

# Wolfgang Kaleck/Andreas Schüller/ Dominik Steiger\* Tarnen und Täuschen

## Die deutschen Strafverfolgungsbehörden und der Fall des Luftangriffs bei Kundus

### *I. Einleitung*

Wenn deutsche Gerichte sich nach 1945 mit Kriegsverbrechen zu beschäftigen hatten, ging es bis weit in die neunziger Jahre hinein allein um die juristische Aufarbeitung des Zweiten Weltkriegs. Seit dem Völkermord an der bosnischen Bevölkerung mussten sich deutsche Staatsanwaltschaften und Strafgerichte zunehmend mit derartigen Verbrechen auseinandersetzen, auch wenn weder Täter noch Opfer Deutsche waren. Hinsichtlich einer deutschen Beteiligung an bewaffneten Konflikten hatte lediglich das Bundesverfassungsgericht in einer Serie von Organstreitverfahren über die Rechtmäßigkeit deutscher Auslandseinsätze zu urteilen, wobei es zumeist um die Rechte des Parlaments ging. Im derzeit vor dem Bundesverfassungsgericht anhängigen Klageverfahren der serbischen Opfer der Bombardierung des Ortes Varvarin während des Kosovo-Krieges 1999 ging es zunächst vor den Zivilgerichten erstmals seit dem Zweiten Weltkrieg um Schadensersatzforderungen gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der deutschen Beteiligung am Krieg.<sup>1</sup> Seit dem deutschen Afghanistan-Einsatz und insbesondere seit dem Bombardement von Kundus am 4. September 2009 müssen sich nunmehr sowohl die Strafverfolgungsbehörden als auch die Bundesregierung mit der möglichen Strafbarkeit deutscher Soldaten, namentlich des Oberst Georg Klein und des Hauptfeldwebels Markus Wilhelm, und auch mit Schadensersatzforderungen der Opfer juristisch beschäftigen. Eine vorläufige Bestandsaufnahme fällt ernüchternd aus.

Obwohl mehr als einhundert Menschen, größtenteils Zivilpersonen, unter ihnen Kinder und Jugendliche, getötet wurden, als zwei amerikanische Kampfflzeuge auf Befehl des deutschen Bundeswehroberst Georg Klein eine Menschenansammlung sowie zwei feststeckende Tanklastzüge in der Nähe von Kundus, Afghanistan, bombardierten, ist eine ernsthafte und umfassende strafrechtliche Ermittlung der Ereignisse bisher unterblieben. Zunächst versuchten deutsche Offizielle zu vertuschen, was wirklich geschah: erst die Bundeswehr in Kundus und Potsdam, dann die Ministerien in Berlin und Bonn sowie schließlich die Bundesanwaltschaft in Karlsruhe. Militär, Regierung und Justiz verfolgten gemeinsam nur ein Ziel: das Ausmaß des Angriffs zu verschleiern, um damit Oberst Klein und andere Bundeswehrangehörige zu schützen und eine umfassende Ermittlung des Luftangriffs zu verhindern. Selbst das Verdikt des Verteidigungsministers zu

\* Dieser Artikel basiert auf einer gutachterlichen Stellungnahme, die die drei Autoren im Rahmen ihrer Arbeit beim European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) angefertigt haben - abrufbar unter: [www.ecchr.eu/FALL\\_KUNDUS/articles/kundus-opferanwaelte-fordern-entscheidung-und-fortfuehrung-des-ermittlungsverfahrens.725.html](http://www.ecchr.eu/FALL_KUNDUS/articles/kundus-opferanwaelte-fordern-entscheidung-und-fortfuehrung-des-ermittlungsverfahrens.725.html). Rechtsanwalt Wolfgang Kaleck vertritt zusammen mit den Bremer Rechtsanwälten Karim Popal und Bernhard Docke einen Großteil der Geschädigten des Luftangriffs vom 4. September 2009.

<sup>1</sup> Alle Materialien zum Varvarin-Verfahren sind abrufbar unter [www.ecchr.eu/fall-varvarin.html](http://www.ecchr.eu/fall-varvarin.html).

Guttenberg vom 6. November 2009, dass der Angriff „unangemessen“ gewesen sei,<sup>2</sup> führte zu keiner wirklichen Aufklärung des Sachverhaltes.

Vielmehr scheint es so, dass sich diejenigen durchsetzen, die in verhängnisvoller Tradition behaupten, ein Krieg sei einer rechtlichen Überprüfung nur sehr eingeschränkt zugänglich. So wurde über Wochen darüber gestritten, ob überhaupt eine deutsche Staatsanwaltschaft das Verhalten deutscher Soldaten im Ausland auf seine Strafbarkeit überprüfen darf. Nachdem diese Selbstverständlichkeit geklärt war und die Bundesanwaltschaft das Verfahren gegen Oberst Klein am 15. März 2010 übernommen hatte, wurde Medienberichten zufolge von der Bundesregierung verlautbart, der Anfangsverdacht bewege sich „auf niedrigster Stufe“ und man rechne mit einer schnellen Einstellung des Verfahrens.<sup>3</sup> So sollte es denn auch geschehen: Am 19. April 2010 machte die Bundesanwaltschaft via Pressemitteilung die Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm publik. Das Ergebnis ist nun zu besichtigen: Es wurde nur unzureichend ermittelt, kein Wunder angesichts der geringen Dauer, und das Verfahren wurde unter Missachtung der grundgesetzlich geregelten Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern hinsichtlich der Zuständigkeit für Ermittlungen nach dem Strafgesetzbuch eingestellt. Die Einstellung des Ermittlungsverfahrens erfolgte, ohne den Verletztenvertretern rechtliches Gehör und Akteneinsicht zu gewähren und ohne einen Einstellungsbescheid zuzustellen, um die Entscheidung zu prüfen und gegebenenfalls Rechtsmittel einzulegen. Bisher werden die Akten sowie die Einstellungsverfügung vollkommen geheim gehalten.

Hinter diesen höchst problematischen prozessualen Umständen verblasst selbst die Kritik an der völker- und strafrechtlichen Bewertung des Bombardements durch die Bundesanwaltschaft.

## II. Strafbarkeit des Oberst Klein

Es soll zunächst ein kurzer Blick auf eine mögliche Strafbarkeit von Oberst Klein geworfen werden, obwohl der Sachverhalt rund um das Geschehen bei Kundus am 3. und 4. September 2009 weiterhin ungeklärt und ein Großteil der Berichte und Akten öffentlich nicht zugänglich ist.<sup>4</sup>

Nach dem Völkerstrafgesetzbuch könnte der Tatbestand des Kriegsverbrechens einschlägig sein. Eine Strafbarkeit kommt entweder dann in Betracht, wenn die Zivilbevölkerung selbst zum direkten Ziel des Angriffs gemacht wurde (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 6 Nr. 2 VStGB)<sup>5</sup> oder wenn zwar militärische Ziele das Ziel des Angriffs waren, die Zivilbevölkerung aber in unverhältnismäßiger Art und Weise von dem Angriff betroffen wird und dies der Täter „als sicher erwar-

2 ARD Tagesschau, „Kundus-Angriff militärisch ‚nicht angemessen‘“, [www.tagesschau.de/inland/angriff-kundus100.html](http://www.tagesschau.de/inland/angriff-kundus100.html).

3 Spiegel Online vom 23.3.2010, „Bundesanwälte laden Oberst Klein vor“.

4 Der hier zu Grunde gelegte Sachverhalt ist in der Stellungnahme des European Center for Constitutional and Human Rights weiter ausgeführt und basiert auf einer Vielzahl von veröffentlichten Presseartikeln. Stellungnahme des ECCHR, S. 16 ff. - abrufbar unter [www.ecchr.eu/FALL\\_KUNDUS/articles/kundus-opferanwalte-fordern-entschaedigung-und-fortfuehrung-des-ermittlungsverfahrens.725.html](http://www.ecchr.eu/FALL_KUNDUS/articles/kundus-opferanwalte-fordern-entschaedigung-und-fortfuehrung-des-ermittlungsverfahrens.725.html).

5 Alternativ bei Annahme eines internationalen bewaffneten Konflikts § 8 Abs. 1 Nr. 1 iVm Abs. 6 Nr. 1 VStGB sowie § 11 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 VStGB.

tet“ hat (§ 11 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VStGB).<sup>6</sup> Für eine umfassende Prüfung dieser Tatvorwürfe – insbesondere der subjektiven Seite des Tatbestandes – fehlt es an öffentlich zugänglichen Ermittlungsergebnissen, so dass den Schlussfolgerungen der Bundesanwaltschaft in ihrer Pressemitteilung vom 19. April 2010, Oberst Klein mangle es an dem notwendigen Vorsatz, derzeit nicht widersprochen werden kann.

