen Bewohner verfüge, wenn er als Folge einer militärischen Besetzung oder nach Zustimmung, Aufforderung oder Einwilligung der Regierung dieses Gebiets alle oder einige Zuständigkeiten übernimmt, die gewöhnlich von dieser Regierung wahrgenommen werden.⁸³

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien ist davon auszugehen, dass die Bundeswehr im Rahmen des ISAF-Mandates eine effektive Kontrolle im

⁷⁹ BGBl. 2002 II S. 1055.

⁸⁰ BVerfGE 111, 307 ff. – Görgülü.

⁸¹ EGMR, *Loizidou v. Turkey*, Zulässigkeitsentsch. vom 23. März 1995, Appl. No. 15318/89, Ziff. 62.

⁸² EGMR, *Banković et al. v. Belgium et al.*, Urt. vom 12.12.2001, Appl. No. 52207/99.

⁸³ EGMR, *Banković* (Fn. 82), Ziff. 71.

Sinne des Art. 1 EMRK in Nordafghanistan ausübt. Selbst wenn die Bankovic-Entscheidung dahingehend auszulegen wäre, dass der EGMR eine „regelmäßige Ausübung von Hoheitsgewalt“ für die Annahme einer effektiven Kontrolle einfordert,⁸⁴ wäre dieses Merkmal durch den mehrere Jahre andauernden Einsatz der Bundeswehr in Afghanistan ohne Zweifel erfüllt. Aus der Billigung des ISAF-Einsatzes durch die afghanische Exekutive, zunächst durch die Übergangsregierung und seit dem 9. Oktober 2004 durch den gewählten Präsidenten Karzai, ergibt sich nichts anderes. Denn nach den Bankovic-Grundsätzen ist es unerheblich, ob die Hoheitsgewalt als Folge einer militärischen Besetzung oder nach Zustimmung, Aufforderung oder Einwilligung eines fremden Staates in dessen Territorium tätig wird. Auch aus der Ausrichtung des ISAF-Mandates als Unterstützungseinsatz folgt nicht, dass Deutschland keine menschenrechtliche Verantwortung für das Handeln seiner Streitkräfte in Afghanistan übernehmen muss. Denn insoweit ist es nach der Rechtsprechung des EGMR ausreichend, wenn ein Konventionsstaat nur einen Teil der hoheitlichen Tätigkeiten ausübt, die normalerweise von dem Gebietsstaat ausgeübt werden. Dass die Bundeswehr Aufgaben wahrnimmt, die normalerweise durch den Gebietsstaat selbst ausgeübt werden, ergibt sich gerade aus der allgemeinen Aufgabendefinition, die Regierung von Afghanistan bei Aufrechterhaltung der Sicherheit zu unterstützen.⁸⁵

Den im Urteil Bankovic angedeuteten Ansatz, die Geltung der EMRK auf den europäischen Raum der Vertragsparteien („espace juridique“) zu beschränken, hat der EGMR in Folgeurteilen nicht weiter verfolgt.⁸⁶ Insbesondere hat der EGMR im Fall Al-Skeini im Juli 2011 in Bezug auf den Auslandseinsatz britischer Soldatinnen und Soldaten im Irak im Jahr 2003 die Anwendbarkeit der EMRK bejaht.⁸⁷

1.2. Geltung im bewaffneten Konflikt

Die Europäische Menschenrechtskonvention findet auch im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten Anwendung. In den Fällen *Isayeva*⁸⁸ und *Khatsiyeva*,⁸⁹ bei denen jeweils die Unrechtmäßigkeit der Tötung von Zi-

⁸⁴ *Krieger*, Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz, in *ZaöVR* 62, 2002, S. 669 (693).

⁸⁵ Vgl. zuletzt Bundestagsmandat, BT Drs. 17/654, Ziff. 4.

⁸⁶ Vgl. EGMR, *Ilaşcu v. Moldova and Russia*, Urteil vom 8. Juli 2004, Nr. 48787/99, *Human Rights Law Journal* 25, 2004, 332, § 312; *Issa v. Turkey*, Entsch. v. 16. November 2004, Appl. No. 31821/96, Ziff. 74; *Pad v. Turkey*, Entsch. v. 28. Juni 2007, Appl. No. 60167/00, Ziff. 54.

⁸⁷ EGMR, *Al-Skeini v. United Kingdom*, Urt. v. 17. Juli 2011, Appl. No. 55721/07, Ziff. 149 f.

⁸⁸ EGMR, *Isayeva v. Russia*, Urteil vom 24. Februar 2005, Nr. 57950/00, Ziff. 180, 191.

⁸⁹ EGMR, *Khatsiyeva v. Russia*, Urt. v. 7. Juli 2008, Appl. No. 5108/02, Ziff. 134.

vilpersonen durch russisches Militär im Zuge des Tschetschenien-Krieges festgestellt wurde, hat der EGMR weder seine Entscheidungsbefugnis zurückgenommen noch die Rechtmäßigkeit am Maßstab des humanitären Völkerrechts überprüft, sondern allein eine Prüfung anhand der Vorgaben des Art. 2 EMRK vorgenommen. Dieses Ergebnis ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus Art. 15 II EMRK. Danach kommt der Einhaltung der geltenden Regeln des humanitären Völkerrechts nur dann eine umfassende Rechtfertigungswirkung zu, wenn der Vertragsstaat zuvor eine zulässige Notstandserklärung im Sinne von Art. 15 I EMRK abgegeben hat.⁹⁰ Unterlässt es der Staat, einen Notstand zu erklären, so bemisst sich die Rechtmäßigkeit der Tötungshandlung allein am Maßstab von Art. 2 EMRK. Im Fall *Al-Skeini* hat der EGMR nunmehr ausdrücklich hervorgehoben, dass die Pflicht zur Beachtung des Rechts auf Leben auch im Kontext eines bewaffneten Konflikts gilt.⁹¹

2. Schutzpflicht (Art. 2 EMRK)

Selbst wenn Oberst Klein eine Tötungsintention nicht nachgewiesen werden kann, könnte die Schutzpflicht möglicherweise verletzt sein. Grundsätzlich können auch nicht intendierte Tötungen von Menschen als Nebenfolge einer staatlichen Gewaltanwendung die Schutzpflicht aus Art. 2 EMRK verletzen.⁹² Auch in diesen Fällen ist zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 2 II EMRK vorliegt.

2.1. Kein Rechtfertigungsgrund

Der Luftangriff bei Kunduz kann nicht nach Art. 2 II lit. a EMRK gerechtfertigt werden. Dies wäre nur möglich, wenn von den Menschen, die sich neben den Tanklastern aufhielten, ein Angriff ausgegangen wäre.⁹³ Der EGMR hat bislang eine Rechtfertigung als Notstandsrechtfertigung auf Grundlage von Art. 2 II lit. a EMRK dem Grunde nach nur dann anerkannt, wenn staatliche Einheiten in Feuergefechte verwickelt wurden.⁹⁴ Eine unmittelbare Gefahr durch die Tanklasten war zum Tatzeitpunkt jedoch nicht gegeben. Insbesondere bestand keine Gefahr für deutsche Soldaten, weil die Tanklasten etwa 7 km Luftlinie vom deutschen Feldlager entfernt im Flussbett feststeckten. Auch wurden die NATO-Flugzeuge zu keinem Zeitpunkt von der Sandbank aus beschossen.

⁹⁰ EGMR, *Isayeva* (Fn. 88), Ziff. 191.

⁹¹ EGMR, *Al-Skeini* (Fn. 87), Ziff. 164.

⁹² EGMR, *Özkan v. Turkey*, Urteil v. 6. April 2004, Appl. No. 21689/93, Ziff. 297; *Isayeva* (Fn. 88), Ziff. 169.

⁹³ EGMR, *Isayeva* (Fn. 88), Ziff. 178.

⁹⁴ EGMR, *Özkan* (Fn. 92), Ziff. 298 ff.

Auch eine Rechtfertigung über Art. 2 II lit. c EMRK zur Aufstandsbekämpfung scheidet aus. Denn auch dieser mögliche Legitimierungsgrund setzt eine vorherige aktive Aufstandshandlung der Getöteten voraus und deckt nicht die Tötung von Aufständischen zu jeder Zeit an jedem Ort. Eine unmittelbare Aufstandshandlung ging von den Menschen um die Tanklaster nicht aus. Der EGMR hat eine Rechtfertigung wegen einer Aufstandssituation nur in wenigen Sondersituationen dem Grunde nach für möglich gehalten. Im Fall *Isayeva* hat der EGMR einen Angriff auf eine größere Gruppe von Rebellen (von mindestens mehreren Hundert, wenn nicht gar viertausend Kämpfern) für rechtfertigbar gehalten, als sich diese nach lang anhaltenden intensiven kriegerischen Auseinandersetzungen mit dem staatlichen Militär auf der Flucht befanden.⁹⁵ Auch hat der EGMR im Fall *Güleç* einen legitimen Zweck anerkannt, weil die türkischen Verbände gegen eine verbotene, gewaltsame Versammlung vorgingen.⁹⁶

2.2. Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs

Selbst wenn in der Entführung der Tanklaster eine an sich zulässigerweise mit tödlichen Mitteln zu bekämpfende Aufstandshandlung im Sinne von Art. 2 II lit. c EMRK gesehen werden könnte, durften die Verantwortlichen wegen der durch die Piloten zu beobachtenden Wechsel und Zustrome an Menschen um die Tanklaster nicht mehr davon ausgehen, dass sich nur die Entführer der Tanklaster vor Ort befanden. Damit wäre der Angriff zur Abwendung der Aufstandsgefahr nicht mehr angemessen, weil er eine erhebliche Anzahl von nicht unmittelbar an der Entführung beteiligten Personen getroffen hätte.

Selbst wenn ein legitimer Zweck im Sinne von Art. 2 II lit. a oder c EMRK angenommen werden könnte, müsste dieser auch in einer verhältnismäßigen Weise umgesetzt worden sein.⁹⁷ Dazu gehören nach der Rechtsprechung des EGMR auch Vorsorgemaßnahmen zur Verhütung unbeabsichtigter Tötungen.⁹⁸

Die Anforderungen, die der EGMR an die Sorgfalt bei militärischen Planungen stellt, decken sich mit denen nach Art. 57 ZP I. Demnach ist eine Unverhältnismäßigkeit spätestens aufgrund der unzureichenden Aufklärungsmaßnahmen über die wahre Eigenschaft der angegriffenen Personen anzunehmen.

Abweichend von Art. 57 II lit. c ZP I hat der EGMR zudem im Falle der möglichen Schädigung von unbeteiligten Zivilpersonen keine Ausnahme von der Pflicht zur vorherigen Warnung anerkannt. So hat der EGMR

⁹⁵ EGMR, *Isayeva* (Fn. 88), Ziff. 187.

⁹⁶ EGMR, *Güleç v. Turkey*, Application No. 21593/93, Urteil vom 27.07.1998, Ziff. 71.

⁹⁷ EGMR, *Güleç* (Fn. 96), Ziff. 71.

⁹⁸ Vgl. EGMR, *Isayeva* (Fn. 88), Ziff. 176.

in der Sache Isayeva die Unverhältnismäßigkeit eines Angriffs auf unbeteiligte Zivilpersonen auch auf das Fehlen einer vorherigen Warnung zurückgeführt.⁹⁹ Da eine vorherige Warnung vor dem Angriff bei Kunduz nicht stattgefunden hat, ist der Angriff auch aus diesem Grund unverhältnismäßig.

Schließlich führt die Tötung einer großen Zahl von Zivilpersonen zur Unverhältnismäßigkeit. Der EGMR hat in den Ausführungen zu den allgemeinen Grundsätzen des Art. 2 EMRK im Fall Isayeva festgestellt, dass auch (aber nicht nur) die irrtümliche Tötung von Zivilpersonen durch einen staatlichen Waffeneinsatz eine Verletzung des Rechts auf Leben darstellen kann.¹⁰⁰

Der Fall Özkan stellt keine Änderung in der Rechtsprechung dar. In diesem Fall hat der EGMR eine Verantwortung des türkischen Staates für die Tötung einer Zivilistin nur deswegen verneint, weil es sich um eine versehentliche Verletzung einer einzelnen Zivilistin im Rahmen einer bewaffneten Auseinandersetzung mit einer Gruppe von Terrorverdächtigen handelte.¹⁰¹ Der EGMR hat hier die Einschätzung der Staatsgewalt zu Grunde gelegt, dass sich die angreifenden Terrorverdächtigen in dem Haus befanden. Tatsächlich wurde durch die Granate eine unbeteiligte Zivilistin in ihrer Wohnung verletzt.¹⁰² Dieser Sachverhalt ist mit dem Luftangriff bei Kunduz, bei dem es um eine gezielte Tötung einer großen Anzahl von Menschen außerhalb einer bewaffneten Auseinandersetzung durch zwei Präzisionsbomben ging, nicht zu vergleichen.