Zu einer anderen Auffassung als die Bundesanwaltschaft kommt man jedoch bei der Prüfung einer Strafbarkeit nach dem deutschen Strafgesetzbuch. Dieses ist neben dem Völkerstrafgesetzbuch anwendbar, so auch die Bundesanwaltschaft, da das Völkerstrafgesetzbuch keine abschließende Strafregelung treffen wollte<sup>7</sup> und selbstverständlich auch in Kriegszeiten die nationale Rechtsordnung nicht *ipso facto* suspendiert wird.<sup>8</sup> Durch das Völkerstrafgesetzbuch werden besonders schwere Verletzungen internationalen Rechts ihrem Unrechtsgehalt entsprechend unter Strafe gestellt. Daneben bestehende Straftatbestände des Strafgesetzbuches sollten dadurch weder ersetzt noch verdrängt werden.<sup>9</sup>

In Frage kommt insbesondere der vorsätzliche Mord gemäß § 211 StGB oder die fahrlässige Tötung nach § 222 StGB. Von den speziellen Mordmerkmalen liegt das Augenmerk vor allem auf dem Merkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“. Dieses ist erfüllt, sobald die Tötungshandlung im Einzelfall eine Gefahr für eine unbestimmte Anzahl anderer, unbeteiligter Personen mit sich bringt.<sup>10</sup> Dies kann zum Beispiel bei Luftbombardements der Fall sein, wenn die Wirkung des Angriffs nicht auf die Zielpersonen begrenzt werden kann. Andere Personen müssen dabei nicht zwangsläufig zu Schaden kommen, ihre bloße Gefährdung reicht bereits zur Verwirklichung des Mordmerkmals aus. Dies ist vorliegend der Fall. Jede Person, die sich im Umfeld der Sandbank aufhielt, war durch den Einsatz der beiden Bomben gefährdet; so unter anderem der überlebende Tanklastzugfahrer. Ein Tötungsvorsatz ist in jedem Fall zu bejahen, da auf Tatbestandsebene nicht zwischen Zivilisten und Kämpfern differenziert werden darf, wie dies im humanitären Völkerrecht der Fall ist.<sup>11</sup> Es sollten schließlich Menschen ganz gezielt bombardiert werden.

Da bei der Anwendung des Strafgesetzbuches das humanitäre Völkerrecht als ein möglicher Rechtfertigungsgrund zu berücksichtigen ist, muss eine umfassende Prüfung vorgenommen werden, ob dieses objektiv eingehalten wurde.

Zu der Bewertung, dass humanitäres Völkerrecht nicht eingehalten wurde, kam bereits das Internationale Komitee vom Roten Kreuz in seinem Bericht zu dem Vorfall:

„Nach Informationen des *stern* kommt das ICRC in dem als ‚streng vertraulich‘ eingestuften Report zu dem Schluss, der von Bundeswehroberst Georg Klein angeordnete Angriff habe

6 Vgl. Bundesratsvorlage zum VStGB vom 18. Januar 2002, BR-Drucksache 29/02, abgedruckt in: S. Lüder/T. Vormbaum (Hrsg.), Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch, Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens, 2002, S. 13 ff. (53); s. auch K. Dörmann, § 11 VStGB, in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/2 - Nebenstrafrecht III, Völkerstrafgesetzbuch, 2009, Rdn. 146 ff.

7 Vgl. Bundesratsvorlage zum VStGB vom 18. Januar 2002, BR-Drucksache. 29/02 (Fn. 6), S. 13 ff. (24, 26). Ausführlich dazu die ECCHR-Stellungnahme (Fn. 4), S. 30 f.

8 D. Steiger/J. Bäuml, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Soldaten bei Auslandseinsätzen: an der Schnittstelle von Strafrecht und Völkerrecht, AVR 2010, S. 189 ff. (206 ff.).

9 Ebd.

10 T. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl. 2009, § 211, Rdn. 59; H. Schneider, § 211 StGB, in: W. Joecks/K. Miebach (Fn. 6), Band 3 - §§ 185–262 StGB, 2003, Rdn. 103.

11 Davon scheint auch die Bundesanwaltschaft auszugehen, die auf Rechtfertigungsebene prüft, ob das humanitäre Völkerrecht eingehalten wurde, was das Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen impliziert, siehe Generalbundesanwalt, Ermittlungsverfahren wegen des Luftangriffs vom 4. September 2009 eingestellt, Pressemitteilung 8/2010, 19.4.2010, [www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=12&newsid=360](http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=12&newsid=360).

nicht "im Einklang mit dem internationalen Völkerrecht" gestanden. Dafür habe es bei dem Bombardement zu viele zivile Tote gegeben. (...)

Das Rote Kreuz führte in seinem Bericht schon damals aus, es erachte es als ‚unwahrscheinlich‘, dass die von Taliban gekaperten Tanklaster zu fahrenden Bomben umfunktioniert und gegen die Bundeswehr eingesetzt werden sollten. Die LKWs hätten vielmehr entgegen der Fahrtrichtung zu dem deutschen Feldlager in einer Sandbank festgesteckt, als sie bombardiert wurden. Für das deutsche Feldlager bei Kundus habe demnach keine ‚unmittelbare Bedrohung‘ bestanden.“<sup>12</sup>

Eine Rechtfertigung nach humanitärem Völkerrecht scheidet insbesondere auch deshalb aus, weil sowohl Art. 51 als auch Art. 57 ZP I (Erstes Zusatzprotokoll der Genfer Konventionen von 1949) verletzt wurden. Diese gelten auf völkerrechtlich-basis auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt.<sup>13</sup> Art. 57 ZP I enthält den Grundsatz, dass die Zivilbevölkerung stets geschont werden muss. Dabei ist vor jedem Angriff, sofern es die Umstände erlauben, zu warnen sowie alles praktisch Mögliche zu unternehmen, dass ein Angriff nicht eine unverhältnismäßige Anzahl an zivilen Opfern zur Folge hat. Es bestehen erhebliche Zweifel, dass hier von Oberst Klein alles praktisch Mögliche getan wurde. Auf eine Warnung wurde zudem explizit verzichtet. So hatte der einzige Informant, der entscheidende Informationen für den Angriffsbefehl lieferte, lediglich die unterste Stufe der Glaubwürdigkeitseinstufung erreicht, und die zusätzlichen Bilder, die durch die Kampfflugzeuge geliefert wurden, ließen nicht erkennen, inwieweit Kinder und Unbewaffnete unter den Anwesenden auf der Sandbank waren. Dabei gilt der humanitär-völkerrechtliche Grundsatz, dass alle Personen im Zweifelsfall als Zivilisten zu behandeln und geschützt sind.<sup>14</sup> Legitimes Angriffsziel im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt sind Mitglieder einer organisierten bewaffneten Gruppe.<sup>15</sup> Dies ist jeweils im Einzelnen festzustellen. ‚Aufständische‘ ist der von der NATO/ISAF verwandte Begriff, der diesen organisierten bewaffneten Teil der Taliban bezeichnen soll. Dazu zählen alle Personen, die kontinuierlich für die Taliban zu den Waffen greifen. Allein die Formulierung ‚Aufständische‘ ist schon nicht ganz unproblematisch, da nicht eindeutig ist, wer legitimes Ziel von militärischen Maßnahmen sein kann. Der Begriff kann leicht zu weit ausgelegt werden. Bloße Sympathien für die Taliban reichen nicht, um ein legitimes Ziel zu bilden, ebenso wenig genügt es, „Feind des Wiederaufbaus“ (so der Wortlaut von Oberst Klein)<sup>16</sup> zu sein. Auch reichen bloße Unterstützungshandlungen wie das Freibekommen der Tanklastzüge mit der Hilfe von Traktoren nicht. Auch das Abzapfen von Benzin begründet keine kontinuierliche Unterstützung dieser organisierten bewaffneten Gruppe, insbesondere nicht durch Kinder.

Personen, die nicht zu diesem organisierten und bewaffneten Teil der Taliban gehören, müssen an den Feindseligkeiten teilnehmen, um als legitimes Ziel angegriffen werden zu dürfen. Zu betonen ist jedoch, dass auf der Sandbank keine Feindseligkeiten stattfanden, an denen irgendeine Person hätte teilnehmen können. Es durften also ausschließlich Mitglieder des bewaffneten und organisierten Teils der Taliban getötet werden, keinesfalls irgendwer anders.

12 Stern, „Luftangriff von Kundus: Rot-Kreuz-Bericht belastet Guttenberg“, 9.12.2009.

13 J.-M. Henckaerts/L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol. I: Rules, 2005, S. 3 ff., 37 ff, 55 f.; International Institute of Humanitarian Law: M. Schmitt/C. Garraway/Y. Dinstein, The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict, 2006, S. 10 f., 20 f., 25 ff.

14 Art. 50 Abs. 1 ZP I.

15 Siehe hierzu insbesondere: IKRK/N. Melzer, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009, S. 16-17 und 33ff.

16 Spiegel Online, „Oberst Klein wollte ‚Feinde des Wiederaufbaus treffen““, 12.12.2009.

Folglich mussten die Personen auf der Sandbank positiv als organisierte bewaffnete Mitglieder der Taliban identifiziert werden, was jedoch zu keinem Zeitpunkt geschehen ist.

Art. 51 ZP I verbietet zudem einen Angriff dann, wenn die Tötung von Zivilpersonen „außer Verhältnis zu dem insgesamt erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil steht“. Es muss eine Abwägung zwischen dem zu erwartenden militärischen Vorteil und der Anzahl der zu erwartenden zivilen Opfer getroffen werden. Für die Entscheidung, ob ein Angriff verhältnismäßig war, ist auf eine objektive dritte Person im Zeitpunkt der Tat (*ex ante* Sicht) abzustellen. Hier standen Oberst Klein aber zu wenige Informationen zur Verfügung, so dass ein objektiver Dritter aus *ex ante* Sicht – gerade in Anbetracht der Zweifelsregel des Art. 50 Abs. 1 ZP I, nach der im Zweifel jeder Mensch ein Zivilist ist – damit rechnen musste, dass der militärische Vorteil unverhältnismäßig zur Zahl der Opfer ist.

In Anbetracht der Zweifel hinsichtlich des einzigen Informanten sowie der Unzulänglichkeit der Luftaufklärung hätten noch mehr Informationen eingeholt werden müssen. Dies wird auch deutlich, wenn man sich das Szenario plastisch vor Augen führt: Seit mehreren Stunden kreisten Flugzeuge über der Sandbank, die jederzeit – jedenfalls aus Sicht der Menschen am Boden – hätten zuschlagen können und damit eine Gefahr darstellten. Dabei stellt sich die Frage, welchen sachlichen Grund es für etwa 50 bewaffnete Taliban gab, an dem Ort zu verweilen, nachdem eine Weiterfahrt der Tanklastzüge offensichtlich in näherer Zeit unmöglich geworden war. Die Vorstellung von Oberst Klein, dass es sehr unwahrscheinlich sei, dass sich auf einer Sandbank Zivilisten aufhalten, ist dementsprechend mehr als fragwürdig. Außerdem, warum sollten sie sich dort nicht aufhalten, gerade im Ramadan, in dem nächtliche Aktivitäten keine Seltenheit darstellen, gerade wenn „etwas los sei“, was in dieser Gegend nicht häufig der Fall ist?<sup>17</sup> Wenn es darum ging, die Tanklastzüge wieder freizubekommen, dann hätte es ausgereicht, wenn einige bewaffnete Taliban die Bevölkerung zum Helfen gezwungen hätten. Dann wären jedoch neben den Mitgliedern des organisierten bewaffneten Teils der Taliban zahlreiche Zivilisten vor Ort gewesen, denn jemand der hilft, ist nicht allein deshalb Teil einer organisierten und bewaffneten Gruppe. Hinzu kommt, dass die Taliban normalerweise in kleinen Gruppen vorgehen, die Situation auf der Sandbank wäre eine „riesige Operation“ gewesen.<sup>18</sup>

Für die deutschen Soldaten bestand vor allem keine Zeitnot, die Tanklastzüge zu bombardieren. Die Unbeweglichkeit der Tanklastzüge war offensichtlich und konnte auch über die Videobilder festgestellt werden. So wäre es möglich gewesen, eine „dynamische Zielerfassung“ zu veranlassen, etwa mit Hilfe von Drohnen oder anderen Aufklärungsmitteln (möglicherweise ein Tiefflug). Dies wurde den Deutschen von den F15-Jetpiloten auch vorgeschlagen<sup>19</sup> und wäre ohne eigenes Risiko möglich gewesen, da man lediglich Panzerabwehrraketen entdeckt hatte und keine Befürchtung haben musste, abgeschossen zu werden. Hinzu kommt, dass sich die Tanklastzüge vom deutschen Feldlager wegbewegten und sogar die Schwierigkeit in Kauf genommen werden sollte, den Kundus-Fluss zu überqueren, um auf die vom Feldlager aus gegenüberliegende Flussseite zu gelangen. Allein dieser Umstand machte deutlich, dass die Tanklastzüge nicht als

17 S. dazu auch C. Reuter/M. Mettelsiefen, „Kunduz, 4. September 2009“, 2010, S. 20.

18 U. Demmer u.a., „Ein deutsches Verbrechen“, Der Spiegel vom 1.2.2010, Ausgabe 5/2010, S. 34; Reuter/Mettelsiefen (Fn. 17), S. 23.

19 Reuter/Mettelsiefen (Fn. 17), S. 25.

Waffe in Form einer rollenden Bombe gegen das deutsche Feldlager eingesetzt werden sollten.

Da aber aus Sicht von Oberst Klein nicht nur die Tanklastzüge, sondern auch die Menschen auf der Sandbank das Ziel des Angriffes bildeten, sah er ein „zeitempfindliches“ Ziel, das ihm keine weiteren Aufklärungsmöglichkeiten gestatten würde. Die Konsequenz daraus, dass mögliche Ziele sich wegbewegten oder am nächsten Tag nicht mehr anwesend gewesen wären, hätte sein müssen, verlässliche Informationen über dieses Ziel einzuholen. Vorliegend fand zwar eine Aufklärung statt, aber keine ausreichende. Dann darf der Angriff jedoch gar nicht erst begonnen werden. Die Aufklärungspflicht nach humanitärem Völkerrecht verlangt, alles praktisch Mögliche zu veranlassen.<sup>20</sup> Sollte dies aufgrund des Zeitdrucks nicht möglich sein, lautet die Konsequenz, den Angriff abubrechen und nicht dennoch ungeachtet der verbleibenden Unsicherheiten durchzuführen. Dies würde im Umkehrschluss bedeuten, dass sobald eine zeitkritische Situation vorliegt und keine Zeit für eine ausreichende Aufklärung besteht, die Vorsichtsmaßnahmen nicht mehr beachtet werden müssten. Die Vorsichtsmaßnahmen nach humanitärem Völkerrecht bezwecken jedoch genau das Gegenteil: Es darf erst angegriffen werden, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind – wie etwa die hinreichende Aufklärung. Demnach hätte Oberst Klein sich nicht auf die einzige Quelle verlassen dürfen. Eine weitere Quelle wäre hinzuziehen gewesen, ebenso wie zusätzliche Luftaufklärung, die eine Unterscheidung zwischen Mitgliedern des organisierten bewaffneten Teils der Taliban und Zivilisten ermöglicht hätte. Die Gefahr, dass sich Mitglieder des organisierten bewaffneten Teils der Taliban als Ziel des Angriffes in der Zwischenzeit in Sicherheit bringen würden, war hinzunehmen.

Diese Umstände hätten von der Bundesanwaltschaft näher ermittelt werden müssen. So wäre etwa die Vernehmung unabhängiger Militärs als Sachverständige zu den Möglichkeiten der Aufklärung unerlässlich gewesen. Da die Flugzeuge nur in höchster Höhe kreisen sollten, stellt sich die Frage, ob ein tieferer Flug nicht dazu beigetragen hätte, die Personen am Boden näher bestimmen zu können, insbesondere zu verifizieren, ob Kinder anwesend sind – was sie waren –, und ob und wenn ja wie viele Personen Waffen, wie etwa Panzerfäuste oder Sturmgewehre, getragen haben.

Es bleiben viele Fragen offen, was die Erfüllung der Aufklärungspflicht betrifft. Hierzu sind weitergehende Ermittlungen erforderlich, zum einen zu der Person des Informanten, zum anderen durch unabhängige Militärfachleute zu den militärischen Aufklärungsmöglichkeiten in jener Nacht in Kundus. Dennoch ist festzustellen, dass Oberst Klein nicht alles praktisch Mögliche getan hat, um si-

20 Der IKRK-Kommentar führt hierzu aus: “The words ‘everything feasible’ were discussed at length. When the article was adopted some delegations stated that they understood these words to mean everything that was practicable or practically possible, taking into account all the circumstances at the time of the attack, including those relevant to the success of military operations. The last-mentioned criterion seems to be too broad, having regard to the requirements of this article. There might be reason to fear that by invoking the success of military operations in general, one might end up by neglecting the humanitarian obligations prescribed here. Once again the interpretation will be a matter of common sense and good faith. What is required of the person launching an offensive is to take the necessary identification measures in good time in order to spare the population as far as possible. It is not clear how the success of military operations could be jeopardized by this.”, Y. Sandoz/C. Swinarski/B. Zimmermann (Hrsg.), ICRC Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987, Rn. 2198.

cherzugehen, dass die anwendbaren Vorschriften des humanitären Völkerrechts eingehalten wurden.<sup>21</sup>

Humanitäres Völkerrecht wurde mithin in mehrfacher Hinsicht verletzt: zum einen das Verbot des unterschiedslosen Angriffs, zum anderen die drei Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff – Verletzung der Aufklärungspflicht, Vermeidung unverhältnismäßiger Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, Verletzung der Warnpflicht. Der Befehl zum Bombardieren der Menschenmenge auf der Sandbank von Kundus war somit objektiv nicht rechtmäßig und kann daher den Angriff nicht rechtfertigen.