3. Untersuchungspflicht (Art. 2 i.V.m. 1 EMRK)

Aus der Pflicht zum Schutz des Rechts auf Leben gemäß Art. 2 EMRK i.V.m. der allgemeinen Verpflichtung nach Art. 1 EMRK zum Tötungsverbot folgt auch eine Pflicht zur Durchführung einer offiziellen und effektiven Untersuchung.¹⁰³ Dieses Gebot besteht nach der Rechtsprechung des EGMR ausnahmslos, wenn Personen infolge von Gewaltausübung – insbesondere durch Staatsorgane – getötet wurden, auch wenn dies im Zusammenhang mit einem bewaffneten Konflikt steht.¹⁰⁴ Denn eine Aufar-

⁹⁹ EGMR, Isayeva (Fn. 88), Ziff. 187. Hervorhebung durch d. Verf. Zur Warnpflicht auch EGMR, Khatsiyeva v. Russia, 5108/02, 17.01.2008, Ziff. 139.

¹⁰⁰ EGMR, Isayeva (Fn. 88), Ziff. 176.

¹⁰¹ EGMR, Özkan (Fn. 92), Ziff. 304, 305.

¹⁰² Vgl. EGMR, Özkan (Fn. 92), Ziff. 107 ff. (113).

¹⁰³ EGMR, McCann v. Vereinigtes Königreich, Urteil vom 27. September 1995, Serie A Nr. 324, 48, Ziff. 161; Kaya v. Türkei, Urteil vom 19. Februar 1998, Reports 1998-I, 324, Ziff. 86.

¹⁰⁴ EGMR, Ergi v. Türkei, Urteil vom 28. Juli 1998, Reports 1998-IV, Ziff. 82–85; Tanrikulu v. Turkey [GC], Nr. 23763/94, Ziff. 101–110, ECHR 1999-IV; Khashiyev and Akayeva v. Russland, Urteil vom 24. Februar 2005, Nr. 57942/00 u. 57945/00, Ziff.

beitung des tatsächlichen Geschehens ist auch in diesen Fällen unerlässlich, damit die Verantwortlichen nach innerstaatlichem Recht möglichen straf- und zivilrechtlichen Sanktionen ausgesetzt werden können.¹⁰⁵

Nach dem EGMR muss eine nachträgliche Untersuchung drei Voraussetzungen erfüllen: Zunächst muss diese auf eigene Initiative des Vertragsstaates und nicht etwa erst aufgrund der Bemühungen von Dritten, etwa den Angehörigen, durchgeführt werden.¹⁰⁶ Zudem muss der Vorfall stets durch eine unabhängige Stelle untersucht werden.¹⁰⁷ Schließlich muss die Untersuchung effektiv in dem Sinne sein, dass sie geeignet ist festzustellen, ob die angewendete Gewalt unter den gegebenen Umständen gerechtfertigt war oder nicht.¹⁰⁸

Das Effektivitätsgebot verlangt, dass der Vertragsstaat die ihm zumutbaren Schritte zur Sachverhaltsermittlung, einschließlich der Einvernahme von Augenzeugen, der Spurensicherung und ggf. einer Autopsie zur vollständigen und akkuraten Dokumentation der Verletzungen sowie einer objektiven Analyse der medizinischen Befunde einschließlich der Todesursache, ergreift.¹⁰⁹ Eine solche Pflicht zur Durchführung einer Wirkungsanalyse unmittelbar nach einem Angriff auf Menschen ist auch nach den ISAF-Regularien zwingend vorgeschrieben, gerade um zivile Opfer auszuschließen oder gegebenenfalls Erste Hilfe leisten zu können.¹¹⁰ Die Anordnung zur Durchführung eines solchen zeitnahen Battle Damage Assessment wurde durch Oberst Klein pflichtwidrig unterlassen.¹¹¹ Eine Analyse der Wirkung des Angriffs am Boden erfolgte erst gegen 12.34 Uhr, obwohl Oberst Klein selbst davon ausging, dass die Aufständischen ihre Leichen schnell bergen würden.¹¹² Dabei konnten nur noch „minimalste Spuren“ von menschlichen Überresten ausfindig gemacht werden. Welche und wie viele Menschen tatsächlich durch den Luftangriff bei Kunduz ums Leben kamen, konnte dadurch nicht festgestellt werden.

156–166, Ziff. 180 u. 210; *Musayev v. Russland*, Urteil vom 26. Juli 2005, Nr. 57941/00, 58699/00 und 60403/00, Ziff. 158–165.

¹⁰⁵ Vgl. etwa EGMR, *Nachova v. Bulgarien*, Urteil vom 6. Juli 2005, Nr. 43577/98 und 43579/98, Ziff. 110, ECHR 2005–VII.

¹⁰⁶ Vgl. etwa EGMR, *Isayeva* (Fn. 88), Ziff. 209.

¹⁰⁷ Vgl. etwa EGMR, *Güleç* (Fn. 96), Ziff. 81–82.

¹⁰⁸ Vgl. etwa EGMR, *Kaya* (Fn. 103), Ziff. 87.

¹⁰⁹ Vgl. EGMR, *Isayeva* (Fn. 88), Ziff. 212.

¹¹⁰ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 220 ff.

¹¹¹ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Sondervotum der Fraktion SPD, S. 251, Sondervotum der Fraktion DIE LINKE, S. 335, Stellungnahmen aufgrund Gewährung rechtlichen Gehörs, Gegenäußerungen der Fraktionen, S. 424.

¹¹² Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 70 ff.

Die Bundesregierung hat es damit versäumt, die Anzahl der verletzten und getöteten Menschen zu ermitteln. Aufgrund dieses Versäumnisses basiert nach Ansicht des Generalbundesanwalts keine der später durchgeführten Untersuchungen im Hinblick auf die Anzahl der Opfer auf objektiven Kriterien.¹¹³ Um den Anforderungen an eine effektive Untersuchung zu genügen, hätte jedoch unmittelbar nach dem Bombenabwurf eine Autopsie der Leichen vorgenommen werden müssen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass dies zur Nachtzeit nicht oder nicht ohne großes Risiko durchführbar gewesen wäre, wäre jedenfalls zumindest der zeitnahe Einsatz unbemannter Luftfahrzeuge zur Überwachung der Sandbank per Video möglich gewesen, bis Bodentruppen bei Tageslicht dorthin hätten verlegt werden können. In diesem Unterlassen ist auch ein Verstoß gegen die Pflicht einer prompten und beschleunigten Untersuchung als Teil des allgemeinen Effektivitätsgebots¹¹⁴ zu erblicken.

Gleichzeitig wurde es auch versäumt, angemessene Ermittlungen zur Identität der getöteten Menschen unmittelbar nach dem Angriff einzuleiten. Als einzige Ermittlungsmethode wurde die Vernehmung von Zeugen gewählt, die jedoch unter den Dorfbewohnern in den dem Angriffsort nahe gelegenen Dörfern allein durch afghanische Behörden durchgeführt wurde. Diese Ermittlungen der Regierungskommission der Islamischen Republik Afghanistan an Präsident Karzai stellen eigenständige Untersuchungen der afghanischen Exekutive dar und gehen nicht auf die Initiative Deutschlands zurück. Das Tactical Psychological Operations Team (TPT) des PRT hat allein das Gespräch mit dem stellvertretenden Bürgermeister des Dorfes Haji Amanmulla gesucht.¹¹⁵

Der geheime ISAF-Untersuchungsbericht stützt sich demgegenüber nicht auf eigene Ermittlungen, sondern verweist pauschal auf Untersuchungsergebnisse afghanischer Sicherheitskräfte, ohne die genauen Modalitäten der Ermittlung zu erläutern.¹¹⁶ Im Übrigen geht der ISAF-Untersuchungsbericht von lediglich 30 getöteten und neun verletzten Zivilpersonen aus und liegt damit weit unter den tatsächlichen Opferzahlen. Ein weiterer als Geheimdokument eingestufte Bericht geht von 74 Toten und 16 Verletzten aus.¹¹⁷

Weder die genannten ISAF-Berichte noch eine Liste der UN-Mission UNAMA, die 109 getötete und 33 verletzte Personen, also insgesamt 142 geschädigte Personen aufführt, differenzieren zwischen Kämpfern und

¹¹³ GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 38.

¹¹⁴ Zu dieser Pflicht vgl. etwa EGMR Yaşa v. Turkey, Urteil vom 2. September 1998, Reports 1998–VI, 2431, Ziff. 74; EGMR, Kaya (Fn. 103), Ziff. 106–107.

¹¹⁵ Bericht des Untersuchungsausschusses (Fn. 12), Feststellungen zum Sachverhalt, S. 72.

¹¹⁶ Vgl. GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 38.

¹¹⁷ Vgl. GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 39.

Zivilpersonen.¹¹⁸ Auch wenn diese Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein mag, ist dies kein Grund für ein generelles Unterlassen. Zudem haben durch den Angriff bei Kunduz 22 Kinder ihr Leben verloren. Bei Kindern, die auf den Bildern im Gefechtsraum erkannt werden mussten, durfte in keinem Fall ungeprüft davon ausgegangen werden, dass sie zu den Kampfverbänden zählten.

Des Weiteren liegt auch keine unabhängige Untersuchung vor. Eine notwendige Autonomie ist nur gesichert, wenn die untersuchende Behörde unabhängig von der militärischen Befehlsstruktur operieren kann.¹¹⁹ Dies ist bei der ISAF-Untersuchungskommission nicht der Fall gewesen. Das Initial Action Team (IAT) der ISAF stand unter der Leitung von Admiral Smith und war damit in die ISAF-Befehlsstruktur eingebunden.

III. Grundgesetz

Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz stellt die Tötung unbeteiligter Passagiere durch Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeuges einen Eingriff in den Kernbereich des Rechts auf Leben (Art. 2 II Satz 1 i.V.m. Art. 1 I GG) dar. Ausgehend von dieser Grundsatzentscheidung wird die Ansicht vertreten, dass es auch in Situationen bewaffneter Konflikte nach den Wertungen des Grundgesetzes im Unterschied zum Maßstab des Art. 51 V lit. b ZP I nicht auf die Unverhältnismäßigkeit kollateraler Tötungen ankommt. Zunächst ist zu begründen, warum das Recht auf Leben auch in Auslandseinsätzen der Bundeswehr Anwendung findet (1). Sodann wird die Theorie der Schutzbereichsüberlagerung des Rechts auf Leben bei Anwendbarkeit des Konfliktvölkerrechts abgelehnt (2.1). Auf Rechtfertigungsebene bestehen erhebliche Zweifel am Vorliegen einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für den Luftangriff bei Kunduz (2.2). Schließlich wird eine Verletzung des Kernbereichs des Rechts auf Leben dargelegt (2.3).

1. Anwendbarkeit bei Auslandseinsätzen

Nach Art. 1 III GG sind Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden. Diese Bindung gilt uneingeschränkt; insbesondere findet sich im Verfassungstext weder eine Einschränkung des räumlichen Geltungsbereiches des Grundgesetzes noch eine spezifische Ausnahme für die Bundeswehr. Die

¹¹⁸ Vgl. GBA-Vermerk (Fn. 2), S. 39.

¹¹⁹ EGMR, Al-Skeini (Fn. 87), Ziff. 169.