Lediglich das Vorliegen eines Irrtums auf Seiten des Oberst Klein könnte die (Vorsatz-)Strafbarkeit ausschließen. Ein eventuell die Strafbarkeit wegen einer vorsätzlichen Tatbegehung ausschließender Erlaubnistatbestandsirrtum lag nicht vor. Hierzu wäre eine pflichtgemäße Prüfung des eigenen Handelns erforderlich gewesen, da der Rechtfertigungsgrund des humanitären Völkerrechts lediglich auf einer Handlungsbefugnis und nicht auf einem Eingriffsrecht beruht.<sup>22</sup> Da diese von Oberst Klein gerade nicht vorgenommen wurde, kann er sich nicht auf einen Erlaubnistatbestandsirrtum berufen, der zur fahrlässigen Tötung führte. Hierbei spielen neben der Verletzung von Vorschriften des humanitären Völkerrechts auch die Missachtungen von Einsatzregeln der NATO/ISAF eine Rolle. Letztere stellen eine Verfeinerung und Kodifizierung völkerrechtlicher Sorgfaltsanforderungen dar. Diese Kodifizierung geschieht in unterschiedlichem Umfang in den meisten bewaffneten Konflikten, um den eingesetzten Soldaten und Befehlshabern konkrete Anleitungen des rechtlichen Rahmens ihres Handelns an die Hand zu geben. Oberst Klein verstieß bewusst gegen diese Einsatzregeln der NATO in Afghanistan, indem er durch die Behauptung unzutreffender Voraussetzungen seine Zuständigkeit begründete und dadurch überhaupt erst die amerikanischen Kampffjets unter seinen Befehl gestellt bekam. Sollte der Täter glauben, auch ohne sorgfältige Prüfung des tatsächlich falsch eingeschätzten Sachverhalts handeln zu dürfen, liegt ein Verbotsirrtum vor.<sup>23</sup> Nach dem bisher bekannten Sachverhalt soll Oberst Klein genau das gedacht haben. Unvermeidbar war dies aber nicht, da die Verfahrensregeln des Art. 57 ZP I auch ihm bekannt waren. Es käme somit lediglich ein vermeidbarer Verbotsirrtum in Betracht, der die (Vorsatz-)Strafbarkeit aber nicht ausschließt.

In jeder Konstellation ergibt sich eine mögliche Strafbarkeit von Oberst Klein. Das Strafgesetzbuch ist neben dem Völkerstrafgesetzbuch anwendbar. Tatbestände des Strafgesetzbuches sind objektiv erfüllt. Durch die Verletzung humanitären Völkerrechts fehlt es auch an einem Rechtfertigungsgrund. Das Verbot des unterschiedslosen Angriffs wurde verletzt. Ebenso liegt ein Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht in der Missachtung der Vorsichtsmaßnahmen beim Angriff, dabei zuvorderst des Grundsatzes der steten Schonung der Zivilbevölkerung, vor. Je nach Bewertung der Behandlung von möglicherweise vorhandenen Irrtümern steht am Ende die Strafbarkeit wegen der Verwirklichung von vorsätzlichen oder fahrlässigen Delikten.

21 S. auch D. Diehl, Zur Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm durch die Bundesanwaltschaft, BOFAXE Nr. 343D, 11. Mai 2010; C. von der Groeben, Criminal Responsibility of German Soldiers in Afghanistan: The Case of Colonel Klein, German Law Journal 2010, S. 469 ff. (484 ff.).

22 Vgl. T. Lenckner, vor § 32, in: A. Schönke/H. Schröder, Strafgesetzbuch-Kommentar, 26. Aufl. 2006, Rn. 20.

23 Ebd.

Am 19. April 2010 hat die Bundesanwaltschaft via Pressemitteilung die Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm publik gemacht. Zuvor war ihr das Verfahren von der Generalstaatsanwaltschaft in Dresden vorgelegt worden, um die Zuständigkeit zu klären. Bei Vorliegen eines bewaffneten Konflikts und eines Tatverdachts einer Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch ist die Bundesanwaltschaft zuständig. Diese bejahte das Vorliegen eines bewaffneten Konflikts und erklärte sich damit für zuständig, stellte dann aber das Ermittlungsverfahren bezüglich Taten sowohl nach dem Völkerstrafgesetzbuch als auch nach dem Strafgesetzbuch ein. Am 9. Juni 2010 beantragte Verletztenvertreter Kaleck die Fortsetzung des Ermittlungsverfahrens bei der Generalstaatsanwaltschaft in Dresden.<sup>24</sup>

*1. Monatlang keine Einsicht in die Verfahrensakte und kein rechtliches Gehör für die Verletztenvertreter*

Den drei von den verletzten Opfern und den Hinterbliebenen der Getöteten mandatierten Rechtsanwälten wurde die Entscheidung über die Einstellung nur in Form der Pressemitteilung mitgeteilt. Die von allen Anwälten beantragte Akteneinsicht wurde diesen monatlang mit wechselnden und schon deswegen wenig überzeugenden Gründen verwehrt - unter anderem mit der Begründung,

„da mit der Gewährung von Akteneinsicht der Untersuchungszweck gefährdet würde (vgl. § 406e Abs. 2 Satz 2 StPO). Die von Ihnen vertretenen Personen kommen als unmittelbare bzw. mittelbare Zeugen des Vorfalls vom 4. September 2009 in Betracht. Es besteht daher die Gefahr, dass der Beweiswert ihrer Aussagen bei einer eventuellen späteren Vernehmung erheblich geschmälert würde.“

Bis zur Einstellung des Verfahrens wurde jedoch kein einziger der Geschädigten, Hinterbliebenen oder Augenzeugen von der Bundesanwaltschaft vernommen. Selbst als für die Bundesanwaltschaft feststand, dass man keine weiteren Ermittlungen anstellen wird, wurde den Rechtsanwälten weder Akteneinsicht noch die rechtlich gebotene Gelegenheit zur Stellungnahme vor Einstellung des Verfahrens gewährt. Der Pressemitteilung selbst sind die Gründe der Einstellung nicht in dem Umfang zu entnehmen, die erforderlich wären, um hierzu dezidiert Stellung zu nehmen. Nach der Einstellung hieß es dann zunächst in einem Schreiben vom 27. April 2010, dass die Prüfung der Akteneinsicht „noch geraume Zeit in Anspruch nehmen“ könne, „da zahlreiche offene Rechtsfragen im Bereich der Akteneinsicht im Fall des bewaffneten Konflikts zu klären sind“. In mehreren Schreiben im Mai 2010 wurden schließlich weitere Gründe zur Ablehnung der Akteneinsichtsgesuche bemüht. So hatte sich einer der Rechtsanwälte ausweislich einer von Herrn A., Vater der bei dem Luftangriff am 4. September 2009 getöteten Kinder A., zum Todeszeitpunkt zwölf Jahre alt, und N., zum Todeszeitpunkt acht Jahre alt, unterschriebenen Vollmacht für diesen als Interessensvertreter gemeldet. Der Journalist Christoph Reuter und der Fotograf Marcel Mettelsiefen haben in ihren Bildband „Kunduz, 4. September 2009. Eine Spurensuche“ ein Porträt des Vaters der beiden Kinder und zwei Passfotos der Söhne mit Namens- und Altersangaben veröffentlicht, die, von geringfügigen Abwei-

24 Der Schriftsatz an die GStA Dresden ist abrufbar unter: [www.ecchr.eu/index.php?file=tl\\_files/Dokumente/Universelle%20Justiz/Schriftsatz%20an%20die%20Generalstaatsanwaltschaft%20Dresden.pdf](http://www.ecchr.eu/index.php?file=tl_files/Dokumente/Universelle%20Justiz/Schriftsatz%20an%20die%20Generalstaatsanwaltschaft%20Dresden.pdf).

chungen abgesehen, den Angaben des Rechtsanwaltes entsprachen. Die Bundesanwaltschaft merkte zu diesem Sachverhalt mit Schreiben vom 17. Mai 2010 an:

„Außerdem weise ich darauf hin, dass im Bericht der afghanischen Untersuchungskommission für Präsident Karzai als Sohn des A[...] der zum Todeszeitpunkt 22-jährige Taliban A[...] genannt ist. Es besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass es sich bei dieser Person um den von ihnen genannten A[...] handelt. Ich muss Sie deshalb bitten, durch Vorlage entsprechender offizieller Dokumente zu belegen, dass es sich bei diesem Sohn des von Ihnen Vertretenen A[...] um einen Zivilisten und nicht um einen Taliban handelt.“

Es müsse sichergestellt werden, „dass Aktenbestandteile, die geheimhaltungsbedürftige militärische Informationen enthalten, Taliban und damit der gegnerischen Konfliktpartei nicht zur Kenntnis gelangen können“.