Grundrechtsbindung deutscher Soldatinnen und Soldaten bei Auslandseinsätzen wird folglich auch im weit überwiegenden Schrifttum bejaht.¹²⁰

Eine Ausnahme bildet Isensee, welcher die Ansicht vertritt, dass sich ein militärischer Einsatz auf Ebene zwischenstaatlicher Gleichordnung im Rahmen des Völkerrechts bewege, so dass dem Einzelnen keine Grundrechtsposition vermittelt werde.¹²¹ Diese dualistische Ansicht, welche im Falle bewaffneter Konflikte ein völkerrechtliches Primat statuieren möchte, ist schon deshalb falsch, weil individuelle Rechtspositionen mittlerweile sehr wohl auch durch das Völkerrecht selbst gewährt werden, so dass dieses keineswegs zu der Anerkennung von subjektiven Grundrechtspositionen nach nationalem Recht in Widerspruch steht. Zudem findet die These der völkerrechtlichen Überlagerung der Grundrechte im Kriegsfall keinerlei Stütze im Verfassungstext. Vielmehr legt der Wortlaut des Art. 1 III GG nahe, dass auch die Bundeswehr an die Grundrechte gebunden bleibt. In diesem Sinne scheint auch die Bundesregierung davon auszugehen, dass die Grundrechte prinzipiell auf Auslandseinsätze deutscher Streitkräfte Anwendung finden.¹²²

Das BVerfG hat sich bislang nur ein einziges Mal zu der Frage der extraterritorialen Geltung der Grundrechte geäußert. In diesem Fall ging es um eine Abhöraktion von Telefongesprächen im Ausland durch deutsche Behörden, die vom Bundesgebiet ausgingen. Das BVerfG bejahte die Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses in diesem grenzüberschreitenden Fall und führte aus, dass die Reichweite der Grundrechte unter Berücksichtigung von Art. 25 GG aus dem Grundgesetz selbst zu ermitteln sei und je nach den einschlägigen Verfassungsnormen Modifikationen und Differenzierungen zulässig oder geboten sein können.¹²³ Aus diesem Urteil lässt sich schließen, dass die Grundrechte grundsätzlich in vollem Umfang eine extraterritoriale Geltung entfalten. Die genaue Reichweite des Schutzbereiches ist dann in Bezug auf die jeweils vorliegende grenzüberschreitende Konstellation zu bestimmen. In Bezug auf Auslandseinsätze der Bundeswehr könnten sich Einschränkungen etwa hinsichtlich positiver staatlicher Schutz- und Bereitstellungspflichten ergeben, schon weil diese nicht ohne Zustimmung des fremden Staates auf seinem Gebiet er-

¹²⁰ Vgl. Herdegen in Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, Art. 1 III, Rn. 71; Murswiek in Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 2. Aufl., Art. 2 Rn. 172.; Stoltenberg, Auslandseinsätze der Bundeswehr im menschenrechtlichen Niemandsland? in ZRP 2008, S. 111 ff.; Werner, Die Grundrechtsbindung der Bundeswehr bei Auslandseinsätzen, 2006, S. 170; Weingärtner, Zur Geltung des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und der Grundrechte im Rahmen von Auslandseinsätzen der Bundeswehr, in ders. (Hrsg.), Streitkräfte und Menschenrechte, 2008, S. 87 ff.; Diehl (Fn. 42), S. 9.

¹²¹ Isensee, in ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl. 2000, § 115 Rn. 90, Fn. 201.

¹²² Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage, BT Drs. 16/6282 vom 29.08.2007, Vorbemerkung.

¹²³ BVerfGE 100, 313 (362).

füllt werden können.¹²⁴ Prinzipiell keine Konflikte mit dem Territorialitätsprinzip bestehen allerdings bei der Beachtung der abwehrrechtlichen Dimension von Grundrechten, wie sie sich etwa aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ergeben.¹²⁵ Denn die Beachtung von Abwehrrechten ist stets auf ein staatliches Unterlassen gerichtet und kann schon deswegen nicht mit den Souveränitätsrechten des Gebietsstaates in Konflikt geraten. Demnach ist die Geltung des Rechts auf Leben (Art. 2 II Satz 1 GG) in seiner abwehrrechtlichen Dimension auch bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr im vollen Umfang anzuerkennen.

2. *Recht auf Leben (Art. 2 II Satz 1 GG)*

2.1 *Schutzbereich*

Die Ansicht von Wiefelspütz, bereits der Schutzbereich des Rechts auf Leben sei nicht berührt, wenn der Kampfeinsatz in Übereinstimmung mit dem humanitären Völkerrecht erfolgte, kann nicht überzeugen.¹²⁶ Denn die Frage der Bedeutung der Regeln des Konfliktvölkerrechts stellt sich allein auf Rechtfertigungsebene. Der Verweis von Wiefelspütz auf das Chemiewaffen-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1987 kann nicht überzeugen. Das BVerfG setzte sich in diesem Urteil allein mit der Situation der Landesverteidigung (Art. 115a GG) auseinander, so dass sich schon aus diesem Grund keine Rückschlüsse auf die Grundrechtsrelevanz militärischer Gewalt bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr zur Friedenssicherung im Ausland ziehen lassen. Zudem bezieht sich das BVerfG nicht auf die abwehrrechtliche, sondern auf die schutzrechtliche Dimension des Rechts auf Leben, welche Deutschland zu Vorsorgemaßnahmen im Falle möglicher Angriffe von außen hätte verpflichten können.¹²⁷

2.2 *Ausreichende Gesetzesgrundlage?*

Nach Art. 2 II Satz 3 GG darf in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

Das Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwangs und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und verbündeter Streitkräfte sowie zivile Wachpersonen (UZwGBw) regelt u.a.

¹²⁴ Vgl. dazu *von Arnould*, Das (Menschen-)Recht im Auslandseinsatz. Rechtsgrundlagen zum Schutz von Grund- und Menschenrechten, in *Weingärtner* (Hrsg.), Streitkräfte und Menschenrechte, S. 61 (72–73).

¹²⁵ *Von Arnould* (Fn. 124), S. 73.

¹²⁶ *Wiefelspütz*, Auslandseinsätze der Streitkräfte und Grundrechte, in *NZWehrr* 2008, S. 89 (102).

¹²⁷ BVerfGE 77, 170 (221).

den Schusswaffengebrauch,¹²⁸ ist nach seinem Zweck gem. § 2 jedoch nur auf den Schutz von Anlagen, Einrichtungen und Schiffen der Bundeswehr und der verbündeten Streitkräfte in der Bundesrepublik beschränkt.¹²⁹ Der Anwendungsbereich ist demnach nicht eröffnet.

Auch das Soldatengesetz enthält keine Befugnisnorm, auch nicht in § 7 SG. Das SG normiert allein eine soldatische Grundpflicht,¹³⁰ der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen und das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes zu verteidigen. Selbst wenn dieser Norm auch eine Kompetenzzuweisung mit Außenwirkung zugesprochen werden sollte, bildet sie für einen Eingriff in das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit mangels konkreter Tatbestandsvoraussetzungen keine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage, welche gezielte Tötungen der Bundeswehr im Ausland legitimieren würde.¹³¹ Das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 I GG) erfordert eine gesetzliche Eingriffsgrundlage, die so bestimmt formuliert sein muss, dass die Folgen der Regelung für den Normadressaten ausreichend vorhersehbar und berechenbar sind,¹³² der Verwaltung angemessenen klare Handlungsmaßstäbe vorgegeben werden und eine hinreichende gerichtliche Kontrolle möglich ist.¹³³

Ob den Umsetzungsgesetzen zu den völkerrechtlichen Verträgen des humanitären Völkerrechts i.V.m. Art. 59 II Satz 1 GG eine solche Ermächtigungsgrundlage für gezielte Tötungshandlungen der Bundeswehr im Ausland entnommen werden kann, ist umstritten.¹³⁴ In Betracht käme hier als Ermächtigungsnorm insbesondere Art. 51 V lit. b) ZP I, der jedoch aufgrund seiner inhaltlichen Unschärfe kaum den rechtsstaatlichen Anforderungen an eine hinreichend bestimmte Eingriffsgrundlage entspricht (Art. 20 I GG). Grundsätzlich steigen die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz relativ zur Intensität des Grundrechtseingriffs.¹³⁵ Da es sich bei der gezielten Tötung von Menschen um einen der intensivsten Grundrechtseingriffe überhaupt handelt, müsste die Norm eindeutige Ermächtigungsvoraussetzungen definieren. Die Norm ist aber als Schutz-

¹²⁸ Vgl. § 16 ff. UZwGBw.

¹²⁹ Vgl. *Schott*, Brauchen wir eine einfachgesetzliche Regelung für die Mandatserfüllung mit militärischen Mitteln in den Auslandseinsätzen der Bundeswehr? in *Weingärtner* (Hrsg.), Die Bundeswehr als Armee im Einsatz, 2010, S. 79 (81–84).

¹³⁰ *Yousif*, Die extraterritoriale Geltung der Grundrechte bei der Ausübung deutscher Staatsgewalt im Ausland, 2007, S. 171 ff.

¹³¹ *Kutscha*, Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt – ein verdrängtes Problem, NVwZ 2004, S. 803.

¹³² BVerfGE 31, 255 ff. (264); 37, 132 ff. (142); 45, 400 ff. (420); 52, 1 ff. (41); 56, 1 ff. (12); 62, 169 ff. (183); 78, 205 ff. (212); 83, 130 ff. (145); 84, 133 ff. (149); 87, 234 ff. (263); 108, 52 ff. (75); 110, 33 ff. (53 f.).

¹³³ In diesem Sinne BVerfGE 85, 386 (403 f.); BVerfGE 95, 267 (307).

¹³⁴ Vgl. *Wiefelspütz* (Fn. 126); Baldus in *von Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 87a Nr. 68 ff.

¹³⁵ BVerfGE 49, 168 ff. (181); 56, 1 ff. (13); 59, 104 ff. (114); 62, 169 ff. (183); 83, 130 ff. (145); 86, 288 ff. (311); 90, 1 ff. (17); 93, 213 ff. (238); 109, 133 ff. (188); 110, 33 ff. (55).

norm bzw. als Verbotsnorm ausgestaltet, die übermäßige Schädigungen der Zivilbevölkerung verbietet. Unterhalb dieser Schwelle bleibt die Verfassungsrechtmäßigkeit von Angriffen umstritten, weil die Ermächtigungsgrundlage zwar völkerrechtlich normiert ist, aber die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsvorgaben nicht erfüllt sind.

2.3 Keine Eingriffsrechtfertigung

Verfassungsrechtlich ist eine Rechtfertigung von vornherein ausgeschlossen, wenn es sich um einen Eingriff in Art. 1 I GG oder den spezifischen Menschenwürdegehalt eines anderen Grundrechtes handelt. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) ist die Tötung unschuldiger Zivilpersonen selbst zur Rettung anderer schlechterdings nicht mit dem Kerngehalt des Rechts auf Leben in Einklang zu bringen.¹³⁶ In der Norm des § 14 III LuftSiG, welche den Staat ermächtigte, einen Angriff auf ein entführtes Flugzeug als letztes Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben Dritter auch dann vorzunehmen, wenn sich unschuldige Passagiere an Bord befinden, sah das BVerfG einen Verstoß gegen den Kerngehalt des Rechts auf Leben begründet.¹³⁷

Nach diesen Grundsätzen stellt auch der Luftangriff bei Kunduz einen Menschenwürdeverstoß dar, soweit er den Tod unbeteiligter Zivilisten herbeiführte. Ohne eine vorherige Warnung waren die Menschen bei den Tanklastern dem tödlichen Angriff arg- und wehrlos ausgeliefert und befanden sich somit in einer ausweglosen Lage. Damit handelte es sich objektiv um eine Behandlung, welche den Subjektstatus der Zivilpersonen missachtete und sie ausschließlich als zu eliminierende Elemente behandelte. Nicht ausschlaggebend ist die subjektive Motivationslage der Verantwortlichen,¹³⁸ so dass es auch nicht auf die genaue Kenntnis Oberst Kleins von der Anwesenheit von Zivilisten auf der Sandbank ankommt. Objektiv kommt eine Verletzung des Subjektstatus der Zivilpersonen auch dadurch zum Ausdruck, dass sich Oberst Klein über die Vermutungsregel des Art. 50 I Satz 2 ZP I hinwegsetzte, indem er in einer Situation der Ungewissheit die Kämpfereigenschaft sämtlicher Personen bei der Sandbank unterstellte.

Selbst bei Ablehnung der Einschlägigkeit der Objekt-Formel müsste eine Unvereinbarkeit des Luftangriffs bei Kunduz mit dem Recht auf Le-

¹³⁶ BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz. Zur Kritik des Absolutheitsanspruchs der Menschenwürde allgemein: *Göschner/Lembcke* (Hrsg.), *Das Dogma der Menschenwürde*, 2009.

¹³⁷ BVerfGE 115, 118 (154).