Die geschilderte Vorgehensweise der Bundesanwaltschaft bei der Ablehnung der Akteneinsicht mit wechselnden Begründungen führte dazu, dass unter Verletzung der Strafprozessordnung den Anwälten der Verletzten über ein halbes Jahr die Wahrnehmung der Rechte der Opfer von Kundus unmöglich gemacht wurde. Abgesehen davon, dass die deutsche Strafprozessordnung keinen Ablehnungsgrund der Einsicht in Strafakten für Anwälte von „gegnerischen Konfliktparteien“ vorsieht,<sup>25</sup> ließ jedoch die Argumentation der Bundesanwaltschaft zur Verweigerung der Akteneinsicht im Falle der Söhne von Herrn A. vor allem eines erkennen: Der Sachverhalt des Bombardements vom 4. September 2009 nahe Kundus wurde von der deutschen Justiz nur ansatzweise ermittelt. Hierauf soll nachfolgend eingegangen werden.

## 2. Unzureichende Ermittlungen

Die Bundesanwaltschaft hat vor Einstellung des Verfahrens nur unzureichende Ermittlungen durchgeführt. Das Legalitätsprinzip, § 152 Abs. 2 StPO, als Ausformung des Rechtsstaatsprinzips<sup>26</sup> stellt einen der wesentlichen Verfahrensgrundsätze des Strafprozesses dar und verlangt gemäß § 160 StPO von der Staatsanwaltschaft unter anderem, die Beweissicherung vorzunehmen, also für die Erhebung derjenigen Beweise Sorge zu tragen, die verloren gehen könnten.

Das Ermittlungsverfahren hatte den Zweck, dem Verdacht einer möglichen Strafbarkeit von deutschen Militärs wegen eines Tötungsdeliktes nachzugehen. Voraussetzung jeder Prüfung einer möglichen Strafbarkeit einzelner Beteiligten, sei es wegen eines Kriegsverbrechens nach dem Völkerstrafgesetzbuch, sei es wegen Tötungsdelikten nach dem Strafgesetzbuch, wäre die Feststellung des objektiven Geschehens gewesen: Wann, wo, durch welche Handlung ist wer getötet worden? Eine solche Ermittlung wurde offenkundig von deutschen Strafverfolgungsbehörden nicht durchgeführt. Die Bundesanwaltschaft schrieb hierzu in ihrer Pressemitteilung vom 19. April 2010, dass „zur genauen Anzahl der Opfer des Luftangriffs [...] die hier zur Verfügung stehenden Ermittlungsmöglichkeiten keine hinreichend sichere Aufklärung bringen konnten“. Man hielt im Übrigen diese Ermittlung auch für die „hier vorzunehmende rechtliche Beurteilung“ für „nicht entscheidungserheblich“.

Hierin liegt ein grundlegender Mangel der Ermittlungen der Bundesanwaltschaft. Sie konzentrierten sich auf die subjektive Seite des Tatgeschehens, ohne das objektive Geschehen vollumfassend zu ermitteln und zu berücksichtigen. Dabei kommt es selbst nach eigener Einschätzung der Bundesanwaltschaft für eine Strafbarkeit nach dem Völker- und dem Strafgesetzbuch gerade auf die ob-

25 § 96 StPO betrifft nur die Amtshilfepflicht zwischen den Behörden.

26 Armin Schoreit, in: Ralf Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, § 152 StPO Rn. 13.

jektive Rechtmäßigkeit der Anordnung des Bombenangriffes an. Die Sichtweise einer objektiven dritten Person ist unter anderem auf Rechtfertigungsebene entscheidend. Die Bundesanwaltschaft beschränkte sich bei den Ermittlungen darauf, Oberst Klein einen direkten Vorsatz zur Begehung von Kriegsverbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch abzusprechen. Möglicherweise hätte sich diese rechtliche Beurteilung auch nach Ausermittlung des Sachverhaltes als zutreffend erwiesen. Doch wäre es angesichts des Tatvorwurfes einer Massentötung, des ersten derartigen Tatvorwurfes gegen einen deutschen Militär nach 1945, selbst bei den Ermittlungen wegen Vorwürfen nach dem Völkerstrafgesetzbuch angezeigt gewesen, den Behauptungen von Oberst Klein einen möglichst ausermittelten objektiven Sachverhalt entgegenhalten zu können, allein um die Plausibilität seiner Angaben überprüfen zu können. Unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten wäre die Bundesanwaltschaft genau dazu auch verpflichtet gewesen.

Die Bundesanwaltschaft berief sich in ihrem Schriftverkehr mit den Verletztenvertretern – siehe zum Fall der Söhne von A. – maßgeblich auf eine Liste einer von Präsident Karsai eingesetzten Untersuchungskommission, auf der zumindest 42 der Getöteten als Taliban bezeichnet wurden. Der oben benannte Sohn A., 12 Jahre alt, tauchte auf der Liste als 22jähriger auf, der bewaffnet gewesen sei. Die Einordnung als bewaffnet wurde später wieder handschriftlich gestrichen. Zudem schien die Liste mehr aus politischen Gründen als aus ordentlichen Ermittlungen zustande gekommen zu sein. Sie basierte vor allem auf Informationen der Provinzräte von Kundus und angrenzenden Provinzen sowie weiterer öffentlicher Repräsentanten. Diese befürworteten jedoch alle das Vorgehen der Bundeswehr am 4. September 2009, da es Personen in einer oppositionell eingestellten Region bei Kundus betraf. Wörtlich heißt es dazu im Feldjägerbericht der Bundeswehr:

„Übereinstimmend bezeichnen sie (die Provinzräte, *d. Verfasser*) diese nächtliche ISAF-Operation als genau die richtige Antwort gegenüber den INS (insurgents = Aufständische, *d. Verfasser*) zur richtigen Zeit und am richtigen Ort. Die Toten aus den umliegenden Ortschaften werden mit einer Gesamtzahl von 73 angegeben und diese werden übereinstimmend alle als INS (auch die Kinder und Heranwachsenden unter den Toten) bezeichnet. Keiner würde Vorwürfe gegen ISAF erheben, ganz im Gegenteil wäre man froh, wenn man von dieser Geißel Gottes befreit werden könnte.“<sup>27</sup>

Allein dieser Ausschnitt sagt viel über die Glaubwürdigkeit der Aussagen der Provinzräte aus. Aus ihrer Sicht wurden Personen aus Gebieten getroffen, die der Zivilverwaltung in Kundus nicht nahestanden. Dies entsprach auch der bekannten historischen Konfliktlage zwischen Provinzgouverneur und paschtunischer Bevölkerung. Jeder der vor Ort Anwesenden wurde als Aufständischer bezeichnet, ohne jegliche Differenzierung nach Alter oder anderen Merkmalen. Da verwunderte es auch nicht weiter, dass die Liste der Untersuchungskommission von einer hohen Zahl getöteter Taliban ausging und genauere Ermittlungen, wer vor Ort getötet wurde, unterlassen wurden. Hinzu kam, dass die Listen nur in Bezug auf Tote aus einzelnen Ortschaften aufgestellt wurden, denn es wurden nur Vertreter aus einzelnen Dörfern nach Kundus eingeladen. Ein direktes Treffen mit den Hinterbliebenen hatte nie stattgefunden. So tauchten Tote aus Ortschaften, die nicht erfasst wurden, auch in der Liste nicht mit auf. Ein Grund dafür war, dass einige Ortschaften nur sehr schwer zu erreichen waren und in einiger Entfernung zu Kundus lagen.

27 Feldjägerbericht vom 9.9.2009, S.5, abrufbar unter <http://file.wikileaks.org/file/de-isaf-cas-kunduz-sep09.pdf>.

Es bleibt festzuhalten, dass die Liste der afghanischen Untersuchungskommission unzureichend war und eine Vielzahl von Fehlern enthielt, die auf mangelnder Recherchearbeit basierten, sowie vor allem von politischen Überlegungen und Präferenzen getragen wurde.<sup>28</sup>

Dieser Vorwurf richtet sich auch an die Bundesanwaltschaft. Denn ein Ermittlungsverfahren zu Tötungsdelikten nach dem Völkerstrafgesetzbuch und dem Strafgesetzbuch einzustellen, ohne eine umfassende Liste der Getöteten und Verwundeten ermittelt zu haben und darüber hinaus noch von den Rechtsanwälten zu fordern, diese Ermittlungen selbst vorzunehmen, ist nicht hinnehmbar.