¹³⁸ Vgl. *Kersten*, Die Tötung von Unbeteiligten, NVwZ 2005, S. 662; *Höfling/Augsberg*, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, S. 1083.

ben (Art. 2 II Satz 1 GG) der getöteten Zivilisten angenommen werden, weil sich eine Abwägung zwischen menschlichem Leben verbietet.¹³⁹ Anders als im Rahmen von Art. 51 V lit. b ZP I könnte auch nicht auf eine Erkennbarkeit der Unverhältnismäßigkeit des Kollateralschadens aus Sicht eines verständigen Dritten zum Angriffszeitpunkt abgestellt werden, vielmehr wäre die Bedeutung des Grundrechtseingriffs objektiv aus einer ex-post-Betrachtung zu bestimmen. Auch die Argumentation derjenigen Kritiker des BVerfG-Urteils zum Luftsicherheitsgesetz, die sich für eine Verfassungsmäßigkeit von § 14 III LuftSiG aussprachen,¹⁴⁰ kann nicht zur Rechtfertigung des Luftangriffs bei Kunduz herangezogen werden. Denn der Angriff diene – anders als die Ermächtigungsnorm des LuftSiG – nicht der Abwehr eines gegenwärtigen Angriffs auf das Leben Dritter und kann demnach nicht aufgrund einer vermeintlich übergeordneten Schutzpflicht des Staates vor terroristischen Angriffen verfassungsrechtlich legitimiert werden.

Eine Unanwendbarkeit der Objekt-Formel kann nicht damit begründet werden, dass der Luftangriff bei Kunduz im Zusammenhang eines nicht internationalen bewaffneten Konflikts stattfand und die Menschenwürde nur in Friedenszeiten gelte.¹⁴¹ Eine solche Auslegung findet im Urteil des BVerfG keine ausreichende Stütze. Das BVerfG hat an einer Stelle lediglich festgestellt, dass sich die Norm des § 14 III LuftSiG auf den Fall eines „nichtkriegerischen Luftzwischenfalls“ bezieht,¹⁴² ohne diesen Topos oder den vermeintlichen Gegenbegriff eines „kriegerischen Luftzwischenfalls“ zu definieren. Einer Gleichsetzung des Begriffs des Kriegerischen mit dem Anwendungsbereich des humanitären Völkerrechts steht schon entgegen, dass das Konfliktvölkerrecht seine Anwendbarkeit nicht an den Begriff des Krieges im klassischen Sinne eines Staatenkrieges, sondern an das objektive Vorliegen eines bewaffneten Konflikts knüpft, welcher auch zwischen nichtstaatlichen Parteien vorliegen kann. Auf die subjektive Einschätzung der Konfliktparteien, welcher etwa durch eine offizielle Kriegserklärung Ausdruck verliehen werden könnte, kommt es dabei nicht an. Das Luftsicherheitsgesetz stellte, wie auch das BVerfG zu Beginn seines Urteils hervorhebt, eine Reaktion des deutschen Gesetzgebers auf die Anschläge vom 11. September 2001 dar.¹⁴³ Auch wenn im Ergebnis die Angriffe auf das World Trade Center und das Pentagon vom 11. September 2001 als Einzelereignisse richtigerweise noch keinen bewaffneten Konflikt

¹³⁹ Etwa *Classen*, Die Menschenwürde ist – und bleibt – unantastbar, DÖV 2009, S. 691 (698).

¹⁴⁰ Vgl. etwa *Hillgruber*, Der Staat des Grundgesetzes, JZ 2007, S. 214 ff.

¹⁴¹ *Robbers*, 2008, Menschenwürde im Krieg, in *Weingärtner* (Hrsg.), Streitkräfte und Menschenrechte, S. 24; *Ipsen* (Fn. 27); *Zimmermann/Geiß* (Fn. 27).

¹⁴² BVerfGE 115, 118 (153).

¹⁴³ BVerfGE 115, 118 (119).

im Sinne des humanitären Völkerrechts begründen, so wird über die Anwendbarkeit der Regeln des Konfliktvölkerrechts „im Kampf gegen den Terror“ doch kontrovers diskutiert und von der US-Regierung als Rechtfertigungsgrund für das harte Vorgehen gegen „unrechtmäßige Kombattanten“ ins Feld geführt.¹⁴⁴ Vor diesem Hintergrund kann die Bezeichnung „nichtkriegerisch“ im Luftsicherheitsurteil des BVerfG nicht als Differenzbegriff zu dem Zustand eines bewaffneten Konflikts im Sinne des humanitären Völkerrechts verstanden werden, sondern zielt in seinem Kern auf die Unterscheidung Verteidigungsfall/Nichtverteidigungsfall im Sinne des Art. 115a ff. GG. Diese Annahme wird auch dadurch gestützt, dass das BVerfG an späterer Stelle im Urteil hervorhebt, dass es über die Frage, ob im Falle der „Abwehr von Angriffen, die auf die Beseitigung des Gemeinwesens und die Vernichtung der staatlichen Rechts- und Freiheitsordnung gerichtet sind“, eine Einstandspflicht der unbeteiligten Passagiere eines Luftfahrzeugs gefordert werden könne, nicht zu entscheiden habe.

Diese Passage ähnelt dem Mehrheitsvotum des IGH im Gutachten über die Zulässigkeit des Einsatzes von Atomwaffen, welches die Frage offen ließ, ob ein nuklearer Zweitschlag unter extremen Umständen der Selbstverteidigung, wenn es um das Überleben eines Staates ginge, zulässig oder unzulässig ist.¹⁴⁵ Die Frage, inwieweit eine solche Ausnahmesituation auch die Tötung unschuldiger Zivilpersonen zulässt, kann dahinstehen, denn in Bezug auf den Luftangriff bei Kunduz war kein Verteidigungsfall gegeben.

C. Fazit

Die Regeln des humanitären Völkerrechts sowie das Recht auf Leben nach der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Grundgesetz sind im Rahmen des Auslandseinsatzes der Bundeswehr in Afghanistan zu beachten. Die drei Rechtsregime statuieren zum Teil unterschiedliche Schutz- und Rechtfertigungsstandards. Die Tötung unbeteiligter Zivilpersonen durch den Luftangriff bei Kunduz stellt unter Einbeziehung der Ermittlungsergebnisse des Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages eine Verletzung sowohl des Konfliktvölkerrechtes als auch der Grund- und Menschenrechte dar, die im Rahmen der Prüfung von Haftungsansprüchen zur Anerkennung angemessen zu berücksichtigen sind.

Nach dem gewohnheitsrechtlich verankerten Konfliktvölkerrecht sind direkte Angriffe gegen geschützte Zivilpersonen untersagt. Darüber hinaus ist ein Angriff verboten, wenn aus Sicht eines sorgfältigen Dritten

¹⁴⁴ Vgl. etwa *Steiger*, „Krieg“ gegen den Terror? – Über die Anwendbarkeit des Kriegsvölkerrechts auf den Kampf gegen den Terrorismus, HFR 14/2009, S. 6 ff.