### 3. Rechtspflicht zur Untersuchung

Wie bereits angedeutet, besteht zudem eine Pflicht aus internationalem Recht, Ermittlungen durchzuführen, die einem international anerkannten Standard entsprechen. Dieser Verpflichtung ist die Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf den Vorfall bei Kundus nicht nachgekommen. Die Europäische Menschenrechtskonvention, die für Deutschland über Art. 59 Abs. 2 GG i.V.m. mit dem Ratifikationsgesetz gilt,<sup>29</sup> kennt sogenannte Untersuchungspflichten. Ebenso betonen die „Grundprinzipien und Leitlinien“ der Vereinten Nationen, dass es eine Pflicht zu Ermittlungen gibt und diese Ermittlungen auch einem gewissen Standard entsprechen müssen.<sup>30</sup>

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat 1995 im Fall McCann für das Recht auf Leben durch eine Zusammenschau von Art. 1 und Art. 2 EMRK eine Untersuchungspflicht festgestellt.<sup>31</sup> Der Inhalt der Untersuchungspflicht unterteilt sich in zwei Aspekte: Einerseits ist eine Untersuchung überhaupt einzuleiten. Dies ist im Fall Kundus noch geschehen. Andererseits werden an die Untersuchung selbst gewisse Anforderungen gestellt: Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergibt sich die Verpflichtung, *wirksame* Ermittlungen durchzuführen, wenn Gewaltanwendung, insbesondere durch staatliche Bedienstete, den Tod eines Menschen zur Folge hatte. Diese Ermittlungen müssen zur Identifizierung und Bestrafung der Verantwortlichen führen können.<sup>32</sup> Ferner müssen sie gründlich und effektiv sein.<sup>33</sup> Gründ-

28 Auch weitere Listen und Übersichten zu den Geschädigten wiesen vielfach Fehler auf: Eine Liste von Amnesty International enthielt Namen von angeblich 83 Toten. Auch diese Liste ist stark fehlerbelastet und entstand nach nur zwei Tagen Nachforschungen in Kundus. Einige der dort aufgenommenen Namen existierten im Afghanischen nicht, und es gab auch Verwechslungen bei den Dorfnamen. Die Liste wurde von einer einzigen sehr jungen Researcherin erstellt und basierte nur auf Hörensagen. Die Dörfer selbst wurden auch von ihr nicht besucht. Auch das Internationale Komitee vom Roten Kreuz erstellte eine Liste, die allerdings nicht öffentlich vorliegt. Weitere Listen könnten bei der NATO sowie der UN Mission UNAMA vorliegen. Schließlich listete der Reporter Christoph Reuter in seinem Buch 90 Geschädigte auf, siehe Reuter/Mettelsiefen (Fn. 17).

29 Neufassung: BGBl. 2002 II S. 1055.

30 United Nations General Assembly, „Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law“, 21. März 2006, A/RES/60/147, II. Rn. 3 (b) und III. Rn. 4.

31 EGMR, McCann et al. ./.. Vereinigtes Königreich (18984/91), Urteil v. 27. September 1995, A324, Nr. 161: „The obligation to protect the right to life under this provision (art. 2), read in conjunction with the State's general duty under Article 1 (art. 2+1) of the Convention to 'secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention', requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State.“

32 EGMR, Labita ./.. Italien (26772/95), Urteil v. 6. April 2000, RJD 2000-IV, Nr. 131; EGMR, Sadik Önder ./.. Türkei (28520/95), Urteil v. 8. Januar 2004, Nr. 42; EGMR, Zelilof ./.. Griechenland (17060/03), Urteil v. 24. Mai 2007, Nr. 54; EGMR, Ogur ./.. Türkei (21554/93), Urteil vom 20. Mai 1999, NJW 2001, 1991, 1994.

33 EGMR, Sevtap Veznedaroglu ./.. Türkei (32357/96), Urteil v. 11. April 2000, Nr. 32; EGMR, Assenov u.a. ./.. Bulgarien (90/1997/874/1086), Urteil v. 28. Oktober 1998, RJD 1998-VIII, Nr. 103 i.V.m. Nr. 106.

lich bedeutet nach dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in einer neueren Entscheidung gegen die Türkei aus dem Jahr 2006, dass

“the authorities must always make a serious attempt to find out what happened and should not rely on hasty or ill-founded conclusions to close their investigation or as the basis of their decisions.”<sup>34</sup>

In einem Fall, in dem ein Polizist eine Schusswaffe gebrauchte, führte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aus, dass angebliche Verletzungen des Rechts auf Leben „sehr genau“ zu prüfen seien „und dabei nicht nur das Vorgehen der Bediensteten des Staates, welche die Gewalt angewendet haben, sondern auch die Begleitumstände [...] einschließlich der Planung und Kontrolle der Maßnahmen [zu berücksichtigen seien].“<sup>35</sup> Vor diesem Hintergrund müsse im konkreten Fall „nicht nur geprüft werden, ob der Gebrauch möglicherweise tödlicher Gewalt gegen den Beschwerdeführer zulässig war, sondern auch, ob die Operation auf eine Weise reguliert und organisiert worden ist, dass Lebensgefahr so gering wie möglich gehalten wurde.“<sup>36</sup>

Im Urteil *Isayeva* gegen Russland nannte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte weitere Voraussetzungen. Hier kam der Sohn der Beschwerdeführerin bei einem russischen Luftangriff im Zuge des Tschetschenien-Konflikts ums Leben, als er sich gemeinsam mit ihr auf der Flucht befand. Die Beschwerdeführerin machte beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention geltend und trug vor, es habe sich um einen verbotenen unterschiedslosen Angriff gehandelt. 150 Menschen seien getötet worden, weil der Einsatz mit unverhältnismäßigen Mitteln ausgeführt worden sei und ein humanitärer Fluchtkorridor keine Beachtung gefunden habe. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verurteilte Russland wegen des Angriffs, unter anderem wegen der Verletzung von Untersuchungspflichten. In diesem Rahmen führte er aus:

„The authorities must have taken the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident, including inter alia eye-witness testimony, forensic evidence and, where appropriate, an autopsy which provides a complete and accurate record of injury and an objective analysis of clinical findings, including the cause of death.“<sup>37</sup>

Die Bundesanwaltschaft hat keine dieser Anforderungen erfüllt. Es wurden laut Presseberichten nur vier Zeugen gehört, darunter keines der Opfer und keine Augenzeugen.<sup>38</sup> Der Sachverhalt ist weiterhin unklar, ebenso wie die Anzahl der Opfer, die Ermittlungen wurden viel zu früh eingestellt. Die Begleitumstände wurden nicht berücksichtigt, und auch auf die Frage, ob beim Angriff ausreichend Vorsichtsmaßnahmen von Oberst Klein getroffen wurden, wurde nicht hinreichend eingegangen. Weitere Tatverdächtige wurden nicht ermittelt. Die Ermittlungen der Bundesanwaltschaft verstießen damit gegen die Europäische Menschenrechtskonvention – und damit auch gegen deutsches Recht.

Die einzige Art und Weise, diesen Verstoß wieder gutzumachen, wäre die Wiederaufnahme der Ermittlungen. Sie wird vom Völker- wie nationalem Recht ausdrücklich gefordert.

34 EGMR, *Sadik Önder* ./ . Türkei (28520/95), Urteil v. 8. Januar 2004, Nr. 4; EGMR, *Zelilof* ./ . Griechenland (17060/03), Urteil v. 24. Mai 2007, Nr. 56.

35 EGMR, *McCann et al.* ./ . Vereinigtes Königreich (18984/91), Urteil v. 27. September 1995, A324, Nr. 150.

36 EGMR, *Makaratzis* ./ . Griechenland (50385/99), Urteil vom 20. Dezember 2004, NJW 2005, S. 3405, 3407.

37 EGMR, *Isayeva* ./ . Russia (57950/00), Urteil v. 24. Februar 2005, Rn. 231 ff.; s. auch *Salman* ./ . Türkei (21986/93), Urteil v. 27. Juni 2000, Nr. 106; EGMR, *Tanrikulu* ./ . Türkei (23763/94), Urteil v. 8. Juli 1999, RJD 1999-IV, Nr. 109; EGMR, *Gul* ./ . Türkei (22676/93), Urteil v. 14. Dezember 2000, Nr. 89.

38 Spiegel Online vom 23.3.2010, „Bundesanwälte laden Oberst Klein vor“.

#### 4. Fehlende Zuständigkeit für eine Einstellung nach dem deutschen Strafgesetzbuch

Die Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft besteht nur für Verfahren nach dem Völkerstrafgesetzbuch. Da aber das Ermittlungsverfahren zu Tatvorwürfen nach dem Völkerstrafgesetzbuch eingestellt worden ist, war eine Abgabe zur weiteren Ermittlung der Tatvorwürfe nach dem Strafgesetzbuch an die dafür zuständige Generalstaatsanwaltschaft in Dresden angezeigt.

§ 142a Abs. 1 GVG begründet i.V.m. § 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG die Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft für Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch. Vorliegend war der Anwendungsbereich des Völkerstrafgesetzbuches aufgrund des Vorliegens eines bewaffneten Konflikts eröffnet. Ein formeller Einstellungsbescheid im Sinne von § 170 Abs. 2 StPO und Nr. 88, 89 RiStBV ist durch die Bundesanwaltschaft bisher ohnehin nicht ergangen. Es wurde den Vertretern der Verletzten allerdings die Übersendung eines solchen in Aussicht gestellt. Da es ausweislich der Pressemitteilung vom 19. April 2010 nach Ansicht der Bundesanwaltschaft jedoch an einem hinreichenden Verdacht bezüglich Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch fehlte und aus diesem Grund keine Anklage erhoben wurde, endet damit die Sonderzuständigkeit der Bundesanwaltschaft. Die Bundesanwaltschaft behauptete in ihrer Pressemitteilung vom 19. April 2010, dass sie „nach dem Ergebnis von historischer, systematischer, teleologischer und verfassungsbezogener Auslegung der Zuständigkeitsnorm des § 120 Abs. 1 Nr. 8 Gerichtsverfassungsgesetz“ dafür zuständig gewesen sei, „alle in diesem Zusammenhang relevanten strafrechtlichen Tatbestände abschließend zu prüfen“.

Dieser Auslegung kann nicht gefolgt werden: Mit Verabschiedung des Völkerstrafgesetzbuches wurde Art. 96 Abs. 5 Nr. 3 GG eingeführt, der die bislang nicht existierende Zuständigkeit von Gerichten der Länder bei Gerichtsbarkeit des Bundes bei Kriegsverbrechen regelt. Historisch waren Kriegsverbrechen bis zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches in Deutschland nicht als solche strafbar; sie waren als eigenständige Tatbestände nicht im Strafgesetzbuch enthalten und sind dies bis heute nicht. Ein Versuch der Aufnahme von Kriegsverbrechen in das Strafgesetzbuch scheiterte bereits 1957.<sup>39</sup> Erst das Völkerstrafgesetzbuch erfasst den spezifischen Unrechtsgehalt der Kriegsverbrechen durch das deutsche Strafrecht.<sup>40</sup> Nach historischer Auslegung unterfällt die Zuständigkeit für Delikte in einem bewaffneten Konflikt nach dem Strafgesetzbuch, die nicht gleichzeitig eine Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch sind, gerade nicht der Sonderzuständigkeit des Bundes für Kriegsverbrechen.

Die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaften der Länder zeigen beispielhaft auch zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs,<sup>41</sup> denen beide Verurteilungen wegen Mordes im Zusammenhang mit Kriegshandlungen während des Zweiten Weltkrieges zugrunde liegen und die ursprünglich vor dem Landgericht Hamburg bzw. dem Schwurgericht Baden-Baden angeklagt wurden, mithin von der Staatsanwaltschaft und nicht der Bundesanwaltschaft.

Sinn und Zweck der Sonderzuständigkeit des Bundes bei Kriegsverbrechen ist die Komplexität des Sachverhalts. Liegt allerdings kein Kriegsverbrechen vor, sondern „nur“ eine Tat nach dem Strafgesetzbuch, so liegt die Zuständigkeit bei den Ländern.

Dies erklärt auch die Zuständigkeit der Generalstaatsanwaltschaften in Zweibrücken und Frankfurt/Oder für Vorfälle an Straßensperren in Afghanistan, be-

<sup>39</sup> A. Zimmermann/R. Geiß, in: W. Joecks/K. Miebach (Fn. 6), § 8 VStGB Rn. 52.

<sup>40</sup> Ebd. Rn. 53.

<sup>41</sup> BGH, NJW 2004, 2316 und BGH, NJW 1969, 2105.

vor die Bundesregierung von dem Vorliegen eines bewaffneten Konflikts ausgegangen ist, sowie die ursprüngliche Zuständigkeit der Generalstaatsanwaltschaft in Dresden im Fall Oberst Klein. Freilich obliegt der Bundesanwaltschaft die erste Prüfung, ob Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch begangen worden sind. Wird dies verneint, sind die Staatsanwaltschaften der Länder wieder zuständig. Bisher hat der Bund zudem nicht von seinem Ermessen nach Art. 96 Abs. 2 GG über die Einrichtung von Wehrstrafgerichten Gebrauch gemacht. Die Überlegungen, eine Schwerpunktstaatsanwaltschaft im Bereich der Auslandseinsätze der Bundeswehr auf Länderebene einzuführen,<sup>42</sup> führen gerade dazu, dass Täter außerhalb des Völkerstrafgesetzbuches auf Landesebene und nicht auf Bundesebene verfolgt werden sollen.<sup>43</sup> Ansonsten müssten Wehrstrafgerichte des Bundes eingesetzt und damit die gesamte Zuständigkeit auf die Bundesanwaltschaft übertragen werden.

Mithin fehlt es an der Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft für Taten nach dem Strafgesetzbuch, da bezüglich der die Sonderzuständigkeit der Bundesanwaltschaft begründenden Taten nach Völkerstrafgesetzbuch kein hinreichender Verdacht vorliegt.

Die Abgabe richtet sich nach der allgemeinen Regel des § 6 StPO, nicht aber nach der speziellen Regel des § 142a GVG. § 142a Abs. 2 Nr. 1 GVG beinhaltet eine Abgabepflicht der Bundesanwaltschaft an die Landesstaatsanwaltschaften für bestimmte Delikte, welche im Fall Kundus jedoch nicht einschlägig sind.<sup>44</sup> § 142a Abs. 2 Nr. 2 GVG beinhaltet ein Abgaberecht in „Sachen von minderer Bedeutung“. Auch dies ist hier nicht einschlägig. Da diese beiden Varianten des Absatzes 2 nicht einschlägig sind, ist auch nicht das Ermessen des Ausnahmetatbestandes nach § 142a Abs. 3 GVG eröffnet.<sup>45</sup> § 142a Abs. 3 GVG enthält ein Abgabeverbot für den Fall, dass die Tat die Interessen des Bundes in besonderem Maße berührt oder wenn es im Interesse der Rechtseinheit geboten ist, dass die Bundesanwaltschaft die Tat verfolgt. Da vorliegend weder Delikte aus Absatz 2 Nr. 1 noch ein minder schwerer Fall nach Nr. 2 einschlägig sind und dadurch auch der Ausnahmetatbestand des Absatzes 3 keine Anwendung findet, kommen die allgemeinen Regeln zur Anwendung.

Nach § 6 StPO muss das Gericht seine sachliche Zuständigkeit in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen prüfen. Da die Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft an die des Oberlandesgerichts gekoppelt ist, gilt diese Norm auch für die Bundesanwaltschaft. Gemäß § 209 Abs. 1 StPO muss ein Gericht bei Zuständigkeit eines Gerichts niedrigerer Ordnung an dieses verweisen - etwa das Oberlandesgericht an das Landgericht, wenn ein hinreichender Tatverdacht hinsichtlich derjenigen Strafvorschrift fehlt, die die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts begründet.<sup>46</sup> § 269 StPO, der aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung und Prozesswirtschaftlichkeit bestimmt, dass im Hauptverfahren die fehlerhafte Annahme seiner Zuständigkeit durch ein Gericht höherer Ordnung grundsätzlich unbeachtlich ist, findet keine Anwendung, da das Oberlandesgericht - wenn es wie hier im Wege der Organleihe als erstinstanzliches Gericht des Bundes tätig wird<sup>47</sup> - „ein Gericht anderer und nicht höherer Ordnung ist.“<sup>48</sup> Dies gilt umso mehr, als dass es hier um die verfassungsrechtlich zwingende Kompetenzvertei-

42 Hierzu siehe Helmut Kramer in diesem Heft.

43 Siehe zur Kompetenz der Länder auch BT-Drs. 16/7423 vom 4.12.2007 (unter 11.).

44 Olaf Boll, in: P. Rieß (Hrsg.), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Löwe/Rosenberg, 7. Bd., 25. Aufl. 2003, § 142a GVG Rn. 9.

45 Ebd. Rn. 11.

46 Bay StV 87, 392; MG 209, 2.

47 BGH, Urteil vom 22. 12. 2000 - 3 StR 378/00, Ziff. 19.

48 Ebd., Ziff. 24.

lung zwischen Bund und Ländern geht. Der Bundesgerichtshof hat ausführlich festgestellt, dass die fehlerhafte Eröffnung des Verfahrens vor dem Oberlandesgericht zu einem Verfahrenshindernis führt<sup>49</sup> und eine Abgabe analog § 209 Abs. 1 StPO auch nach Eröffnung des Verfahrens erfolgen muss.<sup>50</sup> Verfassungsrechtlich ist somit eine Abgabe zwingend geboten, um die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes nicht zu unterlaufen.

Wenn man berücksichtigt, dass es zudem Sinn und Zweck des Abgabeverbotes ist, dass die Vertretung der Anklage in der Hauptverhandlung und die Rechtsmittelbefugnisse in der Hand der Bundesanwaltschaft verbleiben,<sup>51</sup> ist Voraussetzung für die Zuständigkeit insgesamt, dass zumindest ein Tatbestand angeklagt wird, der unter die Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft fällt. Dies ist natürlich dann nicht mehr der Fall, wenn bezüglich des Tatbestandes, auf dem die Sonderzuständigkeit beruht, kein Tatverdacht mehr besteht.