¹⁴⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, S. 226 (266).

der Eintritt eines unverhältnismäßigen Kollateralschadens erkennbar ist (Art. 51 V lit. b ZP I). Grundsätzlich dürfen drohende Verletzungen oder Tötungen von geschützten Zivilpersonen nicht außer Verhältnis zum zu erwartenden militärischen Vorteil stehen. Angesichts der anzunehmenden hohen Opferzahl von mehr als 80 geschützten Zivilpersonen, darunter 22 Kindern, und dem geringen militärischen Vorteil durch die zerstörten Tanklaster sowie der Ungewissheit über die Tötung von Talibankämpfern, ist ein exzessiver Begleitschaden durch die Bombardierung bei Kunduz zu bejahen. Im Zuge des Luftangriffs wurde zudem gegen die völkergewohnheitsrechtliche Vorsorgepflicht zur sachgerechten Aufklärung des Angriffsziels (Art. 57 II lit. a ZP I) und die völkergewohnheitsrechtliche Pflicht zur Durchführung einer vorherigen Warnung (Art. 57 II lit. c ZP I) verstoßen. Die Verletzung der nach der ISAF-Einsatzregel einzuhaltenen Verfahrenserfordernisse indiziert eine Verletzung des humanitären Völkerrechts. Bei einem Abweichen von dem in einer Rule of Engagement konkretisierten Sorgfaltsmaßstab ist konkret nachzuweisen, warum eine Einhaltung praktisch nicht möglich war und eine Schädigung der Zivilbevölkerung nicht hätte verhindern können.

Eine Verletzung des Rechts auf Leben nach der Europäischen Menschenrechtskonvention kommt schon deshalb in Betracht, weil es an einem Rechtfertigungsgrund im Sinne des Art. 2 II EMRK für den Luftangriff bei Kunduz fehlt. Allgemein berücksichtigt der EGMR im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Tötung von Zivilisten, inwiefern der betreffende Staat bestimmte Vorsorgepflichten eingehalten hat, welche in ihrer Struktur mit den Aufklärungs- und Warnpflichten des Konfliktvölkerrechts vergleichbar sind. Neben einer Schutzpflicht leitet der EGMR aus dem Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK zudem eine Untersuchungspflicht ab. Eine adäquate Untersuchung der Folgen des tödlichen Angriffs wurde nach dem Luftschlag bei Kunduz nicht durchgeführt.

Eingriffe in Grundrechte bedürfen der Ermächtigung durch den Gesetzgeber. Insofern bestehen erhebliche Zweifel an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für den Luftangriff bei Kunduz. Nach dem Wertungsmaßstab des Grundgesetzes handelt es sich bei einer Tötung von unbeteiligten Zivilpersonen, die einem tödlichen Angriff ohne eine vorherige Warnung ausgeliefert sind, um einen nicht rechtfertigbaren Eingriff in den Kernbereich des Rechts auf Leben (Art. 2 II Satz 1 i.V.m. Art. 1 I GG). Im Unterschied zu dem Maßstab des humanitären Völkerrechts kommt es im Rahmen der grundgesetzlichen Wertung demnach nicht auf die Unverhältnismäßigkeit des zivilen Kollateralschadens im Verhältnis zu dem zu erwartenden militärischen Vorteil an; vielmehr begründet jede Tötung eines unbeteiligten Zivilisten objektiv eine Verletzung des Rechts auf Leben.

Summary

The article focuses on the civil responsibility of Germany for the death of Afghan civilians caused by an airstrike in the region of Kunduz. The attack was ordered by an officer of the German Army, Colonel Klein, and carried out by U.S. Air Force pilots against two gas tanker trucks hijacked by the Taliban. While the General Public Prosecutor investigated the case and in April of 2010 decided to terminate the investigations against Colonel Klein, civil lawsuits filed by the victims and their relatives against the Federal Republic of Germany are still pending. The investigation committee of the German Parliament published its final report about the airstrike in northern Afghanistan in the end of 2011 and concluded that probably more than 80 innocent civilians were killed by the bombs. Furthermore the investigation committee discovered new facts, not mentioned in the final note of the General Public Prosecutor. These include new findings about the informant of the German Army who had declared that there had been only “Taliban” around the tanker trucks and no “civilians”. Actually the informant had not been on site and got his information only from unnamed “subcontacts”. He was not adequately interrogated, although his allegation had been the main reason for the assumption of Colonel Klein that the airstrike would eliminate only fighters of the insurgents.

We argue that the airstrike violated International Humanitarian Law (IHL), the European Convention on Human Rights (ECHR) and fundamental rights of the German Constitution. The three norm complexes are simultaneously applicable during contingency operations of the German Army. First the airstrike caused a violation of IHL. There has been a foreseeable collateral damage excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated to result from the attack (Art. 51 (5) (b) of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 – AP/I). In addition the requirement to take feasible precautions in attack, including early warning (Art. 57 (2) (a) of AP/I), has not been respected. Moreover the German Army violated Rules of Engagement (RoE) applicable to the mission of the International Security Assistance Forces (ISAF) in Afghanistan. Although RoE are primarily internal norms, deviations could lead to a reversal of burden of proof in civil litigations. Therefore the violating state has to prove that the disregard of the RoE didn't cause a violation of the precautionary principle of IHL. Secondly the airstrike caused a violation of the right to life (Art. 2 (1) of ECHR). There has not been a situation which could justify the deprivation of civilian lives (Art. 2 (2) of ECHR), namely an actual armed attack against the German Army. Furthermore the standard of precautionary measures required by the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) which overlaps with IHL standard was not sufficiently fulfilled. Finally Germany has failed to act quickly to investigate the deadly attack. Third the killing of innocent civilians violated the right to life guaranteed in Art. 2 (2) of the German Constitution. Until now there is no legal base for deadly force used by the German Army in contingency operations required by the Constitution. Due to the Federal Constitutional Court the killing of innocent civilians causes a violation of human dignity without any possibility of justification because the victims are solely treated like objects, ignoring the subjectivity of any human being. Therefore it can be concluded that any military attack causing the loss of a civilian life constitutes a violation of fundamental rights of the German Constitution, independent of the proportionality of the collateral damage in regard of the expected military advantage.