Dies war bislang auch Praxis der Bundesanwaltschaft. So wurde am 26. Mai 2006 das Ermittlungsverfahren wegen eines möglichen versuchten Tötungsdeliktes gegen E. wieder an die Potsdamer Staatsanwaltschaft abgegeben, da „[n]ach dem jetzigen Stand der Ermittlungen [...] die Voraussetzungen für die Verfolgungszuständigkeit des Generalbundesanwalts nach § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Gerichtsverfassungsgesetz, die eine besondere Bedeutung des Falles einschließen, nicht mehr gegeben“ waren.<sup>52</sup> Damit entfiel auch die Verfolgungskompetenz des Bundes.<sup>53</sup> Ebenso wurde am 3. Januar 2001 ein Ermittlungsverfahren an die zuständige Staatsanwaltschaft zurückgegeben, da die Bundesanwaltschaft ihre Zuständigkeit im Sinne des § 120 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GVG nicht mehr für gegeben ansah. Hier wurde bezüglich eines Brandanschlags auf eine jüdische Synagoge zunächst vermutet, dass eine Tat mit rechtsextremem Hintergrund vorlag. Dies stellte sich später als falsch heraus.<sup>54</sup>

Im Fall Kundus lag ausweislich der Pressemitteilung nach Ansicht der Bundesanwaltschaft der eine Einreichung einer Anklageschrift begründende Verdacht für Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch nicht vor. Dementsprechend musste das Ermittlungsverfahren an die Generalstaatsanwaltschaft in Dresden zurückgegeben werden, dass heißt von Bundes- auf Länderebene. Dies gilt umso mehr, als nach Presseberichten der Umfang des von der Bundesanwaltschaft durchgeführten Ermittlungsverfahrens ausdrücklich auf die Prüfung beschränkt war, ob dem Beschuldigten Oberst Klein der für die Annahme eines Kriegsverbrechens notwendig hohe Vorsatzgrad nachzuweisen war. Die Durchführung einer umfassenden Ermittlung aller für die Prüfung der in Betracht kommenden Straftatbestände der vorsätzlichen und fahrlässigen Tötung relevanten Umstände ließ sich der Pressemitteilung nicht entnehmen und ist mangels Zeugenbefragungen vor Ort in Afghanistan auch nicht erfolgt.

Es bestand somit eine Abgabepflicht entsprechend § 6 StPO der Bundesanwaltschaft an die zuständige Länderstaatsanwaltschaft, hier die Generalstaatsanwaltschaft in Dresden. Eine Einstellung bezüglich der Tatbestände des Strafgesetzbuches außerhalb der Sonderzuständigkeit der Bundesanwaltschaft, wenn sie denn überhaupt erfolgt ist, durfte im Gegensatz dazu jedenfalls nicht erfolgen.

49 Ebd., Ziff. 21.

50 Ebd., Ziff. 27.

51 Boll (Fn. 4), § 142a GVG Rn. 14.

52 GBA, „Abgabe der Ermittlungen wegen des Überfalls in Potsdam“, Pressemitteilung 20/2006, 26.5.2006, [www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=8&newsid=241](http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=8&newsid=241).

53 Ebd.

54 GBA, „Abgabe der Ermittlungen wegen des Brandanschlags auf die Synagoge in Düsseldorf“, Pressemitteilung 1/2001, 3.1.2001, [www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=3&newsid=31](http://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themenid=3&newsid=31).

Nach den zugänglichen öffentlichen Informationen bestand eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts für die Begehung von Taten nach dem Strafgesetzbuch seitens des Beschuldigten Oberst Klein sowie weiterer Personen. Die Abgabe des Verfahrens an die Generalstaatsanwaltschaft in Dresden und die dortige Fortführung des förmlichen Ermittlungsverfahrens sowie die Erhebung öffentlicher Klage waren geboten. Aus diesen Gründen beantragte der Verletztenvertreter Kaleck die Fortsetzung des Ermittlungsverfahrens bei der Generalstaatsanwaltschaft in Dresden.

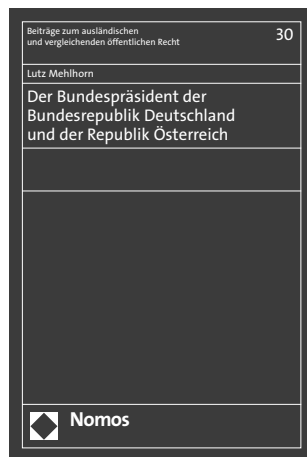
#### *IV. Schluss*

Der Luftangriff bei Kundus am 4. September 2009 war rechtswidrig. Es lagen Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht vor, insbesondere die Missachtung der Verhältnismäßigkeit des Angriffs sowie der erforderlichen Vorsichtsmaßnahmen. Es spricht einiges dafür, dass sich Oberst Klein durch die Missachtung dieser Vorschriften nach dem deutschen Strafgesetzbuch strafbar gemacht hat. Hinzu kommen die gravierenden Mängel der verantwortlichen Stellen in Deutschland im Umgang mit dem Vorfall. Anstatt eine lückenlose Aufklärung vorzunehmen, das Ermittlungsverfahren umfassend und nicht nur innerhalb Deutschlands, sondern auch in Afghanistan zu betreiben sowie die prozessualen Rechte wie Akteneinsicht und Zustellung eines Einstellungsbescheides anstelle einer Pressemitteilung an die Verletztenvertreter zu beachten, agierte die Bundesanwaltschaft hinsichtlich der Ermittlungen unzureichend, hinsichtlich ihrer Kompetenzzanmaßung verfassungswidrig und bezüglich der Beachtung von prozessualen Rechten der Verletzten rechtswidrig. Anstatt vollumfänglich aufzuklären, glich der Prozess einem Geheimverfahren, Vertuschung stand an oberster Stelle. Die Abhängigkeit der Bundesanwaltschaft vom Bundesverteidigungsministerium und vom Bundesjustizministerium lässt den Umgang Deutschlands mit dem ersten großen Zwischenfall mit über 100 Toten nach dem Zweiten Weltkrieg in einem sehr bedenklichen Licht erscheinen.

Dabei gehört die Bundesregierung zu den stärksten Verfechtern einer internationalen Strafjustiz und der Strafverfolgung von Vorfällen in bewaffneten Konflikten weltweit. Unter Berufung auf die Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse nach 1945 und in Fortführung dieser Tradition gehörten deutsche Gerichte zu Beginn der 1990er Jahre zu den ersten Staaten, die serbische Kriegsverbrecher verurteilten. Der erste Angeklagte vor dem Internationalen Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag wurde 1995 von Deutschland aus überstellt. Die deutsche Delegation bei den Verhandlungen zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs 1998 in Rom war eine der aktivsten und stärksten Befürworter der Einrichtung des Gerichtshofs. Dessen Statut sieht nun vor, dass der Gerichtshof erst einschreitet, wenn ein Staat selbst nicht fähig oder willens ist, die schwersten Menschenrechtsverletzungen oder Kriegsverbrechen selbst zu verfolgen. Folglich wurden und werden weltweit Gesetze geschaffen sowie Justiz und Polizei ausgerüstet, um schwerste Verbrechen in bewaffneten Konflikten vor einheimischen Gerichten zu verfolgen. Der Luftangriff bei Kundus gab der deutschen Justiz die Gelegenheit zu zeigen, inwieweit die höchste Staatsanwaltschaft eines der größten Befürworterstaaten der Strafverfolgung von Verbrechen in bewaffneten Konflikten in der Lage ist, solche Vorfälle zu ermitteln und zu verfolgen. Das Ergebnis ist erschreckend und verstößt gegen jede politischen Absichtserklärungen Deutschlands in internationalen Foren. Da weder das Strafverfahren noch das Entschädigungsverfahren zum jetzigen Zeitpunkt abge-

geschlossen sind, wird es auch von der Reaktion der Juristen und der Zivilgesellschaft in Deutschland abhängen, ob das Bombardement von Kundus umfassend und vollständig ermittelt wird. Sonst bliebe nur der Gang nach Straßburg – il y a des juges à Strasbourg.

## Christian Wulff vs. Heinz Fischer



### Der Bundespräsident der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich

Von Dr. Lutz Mehlhorn

2010, ca. 600 S., brosch., ca. 128,- €,

ISBN 978-3-8329-5887-9

(Beiträge zum ausländischen und  
vergleichenden öffentlichen Recht)

Erscheint ca. September 2010

Es überrascht, dass der Bundespräsident – obwohl er in der Öffentlichkeit höchst gegenwärtig ist – in der Bundesrepublik bisher nicht in einer größeren Monographie thematisiert wurde und eine solche in Österreich zuletzt vor vierzig Jahren erschienen ist. Diese Lücke in der wissenschaftlichen Literatur schließt der Autor mit seiner umfangreichen rechtsvergleichenden Studie.

Das Werk richtet sich an Staatsrechtler, Verfassungsjuristen und Politikwissenschaftler in Deutschland und Österreich. In einer wissenschaftlichen Bibliothek darf dieses Werk, das mit dem Göttinger Fakultätspreis 2010 ausgezeichnet wurde, nicht fehlen.



## Nomos

Bitte bestellen Sie im Buchhandel oder  
versandkostenfrei unter ► [www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)